

# Ius Novum

ISSN 1897-5577

1  
2009



---

WARSAWA 2009

## **KOLEGIUM REDAKCYJNE**

Bogudar Kordasiewicz, Maria Kruk-Jarosz,  
Zbigniew Lasocik (przewodniczący),  
Franciszek Longchamps de Bérier,  
Andrzej Marek, Jerzy Menkes, Henryk Olszewski,  
Grzegorz Rydlewski, Jan Skupiński

## **REDAKCJA**

Ryszard A. Stefański (redaktor naczelny),  
Andrzej Szlęzak (zastępca redaktora naczelnego),  
Jacek Kosonoga (sekretarz redakcji)

Copyright © by Wyższa Szkoła Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie  
Warszawa 2009

ISSN 1897-5577

Oficyna Wydawnicza  
Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego  
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43  
tel. 0-22 54 35 450, 0-22 54 35 410  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl)  
[wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)



Opracowanie komputerowe, druk i oprawa:  
Dom Wydawniczy ELIPSA  
ul. Inflancka 15/198, 00-189 Warszawa  
tel./fax 0-22 635 03 01, 0-22 635 17 85,  
e-mail: [elipsa@elipsa.pl](mailto:elipsa@elipsa.pl), [www.elipsa.pl](http://www.elipsa.pl)



## SPIS TREŚCI

### ARTYKUŁY

<b>Dr Zbigniew Jędrzejewski, Uniwersytet Warszawski</b> Kolizja obowiązków a struktura przestępstwa .....	7
<b>Dr hab. Ryszard A. Stefański, prof. WSHiP</b> Przyszły model postępowania przygotowawczego .....	20
<b>Dr Ryszard Szałowski, Wyższa Szkoła Humanistyczno-Ekonomiczna w Łodzi</b> Uwagi o zakresie przedmiotowym tajemnicy służbowej .....	35
<b>Mgr Filip Radoniewicz, UMCS w Lublinie</b> Postanowienia decyzji ramowej Rady w sprawie ataków na systemy informatyczne a ujęcie cyberprzestępstw w kodeksie karnym .....	48
<b>Prof. dr hab. Wojciech Radecki, PAN we Wrocławiu</b> Polskie prawo karne środowiska – próba spojrzenia syntetycznego ....	70
<b>Dr Krzysztof Ślebza, UAM w Poznaniu</b> Wpływ sprawozdań finansowych na pracownicze prawo do premii ....	95
<b>Dr Jacek Zaleśny, WSHIP</b> Postępowanie sprawdzające w zakresie dostępu do informacji niejawnych .....	106
<b>Dr Małgorzata Polkowska, Urząd Lotnictwa Cywilnego, Akademia Obrony Narodowej</b> Ewolucja kompetencji państwa z tytułu suwerenności w przestrzeni powietrznej .....	118

## G L O S Y

**Dr hab. Maria Rogacka-Rzewnicka, Uniwersytet Warszawski**

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2008 r.  
(I KZP 19/08) ..... 143

**Dr Marek Kulik, UMCS w Lublinie**

Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 30 czerwca 2008 r.  
(I KZP 8/08) ..... 148

## R E C E N Z J E

Stanisław Waltoś, Andrzej Rozmus (red.), *Szkolnictwo wyższe w Polsce. Ustrój – prawo – organizacja*, Wyd. WSiIZ, Rzeszów 2008, s. 459,  
rec. dr hab. Katarzyna Dudka, UMCS w Lublinie. .... 159

Izabela Malinowska, *Rzecznik Praw Obywatelskich w systemie ochrony praw i wolności w Polsce*, Dom Wydawniczy Elipsa, Warszawa 2007, s. 565, rec. prof. dr hab. Jerzy Jaskiernia, Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy Jana Kochanowskiego w Kielcach ..... 164

## Z ŻYCIA UCZELNI

**Mgr Ewelina Milan, WSHiP**

Kalejdoskop wydarzeń ..... 171



## CONTENTS

### ARTICLES

<b>Zbigniew Jędrzejewski, Ph.D., University of Warsaw</b> Collision of duties versus crime structure . . . . .	7
<b>Ryszard A. Stefański, Ph.D., Professor of Lazarski University</b> Future model of preparatory proceedings . . . . .	20
<b>Ryszard Szałowski, Ph.D., Academy of Humanities and Economics in Lodz</b> Comments on the scope of the subject matter of public service secret . .	35
<b>Filip Radoniewicz, MA, Marie Curie – Skłodowska University in Lublin</b> Cyber crime in the Penal Code of 1997 versus the provisions of the Council Framework Decision 2005/222/JHA on attacks against information systems . . . . .	48
<b>Prof. Wojciech Radecki, Ph.D., Polish Academy of Sciences in Wrocław</b> Polish environmental penal law – synthetic look attempt. . . . .	70
<b>Krzysztof Ślebza, Ph.D., Adam Mickiewicz University in Poznan</b> Influence of financial reports on the employees' entitlement to . . . . .	95
<b>Jacek Zaleśny, Ph.D., Lazarski University</b> Screening proceedings for the access to secret information . . . . .	106
<b>Małgorzata Polkowska, Ph.D., Civil Aviation Office, National Defense Academy</b> Evolution of state competence on account of sovereignty in air . . . . .	118

## G L O S S E S

**Maria Rogacka-Rzewnicka, Ph.D., University of Warsaw**

Gloss to the resolution of the Supreme Court of 23 September 2008  
(I KZP 19/08) . . . . . 143

**Marek Kulik, Ph.D., Marie Curie – Skłodowska University in Lublin**

Gloss to the resolution of the Supreme Court of 30 June 2008  
(I KZP 8/08) . . . . . 148

## R E V I E W S

Stanisław Waltoś and Andrzej Rozmus (ed.), *Higher Education in Poland. System – Law – Organization*, University of Information Technology and Management Publishing House, Rzeszów 2008, p. 459  
Reviewer: Katarzyna Dudka, Ph.D., Marie Curie-Skłodowska University in Lublin. . . . . 159

Izabela Malinowska, *Ombudsman in the system of rights and freedoms protection in Poland*, Elipsa Publishing House, Warsaw 2007, p. 565  
Reviewer: Prof. Jerzy Jaskiernia, Ph.D., The Jan Kochanowski University of Humanities and Sciences. . . . . 164

## U N I V E R S I T Y L I F E

**Ewelina Milan, MA, Lazarski University**

Kaleidoscope of events . . . . . 171

ZBIGNIEW JĘDRZEJEWSKI

KOLIZJA OBOWIĄZKÓW  
A STRUKTURA PRZESTĘPSTWA

Nauka prawa karnego, w szczególności niemiecka, wypracowała tzw. trój-elementową definicję przestępstwa. Przestępstwem jest czyn wypełniający znamiona opisu czynu zabronionego, bezprawny oraz zawiniony. Struktura przestępstwa ma charakter hierarchiczny i normatywny. Przypisanie przestępności czynu odbywa się kolejno od stwierdzenia, że czyn urzeczywistnił znamiona opisu (istoty) czynu, potem powinno nastąpić ustalenie jego bezprawności, wreszcie winy sprawcy. Zawinienie zakłada istnienie bezprawności, a bezprawność może być stwierdzana tylko wtedy, gdy czyn wyczerpał znamiona czynu zabronionego, zaś brak czynu wyklucza w ogóle możliwość istnienia jego cech prawno Karnych. Normatywizm pojęcia przestępstwa wyraża się w tym, że przypisanie czynu na wyższym poziomie łączy się z bardziej ujemną oceną, zaś wyłączenie przestępności na szczeblu niższym z mniej nagannym bądź nawet pozytywnym wartościowaniem.

Systemowe ujęcie przestępstwa zakłada zróżnicowanie prawno Karnych skutków między brakiem realizacji znamion czynu a sytuacją, gdy sprawca wprawdzie zrealizował istotę czynu, ale działał w warunkach okoliczności wyłączającej bezprawność (zachowanie legalne), oraz między wyłączeniem bezprawności a wyłączeniem zawinienia. Rozróżnienie dwóch pierwszych płaszczyzn (istoty czynu i bezprawności) prowadzi do zróżnicowanych ocen przede wszystkim w sytuacji błędu. Nieświadomość znamienia istoty czynu wyłącza umyślność (art. 28 § 1 k.k.), natomiast urojenie znamienia kontratypu zamiaru sprawcy nie dotyka i przy błędzie nieusprawiedliwionym oznacza odpowiedzialność za przestępstwo umyślne (art. 29 k.k.).<sup>1</sup> W sytuacji odwrotnej, urojenie znamienia istoty czynu może prowadzić do odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne, a nieświadomość sytuacji kontratypowej, jeżeli uznaje się znaczenie subiektywnych elementów kontratypu,

<sup>1</sup> Art. 29 k.k. oparty jest na tzw. teorii winy (*Schuldtheorie*). Niemiecki k.k. nie reguluje tej materii, a doktryna, najogólniej rzecz biorąc, dzieli się na zwolenników odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne oraz przedstawicieli tzw. ścisłej teorii winy (*die strenge Schuldtheorie*).

do odpowiedzialności za przestępstwo dokonane.<sup>2</sup> Z rozróżnieniem między istotą czynu a bezprawnością można wiązać także inne skutki, czego bardzo dobrym przykładem jest problem zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie.<sup>3</sup> Nie ma ono jednak żadnego znaczenia dla reprezentantów teorii negatywnych znamion czynu zabronionego, którzy redukują strukturę przestępstwa do dwóch płaszczyzn (realizacja znamion istoty czynu oraz zawinienie).

Znacznie większą rolę przypisuje się rozróżnieniu między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) i winą (okolicznościami wyłączającymi winę). Po pierwsze, wina jest koniecznym warunkiem wymierzenia kary, natomiast brak podstaw do jej przypisania (niepoczytalność) nie stoi na przeszkodzie zastosowaniu środka zabezpieczającego (warunkiem jest bezprawność czynu). Po drugie, wystarczy bezprawny zamach (obok innych warunków), by powstało uprawnienie obrony koniecznej, wyłączenie winy u zamachowca nie pozbawia zamachu cechy bezprawności; natomiast obrona konieczna jest wykluczona wobec zachowania w sytuacji kontratypowej. Po trzecie, w szczególności na gruncie limitowanej akcesoryjności wyłączenie bezprawności zachowania sprawcy głównego wyłącza bezprawie i odpowiedzialność podżegacza i pomocnika, natomiast wina (bądź jej brak) nie ma charakteru akcesoryjnego. Wreszcie ostatnią, rzadziej prezentowaną konsekwencją mają być odmienne uregulowania w przedmiocie błędu co do znamienia okoliczności wyłączającej bezprawność oraz błędu co do znamienia okoliczności wyłączającej winę.<sup>4</sup>

Zakres i podstawy następstw dyferencjacji między bezprawnością i winą to problem z pewnością wysoce dyskusyjny, jego bardziej szczegółowa analiza przekraczałaby jednak ramy artykułu.<sup>5</sup> Niemniej użyteczność rozróżniania poszczególnych płaszczyzn oceny przestępczości czynu wymaga, by przyporządkowanie określonych grup przypadków i sytuacji do odpowiednich kategorii nie nastęczało poważniejszych trudności i oparte było na jasnych i wyrazistych kryteriach. Z formalnego punktu widzenia przesądzać o tym może niekiedy sama ustawa karna, np. niemiecki kodeks karny stanowi w § 218a ust.1, że w przypadku spełnienia określonych warunków (np. od zapłodnienia nie minęło więcej niż 12 tygodni) „istota czynu § 218 [tj. przestępstwa aborcji; przyp. Z.J.] nie zostaje urzeczywistniona”, w § 32 (obrona konieczna) i § 34 (stan konieczności legalizujący czyn), że sprawca „nie działa bezprawnie, w §§ 17 (nieudająca się uniknąć nieświadomość

---

<sup>2</sup> Część doktryny przyjmuje odpowiedzialność za usiłowanie (nieudolne). Wymaga to jednak zawsze specjalnego uzasadnienia. Wyłączenie bezprawności postulowali zaś konsekwentni przeciwnicy subiektywnych elementów okoliczności wyłączających bezprawność.

<sup>3</sup> Bliżej zob. Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 36 i n.

<sup>4</sup> W polskim k.k. (art. 29) uregulowano obydwie sytuacje identycznie.

<sup>5</sup> Na ten temat zob. np. Z. Jędrzejewski, *Funkcje rozróżnienia między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) a winą (okolicznościami wyłączającymi winę)*, (w:) *Problemy prawa i procesu karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Alfreda Kaftala*, (red.) G. Rejman, B.T. Bieńkowska, Z. Jędrzejewski, P. Mierzejewski, Warszawa 2008, s. 141 i n.



bezprawia czynu) i 35 (znoszący winę stan konieczności), że sprawca „działa bez winy”.<sup>6</sup> Polski k.k. z 1997 r. nie przesądza *expressis verbis* kategorii wyłączenia przestępności czynu, a k.p.k. (art. 414 § 1) w razie stwierdzenia po rozpoczęciu przewodu sądowego okoliczności wymienionych w art. 17 § 1 pkt 1 i 2 nakazuje wydanie wyroku uniewinniającego, chyba że sprawca w chwili czynu był niepo czytalny (wyrok umarzający). Materialne kryteria przypisania danej okoliczności uchylającej karalność do określonej kategorii powinny być klarowne zwłaszcza wtedy, gdy nie jest możliwe powołanie się na wyraźne rozstrzygnięcie ustawodawcze, takie jak np. przepisy §§ 32, 34 i 35 StGB.<sup>7</sup> Tymczasem już wtedy, gdy niemiecki k.k. posługuje się „neutralnym” określeniem, stanowiska doktryny co do systemowej lokalizacji mogą się wyraźnie dzielić. Paragraf 33 StGB stanowi, że sprawca „nie podlega karze” („so wird er nicht bestraft”), gdy przekracza granice obrony koniecznej „aus Verwirrung, Furcht oder Schrecken”. Wprawdzie przeważa pogląd, iż chodzi tu o tzw. okoliczność znoszącą lub wyłączającą winę (*Entschuldigungs-* lub *Schuldausschließungsgrund*)<sup>8</sup>, spotykane są również stanowiska, że jest to tzw. „personalna okoliczność wyłączająca karalność (*persönlicher Strafausschließungsgrund*)<sup>9</sup> lub sytuacja wyłączająca „odpowiedzialność za czyn” („Tatverantwortung”).<sup>10</sup> Z kolei C. Roxin kładąc nacisk na aspekty ogólnie i szczególnie-prewencyjne, tak jak w sytuacji § 35 StGB, uznaje ten przepis za przypadek wyłączonej karnoprawnej „odpowiedzialności” („Grund ausgeschlossener strafrechtlicher Verantwortlichkeit”).<sup>11</sup> Na gruncie polskiego k.k. określona kategoryzacja wyłączenia przestępności czynu ma charakter wyłącznie doktrynalny. Chociaż zdecydowana większość uznaje obronę konieczną z art. 25 k.k. za kontratyp bezwzględny, tzn. wyłączający bezprawność czynu z punktu widzenia porządku prawnego traktowanego jako całość, to nie jest to teza, której nie można kwestionować w kierunku uznania tej sytuacji za okoliczność wyłączającą jedynie bezprawność karną. Znane jest stanowisko np. S. Śliwińskiego o możliwości istnienia tzw. bezprawnej, ale nieprzestępnej obrony koniecznej (art. 21 § 1

<sup>6</sup> Por. również np. §§ 3, 9, 10, 11 austriackiego k.k. z 1974 r.

<sup>7</sup> H. v. der Linde, *Rechtfertigung und Entschuldigung im Strafrecht?*, Frankfurt am Main–Bern–New-York–Paris 1988, s. 10.

<sup>8</sup> Zob. H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 491; Th. Lenckner, W. Perron, (w:) A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, 26. neu bearbeitete Auflage von Th. Lenckner, A. Eser, P. Cramer, W. Stree, G. Heine, W. Perron, D. Sternberg-Lieben, München 2001, s. 631. Chociaż w grupie tej występują różnorodne uzasadnienia, przeważa stanowisko o zmniejszeniu bezprawia i podwójnym zmniejszeniu winy.

<sup>9</sup> M.E. Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts. Lehrbuch*, Heidelberg 1915, s. 282; R. v. Hippel, *Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin 1932, s. 114. W dawniejszej doktrynie pogląd dominujący.

<sup>10</sup> R. Maurach, H. Zipf, *Strafrecht. Strafrecht. Allgemeiner Teil. Teilband I*, Heidelberg–Karlsruhe 1977, s. 446, 463. Jest to dodatkowa, położona między bezprawnością i winą kategoria oceny w systematyce przestępstwa R. Mauracha.

<sup>11</sup> C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Bd. I, *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl., München 2006, s. 991 i n. W jego systematyce jest to prewencyjnie zorientowana, związana z winą płaszczyna oceny przestępności czynu.

k.k. 1932 r.).<sup>12</sup> Bardziej problematyczny jest jednak przyjęty za nauką niemiecką podział stanu wyższej konieczności na wyłączający bezprawność (art. 26 § 1 k.k.) oraz wyłączający zawinienie (art. 26 § 2 k.k.). Uregulowanie art. 26, tak przecież odbiegające od przepisów § 34 i § 35 niemieckiego k.k., nie daje ku temu praktycznie żadnych podstaw.

Jednak przedmiotem największych rozbieżności jest tzw. kolizja obowiązków (w niemieckim prawie karnym pozaustawowa okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną), przede wszystkim kolizja obowiązków równej wagi. Jako sytuacja wyłączająca przestępność lokowana jest ona w doktrynie bądź jako okoliczność wyłączająca bezprawność, bądź jako wyłączająca zawinienie, bądź nawet jako przypadek braku realizacji znamion czynu zabronionego. Ramy artykułu nie pozwalają na pełną prezentację tego wyjątkowo spornego zagadnienia.<sup>13</sup> Nie ma jednności poglądów nawet co do zakresu odrębności tej konstrukcji w prawie karnym.<sup>14</sup> Jedni traktują ją jako szczególny przypadek stanu konieczności, inni uważają za instytucję całkowicie samodzielnej.<sup>15</sup> Zwolennicy drugiego stanowiska wskazują na to, że w przypadku kolizji obowiązków wypełnienie jednego z obowiązków jest zarazem naruszeniem innego i na odwrót, natomiast w stanie konieczności zawsze istnieje możliwość uniknięcia naruszenia obowiązku prawnego, wystarczy bowiem pozostawić zagrożone dobro jego własnemu losowi.<sup>16</sup> Zasady określa-

<sup>12</sup> Zob. S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 147–149.

<sup>13</sup> Na ten temat monografia J. Majewskiego, *Tak zwana kolizja obowiązków w prawie karnym*, Warszawa 2002. W piśmiennictwie niemieckim zob. m.in. H. Otto, *Pflichtenkollision und Rechtswidrigkeitsurteil*, Marburg 1978; W. Küper, *Grund- und Grenzfragen der rechtfertigenden Pflichtenkollision im Strafrecht*, Berlin 1979.

<sup>14</sup> Szczegółowo zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 21 i n.

<sup>15</sup> Zob. ibidem, s. 25 i n. oraz wskazana tam literatura (przyj. 15 i 16).

<sup>16</sup> W nauce wymienia się trzy różne układy niezgodności między obowiązkami prawnymi: kolizja obowiązków działania, kolizja obowiązku działania z obowiązkiem zaniechania, kolizja obowiązków zaniechania. Zgoda panuje jedynie co do pierwszej sytuacji. Tak więc jedni ograniczają zasięg kolizji obowiązków jedynie do kolizji obowiązków działania (np. H.J. Hirsch, (w:) *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Großkommentar*, Bd. 2., Berlin–New York 1985, 10. Aufl., Vor § 32, Rdn 71 i n., s. (41) i n.; C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 779, w przypisie 202 podana dalsza literatura), inni włączają do niego ponadto kolizję obowiązku działania i obowiązku zaniechania bądź rzadziej kolizję obowiązków zaniechania (Th. Lenckner, (w:) A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 576). W tym ostatnim przypadku podawane są nawet konkretne przykłady, także z orzecznictwa, np. kierowcy, który wjechał na autostradę „pod prąd”, nie wolno ani zatrzymać się, ani zawrócić, ani jechać do tyłu, ani do przodu. Kolizję obowiązków zaniechania przyjmuje A. Wąsek, (w:) O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 2005, s. 374. Całość problematyki wyczerpująco omawia J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 43 i n. Kwestionowana jest także możliwość kolizji obowiązku działania z obowiązkiem zaniechania. C. Roxin (*Strafrecht...*, op. cit., s. 779) stwierdza, że naruszenie obowiązku zaniechania (z zastrzeżeniem okoliczności wyłączającej bezprawność) oznacza ingerencję w cudze dobro prawne. Przypadki te należy rozstrzygać według kryteriów § 34 StGB i nie wymagają one odrębnej regulacji. Przy równej wartości dóbr obowiązek zaniechania ma pierwszeństwo przed obowiązkiem działania. Zob. również H.J. Hirsch, (w:) *Strafgesetzbuch...*, op. cit., Vor § 32, Rdn. 76, s. (43); W. Küper, *Grund- und Grenzfragen...*, op. cit., s. 29; W. Mitsch, (w:) J. Baumann, U. Weber, W. Mitsch, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, Bielefeld 2003, s. 414–415. Na ten temat bliżej J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 55 i n. Ponadto wielu autorów uważa, że „kolizja obowiązków” jako konstrukcja dogmatyczna nie ma zastosowania w przypadkach, gdy kolidują ze sobą obowiązki różnej

nia prawnokarnych konsekwencji stanu konieczności są nieadekwatne dla oceny przypadków kolizji obowiązków równej wagi.<sup>17</sup> Gdyby je zastosować, kolizja obowiązków równej wagi, podobnie jak kolizja dóbr (interesów) równej wagi, musiałaby zostać uznana za okoliczność znoszącą zawinienie (*Entschuldigungsgrund*). Paragraf 5 art. 26 polskiego k.k. poprzez nakaz odpowiedniego stosowania §§ 1-3 wiąże kolizję obowiązków ze stanem wyższej konieczności,<sup>18</sup> co spowodowało, że niektórzy przedstawiciele doktryny w przypadku kolizji obowiązków równej wagi przyjęli okoliczność znoszącą winę.<sup>19</sup> Uznawanie kolizji obowiązków za szczególny przypadek stanu konieczności sprzyja zachowaniu jednolitych materialnych podstaw wyłączenia bezprawności (zasada ważenia interesów), natomiast odrębna konstrukcja prowadzić musi co najmniej do dalszego zróżnicowania podstaw usprawiedliwienia i relatywizacji płaszczyzn bezprawności i winy.

W nauce niemieckiej przeważa stanowisko, powołujące się na zasadę pochodzącą od Celsusa *impossibilia nulla obligatio est*, że w sytuacji zbiegu obowiązków działania równej wagi, które nie mogą być spełnione jednocześnie,<sup>20</sup> adresatowi powinności pozostawia się wybór wykonania jednego z obowiązków. Wypełnienie jednego z kolidujących obowiązków działania albo uczynienie ze strony zobowiązanego wszystkiego, by taki obowiązek wykonać, usprawiedliwia niewypełnienie pozostałych obowiązków. Następuje wyłączenie bezprawności ich naruszenia (*Rechtfertigungsgrund*).<sup>21</sup> Jak już była o tym wyżej mowa, legalizacja niewypełnie-

---

wagi. Miarodajne są wtedy oceny właściwe dla stanu konieczności. Zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 42, 53 i n.

<sup>17</sup> Zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 27–28 oraz wskazana tam literatura (przyp. 26).

<sup>18</sup> Zdecydowanie krytycznie (postulat jego usunięcia) J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 227 i n.

<sup>19</sup> Tak początkowo A. Zoll, (w:) K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego*, Kraków 2000, s. 245. Pod wpływem krytyki A. Wąska (*Kodeks karny. Komentarz*, t. I, art. 1-31, Gdańsk 1999, s. 354; tenże, (w:) *Kodeks karny*, 2005, s. 374), który powołuje się na zasadę *impossibilia nulla obligatio est*, A. Zoll (*Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, *Komentarz do art. 1-116 k.k.*, (red.) A. Zoll, Kraków 2004, s. 510) zrewidował stanowisko i przyjął wyłączenie bezprawności.

<sup>20</sup> Przykłady kolizji obowiązków działania „równej wagi” podawane w literaturze: łódka, na której płynie ojciec z dwoma synami, przewraca się. Nieumiejący pływać synowie toną. Ojciec jest w stanie ratować tylko jedno dziecko. Dwaj pacjenci – np. ofiary jednej katastrofy – jednocześnie wymagają natychmiastowego podłączenia do płuco-serca. Tylko jeden może zostać podłączony. Zob. W. Küper, *Grund- und Grenzfragen...*, op. cit., s. 19; H.L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit und Strafunrechtsausschluß*, Köln–Berlin–Bonn–München 1983, s. 331; Th. Lenckner, *Der rechtfertigende Notstand*, Tübingen 1965, s. 5; C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 779; J.C. Joerden, *Der Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit. Konsequenzen einer These Kants für die strafrechtliche Lehre von der „Pflichtenkollision”*, Jahrbuch für Recht und Ethik (Annual Review of Law and Ethics) 1997, Bd. 5, s. 45.

<sup>21</sup> Zob. m.in. J. Hruschka, *Extrasystematische Rechtfertigungsgründe*, (w:) Festschrift für Eduard Dreher zum 70. Geburtstag am 29 April 1977, Berlin–New York 1977, s. 195; G. Mangakis, *Die Pflichtenkollision als Grenzsituation des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1972, Bd. 84, s. 466, 473; W. Küper, *Grund- und Grenzfragen...*, op. cit., s. 19 i n., 26 i n., 118 i n.; tenże, *Differenzierung zwischen Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründen: Sachgerecht und notwendig? Überlegungen am Beispiel von „Notstand”, „Pflichtenkollision” und „Handeln auf dienstliche Weisung”*, (w:) Rechtfertigung und Entschuldigung. Rechtsvergleichende Perspektiven (Justification and Excuse. Comparative Perspectives), Herausg. von A. Eser, G.P. Fletcher, Beiträge und Materialien aus dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Strafrecht Freiburg i. Br., Herausg. von A. Eser, Freiburg i. Br., 1987,

nia pozostałych obowiązków działania równej wagi podważa relatywnie jednolite podstawy legalizacji, oparte na zasadzie przeważającego interesu. Niemiecki karnista Th. Lenckner potwierdza, że chodzi tu o odmienną niż przy pozostałych okolicznościach podstawę usprawiedliwienia.<sup>22</sup> W tym wypadku nakazy i zakazy prawne nie mogą żądać czegoś niemożliwego. Ich adresat musi mieć możliwość wyboru. Jeżeli wykona jeden z obowiązków, jego decyzja zostanie przez prawo oceniona pozytywnie; w przeciwnym razie jakiegokolwiek drogi ratunku dla dóbr byłyby zamknięte, ponieważ wypełnieniu jednego obowiązku działania zawsze jednocześnie stałby na drodze nakaz wypełnienia innego i odwrotnie.

Stanowisko opierające legalizację kolizji obowiązków działania równej wagi na zasadzie *impossibilium nulla obligatio est*, a więc odwołujące się do konkretno-indywidualnych możliwości sprawcy, spotyka się jednak z zarzutem, że prowadzi ono do zatarcia kategorycznej różnicy między bezprawnością (okolicznościami wyłączającymi bezprawność) i zawinieniem (okolicznościami znoszącymi winę). W. Küper odrzuca argumentację krytyków, twierdząc, że nie chodzi tu o „niemożliwość” o charakterze indywidualno-psychicznym (intelektualnym), lecz o generalną, warunkowaną sytuacyjnie „niemożliwość” wypełnienia tych kolidujących ze sobą obowiązków dla każdego znajdującego się w takiej sytuacji.<sup>23</sup> Natomiast przeciwnicy koncepcji legalizacji twierdzą, iż porządek prawny stawiając wymagania wobec jednostki, niekiedy nie respektuje granic jej „możliwości”.<sup>24</sup> Tak więc normy kierowane są także do niepoczytalnych, a bezprawność czynu nieumyślnego zakłada naruszenie jedynie obiektywnego obowiązku ostrożności; konkretno-indywidualna możliwość wypełnienia tego obowiązku to problem winy.<sup>25</sup> Jednak część współczesnej doktryny, a do nich należałoby jeszcze dodać wielu dawnych konsekwentnych zwolenników *Imperativentheorie*, reprezentują pogląd, że do bezprawia czynu nieumyślnego należy włączyć również konkretno-indywidualną możliwość wypełnienia obowiązku ostrożności.<sup>26</sup> Koncepcja legalizacji jest jednak z pewnością „kłopotliwa” dla zwolenników jednolitej bezprawności i jednolitych

---

Bd. I, s. 350–351; C. Roxin, *Die notstandsähnliche Lage – ein Strafrechtsausschlussgrund?*, (w:) Festschrift für Dietrich Oehler zum 70. Geburtstag, Köln–Berlin–Bonn–München 1985, s. 186; U. Kindhäuser, *Zur Rechtfertigung von Pflicht- und Obliegenheitsverletzungen im Strafrecht*, Jahrbuch für Recht und Ethik (Annual Review of Law and Ethics) 1994, Bd. 2, s. 348.

<sup>22</sup> Th. Lenckner, (w:) A. Schönke, H. Schröder, *Strafgesetzbuch...*, op. cit., s. 575. Zob. również C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 780; H.J. Hirsch, (w:) *Strafgesetzbuch...*, op. cit., Vor § 32, Rdn. 73, s. (42).

<sup>23</sup> W. Küper, *Grund- und Grenzfragen...*, op. cit., s. 22. Zob. też C. Roxin, *Die notstandsähnliche...*, op. cit., s. 186.

<sup>24</sup> H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, op. cit., s. 332.

<sup>25</sup> Na ten temat zob. ibidem; G. Mangakis, *Die Pflichtenkollision...*, op. cit., s. 460.

<sup>26</sup> Zob. np. G. Stratenwerth, *Zur Individualisierung des Sorgfaltsmaßstabes beim Fahrlässigkeitsdelikt*, (w:) Festschrift für Hans-Heinrich Jescheck, Berlin–New York 1985, 1. Band, s. 285 i n.; J. Renzikowski, *Restriktiver Täterbegriff und fahrlässige Beteiligung*, Tübingen 1997, s. 224 i n., 233 i n.; G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, Berlin–New York 1993 (Studienausgabe), 2 Aufl., s. 315 i n. W tym kierunku jeszcze przed II wojną światową także H. Welzel, *Studien zum System des Strafrechts*, Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft 1938, Bd. 58, s. 559 i n. Później zmienił swoje stanowisko.

kryteriów jej ustalania. Stanowisko przyjmujące w przypadku kolizji obowiązków równej wagi okoliczność znoszącą zawinienie (*Entschuldigungsgrund*) można uważać za swoistą próbę „uratowania” jednorodności kryteriów, na których opierają się szczeble oceny tradycyjnej systematyki przestępstwa. Niemniej przeciwnicy koncepcji wyłączenia bezprawności wskazują na inne jej wady. Legalizacja niewypełnienia rodzicielskiego obowiązku ratowania np. drugiego z tonących dzieci (ponieważ w tym czasie ratuje pierwsze) oznaczałaby, że porządek prawny aprobuje w ten sposób poświęcenie jednego z równowartościowych dóbr. Norma nie powinna ojcu formalnie zezwalać na zaniechanie ratowania któregoś ze swoich dzieci.<sup>27</sup> Zawarta w zachowaniu osoby zobowiązanej ujemność skutku nie pozwala na wydanie jednoznacznie pozytywnej oceny.<sup>28</sup> Niektórzy dogmatycy widzą tu więc sytuację „prawnie nierozwiązywalnej kolizji obowiązków”,<sup>29</sup> ponieważ prawo nie jest w stanie w tym wypadku przekazać racjonalnych kryteriów dla rozwiązania tego konfliktu. Podobnie jak w przypadku stanu konieczności, w którym poświęca się dobro równej wartości z dobrem ratowanym (§ 35 niemieckiego StGB), trzeba więc problem przesunąć w obszar winy (*Entschuldigungsgrund*).<sup>30</sup>

Poprzez nadanie cechy bezprawności takiemu zachowaniu dobra pozostają demonstracyjnie w równym stopniu nienaruszalne.<sup>31</sup> Jednak ostateczne konsekwencje takiego rozumowania są trudne do zaakceptowania: porządek prawny rezygnuje w istocie rzeczy z ochrony obydwu dóbr. Możliwe i nakazane utrzymanie w danym wypadku jednego dobra prawnego jest jednocześnie oceniane ujemnie w aspekcie zakazanego poświęcenia innego dobra i każde działanie ratunkowe kwalifikowane jest jako bezprawne, tak jak całkowita bezczynność, jakkolwiek aktywność jest zakazana<sup>32</sup>. Wypełnienie jakiegokolwiek obowiązku stanowi wobec poświęconego dobra „bezprawny zamach”, co uprawnia do obrony koniecznej. Niemożliwość jednoczesnego wypełnienia obowiązku działania dla konkretnej treści obowiązku prowadzi w konsekwencji do nierozwiązywalnej niezgodności: porządek prawny musi jednocześnie nakazywać i zabraniać zachowania,<sup>33</sup> a to narusza zasadę jego jedności.<sup>34</sup>

<sup>27</sup> H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 502.

<sup>28</sup> H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, op. cit., s. 332.

<sup>29</sup> H.-H. Jescheck, T. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 502.

<sup>30</sup> W. Gallas, *Pflichtenkollision als Schuldausschließungsgrund*, (w:) Festschrift für Edmund Mezger zum 70. Geburtstag, Berlin–München 1954, s. 311 i n.; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 367–368, 502–503. Zob. J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 62 i n. (literatura i inni reprezentanci tego stanowiska s. 59, przyp. 138).

<sup>31</sup> W. Küper, *Grund- und Grenzfragen...*, op. cit., s. 24.

<sup>32</sup> Ibidem. Krytycznie o koncepcji *Entschuldigung* W. Gallasa także W. Küper, *Differenzierung...*, op. cit., s. 350–351.

<sup>33</sup> W. Küper, *Grund- und Grenzfragen...*, op. cit., s. 26.

<sup>34</sup> Zob. H. Otto, *Pflichtenkollision...*, op. cit., s. 19; W. Küper, *Grund- und Grenzfragen...*, op. cit., s. 26–27; tenże, *Differenzierung...*, op. cit., s. 351. Zob. też G. Jakobs, *Strafrecht...*, op. cit., s. 588. Na ten temat szerzej J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 64–66.

W literaturze kolizję obowiązków działania równej wartości (wagi) próbuje się również rozwiązać poprzez konstrukcję obszaru wolnego od prawa (*rechtsfreier Raum*).<sup>35</sup> W jakimś zakresie była ona inspirowana przez filozofię prawno-naturalną wczesnego Oświecenia i tzw. Exemptionstheorie J.G. Fichtego.<sup>36</sup> Prowadząc swoje rozważania na przykładzie deski Karneadesa, Fichte dochodzi do wniosku, że w takich sytuacjach nie jest możliwa koegzystencja wolnych istot, odpada problem sposobu tej egzystencji, odpada więc także problem istnienia prawa. Prawo konieczności można opisać jako „das Recht, sich gänzlich exempt von aller Gesetzgebung zu betrachten“. Osoby uczestniczące w konflikcie mogą poniekąd tylnymi drzwiami pożegnać się ze społeczeństwem i przejść do stanu natury. We współczesnej koncepcji obszaru wolnego od prawa przyjmuje się, że w niektórych nierozwiązywalnych sytuacjach konfliktowych (przede wszystkim stany konieczności) zachowanie sprawcy, jeżeli nie jest oceniane jako prawne, to przynajmniej prawo powstrzymuje się przed jego negatywną oceną i zakazywaniem, zajmuje wobec takiego zachowania postawę neutralną, pozostawiając jednostce swobodę postępowania. Zachowanie nie jest ani bezprawne, ani też legalne.

Pomijam analizę nauki o *rechtsfreier Raum*. Jest ona przedmiotem zainteresowania przede wszystkim teoretyków prawa, którzy ze względu na właściwe dla nich traktowanie norm jako imperatywów i niechęć do uwzględniania aspektów wartościujących na ogół ją odrzucają. W zakresie systematyki przestępstwa jest ona w gruncie rzeczy rezultatem ujmowania bezprawności jako jednolitej oceny z punktu widzenia całego porządku prawnego (jednolite ujęcie bezprawności) i w związku z tym wyrazem niedostatku odpowiednich płaszczyzn oceny w tradycyjnej, trójelementowej strukturze czynu przestępnego. W wielu sytuacjach, z jednej strony ujemna ocena prawna w stosunku do sprawcy, przynajmniej z punktu widzenia prawa karnego, wydaje się być zbyt surowa (przyjęcie bezprawności czynu), z drugiej natomiast w stosunku do ofiary równie niesprawiedliwe byłoby zobowiązanie jej do znoszenia naruszenia dobra (przyjęcie legalności).<sup>37</sup> H.-L. Günther uważa więc, że do przypadku kolizji obowiązków równej wagi powinna znaleźć zastosowanie kategoria (wyłączenia) bezprawności karnej.<sup>38</sup> Pozwala

<sup>35</sup> Zob. np. A. Kaufmann, *Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung*, (w:) Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, Karlsruhe 1972, s. 337–338; W. Schild, *Die strafrechtsdogmatischen Konsequenzen des rechtsfreien Raumes*, Juristische Arbeitsblätter für Ausbildung und Examen 1978, s. 634–635. Na temat koncepcji *rechtsfreier Raum* J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 67, 72–75.

<sup>36</sup> J.G. Fichte, *Die Grundlage des Naturrechts nach Prinzipien der Wissenschaftslehre*, (w:) Sämtliche Werke, Bd. III, Nachdruck des Ausgabe Berlin 1845/46, Berlin 1971, s. 253 i n. Wpływy poprzedników, w tym Hobbesa i Pufendorfa są u Fichtego widoczne. Zob. M. Pawlik, *Eine Theorie des entschuldigenden Notstandes: Rechtsphilosophische Grundlagen und dogmatische Ausgestaltung*, Jahrbuch für Recht und Ethik (Annual Review of Law and Ethics) 2003, Bd. 11, s. 289–290; J. Renczkowski, *Entschuldigung im Notstand*, Jahrbuch für Recht und Ethik (Annual Review of Law and Ethics) 2003, Bd. 11, s. 280.

<sup>37</sup> H.-L. Günther, *Strafrechtswidrigkeit...*, op. cit., s. 331.

<sup>38</sup> Koncepcję H.-L. Günthera omawia J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 68 i n.; krytycznie s. 144 i n. Krytycznie również C. Roxin, *Die notstandsähnliche...*, op. cit., s. 187 i n.

ona uniknąć takiego ambiwalentnego, podwójnego, w stosunku do sfer sprawcy i ofiary, równoczesnego oddziaływania. Okoliczność wyłączająca karną bezprawność nie dotyka sfery prawnej ofiary. To, czy musi ona znosić naruszenie swojego dobra przez zgodne z istotą czynu zabronionego zachowanie sprawcy, wymaga raczej oddzielnego, samodzielnego sprawdzenia. Jest to w jego systematyce przestępstwa tzw. prawdziwa okoliczność wyłączająca bezprawie karne. Czyn taki nie wymaga więc problematycznej pozytywnej oceny z punktu widzenia całego porządku prawnego, jednocześnie nie usuwamy karalności dopiero na poziomie winy. Kategoria (wyłączenia) bezprawności karnej Günthera stanowi poważne zagrożenie dla koncepcji jednolitej, ogólnej bezprawności, ale jego całościowe stanowisko nie jest konsekwentne, skoro przyjmuje obok wyłączania bezprawia jedynie karnego także wyłączenie bezprawności czynu z punktu widzenia całego porządku prawnego. Tymczasem co do potrzeby istnienia takiej ogólnosystemowej bezprawności na gruncie prawa karnego można mieć poważne wątpliwości: do wyłączenia możliwości zastosowania środka zabezpieczającego czy wyłączenia odpowiedzialności podżegacza i pomocnika w ramach limitowanej akcesoryjności wystarczy wystąpienie okoliczności uchylającej jedynie bezprawność karną. Pozostaje więc jedynie problem traktowania obrony koniecznej jako kontratypu bezwzględego, wyznaczającego pola zachowań obydwu stron: legalności broniącego się i bezprawności zamachowca. Wiele wskazuje jednak na to, że nawet prawie identycznie brzmiące przepisy np. w prawie cywilnym i karnym (art. 423 k.c. i 25 k.k.) nie gwarantują identycznych ocen ze względu na różne funkcje odpowiedzialności cywilnej i karnej. Brak świadomości odparcia bezprawnego zamachu nie wykluczy odpowiedzialności karnej (choć brak naruszenia obiektywnej sfery zamachowca) za przestępstwo dokonane bądź usiłowane, natomiast dla wyłączenia odpowiedzialności odszkodowawczej wystarczy istnienie obiektywnych znamion kontratypu.

Konsekwencji legalizacji zachowania w sytuacji kolizji obowiązków działania równej wagi (podważenie jednolitości podstaw legalizacji) można uniknąć również w sposób podobny, jak to czyni stanowisko przenoszące całkowicie problem zgody dysponenta dobrem na płaszczyznę (braku) realizacji znamion istoty czynu. Część doktryny odrzuca tu bowiem konstrukcję kolizji obowiązków, uważając je za pojęcie puste,<sup>39</sup> odwołując się przy tym do poglądu Kanta, według którego kolizja obowiązków nie jest możliwa, kolidować mogą jedynie racje (podstawy) obowiązków.<sup>40</sup> „Kolizja obowiązków” we właściwym tego słowa znaczeniu w ogóle

<sup>39</sup> Tak przede wszystkim J.C. Joerden, *Der Widerstreit...*, op. cit., s. 44 i n.; tenże, *Dyadische Fallsysteme im Strafrecht*, Berlin 1986, s. 82 i n.; zob. także W. Gropp, *Die „Pflichtenkollision“: weder eine Kollision von Pflichten noch Pflichten in Kollision*, (w:) Festschrift für Hans-Joachim Hirsch zum 70. Geburtstag, Berlin 1999, s. 207 i n. W nauce polskiej J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 89 i n.

<sup>40</sup> Zob. I. Kant, *Metafizyczne podstawy nauki prawa*, Kęty 2006, przekład W. Galewicz, s. 36. Wypowiedź Kanta cytują również J.C. Joerden (*Der Widerstreit...*, op. cit., s. 43–44) oraz J. Majewski (*Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 29, przyp. 28).

nie zachodzi, jest to „Widerstreit zweier Gründe der Verbindlichkeit”, nawet w przypadku gdy racje są równowartościowe. Ojciec musi wypełnić tylko obowiązek uratowania jednego ze swoich tonących synów. Jeżeli nie ratuje żadnego, odpowie za zabójstwo przez zaniechanie tylko raz. Ma on obowiązek ratować albo jednego, albo drugiego syna. Według J. Majewskiego,<sup>41</sup> założenie racjonalnego ustawodawcy wyklucza sytuację, w której nakazano by spełniane norm wzajemnie formalnie niezgodnych. System prawa zawierający normy wzajemnie formalnie niezgodne byłby systemem zasadniczo wadliwym, muszą więc istnieć środki zaradcze, których stosowanie ma skutecznie ochronić jego spójność. Są to reguły egzegezy (interpretacyjne, inferencyjne, kolizyjne) oraz reguły walidacyjne, które składają się na tzw. reguły konstrukcji systemu. Reguły te mają gwarantować, by wszelkie formalne niezgodności norm pozostały jedynie niezgodnościami *prima facie*, niezgodnościami tylko pozornymi. Jeżeli więc wstępna analiza tekstu prawnego ujawnia przejawy formalnej niezgodności, w procesie egzegezy należy ostatecznie uzyskać normę czy normy formalnie zgodne z innymi obowiązującymi normami. Jeżeli w sytuacji S *prima facie* miałyby znaleźć zastosowanie względem tego samego podmiotu P normy N1 i N2, wyznaczające mu odpowiednio obowiązek O1 działania czynu C1 oraz obowiązek O2 działania czynu C2, przy czym wykonanie czynu C1 czyniłoby niemożliwym wykonanie czynu C2, i odwrotnie, aktualizuje się dla P co najwyżej obowiązek O1 albo obowiązek O2, nigdy zaś oba kumulatywnie. Używając reguł egzegezy, musimy rozstrzygnąć, który to ma być obowiązek. Jeżeli analiza doprowadzi nas do wniosku, że np. aktualizuje się tylko obowiązek O1, to zawsze norma N1, jako norma wyznaczająca obowiązek O1, i wyłącznie ta norma będzie stanowić właściwą podstawę kwalifikacji zachowania P jako bezprawnego albo niebezprawnego; w żadnym razie roli tej nie może pełnić norma N2. Obowiązek O2 w ogóle się nie aktualizuje. P w sytuacji S działa bezprawnie, gdy naruszy normę N1 (zaniecha czynu C1). Jest natomiast wyłączone, by naruszył normę N2. Nie zawsze niezgodności norm dadzą się usunąć poprzez zastosowanie którejś z niekwestionowanych reguł kolizyjnych. Ich rugowanie następuje wówczas za pomocą odwołania się do zakładanych preferencji aksjologicznych (decyduje porównanie wag, jakie *in concreto* należy przypisać dobrom, których ochronie służą normy). Aktualizuje się więc obowiązek „wyższej wagi” czy „rangi” (norma „mocniejsza” ma pierwszeństwo przed normą „słabszą”). W przypadku zbiegu norm „równej” wagi znajduje zastosowanie swoista alternatywa obu *prima facie* niezgodnych między sobą norm. Wyznaczone przez normy obowiązki aktualizują się dla adresata nie jako obowiązki kumulatywne, lecz jako alternatywne (rozłączenie). W sytuacji S dla podmiotu P aktualizuje się alternatywa obowiązków O1 oraz O2. Jeżeli P wykona czyn C1, to wypełni normę N1, a zarazem nie naruszy normy N2. Gdyby zaś wykonał czyn C2, to wypełniłby

<sup>41</sup> J. Majewski, *Tak zwana kolizja...*, op. cit., s. 89–137.



normę N2 i nie przekroczyłby wtedy normy N1. Wreszcie jeżeli nie wykona ani czynu C1, ani C2, to naruszy tylko jedną z norm (ale nie obie).

Koncepcja usprawiedliwienia (legalizacji „wtórnej”) przyjmuje, że aktualizują się obydwie obowiązki. Wykonanie np. obowiązku O1 (zdziałanie czynu C1) równej wagi „usprawiedliwia” (legalizuje) naruszenie normy N2 (obowiązku C2). Jeżeli zaś, jak to zakłada J. Majewski, obowiązek O2 się nie aktualizuje, to trudno mówić o takiej „wtórnej” legalizacji.<sup>42</sup> Norma N2 nie zostaje naruszona. Można powiedzieć, że czyn na pewno nie wyczerpuje w ogóle znamion istoty czynu, tak więc jego przestępność odpada już na pierwszym stopniu wartościowania. Biorąc jednak pod uwagę to, że brak realizacji znamion istoty czynu niekiedy nie jest równoznaczne z legalnością (czyn może pozostawać bezprawny), w sytuacji wykluczających się nakazów jednoczesnego działania „niewykonanie” obowiązku O2 jest „pierwotnie” legalne (norma N2 nie zostaje naruszona) w sensie tzw. dozwoleń słabego.

Wyłączenie przestępności czynu z powodu braku realizacji znamion istoty czynu w przypadku kolizji obowiązków równej wagi przyjmuje również Ch. Jäger,<sup>43</sup> przedstawiciel normatywizującej nauki o tzw. obiektywnym przypisaniu skutku („objektive Zurechnung”). Nauka ta wychodzi od formuły *conditio sine qua non*, a tak ujęty związek przyczynowy stanowi typowe przypisanie skutku. Przy pomocy pewnych obiektywnych kryteriów można jednak to typowe przypisanie wykluczyć. W ujęciu pozytywnym skutek przypisywany jest sprawcy tylko wtedy, gdy swoim zachowaniem stworzył on dla chronionego przedmiotu prawnie zabronione (nie-dozwolone) ryzyko (niebezpieczeństwo) i to ryzyko (niebezpieczeństwo) urzeczywistniło się w skutku.<sup>44</sup> Brak możliwości obiektywnego przypisania skutku wyłącza realizację znamion obiektywnej istoty czynu („Tatbestandsausschluss”).<sup>45</sup> Jedną z grup przypadków wyłączenia przypisania jest tzw. zmniejszenia ryzyka („Risikoverringerung”), np. B chciał wykluć C oko, jednak A skierował pchnięcie w taki sposób, że C uszedł tylko z lekką raną ucha.<sup>46</sup> Spowodowanie tej rany przez A nie wyczerpuje znamion uszkodzenia ciała, ponieważ zmniejszył on ryzyko cięższego uszkodzenia u C. Zdaniem Ch. Jägera, działanie w sytuacji prawdziwej kolizji obowiązków jest w rzeczywistości szczególną formą zmniejszenia ryzyka. Nie można bowiem przypisać sprawcy naruszenia obowiązku odwrócenia skutku, jeżeli los dyktuje taką sytuację, w której zobowiązany może wykonać tylko jeden z dwóch obowiązków. Jednostka nie uwolni się od odpowiedzialności po prostu przez pozostawienie rozwijającego się procesu własnemu losowi. Natomiast

<sup>42</sup> Ibidem, s. 77.

<sup>43</sup> Ch. Jäger, *Zurechnung und Rechtfertigung als Kategorialprinzipien im Strafrecht*, Heidelberg 2006, s. 30.

<sup>44</sup> Ibidem, s. 7; H.-H. Jescheck, Th. Weigend, *Lehrbuch...*, op. cit., s. 287; C. Roxin, *Strafrecht...*, op. cit., s. 373.

<sup>45</sup> Ch. Jäger, *Zurechnung...*, op. cit., s. 4.

<sup>46</sup> Przykład ibidem, s. 5.

wykonanie jednego z działań zwalnia od razu z obowiązku podjęcia drugiego. Zobowiązany ma bowiem do wyboru: albo podwójne ryzyko pozostawić własnemu biegowi, albo też te podwójne ryzyko zredukować do ryzyka pojedynczego.

## STRESZCZENIE

Celem rozważań jest konfrontacja jednej z okoliczności wyłączającej przestępność czynu, tzw. kolizji obowiązków (równej wagi) z tradycyjną trójelementową strukturą przestępstwa. Rozróżnieniu poszczególnych płaszczyzn przypisania bądź wyłączenia przestępności czynu (istota czynu, bezprawność, wina) przypisuje się określone skutki prawnokarne, a sama struktura przestępstwa ma charakter hierarchiczny i normatywny, tj. ustalanie kolejnych elementów zakłada istnienie elementów wcześniejszych (ustalenie braku okoliczności wyłączających bezprawność jest możliwe dopiero wtedy, gdy zachowanie sprawcy zrealizowało znamiona istoty czynu, a ustalenie winy jest wykluczone, gdy czyn nie jest bezprawny) oraz przypisanie czynu na wyższym poziomie łączy się z bardziej ujemną oceną. Usytuowanie w tej strukturze kolizji obowiązków jest w nauce przedmiotem ogromnych kontrowersji. Traktuje się ją jako okoliczność wyłączającą bezprawność, wyłączającą bezprawność jedynie karną bądź jako okoliczność znoszącą zawinienie, a nawet jako sytuację braku realizacji znamion czynu zabronionego, umieszcza się ją nawet na nowych, specjalnych płaszczyznach oceny (wyłączenie „odpowiedzialności za czyn”, obszar „wolny od prawa”). Kolizja obowiązków równej wagi może podważać jednorodność kryteriów poszczególnych płaszczyzn przypisania przestępności czynu (w tym przede wszystkim zasad wyłączenia bezprawności), a spory wokół jej lokalizacji prowadzić mogą do zacierania się granic między stopniami struktury przestępstwa.

## SUMMARY

The aim of the discussion is to confront one of the circumstances that exclude criminality of an act, the so called collision of duties (of the same importance), with the three-element structure of the crime. Differentiation of individual spheres of attributing or excluding criminality of an act (character of an act, unlawfulness, guilt) is connected with specific legal and penal consequences, and the crime structure itself has a hierarchical and normative character, i.e. determining the subsequent elements assumes the existence of previous elements (determining the lack of circumstances excluding unlawfulness of an act is possible only when the activities of a perpetrator executed the features of the act nature, and establishing the guilt is excluded when the act is not unlawful) and attributing an act on a higher level is connected with a more negative assessment. Positioning of the collision of duties in this structure is a matter of great scientific controversies. It is treated as a circumstance excluding

unlawfulness, but excluding unlawfulness from the point of view of penal code, or as a circumstance excluding guilt, or even as a situation where there is a lack of execution of features characteristic of a forbidden act, it is placed in new, special spheres of assessment (excluding “responsibility for an act”, “free from law” area). Collision of equally important duties may challenge homogeneity of criteria for individual spheres of attributing criminality to an act (including especially the rules of excluding unlawfulness), and disputes over its positioning may lead to blurring the borders between the stages of the crime structure.

RYSZARD A. STEFAŃSKI



## PRZYSZYŁY MODEL POSTĘPOWANIA PRZYGOTOWAWCZEGO

### 1. Wprowadzenie

Historia polskiego procesu karnego wskazuje, że postępowanie przygotowawcze jest tym jego etapem, który ulega ciągłym zmianom, co oznacza, że ustawodawca ocenia obowiązujący w danym okresie model negatywnie i szuka rozwiązań eliminujących ujemne jego strony. W tym stanie rzeczy konieczne staje się podjęcie próby wypracowania takiego modelu tego postępowania, który pozbawiony byłby wad dotychczasowych, a jednocześnie jego zaletą byłoby przyspieszenie postępowania karnego, ale bez szkody dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy przez sąd.

### 2. Dotychczasowe modele postępowania przygotowawczego

Kodeks postępowania karnego z 1928 r. pierwotnie jako podstawową formę postępowania przygotowawczego przewidywał śledztwo, a drugorzędną rolę miało dochodzenie. Śledztwo prowadził sędzia śledczy (art. 258 § 1)<sup>1</sup> lub sąd grodzki (art. 258 § 2) i było ono właściwe tylko w sprawach należących do właściwości sądu przysięgłych lub sądów okręgowych (art. 259 § 1). Było ono obligatoryjne w sprawach o zbrodnie należące do właściwości sądu przysięgłych i w sprawach popieranym przez oskarżyciela posiłkowego (art. 260), a fakultatywne w innych sprawach na wniosek prokuratora, jeżeli tego wymagały zawile okoliczności sprawy lub na wniosek oskarżonego, jeżeli sędzia śledczy uznał to za potrzebne (art. 261).

W dekreście z dnia 16 listopada 1945 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy państwa<sup>2</sup> oraz dekreście z dnia z dnia 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy pań-

<sup>1</sup> Numeracja artykułów według pierwotnej wersji k.p.k. z 1928 r.

<sup>2</sup> Dz.U. Nr 53, poz. 303.

stwa<sup>3</sup> do prowadzenia postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa określone w tym dekrete zostały upoważnione organa bezpieczeństwa publicznego, jeżeli nie zostało lub nie zostanie wszczęte postępowanie przez prokuratora lub prokuratora wojskowego w sprawach należących do właściwości sądu wojskowego (art. 37 ust. 1 w zw. z art. 38 pkt 1 dekretu z 1945 r. art. 55 w zw. z art. 56 § 2 dekretu z 1946 r.).

Kompleksowej reformy tego postępowania dokonano ustawą z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego<sup>4</sup>, likwidując jego podział na śledztwo i dochodzenie. Przewidziano tylko śledztwo oraz zniesiono instytucję sędziego śledczego, podporządkowując całe postępowanie przygotowawcze prokuratorowi oraz upoważniając do prowadzenia śledztwa, oprócz prokuratora, milicję i oficerów śledczych organów bezpieczeństwa publicznego<sup>5</sup>. Dotychczasowe uprawnienia sędziego śledczego przekazano prokuratorowi. W praktyce milicja często korzystała z postępowania wyjaśniającego, w ramach którego szeroko utrwalano dowody dla sądu<sup>6</sup>.

Ustawą z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania karnego<sup>7</sup> uprawnienia do prowadzenia śledztwa przyznano organom bezpieczeństwa publicznego, jeżeli nie zostało ono wszczęte przez prokuratora. Oficerom śledczym bezpieczeństwa publicznego służyły wówczas wszelkie uprawnienia, przewidziane w przepisach kodeksu postępowania karnego dla organów prowadzących śledztwo z ograniczeniami.

Dekretem z dnia 19 października 1952 r. o zmianie niektórych przepisów postępowania karnego,<sup>8</sup> upoważniono do prowadzenia śledztwa oprócz organów bezpieczeństwa publicznego także oficerów śledczych Milicji Obywatelskiej, jeżeli nie zostało ono wszczęte przez prokuratora.

Zmiany wprowadzone dekretem z dnia 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego<sup>9</sup> polegały na rezygnacji z jednolitego śledztwa i wprowadzeniu dwóch form postępowania przygotowawczego: śledztwa i dochodzenia (art. 228 § 2<sup>10</sup>). Śledztwo to różniło się od pierwotnego, mającego charakter śledztwa sądowego i od dochodzenia, dokumentowanego tylko za pomocą zapisków. Śledztwo prowadził prokurator lub referendarz śledczy prokuratury albo oficer śledczy bezpieczeństwa publicznego z własnej inicjatywy bądź na zlecenie prokuratora (art. 235 § 1 i 2). Prowadzący śledztwo mógł zlecić Milicji Obywatelskiej

<sup>3</sup> Dz.U. Nr 30, poz. 192.

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 32, poz. 238.

<sup>5</sup> Zob. J. Tylman, *Rozwój systemu postępowania przygotowawczego w latach 1944–1956*, ZN UŁ 1957, seria I, z. 6, s. 161 i nast.

<sup>6</sup> J. Tylman, *O przedprocesowych czynnościach sprawdzających*, ZN UŁ 1967, seria I, z. 51, s. 189 i nast.

<sup>7</sup> Dz.U. z 1950 r. Nr 38, poz. 348.

<sup>8</sup> Dz.U. z 1952 r. Nr 44, poz. 302.

<sup>9</sup> Dz.U. Nr 46, poz. 309.

<sup>10</sup> Numeracja k.p.k. według jednolitego tekstu z 1950 r.

dokonanie określonych czynności śledczych (art. 241). Dochodzenie przeprowadzała Milicja Obywatelska lub działające na podstawie szczególnego upoważnienia ustawy inne organy administracji państwowej, z własnej inicjatywy lub na zlecenie prokuratora (art. 245<sup>8</sup> § 3).

Kolejne nowelizacje kodeksu postępowania karnego<sup>11</sup> upoważniły prokuratora do powierzenia prowadzenia śledztwa Milicji Obywatelskiej, z wyłączeniem niektórych czynności, np. przestawienia zarzutów (art. 235 § 2). Dochodzenie prowadziła Milicja Obywatelska, a w sprawach o przestępstwa skierowane przeciwko nienaruszalności i bezpieczeństwu granic państwowych mogli je prowadzić oficerowie śledczy Wojsk Ochrony Pogranicza (art. 245<sup>8</sup> § 3). Były to w gruncie rzeczy – na co zwrócono uwagę w literaturze – dwie różnie nazwane, ale bardzo do siebie podobne formy postępowania przygotowawczego<sup>12</sup>. Sąd nie wykonywał żadnych czynności w postępowaniu przygotowawczym.

Kodeks postępowania karnego z 1969 r. powielił model wprowadzony nowelą z 1955 r. i przewidywał śledztwo oraz dochodzenie. Śledztwo prowadził prokurator, z tym że mógł powierzyć organom Milicji Obywatelskiej przeprowadzenie śledztwa w całości lub w określonym zakresie, jak też dokonanie poszczególnych czynności śledczych, zastrzegając jednak niektóre z nich do wyłącznej swojej kompetencji, np. przedstawienie zarzutów (art. 264 § 1-3). Dochodzenie mogła prowadzić Milicja Obywatelska z własnej inicjatywy lub na polecenie prokuratora (art. 265 § 1), jak też w ograniczonym zakresie organy kontroli i rewizji finansowej oraz Wojska Ochrony Pogranicza (art. 265 § 2-4). Dochodzenie występowało w dwóch formach, tj. dochodzenia zwykłego i uproszczonego.

Ustawą z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich<sup>13</sup> w dochodzeniu uproszczonym wprowadzono możliwość ograniczenia czynności do przesłuchania podejrzanego i pokrzywdzonego oraz przeprowadzenia czynności, których nie będzie można powtórzyć, a także czynności w zakresie niezbędnym do wniesienia i popierania aktu oskarżenia lub innego zakończenia postępowania. Od przeprowadzenia innych czynności można było odstąpić, sporządzając odpowiednią notatkę urzędową (art. 422 § 1). Nowela ta przekazała do wyłącznej kompetencji sądu stosowanie tymczasowego aresztowania (art. 210 § 2).

Kodeks postępowania karnego z 1997 r. wbrew – twierdzeniu zawartemu w uzasadnieniu projektu tego kodeksu – nie zmienił w istotny sposób modelu tego postępowania, aczkolwiek wzmocnił gwarancje interesów stron i zasadniczo

<sup>11</sup> Dokonane ustawą z dnia 28 marca 1958 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. Nr 18, poz. 76), ustawą z dnia 18 czerwca 1959 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. Nr 36, poz. 229), ustawą z dnia 27 listopada 1961 r. o zmianie przepisów postępowania karnego (Dz.U. Nr 53, poz. 296), ustawą z dnia 14 kwietnia 1967 r. o prokuraturze PRL (Dz.U. Nr 13, poz. 55).

<sup>12</sup> T. Grzegorzczak, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2003, s. 588.

<sup>13</sup> Dz.U. Nr 89, poz. 443.

zrównał pod tym względem pozycję podejrzanego i pokrzywdzonego, rozszerzył udział sądu głównie w zakresie funkcji kontrolnych oraz wzmocnił nadzór prokuratora nad czynnościami innych organów<sup>14</sup>. Nadal utrzymane zostały dwie formy postępowania przygotowawczego, tj. śledztwo (art. 309) i dochodzenie (art. 310 § 1). Śledztwo prowadził prokurator, który mógł powierzyć Policji prowadzenie śledztwa lub prowadzonego przez siebie dochodzenia w całości albo w określonym zakresie, a także dokonanie poszczególnych czynności śledztwa lub dochodzenia, z wyjątkiem sytuacji, gdy podejrzanym był funkcjonariusz Policji, Urzędu Ochrony Państwa, Straży Granicznej lub finansowych organów dochodzenia (art. 311 § 3). Powierzenie nie mogło obejmować czynności wymagających postanowienia oraz wszelkich czynności związanych z przedstawieniem lub zmianą zarzutów, a także zamknięciem śledztwa (art. 311 § 4).

Dochodzenie występowało w postaci dochodzenia zwykłego (art. 310 § 1), uproszczonego (art. 471-474) i zapiskowego (art. 319).

Gruntownej przebudowy modelu postępowania przygotowawczego dokonano ustawą z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – przepisy wprowadzające kodeks postępowania karnego, ustawy świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych<sup>15</sup>. Podstawową formą postępowania przygotowawczego stało się śledztwo prowadzone przez prokuratora lub Policję (art. 311 § 1). Tym sposobem zerwano z fikcją prowadzenia śledztwa przez prokuratora, który z reguły powierzał prowadzenie śledztwa w całości Policji; *de facto* organem prowadzącym śledztwo była Policja.

Dochodzenie objęło w nieco szerszym zakresie dotychczasowe dochodzenie uproszczone (art. 325b i art. 325c), a nadto pozostało w zasadzie w niezmiennym kształcie dochodzenie zapiskowe, w którym utrwalenie innych czynności dowodowych następowało w formie protokołu ograniczonego do zapisu najbardziej istotnych oświadczeń osób biorących udział w czynności (art. 325h). Ponadto przewidziano tzw. dochodzenie rejestrowe, polegające na umorzeniu dochodzenia i wpisaniu sprawy do rejestru przestępstw, prowadzonego w wypadkach niecierpiących zwłoki (art. 308 § 1) lub przez okres co najmniej 5 dni, jeżeli uzyskane dane nie stwarzały dostatecznych podstaw do wykrycia sprawcy (art. 325f § 1).

Modyfikacja postępowania przygotowawczego dokonana ustawą z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw,<sup>16</sup> doprowadziła do stworzenia nowego modelu tego postępowania, odbiegającego od dotychczas występujących w polskim procesie karnym, chociaż w pewnym zakresie nawiązuje do modelu tego postępowania sprzed noweli z dnia 10 stycznia 2003 r.

<sup>14</sup> *Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 422.

<sup>15</sup> Dz.U. Nr 17, poz. 155 ze zm.

<sup>16</sup> Dz.U. Nr 64, poz. 432.

Występuje ono w formie śledztwa lub dochodzenia, lecz o zmienionym ich zakresie przedmiotowym, jak i zakresie organów uprawnionych do prowadzenia śledztwa. Podkreślono wiodącą rolę prokuratora w postępowaniu przygotowawczym, wskazując, że prokurator nie tylko je prowadzi, ale i nadzoruje, a w zakresie przewidzianym w ustawie prowadzi je Policja, w wypadkach przewidzianych w ustawie uprawnienia Policji przysługują innym organom (art. 298 § 1 k.p.k.), a także zwiększono rolę sądu, wprowadzając zasadę, że na postanowienie prokuratora zażalenie przysługuje do sądu właściwego do rozpoznania sprawy, chyba że ustawa stanowi inaczej (art. 465 § 2 k.p.k.).

Usytuowanie prokuratora jako organu wyłącznie prowadzącego śledztwo musiało z góry zakładać fikcję, gdyż prokuratura nie jest przygotowana kadrowo, by prokurator sam prowadził tak dużą liczbę śledztw. Wobec tego w praktyce wiele śledztw jest powierzanych do prowadzenia Policji i innym organom w całości lub w części. Ustawowo zastrzeżone czynności do wyłącznej kompetencji prokuratora niewiele zmieniają, gdyż ograniczone są do czynności natury formalnej, np. przedstawienia zarzutów (art. 311 § 3 k.p.k.), a poza ich zakresem leżą czynności dowodowe, które decydują o powodzeniu śledztwa. Oczekiwanie, że wprowadzenie zasady, że organem odwoławczym od postanowień i zarządzeń zapadłych w postępowaniu przygotowawczym jest sąd, uwolni prokuratorów od tych czynności i umożliwi ich przesunięcie do pracy na odcinku postępowania przygotowawczego, było zbyt optymistyczne oraz nie wynikało z realnej oceny tego uregulowania i możliwości przesunąć kadrowych.

### 3. Ocena dotychczasowych modeli

**D**la oceny modeli postępowania przygotowawczego istotne znaczenie mają cele, jakie ma ono realizować. We wszystkich dotychczasowych uregulowaniach tego postępowania jego celami były:

- 1) **ustalenie popełnienia przestępstwa**, tj. ustalenie, czy istotnie popełniono przestępstwo (art. 245 § 1 k.p.k. z 1928 r. co do dochodzenia, art. 245 § 1 lit. a k.p.k. z 1928 r. po noweli z 1949 r., art. 233 § 1 lit. 1 k.p.k. z 1928 r. po noweli z 1955 r.), ustalenie, czy rzeczywiście zostało popełnione przestępstwo (art. 261 pkt 1 k.p.k. z 1969 r.), ustalenie, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo (art. 297 § 1 pkt 1 k.p.k. z 1997 r.),
- 2) **ustalenie sprawy przestępstwa**, czyli ustalenie kogo można podejrzewać o popełnienie tego przestępstwa (art. 245 § 1 k.p.k. z 1928 r.), wykrycie sprawców przestępstwa (art. 262 § 2 lit. a k.p.k. z 1928 r.), wykrycie i w razie potrzeby ujęcie sprawców przestępstwa (art. 254 §1 lit. a k.p.k. po nowelizacji w 1949 r., art. 233 § 1 lit. b k.p.k. po noweli z 1955 r.), wykrycie i w razie potrzeby ujęcie sprawcy (art. 261 pkt 3 k.p.k., art. 297 § 1 pkt 2 k.p.k. z 1997 r.),



- 3) **wyjaśnienie okoliczności sprawy**, a mianowicie, czy jest dostateczna podstawa, by oskarżyciel mógł żądać wszczęcia postępowania sądowego (art. 254 § 1 k.p.k. z 1928 r.), wszechstronne wyjaśnienie okoliczności celem ustalenia, czy należy przeprowadzić rozprawę główną, czy też umorzyć postępowanie sądowe (art. 262 § 2 lit. b k.p.k. z 1928 r.), wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy drogą zebrania potrzebnych wiadomości, śladów i dowodów (art. 254 § 1 lit. c k.p.k. po nowelizacji w 1949 r.), wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy celem ustalenia, czy należy wnieść akt oskarżenia, czy też postępowanie umorzyć (art. 233 § 1 lit. c k.p.k. z 1928 r. po noweli z 1955 r.), wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy (art. 261 pkt 2 k.p.k. z 1969 r.), wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie rozmiarów szkody (art. 297 § 1 pkt 4 k.p.k. z 1997 r.), wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym, ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody (art. art. 297 § 1 pkt 1 k.p.k. z 1997 r. po noweli z 2003 r.),
- 4) **zebranie informacji o sprawcy**, a więc zebranie niezbędnych informacji co do osoby podejrzanego (art. 245 § 2 lit. b, art. 262 § 2 lit. c k.p.k. z 1928 r.), zebranie danych o podejrzanym, a zwłaszcza o jego stosunku do pokrzywdzonego, stopniu rozwoju umysłowego, charakterze, dotychczasowym życiu i zachowaniu się po spełnieniu przestępstwa oraz o innych okolicznościach (art. 254 § 1 lit. e k.p.k. po nowelizacji w 1949 r.), zebranie niezbędnych danych o osobie podejrzanego (art. 233 § 1 lit d k.p.k. z 1928 r., po noweli z 1955 r.), zebranie niezbędnych danych o osobie podejrzanego oraz o jego stanie majątkowym (art. 233 § 1 lit. d k.p.k. z 1928 r. po noweli z 1961 r.), zebranie niezbędnych danych o osobie podejrzanego (art. 261 pkt 4 k.p.k. z 1969 r.), zebranie danych stosownie do art. 213 i 214 (art. 297 § 1 pkt 3 k.p.k. z 1997 r.),
- 5) **utrwalenie dowodów**, w szczególności utrwalenie dowodów dla sądu, które mogłyby zagać (art. 262 § 2 lit. d k.p.k. z 1928 r.), utrwalenie dla sądu wyrokującego dowodów, które inaczej mogłyby zagać (art. 245 § 1 lit. d k.p.k. z 1928 r. po noweli z 1949 r.), utrwalenie dla sądu wyrokującego dowodów (art. 233 § 1 lit. d k.p.k. z 1928 r. po noweli z 1955 r.), zebranie i utrwalenie dowodów dla sądu (art. 261 pkt 5 k.p.k.), zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. z 1997 r.), zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. z 1997 r. po noweli z 2003 r.), zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu tak, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. z 1997 r. po noweli z 2007 r.),
- 6) **ustalenie przyczyn przestępstwa**, tj. dążenie do wyjaśnienia okoliczności, które sprzyjały popełnieniu czynu (art. 297 § 2 k.p.k. z 1997 r.).

Spośród tych celów najistotniejsze znaczenie – z punktu widzenia oceny modelu postępowania przygotowawczego – mają te, które dotyczą zakresu wyjaśnienia okoliczności sprawy i zabezpieczenia dowodów. Od ich określenia zależy,

czy postępowanie przygotowawcze ma dostarczyć dowodów oskarżycielowi, czy też mają one być podstawą orzekania przez sąd. O ile pierwotnie w kodeksie postępowania karnego z 1928 r. chodziło o ustalenie, czy jest dostateczna podstawa, by oskarżyciel mógł żądać wszczęcia postępowania sądowego (art. 254 § 1 k.p.k. z 1928 r.) lub czy należy przeprowadzić rozprawę główną, czy też umorzyć postępowanie sądowe (art. 262 § 2 lit. b k.p.k. z 1928 r.), o tyle nowelizacje tego kodeksu, z wyjątkiem z 1955 r. oraz późniejsze kodeksy wymieniały jako cel wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy, nie precyzując, czy tylko w takim zakresie, w jakim jest to potrzebne dla podjęcia merytorycznej decyzji przez oskarżyciela publicznego czy też dla sądu.

Różnie też kształtował się cel zabezpieczenia dowodów. Kodeks postępowania karnego z 1928 r. w pierwotnym brzmieniu wymagał tylko utrwalenie dowodów dla sądu, które mogłyby zaginąć (art. 262 § 2 lit. d k.p.k. z 1928 r., jak też po noweli z 1949 r.), nowela z 1955 r. wprowadziła wymóg utrwalenia dowodów dla sądu (art. 233 § 1 lit. d k.p.k. z 1928 r. po noweli z 1955 r., art. 261 pkt 5 k.p.k.). O ile kodeks postępowania karnego z 1997 r. przewidywał jako cel tego postępowania zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. z 1997 r.), to już nowela z 2003 r. doprecyzowała, że chodzi o dowody dla sądu (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. z 1997 r. po noweli z 2003 r.). Jeszcze dalej idący zakres określono nowelą z 2007 r., która cel ten określiła jako zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie dowodów dla sądu tak, aby rozstrzygnięcie sprawy nastąpiło na pierwszej rozprawie głównej (art. 297 § 1 pkt 5 k.p.k. z 1997 r. po noweli z 2007 r.). To ostatnie określenie tego celu powoduje, że ciężar dowodzenia został przesunięty do fazy postępowania przygotowawczego, a w postępowaniu sądowym podlegają one jedynie weryfikacji. Skutkiem takiego określenia tego celu jest jego istotne wydłużenie postępowania przygotowawczego. Wynika to z tego, że wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy wymaga przeprowadzenia wszystkich dowodów, a nadto aktualnie kodeks postępowania karnego nie ogranicza utrwalenia dowodów w niezbędnym zakresie, jak to czynił pierwotnie, ale konieczne jest w gruncie rzeczy zebranie, zabezpieczenie i utrwalenie wszystkich dowodów, bowiem tylko uczynienie tego w takim zakresie gwarantuje rozstrzygnięcie sprawy na pierwszej rozprawie głównej. Wydłużenie postępowania przygotowawczego pod względem czasowym, wpływa też na długość całego postępowania, skoro rozprawa główna jest tak ukształtowana, że konieczne jest ponowne przeprowadzenie dowodów, które już były przeprowadzone w poprzedzającym ją postępowaniu. Słusznie w piśmiennictwie podnosi się, że ponawianie przez sąd wszystkich czynności dowodowych postępowania przygotowawczego nie tylko wydłuża proces, ale także nadmiernie podwyższa koszty postępowania.<sup>17</sup>

<sup>17</sup> W. Groszyk, *Czy rozdział funkcji ministra sprawiedliwości i prokuratora generalnego jest wystarczający?*, DP 2008, nr 7–8, s. 130.

Tymczasem szybkość postępowania ma istotne znaczenia dla efektywności całego postępowania karnego, a nie tylko ścigania. Jest ona istotna także ze względu na wymóg rozpatrzenia sprawy w rozsądnym terminie, wynikającym z art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, art. 45 ust. 1 Konstytucji RP i art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k., stanowiący o rzetelności procesu karnego. Około 60 skarg kierowanych z Polski do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu dotyczy przewlekłości postępowania<sup>18</sup>. Dane statystyczne Ministerstwa Sprawiedliwości wskazują, że nie mały wpływ na wydłużenie okresu, jaki upływa od popełnienia przestępstwa do prawomocnego osądzenia sprawcy ma długość postępowania przygotowawczego. Wynika z nich, że w ostatnich latach ponad 3 tys. spraw zakończonych jest w prokuraturach po upływie roku. Przykładowo w 2007 r. załatwiono spraw trwających powyżej 3 do 6 miesięcy -12 512, powyżej 6 miesięcy do roku -5053, powyżej roku do 2 lat -1827, ponad 2 lata -1555. W tym ostatnim przedziale od momentu wpływu sprawy do prokuratury powyżej 2 lat do 5 lat w 2006 r. było 957, a w 2007 r. - 1110, a ponad 5 lat w 2006 r. - 301, w 2007 r. - 445, natomiast mając na uwadze terminy procesowe w okresie od 2-5 lat prowadzono w 2006 r. 368 postępowań, a w 2007 r. - 565, zaś ponad 5 lat postępowań takich było w 2006 r. - 30, a w 2007 r. - 112. Tak długie prowadzenie postępowań przygotowawczych wpływa na to, że już w momencie wpłynięcia sprawy do sądu z aktem oskarżenia nie jest możliwe jej zakończenie w rozsądnym terminie.

Aktualny model nie wpływa też na efektywność ścigania mierzoną wskaźnikiem wniesionych aktów oskarżenia do sądu i wniosków o warunkowe umorzenie postępowania. Wprowadzając dane za lata 1998-2007 wskazują, że wskaźnik wniesionych aktów oskarżenia systematycznie rośnie, lecz obecnie tylko niewiele ponad 30% postępowań kończy się skierowaniem aktu oskarżenia. Niepokojącym zjawiskiem jest umarzenie 25% spraw z innych przyczyn, w których niejednokrotnie wykonywane były pracochłonne i długotrwałe czynności; wskaźnik ten sugeruje, że niepotrzebnie wszczynano postępowania.

W związku z tymi mankamentami rodzi się pytanie, jak ukształtować to postępowanie, by zwiększyć szybkość postępowania w ogóle, a nie tylko postępowania przygotowawczego oraz efektywność tego drugiego.

#### 4. Założenia ogólne przyszłego modelu postępowania przygotowawczego

Ciągłe zmiany modelu postępowania nie przyniosły jak dotychczas pożądanego rezultatu, stąd konieczność poszukiwania nowego. Podział postępowania przygotowawczego na śledztwo i dochodzenie jest anachroniczny, gdyż

<sup>18</sup> S. Waltoś, *Wprowadzenie*, (w:) *Zagubiona przyszłość procesu karnego. Światło w tunelu*, (red.) S. Waltoś, J. Czapska, Kraków 2007, s. 7.

– jak słusznie wskazuje się w doktrynie – jest reminiscencją starodawnej różnicy między *inquisitio generalis* a *inquisitio specialis*<sup>19</sup>. Należy od podziału tego odstąpić. Jednakże likwidacja obu tych form i wprowadzenie tylko jednej formy, przy niezmiennych jego fundamentalnych założeniach, byłaby tylko drobną zmianą natury kosmetycznej i nie pociągnęłoby za sobą przyspieszenia postępowania karnego oraz zwiększenia jego efektywności.

Konieczne jest zatem skonstruowanie całkowicie nowego modelu, nie wzorującego się na poprzednikach, bowiem czyniono to do tej pory, a wszelkie zmiany w istocie zmierzały do jego udoskonalenia. Nie przyniosło to na żadnym etapie zmian pożądaných rezultatów.

Trzeba przede wszystkim zmienić cele postępowania przygotowawczego. Od celów, jakie ma ono realizować, zależą rozwiązania szczegółowe; one mają służyć ich realizacji. Z tego też względu jest ważne rozstrzygnięcie, co ma być podstawowym celem tego postępowania, czy ma ono za zadanie zebrać, zabezpieczyć i utwalić dowody dla sądu, czy w głównej mierze dostarczyć prokuratorowi podstaw do sporządzenia aktu oskarżenia i popierania oskarżenia przez sądem ewentualnie umorzenia postępowania. Należy odstąpić od dotychczasowych modeli, w którym materiał dowodowy zebrany w toku śledztwa lub dochodzenia był przygotowywany przede wszystkim dla sądu, o ile wystarczał do wniesienia aktu oskarżenia albo do umorzenia postępowania. Tymczasem dowody powinny być zbierane po kątem możliwości postawienia określonej osoby przed sądem przez oskarżyciela pod zarzutem popełnienia przestępstwa. Powinny one być zbierane dla oskarżyciela, który później wnioskowałby ich przeprowadzenia przed sądem, a dla sądu tylko w takim zakresie, w jakim nie byłoby możliwe ich przeprowadzenie na rozprawie.

Podstawowym zatem celem postępowania przygotowawczego powinno być dostarczenie prokuratorowi podstaw do wniesienia oskarżenia albo zaniechania ścigania. W ten sposób nastąpiłoby przesunięcie ciężaru wyjaśnienia okoliczności sprawy z tej fazy postępowania na fazę postępowania jurysdykcyjnego, która – ze względu na zasady kontrydiktoryjności i jawności – gwarantuje obiektywne wyjaśnienie okoliczności popełnionego czynu i dokonania oceny winy oskarżonego. Oprócz tego powinno realizować inne cele, mające jednak charakter subsydiarny do wskazanego celu zasadniczego. Celami postępowania przygotowawczego powinno być:

- 1) ustalenie, czy zostało popełnione przestępstwo,
- 2) wykrycie sprawcy,
- 3) zebranie danych o oskarżonym,
- 4) wyjaśnienie okoliczności sprawy w celu ustalenia istnienia podstaw do wniesienia aktu oskarżenia albo zaniechania ścigania,
- 5) utrwalenie dla sądu dowodów, których nie można będzie przeprowadzić na rozprawie.

---

<sup>19</sup> L. Peiper, *Komentarz do kodeksu postępowania karnego*, Kraków 1933, s. 360.

## 5. Rozwiązania szczegółowe przyszłego modelu postępowania przygotowawczego

Zproponowanych założeń ogólnych wynika, że zmienia się całkowicie funkcja postępowania przygotowawczego; z postępowania mającego na celu dostarczenie dowodów sądowi przekształca się w postępowanie służące wyłącznie oskarżycielowi do postawienia określonej osoby przed sądem za popełnione przestępstwo ewentualnie podjęcia decyzji o zaniechaniu ścigania. Wobec tego postępowanie dowodowe na etapie postępowania przygotowawczego byłoby ograniczone do wyjaśnienia tej podstawy; zebrane w nim dowody stanowiłyby podstawę do podjęcia decyzji przez oskarżyciela. W pozostałym szerokim już zakresie byłyby przeprowadzone przed sądem na rozprawie głównej, który rozstrzygałby o winie lub niewinności oskarżonego; w tej też fazie byłyby po raz pierwszy przeprowadzane dowody.

Skoro dowody mają służyć wyłącznie oskarżycielowi, nie ma potrzeby ich przeprowadzania w całości, jak też dokumentowania w sposób sformalizowany, np. w formie protokołów. Wystarczające byłoby rozpytanie osób podejrzanych i świadków, z którego przebiegu sporządzano by notatki urzędowe. Jako stanowiące tylko materiał dla prokuratora nie podlegały odczytaniu na rozprawie. Nie dokonywano by formalnego przesłuchania podejrzanego i świadków, a uzyskiwano by od nich niezbędne informacje o przestępstwie i osobie sprawcy dla potrzeb oskarżyciela; przesłuchanie następowaloby dopiero na rozprawie głównej.

Na tle tak zakreślonego zakresu postępowania dowodowego rodzi się pytanie, co z dowodami, których nie można powtórzyć na rozprawie, a których nieprzeprowadzenie niezwłocznie po ujawnieniu przestępstwa nieuchronnie prowadzi do ich utraty, np. nieprzeprowadzenie oględzin i niezabezpieczenie śladów oraz dowodów przestępstwa na miejscu powoduje, że ich uzyskanie w przyszłości jest niemożliwe. Te dowody – zgodnie zresztą z celem postępowania przygotowawczego – powinny być zabezpieczone dla sądu już w tej fazie postępowania. Problem jednak w tym, czy powinien to czynić prokurator lub inny organ prowadzący postępowanie przygotowawcze, czy sąd ewentualnie sędzia śledczy lub sędzia do spraw postępowania przygotowawczego. Ze względu na to, że chodzi o czynności, które nie mogą być przeprowadzone ponownie na rozprawie głównej, a miałyby z nich korzystać sąd, opierając na nich swoje ustalenia, powinny one być wykonywane przez organ sądowy. Powinien nim być – o czym mowa niżej – sędzia do spraw postępowania przygotowawczego. W sytuacji gdy zachodziłaby potrzeba wykonania czynności niepowtarzalnej, organ prowadzący postępowanie przygotowawcze zawiadamiałby o tym niezwłocznie sędziego do spraw postępowania przygotowawczego, któryby ją przeprowadzał lub uznając, że nie należy ona do tej kategorii, polecałby jej wykonanie organowi postępowania przygotowawczego.

Kwestią, która może rodzić wątpliwości, jest status sprawcy przestępstwa. Niewątpliwie nie powinien pozostawać tylko w sferze podejrzeń, a powinien

uzyskać status podejrzanego, co stwarzałoby mu możliwość korzystania z prawa do obrony, w tym do korzystania z pomocy obrońcy. W sytuacji gdy zebrane dowody uzasadniałyby postawienie określonej osoby w stan oskarżenia, zarzuty powinien stawiać sędzia do spraw postępowania przygotowawczego, który oceniałby, czy zebrane dowody uzasadniają podejrzenie, że popełnia przestępstwo. Następowaloby to na wniosek prokuratora, a nie innego organu prowadzącego postępowanie. Wobec takiej osoby byłoby dopiero możliwe stosowanie środków zapobiegawczych i to wyłącznie przez sędziego do spraw postępowania przygotowawczego.

Uzasadnione byłoby – ze względu na ograniczony zakres dowodzenia w tej fazie postępowania – wprowadzenie w ramach postępowania jurysdykcyjnego etapu oddania pod sąd. Po skierowaniu aktu oskarżenia przez oskarżyciela, sąd na posiedzeniu stwierdzałby, czy istnieją wystarczające powody do postawienia podejrzanego w stan oskarżenia. Po dokonaniu ustaleń na podstawie dowodów zaprezentowanych przez prokuratora, sąd zatwierdzałby zarzuty aktu oskarżenia, stwierdzając istnienie wystarczających dowodów dla przyjęcia dużego prawdopodobieństwa, że podejrzany dopuścił się zarzucanego mu czynu, nie przesądzając oczywiście jego winy. W takim wypadku kierowałby sprawę na rozprawę główną, którą wyznaczałby i podejmowałby wszystkie czynności przygotowawcze prezesa sądu. Po zatwierdzeniu aktu oskarżenia, a przed rozpoczęciem rozprawy głównej, prokurator mógłby zmienić zakres przedmiotowy oskarżenia lub kwalifikację prawną czynu jedynie za zgodą sądu. Gdyby jednak zamierzał objąć oskarżeniem dodatkowe czyny musiałby ponownie wystąpić do sądu o zatwierdzenie nowego lub uzupełnionego aktu oskarżenia.

Uznając, że przedstawione dowody nie są wystarczające do przyjęcia takiego prawdopodobieństwa popełnienia przez podejrzanego przestępstwa odmawiałby zatwierdzenia aktu oskarżenia albo odraczałby posiedzenie, zobowiązując prokuratora do dostarczenia dodatkowych dowodów lub dalszego prowadzenia postępowania przygotowawczego. W wypadku odmowy zatwierdzenia aktu oskarżenia, prokurator mógłby ponownie wnosić o jego zatwierdzenie lub nowego aktu oskarżenia, jeżeli uzyskałby dodatkowe dowody potwierdzające jego zasadność.

Ta faza postępowania jurysdykcyjnego zapobiegałaby bezzasadnym kierowaniem aktów oskarżenia do sądów, co mogłoby mieć miejsce, skoro w ramach postępowania przygotowawczego zakres zbierania dowodów byłby ograniczony. Na tym etapie następowałaby wstępna sądowa kontrola zebranych dowodów.

W istocie postępowanie przygotowawcze jako poprzedzające rozprawę główną – skoro zmierzałoby przede wszystkim do oceny podstaw sporządzenia aktu oskarżenia lub zasadności jego skierowania do sądu – trwałoby stosunkowo krótko, a całe postępowanie dowodowe odbywałoby się przed sądem. Można stawiać supozycje, że wówczas to ostatnie postępowanie będzie trwało znacznie dłużej niż w obecnym modelu i efekty przyspieszenia postępowania przygotowawczego zostałyby zniwelowane w postępowaniu sądowym. Jest to zarzut chybiony, gdyż

obecnie sąd również przeprowadza dowody, z tym że są one dublowane; pierwszy raz są przeprowadzane w postępowaniu przygotowawczym, a następnie ponawiane na rozprawie.

## 6. Przyszły model rozprawy głównej

Jest oczywiste, że taka zmiana modelu postępowania przygotowawczego wymusza także zmodyfikowanie zasad rządzących postępowaniem karnym oraz przemodelowanie rozprawy głównej.

W kodeksie postępowania karnego powinna być *expressis verbis* wyartykułowana zasada kontrydiktoryjności postępowania sądowego, która byłaby wskazówką do konstruowania modelu rozprawy głównej. Rozprawa główna powinna być w pełni kontrydiktoryjna; sąd powinien być tym organem, który przeprowadza i ocenia dowody zgłoszone przez strony, jest arbitrem w sprawie. Nie powinien być uprawniony do przeprowadzania dowodów z urzędu.

Na przewodniczącym składu orzekającego nie powinien ciążyć obowiązek czuwania, by zostały wyjaśnione wszystkie istotne okoliczności sprawy, a w miarę możliwości także okoliczności sprzyjające popełnieniu przestępstwa, o czym stanowi art. 366 k.p.k.

Ze względu na to, że sąd orzekałby wyłącznie na podstawie dowodów wnioskowanych przez strony, konieczna byłaby rezygnacja z zasady prawdy obiektywnej (art. 2 § 2 k.p.k.).

*Prima vista* może wydawać się, że jest to rozwiązanie trudne do zaakceptowania, bo dopuszcza do orzekania niezgodnie z rzeczywistym stanem. Zarzut ten jest tylko pozornie słuszny, bowiem mimo wyraźnego zapisania tej zasady w kodeksie postępowania karnego, to i tak faktycznie jest to raczej postulat niż rzeczywisty stan rzeczy. Sąd i tak opiera się na przeprowadzonych dowodach i ustala przebieg zdarzenia tak, jak na to pozwalają te dowody. W wielu wypadkach stan faktyczny ustalony przez sąd różni się zasadniczo od rzeczywistego przebiegu zdarzenia. W tym zakresie *in praxi* nie nastąpiłaby żadna istotna zmiana, a regulacja taka bardziej odpowiadałaby rzeczywistości.

Wydawać by się mogło, że przy takim określeniu postępowania przygotowawczego nie ma miejsca na skazanie oskarżonego bez rozprawy. Mogłoby to nastąpić, tak jak i obecnie (art. 335 k.p.k.), z tym, że należałoby wprowadzić wymóg niebudzącego wątpliwości przyznania się podejrzanego do zarzucanego mu czynu; wówczas dowodem jego winny byłoby jego przyznanie się.

Wylimitowaniu uległaby instytucja zwrot sprawy do uzupełnienia postępowania przygotowawczego (art. 345 k.p.k.), jak też zlecenia czynności oskarżycielowi przez sąd na rozprawie głównej (art. 297 k.p.k.).

## 7. Organy postępowania przygotowawczego

Postępowanie przygotowawcze prowadziłyby Policja lub inne organy, np. Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego lub Centralne Biuro Antykorupcyjne w zakresie swej właściwości. Uprawnienie takie miałyby wyjątkowo także prokurator, który byłby przede wszystkim oskarżycielem publicznym. Do jego zadań należałoby głównie dokonywanie oceny zebranych dowodów z punktu widzenia ich znaczenia dla wniesienia oskarżenia lub zaniechania ścigania oraz popierania oskarżenia przed sądem. Posiadałby uprawnienia nadzorcze nad prowadzonym postępowaniem przygotowawczym, w ramach których mógłby wykonywać określone czynności procesowe, a nawet przejąć postępowanie przygotowawcze do własnego prowadzenia.

Niektóre czynności byłyby zastrzeżone dla organu niezależnego, którym mógłby być sędzia do spraw postępowania przygotowawczego. Do jego zadań należałoby m.in. przedstawianie zarzutów podejrzanemu, stosowanie środków zapobiegawczych, wykonywanie czynności procesowych niepowtarzalnych, zwalnianie od obowiązku zachowania tajemnicy zawodowej oraz rozpatrywanie środków odwoławczych od postanowień, zarządzeń lub czynności organów prowadzących postępowanie przygotowawcze. Powinna to być osoba posiadająca doświadczenie orzecznicze, dlatego też warunkiem powołania na to stanowisko powinno być legitymowanie się przez nią co najmniej 5-letnim stażem na stanowisku sędziego, orzekającego w sprawach karnych. Dawałoby to gwarancję wykonywania zastrzeżonych dla niego czynności na odpowiednim poziomie. Nie byłoby zasadne powoływanie sędziego śledczego, którego rola przecież polegałaby na prowadzeniu śledztwa, a w zakładanym modelu postępowania przygotowawczego nie przewiduje się śledztwa sądowego. Ponadto instytucja sędziego śledczego jest niewydolna i przestarzała. Najlepiej świadczą o tym doświadczenia francuskie, skoro jest ona klasyczną instytucją francuskiego wymiaru sprawiedliwości. Ma być – zgodnie z zapowiedzią prezydenta N. Sarkozy’ego – zlikwidowana, bowiem przyczynia się do przewlekłości postępowania; niektóre śledztwa prowadzone są nieraz 6–7 lat.<sup>20</sup>

Ze względu na zmienioną w istotnym stopniu rolę prokuratora w postępowaniu karnym, którego podstawowym zadaniem miałyby być pełnienie funkcji oskarżyciela publicznego, niezbędna byłaby zmiana ustrojowa prokuratury. Zachodziłaby konieczność bliższego powiązania jej z systemem sądów. Należałoby zatem utworzyć prokuratury przy sądach: rejonowych, okręgowych i apelacyjnych oraz przy Sądzie Najwyższym. Na czele prokuratury powinien stać prokurator Sądu Najwyższego.

---

<sup>20</sup> Komisja pracująca pod przewodnictwem Philippe Leger ma przedstawić wniosek co do zniesienia tej instytucji w połowie 2009 r., z tym, że obecnie jej członkowie są za likwidacją tej instytucji ([www.lexpress.fr](http://www.lexpress.fr)).



## 8. Wnioski

Istniejący model postępowania przygotowawczego jest niewydolny, wpływając w istotny sposób na przedłużenie całego postępowania karnego, uniemożliwiając jego zakończenie w rozsądnym terminie, do czego obligują art. 6 ust. 1 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności i art. 45 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 2 § 1 pkt 4 k.p.k.. Szybkość postępowania świadczy o jego sprawności, a ta stanowi istotny element rzetelności procesu karnego. W związku z tym pilną koniecznością staje się jego gruntowne przemodelowanie, gdyż tylko jego modyfikowanie – jak wykazały dotychczasowe zmiany – nie przyniosło spodziewanego rezultatu. Należy zerwać z dotychczasowym modelem, w którym wyjaśnia się wszystkie okoliczności sprawy, czemu służy przeprowadzenie wszystkich dowodów, które następnie są powtarzane przed sądem. To jest przyczyna długotrwałości tych postępowań, skoro te same dowody przeprowadzone są dwukrotnie; raz w postępowaniu przygotowawczym, drugi raz na rozprawie głównej. Tymczasem w postępowaniu przygotowawczym powinno się tylko ustalać dowody i ich treść, a już ich przeprowadzanie powinno być na rozprawie. W tej fazie postępowania karnego powinno ustalić się tylko, czy są podstawy do wniesienia aktu oskarżenia, do czego nie jest wymagane wszechstronne wyjaśnienie okoliczności sprawy. Niezbędne jest jednak zabezpieczenie dowodów, które nie mogą być powtórzone na rozprawie. Czynić to jednak powinien sędzia do spraw postępowania, gwarantujący – ze względu na jego niezawisłość – obiektywne ich zabezpieczenie.

Wprowadzenie przedstawionego modelu postępowania przygotowawczego wymaga – jak wykazano – gruntownej przebudowy także postępowania jurysdykcyjnego. Rozprawa główna powinna być w pełni kontradiktoryjna, na której przeprowadzane byłyby dowody zawnioskowane przez strony. Sąd nie powinien być aktywny w zbieraniu dowodów, bowiem takie jego zachowanie jest odbierane na zewnątrz jako zainteresowanie wynikiem sprawy.

Istotnej zmianie powinien ulec ustrój prokuratury. W tym modelu prokurator pełniłby głównie funkcję oskarżyciela publicznego, a jego organem procesowym byłaby przede wszystkim Policja. Prokuratorzy powinni funkcjonować przy sądach, co w pełni oddawałoby ich rolę spełnianą w procesie karnym.

Przemodelowanie w proponowanym kierunku postępowania przygotowawczego przyspieszyłoby nie tylko cały proces, ale także znaczenie zmniejszyłoby koszty funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Oszczędność wynikałaby niedublowania tych samych dowodów, a więc mniej więcej o połowę spadłyby wydatki na świadków czy biegłych.

## STRESZCZENIE

Niewydolność istniejącego modelu postępowania przygotowawczego, który w istotny sposób wpływa na przedłużenie całego postępowania karnego, uniemożliwiają jego zakończenie w rozsądnym terminie, wymusza zbudowanie nowego modelu. Proponowane jest stworzenie takiego, w którym postępowanie przygotowawcze nie pełniłoby dotychczasowej roli wyjaśniania wszystkich okoliczności sprawy oraz przeprowadzenia wszystkich dowodów. W postępowaniu przygotowawczym powinno się tylko ustalać dowody i ich treść, a już ich przeprowadzanie powinny być na rozprawie. W tej fazie postępowania karnego powinno ustalić się tylko, czy są podstawy do wniesienia aktu oskarżenia oraz zabezpieczyć dowody, które nie mogą być powtórzone na rozprawie. Ma ono służyć prokuratorowi do podjęcia decyzji co do wniesienia aktu oskarżenia lub zaniechania ścigania. Jedynie czynności niepowtarzalne powinien wykonywać sędzia do spraw postępowania. Takie ukształtowanie modelu tego postępowania wymaga odstąpienia od zasady prawdy materialnej oraz przemodelowania rozprawy głównej na bardziej kontradiktoryjną, co może być osiągnięte m.in. przez pozbawienie sądu możliwości dokonywania czynności dowodowych z urzędu. Prokuratorzy jako wykonujący głównie funkcje oskarżycielka publicznego powinni być usytuowani przy sądach. Realizacja tego modelu niewątpliwie przyspieszyłaby proces karny, a tym samym ustałaby jedna bolączek naszego wymiaru sprawiedliwości, jakim jest długotrwałość postępowania.

## SUMMARY

Inefficiency of the present model of preparatory proceedings, which results in the significant lengthening of the whole penal procedure and causes inability to finish it within reasonable time limits, creates a necessity to develop a new model. It is suggested that in the model to be developed preparatory proceedings should not play the present role and clarify all the circumstances of an event and obtain all the evidence for a successful prosecution. Evidence and its contents should be only amassed during preparatory proceedings and they should be clarified during a trial. At this stage of a penal procedure, it should be only established whether there are substantial grounds to draw up charges against somebody and protect evidence that cannot be repeated at a trial. It is to help a public prosecutor take a decision whether to bring an accusation or drop the charges and refrain from prosecution. Only non-repeatable actions should be conducted by a judge responsible for the proceedings. A formation of such a model of these proceedings requires resignation from the rule of material truth and restructuring a trial to make it more contradictory that may be achieved by, among other things, depriving a court of an ability to perform acts of taking evidence in the proceedings as its official duty. Prosecutors as those who act mainly as public prosecutors should be located close to courts. Implementation of such a model would undoubtedly speed the performance of penal procedure and thanks to that we would put an end to one of the maladies of our legal system, lengthy duration of proceedings.

RYSZARD SZAŁOWSKI

UWAGI O ZAKRESIE PRZEDMIOTOWYM  
TAJEMNICY SŁUŻBOWEJ

**P**oprawność prawnej regulacji zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej jest zagadnieniem o dużym znaczeniu. Posługiwanie się precyzyjną definicją przesądza bowiem o prawidłowości praktyki stosowania rozwiązań przyjętych w przepisach ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>1</sup>.

Zgodnie z jej art. 5 ust. 1 prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych m.in. w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Pojęcie to obejmuje swą treścią tajemnicę państwową oraz tajemnicę służbową. Obszerny w treści, nieprecyzyjnie ujęty zakres przedmiotowy tej ostatniej może utrudniać obywatelowi korzystanie z konstytucyjnego prawa do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej oraz innych podmiotów wskazanych w treści art. 61. ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

1. Pojęcie „tajemnica służbowa” pojawiło się w systemie prawa polskiego w art. 8 dekretu z dnia 16 listopada 1945 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy państwa<sup>2</sup> przewidującego odpowiedzialność za gromadzenie lub przekazywanie wiadomości, dokumentów i innych przedmiotów stanowiących tajemnicę państwową lub służbową.

Wskazaną regulację zastąpiono dekretem z dnia 26 października 1949 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej<sup>3</sup>. W świetle jego art. 2 tajemnicę służbową stanowić miały wiadomości, dokumenty oraz inne przedmioty, które ze względu na dobro służby mogły być udostępnione wyłącznie osobom do tego uprawnionym. Wartością chronioną w tym przepisie stało się dobro służby, był łatwo poddający się interpretacji w ramach koniunktury politycznej oraz determinowany wyobrażeniami podmiotów sprawujących władzę polityczną – chodziło o ochronę informacji, jak wynika z preambuły do dekretu, przed ośrodkami wrogimi oraz podmiotami zdolnymi wykorzystywać te wiadomości na szkodę Polski Ludowej.

<sup>1</sup> Dz.U. Nr 112, poz. 1198, z późn. zm.

<sup>2</sup> Dz.U. Nr 53, poz. 300.

<sup>3</sup> Dz.U. Nr 55, poz. 437.

Wspomniany dekret z 1949 r. został uchylony mocą art. VI pkt 9 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. Przepisy wprowadzające kodeks karny<sup>4</sup>.

Nową definicję tajemnicy służbowej zawarto w treści art. 120 § 16 ustawy z dnia 19 kwietnia 1969 r. kodeks karny<sup>5</sup>. Stanowiła ją wiadomość, z którą pracownik zapoznał się w związku ze swoją pracą w instytucji państwowej lub społecznej, a której ujawnienie osobom nieuprawnionym mogło narazić na szkodę społecznie uzasadniony interes. Ujawnienie wiadomości stanowiącej tajemnicę służbową stanowiło przestępstwo określone w art. 264 § 1, którego podmiotem mógł być funkcjonariusz publiczny lub inny pracownik instytucji państwowej lub społecznej.

Przytoczona wyżej definicja obowiązywała do wejścia w życie ustawy z dnia 14 grudnia 1982 r. o ochronie tajemnicy państwowej i służbowej<sup>6</sup>. Ustawodawca nie poprzestał tym razem na precyzowaniu określenia „tajemnica służbowa” na użytek prawa karnego. Dostrzeżona została potrzeba ustawowej regulacji całego zespołu zagadnień dotyczących administrowania takimi informacjami.

Tajemnicę służbową zdefiniowano w art. 3 ust. 1 wskazanej wyżej ustawy jako wiadomości niestanowiące tajemnicy państwowej, z którymi pracownik zapoznał się w związku z pełnieniem swoich obowiązków w państwowej, spółdzielczej lub społecznej jednostce organizacyjnej, a których ujawnienie mogło narazić na szkodę interes społeczny, uzasadniony interes tej jednostki organizacyjnej lub obywatela. W odniesieniu do treści tajemnicy służbowej, zredagowanej w art. 120 § 16 kodeksu karnego z 1969 r., w ustawie z 1982 r. zastąpiono „interes społecznie uzasadniony” nieprzypisany żadnemu podmiotowi określeniem „interes społeczny”, w którym można zidentyfikować społeczeństwo jako podmiot, którego prawa podlegają ochronie. Nadto ustawodawca zdecydował się również zabezpieczyć uzasadniony interes jednostki organizacyjnej oraz obywatela.

W ustawie z 1982 r. nie zawarto wykazu wiadomości stanowiących tajemnicę służbową, nie posłużono się egzemplifikacją rodzajów informacji spełniających kryteria zastosowanej definicji. Ocenę, czy informacja stanowi tajemnicę służbową pozostawiono podmiotom stosującym przepisy ustawy, mianowicie kierownicy państwowych, spółdzielczych i społecznych jednostek organizacyjnych zostali zobowiązani do ustalenia rodzajów takich informacji występujących w zakresie ich działania. Objęcie tajemnicą służbową ochrony uzasadnionego interesu obywatela o tyle zasługiwało na aprobatę, iż system ówczesnie obowiązującego prawa nie znał instytucji ochrony danych osobowych.

2. Omówiona regulacja obowiązywała do wejścia w życie przepisów ustawy z dnia 19 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych<sup>7</sup>. Ustawodawca stanął przed zadaniem złożonym, albowiem uchwalona dnia 2 kwietnia 1997 r.

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 13, poz. 95.

<sup>5</sup> Dz.U. Nr 13, poz. 94.

<sup>6</sup> Dz.U. Nr 40, poz. 271.

<sup>7</sup> T.j. Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631, z późn. zm.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej wyznaczyła standardy ograniczenia dostępu do informacji, eliminując możliwość posługiwania się ogólnikowymi wyznacznikami zasobu treści, które nie mogą być publicznie dostępne.

Można postawić pytanie, czy uchwalenie w 1999 r. ustawy o ochronie informacji niejawnych przyniosło nowe, zgodne z Konstytucją, spojrzenie na zakres przedmiotowy tajemnicy służbowej?

Ustawodawca konstytucyjny uznał (zob. treść art. 61 ust. 3 Konstytucji RP), że ograniczenie prawa do uzyskiwania informacji o działalności władzy publicznej oraz osób pełniących funkcje publiczne może nastąpić wyłącznie ze względu na określone w ustawach: ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych, a nadto ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

Należało oczekiwać, iż ustawowa definicja tajemnicy służbowej spełni te wymogi.

Tajemnica służbowa została zdefiniowana w art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych. Jest nią informacja niejawna niebędąca tajemnicą państwową, uzyskana w związku z czynnościami służbowymi albo wykonywaniem prac zleconych, której nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić na szkodę interes państwa, interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli albo jednostki organizacyjnej.

S. Hoc zwraca uwagę, iż „definicja tajemnicy służbowej zawiera wiele określeń niejednoznacznych, które można interpretować w różny sposób, nie zawsze zgodny nawet z intencjami ustawodawcy”<sup>8</sup>.

P. Szkudlarek słusznie stwierdza, iż „taka definicja wychodzi daleko poza ramy określone przez ustawę zasadniczą”<sup>9</sup>. Cytowany autor trafnie spostrzega, że „w Konstytucji nie ma mowy o interesie państwa lub o interesie publicznym”<sup>10</sup>, a ograniczenia prawa dostępu do informacji – przewidziane w art. 61 ust. 3 Konstytucji – mogą mieć za podstawę ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa lub ważnego interesu gospodarczego państwa.

W ustawowej definicji tajemnicy służbowej, na gruncie ustawy o ochronie informacji niejawnych, poza interesem państwa i interesem publicznym, wskazano również na prawnie chroniony interes obywateli oraz jednostki organizacyjnej. Przypomnijmy, że na podstawie ustawy o tajemnicy państwowej i służbowej z 1982 r. elementami zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej były m.in. uzasadniony interes jednostki organizacyjnej oraz obywatela. Definiując tajemnicę służbową w ustawie o ochronie informacji niejawnych przyjęto jako pierw-

<sup>8</sup> S. Hoc, *Uwagi krytyczne o ustawie o ochronie informacji niejawnych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 3, s. 82.

<sup>9</sup> P. Szkudlarek, *Ustawa o ochronie informacji niejawnych a prawa obywateli*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 7, s. 62.

<sup>10</sup> Ibidem.

wzór nie przepisy Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r., ale rozwiązania prawne występujące w ustawie z 1982 r. o tajemnicy państwowej i służbowej.

T. Szewc uznaje, iż traktowanie informacji, jako stanowiącej tajemnicę służbową „ze względu na interes podmiotów innych, niż osoby fizyczne i prawne (np. interes państwowych jednostek organizacyjnych) oznacza wykroczenie poza rygory konstytucyjne”<sup>11</sup>.

Pogląd ten jest jednak tylko częściowo zasadny. Rzeczywiście interes państwowych jednostek organizacyjnych nie został wskazany jako przedmiot ochrony w art. 61 ust. 3 Konstytucji, ale jednostkami organizacyjnymi w rozumieniu art. 2 pkt 7 ustawy o ochronie informacji niejawnych są także przedsiębiorcy zamierzający ubiegać się, ubiegający się o zawarcie lub wykonujący umowy związane z dostępem do informacji niejawnych albo wykonujący na podstawie przepisów prawa zadania związane z dostępem do takich informacji. Jednakże to *prawa i wolności* podmiotów gospodarczych, a nie ich *interes* mogą – w świetle art. 61 ust. 3 Konstytucji – stanowić przesłankę ograniczenia prawa dostępu do informacji publicznej.

Jeżeli chodzi o osoby fizyczne, to w ustawowej definicji tajemnicy służbowej wskazano na ochronę informacji ze względu na interes obywatela. Nie jest to rozwiązanie prawidłowe, albowiem po pierwsze, nie chodzi tu o kategorię obywatelstwa (Konstytucja nie uzależnia poziomu ochrony osób fizycznych od posiadania obywatelstwa polskiego), a po drugie, wspomniany wyżej przepis ustawy zasadniczej upoważnia do ograniczenia dostępu do informacji publicznej ze względu na prawa i wolności innych osób, a nie ich prawnie chroniony interes.

Reasumując dotychczasowe rozważania, uwzględniające relację definicji tajemnicy służbowej zawartej w art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych do treści art. 61 ust. 3 Konstytucji, trzeba stwierdzić, iż definicja ta niemal w całości nie jest zgodna z Konstytucją.

Po pierwsze, czyni przedmiotem ochrony interes państwa (ustawodawca konstytucyjny przyzwala na ograniczenie dostępu do informacji jedynie ze względu na ważny interes gospodarczy państwa). Po drugie, wskazuje na interes publiczny jako dobro chronione, podczas gdy Konstytucja dopuszcza uwzględnienie takich przedmiotów ochrony, jak porządek publiczny i bezpieczeństwo. Po trzecie, ustawowa definicja tajemnicy służbowej wprowadza ochronę informacji ze względu na prawnie chroniony interes obywateli albo jednostek organizacyjnych (publicznych i niepublicznych), w sytuacji gdy art. 61 ust. 3 Konstytucji upoważnia do ograniczenia prawa dostępu do informacji ze względu na ochronę wolności i praw innych osób oraz podmiotów gospodarczych.

W kontekście ustawowej definicji tajemnicy służbowej warto również zauważyć, iż wskazane w niej dobra podlegają ochronie, jeśli ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić je na szkodę. Słusznie zauważa B. Kunicka-Michalska,

<sup>11</sup> T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 72.

iż pojęcia możliwości narażenia na szkodę interesów wskazanych w ustawowej definicji tajemnicy służbowej są „wysoco ocenne”<sup>12</sup>, trudno poddają się interpretacji, a to nie gwarantuje jednolitości praktyki ich stosowania.

3. Prawnie chroniony interes obywatela jako przesłanka tajemnicy służbowej został przejęty z art. 3 ust. 1 ustawy o tajemnicy państwowej i służbowej z 1982 r. (określony tam jako uzasadniony interes obywatela). W dzisiejszym systemie prawa zawierającym akty rangi ustawy chroniące dane osobowe zaliczenie interesu obywatela do przesłanek budowy struktur informacji niejawnych jest anachronizmem.

Rozważmy, czy w obowiązującym stanie prawnym jest zasadne posługiwanie się konstrukcją tajemnicy służbowej dla ochrony praw osób fizycznych?

Podmioty, do których mają zastosowanie przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych (wskazane w jej art. 1 ust. 2)<sup>13</sup> są również objęte zakresem stosowania ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (stanowi o tym jej art. 3)<sup>14</sup>. Art. 5 ustawy o ochronie danych osobowych stanowi, że jeżeli „przepisy odrębnych ustaw, które odnoszą się do przetwarzania danych, przewidują dalej idącą ich ochronę niż wynika to z niniejszej ustawy, stosuje się przepisy tych ustaw”.

---

<sup>12</sup> B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji*, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II. *Komentarz do art. 222-316*, (red.) A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 566–566. Podobnie E. Jarzęcka-Siwik, *Nowy system ochrony tajemnicy państwowej i służbowej (wybrane zagadnienia)*, „Kontrola Państwowa” 1999, nr 6, s. 36.

<sup>13</sup> Przepisy ustawy mają zastosowanie do:

- 1) organów władzy publicznej, w szczególności:
  - a) Sejmu i Senatu Rzeczypospolitej Polskiej,
  - b) Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej,
  - c) organów administracji rządowej,
  - d) organów jednostek samorządu terytorialnego,
  - e) sądów i trybunałów,
  - f) organów kontroli państwowej i ochrony prawa;
- 2) Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i ich jednostek organizacyjnych, zwanych dalej „Siłami Zbrojnymi”, a także innych jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych;
- 3) Narodowego Banku Polskiego i banków państwowych;
- 4) państwowych osób prawnych i innych niż wymienione w pkt 1–3 państwowych jednostek organizacyjnych;
- 5) przedsiębiorców, jednostek naukowych lub badawczo-rozwojowych, zamierzających ubiegać się, ubiegających się o zawarcie lub wykonujących umowy związane z dostępem do informacji niejawnych albo wykonujących na podstawie przepisów prawa zadania związane z dostępem do informacji niejawnych.

<sup>14</sup> Ustawę stosuje się do organów państwowych, organów samorządu terytorialnego oraz do państwowych i komunalnych jednostek organizacyjnych. Ustawę stosuje się również do:

- 1) podmiotów niepublicznych realizujących zadania publiczne,
- 2) osób fizycznych i osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych niebędących osobami prawnymi, jeżeli przetwarzają dane osobowe w związku z działalnością zarobkową, zawodową lub dla realizacji celów statutowych – które mają siedzibę albo miejsce zamieszkania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, albo w państwie trzecim, o ile przetwarzają dane osobowe przy wykorzystaniu środków technicznych znajdujących się na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej.

Na postawione wyżej pytanie o zasadność posługiwania się konstrukcją tajemnicy służbowej dla ochrony informacji dotyczących osób fizycznych należy odpowiedzieć przecząco, albowiem przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych dotyczące tajemnicy służbowej nie przewidują dalej idącej ochrony objętych nią informacji, niż przepisy ustawy o ochronie danych osobowych.

Po pierwsze, dane osobowe podlegają ochronie z mocy ustawy, a jako informacje objęte ewentualnie tajemnicą służbową tylko wówczas, jeżeli dysponent uzna, że ich nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić na szkodę interes obywatela.

Po drugie, dane osobowe chronione są aż do śmierci osoby, której dotyczą, a informacje tej treści stanowiące tajemnicę służbową tylko przez okres 5 bądź 2 lat (w zależności od tego, czy informację zakwalifikowano jako „poufną”, czy jako „zastrzeżoną”), dodajmy że podmiot uprawniony może również skorzystać z prawa skrócenia czasu ich ochrony.

Po trzecie, standardy organizacyjnego i technicznego zabezpieczenia danych osobowych zostały określone w ustawie o ochronie danych osobowych oraz wydanym na jej podstawie rozporządzeniu wykonawczym<sup>15</sup>, a ustalenie reguł ochrony informacji niejawnych zaliczonych do kategorii „zastrzeżone” ustawodawca pozostawił pełnomocnikowi ochrony w jednostce organizacyjnej.

Przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych nie zapewniają zatem danym osobowym, które stanowiłyby tajemnicę służbową, dalej idącej ochrony, niż przepisy ustawy o ochronie danych osobowych.

Ponieważ art. 1 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych stanowi, iż jej przepisy nie naruszają przepisów innych ustaw o ochronie tajemnicy zawodowej lub innych tajemnic prawnie chronionych, uznać należy, iż dane osobowe zostały wyłączone z zakresu ochrony tajemnicą służbową.

4. Ustawa o ochronie informacji niejawnych wyróżnia w art. 23 ust. 2 dwie kategorie informacji zaklasyfikowanych jako stanowiące tajemnicę służbową, a mianowicie „poufne” i „zastrzeżone”<sup>16</sup>. Przypomnijmy, że w świetle przepisu art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych tajemnicę służbową stanowi spełniająca inne warunki informacja, której nieuprawnione ujawnienie *mogłoby narazić* na szkodę interes państwa, interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli albo jednostki organizacyjnej. Jako „poufne” mają być oznaczane – w świetle art. 23 ust. 2 – informacje, których nieuprawnione ujawnienie *powodowałoby szkodę* dla interesów państwa, interesu publicznego lub prawnie chronionego interesu obywateli. Z kolei jako „zastrzeżone” powinny zostać zaklasyfikowane informacje, których nieuprawnione ujawnienie *mogłoby*

---

<sup>15</sup> Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 29 kwietnia 2004 r. w sprawie dokumentacji przetwarzania danych osobowych oraz warunków technicznych i organizacyjnych, jakim powinny odpowiadać urządzenia i systemy informatyczne służące do przetwarzania danych osobowych (Dz.U. Nr 100, poz. 1024).

<sup>16</sup> Klauzulę tajności przyznaje osoba, która jest upoważniona do podpisania dokumentu lub oznaczenia innego niż dokument materiału.



spowodować szkodę dla prawnie chronionego interesu obywateli albo jednostki organizacyjnej.

Każda informacja stanowiąca tajemnicę służbową ma podlegać klasyfikacji i stosownemu oznaczeniu, ale jak się okazuje zakres przedmiotowy informacji poufnych i zastrzeżonych, w przytoczonym rozumieniu ustawowym, nie wyczerpuje obszaru tajemnicy służbowej. Są mianowicie takie informacje, których treść odpowiada zakresowi przedmiotowemu tajemnicy służbowej, ale nie mieszczą się one w zakresie przedmiotowym informacji poufnych ani zastrzeżonych.

Ustawodawca stopniuje prawdopodobieństwo wystąpienia szkody w wyniku ujawnienia informacji. Najniższy stopień prawdopodobieństwa – „mogłoby *narażić* na szkodę” – użyty został w definicji tajemnicy służbowej. Mniej prawdopodobny niż w powyższej sytuacji, jest skutek wskazany przy określaniu przedmiotu informacji zastrzeżonych – „mogłoby *spowodować* szkodę”. Natomiast zdecydowanie graniczy z pewnością wystąpienie skutku określone za pomocą zwrotu „*powodowałoby* szkodę” – użytego w definicji wiadomości poufnych.

Wiadomość może zostać zaklasyfikowana jako poufna, jeśli jej nieuprawnione ujawnienie *powodowałoby* szkodę dla interesu państwa, interesu publicznego lub prawnie chronionego interesu obywateli. Ustawodawca przyjął zatem założenie, iż informacje dotyczące wymienionych wartości podlegają ochronie jako poufne dopiero wówczas, jeśli występowałby bezpośredni związek przyczynowy między ich nieuprawnionym ujawnieniem, a skutkiem w postaci szkody, zaś prawdopodobieństwo jej wystąpienia graniczyłoby z pewnością. Takie ograniczenie zakresu ochrony nie jest zgodne z definicją tajemnicy służbowej, według której wskazane w niej informacje podlegają ochronie już w razie, gdy ich nieuprawnione ujawnienie *mogłoby narażić na szkodę* wskazane dobra. Wykładnia językowa prowadzi do wniosku, iż wiadomość ta, pozostając informacją stanowiącą tajemnicę służbową, może nie mieścić się *ex definitione* w zakresie informacji poufnej, natomiast ustawodawca wyklucza możliwość klasyfikowania jako zastrzeżonych informacji chronionych ze względu na interes państwa bądź interes publiczny.

Wątpliwości o podobnym charakterze odnoszą się do informacji dotyczących prawnie chronionego interesu obywateli albo jednostki organizacyjnej, klasyfikowanych jako zastrzeżone.

Informacja dotycząca prawnie chronionego interesu obywateli powinna być klasyfikowana jako poufna, jeśli jej nieuprawnione ujawnienie *powodowałoby szkodę*. Ta sama informacja zyska oznaczenie „zastrzeżone”, jeżeli jej nieuprawnione ujawnienie jedynie *mogłoby szkodę spowodować* (ale skutek w postaci szkody, choć możliwy, wcale nie jest pewny). Jednak zakres przedmiotowy ustawowej definicji tajemnicy służbowej obejmuje już stan *możliwości narażenia na szkodę*.

Informacja dotycząca prawnie chronionego interesu jednostki organizacyjnej może być klasyfikowana tylko jako zastrzeżona, gdy jej nieuprawnione ujawnienie *mogłoby spowodować szkodę*. Jeżeli skutkowałoby jedynie *narażeniem na szkodę* – wówczas nie podlega klasyfikacji.

Zgodnie z treścią art. 23 ust. 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych informacje stanowiące tajemnicę służbową oznacza się klauzulą poufne bądź zastrzeżone, jeśli spełniają opisane wyżej warunki. Informacje niespełniające przesłanek uznania ich za poufne ani zastrzeżone są nadal informacjami niejawnymi stanowiącymi tajemnicę służbową.

5. Zakres przedmiotowy tajemnicy służbowej został określony, poza ustawą o ochronie informacji niejawnych, w kilkudziesięciu innych aktach normatywnych – z górą dwudziestu ustawach oraz kilkunastu rozporządzeniach. Są to we wszystkich przypadkach regulacje akcesoryjne, wpadkowe, zawierające jednak w zdecydowanej większości kategorię konstatację, iż wskazane informacje stanowią tajemnicę służbową. Nadto w kilku sytuacjach (wyłącznie w rozporządzeniach) znalazły się postanowienia o stosowaniu przepisów o ochronie tajemnicy służbowej w odniesieniu do przekazywania informacji, które, jak można sądzić z kontekstu, takiej tajemnicy nie stanowią.

Najliczniejsze regulacje ustawowe konkretyzujące zakres przedmiotowy tajemnicy służbowej to obligacje traktowania różnego rodzaju danych osobowych jako informacji stanowiących tajemnicę służbową. I tak, w kilkunastu aktach rangi ustawy znalazły się przepisy, według których wiadomości zawarte w oświadczeniu o stanie majątkowym stanowią tajemnicę służbową, chyba że osoba, która je złożyła wyrazi na piśmie zgodę na ich ujawnienie<sup>17</sup>. Nadto taki status (tajemnicy służbowej) ustawodawca nadał danym uzyskanym przez Zakład Ubezpieczeń Społecznych od ubezpieczonych oraz płatników składek<sup>18</sup>, wyjaśnieniom lekarza stwierdzającego zgon udzielanym na żądanie dla celów statystycznych<sup>19</sup>, danym niezbędnym do przyznania i wypłacania renty socjalnej<sup>20</sup>.

Druga grupa prób konkretyzacji zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej dotyczy nadawania takiego charakteru informacjom uzyskanym przez organ prowadzący kontrolę, a stanowiącym tajemnicę przedsiębiorstwa. Dotyczy to dzia-

---

<sup>17</sup> Zob.: art. 35 ust. 2 ustawy z dnia 9 maja 1996 r. o wykonywaniu mandatu posła i senatora (tj. Dz.U. z 2003 r. Nr 221, poz. 2199; art. 10 ust. 3 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (tj. Dz.U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584); art. 28 par. 5 ust. z dnia 21 sierpnia 1997 r. prawo o ustroju sądów wojskowych (Dz.U. Nr 117, poz. 753 z późn. zm.); art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 24 lipca 1999 r. o Służbie Celnej (tj. Dz.U. z 2004 r. Nr 156, poz. 1641); art. 87 par. 6 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. Prawo o ustroju sądów powszechnych (Dz.U. Nr 98, poz. 1070 z późn. zm.); art. 49a ust. 5 ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o prokuraturze (tj. Dz.U. z 2002 r. Nr 21, poz. 206); art. 41a ust. 5 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tj. Dz.U. z 2004 r. Nr 159, poz. 1667); art. 58 ust. 4 ustawy z dnia 11 września 2003 r. o służbie wojskowej żołnierzy zawodowych (Dz.U. Nr 179, poz. 1750 z późn. zm.); art. 62a ust. 5 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277); art. 16 ust. 6 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (tj. Dz.U. z 2006 r. Nr 167, poz. 1191); art. 91a ust. 5 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (tj. Dz.U. z 2005 r. Nr 234, poz. 1997).

<sup>18</sup> Art. 79 ustawy z dnia 13 października 1998 r. o systemie ubezpieczeń społecznych (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 11, poz. 74).

<sup>19</sup> Art. 11 ust. 7 ustawy z dnia 31 stycznia 1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (tj. Dz.U. z 2000 r. Nr 23, poz. 295).

<sup>20</sup> Art. 13 ust. 2 ustawy z dnia 27 czerwca 2003 r. o rencie socjalnej (Dz.U. Nr 135, poz. 1268).

łań podejmowanych przez Inspekcję Handlową<sup>21</sup> oraz organy rządowej kontroli żywności<sup>22</sup>.

Tajemnicę służbową, w wyniku zastosowania regulacji szczególnych, stanowią nadto informacje przekazywane przez podmiot ubiegający się o pomoc publiczną, jej beneficjenta<sup>23</sup> oraz treść wniosków, recenzji i umów dotyczących projektów badawczych i projektów celowych, a także informacje przekazane w toku postępowania dotyczącego tych projektów<sup>24</sup>.

Tajemnicą służbową objęte jest także postępowanie prowadzone przez okręgowego inspektora pracy, podejmowane w wyniku złożenia przez pracodawcę zażalenia na postanowienie inspektora pracy o zachowaniu w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości pracownika<sup>25</sup>.

Nadto tajemnicą służbową są wiadomości uzyskane przez sejmową komisję śledczą w toku przesłuchań osób zobowiązanych do zachowania tajemnicy ustawowo chronionej innej niż tajemnica państwowa<sup>26</sup>. Warto zwrócić uwagę, że rozwiązanie to jest wyjątkiem od zasady sformułowanej w art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych, iż tajemnicę służbową stanowią informacje uzyskane w związku z czynnościami służbowymi bądź wykonywaniem prac zleconych.

W kilku przypadkach informacje dotyczące zagadnień związanych z obronnością zostały określone przez Ministra Obrony Narodowej, w rozporządzeniach, jako stanowiące tajemnicę służbową. Chodzi tu o:

- informacje zawarte w księgach orzeczeń lekarskich wydawanych w związku z przygotowaniem i przeprowadzeniem poboru<sup>27</sup>,
- zbiory ewidencji tabliczek tożsamości wydawanych przez organy wojskowe,
  - dokumenty dotyczące planu akcji kurierskiej<sup>28</sup>,
- dane zawarte w ewidencji wojskowej<sup>29</sup> oraz,

<sup>21</sup> Art. 16 ust. 5 ustawy z dnia 20 grudnia 2000 r. o Inspekcji Handlowej (Dz.U. z 2001 r. Nr 4, poz. 25).

<sup>22</sup> Art. 76 ust. 2 ustawy z dnia 27 września 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. Nr 171, poz. 1225).

<sup>23</sup> Art. 41 ust. 1 ustawy z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 59, poz. 404).

<sup>24</sup> Art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 8 października 2004 r. o zasadach finansowania nauki (Dz.U. Nr 238, poz. 2390).

<sup>25</sup> Art. 23 ust. 4 ustawy z dnia 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy (Dz.U. Nr 89, poz. 589).

<sup>26</sup> Art. 11h ust. 2 ustawy z dnia 21 stycznia 1999 r. o sejmowej komisji śledczej (Dz.U. Nr 35, poz. 321 z późn. zm.).

<sup>27</sup> § 10 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Ministra Obrony Narodowej z dnia 22 grudnia 2005 r. w sprawie przygotowania i przeprowadzenia poboru (Dz.U. z 2006 r. Nr 1 poz. 7).

<sup>28</sup> § 36 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji, Ministra Obrony Narodowej oraz Ministra Infrastruktury z dnia 5 lipca 2002 r. w sprawie trybu doręczania kart powołania... (Dz.U. Nr 122, poz. 1049).

<sup>29</sup> § 8 ust. 1 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 czerwca 2004 r. w sprawie ewidencji wojskowej... (Dz.U. Nr 148, poz. 1556).

- po wypełnieniu, dokumenty dotyczące świadczeń rzeczowych i osobowych na rzecz obrony w czasie pokoju oraz w czasie ogłoszenia mobilizacji i w czasie wojny<sup>30</sup>.

Wpadkowe regulacje uznające wybrane wiadomości za tajemnicę służbową zdarzają się i w rozporządzeniach, których przedmiotem nie są sprawy obronności czy bezpieczeństwa. Jako przykłady posłużyć mogą przypadki uznania za taką tajemnicę:

- treści protokołu z przeprowadzenia kontroli przez Państwowy Fundusz Rehabilitacji Osób Niepełnosprawnych<sup>31</sup>,
- informacji uzyskanych przez członków Rady Bankowego Funduszu Gwarancyjnego<sup>32</sup>,
- tematów egzaminacyjnych do czasu ich ogłoszenia przez komisję<sup>33</sup>,
- przyznanego pracownikowi hasła i klucza umożliwiających posługiwanie się informatycznymi środkami technicznymi<sup>34</sup>.

W jednym przypadku ustawodawca, w dwóch kolejnych organy wykonawcze obligują do przekazywania informacji niestanowiących tajemnicy służbowej w trybie przewidzianym dla dokumentów stanowiących tajemnicę służbową. Dotyczy to:

- wiadomości oznaczonej klauzulą tajemnica skarbowa, a odnoszącej się do skierowanego do banków żądania ministra właściwego do spraw finansów publicznych, w związku z wystąpieniem o informacje przez władze państwa obcego<sup>35</sup>,
- korespondencji dotyczącej incydentu medycznego<sup>36</sup>,
- informacji podatkowych przekazywanych przez organy lub jednostki podatkowe MON oraz MSWiA<sup>37</sup>.

W świetle art. 31. ust. 3 Konstytucji ograniczenia praw i wolności, w tym prawa do informacji, mogą być ustanawiane tylko w ustawie. Zatem nadawanie w roz-

---

<sup>30</sup> Zob. rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej – § 44 ust. 1 rozporządzenia z dnia 3 sierpnia 2004 r. (Dz.U. Nr 181, poz. 1872), § 19 rozporządzenia z dnia 11 sierpnia 2004 r. (Dz.U. Nr 203, poz. 2081), § 23 ust. 1 rozporządzenia z dnia 5 października 2004 (Dz.U. Nr 229, poz. 2307).

<sup>31</sup> § 18 pkt 13 rozporządzenia Ministra Gospodarki, Pracy i Polityki Społecznej z dnia 22 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 63, poz. 586).

<sup>32</sup> § 14 ust. 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 28 lutego 1995 r. w sprawie nadania statutu Bankowemu Funduszowi Gwarancyjnemu (Dz.U. nr 21, poz. 113).

<sup>33</sup> § 11 ust. 6 rozporządzenia Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 7 sierpnia 1998 r. regulującego m.in. sprawy składania egzaminów przez osoby ubiegające się o uzyskanie licencji pracownika ochrony fizycznej (Dz.U. Nr 113, poz. 731).

<sup>34</sup> § 1 ust. 6 zał. Nr 5 do rozporządzenia Ministra Infrastruktury z dnia 27 października 2005 r. w sprawie szkolenia, egzaminowania i uzyskiwania uprawnień przez kierujących pojazdami (...) – Dz.U. Nr 217, poz. 1834).

<sup>35</sup> Art. 82 par. 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. ordynacja podatkowa (tj. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60).

<sup>36</sup> § 12 ust. 2 rozporządzenia Ministra Zdrowia z dnia 30 kwietnia 2004 r. (Dz.U. Nr. 125, poz. 1316).

<sup>37</sup> § 3 rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 14 lutego 2003 r. (Dz.U. Nr 33, poz. 266).

porządzeniach określonym wiadomościom charakteru informacji stanowiących tajemnicę służbową jest niedopuszczalne. Jest to bowiem materia zastrzeżona dla ustawodawcy.

## Wnioski

Instytucja tajemnicy służbowej została wprowadzona do systemu prawa polskiego w latach czterdziestych ubiegłego stulecia. Była wygodnym narzędziem pozbawienia obywatela dostępu do informacji, które chociaż nie stanowiły tajemnicy państwowej, to jednak zdaniem władz publicznych nie powinna ich cechować dostępność. Ogólnikowość zastosowanej definicji umożliwiała woluntarystyczne ograniczanie sfery jawności życia publicznego, przy zachowaniu legalności bądź chociażby pozorów legalności, takiego działania.

Czerpanie przez współczesnego ustawodawcę z takich wzorców legislacyjnych zdecydowanie nie zasługuje na aprobatę<sup>38</sup>.

Zakres przedmiotowy tajemnicy służbowej w ustawie o ochronie informacji niejawnych bardzo trudno poddaje się interpretacji. Każda z osób upoważnionych do podpisania dokumentu zobowiązana jest zdecydować, czy informacja stanowi tajemnicę służbową oraz ewentualnie przyznać jej odpowiednią klauzuli tajności. Ocena taka jest subiektywna, a nadto definicje informacji poufnych i zastrzeżonych nie wyczerpują w pełni zakresu tajemnicy służbowej.

Istniejąca sytuacja prawna nie sprzyja zachowaniu racjonalnej równowagi między ochroną informacji publicznych, a dostępem do nich. Znaczenie ustawowego określenia podstaw wyłączenia dostępu do informacji publicznej zostało w ten sposób zmarginalizowane, wręcz pozbawione funkcji gwarancyjnej.

O ułomności prawnej regulacji zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej, o braku pewności, czy omawiane narzędzie ochrony informacji jest wystarczająco konkretne, świadczą fakty incydentalnego rozstrzygnięcia w innych aktach normatywnych o nadaniu określonym informacjom charakteru tajemnicy służbowej.

Racjonalizacja ograniczenia zakresu przedmiotowego wiadomości stanowiących tajemnicę służbową powinna zostać przeprowadzona na trzech płaszczyznach.

Po pierwsze, definicja tego pojęcia zawiera zredagowane w sposób ogólnikowy przesłanki ograniczania prawa do informacji o działalności władz publicznych, nie uwzględniając przyzwolenia ustawodawcy konstytucyjnego. Chodzi zatem o dostosowanie do wymogów wynikających z art. 61 ust. 3 Konstytucji przesłanek, ze względu na które informacja może uzyskać charakter tajemnicy służbowej.

<sup>38</sup> Kontrowersyjny, w co najmniej kilku wymiarach, charakter prawnej regulacji zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej został dostrzeżony w toku prac parlamentarnych nad nowelizacją ustawy o ochronie informacji niejawnych dokonanej w 2005 r. (Dz.U. Nr 85, poz. 727). Niestety, definicja tajemnicy służbowej nie została poddana korekcie. Na temat przebiegu procesu legislacyjnego pisze S. Hoc w: *Ochrona informacji niejawnych i innych tajemnic ustawowo chronionych*, Opole 2006, s. 29–33.

Po drugie, przedmiotem ustawy o ochronie informacji niejawnych, w zakresie dotyczącym tajemnicy służbowej, powinno być jedynie jej zdefiniowanie oraz określenie reguł ochrony. Ciężar decydowania o uznaniu określonych rodzajów wiadomości za tajemnicę służbową powinien przejść ustawodawca. Stosowne rozstrzygnięcia należałoby sytuować w odrębnych ustawach regulujących materię, której dotyczyłyby takie informacje. Zadaniem osoby upoważnionej do podpisania dokumentu byłoby zrealizowanie dyspozycji ustawodawcy w zakresie zastosowania określonej klauzuli i wdrożenie reguł ochrony.

Po trzecie, chodzi o nadanie tajemnicy służbowej roli narzędzia akcesoryjnego. Posługiwanie się tajemnicą państwową ma chronić podstawowe, objęte jej treścią wartości. Tajemnica danych osobowych oraz inne tajemnice mają z kolei gwarantować prawną ochronę informacji dotyczących osób fizycznych i podmiotów gospodarczych. Tajemnica służbowa może w opisanej sytuacji, w systemie prawa państwa demokratycznego, odgrywać jedynie rolę swoistego „zaworu bezpieczeństwa”, narzędzia po które sięga ustawodawca, jeśli obowiązujące prawo nie pozwala skutecznie chronić informacji, na jakich utajnienie ustawodawca konstytucyjny przyzwala, a które nie stanowią tajemnicy państwowej, ani nie podlegają ochronie na podstawie innych aktów rangi ustawy.

Uwzględniając treść powyższych uwag, proponuję nadać art. 2 pkt 2 ustawy o ochronie informacji niejawnych następujące brzmienie:

- tajemnicą służbową jest informacja, niebędąca tajemnicą państwową, wskazana w odrębnej ustawie lub umowie międzynarodowej ratyfikowanej za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie, uzyskana w związku z czynnościami służbowymi albo wykonywaniem prac zleconych, do której ochrony jej dysponent nie został zobowiązany na podstawie przepisów odrębnych, a której nieuprawnione ujawnienie mogłoby narazić na szkodę bezpieczeństwo, porządek publiczny, ważny interes gospodarczy państwa lub wolności i prawa innych osób albo podmiotów gospodarczych.

## STRESZCZENIE

Autor prezentuje ewolucję zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej, a następnie czyni przedmiotem rozważań jej definicję określoną w ustawie z 1999 r. o ochronie informacji niejawnych. Wykazuje sprzeczność ustawowego określenia tajemnicy służbowej z treścią art. 61 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z 1997 r. (dotyczącego możliwości ograniczania prawa do uzyskiwania informacji o działalności władzy publicznej).

W dalszej części artykułu omówione zostały wątpliwości dotyczące ochrony danych osobowych jako informacji stanowiących tajemnicę służbową oraz wynikające z braku spójności ustawowych definicji informacji poufnych i zastrzeżonych. Nadto zaprezen-

towano prawne regulacje zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej dokonane poza ustawą o ochronie informacji niejawnych.

W artykule przedstawiono wnioski, których przedmiotem jest propozycja nowej regulacji zakresu przedmiotowego tajemnicy służbowej uwzględniająca wymogi ustawy zasadniczej.

## **SUMMARY**

The author presents the evolution of the scope of the subject matter of public service secret and then discusses the definition specified in the Act of 1999 on the protection of secret information. The author shows there is a contradiction between the statutory definition of a public service secret and the content of article 61, item 3 of the Constitution of the Republic of Poland of 1997 (referring to the possibility of limiting the right to obtain information about public service activities).

Later in the article, the author discusses doubts arising in connection with the protection of personal data as information being a public service secret and resulting from the lack of coherence in statutory definitions of confidential and limited access information. Moreover, the author presented legal regulations for the scope of the subject matter of public service secret made out of the Act on the protection of secret information.

The conclusions presented in the article propose a new regulation of the scope of the subject matter of the public service secret which would comply with the requirements of the constitution.

## FILIP RADONIEWICZ

POSTANOWIENIA DECYZJI RAMOWEJ RADY  
W SPRAWIE ATAKÓW NA SYSTEMY INFORMATYCZNE  
A UJĘCIE CYBERPRZESTĘPSTW  
W KODEKSIE KARNYM**1. Wprowadzenie**

Decyzja ramowa 2005/222/WSiSW w sprawie ataków na systemy informatyczne<sup>1</sup> jest pierwszym wiążącym unijnym aktem prawnym<sup>2</sup>, którego przedmiotem jest walka z cyberprzestępczością. Prace nad nią rozpoczęły się w 2001 r., jako odpowiedź na komunikat Komisji o cyberprzestępczości z 2001 r., który zawierał określone propozycje przepisów materialnych i proceduralnych, mających służyć zwalczaniu przestępstw komputerowych zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym. Efektem podjętych działań było przedstawienie wielu propozycji, w tym wniosku zawierającego projekt omawianej decyzji ramowej.

Zawarto w niej charakterystyki zachowań, które powinny być kryminalizowane w porządkach prawnych państw członkowskich, jak również regulację kwestii proceduralnych oraz odpowiedzialności osób prawnych. Zgodnie z tytułem artykułu tematem rozważań będzie pierwsze z tych zagadnień.

---

<sup>1</sup> Dz. Urz. UE L z 2005 r. 69/67.

<sup>2</sup> Wśród wcześniejszych niewiążących aktów wskazać można komunikaty Komisji (np. dwa komunikaty z 2001 roku: wspomniany wyżej komunikat w sprawie budowania bezpiecznego społeczeństwa informacyjnego poprzez zwiększenie bezpieczeństwa struktur informacyjnych i zwalczania przestępczości komputerowej, zwany komunikatem o cyberprzestępczości – COM(2000) 890, oraz komunikat w sprawie bezpieczeństwa sieci i informacji: propozycje koncepcji strategicznej UE – COM(2001) 298), rezolucje Parlamentu Europejskiego (np. rezolucja Parlamentu z 19 maja 2000 r. wzywająca do podjęcia działań legislacyjnych przeciwko przestępczości z wykorzystaniem zaawansowanej technologii), czy zalecenia Rady (np. zalecenie Rady z dnia 25 czerwca 2001 r. w sprawie punktów kontaktowych utrzymujących 24-godzinny dyżur w celu zwalczania przestępczości z wykorzystaniem zaawansowanej technologii – Dz. Urz. UE 2001 C 187).



## 2. Cyberprzestępstwa określone w decyzji ramowej

### 2.1. Definicje

W treści artykułu 1 decyzji ramowej zawarto definicje najistotniejszych pojęć. Są to wyjaśnienia znaczeń terminów: „system informatyczny”, „dane komputerowe”, „bezprawność”.

Dla potrzeb decyzji przyjęto, że **systemem informatycznym** jest każde urządzenie<sup>3</sup> lub grupa połączonych lub powiązanych urządzeń, z których co najmniej jedno dokonuje zgodnie z oprogramowaniem automatycznego przetwarzania danych komputerowych, jak również danych przechowywanych, przetwarzanych, odzyskanych lub przekazanych przez nie w celach ich eksploatacji, użycia, ochrony lub utrzymania. Wynika stąd, że systemem informatycznym, w świetle decyzji ramowej, jest zarówno pojedyncze urządzenie, jak i grupa połączonych urządzeń. Może to być zatem np. pojedynczy komputer, jak i skomplikowany system informatyczny banku. Użycie terminu „połączone lub powiązane” świadczy, że urządzenia nie muszą być połączone fizycznie (np. za pomocą przewodów), ale że transmisja danych między nimi może odbywać się za pośrednictwem innego medium (np. fal elektromagnetycznych). Pod pojęciem „przetwarzania” należy rozumieć wszelkie operacje na danych komputerowych (np. kopiowanie, usuwanie, utrwalanie, kodowanie itp.). Natomiast przy wyjaśnieniu pojęcia „automatycznego przetwarzania danych” można sięgnąć do konwencji nr 108 Rady Europy z 28 stycznia 1981 r. o ochronie osób fizycznych w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych<sup>4</sup>, do której zresztą znajduje się odwołanie w preambule decyzji ramowej. W świetle definicji zawartej w tej konwencji automatycznym przetwarzaniem danych są następujące czynności: gromadzenie danych, stosowanie do nich operacji logicznych i/lub arytmetycznych, ich modyfikowanie, usuwanie, wybieranie lub rozpowszechnianie, jeśli w całości lub częściowo wykonywane są za pomocą procedur zautomatyzowanych. Za procedury zautomatyzowane należy uznać takie działania, które w całości lub częściowo odbywają się bez ingerencji człowieka.

Przez **dane komputerowe** rozumie się wszelkie przedstawienie faktów, informacji lub koncepcji w formie odpowiedniej do przetwarzania w systemie informatycznym. W zakresie pojęciowym tego terminu mieszczą się również programy odpowiadające za wykonywanie funkcji przez system informatyczny. Z powyższej definicji wyraźnie wynika, że dane komputerowe są emanacją, nośnikiem czy też medium informacji (faktów, czy koncepcji), które dopiero sprowadzone do postaci danych komputerowych są czytelne dla systemu informatycznego. W tym celu muszą zostać „zakodowane” w języku binarnym – zamienione w ciąg „0” i „1”, a następnie mogą zostać zapisane na nośniku (np. płycie CD, DVD czy

<sup>3</sup> W polskiej wersji ang. zwrot „any device” błędnie przetłumaczono jako „wszelkie urządzenia”.

<sup>4</sup> Załącznik do Dz.U. z 2003 r. Nr 3.

na dysku twardym), czy przesłane za pośrednictwem sieci jako impulsy energetyczne.

W świetle tej definicji danymi komputerowymi są też programy odpowiadające za wykonywanie funkcji przez system informatyczny, czyli systemy operacyjne i aplikacje.

Natomiast za **bezprawny** uważa się taki dostęp lub ingerencję w system lub w jego część, na którą jego właściciel (lub inny posiadacz prawa do niego) nie udzielił zgody lub która jest uznana za niedozwoloną przez przepisy prawa krajowego.

Kwestia praw dostępu do zasobów systemu informatycznego oraz możliwość ingerencji w przetwarzane w nim dane regulowana jest w większości wypadków przez przepisy „miękkiego prawa” – regulaminy wewnętrzne sieci. Natomiast o nadaniu użytkownikowi uprawnień, oraz o ich zakresie, decyduje administrator systemu. W związku z tym, użyte pojęcie „bezprawności” oznacza przede wszystkim brak tak rozumianych uprawnień, a nie sprzeczność z przepisami prawa powszechnie obowiązującego, które regulują tę kwestię w niewielu wypadkach. Ustawodawca unijny pozostawia jednocześnie państwom członkowskim możliwość dokładniejszej regulacji tego zagadnienia<sup>5</sup>.

## 2.2. Czyny zabronione

W przepisach art. 2-4 cyt. Decyzji nałożono na państwa członkowskie obowiązek kryminalizacji działań, będących zamachami na bezpieczeństwo systemów informatycznych oraz przetwarzanych w nich danych<sup>6</sup>, a polegających na:

- **uzyskaniu nielegalnego dostępu do całości lub części systemu informatycznego**, czyli haking *sensu stricte* (art. 2). Pod tym pojęciem rozumie się działanie sprawcy mające charakter bezprawny i umyślny. W ustępie drugim tegoż artykułu zostało wskazane, że państwo członkowskie może uzależnić penali-

---

<sup>5</sup> W polskim prawie regulacjami przewidującymi takie uprawnienia są przede wszystkim: *ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych* (tekst jednolity Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 ze zm.) i *ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych* (tekst jednolity – Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 ze zm.). Pierwsza z nich przyznaje ściśle określonym podmiotom uprawnienia do przetwarzania danych osobowych, druga zakreśla krąg osób uprawnionych do zapoznania się z informacjami objętymi klauzulami tajności.

<sup>6</sup> Wyróżnia się trzy aspekty bezpieczeństwa systemów informatycznych i danych: dostępność (oznacza, że w każdym czasie i w wymagany sposób dane są dostępne, a usługi w pełni działają), integralność (pewność, że przesłane, przechowywane i odebrane dane są kompletne i niezmienione) oraz poufność (właściwość danych, polegająca na ujawnianiu ich wyłącznie uprawnionym podmiotom, zgodnie z określonymi procedurami, w dozwolonych przypadkach i w dozwolony sposób). Zob. J. Górski, *Ocena poufności i bezpieczeństwa systemów informatycznych*, (w:) *Prawne aspekty nadużyć popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji. Materiały z konferencji naukowej*, (red.) A. Adamski, Toruń 1994, s. 283 i n., a także definicje zawarte w art. 4 lit. d), f) i g) *rozporządzenia WE nr 460/2004 z dnia 10 marca 2004 r. ustanawiającego Europejską Agencję ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji* (Dz. Urz. UE L z 2004 r. 77/1) oraz w Wytycznych OECD z 1992 (*Recommendation of the Council of the OECD concerning Guidelines for Security of Information Systems*, OECD/GD (92) 10, Paris, 1992).

zaczę opisanego działania sprawcy od naruszenia przez niego zabezpieczeń systemu;

- **nielegalnej ingerencji w system informatyczny (art. 3)**. Jest to działanie polegające na umyślnym, bezprawnym i poważnym naruszeniu lub przerwaniu działania systemu informatycznego. Może być ono dokonane poprzez wprowadzanie, przekazywanie, uszkodzanie, usuwanie, niszczenie, zmienianie, zatajanie lub uczynienie niedostępnymi danych komputerowych. Chodzi zatem o działania o charakterze logicznym, skierowane przeciw systemowi informatycznemu, mające na celu utrudnienie lub uniemożliwienie jego pracy. Mogą one polegać również na oddziaływaniu na programy odpowiadające za jego funkcjonowanie;
- **nielegalnej ingerencji w dane (art. 4)**, która ma polegać na umyślnym i bezprawnym usunięciu, uszkodzeniu, pogorszeniu, zmianie, zatajaniu lub uczynieniu niedostępnymi danych komputerowych w systemie informatycznym. W tym wypadku również chodzi o działania o charakterze logicznym.

We wszystkich trzech przypadkach wymogiem uznania danego zachowania za przestępstwo jest umyślność oraz bezprawność działania. Na państwa członkowskie został nałożony obowiązek uznania opisanych w art. 2, 3 i 4 czynów za przestępstwa przynajmniej w przypadkach będących „przypadkami większej wagi” (doprecyzowanie tego pojęcia pozostawione jest ustawodawstwu krajowym).

W art. 5 decyzji ramowej przewidziano karalność pozostałych<sup>7</sup> form zjawiskowych przestępstw wymienionych w artykułach 2, 3 i 4. Z form stadialnych, poza dokonaniem, co oczywiste, karalne powinno być usiłowanie (za wyjątkiem przestępstwa przewidzianego w art. 2, czyli uzyskania nielegalnego dostępu do systemu, co do którego decyzja ramowa pozostawia państwom członkowskim swobodę w kwestii kryminalizacji tej formy). Decyzja ramowa nie przewiduje natomiast karalności zachowań polegających na przygotowaniu, jak czyni to konwencja Rady Europy nr 187 o cyberprzestępczości z 23 listopada 2001 r.<sup>8</sup> W związku z tym poza jej zakresem pozostają takie działania jak tzw. skanowanie portów<sup>9</sup> (które zresztą karalne jest tylko w prawie brytyjskim). Wydaje się, że dość problematyczna jest kwestia wymogu kryminalizacji działań polegających na tworzeniu tzw. narzędzi hakerskich. Niewątpliwie, gdy twórca takiego programu udostępnia go następnie sprawcy, wiedząc że ten wykorzysta ów program w celu popełnienia przestępstwa, można go uznać za pomocnika. Ale jak należy zakwalifikować sytuację, gdy twórca udostępnia tylko program w sieci? A. Adamski

<sup>7</sup> W treści tego artykułu jest wymienione kierowanie, pomaganie, podżeganie. W pojęciu „kierowanie” mieści się i sprawstwo kierownicze i polecające.

<sup>8</sup> Jej tekst jest dostępny np. na stronie <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/QueVoulezVous.asp?NT=185&CM=8&DF=25/06/04&CL=ENG>

<sup>9</sup> Skanowanie portów polega na sprawdzeniu, które porty („miejsca”, przez które są wysyłane i odbierane dane) w danym komputerze są otwarte, czyli przez które można przeprowadzić atak. Zob. np. D. Littlejohn Shinder, *Cyberprzestępczość. Jak walczyć z łamaniem prawa w sieci*, Gliwice 2004 s. 281–284.

zwraca uwagę, że w polskim orzecznictwie i doktrynie obowiązuje koncepcja podżegania i pomocnictwa, zgodnie z którą konstrukcje te mają zastosowanie wyłącznie w przypadku nakłaniania lub pomocy w popełnieniu przestępstwa przez konkretne osoby. Nie jest zatem pomocnictwem ułatwianie popełnienia przestępstwa nieokreślonym osobom poprzez udostępnienie takiego programu np. na stronie internetowej, gdzie będzie on ogólnodostępny<sup>10</sup>.

### 2.3. Sankcje

W art. 6 wskazano, że kary przewidziane w ustawodawstwach krajowych za opisane w decyzji przestępstwa powinny być proporcjonalne, skuteczne i odstraszające. Jest to tradycyjna, dość ogólnikowa formuła, często używana w dokumentach unijnych. Pojawia się również w aktach prawnych Rady Europy, jak na przykład we wspomnianej konwencji o cyberprzestępczości. Sformułowanie to pozostawia państwu członkowskiemu swobodę w doborze sankcji. Jednakże następne postanowienia decyzji ramowej doprecyzowują tę ogólną dyrektywę. Zgodnie z ustępem 2 tegoż artykułu przestępstwa polegające na nielegalnej ingerencji w system oraz nielegalnej ingerencji w dane powinny podlegać karze pozbawienia wolności przynajmniej na okres od 1 do 3 lat.

W art. 7 zatytułowanym „Okoliczności obciążające”, wskazano czynniki, które obligatoryjnie lub fakultatywnie mają powodować zaostrenie odpowiedzialności karnej. Państwa członkowskie mają obowiązek podjąć środki mające zapewnić, by przestępstwo, o którym mowa w art. 2 ustęp 2 (nielegalny dostęp do danych, któremu towarzyszy naruszenie zabezpieczeń), jak również opisane w art. 3 (nielegalna ingerencja w system) i art 4 (nielegalna ingerencja w dane), były zagrożone sankcją co najmniej od 2 do 5 lat pozbawienia wolności w przypadku, gdy zostały popełnione w ramach organizacji przestępczej, o której mowa we wspólnym działaniu 98/733/WSiSW w sprawie uznawania za przestępstwa karne uczestnictwa w organizacji przestępczej w państwach członkowskich Unii Europejskiej<sup>11</sup>. Definicja zawarta w art. 1 w powyższym wspólnym działaniu dla potrzeb omawianej decyzji ramowej ulega pewnej modyfikacji, a mianowicie, niezależnie od uznania grupy osób za organizację przestępczą od wysokości sankcji, jaka grozi za popełnienie przez tę grupę przestępstwa (wg wspólnego działania 98/733/WSiSW jest to wymóg zagrożenia karą minimum czterech lat pozbawienia wolności). Stąd dla potrzeb decyzji za organizację przestępczą uważa zorganizowaną grupę, powołaną na pewien czas, składającą się co najmniej z dwóch osób działających wspólnie w celu popełnienia przestępstw.

<sup>10</sup> A. Adamski, *Przestępczość w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle projektu Konwencji Rady Europy*, Toruń 2001, s. 60.

<sup>11</sup> Dz. Urz. UE L z 1998 r. 351/1.

Ustęp 2 powyższego artykułu przewiduje możliwość uznania przez państwa członkowskie za okoliczność zaostrzającą odpowiedzialność karną sytuację, gdy przestępstwo wywołało poważne szkody lub wywarło wpływ na ważne interesy (doprecyzowanie obu tych pojęć pozostawia się ustawodawcy krajowemu).

Postanowienia art. 7 odnoszą się jedynie do zwykłego sprawstwa. Odnosnie pozostałych form zjawiskowych oraz usiłowania postanowienia decyzji ramowej pozostawiają pełną swobodę państwom członkowskim w kwestii ustalenia wysokości wprowadzonych przez nie sankcji, wymagając jedynie kryminalizacji tych form popełniania przestępstwa.

### 3. Decyzja ramowa a przepisy kodeksu karnego

Przestępstwa, których dotyczy decyzja ramowa, są w polskim kodeksie karnym z 1997 r. stypizowane w rozdziale XXXIII zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko ochronie informacji” w przepisach art. 267-269b. Do postanowień omówionej decyzji ramowej miała je dostosować ustawa z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny i niektórych innych ustaw<sup>12</sup>.

#### 3.1. Definicje

W preambule do decyzji ramowej podkreślono znaczenie zdefiniowania w regulacjach krajowych państw członkowskich podstawowych pojęć, a zwłaszcza danych komputerowych i systemu informatycznego. W kodeksie karnym z 1997 r. nie ma definicji żadnego z nich. Polski ustawodawca posługuje się zbliżonymi terminami. Z przepisów kodeksu karnego można wyinterpretować, że zakres przedmiotowy pojęcia „danych komputerowych”, użytego w decyzji ramowej, jest zbieżny z polskim odpowiednikiem – „danymi informatycznymi”. Należałoby stworzyć dla potrzeb kodeksu odpowiednią definicję, by uciąć zbędne dywagacje, zwłaszcza że dodatkowo niejasny jest na gruncie prawa polskiego stosunek pojęć informacji do danych<sup>13</sup>.

Co do drugiego terminu sytuacja jest trochę inna. Ustawodawca, nowelizując kodeks karny wspomnianą ustawą z 24 października 2008 r., dodał do art. 267 przepis § 2, w którym używa pojęcia „system informatyczny” w znaczeniu, jakie

<sup>12</sup> Dz.U. Nr 214, poz. 1344.

<sup>13</sup> Zob. np. A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 38; P. Kardas, *Prawnokarna ochrona informacji w polskim prawie karnym z perspektywy przestępstw komputerowych. Analiza dogmatyczna i strukturalna w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 1, s. 57–60; W. Kilian, (w:) *Prawne i ekonomiczne aspekty komunikacji elektronicznej*, (red.) J. Gołaczyński, (tłum.) D. Adamski, Warszawa 2003, s. 13–22; B. Kumicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji i wymiarowi sprawiedliwości. Rozdział XXX i XXXIII kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 246–247; K. Napierała, *Prawne aspekty ochrony danych osobowych przetwarzanych w systemach informatycznych*, Warszawa 1997, s. 13.

nadaje mu decyzja ramowa. Pozostawia jednak jednocześnie w przepisach art. 269a oraz art. 269b sformułowanie „system komputerowy”. Wydaje się, że można uznać powyższe pojęcia za równoznaczne, a obecność tego ostatniego – za niedopatrzenie<sup>14</sup>.

W tym miejscu należy wyjaśnić znaczenie dwóch innych pojęć, którymi ustawodawca posłużył się w rozdziale XXXIII kodeksu karnego, tj. „sieci telekomunikacyjnej” (art. 267 § 1) i „sieci teleinformatycznej” (art. 269a). Definicję „sieci teleinformatycznej” zawiera ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych<sup>15</sup>. Jest to „organizacyjne i techniczne połączenie systemów teleinformatycznych” (art. 2 pkt 9), gdzie „systemem teleinformatycznym” jest „system, który tworzą urządzenia, narzędzia, metody postępowania i procedury stosowane przez wyspecjalizowanych pracowników w sposób zapewniający wytwarzanie, przechowywanie, przetwarzanie lub przekazywanie informacji” (art. 2 pkt 8). Z powyższego wynika przede wszystkim, że „sieć teleinformatyczna” składa się z „systemów teleinformatycznych”, w których wytwarzane, przechowywane, przetwarzane i przekazywane są dane informatyczne.

Porządkuje i ujednolica siatkę pojęciową ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustaw w celu ujednoczenia terminologii informatycznej<sup>16</sup>. Odsyła<sup>17</sup> ona, w przypadku użycia – w którejś ze wskazanych w jej treści ustaw – terminu „system teleinformatyczny” do ustawy z dnia 18 lipca 2002 roku o świadczeniu usług drogą elektroniczną<sup>18</sup>. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 pkt 3 tej ustawy jest to „zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 21 lipca – Prawo telekomunikacyjne”. Termin „sieci telekomunikacyjnej”, w świetle obecnie obowiązującej ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne<sup>19</sup>, oznacza „systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowu-

<sup>14</sup> Potwierdzeniem tej interpretacji jest fakt, że pojęcie „systemu komputerowego” zostało wprowadzone do kodeksu karnego ustawą z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz.U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626), w związku z dostosowywaniem polskiego prawa do postanowień *konwencji o cyberprzestępczości*, w której art. 1a znajduje się definicja „systemu informatycznego”, zbliżona do definicji z *decyzji ramowej*. Polski ustawodawca implementując postanowienia *konwencji* użył zamiast „system informatyczny” – sformułowania „system komputerowy”.

<sup>15</sup> Tekst jednolity – Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 ze zm.

<sup>16</sup> Dz.U. z 2008 r. Nr 171, poz. 1056.

<sup>17</sup> Za pośrednictwem *ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne* (Dz.U. z 2005 r. Nr 64, poz. 656). Początkowo właśnie w tej ustawie miała być zawarta definicja systemowa pojęcia „systemu teleinformatycznego”, jednakże w toku prac parlamentarnych zdecydowano inaczej – na odesłanie do definicji z *ustawy o świadczeniu usług elektronicznych*, przez co zyskuje ona rangę systemowej. Zob. P. Litwiński, (w:) *Prawo Internetu*, (red.) P. Podrecki, Warszawa 2007, s. 192.

<sup>18</sup> Dz.U. z 2002 r. Nr 144, poz. 1204.

<sup>19</sup> Dz.U. z 2004 r. Nr 171, poz. 1800 ze zm.

jące, a także inne zasoby, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju” (w art. 2 pkt 35).

W celu uzmysłowienia sobie, czym właściwie jest „sieć teleinformatyczna” i czym się różni od „sieci telekomunikacyjnej” i „systemu informatycznego”, należy ustalić znaczenie terminów „system informatyczny” i „system telekomunikacyjny”. Pierwszy został wyżej omówiony – oznacza urządzenie lub zespół powiązanych urządzeń, przetwarzających dane, drugi natomiast – wg X. Konarskiego – jest „zespołem współpracujących urządzeń, programów i procedur stosowanych w celu przekazywania danych pomiędzy miejscami ich przetwarzania lub przechowywania na dowolną odległość”<sup>20</sup>. Natomiast system teleinformatyczny jest strukturą służącą zarówno do przetwarzania danych, jak i ich przekazywaniu pomiędzy systemami przetwarzającymi dane (w szczególności będzie to system informatyczny podłączony do sieci telekomunikacyjnej, która służy do przekazywania danych)<sup>21</sup>.

Jak wynika z powyższych rozważań „siecią teleinformatyczną” (jako grupą powiązanych systemów teleinformatycznych) jest rodzaj sieci telekomunikacyjnej, w której odbywa się zarówno przesyłanie danych, jak i ich przetwarzanie. Jej powstanie związane jest ze zjawiskiem przenikania się dwóch struktur rozległych sieci komputerowych oraz sieci telekomunikacyjnych<sup>22</sup>.

## 3.2. Typy przestępstw

### 3.2.1. Uzyskanie nielegalnego dostępu do całości lub części systemu informatycznego

W art. 267 § 1 k.k. jest skryminalizowane przestępstwo hakingu, czyli odpowiadające „nielegalnemu dostępowi do systemu informatycznego” z art. 2 decyzji ramowej<sup>23</sup>. Wskazane są w nim trzy rodzaje zachowań, będące zamachami na bezpieczeństwo systemów informatycznych, a mianowicie:

1) **Podłączenie się do sieci telekomunikacyjnej.** Swoje obecne brzmienie znamię to zawdzięcza ostatniej nowelizacji (poprzednio: „podłączenie się do przewodu służącego do przekazywania informacji”). Jak wskazane zostało w uzasadnieniu projektu nowelizacji, zmiana ta ma rozszerzyć zakres kryminalizacji

<sup>20</sup> X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 62.

<sup>21</sup> Ibidem.

<sup>22</sup> Ibidem, s. 64.

<sup>23</sup> Polski ustawodawca używa wprawdzie sformułowania „kto bez uprawnienia uzyskuje dostęp do informacji dla niego nieprzeznaczonej”, ale w istocie oznacza ono czyn, polegający na „uzyskaniu dostępu do systemu informatycznego”. Wynika to z faktu, że to tzw. włamanie się do systemu polega właśnie na uzyskaniu dostępu do przetwarzanych w nim informacji (w postaci danych informatycznych). Zob. również A. Adamski, *Nowe ujęcie cyberprzestępstw w kodeksie karnym – ale czy lepsze?*, „Prawo Teleinformatyczne” 2007, nr 3(5), s. 6–7.

na zachowania polegające na podłączeniu się do każdej sieci, w tym bezprzewodowej, a użycie pojęcia sieci telekomunikacyjnej – nawiązywać do ustawy Prawo telekomunikacyjne.

Jak wskazuje B. Kunicka-Michalska trudno jest rozgraniczyć znamię „podłączenia się” od „zakładania lub posługiwania się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem”<sup>24</sup> użytego w 267 § 3 (przed nowelizacją § 2). Z jednej strony, nie jest to istotne, gdyż w obu wypadkach grozi taka sama sankcja i oba czyny ścigane są w tym samym trybie. Z drugiej jednak strony, jest też zasadnicza różnica – czyn z art. 267 § 1 k.k. dokonany jest tylko wtedy, gdy sprawca uzyskał dostęp do informacji, natomiast w przypadku przestępstwa z art. 267 § 3 k.k. wystarczy, by działał w celu jej uzyskania.

### 2) **Przełamanie elektronicznego, magnetycznego, informatycznego lub innego szczególnego zabezpieczenia.**

Przepis art. 267 § 1 k.k. chroni tylko takie informacje przechowywane w systemach komputerowych, które zostały przez ich dysponenta zabezpieczone przed nieupoważnionym dostępem. Przez zabezpieczenia należy rozumieć „wszelkie formy utrudnienia dostępu do informacji, których usunięcie wymaga wiedzy specjalistycznej lub posiadania szczególnego urządzenia lub kodu”<sup>25</sup>.

Informacje mogą być chronione bezpośrednio, np. przez zaszyfrowanie, czy zabezpieczenie dostępu hasłem lub niejako pośrednio z uwagi na ochronę samego systemu komputerowego, np. firewall'e, czy procedurę uwierzytelniania użytkowników. Przez „przełamanie” należy rozumieć działanie polegające na znielowaniu funkcji ochronnej; nie musi się ono wiązać z jego zniszczeniem<sup>26</sup>. Istotne jest, by było to zabezpieczenie realne oraz sprawne i aktywne. Jeżeli nie będzie ono funkcjonować w momencie ataku hakera, nie dojdzie do wypełnienia znamion przestępstwa<sup>27</sup>. Rozwiązanie to jest zgodne z postanowieniami decyzji ramowej, która możliwość wprowadzenia takiego zastrzeżenia przewiduje w art. 2 ust. 2.

3) **Ominięcie zabezpieczeń.** Uwzględniając głosy przedstawicieli doktryny oraz postanowienia decyzji ramowej, przyjęto założenie, że sprawca, by popełnić przestępstwo hakingu, nie musi przełamać zabezpieczenia, wystarczy, że je omiinie (dodano sformułowanie „albo omijając” po „przełamując” w treści przepisu § 1).

<sup>24</sup> B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II, (red.) A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 601.

<sup>25</sup> W. Wróbel, (w:) A. Zoll, A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dabrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzynkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. II, Kraków 2006, s. 1282–1283.

<sup>26</sup> P. Kardas, *Prawnokarna ochrona informacji...*, op. cit., s. 71–72; P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, (red.), M. Mozgawa, Kraków 2007, s. 518; W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, A. Zoll (red.), op. cit., s. 1283.

<sup>27</sup> Por. S. Bukowski, *Przestępstwo hakingu*, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 4, s. 142–143; P. Kardas, *Prawnokarna ochrona informacji...*, op. cit., s. 64.



Przełamanie zabezpieczeń jest tylko jedną z wielu technik, używanych przez hakerów do penetracji systemów komputerowych. Pozostałe sprowadzają się do ich ominięcia, a polegają na:

- wprowadzeniu w błąd człowieka (ang. *social engineering*, czyli tzw. socjotechnika, polegająca np. na podaniu się za inną osobę w celu wyłudzenia hasła);
- wprowadzenie w błąd systemu – wśród metod polegających na ominięciu zabezpieczeń w ten sposób należy wskazać fałszowanie adresów IP, ARP czy DNS<sup>28</sup>;
- wykorzystaniu luk (błędów) w systemach operacyjnych, aplikacjach czy protokołach<sup>29</sup> (służą do tego programy zwane *exploitami*).

Z popełnieniem przestępstwa mamy do czynienia, gdy sprawca, w wyniku podłączenia się do sieci telekomunikacyjnej lub przełamania albo ominięcia zabezpieczeń, bez uprawnienia uzyskuje dostęp do informacji dla niego nieprzeznaczonej. Sformułowanie to zostało wprowadzone w miejsce dotychczasowego „kto bez uprawnienia uzyskuje informację dla niego nieprzeznaczoną”. Tak jak przewidziano w treści decyzji ramowej, karalne staje się samo uzyskanie dostępu do informacji (choć lepszym rozwiązaniem byłoby użycie terminu „dane komputerowe”). By było możliwe postawienie sprawcy zarzutów nie musi on ani uzyskać nad informacją władztwa (jak było przed nowelizacją z dnia 24 października 2008 r.), ani tym bardziej się z nią zapoznać.

W wyniku omawianej nowelizacji dodano do art. 267 jako § 2 przepis kryminalizujący działanie sprawcy polegające na uzyskaniu bez uprawnienia dostępu do całości lub części systemu informatycznego.

Przyjęte przez ustawodawcę rozwiązanie może budzić kontrowersje.

Po pierwsze, jest to niejako automatyczne i dosłowne przepisanie treści artykułu 2 decyzji ramowej. Decyzje ramowe są instrumentami prawnymi służącymi do zbliżania przepisów porządków prawnych państw członkowskich. Zakreślane są w nich jedynie cele, jakie mają zostać osiągnięte, natomiast dobór środków ku temu prowadzących pozostawiany jest krajowym ustawodawcom. Co za tym idzie – postanowienia decyzji ramowych sformułowane są bardzo ogólnie. W związku z tym nie nadają się do dosłownej transpozycji<sup>30</sup>.

Po drugie, w związku z powyższym, przepis ten jest niezwykle pojemny treściowo. Znamiona czynu w nim opisanego wypełnia sprawca, który „uzyskuje nie-

---

<sup>28</sup> *Spoofing (maskarada)*, czyli fałszowanie adresów, jest działaniem mającym na celu wprowadzenie w błąd co do miejsca wysłania komunikatów. Najczęściej fałszowane są adresy IP (adres logiczny komputera, przyporządkowany przez administratora sieci), ale możliwe jest fałszowanie również ARP, DNS oraz adresów www. Zob. D. Littlejohn Shinder, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 284–286.

<sup>29</sup> Jest to zbiór zasad określających procesy komunikacyjne. Protokoły odpowiadają za identyfikację komputerów w sieci. By możliwa była wymiana danych między komputerami muszą one używać tego samego protokołu sieciowego. Dwa lub więcej protokołów działających w różnych warstwach sieciowych tworzą stos. Najpopularniejszym obecnie jest stos TCP/IP. Zob. np. D. Littlejohn Schinder, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 234–268; K. Mandia, C. Prosis, *Hakerom śmierć!*, Warszawa 2002, s. 147–155.

<sup>30</sup> A. Adamski tę „technikę legislacyjną” określił jako *copy and paste* – zob. A. Adamski, *Nowe ujęcie cyberprzestępcstw...*, op. cit., s. 7–8.

legalny dostęp” do informacji, bo na tym polega uzyskanie dostępu do systemu, przy czym, by odpowiadać karnie nie musi w tym celu ani łamać zabezpieczenia ani go omijać. Jedyne warunki stanowią, by dostęp ów był nieuprawniony. Można by przyjąć, że ustawodawca w ten sposób chce stworzyć swego rodzaju typ podstawowy przestępstwa hakingu (§ 2) oraz typ kwalifikowany (§ 1) jako bardziej szkodliwy społecznie, bo wymagający działania polegającego na pokonaniu zabezpieczeń. Jednakże oba występki zagrożone są jednakową sankcją – karą pozbawienia wolności do lat 2. Ponadto część zachowań kryminalizowanych przez przepis art. 267 § 3 k.k., określanych jako podsłuch komputerowy (np. omówiony dalej *sniffing*), będzie mogła być jednocześnie kwalifikowana z art. 267 § 2 k.k. (przy identycznym zagrożeniu sankcją). Prowadzić to może do sytuacji, że przepisy art. 267 § 1 i § 3 k.k. nie będą używane do walki z przestępczością komputerową, zachowując swoją „tradycyjną” rolę, polegającą na ochronie tajemnicy korespondencji (§ 1) i ochronie przed inwigilacją (§ 3).

Z powyższą kwestią związany jest jeszcze jeden problem, a mianowicie jedynym wymogiem, jaki sprawca musi spełnić, by możliwe było mu postawienie zarzutu naruszenia art. 267 § 2 k.k. jest, by uzyskał dostęp do systemu „bez uprawnienia”. Kwestie uprawnień regulowane są przede wszystkim przez takie akty, jak np. regulaminy sieci komputerowych, a nie przepisy o randze ustawowej<sup>31</sup>. To swego rodzaju odesłanie przez ustawodawcę do norm pozaprawnych jest niebezpieczne i trudne do pogodzenia z zasadą określoności przestępstwa<sup>32</sup>. Pozostawia to zbyt dużą swobodę organom procesowym.

Artykuł 267 § 3 k.k. penalizuje zakładanie lub posługiwanie się, w celu uzyskania informacji, podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem lub oprogramowaniem. Wprowadzenie tego ostatniego terminu, jako narzędzia służącego inwigilacji<sup>33</sup>, ucina dywagacje na temat, czy program komputerowy można uznać za narzędzie. Przepis ten również można wykorzystywać do ścigania niektórych postaci hakingu. Nie ulega bowiem wątpliwości, że za zachowanie wyczerpujące znamiona przepisu art. 267 § 3 k.k. uznać można działanie hakera, polegające na zainstalowaniu w komputerze osoby inwigilowanej programu do przekazywania danych, takiego jak trojan czy program „tylne drzwi”<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> Ustawami przewidującymi takie uprawnienia, jak zostało wspomniane (przyypis 5), są przede wszystkim: *ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych, czy ustawa z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych*.

<sup>32</sup> Zwraca na to uwagę A. Adamski – *Nowe ujęcie cyberprzestępstw...*, op. cit., s. 8.

<sup>33</sup> W pierwotnej wersji projektu nowelizacji była mowa o „oprogramowaniu specjalnym”. W toku prac w Sejmie słusznie usunięto jednak przymiotnik „specjalne”, który mógł sugerować, że chodzi o programy komputerowe stworzone wyłącznie do popełnienia przestępstwa, podczas gdy w wielu wypadkach mamy do czynienia z programami „o podwójnej naturze”, spełniającymi wiele funkcji, ale mogących być wykorzystanych (często wbrew woli i zamierzeniom ich twórców) przez przestępców.

<sup>34</sup> A. Adamski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 59; W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Zoll, op. cit., s. 1287.

Ustawodawca użył znamion alternatywnych i aby pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności wystarczy, by zainstalował tylko urządzenie lub program (nie musi potem z niego korzystać), lub posługiwał się narzędziem (lub programem) założonym (umieszczonym w systemie informatycznym) przez kogoś innego. Dla bytu tego przestępstwa wystarcza dokonanie którejs z wymienionych czynności; samo faktyczne uzyskanie w ten sposób informacji nie ma znaczenia<sup>35</sup>.

Działania polegające na infiltrowaniu systemów informatycznych nazywa się potocznie „podśluchem komputerowym”. Wyróżnia się dwa jego rodzaje: 1) pasywny, gdy intruz jedynie zapoznaje się z treścią informacji, 2) aktywny, gdy dokonuje modyfikacji przesyłanych danych<sup>36</sup>. Omawiany przepis kryminalizuje zachowania składające się na pierwszy rodzaj podśluchu.

Istnieje wiele sposobów inwigilowania sieci komputerowych polegających na przechwytywaniu danych w czasie ich transmisji. Wskazać można np. *sniffing*<sup>37</sup>, czy przeprowadzanie przez hakera ataku typu DoS<sup>38</sup> w celu „przekierowania” transmisji do jego komputera). Jak widać różnica między tak pojętym podśluchem komputerowym a włamaniem do systemu informatycznego, czyli hakingiem, jest bardzo płynna.

Inną grupą metod inwigilacji komputerów i sieci z wykorzystaniem wyspecjalizowanych urządzeń jest analiza fal elektromagnetycznych. Jak wiadomo, dookoła każdego ciała przewodzącego prąd wytwarza się pole elektromagnetyczne. Przykładowo wykorzystanie radiacji monitora pozwala przetworzyć ją nawet z dalszej odległości (około 1000 metrów) na obraz na ekranie innego monitora, natomiast kable łączące komputer z drukarką porównywane są do małych nadajników radiowych<sup>39</sup>. Dane komputerowe zamieniane są na język binarny i przesyłane za pomocą impulsów elektrycznych. W związku z tym w trakcie transmisji wytwarzają pole elektromagnetyczne, które za pomocą specjalnych urządzeń można zamienić z powrotem do postaci umożliwiającej odczytanie zakodowanej informacji<sup>40</sup>.

<sup>35</sup> W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Zoll, op. cit., s. 1285.

<sup>36</sup> Zob. szerzej J.W. Wójcik, *Przestępstwa komputerowe. Część I. Fenomen cywilizacji*, Warszawa 1999, s. 148–158.

<sup>37</sup> *Sniffing* – najprościej – jest to przechwytywanie pakietów („porcji” na jakie dzielone są dane, by mogły być przesłane siecią) oraz ich filtrowanie pod kątem poszukiwanych danych. Zob. np. D. Littlejohn Schinder, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 288–289; K. Mandia, C. Prosis, *Hakerom...*, op. cit., s. 147–155.

<sup>38</sup> Ataki DoS (ataki odmowy usług, ang. *Denial of Service*) mają na celu unieruchomienie sieci, a przez to uniemożliwienie dostępu do niej jej użytkownikom. Mogą być również skierowane przeciw konkretnym komputerom. Polegają na wywołaniu dużego ruchu sieciowego prowadzącego do jej przeciążenia. Ich wariantem są ataki DDoS (rozproszone ataki DoS), wykorzystujące komputery pośredniczące (bez wiedzy ich użytkowników). Haker instaluje na nich specjalne programy (tzw. *zombie*), które zdalnie uruchamia w określonym momencie, i za ich pomocą przeprowadza atak. Ponieważ możliwe jest wykorzystanie ogromnej liczby komputerów rozsianych po całym świecie, prawdziwe źródło ataku pozostaje nieznane. Innymi wariantami ataku DoS są ataki DNS DoS, czy SYN/LAND. Zob. D. Littlejohn Schinder, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 300–302; K. Mandia, C. Prosis, *Hakerom...*, op. cit., s. 355–362.

<sup>39</sup> A. Adamski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 59.

<sup>40</sup> Zob. szerzej B. Fischer, *Przestępstwa komputerowe i ochrona informacji*, Kraków 2000, s. 66–71.

Przepis art. 267 § 4 k.k. przewiduje odpowiedzialność za czyn polegający na ujawnieniu innej osobie informacji, uzyskanej w wyniku działań kryminalizowanych w przepisach art. 267 § 1-3 k.k. Regulacja ta skierowana jest przeciw osobom, które wymieniają się między sobą „wykradzionymi” informacjami albo sprzedają je osobom trzecim. Jest to przestępstwo powszechne, co oznacza, że popełnić je może każdy, kto przekazuje nielegalne informacje, wiedząc o źródle ich pochodzenia, a więc nie tylko sprawca występku z art. 267 § 1-3 k.k., który bezpośrednio je uzyskał. Ustawodawca nie przewidział kwalifikowanego typu tego przestępstwa, polegającego na posłużeniu się przez sprawcę – w celu ujawnienia informacji – środkami masowego przekazu, czyli np. przez umieszczenie jej na stronie internetowej, jak to uczynił np. w przypadku czynu zabronionego przewidzianego w przepisie art. 212 k.k. (zniesławienie)<sup>41</sup>.

Oczywiście, odpowiedzialność karna za zachowania wypełniające znamiona czynów z art. 267 k.k. zostaje wyłączona w przypadku działań organów państwowych, wykonywanych zgodnie z przepisami prawa (kontratyp działania w ramach uprawnień i obowiązków)<sup>42</sup>.

W doktrynie zwraca się uwagę na brak odpowiednich przepisów, które uchylałyby bezprawność wyżej opisanych czynów w przypadku administratorów i innych osób zajmujących się „obsługą” systemów informatycznych w przypadku ich współpracy z organami ścigania, polegającej na ujawnianiu i rejestrowaniu treści przesyłanych przez użytkowników danych informatycznych<sup>43</sup>.

### 3.2.2. Nielegalna ingerencja w dane

Artykuł 268 § 2 k.k. kryminalizuje bezprawne zachowania polegające na niszczeniu, uszkodzaniu, usuwaniu lub zmianie zapisu istotnej informacji na informatycznym nośniku danych albo udaremnianiu lub znacznym utrudnieniu w inny sposób osobie uprawnionej zapoznania się z informacją utrwaloną na takim nośniku. Zakresowo odpowiada on treści postanowień art. 4 decyzji ramowej, czyli „nielegalnej ingerencji w dane”.

Działania wymienione w tym przepisie mogą być zarówno celem działania sprawcy, jak również środkiem do niego prowadzącym, np. ataki DoS, czy umieszczenie w atakowanym systemie trojana lub programu „tylnych drzwi”. Mogą one

<sup>41</sup> Zob. B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 608.

<sup>42</sup> Np. rozdział XXV i XVI k.p.k., ustawa z 6 kwietnia o Policji (tj. Dz.U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), czy ustawa z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz.U. z 2002 r. Nr 74, poz. 676 ze zm.).

<sup>43</sup> A. Adamski, *Kryptografia i prawo*, (w:) *Aktualne problemy prawa karnego i kryminologii*, (red.) E. Pływaczewski, Białystok 1998, s. 23 i n.; B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 616.

również stanowić sposób zatarcia przez hakera śladów jego obecności w systemie, np. modyfikacja logów<sup>44</sup>.

Ze względu na większą szkodliwość społeczną tego czynu, stanowi on typ kwalifikowany przestępstwa z art. 268 § 1 k.k.

Przedmiotem ochrony jest integralność zapisu informacji (mowa jest o całkowitym unicestwieniu zapisu – wskazują na to zwroty „niszczy”, „usuwa”, jak również o modyfikacji bez unicestwienia, ale w stopniu znacznym – „uszkadza”, „zmienia”)<sup>45</sup> oraz jej dostępność (czyli możliwość korzystania) dla osoby uprawnionej. Ustawodawca jednocześnie wymaga, aby była to informacja istotna, przede wszystkim w sensie obiektywnym, tj. ze względu na jej treść, wagę i znaczenie<sup>46</sup>, ale z uwzględnieniem interesów osoby uprawnionej zapoznania się z nią<sup>47</sup>.

Użyty przez ustawodawcę termin „informatyczny nośnik danych” w zasadzie nie powinien budzić już wątpliwości<sup>48</sup>. W zakresie tego pojęcia mieszczą się wszystkie nośniki danych w „sensie informatycznym”, czyli takie jak dyskietki, dyski twarde (nośniki magnetyczne), płyta CD i DVD (nośniki optyczne), pamięci półprzewodnikowe itd. Dane na informatycznym nośniku danych można unicestwić poprzez działania fizyczne, np. niszcząc nośnik, lub logiczne, np. kasując dane, formatując dysk (zazwyczaj za pomocą specjalnych programów, takich jak wirusy, robaki, trojany).

Druga grupa czynności wykonawczych, tj. udaremnianie lub znaczne utrudnianie osobie uprawnionej zapoznanie się z informacją, ma charakter dopełniający. Użyte sformułowanie jest bardzo pojemne<sup>49</sup>. Zachowanie sprawcy może polegać np. na zmianie sposobu zakodowania informacji, nawet bez zmiany jej treści<sup>50</sup>, ukryciu nośnika, zamontowaniu hasła uniemożliwiającego dostęp, czy zniszczeniu programu umożliwiającego zapoznanie się z informacją.

Artykuł 268 § 3 k.k. jest typem kwalifikowanym przestępstwa naruszenia integralności zapisu informacji. Znamieniem kwalifikującym jest wyrządzenie

---

<sup>44</sup> Log jest chronologicznym zapisem zdarzeń zachodzących w systemie. Zob. np. M. Kliś, A. Stella-Sawicki, *Identyfikacja użytkownika komputera na podstawie logów cyfrowych*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 7–8, s. 52–53.

<sup>45</sup> Wydaje się, że należy się zgodzić z A. Adamskim, że integralność jest chroniona niejako „pośrednio” – tylko w wypadku, gdy jej naruszenie wywoła utrudnienie w zapoznaniu się z informacją przez osobę uprawnioną (A. Adamski, *Cyberprzestępczość*, s. 56–57).

<sup>46</sup> P. Kardas, *Prawnokarna ochrona informacji...*, op. cit., s. 88.

<sup>47</sup> Ibidem; P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) M. Mozgawa, s. 521; W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Zoll, op. cit., s. 1296.

<sup>48</sup> Ustawa z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustaw w celu ujednoczenia terminologii informatycznej (Dz.U. Nr 171, poz. 1056), która w omawianym przepisie zastąpiła niejasne sformułowanie „komputerowy nośnik informacji” własnie pojęciem „informatycznego nośnika danych”, wskazuje jednocześnie, że należy je rozumieć – zgodnie z przepisem art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2005 r. Nr 64, poz. 656), jest to „materiał lub urządzenie służące do zapisywania i odczytywania danych w postaci cyfrowej lub analogowej”.

<sup>49</sup> P. Kardas, *Prawnokarna ochrona informacji...*, op. cit., s. 90.

<sup>50</sup> W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Zoll, op. cit., s. 1293–1294.

przez sprawcę znacznej szkody majątkowej<sup>51</sup>. Niewątpliwie chodzi nie o wartość informatycznego nośnika danych, która może być symboliczna, ale o szkodę, jaką faktycznie ponosi dysponent informacji w następstwie czynu, np. mogą to być koszty związane z odtworzeniem zapisów księgowości czy utracony przez autora dzieła zysk, związany z jego sprzedażą<sup>52</sup>. Obejmuje ona zarówno uszczerbek w majątku pokrzywdzonego (*damnum emergens*), jak i utracone korzyści (*lucrum cessans*)<sup>53</sup>.

Decyzja ramowa, jak zostało wspomniane, nadaje pojęciu „dane” znacznie szerszy sens niż wynika to z treści omawianego przepisu. Obejmuje ono również dane, które są elementem oprogramowania systemu komputerowego i odpowiadają za wykonywanie jego funkcji. Przepis art. 268 k.k. „chroni programy komputerowe pośrednio i tylko wówczas, gdy następstwem nieuprawnionej ingerencji w kod programu jest udaremnienie lub znaczne utrudnienie dysponentowi informacji lub innej osobie uprawnionej zapoznanie się z informacją”<sup>54</sup>. W związku z tym nie każda ingerencja w oprogramowanie i dane stanowi naruszenie przepisu art. 268 k.k., nawet gdy skutki są poważne.

### 3.2.3. Nielegalna ingerencja w dane oraz nielegalna ingerencja w system

Przedmiotem ochrony przepisu art. 268a k.k.<sup>55</sup> są dane informatyczne, a dokładniej ich integralność (w przepisie jest mowa o niszczeniu, uszkadzaniu, usuwaniu danych), ich dostępność oraz bezpieczne gromadzenie, przetwarzanie i przekazywanie<sup>56</sup> (czyli bezpieczne funkcjonowanie systemu informatycznego). Pierwsza część przepisu 268a § 1 k.k. kryminalizuje działania polegające na niszczeniu, modyfikacji danych i utrudnianiu do nich dostępu. W drugiej części przepisu penalizowane są działania polegające na istotnym zakłócaniu lub uniemożliwianiu przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych.

<sup>51</sup> Przez „znaczną szkodę majątkową” rozumie się (zgodnie z przepisami art. 115 § 7 w zw. z § 5 i § 6 k.k.) szkodę o wartości przekraczającej w chwili popełnienia czynu równowartość dwustukrotnej wysokości najniższego miesięcznego wynagrodzenia.

<sup>52</sup> A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 483, tak też B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 621.

<sup>53</sup> P. Kardas, *Prawnokarna ochrona informacji...*, op. cit., s. 92.

<sup>54</sup> A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 57

<sup>55</sup> Artykuły 268a, 269a i 269b zostały wprowadzone do kodeksu karnego ustawą z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, w związku z dostosowywaniem polskiego prawa do postanowień *Konwencji o cyberprzestępczości*.

<sup>56</sup> Tak też: P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) M. Mozgawa, op. cit., s. 522. Podobnie B. Kunicka-Michalska, która uważa, że przepis ten chroni również poufność (B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 626). Inaczej A. Adamski, który stoi na stanowisku, że przepis art. 268a chroni jedynie dostępność danych (A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 58–59). Natomiast A. Marek zawęża zakres przedmiotowy tegoż przepisu do zamachów skierowanych na bezpieczeństwo baz danych (A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 484). Podobnie uważa M. Kalitowski, (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) M. Filar, Warszawa 2008, s. 1002.

nych, czyli utrudnianiu funkcjonowania systemu informatycznego. Kryminalizuje zatem działania polegające na nielegalnej ingerencji w dane oraz nielegalnej ingerencji w system. Jak słusznie zauważa B. Kunicka-Michalska, wymienione w omawianym przepisie działania godzące w dostęp do danych informatycznych krzyżują się między sobą, co powoduje, że dokładne ich rozróżnienie jest trudne<sup>57</sup>.

Artykuł 268a § 2 k.k. przewiduje typ kwalifikowany przestępstwa z § 1, a znamiem kwalifikującym jest spowodowanie przez sprawcę znacznej szkody majątkowej.

Dwa następne artykuły pełnią identyczną funkcję – chronią systemy informatyczne i dane informatyczne.

W art. 269 § 1 i 2 k.k. stypizowano przestępstwo sabotażu informatycznego, którego istotą jest niszczenie, uszkodzanie, usuwanie lub zmienianie danych informatycznych o szczególnym znaczeniu dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania administracji rządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego, albo zakłócanie lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania takich danych. Przepis § 2 przewiduje taką samą karę za popełnienie czynu określonego w § 1 poprzez niszczenie albo wymianę nośnika informacji lub niszczenie, albo uszkodzanie urządzenia służącego do automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania chronionych danych informatycznych. Przepis art. 269 k.k. chroni zatem szczególne informacje, a pośrednio chroni obronność kraju, bezpieczeństwo w komunikacji oraz funkcjonowanie szeroko pojętej administracji państwowej. Według B. Kunickiej-Michalskiej, właśnie te wartości są podstawowym przedmiotem ochrony<sup>58</sup>.

Konstruując typ przestępstwa z art. 269 § 1 k.k., ustawodawca posłużył się alternatywnymi znamionami<sup>59</sup>. Pierwsza ich grupa to: niszczenie, uszkodzanie, usuwanie lub zmienianie danych informatycznych o szczególnym znaczeniu dla obronności kraju, bezpieczeństwa w komunikacji, funkcjonowania administracji rządowej, innego organu państwowego lub instytucji państwowej albo samorządu terytorialnego. Zamachy te mają charakter logiczny.

Na drugą grupę znamion składa się: zakłócanie lub uniemożliwianie automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych o szczególnym znaczeniu. W tym wypadku przedmiotem ochrony jest dostępność danych.

Art. 269 § 2 k.k. penalizuje fizyczne unicestwienie chronionych przez przepis art. 269 § 1 danych, poprzez niszczenie bądź wymianę informatycznego nośnika danych lub niszczenie albo uszkodzanie urządzeń służących do automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania takich danych.

<sup>57</sup> B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 628.

<sup>58</sup> Ibidem, s. 633.

<sup>59</sup> Por. A. Adamski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 77–78

Przepis art. 269a przewiduje odpowiedzialność karną osoby, która bez uprawnienia w stopniu istotnym zakłóca pracę systemu lub sieci teleinformatycznej, poprzez działania o charakterze logicznym, takie jak: transmisja, zniszczenie, uszkodzenie, utrudnienie dostępu lub zmiana danych informatycznych.

Przedmiotem ochrony jest bezpieczeństwo pracy systemu komputerowego, a co za tym idzie – dostępność i integralność przetwarzanych w nim danych informatycznych. Ustawodawca wprowadza wymóg „istotności” zakłócenia, co jest znamieniem ocennym.

Nowelizacją z dnia 24 października 2008 r. dodano do znamion strony przedmiotowej „utrudnienie dostępu”. W uzasadnieniu projektu wskazano, że doprowadzi to do rozszerzenia kryminalizacji na czynności polegające na „zatajaniu lub utrudnianiu dostępu”, o których mówi decyzja ramowa w art. 3, a jednocześnie będzie korespondowało z tożsamym treściowo znamieniem, użytym w przepisie art. 268a § 1 kk.

A. Adamski<sup>60</sup> i W. Wróbel<sup>61</sup> słusznie zauważają, że przepisy art. 268a i 269a nakładają się na siebie zakresowo. Określenia „w istotnym stopniu zakłóca lub uniemożliwia automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie takich danych” oraz „w istotnym stopniu zakłóca pracę systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej” są w istocie tożsame. Praca systemu komputerowego (sieci teleinformatycznej) polega właśnie na przetwarzaniu, gromadzeniu i przekazywaniu danych.

### 3.2.4. Czynności przygotowawcze

Decyzja ramowa, jak już sygnalizowano, nie nakłada na państwa członkowskie wprost obowiązku kryminalizacji czynności polegających na tworzeniu i rozpowszechnianiu specjalnych programów służących do popełnienia wymienionych w niej przestępstw (tzw. narzędzi hakerskich), czy udostępniania haseł i kodów dostępu umożliwiających nieautoryzowany dostęp do systemu informatycznego. Jak zostało przy omawianiu form popełnienia czynów zabronionych, w świetle polskiego prawa takiego działania nie można uznać za pomocnictwo. Jednak penalizuje je art. 269b § 1 k.k. Przepis ten został wprowadzony do kodeksu karnego w związku z dostosowywaniem polskiego prawa do konwencji o cyberprzestępczości. Mimo że od początku był obiektem krytyki<sup>62</sup> ze względu na swoje liczne wady, dotychczas nie został skorygowany.

Kryminalizuje on wytwarzanie, pozyskiwanie, zbywanie, udostępnianie urządzeń lub programów komputerowych przystosowanych do popełnienia prze-

<sup>60</sup> A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 58–59.

<sup>61</sup> W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Zoll, op. cit., s. 1309.

<sup>62</sup> Zob. np. A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 60–61; K. Gienas, *Uwagi do przestępstwa stypizowanego w art. 269b kodeksu karnego*, „Prokurator” 2005, nr 1 (21), s. 74 i n., dostępny również w Internecie: [http://www.lex.com.pl/czasopisma/prokurator/spt\\_1\\_05.html](http://www.lex.com.pl/czasopisma/prokurator/spt_1_05.html)



stępstw określonych w art. 165 § 1 pkt 4, art. 267 § 3, art. 268a § 1 albo § 2 w związku z § 1, art. 269 § 2 albo art. 269a k.k., a także haseł komputerowych, kodów dostępu lub innych danych umożliwiających dostęp do informacji przechowywanych w systemie komputerowym lub w sieci teleinformatycznej. Jak widać, ustawodawca nowelizując powyższy przepis z niewiadomych przyczyn nie uwzględnił w wyliczeniu zawartym w treści art. 269b przepisów art. 267 § 1 § 2 k.k.<sup>63</sup>.

Mimo że ustawodawca użył liczby mnogiej w stosunku do przedmiotów wykonawczych, penalizacją objęte jest na przykład zbycie tylko jednego programu, czy udostępnienie tylko jednego hasła. Odnosnie do tej kwestii panuje zgodność w doktrynie i orzecznictwie. Natomiast, jak zauważa A. Marek, dyskusyjna jest interpretacja, że do wypełnienia znamion czasownikowych „zbywania lub udostępniania” wystarcza dokonanie tych czynności wobec jednej osoby<sup>64</sup>. Należy zgodzić się z P. Kozłowską-Kalisz, że gdyby wystarczające było dopuszczenie się czynności sprawczej określonej w omawianym przepisie wobec jednej tylko osoby, ustawodawca posłużyłby się liczbą pojedynczą<sup>65</sup>, jak np. w art. 267 § 4, czy 265 § 1 k.k. Wydaje się, że w takim wypadku mielibyśmy do czynienia z usiłowaniem. W sytuacji gdy sprawca dokonuje którejs z wymienionych w dyspozycji przepisu czynności względem konkretnej osoby, co najmniej licząc się z możliwością, że wykorzysta ona dany program czy hasło do popełniania określonego czynu zabronionego, może odpowiadać jako pomocnik.

Artykuł 269b k.k. miał stanowić panaceum na problem powszechnej dostępności w Internecie „narzędzi hakerskich”, co umożliwia dokonywanie ataków i innych działań destrukcyjnych nawet osobom dysponującym zaledwie elementarną wiedzą z dziedziny informatyki. Jednak jest wadliwie skonstruowany. Pierwszą z wad, o której już wspomniano jest brak w katalogu zawartym w jego treści wskazania hakingu. Co się tyczy innych, to, po pierwsze, w przepisie tym mowa jest o programach „przystosowanych” do określonych działań. Istnieje zatem problem, jak ocenić działanie twórcy programu, spełniającego kilka funkcji<sup>66</sup>, użytego następnie przez osobę trzecią w celach przestępczych, których autor by sobie nie życzył<sup>67</sup>. W związku z powyższym, w celu zachowania *ratio legis* wprowadzenia tego przepisu i uniknięcia zbyt szerokiej kryminalizacji, W. Wróbel zaproponował jego interpretację, nawiązującą do definicji karalnych czynności przygotowawczych z art. 16 § 1 k.k.<sup>68</sup>, wymagając tym samym od sprawcy „wytwarzającego” lub

<sup>63</sup> Uwzględniony jest przepis art. 267 § 3, kryminalizujący podsłuch komputerowy – istnieje więc możliwość postawienia hakerowi zarzutu tworzenia, czy udostępniania narzędzi hakerskich, jeżeli udowodni się, że mogą one służyć również do popełnienia przestępstwa z tego przepisu.

<sup>64</sup> A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 487.

<sup>65</sup> P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) M. Mozgawa, op. cit., s. 526.

<sup>66</sup> Np. monitory sieciowe, inaczej nazywane analizatorami protokołów (np. Network Monitor, w który wyposażony jest MS Windows Server 2003), umożliwiające administratorom analizę ruchu w sieci, mogą zostać wykorzystane przez hakerów jako *sniffery*.

<sup>67</sup> Por. A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 60; K. Gienas, *Uwagi do przestępstwa...*, op. cit.

<sup>68</sup> W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Zoll, op. cit., s. 1311–1312.

„pozyskującego” wymienione w przepisie narzędzia zamiaru bezpośredniego<sup>69</sup>. Większość przedstawicieli doktryny uważa jednak, z wyjątkiem właśnie W. Wróbla (o czym była mowa wyżej, oraz B. Kunickiej-Michalskiej, która zajmuje zbliżone do niego stanowisko<sup>70</sup> czy A. Marka<sup>71</sup>), że aby sprawcy przypisać winę, wystarczy by działał z zamiarem ewentualnym<sup>72</sup>. Przyjęcie takiego rozwiązania stwarza możliwość ścigania zarówno osób, które wytwarzają i udostępniają w Internecie programy służące do działań destrukcyjnych (ich autorów, webmasterów umieszczających na swoich witrynach internetowych owe narzędzia lub linki do stron, na których są takowe dostępne), jak i administratorów oraz osób zajmujących się bezpieczeństwem systemów informatycznych, które wymieniają się w sieci wiedzą na ten temat, czy używają tego typu programów do testowania zabezpieczeń systemów<sup>73</sup>. B. Kunicka-Michalska stoi na stanowisku, że wobec takich osób, jako działających w ramach praw i obowiązków, ma miejsce wyłączenie odpowiedzialności karnej<sup>74</sup>, a W. Wróbel podkreśla, że brak klauzuli w treści przepisu art. 269b k.k., wskazującej, że sprawca podlega karze tylko wówczas, gdy podejmuje wymienione w nim działania bez uprawnienia, należy uznać za przeoczenie ustawodawcy,<sup>75</sup> zwłaszcza że jej wprowadzanie przewiduje art. 6 konwencji o cyberprzestępczości, którego postanowienia ma realizować omawiany przepis. W artykule tym przewiduje się, by sprawca „miał zamiar popełnienia przestępstw”, a więc by działał w zamiarze bezpośrednim. Natomiast w treści decyzji ramowej podkreślono konieczność „uniknięcia kryminalizacji posiadaczy praw i osób upoważnionych” (pkt 13 *in fine* preambuły).

### 3.3. Sankcje

Polska regulacja w kwestii wysokości sankcji jest zgodna z postanowieniami decyzji ramowej. Przepisy tworzące w polskim kodeksie karnym typy przestępstw odpowiadające opisanym w art. 3 i art. 4 zagrożone są sankcjami mieszczącymi się w zakreślonym przedziale. Za przestępstwo stypizowane w art. 268a k.k. przewiduje się w typie podstawowym karę pozbawienia wolności do lat 3, w art. 269 k.k.

<sup>69</sup> Ibidem, s. 1313.

<sup>70</sup> B. Kunicka-Michalska uważa bowiem, że trudno wyobrazić sobie wytwarzanie, pozyskiwanie czy zbywanie bez zamiaru bezpośredniego sprawcy. Zob. B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 651.

<sup>71</sup> Według A. Marka „strona podmiotowa wyraża się w umyślności w formie zamiaru bezpośredniego co do czynności sprawczych, natomiast w odniesieniu do przeznaczenia urządzeń, haseł komputerowych, kodów dostępu i innych danych wystarczy zamiar ewentualny”, A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 487.

<sup>72</sup> Zob. np. A. Adamski, *Cyberprzestępczość...*, op. cit., s. 61; K. Gienas, *Uwagi do przestępstwa...*, op. cit.; O. Górniok, *Kodeks karny. Komentarz*, s. 369–370; M. Kalitowski, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) M. Filar, op. cit., s. 1005; P. Kozłowska-Kalisz, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) M. Mozgawa, op. cit., s. 526.

<sup>73</sup> Art. 6 *Konwencji o cyberprzestępczości* przewiduje wyłączenie w takim wypadku karalności. Podobną klauzulę należałoby wprowadzić w tym przepisie.

<sup>74</sup> B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 651–652.

<sup>75</sup> W. Wróbel, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Zoll, op. cit., s. 1309.

– od 6 miesięcy do 8 lat, a w art. 269a k.k. – karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, podczas gdy ustawodawca unijny nakłada obowiązek zagrożenia karą pozbawienia wolności na okres przynajmniej od 1 roku do lat 3<sup>76</sup>. Artykuł 5 decyzji przewiduje zaostrenie odpowiedzialności karnej, w przypadku gdy sprawca działał w organizacji przestępczej. W prawie polskim sytuację taką regulują przepisy art. 65 w zw. z 64 § 2 k.k. Otóż zgodnie z nimi wobec takiego sprawcy sąd orzeka karę pozbawienia wolności w wysokości powyżej dolnego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy zwiększonej o połowę. W związku z powyższym wysokość sankcji dla sprawcy działającego w zorganizowanej grupie przestępczej zależy od ustawowego zagrożenia karą czynu, który popełnił. Sąd może wymierzyć sprawcy na podstawie omawianych przepisów karę przewidzianą w postanowieniach decyzji.

#### 4. Wnioski

Polska regulacja ataków na systemy informatyczne wymaga dalszych zmian. Ostatnia nowelizacja jest niewystarczająca oraz nie do końca przemyślana. Po pierwsze, należy ujednoczyć terminologię<sup>77</sup>, dostosowując ją jednocześnie do siatki pojęciowej używanej w unijnych aktach prawnych. Konieczne jest zdefiniowanie podstawowych terminów, takich jak dane informatyczne, system informatyczny. Wydaje się, że wskazane byłoby umieszczenie wyżej wymienionych pojęć w przepisie art. 115 k.k.<sup>78</sup>. Pozostałe mogą zostać zdefiniowane w innych aktach prawnych, np. jak to ma miejsce w przypadku „sieci telekomunikacyjnej”, której definicja znajduje się w ustawie Prawo telekomunikacyjne. W przypadku niektórych można odwoływać się do wiążących Polskę bezpośrednio aktów unijnych, np. rozporządzenia WE nr 460/2004 z dnia 10 marca 2004 r. ustanawiającego Europejską Agencję ds. Bezpieczeństwa Sieci i Informacji<sup>79</sup>, gdzie w art. 4 zdefiniowano m.in. pojęcia dostępności, integralności i poufności danych komputerowych. Warunkiem powyższego jest oczywiście wspomniane ujednoczenie terminologii.

Ponadto w celu dokonania pełnej implementacji postanowień decyzji ramowej 2005/222 WsiSW jest konieczne:

- 1) ograniczenie art. 267 § 1 k.k. do kryminalizacji przypadków naruszenia tajemnicy korespondencji, nadając mu brzmienie zbliżone do tego, jakie miał odpo-

<sup>76</sup> Ponadto przepis 269b § 2 przewiduje obligatoryjny przepadek narzędzi służących do popełnienia przestępstw wymienionych w art. 269b § 1, a w przypadku gdy nie stanowią one własności sprawcy – fakultatywny.

<sup>77</sup> Pewne działania w tym kierunku już podjęto uchwalając wspomnianą ustawę z dnia 4 września 2008 r. o zmianie ustaw w celu ujednoczenia terminologii informatycznej.

<sup>78</sup> Tak postulują, przynajmniej w stosunku do danych komputerowych: B. Kunicka-Michalska, (w:) *Kodeks karny...*, (red.) A. Wąsek, op. cit., s. 527 oraz A. Marek, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 484.

<sup>79</sup> Dz. Urz. UE L z 2004 r. 77/1.

wiadający mu przepis art. 172 § 1 k.k. z 1969 r., który brzmiał: „Kto bez uprawnienia otwiera zamknięte pismo dla niego nieprzeznaczone albo ukrywa lub niszczy cudzą korespondencję, zanim adresat się z nią zapoznał”;

- 2) przyznanie głównej roli w walce z hakingiem *sensu stricte* oraz podsłuchem komputerowym – ze względu na wskazane wcześniej powiązanie obu tych zjawisk – art. 267 § 2 k.k., uzupełniając go o wymóg, by sprawca przełamał lub ominął magnetyczne, elektroniczne, informatyczne lub inne specjalne zabezpieczenie. Wyrażenie „specjalne zabezpieczenie” pełni w tym wypadku funkcję dopełniającą – obejmuje swoim zakresem inne rozwiązania, niemieszczące się w grupie „magnetycznych”, „elektronicznych” i „informatycznych” jak również te, które mogą pojawić się w najbliższej przyszłości, w związku z szybkim rozwojem technologicznym;
- 3) w wyniku powyższych zmian art. 267 § 3 k.k. kryminalizowałby zachowania polegające na nielegalnym podsłuchu i inwigilacji za pomocą urządzeń technicznych, przy czym należałoby wrócić do poprzedniego jego brzmienia (jeszcze jako art. 267 § 2), czyli „kto w celu uzyskania informacji, do której nie jest uprawniony, zakłada lub posługuje się urządzeniem podsłuchowym, wizualnym albo innym urządzeniem specjalnym”. Zwrot „urządzenie specjalne” pełni funkcję dopełniającą, czyli analogiczną jak w § 2 omawianego artykułu „specjalne zabezpieczenie”.

Uzasadnione jest dokonanie jeszcze innych – niezwiązanych już bezpośrednio z implementacją postanowień decyzji ramowej – zmian, które uczyniłyby polską regulację spójniejszą i bardziej przejrzystą:

- 1) art. 267 § 4 k.k. obecnie kryminalizuje ujawnienie uzyskanej bezprawnie informacji. Należałoby rozważyć utworzenie typu kwalifikowanego poprzez dodanie znamienia w postaci posłużenia się przez sprawcę środkami masowego przekazu, np. poprzez zamieszczenie na stronie internetowej, jak to miejsce w przypadku przestępstwa z art. 212;
- 2) art. 268a i 269a k.k. nakładają się zakresowo, w związku z tym, ten ostatni przepis wydaje się zbędny;
- 3) należy rozszerzyć kryminalizację czynności przygotowawczych, przewidzianą w art. 269b k.k. na czynności przygotowawcze do przestępstwa hakingu (267 § 1 k.k.). Jednocześnie konieczne jest wyłączenie odpowiedzialności karnej w przypadku, gdy działania wypełniające znamiona czynów wymienionych w przepisie art. 269b § 1 k.k. są wykonywane przez uprawnione osoby, np. administratorów systemów czy inspektorów bezpieczeństwa) w celu testowania i zabezpieczenia systemu informatycznego. Wskazane byłoby ograniczenie strony podmiotowej do zamiaru bezpośredniego, np. poprzez wskazanie wymogu, by sprawca dopuszczał się czynności kryminalizowanych w tym przepisie „w celu popełnienia przestępstwa”. Rozwiązałyby to jednocześnie zasygnalizowany problem, związany z wielofunkcyjnością niektórych programów, oraz dostosowało polską regulację do konwencji o cyberprzestępczości.

## STRESZCZENIE

W artykule została omówiona problematyka regulacji cyberprzestępstw w polskim kodeksie karnym z 1997 roku pod kątem zgodności z postanowieniami decyzji ramowej Rady 2005/222/WSiSW w sprawie ataków na systemy informatyczne.

Składa się on faktycznie z dwóch części. Część pierwsza obejmuje charakterystykę postanowień decyzji ramowej 2005/222/WSiSW, zawierających definicje podstawowych pojęć, którymi się w niej posłużono, oraz opisy zachowań, jakie powinny być – według ustawodawcy unijnego – kryminalizowane w porządkach prawnych państw członkowskich UE. W części drugiej jest omówiona obowiązująca polska regulacja na tle postanowień tejże decyzji oraz próba jej oceny wraz z wnioskami *de lege ferenda*.

## SUMMARY

The article discusses the issues of cyber-crime regulations in the Polish Penal Code of 1997 and whether they are in accordance with the Council Framework Decision 2005/222/JHA on attacks against information systems.

In fact, it is composed of two parts. The first one deals with the characteristic features of the Framework Decision 2005/222/JHA provisions which include definitions of the basic concepts used in it and descriptions of behavior that, according to the European Union legislator, should be treated as criminal by the legal systems of the European Union member states. The second part discusses the Polish regulations in comparison with the provisions of this decision and makes an attempt to assess it and present conclusions *de lege ferenda*.

## WOJCIECH RADECKI

POLSKIE PRAWO KARNE ŚRODOWISKA  
– PRÓBA SPOJRZENIA SYNTETYCZNEGO

## 1. Wprowadzenie

Tytuł opracowania jest wyraźnie prowokujący. W literaturze polskiej pojęcie „prawo karne środowiska” pojawia się niezmiernie rzadko. Jakże inaczej ta kwestia jest traktowana w prawie niemieckim, w którym od momentu dostrzeżenia problemu ochrony środowiska w prawie karnym pojawiło się kilkanaście opracowań książkowych z wyrazem *Umweltrafrecht* w tytule<sup>1</sup>. W prawie niemieckim termin „prawo karne środowiska” oznacza zbiór przepisów odnoszących się tylko do przestępstw przeciwko środowisku. Pamiętać bowiem trzeba, że wielka reforma niemieckiego (wówczas zachodnioniemieckiego) prawa karnego przeprowadzona w 1975 r. usunęła wykroczenia (tradycyjnie zwane *Uebertretungen*) poza obręb prawa karnego i pod nową nazwą *Ordnungswidrigkeiten* znalazły się one w ramach prawa administracyjnego, a nie karnego.

Gdyby próbować w prawie polskim forsować kategorię „prawa karnego środowiska”, to musiałoby ono objąć nie tylko przestępstwa, lecz także wykroczenia przeciwko środowisku. Jest tak po prostu dlatego, że już od wielu lat założenie, że prawo wykroczeń jest częścią składową systemu prawa karnego, jest traktowane jako oczywiste<sup>2</sup>. Sam zgłosiłem niegdyś pogląd, że uzasadnione jest posługiwanie się pojęciem prawa karnego środowiska w trojakim rozumieniu:

- 1) *sensu stricto* jako zbioru przepisów o przestępstwach przeciwko środowisku,
- 2) *sensu largo* jako zbioru przepisów o przestępstwach i wykroczeniach przeciwko środowisku,
- 3) *sensu largissimo* jako zbioru przepisów o przestępstwach, wykroczeniach i zagrożonych karami pieniężnymi deliktach administracyjnych przeciwko środowisku.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Jako przykłady wskażę jedynie: O. Triffterer, *Umweltrafrecht. Einfuehrung und Stellungnahme zum Gesetz zur Bekaeufung der Umweltkriminalitaet*, Baden-Baden 1980; M. Kloepfer, H.-P. Vierhaus, *Umweltrafrecht*, Muenchen 1995; H. Franzheim, M. Pfohl, *Umweltrafrecht. Eine Darstellung fuer die Praxis*, Koeln 2001.

<sup>2</sup> J. Skupiński, J. Szumski, *Problemy kodyfikacji prawa wykroczeń*, „Państwo i Prawo” 1998, z. 9–10, s. 189.

<sup>3</sup> W. Radecki, *Ochrona środowiska w polskim prawie karnym. Cz. I. Pojęcie i zakres prawa karnego środowiska*, „Monitor Prawniczy” 1997, nr 12, s. 489–491.

Wprowadzając trzecie najszerze pojęcie, uczyniłem to trochę na zasadzie prowokacji intelektualnej, aczkolwiek nadal uważam, że są argumenty merytoryczne pozwalające na podtrzymanie tej koncepcji. Jednakże mając na uwadze to, że odpowiedzialność za delikty administracyjne jest przez zdecydowaną większość doktryny lokowana w ramach odpowiedzialności administracyjnej, ograniczam pojęcie **prawa karnego środowiska** do zbioru tych przepisów, które przewidują odpowiedzialność za **przestępstwa i wykroczenia przeciwko środowisku**.

Takie przestępstwa i wykroczenia można podzielić na dwie w grupy, wyróżniając kodeksowe i pozakodeksowe przestępstwa i wykroczenia przeciwko środowisku.

## 2. Kodeksowe przestępstwa i wykroczenia przeciwko środowisku

**D**wa podstawowe akty kodyfikacyjne, tj. kodeks karny z 1997 r. i kodeks wykroczeń z 1971 r. traktują problematykę ochrony środowiska w sposób zasadniczo odmienny, co łatwo zrozumieć, jeśli wziąć pod uwagę czas ich uchwalania, a wobec tego i przygotowywania. Chronologicznie pierwszy kodeks wykroczeń był przygotowywany w drugiej połowie lat sześćdziesiątych ubiegłego stulecia, kiedy o ochronie środowiska jeszcze się nie mówiło. Swoistą „eksplozję” tej problematyki wiążemy bowiem z dwiema datami: majem 1969 r., kiedy został ogłoszony raport ówczesnego sekretarza generalnego ONZ U Thanta *Człowiek i jego środowisko* oraz czerwcem 1972 r., kiedy w Sztokholmie obradowała pierwsza ONZ-owska konferencja poświęcona ochronie środowiska. Nic tedy dziwnego, że w polskim kodeksie wykroczeń nie ma rozdziału poświęconego wykroczeniom przeciwko środowisku, co wszakże nie oznacza, że nie ma w nim zespołów znamion wykroczeń godzących w środowisko. One są i to dość liczne. Z grubsza rzecz biorąc można je podzielić na trzy grupy.

Pierwszą i niewątpliwie wysuwającą się na czoło grupą są wykroczenia z rozdziału XIX k.w. „Szkodnictwo leśne, polne i ogrodowe,” obejmującego w brzmieniu pierwotnym art. 148-157 stanowiące przeniesienie do kodeksu specjalnej międzywojennej ustawy karnej, tj. ustawy z 14 kwietnia 1937 r. o szkodnictwie leśnym i polnym<sup>4</sup>, zasadniczo znowelizowanego w 1994 r., kiedy w związku z nowym ustawodawstwem leśnym dodano do niego art. 158-166. Do nich dochodzi wykroczenie wyrębu drzewa w lesie z art. 120 k.w. zamieszczone w rozdziale XIV o wykroczeniach przeciwko mieniu. Dalej do tej grupy należy zaliczyć przewidziane w rozdziale X o wykroczeniach przeciwko bezpieczeństwu osób i mienia naruszenia reguł ochrony przeciwpożarowej w lasach (art. 82 § 1 pkt 7 k.w.) oraz (dodane w 1994 r.) niewykonywanie zabiegów profilaktycznych i ochronnych zapobiegających pożarom leśnym (art. 82 § 1 pkt 9 k.w.). W tej też grupie można

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 30, poz. 224.

by chyba ująć również zamieszczone w rozdziale XVIII o wykroczeniach przeciwko urządzeniom użytku publicznego niszczenie lub uszkodzanie roślinności na terenach przeznaczonych do użytku publicznego (art. 144 § 1 k.w.) oraz usuwanie, niszczenie lub uszkodzanie drzew lub krzewów przydrożnych lub ochronnych (art. 144 § 2 k.w.).

Do drugiej grupy zaliczam wykroczenia związane z utrzymaniem porządku: niewykonywanie obowiązku utrzymania czystości i porządku w obrębie nieruchomości (art. 117 k.w.) z rozdziału XIII o wykroczeniach przeciwko zdrowiu oraz zanieczyszczanie lub zaśmiecanie miejsc dostępnych dla publiczności (art. 145 k.w.) z rozdziału XIV o wykroczeniach przeciwko urządzeniom użytku publicznego.

Można wreszcie wyodrębnić grupę trzecią wykroczeń związanych z wodami: zanieczyszczenie wody służącej do picia lub pojenia zwierząt (art. 109 § 1 k.w.) albo w pływalni lub kąpielisku (art. 109 § 2 k.w.) z rozdziału XIII o wykroczeniach przeciwko zdrowiu, a dalej uszkodzenia wałów przeciwpowodziowych (art. 80 k.w.) oraz niszczenie lub uszkodzanie urządzeń i roślinności służących ochronie brzegów wód morskich lub śródlądowych (art. 81 k.w.) z rozdziału X o wykroczeniach przeciwko bezpieczeństwu osób i mienia.

Nie sądzę zresztą, aby był to wykaz pełny. Można wskazać choćby na art. 51 k.w. z rozdziału VIII o wykroczeniach przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu, umożliwiający karanie za powodowanie hałasu, który jest przecież jednym z istotniejszych negatywnych oddziaływań na środowisko.

Konkludując, wprawdzie kodeks wykroczeń nie zawiera odrębnego rozdziału o wykroczeniach przeciwko środowisku, ale można takie wykroczenia znaleźć w różnych rozdziałach kodeksu.

Zasadniczo odmiennie przedstawia się tak kwestia na gruncie kodeksu karnego przygotowywanego i uchwalonego w latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia, a więc w czasie, kiedy ochrona środowiska już stała się jednym z istotniejszych zagadnień politycznych, społecznych i gospodarczych. Trzonem regulacji kodeksowej jest bezsprzecznie rozdział XXII o przestępstwach przeciwko środowisku, zawierający osiem artykułów dających się podzielić na dwie grupy, obejmujące przepisy o przestępstwach związanych:

- 1) z ochroną przyrody, w tym z tzw. tradycyjną (konserwatorską) ochroną przyrody (art. 181 oraz art. 187 i 188 k.k.),
- 2) z zanieczyszczeniami, odpadami i promieniowaniem (art. 182-186 k.k.).

Na tym wszakże kategoria kodeksowych przestępstw przeciwko środowisku się nie kończy, gdyż bez większych wątpliwości można do niej zaliczyć także:

- przestępstwo wyrębu drzewa w lesie (art. 290 k.k.) z rozdziału XXXV o przestępstwach przeciwko mieniu,
- przestępstwa z art. 163-165 k.k. z rozdziału XX o przestępstwach przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu,
- przestępstwo udaremniania lub utrudniania kontroli w zakresie ochrony środowiska (art. 225 § 1 k.k.), które wprawdzie znajduje się w rozdziale XXIX



o przestępstwach przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, ale niejako „w ostatecznym rachunku” penalizacja takich czynów służy ochronie środowiska.

### 3. Pozakodeksowe przestępstwa i wykroczenia przeciwko środowisku

Znacznie bogatsze typizacje przestępstw i zwłaszcza wykroczeń przeciwko środowisku znajdujemy w pozakodeksowym prawie karnym wraz z prawem wykroczeń. Ich zasięg spróbuję przedstawić w następującym zestawieniu przedstawiającym wyniki poszukiwań przepisów karnych zawierających:

- 1) znamiona przestępstw,
- 2) znamiona wykroczeń,
- 3) znamiona czynów zabronionych pod groźbą kary, co do których nie jest całkiem jasne, czy są przestępstwami, czy wykroczeniami,
- 4) regulację procesową odsyłającą do przepisów o postępowaniu w sprawach o wykroczenia.

#### I. Akty podstawowe

1. Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. Prawo ochrony środowiska (Dz.U. z 2008 r. Nr 25, poz. 150 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 329-360
  - regulacja procesowa – art. 361
2. Ustawa z 3 października 2008 r. o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko (Dz.U. Nr 199, poz. 1227)
  - przepisów karnych nie ma
3. Ustawa z 13 kwietnia 2007 r. o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie (Dz.U. Nr 75, poz. 493 ze zm.)
  - niejasne: przestępstwa czy wykroczenia – art. 28 i 29
  - regulacji procesowej nie ma
4. Ustawa z 20 lipca 1991 r. o Inspekcji Ochrony Środowiska (Dz.U. z 2007 r. Nr 44, poz. 287 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 31a ust. 1
  - regulacja procesowa – art. 31 ust. 2

#### II. Ochrona i korzystanie z przyrody i jej zasobów

5. Ustawa z 6 lipca 2001 o zachowaniu narodowego charakteru zasobów naturalnych kraju (Dz.U. Nr 97, poz. 1051 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma

1/2009

6. Ustawa z 16 kwietnia 2004 r. o ochronie przyrody (Dz.U. Nr 92, poz. 880 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 128
  - wykroczenia – art. 127 i 131
  - regulacja procesowa – art. 132
7. Ustawa z 4 lutego 1994 r. Prawo geologiczne i górnicze (Dz.U. z 2005 r. Nr 228, poz. 1947 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 118
  - wykroczenia – art. 119-126c
  - regulacja procesowa – art. 127
8. Ustawa z 3 lutego 1995 r. o ochronie gruntów rolnych i leśnych (Dz.U. z 2004 r. Nr 121, poz. 1266 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma
9. Ustawa z 28 września 1991 r. o lasach (Dz.U. z 2005 r. Nr 45, poz. 435 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma
10. Ustawa z 7 czerwca 2001 r. o leśnym materiale rozmnożeniowym (Dz.U. Nr 73, poz. 761 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 53 i 54
11. Ustawa z 13 października 1995 r. Prawo łowieckie (Dz.U. z 2005 r. Nr 127, poz. 1066 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 52 i 53
  - wykroczenia – art. 51 ust. 1
  - regulacja procesowa – art. 51 ust. 2
12. Ustawa z 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz.U. z 2003 r. Nr 106, poz. 1002 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 35
  - wykroczenia – art. 37-37b
  - regulacji procesowej nie ma
13. Ustawa z 21 stycznia 2005 r. o doświadczeniach na zwierzętach (Dz.U. Nr 33, poz. 289 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 38-41
  - wykroczenia – art. 42-46
  - regulacja procesowa – art. 47
14. Ustawa z 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz.U. z 1999 r. Nr 66, poz. 750 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 27a
  - wykroczenia – art. 27 i 27b ust. 1
  - regulacja procesowa – art. 27b ust. 2
15. Ustawa z 19 lutego 2004 r. o rybołówstwie (Dz.U. Nr 62, poz. 574 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma

16. Ustawa z 28 lipca 2005 r. o lecznictwie uzdrowiskowym, uzdrowiskach i obszarach ochrony uzdrowiskowej oraz o gminach uzdrowiskowych (Dz.U. Nr 167, poz. 1399 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 50
  - regulacja procesowa – art. 51

### III. Ochrona wód i środowiska morskiego

17. Ustawa z 18 lipca 2001 r. Prawo wodne (Dz.U. z 2005 r. Nr 239, poz. 2019 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 189-191
  - wykroczenia – art. 192-194
  - regulacja procesowa – art. 195
18. Ustawa z 7 czerwca 2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków (Dz.U. z 2006 r. Nr 123, poz. 858 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 28 ust. 1 i 2
  - niejasne: przestępstwa czy wykroczenia – art. 28 ust. 4 i 4a
  - regulacja procesowa – art. 28 ust. 6
19. Ustawa z 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1502 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma
20. Ustawa z 16 marca 1995 r. o zapobieganiu zanieczyszczeniu morza przez statki (Dz.U. z 2006 r. Nr 99, poz. 692 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma

### IV. Postępowanie z odpadami

21. Ustawa z 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz.U. z 2007 r. Nr 39, poz. 251 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 70-78
  - niejasne: przestępstwa czy wykroczenia – art. 69a
  - regulacja procesowa – art. 79
22. Ustawa z 11 maja 2001 r. o obowiązkach przedsiębiorców w zakresie gospodarowania niektórymi odpadami oraz o opłacie produktowej i opłacie depozytowej (Dz.U. z 2007 r. Nr 90, poz. 607 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 37-39
  - regulacja procesowa – art. 40
23. Ustawa z 11 maja 2001 r. o opakowaniach i odpadach opakowaniowych (Dz.U. Nr 63, poz. 638 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 21-28
  - regulacja procesowa – art. 29

24. Ustawa z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. z 2005 r. Nr 236, poz. 2008 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 10 ust. 1-2a
  - regulacja procesowa – art. 10 ust. 3
25. Ustawa z 10 lipca 2008 r. o odpadach wydobywczych (Dz.U. Nr 138, poz. 865)
  - wykroczenia – art. 45-47
  - regulacji procesowej nie ma
26. Ustawa z 29 czerwca 2007 r. o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów (Dz.U. Nr 124, poz. 859)
  - wykroczenia – art. 31 ust. 1 i 2
  - regulacja procesowa – art. 31 ust. 3
27. Ustawa z 20 stycznia 2005 r. o recyklingu pojazdów wycofanych z eksploatacji (Dz.U. Nr 25, poz. 202 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 44-52
  - regulacja procesowa – art. 53
28. Ustawa z 29 lipca 2005 r. o zużytych sprzęcie elektrycznym i elektronicznym (Dz.U. Nr 180, poz. 1495 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 70-78
  - regulacja procesowa – art. 79
29. Ustawa z 12 września 2002 r. o portowych urządzeniach do odbioru odpadów oraz pozostałości ładunkowych ze statków (Dz.U. Nr 166, poz. 1361 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 12a ust. 1
  - regulacja procesowa – art. 12a ust. 2

## **V. Postępowanie z substancjami, materiałami, organizmami**

30. Ustawa z 29 listopada 2000 r. Prawo atomowe (Dz.U. z 2007 r. Nr 42, poz. 276 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 127-127c
  - regulacja procesowa – art. 127d
31. Ustawa z 22 czerwca 2001 r. o organizmach genetycznie zmodyfikowanych (Dz.U. z 2007 r. Nr 36, poz. 233)
  - przestępstwa – art. 58-64
  - niejasne: przestępstwa czy wykroczenia – art. 65
  - regulacji procesowej nie ma
32. Ustawa z 11 stycznia 2001 r. o substancjach i preparatach chemicznych (Dz.U. Nr 11, poz. 84 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 34, art. 34b pkt 1-2, art. 34d, art. 34f
  - wykroczenia – art. 34e, art. 35-38
  - niejasne: przestępstwa czy wykroczenia – art. 34a, art. 34b pkt 3-5, art. 34c
  - regulacja procesowa – art. 39

33. Ustawa z 20 kwietnia 2004 r. o substancjach zubożających warstwę ozonową  
(Dz.U. Nr 121, poz. 1263 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 38-48
  - regulacja procesowa – art. 49
34. Ustawa z 19 czerwca 1997 r. o zakazie stosowania wyrobów zawierających azbest  
(Dz.U. z 2004 r. Nr 3, poz. 20 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 7b
35. Ustawa z 18 grudnia 2003 r. o ochronie roślin  
(Dz.U. z 2008 r. Nr 133, poz. 849)
  - wykroczenia – art. 107 ust. 1
  - regulacja procesowa – art. 107 ust. 2
36. Ustawa z 10 lipca 2007 r. o nawozach i nawożeniu  
(Dz.U. Nr 147, poz. 1033)
  - wykroczenia – art. 40 i 41
  - regulacja procesowa – art. 42
37. Ustawa z 20 kwietnia 2004 r. o rolnictwie ekologicznym  
(Dz.U. Nr 93, poz. 898 ze zm.)
  - wykroczenia – art. 15 ust. 1
  - regulacja procesowa – art. 15 ust. 2

## **VI. Planowanie przestrzenne i budownictwo**

38. Ustawa z 27 marca 2003 r. o planowaniu i zagospodarowaniu przestrzennym  
(Dz.U. Nr 80, poz. 717 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma
39. Ustawa o szczególnych zasadach przygotowania i realizacji inwestycji w zakresie dróg publicznych  
(Dz.U. z 2008 r. Nr 193, poz. 1194)
  - przepisów karnych nie ma
40. Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane  
(Dz.U. z 2006 r. Nr 156, poz. 1118 ze zm.)
  - przestępstwa – art. 90-91a
  - wykroczenia – art. 92 i 83
  - regulacja procesowa – art. 94

## **VII. Inne akty**

41. Ustawa z 22 grudnia 2004 r. o handlu uprawnieniami do emisji gazów cieplarnianych i innych substancji  
(Dz.U. Nr 281, poz. 2784 ze zm.)
  - przepisów karnych nie ma

42. Ustawa z 12 marca 2004 r. o krajowym systemie ekzarządzania i audytu (EMAS)  
(Dz.U. Nr 70, poz. 631 ze zm.)
- przepisów karnych nie ma.

W zestawieniu wykazuję 42 ustawy, które – moim zdaniem – można zaliczyć do dziedziny prawnej ochrony środowiska. Mam świadomość, że ten wykaz może być przedmiotem dyskusji, może być kwestionowany zarówno dlatego, że jest za szeroki, jak i odwrotnie – że jest za wąski. To jest wszakże ryzyko każdego autora. Chyba nie można sensownie mówić o ochronie środowiska, pomijając planowanie przestrzenne i budownictwo, skoro dobrze wiadomo, że przedsięwzięcia inwestycyjne wywierają szczególnie doniosły wpływ na środowisko. Może także budzić wątpliwości zaproponowana klasyfikacja, tytułem przykładu: dlaczego ustawę o ochronie roślin zaliczam do grupy V, a nie do grupy II. Jest w tym pewna głębsza myśl. Otóż, w doktrynie prawa ochrony środowiska wyodrębnia się grupę przepisów odnoszących się do kontroli produktów ze względu na ich przyjazność bądź nieprzyjazność dla środowiska<sup>5</sup>. W kwestiach ochrony roślin czy nawożenia chodzi o to, aby chemiczne środki ochrony roślin czy nawozy sztuczne były możliwie najmniej szkodliwe dla środowiska. Przepisów tego typu jest wprawdzie znacznie więcej, ale aby nie rozciągać nadmiernie kategorii ochrony środowiska ograniczam się do tych kilku ustaw ujętych w grupie V.

Wskazuję na te artykuły ustaw, które bezspornie typizują przestępstwa, potem te, które bezspornie typizują wykroczenia.

Wyodrębniam te przepisy, co do których nie jest całkiem jasne, czy przewidują odpowiedzialność za przestępstwa czy za wykroczenia. Przyjęte przeze mnie kryterium zaliczenia tych przepisów do tej kategorii jest zupełnie schematyczne, uznaję bowiem, że jeżeli w literaturze zostały zgłoszone odmienne poglądy co do przynależności danego czynu do przestępstw lub do wykroczeń, to dany przepis zaliczam do tej kategorii, nawet gdybym sam nie miał najmniejszych wątpliwości co do prawidłowej kwalifikacji czynu jako przestępstwa bądź jako wykroczenia. Wreszcie wskazuję na te przepisy, które poddają orzecznictwo kodeksowi postępowania w sprawach o wykroczenia. W zestawieniu zamieszczam także ustawy, które nie zawierają przepisów ani o przestępstwach, ani o wykroczeniach. Czynię to świadomie i celowo, a mój zamiysł ujawni się w dalszych rozważaniach.

### 3.1. Spostrzeżenia ogólne

Pierwszy ogłąd zestawienia pozwala na spostrzeżenie, że spośród 42 wykazanych w niej ustaw przepisy karne zawiera 31, w tym przepisy o przestępstwach, co

---

<sup>5</sup> J. Sommer, *Efektywność prawa ochrony środowiska i jej uwarunkowania – problemy udatności jego struktury*, Wrocław 2005, s. 41–42.

do których nie ma wątpliwości kwalifikacyjnych – 12. Przepisy o wykroczeniach znajdujemy w 27 ustawach (w 9 z nich są także przepisy o przestępstwach). Te liczby mogą się nieco zmienić po rozstrzygnięciu wątpliwości kwalifikacyjnych co do 5 ustaw, ale jedno nie zmieni się na pewno: spośród 42 ustaw 31 (tj. 74%) zawiera przepisy karne, przeważnie o wykroczeniach, wyraźnie rzadziej także o przestępstwach. Jeżeli  $\frac{3}{4}$  ustaw przewiduje odpowiedzialność karną, to tendencja jest wyraźna: przepisy ochronne zazwyczaj są wzmacniane regulacjami penalnymi. Jeżeli tak, to nie jest pozbawione znaczenia poznawczego poszukanie odpowiedzi na pytanie, dlaczego w 11 ustawach nie ma przepisów karnych.

### 3.2. Ustawy bez przepisów karnych

Poszukując racji, dla których w 11 ustawach ustawodawca nie zamieścił przepisów karnych, podzieliłbym je na kilka różniących się od siebie grup. W pierwszej umieściłbym tylko ustawę o strategicznych zasobach naturalnych (pozycja 5), która ma charakter ustawy ustrojowej, wobec czego włączenie do niej przepisów karnych byłoby nieporozumieniem. Materia regulowana tą ustawą – uznanie zasobów kopalin, lasów i wód za strategiczne zasoby naturalne kraju i wyłączenie ich, co do zasady, z procesów prywatyzacyjnych – jest materią konstytucyjną. W literaturze niewłączenie tego typu rozwiązań do konstytucji spotkało się z krytyką<sup>6</sup>; ustawa z 2 lipca 2001 r. nie ma żadnej szczególnej mocy prawnej (polski system prawny nie zna szczebla pośredniego między konstytucją i ustawą), wobec czego zawsze może być zmieniona, jeżeli jakaś większość parlamentarna sobie tego zażyczy.

Do drugiej grupy zaliczam przede wszystkim dwie ustawy o charakterze planistycznym (pozycje 38 i 39), w których na ogół przepisów karnych się nie zamieszcza, gdyż takie przepisy znajdują zastosowanie w późniejszych etapach realizacyjnych; mam na uwadze przepisy karne Prawa budowlanego. Z pewnymi zastrzeżeniami zaliczyłbym do tej grupy także ustawę o informacji o środowisku i ocenach (pozycja 2), która powstała przez „wyjęcie” przepisów o charakterze głównie proceduralnym z podstawowego aktu prawnego, jakim jest Prawo ochrony środowiska. Tu wszakże pojawia się pewna wątpliwość. Informacja o środowisku jest rodzajem informacji publicznej. W ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej<sup>7</sup> znajdujemy przepis karny art. 23, który nieudostępnienie, wbrew obowiązkowi, informacji publicznej uznaje za przestępstwo. Wprawdzie przepisy o informacji o środowisku są traktowane jako *lex specialis* w stosunku do przepisów ustawy z 6 września 2001 r., ale w piśmiennictwie został zgłoszony pogląd, że skoro informacja o środowisku jest rodzajem

<sup>6</sup> R. Paczuski, *Ochrona środowiska. Zarys wykładu*, Bydgoszcz 2008, s. 119–120.

<sup>7</sup> Dz.U. Nr 112, poz. 1198 ze zm.

informacji publicznej, to nieudostępnienie jej, wbrew obowiązkowi, wyczerpuje znamiona przestępstwa z art. 23 ustawy o dostępie do informacji publicznej<sup>8</sup>.

Grupę trzecią stanowią z jednej strony ustawa o lasach (pozycja 9), z drugiej zaś ustawa o systemie EMAS (pozycja 42). Chodzi o to, że uchwalając ustawę o lasach ustawodawca nie musiał typizować w niej przestępstw i wykroczeń leśnych, skoro one już od dwudziestu z górą lat znajdowały się w art. 213 k.k. z 1969 r. oraz w art. 82 § 1 pkt 7, art. 120 i w rozdziale XIX k.w. Wystarczyło przepisy te uzupełnić, co ustawodawca z pewnym opóźnieniem uczynił nowelizując k.w. w 1994 r. Jeśli zaś chodzi o ustawę o systemie EMAS, to wydając ją ustawodawca potraktował Prawo ochrony środowiska jako ustawę generalną i przepisy karne związane z naruszeniami ustawy o systemie EMAS włączył do przepisów karnych Prawa ochrony środowiska jako jego art. 351a (wykroczenie ujawnienia informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem czynności weryfikatora środowiskowego) oraz art. 352a (wykroczenie bezprawnego używania znaków udziału w systemie EMAS).

Pozostaje do omówienia najliczniejsza czwarta grupa, do której zaliczam z jednej strony ustawę o ochronie gruntów (pozycja 8) i ustawę o handlu uprawnieniami do emisji (pozycja 41), z drugiej zaś trzy ustawy „morskie”: o rybołówstwie (pozycja 15), o obszarach morskich (pozycja 19) i o zanieczyszczeniach wód morskich (pozycja 20). Cechą wspólną tych pięciu ustaw jest szerokie operowanie środkami sankcyjnymi pod postacią opłat podwyższonych bądź administracyjnych kar pieniężnych (prawo karne środowiska *sensu largissimo*), ale w tych ustawach kary te zostały przewidziane nie obok kar za przestępstwa i wykroczenia (jak jest np. w podstawowej ustawie – Prawo ochrony środowiska), lecz zamiast kar za przestępstwa i wykroczenia.

Najwyraźniej proces ten zaznaczył się w ustawach „morskich”. Warto przypomnieć, że kiedy w Polsce zaczynała się transformacja ustrojowa na przełomie lat osiemdziesiątych i dziewięćdziesiątych XX wieku, można było z łatwością wyodrębnić pewien kompleks przepisów i nazwać go „morskim prawem karnym środowiska”. W jego skład wchodziły przepisy o:

- przestępstwach przerywania lub uszkodzania kabla podmorskiego (art. X § 1 prz. wpr. k.k. z 1969 r.), zanieczyszczania wód morskich (art. X § 2 i 3 prz. wpr. k.k. z 1969 r.), bezprawnego połowu na polskich morskich wodach wewnętrznych lub terytorialnych (art. 40 ówczesnej ustawy z 21 maja 1963 r. o rybołówstwie morskim<sup>9</sup> bądź w polskiej strefie rybołówstwa morskiego (art. 8 ustawy z 17 grudnia 1997 r. o polskiej strefie rybołówstwa morskiego<sup>10</sup>), dokonywania zamachów na suwerenne prawa Polski do bogactw naturalnych pol-

<sup>8</sup> W. Radecki, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne*, t. III, *Przestępstwa w dziedzinie: porządku publicznego, wyborów, polityki i inicjatywy ustawodawczej, pracy i ubezpieczeń społecznych, kultury i własności intelektualnej. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 172–173.

<sup>9</sup> Dz.U. Nr 22, poz. 115 ze zm.

<sup>10</sup> Dz.U. Nr 37, poz. 163 ze zm.



skiego szelfu kontynentalnego (art. 8 i 9 ustawy z 17 grudnia 1977 r. o szelfie kontynentalnym Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej<sup>11</sup>).

- wykroczeniach naruszenia przepisów porządkowych i ochronnych przy wykonywaniu rybołówstwa morskiego (art. 41-45 powoływanej ustawy z 1963 r. o rybołówstwie morskim) bądź przepisów mogących mieć treść ochronną, wydawanych przez organy administracji morskiej (art. 10 dekretu z 2 lutego 1955 r. o terenowych organach administracji morskiej<sup>12</sup>).

W latach dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia wszystkie te przepisy zostały uchylone i zastąpione regulacjami penalnymi trzech wykazanych w zestawieniu ustaw „morskich” (pozycje 15, 19 i 20). Ale wszystkie czyny zabronione wówczas pod groźbą kar „kryminalnych” (posługuję się tym niedoskonałym pojęciem jako skrótem myślowym oznaczającym kary za przestępstwa i wykroczenia), są nadal zabronione pod groźbą kar „administracyjnych” wymierzanych przez organy administracji morskiej na podstawie obowiązujących ustaw „morskich” z zastosowaniem od strony proceduralnej przepisów kodeksu postępowania administracyjnego.

W ustawie o handlu uprawnieniami do emisji (pozycja 41) mamy kary pieniężne wymierzone przez organy Inspekcji Ochrony Środowiska w ustawie o ochronie gruntów (pozycja 8) mamy w art. 28 różnego rodzaju opłaty sankcyjne za wyłączanie gruntów z produkcji niezgodnie z przepisami oraz za niewykonanie obowiązku rekultywacji, po czym w art. 29 ust. 2 pojawia się przepis, według którego jeżeli opłaty, o których mowa w art. 28, dotyczą jednostek organizacyjnych, na kierowników tych jednostek nakłada się karę w wysokości ich wynagrodzenia za okres 3 ostatnich miesięcy. Jest to zdumiewająca postać odpowiedzialności o charakterze penalnym oznaczająca, że kierownik jednostki organizacyjnej odpowiada za to, że jest kierownikiem. Przepis ten jako urągający wszelkim regułom odpowiedzialności prawnej nadaje się do natychmiastowego uchylecia<sup>13</sup> i aż dziw, że jeszcze uchylony nie został.

Podsumowując krótko rozważania nad tymi jedenastoma ustawami z dziedziny ochrony środowiska bez przepisów karnych zauważamy, że w istocie są one opatrzone regulacjami penalnymi, które albo z łatwością znaleźć można w innych ustawach, albo też mają inny charakter prawny, nie „kryminalny”, lecz „administracyjny”.

### 3.3. Przestępstwa czy wykroczenia?

W zestawieniu (pozycje 3, 18, 21, 31 i 32) wykazałem te przepisy, co do których nie jest jasne, czy przewidują one odpowiedzialność za przestępstwa czy za

<sup>11</sup> Dz.U. Nr 37, poz. 164.

<sup>12</sup> Dz.U. Nr 6, poz. 35 ze zm.

<sup>13</sup> W. Radecki, *Ustawa o ochronie gruntów rolnych i leśnych z komentarzem*, Wrocław 1998, s. 121.

wykroczenia. Źródłem wątpliwości jest to, co stało się wraz z wejściem w życie kodeksu karnego z 1997 r. Zanim jednak do tego przejdę, zwrócę uwagę, że po wejściu w życie kodeksu karnego z 1969 r. i kodeksu wykroczeń z 1971 r. można było odnaleźć co najmniej cztery kryteria pozwalające na bezbłędne odróżnienie wykroczeń od przestępstw:

- 1) użycie nazwy rodzajowej „wykroczenie”, co ustawodawca uczynił np. w kodeksie pracy z 1974 r. w dziale XIII „Odpowiedzialność za wykroczenia przeciwko prawom pracownika” – czyny z art. 281-283 k.p. były wykroczeniami zagrożonymi wyłącznie karą grzywny, wprawdzie bez oznaczenia górnej granicy, ale art. 48 k.w. przesądzał, że wynosi ona 5000 zł. Ta górna granica kodeksowa została przełamana w odniesieniu do wykroczeń z k.p. ustawą z 13 kwietnia 2007 r. o Państwowej Inspekcji Pracy<sup>14</sup>, która podniosła grzywny do 30 000 zł, ale nie ma wątpliwości, że są to nadal wykroczenia, skoro w tytule działu XIII mamy nazwę rodzajową „wykroczenia”. W dziedzinie ochrony środowiska podobny zabieg mamy w art. 27 ustawy rybackiej (pozycja 14), gdzie też figuruje nazwa rodzajowa „wykroczenie”,
- 2) ograniczenie górnej granicy grzywny do 5000 zł (lub mniej) – wiadomo, że czyn zagrożony taką karą był wykroczeniem, skoro kara grzywny grożąca za przestępstwo musiała przekraczać 5000 zł,
- 3) przewidzenie w sankcji kary, która nie jest znana kodeksowi karnemu; najwyraźniejszy przykład to kara „aresztu”, która od 1 stycznia 1970 r. (data wejścia w życie k.k. z 1969 r.) za przestępstwo grozić nie może, za przestępstwo może być przewidziana jako kara izolacyjna tylko kara „pozbawienia wolności”. Inny przykład to kara „nagany” znana w prawie wykroczeń, nieznaną w prawie dotyczącym przestępstw. W obowiązującym stanie prawnym to kryterium znajduje zastosowanie do czynów zabronionych pod groźbą kary w art. 45-47 ustawy o odpadach wydobywczych (pozycja 25), co do których sankcja głosi: „podlega karze grzywny do 100 000 złotych albo karze aresztu”. Mimo że w ustawie tej nie ma odesłania procesowego do k.p.w., nie mamy wątpliwości, że czyny przewidziane w jej art. 45-47 są wykroczeniami (a nie przestępstwami) właśnie dlatego, że w sankcji figuruje kara aresztu, którą przestępstwo zagrożone być nie może,
- 4) poddanie orzekania regulacjom kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia; kryterium najoczywistsze i niebudzące najmniejszych wątpliwości. Tezę o „oczywistości” można zilustrować orzeczeniem Sądu Najwyższego dotyczącym ustawy z 16 kwietnia 2004 r. o wyrobach budowlanych<sup>15</sup>, która w art. 34 typizuje trzy czyny zagrożone grzywną do 100 000 zł, a w art. 36 poddaje orzekanie regułom kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Otóż, Sąd Najwyższy odmówił odpowiedzi na pytanie prawne, czy te czyny są prze-

<sup>14</sup> Dz.U. Nr 89, poz. 589

<sup>15</sup> Dz.U. Nr 92, poz. 881

stępstwami czy wykroczeniami, a w uzasadnieniu – po ocenie, że wątpliwość ma charakter pozorny – stwierdził: „Jeżeli w ustawie wskazano, że orzekanie co do określonego czynu następuje na podstawie k.p.w., to taki czyn zawsze jest wykroczeniem, a więc także wówczas, gdy jest zagrożony karą grzywny wyższą niż 5000 zł”<sup>16</sup>.

Co się natomiast stało z dniem 1 września 1998 r. (data wejścia w życie k.k. z 1997 r.)? Z tym dniem zaczęła obowiązywać stosowana niemal z żelazną konsekwencją konwencja terminologiczna przyjęta przez ustawodawcę, że jeżeli czyn ma być zabroniony pod groźbą kary majątkowej, to w odniesieniu do:

- przestępstw – zostaje użyta formuła: „podlega grzywnie”,
- wykroczeń – zostaje użyta formuła: „podlega karze grzywny”.

Jest to wysoce niefortunna konwencja terminologiczna, którą swego czasu poddałem zdecydowanej krytyce jako sprzeczną z tradycją polskiego prawa karnego, językiem ojczystym, logiką elementarną i zasadami techniki prawodawczej<sup>17</sup>. Okazuje się bowiem, że sankcja przewidziana np. w art. 181 § 5 k.k. głosi, że sprawca przewidzianego w nim czynu podlega „grzywnie albo karze ograniczenia wolności”, innymi słowy podlega „grzywnie albo karze”, co dla każdego rozumiejącego cokolwiek z języka ojczystego i logiki elementarnej musi oznaczać, że „grzywna nie jest karą”, podczas gdy z art. 32 pkt 1 k.k. wiemy, że jest. Zgodne z regułami języka polskiego i logiki mogłoby być następujące ujęcie takiej sankcji:

- podlega „grzywnie albo ograniczeniu wolności” bądź też:
- podlega „karze grzywny albo ograniczenia wolności”

Ale stało się, ustawodawca konsekwentnie posługuje się przyjętą przez siebie konwencją terminologiczną: „grzywna” za przestępstwa i „kara grzywny” za wykroczenia. Jednakże ustawodawca „sam sobie nie uwierzył”, albowiem wydając po 1 września 1998 r. kilkadziesiąt ustaw typizujących wykroczenia z reguły stosował podwójne kryterium: najpierw pisał, że sprawca określonych czynów „podlega karze grzywny”, po czym dodawał regulację procesową odsyłającą do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. A po co? – chciałoby się zapytać. Przecież sprawca przestępstwa, tak jak nie może podlegać „karze aresztu”, tak też nie może podlegać „karze grzywny”, może podlegać tylko „grzywnie”. W pełni konsekwentne rozwiązanie musiałyby polegać na poprzestaniu na formule „podlega karze grzywny”, aby nikt nie miał wątpliwości, że czyn jest wykroczeniem. Tymczasem pomijając regulację procesową ustawodawca stworzył problem, który w dziedzinie ochrony środowiska sprowadza się do pytania, czy czyny przewidziane w następujących przepisach: art. 28 i 29 ustawy o szkodach w środowisku (pozycja 3), art. 69a ustawy o odpadach (pozycja 21), art. 65 ustawy o GMO (pozycja 31) są przestępstwami czy wykroczeniami, ponieważ we wszyst-

<sup>16</sup> Postanowienie SN z 24 lutego 2006 r. – I KZP 52/05, OSNKW 2006, z. 3, poz. 23.

<sup>17</sup> W. Radecki, *Normatywne ujęcie wykroczenia*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 2, s. 61–74.

kich wypadkach w sankcji stwierdza się, że „podlega karze grzywny” (formuła „wykroczeniowa”), ale nie procesowego odesłania do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

Zanim jednak przejdę do analizy tych przepisów, zajmę się dwiema pozostałymi ustawami, gdyż tu ocena prawna jest oczywista, aczkolwiek ze względu na przyjęte kryterium (wyrażenie w literaturze choćby jeden raz odmiennego poglądu) czuję się zobowiązany do zajęcia się także nimi.

Ustawa o zaopatrzeniu w wodę i ściekach (pozycja 18) w art. 28 w brzmieniu pierwotnym przewidywała w ust. 1, 2 i 3 zachowania zagrożone karą grzywny do 5000 zł, a w ust. 4 odpowiedzialność za wprowadzanie ścieków do urządzeń kanalizacyjnych bez uprzedniego zawarcia umowy – zagrożone karą ograniczenia wolności albo grzywny do 10 000 zł. Autor jednego z pierwszych komentarzy do tej ustawy uznał, że wszystkie cztery ustępy przewidują odpowiedzialność za wykroczenia<sup>18</sup>. Pogląd ten był oczywiście błędny ze względu na art. 28 ust. 6 tej ustawy, który głosił, że orzekanie w sprawach o czyny, o których mowa w ust. 1-3, następuje na podstawie przepisów kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Redakcja tego przepisu nie pozostawiała najmniejszych wątpliwości, że czyn z art. 28 ust. 4 był przestępstwem, aczkolwiek niezwykła sankcja „ograniczenie wolności albo grzywna do 10 000 zł” istotnie mogła wprowadzać w błąd.

Art. 28 tej ustawy został znowelizowany ustawą z 22 kwietnia 2005 r. o zmianie ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków oraz niektórych innych ustaw<sup>19</sup> w ten sposób, że uchylono ust. 3, dodano ust. 4a, według którego karze określonej w ust. 4 podlega także ten, kto nie stosuje się do zakazów wprowadzania ścieków do kanalizacji, natomiast ust. 6 otrzymał brzmienie, że orzekanie w sprawach o czyny, o których mowa w ust. 1 i 2, następuje na podstawie przepisów kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Oczywiście jest przeto, że czyny stypizowane w art. 28 ust. 4 i 4a nie są wykroczeniami, lecz przestępstwami.

Ustawa „chemiczna” (pozycja 32) była wielokrotnie nowelizowana. W roku 2005, kiedy jej przepisy karne nie zawierały jeszcze art. 34 oznaczonego literami „c, d, e i f”, komentator uznał, że przepisy karne zawierają przestępstwa określone w art. 34 i 34b pkt 1 i 2 oraz wykroczenia określone w art. 34a, art. 34b pkt 3-5 oraz art. 35-38. Z uwagi na to, że art. 39 w ówczesnym brzmieniu stanowił, że orzekanie w sprawach określonych w art. 35-38 następuje w trybie przepisów kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, komentator postawił pytanie, w jakim trybie orzeka się w sprawie o czyny określone w art. 34a stanowiącym, że producent lub importer substancji, który wbrew przepisom wspólnotowym nie przekazuje Komisji Europejskiej wymaganej informacji lub nie przestrzega

<sup>18</sup> H. Palarz, *Komentarz do ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzaniu ścieków*, Gdańsk 2003, s. 123–124.

<sup>19</sup> Dz.U. Nr 85, poz. 729.

decyzji Komisji Europejskiej dotyczących substancji priorytetowych, „podlega grzywnie”, a także o czyny określone w art. 34b pkt 3-5, również opatrzone sankcją „podlega grzywnie”. Uznając, że czyny te także są wykroczeniami, wyraził pogląd, że brak wyraźnego odesłania w art. 39 nie powoduje niemożliwości zastosowania przepisów kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.<sup>20</sup> Także ten pogląd jest wadliwy w stopniu oczywistym, nie budzi bowiem najmniejszych wątpliwości, że czyny stypizowane w art. 34a i art. 34b pkt 3-5 ustawy „chemicznej”, a w obowiązującym stanie prawnym także czyny stypizowane w art. 34c tej ustawy jako zagrożone „grzywną” i nie wykazane w art. 39 są przestępstwami, a nie wykroczeniami.

Po tych niezbędnych wyjaśnieniach powrócę do trzech pozostałych ustaw, które istotnie rodzą problemy kwalifikacyjne. Znajdujemy w nich identycznie ujętą sankcję – „podlega karze grzywny” i brak odesłania procesowego kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia, a różnica polega na tym, że:

- w ustawie o GMO (pozycja 31) takiego odesłania nie ma i nic nie wskazuje na to, aby miało być,
- w ustawie o szkodach w środowisku (pozycja 3) także go nie ma, ale sięgnięcie do projektu przekonuje, że miało być,
- w ustawie o odpadach (pozycja 21) generalne odesłanie do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia jest w art. 79, ale ono dotyczy czynów z art. 70-78, a więc nie tych z art. 69a.

Wszystko wskazuje na to, że należy sięgnąć do § 81 Zasad Techniki Prawodawczej<sup>21</sup> stanowiących załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, który w sytuacji gdy na podstawie sankcji nie da się ustalić, czy dany czyn zabroniony jest przestępstwem czy wykroczeniem, nakazuje zamieścić normę procesową określającą tryb orzekania. Ponieważ jeszcze nigdy się nie zdarzyło, aby taka norma procesowa odsyłała do kodeksu postępowania karnego, regulacja § 81 sprowadza się do wskazówki, że jeżeli zostały spełnione dwie przesłanki:

- 1) na podstawie sankcji karnej nie da się ustalić, czy dany czyn jest przestępstwem czy wykroczeniem (praktycznie chodzi o „karę grzywny” jako jedyną bez oznaczenia jej górnej granicy),
- 2) nie ma odesłania do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia – to dany czyn jest przestępstwem.

Czy rzeczywiście obie te przesłanki są spełnione? Druga tak, bo odesłania do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia nie ma, ale co do pierwszej można by się upierać, że spełniona nie jest i wywodzić, że ponieważ przestępstwo nie może być zagrożone „karą grzywny” (przestępstwo może być zagrożone

<sup>20</sup> Z. Bukowski, *Komentarz do ustawy o substancjach i preparatach chemicznych*, Włocławek–Bydgoszcz 2005, s. 161.

<sup>21</sup> Dalej w cytowany jako ZTP. Dz.U. z 2002 r. Nr 100, poz. 98.

„grzywną”), to sformułowanie sankcji jako „podlega karze grzywny” pozwala na bezbłędne ustalenie, że czyn jest wykroczeniem. Tak by rzeczywiście było, gdyby ustawodawca „sam sobie uwierzył” i nie odsyłał do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia przy takim ujęciu sankcji. Ale tak nie jest, gdyż wystarczy spojrzeć na zestawienie, aby przekonać się, że w 25 ustawach zawierających przepisy o wykroczeniach ustawodawca odsyła do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia i to nawet wtedy, gdy w sankcji figuruje areszt, co od razu wyklucza uznanie czynu za przestępstwo. Dlatego na pierwszy rzut oka należałoby uznać, że czyny zabronione pod groźbą „kary grzywny” w art. 65 ustawy o GMO, art. 28 i 29 ustawy o szkodach w środowisku oraz w art. 69a ustawy o odpadach są przestępstwami, ponieważ górna granica grzywny nie została określona, a brak procesowego odesłania do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia. Tak też postąpiłem w dwóch komentarzach, w których zająłem się czynem z art. 65 ustawy o GMO uznając go za przestępstwo<sup>22</sup>. Ale czyn z art. 69a ustawy o odpadach uznałem za wykroczenie, opierając się na argumentacji merytorycznej<sup>23</sup>, której w tym miejscu w całości nie powtarzam, poprzestając na spostrzeżeniu, że ustawodawca, wydając 29 lipca 2005 r. ustawę o zmianie ustawy o odpadach oraz o zmianie niektórych innych ustaw<sup>24</sup> wprowadził kilkadziesiąt zmian do ustawy o odpadach, wśród nich zaś trzy najoczywistsze konstrukcje „wykroczeniowe” oznaczając je jako art. 69a, 76a i 77a. Nie zauważył jednak, że art. 76a i 77a mieszczą się w przedziale art. 70-78, czyli stosuje się do nich odesłanie do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia z art. 79, podczas gdy art. 69a się w nim nie mieści, skoro go poprzedza, wobec czego formalnie zaczyna działać regulacja § 81 ZTP.

Inny pogląd wyrazili autorzy komentarzy do pozakodeksowych wykroczeń i przestępstw, stwierdzając stanowczo, że wobec braku regulacji procesowej odsyłającej do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia czyny stypizowane w art. 69a ustawy o odpadach są przestępstwami<sup>25</sup>. Ale i oni nie ustrzegli się sprzeczności (tak jak i ja się jej nie ustrzegłem), skoro czyny z art. 65 ustawy o GMO uznali za wykroczenia<sup>26</sup>, mimo że sytuacja jest identyczna – brak górnej granicy kary grzywny i brak odesłania procesowego do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia.

Pozostają do omówienia czyny zabronione pod groźbą kary grzywny przez art. 28 i 29 ustawy o szkodach w środowisku. W projekcie tej ustawy skierowanym do Sejmu RP 9 stycznia 2007 r. (druk nr 1307), który opiniowałem, tym przepisom karnym noszącym w projekcie numerację art. 29 i 30 towarzyszył kolejny

<sup>22</sup> W. Radecki, (w:) M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne*, t. II, *Przestępstwa gospodarcze oraz przeciwko środowisku. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 442 oraz w: M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 48.

<sup>23</sup> W. Radecki, *Ustawa o odpadach. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2008, s. 397–402.

<sup>24</sup> Dz.U. Nr 175, poz. 1458.

<sup>25</sup> W. Kotowski, B. Kurzępa, *Wykroczenia pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 158 oraz *Przestępstwa pozakodeksowe. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 176–178.

<sup>26</sup> W. Kotowski, B. Kurzępa, *Wykroczenia pozakodeksowe...*, op. cit., s. 255–257.

art. 31 odsyłający do kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia w kwestii trybu ścigania. Nie było więc żadnych wątpliwości, że w zamyśle projektodawcy (rządu) czyny z art. 29 i 30 miały być wykroczeniami. W parlamencie materialne przepisy karne uzyskały numerację art. 28 i 29, a przepis procesowy po prostu „zniknął”. Dlatego pisząc chronologicznie pierwszy komentarz do tej ustawy ocenilem, że w świetle § 81 ZTP czyny stypizowane w tych przepisach są przestępstwami, a nie wykroczeniami<sup>27</sup>. Mój pogląd spotkał się z krytyką autora drugiego komentarza do tej ustawy, który stając na stanowisku, że są to wykroczenia, chyba nie docenił znaczenia ZTP, a ponadto sięgnął do zasad *in dubio pro libertate* i *in dubio pro reo*<sup>28</sup>, których zastosowanie do kwestii prawnych jest co najmniej mocno wątpliwe, znalazł natomiast uznanie u trzeciego autora zajmującego się tą kwestią, którego zdaniem skreślenie przepisu procesowego (art. 31 projektu) sugerowałoby, że świadomie zrezygnowano z niego na rzecz zmiany kwalifikacji prawnej czynów<sup>29</sup>. Dodam, że są ważne argumenty merytoryczne przemawiające za tym, że czyny z art. 28 i 29 ustawy o szkodach w środowisku są przestępstwami, podobnie jak są równie ważne argumenty merytoryczne nakazujące uznać czyny z art. 65 ustawy o GMO za przestępstwa, nie ma natomiast, moim zdaniem, argumentów merytorycznych, które sprzeciwiałyby się pozostawieniu art. 69a ustawy o odpadach w ramach wykroczeń.

Po przeanalizowaniu tych wątpliwości skorygowałbym zestawienie w ten sposób, że do przestępstw zaliczam czyny przewidziane w:

- art. 28 i 29 ustawy o szkodach w środowisku,
  - art. 28 ust. 4 i 4a ustawy o zaopatrzeniu w wodę i ściekach,
  - art. 65 ustawy o GMO,
  - art. 34a, art. 34b ust. 3-5 i art. 34c ustawy „chemicznej”,
- natomiast do wykroczeń zaliczam czyn z art. 69a ustawy o odpadach.

#### 3.4. Ogląd zewnętrzny prawa karnego środowiska

Po przeprowadzeniu tych korekt obraz zewnętrzny prawa karnego środowiska (*sensu largo*, ale nie *largissimo* – według proponowanej przeze mnie nomenklatury) przedstawia się, jak następuje:

Spośród 31 ustaw zawierających przepisy karne:

- 4 ustawy zawierają tylko przepisy o przestępstwach (pozycje 3, 10, 31 i 34),
- 10 ustaw zawiera przepisy o przestępstwach i wykroczeniach (pozycje 6, 7, 11, 12, 13, 14, 17, 18, 32 i 40),

<sup>27</sup> W. Radecki, *Ustawa o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 115–117.

<sup>28</sup> B. Rakoczy, *Komentarz do ustawy o zapobieganiu szkodom w środowisku i ich naprawie*, Warszawa 2008, s. 199–201.

<sup>29</sup> M. Górski, *Odpowiedzialność administracyjnoprawna w ochronie środowiska*, Warszawa 2008, s. 67.

- 17 ustaw zawiera tylko przepisy o wykroczeniach (pozycje 1, 4, 16, 21, 22, 23, 24, 25, 26, 27, 28, 29, 30, 33, 35, 36 i 37).

Innymi słowy, przestępstwa zostały stypizowane w 14 ustawach (w 4 wyłącznie + 10 razem z wykroczeniami), wykroczenia zaś z 27 ustawach (w 17 wyłącznie + 10 razem z przestępstwami). Dominacja regulacji „wykroczeniowych” jest wyraźna, co można dodatkowo uzasadnić dość wątpliwym zresztą (chodzi o budowę artykułów składających się częstokroć z ustępów i punktów) „rachunkiem” – gdyby dodać do siebie artykuły z tych 14 ustaw przewidujących przestępstwa, byłoby ich nieco ponad 30, a przecież mniej więcej tyle samo artykułów typizujących wykroczenia zawiera jedna tylko ustawa, jaką jest Prawo ochrony środowiska, a zostaje jeszcze 26 takich ustaw.

W każdym razie wyłaniający się z tych rozważań obraz pozwala bez obawy popełnienia większego błędu zauważyć, że:

- w odniesieniu do przestępstw najważniejsze regulacje znajdują się w rozdziale XXII k.k., w stosunku do którego regulacje penalne 10 ustaw przedstawiają jedynie pewne uzupełnienie, czasem sensowne, czasem wprost przeciwnie (np. art. 28 ust. 4 i 4a ustawy o zaopatrzeniu w wodę i ściekach),
- w odniesieniu do wykroczeń sytuacja jest odwrotna, najważniejsze regulacje znajdują się w ustawach innych niż k.w. – chodzi przede wszystkim (ale nie wyłącznie) o cztery podstawowe: Prawo ochrony środowiska, Prawo wodne, ustawa o odpadach, ustawa o ochronie przyrody – w stosunku do których to właśnie przepisy k.w. są pewnym uzupełnieniem; z tego schematu wyłamują się tylko wykroczenia leśne, stypizowane wyłącznie w k.w.

### 3.5. Kilka refleksji końcowych

Kończąc chciałbym postawić pytanie, czy w zarysowanym wyżej podziale przestępstw i wykroczeń przeciwko środowisku na „kodeksowe” i „pozakodeksowe” jest zawarta jakaś głębsza myśl. Mam co do tego bardzo poważne wątpliwości i myślę, że w tym podziale jest wiele przypadkowości, których w żaden sposób racjonalnie uzasadnić się nie da. Zacznę od kwestii podstawowej. Od wielu lat bronię poglądu, że kategoria pozakodeksowego prawa karnego powinna zniknąć z naszego systemu prawnego<sup>30</sup>. Ze wszech miar pożądanym byłoby zamieszczenie w kodeksie karnym formuły, wedle której przestępstwem jest czyn zabroniony pod groźbą kary, zamieszczony w tym kodeksie. Nie trafiają do mnie argumenty, że jest to niemożliwe, aby bowiem sprawdzić, że jest to możliwe, wystarczy spojrzeć za naszą południową granicę. Tak w Czechach, gdzie obowiązuje jeszcze czechosłowacki kodeks karny z 1961 r., jak i w Słowacji, gdzie obowiązuje już nowy kodeks karny z 2005 r., przyjęto zasadę wyłączności kodeksu jako źródła

<sup>30</sup> Zob. m.in. M. Bojarski, W. Radecki, *O pełną kodyfikację prawa karnego*, „Prokuratura i Prawo” 1995, nr 5.



prawa karnego materialnego. Doktryna prawa karnego tych dwóch państw nie sygnalizuje żadnych trudności związanych z tym, że zgodnie z przyjętą zasadą nie ma przestępstw poza kodeksem karnym. Wbrew pozorom nie prowadzi to do jakiegoś niezwykłego „rozdęcia” kodeksu. Kodeks karny słowacki zawiera 440 paragrafów, niecałe sto więcej niż artykułów w polskim kodeksie.

Zdaję sobie sprawę z tego, że jest to postulat maksymalistyczny, a szanse na jego spełnienie są bliskie zeru. Myślę, że bardziej realistyczna jest propozycja, aby do polskiego kodeksu karnego przejąć niektóre przestępstwa przeciwko środowisku, a przykład narzuca się od razu: kłusownictwo łowieckie i rybackie powinno znaleźć się w kodeksie, gdyż nie ma żadnego powodu, aby te przestępstwa, o znacznym ciężarze gatunkowym i dość często popełniane znajdowały się poza kodeksem. Kłusownictwo jest przestępstwem kodeksowym nie tylko w Czechach i Słowacji, lecz także w Niemczech i Rosji, a było i w Polsce w art. 270 k.k. z 1932 r.

Kwestią być może jeszcze poważniejszą jest zapewnienie jakiejś synchronizacji między podstawowym źródłem prawa karnego środowiska, jakim jest kodeks karny, a innymi ustawami typizującymi przestępstwa z tej dziedziny. Jak to dziś wygląda, przedstawię na dwóch jakże wymownych przykładach. Oto pierwszy. W ustawie o GMO (pozycja 31) w art. 58 znajdujemy typizacje sporządzone na wzór kodeksowych przestępstw sprowadzenia niebezpieczeństwa powszechnego według schematu: w ust. 1 umyślne sprowadzenie zagrożenia, w ust. 2 odpowiednik nieumyślny, w ust. 3 i 5 przestępstwa umyślne kwalifikowane przez następstwa, w ust. 4 i 6 przestępstwa nieumyślne kwalifikowane przez następstwa. Spójrzmy na przestępstwa umyślne, które układają się w następujący ciąg:

- na podstawie art. 58 ust. 1 odpowiada, kto postępując z GMO sprowadza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób lub mienia lub środowiska, za co grozi mu kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8,
- art. 58 ust. 3 stanowi, że jeżeli następstwem czynu, o którym mowa w ust. 1, jest śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do lat 12,
- art. 58 ust. 5 stanowi, że jeżeli następstwem czynu, o którym mowa w ust. 1, jest zniszczenie środowiska w znacznych rozmiarach, sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 5.

Okazuje się, że przestępstwo kwalifikowane przez następstwo w postaci zniszczenia środowiska w znacznych rozmiarach (art. 58 ust. 5), jest zagrożone karą łagodniejszą niż przestępstwo w typie podstawowym, którego znamieniem jest tylko niebezpieczeństwo dla środowiska (art. 58 ust. 1). Jest to przykład skrajnej bezmyślności ustawodawcy.

A oto drugi przykład. W skierowanym do Sejmu RP projekcie ustawy o ochronie przyrody (pozycja 6) nie było przepisów o przestępstwach. W parlamencie został dodany art. 128 przewidujący odpowiedzialność za siedem typów przestępstw związanych z handlem gatunkami roślin i zwierząt chronionych

na podstawie bezpośrednio obowiązującego w państwach członkowskich Unii Europejskiej rozporządzenia Rady (WE) nr 338/97 z 9 grudnia 1996 r. w sprawie ochrony zagrożonych gatunków dzikiej fauny i flory w drodze regulacji handlu tymi gatunkami. Wprowadzenie do ustawodawstwa polskiego sankcji za takie naruszenia było, rzecz jasna, konieczne. Wszystkie przestępstwa z art. 128 ustawy o ochronie przyrody zostały zagrożone taką samą karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Brak jakiegokolwiek dyferencjacji w tym ostatnim przepisie prowadzi do takiej oto konsekwencji:

- kto umyślnie niszczy chroniony teren lub obiekt przyrodniczy, powodując istotną szkodę, popełnia przestępstwo z art. 187 § 1 k.k., za co grozi grzywna, kara ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2,
- kto składa wniosek o wydanie zezwolenia importowego, eksportowego, reeksportowego lub świadectwa bez poinformowania o wcześniejszym odrzuceniu wniosku, popełnia przestępstwo z art. 128 ust. 2 lit. f ustawy o ochronie przyrody, za co grozi kara pozbawienia 3 miesięcy do lat 5.

Zestawienie sankcji jest tak wymowne, że żadnego komentarza nie wymaga.

Przejdę do zasygnalizowania pewnych problemów związanych z wykroczeniami przeciwko środowisku. Jeżeli sięgniemy do przepisów rozdziału XIX k.w. zobaczymy, że w odniesieniu do wykroczeń leśnych ustawodawca przewidział różne sankcje: grzywna do 250 zł w alternatywie z naganą (np. art. 153 § 1 k.w.), grzywna do 500 zł w alternatywie z naganą (np. w art. 151 § 1 k.w.), grzywna do 1000 zł w alternatywie z naganą (np. art. 152 k.w.) i dopiero w wypadkach poważniejszych grzywnę w maksymalnej wysokości (dziś do 5000 zł). W przepisach pozakodeksowych żadnej takiej dyferencjacji w odniesieniu do wykroczeń przeciwko środowisku nie ma, grzywna jest zawsze przewidziana w wysokości maksymalnej, w wielu sankcjach mamy i areszt, także w maksymalnej wysokości do 30 dni. Trudno się temu dziwić, wykroczenia przeciwko środowisku są z reguły czynami o znacznym (jak na wykroczenia) stopniu szkodliwości społecznej, a dzisiejsze maksimum grzywny – 5000 zł już od kilku lat wymaga pomnożenia co najmniej przez 3.

Ale nawet podniesienie maksimum grzywny do, powiedzmy, 15 000 zł, wszystkiego nie załatwi. Zaryzykowałbym twierdzenie, że gorset nałożony na prawo wykroczeń przed blisko czterdziestu laty okazuje się za ciasny. Jakie to pociąga za sobą konsekwencje, dobrze ilustruje najnowszy przykład. Otóż ostatnia nowela do ustawy o ochronie przyrody wprowadziła do jej art. 131 nowy pkt 1a przewidujący wykroczenie chwytania lub zabijania zwierzęcia chronionego przy użyciu zakazanych urządzeń, sposobów lub metod. Jeśli zważyć, że każde schwywanie lub zabicie zwierzęcia chronionego jest (jeżeli nie wchodzi w rachubę przestępstwo z art. 181 § 3 lub 5 k.k.) wykroczeniem z art. 127 pkt 2 lit. e/ ustawy o ochronie przyrody, to nowy pkt 1a w art. 131 jawi się jako kwalifikowany typ wykroczenia, przy czym znamieniem kwalifikującym jest użycie zakazanych urządzeń, sposobów lub metod. Ale przecież zarówno wykroczenia z art. 127, jak i wykroczenia

z art. 131 ustawy o ochronie przyrody zagrożone są takimi samymi karami: areszt albo grzywna (w maksymalnej dopuszczonej przez k.w. wysokości). Jaki jest zatem sens wprowadzania kwalifikowanego typu wykroczenia? W tej koncepcji żaden. Miałoby to sens, gdyby ustawodawca uznał kwalifikowane pozbawienie życia zwierzęcia chronionego za przestępstwo albo nawet za wykroczenie, ale z przekroczeniem owej granicy 5000 zł jako maksimum grzywny. Jeżeli jednak ustawodawca chce pozostać w „ryzach” kodeksu wykroczeń, to taki kwalifikowany typ wykroczenia jest bez sensu.

Tezę o „zbyt ciasnym gorsecie” kodeksu wykroczeń zilustruję jeszcze dwoma przykładami z zakresu wykroczeń przeciwko środowisku. Pierwszy – to sygnalizowana już ustawa o odpadach wydobywczych (pozycja 25). W jej art. 45-47 znajdujemy – uwzględniając podział na ustępy i punkty – jedenaście typów czynów zabronionych pod groźbą kary grzywny do 100 000 zł albo aresztu. Dopisanie aresztu nie pozostawia wątpliwości, że są to wykroczenia, ale maksimum grzywny dwudziestokrotnie przekracza nadal obowiązujące maksimum kodeksowe. Czy na tej podstawie można kwestionować przepisy karne ustawy o odpadach wydobywczych? Nie można, ponieważ – jak to kilkakrotnie już wyjaśniał Trybunał Konstytucyjny – szczególnemu miejscu kodeksów w systemie prawa nie towarzyszy jednak szczególne miejsce w hierarchii źródeł prawa<sup>31</sup>. Nie można sugerować się przepisem art. 48 k.w. nakazującym stosowanie części ogólnej k.w. (w tym art. 1 k.w. zakreślającym maksimum grzywny na 5000 zł) do wykroczeń przewidzianych w innych ustawach, skoro w samym art. 48 k.w. mamy zastrzeżenie „jeżeli ustawy te nie zawierają przepisów odmiennych”. Przepisy art. 45-47 ustawy o odpadach wydobywczych są właśnie „odmiennymi” ze względu na maksimum grzywny. Prawnie wszystko jest w porządku, ale „przyciasny gorset kodeksowy pękł”.

Jeszcze ciekawszy jest drugi przykład ustawy o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów (pozycja 26). Warto zwrócić uwagę na trzy różne aspekty tej ustawy.

Po pierwsze, ustawodawca znowelizował art. 183 k.k. w ten sposób, że umieścił w nim wszystkie warianty przestępnego przemieszczania odpadów przez granicę, poprawiając tym błąd, którego się dopuścił dziesięć lat wcześniej, kiedy w k.k. stypizował jedynie przywóz odpadów do Polski, a wywóz odpadów z Polski uznał za przestępstwo pozakodeksowe.

Po drugie, w rozdziale 9 zatytułowanym „Kary pieniężne” w art. 32-35 uregulował odpowiedzialność za delikty administracyjne w sposób charakterystyczny dla prawa karnego. Wprawdzie kary te wymierza wojewódzki inspektor ochrony środowiska w trybie określonym w k.p.a., ale w granicach określonych ustawą w trzech wariantach: od 50 000 do 300 000 zł, od 30 000 do 150 000 zł i od 20 000 do 60 000 zł, przy czym art. 34 wskazuje czym należy się kierować przy ustalaniu

<sup>31</sup> Wyrok TK z 24 maja 1999 r. – P. 10/98, „Orzecznictwo” – dodatek do „Prokuratury i Prawa” 1999, nr 9, poz. 54.

wysokości kar, a art. 32 i 33 ustalają znamiona 22 deliktów administracyjnych, nie tylko znamiona podmiotu (odbiorca, wysyłający, transportujący – nie budzi wątpliwości, że chodzi tak o osoby fizyczne, jak i osoby prawne oraz inne jednostki organizacyjne) i strony przedmiotowej, lecz także podmiotowej w ten sposób, że w art. 32 ust. 3 oraz w art. 33 ust. 1, 2 i 3 określenie istoty czynów poprzedzone jest znamieniem „choćby nieumyślnie”, co oznacza, rzecz jasna, że te delikty mogą być popełnione umyślnie lub nieumyślnie, ale nie mogą być popełnione bez co najmniej nieumyślności. Jednakże w art. 32 ust. 1 i 2 przewidującym odpowiedzialność za najpoważniejsze delikty owego zwrotu „choćby nieumyślnie” nie ma, co natychmiast prowokuje pytanie, jak należy odczytać ów brak. Odpowiedź może być różna w zależności od tego, kto to będzie czytał: administratywista dojdzie do wniosku, że odpowiedzialność za delikty z art. 32 ust. 1 i 2 jest czysto obiektywna, karnista zaś, że te delikty mogą być popełnione tylko umyślnie. Obaj będą mieli ze swego punktu widzenia rację, co bardzo źle świadczy o ustawodawcy, który takie „zagadki” stawia przed stosującymi prawo.

Po trzecie wreszcie, w rozdziale 8 zatytułowanym „Przepisy karne” znalazł się tylko jeden przepis art. 31 o treści tak skrajnie interesującej, że przytoczę go w pełnym brzmieniu:

„Art. 31. 1. Kto wbrew obowiązkowi nie wykonuje decyzji nakazującej odeślanie odpadów, przywiezionych na teren kraju, do kraju wysyłki lub określającej sposób zagospodarowania tych odpadów na terytorium kraju

– podlega karze aresztu albo grzywny.

2. Osoba fizyczna lub jednostka organizacyjna uczestnicząca w międzynarodowym przemieszczaniu odpadów, która wbrew obowiązkowi nie przekłada uprawnionym organom lub osobom dokumentów lub informacji wymaganych w międzynarodowym przemieszczaniu odpadów

– podlega karze grzywny.

3. Orzekanie w sprawach, o których mowa w ust. 1 i 2, następuje na zasadach i w trybie określonym w ustawie z dnia 24 sierpnia 2001 r. – Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia (Dz.U. Nr 106, poz. 1148 z późn. zm.)”.

Regulacja procesowa zamieszczona w art. 31 ust. 3 nie pozostawia najmniejszych wątpliwości, że czyny z ust. 1 i 2 są wykroczeniami. Jeżeli jednak dokładnie wczytamy się w art. 31 ust. 2, to zobaczymy, że w trybie kodeksu postępowania w sprawach o wykroczenia za wykroczenie odpowiada nie tylko osoba fizyczna, lecz także jednostka organizacyjna. W ten sposób ustawodawca niejako „kuchennymi drzwiami” w tej jednej ustawie wprowadził odpowiedzialność osób prawnych i innych jednostek organizacyjnych za wykroczenia.

Z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością można założyć, że najistotniejsze znaczenie praktyczne regulacji penalnych w międzynarodowym przemieszczaniu odpadów będą miały nie przepisy o przestępstwach i nie przepisy o wykroczeniach, lecz przepisy o deliktach administracyjnych z art. 32-35 ustawy o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów.

Konkludując powiedziałbym, że w dziedzinie prawa karnego środowiska dzieje się coś istotnego, wymagającego pogłębionej refleksji teoretycznej. Chodzi przede wszystkim o wykroczenia. Być może konstrukcja normatywna wprowadzona blisko czterdzieści lat temu sprawdza się w odniesieniu do obrywania szyszek w cudzym lesie (art. 153 § 1 pkt 1 k.w.) albo rzucania papierków po cukierkach na ulicę (art. 145 k.w.). Przestaje się sprawdzać w odniesieniu do poważniejszych zamachów na środowisko. Jeżeli ustawodawca z jakichś powodów nie chce wprowadzać typów przestępstw, to czyni to, co zrobił w ustawie o odpadach wydobywczych – wykroczenia, ale zagrożone karą grzywny dwudziestokrotnie przekraczającą maksimum kodeksowe. Być może nadszedł czas gruntownego przemyślenia koncepcji odpowiedzialności za wykroczenia przeciwko środowisku i pójścia drogą stosowaną na przykład w systemach prawnych czeskim i słowackim polegającą na rozróżnieniu:

- wykroczeń (*prestupy*) popełnianych przez „zwykłe” osoby fizyczne,
- innych deliktów administracyjnych (*jine spravne delikty*) popełnianych przez osoby prawne oraz osoby fizyczne będące przedsiębiorcami<sup>32</sup>;

Wszystko pozostaje w ramach prawa administracyjnego, ale osobom prawnym i przedsiębiorcom można wymierzyć kary surowsze niż osobom fizycznym za takie same czyny.

Na potrzebę nowego spojrzenia zwłaszcza na prawo wykroczeń w Polsce wskazuje też niezwykley rozrost regulacji przewidujących kary pieniężne w ochronie środowiska, czyli prawa karnego środowiska *sensu largissimo*, którego szczegółowa analiza wykracza poza przedmiot tego opracowania. Poprzestaną na jednym tylko spostrzeżeniu: na podstawie art. 31 ust. 2 ustawy o międzynarodowym przemieszczaniu odpadów sąd może wymierzyć jednostce organizacyjnej karę grzywny w maksymalnej wysokości 5000 zł, podczas gdy organ administracji może takiej samej jednostce organizacyjnej wymierzyć na podstawie art. 32 ust. 1 lub 2 tej ustawy karę 300 000 zł (sześćdziesiąt razy wyższą), z tym tylko, że to nie będzie się nazywało „karą grzywny”, lecz „karą pieniężną”. Widać wyraźnie, że coś tu nie jest w porządku. Czy rozwiązaniem byłoby „usądowienie” wymierzania kar pieniężnych za naruszenie wymagań ochrony środowiska? Propozycję koncepcyjną takiego rozwiązania przedstawiłem przed kilkunastu laty<sup>33</sup>, może warto do niej wrócić.

Wspominałem o rozwiązaniach czeskich i słowackich. Między nimi a propozycją przeze mnie zgłaszaną istnieje wszakże zasadnicza różnica. Jeżeli na osi poziomej oznaczającej penalizację w ochronie środowiska umieścimy trzy elementy: 1) przestępstwa, 2) wykroczenia, 3) delikty administracyjne, to w Cze-

<sup>32</sup> W odniesieniu do tej koncepcji odpowiedzialności zob. przede wszystkim H. Praskova, *Spravni trestani*, (w:) D. Hendrych a kol., *Spravni pravo. Obecna cast*, Praha 2006, s. 409 i n. oraz J. Machajova, *Spravne trestanie*, (w:) J. Machajova a kol., *Všeobecné spravne pravo*, Bratislava 2008, s. 189 i n.

<sup>33</sup> W. Radecki, *Koncepcje odpowiedzialności karnej osób prawnych w ochronie środowiska*, Wrocław 1996.

chach i Słowacji element drugi przesunął się w prawo i mamy ostre granice między prawem karnym po lewej stronie i administracyjnym po prawej, według mojej koncepcji element trzeci powinien przesunąć się w lewo, po czym po lewej stronie zostaje prawo karne (*sensu largissimo*), a prawa staje się pusta.

Przedstawiony tu szkic sporządzony według stanu prawnego na dzień 15 listopada 2008 r. traktuję jedynie jako zarys problematyki, mając nadzieję, że spotka się on z odzewem autorów zajmujących się nie tylko prawem karnym, lecz także prawem administracyjnym, a wnioski wynikające z dyskusji posłużą jako podstawa do wypracowania sensownych rozwiązań na przyszłość.

## STRESZCZENIE

Przedmiotem artykułu jest wyznaczenie zakresu i naszkicowanie tendencji rozwojowych polskiego prawa karnego środowiska obejmującego zbiór przepisów o przestępstwach i wykroczeniach przeciwko środowisku. W dziedzinie przestępstw przeciwko środowisku sytuacja jest taka, że trzon przepisów znajduje się w rozdziale XXII k.k. „Przestępstwa przeciwko środowisku”, a tzw. pozakodeksowe przestępstwa przeciwko środowisku stanowią niezbędne uzupełnienie regulacji kodeksowych. W dziedzinie wykroczeń przeciwko środowisku sytuacja jest odmienna. Trzon przepisów znajduje się w ustawach szczególnych (prawo ochrony środowiska, prawo wodne, ustawa o ochronie przyrody, ustawa o odpadach i wiele innych), a regulacje kodeksu wykroczeń stanowią dopełnienie przepisów pozakodeksowych.

## SUMMARY

The aim of the article is to define the scope and outline the development tendencies in the Polish environmental penal code encompassing a set of provisions referring to crimes and offences against the environment. The situation in the field of crimes against the environment is the following: most of the regulations are in Chapter XXII of the Penal Code – “Crimes against the environment”, and the so called out-of-code crimes against the environment are an indispensable supplement to the code regulations. The situation in the field of offences against the environment is different. Most of the regulations are in special acts (environmental preservation law, law on use and conservation of water, act on wildlife conservation, act on waste utilization, and many others) and the regulations of the petty offences’ code are a supplement to the out-of-code regulations.

KRZYSZTOF ŚLEBZAK

WPŁYW SPRAWOZDAŃ FINANSOWYCH  
NA PRACOWNICZE PRAWO DO PREMII

Tytułowe zagadnienie związane jest z tą częścią płacowych regulacji pracodawców, które uzależniają nabycie prawa do premii rocznej od wystąpienia zysku w sprawozdaniu finansowym przedsiębiorstwa. W zależności od treści poszczególnych unormowań prawo do premii ma charakter roszczeniowy albo zależy od uznania pracodawcy. W tym drugim przypadku mamy do czynienia z nagrodą. Zakwalifikowanie określonego świadczenia pieniężnego do kategorii premii albo nagrody zależy, w istocie, od konkretnych postanowień płacowych, a w szczególności od tego, czy przewidują one z góry skonkretyzowane i zobiektywizowane wskaźniki premiowania, czy też są to postanowienia, w przypadku których jednoznaczne i niebudzące wątpliwości określenie treści prawa, jak i spełnienie warunku jego nabycia, zależy od podjęcia przez pracodawcę określonej czynności konwencjonalnej. Pogląd taki znajduje odzwierciedlenie w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego. Premią jest, bez względu na nazwę, takie świadczenie, które uzależnione jest od spełnienia określonych pozytywnych przesłanek i niewystąpienia przesłanek negatywnych, sformułowanych w sposób konkretny i sprawdzalny<sup>1</sup>. Jeżeli pracownik spełnia owe warunki, to ma on prawo do świadczenia<sup>2</sup>. Tymczasem, gdy wypłata premii uzależniona jest od uruchomienia i szczegółowego ustalenia warunków premiowania przez pracodawcę, to do czasu ich podjęcia jest ona tzw. premią uznaniową<sup>3</sup>.

*Prima facie* mogłoby się wydawać, że zasugerowany w tytule problem związku sprawozdań finansowych z pracowniczym prawem do premii nie wstępuje. Do innej konkluzji prowadzą jednak wnioski, jakie między innymi można sformułować w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 4 lipca 2007 r.<sup>4</sup>, według której pracownik uprawniony, na podstawie zakładowego układu zbiorowego pracy i regulaminu premiowania, do premii z zysku nie ma roszczenia o wypłatę premii

<sup>1</sup> Wyrok SN z dnia 1 października 1984 r., I PRN 131/84, OSPIKA 1988/1/21.

<sup>2</sup> Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2005 r., I PK 146/04, LEX nr 390095.

<sup>3</sup> Wyrok z dnia 6 czerwca 2000 r., I PKN 705/99, OSNP z 2001, Nr 24, poz. 713.

<sup>4</sup> I PZP 5/07, OSNP z 2007 r., Nr 23–24, poz. 341.

za dany rok, jeżeli sprawozdanie finansowe pracodawcy za ten rok, wskutek utworzenia rezerwy na podstawie ustawy o rachunkowości, nie wykazało zysku. O ile treść samej uchwały nie budzi zastrzeżeń, o tyle warto zauważyć, że prawny problem, jaki został przedstawiony do rozstrzygnięcia przez pytający sąd był znacznie bardziej skomplikowany. Podstawowa kwestia sprowadzała się bowiem do tego, czy pracownik uprawniony, na podstawie zakładowego układu zbiorowego, do premii z zysku miał do niej prawo, jeżeli sprawozdanie finansowe pracodawcy za ten rok nie wykazywało zysku na skutek utworzenia rezerwy celowej rozwiązanej w następnym roku kalendarzowym, w związku z niewykorzystaniem jej w znacznej części. Wprawdzie mogłoby się wydawać, że doszło wyłącznie do rachunkowego „przesunięcia” przedmiotowej kwoty na kolejny rok, co powoduje, że będzie ona uwzględniana w prawie do zysku za ten rok, lecz sprawa nie jest z punktu widzenia uprawnień pracowniczych wcale taka oczywista. Trzeba bowiem uwzględnić, że wynik finansowy roku kolejnego, nawet uwzględniając rozwiązana kwotę rezerwy, będzie gorszy, co sprawi, że zysk do podziału nie wystąpi bądź też się zmniejszy. Możliwe jest również, że określone osoby utracą, wskutek rozwiązania stosunku pracy bądź innych zdarzeń, uprawnienie do premii za kolejny rok (taka sytuacja wystąpiła w stanie faktycznym powoływanej wyżej uchwały). W tym kontekście nie sposób nie odnieść wrażenia, że możliwość tworzenia rezerw, których wysokość bezpośrednio wpływa na wynik finansowy pracodawcy, ma znaczenie dla nabycia prawa do premii. Wydaje się więc, że ich tworzenie, jak i ustalanie wysokości, nie powinno następować wyłącznie według uznania pracodawcy, gdyż może stanowić niebezpieczny instrument w kształtowaniu omawianego uprawnienia.

Z prawnego punktu widzenia pojawia się pytanie, czy, a jeśli tak, to w jakich okolicznościach, pracodawca może zostać zobowiązany do wypłaty premii, względnie czy możliwe jest pociągnięcie go do odpowiedzialności, jeśli okazałoby się, że rezerwa została utworzona w nieuzasadniony sposób. Można byłoby się więc zastanawiać, czy domaganie się wypłaty premii nie powinno opierać się na założeniu, że utworzenie rezerwy było nieuzasadnione. Gdyby bowiem pracodawca we właściwy (prawidłowy) sposób oszacował wysokość rezerwy, to jej kwota byłaby niższa, przez co sprawozdanie finansowe wykazywałoby zysk, a pracodawca byłby zobowiązany do jego podziału i wypłaty premii.

Analizę przedstawionego zagadnienia należy rozpocząć od wyraźnego odróżnienia problematyki związanej z zasadnością roszczeń o wypłatę premii od kwestii skutków ewentualnej bezprawności działań pracodawcy z punktu widzenia uprawnień osób poszkodowanych takim działaniem. Jeśli chodzi o pierwsze z wymienionych zagadnień, to sąd w procesie decyzyjnego stosowania prawa może uwzględnić zgłaszane roszczenie, w przypadku gdy uzna, że stan faktyczny stanowiący podstawę sporu wypełnia przesłanki zakresu zastosowania normy prawnej będącej podstawą rozstrzygnięcia. W przypadku gdy mamy do czynienia z premią, uprawnienie owo z reguły zależy od: 1) przepracowania u pozwanego pracodawcy w danym roku określonego czasu oraz 2) wystąpienia za ten okres zysku. Jeżeli



zatem pracodawca za dany okres zysku nie wykazał, to prawo do premii – ze względu na niespełnienie przesłanek – nie powstaje. W tym kontekście może co najwyżej pojawiać się pytanie o dopuszczalność sądowej zmiany zatwierdzonego sprawozdania finansowego bądź też doprowadzenia do takiego stanu, w którym pozwany pracodawca byłby zobowiązany do jego weryfikacji. Odrębny problem dotyczy skutków ewentualnej bezprawności działań pracodawcy oraz roszczeń, jakie mogłyby przysługiwać pracownikom z tego tytułu.

Rozważanie możliwości weryfikacji zatwierdzonego sprawozdania finansowego nakazuje przede wszystkim odwołanie się do przepisów kodeksu spółek handlowych. W zasadzie kompetencja do orzekania w zakresie zmiany zatwierdzonego sprawozdania finansowego wynika w przypadku pozwanej wyłącznie z art. 422 § 1 k.s.h. Oznacza to, że uchwała o zatwierdzeniu sprawozdania finansowego może być zaskarżona w tym trybie. Ponieważ w większości sporów pracowniczych do zaskarżenia uchwały nie dochodzi, brak jest prawnych podstaw do zmiany sprawozdania finansowego. Warto zwrócić w tym miejscu uwagę, że kwestia niewykonania obowiązków przez zgromadzenie akcjonariuszy w zakresie dotyczącym podziału zysku z przeznaczeniem na premie była już przedmiotem rozstrzygnięć Sądu Najwyższego. W uchwale z dnia 24 czerwca 1998 r.<sup>5</sup> sąd stwierdził, że jeżeli w spółce akcyjnej obowiązuje regulamin wypłacania nagród z zysku, przewidujący, że z jego części jest tworzony fundusz nagród, to przeznaczenie zysku w całości na kapitał zapasowy nie pozbawia pracowników roszczeń o nagrody z zysku. Nie zmienia to faktu, że na podstawie przepisów kodeksu spółek handlowych niedopuszczalna jest weryfikacja sprawozdania finansowego w ramach postępowania przed sądem pracy.

Interesująco przedstawia się jednak problematyka zmiany sprawozdania finansowego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości<sup>6</sup>, co wydaje się, że miałyby istotne znaczenie dla ustalenia bezprawności działań pracodawcy niezasadnie tworzącego rezerwy, w przypadku uznania, że pracodawca nie dopełnił obowiązków wynikających z powoływanej ustawy. Problematyka ta została uregulowana w rozdziale 5 zatytułowanym „Sprawozdania finansowe jednostki”. Możliwości weryfikacji poświęcony został art. 54 omawianej ustawy, który składa się wprawdzie z trzech ustępów, lecz dotyczy dwóch sytuacji. W przypadku pierwszej – jednostka otrzymuje „informacje o zdarzeniach, które mają istotny wpływ na sprawozdanie finansowe”. W drugiej – jednostka „stwierdza popełnienie w poprzednich latach obrotowych błędu podstawowego”. Księgowe (rachunkowe) skutki otrzymania informacji o zdarzeniach mających istotny wpływ na sprawozdanie finansowe zostały zróżnicowane w zależności od chwili powzięcia o nich wiadomości. Jeżeli bowiem jednostka otrzymała przedmiotowe informacje

<sup>5</sup> III ZP 14/98, OSNP 1998/24/705, do orzeczenia została sporządzona aprobowana glosa przez I. Komarnickiego, PiZS 2000/10/3.

<sup>6</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2002 r. Nr 76, poz. 694 ze zm.

po sporządzeniu rocznego sprawozdania finansowego, a przed jego zatwierdzeniem, to powinna ona odpowiednio zmienić to sprawozdanie, dokonując jednocześnie odpowiednich zapisów w księgach rachunkowych roku obrotowego, którego sprawozdanie finansowe dotyczy, oraz powiadomić biegłego rewidenta, który sprawozdanie to bada lub zbadał (art. 54 ust. 1 ustawy). Z kolei, gdy jednostka otrzymuje informacje o istotnych zdarzeniach dopiero po zatwierdzeniu rocznego sprawozdania finansowego, to ich skutki ujmuje w księgach rachunkowych roku obrotowego, w którym informacje te otrzymała (art. 54 ust. 2 ustawy). Wynika z tego, że moment powzięcia wiedzy o informacjach istotnych ma zasadnicze znaczenie dla prawidłowego sporządzenia sprawozdania finansowego. O ile w pierwszym przypadku ustawodawca nakazuje zmienić sprawozdanie finansowe, o tyle w drugim uznaje, że należy je pozostawić bez zmian uwzględniając skutki owych zdarzeń w sprawozdaniu za rok, w którym informacje otrzymała. Jeśli przyjąć (o czym w dalszej części opracowania), że rozwiązanie rezerwy może być uznane za istotne zdarzenie w rozumieniu art. 54 ust. 1 i 2 ustawy o rachunkowości, to w zależności od tego, kiedy jednostka powzięła wiedzę o konieczności rozwiązaniu rezerwy, kwota wynikająca z rozwiązania powinna być ujęta w roku poprzednim albo badanym.

Niezależnie od tego ust. 3 art. 54 ustawy o rachunkowości stanowi, że jeżeli w danym roku obrotowym lub przed zatwierdzeniem sprawozdania finansowego za ten rok obrotowy jednostka stwierdziła popełnienie w poprzednich latach obrotowych błędu podstawowego, w następstwie którego nie można uznać sprawozdania finansowego za rok lub lata poprzednie za spełniające wymagania określone w art. 4 ust. 1, to kwotę korekty spowodowanej usunięciem tego błędu odnosi się na kapitał (fundusz) własny i wykazuje jako „zysk (strata) z lat ubiegłych”. Norma prawna wysłowiona w tym przepisie pozwala więc „pośrednio” na weryfikację każdego (już zatwierdzonego) sprawozdania finansowego w kolejnych latach. Wówczas nie zmienia się jednak zatwierdzonego sprawozdania, lecz wykazuje kwotę wynikającą z błędu w sprawozdaniu za rok, w którym błąd stwierdzono w odrębnej pozycji dotyczącej sprawozdań za lata poprzednie w pozycji zysk (strata) z lat ubiegłych. Ma to istotne znaczenie dla uprawnień pracowniczych z lat ubiegłych. W tym przypadku konieczne jest ustalenie, że utworzenie rezerwy można uznać za błąd podstawowy. Wówczas jednostka byłaby zobowiązana zbędną część rezerwy odnieść na kapitał (fundusz) własny i wykazać jako zysk za lata ubiegłe. Zysk ten musiałby więc zostać ponownie podzielony, co doprowadziłoby do wypłaty premii dla pracowników. W razie jej niewypłacenia, biorąc pod uwagę brak sądowej możliwości zmiany sprawozdania finansowego, należałoby jednak mówić wyłącznie o odpowiedzialności pracodawcy za naruszenie przedmiotowego obowiązku.

Z przeprowadzonych rozważań wynika zatem, że wykazanie zysku za rok, w którym została utworzona rezerwa, mogłoby *prima facie* nastąpić w dwóch przypadkach: 1) stwierdzenia popełnienia błędu podstawowego (art. 54 ust. 3) lub

2) wystąpienia zdarzenia mającego istotny wpływ na sprawozdanie, jeśli pozwana informację o nim powzięła przed zatwierdzeniem sprawozdania finansowego (art. 54 ust. 1 ustawy o rachunkowości).

Jeśli chodzi o koncepcję wykazania zysku w wyniku stwierdzenia błędu podstawowego, to należy ją rozważać w kontekście zasadności utworzenia rezerwy oraz oszacowania jej wysokości. Problematyczne jest bowiem nie tylko, czy w ogóle utworzyć rezerwę, ale i w jakiej wysokości. Zgodnie z legalną definicją rezerwa jest zobowiązaniem, którego termin wymagalności lub kwota nie są pewne (art. 3 ust. 1 pkt 21 ustawy o rachunkowości). Z kolei, według art. 35 ustawy o rachunkowości, obowiązek powstania rezerwy powstaje wyłącznie wówczas, gdy plany restrukturyzacji pozwalają w sposób wiarygodny oszacować wartość przyszłych zobowiązań. Konieczne jest zatem rozstrzygnięcie, czy zobowiązania z tytułu restrukturyzacji zostały właściwie oszacowane. Nie można bowiem *a priori* twierdzić, że utworzenie rezerwy w określonej wysokości jest błędem podstawowym pracodawcy, za który ponosi on odpowiedzialność. Może być tak, że na dzień bilansowy utworzenie rezerwy w przedmiotowej wysokości było zasadne, lecz po tym dniu wystąpiły okoliczności, które uzasadniały uznanie ją za zbędną.

Wprawdzie sformułowanie „gdy plany restrukturyzacji pozwalają wiarygodnie oszacować wartość przyszłych zobowiązań” jest wyrażeniem mającym normatywny charakter, lecz jednoznaczne określenie jego treści wymaga odwołania się do empirycznej wiedzy pozaprawnej z zakresu rachunkowości. Wymóg wiarygodnego szacowania rezerw wynika również z art. 28 ust. 1 pkt 9 ustawy o rachunkowości, który określa sposób wycenienia aktywów i pasywów. Zgodnie z tą regulacją rezerwy wycenia się w uzasadnionej, wiarygodnie oszacowanej wartości. W literaturze przedmiotu stwierdza się, że stosowanie tego instrumentu powinno uwzględniać wyrażoną w art. 7 ust. 1 omawianej ustawy zasadę ostrożności. Tworzenie rezerw nie powinno być zatem ani nadmierne ani nieuzasadnione<sup>7</sup>. Zasada ostrożnej wyceny przy sporządzaniu sprawozdania finansowego nie upoważnia do tworzenia ukrytych kapitałów rezerwowych lub nadmiernych rezerw, gdyż sprawozdanie finansowe mogłoby być niewiarygodne, a tym samym wprowadzać w błąd. Na wymóg tworzenia, jak i wiarygodności rezerwy, zwraca się również szczególną uwagę w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości (dalej jako MSR), w szczególności MSR 37. Wprawdzie nie są one obowiązującym prawem, lecz zgodnie z art. 10 ust. 3 omawianej ustawy, jednostki w sprawach nieuregulowanych przepisami ustawy, przyjmując zasady (politykę) rachunkowości, mogą stosować krajowe standardy rachunkowości wydane przez Komitet Standardów Rachunkowości, a w przypadku ich braku mogą stosować MSR. Zgodnie z pkt 13 MSR 37 rezerwy należy utworzyć, gdy: 1) na jednostce gospodarczej ciąży obecny obowiązek (prawny lub zwyczajowo oczekiwany) wynikający

<sup>7</sup> J. Stankiewicz, *Rezerwy w rachunkowości – wprowadzenie*, (w:) *Rezerwy, zobowiązania warunkowe i aktywa warunkowe*, (red.) S. Sojak, Warszawa 2007, s. 12.

ze zdarzeń przeszłych, 2) prawdopodobne jest, że wypełnienie obowiązku spowoduje konieczność wypływu środków zawierających w sobie korzyści ekonomiczne oraz 3) można dokonać wiarygodnego szacunku kwoty tego obowiązku. Co do wiarygodności szacunku stwierdza się w przedmiotowym standardzie, że używanie wartości szacunkowych jest niezbędną częścią sporządzania sprawozdań finansowych i nie podważa ich wiarygodności. Twierdzenie to jest prawdziwe w przypadku rezerw, które ze względu na swój charakter są obciążone większą niepewnością niż większość pozostałych pozycji bilansowych. Uznaje się zatem, że za wyjątkiem szczególnych przypadków jednostka jest jednak w stanie określić zakres możliwych rezultatów, a więc może dokonać szacunku obowiązku, który jest na tyle wiarygodny, aby można było go użyć w celu tworzenia rezerwy (pkt 25 MSR 37). Jeśli nie można jednak dokonać wiarygodnego szacunku, to nie ujmuje się powstałego zobowiązania w sprawozdaniu finansowym jako rezerwy, lecz ujawnia się je jako zobowiązanie warunkowe w ewidencji pozabilansowej, co nie wpływa na wynik finansowy.

Wiarygodne oszacowanie rezerw oznacza zatem takie ustalenie ich wartości, które – biorąc pod uwagę okoliczności istniejące w chwili oszacowania – pozwalają przyjąć, że w przypadku ich dalszego trwania rezerwa zostanie zużyta na cel, na który została utworzona. Chodzi zatem o wiarygodną prognozę co do przyszłych wydatków, mających źródło w zdarzeniach roku obrotowego, w którym rezerwa jest tworzona. Wniosek ten potwierdza regulacja zawarta w pkt 32 MSR 8, w którym stwierdza się, że proces szacowania wymaga dokonania własnego osądu na podstawie dostępnych, wiarygodnych informacji. W tym świetle zauważyć jednak należy, że zmiana warunków będących podstawą szacowania rezerwy może po dniu bilansowym ulec zmianie. Z punktu widzenia ustawy o rachunkowości zmiany szacunków kwalifikuje się przede wszystkim zgodnie z art. 35d ust. 4 ustawy o rachunkowości, stanowiącym, że niewykorzystane rezerwy, wobec zmniejszenia lub ustania ryzyka uzasadniającego ich utworzenie, zwiększają na dzień, na który okazały się zbędne, odpowiednio pozostałe przychody operacyjne, przychody finansowe lub zyski nadzwyczajne. Wynikałoby więc z tego, że ustawodawca co do zasady uznaje, że zmiany szacunków ujmuje się w roku obrotowym, w którym się ich dokonuje. W okolicznościach przedmiotowej sprawy, na podstawie powoływanej regulacji, należałoby zatem ująć rozwiązana część rezerwy w 2003 r., a nie w 2002 r. Takie rozwiązanie jest co do zasady zgodne również z MSR Nr 8, w którym odrębny rozdział poświęcono problematyce zmiany wartości szacunkowych. W jego pkt 32 stwierdza się, że ze względu na niepewność towarzyszącą działalności przedsiębiorstw wiele pozycji nie można precyzyjnie wycenić, a jedynie oszacować. Dana wartość szacunkowa może zostać jednak zweryfikowana, jeśli zmieniają się okoliczności będące podstawą dokonywanych szacunków lub w wyniku pozyskiwania nowych informacji czy zdobycia większego doświadczenia (pkt 32 MSR 8). W takim przypadku ujęta zmiana wartości szacunkowych koryguje wartości bilansowe odpowiednich aktywów, zobowiązań,

lub pozycji kapitału własnego w okresie, w którym dokonano zmiany, w stopniu w jakim zmiana ta ma wpływ na wartość tych aktywów, zobowiązań lub pozycji w kapitale własnym (pkt 37). Zmiana wartości szacunkowych może wpływać, podobnie jak wynika z ustawy o rachunkowości, na bieżący rachunek zysków i strat (pkt 38).

W świetle przeprowadzonych rozważań należy zatem stwierdzić, że zmiany szacunkowe utworzonych rezerw nie mogą być zasadniczo kwalifikowane jako błędy podstawowe. Taki pogląd należy uznać w literaturze przedmiotu za dominujący<sup>8</sup>. Potwierdza to również MSR 8 w pkt 26 i 27. Warto jednak zauważyć, że w jego pkt 41 MSR 8 stwierdza się jednak, że sprawozdanie uważa się za niezgodne z wymogami, jeśli zawiera istotne błędy bądź błędy nieistotne, które zostały celowo popełnione, aby zaprezentować konkretną sytuację finansową, wynik finansowy lub przepływy środków pieniężnych w sposób z góry zamierzony (pkt 41). Praktyka gospodarcza wykazuje zaś, że rezerwy stanowią pozycję sprawozdania finansowego, która jest najczęściej wykorzystywana do manipulowania obrazem sytuacji majątkowej i finansowej firmy. Niewłaściwe stosowanie zasady ostrożności prowadzi do tworzenia nadmiernych rezerw<sup>9</sup>.

Celowe utworzenie rezerwy służące zniekształceniu wyniku finansowego mogłoby być zatem uznane za błąd. Tezy tej dowodzą również wnioski wynikające z językowego znaczenia art. 54 ust. 3 ustawy o rachunkowości. Mowa w nim jest bowiem o „błędzie, w następstwie którego nie można uznać sprawozdania finansowego za rok lub lata poprzednie za spełniające wymagania określone w art. 4 ust. 1 ustawy”, a zatem rzetelnie i jasno przedstawiające sytuację majątkową i finansową oraz wynik finansowy. Konieczne byłoby więc zbadanie, czy ustalenie wysokości rezerwy odbyło się prawidłowo, czy też od samego początku zmierzało do zniekształcenia wyniku finansowego, a zatem do nierzetelnego i niejasnego przedstawienia sytuacji majątkowej i finansowej oraz wyniku firmy.

Niezależnie od tego można również rozważać, czy powzięcie wiadomości o zbędności rezerwy uzasadniało zmianę sprawozdania finansowego w trybie art. 54 ust. 1 ustawy o rachunkowości. Podstawowy problem dotyczy w tym przypadku relacji art. 54 ust. 1 ustawy do jej art. 35d ust. 4. Chodzi bowiem o to, że zgodnie z art. 35d ust. 4 ustawy niewykorzystane rezerwy, wobec zmniejszenia lub ustania ryzyka uzasadniającego ich utworzenie, zwiększają na dzień, na który okazały się zbędne, odpowiednio pozostałe przychody operacyjne, przychody finansowe lub zyski nadzwyczajne. Z kolei gdyby uznać, że powzięcie wiadomości o zbędności rezerwy może zostać zakwalifikowane jako istotne zdarzenie w rozumieniu art. 54 ust. 1 ustawy o rachunkowości, o którym pozwana wiedziała przed

<sup>8</sup> J. Adamczyk, M. Bugajny, *Błąd podstawowy*, „Rachunkowość” 2002, nr 10, s. 3.

<sup>9</sup> L. Poniatowska, *Rezerwy jako kategoria zobowiązań*, „Zeszyty Teoretyczne Rachunkowości” 2004, t. 24, nr 77, s. 167.

zatwierdzeniem sprawozdania finansowego, to konieczna byłaby jego zmiana. Wydaje się, że norma wyrażona w art. 54 ust. 1 ustawy ma charakter szczególny w stosunku do normy wysłowionej w art. 35d ustawy. O ile bowiem ostatnia z wymienionych regulacji ustanawia regułę odnoszącą się do rezerw, wskazując na zasadę związaną z szacowaniem wartości pasywów (dowodzi temu wyraźnie tytuł rozdziału ustawy, w którym została ona zamieszczona „Wycena aktywów i pasywów oraz ustalenie wyniku finansowego”), o tyle druga ustanawia wyjątek związany z możliwością zmiany niezatwierdzonego sprawozdania finansowego. Stąd też posłużono się w nim ogólnym terminem „zdarzeń, mających istotny wpływ na sprawozdanie finansowe”, co nakazuje ustalenie, czy powzięcie wiedzy o zbędności rezerwy uzasadniające jej rozwiązanie było, jako zdarzenie księgowo, istotne z punktu widzenia określonego sprawozdania. Wprawdzie w ustawie o rachunkowości i innych aktach prawnych z tej dziedziny pojęcie „istotności” pojawia się wielokrotnie, lecz brak jego legalnej definicji. Pomocne dla określenia jego normatywnej treści mogą być tzw. normy biegłych rewidentów w zakresie, w jakim odnoszą się one do progów istotności, które należy ustalić w trakcie badania. Normy te wydane są w oparciu o upoważnienie zawarte w art. 20 ust. 2 ustawy z dnia 13 października 1994 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie<sup>10</sup>. Szczególne znaczenie posiada w tym przypadku powoływana już wyżej norma nr 1 dotycząca zawodu wykonywania biegłego rewidenta<sup>11</sup>. Zgodnie z jej pkt 34 „w zakres planowania badania wchodzi ustalenie istotności, określającej granice, do których ujawnione uchybienia mogą bez szkody dla jakości sprawozdania finansowego i prawidłowości stanowiących podstawę jego sporządzenia ksiąg rachunkowych nie być korygowane, gdyż zaniechanie takich korekt nie spowoduje wprowadzenia w błąd czytelnika sprawozdania finansowego lub rażącego naruszenia postanowień ustawy o rachunkowości. Istotność może wyrażać zarówno cechy ilościowe badanych wielkości, mierzone np. relacją do sumy bilansowej, sumy przychodów, kapitału własnego i odnosić się do sprawozdania finansowego jako całości bądź jego poszczególnych pozycji lub ich grup, jak i określone cechy jakościowe, np. dowodów i zapisów księgowych, przestrzegania obowiązujących jednostkę norm ostrożnościowych. Celowe jest nie tylko określanie istotności dla sprawozdania finansowego jako całości, ale i dla poszczególnych sald, grup operacji gospodarczych i innych ujawnionych informacji, ze względu na ich cechy i znaczenie, przepisy prawa itp. poziom ich istotności może być zróżnicowany. Ustalenie istotności ułatwia dobór właściwych w danych okolicznościach rodzajów, zakresu i terminów badania, bowiem istotność jest odwrotnie proporcjonalna do poziomu ryzyka badania oraz ocenę wagi ujawnionych w rezultacie badania uchybień i ich wpływu na sprawozdanie finansowe rozpatrywane jako całość”.

<sup>10</sup> Tekst jedn.: Dz.U. z 2001 r. Nr 31, poz. 359 ze zm.

<sup>11</sup> [http://www.kibr.webserwer.pl/\\_doc/normy/jednol\\_norma\\_nr1.doc](http://www.kibr.webserwer.pl/_doc/normy/jednol_norma_nr1.doc)

W tym świetle uprawnione wydaje się twierdzenie, że powzięcie wiadomości o zbędności rezerwy uzasadniającej jej rozwiązanie mogłoby, w zależności od konkretnych okoliczności, uzasadniać uznanie za zdarzenie mające istotny wpływ na sprawozdanie finansowe, przy czym dopiero ustalenie, że jednostka powzięła o nim wiadomość przed zatwierdzeniem sprawozdania aktualizowałoby obowiązek zmiany sprawozdania. Co więcej, zgodnie z pkt 47 Normy nr 1, biegły badający sprawozdanie powinien przed sporządzeniem raportu i opinii upewnić się, że w badanym sprawozdaniu finansowym uwzględniono skutki wszystkich istotnych zdarzeń, które nastąpiły w okresie między datą, na którą jednostka sporządziła sprawozdanie finansowe (dzień bilansowy), a dniem zakończenia badania, tj. dniem wyrażenia opinii. Biegły rewident powinien na tę okoliczność uzyskać stosowne dowody badania potwierdzające, że wszystkie istotne zdarzenia, jakie nastąpiły po dniu bilansowym, zostały rozpoznane, a ich skutki ujęto w sprawozdaniu finansowym lub – o ile zachodzi taka potrzeba – ujawniono w dodatkowych informacjach i objaśnieniach.

Warto zauważyć, że potwierdzenie istnienia błędu bądź istotnego zdarzenia nie uzasadnia wypłaty premii, gdyż pozwala jedynie na stwierdzenie, że gdyby pozwana spółka wykonała obowiązki wynikające z powoływanych regulacji, to zysk by wystąpił. Ich niewykonanie przesądza więc jedynie o naruszeniu powoływanych przepisów i nakazuje rozważenie odpowiedzialności pracodawcy z tego tytułu. Na tej podstawie nie jest zatem dopuszczalne formułowanie roszczeń o wypłatę premii.

Trzeba również zauważyć, że norma prawna wyrażona w art. 54 ust. 1 ustawy o rachunkowości nakazuje zmianę sprawozdania pod warunkiem, że sprawozdanie nie zostało zatwierdzone. Ponieważ większość sporów pracowniczych dotyczy sytuacji, w której sprawozdanie zostało już zatwierdzone, to zastosowanie będzie znajdował wyłącznie art. 54 ust. 2 ustawy o rachunkowości. Powzięcie wiadomości o istotnym zdarzeniu, po dacie zatwierdzenia, uzasadnia zatem wyłącznie ujęcie jego skutków w księgach rachunkowych roku obrotowego, w którym informacje te otrzymała. Stwierdzenie naruszenia powyższej regulacji ma zatem znaczenie wyłącznie dla oceny bezprawności działań pozwanej spółki oraz ich skutków w zakresie dotyczącym uprawnień pracowników. Co się tyczy zaś art. 54 ust. 3 ustawy o rachunkowości, to wyraża on obowiązek wykazania błędu podstawowego w każdym czasie po stwierdzeniu sprawozdania finansowego. Norma prawna zrekonstruowana na podstawie tej regulacji nie nakazuje jednak jego zmiany, ale zobowiązuje do wykazania błędu w sprawozdaniu za rok, w którym błąd stwierdzono, w pozycji zysk (strata) z lat ubiegłych.

W tym świetle wydaje się, że ustalenie istnienia błędu podstawowego lub powzięcia wiadomości o istotnym zdarzeniu uzasadniałoby rozważanie odpowiedzialności pozwanej za niewykonanie obowiązków, o których mowa w powoływanych przepisach. Niezależnie od tego możliwe byłoby skorzystanie z karnego reżimu odpowiedzialności; stwierdzenie naruszenia art. 54 ust. 1 ustawy o ra-

chunkowości pozwala na przyjęcie, że sporządzenie sprawozdania finansowego nastąpiło niezgodnie z przepisami ustawy o rachunkowości oraz że w sprawozdaniu zawarto nierzetelne dane (por. art. 77 pkt 2 ustawy o rachunkowości). Przesunięcie ciężaru rozważań na odpowiedzialność pozwanej z tytułu niepodjęcia działań, do których była ona zobowiązana na podstawie określonych regulacji, znajduje oparcie w dotychczasowym orzecznictwie Sądu Najwyższego. W uchwale z dnia 21 lutego 1997 r.<sup>12</sup>, dotyczącej uprawnień pracowników w przypadku niespełnienia obowiązku utworzenia funduszu premiowego na podstawie § 14 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 18 kwietnia 1995 r. w sprawie zasad wynagradzania pracowników państwowych<sup>13</sup>, Sąd stwierdził, że naruszenie tego obowiązku może uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą pracodawcy na podstawie art. 300 k.p. w zw. z art. 471 k.c. Podobnie można było przyjąć, że naruszenie obowiązku zmiany sprawozdania finansowego (art. 54 ust. 1 i 2 ustawy) lub niewykonanie obowiązku polegającego na ujęciu stwierdzonego błędu w pozycji zysk z lat ubiegłych (art. 54 ust. 3 ustawy), prowadzące do niewykazania zysku i nieutworzenia funduszu premii, mogłoby uzasadniać odszkodowawczą odpowiedzialność pracodawcy. Przyjęcie takiego rozwiązania nie pozbawia pracowników ochrony z powodu bezprawności zachowania pracodawcy, uwzględniając jednocześnie brak możliwości sądowej zmiany sprawozdania finansowego.

## STRESZCZENIE

„Przedmiotem opracowania jest przedstawienie problematyki związanej z możliwością swobodnego tworzenia rezerw przez pracodawcę, co skutkuje zmianą wyniku finansowego, a w konsekwencji rozstrzyga o pracowniczym prawie do premii w sytuacji, gdy zostało ono, zgodnie z autonomicznymi źródłami prawa pracy, uzależnione od wystąpienia zysku. W artykule poddano analizie regulacje ustawy o rachunkowości oraz międzynarodowe standardy rachunkowości w zakresie, w jakim określają one granice swobody kształtowania sprawozdania finansowego i jego wyniku. Jednocześnie podjęto próbę odpowiedzi na pytanie, w jakiej relacji pozostaje przedmiotowe uprawnienie względem prawa do premii.”

## SUMMARY

„The work aims at showing a problem connected with the ability of free creation of reserves by an employer which produces a change of a financial results and, in consequence, decides about the employees' entitlement to bonuses in case when it was,

<sup>12</sup> III ZP 3/97, OSNP z 1997 r. Nr 19, poz. 372

<sup>13</sup> Dz.U. Nr 43, poz. 223



in accordance with the autonomous sources of employment law, made dependent on the existence of profits. The article analyzes the provisions of the Act on accounting and international standards for accountancy in the scope in which they specify the limits of freedom in the development of financial reports and their results. At the same time, there was an attempt to answer a question about the relationship between the substantial right and the entitlement to bonuses.”

JACEK ZALEŚNY



## POSTĘPOWANIE SPRAWDZAJĄCE W ZAKRESIE DOSTĘPU DO INFORMACJI NIEJAWNYCH

Pierwszorzędnym zagadnieniem z zakresu ochrony informacji niejawnych jest ustalenie, czy osoba, która występuje o poświadczenie bezpieczeństwa uprawniającego do dostępu do informacji niejawnych, daje rękojmię zachowania tajemnicy, a tylko takim osobom mogą być udostępniane przedmiotowe informacje i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nie pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo innej zleconej pracy (zasada „wiedzy koniecznej” – *need to know*)<sup>1</sup>. Rękojmią tą jest podstawą wydania danej osobie poświadczenia bezpieczeństwa osobistego<sup>2</sup>. Dochodzi do niego wskutek pozytywnego zakończenia postępowania sprawdzającego<sup>3</sup>. Jest ono złożone z następujących po sobie i wzajemnie powiązanych czynności i zdarzeń procesowych.

### Wszczęcie postępowania sprawdzającego

Postępowanie sprawdzające jest wszczynane na pisemny wniosek osoby upoważnionej do obsady stanowiska lub zlecenia prac (wobec posła i senatora, którego obowiązki poselskie bądź senatorskie wymagają dostępu do informacji niejawnych oznaczonych klauzulą „ściśle tajne” – odpowiednio Marszałka Sejmu

<sup>1</sup> T.R. Aleksandrowicz, *Komentarz do ustawy o dostępie do informacji publicznej*, Warszawa 2004, s. 112; E. Jarzęcka-Siwik, *Nowy system ochrony tajemnicy państwowej i służbowej (Wybrane zagadnienia)*, „Kontrola Państwowa” 1999, nr 6, s. 38; B. Kurzępa, *Ochrona informacji niejawnych*, „Przegląd Sądowy” 1999, nr 10, s. 20; P. Thiem, *Ochrona informacji niejawnych. Materiały do szkolenia pracowników*, Gdańsk 2003, s. 112.

<sup>2</sup> P. Thiem, *Instrukcja postępowania z materiałami niejawnymi z komentarzem*, Gdańsk 2006, s. 37.

<sup>3</sup> Co do istoty, przebieg postępowania sprawdzającego prawodawca reguluje w przepisach ustawy o ochronie informacji niejawnych z 22 stycznia 1999 r. (tekst jednolity z 22 września 2005 r., Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 z późn. zm.); S. Hoc, *Ochrona informacji niejawnych (wybrane problemy)*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1999, nr 3–4, s. 14; B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji i wymiarowi sprawiedliwości. Rozdział XXX i XXXIII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 422; B. Kurzępa, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 20.

albo Marszałka Senatu) i za pisemną zgodą osoby sprawdzanej<sup>4</sup>. Wymaga przy tym pisemnej zgody osoby, której ma dotyczyć.

Co do zasady, w zakresie informacji objętych klauzulami „ściśle tajne” i „tajne” organem właściwym do jego przeprowadzenia jest Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego. Natomiast postępowanie realizuje Służba Kontrwywiadu Wojskowego, gdy osoba ubiega się o zatrudnienie lub zlecenie prac związanych z obronnością państwa: 1) u przedsiębiorców, w jednostkach naukowych lub badawczo-rozwojowych, których organem założycielskim jest Minister Obrony Narodowej, a także w innych jednostkach organizacyjnych, w zakresie, w jakim realizują one produkcję lub usługi, stanowiące tajemnicę państwową ze względu na obronność państwa i na potrzeby Sił Zbrojnych; 2) u przedsiębiorców zajmujących się obrotem wyrobami, technologiami i licencjami objętymi tajemnicą państwową ze względu na obronność państwa, jeżeli uczestnikiem tego obrotu są Siły Zbrojne lub jednostki organizacyjne podległe Ministrowi Obrony Narodowej; 3) w wojskowych organach ochrony prawa i wojskowych organach porządkowych. Służba Kontrwywiadu Wojskowego przeprowadza także postępowanie sprawdzające wobec żołnierzy pozostających w służbie wojskowej i pracowników wojska.

## Samodzielne postępowanie sprawdzające

Samodzielne postępowania sprawdzające wobec osób ubiegających się o przyjęcie do danej służby lub pracy (pełniących służbę lub zatrudnionych) przeprowadza się w Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, Służbie Wywiadu Wojskowego, Centralnym Biurze Antykorupcyjnym, Policji, Żandarmerii Wojskowej, Straży Granicznej i Służbie Więziennej. Jest ono częścią postępowania kwalifikacyjnego, poprzedzającego przyjęcie do pracy i z tego też powodu jest prowadzone z urzędu.

---

<sup>4</sup> Postępowania sprawdzającego nie przeprowadza się wobec osób sprawujących urzędy/zajmujących stanowiska: Prezydenta RP, Marszałka Sejmu, Marszałka Senatu, Prezesa Rady Ministrów, członka Rady Ministrów, Pierwszego Prezesa Sądu Najwyższego, Prezesa Naczelnego Sądu Administracyjnego, Prezesa Trybunału Konstytucyjnego, Prezesa Narodowego Banku Polskiego, Prezesa Najwyższej Izby Kontroli, Rzecznika Praw Obywatelskich, Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych, członków Rady Polityki Pieniężnej, członków Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji, Prezesa Instytutu Pamięci Narodowej – Komitetu Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Szefów Kancelarii: Prezydenta RP, Sejmu, Senatu i Prezesa Rady Ministrów, posłów i senatorów (z zastrzeżeniem tych, których obowiązki parlamentarne wymagają dostępu do informacji objętych klauzulą „ściśle tajne”), sędziów i asesorów sądowych oraz prokuratorów i asesorów prokuratorskich.

## Sposób prowadzenia postępowania sprawdzającego

Realizując postępowanie sprawdzające, służby ochrony państwa oraz pełnomocnik ochrony – podobnie jak każdy inny organ administracji publicznej – zobowiązani są kierować się zasadami bezstronności i obiektywizmu, wykazać najwyższą staranność co do jego zgodności z przepisami prawa. Efektem procedowania ma być ustalenie prawdy materialnej o osobie poddawanej procedurze sprawdzającej. Wszystkie czynności przeprowadzane w toku postępowania sprawdzającego muszą zostać czytelnie udokumentowane. Co do zasady, powinny one znaleźć potwierdzenie w aktach sprawy, tj. w formie pisanej. Jedynie ważny interes stron, gdy nie kłóci się to z przepisami prawa, pozwala odstąpić od powyższej reguły postępowania. Przyjęcie zasady pisemności umożliwi realizację kontroli postępowania sprawdzającego tak w toku administracyjnym, jak i w postępowaniu sądowym<sup>5</sup>.

Postępowanie sprawdzające ma być zrealizowane nie tylko rzetelnie, ale także w ustawowo określonym (w sposób instrukcyjny) terminie. Zwykle postępowanie sprawdzające powinno być zakończone w ciągu 2 miesięcy od daty pisemnego polecenia jego przeprowadzenia lub złożenia wniosku o jego przeprowadzenie wraz z wypełnioną ankietą. Postępowanie poszerzone powinno być przeprowadzone w ciągu 2 miesięcy od daty złożenia wniosku (wraz z wypełnioną ankietą) o jego przeprowadzenie. Natomiast postępowanie specjalne powinno zostać zakończone w ciągu 3 miesięcy od daty złożenia wniosku (wraz z wypełnioną ankietą) o jego przeprowadzenie. Ze względu na niedookreśloność zdarzeń, jakie mogą wystąpić w trakcie postępowania, konieczność wykonania dodatkowych czynności, powyższe terminy mają charakter instrukcyjny.

## Przedmiot postępowania sprawdzającego

Postępowanie sprawdzające ma na celu ustalenie, czy osoba sprawdzana daje rękojmię zachowania tajemnicy, tj. czy gwarantuje ochronę informacji przed ich nieuprawnionym ujawnieniem<sup>6</sup>. W jego toku ustala się, czy istnieją wątpliwości dotyczące: 1) uczestnictwa, współpracy lub popierania przez osobę sprawdzaną działalności szpiegowskiej, terrorystycznej, sabotażowej albo innej wymierzonej przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej; 2) ukrywania lub świadomego niezgodnego z prawdą podawania przez osobę sprawdzaną w postępowaniu sprawdzającym informacji mających znaczenie dla ochrony informacji niejawnych, a także występowania związanych z tą osobą okoliczności powodujących ryzyko ich podatności

<sup>5</sup> T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 191.

<sup>6</sup> S. Hoc, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 15; T. Szewc, *Informacje niejawne*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 1–2, s. 47.

na szantaż lub wywieranie presji; 3) przestrzegania porządku konstytucyjnego Rzeczypospolitej Polskiej, a przede wszystkim, czy osoba sprawdzana uczestniczyła lub uczestniczy, współpracowała lub współpracuje z partiami politycznymi albo innymi organizacjami, których istnienie jest w Polsce zakazane (odwołujące się w swych programach do totalitarnych metod i praktyk działania narodowego socjalizmu, faszyzmu i komunizmu, te których program lub działalność zakłada lub dopuszcza nienawiść rasową i narodowościową, stosowanie w celu zdobycia władzy lub wpływu na politykę państwa albo przewiduje utajnienie struktur lub członkostwa); 4) zagrożenia osoby sprawdzanej ze strony obcych służb specjalnych w postaci prób werbunku lub nawiązania z nią kontaktu, a zwłaszcza obawy o wywieranie w tym celu presji; 5) właściwego postępowania z informacjami niejawnymi.

W toku postępowania sprawdzającego, właściwego dla uzyskania dostępu do informacji objętych klauzulą „ściśle tajne” i „tajne”, ponadto ustala się, czy istnieją wątpliwości: 1) związane z wyraźną różnicą między poziomem życia osoby sprawdzanej a uzyskiwanymi przez nią dochodami; 2) związane z ewentualnymi informacjami o chorobie psychicznej lub innych zakłóceniach czynności psychicznych ograniczających sprawność umysłową i mogących negatywnie wpłynąć na zdolność osoby sprawdzanej do zajmowania stanowiska albo wykonywania prac związanych z dostępem do informacji niejawnych stanowiących tajemnicę państwową; 3) związane z uzależnieniem od alkoholu lub narkotyków.

Wylimitowanie wątpliwości co do zachowań osoby badanej umożliwia wydanie jej poświadczenia bezpieczeństwa. W razie niedających się usunąć wątpliwości, interes ochrony informacji niejawnych ma pierwszeństwo przed innymi prawnie chronionymi interesami<sup>7</sup>. Tym samym osoba badana nie otrzyma poświadczenia bezpieczeństwa.

## Rodzaje postępowania sprawdzającego

**W** zależności od stanowiska lub zleconej pracy, o które ubiega się osoba, przeprowadza się postępowanie sprawdzające: 1) zwykłe – przy stanowiskach i pracach związanych z dostępem do informacji składających się na tajemnicę służbową; 2) poszerzone – przy stanowiskach i pracach związanych z dostępem do informacji oznaczonych klauzulą „tajne”; 3) specjalne – przy stanowiskach i pracach związanych z dostępem do informacji oznaczonych klauzulą „ściśle tajne”. Zachodzące między nimi różnice dotyczą zakresu wyjaśnianych wątpliwości i zakresu czynności podejmowanych w celu ustalenia, czy osoba badana daje rękojmię zachowania tajemnicy.

<sup>7</sup> M. Polok, *Ochrona tajemnicy państwowej i tajemnicy służbowej w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2006, s. 94.

Postępowanie sprawdzające kończy się wydaniem poświadczenia bezpieczeństwa albo odmową wydania poświadczenia, albo cofnięciem poświadczenia bezpieczeństwa, albo umorzeniem postępowania sprawdzającego.

Poświadczenie bezpieczeństwa wydaje się na czas określony. Jego upływ uprawnia osobę badaną do dostępu do informacji oznaczonych niższą klauzulą tajności, przez okres właściwy dla poświadczenia wydanego dla danej klauzuli. Poświadczenie bezpieczeństwa wydaje się na okres: 1) 10 lat w przypadku dostępu do informacji oznaczonych klauzulą „zastrzeżone” lub „poufne”; 2) 7 lat w przypadku dostępu do informacji oznaczonych klauzulą „tajne”; 3) 5 lat w przypadku dostępu do informacji oznaczonych klauzulą „ściśle tajne”.

Postępowanie sprawdzające może ulec umorzeniu. Dzieje się tak w przypadku: 1) śmierci osoby sprawdzanej; 2) rezygnacji osoby sprawdzanej z ubiegania się albo zajmowania stanowiska lub wykonywania pracy, łączących się z dostępem do informacji niejawnych; 3) odstąpienia przez kierownika jednostki organizacyjnej od zamiaru obsadzenia osoby sprawdzanej na stanowisku lub zlecenia jej prac związanych z dostępem do informacji niejawnych<sup>8</sup>, lub gdy z innych powodów postępowanie sprawdzające byłoby bezprzedmiotowe (np. brak zgody osoby sprawdzanej; postępowanie zostało wszczęte przed upływem roku w stosunku do osoby, wobec której wydano decyzję o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa bądź decyzję o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa, czy też brak jest nowych faktów dotyczących osoby, której wydano poświadczenie bezpieczeństwa).

Dopuszczalne jest zawieszenie postępowania sprawdzającego. Polega ono na tym, że samo postępowanie jest w toku, ale zarazem nie są wykonywane czynności w sprawie oraz nie biegną terminy załatwienia sprawy. Zawieszenie postępowania ma miejsce wtedy, gdy zaszła przeszkoda do jego prowadzenia typu: 1) długotrwała choroba osoby badanej, uniemożliwiająca skuteczne przeprowadzenie postępowania sprawdzającego; 2) wyjazd za granicę osoby sprawdzanej na okres przekraczający 30 dni; 3) wszczęcie przeciwko osobie sprawdzanej postępowania karnego w sprawie o przestępstwo lub przestępstwo skarbowe, umyślne, ścigane z oskarżenia publicznego.

## Zwykłe postępowanie sprawdzające

Co do zasady, zwykłe postępowanie sprawdzające przeprowadza pełnomocnik ochrony na pisemne polecenie kierownika jednostki organizacyjnej. Wyjątkiem od powyższej zasady jest przeprowadzanie przez służby ochrony państwa zwykłego postępowania sprawdzającego wobec kandydatów na pełnomocników ochrony i pełnomocników ochrony w jednostkach organizacyjnych oraz gdy

<sup>8</sup> M. Witkowski, D. Jęda, *Ochrona informacji niejawnych. Nowe rozwiązania*, Warszawa 2007, s. 45.

obowiązek taki wynika z umowy międzynarodowej zawartej przez Rzeczpospolitą Polską. Również na zasadzie wyjątku, zwykle postępowanie sprawdzające wobec pracowników przedsiębiorcy, jednostki naukowej lub jednostki badawczo-rozwojowej przeprowadza pełnomocnik ochrony jednostki organizacyjnej zawierającej umowę lub zlecającej zadanie.

Zwykle postępowanie sprawdzające obejmuje: 1) sprawdzenie w ewidencjach, rejestrach i kartotekach, a w szczególności w Krajowym Rejestrze Karnym oraz w Centralnym Zarządzie Służby Więziennej danych zawartych w wypełnionej przez sprawdzanego ankiecie bezpieczeństwa osobowego; 2) sprawdzenie, na pisemny wniosek pełnomocnika ochrony, przez odpowiednie służby ochrony państwa, w ewidencjach i kartotekach niedostępnych powszechnie, zawartych w ankiecie danych dotyczących osoby kandydującej lub zajmującej stanowisko związane z dostępem do informacji niejawnych, oznaczonych klauzulą „poufne”; 3) rozmowę ze sprawdzanym, jeżeli jest to konieczne na podstawie uzyskanych informacji; 4) sprawdzenie akt stanu cywilnego dotyczących sprawdzanego.

### **Poszerzone postępowanie sprawdzające**

**W** postępowaniu poszerzonym, oprócz czynności wykonywanych w postępowaniu zwykłym, dochodzi także do przeprowadzenia wywiadu w miejscu zamieszkania sprawdzanego, jeżeli jest to konieczne w celu potwierdzenia danych zawartych w ankiecie bezpieczeństwa osobowego oraz do rozmowy z przełożonymi sprawdzanego oraz z innymi osobami, jeżeli jest to konieczne na podstawie uzyskanych informacji o osobie sprawdzanej. W uzasadnionych przypadkach ma miejsce sprawdzenie stanu i obrotów na rachunku bankowym oraz zadłużenia sprawdzanego.

### **Specjalne postępowanie sprawdzające**

**P**ostępowaniem najbardziej złożonym jest postępowanie specjalne. Oprócz czynności wykonywanych w postępowaniach zwykłym i poszerzonym (w tym – obligatoryjnie rozmowa z osobą sprawdzaną) obejmuje także rozmowę z trzema osobami wskazanymi przez sprawdzanego w celu potwierdzenia tożsamości tej osoby oraz innych informacji o sprawdzanym.

W ramach postępowania poszerzonego i specjalnego osoba sprawdzana może osobiście ustosunkować się do okoliczności faktycznych rodzących wątpliwości, czy daje rękojmię zachowania tajemnicy. Na przeprowadzane wystąpienie może stawić się ze swoim pełnomocnikiem (w rozumieniu przepisów prawa cywilnego, a nie pełnomocnik ochrony informacji niejawnych). Od wysłuchania odstępuje się jedynie wówczas, jeżeli jego przeprowadzenie mogłoby spowodować naruszenie

zasad ochrony informacji niejawnych składających się na tajemnicę państwową<sup>9</sup>. Tym samym realizuje się zasadę dostępu do informacji niejawnych, że ich ochrona ma pierwszeństwo przed innymi prawnie chronionymi interesami.

## Odmowa wydania poświadczenia bezpieczeństwa

W wyniku przeprowadzonego postępowania odmawia się wydania poświadczenia bezpieczeństwa, jeżeli ustalono, że osoba sprawdzana świadomie podała w ankiecie bezpieczeństwa nieprawdziwe lub niepełne dane lub gdy nie daje rękojmi zachowania tajemnicy.

Odmowa wydania poświadczenia bezpieczeństwa nie jest wiążąca dla osoby upoważnionej do obsady stanowiska, z którym wiąże się dostęp do informacji niejawnych składających się na tajemnicę służbową. Gdy doszło do obsadzenia stanowiska lub zlecenia pracy, z którymi wiąże się dostęp do informacji oznaczonych klauzulą „poufne”, wówczas osoba upoważniona do obsady stanowiska informuje o tym niezwłocznie właściwą służbę ochrony państwa<sup>10</sup>. Nie ma zaś takiego obowiązku, gdy chodzi o dostęp do informacji oznaczonych klauzulą „zastrzeżone”. Zarazem jednak zobowiązana jest, niezwłocznie po otrzymaniu zawiadomienia o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa, uniemożliwić danej osobie dostęp do informacji niejawnych<sup>11</sup>.

Wobec osoby, która nie uzyskała poświadczenia bezpieczeństwa (której cofnięto poświadczenie bezpieczeństwa), nowe postępowanie sprawdzające można przeprowadzić najwcześniej po upływie roku od daty odmowy wydania (cofnięcia) poświadczenia bezpieczeństwa. Jest to czas przewidziany na zmianę postępowania osoby sprawdzanej oraz na jego utrwalenie. W kolejnym postępowaniu bada się głównie zmianę okoliczności leżących u podstaw odmowy wydania lub cofnięcia poświadczenia bezpieczeństwa<sup>12</sup>.

## Kolejne postępowanie sprawdzające

Konsekwencją wydania poświadczenia bezpieczeństwa na czas oznaczony jest konieczność przeprowadzenia kolejnych postępowań sprawdzających. Co do istoty, wszystkie rodzaje postępowań sprawdzających wykonuje się podobnie. Z wnioskiem o jego przeprowadzenie występuje osoba upoważniona do obsady stanowiska, w terminie co najmniej na 6 miesięcy przed upływem terminu waż-

<sup>9</sup> S. Hoc, S. Zalewski, *Cele i główne założenia postępowań sprawdzających i odwoławczych*, (w:) *Ochrona informacji niejawnych i biznesowych*, (red.) M. Gajos, S. Zalewski, Katowice 2005, s. 46.

<sup>10</sup> E. Dobrodziej, *Ochrona tajemnicy. Przepisy, komentarze, wyjaśnienia*, Bydgoszcz 2000, s. 57.

<sup>11</sup> M. Witkowski, D. Jęda, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 51–52.

<sup>12</sup> T. Szewc, *Ochrona informacji niejawnych...*, op. cit., s. 187.



ności poświadczenia bezpieczeństwa. Postępowanie powinno zostać zakończone przed upływem terminu ważności poświadczenia. Odpowiednio wczesne występowanie o odnowienie poświadczenia bezpieczeństwa minimalizuje ryzyko, że ze względu na wygaśnięcie dotychczasowego poświadczenia, osoba utraci zdolność korzystania z informacji niejawnych, a tym samym zdolność wykonywania obowiązków zawodowych.

## Postępowanie kontrolne

**O**kresowość ważności poświadczenia bezpieczeństwa nie wyklucza przeprowadzenia postępowania kontrolnego. Trzeba mieć bowiem świadomość, że poświadczenie jest ważne przez relatywnie długi okres, w trakcie którego wiele się może zmienić w życiu osoby sprawdzanej. Dlatego też byłoby nieroztropnością ze strony prawodawcy zagwarantowanie sprawdzanemu zachowanie poświadczenia. Z tego też powodu postępowanie kontrolne ma miejsce zawsze wtedy, gdy zachodzi podejrzenie, że wskutek zmian w zachowaniu, zaistnienia nowych faktów osoba nie daje rękojmi zachowania tajemnicy. Względ na konieczność zaistnienia nowych faktów, istotnych z punktu widzenia rękojmi zachowania tajemnicy przez sprawdzanego, ma wykluczyć dowolne wszczynanie postępowania kontrolnego. Co do zasady postępowanie kontrolne prowadzone zgodnie z przepisami właściwymi dla postępowania sprawdzającego odpowiednio zwykłego, poszerzonego albo specjalnego. Zarazem odmiennie niż w postępowaniu pierwotnym jest wszczynane z urzędu przez organ do tego uprawniony, sprawdzany nie wypełnia ponownie ankiety bezpieczeństwa osobistego oraz nie jest wymagana jego zgoda na przeprowadzenie postępowania sprawdzającego. Postępowanie kontrolne toczy się za wiedzą kierownika jednostki organizacyjnej (osoby odpowiedzialnej za obsadę stanowiska) oraz zainteresowanego. Jeżeli dojdzie do potwierdzenia informacji, że osoba nie daje rękojmi zachowania tajemnicy, to traci ona dostęp do informacji niejawnych (odpowiednio do sytuacji: ma dostęp ograniczony).

Kontrolne postępowanie sprawdzające kończy się wydaniem decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa albo poinformowaniem kierownika jednostki organizacyjnej (osoby odpowiedzialnej za obsadę stanowiska) i osoby sprawdzanej o braku zastrzeżeń z jednoczesnym potwierdzeniem jej dalszej zdolności do zachowania tajemnicy w zakresie określonym w posiadanym przez nią poświadczeniu bezpieczeństwa. Jeżeli dochodzi do cofnięcia poświadczenia bezpieczeństwa, wówczas skutki decyzji są analogiczne, jak decyzji o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa.

## Postępowanie odwoławcze

Postępowanie sprawdzające, będąc rodzajem postępowania administracyjnego<sup>13</sup>, jest dwuinstancyjne. Od decyzji o odmowie wydania poświadczenia lub decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa służy osobie sprawdzanej odwołanie. Brakuje natomiast środka zaskarżenia decyzji o umorzeniu postępowania sprawdzającego.

Kwestia, do jakiego organu przysługuje osobie prawo odwołania, zależy od tego, kto wydał negatywną decyzję w sprawie. Co do istoty, organem odwoławczym jest Prezes Rady Ministrów. Jedynie w sytuacji, kiedy organem podejmującym decyzję był pełnomocnik ochrony, odwołanie służy odpowiednio do Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego albo Szefa Służby Kontrwywiadu Wojskowego. W obu przypadkach w analogiczny sposób przeprowadza się postępowanie odwoławcze.

Odwołanie jest wnoszone – za pośrednictwem organu pierwszej instancji – w terminie 14 dni od dnia doręczenia osobie decyzji podlegającej zaskarżeniu. W ciągu 3 miesięcy odwołanie powinno zostać rozpatrzone. Postępowanie odwoławcze obejmuje rozpatrzenie całej sprawy, w której doszło do wydania zaskarżonej decyzji. Badaniu podlega przede wszystkim kompletność zgromadzonego materiału dowodowego i jego ocena. Dlatego też w razie wątpliwości organ rozpoznający odwołanie – na żądanie sprawdzanego lub z urzędu – może zlecić służbie ochrony państwa przeprowadzenie dodatkowych czynności w celu uzupełnienia dowodów i materiałów w postępowaniu sprawdzającym.

Prezes Rady Ministrów umarza postępowanie odwoławcze w razie śmierci sprawdzanego lub cofnięcia odwołania przez sprawdzanego przed wydaniem decyzji. Gdyby jednak umorzenie postępowania miało prowadzić do naruszającego prawo lub interes bezpieczeństwa państwa utrzymania w mocy decyzji o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa, to wówczas premierowi nie wolno uwzględnić cofnięcia odwołania.

Co do istoty, rozpatrzenie sprawy w postępowaniu odwoławczym skutkuje wydaniem decyzji co do *meritum*. Kontrolna funkcja postępowania odwoławczego polega na sprawdzeniu prawidłowości wniosków, które doprowadziły służbę ochrony państwa do odmowy wydania poświadczenia danej osobie. Nie jest wymagane ponowne przeprowadzenie określonych czynności operacyjnych. Nie ma obowiązku przeprowadzenia dodatkowych dowodów, czy też obowiązku ustosunkowania się osoby sprawdzanej do ustalonych okoliczności dla niej niekorzystnych. W postępowaniu kontrolnym nie stosuje się również zasady *in dubio pro reo*. Wszelkie wątpliwości dotyczące zachowania przez osobę sprawdzaną rękojmi tajemnicy są rozpatrywane na jej niekorzyść.

<sup>13</sup> Por. M. Mucha, *Obowiązki administracji publicznej w sferze dostępu do informacji*, Wrocław 2002, s. 204.

Akceptacja rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonej decyzji skutkuje utrzymaniem w mocy decyzji o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa lub decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa. Natomiast odmienna ocena ustaleń faktycznych i dezaprobata rozstrzygnięcia zawartego w zaskarżonej decyzji skutkuje odpowiednio uchYLENIEM decyzji o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa i nakazaniem służbie ochrony państwa niezwłocznego wydania poświadczenia bezpieczeństwa, albo uchYLENIEM decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa. Wówczas poświadczenie osoby sprawdzanej pozostaje w mocy.

Decyzja organu odwoławczego powinna spełniać wymogi przewidziane w procedurze administracyjnej. Zarazem w drodze wyjątku jest dopuszczalne odstąpienie od uzasadnienia faktycznego decyzji lub jego ograniczenie w zakresie, w jakim udostępnienie informacji osobie sprawdzanej mogłoby spowodować istotne zagrożenie dla podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej dotyczących porządku publicznego, obronności, bezpieczeństwa, stosunków międzynarodowych lub gospodarczych państwa.

## Postępowanie skargowe

**O**d decyzji utrzymującej w mocy decyzję o odmowie wydania poświadczenia bezpieczeństwa lub decyzji o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa oraz na postanowienie Prezesa Rady Ministrów (odpowiednio szefa właściwej służby ochrony państwa) o niedopuszczalności odwołania oraz o uchybieniu terminu do wniesienia odwołania przysługuje odwołanie do sądu.

Skargę wnosi się do wojewódzkiego sądu administracyjnego w ciągu 30 dni od doręczenia zainteresowanemu decyzji lub postanowienia, za pośrednictwem organu, który je wydał. Wniesienie skargi nie wywołuje skutku suspensywnego z mocy prawa. Przed przekazaniem skargi sądowi, wstrzymanie wykonania zaskarżonej decyzji może nastąpić w drodze postanowienia organu, który ją wydał. Natomiast po przekazaniu skargi wojewódzkiemu sądowi administracyjnemu – na wniosek osoby sprawdzanej – sąd może wstrzymać wykonanie zaskarżonej decyzji.

Sąd rozpoznaje skargę na posiedzeniu niejawnym. W ten sposób chroni się informacje niejawne zgromadzone w postępowaniu sprawdzającym<sup>14</sup>. Dokonywana kontrola zachowań organów administracji publicznej ma charakter formalny. Badaniu podlega legalność zastosowanej procedury. Sąd nie dokonuje natomiast merytorycznej oceny zebranych przez służbę ochrony państwa materiałów.

---

<sup>14</sup> Zob. I. Stankowska, *Postępowanie odwoławcze i skargowe w świetle nowelizacji ustawy o ochronie informacji niejawnych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2003, nr 2, s. 64.

Jedynie w przypadku uwzględnienia skargi sąd uzasadnia wyrok. Uzasadnienie znajduje umocowanie w konieczności wskazania organowi prowadzącemu postępowanie sprawdzające popełnionych przez niego naruszeń prawa. Co do zasady nieuzasadnianie wyroku ma zapobiegać przed ujawnieniem informacji niejawnych osobom nieuprawnionym, tj. m.in. skarżącemu. Odpis wyroku z uzasadnieniem doręcza się tylko właściwej służbie ochrony państwa. Natomiast skarżącemu oraz osobie upoważnionej do obsady stanowiska doręcza się odpis wyroku.

Od wyroku wojewódzkiego sądu administracyjnego przysługuje środek odwoławczy w postaci skargi kasacyjnej do Naczelnego Sądu Administracyjnego. Podobnie jak wojewódzki sąd administracyjny, tak i NSA (z podobnych względów) rozpoznaje skargę na posiedzeniu niejawnym, a wyrok uzasadnia tylko w przypadku uwzględnienia skargi. Od wyroku NSA nie służy żaden środek zaskarżenia.

## Zakończenie

**K**onieczność ochrony informacji niejawnych oraz unikania dowolności w dostępności do nich sprawiają, że postępowanie sprawdzające jest prawnie określone w akcie prawa o mocy powszechnego obowiązywania, tj. w ustawie. Ze względu na zapobieganie arbitralności organu bezpieczeństwa państwa, a zarazem z tytułu konieczności cywilnej nad nim kontroli, postępowanie sprawdzające podlega weryfikacji tak o charakterze administracyjnym, jak i sądowym. Odbywa się ona na wniosek. Zarazem jednak – ze względu na przedmiot sprawdzanych informacji – prawo do kontroli postępowania sprawdzającego, tak administracyjnej, jak i sądowej, podlega silnym ograniczeniom i specyficznej reglamentacji. Tym niemniej kontrola postępowania sprawdzającego jest zagwarantowana, a uwzględnienie w niej wymiaru sądowego ma zapewnić także jej efektywność i sprawiedliwe rozstrzygnięcie. Każdy, kto stwierdził, że jego prawo podmiotowe do rzetelnego sprawdzenia zostało naruszone, dysponuje stosownym środkiem reagowania i może w postępowaniu najpierw administracyjnym, a następnie sądowym dochodzić swoich praw, co pozwala stwierdzić, że przyjęta w Polsce postać postępowania sprawdzającego wypełnia standardy państwa prawnego.

## STRESZCZENIE

Celem pracy jest analiza postępowania sprawdzającego w zakresie dopuszczenia do informacji niejawnych. Ukazuje się jego złożoność, dynamikę oraz obwarowania proceduralne. Mają one z jednej strony zagwarantować szczelność w dostępie do informacji chronionych, z drugiej zaś – uchronić jednostkę przed arbitralnością organów władzy publicznej.

Jako podstawową metodę zbadania przedmiotowej problematyki zastosowano analizę materiału normatywnego, poglądów prezentowanych przez doktrynę zagadnienia oraz orzecznictwa. W rezultacie użycia wskazanych metod badawczych stwierdza się, że zastosowana w Polsce regulacja prawna dostępu do informacji niejawnych wypełnia standardy państwa prawnego, a jednocześnie umożliwia odpowiednią ochronę materiałów wymagających ochrony.

## **SUMMARY**

The aim of the work is to analyze screening procedures for the access to secret information. It shows its complexity, dynamics and procedural stipulations. On the one hand, they are to guarantee tightness in the access to secret information; on the other hand, they should protect an individual from the arbitrariness of governing bodies.

The main method adopted for the examination of the problem was the analysis of the standard material, opinions presented by the subject matter doctrine and judicature. As a result of the use of the above mentioned research methods, it is stated in the work that legal regulations in the field of access to secret information used in Poland are in agreement with the standards of a state of law and, at the same time, enable proper protection of materials which require protection.

MAŁGORZATA POLKOWSKA

EWOLUCJA KOMPETENCJI PAŃSTWA Z TYTUŁU  
SUWERENNOŚCI W PRZESTRZENI POWIETRZNEJ

Celem niniejszego artykułu jest próba pokazania jak w obecnej erze szybkiego rozwoju technologii i przemysłu lotniczego kształtuje się pojęcie suwerenności państwa. Warto postawić sobie pytanie, jaki wpływ na współczesne pojęcie suwerenności mają takie trendy, jak regionalizacja, prywatyzacja i globalizacja a nawet terroryzm lotniczy. Artykuł śledzi proces ewolucji kształtowania się pojęcia *suwerenności* państwa w przestrzeni powietrznej. Pokazuje, iż państwo niekiedy decyduje się na rozszerzanie swoich kompetencji (np. dla celów zwiększenia swojego bezpieczeństwa) a z drugiej strony na ich zawężanie (inicjatywy regionalne). Zasada suwerenności (zwierzchności) państwa była od zawsze podstawową i niepodważalną zasadą w międzynarodowym prawie publicznym. Wydaje się jednak, iż zasada ta zaczyna, w zmieniającym się otoczeniu polityczno-prawnym ewoluować, a pojęcie *suwerena* zaczyna nabierać nowego znaczenia. Z tego powodu waga pojęcia *suwerenności państwa* w dziedzinie prawa międzynarodowego, w szczególności w odniesieniu do prawa lotniczego, nie może być przeceniana. Zasada *suwerenności państwa* pozostaje nadal bardzo ważna w umowach międzynarodowych i relacjach pomiędzy państwami.

**Pojęcie suwerenności państwa**

Prawo międzynarodowe publiczne uznaje, iż państwo stanowi suwerenną organizację zajmującą określone terytorium. Jest to podmiot, który musi posiadać trzy cechy: stałą ludność, określone terytorium i władzę suwerenną (rząd). Suwerenność państwa oznacza, że jest ono niezależne od jakiegokolwiek innej władzy zewnętrznej.<sup>1</sup> Państwo, w którym funkcjonuje stały rząd, samo regu-

<sup>1</sup> C. Berezowski uważa, iż „...przez suwerenność, jak sam termin wskazuje, trzeba rozumieć władzę najwyższą, a więc władzę, która od nikogo nie zależy, czyli nikomu nie polega (*Zagadnienia zwierzchnictwa terytorialnego*, Warszawa 1957, s. 9); W. Góralczyk podkreśla, że zasada suwerenności państw stanowi podstawową normę prawną, określającą ich sytuację w społeczności międzynarodowej (*Prawo międzynarodowe publiczne w zarysie*, Warszawa 1983, s. 126).

luje swoje stosunki wewnętrzne, sprawując pełnię władzy nad swoim terytorium oraz nad zamieszkującą je ludnością. W sprawach międzynarodowych warunkiem współdziałania państw jest ich indywidualna zgoda – rozwiązywanie kwestii dotyczących danego państwa nie może mieć miejsca bez jego uczestnictwa. Mimo że państwa nie mają nad sobą żadnego „światowego rządu” i w świetle prawa międzynarodowego są w pełni niezależne, to jednak istnieją sytuacje, kiedy są one od siebie uzależnione gospodarczo lub politycznie.

Suwerenność jest pojęciem nieodłącznie powiązaniem ze stosunkami międzynarodowymi państwa, stanowi atrybutową cechę tej instytucji<sup>2</sup>. Kontrowersje dotyczące suwerenności wynikają nie tylko z różnego rozumienia jej w kolejnych epokach historycznych<sup>3</sup>, ale także z niejednolitego definiowania tego pojęcia w naukach prawnych, ekonomicznych i politycznych. Trafna definicja suwerenności została sformułowana przez prof. Ludwika Ehrlicha: „suwerenność oznacza samowładność, czyli prawną niezależność od jakichkolwiek czynników zewnętrznych i całowładność, czyli kompetencję normowania wszystkich stosunków wewnątrz państwa”<sup>4</sup>.

Również dziś zwraca się uwagę, na aspekt zewnętrzny (suwerenność państwa) i wewnętrzny suwerenności (*suwerenność narodowa*)<sup>5</sup>. Jednak dynamiczny rozwój prawa międzynarodowego oraz nasilenie współpracy międzypaństwowej i wytworzenie sieci współzależności między nimi (w tym powstanie organizacji międzynarodowych, wraz z najbardziej zaawansowaną formą współpracy – Wspólnoty Europejskiej) nie pozostał bez wpływu na współczesne pojmowanie suwerenności. Konstrukcja wspólnotowa charakteryzuje się oryginalnością na tle dotychczas wykształconych organizacji międzynarodowych, w tym sensie, że instytucje ponadnarodowe wraz z organami państw członkowskich, uzyskują prawo do sprawowania władzy publicznej na ich terytoriach. Taka sytuacja stanowi wyzwanie dla tradycyjnego pojmowania roli państwa i jego suwerenności<sup>6</sup>.

## Suwerenność państwa w przestrzeni powietrznej

Istnieje kilka kwestii do rozpatrzenia w prawie lotniczym, które są powiązane z ewolucją statusu suwerenności. Lotnicze i kosmiczne konwencje wielostronne udowodniły, iż są bardzo użytecznym narzędziem w relacjach międzynarodowych. Przystąpienie państwa do konwencji jest aktem suwerenności, poprzez który pań-

<sup>2</sup> Słownik terminów z zakresu bezpieczeństwa narodowego, Warszawa 2001, s. 75.

<sup>3</sup> K. Grzybowski, *Historia doktryn politycznych i prawnych*, Warszawa 1968.

<sup>4</sup> L. Ehrlich, *Prawo narodów*, Kraków 1947, s. 104–105.

<sup>5</sup> S. Sowiński, *Suwerenność, ale jaka? Spór o suwerenność Rzeczypospolitej w polskiej euro debacie*, „Studia Europejskie” 2004, nr 1, s. 25.

<sup>6</sup> J. Kranz, *Unia Europejska – zrozumienie konieczności i konieczność zrozumienia*, „Sprawy międzynarodowe” 2006, nr 1, s. 38.

stwo akceptuje związanie się konwencją przez jej przepisy i przestrzeganie ich oraz ponoszenie wszelkich konsekwencji w przypadku niewywiązywania się z narzuconych przez nią zobowiązań. Na straży zasady kompletnej i wyłącznej suwerenności państw w przestrzeni powietrznej nad swoim terytorium stanęła konwencja paryska z 1919 r.<sup>7</sup> i konwencja chicagowska z 1944 r. o międzynarodowej żegludze powietrznej<sup>8</sup>. Artykuł 1 konwencji chicagowskiej przyznaje państwom całkowitą i wyłączną suwerenność w przestrzeni powietrznej nad swoim terytorium. Każdy naród ma prawo ograniczać do krajowych przewoźników prawa trasowe na rynku krajowym. Ma również prawo określania międzynarodowych praw trasowych na loty handlowe, włączając prawo przyznawania lub odmowy przyznania przewoźnikom zagranicznym praw do wykonywania służb regularnych<sup>9</sup>. Przepis ten, choć powszechnie przypisuje się go autorom konwencji chicagowskiej został tu przeniesiony z konwencji paryskiej z 1919 r. (art. 1 tej konwencji, zdanie pierwsze)<sup>10</sup>. To konwencja paryska po raz pierwszy w historii prawa lotniczego posługuje się terminem suwerenności (ang. *sovereignty*, fr. *souveraineté*, wł. *sovranità*). Słowa „każdego państwa” oznacza, iż konwencja chicagowska występuje tu w interesie wszystkich państw, także niebędących stronami konwencji (podobnie jak w konwencji paryskiej z 1919 r.)<sup>11</sup>. O kształcie art. 1 zadecydowały propozycje brytyjska i kanadyjska. Propozycja USA była zbyt wąska (ang. *each contracting state*) przyjęto więc rozwiązania z konwencji paryskiej i hawańskiej<sup>12</sup>. Zasada funkcjonowania tzw. *flags of convenience* (tanich bander) pochodząca z prawa morza została ostatecznie odrzucona przez art. 1 konwencji<sup>13</sup>. Warunkiem jest, aby suwerenność

<sup>7</sup> Dz.U. z 1929 r. Nr 6, poz. 54 „Konwencja urządzająca żeglugę powietrzną, podpisana w Paryżu dnia 13 października 1919 roku”.

<sup>8</sup> Dz.U. z 1959 r. Nr 35, poz. 212 z późn. zm.

<sup>9</sup> I. Szymajda, M. Polkowska, *Ograniczenia inwestycji podmiotów zagranicznych we własność przewoźników lotniczych w systemie światowym i unijnym*, Program „Wdrażanie zobowiązań międzynarodowych Polski w związku z członkostwem w Unii Europejskiej”, Radom 2004, s. 62

<sup>10</sup> W. Salacuse (*The little prince and the businessman: conflict and tensions in public international air law*, The JALC 1980, No 4, s. 813) zauważa, iż już konwencja paryska mówiąc o suwerenności każdego państwa posługuje się słowem *recognize*, a nie *grant* czy *agree*. Słowo *recognize* świadczy o tym, iż zwierzchność przestrzeni była zasadą zwyczajową międzynarodowego prawa, która istniała obok konwencji, a nie zaczęła obowiązywać dzięki niej. Konwencja nie definiuje słowa *sovereignty*, ani nie wskazuje na oddziaływanie tego terminu na międzynarodowy transport lotniczy. Pojęcie to, wedle autora, to prawo państwa w odniesieniu do pewnych obszarów świata do wykonywania swojej jurysdykcji nad osobami i rzeczami z wyłączeniem jurysdykcji innych państw. Wykonywanie jurysdykcji przez państwo podlega ograniczeniom nałożonym przez prawo międzynarodowe. Restrykcje nie są uniwersalnie uzgodnione przez państwa, jakkolwiek wykonywanie wyłącznej suwerenności w przestrzeni powietrznej ponad terytorium danego państwa daje temu państwu prawo do wydawania regulacji dotyczących ruchu lotniczego, policji i nawet zakazywania obcym statkom wlotu albo tranzytu przez swoją przestrzeń powietrzną.

<sup>11</sup> R.Y. Jennings, *International Civil Aviation and the Law*, The British Yearbook of International Law 1934, s. 195 i n.

<sup>12</sup> J. Coob Cooper, *The Chicago Convention after 20 years*, „Zeitschrift für Luftrecht und Weltraum-Rechtsfragen” 1985, nr 4, s. 276.

<sup>13</sup> W 1633 r. Hugo Grotius w dziele pt. *Freedom of the Seas* potwierdził istnienie wolności mórz oraz istnienie przewoźników państwa flagi tzw. *flags of convenience* (należących do każdego państwa i będących własnością obywatela każdego państwa).



w powietrzu była całkowita (ang. *complete*, fr. *complète*, wł. *esclusiva*) i wyłączna (ang., fr. *exclusive*, wł. *esclusiva*)<sup>14</sup>. To państwo ma prawo decydować o tym, kto będzie korzystał z jego przestrzeni powietrznej i na jakich zasadach. Państwo może swobodnie dysponować swoją przestrzenią powietrzną, zakazywać, nakazywać lub zezwalać, podejmować wszelkie działania pod warunkiem, że nie są one zakazane przez prawo międzynarodowe. Udostępnianie przestrzeni powietrznej zależy tylko od woli państwa. Warunki korzystania z tej przestrzeni reguluje krajowy porządek prawny, jak i umowy międzynarodowe, których państwo jest stroną. Zgoda na związanie się umową międzynarodową (wielostronną czy dwustronną) stanowi akt woli państwa. Jeżeli chodzi o obce lotnictwo cywilne, musi ono działać na zasadach określonych prawem wewnętrznym danego państwa. Zasada ta stała się więc zasadą fundamentalną w prawie lotniczym, gdyż zrywa z powszechnie stosowaną przez wieki zasadą wspólnej przestrzeni powietrznej, jako dziedzictwa narodowego i tzw. zasadą otwartego nieba.<sup>15</sup> Wyraźne rozpoznanie zasady suwerenności państwa w jego przestrzeni powietrznej w prawie międzynarodowym zostało spowodowane głównie przez obawy o ochronę i bezpieczeństwo swojego terytorium. Ważne były także względy ekonomiczne.

## Przeźren powietrzna i kosmiczna

Chociaż konwencja chicagowska afirmuje suwerenność powietrzną wszystkich państw, istnieje kilka problemów spornych w jej praktycznym i teoretycznym zastosowaniu. Niektóre z tych problemów wynikają z braku jednoznacznej definicji pionowego i poziomego limitu przestrzeni w konwencji chicagowskiej (ważnej przy wytyczeniu geograficznego zakresu suwerenności powietrznej).

<sup>14</sup> Pojęcie suwerenności przestrzeni powietrznej, pochodzące z konwencji paryskiej z 1919 r. podważa M. Georgiades w artykule *Du nationalisme aérien à l'internationalisme spatial ou le mythe de la souveraineté aérienne* (RFDA 1962, nr 2, s. 129–151). Georgiades zwraca uwagę na rozwój aeronautyki i astronautyki oraz wskazuje na pojęcie *espace extraaérien*. Uznaje on wolność absolutną przestrzeni lotniczej i kosmicznej oraz proponuje ich połączenie. A. Meyer, w artykule *La réalité et la nécessité de la souveraineté aérienne et de la liberté de l'espace extraatmosphérique* (ZLWR 1963, nr 1, s. 3–10), przeciwstawia się tej teorii, uznając, iż pojęcie „l'air” odbiega od pojęcia „l'espace aérien”. Według niego, pojęcie zwierzchności państwa w przestrzeni atmosferycznej nie było w zasadzie przedmiotem zainteresowania ani konwencji paryskiej z 1919 r., ani konwencji chicagowskiej z 1944 r. Autor przeciwny jest też poglądom Georgiadesa o wolności przestrzeni powietrznej; twierdzi, że tu chodzi o wolność żeglugi powietrznej, a nie powietrza jako takiego; zwierzchność państwa i wolna żegluga współgrają ze sobą, stąd nie ma co ich rozdzielać. Obaj autorzy w kwestii granicy pomiędzy przestrzenią powietrzną i ekstraatmosferyczną są zgodni, iż nie należy na razie jej ustanawiać, gdyż komunikacja powietrzna stale się unowocześnie i ewoluuje, niemniej jednak kwestie wolności przestrzeni ekstraatmosferycznej winna rozstrzygnąć konwencja międzynarodowa. Faktycznie do dziś decyzyja o potrzebie stworzenia takiej konwencji nie została sfinalizowana. Por. B.D.K. Henaku, *Regionalism in international air transport regulation*, Leiden 1993, s. 4–5; T. Unmack, *Civil aviation: standards and liabilities*, London, 1999, s. 23; R.I.R. Abeyratne, *The economic relevance of the Chicago Convention, a retrospective study?*, AASL 1994, Vol. XIX-II, s. 5 i n.

<sup>15</sup> M. Żylicz, *Położenie prawne statku powietrznego w żegludze międzynarodowej*, Warszawa 1963 (na prawach rękopisu, powielone nakładem PLL LOT).

Brak międzynarodowego konsensusu co do delimitacji przestrzeni powietrznej i kosmicznej pozostaje fundamentalnym problemem prawa międzynarodowego. Opinie państw w tej sprawie zależą od ich poziomu udziału w działalności kosmicznej albo geograficznej lokalizacji orbity geostacjonarnej – GEO<sup>16</sup>. Problemy związane z limitami suwerenności powietrznej próbował (jednak bezskutecznie) rozwiązać art. 2 konwencji chicagowskiej. Nie istnieje dokładna definicja granicy powietrznej (fr. *frontière aérienne*) ani na terytoriach powietrznych, ani morskich. Nie ma terminu łączącego system granic w oparciu o powierzchnię a systemem trzywymiarowym przyjętym przez większość państw.<sup>17</sup> Tradycyjnie uznaje się, iż suwerenność państwa musi być efektywnie kontrolowana, stąd suwerenność pionowa musi sięgać tak wysoko, jak tylko państwo może ją skontrolować. Tu powstałby spór, iż państwa bogate mają większą suwerenność. Jedną z najstarszych propozycji dotyczących demarkacji powietrza i kosmosu jest ograniczenie pionowej suwerenności do fizycznego punktu, gdzie zaczyna się kosmos; ale nie istnieje naturalna linia podziału pomiędzy obiema przestrzeniami. Inną propozycją jest rozciągnięcie suwerenności państwa do najwyższej wysokości, na której statek powietrzny może latać. Ta wysokość została przyjęta przez Theodore von Karmana do około 83 km. Nie jest to jednak rozwiązanie praktyczne, gdyż zaawansowane technologie mogą zmienić maksymalną wysokość. Ta propozycja mogłaby zresztą zbytnio rozciągnąć suwerenność państwa.

Widać stąd, iż problem ze zdefiniowaniem państwowej pionowej suwerenności wynika z braku naturalnej granicy oddzielającej przestrzeń powietrzną i kosmos.<sup>18</sup> Istnieje wiele różnych propozycji demarkacji pomiędzy powietrzem a kosmosem i wiele koncepcji, czy należy taką demarkację przeprowadzić. Nie ma fizycznej granicy pomiędzy powietrzem a kosmosem. ONZ rozpatruje taką definicję od 1967 r.

---

<sup>16</sup> Orbita geostacjonarna jest naturalnym zjawiskiem (wymiary 30 km x 50 km). Geostacjonarną nazywana jest orbita kołowa położona w płaszczyźnie równika w odległości około 35 800 km od ziemi (nad równikiem). Umieszczony na niej satelita, poruszając się z zachodu na wschód z prędkością kątową równą prędkości kątowej ziemi znajduje się stale nad tym samym miejscem powierzchni ziemi. Ta właśnie okoliczność uzasadnia szczególną przydatność satelizacji na orbitach geostacjonarnych statków kosmicznych mających służyć różnorodnym praktycznym zastosowaniom techniki astronautycznej: telekomunikacji (w tym w telefonii i telewizji) meteorologii, teledetekcji, a w przyszłości także m.in. wykorzystywania promieniowania słonecznego dla ziemskich potrzeb energetycznych oraz wielkimi wielozadaniowymi konstrukcjom (stacjom, platformom) orbitalnym. Jednakże techniczna pojemność orbity geostacjonarnej nie jest nieograniczona, szerzej na ten temat patrz A. Górbiel, *Międzynarodowe prawo kosmiczne*, Warszawa 1985, s. 189–190.

<sup>17</sup> P. Huet, *La frontiere aérienne, limite des compétences de l'état dans l'espace atmosphérique*, *Révue Générale de Droit International Public*, I-III, 1971, nr 1, s. 122–133.

<sup>18</sup> A.K. Kuhn, *International aerial navigation and the peace conference*, *American journal of international law* 1920, s. 369–388.

## Bezpieczeństwo lotnictwa cywilnego

Jednym z podstawowych problemów wiążących się z suwerennością państwa w przestrzeni powietrznej jest nadzór nad bezpieczeństwem lotnictwa cywilnego (safety i security). Bezpieczeństwo lotnictwa cywilnego stało się jedną z naczelnych zasad, na gruncie której stanęła konwencja chicagowska z 1944 r. Od każdego suwerennego państwa wymaga się, aby stworzyło i przestrzegało własne procedury nadzoru nad „safety i security”. Kiedy standardy safety i procedury są związane z międzynarodowym lotem, niezgodność stosowania przepisów państwa suwerennego dotyka jednak nie tylko obywateli jednego państwa. Proces stosowania ICAO SARP’s, (Standards and Recommended Practices)<sup>19</sup> ustanowiony w konwencji chicagowskiej, powoduje, iż państwo suwerenne, które zezwala na loty wykonywane przez statek zagraniczny i załogę do, z i ponad swoim terytorium ma prawo oczekiwać, iż statek powietrzny i jego załoga spełniają ustanowione przez ICAO zasady SARP’s.

Wprowadzenie przepisów ICAO dokonuje się m.in. poprzez programy USOAP (ang. Universal Safety Oversight Audit Programme) i USAP (ang. Universal Safety Audit Programme). Obawy o suwerenność państw umawiających się tworzą barierę dla skuteczniejszego mechanizmu nadzoru, który dałby ICAO charakter ponadnarodowy. USOAP i USAP zostały stworzone na zasadzie dobrowolnego udziału państw z ograniczoną transparentnością wyników audytów. Międzynarodowe standardy ustanawiane w prawie lotniczym, w większości przez ICAO, nie kwestionują suwerenności terytorialnej państw. Z drugiej strony siły rynkowe transportu lotniczego powodują powstanie obowiązkowej integracji i nie zezwalają państwom członkowskim na pełne korzystanie z ich praw niezgodnych z wymaganiami ICAO.

Z uwagi na fakt, iż w odróżnieniu od wolnego przepływu dla statków morskich nie przyznano prawa wolnego tranzytu *innocent passage*<sup>20</sup> dla obcych statków powietrznych ponad morzem terytorialnym państwa przybrzeżnego, niektóre państwa rozszerzyły znacznie swe strefy morza terytorialnego (np. Francja określiła ją na 70 mil). Ponadto w celach ochrony swego bezpieczeństwa, USA, Francja, Kanada, Włochy, Korea i Tajwan stworzyły odrębne strefy tzw. ADIZ (air defense

<sup>19</sup> ICAO SARP’s – Standardy i Rekomendowana Praktyka zostały ustanowione przez Organizację Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego.

<sup>20</sup> H.A. Wassenbergh, *Post-war international civil aviation policy and the law of the air*, Hague 1962, s. 138. W międzynarodowym prawie morza znajduje się szereg przepisów analogicznych do międzynarodowego prawa lotniczego. Podstawowym dokumentem prawnym jest tu konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza z 1982 roku (UNCLOS). Konwencja ta w 320 artykułach i 9 załącznikach reguluje w sposób kompleksowy wykorzystanie mórz i oceanów oraz ustanawia ramy prawne w jakich działalność państw na tych obszarach musi być realizowana. Konwencja skodyfikowała zwyczajowe normy i zasady prawa morza oraz ustaliła nowe koncepcje i reżimy prawne, jak również stworzyła uregulowania niezbędne dla dalszego rozwoju określonych dziedzin tego prawa. Podział morza na strefy był jednak spowodowany względami ekonomicznymi, a nie względami bezpieczeństwa, jak to ma miejsce w prawie lotniczym.

identification zones<sup>21</sup>) albo „zone of special responsibility”. W przypadku ich nieuprawnionego przekroczenia grożono karami (np. w USA), przechwyceniem (np. w Kanadzie) bądź zestrzeleniem (np. we Francji). Niektóre strefy ADIZ zabraniały wolnych przelotów zarówno obcym samolotom wojskowym, jak i cywilnym. Chociaż konwencja chicagowska nie wspomina o wolności przelotu nad morzem pełnym, można wydedukować z art. 1 i 2 (używając argument „a contrario”) iż przestrzeń nad morzem pełnym jest tzw. *terra nulla*. Niektórzy autorzy zauważają, iż ADIZ to nieusprawiedliwione, bezprawne rozciągnięcie suwerenności terytorialnej, inni to działania nazywają precedensem w teorii samoobrony i samoochrony – jako nieodłączne w doktrynie prawa morza w kwestiach wód przyległych. Tak więc ustanowienie stref ADIZ może być kwestionowane na mocy prawa międzynarodowego. Milczące przyzwolenie państw stanowić może dowód na to, iż państwa nie uznają tego za rozciągnięcie terytorialnej suwerenności i samolot ma takie samo prawo wolnego przelotu poprzez morskie strefy przyległe, jak i w przestrzeni nad morzami pełnymi<sup>22</sup>.

Strefa ADIZ jest definiowana jako rejon przestrzeni ponad ziemią albo wodą rozszerzający do góry od powierzchni, w ramach którego wymagana jest w interesie narodowej ochrony (security) dokładna identyfikacja, lokalizacja i kontrola statku. Zazwyczaj od statków wlatujących w strefę ADIZ wymaga się planów lotów, przeznaczenia i każdego dodatkowych szczegółów o trasie poprzez ADIZ kierowanych do odpowiednich organów, zazwyczaj do kontrolera ruchu lotniczego. Często ADIZ ustanawiane jest wzdłuż międzynarodowych granic, ale może także otaczać rejony podwyższonej ochrony, takie jak przestrzeń ponad stolicą USA – Waszyngtonem D.C. ADIZ są zwykle używane jako część ustaleń odnośnie kontroli międzynarodowej przestrzeni w wielu krajach, w tym w USA, Kanadzie i Japonii. W USA i Kanadzie, które są otoczone przez strefy ADIZ, są wspólnie zarządzane przez cywilne władze kontroli ruchu lotniczego cywilne i wojskowe przez oba kraje pod auspicjami zarządu North American Aerospace Defence Command. Strefa ta, która jest zazwyczaj prawie wyłącznie nad wodami, służy jako narodowa granica ochronna przeciwko intruzom lotniczym<sup>23</sup>.

W sytuacji kiedy coraz więcej państw ustanawia takie strefy widać, iż prawo międzynarodowe w tej dziedzinie wymaga ponownej oceny. Już konwencja genewska z 1958 r. o prawie morza przewidywała wolność przelotu ponad morzem, ale nałożyła na państwa pewne ograniczenia. Art. 2 (4) konwencji o morzu pełnym wymaga, aby wszystkie państwa dbały o rozsądne interesy innych państw w wyko-

<sup>21</sup> ADIZ – strefa identyfikacji statków powietrznych w systemie obrony powietrznej. USA i Kanada utworzyła tę strefę w 1950 r. ADIZ ma ponad 200 mil szerokości nad Atlantykiem i pomiędzy 10 a 150 milami szerokości nad Pacyfikiem; CADIZ (Canadian ADIZ) ma około 65 mil szerokości.

<sup>22</sup> Shawcross and Beaumont *Air Law* (materiał z kartkami wymiennymi), 1977 r. (ostatnia aktualizacja w 2005 r.), Vol. I, s. 26 i n.; jak wyżej s. IV-2.

<sup>23</sup> O.O. Ogunbanwo, *The exercise of state authority in the airspace over the High Seas*, IASL 1966, s. 102–105.

nywaniu swojej wolności morza pełnego. Usprawiedliwieniem dla stworzenia stref ADIZ może być także art. 51 Karty NZ (wiele tu jednak zależy od właściwej interpretacji słów „armed attack” i „self-defence”). Stworzenie stref ADIZ może powodować złamanie zasady wolności przelotu nad morzem pełnym (zasada fundamentalna prawa międzynarodowego) oraz zasad zawartych w art. 12 konwencji chicagowskiej (reguły lotnicze), art. 9 konwencji (strefy zakazane) i rozdziale 2.12 Aneksu 11 ICAO. Wydaje się więc, iż strefy ADIZ nie można traktować jako stref przybrzeżnych, wyłącznych stref ekonomicznych ani szelfu kontynentalnego. Choć nie istnieje podstawa prawna dla jednostronnego powołania strefy ADIZ, państwa traktują je jako swoistą normę zwyczajową.

## Wspólne systemy nawigacyjne

W październiku 1994 r. Rada ICAO zaakceptowała ofertę rządu USA w sprawie użycia standardów dotyczących nawigacji satelitarnej. ICAO powołało grupę roboczą zajmującą się implementacją systemu zarządzania przestrzenią powietrzną. Systemem zainteresowały się nie tylko rządy państw, ale także przemysł lotniczy, w tym producenci i organizacje międzynarodowe. System wymaga wzajemnej współpracy zarówno na poziomie światowym, jak i regionalnym. Wydaje się, iż w tym wypadku zasada absolutnej suwerenności ponadnarodową przestrzenią powietrzną zanika<sup>24</sup>.

Techniczne wymogi żeglugi powietrznej stwarzają istotny powód dla „siłowej” integracji państw w systemie chicagowskim. W celu ułatwienia i utrzymania międzynarodowej żeglugi powietrznej, FIR's (Flight Information Region<sup>25</sup>) i inne rejony kontroli w ramach narodowej przestrzeni każdego państwa i także w przestrzeni międzynarodowej muszą być ze sobą zgodne. W tym celu usługi nawigacyjne (ANS) są zharmonizowane (przebieg przestrzeni powietrznej jest głównie rozplanowana przez ICAO) i implementowane poprzez regionalne plany nawigacji powietrznej. Należy pamiętać, iż usługi nawigacyjne ATS (Air Traffic Services) są bezpośrednio związane z narodową security i safety każdego państwa, a także (jako że są pośrednio związane z obserwacją narodowej przestrzeni dla celów wojskowych) mają charakter publiczny. Stąd państwa są bardzo czujne w kwestii utrzymania swoich kompetencji w odniesieniu do zasad i regulacji ATS. Pomimo już ustalonych zasad rozgraniczenia przestrzeni powietrznej z uwagi na ATS (która powinna być oparta o międzynarodowe czynniki techniczne i operacyjne), państwa mają tendencję do ich lekceważenia i dążą do rozszerzenia swojej odpowiedzialności za ATS w międzynarodowej przestrzeni powietrznej.

<sup>24</sup> N.M. Matte, *The Chicago Convention – where from and where to*, ICAO, AASL 1994, Vol. XIX-I, s. 393–394.

<sup>25</sup> Rejon Informacji Powietrznej.

Inne wyzwanie wobec pojęcia *suwerenności przestrzeni* powietrznej wynika z obecnych ram prawnych GNSS (Global Navigation Satellite System). Z uwagi na ekstraterytorialną (ponadnarodową) naturę usług GNSS, istniejące ramy prawne, które nie są wiążące i nie mają sankcji (prawo krajowe państwa dostawcy nie musi rozwiązywać skarg związanych z odpowiedzialnością za błąd albo złe funkcjonowanie usług GNSS) nie są wystarczające do ochrony suwerenności państw korzystających z GNSS. Pełna implementacja zintegrowanego globalnego systemu opartego o nawigację satelitarną może naruszyć zasadę suwerenności państwa. Użycie technologii satelitarnej w komunikacji, nawigacji i systemach nadzoru (które zapewniają obsługę większych obszarów niż narodowe granice) powodują obawę państw o zachowanie swojej suwerenności. Już teraz kiedy globalizacja usług jest w stadium początkowym, wiele suwerennych państw musi polegać na urządzeniach ulokowanych w innych państwach.

Chociaż twórcy konwencji chicagowskiej z 1944 r. przewidzieli przyszłe zmiany lotnictwa cywilnego i skonstruowali wysoko zaawansowany system prawny, niektóre aspekty obecnego systemu muszą być rewidowane. Zgodnie z tym dla ekonomicznego i technicznego postępu w lotnictwie cywilnym nowa koncepcja suwerenności państwa powinna zapewniać równowagę pomiędzy prawami fundamentalnymi państw i potrzebą bardziej efektywnej współpracy<sup>26</sup>.

## Współpraca handlowa państw

Kolejnym aspektem prawa lotniczego związanym z suwerennością jest komercyjna regulacja międzynarodowego transportu lotniczego. Pojawiły się nowe problemy, takie jak np. własność i kontrola przewoźników lotniczych. Ustanowienie Światowej Organizacji Handlu (WTO) i GATS<sup>27</sup> stanowiło ważny etap współpracy wzajemnej państw w dziedzinie liberalizacji transportu lotniczego<sup>28</sup>. Pojęcie suwerenności w obliczu takich procesów, jak alianse lotnicze, pomoc państwa (*state aid*), ochrona narodowych przewoźników traci na znaczeniu i rodzi wiele pytań prawnych. Jak to zostało jednak podkreślone na konferencji transportowej ICAO w 1994 r. suwerenność jest nadal koncepcją silną, choć znajduje się nadal pod presją zmieniających się realiów<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> G. Sarigül, *The evolving concept of sovereignty in air law*, IASL 2004, s. 130–137.

<sup>27</sup> GATS – Układ Ogólny w sprawie handlu usługami jest wielostronnym porozumieniem ustanawiającym prawnotraktatowe ramy międzynarodowego handlu usługami. Stanowi, obok GATT oraz Porozumienia w sprawie handlowych aspektów praw własności intelektualnej (TRIPS) integralną część porozumienia podpisanego na zakończenie cyklu negocjacji handlowych tzw. Rundy Urugwajskiej (1986–1994), w wyniku której powstała Światowa Organizacja Handlu WTO, D. Sinha, *Deregulation and liberalization of the airline industry (Asia, Europe, North America and Oceania)*, Aldershot, England 2001, s. 10–11.

<sup>28</sup> H. Wassenbergh, *Open skies/open markets: the limits to competition*, (w:) *The use of airspace and outer space for all mankind in the 21<sup>st</sup> century*, (ed.) C.J. Cheng, Hague 1995, s. 195–196.

<sup>29</sup> A. Kotaite, *Sovereignty under great pressure to accommodate the growing need for global cooperation*, ICAO Journal 1999, s. 20–29.

Z uwagi na to, iż nie istnieje powszechna wolność korzystania z przestrzeni powietrznej, żegluga powietrzna odbywała się i odbywa na podstawie wielostronnych (także regionalnych) i dwustronnych umów o komunikacji lotniczej między państwami, jak również prawa wewnętrznego lub decyzji organów państwowych. W zakresie transportu lotniczego głównym przedmiotem umów między państwami jest ustanawianie międzynarodowych służb powietrznych (*air services*) i w tym celu państwa przyznają sobie wzajemnie wolności lotnicze. Ponieważ powszechną wiodącą i najważniejszą jest zasada „zamkniętego nieba”, prawa te stanowią wyjątek od zasady braku wolności lotów i przewozów międzynarodowych. Na pojęcie „prawa przewozowe” (*traffic rights*) składają się oprócz wolności lotniczych określenie m.in. obsługiwanych punktów, eksploatowanych tras, rodzaju obsługiwanych przewozów, podziału oferowanej zdolności przewozowej oraz stosowanych taryf, jak również liczby i kryteriów wyznaczania przewoźników lotniczych, takich jak własność i kontrola. Są to restrykcje, które państwa wymieniają między siebie w toku negocjacji umów dwustronnych.

W zasadzie system dziesięciu wolności lotniczych nadal funkcjonuje, co prawda istnieją również umowy wolnego nieba *open skies* (dla statków cywilnych) oraz konwencja helsińska o otwartych przestworzach (dla statków wojskowych), ale te umowy są wciąż jedynie wyjątkiem od ogólnej zasady wyłącznej kompetencji państwa w zakresie przyznawania wolności. Kompetencje państw w zakresie normowania wolności lotniczych pozostają w świetle prawa międzynarodowego bez zmiany, wyjątki od nich wymagają zgody państw (umowy dwustronne).

Wydaje się, iż umowy typu *open skies* liberalne ze swej natury nie stanowią zagrożenia dla suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej (może dlatego tak dużo kontrowersji wywołał wyrok z listopada 2002 r. ETS w sprawie wniesionej w 1998 r. przez Komisję Europejską przeciwko 8 krajom członkowskim, które zawarły albo zmieniły umowy bilateralne (7 z nich było umowami typu *open skies* z USA). Państwa nadal chcą prowadzić swoją politykę lotniczą i same decydować z kim chcą się wiązać umowami o komunikacji lotniczej i komu zezwolić na wykonywanie lotów handlowych z, nad lub przez swoje terytorium. Warto podkreślić, iż umowy dwustronne są restryktywne ze swej natury, to znaczy państwa zazwyczaj nadają wolności lotnicze i inne przywileje lotnicze (np. związane z pojemnością, częstotliwością, doбором lotnisk) na zasadzie wzajemności i proporcjonalności przekazywanych uprawnień. Wydaje się więc, iż suwerenność państw nie została ograniczona w zakresie przyznawanych praw przewozowych.

## Delegowanie kompetencji państw w zakresie suwerenności w przestrzeni powietrznej

Za zapewnienie służb, takich jak kontrola ruchu lotniczego, konwencja chicagowska z 1944 r. czyni odpowiedzialnym państwo-stronę konwencji. Jak przewiduje art. 28 lit. a konwencji „każde umawiające się państwo zobowiązuje się w zakresie, w jakim uzna to za możliwe, w praktyce: urządzić na swoim terytorium, w celu ułatwienia międzynarodowej żeglugi powietrznej, porty lotnicze, obsługę radiową, obsługę meteorologiczną i inne udogodnienia dla żeglugi powietrznej, zgodnie z wzorami i metodami postępowania zalecanymi lub ustalonymi co pewien czas na podstawie niniejszej konwencji”<sup>30</sup>. Wydaje się, iż wszystkie usługi nawigacyjne, o których wspomina konwencja chicagowska wykonywane są w imieniu państwa, stąd ponosi ono odpowiedzialność za ich prawidłowe świadczenie (niezależnie, czy państwo ustanowiło organy świadczące dane usługi na zasadach publicznych czy prywatnych<sup>31</sup>). To państwo, którego organ pełniący funkcje kontroli ruchu lotniczego ma za zadanie wypłacić odszkodowanie ofiarom lub ich rodzinom. Jest to odpowiedzialność obiektywna (absolutna, nieograniczona limitami). Oddzielnym rodzajem odpowiedzialności jest odpowiedzialność wobec osoby prawnej (np. sprywatyzowanej agencji ruchu lotniczego w drodze powództwa prywatnego, na mocy prawa cywilnego albo karnego). Według niektórych badaczy państwa nie mogą zrzec się odpowiedzialności albo przekazać jej innemu podmiotowi. Jeżeli nawet tak zrobią, to muszą strzec właściwej jakości kontroli nad nawigacją powietrzną<sup>32</sup>.

Od zasady, iż państwo zapewnia wykonywanie usług żeglugi powietrznej nad swoim terytorium istnieją wyjątki. Państwo może, na mocy dwustronnego porozumienia, przekazać innemu państwu odpowiedzialność w zakresie zorganizowania i zapewnienia służb ruchu lotniczego w rejonach informacji powietrznej oraz na obszarach kontrolowanych lub w strefach kontrolowanych rozciągających się nad jego terytorium. Jeżeli jednak jedno państwo przekazuje drugiemu państwu odpowiedzialność za zapewnienie służb ruchu lotniczego nad swoim terytorium, czyni to bez naruszenia swej narodowej suwerenności. Odpowiedzialność państwa przyjmującego jest ograniczona do technicznych i operacyjnych względów i nie wykracza poza czynności, które mają związek z bezpieczeństwem państwa i odprawą statku powietrznego znajdującego się w danej przestrzeni powietrznej. W przypadku gdy zostało ustalone, że będą zapewniane służby ruchu lotni-

<sup>30</sup> ICAO Doc 7300 – Convention on International Civil Aviation Signed at Chicago, 7 December 1944; P.S. Dempsey, *Privatization of the air; governmental liability for privatized air traffic services*, Annals of Air and Space Law 2003, Vol. XXVIII, s. 100.

<sup>31</sup> R.A. Loosli w artykule *La responsabilité des contrôleurs de la navigation aérienne, procédure disciplinaire (I)*, „Revue Générale de l’Air et de l’Espace” 1970, nr 4, s. 385–386.

<sup>32</sup> P.S. Dempsey, *Privatization of the Air: Governmental Liability for Privatized Air Traffic Services*, Annals of Air and Space Law 2003, Vol. XXVIII, s. 118–119.



czego, zainteresowane państwo wyznacza władzę, która będzie odpowiedzialna za zapewnienie tych służb (2.1.3. aneksu ICAO). Władzą odpowiedzialną za zorganizowanie i zapewnienie służb może być państwo lub odpowiednia agencja. Art. 28 konwencji chicagowskiej przewiduje odpowiedzialność państwa za zapewnienie służb nawigacyjnych (jest to funkcja publiczna państwa). Otwartym pozostaje jednak pytanie, czy w przypadku komercjalizacji czy prywatyzacji państwo ponosi odpowiedzialność za wypadki lotnicze spowodowane przez służby nawigacyjne, czy nie. Można zastanawiać się nad potrzebą zawierania umów pomiędzy państwami o zapewnieniu kontroli ruchu i obowiązywania zasad odpowiedzialności po to, aby w przypadku takim jak ten, który miał miejsce w Überlingen (winę przypisano kontrolerowi ze szwajcarskiego Sky Guide w 2001 r.). Problemem jest tu także odpowiedzialność w UE tzw. *cross border liability* (trudne jest ustalenie granic terytorialnej takiej odpowiedzialności, poza tym sprawy o ustalenie granicy toczą się przed sądami przez kilka lat) oraz wybór prawa i sądu (przy zachowaniu zasady suwerenności państwa, tj. *sovereign immunity*). W umowie odpowiedzialność może być podzielona pomiędzy państwo, organizację nadzorującą czy wykonawcę usług nawigacyjnych<sup>33</sup>). Wydaje się jednak, iż to zawsze państwo na mocy art. 28 lit. a konwencji chicagowskiej będzie odpowiedzialne za zapewnienie służb, w tym wszelkie konsekwencje powstałe w wyniku działania odpowiednich służb ruchu lotniczego, o których stanowi aneks 11 ICAO.

Państwa delegują swoje suwerenne prawa innym odpowiednim organom albo agencjom ruchu lotniczego (w dobie komercjalizacji i prywatyzacji często mogą to być organy prywatne) w drodze umów Letters of agreements. Przekazywanie uprawnień, wiąże się z rozszerzaniem swoich kompetencji (za zgodą innych państw) dla jednych i za ograniczaniem suwerenności przez inne państwa w zakresie zarządzania ruchem lotniczym. Nie są to jednak, tak jak w przypadku wprowadzania przez państwa stref ADIZ działania jednostronne. Delegowanie kompetencji państw w zakresie zarządzania ruchem lotniczym dotyczy może części przestrzeni nad terytorium innych państw, często granicznych (np. Szwajcarii i Francji) leżących w jednym regionie geograficznym (np. Litwa–Polska), ale także obszarów leżących poza terytorium lądowym, np. nad morzem pełnym i zapewnianie nad nim niektórych służb np. kontroli ruchu lotniczego czy informacji). W praktyce państwa chętnie zawierają porozumienia dwustronne i wielostronne (często z przyczyn ekonomicznych i celem zwiększenia efektywności wykorzystania przestrzeni powietrznej) tworząc tzw. wspólne bloki przestrzeni powietrznej służące większej jednolitości w zarządzaniu tą przestrzenią. Państwa szukają różnych sposobów w celu osiągnięcia dalszej współpracy we wspólnym zarządzaniu przestrzenią. Przykładem takiej inicjatywy jest stworzenie „wspól-

---

<sup>33</sup> J. Balfour, *Relevant principles and systems of law* oraz F. Schubert, *Allocation of liability through public and private law agreements and contracts*, referaty z warsztatów roboczych zorganizowanych przez EUROCONTROL w Brukseli w dniach 14–15 listopada 2006 r.

nego nieba” – SES (Single European Sky). System ten ma znaczący wpływ na system nawigacyjny w Europie. Udział w systemie nie jest oparty o granice terytorialne, ale wynika z technicznych i operacyjnych potrzeb europejskiej nawigacji powietrznej. System wymaga od państw uczestniczących w nim ustępstw od ich narodowej suwerenności, SES stanowi więc typowy przykład erozji tradycyjnej koncepcji suwerenności.

Taka sytuacja nie oznacza jednak pełnego zrzeczenia się przez państwa zasady suwerenności, na czele której stoi konwencja chicagowska z 1944 r.

Celem zawarcia porozumienia w sprawie delegowania służb ruchu lotniczego jest chęć ułatwienia bezpiecznego prowadzenia międzynarodowych operacji lotniczych z przekraczaniem granic państwowych, w interesie użytkowników przestrzeni powietrznej i ich pasażerów; a także w celu promowania współpracy pomiędzy służbami ruchu lotniczego umawiających się państw. Zawarcie tego typu umów w sprawie delegowania służb ruchu lotniczego nie narusza zasady całkowitej i wyłącznej suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej nad jego terytorium, czy prawa każdego z państw do wykonywania swoich prerogatyw odnoszących się do ochrony i obrony w ich narodowej przestrzeni powietrznej.

Wzory umów zawieranych pomiędzy organami świadczącymi usługi kontroli ruchu lotniczego sformułowały międzynarodowe organizacje lotnicze, takie jak ICAO czy Europejska Organizacja ds. Bezpieczeństwa Żeglugi Powietrznej-EUROCONTROL<sup>34</sup>.

Zgodnie z treścią art. 10 ust. 3 rozporządzenia (WE) 550/2004 Parlamentu Europejskiego i Rady Unii Europejskiej z dnia 10 marca 2004 r. w sprawie zapewniania służb nawigacji lotniczej w Jednolitej Europejskiej Przestrzeni Powietrznej (SES)<sup>35</sup> instytucje zapewniające służby żeglugi powietrznej mogą na podstawie przepisów ICAO świadczyć usługi innym instytucjom zapewniającym służby, które przeszły certyfikację na terenie Wspólnoty. Nakłada to na rządy państw obowiązek sprawdzenia, czy podmioty z którymi zawarto powyższe porozumienia o współpracy otrzymały certyfikat zgodnie z zasadami określonymi w rozporządzeniu Komisji (WE) 2096/2005 z 20 grudnia 2005 r. ustanawiającym wspólne wymogi dotyczące zapewnienia służb żeglugi powietrznej<sup>36</sup>. Tak na przykład polska ustawa Prawo lotnicze (art. 4)<sup>37</sup>, jak i ustawa o Polskiej Agencji Żeglugi Powietrznej – PAŻP (art. 3)<sup>38</sup> dopuszczają możliwość realizacji zadania zapewnienia służb żeglugi powietrznej w części polskiej przestrzeni powietrznej, na podstawie umów i porozumień, przez odpowiednie instytucje państw obcych lub organy międzynarodowe. Tak na przykład w rejonach przygranicznych FIR

<sup>34</sup> Common Format Letter of Agreement Between Air Traffic Services Units, ASM. ET1.ST015 DEL01/02, 1 January 2005 (European Air Traffic Management Programme).

<sup>35</sup> Dz. Urz. UE L 96 z 31.03.2004 r.

<sup>36</sup> Dz. Urz. UE L 335 z 21.12.2005 r.

<sup>37</sup> Dz.U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696 z późn. zm.

<sup>38</sup> Dz.U. z 2006 r. Nr 249, poz. 1829

Warszawa na mocy odpowiednich porozumień o współpracy ustanowionych jest kilka obszarów przestrzeni powietrznej, w których odpowiedzialność za zapewnienie służb ruchu lotniczego została oddelegowana do ośrodków ACC (kontrola obszaru) sąsiednich państw, tj. Czech, Niemiec i Szwecji. Celem LoA było podniesienie bezpieczeństwa żeglugi powietrznej poprzez usprawnienie kontroli ruchu lotniczego oraz zredukowanie koordynacji pomiędzy ośrodkami kontroli ruchu lotniczego.

Pomimo wejścia w życie rozporządzeń dotyczących Single European Sky (Jednolitej Europejskiej Przestrzeni Powietrznej) w latach 2004–2005, w większości państw UE współpraca pomiędzy służbami ruchu lotniczego państw sąsiadujących nadal odbywa się na podstawie LoA w formie uzgodnionej w latach 90. na poziomie EUROCONTROL i zawartych pomiędzy instytucjami zapewniającymi służby żeglugi powietrznej. Obecnie zawarte przez PAŻP porozumienia LoA są kontynuacją umów zawartych przed jej powstaniem i bazują na zasadach współpracy pomiędzy organami kontroli ruchu lotniczego i centrami kontroli obszaru zawartych w aneksie 11 do konwencji chicagowskiej. Zgody na delegację służb kontroli ruchu lotniczego (ATC), informacji powietrznej (FIS) dla lotów kontrolowanych i alarmowej (ALRS) w polskiej przestrzeni powietrznej w Polsce udziela minister właściwy do spraw transportu w porozumieniu z prezesem Urzędu Lotnictwa Cywilnego i po uzyskaniu opinii ministra obrony narodowej.

Instytucje zapewniające służby ruchu lotniczego mogą wnioskować do swoich rządów o wyrażenie zgody na zapewnianie służb ruchu lotniczego w rejonach przygranicznych, przez odpowiednie służby innych państw (tzw. delegacja uprawnień). Takie umowy o charakterze ramowym często nie są umowami ratyfikowanymi. Stąd wydaje się celowe podjęcie inicjatywy legislacyjnej na szczeblu rządowym w celu zawarcia ramowych dwustronnych umów międzynarodowych w tym zakresie (wówczas konkretne porozumienia operacyjne zawierane pomiędzy instytucjami zapewniającymi służby ruchu lotniczego różnych państw stanowiłyby porozumienia wykonawcze do tych umów dwustronnych. EUROCONTROL wypracowało już model takiej umowy dwustronnej na mocy SES (EUROCONTROL Model State level FAB<sup>39</sup> Agreement – ANT approved).

Materiał ten nie jest źródłem prawa natomiast daje poglądowe spojrzenie na to zagadnienie i sposób jego formalnego załatwienia, jaki zdaniem EUROCONTROL stanowi optymalny sposób zabezpieczenia interesów umawiających się stron oraz na zapewnienie bezpieczeństwa w ruchu lotniczym. Umowa rządowa o delegowaniu uprawnień pomiędzy państwami pozostaje w zgodności z art. 1 i 28 konwencji chicagowskiej, zgodnie z którymi suwerenne państwa są odpowiedzialne za zapewnienie służb nawigacyjnych ponad swoim terytorium, niezależnie od tego, jakich ustaleń dokonają w celu zapewnienia tych służb.

<sup>39</sup> FAB – Functional Airspace Blocks (Wspólny Blok Przestrzeni Powietrznej).

Projekt w preambule odwołuje się do rozporządzeń unijnych 549/2004<sup>40</sup>, 550/2004, 551/2004<sup>41</sup> i 552/2004<sup>42</sup>; celem umowy jest osiągnięcie jak największej skuteczności sieci zarządzania przestrzenią przy uzyskaniu maksymalnego wykorzystania tej przestrzeni przy założeniu iż państwo sprawuje swoją suwerenność w przestrzeni powietrznej nad swoim terytorium.

## **Delegowanie kompetencji państw organizacjom międzynarodowym**

Współpraca państw w dziedzinie żeglugi powietrznej sięga początków XX wieku, kiedy to powstały pierwsze międzynarodowe organizacje lotnicze<sup>43</sup>. Jednak o rozwoju współpracy w tej dziedzinie można mówić dopiero w odniesieniu do okresu po drugiej wojnie światowej, wtedy to bowiem utworzono większość działających do dzisiaj organizacji lotnictwa cywilnego. Liczne współcześnie istniejące organizacje lotnicze sferą swego zainteresowania obejmują różnorodne dziedziny życia – od regulacji prawnych, poprzez kwestie operacyjne, aż do zagadnień technicznych i ekonomicznych transportu lotniczego.

Głównymi animatorami współpracy na płaszczyźnie międzynarodowej są cywilne i wojskowe organizacje lotnicze. Różnią się one kompetencjami i zakresem działania, jednak każda z nich wywiera określony wpływ na regulacje prawne, procedury operacyjne i funkcjonowanie organów zarządzania ruchem lotniczym w środowisku lotnictwa cywilnego i państwowego<sup>44</sup>.

Niektóre państwa, w tym Polska, realizując zobowiązania międzynarodowe w swoim prawie wewnętrznym przekazała część swoich uprawnień suwerennych specjalistycznym organizacjom międzynarodowym. W art. 3 ust. 4 ustawy prawo lotnicze z 2002 r. przewiduje się, iż dla celów bezpieczeństwa i efektywności działania lotnictwa cywilnego minister właściwy do spraw transportu może w drodze rozporządzenia wprowadzić do stosowania wymagania międzynarodowe o charakterze specjalistycznym, w tym dotyczące bezpieczeństwa lotnictwa, budowy i eksploatacji statków powietrznych oraz urządzeń infrastruktury naziemnej, ustanawiane w szczególności przez ICAO, ECAC, w tym Zrzeszenie Władz

---

<sup>40</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 549/2004/WE z dnia 10 marca 2004 r. ustanawiającym ramy tworzenia Jednolitej Europejskiej Przestrzeni Powietrznej (Dz. Urz. UE L 96 z 31.03.2004 r.).

<sup>41</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 551/2004/WE z dnia 10 marca 2004 r. w sprawie organizacji i użytkowania przestrzeni powietrznej w Jednolitej Europejskiej Przestrzeni Powietrznej (Dz. Urz. UE L 96 z 31.03.2004 r.).

<sup>42</sup> Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady nr 552/2004/WE z dnia 10 marca 2004 r. w sprawie interoperacyjności Europejskiej Sieci Zarządzania Ruchem Lotniczym (Dz. Urz. UE L 96 z 31.03.2004 r.).

<sup>43</sup> Najstarszą międzynarodową organizacją lotnictwa cywilnego jest Międzynarodowa Federacja Lotnicza (Federation Aeronautique Internationale – FAI), założona w 1905 r. w Paryżu.

<sup>44</sup> T.M. Markiewicz, *Współpraca w zarządzaniu ruchem lotniczym*, „Przegląd Sił Powietrznych”, kwiecień 2005.

Lotniczych (JAA), EUROCONTROL i EASE (Europejska Agencja Bezpieczeństwa Lotniczego<sup>45</sup>).

Niekiedy w zakresie wykonywania usług nawigacyjnych wyspecjalizowane organizacje międzynarodowe przejęły funkcje państwa. W trzech częściach świata państwa zorganizowały na poziomie regionalnym usługi żeglugi powietrznej. Podpisano w związku z tym trzy konwencje, w Europie – EUROCONTROL,<sup>46</sup> w Ameryce Centralnej COCESNA i Afryce ASECNA. Organizacje te otrzymują kompetencje od państw w zakresie wykonywania usług nawigacyjnych oraz zarządzania przepływem ruchu lotniczego w określonych rejonach geograficznych.

Do głównych celów inicjatywy Jednolitej Europejskiej Przestrzeni Powietrznej należy zaliczyć przede wszystkim zwiększenie bezpieczeństwa. Kontrola ruchu lotniczego w Europie należy do jednej z najbezpieczniejszych na świecie, jednak wymaga ona pełnej harmonizacji we wszystkich krajach członkowskich. W odpowiedzi na coraz większy ruch w przestrzeni powietrznej wymagane jest stworzenie bardziej systematycznego i wiążącego podejścia w zakresie zarządzania bezpieczeństwem. Twórcom idei SES przyświecała także idea likwidacji podziału i rozbieżności w kontroli ruchu lotniczego (obecnie każde państwo organizuje kontrolę ruchu lotniczego we własnej przestrzeni powietrznej). Różnice w zasadach i organizacji porządku w przestrzeni powietrznej tworzą niezgodności, które mają znaczący wpływ na regularność i przepływy w ruchu lotniczym. Celem powstania SES było także zapewnienie bliższej współpracy z wojskiem w organizacji kontroli ruchu lotniczego i w procesie legislacyjnym, zwiększenie przepustowości przestrzeni powietrznej, co jest niezbędne w związku z rocznym przyrostem ruchu lotniczego o ok. 5%; zwiększenie wydajności systemu zarządzania ruchem lotniczym oraz ułatwienie wprowadzania nowych technologii, przy której wymagana jest współpraca między służbami zapewniającymi kontrolę ruchu lotniczego, wytwórcami sprzętu dla lotnictwa, przewoźnikami i innymi użytkownikami przestrzeni powietrznej.

Działania podjęte w ramach Jednolitej Przestrzeni Powietrznej odnoszą się przede wszystkim do organizacji i użytkowania przestrzeni powietrznej, a w szczególności do: utworzenia funkcjonalnych bloków przestrzeni (Functional Airspace Blocks – FAB's) i związanych z tym wspólnych zasad oraz utworzenia Europejskiego Górnego Rejonu Informacji Powietrznej (European Upper Information Region – EUIR). Podjęto także inicjatywę rozwoju przepisów dotyczących elastycznego użytkowania przestrzeni powietrznej (Flexible Use of Airspace – FUA), klasyfikacji przestrzeni powietrznej, projektowania przestrzeni powietrznej (tras i sektorów) oraz zarządzania przepływem ruchu lotniczego.

<sup>45</sup> Dz.U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696 (tekst jednolity) z późn. zm.

<sup>46</sup> O zasadzie priorytetu przepisów EUROCONTROL nad legislacją UE patrz także R.D. van Dam, S. Andries, *A Global Single Sky? Some observations on the Relations between the European Community and International Law in Air Traffic Management*, *Annals of Air and Space Law* 2006, Vol. XXXI, s. 107–131.

Zgodnie z artykułem 6 rozporządzenia nr 550/2004 WE z dnia 10 marca 2004 r. w sprawie zapewniania służb żeglugi powietrznej wspólne wymogi dotyczące zapewniania służb nawigacji lotniczej zostaną opracowane zgodnie z procedurą określoną w art. 5 ust. 3 rozporządzenia ramowego. Wspólne wymogi obejmować będą następujące obszary: techniczne i operacyjne kompetencje oraz przydatność; systemy i procesy zarządzania bezpieczeństwem i jakością; systemy sprawozdawcze; jakość usług; zdolność finansowa; zobowiązania finansowe i ich ubezpieczenie; własność i strukturę organizacyjną, włącznie z zapobieganiem konfliktom interesów; zasoby ludzkie, włącznie z odpowiednimi planami obsady stanowisk; ochronę. Zgodnie z art. 7 ust. 1 rozporządzenia nr 550/2004, zapewnienie służb nawigacji lotniczej w obszarze Wspólnoty podlega certyfikacji. Podręcznik certyfikacji instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej musi być opracowany w celu ujednoczenia zasad postępowania organów państwowej władzy nadzorującej i instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej w czasie prowadzenia procesu certyfikacji. Opisane w podręczniku zasady i standardy proceduralne certyfikacji oparte zostały o standardy opublikowane w odpowiednich dokumentach ICAO<sup>47</sup>. Podręcznik ten nie zawiera jednak wymagań merytorycznych jakie musi spełniać instytucja zapewniająca służby żeglugi powietrznej dla wykazania w procesie certyfikacji trwałej zdolności do bezpiecznego prowadzenia działalności.

Wymagania merytoryczne, jakie musi spełnić instytucja zapewniająca służby żeglugi powietrznej dla uzyskania certyfikatu określone są w mających zastosowanie przepisach krajowych<sup>48</sup> i standardach międzynarodowych w zakresie zarządzania ruchem lotniczym. Certyfikat instytucji zapewniającej służby żeglugi powietrznej jest dokumentem upoważniającym instytucję do świadczenia usług w zakresie zapewniania służb żeglugi powietrznej zgodnie z takimi warunkami i ograniczeniami, jakie będą w tym certyfikacie wymienione.

## **Kwestie karne w prawie lotniczym i problem terroryzmu**

Wydaje się, iż wydarzenia terrorystyczne z USA z 11 września 2001 r. zmieniły nieco rozumienie pojęcia suwerenności państwa w Europie i w Ameryce Północnej. Europa położyła nacisk na stworzenie SES, przez co tradycyjnie pojmowane pojęcia suwerenności przestało mieć znaczenie (państwa zdecydowały na stworzenie wspólnego systemu chroniącego interesy bezpieczeństwa), w USA odwrotnie – suwerenność państwa w tradycyjnym pojmowaniu nabrała na znaczeniu, w tym kontrola i dbałość o bezpieczeństwo narodowe (security). Ta różnica

<sup>47</sup> Doc. 9734 „Safety Oversight Manual, Part A – The Establishment and Management of a State’s Safety Oversight System”.

<sup>48</sup> Załącznik do rozporządzenia ministra infrastruktury z dnia 11 marca 2004 r. w sprawie zasad działania służb ruchu lotniczego (Dz.U. Nr 44, poz. 415).

w ewolucji pojęcia suwerenności w dwóch różnych częściach świata da się wytlumaczyć m.in. położeniem geograficznym. Przestrzeń USA jest znacznie większa niż UE. Duża odległość od sąsiadów nie zmusza do współpracy przy kontroli powietrznej, tak jak w przypadku państw europejskich. Wydaje się, iż realizacja idei wolnego przepływu ruchu lotniczego nie jest realna. Zawsze powstaną tu różnego typu bariery, w tym chęć uzyskania przez państwa jak największej ilości praw suwerennych. Warto tu wspomnieć o tym, iż dla wielu państw (zwłaszcza małych) dużą rolę odgrywa tu tradycja, kultura i ideologia. Dla wielu państw narodowy przewoźnik lotniczy (podobnie jak i morski) to symbol suwerenności i niezależności<sup>49</sup>. Otwarcie nieba jest zagrożeniem dla narodowego przewoźnika, nie wiadomo czy w takich warunkach będzie on w stanie przetrwać.

Z pojęciem suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej łączy się kwestia możliwości zestrzeleń cywilnych statków powietrznych. Konwencja z 1944 r. w art. 3 pkt d stanowi, iż umawiające się państwa będą musiały zachować zasady bezpieczeństwa w żegludze powietrznej. Aneks techniczny nr 2 ICAO (Reguły ruchu lotniczego) stanowi o zestrzeleniu samolotu i wskazuje, iż przechwycony samolot powinien powstrzymać się od użycia broni we wszystkich przypadkach przechwyceń statków cywilnych<sup>50</sup>. Z uwagi na liczne zestrzelenia statków cywilnych (znajdujących się omyłkowo w terytorialnej przestrzeni powietrznej państwa), żadne państwo nie rościło sobie nienależnych praw do użycia siły przeciwko intruzom. Stąd pomimo istnienia teoretycznej zasady suwerenności państwa w narodowej przestrzeni powietrznej, zwyczajowa praktyka państw ogranicza wykonanie tego absolutnego prawa. Wzrastająca obawa państw, zwłaszcza po zestrzeleniu samolotu koreańskich linii lotniczych KAL przez ZSRR w 1983 r. sprawiła, iż ICAO postanowiło zmienić konwencję chicagowską. Zmiana skodyfikowała praktykę państw (zwyczaj prawa międzynarodowego), iż każde państwo musi powstrzymać się od użycia broni przeciwko statkowi cywilnemu w locie. Zmiana została przyjęta jednomyślnie przez państwa, weszła w życie w 1998 r., ale nie została ratyfikowana przez USA.<sup>51</sup> ZSRR odmówił (zgodnie ze swoim prawem) i uznał, że nie ma takiego przymusu do powstrzymania się od użycia siły na mocy konwencji chicagowskiej. Na sesji nadzwyczajnej ICAO zdecydowano o dodaniu art. 3 bis do konwencji chicagowskiej<sup>52</sup>, przewidywano konieczną

<sup>49</sup> J. Naveau, *Liberté de l'air: la grande illusion?. Evolution et révolution du droit des transport aériens*, Bruxelles 1996, s. 188.

<sup>50</sup> A35-WP/145, ex/51, 17/09/04 ATM related security initiatives in Europe (materiał roboczy z 35 sesji Zgromadzenia Ogólnego ICAO).

<sup>51</sup> D.R. Andersen, *Recent cases and developments in aviation law*, Journal of Air Law and Commerce 1994, Vol. 60, nr 1, s. 61–66; G. Richard, *KAL 007: the legal fallout*, Annals of Air and Space Law 1984, vol. IX, s. 147–161; M. Mukai, *The use of force against civil aircraft: the legal aspects of joint international actions*, Annals of Air and Space Law 1994, Vol. XIX-II, s. 567–587; F. Hassan, *A legal analysis of the shooting of Korean Airlines 007 by the Soviet Union*, Journal of Air Law and Commerce 1984, Vol. 49, nr 3, s. 555–588.

<sup>52</sup> P.M. Dupont, *L'aéronef militaire et le droit international: le cadre juridique des opérations aériennes depuis la fin de la guerre froide*, Revue Française de Droit Aérien et Spatial 2004, nr 3, s. 311; M. Dupont-

równowagę pomiędzy zasadą kompletnej i wyłącznej suwerenności państw w ich przestrzeni powietrznej i bezpieczeństwem statku cywilnego i osób na jego pokładzie.

Rada ICAO przyjęła rezolucję A-25-3 zachęcającą państwa do współpracy przeciwko praktykom zestrzeliwania statków cywilnych, do współpracy żeglugi wojskowej i cywilnej w celach zapewnienia bezpieczeństwa, zharmonizowania procedur przechwytywania statków powietrznych, przystąpienia do ujednoczonego systemu operacyjnego w działaniach załóg lotniczych. Zgromadzenie ICAO zarządziło współpracę Komisji Żeglugi Powietrznej i Komitetu Prawnego. ZSRR sprzeciwiło się zmianie konwencji chicagowskiej – uznało, iż rezolucja ICAO jest przedwczesna. Zdanie to poparły m.in. Bułgaria, Chiny, Kuba, Polska i Wietnam. Blok sowiecki chciał jedynie zmiany aneksów technicznych albo powstania nowego aneksu o przechwyceniach statków cywilnych (ale wtedy przepisy te nie wiązały wszystkich stron jednakowo, tak jak konwencja).

Większość delegacji uznała, iż przepis o użyciu sił był zabroniony przez prawo zwyczajowe, i nie ma potrzeby jego wpisywania do konwencji. Potwierdziły to delegacja austriacka i francuska. Delegacja brytyjska proponowała wyraźne odwołanie się do Karty NZ w konwencji chicagowskiej. Nowy przewodniczący ICAO Kotaite uznał potrzebę zapisu o nieużywaniu siły a nie odwoływania się jedynie do prawa zwyczajowego. Zasady te potwierdzają wyroki sądowe i kolejne sesje ICAO dotyczące *security* (ochrony), iż użycie siły przeciwko statkowi cywilnemu, gdzie giną niewinni ludzie jest przeciwstawna zasadzie, iż podstawowe względy człowieczeństwa powinny być zachowane przy stosowaniu wyjątków od takiego zakazu. Pierwsze zdanie pkt a ma charakter deklaratoryjny. Jedną z opinii o drugim zdaniu paragrafu a uznaje, iż nie jest ono niezbędne, ponieważ zgodnie art. 103 Karty NZ w przypadku konfliktu pomiędzy obowiązkami członków ONZ na mocy Karty i jej zobowiązań obowiązki jakiegokolwiek umowy międzynarodowej (takiej jak konwencja chicagowska) muszą podporządkować się obowiązkom Karty. Jakkolwiek odwołanie do Karty zostało przewidziane. Odniesienie do Karty w drugim zdaniu pkt a znów podkreśla istniejący przepis prawa międzynarodowego, iż jedynym wyjątkiem do użycia siły jest samoobrona państwa przeciwko zbrojnemu atakowi (art. 51 Karty). Stąd nawet jeśli statek nie jest prawidłowo użytkowany przeciwnie do celów konwencji, nie usprawiedliwia to użycia siły przeciwko niemu.

Protokół zmieniający konwencję chicagowską art. 3 bis (dotyczącym zakazu użycia siły przeciwko lotnictwu cywilnemu) wszedł w życie 1 października 1998 r. – przyjęło go 138 państw. Jego szybkie przyjęcie wynikało z jednoznacznego potępienia stanowiska ZSRR, którego wojskowe samoloty w 1983 r. strąciły

---

-Elleray, *Le terrorisme aérien: de l'évolution de la menace à la riposte du droit à la piraterie aérienne*, Revue Française de Droit Aérien et Spatial 2001, Vol. 220, nr 4, s. 392-399; J.V. Augustin, *Contracting states urged to ratify a protocol prohibiting use of weapons against civil aircraft*, ICAO Journal, October 1997, s. 11-13.



koreański samolot pasażerski<sup>53</sup>. 60 państw nie zaakceptowało tych zasad, chociaż niektóre i tak są związane tym przepisem na mocy zwyczajowego prawa międzynarodowego (np. USA, które nie akceptują przepisu poprzez ratyfikację, bo nie chcą przyjmować w tej sprawie jurysdykcji Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości zgodnie z art. 84 konwencji).

Art. 3 bis pkt b wskazuje co każde państwo może zrobić w celu wykonania swojej suwerenności. Wymaga, aby statek który przekroczył przestrzeń wylądował w wyznaczonym porcie. Państwo może także poinstruować statek, aby opuścił on zakazane rejony, o których mowa w art. 9 konwencji z 1944 r. albo aby opuścił jego przestrzeń jako taką. Zgodnie z art. 4 konwencji każde państwo zgadza się, aby nie używać lotnictwa cywilnego do celów niezgodnych z konwencją i jej celami. Środki, jakich używa państwo do obrony przed statkiem–intruzem muszą być zgodne z międzynarodowym prawem i uszczegółowione w paragrafie a nowego art. 3 bis, przepis ten kładzie nacisk na ochronę życia ludzi na pokładzie i bezpieczeństwo statku. W art. 3 bis pkt b wymaga się od państw, aby publikowały one swoje regulacje dotyczące zestrzeleń statków. Państwa nie mają obowiązku przesyłania tych procedur do ICAO, nie ma też mowy o tym, iż te procedury muszą być zgodne z SARP's. Ważnym przepisem jest ten stanowiący o tym, iż każdy statek cywilny musi wykonywać rozkazy (np. wylądowania albo podjęcia działań, takich jak opuszczenie przestrzeni powietrznej państwa przechwytyjącego) zgodnie z pkt b art. 3 bis. Paragraf c obliguje państwa–strony do ustanowienia wszystkich niezbędnych przepisów w prawie krajowym i regulacjach do powzięcia dostosowawczych obowiązków dla każdego statku cywilnego zarejestrowanego w państwie albo operującego przez osobę mającą główne miejsce biznesu, albo rezydencji w tym państwie. Państwo musi przewidzieć system surowych kar natury administracyjnej albo karnej za niepodporządkowanie się jego przepisom. Problematyczny był pkt d i słowo „prevent” (które zastąpiono słowem „prohibit”) odnośnie tego, iż państwo powinno zapobiec użyciu statku cywilnego dla celów sprzecznych z konwencją. Byłoby to niemożliwe obciążenie dla państwa, odkąd pogwałcenie art. 4 konwencji przez statek cywilny automatycznie spowodowałoby, iż państwo to naruszyłoby przepisy konwencji.

Trzeba zauważyć, iż ważne elementy zawarte w art. 3 bis są deklaracją istniejącego międzynarodowego prawa, przepis ten podkreśla istnienie pewnych zasad prawa międzynarodowego. Wedle niektórych autorów, fakt, iż przepis ten został przegłosowany 107 głosami państw (w wyniku osiągniętego konsensusu) ma bardzo duże znaczenie<sup>54</sup>. Należy jednak pamiętać, iż zanim artykuł 3 bis ratyfikowano, wszystkie państwa i ZSRR zgadzały się co do tego, że nie można używać

<sup>53</sup> Ki-Gab Park, *La protection de la souveraineté aérienne*, Thèse pour le doctorat en droit, Université de Droit, d'Economie et de Science Sociales de Paris, Novembre 1989, s. 409–411.

<sup>54</sup> G.F. FitzGerald, *The use of weapons against civil aircraft- amendment (article 3bis) to the Chicago Convention*, *The Air and Space Lawyer* 1984, Vol. 2, nr 1, s. 7–9.

broni przeciwko statkowi cywilnemu w locie. Ostatecznie jednak nie wszystkie państwa art. 3 bis ratyfikowały (np. art. 3 bis nie ratyfikowały USA).

Można powiedzieć, iż zasada nieużywania broni przeciwko cywilnym statkom powietrznym stała się zasadą powszechnie obowiązującą, nawet przy braku umowy międzynarodowej (normą zwyczajową jest także przelot statku kosmicznego). USA, które na konferencji wręcz narzuciły ten przepis – nie ratyfikowały go, i mogły nadal zestrzeliwać statki cywilne. Upoważniły do tego swoje organy wojskowe. W przedstawionych legislacjach wewnętrznych państwa wykonują swoje obowiązki płynące z art. 3 bis i zawierają przepisy zakazujące zestrzeliwać cywilnych statków powietrznych (przykład wyrok polskiego Trybunału Konstytucyjnego z 2008 r., czy wyrok niemieckiego sądu w analogicznej sprawie), skupiając się na konstytucyjnej godności życia ludzkiego. Kwestia ta jednak nadal budzi wiele kontrowersji i dyskusji prawno-politycznych. Tak na przykład w Niemczech (2006 r.)<sup>55</sup> i Polsce (2008 r.)<sup>56</sup> sądy uznały zestrzeliwanie cywilnych statków powietrznych za sprzeczne z konstytucją i prawami praw człowieka. Podobne zakazy zestrzeliwania cywilnych statków powietrznych istnieją m.in. w Czechach i Bułgarii. W prawie brytyjskim i holenderskim nie ma natomiast specyficznego zakazu dokonywania takich zestrzeleń. Wszystkie procedury odnośnie przechwytywania statków cywilnych są określone w Zintegrowanym Zbiorze Informacji Lotniczych – AIP.

Większość zachodnich krajów nie ma jasnych przepisów w tej sprawie: wiadomo jedynie, że decyzja o zestrzeleniu musi zapaść na najwyższym szczeblu administracyjnym. We Francji i Stanach Zjednoczonych jest to prezydent, w Niemczech kanclerz, a we Włoszech, Wielkiej Brytanii czy Hiszpanii premier. Kwestia ta powracała w różnych momentach w ostatnich latach w związku z potencjalnym zagrożeniem wykorzystania porwanych samolotów jako żywych bomb do wyrządzenia jeszcze większych szkód.

Podane przykłady incydentów i wypadków zestrzelenia cywilnych statków powietrznych oraz atak terrorystyczny z 11 września 2001 r. pokazują, iż przepis ten jest praktycznie niewykorzystywany w praktyce (potwierdzają to także rozwiązania krajowe). Warto zauważyć, iż o ile zestrzeliwanie statków cywilnych budziło i nadal budzi ogólny sprzeciw (wypadek KAL) to przy zestrzeleniach statków wojskowych, takich jak U2 (amerykański samolot szpiegowski zestrzelony nad terytorium ZSRR w 1960 r.), państwa (w tym USA) nie protestują.

Kwestie karne w prawie lotniczym podejmowały trzy konwencje lotnicze (tokijska, haska i montrealaska). Konwencja tokijska<sup>57</sup> – pierwsza karna konwencja lotnicza z 1963 r. ustaliła zasadę nieingerencji państwa w sprawowaniu

<sup>55</sup> Leitsätze zum Urteil des Ersten Senats vom 15. Februar 2006-1 BvR 357/05.

<sup>56</sup> Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 września 2008 r. Sygn. akt K 44/07 w sprawie niezgodności z Konstytucją RP art. 122a ustawy Prawo lotnicze.

<sup>57</sup> Konwencja w sprawie przestępstw i niektórych innych czynów popełnionych na pokładzie statków powietrznych – Dz.U. z 1971 r. Nr 15, poz. 147.

jurysdykcji karnej nad sprawcami przestępstw popełnionych na pokładzie statku powietrznego. Oznacza to, iż państwa – uczestnicy konferencji dyplomatycznej w Tokio uznały potrzebę ograniczenia jurysdykcji (jako elementu suwerenności) państwa w obliczu zagrożenia aktami terrorystycznymi. Jedyne wyjątki określone w art. 3 konwencji tokijskiej pozwalały na możliwość ukarania przestępców przez państwo, nad którego terytorium przestępstwo zostało popełnione. Wydaje się, iż taka sytuacja pokazuje, iż społeczność międzynarodowa uznała konieczność stworzenia uprawnień jurysdykcyjnych czyniących państwa kompetentnymi do działań wobec przestępstw dokonanych na pokładzie statków powietrznych. Konwencja haska (1970 r.)<sup>58</sup> i montrealaska (1971 r.)<sup>59</sup> analogicznie do konwencji tokijskiej, w stosunku do przestępstw terroryzmu lotniczego, przyjęły również podobne zasady, z pomocą których można ustalić władze jakiego państwa są właściwe dla prowadzenia postępowania karnego wobec sprawców aktów terroryzmu lotniczego.

Dopuszczają one także możliwość zbiegu kompetencji jurysdykcyjnych kilku państw w konkretnym przypadku popełnienia jednego z omawianych czynów. Zgodnie z postanowieniami obu konwencji dotyczących zwalczania aktów terroryzmu lotniczego prawo i obowiązek podjęcia środków koniecznych do ustanowienia swej jurysdykcji wobec takich przestępstw spoczywa na następujących umawiających się państwach: na państwie, w którym był zarejestrowany statek powietrzny, na pokładzie którego lub przeciwko któremu (konwencja montrealaska) popełniono przestępstwo, na państwie, na którego terytorium ląduje samolot, na pokładzie którego popełniono przestępstwo z domniemanym sprawcą znajdującym się tam, na państwo, w którym w wypadku wydzierżawienia statku bez załogi ma główną siedzibę swego przedsiębiorstwa lub miejsce stałego pobytu osoba eksploatująca statek, na pokładzie którego lub przeciwko któremu (konwencja montrealaska) przestępstwo popełnione. Poza tym obie konwencje haska i montrealaska przyjmując zasadę uniwersalności ścigania sprawców aktów terroryzmu lotniczego, przewidują prawo i obowiązek podjęcia środków niezbędnych do ustanowienia swej jurysdykcji przez każde umawiające się państwo, na terytorium którego znajduje się i nie zostanie wydany w ramach ekstradycji sprawca jednego z przestępstw stanowiących przedmiot tych umów. Konwencja haska przyjmuje tę zasadę szerzej, stosując ją do wszystkich przestępstw nią objętych (art. 4 ust. 2) natomiast konwencja montrealaska określa analogiczne prawa i obowiązki tylko odnośnie niektórych czynów będących jej przedmiotem, takich jak akt przemocy w stosunku do osoby na pokładzie, zniszczenie lub uszkodzenie samolotu albo umieszczenie w nim urządzeń lub substancji powodujących takie skutki (art. 5 ust. 2). Oprócz tych podobnych przepisów obu konwencji co do kompetencji

<sup>58</sup> Konwencja o zwalczaniu bezprawnego zawładnięcia statkami powietrznymi – Dz.U. z 1972 r. Nr 25, poz. 181.

<sup>59</sup> Konwencja o zwalczaniu bezprawnych czynów skierowanych przeciwko bezpieczeństwu lotnictwa cywilnego – Dz.U. z 1976 r. Nr 8, poz. 37.

jurysdykcyjnej umowy te zawierają także w tej materii postanowienia specyficzne, związane z różnicami w przedmiocie konwencji haskiej i montrealskiej. Ta ostatnia przewiduje bowiem także w związku z czynami przestępczymi, do których ma zastosowanie – prawo i obowiązek podjęcia środków koniecznych do ustanowienia swej jurysdykcji przez państwo, na którego terytorium dane przestępstwo zostało popełnione (art. 5 ust. 1a). Nie przyjęto na konferencji montrealskiej uznania kompetencji jurysdykcyjnej państwa, na terytorium którego następują skutki dokonanego przestępstwa. W obliczu niepowodzeń lotniczych konwencji karnych (w tym spowodowanego sporem kompetencji jurysdykcyjnych państwa) ICAO podjęło próby uregulowania kwestii związanych z ochroną lotnictwa cywilnego, która miała na celu prewencję i niedopuszczanie do powstania zagrożeń aktami terrorystycznymi w lotnictwie. Rewizja aneksu 17 oraz różne inicjatywy ICAO służące wzmocnieniu bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego (w znaczeniu *safety i security*), takie jak audyty i kontrola miały służyć zwiększeniu bezpieczeństwa lotnictwa cywilnego.

## Podsumowanie

Reasumując można zauważyć, iż pojęcie *suwerenności* ewoluuje i obecnie musi się „zmierzyć” z wieloma wyzwaniami. Trendy regionalizacyjne na świecie (np. Unia Europejska) powodują, iż część po części *suwerenności* mniejszego podmiotu poddaje się pod suwerenność większego, (w przeciwieństwie do rozpadu federacji i podziału na mniejsze suwerenne podmioty). Ponadto zaczęło powstawać coraz więcej organizacji międzynarodowych i lokalnych zajmujących się szczegółowymi zagadnieniami (tak jak np. funkcjonowanie lotnictwa cywilnego) o charakterze technicznym i gospodarczym. W lotnictwie cywilnym bardzo ważną rolę pełnią tu EUROCONTROL i EASA. Członkostwo w organizacjach tworzy nowe prawa i obowiązki dla stron, przez co wydaje się, iż suwerenność państw–stron organizacji jest nadwyrężona. W świecie międzynarodowej komunikacji i finansów rządy częściowo nie są w stanie sprawować suwerennej kontroli nad danymi elektronicznymi wchodzącymi i wychodzącymi z ich terytoriów. Wydaje się więc, iż państwo traci swoją suwerenność, którą mu się przypisuje. Jednak paradoksalnie suwerenność pozostaje nadal ważna – widać to na przykładzie powstawania nowych i niezależnych państw<sup>60</sup>.

---

<sup>60</sup> M.S.M. Shrewsbury, *September 11<sup>th</sup> and the Single European Sky: developing concept of airspace sovereignty*, JALC vol. 68, Winter 2003, nr 1, s. 115–160.

## STRESZCZENIE

Celem niniejszego artykułu jest pokazanie, jak w obecnej erze szybkiego rozwoju technologii i przemysłu lotniczego kształtuje się pojęcie suwerenności państwa. Warto postawić sobie pytanie, jaki wpływ na współczesne pojęcie suwerenności mają takie trendy, jak regionalizacja, prywatyzacja i globalizacja a nawet terroryzm lotniczy.

Autorka przedstawia i analizuje proces ewolucji pojęcia suwerenności państwa w przestrzeni powietrznej z uwzględnieniem wszelkiej dostępnej literatury, która co warto zauważyć, dotyczy głównie pojęcia suwerenności w znaczeniu prawa międzynarodowego, a nie tylko prawa lotniczego. Wynikiem analizy przeprowadzonej przez autorkę są wnioski końcowe.

Można zauważyć, iż państwa powoli odchodzą od pojęcia suwerenności z konwencji chicagowskiej na różne sposoby, ale biorą pod uwagę zasadę otwartego nieba (ang. „open skies”). Pozostałe państwa zachowują model suwerenności absolutnej. Jednym z powodów jest fakt, iż ekonomiczne siły dla zmiany w międzynarodowym rynku lotniczym napotykać na wiele barier. W innych dziedzinach gospodarki (przemysł motoryzacyjny, energetyczny) interesy reprezentują wielonarodowe przedsiębiorstwa ustanawiające same poziomy cen i wykorzystujące szanse i wyzwania, jakie się nadarzą. Jednym z nich są atrakcyjne atrybuty wynikające z suwerenności państw. Mają one podłoże głównie ekonomiczne. Można zgodzić się z twierdzeniem, iż transformacja suwerenności w powietrzu nie ma miejsca, ma miejsce jedynie ewolucja wykonywania narodowej suwerenności. Inni uważają, iż rolą suwerena jest zapewnienie security. Jeśli wzmocnić prawo międzynarodowe o security, wtedy suweren powinien delegować funkcje suwerena organowi międzynarodowemu. Trudno jednak będzie mówić o tradycyjnym pojmowaniu suwerenności. Wielu jednak uznaje, iż delegowanie suwerenności nie oznacza, iż jej już nie ma.

Wydaje się także, iż w praktyce pojęcie suwerenności powietrznej państwa i kompetencje państwa z tytułu przynależności statku powietrznego tracą w pewnym sensie na znaczeniu. Stanowią podstawowe kryterium dla regulacji międzynarodowego prawa lotniczego, ale ustępują kryteriom funkcjonalnym. W rezultacie wydaje się, iż tradycyjna koncepcja suwerenności znajduje się w fazie transformacji; rozluźnieniu ulega suwerenność państw słabych i zwiększa się suwerenność państw ekonomicznie rozwiniętych i niektórych organizacji międzynarodowych.

## SUMMARY

The aim of this article is to show how the concept of state sovereignty develops in the present era of fast progress in technology and aviation industry. It is worth asking a question about the influence of such trends as regionalization, privatization and globalization, and even terrorism in air traffic on the modern concept of sovereignty.

The author discusses and analyzes the process of evolution of the concept of state sovereignty in the air space taking into account all the available literature which, that is worth mentioning, refers mainly to the concept of sovereignty as understood in the international law and not only aviation law. The results of the analysis done by the author are the final conclusions.

It can be noticed that states slowly and in different ways renounce the concept of sovereignty of the Chicago Convention but they take into account the rule of open skies. Other states maintain the model of absolute sovereignty. One of the reasons is the fact that economic forces for the change in the international air traffic encounter various barriers. In other economic sectors (car manufacturing, power industry) interests are represented by big multinational companies which calculate prices on their own and exploit opportunities and challenges which arise. Some of them are attractive attributes of state sovereignty. They have mainly economic background. You can agree with the statement that there is no transformation of sovereignty in air space, there is only evolution of state sovereignty performance. Others think that the sovereign's role is to guarantee security. If international law was strengthened by security, then the sovereign should delegate sovereign's functions to an international body. Nevertheless, it will be very difficult to talk about the traditional understanding of sovereignty. But there are also many opinions that delegating sovereignty does not mean it will stop existing.

It also seems that in practice the concept of air sovereignty of a state and state competence on account of air ship belonging lose their importance in some sense. They are the main criteria for the international aviation law but they give way to functional criteria. As a result, it seems that the traditional concept of sovereignty is in the process of transformation; weak states' sovereignty is becoming slack and sovereignty of economically developed countries and some international organizations is growing.



MARIA ROGACKA-RZEWNICKA

*Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 23 września 2008 r.,  
I Kzp 19/08*

## Teza

**N**iestawiennictwo oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na rozprawie głównej bez usprawiedliwienia, w każdej fazie jego prowadzenia, powoduje umorzenie postępowania na podstawie art. 496 § 3 i § 1 k.p.k., przy czym jeżeli niestawiennictwo takie ma miejsce po rozpoczęciu przewodu na rozprawie głównej, warunkiem umorzenia jest wyrażenie zgody przez oskarżonego – art. 496 § 2 k.p.k.

## Glosa

1. Na treść glosowanej uchwały Sądu Najwyższego składają się w istocie dwa twierdzenia, chociaż nie zostały one ujęte w formę niezależnych tez. Ich wyróżnienie w tej glosie ma z jednej strony za powód odrębność treści, a z drugiej – zróżnicowaną ocenę trafności. O ile pogląd wyeksponowany we wstępnej części tezy, że „Niestawiennictwo oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na rozprawie głównej bez usprawiedliwienia, w każdej fazie jego prowadzenia, powoduje umorzenie postępowania na podstawie art. 496 § 3 i § 1 k.p.k.” należy uznać za trafny, o tyle zaś twierdzenie: „Jeżeli niestawiennictwo takie ma miejsce po rozpoczęciu przewodu sądowego na rozprawie głównej, warunkiem umorzenia jest wyrażenie zgody przez oskarżonego – art. 496 § 2 k.p.k.” budzi pewne zastrzeżenia.

2. Wypada w kilku krótkich słowach uzasadnić aprobatę dla pierwszej z wypowiedzianych tez. Komentarz w tej sprawie uzasadnia zwłaszcza fakt występujących rozbieżności stanowisk w kwestii sposobu rozumienia zwrotu „niestawiennictwo oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na rozprawie głównej bez usprawiedliwionych powodów” w kontekście skutkującego umorzeniem postępowania odstąpienia oskarżyciela prywatnego od oskarżenia. Na gruncie art. 444 § 3 k.p.k. z 1969 r. bez zastrzeżeń akceptowano pogląd wyrażony przez Sąd Najwyższy,

zgodnie z którym „Jeżeli oskarżyciel prywatny stawił się na rozprawę główną w chwili jej rozpoczęcia, lecz następnie był nieobecny w toku przewodu sądowego, to nieobecność jego nie powoduje w tym wypadku umorzenia postępowania; nie powoduje również umorzenia postępowania niestawiennictwo oskarżyciela prywatnego na dalszy ciąg przerwanej rozprawy, jest to bowiem ta sama rozprawa”<sup>1</sup>. Część przedstawicieli doktryny uznaje aktualność powyższego stanowiska również na gruncie treści art. 469 § 3 obowiązującego k.p.k. Do nich należą m.in. T. Grzegorzczuk i R.A. Stefański<sup>2</sup>. Inni zaś autorzy kwestionują zasadność powoływania się obecnie na wyżej przytoczone postanowienie, a argumentem, który ma decydujące znaczenie w tej ocenie jest odrębność zwrotów „niestawiennictwo na rozprawę główną” (art. 444 § 3 k.p.k. z 1969 r.) i „niestawiennictwo na rozprawie głównej” (art. 469 § 3 k.p.k.). Na tej podstawie A. Gaberle przyjmuje, że treść art. 496 § 3 k.p.k. nakazuje umorzenie postępowania w przypadku nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na każdym z etapów rozprawy głównej<sup>3</sup>. Podobne stanowisko zaprezentowano w komentarzu do kodeksu postępowania karnego pod red. P. Hofmańskiego<sup>4</sup>.

Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale stwierdził, że sformułowanie „niestawiennictwo na rozprawę” jest semantycznie bliższe określeniu czynności jednoznacznej, zaś zwrot „niestawiennictwo na rozprawie” można wiązać z całością rozprawy, a więc z jej kolejnymi fazami. Z przedstawionej interpretacji, ale też z innych przytoczonych przez Sąd Najwyższy argumentów przekonywająco wynika, że niestawiennictwo oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na rozprawie głównej bez usprawiedliwienia w każdej jego fazie skutkuje umorzenie postępowania.

3. Uczynione *in fine* tezy zastrzeżenie skłania do refleksji polemicznej. Oto bowiem Sąd Najwyższy w końcowym fragmencie uchwały stwierdził, że gdy niestawiennictwo takie ma miejsce po rozpoczęciu przewodu sądowego na rozprawie głównej, warunkiem umorzenia jest wyrażenie zgody przez oskarżonego – art. 496 § 2 k.p.k. *Prima facie* można sądzić, że wymóg zgody oskarżonego na umorzenie postępowania, o której mowa w art. 496 § 2 k.p.k. zachodzi w każdym przypadku odstąpienia od oskarżenia na etapie po rozpoczęciu przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej, w tym z powodu nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na rozprawie głównej. Przytoczona regulacja nie czyni bowiem wyraźnie rozróżnienia przy czyn odstąpienia od oskarżenia. Niemniej powstaje kwestia, czy ze względu na

<sup>1</sup> Postanowienie SN z dnia 19 grudnia 1972 r. – V KRN 436/72, OSNKW 1973, nr 9, poz. 114. Zob. J. Bafia, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) M. Mazur, Warszawa 1976, s. 689.

<sup>2</sup> T. Grzegorzczuk, *Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2003, s. 1254; podobnie R.A. Stefański, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. III, (red.) Z. Gostyński (red. II wyd. R.A. Stefański, S. Zabłocki), Warszawa 2004, s. 417.

<sup>3</sup> A. Gaberle, *Postępowania szczególne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.*, Kraków 1998, s. 62–62.

<sup>4</sup> P. Hofmański (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, t. III, Warszawa 2004, s. 50.



wprowadzone w treści art. 496 § 3 k.p.k. domniemanie prawne niewzruszalne nie należałoby odróżniać „niestawiennictwa oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na rozprawie głównej bez usprawiedliwionych powodów” od aktów czynnej dyspozycyjności oskarżyciela prywatnego, będących odstąpieniem od oskarżenia jako jednak różnych okoliczności prawnych w sensie stosowanych rygorów procesowych. Być może wykładnia gramatyczna nie stanowi dość wyrazistej podstawy dla sugerowanej zasadności takiego odróżnienia, chyba że pewne znaczenie przypisze się innym formom czasownikowym słowa „odstąpić od oskarżenia”, użytym w treści art. 496 § 2 i § 3 k.p.k. Gdy pierwszy z tych przepisów, sformułowanie „oskarżyciel prywatny odstąpi od oskarżenia” wskazuje na podjęty przez ten podmiot akt decyzyjnej dyspozycji, u podstaw którego może leżeć np. zawarta ugoda pozasądowa, albo inny rodzaj porozumienia lub pojednania się stron, to treść § 3 stwierdzająca, że „niestawiennictwo oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika (...) uważa się za odstąpienie od oskarżenia” pobrzmiewa – zgodnie z naturą konstrukcji domniemania prawnego – tonem imperatywnego postanowienia ustawodawcy. Patrząc na całość problemu z perspektywy tego rozróżnienia, należy podkreślić słuszność, poczynionej przez T. Grzegorzcyka uwagi, iż oświadczenie oskarżyciela prywatnego o odstąpieniu od oskarżenia powinno być wyraźne<sup>5</sup>. Także na gruncie art. 444 § 1 k.p.k. z 1969 r. brzmiącego identycznie jak obecny przepis art. 496 § 1 k.p.k. przyjmowano, iż umorzenie postępowania następuje wskutek złożenia przez oskarżyciela prywatnego oświadczenia o odstąpieniu od oskarżenia i wyrażenia zgody przez oskarżonego na to odstąpienie, jeśli te oświadczenia są wyrazem rzeczywistej wolnej od wad ich woli<sup>6</sup>. Szczególne znaczenie wskazanego wymagania przejawia się na etapie po rozpoczęciu przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej. W stadium wcześniejszym trzeba uznać za R.A. Stefańskim dopuszczalność konkludentnego odstąpienia oskarżyciela prywatnego od oskarżenia, np. ze względu na niezłożenie zryczałtowanej równowartości kosztów postępowania. Kwestię występowania określonych rygorów procesowych, towarzyszących odstąpieniu od oskarżenia niepodzielnie, a zarazem całkowicie zasadnie, utożsamia się w literaturze z aktem czynnego odstąpienia od oskarżenia.

Akcentując powyższą odrębność przyczyn odstąpienia od oskarżenia w sprawach prywatnoskargowych, skutkujących umorzeniem postępowania karnego, mam na uwadze, że wymóg zgody oskarżonego, wynikający z treści art. 496 § 2 k.p.k. prawidłowo, pod względem prawnym, komponuje się tylko w sytuacji, w której oskarżyciel prywatny rezygnuje z procesu na zasadzie wyraźnego oświadczenia swej woli. Jeśli zaś zaniechanie postępowania wiąże się z nieusprawiedliwionym niestawiennictwem oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika, podniesiona przez Sąd Najwyższy konieczność uzyskania w takim przypadku zgody

<sup>5</sup> T. Grzegorzcyk, *Kodeks postępowania karnego...*, op. cit., s. 1253.

<sup>6</sup> J. Bafia, (w:) *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, (red.) M. Mazur, op. cit., s. 689.

oskarżonego, prowadzi do osłabienia albo wręcz zanegowania waloru prawnego domniemania, ustanowionego w art. 496 § 3 k.p.k. Istotą domniemania prawnego niewzruszalnego jest bowiem imperatywność skutku wskazanego w przepisie, który je ustanawia. Właściwie na gruncie tej konstrukcji prawnej wyłącznie liczy się wola ustawodawcy w kwestii określenia następstwa prawnego wynikłej sytuacji faktycznej. Konsekwencje prawne przewidziane w art. 496 § 3 k.p.k., w związku z zastosowanym domniemaniem prawnym niewzruszalnym, następują także wówczas, gdy oskarżyciel prywatny, który nie stawiał się na rozprawę bez usprawiedliwienia, wcale nie obejmuje swoim postanowieniem rezygnacji z postępowania przeciwko oskarżonemu. Powstaje zatem pytanie, czy charakter domniemania prawnego niewzruszalnego może być modyfikowany jakimikolwiek aktami dyspozycji stron. Taką możliwość należy raczej wykluczyć, kierując się owym charakterem tej konstrukcji prawnej. Uznanie przez Sąd Najwyższy, że nieusprawiedliwione niestawiennictwo oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika, mające miejsce po rozpoczęciu przewodu na rozprawie głównej, oznacza konieczność uzyskania zgody oskarżonego na umorzenie postępowania prowadzi do zanegowania sensu domniemania ustanowionego w art. 496 § 3 k.p.k. Szczególnie widocznym tego przykładem byłaby sytuacja, w której oskarżony odmawia swej zgody na umorzenie postępowania, będąc wyłącznie zainteresowany wyrokiem uniewinniającym. Nie ulega wątpliwości, że odstąpienie oskarżyciela prywatnego od oskarżenia, jako jedna z przesłanek wyłączających postępowanie karne, prowadzi do umorzenia postępowania, nie zaś do uniewinnienia oskarżonego. Nie znajdzie zastosowania art. 477 k.p.k. w związku z art. 485 k.p.k., stwierdzający, że niestawiennictwo oskarżyciela nie tamuje toku rozprawy ani posiedzenia. Rozdział 52 k.p.k., normujący postępowanie z oskarżenia prywatnego, posiada w tym zakresie własną regulację w postaci przepisu art. 496 § 3. Jakie więc znaczenie prawne mógłby mieć wymóg uzyskania zgody oskarżonego w warunkach opisanych w art. 496 § 3 k.p.k., skoro jedynym wchodzącym w grę skutkiem nieusprawiedliwionego niestawiennictwa oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika na rozprawie głównej jest umorzenie postępowania, z racji ustanowionego tym przepisem domniemania niewzruszalnego o odstąpieniu od oskarżenia.

Zgoda oskarżonego na zamknięcie procesu, wymagana przepisami po rozpoczęciu przewodu na pierwszej rozprawie głównej, ma prawne uzasadnienie tylko w przypadku oświadczenia oskarżyciela prywatnego o odstąpieniu od oskarżenia jako przejawu prawa tego podmiotu do dysponowania skargą. W razie zaś nieusprawiedliwionej nieobecności oskarżyciela i jego pełnomocnika na rozprawie, którą z mocy ustawy uważa się za odstąpienie oskarżyciela, zgoda oskarżonego jest całkowicie bezprzedmiotowa, gdyż konsekwencje prawne tej sytuacji wynikają nie z faktu udzielonej zgody bądź jej braku, ale – jak stanowi art. 496 § 3 k.p.k. – z tegoż niestawiennictwa. Do istoty konstrukcji domniemania prawnego niewzruszalnego należy oderwanie następstw prawnych od aktów

woli stron postępowania. W związku z powyższym, w przeciwieństwie do innych przyczyn odstąpienia od oskarżenia, niż wskazana w treści art. 496 § 3 k.p.k., które uzależniają skuteczność umorzenia postępowania karnego na etapie po rozpoczęciu sądowego od obustronnego oświadczenia woli, nieusprawiedliwione niestawiennictwo oskarżyciela prywatnego i jego pełnomocnika stanowi tę podstawę umorzenia, która za sprawą domniemania zawartego w art. 496 § 3 k.p.k. bezprzedmiotowym czyni oświadczenie woli którejkolwiek ze stron.



MAREK KULIK

*Glosa do uchwały SN z dnia 30 czerwca 2008 r.,  
I KZP 8/08*

**Z**achowanie niebędące „wprowadzeniem do obrotu” w rozumieniu art. 305 **U**st. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r., – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.), w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 sierpnia 2007 r., a polegające na udziale w dalszym obrocie towarami oznaczonymi podrobionymi znakami towarowymi nie stanowi występkę określonego w art. 291 k.k. ani w art. 292 k.k., wobec niewypełnienia znamienia „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego”.

Zagadnienie stanowiące przedmiot glosowanej uchwały dotyczy wprawdzie co do zasady przestępstwa paserstwa umyślnego i nieumyślnego, wszakże zasadnicze znaczenie dla jego rozstrzygnięcia miała interpretacja znamienia „wprowadza do obrotu”, występującego w art. 305 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej<sup>1</sup> w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 sierpnia 2007 r. Przepis ten penalizował oznaczanie towarów podrobionym znakiem towarowym w celu wprowadzenia ich do obrotu, a także wprowadzanie towarów oznaczonych takim znakiem do obrotu. Kwestia wykładni tego przepisu była przedmiotem uwagi Sądu Najwyższego, który stwierdził, że wprowadzeniem do obrotu jest przekazanie przez producenta lub importera po raz pierwszy do obrotu towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym<sup>2</sup>. Nie wchodząc póki co w kwestię poprawności przyjętego wówczas poglądu, należy stwierdzić, że miał on znaczący rezonans, przyczyniając się między innymi do nowelizacji art. 305 pwp. Niezależnie od tego pogląd ten, konsekwentnie podtrzymany przez Sąd Najwyższy w glosowanej uchwale, ma istotne znaczenie dla oceny zagadnienia prawnego, które przyszło obecnie rozstrzygać Sądowi Najwyższemu<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 ze zm.

<sup>2</sup> Uchwała SN z dnia 25 maja 2005 r. – I KZP 134/05, OSNKW 2005, nr 6, poz. 50,

<sup>3</sup> Ma on też istotne znaczenie dla dalszego rozwoju prawa karnego, zwłaszcza pozakodeksowego. Znamie „wprowadzania do obrotu” jest bowiem używane w innych przepisach typizujących czyny zabronione. Warto przywołać chociażby art. 12 pkt 3 ustawy z dnia 9 listopada 1995 r. o ochronie zdrowia przed

Przyjmując bowiem, że wprowadzeniem do obrotu w rozumieniu art. 305 pwp w brzmieniu obowiązującym do 31 sierpnia 2007 jest tylko pierwotne wprowadzenie do obrotu, Sąd Najwyższy uznał, iż konsekwencją tego poglądu jest brak odpowiedzialności osób uczestniczących w dalszym obrocie towarami oznaczonymi podrobionymi znakami towarowymi za występki paserstwa umyślnego (art. 291 k.k.) lub nieumyślnego (art. 292 k.k.).

Tok rozumowania Sądu Najwyższego przy rozstrzyganiu w niniejszej sprawie był następujący:

Głównym przedmiotem ochrony występkę paserstwa jest mienie, na co wskazuje umiejscowienie przepisów art. 291 i 292 k.k. w rozdziale XXXV – „Przestępstwa przeciwko mieniu”. Sąd Najwyższy miał świadomość, że nie jest to jedyny przedmiot ochrony wspomnianych występków. Do poglądu takiego doprowadziła go przede wszystkim wykładnia historyczna (umieszczenie paserstwa w rozdziale „Przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu” w k.k. z 1932 r.). Organ ten miał jednak także świadomość tego, że przedmiot wykonawczy paserstwa niekoniecznie musi pochodzić z kradzieży, może pochodzić z innego czynu zabronionego. Niekoniecznie musi być to czyn zabroniony skierowany przeciwko mieniu. Konstatacja ta skłoniła Sąd Najwyższy do przeanalizowania znamienia uzyskania rzeczy za pomocą czynu zabronionego, zwracając uwagę na niejednoznaczne rozumienie w doktrynie imiesłowu „uzyskaną”. Analiza ta doprowadziła Sąd Najwyższy do przyjęcia, iż większościowy w doktrynie i orzecznictwie jest pogląd uznający, że przez „uzyskanie” należy rozumieć wejście w posiadanie już istniejącej rzeczy, a nie jej wytworzenie. Organ ten odwołał się do swojego wcześniejszego poglądu, iż „uzyskać można tylko rzecz już istniejącą”<sup>4</sup>. Stwierdził wreszcie, że w literaturze powstałej na gruncie art. 215 k.k. z 1969 r. zgłoszony został postulat *de lege ferenda*, by zwrot „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronio-

---

następstwami używania tytoniu i wyrobów tytoniowych (Dz.U. z 1996 r. Nr 10, poz. 55 ze zm.). Na tle tego przepisu SN wypowiedział pogląd zbieżny z prezentowanym w omawianym orzeczeniu (uchwała SN z dnia 21 września 2005 r., I KZP 29/05, OSNKW 2005, nr 10, poz. 90). Podobnie znamię „wprowadzania do obrotu”. Ten sam problem dotyczy przepisu art. 56 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (Dz.U. z 2005 r. Nr 179, poz. 1485 ze zm.), art. 34 ustawy z 11 stycznia 2001 r. o substancjach i preparatach chemicznych, (Dz.U. Nr 11, poz. 84 ze zm.), art. 14 ustawy z 30 marca 2001 r. o kosmetykach (Dz.U. Nr 42, poz. 473 ze zm.), art. 96 i 99 ustawy z 25 sierpnia 2005 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia (Dz.U. Nr 171, poz. 1225); w tym miejscu warto zauważyć, że zgodnie z art. 3 pkt 8. rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołujące Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiające procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności (Dz. Urz. L 031, 01/02/2002 P. 0001 – 0024) wprowadzenie na rynek” oznacza posiadanie żywności lub pasz w celu sprzedaży, z uwzględnieniem oferowania do sprzedaży lub innej formy dysponowania, bezpłatnego lub nie oraz sprzedaż, dystrybucję i inne formy dysponowania, zaś przez wprowadzanie żywności do obrotu należy zgodnie z art. 3 ust 3 pkt 52 ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia rozumieć wprowadzanie na rynek w rozumieniu art. 3 pkt 8 rozporządzenia nr 178/2002, art. 78 i 79 ustawy z 20 kwietnia 2004 r. o wyrobach medycznych (Dz.U. Nr 93, poz. 896 ze zm.), art. 124 i 126 ustawy z 6 września 2001 r. Prawo farmaceutyczne (tj. Dz.U. z 2008 r. Nr 45, poz. 271). W odniesieniu do przynajmniej części wskazanych przepisów przyjęcie interpretacji zgodnej z linią orzecznictwa SN oznacza konieczność natychmiastowej nowelizacji.

<sup>4</sup> Wyrok SN z 24 czerwca 1922 r. (K 237/22), OSP 1923, poz. 297.

nego” zastąpić zwrotem „rzecz pochodząca z czynu zabronionego”, który swym znaczeniem obejmowałby jednoznacznie także rzeczy wytworzone przestępstwem lub przetworzone w jego wyniku<sup>5</sup>. Istnienie w przeszłości tego rodzaju wniosku Sąd Najwyższy uznaje za okoliczność przemawiającą za wąskim rozumieniem znamienia „uzyskaną”. Skoro bowiem propozycja owa znana była od lat osiemdziesiątych dwudziestego wieku, a tworząc kodeks karny z 1997 r. nie uwzględniono jej, zatem wolą ustawodawcy było nadanie terminowi „uzyskaną” wąskiego znaczenia.

Oczywiście, wymienienie poglądów doktryny i orzecznictwa (zresztą rozbieżnych) nie może ostatecznie przesądzać zagadnienia, jak powinno być rozumiane znamie „uzyskana”. Analizując je Sąd Najwyższy odwołał się zatem do słownikowego rozumienia pojęcia „uzyskać”. Na podstawie słowników języka polskiego interpretuje czasownik „uzyskać” jako „otrzymać, zyskać”<sup>6</sup>. Powołując słowniki języka polskiego oraz intuicję językową, Sąd Najwyższy stwierdza, że pojęcie „uzyskiwać” zawiera dominujący element zewnętrzny (otrzymać coś od kogoś). Warto wszakże zauważyć, że Sąd Najwyższy ma świadomość tego, że nie jest to jedynie właściwa interpretacja tego zwrotu (por. np. uzyskać dobry wynik, autor niniejszego chętnie dodałby w tym miejscu – „uzyskać proch strzelniczy z saletry, węgla i siarki”, co jako żywo wskazuje, że szersze rozumienie czasownika uzyskać jest w języku polskim uprawnione). Sąd Najwyższy zatem jest w pełni świadom tego, że na gruncie języka polskiego nie można uzasadnić węższego rozumienia czasownika „uzyskać”. Stwierdza więc, że w języku ogólnym nie istnieje podział, jaki został wypracowany w języku prawniczym w kontekście przestępstwa paserstwa.

Ostatecznie więc Sąd Najwyższy bynajmniej nie przesądza znaczenia czasownika „uzyskać”, jedynie ogranicza się do stwierdzenia, że większość doktryny i orzecznictwa opowiada się za jego węższym rozumieniem.

W końcowej części uzasadnienia Sąd Najwyższy odnosi się wprost do kwestii stanowiącej przedmiot jego rozstrzygnięcia. Stwierdza, że przy analizie art. 305 pwp w kontekście wypełnienia przez sprawcę ustawowych znamion paserstwa wstępnym założeniem musi być przyjęcie, że sprawca czynu w pierwszej postaci własność lub władztwo nad towarem pozyskał w sposób zgodny z prawem. Zatem czynem zabronionym jest samo oznaczenie podrobionym lub przerobionym znakiem towarowym. Zdaniem Sądu Najwyższego czynność ta nie powoduje, że tak oznaczony towar otrzymuje odmienny ontologiczny byt i staje się przez to nowym towarem. Jest nadal tym samym towarem, z nadaną mu w drodze przestępnej swoistą cechą<sup>7</sup>. Zatem, zdaniem Sądu Najwyższego, powstaje „nowa jakość” towaru, lecz nie nowy towar. Reasumując organ ten uważa, że oznaczenie towaru

<sup>5</sup> E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986, s. 238–239.

<sup>6</sup> S. Dubisz (red.), *Uniwersalny Słownik języka polskiego*, t. IV, Warszawa 2003, s. 643; M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1983, s. 643.

<sup>7</sup> SN powtarza w tym zakresie pogląd O. Chybińskiego, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Warszawa 1962, s. 70.

podrobionym znakiem towarowym nie stanowi uzyskania rzeczy za pomocą czynu zabronionego. Podobnie, zdaniem Sądu Najwyższego, jest w wypadku wprowadzenia do obrotu tak oznaczonego towaru. Wprowadzenie takie stanowi występki z art. 305 pwp, jednak popełnienie tego występkę nie nadaje towarowi cechy rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego.

Podzielam pogląd, że zachowanie, o którym mowa, nie stanowi paserstwa. Jest tak jednak z zupełnie odmiennych powodów, niż wskazuje Sąd Najwyższy. Nie dzielam poglądu Sądu Najwyższego, że nie jest „wprowadzeniem do obrotu” w rozumieniu art. 305 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej w brzmieniu obowiązującym do dnia 31 sierpnia 2007 r., zachowanie polegające na udziale w dalszym obrocie towarami oznaczonymi podrobionymi znakami towarowymi”. Uważam, że zachowanie takie na gruncie wskazanego stanu prawnego było „wprowadzaniem do obrotu”. Całkowicie dzielam zastrzeżenia wypowiedziane w doktrynie pod adresem uchwały Sądu Najwyższego z dnia 25 maja 2005 r.<sup>8</sup> Zaakceptowanie tego stanowiska bynajmniej nie przesądza o uznaniu tezy głosowanej uchwały za nietrafną. Gdyby przyjąć, że w stanie prawnym istniejącym do dnia 31 sierpnia 2007 r. wprowadzeniem do obrotu w rozumieniu art. 305 pwp było każde kolejne zbycie towaru oznaczonego podrobionym lub przerobionym znakiem akcyzy, należałoby w odniesieniu do każdego kolejnego nabywcy rozważyć kwestię odpowiedzialności karnej za umyślne lub nieumyślne paserstwo. Konieczność takiego rozważenia była sygnalizowana w doktrynie, jednak bynajmniej nie sugerowano, że paserstwo zachodzi w omawianym wypadku. Stwierdzono wyłącznie, że kwestię tę należy rozważyć, czego całkowicie zabrakło w uchwale z 25 maja 2005 r.<sup>9</sup>

Sąd Najwyższy w uzasadnieniu głosowanej uchwały prezentuje pogląd, że przyjęcie wykładni prezentowanej w glosach krytycznych koniecznie musi skutkować uznaniem zachowań każdego kolejnego nabywcy za paserstwo. Nie zgadzam się

<sup>8</sup> Por. zwłaszcza M. Mozgawa, R. Skubisz, *Glosa do uchwały SN z dn. 25 maja 2005 r. (I KZP 134/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50)*, „Prok. i Pr.” 2006, nr 6, s. 144 i n.; M. Król-Bogomilska, *Glosa do uchwały SN z dn. 25 maja 2005 r. (I KZP 134/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50)*, „Glosa” 2007, nr 3, s. 90 i n.; J. Misztal-Konecka, J. Konecki, *Glosa do uchwały SN z dn. 25 maja 2005 r. (I KZP 134/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50)*, „OSP” 2006, nr 3, poz. 178; J. Misztal-Konecka, J. Konecki, *Przestępstwo wprowadzenia do obrotu wyrobów oznaczonych podrobionymi znakami towarowymi*, „Prok. i Pr.” 2007, nr 2, s. 149 i n.; E. Traple, *Glosa do uchwały SN z dn. 25 maja 2005 r. (I KZP 134/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50)*, „Glosa” 2005, nr 4, s. 76 i n. Por. też M. Mozgawa, R. Skubisz, *Prawnokarna ochrona znaków towarowych*, „PiP” 1993, nr 7, s. 34; M. Kucharska-Derwisz, *Kilka uwag na temat wykładni pojęcia wprowadzenia do obrotu towarów podrobionych znakiem towarowym*, „Prawnik” 2005, nr 2, poz. 6; E. Traple, *Dalszy obrót towarami z podrobionymi znakami towarowymi bez sankcji karnej?*, „Glosa” 2005, nr 4, s. 82. Odmienny pogląd – akceptując stanowisko SN, zaprezentowali Z. Cwiąkalski, *Glosa do uchwały SN z dn. 25 maja 2005 r. (I KZP 134/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50)*, „PiP” 2006, nr 1, s. 120 i n.; O. Górniok, *Glosa do uchwały SN z dn. 25 maja 2005 r. (I KZP 134/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50)*, „OSP” 2006, nr 3, poz. 177 i A. Tomaszek, *Glosa do uchwały SN z dn. 25 maja 2005 r. (I KZP 134/05, OSNKW 2005, z. 6, poz. 50)*, „Monitor Prawniczy” 2006, nr 1, s. 45.

<sup>9</sup> M. Mozgawa, R. Skubisz, *Glosa...*, op. cit., s. 152. Warto zresztą zauważyć, że ci sami autorzy swego czasu wyraźnie opowiedzieli się przeciw kwalifikowaniu omawianego czynu zabronionego jako paserstwa. Por. M. Mozgawa, R. Skubisz, *Prawnokarna...*, op. cit., s. 36.

z tym poglądem. Pozostając przy kwestii wprowadzania do obrotu, nie uważam za konieczne powtarzania zasadnej, moim zdaniem, argumentacji przemawiającej przeciw stanowisku Sądu Najwyższego wyrażonemu w uchwale dn. 25 maja 2005 r. W szczególności w całej rozciągłości podzielam stanowisko zaprezentowane w głosie M. Mozgawy i R. Skubisza. Zresztą Sąd Najwyższy także nie powtarza uprzednio wypowiedzianych argumentów, ograniczając się do podniesienia jednego, o charakterze historycznym. Do tego ostatniego, skoro jest nowy, należy się odnieść. Sąd Najwyższy zwraca uwagę, że po zapadnięciu uchwały z 25 maja 2005 r. nastąpiła zmiana ustawy Prawo własności przemysłowej. Przepis art. 305 ust. 1 tej ustawy otrzymał brzmienie: „Kto, w celu wprowadzenia do obrotu, oznacza towary podrobionym znakiem towarowym, zarejestrowanym znakiem towarowym, którego nie ma prawa używać lub dokonuje obrotu towarami oznaczonymi takimi znakami, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat dwóch”. Zasadniczą treścią zmiany jest zastąpienie znamienia „wprowadza do obrotu” znamieniem „dokonuje obrotu”. Zdaniem Sądu Najwyższego takie brzmienie przepisu w sposób jednoznaczny wskazuje na penalizację wszystkich etapów obrotu towarem, o jakim mowa w art. 305 ust. 1 pwp, w przeciwieństwie do brzmienia pierwotnego, gdzie penalizowane było tylko pierwsze wprowadzenie do obrotu.

Jest wysoce wątpliwe, by z takiej nowelizacji tej treści można wyciągać jakiegokolwiek argumenty dotyczące wykładni art. 305 pwp w brzmieniu sprzed tej nowelizacji. Można próbować uzasadnić stanowisko, że skoro przepis w brzmieniu sprzed nowelizacji i po niej różni się co do zasady znamieniem „wprowadza do obrotu” i „dokonuje obrotu”, to różne brzmienia tego przepisu mają różną treść normatywną. Nie wchodząc bliżej w ich wykładnię uważam, że w interesującym zakresie, tj. oceny, czy chodzi o pierwotne, czy pierwotne lub wtórne wprowadzenie do obrotu, treść tych przepisów nie różni się. Jak wskazano wyżej, przepis ten w pierwotnym brzmieniu obejmował zakresem każdy etap obrotu towarem, podobnie jest i teraz. Powoływanie się na dokonanie nowelizacji przepisu przez ustawodawcę stanowi przykład swego rodzaju samonapędzającej się argumentacji, która jednak niczego do wykładni przepisu nie wnosi. Przepis art. 305 pwp zmieniono, ponieważ Sąd Najwyższy uznał, że nie obejmuje on dalszych poza pierwszym, etapów obrotu towarem. W uzasadnieniu projektu zmiany ustawy wyraźnie wskazano, że jej motywem jest wykładnia tego przepisu dokonana przez Sąd Najwyższy. Okoliczność, że określona wykładnia została uznana za zasadną przez autorów projektu nowelizacji ustawy niekoniecznie musi przesądzać, iż argumentacja ta jest prawdziwa. Można bowiem twierdzić odmiennie – wykładnia zaprezentowana przez Sąd Najwyższy w poprzedniej uchwale jest niezasadna, przyjmując ją dokonano zmiany ustawy, która w istocie niczego w niej nie zmienia. Dla dalszej wykładni przepisu nie ma to znaczenia.

Przechodząc do kolejnych argumentów prezentowanych przez Sąd Najwyższy, nie podzielam poglądu, że na gruncie art. 291 i art. 292 k.k. znamię „uzyskania



rzeczy za pomocą czynu zabronionego” należy wyklądać wąsko, rozumiejąc przez to wyłącznie nabycie własności lub posiadania już istniejącej rzeczy, z wyłączeniem przestępnego wytworzenia lub przetworzenia rzeczy.

Odnosząc się do tej kwestii, Sąd Najwyższy w istocie ogranicza się do powołania literatury przedmiotu i wymienienia tych jej przedstawicieli, którzy prezentują szeroką lub wąską wykładnię omawianego znamienia. Sam w istocie nie prowadzi żadnej jego wykładni. Analizując językowe znaczenie czasownika „uzyskać” stwierdza, że zawiera ono dominujący element zewnętrzny (otrzymać coś od kogoś), powołując się na intuicję językową. Sam Sąd Najwyższy zdaje sobie sprawę z tego, jak kruchy jest to argument. Tym bardziej że słowniki języka polskiego bynajmniej nie wskazują na „dominujący element zewnętrzny”. Uzyskać można bowiem nie tylko coś od kogoś. Można uzyskać określone wyniki, określone efekty, można uzyskać preparat chemiczny z posiadanych składników, uzyskać surowce w wyniku utylizacji jakichś przedmiotów itd. Powołany przez SN „Słownik języka polskiego” pod. red. M. Szymczaka podaje następujące konotacje czasownika „uzyskać”: „otrzymać, zwykle coś pożądanego, coś, co było przedmiotem starań, osiągnąć, zdobyć”. I dalej: „Uzyskać aprobatę, decyzję, przebaczenie. Uzyskać pomoc, pożyczkę, pracę. Uzyskać stopień naukowy. Uzyskać dobre wyniki, rezultaty. Uzyskiwać przewagę nad kimś. Uzyskać informację o czymś, pozwolenie, zgodę na coś, prawo do czegoś, odroczenie terminu”, a nawet „Uzyskać połączenie radiowe, telefoniczne”<sup>10</sup>. Podobnie słownik języka polskiego pod. red. S. Skorupki, H. Auderskiej i Z. Łempickiej, który podaje m.in.: „uzyskać – osiągnąć to, czego się chciało, pozyskać, (...) Uzyskać obywatelstwo, (...) uzyskać dyplom”<sup>11</sup>. Z kolei w „Słowniku wyrazów bliskoznacznych” pod red. S. Skorupki czasownik „uzyskać” łączony jest z „otrzymywać”, „osiągać”, a jako przykłady jego użycia podaje się m.in. „uzyskać prawo”, „uzyskać stopień naukowy”<sup>12</sup>. Nic nie przemawia za tym, by na gruncie języka polskiego uznawać, że czasownik „uzyskać” zawiera dominujący element zewnętrzny. Zresztą sam Sąd Najwyższy przyznaje, że na gruncie reguł języka polskiego nie można uzasadnić węższego rozumienia czasownika „uzyskać”. Stwierdza więc, że w języku ogólnym nie istnieje podział, jaki został wypracowany w języku prawniczym w kontekście przestępstwa paserstwa.

Warto wszakże zauważyć, że przyznając to, Sąd Najwyższy przyznał, że w istocie nie ma żadnego argumentu dla węższego rozumienia czasownika „uzyskać”. Skoro tak właśnie jest, to powstaje pytanie, dlaczego takie węższe rozumienie przyjęł. Jeżeli słowniki języka polskiego operują czasownikiem „uzyskać” zarówno w kontekście „uzyskać coś od kogoś”, jak „uzyskać coś z czegoś”, to należałoby

<sup>10</sup> M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. III, Warszawa 1981, s. 643.

<sup>11</sup> S. Skorupka, Z. Łempicka, H. Anderska (red.), *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1968, s. 874.

<sup>12</sup> S. Skorupka (red.), *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 1986, s. 419.

mieć bardzo mocne argumenty, by uznać, tak jak uczynił to Sąd Najwyższy, że jedno z tych znaczeń w prawie karnym nie jest akceptowane.

Nie wydaje się, by argumenty takie zostały przez Sąd Najwyższy zaprezentowane. Stwierdził, że termin „paserstwo” jest w języku potocznym rozumiany inaczej niż w prawniczym. W języku potocznym „paserstwo” oznacza nabycie przedmiotu pochodzącego z kradzieży, zaś w języku potocznym – uzyskanego w wyniku czynu zabronionego. Jest to prawda. Rzeczywiście w tym zakresie zachodzi różnica między językiem potocznym a prawniczym. Wynika ona z tego, że paserstwem w języku prawniczym nazywa się byt określony w art. 291 i 292 k.k. Jego charakter określa znaczenie, jakie w języku prawniczym należy nadawać pojęciu „paserstwo”. Zatem znaczenie terminu „paserstwo” w języku prawniczym jest osadzone w języku prawnym, który pojęcie to zna – nie nazywając go wprawdzie – określa jego treść. W zakresie wynikającym wprost z języka prawnego rzeczywiście potoczne znaczenie danego wyrazu musi ustąpić. Jednak, czy okoliczność ta wnosi cokolwiek do rozważań na temat znaczenia czasownika „uzyskać” w języku potocznym i w języku prawnym i prawniczym? I tak, i nie. Nie, jeżeli iść tokiem rozumowania zaprezentowanym przez Sąd Najwyższy. Okoliczność, że rzeczownik „paserstwo” w języku prawniczym znaczy co innego niż w języku prawnym, nie ma znaczenia dla wzajemnej relacji czasownika „uzyskać” analizowanego na gruncie języka prawnego i odpowiednio potocznego. Tak – jeżeli spróbować użyć przy analizie czasownika „uzyskać” podobnej metody, jaką zastosowaliśmy analizując rzeczownik „paserstwo”. Szukając znaczenia tegoż rzeczownika odnaleźliśmy jego desygnat w art. 291 i 292 k.k. i ustaliliśmy, że jest on czymś innym niż desygnat rzeczownika „paserstwo” w języku potocznym. Uczynimy zatem podobny zabieg w odniesieniu do czasownika „uzyskać”, a stwierdzimy, że w języku prawnym, w treści ustaw, nie znajdziemy ani ustawowej definicji, ani żadnej innej wskazówki, jak należy go rozumieć. Skoro tak – zgodnie z regułami wykładni – należy się odwołać do potocznego rozumienia tegoż czasownika. A „uzyskać” w języku potocznym tak samo dobrze oznacza „uzyskać coś od kogoś”, jak „uzyskać coś z czegoś”.

Zatem już na początkowym etapie rozważań odnośnie do rozumienia znamienia „uzyskać” można uzasadnić jego szeroką wykładnię, obejmującą zarówno nabycie władztwa lub własności rzeczy, jak też jej wytworzenie w drodze czynu zabronionego.

Lojalnie należy przyznać, że w literaturze i orzecznictwie dość szeroko prezentowany jest pogląd przyjmujący węższą wykładnię tego znamienia<sup>13</sup>. Jednak znane są też poglądy prezentujące w sposób przekonywający wykładnię szer-

---

<sup>13</sup> O. Chybiński, *Paserstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1962, s. 31; E. Pływaczewski, *Przestępstwo paserstwa w ustawodawstwie polskim*, Toruń 1986, s. 245; K. Endecki, *Przestępstwo paserstwa w kodeksie karnym z 1969 r. Analiza dogmatyczna*, Łódź 1991, s. 54; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, (red.) A. Zoll, Kraków 2006, s. 453; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Lwów 1936, s. 343.

szą<sup>14</sup>. Nie sposób przy tym oprzeć się wrażeniu, że autorzy prezentujący węższą wykładnię znamienia „uzyskana” relatywizowali wykładnię tę do kradzieży, co jednak jest w pełni adekwatne tylko na gruncie kodeksu wykroczeń (art. 122), nie zaś kodeksu karnego. Być może czynnikiem przemawiającym za tego rodzaju wykładnią jest umieszczenie paserstwa w rozdziale „przestępstwa przeciwko mieniu”. Jednak nie sposób zasadnie przyjąć, że czyn zabroniony wskazany w treści art. 291 i 292 k.k., to koniecznie musi być kradzież. Nie czyni zresztą tego i Sąd Najwyższy, wskazując słusznie w uzasadnieniu głosowanej uchwały, że przedmiot ochrony paserstwa to niekoniecznie mienie, bowiem czyn, za pomocą którego uzyskana została rzecz nie musi być czynem przeciwko mieniu<sup>15</sup>.

Jako kolejny argument Sąd Najwyższy podaje, że swego czasu został zgłoszony postulat *de lege ferenda*, by sformułowanie „rzeczy uzyskanej za pomocą czynu zabronionego” zastąpić sformułowaniem „rzeczy pochodzącej z czynu zabronionego”. Za argument przemawiający za węższą wykładnią znamienia uzyskania rzeczy uznaje okoliczność, że mimo iż propozycja ta była od lat znana, ustawodawca nie zdecydował się jej wprowadzić. Argument ten nie przekonuje. Można z równym prawdopodobieństwem twierdzić, że ustawodawca nie zdecydował się na jej wprowadzenie, ponieważ uznał, że *de lege lata* zakresem pojęcia „uzyskania” objęte jest zarówno nabycie posiadania gotowej rzeczy, jak jej przestępne wytworzenie.

W kontekście powyższego ostatni argument Sądu Najwyższego, iż prezentowana przezeń wykładnia respektuje gwarancyjny kierunek dekodowania norm wynikających z przepisów prawa karnego również nie może być uznany za trafny. Gwarancyjna funkcja prawa karnego oznacza konieczność ścisłego interpretowania przepisów prawa karnego. Jednak nie można uznać, że zezwala na nadmierne zawężanie treści norm prawnych w stosunku do ich rzeczywistej treści. W wypadku omawianego czynu zabronionego znaczenie czasownika „uzyskać” wynika z reguł znaczeniowych języka polskiego. Ponieważ brak jest racji, by znaczenie to zawęzić, zawężanie takie nie stanowi bynajmniej wykładni ukierunkowanej gwarancyjnie, lecz stanowi naruszenie jej reguł.

Ostatecznie Sąd Najwyższy podniósł, że szerszej wykładni znamienia „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego” sprzeciwia się okoliczność, iż art. 291 § 1 k.k. operuje nieporównanie wyższym zagrożeniem ustawowym (do 5 lat pozbawienia wolności) niż art. 305 ust. 1 pwp (maksymalnie do 2 lat pozbawienia wolności). Jest to prawda, wszakże warto zauważyć, że mowa tu o różnych zachowaniach. Z art. 305 ust. 1 pwp odpowiada zbywca, zaś z art. 291 § 1 k.k. – nabywca towaru. Oczywiście możliwe jest, że nabywca towar następnie zbędzie,

<sup>14</sup> S. Śliwiński, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 1948, s. 63; J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 420 (autor ten co prawda nie opowiada się wyraźnie za szerszą wykładnią znamienia „uzyskana”, lecz podaje przykład drukarza drukującego więcej egzemplarzy książki, niż pozwala na to umowa z autorem lub nakładcą).

<sup>15</sup> Por. J. Makarewicz, *Kodeks...*, op. cit., s. 420; O. Chybiński, *Paserstwo...*, op. cit., s. 31.

wówczas zajdzie zbieg przestępstw. Wydaje się, że będzie on pomijalny, przestępstwo z art. 305 ust. 1 pwp zwykle będzie bowiem można uznać za współukarane przestępstwo następcze. Okoliczność, że surowiej karany jest nabywca niż zbywca może dziwić, jednak można też uznać to za celowy zabieg ustawodawcy, zmierzającego do redukcji popytu na towary określone w art. 305 ust. 1 pwp. i dlatego traktującego nabywców takich towarów surowiej niż zbywców, którzy w istocie zaspokajają tylko istniejący popyt. Argument ten podają jednak w zasadzie tylko w celu sfalsyfikowania wykładni prezentowanej przez Sąd Najwyższy. Uważam bowiem, że problem ten w istocie nie istnieje, ponieważ zachowanie nabywcy towaru co do zasady nie stanowi paserstwa i dla przyjęcia takiego poglądu nie jest bynajmniej konieczne odwoływanie się do węższego rozumienia znamienia „rzecz uzyskana z czynu zabronionego”.

Nie jest też argumentem okoliczność odmiennego stypizowania paserstwa w art. 122 k.w. Wykroczenie tam określone polega na nabyciu rzeczy o wartości nie przekraczającej 250 zł, pochodzącej z kradzieży lub przywłaszczenia. Sąd Najwyższy zauważa, że przyjęcie szerokiej wykładni znamienia „uzyskanej” prowadziłoby do uznania za przestępstwo paserstwa wszystkich poza pierwotnym wprowadzeniem etapów obrotu towarami określonymi w art. 305 ust. 1 pwp, nawet o wartości do 250 zł. To także prawda. Lecz sam Sąd Najwyższy, jak wskazano wyżej, stwierdza, że paserstwo w prawie wykroczeń dotyczy rzeczy uzyskanych za pomocą kradzieży lub przywłaszczenia, zaś przestępstwo paserstwa – uzyskanych z czynu zabronionego, niekoniecznie kradzieży lub przywłaszczenia. Skoro tak, to paradoks, na który wskazuje Sąd Najwyższy istnieje także wtedy, gdyby przyjąć węższą wykładnię znamienia „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego”. Nie istniałby tylko wtedy, gdyby uznać, że również w art. 291 i 292 k.k. mowa wyłącznie o rzeczach pochodzących z kradzieży lub przywłaszczenia. Tezy takiej jednak nie sposób postawić.

Opowiadając się na szerszą wykładnię znamienia „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego” pragnę jeszcze odnieść się pokrótce do kwestii, która była przedmiotem bliższej uwagi Sądu Najwyższego w uzasadnieniu głosowanej uchwały. Chodzi mianowicie o to, czy samo oznaczenie przedmiotu znakiem towarowym może być uznane za przestępne przetworzenie rzeczy. W tym zakresie wypada podzielić pogląd Sądu Najwyższego. Rzeczywiście oznaczenie towaru znakiem nie powoduje, że staje się on inną rzeczą, a zatem, że zostaje w przestępny sposób wytworzony. Prezentuję pogląd, że samo oznaczenie towarów podrobionym lub przerobionym znakiem towarowym w celu wprowadzenia do obrotu należy oceniać przez pryzmat art. 305 ust. 1 pwp. Następne wprowadzenie takiego towaru do obrotu również należy oceniać w ramach tego przepisu. Jak należy oceniać zachowanie tego, kto taką rzecz nabywa? Otóż słusznie wskazuje Sąd Najwyższy, że zależy to od wykładni znamienia „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego”. Jak wskazano wyżej, Sąd Najwyższy zajmuje stanowisko – moim zdaniem – niezasadne, że właściwa jest wąska interpretacja tego zna-

mienia. Prezentuję odmienny pogląd, zgodnie z którym uzyskaniem rzeczy za pomocą czynu zabronionego jest nie tylko nabycie gotowej rzeczy, lecz również jej przestępne wytworzenie. Jednak podzielam pogląd Sądu Najwyższego, że co do zasady zachowanie nabywcy towarów oznaczonych podrobionym znakiem towarowym nie jest paserstwem. Jest tak dlatego, że sprawca, który oznacza towar fałszywym znakiem towarowym, wcale go nie wytwarza. Podzielam zdanie SN, który przytacza trafny wywód w tej kwestii O. Chybińskiego. O wytworzeniu (także przestępnym) rzeczy można mówić wtedy, kiedy sprawca z posiadanych surowców wytwarza rzecz nową, odmienną rodzajowo od poprzedniej. Jeżeli sprawca z nielegalnie uzyskanej (np. skradzionej) materii szyje spodnie, spodnie te są oczywiście rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego. Jednak jeżeli sprawca kupuje gotowe spodnie i oznacza je podrobionymi metkami, jego ingerencja nie jest na tyle istotna, by spowodowała zmianę fizycznych właściwości rzeczy. W istocie zmienia tylko nazwę rzeczy, jednak jej nie wytwarza. Niekoniecznie zatem trzeba wyprowadzać zawężoną interpretację znamienia „rzecz uzyskana za pomocą czynu zabronionego”, by stwierdzić, że oznaczenie towaru fałszywym znakiem towarowym nie jest uzyskaniem jej za pomocą czynem zabronionym.<sup>16</sup>

W konkretnym wypadku paserstwo jednak może mieć miejsce, przy czym będzie to wynikało ze zrealizowania ustawowych znamion innego czynu zabronionego, np. sprawca wytwarza nielegalnie spirytus i oznacza cudzym znakiem towarowym, jedno i drugie czyniąc w celu wprowadzenia do obrotu. Taki spirytus będzie rzeczą uzyskaną za pomocą czynu zabronionego, choć w istocie uzyskanie go będzie wynikiem realizacji ustawowych znamion innego czynu zabronionego, niż art. 305 pwp.

Wreszcie nie można wykluczyć zrealizowania ustawowych znamion oszustwa, na co wskazują M. Mozgawa i R. Skubisz. W uzasadnieniu głosowanej uchwały Sąd Najwyższy odrzuca ten pogląd, stwierdzając, że w większości osoby uczestniczące w dalszym obrocie z konsumentem włącznie mają pełną świadomość nieautentyczności nabywanego towaru. Wydaje się jednak, że to stwierdzenie polega na częściowym nieporozumieniu. Teza wspomnianych autorów wypowiedziana wszak została na gruncie stanu faktycznego, w którym miało miejsce oznaczenie podrobionym znakiem towarowym kawy, i właśnie z ewentualną sprzedażą kawy oznaczonej podrobionym lub przerobionym znakiem towarowym autorzy wiążą

---

<sup>16</sup> Możliwa jest wszakże, i być może warta rozważenia interpretacja taka, że w określonym stanie faktycznym świadomy nabywca towaru, o którym mowa, dopuszcza się pomocnictwa do występku z art. 305 pwp. Wówczas, paradoksalnie, uzyskuje on ten towar w drodze czynu zabronionego. W takim układzie możliwa jest odpowiedzialność dalszego nabywcy na podstawie art. 291 lub 292 k.k. – wszak nabywa on rzecz pochodzącą z czynu zabronionego polegającego na pomocnictwie do wprowadzenia do obrotu towaru oznaczonego podrobionym znakiem towarowym. Interpretację taką – aczkolwiek konstrukcyjnie zdaje się poprawną, osobiście traktuję sceptycznie, ponieważ wydaje się, że jest ona sprzeczna z celem przepisu. Gdyby bowiem trzymać się takiego toku rozumowania, należałoby uznać, że każdy sprawca kradzieży, zbywający następnie rzecz paserowi, powinien odpowiadać dodatkowo za pomocnictwo do paserstwa. Wydaje się, że tak szerokie ujęcie zakresu kryminalizacji art. 291 i 292 k.k. jest zbyt szerokie.

możliwość zakwalifikowania zachowania sprawcy jako oszustwa. Stwierdzają bowiem: „ Jak należy bowiem domniemywać, zawarta w opakowaniach kawa nie była również oryginalna, a zatem zapewne miała niższą jakość, ergo – doszło (czy mogło dojść) do niekorzystnego rozporządzenia mieniem nabywcy”<sup>17</sup>. Na gruncie tak zarysowanego stanu faktycznego trudniej podważyć tę tezę. W wypadku sprzedaży środków spożywczych oznaczonych fałszywym znakiem towarowym nabywca zwykle nie wie o nieautentyczności towaru, padając ofiarą oszustwa.

Reasumując, podzielam tezę Sądu Najwyższego w części dotyczącej realizacji przez sprawcę ustawowych znamion paserstwa. Wydaje się, iż jest ona tak samo aktualna także w obecnym stanie prawnym. Natomiast za zupełnie chybioną, nietrafną i w istocie zbędną uważam argumentację, która doprowadziła Sąd Najwyższy do ogólnie trafnej tezy.

---

<sup>17</sup> M. Mozgawa, R. Skubisz, *Glosa...*, op. cit., s. 152.



STANISŁAW WALTOŚ I ANDRZEJ ROZMUS (RED.)  
*Szkolnictwo wyższe w Polsce. Ustrój – prawo – organizacja*  
Wyd. WSiZ, Rzeszów 2008, s. 459

Na rynku wydawniczym brak było dotychczas kompleksowego opracowania w przedmiocie prawnych regulacji dotyczących szkolnictwa wyższego. Po części jest to efekt tego, że poprzednia ustawa (z 12 września 1990 r. o szkolnictwie wyższym) powstała poza środowiskiem akademickim, które nie miało wielkiego wpływu na te unormowania. Przede wszystkim jednak trzeba pamiętać, że została ona uchwalona w zupełnie innej rzeczywistości społecznej, w której poza uczelniami państwowymi funkcjonował tylko jeden uniwersytet niepaństwowy – Katolicki Uniwersytet Lubelski. Rozpoczęty w latach dziewięćdziesiątych gwałtowny rozwój szkół wyższych, powstawanie nowych niepaństwowych uczelni, wdrażanie procesu bolońskiego, podniesienie współczynnika skolaryzacji, który moim zdaniem jest jednym z zasadniczych czynników odpowiedzialnych za obniżenie poziomu kształcenia w szkołach wyższych, i dostosowywanie szkolnictwa akademickiego do standardów europejskich, wymusiło utworzenie nowej ustawy, bardziej przystającej do nowych warunków. Ustawa taka – Prawo o szkolnictwie wyższym została uchwalona przez Sejm w dniu 27 lipca 2005 r.

Recenzowana książka nie może być jednak w żadnym razie uznana za komentarz do przepisów ustawy. Zawiera ona pełną analizę systemową prawa o szkolnictwie wyższym z wykorzystaniem metody prawnodogmatycznej i statystycznej.

Monografia składa się z 13 rozdziałów napisanych przez dwunastu różnych autorów. Kolejno omówione zostały korzenie współczesnego szkolnictwa wyższego, prawnospołeczne warunki powstawania i likwidacji szkół wyższych w Polsce, ustroje szkół wyższych w ujęciu modelowym, pojęcie i zakres autonomii szkół wyższych, mienie i finanse uczelni, pracownicy szkoły wyższej, kariery nauczycieli akademickich, odpowiedzialność dyscyplinarna nauczycieli akademickich oraz studentów, organizacja studiów, stypendia oraz funkcjonowanie samorządu i organizacji studenckich, internacjonalizacja studiów i badań naukowych w szkole wyższej. Ostatni rozdział został poświęcony studiom doktoranckim.

Książkę rozpoczyna opracowanie Autorstwa prof. S. Waltosia, które jest szczegółowym, bardzo wnikliwym merytorycznie i znakomitym pod względem erudy-

cyjnym przedstawieniem historii, źródeł i tradycji uniwersytetów. Zawarte w nim zostały rozważania na temat powstawania uniwersytetów, modeli kształcenia uniwersyteckiego, rozwiązań organizacyjnych i obyczajów, które w dalszym ciągu są elementami współczesnego szkolnictwa wyższego. Jak słusznie wskazuje Autor, „bez znajomości genezy oraz historycznych uwarunkowań ocena ich przydatności w dzisiejszych czasach zawsze będzie powierzchowna” (s. 12). Opracowanie to jest kluczem do zrozumienia rozważań zawartych w pozostałych rozdziałach recenzowanej książki, musimy bowiem zdawać sobie sprawę z tego, że funkcjonujące dziś uniwersytety nie są tworami powstałymi z próżni, żyjącymi wyłącznie współczesnością i perspektywami rozwoju na przyszłość, ale są głęboko i silnie zakorzenione w średniowiecznej i nowożytnej tradycji uniwersyteckiej i nadal z jej wzorów muszą czerpać.

Nie sposób szczegółowo omówić wszystkich zagadnień, które są przedmiotem opracowania prezentowanej monografii. Warto jednak wskazać na kilka kwestii, zasługujących na szczególne wyróżnienie.

W rozdziale 4, zatytułowanym „Autonomia szkół wyższych”, którego Autorem jest Andrzej Kiebała, zostały zawarte interesujące uwagi na temat pojęcia i zakresu autonomii szkół wyższych. Rację ma Autor, pisząc, że autonomia szkół wyższych jest podstawową wartością, jaką uniwersytetom udało się osiągnąć w rozwoju historycznym (s. 117). Na wstępie Autor definiuje pojęcie autonomii w wielu różnych ujęciach, w tym w znaczeniu negatywnym (s. 119). Zabrakło jednak definicji autonomii wskazanej przez Trybunał Konstytucyjny. Pod pojęciem autonomii w odniesieniu do szkół wyższych (zarówno publicznych, jak i niepublicznych), zdaniem Trybunału, należy rozumieć konstytucyjnie chronioną sferę wolności prowadzenia badań naukowych oraz kształcenia studentów w ramach obowiązującego porządku prawnego. Ustawodawstwo państwowe regulując zakres autonomii szkół wyższych, nie ma jednak prawa znoszenia istoty tej autonomii poprzez „pełne i wyczerpujące unormowanie wszystkich spraw, które określają pozycję studenta w szkole wyższej”<sup>1</sup>. Jest to więc prawo do swobodnego decydowania w sprawach kształcenia i nauki, decydowania o organizacji wewnętrznej i składzie władz uczelni, toku nauczania, przyjmowania i promowania studentów oraz określania niektórych ich praw i obowiązków<sup>2</sup>. Nie ulega jednak wątpliwości, że fakt ustalania zakresu autonomii przez ustawodawcę zwykłego, może rodzić napięcia pomiędzy konsekwencjami tej autonomii a konstytucyjnymi gwarancjami ochrony praw studentów czy nauczycieli akademickich, np. na tle postępowania dyscyplinarnego<sup>3</sup>.

Niezwykle aktualne rozważania zawarte zostały w rozdziale 7 (również Autorstwa A. Kiebały), poświęconym omówieniu karier nauczycieli akademickich. Tym

<sup>1</sup> Wyrok TK z 8 XI 2000, SK 18/99, OTK ZU nr 7, poz. 258, s. 1266.

<sup>2</sup> Por. P. Winczorek, *Komentarz do Konstytucji RP z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 94–95.

<sup>3</sup> L. Garlicki, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2003, s. 12.



ważniejsza jest ta problematyka, im częściej pojawiają się głosy, również ze strony przedstawicieli rządu, o konieczności likwidacji habilitacji, a nawet o wprowadzeniu możliwości zrobienia doktoratu przez osoby, które legitymują się wyłącznie dyplomem licencjata.

Nie bez racji Autor wskazuje, że nie można mówić o jednolitej karierze nauczycieli akademickich, bowiem rozwija się ona dwupłaszczyznowo – jako kariera naukowa (uzyskiwanie kolejnych stopni naukowych i tytułu naukowego) oraz kariera akademicka (w rozumieniu pełnienia funkcji w organach uczelni, np. dziekana, rektora), chociaż oba rodzaje kariery wzajemnie się przenikają i często uzyskanie kolejnego stopnia w karierze naukowej warunkuje możliwość rozwoju kariery akademickiej (s. 233). Podzielałam wyrażony w książce pogląd, że zasadna jest zmiana trybu wyboru recenzentów w przewodach doktorskich i habilitacyjnych w celu wyeliminowania tzw. recenzji koleżeńskich, które często nie mają nic wspólnego z oceną merytoryczną dzieła. Warta odnotowania i rozważenia jest propozycja A. Kiebały, by recenzenci byli wybierani w drodze losowania z listy ogólnopolskiej, na której znaleźliby się samodzielni pracownicy naukowcy z każdej dziedziny. Warto jednak pamiętać, że w takim stanie rzeczy istnieje niebezpieczeństwo, że na skutek losowania jeden recenzent otrzyma do zrecenzowania nawet kilkanaście rozpraw doktorskich lub habilitacyjnych, co będzie skutkowało niewyobrażalnym wręcz wydłużeniem czasu oczekiwania na recenzję. O tym, że nie jest to zagrożenie czysto teoretyczne, niech świadczy fakt, iż według danych wskazanych na str. 439 recenzowanej książki, w tabeli 13.1, w roku 2006 było 214 doktoratów w dziedzinie nauk prawnych, 526 w naukach ekonomicznych i aż 1247 w naukach humanistycznych.

Kolejnym zagadnieniem, o którym należy wspomnieć, jest problematyka odpowiedzialności dyscyplinarnej w szkolnictwie wyższym. W książce wyodrębnione zostały dwa oddzielne rozdziały poświęcone postępowaniom dyscyplinarnym. Rozdział 8 (autorstwa Katarzyny Kurzępy-Dedo) omawia problematykę postępowania dyscyplinarnego wobec nauczycieli akademickich, natomiast rozdział 9 (napisany przez Kamillę Kurczewską) poddaje analizie przepisy regulujące postępowanie dyscyplinarne wobec studentów. Brak jest jednak rozdziału, który omawiałby postępowanie dyscyplinarne wobec doktorantów. W rozdziale 13 (autorstwa Mariusza Liwo) poświęconym studiom doktoranckim to zagadnienie również nie zostało przedstawione. Studia doktoranckie są co prawda III stopniem studiów, formalnie więc słuchacze tych studiów (doktoranci) są studentami, jednak systematyka ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym, w której zagadnienia dotyczące doktorantów wyodrębnione zostały do osobnych rozdziałów, przekonuje, że tworzą oni zupełnie odrębną kategorię studentów i niemożliwe jest przenoszenie wprost regulacji dotyczących studentów studiów I i II stopnia. Problematyka odpowiedzialności dyscyplinarnej doktorantów została uregulowana w Prawie o szkolnictwie wyższym w Dziale IV (Studia i studenci), w rozdziale 7 (Odpowiedzialność dyscyplinarna doktorantów), podczas gdy odpowiedzialności

dyscyplinarnej studentów został poświęcony znacznie obszerniejszy rozdział 6, a to uzasadnia wyeksponowanie problematyki postępowań dyscyplinarnych wobec doktorantów. Można było dla przykładu, w świetle faktu, że art. 226 ust. 1 Prawa o szkolnictwie wyższym nakazuje do postępowania dyscyplinarnego wobec doktorantów stosować odpowiednio przepisy art. 211 – 224 ustawy (tj. przepisy odpowiedzialności dyscyplinarnej wobec studentów), opatrzenie rozdziału 9 recenzowanej monografii tytułem: „Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów i doktorantów” i po omówieniu zasad odpowiedzialności i trybu postępowania dyscyplinarnego wobec studentów, scharakteryzować, choćby w skrócie, odrębności postępowania dyscyplinarnego wobec doktorantów. Aktualnie czytelnik odnosi mylne wrażenie, że odpowiedzialności dyscyplinarnej podlegają wyłącznie nauczyciele akademicki i studenci studiów I i II stopnia, natomiast nie prowadzi się postępowania dyscyplinarnego wobec doktorantów.

Zaakceptować należy pogląd K. Kurczewskiej, że w postępowaniu dyscyplinarnym wobec studentów (i analogicznie wobec nauczycieli akademickich) stosuje się nie tylko odpowiednio przepisy kodeksu postępowania karnego, lecz również przepisy prawa karnego materialnego. Uzupełniając argumentację Autorki, warto wskazać, że dopuszczalność (a właściwie nakaz) odpowiedniego stosowania prawa karnego materialnego wynika między innymi z faktu, iż zarówno odpowiedzialność karna, jak i odpowiedzialność dyscyplinarna, mają swe wspólne źródło w dziedzinie zwanej prawem represyjnym, którego cechą charakterystyczną jest stosowanie środków z założenia dolegliwych dla sprawcy oraz oparcie odpowiedzialności na zasadzie winy. Sąd Najwyższy również zaaprobował możliwość stosowania przepisów prawa karnego materialnego w toku postępowania dyscyplinarnego poprzez sięganie na zasadzie *analogii iuris* do rozwiązań przewidzianych w kodeksie karnym. Możliwość ta wynika zdaniem Sądu Najwyższego, z odpowiednio stosowanej w postępowaniu dyscyplinarnym, wyrażonej w art. 2 § 1 pkt 1 k.p.k. zasady trafnej reakcji, która wymaga, by do odpowiedzialności dyscyplinarnej pociągnięto osobę, który dopuściła się przewinienia, i aby trafnie orzeczono wobec niej przewidziane prawem środki. Funkcjonowanie tej zasady uzależnione jest od konieczności respektowania w postępowaniu dyscyplinarnym pewnych naczelnych reguł prawa karnego materialnego<sup>4</sup>.

Trudno natomiast zgodzić się z Autorką, która pisze, że „brak konstytucyjnego umocowania dla jurysdykcji komisji dyscyplinarnych” (s. 303). Trybunał Konstytucyjny w jednym ze swoich orzeczeń wyraźnie stwierdził, że wyodrębnienie odpowiedzialności dyscyplinarnej ma uzasadnienie w autonomii szkół wyższych określonej w art. 70 ust. 5 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej<sup>5</sup>. Ponieważ zakres tej autonomii wyznaczają ustawy, nie można mówić o jej ograniczeniu na skutek wyliczenia w ustawie Prawo o szkolnictwie wyższym katalogu kar dyscyplinarnych

<sup>4</sup> Wyrok SN w sprawie dyscyplinarnej z dnia 5 listopada 2003 r., SNO 67/03, niepublikowane.

<sup>5</sup> Wyrok TK z 8 grudnia 1998 r., K. 41/97, OTK ZU Nr 7/1998, s. 656.

oraz istniejącej możliwości odwołania się od orzeczenia odwoławczej komisji dyscyplinarnej (w przypadku nauczycieli akademickich – Komisji Dyscyplinarnej przy Radzie Głównej Szkolnictwa Wyższego) do sądu.

Zdając sobie sprawę, że całościowe przedstawienie wszystkich problemów omówionych w recenzowanej pracy jest niemożliwe, pragnę podkreślić, że książka „Szkolnictwo wyższe w Polsce. Ustrój – prawo – organizacja” stanowi bardzo cenne, ze względu na swój poziom merytoryczny i kompleksowość omówionych zagadnień, kompendium wiedzy na temat ustroju i funkcjonowania szkół wyższych w Polsce, a jej egzemplarz powinien się znaleźć w podręcznej bibliotece każdego, kto ze względu na wykonywany zawód, pełnioną funkcję czy choćby fakt studiowania jest związany ze szkołą wyższą.

*Katarzyna Dudka*



IZABELA MALINOWSKA

*Rzecznik Praw Obywatelskich w systemie ochrony praw i wolności w Polsce*

Dom Wydawniczy ELIPSA, Warszawa 2007, s. 565

Instytucja Rzecznika Praw Obywatelskich wzbudza zrozumiałe zainteresowanie zarówno teoretyków prawa konstytucyjnego, jak i specjalistów w zakresie systemu ochrony praw człowieka. Gdy jeszcze w okresie PRL tworzono tę instytucję, nie brak było obaw, czy nie będzie miała fasadowego charakteru. Już jednak pierwsza kadencja tej instytucji, dzięki wybitnej osobowości prof. Ewy Łętowskiej dowiodła użyteczności systemowej RPO. W warunkach ustrojowych III RP, gdy zabrakło już ograniczeń politycznych, instytucja ta mogła się rozwinąć według najlepszych wzorców działalności ombudsmanów. Zarazem, co godne jest wyeksponowania, polski model inspirował rozwiązania przyjmowane w niektórych państwach Europy Środkowej i Wschodniej.

Autorka podjęła się próby kompleksowego przedstawienia tej instytucji z perspektywy politologicznej. Przyjęła podejście holistyczne zakładające, że badaniem należy objąć działania wszelkich instytucji ochrony praw i wolności w okresie działalności kolejnych Rzeczników Praw Obywatelskich. Uznała, że analizując te działania oraz relacje RPO z tymi organami, organizacjami i instytucjami powinno się uwzględnić zachodzące zmiany systemowe w polskim systemie politycznym oraz zmiany organizacyjne instytucji. Przedmiotem analizy uczyniła zarówno akty prawne, działania kolejnych RPO, jak też poglądy nauki. Podjęła się przy tym weryfikacji hipotezy badawczej mówiącej, że „Rzecznik Praw Obywatelskich zajmuje znaczącą pozycję w systemie ochrony praw i wolności w Polsce” (s. 10).

W rozdz. I ukazany został system ochrony praw i wolności. Zwraca tu uwagę zwłaszcza zaprezentowana typologia instytucji ombudsmana, uwzględniająca: ombudsmanów o centralnym usytuowaniu i kompetencjach ogólnych (klasyczni ombudsmani); wyspecjalizowanych ombudsmanów o centralnym usytuowaniu; ombudsmanów lokalnych o kompetencjach ogólnych; wyspecjalizowanych ombudsmanów lokalnych; *quasi*-ombudsmanów oraz inne instytucje ombudsmanów (s. 58).

W rozdz. II (Geneza, rozwój i status prawnoustrojowy Rzecznika Praw Obywatelskich w Polsce) ukazane zostały zarówno uwarunkowania historyczne,

jak i politycznoustrojowe, prawne, ekonomiczne i społeczne utworzenia tej instytucji (s. 75). Na tym tle wydobyta została specyfika instytucji polskiego RPO (s. 161).

W rozdz. III (Rzecznik Praw Obywatelskich a ochrona praw i wolności realizowana przez organy ochrony prawnej w Polsce) wydobyte zostały w szczególności relacje RPO, w celu ochrony praw i wolności, z organami wymiaru sprawiedliwości (s. 186), z trybunałami (s. 223) i z organami kontroli państwowej (s. 242).

Z kolei w rozdz. IV (Rzecznik Praw Obywatelskich a ochrona praw i wolności realizowana przez instytucje niebędące organami ochrony) nastąpiła prezentacja relacji RPO z: organami władzy ustawodawczej (s. 283), z prezydentem (s. 318), z organami administracji (s. 325), a także z innymi instytucjami krajowymi (s. 284) oraz międzynarodowymi (s. 410).

Wreszcie rozdz. V (Funkcjonalny wymiar działalności Rzecznika Praw Obywatelskich) dał Autorce okazję do zaprezentowania oryginalnej klasyfikacji funkcji RPO, obejmującej: funkcję ochronną (s. 439), funkcję korekcyjną (s. 461), funkcję innowacyjną (kreacyjną) – s. 470, funkcję integracyjną (s. 494) i funkcję interpretacyjną (s. 498).

Układ pracy jest logiczny i spójny. Można by się tylko zastanawiać, czy funkcje RPO, będące istotnym elementem jego pozycji ustrojowej, uwzględnione w rozdz. V, powinny być oderwane od rozważań zawartych w rozdz. II, gdzie omawiane są kompetencje. Być może jednak Autorka celowo założyła, że z informacji zawartych w rozdz. III i IV, omawiających relacje RPO z innymi organami, wynikać będzie bogaty materiał, który zostanie wykorzystany do konstruowania funkcji RPO.

Z przeprowadzonej analizy rysuje się interesujący obraz rozwoju instytucji RPO. Autorka zwraca np. uwagę na to, że „polscy Rzecznicy Praw Obywatelskich, w pierwszych latach swej działalności, nie mieli obowiązku ochrony praw człowieka, a jedynie obowiązek ochrony praw i wolności, wynikający z unormowań prawa polskiego. Powodem był zarówno brak odpowiedniego unormowania na ten temat w ustawie o Rzeczniku Praw Obywatelskich, jak i w poprzednich aktach konstytucyjnych. Dopiero nowelizacja ustawy o Rzeczniku Praw Obywatelskich oraz wejście w życie Konstytucji RP z 1997 roku, dały taką możliwość. Mimo to starali się prowadzić działalność, nie tyle na rzecz stosowania unormowań międzynarodowych przez polskie organy i instytucje, co na rzecz znajomości unormowań i standardów zarówno przez te organy i instytucje, jak i obywateli” (s. 411).

Bardzo interesująco wypadł też ten fragment, gdzie Autorka ukazała rolę polskiego RPO we wspieraniu instytucji ombudsmans w innych państwach (s. 524). Ukazuje to atrakcyjność przyjętego w Polsce modelu, przy czym chodziło tu zapewne nie tylko o atrakcyjność konstrukcji prawnoustrojowej, ale o jej praktyczne zastosowanie. Sprawą zasadniczą jest bowiem to, by zapisane w prawie instytucje rzeczywiście niosły gwarancje ochronne dla obywateli.

W konkluzji Autorka stwierdza, że w Polsce można wyodrębnić system ochrony praw i wolności, który tworzą zarówno instytucje rozumiane jako organy i organiza-

cje zarówno polskie, podzielone na organy ochrony prawnej i instytucje niebędące organami ochrony prawnej, jak i szeroko rozumiane instytucje międzynarodowe (s. 524). Na tym tle znaczącą jest pozycja Rzecznika w systemie ochrony praw i wolności w Polsce, przy czym chodzi tu o pozycję RPO „z punktu widzenia obywateli i innych podmiotów, których Rzecznik wspiera w ich relacjach z państwem, a nie o to, że Rzecznik jest najważniejszym organem państwowym w systemie organów, organizacji i instytucji realizujących ochronę praw i wolności w Polsce, bo do takich organów należy zaliczyć przede wszystkim sądownictwo” (s. 525). Na taką ocenę składa się też obserwacja, że RPO posiada kompetencje, które „pozwalają mu na realizację wszelkich zadań z zakresu ochrony praw i wolności. Są to zarówno kompetencje w zakresie kontroli przestrzegania praw i wolności, kompetencje dotyczące wymiaru sprawiedliwości, jak i kompetencje w zakresie tworzenia i wykładni prawa” (s. 525). Ponadto Rzecznik może wchodzić w relacje ze wszystkimi organami, organizacjami i instytucjami systemu ochrony praw zarówno bezpośrednio, jak i pośrednio, z „czego korzystał wielokrotnie kierując swoje wystąpienia i inne formy prawne do kilku organów jednocześnie, w celu zwiększenia możliwości pozytywnego rozpatrzenia sprawy w pożądanym kierunku dla obywatela lub innego podmiotu” (s. 525–526). Żaden polski organ, organizacja czy instytucja nie posiada takiego oglądu całości ochrony praw i wolności, jak RPO. „Jako podmiot najbardziej doświadczony, teoretycznie i praktycznie, w obszarze ochrony praw i wolności ma szansę optymalnego i skutecznego działania w tym zakresie” (s. 526).

Autorka zaprezentowała też ocenę systemu ochrony praw i wolności w Polsce: „Prawo przedmiotowe, będące podstawą podmiotowych praw człowieka jest rozproszone po różnych aktach i trudne do identyfikacji nie tylko dla podmiotów chronionych, ale także organów, organizacji i instytucji realizujących ochronę praw i wolności. Procedury dochodzenia praw i wolności są skomplikowane, niejednokrotnie wymagające pomocy prawnika. Procedury te często się zmieniają, niekiedy z dnia na dzień, bez uwzględnienia okresu *vacatio legis* czy okresu przejściowego, o czym obywatele i inne podmioty nie są informowani” (s. 526). Szkoda, że te poważne zarzuty nie zostały poparte przez Autorkę przykładami. Nie wiemy więc, o które procedury chodzi. Skądinąd wiadomo przecież, że gdyby do braku *vacatio legis* doszło w ustawie, to byłaby to niewątpliwie przesłanka do uznania jej niekonstytucyjności, skoro Trybunał Konstytucyjny wywiódł z zasady demokratycznego państwa prawnego, że minimalne *vacatio legis* wynosi 14 dni. Na czym polega z kolei to „nieinformowanie” obywateli? Przecież ustawy i rozporządzenia są ogłaszane w Dzienniku Ustaw. Ten brak precyzji w tej warstwie konkluzji utrudni osiągnięcie postępu, który powinien oznaczać – na tle tych wniosków – możliwość skorygowania ułomnych rozwiązań.

Praca oparta jest w dużej części na bogatej dokumentacji aktywności RPO. Dowiadujemy się z niej o licznych podróżach, spotkaniach i konferencjach, w których brał udział Rzecznik. Np. na s. 411 czytamy, że Rzecznik kilkakrotnie,

zwłaszcza w trzeciej kadencji, odbywał spotkania z przedstawicielami Komisji Praw Człowieka ONZ. Brak jest jednak informacji, co było przyczyną tak licznych spotkań i co z nich wynikało. Możemy tylko snuć domysły z informacji, że interlokutorami RPO byli: specjalny sprawozdawca do spraw Przemocy Wobec Kobiet oraz sprawozdawca ds. Promocji i Ochrony Prawa do Wolności Poglądów i Wypowiedzi.

Gdy na s. 423 czytamy, że w 2002 r. wizytę w Biurze Rzecznika RPO złożył ówczesny ombudsman Unii Europejskiej, Jacob Soderman, a w 2004 r. rewizytę w Strasburgu złożył rzecznik praw obywatelskich A. Zoll, to informacje te miałyby istotny walor, gdyby szła za tym informacja, jakie problemy i z jakim skutkiem są podnoszone, a następnie rozwiązywane w wyniku takich wizyt. Istotne pytanie brzmiałoby też: co się zmieniło w tym zakresie po wejściu Polski do UE?

Podobnie rzecz się ma z kontaktami Rzecznika z organami OBWE (s. 427). Ważne jest nie tylko to, że miały miejsce, ale szczególnie istotnym byłoby ustalenie, co z nich wynikało. Dawałoby to obraz aspiracji OBWE w dziedzinie ochrony praw człowieka, a także ułatwiałoby udzielenie odpowiedzi na to, jaki rzeczywisty wpływ ma ta organizacja w obszarze „wymiaru ludzkiego”, eksponowanego w jej działalności po 1990 r.

Gdy czytamy o licznych konferencjach międzynarodowych, w których brał udział Rzecznik (s. 215), to też nasuwa się pytanie: jaka była ich efektywność z punktu widzenia polskiego wkładu do systemu ochrony praw człowieka czy wiedzy pozyskanej dla rozwoju instytucji RPO w Polsce.

Można się więc zastanawiać, czy zamiast prezentowania tej szczegółowej mapy kontaktów Rzecznika, nie lepiej byłoby – mając na uwadze cele pracy – wybrać kilka przykładów z poszczególnych płaszczyzn kontaktów RPO i próbować je przeanalizować pod kątem odpowiedzi na pytanie, jakie to walory niosło (lub nie) dla doskonalenia systemu ochrony praw człowieka w Polsce.

Podstawowe obserwacje Autorki co do roli Rzecznika wydają się być prawidłowe. Niewątpliwie jest to organ znaczący w systemie ochrony praw człowieka, a jego wprowadzenie do systemu ustrojowego Polski okazało się wartościowym posunięciem. Autorka trafnie na czoło funkcji Rzecznika wysunęła funkcję ochronną, obejmującą „realizację podmiotowego zakresu praw i wolności, realizację przedmiotowego zakresu ochrony praw i wolności, działania zarówno na płaszczyźnie generalnej (systemowej), jak i na płaszczyźnie indywidualnej, ochronę przepisów prawnych dotyczących systemu ochrony praw i wolności, ochronę przed naruszeniami zasad współżycia i sprawiedliwości społecznej, ochronę praw nabytych oraz różne formy i metody działania stosowane przez kolejnych polskich ombudsmanów” (s. 440).

Istotne znaczenie ma również funkcja korekcyjna, przejawiająca się „w wielu działaniach Rzecznika Praw Obywatelskich, takich jak inicjowanie korygowania przepisów prawnych z zakresu ochrony praw i wolności, korygowanie poglądów i opinii związanych z ochroną praw i wolności, korygowanie zachowań obywateli

polskich i innych podmiotów związanych z ochroną praw i wolności, korygowanie postępowań organów mających za zadanie ochronę praw i wolności, korygowanie poglądów i uwag kierowanych pod adresem RPO oraz korygowanie poglądów Rzecznika na temat roli Rzecznika i jego miejsca w systemie ochrony praw i wolności oraz polskim systemie politycznym i prawnym” (s. 461). Czy jednak słowo „korygowanie” nie zostało tu potraktowane zbyt rozciągliwie, a uwzględnione w tej funkcji działania mają zróżnicowany charakter? Skoro chodzi o korygowanie przepisów, to bardziej adekwatnym wydaje się pojęcie „funkcji inicjatywnej”, nawet jeśli Rzecznik nie ma prawa do inicjatywy ustawodawczej. „Korygowanie postępowań organów” bardziej kwalifikuje się do funkcji ochronnej. A jak należy rozumieć „korygowanie poglądów na temat roli Rzecznika w systemie ochrony praw i wolności oraz w polskim systemie politycznym i prawnym”? O czyje poglądy tu chodzi? Z podanych przykładów (s. 465–466) wynika, że chodzi tu o działalność polemiczną Rzecznika i korzystanie z prawa do sprostowania. Czy jednak powinno to urastać do rangi funkcji Rzecznika?

Funkcja innowacyjna (kreacyjna) dotyczy działalności RPO „w celu utworzenia nowych instytucji i unormowań, a także na kreowaniu już istniejących instytucji (np. Rzecznika Praw Obywatelskich) oraz zachowań obywateli i innych podmiotów”. Jest realizowana przez RPO „poprzez propagowanie instytucji ombudsmana i ochrony przez tę instytucję praw i wolności obywateli i innych podmiotów, inicjowania powstawania przepisów prawnych z zakresu ochrony praw i wolności, kreowania pożądaných podstaw (chodzi zapewne o postawy – *przyp. J.J*) wśród podmiotów tej ochrony, kreowania pożądaných zachowań podmiotów tworzących prawo, organów stosujących prawo, jak i osób mających wpływ na decyzje polityczne, kreowanie standardów międzynarodowych z zakresu praw człowieka” (s. 470). Czy jednak nie mamy tu do czynienia bardziej z funkcją inspiracyjną (w jaki sposób Rzecznik może tworzyć standardy międzynarodowe – może co najwyżej inspirować ich powstawanie), funkcją inicjatywną (inicjowanie powstawania przepisów prawnych) oraz funkcją informacyjną (propagowanie instytucji ombudsmana)? Trzeba przy tym uwzględnić, że funkcja kreacyjna, np. w odniesieniu do funkcji Sejmu, tradycyjnie pojmowana jest w kategoriach prawa do powoływania i wyboru innych organów. Choć jest to konwencja umowna, to nie sposób od niej abstrahować przy modelowaniu funkcji innych organów.

Funkcja integracyjna RPO nawiązuje do integrowania z instytucjami międzynarodowymi, zwłaszcza Unią Europejską, a także do współpracy z ombudsmunami europejskimi i pozaeuropejskimi. Związana jest z przystąpieniem do takich organizacji jak Unia Europejska, Rada Europy czy OBWE (s. 493–494). Dla większej czytelności funkcja ta mogłaby być nazwana funkcją wspierania procesu integracji europejskiej. Przydałaby się tu przy tym pogłębiona refleksja na temat relacji ombudsmatów krajowych i międzynarodowych oraz jej znaczenia dla efektywności systemu ochrony praw człowieka. Na marginesie można tu odnotować pewne potknięcia. Autorka pisze (s. 417), że Zgromadzenie Parlamentarne Rady



Europy uchwała konwencje (s. 417), podczas gdy przyjmowanie konwencji należy do Komitetu Ministrów Rady Europy, a Zgromadzenie może konwencje inicjować bądź opiniować. Gdy na s. 417 mowa jest o „Rzeczniku Praw Człowieka Rady Europy” to w istocie chodzi o Komisarza Praw Człowieka Rady Europy.

Wreszcie funkcja interpretacyjna nawiązuje do komentowania przez Rzecznika „przepisów prawnych, ich tworzenia i stosowania, interpretowania wypowiedzi podmiotów na temat ochrony praw i wolności, dokonywania wykładni prawa, wyrażania opinii, poglądów i rozważań, oceny stanu ochrony wolności i praw, interpretacji działań i decyzji organów tworzących prawo oraz organów stosujących prawo oraz interpretacji zasad, jakimi powinni się kierować Rzecznicy Praw Obywatelskich w swej działalności” (s. 498). Funkcja ta nawiązuje do znacznego obszaru aktywności kolejnych Rzeczników, choć – przynajmniej z punktu widzenia prawniczego – należy rozróżnić prawa do komentowania przepisów prawnych (niczym w istocie nieograniczone), od kategorii „wykładnia prawa”, która ma w prawie określoną treść i nie może być dowolnie przypisywana organowi, jeśli nie wynika to z konstytucyjnej czy ustawowej jego kompetencji. Z tego punktu widzenia jest na przykład formułowane spostrzeżenie, że Trybunał Konstytucyjny – pod rządami Konstytucji RP – utracił prawo do dokonywania powszechnie obowiązującej wykładni ustaw.

Dokonywanie klasyfikacji funkcji organów jest zawsze dziełem autorskim tego, kto podjął się takiego trudu, obarczonym subiektywizmem i twórcą podziału na funkcje ma w tym zakresie niewątpliwie pewną dozę swobody interpretacyjnej. Istotnym jest natomiast to, co jest podstawą takiej klasyfikacji. W nauce prawa konstytucyjnego istnieje mocno zakorzenione przekonanie, że podstawą do klasyfikacji funkcji powinna być norma prawna (konstytucyjna, ustawowa), kreująca kompetencje, bo jest to jedyne zobiektywowane kryterium, podlegające weryfikacji. Z tego punktu widzenia Autorka zademonstrowała odmienne podejście. Za punkt odniesienia wzięła bowiem nie tyle przesłanki prawne, co aktywność kolejnych Rzeczników. W konsekwencji tego, w ramach dychotomii: „funkcje założone” – „funkcje realizowane” Autorka niewątpliwie wydobyła te ostatnie. Takie spojrzenie wydaje się nieść istotne walory politologiczne. Nie zmienia to jednak tego, że dla prawnika punktem wyjściowym są jednak zawsze „funkcje założone”, konstruowane w oparciu o konstytucję i ustawę, bo one dopiero tworzą podstawę do oceny praktyki ustrojowej. Szkoda więc, że tego ujęcia funkcji założonych, z powołaniem się na przesłanki normatywne zabrakło, bo wówczas bardziej czytelny stawałby się obraz tego, w jakim stopniu Rzecznik realizuje funkcje konstytucyjnie i ustawowo założone.

Wyodrębnienie funkcji stanowiło jednak dla Autorki tylko czynność porządkującą, umożliwiającą bardzo szczegółowe opisanie działań kolejnych Rzeczników w omawianym zakresie. Praca niesie bogatą warstwę dokumentacyjną. Imponująca jest aktywność kolejnych piastunów tego stanowiska. Oczywiście, należy uwzględnić, że wiele z tych działań jedynie firmują Rzecznicy, a są one dorobkiem profe-

sjonalnych sztabów, które ich wspomagają. Choć bowiem w Polsce zastosowano model rzecznika jednoosobowego, to jednak nie ulega wątpliwości, że Biuro Rzecznika Praw Obywatelskich nie jest tylko prostą jego kancelarią, a zbiorem wysoko kwalifikowanych specjalistów z zakresu prawa i innych dziedzin, bez aktywności których dorobek w tej skali nie wchodziłby w rachubę. Z drugiej strony jednak autorytet, pasja i dynamika działań wiążą się z osobowością Rzecznika, która ma niewątpliwą wpływ na społeczną percepcję tej instytucji.

Rozważania Izabeli Malinowskiej będą przydatne nie tylko przy ocenie funkcjonalności instytucji Rzecznika Praw Obywatelskich w polskim systemie ustrojowym. Uświadamiają one bowiem ogrom zjawisk i problemów, jakie niesie współczesny system ochrony wolności i praw człowieka oraz obywatela. Pracę tę można więc zarekomendować wszystkim tym, którzy odpowiedzialni są za kreowanie tego systemu i dążenie do jego doskonalenia. Kolejne etapy rozwoju cywilizacji niosą bowiem nowe wyzwania i zagrożenia, na które muszą się znaleźć adekwatne remedia – krajowe i międzynarodowe.

*Jerzy Jaskiernia*



## KALEJDOSKOP WYDARZEŃ

W dniach 24–28 listopada 2008 r. Wydział Prawa Uczelni Łazarskiego i International Legal Skills Program miały przyjemność gościć mecenasa Toma Harknessa, który jest starszym wspólnikiem w teksańskiej firmie adwokackiej Whitehurst, Harkness, Ozmun and Brees w Austin. Mecenas Harkness prowadził w Uczelni Łazarskiego cykl wykładów na pt.: “The Development of Litigation: Protecting and Preserving the Rights of the People” (Rozwój procesu cywilnego: jego rola w ochronie praw jednostki). Studenci podczas zajęć mogli zapoznać się z historią amerykańskiego systemu wymiaru sprawiedliwości, w tym z genezą prawa do procesu przed ławą przysięgłych w procesie karnym i cywilnym. Na zakończenie cyklu wykładów odbyła się symulacja rozprawy cywilnej z udziałem uczestników kursu. Studenci biorący udział w zajęciach otrzymali certyfikat sygnowany przez Uczelnię Łazarskiego i Center for International Legal Studies Senior Lawyers Visiting Professorship w Salzburgu.



Wśród absolwentów prawa WSHiP pozytywne wyniki egzaminów na aplikacje prawnicze w 2009 r. uzyskało 25 osób, w tym na aplikację adwokacką dwie osoby, radcowską – osiemnaście osób i pięć na aplikację notarialną.



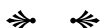
Od 19 grudnia 2008 r. Wydział Prawa Uczelni Łazarskiego uruchomił Podyplomowe Studia Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Studia są przeznaczone dla prawników, pracowników działów kadr, osób zarządzających zasobami pracy czy przedsiębiorców, którzy pragną wzbogacić i uporządkować swoją dotychczasową wiedzę w obszarze prawa pracy i ubezpieczeń społecznych. Wykłady są prowadzone przez wybitnych przedstawicieli nauki prawa pracy, w tym sędziów Sądu Najwyższego, doktorów nauk prawnych, sędziów doświadczonych w orzekaniu w sprawach pracowniczych i ubezpieczeń społecznych. Słuchacze, którzy pozytywnie zdadzą egzamin końcowy, otrzymają świadectwo ukończenia Studiów

1/2009

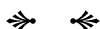
Podyplomowych Prawa Pracy i Ubezpieczeń Społecznych. Zajęcia prowadzone są od lutego.



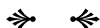
Dziekan Wydziału Prawa WSHiP oraz prezes Fundacji imienia Lecha Falandysza ogłosili Konkurs im. Profesora Lecha Falandysza na esej lub felieton pt. „Ja i moje prawo”. Termin nadsyłania prac upłynął 15 stycznia 2009. Na zwycięzcę czeka nagroda specjalna.



Od 30 stycznia br. trwa nabór na kolejną edycję programu International Legal Skills Program na Wydziale Prawa.



Od 16 lutego 2009 r. zostają uruchomione fakultatywne wykłady sędziego Jerzego Stępnia pt. „System administracji publicznej w Polsce”. Wykłady odbywać się będą w każdy poniedziałek w godz. 10.20–12.00 w sali 564.



11 lutego br. rozpoczęły się fakultatywne wykłady prowadzone przez prof. dr. hab. Jerzego Wojtczaka Szyszkowskiego nt. „Rzymska i średniowieczna kultura prawna”. Wykłady odbywają się dla studentów studiów stacjonarnych w każdą środę w godz. 12.10–13.50 i każdą sobotę w godz. 16.50–18.50 dla studentów studiów niestacjonarnych.



## INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.

2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z dyskiecią z tekstem w edytorze Microsoft Word lub w formie elektronicznej na adres: [wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)

3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywą), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).

4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodykę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.

5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.

6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.

7. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faxu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

**Oficyna Wydawnicza Wyższej Szkoły Handlu i Prawa  
im. Ryszarda Łazarskiego w Warszawie**  
oferuje następujące publikacje:

1. Andrzej Ajnenkiel (red. nauk.), *W pięćsetlecie Konstytucji Nihil Novi. Z dziejów stanowienia prawa w Polsce*, Warszawa 2006.
2. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
3. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne, część ogólna*, wyd. II popr., Warszawa 2007.
4. Marek Chmaj (red. nauk.), *Prawo administracyjne materialne*, wyd. III popr., Warszawa 2008.
5. Marek Chmaj (red. nauk.), *Status prawny wojewody*, seria „Monografie i Opracowania” nr 7, Warszawa 2005.
6. Marek Chmaj (red. nauk.), *Ustrój samorządu terytorialnego*, Warszawa 2007.
7. Anna Drabarek, *Intuicja. Poznanie bezpośrednio*, Warszawa 2006.
8. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
9. Teresa Gardocka (red. nauk.), *Kary długoterminowe. Polityka karna. Wykonywanie. Warunkowe zwolnienia*, Warszawa 2006.
10. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
11. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, wyd. II zm. i uzupeł., Warszawa 2008.
12. „Ius Novum,” Ryszard A. Stefański (red. nac.), kwartalnik WSHiP, nr 1/2007, 2-3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008.
13. Witold Jakóbiak (red. nauk.), *Gospodarka polska w procesie światowych przemian*, Warszawa 2006.
14. Stanisław Kalinkowski, Jerzy Andrzej Wojtczak-Szyszkowski, *Jure et legibus. Język łaciński dla studentów prawa*, wyd. II uzupeł., zm., Warszawa 2006.
15. Jerzy Kisielnicki, *Zarządzanie organizacją. Zarządzanie nie musi być trudne*, Warszawa 2006.
16. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2004*, Warszawa 2006.
17. Gertruda i Józef Koreccy, *Polska bibliografia penitencjarna. Rok 2005*, Warszawa 2007.
18. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologie*, Warszawa 2008.
19. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
20. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *Konstytucja RP z 1997 r. na tle zasad współczesnego państwa prawnego. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2006.
21. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, w przygotowaniu.
22. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
23. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.

24. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne*, zeszyt 1, Warszawa 2008.
25. Aleksandra Mężykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
26. Ewelina Milan, Małgorzata Sekuła, *Podstawy prawa cywilnego*, Warszawa 2006.
27. „Myśl Ekonomiczna i Prawna”, Marek Lubiński (red. naczk.), kwartalnik WSHiP, numery: 1(12)2006, 2(13)2006, 3(14)2006, 4(15)2006, 1(16)2007, 2(17)2007, 3(18)2007, 4(19)2007, 1(20)2008, 2(21)2008, 3(22)2008.
28. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
29. Leokadia Oręziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
30. Leokadia Oręziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
31. Stanisław Paweła (red. nauk.), *Prawo w okresie społecznych przemian*, Warszawa 2005.
32. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
33. *Statystyka w biznesie. Zastosowanie narzędzi Excel'a*, praca zbiorowa, w przygotowaniu.
34. Bartosz Szolc-Nartowski (tłum.), *Digesta Justyniańskie, Księga I*, Warszawa 2007.

Oficyna Wydawnicza  
Wyższej Szkoły Handlu i Prawa im. Ryszarda Łazarskiego  
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43  
tel.: (0 22) 54 35 450  
fax: (0 22) 54 35 480  
e-mail: [wydawnictwo@lazarski.edu.pl](mailto:wydawnictwo@lazarski.edu.pl)  
[www.lazarski.pl](http://www.lazarski.pl)