

I n d e k s 3 8 1 5 4 3 ■ I S S N 0 1 3 7 - 7 2 7 2

WOJSKOWY
PRZEGLĄD
PRAWNICZY

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2017

1
[281]

ROK XC

Indeks 381543 ■ ISSN 0137-7272 ■ Egz. bezpłatny



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2017

1
[281]

R A D A N A U K O W A

Przewodniczący
Członkowie

- Waldemar Puławski
- Bartosz Kownacki
- Marcin Warchoł
- Elżbieta Karska
- Katarzyna Chałubińska-Jentkiewicz
- Krzysztof Indecki
- Marek Mozgawa
- Justyn Piskorski
- Hanna Paluszkiewicz
- Katarzyna Dudka
- Małgorzata Manowska
- Piotr Steczkowski
- Mariusz Antoni Kamiński
- Helmut Radtke
- Alexandre Ferreira Baptista Coelho
- Veronika Huštova
- Mykola Khavroniuk
- Bohdan Telefanko

K O L E G I U M R E D A K C Y J N E

Redaktor Naczelny
Sekretarz Redakcji
Korekta

- Jarosław Duś
- Magdalena Rosiak
- Katarzyna Sioma

WYDAJE

PROKURATURA KRAJOWA

Adres Redakcji:

02-010 Warszawa, ul. Nowowiejska 26 B

tel. 261-846-567

e-mail: redakcja.wpp@pk.gov.pl

Druk, skład i korekta

Centrum Poligrafii sp. z o.o.

www.jakubiccy.com.pl

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.
Artykuły i recenzje w „Wojskowym Przeglądzie Prawniczym” nie mają
charakteru urzędowego, lecz są wyrazem poglądów ich autorów.



WOJSKOWY PRZEGLĄD PRAWNICZY KWARTALNIK

STYCZEŃ-MARZEC ■ WARSZAWA 2017

WYDAJE PROKURATURA KRAJOWA

SPIS TREŚCI

MGR JACEK WYGODA

prokurator Prokuratury
Krajowej

*Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych
w ustawodawstwie polskim – propozycja wykładni* 5

DR PIOTR MILIK

Katedra Prawa Wojskowego
i Konfliktów Zbrojnych
Wydziału Bezpieczeństwa
Narodowego Akademii Sztuki
Wojennej

*Zasady transferu broni i technologii militarnych
w świetle współczesnego prawa międzynarodowego* 29

MGR MATEUSZ PIĄTKOWSKI

doktorant w Katedrze Prawa
Międzynarodowego
i Stosunków
Międzynarodowych Wydziału
Prawa i Administracji
Uniwersytetu Łódzkiego

*Postulat zakazu rozpowszechniania autonomicznych
systemów bojowych w konfliktach zbrojnych
– perspektywa międzynarodowego prawa
humanitarnego* 51

MGR OLGA KOTOWSKA

wykładowca w Wyższej
Szkołe Agrobiznesu w Łomży
na kierunku Bezpieczeństwo
Wewnętrzne, referendarz
sądowy w Sądzie Rejonowym
w Łomży

*Zapobieganie przestępczości przez kształtowanie
przestrzeni – wybrane zagadnienia* 76

**DR JULIA KOSONOGA-
ZYGMUNT**

adiunkt w Katedrze Prawa
Karnego na Wydziale Prawa
i Administracji UKSW
w Warszawie

Kara nagany w systemie sankcji za wykroczenia **92**

DR AGNIESZKA KANIA

adiunkt w Katedrze Prawa
Karnego i Postępowania
Karnego na Wydziale Prawa
i Administracji, Uniwersytetu
Zielonogórskiego

*Rozwój nowych technologii a kryminalizacja oszustwa
komputerowego* **110**

DR ADAM MÜLLER

asystent w Katedrze Prawa
Karnego Wydziału Prawa
i Administracji Uniwersytetu
Szczecińskiego

*Sens nowelizacji art. 41 § 1a k.k. ustawą o
przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle
seksualnym* **125**

DR GRZEGORZ WOLAK

adiunkt w Katedrze Prawa
Prywatnego Wydziału
Zamiejscowego Prawa i Nauk
o Społeczeństwie KUL
w Stalowej Woli, Wiceprezes
i Przewodniczący II Wydziału
Karnego Sądu Rejonowego
w Stalowej Woli

*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia
18 marca 2015 r., I CSK 111/14, OSNC 2016, nr 2,
poz. 28* **134**

*Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych
w ustawodawstwie polskim – propozycja
wykładni*

*The concept of investigative and intelligence
activities in Polish legislation – a proposal of
interpretation*

S T R E S Z C Z E N I E

Celem artykułu jest wypracowanie jednolitej wykładni ustawowego pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych – wykładni możliwej do zastosowania zarówno do ustaw regulujących działalność istniejących służb specjalnych, jak i do ustaw odnoszących się do działalności służb specjalnych PRL (a w szczególności do ustaw regulujących zasady ujawniania ich dokumentów oraz lustracji ich byłych współpracowników).

Zdaniem autora, definicje czynności operacyjno-rozpoznawczych, funkcjonujące dotychczas w literaturze naukowej poświęconej działalności służb specjalnych oraz kryminalistyce, nie czynią zadość regule *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio*, tj. zakazowi nadawania temu samemu pojęciu ustawowemu różnych znaczeń.

Terminem „czynności operacyjno-rozpoznawcze” polski ustawodawca posłużył się w szeregu obowiązujących ustawach, regulujących m.in. zadania i uprawnienia polskich służb specjalnych, formacji o zadaniach policyjnych lub w uchwalonej niedawno ustawie o Krajowej Administracji Skarbowej¹. Ponadto określenie to znajdziemy w ustawach uchwalonych w związku z rozliczeniami z totalitarną przeszłością, tj. w ustawie z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (dalej jako ustawa o IPN²) i ustawie z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach

¹ Dz.U. z 2016.1947

² Dz.U. z 2016.152 ze zm.

organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów (zwanej dalej ustawą lustracyjną³).

W żadnej jednak z obowiązujących aktualnie ustaw nie znajdziemy definicji legalnej czynności operacyjno-rozpoznawczych. Taka definicja zawarta była w obowiązującej stosunkowo krótko, bo przez niespełna 5 lat, ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. o Inspekcji Celnej⁴, która to ustawa w art. 27 ust. 1 czynności operacyjno-rozpoznawcze Inspekcji Celnej definiowała jako polegające na „uzyskiwaniu, gromadzeniu, przetwarzaniu i sprawdzaniu w sposób jawny, poufny lub tajny informacji dotyczących działalności podmiotów dokonujących obrotu towarowego z zagranicą albo obrotu krajowego towarami pochodzącymi z zagranicy, jeżeli zachodzi przypuszczenie naruszenia prawa lub innego rodzaju narażenia interesów i praw majątkowych Skarbu Państwa albo konieczność uzyskania rozpoznania w tym zakresie”.

Definicja ta, jak widzimy, z uwagi na ściśle powiązanie przez ustawodawcę czynności operacyjno-rozpoznawczych z obrotem towarowym z zagranicą lub obrotem towarami pochodzącymi z zagranicy nie będzie przydatna przy wykładni pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych użytego przez ustawodawcę w aktualnie obowiązujących ustawach, regulujących zadania i uprawnienia służb, o których mowa była wcześniej, oraz ustaw dotyczących m.in. organów bezpieczeństwa PRL (ustawa lustracyjna, ustawa o IPN).

Celem przedmiotowego artykułu jest zaproponowanie definicji (wykładni) terminu „czynności operacyjno-rozpoznawcze”, możliwego do zastosowania zarówno przez interpretujących przepisy ustaw dotyczące zadań i uprawnień służb specjalnych, formacji policyjnych oraz ustawy o IPN i ustawy lustracyjnej, a także przepisów tych ustaw, które w związku z szeroko rozumianym rozliczaniem się przez państwo polskie z totalitarną przeszłością odwołują się do ustaw o IPN lub lustracyjnej⁵.

Funkcjonujące dotychczas w literaturze kryminalistycznej lub publikacjach naukowych poświęconych działalności służb specjalnych definicje pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych, o których szerzej będzie mowa w dalszej części artykułu, a dywersyfikujące znaczenie tego pojęcia w zależności od tego, czy dotyczy ono działalności „policyjnej”, czy też działalności służb specjalnych⁶, należy uznać za wadliwe, gdyż naruszają one wynikający

³ Dz.U. z 2013.1388 ze zm.

⁴ Dz.U. z 1997 Nr 71, poz. 449 ze zm.

⁵ Np. art. 75 § 1 pkt 8 ustawy z 28 stycznia 2016 r. Prawo o prokuraturze (Dz.U. z 2016 poz. 177), art. 91 ust. 3 ustawy z dnia 21 listopada 2008 r. o służbie cywilnej (Dz.U. z 2016 r. Nr 13 poz. 45), art. 144 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej.

⁶ Por. J. Larecki, *Wielki leksykon służb specjalnych*, Warszawa 2007, s. 187 i L. Schaf,

z ustalonych zasad wykładni prawa zakaz wykładni homonimicznej, tj. zakaz nadawania tym samym zwrotom ustawowym różnych znaczeń⁷.

Ustawa z dnia 18 października 2006 r. o ujawnianiu informacji o dokumentach organów bezpieczeństwa państwa z lat 1944–1990 oraz treści tych dokumentów⁸ (zwana dalej ustawą lustracyjną z 2006 r.) zawiera przepis (art. 2) będący katalogiem organów bezpieczeństwa PRL, działających w latach 1944–1990, z którymi związki w postaci służby lub pracy w nich albo współpracy z nimi podlegają ujawnianiu w składanych na podstawie przepisów ustawy lustracyjnej z 2006 r. oświadczeniach lustracyjnych przez osoby zmierzające objąć wskazane w niej funkcje publiczne.

Katalog ten stanowi w istocie powtórzenie przepisu z art. 2 ustawy z dnia 11 kwietnia 1997 r. o ujawnianiu pracy lub służby w organach bezpieczeństwa państwa lub współpracy z nimi w latach 1944–1990 osób pełniących funkcje publiczne⁹ (zwanej dalej ustawą lustracyjną z 1997 r.) i art. 5 ust. 1 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu (z wyjątkiem dot. Akademii Spraw Wewnętrznych, dodanej do katalogu organów bezpieczeństwa przez ustawodawcę w ustawie lustracyjnej z 2006 r.). Wśród organów bezpieczeństwa PRL wymienionych w przywołanych przepisach ustawodawca umieścił (art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy lustracyjnej z 2006 r. art. 5 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu¹⁰) „inne służby Sił Zbrojnych prowadzące działania operacyjno-rozpoznawcze lub dochodzeniowo-śledcze, w tym w rodzajach broni oraz okręgach wojskowych”.

O ile w dotychczasowej działalności badawczej IPN poświęcono stosunkowo wiele miejsca na opracowania dotyczące przedstawiania historii, struktur i realizowanych zadań przez wymienione w art. 2 ust. 1 pkt 1–11 organy bezpieczeństwa państwa, o tyle brak jest publikacji na temat „innych służb Sił Zbrojnych, prowadzących działania operacyjno-rozpoznawcze”. Aby ustalić, które z jednostek sił zbrojnych można zakwalifikować do organów bezpieczeństwa w rozumieniu art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy lustracyjnej, pojęcie czynności operacyjnych poprzedzić musi wykładnia pojęcia działalności operacyjno-rozpoznawczej art. 3a ust. 1 ustawy o IPN.

Zakres i formy postępowania przygotowawczego, Warszawa 1961, s. 95; M. Lityński, *Czynności operacyjne MO w procesie karnym*, PiP 1961, nr 6, s. 1002.

⁷ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2014, s. 24–25, 119–121 i cytowane tam orzecznictwo Sądu Najwyższego.

⁸ Dz.U. z 2007 r. Nr 63, poz. 425 ze zm.

⁹ Dz.U. z 1999 r. Nr 42, poz. 428 ze zm.

¹⁰ Dz.U. z 2014 r. poz. 1075.

Zauważyć należy, że ustawodawca w ustawie lustracyjnej z 1997 r., ustawie lustracyjnej z 2006 r. oraz w ustawie z dnia 18 grudnia 1998 r. o Instytucie Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu¹¹ posłużył się zamiennie pojęciami „działanie operacyjno-rozpoznawcze”¹², „czynności operacyjno-rozpoznawcze”¹³, „operacyjne zdobywanie informacji”¹⁴.

Pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych po raz pierwszy¹⁵ pojawiło się polskim ustawodawstwie w 1983 r. w ustawie z dnia 19 lipca 1983 r. o Ministrze Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów¹⁶. W art. 6 ust. 1 tej ustawy czytamy, że: „Funkcjonariusze Służby Bezpieczeństwa i Milicji Obywatelskiej w celu rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz innych działań godzących w bezpieczeństwo państwa lub porządek publiczny wykonują czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjno-prawne”. Ustawa o Ministrze Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów, ani żaden akt wykonawczy do niej nie definiowały tego pojęcia. W funkcjonujących do 1983 r. niejawnych normatywach regulujących działalność Milicji Obywatelskiej, Służby Bezpieczeństwa, a wcześniej urzędów bezpieczeństwa posługiwano się pojęciem „czynności operacyjne” lub „praca operacyjna”¹⁷.

Z tej rozbieżności terminologicznej nie sposób jednak wywodzić, że „działanie operacyjno-rozpoznawcze” to coś innego niż „czynności operacyjno-rozpoznawcze” albo że czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi nie było „operacyjne zdobywanie informacji” przez funkcjonariuszy lub żołnierzy organów bezpieczeństwa PRL.

Jak zauważa Adam Taracha w swojej pracy „Czynności operacyjno-rozpoznawcze: aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe”¹⁸: „Nie są znane przyczyny zastąpienia wcześniej używanego w literaturze przedmio-

¹¹ Dz.U. z 2014 poz. 1075.

¹² Art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy lustracyjnej z 2006 r., art. 5 ust. 1 pkt 12 ustawy o IPN.

¹³ Art. 7a ust. 1 ustawy lustracyjnej z 2006 r.

¹⁴ Art. 36 ust. 4b ustawy o IPN.

¹⁵ Zob. A. Głowacki, J. Karpacz, *Opublikowane akty normatywne dotyczące prawnej ochrony bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego wraz z komentarzem*.

¹⁶ Dz.U. z 1983 r. Nr 38, poz. 172.

¹⁷ W aktach prawnych regulujących działalność Policji w II RP także nie posługiwano się pojęciami „czynności operacyjne” lub „operacyjno-rozpoznawcze” albo „praca operacyjna”. Zadania i kompetencje Policji określano jako: zapobieganie i ujawnianie przestępstw, walka ze szpiegostwem i komunizmem i akcją antypaństwową w ogóle, inwigilacja, śledzenie przejawów życia politycznego, które ze względu na swój charakter zagrażały całości, ustrojowi lub bezpieczeństwu RP. Zob. P.K. Marszałek, *Prawo Policji Państwowej w II Rzeczypospolitej 1915–1945*, Toruń 2009, s. 723–724, 733, 735, 738.

¹⁸ A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze: aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 46.

tu i w aktach niższego rzędu określenia »czynności operacyjne« wyrażeniem »czynności operacyjno-rozpoznawcze«. Być może chodziło ustawodawcy o stworzenie wrażenia, że mamy tu do czynienia z zupełnie inną kategorią czynności, niż te określane dość już w tym czasie skompromitowanym pojęciem czynności operacyjnych, które powszechnie kojarzyły się z działalnością skierowaną na zwalczanie opozycji politycznej. Na ile ten zabieg socjotechniczny był skuteczny, trudno dziś ocenić, jednak nie zmienia to faktu, że wprowadzono nowe pojęcie normatywne, którego zakres był tożsamy z już istniejącym. [...] Powołana wyżej ustawa w art. 6 stanowiła, że funkcjonariusze SB i MO w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz innych działań godzących w bezpieczeństwo państwa lub porządek publiczny wykonują czynności: operacyjno-rozpoznawcze, dochodzeniowo-śledcze i administracyjnoprawne. Ustawa nie definiowała pojęcia czynności operacyjno-rozpoznawczych, ustalenie zaś zakresu tego pojęcia w oparciu o inne przepisy było w zasadzie niemożliwe, ponieważ w ustawie nie pojawiało się to pojęcie po raz wtóry. Brak było także określeń (np. tajność, poufność, fundusz operacyjny itp.), które wskazywałyby, że konkretne czynności wykonywane przez funkcjonariuszy SB i MO, w oparciu o tę ustawę, mają operacyjny charakter”.

W wojskowych organach bezpieczeństwa wymienionych w ustawach lustracyjnych z 1997 i 2006 r., takich jak: Informacja Wojskowa, Wojskowa Służba Wewnętrzna, Zwiad Wojsk Ochrony Pogranicza, które działały bez ustawowej podstawy prawnej, w niejawnych normatywach wewnętrznych regulujących ich pracę posługiwano się pojęciami: praca kontrwywiadowcza¹⁹, ewidencja operacyjna²⁰, praca operacyjna²¹, działalność kontrwywiadowcza²².

W Wojskowej Służbie Wewnętrznej Jednostek Wojskowych MSW posługiwano się określeniem „praca kontrwywiadowcza i profilaktyczna²³”, „rozpoznanie sytuacji operacyjnej²⁴”, „praca operacyjna²⁵”, „fundusz operacyjny²⁶”.

¹⁹ Rozkaz nr 0039/MON z 21.06.1957 r. w opr. B. Kapuściak, *Instrukcje o pracy kontrwywiadowczej w Wojsku wraz z instrukcjami pracy kontrwywiadowczej Wojskowej Służby Wewnętrznej wraz z instrukcjami prowadzenia dokumentacji i ewidencji (1957–1990)*, Kraków 2010.

²⁰ Opr. B. Kapuściak, *Instrukcje o pracy kontrwywiadowczej...*, op. cit., s. 115–121.

²¹ Zarządzenie Ministra Obrony Narodowej nr 0014 z 01.07.1965 w opr. B. Kapuściak, *Instrukcje o pracy kontrwywiadowczej...*, op. cit., s. 123–152.

²² Instrukcja o działalności kontrwywiadowczej w Siłach Zbrojnych PRL- Zarządzenie MON nr 003/MON 15.03.1984 w opr. Kapuściak B. *Instrukcje o pracy kontrwywiadowczej...* op. cit., 284–325.

²³ § 8 pkt 1 Zarządzenia nr 030/83 z 14.04.1983 r. w sprawie organizacji i zakresu działania WSW JW MSW sygn. IPN BU 044/25.

²⁴ § 8 pkt 2 Zarządzenia nr 030/83 z 14.04.1983 r. w sprawie organizacji i... op. cit.

²⁵ § 10 pkt 1 Zarządzenia nr 030/83 z 14.04.1983 r. w sprawie organizacji i... op. cit.

²⁶ § 10 pkt 6 Zarządzenia nr 030/83 z 14.04.1983 r. w sprawie organizacji i... op. cit.

W Zarządzie II Sztabu Generalnego, zajmującym się pracą wywiadowczą na rzecz PRL-owskich Sił Zbrojnych, w obowiązującej od 1976 r. do chwili jego rozwiązania „Instrukcji o pracy operacyjnej” z 1976 r.²⁷ posługiwano się terminem „praca operacyjna”.

Ponieważ w polskiej kryminalistyce i doktrynie procesowokarnej oraz w polskich ustawach wydanych już po 1990 r.²⁸ upowszechniło się, niewątpliwie za sprawą ustawy z 19 lipca 1983 r. o Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów²⁹ (dalej jako ustawa z 19 lipca 1983 r.), pojęcie „czynności operacyjno-rozpoznawcze”, w dalszej części niniejszej pracy posługiwać się będziemy tym terminem, uznając, że jest on tożsamy z pojęciami: praca operacyjna, zdobywanie informacji, czynności operacyjne, praca kontrwywiadowcza etc.

Na podkreślenie zasługuje też fakt, że w aktach wykonawczych wydanych do ustawy z 19 lipca 1983 r. Minister Spraw Wewnętrznych w dalszym ciągu konsekwentnie posługiwał się pojęciem „czynności operacyjnej”³⁰.

Także w wydanym u schyłku istnienia SB zarządzeniu Ministra Spraw Wewnętrznych z 9 grudnia 1989 r. w sprawie działalności operacyjnej Służby Bezpieczeństwa i stanowiącej do niego załącznik „Instrukcji w sprawie szczegółowych zasad działalności operacyjnej Służby Bezpieczeństwa”³¹ używa się, jak w poprzednio obowiązujących w resorcie spraw wewnętrznych: Instrukcji nr 03/60 z 2 lipca 1960 r. o podstawowych środkach i formach pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa oraz „Instrukcji o pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa” z 1 lutego 1970 r. (stanowiącej załącznik do zarządzenia nr 006/70 Ministra Spraw Wewnętrznych w sprawie pracy operacyjnej Służby Bezpieczeństwa resortu spraw wewnętrznych)³², pojęcia „praca operacyjna”. Powyższe wskazuje na to, że dokonując wykładni pojęcia „czynności operacyjno-rozpoznawcze”, musimy odwołać się nie tylko do aktualnie obowiązujących ustaw (o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Agencji Wywiadu, Służbie Wywiadu Wojskowego i Służbie Kontrwywiadu Wojskowego, tj. o służbach ustawowo uprawnionych do prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych) oraz ustawy lustracyjnej (która pojęcie

²⁷ IPN BU 2603/242.

²⁸ Por.: art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Urzędzie Ochrony Państwa (Dz.U. z 1990 r. Nr 30, poz. 180); art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz.U. z 1990 r. Nr 30, poz. 179); art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej (Dz.U. z 1990 r. Nr 78, poz. 462).

²⁹ Dz.U. z 1983 r. Nr 38, poz. 173 ze zm.

³⁰ Por. A. Głowacki i J. Karpacz, *Niepublikowane wykonawcze akty normatywne do ustawy o urzędzie Ministra Spraw Wewnętrznych i zakresie działania podległych mu organów wraz z komentarzem.*, Warszawa 1988 r., s. 23, 47.

³¹ *Materiały pomocnicze* BEP IPN, Warszawa 2004, s. 140–158.

³² *Ibidem*, s. 93–139.

to odnosi zarówno do działalności organów bezpieczeństwa PRL, jak i do działalności służb RP, uprawnionych do prowadzenia działań operacyjno-rozpoznawczych), ale także i do pozaustawowych normatywów, takich jak wspomniane powyżej instrukcje, oraz do literatury przedmiotu i stworzyć definicje, które uwzględniają realia, specyfikę działania PRL-owskich organów bezpieczeństwa (cywilnych i wojskowych) oraz aktualnie funkcjonujących służb specjalnych. Pamiętać przy tym musimy, że ustawa o IPN i ustawa lustracyjna przyjęły, że czynności operacyjno-rozpoznawcze w PRL na rzecz Sił Zbrojnych wykonywały, oprócz wskazanych w nich wojskowych służb specjalnych i wojskowych służb o charakterze policyjnym („żandarmskim”), tj. takich, które zajmowały się wywiadem i kontrwywiadem lub zwalczaniem przestępczości kryminalnej w wojsku (np. Zarząd II Sztabu Generalnego WP oraz Wojskowa Służba Wewnętrzna MON), także **inne służby Sił Zbrojnych**³³. To oczywiście musi skutkować w szerszym, niż w dotychczas funkcjonujących definicjach (o których będzie mowa w dalszej części artykułu), określeniem podmiotów uprawnionych do realizacji czynności operacyjno-rozpoznawczych, tj. przyjęciem, że w Polsce oprócz funkcjonariuszy i żołnierzy służb specjalnych oraz funkcjonariuszy i żołnierzy służb o charakterze policyjnym CZYNNOCI OPERACYJNO-ROZPOZNAWCZE wykonywali TAKŻE ŻOŁNIERZE niebędący żołnierzami któregokolwiek z wojskowych organów bezpieczeństwa, o których mowa w art. 2 ust. 1 pkt 7–11 ustawy lustracyjnej lub art. 5 ust. 1 pkt 7–11 ustawy o IPN³⁴. Przywołane w przypisie 32 przepisy ustaw o IPN i lustracyjnej, mówiące o „innych służbach sił zbrojnych prowadzących działania operacyjno-rozpoznawcze w rodzajach broni i okręgach wojskowych” wobec wiedzy historycznej o „monopolu”³⁵ na prowadzenie w Siłach Zbrojnych PRL działalności wywiadowczej, kontrwywiadowczej oraz ukierunkowanej na tzw. zwalczanie dywersji ideologicznej z wykorzystaniem osobowych źródeł informacji i techniki operacyjnej przez wojskowe organy bezpieczeństwa określone art. 2 ust. 1 pkt 7–11 ustawy lustracyjnej i art. 5 ust. 1 pkt 7–11 ustawy o IPN Wojskowej Służby Wewnętrznej (i jej poprzedniczki Informacji Wojskowej)³⁶ oraz Zarządu II Sztabu Generalnego, zmuszają nas

³³ Zob. art. 5 ust. 1 pkt 12 ustawy o IPN, art. 2 ust. 1 pkt 12 ustawy lustracyjnej.

³⁴ Wynika to także z przepisów art. 5 ust. 1 pkt 5, 6 i art. 7 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. 2016 poz. 1167).

³⁵ Np. pkt 1 *Instrukcji o pracy kontrwywiadowczej Wojskowej Służby Wewnętrznej z 1971 r.* [w:] *„Instrukcje pracy kontrwywiadowczej Wojskowej Służby Wewnętrznej wraz z instrukcjami... (1957–1990)”*, IPN, Kraków 2010, s. 153.

³⁶ W jednostkach wojskowych Ministerstwa Spraw Wewnętrznych były to Wojskowa Służba Wewnętrzna Jednostek Wojskowych MSW oraz jej „poprzedniczka Wojskowa Służba Wewnętrzna KBW i WOP zob. J. Wygoda, R. Peterman, *Zapomniane organy bezpieczeństwa państwa – Wojskowa Służba Wewnętrzna KBW i WOP, Wojskowa Służba Wewnętrzna Jednostek Wojskowych MSW*

do ustalenia, czym zajmowały się te „inne służby” i jakich środków w swojej pracy operacyjnej używały. Ustalenie to będzie konieczne dla wyinterpretowania definicji czynności operacyjno-rozpoznawczych. Odpowiedź na postawione powyżej pytanie wymaga odwołania się do wiedzy z zakresu wojskowości. W wydanym w 1957 r. skrypcie Zarządu II Sztabu Generalnego „O rozpoznaniu wojskowym”³⁷ czytamy: „Rozpoznanie w sensie teoretycznym – to rozdział nauki wojennej, a właściwie sztuki wojennej, a jego część składowa – wywiad podlega prawom strategii”. Natomiast w opracowanej w 1978 r. przez Zarząd II Sztabu Generalnego „Terminologii wywiadowczej i umownych znakach wywiadowczych” rozpoznanie wojskowe definiuje się jako: „Przedsięwzięcia prowadzone przez dowództwo i sztaby sił zbrojnych w zakresie zdobywania i opracowywania informacji o rzeczywistym lub potencjalnym przeciwniku. Odnosi się to nie tylko do danych o siłach zbrojnych danego państwa, czy koalicji państw, lecz także do stanu ich ekonomiki i sytuacji politycznej. Zależnie od celów, form zakresu działania i charakteru wykonywanych zadań rozpoznanie wojskowe dzieli się na: strategiczne, operacyjne i taktyczne”³⁸.

W powstałej w Akademii Obrony Narodowej pracy „Rozpoznanie na szczeblu taktycznym”³⁹ znajdziemy następującą definicję tego pojęcia: „Rozpoznanie oznacza zdobywanie i zbieranie (gromadzenie) informacji o przeciwniku i terenie oraz warunkach wojennych atmosferycznych. Celem rozpoznania jest zdobycie w odpowiednim czasie niezbędnych informacji, pomocnych dowodów w podejmowaniu trafnych decyzji, zapewniających mu inicjatywę i narzucenie przeciwnikowi swej woli”⁴⁰. Podobnie pojęcie rozpoznania definiują autorzy książki „Polskie służby specjalne. Słownik”: „Rozpoznanie, termin wojskowy oznaczający zdobywanie, analizowanie i ocenę informacji o nieprzyjacielu, terenie, warunkach meteorologicznych i rejonie potencjalnych działań zbrojnych. Prowadzone jest siłami i środkami wojskowymi. Wyróżnia się: rozpoznanie wojskowe (w Polsce prowadził je Generalny Zarząd Rozpoznania Wojskowego (P-2), przemianowany na Zarząd Analiz Wywiadowczych i Rozpoznawczych Sztabu Generalnego WP), rozpoznanie radioelektroniczne, rozpoznanie z przestrzeni okołoziemskiej. Do rozpoznania mogą być również użyte specjalne środki, np. agentura. Zależnie od zakresu działań rozpoznanie może mieć charakter strategiczny,

w *Aparat Represji* nr 1/10/2012, s. 131–166.

³⁷ IPN BU 2603/15680.

³⁸ W. Bagiński, *Dwa słowniki wywiadu wojskowego PRL z 1970 i 1978 r.* [w:] *Studia nad wywiadem i kontrwywiadem Polski w XX wieku*, t. 1, pod red. W. Skóry i P. Skubisza, Szczecin 2012, s. 697–736.

³⁹ W. Scheffs, *Rozpoznanie na szczeblu taktycznym*, Akademia Obrony Narodowej 2012.

⁴⁰ Red. W. Scheffs, *Rozpoznanie na szczeblu taktycznym*, Akademia Obrony Narodowej 2012, s. 9.

operacyjny lub taktyczny”⁴¹. W „Wielkim leksykonie służb specjalnych świata” rozpoznanie wojskowe zdefiniowano jako: „rozpoznanie: (ang. reconnaissance, ros. riekogniscyrowka) term. wojsk, zdobywanie, analizowanie i ocena informacji o nieprzyjacielu, terenie, warunkach meteorologicznych i rejonie potencjalnych działań (wojny, operacji lub walki). Rozpoznanie prowadzone jest siłami i środkami wojskowymi (rozpoznanie wojskowe), ale też przy pomocy specjalnych środków np. agentury (wywiad wojskowy). Zależnie od zakresu działań może mieć charakter: strategicznego, operacyjnego i taktycznego”⁴². W obowiązującym dokumencie NATO⁴³ pojęcie rozpoznania definiowane jest w odniesieniu do pojęcia Inteligence⁴⁴ (które oznacza: „Produkt wynikający z przetworzenia informacji dotyczących innych państw, wrogich lub potencjalnie wrogich sił lub elementów albo obszarów rzeczywistych lub potencjalnych działań”⁴⁵) jako: „działania, których wynikiem jest produkt (Intel) oraz do struktur zaangażowanych w taką działalność”⁴⁶ albo jako „RECCE – działania podejmowane w celu pozyskania, w drodze obserwacji wzrokowej lub innymi metodami wykrywania, informacji o działaniach i środkach przeciwnika lub potencjalnego przeciwnika, albo danych meteorologicznych, hydrograficznych lub geograficznych określonego obszaru. Termin związany: air reconnaissance. 29/1/04”⁴⁷. Tego typu podejście do istoty rozpoznania wojskowego sprawiło, że według przedstawicieli nauk wojskowych rozpoznanie wojskowe i działalność wywiadowcza to albo „ten sam proces realizowany przez różnie podporządkowane instytucje”⁴⁸, albo wręcz to ta sama dziedzina działalności sił zbrojnych⁴⁹.

Reasumując, za działania operacyjno-rozpoznawcze realizowane przez „inne służby Sił Zbrojnych” uznać należy działania wyspecjalizowanych jednostek rozpoznawczych wojska, ukierunkowane na uzyskanie w sposób poufny szerokiego spectrum informacji o siłach zbrojnych przeciwnika lub potencjalnego nieprzyjaciela, o danych hydrograficznych, geograficznych opisujących teren obszaru przewidywanych działań zbrojnych oraz ochronę zdolności bojowej wojska⁵⁰.⁵¹ Przy tworzeniu definicji przydatne będą

⁴¹ Red. J. Wojtaszczyk, *Polskie służby specjalne. Słownik*, Warszawa 2011, s. 177.

⁴² J. Larecki, *op. cit.*, s. 565.

⁴³ *Słownik terminów i definicji NATO AAP-6*, Agencja Standaryzacji NATO Bruksela 2014, s. 218.

⁴⁴ Skrót: Intel.

⁴⁵ AAP-6 (2014), s. 218.

⁴⁶ Por. AAP-6 (2014), s. 218.

⁴⁷ AAP-6 (2014), s. 329.

⁴⁸ M. Minkina, *op. cit.*, s. 29.

⁴⁹ Red. M. Łokociejewski, *Rozpoznanie wojskowe, cz.1, Podstawy teoretyczne*, Warszawa 2003, s. 6–11.

⁵⁰ Por. definicję cyklu wywiadowczego AAP-6 (2014), s. 218.

⁵¹ Podobne stanowisko wyraził Sąd Okręgowy w Białymstoku w uzasadnieniu niepublikowanego orzeczenia z dnia 21 lipca 2016 r., sygn. akt III K 50/16.

przepisy ustaw: z 9 czerwca 2006 r. o Służbie Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służbie Wywiadu Wojskowego⁵² (dalej jako ustawa o SKW i SWW), a także z 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu⁵³ (dalej jako ustawa o ABW i AW). Ustawy te określają bowiem m.in. zadania wymienionych wyżej służb, a ich funkcjonariuszom w związku z realizacją tychże przyznają uprawnienia do wykonywania czynności operacyjno- i analityczno-informacyjnych⁵⁴ (ponadto art. 21 pkt 1 ustawy o ABW i AW przyznaje kompetencje dochodzeniowo-śledcze funkcjonariuszom ABW, co przy braku wątpliwości co do znaczenia tego terminu jest w tym wypadku nieistotne). Chcąc zatem sformułować definicję czynności operacyjno-rozpoznawczych, wskazującą na to, co może być przedmiotem tych czynności, musimy sięgnąć do art. 5 i 6 ustawy o SKW i SWW oraz do art. 5 i 6 ustawy o ABW i AW. Przepisy te stanowią:

„Art. 5.

1. Do zdań ABW należy:

- 1) rozpoznawanie, zapobieganie i zwalczanie zagrożeń godzących w bezpieczeństwo wewnętrzne państwa oraz jego porządek konstytucyjny, a w szczególności w suwerenność i międzynarodową pozycję, niepodległość i nienaruszalność jego terytorium, a także obronność państwa;
- 2) rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw:
 - a) szpiegostwa, terroryzmu, naruszenia tajemnicy państwowej i innych przestępstw godzących w bezpieczeństwo państwa,
 - b) godzących w podstawy ekonomiczne państwa,
 - c) korupcji osób pełniących funkcje publiczne, o których mowa w art. 1 i 2 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (Dz.U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584), jeśli może to godzić w bezpieczeństwo państwa,
 - d) w zakresie produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa,
 - e) nielegalnego wytwarzania, posiadania i obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, bronią masowej

⁵² Dz.U. z 2014 r. poz. 253.

⁵³ Dz.U. z 2010 r. Nr 29, poz. 154 ze zm.

⁵⁴ Art. 25 pkt 1 i 2 i art. 26 ustawy o SKW i SWW.

zagłady oraz środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, w obrocie międzynarodowym oraz ściganie ich sprawców,

- 3) realizowanie, w granicach swojej właściwości, zadań służby ochrony państwa oraz wykonywanie funkcji krajowej władzy bezpieczeństwa w zakresie ochrony informacji niejawnych w stosunkach międzynarodowych;
 - 4) uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego;
 - 5) podejmowanie innych działań określonych w odrębnych ustawach i umowach międzynarodowych.
2. Działalność ABW poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona w związku z jej działalnością na terytorium państwa wyłącznie w zakresie realizacji zadań określonych w ust. 1 pkt 2.

Art. 6.

1. Do zadań AW należą:

- 1) uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla bezpieczeństwa i międzynarodowej pozycji Rzeczypospolitej Polskiej oraz jej potencjału ekonomicznego i obronnego;
- 2) rozpoznawanie i przeciwdziałanie zagrożeniom zewnętrznym godzącym w bezpieczeństwo, obronność, niepodległość i nie naruszalność terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) ochrona zagranicznych przedstawicielstw Rzeczypospolitej Polskiej i ich pracowników przed działaniami obcych służb specjalnych i innymi działaniami mogącymi przynieść szkodę interesom Rzeczypospolitej Polskiej;
- 4) zapewnienie ochrony kryptograficznej łączności z polskimi placówkami dyplomatycznymi i konsularnymi oraz poczty kuryerskiej;
- 5) rozpoznawanie międzynarodowego terroryzmu, ekstremizmu oraz międzynarodowych grup przestępczości zorganizowanej;
- 6) rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi, środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi oraz towarami, technologiami

- i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią masowej zagłady i zagrożeń związanych z rozprzestrzenianiem tej broni oraz środków jej przenoszenia;
- 7) rozpoznawanie i analizowanie zagrożeń występujących w rejonach napięć, konfliktów i kryzysów międzynarodowych, mających wpływ na bezpieczeństwo państwa, oraz podejmowanie działań mających na celu eliminowanie tych zagrożeń;
 - 8) prowadzenie wywiadu elektronicznego;
 - 9) podejmowanie innych działań określonych w odrębnych ustawach i umowach międzynarodowych.
2. Zadania, o których mowa w ust. 1, z zastrzeżeniem ust. 3, są realizowane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.
 3. Działalność AW na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona wyłącznie w związku z jej działalnością poza granicami państwa, a realizacja czynności operacyjno-rozpoznawczych, o których mowa w art. 27, 29 i 30, jest dopuszczalna wyłącznie za pośrednictwem Szefa ABW”.

„Art. 5.

1. Do zadań SKW należy:
 - 1) rozpoznawanie, zapobieganie oraz wykrywanie popełnianych przez żołnierzy pełniących czynną służbę wojskową, funkcjonariuszy SKW i SWW oraz pracowników SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON, przestępstw:
 - a) przeciwko pokojowi, ludzkości oraz przestępstw wojennych określonych w rozdziale XVI ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997 r. Nr 88, poz. 553, z późn. zm.), a także innych ustawach i umowach międzynarodowych,
 - b) przeciwko Rzeczypospolitej Polskiej określonych w rozdziale XVII ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, oraz takich czynów skierowanych przeciwko państwom obcym, które zapewniają wzajemność,
 - c) określonych w art. 140 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny,
 - d) określonych w art. 228–230 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, jeżeli mogą one zagrażać bezpieczeństwu lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON,

- e) przeciwko ochronie informacji określonych w rozdziale XXXIII ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, jeżeli mogą one zagrażać bezpieczeństwu lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON, a także takich czynów skierowanych przeciwko państwom obcym, które zapewniają wzajemność,
 - f) określonych w art. 33 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (Dz.U. z 2004 r. Nr 229, poz. 2315),
 - g) związanych z działalnością terrorystyczną oraz innych niż wymienione w lit. a–f, godzących w bezpieczeństwo potencjału obronnego państwa, SZ RP oraz jednostek organizacyjnych MON, a także państw, które zapewniają wzajemność;
- 2) współdziałanie z Żandarmerią Wojskową i innymi organami uprawnionymi do ścigania przestępstw wymienionych w pkt 1;
 - 3) realizowanie, w granicach swojej właściwości, zadań służby ochrony państwa określonych w ustawie z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 oraz z 2006 r. Nr 104, poz. 708);
 - 4) uzyskiwanie, gromadzenie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć znaczenie dla obronności państwa, bezpieczeństwa lub zdolności bojowej SZ RP lub innych jednostek organizacyjnych MON, w zakresie określonym w pkt 1, oraz podejmowanie działań w celu eliminowania ustalonych zagrożeń;
 - 5) prowadzenie kontrwywiadu radioelektronicznego oraz przedsięwzięć z zakresu ochrony kryptograficznej i kryptoanalizy;
 - 6) uczestniczenie w planowaniu i przeprowadzaniu kontroli realizacji umów międzynarodowych dotyczących rozbrojenia;
 - 7) ochrona bezpieczeństwa jednostek wojskowych, innych jednostek organizacyjnych MON oraz żołnierzy wykonujących zadania służbowe poza granicami państwa;
 - 8) ochrona bezpieczeństwa badań naukowych i prac rozwojowych zleconych przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON oraz produkcji i obrotu towarami, technologiami i usługami o przeznaczeniu wojskowym zamówionymi przez SZ RP i inne jednostki organizacyjne MON, w zakresie określonym w pkt 1;

- 9) podejmowanie działań, przewidzianych dla SKW, w innych ustawach, a także umowach międzynarodowych, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana.
2. Zadania SKW obejmują również rozpoznawanie oraz wykrywanie przestępstw, o których mowa w ust. 1, popełnionych we współdziałaniu z żołnierzami pełniącymi czynną służbę wojskową, funkcjonariuszami SKW i SWW lub pracownikami SZ RP i innych jednostek organizacyjnych MON.
3. Działalność SKW poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona w związku z jej działalnością na terytorium państwa wyłącznie w zakresie realizacji zadań określonych w ust. 1 i 2.

Art. 6.

1. Do zadań SWW należy:
 - 1) uzyskiwanie, gromadzenie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla:
 - a) bezpieczeństwa potencjału obronnego Rzeczypospolitej Polskiej,
 - b) bezpieczeństwa i zdolności bojowej SZ RP,
 - c) warunków realizacji, przez SZ RP, zadań poza granicami państwa;
 - 2) rozpoznawanie i przeciwdziałanie:
 - a) militarnym zagrożeniom zewnętrznym godzącym w obronność Rzeczypospolitej Polskiej,
 - b) zagrożeniom międzynarodowym terroryzmem;
 - 3) rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią, amunicją i materiałami wybuchowymi oraz towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także rozpoznawanie międzynarodowego obrotu bronią masowej zagłady i zagrożeń związanych z rozprzestrzenianiem tej broni oraz środków jej przenoszenia;
 - 4) rozpoznawanie i analizowanie zagrożeń występujących w rejonach napięć, konfliktów i kryzysów międzynarodowych, mających wpływ na obronność państwa oraz zdolność bojową SZ RP, a także podejmowanie działań mających na celu eliminowanie tych zagrożeń;
 - 5) prowadzenie wywiadu elektronicznego na rzecz SZ RP oraz przedsięwzięć z zakresu kryptoanalizy i kryptografii;
 - 6) współdziałanie w organizowaniu polskich przedstawicielstw wojskowych za granicą;

- 7) uczestniczenie w planowaniu i przeprowadzaniu kontroli realizacji umów międzynarodowych dotyczących rozbrojenia;
 - 8) podejmowanie innych działań przewidzianych dla SWW w odrębnych ustawach, a także umowach międzynarodowych, którymi Rzeczpospolita Polska jest związana.
2. Zadania, o których mowa w ust. 1, z zastrzeżeniem ust. 3, są realizowane poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej.
 3. Działalność SWW na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej może być prowadzona wyłącznie w związku z jej działalnością poza granicami państwa, a realizacja czynności, o których mowa w art. 29, art. 31 ust. 1, art. 33 ust. 1 oraz art. 34 ust. 1 dopuszczalna jest wyłącznie za pośrednictwem SKW”.

Analizując te przepisy, musimy pamiętać o brzmieniu art. 25 pkt 1 i 2 i art. 26 ustawy o SKW i SWW oraz art. 21, 22 ustawy o ABW i AW, które to przepisy, przypomnijmy, stanowią:

„Art. 21.

1. W granicach zadań, o których mowa w art. 5 ust. 1, funkcjonariusze ABW wykonują:
 - 1) czynności operacyjno-rozpoznawcze i dochodzeniowo-śledcze w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw oraz ścigania ich sprawców,
 - 2) czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne w celu uzyskiwania i przetwarzania informacji istotnych dla ochrony bezpieczeństwa państwa i jego porządku konstytucyjnego.
2. ABW wykonuje również czynności na polecenie sądu lub prokuratora w zakresie określonym w Kodeksie postępowania karnego oraz Kodeksie karnym wykonawczym.
3. Funkcjonariusze ABW wykonują czynności tylko w zakresie właściwości tej Agencji i w tym zakresie przysługują im uprawnienia procesowe Policji, wynikające z przepisów Kodeksu postępowania karnego.

Art. 22.

W granicach zadań, o których mowa w art. 6 ust. 1, funkcjonariusze AW wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne”.

„Art. 25.

W granicach zadań, o których mowa w art. 5, funkcjonariusze SKW wykonują czynności:

- 1) operacyjno-rozpoznawcze;
- 2) analityczno-informacyjne;

Art. 26.

W granicach zadań, o których mowa w art. 6 ust. 1, funkcjonariusze SWW wykonują czynności:

- 1) operacyjno-rozpoznawcze;
- 2) analityczno-informacyjne”.

Zestawiając ze sobą odpowiedzi art. 5 i 6 ustawy z art. 21 i 22 ustawy o ABW i AW oraz art. 5 i 6, art. 25 pkt 1 i 2 i art. 26 ustawy o SKW i SWW możemy spróbować zdefiniować pojęcie czynności operacyjno-rozpoznawczych. Skoro realizacja zadań wymienionych służb, jak wynika z przywołanych powyżej przepisów, odbywa się poprzez czynności operacyjno-rozpoznawcze i analityczno-informacyjne, to należy przyjąć, że działania ABW, AW, SKW i SWW ukierunkowane na realizację ich zadań (z wyłączeniem prowadzenia czynności dochodzeniowo-śledczych i działalności w zakresie zadań związanych z ochroną informacji niejawnych) mają albo charakter operacyjno-rozpoznawczy, albo analityczno-informacyjny.

A contrario co nie jest w działalności ABW, AW, SKW i SWW pracą analityczno-informacyjną, jest działaniem operacyjno-rozpoznawczym (z wyłączeniem czynności dochodzeniowo-śledczych, działań o charakterze administracyjnym, logistycznym typu przetarg w zakresie sprzętu, budowa obiektów, załatwianie spraw kadrowych itp.).

Musimy zatem odpowiedzieć sobie najpierw na pytanie, czym są czynności analityczno-informacyjne. O ile w polskiej literaturze jest stosunkowo wiele pozycji poświęconych czynnościom operacyjno-rozpoznawczym, o tyle analiza informacji w służbach specjalnych nie była do niedawna przedmiotem zainteresowań naukowców z zakresu kryminalistyki, procesu karnego.

Na potrzeby niniejszego opracowania posłużyłem się dostępnymi w języku polskim opracowaniami oraz dokumentami urzędowymi NATO definiującymi analizę informacji. W opracowaniu zatytułowanym „Polskie służby specjalne. Słownik” pod red. K.A. Wojtaszczyka⁵⁵ pojęcie „analiza informacji” definiuje się jako:

⁵⁵ Pod red. K.A. Wojtaszczyk, *Polskie służby specjalne. Słownik*, Warszawa 2011.

„Analiza informacji, operac.

- 1) integralna część – cyklu wywiadowczego oraz kontrwywiadowczego. Jako termin ogólny oznacza proces opracowania uzyskanych w toku pracy operacyjnej informacji, wyciągania z nich wniosków, tworzenia hipotez i prognoz. Celem analizy informacji jest stworzenie kompleksowego i spójnego obrazu sytuacji, co stanowi podstawę do podejmowania kolejnych decyzji;
- 2) nazwa finalnego produktu służb specjalnych, tj. opracowań przygotowywanych na potrzeby władz państwowych (prezydenta, premiera, właściwych ministrów). W praktyce wyróżnia się kilka podstawowych rodzajów analizy informacji: analizę operacyjną, analizę wywiadowczą i analizę kontrwywiadowczą. Analiza operacyjna dotyczy konkretnej sprawy operacyjnej i zawiera przyczyny jej wszczęcia, zakładane cele, wykorzystane siły i środki, planowane działania, hipotezy operacyjne i zakładane kierunki rozwoju. Analiza wywiadowcza dotyczy spraw realizowanych przez wywiad zagraniczny; zawiera m.in. ocenę sytuacji wywiadowczej i wyniki pracy wywiadowczej. Analiza kontrwywiadowcza – analogicznie – odnosi się do pracy kontrwywiadu”⁵⁶.

Jan Larecki natomiast w swojej książce „Wielki leksykon służb specjalnych” pojęcie to definiuje jako: „analiza informacji/ materiałów/ danych: (ang. analysis; franc. analyse; niem. Auswertung; ros. analiz) proces polegający na ustaleniu istnienia w zbiorze nowo zdobytych informacji ważnych faktów (ewidencja), ich sklasyfikowaniu i porównywaniu z innymi posiadanymi już informacjami (ocena) oraz określeniu charakteru i zakresu tematycznego (analiza). Ocenia się ich wiarygodność, znaczenie i ważność (interpretacja), korelację z innymi ustalonymi faktami. Jest to więc weryfika-

⁵⁶ Cykl wywiadowczy (cykl pracy wywiadowczej), operat: zespół czynności mających na celu zgromadzenie informacji oraz ich przetworzenie w informacje wywiadowcze użyteczne dla odbiorców. Składa się z następujących faz: 1) określenie (planowanie) zapotrzebowania na informacje wywiadowcze (sformułowane przez polityczne gremia decyzyjne państwa lub dowódców wojskowych odpowiedniego szczebla),

2) zdobywanie i zbieranie informacji (uzyskiwanie w toku działań operacyjnych prowadzonych przez służby wywiadu),

3) gromadzenie, ocenianie, analizowanie, opracowywanie i interpretowanie informacji (sortowanie i wartościowanie, czyli określanie wiarygodności zebranych informacji, porównanie z wiadomościami z innych źródeł, opracowanie w jednorodnej postaci ocen, sugestii i wniosków); w CIA dzielona na dwie fazy: 3 i 4 - przetwarzanie oraz analizę i opracowanie),

4) przekazywanie informacji (udostępnienie finalnego raportu ustnie, pisemnie lub w innej postaci użytkownikom, tj. osobom lub organom decyzyjnym państwa bądź sztabom wojskowym: w CIA występuje jako faza 5. W praktyce amerykańskiej wspólnoty wywiadowczej cykl jest nazywany procesem wywiadowczym i posiada fazę 6 – programowanie środków finansowych na realizację działań wywiadowczych.

cja wiarygodności, czyli oddzielenie autentycznych informacji od dezinformacji (świadomej lub przypadkowej). Pozwala określić ich użyteczność dla doraźnych lub perspektywicznych potrzeb, ocenę pracy agenta (jego możliwości, wiarygodność) itp. Potem następuje wykorzystanie przetworzonych informacji: przekazanie użytkownikowi informacji, do zbioru, innej jednostce, określenie nowych zadań dla agenta”.

W oficjalnym dokumencie natowskim „Słowniku terminów i definicji NATO AAP-6”⁵⁷ pojęcie analizy (w odniesieniu do wywiadu) definiuje się następująco: „analiza – w wywiadzie/rozpoznaniu element fazy przetwarzania informacji, w czasie którego poddawana jest ona badaniu w celu określenia znaczących faktów i późniejszej ich interpretacji (termin związany: intelligence cycle. 5/7/01)”⁵⁸.

Przywołane powyżej definicje przy niewątpliwych różnicach są zgodne co do tego, że przedmiotem działań analityczno-informacyjnych jest nie zdobywanie informacji, ale przetwarzanie, opracowywanie już posiadanych (uzyskanych) informacji.

Ustalenie, czym są czynności analityczno-informacyjne, jedynie przybliża nas nieco do wyjaśnienia tego, czym na gruncie ustaw o ABW i AW, SKW i SWW, ustawy o IPN i ustawy lustracyjnej są czynności operacyjno-rozpoznawcze, ale nie zwalnia od wykładni tego pojęcia.

Zauważyć należy, że w polskiej myśli karnoprosesowej i kryminalistycznej dominują poglądy wiążące czynności operacyjno-rozpoznawcze z celami i zadaniami procesu karnego, tj. ze zwalczaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw i ich sprawców oraz poufnym zdobywaniem dowodów zaistnienia przestępstwa⁵⁹.

Poglądy te uznać należy za nieaktualne, kolidujące z przepisami ustawodawstwa o polskich służbach specjalnych, gdyż nie uwzględniają one charakteru ich zadań przecież bardzo często, jak w przypadku ABW i SKW, oraz w stu procentach, jak w przypadku AW i SWW, nie odnoszących się do celu i zadań postępowania karnego. Mimo nieaktualności wskazanych powyżej poglądów znalazły one swój wyraz w projekcie poselskim ustawy o czynnościach operacyjno-rozpoznawczych⁶⁰, nad którymi poniechano

⁵⁷ *Słownik terminów i definicji NATO AAP-6* NATO STANDARDIZATION AGENCY Bruksela 2014.

⁵⁸ *analysis/analyse – in intelligence usage, a step in the processing phase of the intelligence cycle in which information is subjected to review in order to identify significant facts for subsequent interpretation (related term: intelligence cycle. 1-9-91.*

⁵⁹ Por. L. Schaf, *Zarys i formy postępowania przygotowawczego*, Warszawa 1961, s. 106; M. Lityński, *Czynności operacyjne MO w procesie karnym* [w:] „Problemy Praworządności” 1961, nr 6, s. 987; T. Hanausek, *Kryminalistyka – poradnik detektywa*, Katowice, s. 94; J. Widacki, J. Koniczny, T. Widła, *Kryminalistyka*, Warszawa 2008, s. 125; T. Tomaszewski, Z. Czeczot, *Kryminalistyka ogólna*, Warszawa 1996, s. 67.

⁶⁰ Druk Sejmowy nr 353 Sejmu VI Kadencji.

jednak prac ustawodawczych. W projekcie tym w art. 2 ust. 1 znajdujemy następującą definicję czynności operacyjno-rozpoznawczych: „Czynności operacyjno-rozpoznawcze są zespołem przedsięwzięć, jawnych i niejawnych prowadzonych wyłącznie w celu:

- 1) rozpoznania, zapobiegania i wykrywania przestępstw;
- 2) odnajdywania osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiarem sprawiedliwości oraz osób zaginionych, jeżeli zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ich zaginięcie jest wynikiem przestępstwa, a także odnajdywanie rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa lub mających związek z przestępstwem;
- 3) ustalenia tożsamości osób i zwłok, w przypadku uzasadnionego podejrzenia przestępczego działania”.

Jak słusznie piszą autorzy pracy „Służby specjalne w strukturze władz publicznych – zagadnienia prawnoustrojowe”⁶¹, „nie wchodząc w szczególności, warto zwrócić uwagę, że w kontekście służb specjalnych wątpliwości mógł budzić określony projektem zakres czynności operacyjno-rozpoznawczych, który odnosząc się do działań związanych z rozpoznawaniem, zapobieganiem i wykrywaniem przestępstw, nie obejmował szczególnie ważnego aspektu działań operacyjnych związanych z funkcjonowaniem Agencji Wywiadu obejmujących m.in.: rozpoznawanie i przeciwdziałanie zagrożeniom zewnętrznym godzącym w bezpieczeństwo, obronność, niepodległość i nienaruszalność terenu Rzeczypospolitej Polskiej (art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW)”.

Nie można też zaakceptować wynikającego z zacytowanego powyżej fragmentu projektu ustawy poglądu jego autorów, iż czynności operacyjno-rozpoznawcze mogą niekiedy mieć charakter jawny. Wykluczają to przepisy art. 5 ust. 1 pkt 5–6 oraz art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych⁶², które to przepisy nakazują traktować jako informacje niejawne (ściśle tajne), podlegające ochronie bez względu na upływ czasu te informacje, których ujawnienie może doprowadzić do dekonspiracji funkcjonariuszy, żołnierzy, pracowników wykonujących czynności operacyjno-rozpoznawcze oraz osób udzielających im pomocy w tym zakresie⁶³. Zauważyć też należy, że jako bodajże pierwszy na rolę stricte informacyjną (oderwaną od celów procesu karnego) czynności operacyjno-rozpoznawczych zwrócił uwagę Adam Taracha, który w cytowanej już wcześniej pracy zauważa: „na gruncie obecnie obowiązującego ustawa-

⁶¹ M. Bożek, M. Czuryk, M. Karpiuk, J. Kosturbiac, *Służby specjalne w strukturze władz publicznych – zagadnienia prawnoustrojowe*, Warszawa 2014, s. 111.

⁶² Dz.U. 2016.1167.

⁶³ Por. także załącznik nr 1 pkt I 16–27 do ustawy z dnia 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. 2005 r. Nr 196, poz. 1631).

Ponadto ustawodawca zobowiązał Agencję Wywiadu do zapewnienia ochrony poczty kurierskiej (art. 6 ust. 1 pkt 4 ustawy o ABW i AW).

O zadaniach służb specjalnych o charakterze analitycznym mówią natomiast przepisy art. 6 ust. 1 ustawy o SKW i SWW, który stanowi, że: „do zadań SWW należy: uzyskiwanie, gromadzenie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie [...]”, art. 5 ust. 1 pkt 5 ustawy o ABW i AW, który stanowi, że: „do zadań ABW należy: uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji mogących mieć istotne znaczenie dla ochrony bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i jego porządku konstytucyjnego” i art. 6 ust. 1 pkt 1 i 6 ustawy o ABW i AW stanowiące, że: „do zadań AW należy: uzyskiwanie, analizowanie, przetwarzanie i przekazywanie właściwym organom informacji [...] rozpoznawanie i analizowanie zagrożeń występujących w rejonach napięć, konfliktów i kryzysów międzynarodowych, mających wpływ na obronność państwa [...]”.

O pojęciach „analiza” i „analiza informacyjna” wspomniano już wcześniej. Zatem zgodnie z przepisami art. 22, art. 21 ust. 1 pkt 2 ustawy o ABW i AW oraz art. 25 pkt 2 i art. 26 ustawy o SKW i SWW, które to przepisy wyraźnie rozdzielają czynności analityczno-informacyjne i operacyjno-rozpoznawcze, za czynności operacyjno-rozpoznawcze nie będziemy uważać działań funkcjonariuszy służb specjalnych polegających ogólnie rzecz biorąc na opracowywaniu uzyskanych informacji, wyciąganiu już z posiadanych informacji wniosków, opracowywania hipotez, prognoz, opinii dotyczących tematyki pozostającej w zainteresowaniu służb specjalnych.

Na czym jednak polegają czynności operacyjno-rozpoznawcze, o których mowa w art. 25 pkt 1 i art. 26 pkt 1 ustawy o SKW i SWW oraz art. 21 ust. 1 i art. 22 ustawy o ABW i AW?

Wspomniany już wcześniej Adam Taracha wyraził stanowisko, że w odniesieniu do służb specjalnych można mówić o „funkcji informacyjnej” czynności operacyjno-rozpoznawczych⁶⁷, czyli polegających na uzyskiwaniu informacji przez funkcjonariuszy tych służb. Zbigniew Rau w pracy zatytułowanej „Czynności operacyjno-rozpoznawcze w polskim systemie prawa – działania w kierunku uniwersalnej ustawy”⁶⁸ postuluje, aby temu pojęciu nadać następujące brzmienie: „czynności operacyjno-rozpoznawcze – pozaprosesowe czynności polegające na uzyskiwaniu, gromadzeniu, zbieraniu, sprawdzaniu, analizowaniu, przetwarzaniu, przekazywaniu oraz wykorzystywaniu informacji o osobach, miejscach, przedmiotach, zdarzeniach lub za-

⁶⁷ A. Taracha, *Czynności operacyjno...*, op. cit., s. 27.

⁶⁸ Z. Rau, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze w polskim systemie prawa – działania w kierunku uniwersalnej ustawy* [w:] *Praktyczne elementy zwalczania przestępczości zorganizowanej i terroryzmu*, pod red. L. Paprzycki i Z. Rau, Warszawa 2009, s. 734.

grożeniach będących przedmiotem prawnie uzasadnionego zainteresowania służby państwowej, a także inne niejawne działania i przedsięwzięcia służące realizacji ustawowych zadań tej służby”. Definicja ta wydaje się iść w dobrym kierunku, jednak z uwagi na zapisy aktualnie obowiązujących ustaw o ABW i AW oraz SKW i SWW, wyraźnie rozdzielających czynności analityczno-informacyjne od operacyjno-rozpoznawczych (którego to podziału Z. Rau nie uznaje za wiążący), nie można jej zastosować przy analizie przepisów ustawy o IPN i ustawy lustracyjnej⁶⁹. Jej wadą jest też użycie bardzo „niewyraźnego” pod względem logicznym określenia „inne niejawne przedsięwzięcia” (można potraktować to jako błąd *ignotum per ignatum*). Odwołując się do wielu licznych pozycji⁷⁰ traktujących o działalności służb specjalnych (przedstawiających formy i sposoby ich pracy), w szczególności działań wywiadowczych i kontrwywiadowczych realizowanych przez jednostki „cywilne” (tj. niezwiązane instytucjonalnie z Ministrem Obrony Narodowej) i „wojskowe”, autorzy niniejszego opracowania proponują, aby na gruncie ustaw regulujących zadania i kompetencje służb specjalnych, formacji o charakterze policyjnym oraz ustaw o IPN i lustracyjnej użyte w tychże ustawach pojęcie „czynności operacyjno-rozpoznawcze” definiować jako:

⁶⁹ Także z uwagi na użyty przez autora zwrot „ustawowych zadań tej służby”. Przypominamy, że PRL-owskie organy bezpieczeństwa w większości działały w oparciu o pozaustawowe akty.

⁷⁰ Patrz w *Polskie służby specjalne. Słownik*, pod red. K. Wojtaszczyka, Warszawa 2011, hasła: akcja wywiadowcza, s. 40; agent dywersant, s. 37; agent lotny, s. 37–38; agent stały, s. 38–39; attaché wojskowy, s. 43–44; biały wywiad, s. 47; cenzura korespondencji, s. 50–51; dokumenty legalizacyjne, s. 67; dezinformacja, s. 66; druga linia, s. 68–69; eksfiltracja, s. 70; etat niejawny, s. 73; fałszywka, s. 73–74; gra operacyjna, s. 79–79; infiltracja, s. 83; inspiracja, s. 84–85; inwigilacja, s. 86–87; jaskółcze gniazdo, s. 89; kanał wywiadowczy, s. 91; kanał łączności, s. 91; kombinacja operacyjna, s. 97; kontrobservacja, s. 101; kontener, s. 101; sabotaż, s. 181; radiokontrwywiad, s. 171; radiopelengacja, s. 171; rozpoznanie, s. 177; szyfr, s. 202; środki pracy operacyjnej, s. 204; legenda, s. 112; „Wabik”, s. 220; walka informacyjna, s. 220; wojna/walka ekonomiczna, s. 227–228; wywiad gospodarczy, s. 235.

M. Minkina, *Sztuka wywiadu w państwie współczesnym*, Warszawa 2014, rozdz. 1. Wywiad i jego rodzaje, podr. 1.1. *Geneza, typologia i funkcjonowanie wywiadu*, s. 27–69, rozdz. 4. *Operacje pozainformacyjne wywiadu*, podr. 4.1. *Kultura tajnego funkcjonowania w wywiadzie oraz charakterystyka operacji pozainformacyjnej wywiadu*, s. 209–218, podr. 4.2. *Operacja pozainformacyjna w perspektywie historycznej*, s. 218/227, podr. 4.3. *Typologia operacji pozainformacyjnych wywiadu*, s. 227–245, rozdz. 7. *Ochrona i osłona kontrwywiadowcza państwa*, podr. 7.1. *Istota kontrwywiadu*, s. 367–371, podr. 7.4. *Działania pozainformacyjne kontrwywiadu*, s. 387–392. W. Scheffs (red.), *Rozpoznanie na szczeblu taktycznym*, AON 2012, podr. 1.1. *Instrumentarium pojęciowe*, s. 9–10, podr. 1.3. *Zadania rozpoznawcze na szczeblu taktycznym*, s. 16–18, podr. 1.4. *Rodzaje rozpoznania na szczeblu taktycznym*, s. 19–22, podr. 1.5. *Sposoby rozpoznania*, s. 22–24, załącznik nr 1 *Wybrane definicje rozpoznania wojskowego w literaturze przedmiotu*, s. 185–186. A. Zborowski, *Wywiad i kontrwywiad XXI wieku*, Lublin 2010, rozdz. 5. *System informacji służb wywiadu i kontrwywiadu*, s. 211–261; A. Golicyn, *Nowe kłamstwa w miejsce starych*, Warszawa 2007; I. Pacepa, R. Rychlak, *Dezinformacja*, wyd. Helion, brak roku wydania; M. Minkina, B. Gałek, *Kłamstwo i podstęp we współczesnym świecie*, Warszawa 2015; K. Banach, *Zasady i metoda pracy Oddziału II Sztabu*, Warszawa 1938, rozdz. 3.

Realizowane w sposób poufny w kraju i za granicą działania uprawnionych do tego służb państwowych lub jednostek sił zbrojnych ukierunkowane co najmniej na jeden z poniższych celów:

- 1) uzyskanie informacji przydatnych organom władzy państwowej dla realizacji celów politycznych, militarych, gospodarczych lub ekonomicznych;
- 2) rozpoznanie, zapobieganie przestępczości, ustalenie sprawców przestępstw, uzyskanie informacji o dowodach możliwych do wykorzystania w postępowaniu karnym, odnalezienie osób poszukiwanych przez organy ścigania lub rzeczy utraconych w wyniku przestępstwa;
- 3) utajnienie tożsamości osób uzyskujących informacje, o których mowa w pkt 1, lub współdziałających w ich uzyskaniu⁷¹;
- 4) zainspirowanie pożądanym przez władze państwowe zachowań społecznych oraz działań zagranicznych instytucji państwowych, politycznych, gospodarczych, opiniotwórczych oraz zagranicznych jednostek sił zbrojnych⁷²;
- 5) zapobieżenie niepożądanym przez władze państwowe zjawiskom społecznym, ekonomicznym lub politycznym;
- 6) poufną realizację w kraju i za granicą zleconych przez organy władzy państwowej (w tym dowództwu sił zbrojnych) przedsięwzięć o charakterze politycznym, ekonomicznym, militarym i propagandowym.



A B S T R A C T

This paper aims to elaborate a homogenous interpretation of the Polish legal term investigative and intelligence activities (czynności operacyjno-rozpoznawcze) – an interpretation which could apply both to laws regulating the activities of the existing State's special services and to laws related to the activities of the secret services of the former Polish People's Republic (especially to the acts regulating the access to their re-

⁷¹ *Zasady typowania, szkolenia przerzutu i legalizacji nielegalów* [w:] A. Kowalski, *Rosyjski sztylet*, Łomianki 2013, s. 421–434.

⁷² Patrz definicje operacji informacyjnych i działań informacyjnych w: *Połączona sojusznicza doktryna operacji informacyjnych AJP-3.10 NATO*, Bruksela listopad 2009, s. 23–25, 80.

ords and the lustration of their former collaborators). The author demonstrates that the definitions of this legal term which have been proposed in the literature on the subject do not meet the requirements of the principle *Ubi eadem ratio legis, ibi eadem legis dispositio* (where the same reason exists, there the same law prevails).

PIOTR MILIK

*Zasady transferu broni i technologii
militarnych w świetle współczesnego prawa
międzynarodowego*

*Rules for the transfer of weapons and military
technology in the light of contemporary
international law*

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł wskazuje podstawowe zasady o znaczeniu prawnym i politycznym, rządzące międzynarodowym rynkiem broni i technologii militarnych. Każda ze wskazanych zasad została sformułowana na podstawie analizy kluczowych dokumentów rangi międzynarodowej zobowiązujących państwa do określonego postępowania w sferze obrotu specjalnego, tj. Karty Narodów Zjednoczonych, Traktatu o handlu bronią, Porozumienia z Wassenaar, innych dokumentów ONZ, KBWE/OBWE, Unii Europejskiej oraz dokumentów polskich: „Strategii bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej”, Ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, Ustawy o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, Ustawy o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców.

Wprowadzenie

W niniejszym artykule dokonano analizy szerokiego spektrum regulacji międzynarodowych zarówno o znaczeniu politycznym, jak i prawnym w obszarze transferów broni i technologii militarnych w odniesieniu do ich podstawowych rodzajów, co pozwoliło wyróżnić zasady obrotu bronią i technologiami militarnymi, jakimi kierują się państwa, społeczność międzynarodowa w toku realizacji obrotu specjalnego. Na tej podstawie wyróżniono: zasadę minimalizacji zużycia światowych zasobów ludz-

kich i gospodarczych na zbrojenia; zasadę poszanowania w obrocie bronią celów i zasad Karty Narodów Zjednoczonych; zasadę transparentności w obrocie bronią i technologiami militarnymi; zasadę ograniczania zbrojeń jako czynnika destabilizującego pokój i bezpieczeństwo narodowe, regionalne i międzynarodowe; zasadę regulacji obrotu bronią w prawie krajowym; zasadę poszanowania w obrocie bronią reguł prawa humanitarnego i praw człowieka.

Wskazane zasady międzynarodowego obrotu bronią w przeważającej mierze mają charakter polityczny, tzn. nie stanowią reguł prawnie wiążących z punktu widzenia prawa międzynarodowego. Mimo to państwa, pragnąc realizować swoje polityczne zobowiązania w obszarze obrotu specjalnego i utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, dokonują implementacji ustalonych na forum międzynarodowym zasad politycznych do swojego wewnętrznego porządku prawnego. Tym samym kształtują swoje wewnętrzne ustawodawstwo w zgodzie z wypracowanymi wspólnie z innymi państwami regułami. Kształtowanie w ten sposób wewnętrznego ustawodawstwa państw ma ten skutek, że przyczynia się do wypracowania wspólnych, akceptowanych powszechnie reguł międzynarodowego prawa zwyczajowego. Inaczej mówiąc, dokumenty międzynarodowe o znaczeniu politycznym regulujące obrót specjalny nie stanowią obowiązujących norm prawa międzynarodowego, ale przyczyniają się do kształtowania praktyki państw w tym obszarze, wynikającej bezpośrednio z ich wewnętrznych ustawodawstw. Tym samym dochodzi do kształtowania się norm międzynarodowego prawa zwyczajowego.

1. Zasada minimalizacji zużycia światowych zasobów ludzkich i gospodarczych na zbrojenia

Zasada minimalizacji zużycia światowych zasobów ludzkich i gospodarczych na zbrojenia została wyrażona po raz pierwszy w 1945 r. w Karcie Narodów Zjednoczonych, w jej artykule 26, który stwierdzał, że „W celu zapewnienia i utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, przy jak najmniejszym zużyciu światowych zasobów ludzkich i gospodarczych na zbrojenia, Rada Bezpieczeństwa obowiązana jest opracować, z pomocą przewidzianego w artykule 47 Wojskowego Komitetu Sztabowego, planów, które będą przedłożone członkom Organizacji Narodów Zjednoczonych celem stworzenia systemu normowania zbrojeń”. Do artykułu tego odwoływały się kolejne dokumenty regulujące obrót bronią i technologiami militarnymi w stosunkach między państwami, w szczególności dokument

pod nazwą „Zasady handlu bronią konwencjonalną”¹, przyjęty 25 listopada 1993 r. w Wiedniu na 49. plenarnym posiedzeniu Komitetu Specjalnego Forum KBWE ds. Współpracy w Dziedzinie Bezpieczeństwa², oraz Traktat o handlu bronią z 3 czerwca 2013 r. Zasadę tę potwierdza także Kodeks postępowania w eksporcie uzbrojenia Unii Europejskiej, przyjęty przez Radę ds. Ogólnych UE w dniu 8 czerwca 1998 r.³ Kodeks formułuje kryterium postępowania państw członkowskich UE dotyczące zgodności eksportowanej broni z technicznymi i ekonomicznymi możliwościami kraju odbiorcy, biorąc pod uwagę żądanie, że państwa powinny zaspokajać swoje uzasadnione potrzeby bezpieczeństwa i obronności przy jak najmniejszej dysproporcji pomiędzy poziomem uzbrojenia i zasobów ekonomicznych. Państwa członkowskie UE zostały zobowiązane do brania pod uwagę, czy w świetle informacji pochodzących z odpowiednich źródeł (raporty Programu Rozwoju Narodów Zjednoczonych – UNDP, Międzynarodowego Banku Odbudowy i Rozwoju – IBRD, Międzynarodowego Funduszu Walutowego – IMF, Organizacji Współpracy i Rozwoju Gospodarczego – OECD) proponowany eksport mógłby poważnie zahamować obecny rozwój kraju odbiorcy.

W tym kontekście państwa członkowskie UE muszą rozpatrywać w szczególności poziom wydatków militarnych i socjalnych państwa odbiorcy, uwzględniając ewentualną pomoc Unii Europejskiej lub krajów członkowskich. Powyższe ustalenia zostały utrzymane w mocy po uchyceniu Kodeksu postępowania UE w eksporcie uzbrojenia przez

¹ Problematyczny pozostaje charakter prawny dokumentów przyjętych na forum KBWE/OBWE. Należy przyjąć, że do czasu funkcjonowania KBWE jako formy wielostronnej dyplomacji konferencyjnej przyjmowane w ramach jej spotkań dokumenty miały bądź charakter umów międzynarodowych (np. Traktat o broni konwencjonalnej w Europie, Traktat o wolnych przestworzach), bądź niewiążących prawnie deklaracji politycznych (wszystkie inne dokumenty, którym państwa nie nadały rangi umowy międzynarodowej). W efekcie instytucjonalizacji współpracy w ramach dotychczasowej KBWE, w szczególności po szczycie paryskim, na którym przyjęto 21 listopada 1990 r. Paryską Kartę Nowej Europy, oraz po konferencji przeglądowej z Budapesztu (10 października – 6 grudnia 1994 r.) powstała OBWE. Dokument końcowy konferencji budapesztańskiej zatytułowany „Ku prawdziwemu partnerstwu w nowej erze” posiada jedynie walor polityczny. W żadnym z wymienionych dokumentów konstytuujących OBWE nie zawarto postanowienia o mocy prawnie wiążącej uchwał organów OBWE. Oznacza to, że wszelkie uchwały przyjmowane na forum OBWE mają walor jedynie polityczny i nie są prawnie wiążące.

² Forum KBWE do spraw Współpracy w Dziedzinie Bezpieczeństwa to jeden z głównych organów decyzyjnych KBWE/OBWE powołany do życia na szczycie w Helsinkach w 1992 r. Do kompetencji organu należy problematyka kontroli zbrojeń i rozbrojenia, transferu broni i technologii militarnych, mechanizmów rozstrzygania sporów oraz politycznych aspektów bezpieczeństwa. Organ ten obraduje na cotygodniowych spotkaniach. Przewodnictwo w obradach sprawuje każde z 56 państw członkowskich OBWE przez cztery kolejne miesiące. Decyzje podejmowane są poprzez konsensus.

³ Council of the European Union, European Union Code of Conduct on Arms Exports, document 8675/2/98 Rev 2, Brussels, 5 June 1998.

wspólne stanowisko Rady z dnia 8 grudnia 2008 r. określające wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego⁴.

Podstawowy dokument statutowy Porozumienia z Wassenaar, tzw. Elementy początkowe, konstruuje w tym kontekście zasadę zrównoważenia interesów politycznych, społecznych i gospodarczych państw w obrocie bronią i towarami podwójnego zastosowania. Jednocześnie w ramach współpracy państw realizowanej na podstawie Porozumienia z Wassenaar przyjęto 3 grudnia 1998 r. dokument zatytułowany: „Elementy do obiektywnej analizy i doradztwa dotyczącego potencjalnie destabilizującego nagromadzenia broni konwencjonalnej” (*Elements for objective analysis and advice concerning potentially destabilising accumulations of conventional weapons*). Dokument ten stwierdza, że państwa, realizując obrót bronią i technologiami militarnymi, powinny wziąć pod uwagę cel, jakim jest minimalizacja zużycia światowych zasobów ludzkich i gospodarczych na zbrojenia.

Dokument KBWE pt. „Zasady handlu bronią konwencjonalną” z dnia 25 listopada 1993 r. w punkcie 3 (a) odwołuje się do Karty Narodów Zjednoczonych i postulatu minimalizacji zużycia światowych zasobów ludzkich i ekonomicznych na zbrojenia.

Traktat o handlu bronią już w pierwszym zdaniu swojej preambuły odwołuje się do art. 26 Karty Narodów Zjednoczonych, który wyraża dążenie do utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa przy jak najmniejszym zużyciu światowych zasobów ludzkich i gospodarczych na zbrojenia.

Na gruncie polskiego prawa należy wskazać przy tej okazji podstawowe dokumenty określające obowiązki prywatnych przedsiębiorców na rzecz obronności państwa, jakimi są ustawa z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców (Dz.U. 2001 Nr 122, poz. 1320) oraz ustawa z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1967 Nr 44, poz. 220).

Ustawa o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców określa zasady organizowania tego rodzaju zadań przez przedsiębiorców wykonujących działalność gospodarczą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w tym przez przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym⁵, wskazuje organy administracji

⁴ Wspólne stanowisko Rady z dnia 8 grudnia 2008 r. (2008/944/WPZiB) określające wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego zastąpiło w 2008 roku Kodeks postępowania w sprawie wywozu uzbrojenia, obowiązujący od czerwca 1998 r.

⁵ Przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym wskazuje rozporządzenie Rady Ministrów z dn. 4 października 2010 r. (Dz.U. z 2010 r. Nr 198, poz. 1314). Rozporządzenie to wymienia 200 podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w zakresie: eksploatacji lotnisk

rządowej właściwe w zakresie organizowania oraz sprawowania nadzoru nad realizacją tych zadań, a także zasady ich finansowania.

W ustawie o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej zadanie umacniania obronności RP, przygotowania ludności i mienia narodowego na wypadek wojny oraz wykonywanie innych zadań w ramach powszechnego obowiązku obrony zostało nałożone na wszystkie organy władzy i administracji państwowej, organy samorządu terytorialnego, a także na przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne, organizacje społeczne, jak również na każdego obywatela w zakresie określonym w ustawach.

Ustawa o powszechnym obowiązku obrony formułuje obowiązek trzech rodzajów świadczeń na rzecz obrony: świadczenia osobiste, świadczenia rzeczowe i świadczenia szczególne.

Na osoby posiadające obywatelstwo polskie, które ukończyły szesnaście, a nie przekroczyły sześćdziesięciu lat życia, może być nałożony obowiązek świadczeń osobistych, polegających na wykonywaniu różnego rodzaju prac doraźnych na rzecz przygotowania obrony państwa albo zwalczania klęsk żywiołowych i likwidacji ich skutków.

Na urzędy i instytucje państwowe oraz przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne, a także osoby fizyczne może być nałożony obowiązek świadczeń rzeczowych, polegających na oddaniu do używania posiadanych nieruchomości i rzeczy ruchomych na cele przygotowania obrony państwa.

Ponadto ustawa formułuje obowiązek tzw. świadczeń szczególnych, które mogą być nałożone na terenowe organy administracji rządowej, instytucje państwowe, organy samorządu terytorialnego oraz przedsiębiorców i inne jednostki organizacyjne. Świadczenia szczególne polegają na dostosowaniu posiadanych nieruchomości i rzeczy ruchomych do potrzeb obrony państwa; przystosowaniu budowanych (przebudowywanych i rozbudowywanych) obiektów budowlanych oraz wytwarzanych rzeczy ruchomych do potrzeb obrony państwa oraz gromadzeniu, przechowywaniu i konserwacji przedmiotów niezbędnych do wskazanych wyżej czynności.

W żadnej z dwóch głównych wskazanych ustaw określających obowiązki przedsiębiorców na rzecz obronności państwa ustawodawca nie zawarł postulatu minimalizacji zużycia krajowych zasobów ludzkich i gospodarczych na zbrojenia, czy szerzej na wysiłek obronny RP.

Nie wspominają też o tej zasadzie podstawowe dokumenty państwowe dotyczące obronności i bezpieczeństwa państwa takie jak „Strategia bezpie-

i portów morskich, kolportażu, nadawania programów radiowych i telewizyjnych, produkcji, transportu i magazynowania produktów naftowych, produkcji, remontów lub modernizacji uzbrojenia i sprzętu wojskowego, realizacji obrotu specjalnego, transportu, usług pocztowych, usług telekomunikacyjnych, wytwarzania, dystrybucji i przesyłania gazu ziemnego, paliw płynnych oraz energii elektrycznej.

czeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej” z 5 listopada 2014 r. (zatwierdzona przez Prezydenta RP na wniosek Prezesa Rady Ministrów na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 1. Ustawy o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 21 listopada 1967 r.) czy „Strategia rozwoju systemu bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej 2022” (przyjęta uchwałą Rady Ministrów 9 kwietnia 2013 r. na wniosek Ministra Obrony Narodowej, Monitor Polski z dnia 16 maja 2013 r. poz. 377).

We wstępie „Strategii bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej” stwierdzono, że „Strategia w sposób całościowy ujmuje zagadnienia bezpieczeństwa narodowego oraz wskazuje optymalne sposoby wykorzystania na potrzeby bezpieczeństwa wszystkich zasobów pozostających w dyspozycji państwa w sferze obronnej, ochronnej, społecznej i gospodarczej”. Posłużono się terminem „optymalne”, charakteryzując sposoby wykorzystania zasobów ludzkich i materialnych na potrzeby bezpieczeństwa narodowego. Optymalne wykorzystanie zasobów oznacza takie ich użycie, które zapewni maksimum bezpieczeństwa przy minimum zaangażowania sił i środków. Nie ma jednak w analizowanym dokumencie odniesień do postulowanej na gruncie prawa międzynarodowego zasady minimalizacji wysiłku obronnego (w wymiarze produkcji zbrojeniowej) i alokacji zasobów ludzkich i materiałowych do innych dziedzin gospodarki, edukacji czy kultury.

Polskim dokumentom zdecydowanie bliżej do zasady zrównoważenia interesów politycznych, społecznych i gospodarczych państw w obrocie bronią i towarami podwójnego zastosowania wyrażonej w Porozumieniu z Wassenaar niż do postulatu minimalizacji zużycia światowych zasobów ludzkich i gospodarczych na zbrojenia.

2. Zasada poszanowania w obrocie bronią celów i zasad Karty Narodów Zjednoczonych

Zasadę poszanowania w obrocie bronią celów i zasad Karty Narodów Zjednoczonych wymienia dokument KBWE pt. „Zasady handlu bronią konwencjonalną” z 25 listopada 1993 r. Ponadto Traktat o handlu bronią z 3 czerwca 2013 r. wskazuje już w pierwszym zdaniu swojej preambuły na konieczność kierowania się państw-stron traktatu celami i zasadami Karty Narodów Zjednoczonych. W ustępie 5 preambuły traktatu odwołano się do stwierdzenia, że pokój i bezpieczeństwo, rozwój oraz prawa człowieka stanowią filary systemu Narodów Zjednoczonych oraz fundament zbiorowego bezpieczeństwa. Traktat o handlu bronią w dalszej kolejności wymienia zasady, którymi powinny kierować się państwa-strony

we wzajemnym obrocie bronią i technologiami militarnymi, wśród których na pierwszym miejscu wymieniono zasadę poszanowania niezbywalnego prawa wszystkich państw do indywidualnej lub zbiorowej samoobrony. Odwołano się przy tym do treści art. 51 Karty Narodów Zjednoczonych. Dalej zasady wymienione w Traktacie o handlu bronią odnoszą się do załatwiania sporów międzynarodowych środkami pokojowymi, powstrzymania się w stosunkach międzynarodowych od stosowania groźby lub użycia siły przeciwko integralności terytorialnej lub niepodległości politycznej któregośkolwiek państwa oraz nieingerowania w wewnętrzne sprawy państw. Za każdym razem następuje odesłanie do odpowiedniego przepisu Karty Narodów Zjednoczonych. Zasadę poszanowania w obrocie bronią i towarami podwójnego zastosowania niezbywalnego prawa wszystkich państw do samoobrony indywidualnej lub zbiorowej formułuje także podstawowy dokument statutowy Porozumienia z Wassenaar, tzw. Elementy początkowe (cel czwarty). Również Kodeks postępowania w eksporcie uzbrojenia Unii Europejskiej przyjęty przez Radę ds. Ogólnych UE w dniu 8 czerwca 1998 r. w swej preambule wymienia konieczność poszanowania w obrocie uzbrojeniem zasady indywidualnej lub zbiorowej samoobrony. Odnosi się do niej także wspomniany na wstępie dokument KBWE pt. „Zasady handlu bronią konwencjonalną” z 1993 r.

Cele i zasady Karty Narodów Zjednoczonych zostały wymienione w pierwszych dwóch artykułach Karty Narodów Zjednoczonych. Cele oznaczają postulaty, do których ostatecznej realizacji ONZ dąży w relacjach między państwami i narodami, natomiast zasady oznaczają wytyczne, którymi Organizacja ma kierować się w swoich dążeniach.

Odnosząc cele i zasady karty Narodów Zjednoczonych do problematyki handlu bronią i technologiami militarnymi (zarówno konwencjonalnymi, jak i atomowymi), należy wskazać w pierwszej kolejności, że obrót taki nie powinien sprzyjać podsycaniu sytuacji zagrażających międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu oraz nie powinien udaremniać zbiorowych wysiłków ONZ podjętych dla zapobiegania zagrożeniom pokoju i ich usuwania, tłumienia wszelkich aktów agresji i innych naruszeń pokoju.

Powstaje pytanie, czy handel bronią (i inne formy obrotu bronią i technologiami militarnymi) możliwy jest do pogodzenia z postulatem niepodsywania sytuacji zagrażających międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu. Z jednej strony nasuwa się prosta myśl, że brak środków do walki w postaci broni, amunicji i technologii militarnych skutecznie powstrzymuje zapalczywe narody przed wszczęciem konfliktu zbrojnego. Z drugiej jednak strony posiadanie broni i technologii militarnych, w tym broni i technologii atomowej, nie jest w prawie międzynarodowym zakazane, co więcej – gwarantuje bezpieczeństwo państw na wypadek zbrojnej napaści.

Zatem sam obrót bronią, która ma takie bezpieczeństwo zapewnić, nie stoi w sprzeczności z podstawowym celem Karty Narodów Zjednoczonych, jakim jest utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Stara łacińska maksyma mówi: *si vis pacem, para bellum* (chcesz pokoju – szykuj się do wojny)⁶. Artykuł 8 Paktu Ligi Narodów z 28 czerwca 1919 r. stwierdzał, że utrzymanie pokoju wymaga zmniejszenia zbrojeń narodowych do minimum dającego się pogodzić z bezpieczeństwem narodowym oraz z egzekucją zobowiązań międzynarodowych przez wspólną akcję. Jednocześnie członkowie Ligi zobowiązali się udzielać sobie nawzajem szczerych i wyczerpujących informacji dotyczących stanu zaawansowania swych zbrojeń, programów wojskowych, morskich i lotniczych oraz stanu tych gałęzi przemysłu, które mogą być przystosowane do celów wojennych.

Postulat powszechnego rozbrojenia, jaki przy różnych okazjach jest podnoszony, stanowi proste przeniesienie wzorca obowiązującego w stosunkach wewnętrznych wielu państw, które świadomie rozbroiły swoich obywateli, przekazując monopol użycia siły w ręce organów i służb państwowych. Warunkiem skuteczności takiego modelu postępowania jest istnienie odpowiednich struktur państwowych oraz efektywność ich działania. Na gruncie stosunków międzynarodowych w ich obecnym kształcie zrealizowanie postulatu powszechnego rozbrojenia nie jest możliwe właśnie ze względu na brak zorganizowanego aparatu przymusu, który w sposób dostateczny zapewniłby bezpieczeństwo członkom społeczności międzynarodowej.

W praktyce trudno jest ocenić w sposób jednoznaczny, czy w danych okolicznościach transfer broni służy zapewnieniu bezpieczeństwa państw i stabilizacji sytuacji międzynarodowej, czy przyczynia się do eskalacji napięcia w stosunkach między państwami. Dzieje się tak dlatego, że wola państw dokonywania zakupów uzbrojenia nasila się w sytuacjach zagrożenia dla ich bezpieczeństwa, tego rodzaju popyt na broń i technologie militarne natychmiast znajduje odpowiedź w postaci podaży realizowanej w obrocie bronią nie tylko przez przedsiębiorstwa państwowe zależne bez-

⁶ Paremia ta doczekała się między innymi parafrazy, która została uwidoczniona na tablicy pamiątkowej w siedzibie Międzynarodowego Trybunału Arbitrażowego, mieszczącego się w Pałacu Pokoju w Hadze: *si vis pacem, para iustitiam* (chcesz pokoju – czyń sprawiedliwość). Autorstwo tej nowej wersji starej łacińskiej paremii przypisuje się ostatniemu carowi Rosji Mikołajowi II, jako inicjatorowi zwołania konferencji rozbrojeniowej w Hadze w 1899 r. Jak pisze J. Sobczak: „W dużej sali posiedzeń haskiego trybunału umieszczono ogromny portret Mikołaja II jako założyciela, prekursora tej instytucji. Jednak od kiedy w pracach trybunału zaczął uczestniczyć Związek Radziecki, portret ten dyskretnie ukryto za zasłoną, by nie drażnić przedstawicieli radzieckich i pokazywano zwiedzającym wyłącznie na życzenie. Pozostawała tylko tablica pamiątkowa, na której utrwalono myśl przyświecającą powstaniu tej instytucji i imię cesarza rosyjskiego jako jej autora”, J. Sobczak, *Mikołaj II – ostatni car Rosji*, Wydawnictwo Bellona, Warszawa 2009, s. 202.

pośrednio od rządów, ale także przez prywatne podmioty gospodarcze, które w ograniczonym zakresie podlegają kontroli państwa. Z jednej strony zatem mamy do czynienia ze świadomym i celowym działaniem państw dostawców broni i technologii militarnych wspierających poprzez transfer uzbrojenia państwa i ruchy polityczne, który to transfer, w przekonaniu państwa dostawcy, służy realizacji jego polityki bezpieczeństwa, z drugiej strony brak należytej kontroli w nadzorze politycznym nad przedsiębiorcami prywatnymi działającymi w sektorze obrotu specjalnego, który to nadzór nie jest łatwy do pogodzenia z zasadą wolności prowadzenia działalności gospodarczej, mogą w efekcie skutkować eskalacją napięcia w stosunkach międzynarodowych. Przy czym nie zawsze możliwe jest stwierdzenie, czy transfer broni dokonywany jest celowo przez państwo i w pełni przez państwo kontrolowany, czy dokonuje się poza wiedzą i wolą danego państwa przez prywatnych przedsiębiorców, czy wręcz jest realizowany przez organizacje przestępcze. Przenikanie się w sferze handlu bronią aktywności oficjalnej państw, działalności ich służb specjalnych, która ze względu na bezpieczeństwo państwa nie jest ujawniana, czy działalności zorganizowanych grup przestępczych, mogących stanowić narzędzie manipulacji w rękach tajnych służb, stwarza szarą strefę, w której bardzo trudno o jasne kryteria odpowiedzialności państwa za dany transfer.

Powstaje pytanie, czy praktyka międzynarodowego handlu bronią sama w sobie nie pozostaje w sprzeczności z zasadą Karty Narodów Zjednoczonych, mówiącą, że wszyscy członkowie ONZ powstrzymają się w swych stosunkach międzynarodowych od groźby użycia siły lub użycia jej przeciwko integralności terytorialnej lub niezawisłości politycznej któregośkolwiek państwa bądź w jakikolwiek inny sposób niezgodny z celami Organizacji Narodów Zjednoczonych. Wątpliwość dotyczy zakresu pojęcia „groźba użycia siły”. Wydaje się, że należy to pojęcie interpretować wąsko, literalnie tzn. groźba użycia siły oznacza wyrażoną wprost intencję dokonania zbrojnej interwencji, zbrojnej napaści. Nie może stanowić groźby użycia siły samo pozyskiwanie sprzętu militarnego. Postulat powstrzymania się od groźby wyraźnie oznacza zakaz kierowania pod adresem innego państwa zapowiedzi agresywnych zachowań. Tym samym nie można interpretować pojęcia „groźby użycia siły” jako samego poczucia zagrożenia państwa, zaniepokojonego zakupami uzbrojenia innych państw.

Niezwykle trudno jest stwierdzić, czy transfer broni i technologii militarnych realizowany w regionach świata o napiętej sytuacji politycznej, zagrożającej wybuchem konfliktu zbrojnego, przyczynia się do stabilizacji sytuacji w takich regionach i tym samym sprzyja utrzymaniu międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Kluczowe w tej kwestii decyzje społeczność międzynarodowa złożyła w ręce Rady Bezpieczeństwa ONZ.

Łatwiej ocenić zgodność praktyki handlu bronią z postulatem zakazu udaremniania zbiorowych wysiłków ONZ podjętych dla zapobiegania zagrożeniom pokoju i ich usuwania, tłumienia wszelkich aktów agresji i innych naruszeń pokoju. W takiej sytuacji mamy do czynienia z uwidocznionymi konkretnymi wysiłkami ONZ na rzecz utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, w szczególności z decyzjami organów ONZ, w tym z rezolucjami Rady Bezpieczeństwa ustanawiającymi np. embargo na broń. Zgodnie z katalogiem celów i zasad Karty Narodów Zjednoczonych państwa członkowskie ONZ, dokonując czynności w obrocie bronią i technologiami militarnymi, zobowiązane są bezwzględnie szanować decyzje Rady Bezpieczeństwa zmierzające do utrzymania lub przywrócenia międzynarodowego pokoju.

Wśród zasad wymienionych w Karcie Narodów Zjednoczonych znajduje się postulat wsparcia wysiłków ONZ przez jej państwa członkowskie w każdej akcji podjętej zgodnie z Kartą i jednoczesny nakaz powstrzymania się od udzielania pomocy jakiegokolwiek państwu, przeciwko któremu organizacja zastosowała środki zapobiegawcze lub środki przymusu. W odniesieniu do materii międzynarodowego handlu bronią powyższa zasada dotyczyć będzie przede wszystkim sytuacji, w których Rada Bezpieczeństwa zdecyduje o zastosowaniu embargo na dostawy broni do danego państwa, które zagraża międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu.

Trzeba też jednak pamiętać, że sama Rada Bezpieczeństwa nie pozostaje wolna od politycznego zaangażowania, reprezentując niejednokrotnie nie tyle interes społeczności międzynarodowej (jak chcielibyśmy wierzyć), co interes mocarstw (w szczególności stałych członków Rady). Przykładowo rezolucje Rady Bezpieczeństwa ustanawiające w konflikcie zbrojnym o charakterze wewnętrznym, w którym ścierają się siły rządowe z zazwyczaj gorzej uzbrojonymi rebeliantami, strefę zakazu lotów, chociaż pozornie dotyczą obu stron konfliktu, to realnie uderzają w siły rządowe, które dysponują lotnictwem. Rebelianci rzadko mogą wykazać się posiadaniem tej najbardziej technicznie zaawansowanej broni. Ustanowienie strefy zakazu lotów w sposób oczywisty podsyca wówczas rebelię i przedłuża konflikt zbrojny, który mógłby zostać w przeciwnym przypadku szybko stłumiony przez siły rządowe. Niemniej jednak tak skonstruowany został ład wewnętrzny Organizacji Narodów Zjednoczonych, w którym to ładzie mocarstwa atomowe, zwycięzcy drugiej wojny światowej zagwarantowali sobie szczególną pozycję wynikającą z posiadanego potencjału militarnego. I w gruncie rzeczy nie ma w tym nic zadziwiającego, jeżeli przyjmiemy do wiadomości fakt, że materialnym źródłem prawa, w tym prawa międzynarodowego, pozostaje siła.

Drugim zasadniczym celem Organizacji Narodów Zjednoczonych jest zbudowanie relacji międzynarodowych w oparciu o zasady równouprawnienia państw i samostanowienia narodów. Karta Narodów Zjednoczonych stwierdza w katalogu zasad, że ONZ opiera się na suwerennej równości wszystkich jej członków oraz że powstrzyma się od interwencji w sprawy, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek państwa.

Równouprawnienie państw oznacza przyznanie państwom członkowskim ONZ równego statusu na gruncie prawa międzynarodowego. Jest to postulat zaczerpnięty z doktryny prawa wewnętrznego ukształtowanej w dobie oświecenia, mówiący o równości wobec prawa wszystkich obywateli. Równość wobec prawa nie oznacza takiego samego zakresu praw i obowiązków na arenie międzynarodowej, ale rozłożenie ich odpowiednio do potencjału państw i ich wkładu w utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa. Zasada ta nakazuje, aby prawo traktowało w równy sposób, bez dyskryminacji podmioty znajdujące się w podobnej sytuacji. Stąd wynika szczególna w prawie międzynarodowym pozycja wielkich mocarstw, które dysponując potencjałem ekonomicznym i militarnym, ponoszą większą odpowiedzialność za utrzymanie międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, otrzymując jednocześnie przywilej stałego członkostwa w Radzie Bezpieczeństwa ONZ.

Cel Narodów Zjednoczonych, polegający na rozwijaniu przyjaznych stosunków między narodami opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów, wzmocniony jest zasadą nieingerencji w wewnętrzne sprawy państw. Konieczność przestrzegania zasady nieingerencji w wewnętrzne sprawy państw wyrażona jest wprost w Traktacie o handlu bronią z 2013 r. Mówi on o tym, że państwa-strony nie będą interweniować w sprawach, które z istoty swej należą do kompetencji wewnętrznej któregośkolwiek państwa, zgodnie z art. 2 ust. 7 Karty Narodów Zjednoczonych.

Zasada suwerennej równości państw (równouprawnienia) w momencie swojego sformułowania w Karcie Narodów Zjednoczonych stanowiła rozwiązanie rewolucyjne w stosunkach między państwami i zapowiadała nadejście nowej epoki bez kolonii i terytoriów zależnych. Poprzedzający Kartę Narodów Zjednoczonych Pakt Ligi Narodów nie szedł tak daleko w konstruowaniu porządku międzynarodowego, chociaż także on przyznawał wszystkim państwom członkowskim Ligi po jednym, równoważnym głosie w Zgromadzeniu.

Zasada suwerennej równości państw może być interpretowana jako gwarantująca państwom równy, bez dyskryminacji dostęp do broni i technologii militarnych pod warunkiem zachowania zgodności z celami i za-

sadami Karty Narodów Zjednoczonych. Dostęp do broni i technologii militarnych może być limitowany jedynie ze względu na bezpieczeństwo międzynarodowe decyzją Rady Bezpieczeństwa ONZ i innych organizacji regionalnych lub faktycznie w efekcie posiadania przez państwo ograniczonego potencjału ekonomicznego, niepozwalającego na zakup kosztownego uzbrojenia lub nowoczesnych technologii.

Oddzielną kwestię stanowi posiadanie technologii pozwalającej na produkcję i eksploatację broni chemicznej i bakteriologicznej, które zostały uznane za niehumanitarne i zabronione, czy nuklearnej, do której dostęp, ze względu na jej ogromny potencjał ofensywny, społeczność międzynarodowa stara się ograniczać poprzez reżim porozumień o nieprolifracji.

Samostanowienie narodów, jako zasada funkcjonowania społeczności międzynarodowej, jest w prawie międzynarodowym rozumiane niejednoznacznie i co za tym idzie różnie interpretowane w zależności od okoliczności i politycznego zapotrzebowania. Karta Narodów Zjednoczonych jest pierwszą umową międzynarodową o charakterze powszechnym, która w swych postanowieniach mówi o zasadzie samostanowienia narodów. Według art. 1 pkt 2 Karty jednym z celów Narodów Zjednoczonych jest: „Rozwijać przyjazne stosunki między narodami oparte na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów i stosować inne odpowiednie środki dla umocnienia powszechnego pokoju”. Artykuł 55 otwierający rozdział IX Karty, zatytułowany „Międzynarodowa współpraca gospodarcza i społeczna”, stanowi: „W celu stworzenia warunków stabilizacji i dobrobytu, koniecznych do utrzymania między narodami pokojowych i przyjaznych stosunków, opartych na poszanowaniu zasady równouprawnienia i samostanowienia narodów, Narody Zjednoczone popierają: [...]”. Żadne inne postanowienie Karty Narodów Zjednoczonych nie wymienia też precyzyjnej definicji, ani nawet bliższego określenia prawa samostanowienia, stwierdza jedynie, że stanowi ono podstawę przyjaznych i pokojowych stosunków między narodami.

Uszczegółowienie zasady samostanowienia znalazło swoje miejsce w Międzynarodowym Pakcie Praw Gospodarczych, Socjalnych i Kulturalnych z 16 grudnia 1966 r.

We wskazanym wyżej dokumencie wyraźnie zaczyna się zaznaczać tendencja, która utrwali się w kolejnych rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ dotyczących prawa narodów do samostanowienia, do wiązania tego prawa z dążeniami niepodległościowymi ludów i narodów zamieszkujących kolonie i terytoria niesamodzielne.

W rezolucji Zgromadzenia Ogólnego nr 2787 (XXVI) z dnia 6 grudnia 1971 r. zatytułowanej: „Rezolucja w sprawie znaczenia powszechnej re-

alizacji prawa narodów do samostanowienia dla szybkiego przyznania niepodległości krajom i narodom kolonialnym oraz skutecznego zagwarantowania i przestrzegania praw człowieka” wyraźnie już powiązано prawo narodów do samostanowienia z prawem narodów kolonialnych do zbudowania własnej państwowości.

Jak wynika z powyższych ustaleń, prawo narodów do samostanowienia zostało sformułowane po drugiej wojnie światowej w podstawowych dokumentach rangi międzynarodowej, w tym w rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ, jako prawo zasadniczo przysługujące ludom i narodom kolonialnym. Stąd pojawiły się interpretacje, że prawo to nie dotyczy narodów, grup etnicznych zamieszkujących terytoria metropolii, terytoria już istniejących państw, gdyż nie dałoby się pogodzić prawa do samostanowienia narodów (oznaczającego np. oderwanie części terytorium państwa celem ustanowienia tam odrębnego bytu politycznego) z prawem do integralności terytorialnej państw.

Prawo narodów do samostanowienia przynajmniej od czasów osiemnastowiecznej Rewolucji Amerykańskiej, czy dziewiętnastowiecznej Wiosny Ludów w Europie, pozostawało akceptowalnym w stosunkach międzynarodowych faktem politycznym, faktem o znaczeniu uniwersalnym. Po drugiej wojnie światowej prawo narodów do samostanowienia zostało skodyfikowane w umowach międzynarodowych i rezolucjach Zgromadzenia Ogólnego ONZ z silnym akcentem na samostanowienie ludów i narodów kolonialnych, co nie zmienia faktu, że prawo narodów do samostanowienia stanowi uniwersalne prawo wszystkich ludów i narodów współczesnego świata.

W kontekście handlu bronią i technologiami militarnymi oraz innych rodzajów transferu uzbrojenia można stwierdzić, że zgodne z celami i zasadami Karty Narodów Zjednoczonych będą takie transfery, które wspierają uniwersalne prawo narodów do samostanowienia, także gdyby miało to oznaczać wsparcie wysiłku militarnego ludów i narodów w wojnie narodowowyzwoleńczej.

Uznając moc powszechnego obowiązywania zasady samostanowienia narodów, trzeba zgodzić się ze stanowiskiem, że nie może być uważane za napaść użycie siły dla realizacji prawa samostanowienia (wojna narodowowyzwoleńcza). Tak samo nie może być zabronione działanie polegające na pomocy ludowi, narodowi walczącemu o swą niepodległość. Jeśli zatem działanie na rzecz samostanowienia jest legalne, nielegalne staje się działanie sprzeciwiające się tym tendencjom.

Kolejnym celem wymienionym w Karcie Narodów Zjednoczonych jest rozwiązywanie w drodze współpracy międzynarodowej problemów międzynarodowych o charakterze gospodarczym, społecznym, kulturalnym lub humanitarnym, jak również popieranie praw człowieka i zachęca-

nie do poszanowania tych praw i podstawowych wolności dla wszystkich bez względu na różnice rasy, płci, języka lub wyznania.

Wymieniony wyżej cel można streścić w ten sposób, że wskazuje on dwa współlistniejące i uzupełniające się postulaty: wspólnego rozwiązywania problemów, jakich doświadczają społeczności ludzkie na świecie, i poszanowania praw człowieka.

Ze względu na wyodrębnienie się pośród zasad obowiązujących w obrocie bronią i technologiami militarnymi samodzielnej zasady poszanowania praw człowieka i prawa humanitarnego zagadnienie to zostanie szerzej omówione w odrębnym punkcie (zobacz punkt 6).

3. Zasada transparentności w obrocie bronią i technologiami militarnymi

Zasada transparentności pozostaje kluczowym instrumentem budowy między państwami zaufania i bezpieczeństwa. Wyrażają ją wszystkie podstawowe dokumenty międzynarodowe regulujące obrót bronią i technologiami militarnymi. Transparentności zbrojeń i alokacji sił militarnych poświęcona była znaczna część uwagi w ramach procesu KBWE/OBWE, zmierzającego do budowania międzynarodowego zaufania i bezpieczeństwa w dobie eskalującego napięcia militarnego między mocarstwami atomowymi. Celem zwołanej w 1973 r. Konferencji Bezpieczeństwa i Współpracy w Europie było podjęcie całokształtu spraw składających się na bezpieczeństwo europejskie, obejmujących zagadnienia polityczne, wojskowe, gospodarcze, naukowo-techniczne, ekologiczne i humanitarne⁷. W niniejszych rozważaniach będą nas interesowały dwa aspekty bezpieczeństwa militarnego realizowane w ramach procesu KBWE/OBWE: zwiększanie przejrzystości co do intencji i potencjałów wojskowych oraz realizowanie redukcji sprzętu i personelu militarnego (ten aspekt zostanie szerzej omówiony w dalszej części rozdziału). W ramach prac KBWE wypracowano instrumentarium, które miało służyć budowie zaufania i bezpieczeństwa międzynarodowego. Do katalogu tego instrumentarium możemy zaliczyć Traktat o siłach konwencjonalnych w Europie (CFE podpisany 19 listopada 1990 r.), Akt końcowy w sprawie stanów osobowych sił konwencjonalnych w Europie (CFE 1A podpisany 10 lipca 1992 r.), Traktat otwartych przestworzy (22 marca 1992 r.) i wypracowane w kilku etapach (Sztokholm 1984–1986 r., Wiedeń 1990 r. i 1992 r.) tzw. środki budowy zaufania i bezpieczeństwa takie jak:

⁷ Zob. R. Zięba, *Funkcjonowanie paneuropejskiego mechanizmu bezpieczeństwa KBWE/OBWE*, „Studia Europejskie” 1998, nr 3, s. 85.

- 1) regularną wymianę informacji wojskowych, w tym informacji o transferach broni i technologii militarnych,
- 2) rozwój kontaktów wojskowych,
- 3) wyprzedzające powiadamianie o działalności wojskowej,
- 4) prawo do obserwacji działalności wojskowej,
- 5) postanowienia ograniczające działalność wojskową,
- 6) utworzenie systemu bezpośredniej łączności między stolicami państw-sygnatariuszy,
- 7) doroczne spotkania omawiające wykonanie przyjętych środków.

Jak wynika z powyższego katalogu, środki budowy zaufania i bezpieczeństwa międzynarodowego obejmują również zasadę wzajemnego informowania o dokonanych transferach broni i technologii militarnych. W dniu 24 listopada 2000 r. na forum OBWE przyjęto „Dokument w sprawie broni strzeleckiej i lekkiej” (*OSCE Document on Small Arms and Light Weapons*)⁸, który ustanowił reżim wymiany informacji dotyczących transferów tego rodzaju uzbrojenia dokonywanego przez państwa członkowskie OBWE. Reżim ten odpowiada w swoich założeniach standardom przyjętym na forum ONZ w ramach Rejestru Broni Konwencjonalnej.

Zasada transparenacji w obrocie bronią i technologiami militarnymi znajduje potwierdzenie w szeregu niezależnych reżimów kontrolnych. Po pierwsze, w wewnętrznych reżimach państwowych oznaczających koncesjonowanie przez państwa działalności przedsiębiorców funkcjonujących w sektorze obrotu specjalnego oraz obowiązek raportowania przez przedsiębiorców o dokonanych transferach uzbrojenia. Po drugie, państwa (w tym Rzeczpospolita Polska) przesyłają zbiorczą informację o dokonanych transferach i o odmowie zgody na takie transfery w ramach zobowiązań wynikających z członkostwa w ONZ, UE, OBWE, Porozumieniu z Wassenaar.

Na podstawie art. 27a⁹ ust. 1 ustawy z 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania między-

⁸ Zob. FSC.JOUR/314, materiał dostępny pod adresem internetowym: <<http://www.osce.org/fsc/20783>>.

⁹ Art. 27a Ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa: „1. Podmiot dokonujący wywozu uzbrojenia jest obowiązany przekazać ministrowi właściwemu do spraw zagranicznych roczny raport z faktycznego wykonania tego wywozu, w terminie do końca kwietnia następnego roku. 2. Raport, o którym mowa w ust. 1, zawiera w szczególności:

- 1) nazwę, ilość i wartość uzbrojenia będącego przedmiotem wywozu;
- 2) kategorię kontrolną;
- 3) numery wykorzystanych zezwoleń;
- 4) kraj końcowego użytkownika”.

wego pokoju i bezpieczeństwa¹⁰ krajowi eksporterzy broni zobowiązani są złożyć Ministrowi Spraw Zagranicznych do końca kwietnia każdego roku sprawozdania z faktycznego wykonania eksportu w roku poprzednim.

Na podstawie Rezolucji Zgromadzenia Ogólnego ONZ nr 46/36¹¹ z 1991 r. państwa składają co roku raporty zawierające dane na temat eksportu, importu oraz stanu posiadania ośmiu kategorii ofensywnej broni konwencjonalnej, w tym opcjonalnie broni strzeleckiej i lekkiej.

Państwa uczestniczące w Porozumieniu z Wassenaar wymieniają się informacjami nt. dokonanych sprzedaży uzbrojenia do państw trzecich. Notyfikacje eksportu dokonywane są dwa razy w roku, w oparciu o listy kontrolne Porozumienia z Wassenaar wzorowane na listach kontrolnych Rejestru Broni Konwencjonalnej ONZ. Państwa informują się także o udzielonych odmowach na eksport uzbrojenia i towarów podwójnego zastosowania oraz podejmują konsultacje w przypadku, gdy wniosek o wydanie zgody na transfer podobnego uzbrojenia jest rozpatrywany przez inne państwo.

Państwa UE są zobowiązane zgodnie ze wspólnym stanowiskiem Rady nr 2008/944/WPZiB z dnia 8 grudnia 2008 r. określającym wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego do przygotowania raz w roku informacji na temat eksportu uzbrojenia i technologii wojskowych. Zebrane dane są następnie publikowane przez UE w formie „Rocznego raportu Unii Europejskiej dot. eksportu uzbrojenia”¹². Konieczność raportowania o stanie państwowego eksportu uzbrojenia potwierdza art. 27c ustawy z 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa: „1. Minister właściwy do spraw zagranicznych sporządza roczne sprawozdanie dotyczące wywozu uzbrojenia, które przekazuje właściwym organom państw członkowskich Unii Europejskiej, w terminie do końca III kwartału następnego roku”.

Szczegółne środki przejrzystości zostały także przewidziane w art. 7 konwencji ottawskiej z 18 września 1997 r. W artykule tym każde państwo-strona konwencji zostało zobowiązane do przedstawienia Sekretarzowi Generalnemu ONZ sprawozdania zawierającego m.in. informacje o całkowitej liczbie wszystkich posiadanych min przeciwpiechotnych, z podziałem

¹⁰ Dz.U. z 2004 r. Nr 229, poz. 2315.

¹¹ Rezolucja Zgromadzenia Ogólnego nr 46/36 z 6 grudnia 1991, *General and complete disarmament*, A/RES/46/36. Postanowienia dotyczące stworzenia Rejestru Broni Konwencjonalnej znajdują się w punkcie „L” przywołanej rezolucji zatytułowanym: *Transparency In armaments*.

¹² Zob. <www.msz.gov.pl/pl/polityka_zagraniczna/polityka_bezpieczenstwa/kontrola_eksportu/transparencja/transparencja.jsessionid=36A51C201162AEB978C304DF7244F01F.cmsap1p>

na typy, liczby i numery partii każdego typu posiadanych min przeciwpięchotnych oraz informacje o ilości i rodzajach min zniszczonych w wyniku realizacji postanowień konwencji ottawskiej. Państwa zostały zobowiązane do corocznego uaktualniania wyżej wskazanych informacji do dnia 30 kwietnia każdego roku.

4. Zasada ograniczenia zbrojeń jako czynnika stanowiącego zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa narodowego, regionalnego i międzynarodowego

Zasada ograniczenia zbrojeń, jako czynnika stanowiącego zagrożenie dla pokoju i bezpieczeństwa narodowego, regionalnego i międzynarodowego, została wyrażona w dokumencie KBWE pt. „Zasady handlu bronią konwencjonalną” z 25 listopada 1993 r. w ustępie 4 pkt d: „Państwa uczestniczące potwierdzają swoje silne przekonanie, że nadmierne i destabilizujące nagromadzenie broni stanowi zagrożenie dla krajowego, regionalnego i międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa”. Zasadę tę potwierdza również przyjęty na forum OBWE „Dokument w sprawie broni strzeleckiej i lekkiej” z 2000 r. W ustępie 3 pkt (ii) wskazanego dokumentu możemy przeczytać: „W szczególności, uczestniczące państwa zobowiązują się przyczynić do zmniejszania i zapobiegania, nadmiernemu i destabilizującemu gromadzeniu i rozprzestrzenianiu broni ręcznej, z uwzględnieniem uzasadnionych potrzeb dotyczących obrony narodowej i zbiorowej, bezpieczeństwa wewnętrznego i udziału w operacji pokojowych realizowanych na podstawie Karty Narodów Zjednoczonych lub w ramach OBWE”.

Kwestii zwalczania nadmiernej kumulacji uzbrojenia, jako czynnikowi zagrażającemu międzynarodowemu pokojowi i bezpieczeństwu, poświęcone jest w całości Wspólne działanie Rady z dnia 12 lipca 2002 r. w sprawie wkładu Unii Europejskiej w zwalczanie destabilizującego gromadzenia i rozpowszechniania ręcznej broni strzeleckiej i broni lekkiej oraz uchylające wspólne działanie 1999/34/WPZiB.

Wskazane Wspólne działanie Rady UE koncentruje się na negatywnej kumulacji broni strzeleckiej i lekkiej, która w warunkach współczesnych, ograniczonych terytorialnie konfliktów zbrojnych o charakterze hybrydowym, stanowi podstawowe narzędzie walki. Łatwa dostępność tego rodzaju uzbrojenia, przede wszystkim z uwagi na niskie koszty, jego trwałość i prostota użycia powodują, że broń strzelecka i lekka jest łatwa do pozyskania i użycia. Z jednej strony nadmierne nagromadzenie tego rodzaju uzbroje-

nia może eskalować napięcie i w efekcie doprowadzić do wybuchu konfliktu zbrojnego, z drugiej strony broń ta z uwagi na swą trwałość służy także przez wiele lat po zakończeniu konfliktu zbrojnego, stwarzając zagrożenie dla bezpieczeństwa wewnętrznego państwa i bezpieczeństwa w regionie. Nadmierna kumulacja broni strzeleckiej i lekkiej w rękach niekontrolowanych przez państwa grup po zakończeniu konfliktu zbrojnego powoduje niejednokrotnie destabilizację polityczną w państwach postkonfliktowych, uniemożliwiając ich normalne funkcjonowanie i rozwój.

Unia Europejska w analizowanym dokumencie zadeklarowała stosowną pomoc państwom potrzebującym wsparcia w wyeliminowaniu nadwyżek broni strzeleckiej i lekkiej oraz amunicji do niej, szczególnie tam, gdzie mogłoby to zapobiec konfliktowi zbrojnemu lub w sytuacji po zakończeniu konfliktu. Unia zobowiązała się także do popierania środków budowy zaufania zmierzających do dobrowolnego składania nadwyżek broni strzeleckiej i lekkiej wraz z amunicją do niej, demobilizacji bojowników i następującej po niej rehabilitacji i ponownej integracji społecznej. Zadeklarowała wsparcie działań obejmujących przestrzeganie układów pokojowych i o kontroli zbrojeń, przestrzegania praw człowieka i zasad prawa humanitarnego, ochrony praworządności, zwłaszcza w odniesieniu do bezpieczeństwa osobistego byłych bojowników oraz amnestii dotyczącej broni lekkiej, jak również lokalnych projektów rozwojowych oraz innych gospodarczych i społecznych zachęt. Unia wyraziła też gotowość pomocy w skutecznym usuwaniu nadwyżek broni strzeleckiej i lekkiej oraz amunicji do niej poprzez bezpieczne składowanie, jak również szybkie i skuteczne niszczenie tej broni i amunicji.

5. Zasada regulacji obrotu bronią i technologiami militarnymi w prawie wewnętrznym państw

Zasadę regulacji obrotu bronią i technologiami militarnymi w prawie wewnętrznym państw formułuje w punkcie 3 (e) dokument KBWE z 1993 r. „Zasady handlu bronią konwencjonalną”. Tę samą zasadę zawiera Wspólne działanie Rady Unii Europejskiej z dnia 12 lipca 2002 r. w sprawie wkładu Unii Europejskiej w zwalczanie destabilizującego gromadzenia i rozpowszechniania ręcznej broni strzeleckiej i broni lekkiej. W artykule 3 punkt d czytamy, że jedną z zasad i środków mających zapobiegać destabilizującemu gromadzeniu broni lekkiej jest utrzymywanie narodowych spisów legalnie posiadanej broni będącej własnością władz kraju oraz ustanowienie restrykcyjnego, narodowego prawodawstwa dotyczącego broni lekkiej obejmującego sankcje karne i skuteczną kontrolę administracyjną.

Także Traktat o handlu bronią z 2013 r. w preambule potwierdził suwerenne prawo każdego państwa do wyłącznego regulowania i kontrolowania na własnym terytorium kwestii dotyczących broni konwencjonalnej, zgodnie z systemem prawnym lub konstytucyjnym danego państwa. Ponadto traktat formułuje zasadę podstawowej odpowiedzialności wszystkich państw za utworzenie i wdrożenie narodowych systemów kontroli handlu bronią konwencjonalną.

Zasada regulacji obrotu bronią i technologiami militarnymi w prawie wewnętrznym państw oznacza konieczność ustanowienia szczegółowych rozwiązań prawnych odnoszących się do problematyki produkcji, składowania i międzynarodowego transferu broni i amunicji na poziomie wewnętrznych systemów prawnych państw. Zasada ta stanowi wyrażony wprost postulat funkcjonowania prawa międzynarodowego publicznego, którego specyfiką jest ustalanie w między państwowych porozumieniach ogólnych zobowiązań stron tych porozumień (państw) do określonego zachowania. Praktyczna realizacja tego rodzaju zobowiązań międzynarodowych wymaga najczęściej odpowiedniej korekty wewnętrznego ustawodawstwa, które stanowi bezpośrednią podstawę działań państwowego aparatu urzędniczego.

Umowy międzynarodowe, stanowiące podstawowe źródło prawa międzynarodowego, co do zasady obowiązują strony tych umów, czyli najczęściej państwa. Państwa-strony odpowiadają za właściwą realizację postanowień umownych przed innymi państwami, które również zobowiązały się do określonego postępowania. Co do zasady tego rodzaju porozumienia między państwami nie wywołują bezpośrednich skutków wobec obywateli państw, a jedynie wobec samych państw jako stron umowy międzynarodowej. Inaczej mówiąc, umowy nie wywołują skutków bezpośrednich w stosunku do obywateli państw-stron, tzn. obywatele nie mogą powołać się na umowę międzynarodową jako bezpośrednią podstawę swoich roszczeń wobec państwa (współcześnie ta zasada uległa osłabieniu ze względu na rozwijające się międzynarodowe prawodawstwo w dziedzinie ochrony praw człowieka). Oczywiście zgodnie z odpowiednim postanowieniem Konstytucji RP ratyfikowane umowy międzynarodowe, po ich odpowiednim ogłoszeniu, stanowią źródło prawa powszechnie obowiązującego na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Warunkiem jednak bezpośredniego zastosowania w konkretnej sytuacji wobec konkretnej osoby postanowień umowy międzynarodowej jest właściwe z technicznego punktu widzenia, tzn. wystarczająco precyzyjne sformułowanie umowy. W przeciwnym wypadku ogólne postanowienie umowy wymaga doprecyzowania w ustawodawstwie krajowym i samo w sobie nie może stanowić podstawy rozstrzygnięcia w konkretnym przypadku wobec konkretnej osoby.

Zasada regulacji obrotu bronią i technologiami militarnymi w prawie wewnętrznym wymaga, aby państwa ustanowiły w swoim wewnętrznym ustawodawstwie szczegółowe reguły odnoszące się do koncesjonowania przez państwo pozwoleń produkcyjnych i handlowych, wskazujące organy państwowe kompetentne w dziedzinie koncesjonowania i kontroli obrotu specjalnego oraz organy odpowiedzialne za współpracę międzynarodową i wymianę informacji. Zasada ta wynika z prostej konstatacji, że jedynie państwa dysponują odpowiednim potencjałem administracyjnym i logistycznym, w postaci organów, inspekcji i służb, żeby skutecznie realizować oraz kontrolować produkcję i transfer wszelkiego rodzaju uzbrojenia, materiałów wybuchowych, materiałów podwójnego zastosowania. Skuteczność postanowień zawartych w umowach międzynarodowych zależy od ich realizacji na poziomie ustawodawstwa państwowego.

6. Zasada poszanowania w obrocie bronią reguła prawa humanitarnego i praw człowieka

Wkluczowych dokumentach międzynarodowych regulujących obrót bronią i technologiami militarnymi odnajdujemy szereg odniesień do postulatu poszanowania praw człowieka. Najszerzej odnosi się do tej kwestii „Kodeks postępowania w eksporcie uzbrojenia” Unii Europejskiej z 1998 r., który mówi, że państwa członkowskie UE zobowiązane są do powstrzymania się od eksportu broni, która mogłaby być użyta do wewnętrznych represji skierowanych przeciwko ludności cywilnej, takich jak tortury i inne okrutne, niehumanitarne i poniżające traktowanie lub kary, zbiorowe lub samowolne egzekucje, wymuszone zaginięcia, samowolne aresztowania i inne poważne naruszenia praw człowieka i podstawowych wolności, wymienionych w odpowiednich międzynarodowych instrumentach praw człowieka, włącznie z Powszechną Deklaracją Praw Człowieka i Międzynarodowym paktem praw cywilnych i politycznych. Państwa członkowskie UE mają obowiązek ocenić postawę państwa odbiorcy sprzętu militarnego wobec stosownych zasad ustanowionych przez międzynarodowe instrumenty praw człowieka i odmówić przydzielenia licencji eksportowej, jeżeli istnieje wyraźne ryzyko, że planowany eksport mógłby służyć wewnętrznym represjom. Mają także obowiązek zachowania szczególnej ostrożności w przydzielaniu licencji eksportowych (biorąc pod uwagę charakter eksportowanego sprzętu militarnego) do państw, co do których zostały stwierdzone przez kompetentne organy ONZ, Rady Europy lub Unii Europejskiej poważne naruszenia praw człowieka. Równie szeroko odnosi się do tej zasady wspólne stanowisko Rady Unii Europejskiej z dnia 8 grudnia 2008 r. okre-

śląjące wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego.

Dokument KBWE pt. „Zasady handlu bronią konwencjonalną” z 25 listopada 1993 r. stwierdza, że państwa eksportujące sprzęt militarny powinny wziąć pod uwagę przestrzeganie praw człowieka i podstawowych wolności obywatelskich w państwie odbiorcy oraz powstrzymać się od eksportu uzbrojenia, które mogłoby posłużyć do pogwałcenia tych praw i wolności.

Traktat o handlu bronią z 2013 r. mówi o tym, że pokój i bezpieczeństwo, rozwój oraz prawa człowieka stanowią filar systemu Narodów Zjednoczonych oraz fundament zbiorowego bezpieczeństwa oraz że wartości te są współzależne i wzajemnie się uzupełniają.

Państwa-strony Traktatu o handlu bronią zobowiązują się szanować reguły praw człowieka, w tym te wymienione w Karcie Narodów Zjednoczonych i Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka.

Jeden z dokumentów przyjętych w ramach realizacji Porozumienia z Wassenaar przyjęty 3 grudnia 1998 r. zatytułowany: „Elementy do obiektywnej analizy i doradztwa dotyczącego potencjalnie destabilizującego nagromadzenia broni konwencjonalnej” stwierdza, że państwa, realizując obrót bronią i technologiami militarnymi, powinny wziąć pod uwagę to, czy w państwie, które jest adresatem dostaw sprzętu militarnego, nie zostanie on użyty jako narzędzie naruszenia praw człowieka i podstawowych wolności oraz prawa konfliktów zbrojnych.

W polskiej ustawie z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa również znajdujemy stwierdzenie, że organ kontroli obrotu (minister właściwy ds. gospodarki) ma obowiązek odmówić wydania zezwolenia na obrót uzbrojeniem, jeżeli istnieje ryzyko, że przeznaczone do wywozu uzbrojenie mogłoby zostać użyte do represji wewnętrznych lub działań stanowiących naruszenie międzynarodowego prawa humanitarne. Jednocześnie organ kontroli obrotu może odmówić wydania zezwolenia na obrót uzbrojeniem, jeżeli jego udzielenie miałoby negatywny wpływ na poszanowanie praw człowieka w państwie końcowego użytkownika (art. 16 ustawy). Ponadto na podstawie art. 6b cytowanej ustawy Rada Ministrów otrzymała kompetencję do wydania rozporządzenia określającego listę krajów, z którymi obrót określonymi towarami o znaczeniu strategicznym jest zakazany lub ograniczony ze względu na bezpieczeństwo publiczne oraz prawa człowieka.

Na koniec należy zauważyć, że wymienione dokumenty, chociaż zawierają odniesienie zarówno do postulatu poszanowania praw człowieka

w obrocie bronią, jak i do postulatu poszanowania międzynarodowego prawa humanitarnego konfliktów zbrojnych (MPHKZ), to jednak główną uwagę koncentrują na materii praw człowieka, problematykę MPHKZ traktując zdawkowo i marginalnie. Dla porządku trzeba w tym miejscu zauważyć, że materia praw człowieka i MPHKZ nie stanowią tożsamyh porządków prawnych, w szczególności znajdują zastosowanie bądź to w warunkach pokoju (prawa człowieka), bądź w warunkach konfliktów zbrojnych (MPHKZ). Pozytywnie w tym kontekście wypada polska ustawa o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa z 2000 r., w której stosunkowo znaczną część miejsca poświęcono zakazom transferów broni w sytuacji, gdyby ta broń miała posłużyć do naruszenia MPHKZ (art. 15 ust. 1 pkt 3, 4 i 5).



A B S T R A C T

The Article points out the basic principles (legal and political) governing international market of weapons and military technologies. Each of the aforementioned principles has been formulated based on an analysis of key documents of international rank obliging the states to a specific procedure in the sphere of so called special trading: The Charter of the United Nations, Arms Trade Treaty, The Wassenaar Arrangement, other documents of the UN, the CSCE/OSCE, the European Union and Polish documents: „National Security Strategy of the Republic of Poland”, the Law on the common duty to defend the Republic of Poland, the Act on foreign trade in goods, technologies and services of strategic importance for national security and for the maintenance of international peace and security, the Law on the organization of tasks for the defense of the state implemented by entrepreneurs.

MATEUSZ PIĄTKOWSKI

*Postulat zakazu rozpowszechniania
autonomicznych systemów bojowych
w konfliktach zbrojnych – perspektywa
międzynarodowego prawa humanitarnego*

*Banning the Lethal Autonomous
Weapons Systems from the International
Humanitarian Law Perspective*

S T R E S Z C Z E N I E

Postępujący rozwój sztucznej inteligencji (tzw. AI) ma coraz szersze zastosowanie militarne. Szybkość transferu danych oraz błyskawiczny czas reakcji autonomicznych systemów oferuje nowe możliwości prowadzenia działań wojennych. Jednak oprócz zastosowania defensywnego, bądź niebojowego, pojawiają się realne możliwości wyposażenia urządzeń ofensywnych w autonomię w zakresie podejmowania decyzji o pozbawieniu życia ludzkiego. Nowy wymiar funkcjonowania bojowych systemów autonomicznych powoduje poważne kontrowersje natury prawnej, moralnej, religijnej oraz etycznej. Równolegle pojawiają się głosy podnoszące konieczność wprowadzenia traktatowego zakazu wykorzystywania tzw. robotów bojowych. Celem niniejszego opracowania jest przeanalizowanie stanowiska społeczności międzynarodowej, ekspertów oraz organizacji pozarządowych w kontekście zgłaszanego postulatu, a także zwrócenie uwagi na węzłowe zagadnienia związane z użyciem bojowych systemów autonomicznych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego.

Wstęp

Pojawienie się bezzałogowych pojazdów latających, jako współczesnego środka walki, sterowanych przez operatorów z dala od linii frontu, a także często w obszarach nieuznawanych za strefy konfliktu zbrojnego rozpoczęło ożywioną dyskusję wśród ekspertów międzynarodowego prawa humanitarnego oraz praw człowieka, a także etyków i filozofów na te-

mat zjawiska stopniowej utraty ludzkiej kontroli nad polem walki. Wraz z pojawieniem się nowoczesnych dronów typu XB-47 i Taranis nauka prawa międzynarodowego stanęła przed nowym wyzwaniem – pojawieniem się systemów zdolnych do posługiwania się własną inteligencją i oceną sytuacji bojowej, mogących potencjalnie stać się platformami przenoszącymi uzbrojenie ofensywne i zdolne do ich niezależnego dysponowania. Wielu specjalistów z organizacji pozarządowych jednoznacznie wskazało, iż całkowite pozbawienie człowieka kontroli nad maszynami bojowymi, zwłaszcza w zakresie decyzji o odebraniu życia drugiej jednostce, jest nie do pogodzenia z normami prawa humanitarnego, a także względami moralno-filozoficznymi. Celem niniejszego artykułu jest przybliżenie problematyki i możliwości pojawienia się zakazu stosowania autonomicznych systemów bojowych w formie rozwiązań traktatowych.

Czym są bojowe systemy autonomiczne?

Pojęcie tzw. bojowych systemów autonomicznych (tzw. *Lethal Autonomous Weapons Systems* – zwane dalej LAWS) pojawiło się po raz pierwszy na łamach opracowań sporządzonych przez Międzynarodowy Komitet Czerwonego Krzyża dot. technicznych, wojskowych i prawnych aspektów bojowych systemów autonomicznych z 2014 roku. Pod powyższym terminem rozumiano urządzenia zdolne do „niezależnego identyfikowania i atakowania celów, których autonomia pozwala na dostrzeganie, śledzenie, namierzanie i niszczenie określonych obiektów”¹. Innym pojęciem wykorzystywanym w ramach dyskusji nad problemem autonomicznych systemów bojowych jest LAR (*Lethal Autonomous Robotics*), wykorzystany w raporcie Specjalnego Sprawozdawcy ONZ z 2013 roku, jako urządzenia, które po aktywowaniu jest w stanie w stanie wybierać i eliminować cele bez ludzkiej interwencji².

Podkreślić należy, iż ożywiona dyskusja nad możliwością wykorzystania przez siły zbrojne maszyn bojowych, dysponujących własną inteligencją i swobodą w zakresie podejmowania przez drony decyzji o odebraniu życia bądź zranieniu ludzi, jest bezpośrednio konsekwencją długotrwałego już w chwili sporządzania niniejszego opracowania szerokiego stosowania

¹ „For the purposes of the meeting, ‘autonomous weapon systems’ were defined as weapons that can independently select and attack targets, i.e. with autonomy in the ‘critical functions’ of acquiring, tracking, selecting and attacking targets”, Report of the ICRC Expert Meeting on ‘Autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects’, 26–28 March 2014, Geneva 9 May 2014.

² Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 26 April 2013, A/HRC/23/47, s. 38.

bojowych powietrznych pojazdów bezzałogowych (tzw. *Unmanned Combat Aerial Vehicle* – zwanych dalej UCAV) w toczących się konfliktach zbrojnych od lat 90. XX wieku. Z uwagi na powyższe znaczna część zagadnień prawnych związanych z użyciem powyższych pojazdów jest aktualna także na gruncie analizy prawnomiędzynarodowej dot. LAWS. Niniejszy artykuł jednakże będzie koncentrował się na swoistych zagadnieniach związanych z ewentualnym wykorzystaniem bojowych systemów autonomicznych. Podkreślić należy, iż pomiędzy pojazdami typu UCAV a LAWS istnieje fundamentalna różnica w zakresie zdolności ludzkiej do sprawowania bezpośredniej lub pośredniej kontroli. Jej stopień jest wskazywany przez określenie tzw. poziomów autonomiczności – od pojazdów w pełni kontrolowanych (tzw. *human controlled*), pojazdów nadzorowanych przez człowieka (tzw. *human assisted/human supervised*), czy też urządzeń w pełni autonomicznych (*fully autonomous*)³. Podkreśla się, że zasadniczy podział pomiędzy systemami w pełni autonomicznymi a częściowo autonomicznymi dotyczy zakresu możliwej interwencji ludzkiej (tzw. *human in the loop/ human on the loop/ human out of the loop*), która może polegać jedynie na uruchomieniu urządzenia, przejściu kontroli w fazie krytycznej czy też wskazaniu celów bądź zadań⁴. Podział ten ma w ocenie autora w obecnej chwili jedynie charakter teoretyczny, gdyż wśród ekspertów powątpiewa się w możliwość powstania urządzenia w pełni autonomicznego w najbliższej przyszłości (tj. zupełnie wyłączającego czynnik ludzki), ponadto pojawiają się istotne zagadnienia definicyjne związane z nieostrością pojęć i brakiem jednoznacznego semantycznego odniesienia.

Warto odnotować, że istnieją także poglądy całkowicie negujące możliwość stosowania sformułowania „system autonomiczny” i postulaty zastąpienia go sformułowaniem „funkcja autonomiczna”⁵. Wykorzystywane

³ Tzw. wskaźnik interakcji człowiek-robot zob. *Human Robot Interaction/Interface (HRI) Autonomy Levels for Unmanned Systems (ALFUS) Framework*, Volume I: Terminology Version 1.1 Contributed by the Federal Agencies Ad Hoc Autonomy Levels for Unmanned Systems Working Group Participants1, red. Hui-Min Huang National Institute of Standards and Technology, 2004.

⁴ „A weapon system that, once activated, can select and engage targets without further intervention by a human operator. This includes human-supervised autonomous weapon systems that are designed to allow human operators to override operation of the weapon system, but can select and engage targets without further human input after activation”. Department of Defense Directive Number I000.09. Pojawia się w tym zakresie także pojęcie „autonomiczności z czynnikiem ludzkim mającym prawo zawetowania akcji drona”, zob. także *Lethal Autonomous Weapons Systems: Future Challenges*, CSS Analyses in Security Policy, No. 164, November 2014, Editor: Christian Nünlist, s. 2; N. Melzer, *Human rights implications of the usage of drones and unmanned robots in warfare*, EU 2013, s. 6.

⁵ „Attempting to create a definition for “autonomous system,” “autonomous platform,” or otherwise, is inherently misleading without appropriate caution. Ideally, the term “autonomous system” should not be used, however, this is an impractical suggestion given the prevalent usage of the term. The key point is that using autonomous [system/ platform/ robot/ machine etc.] detracts from

współcześnie drony typu Predator, Reaper czy też Hermes są wciąż sterowane przez ludzkich operatorów, do których należy podjęcie zasadniczej decyzji o rozpoczęciu akcji bojowej wobec określonego celu. Rzeczywista autonomia tych pojazdów jest właściwie nieistniejąca bądź też niezwykle ograniczona do pewnych funkcji (np. nawigowanie, sterowanie wysokością, osiągnięcie określonych punktów podróży, unikanie kolizji), nie posiadają one natomiast zdolności do indywidualnego oznaczania celów z uwagi na zbyt niski poziom autonomiczności w tej mierze bądź w ogóle jego brak. Oprócz tego istnieją systemy typu Iron Dome czy też amerykański system Aegis, pozwalające na samodzielne wykrywanie, namierzanie i likwidowanie obiektów powietrznych uznanych przez programy za zagrożenie⁶.

Z punktu widzenia wojskowego wprowadzenie bojowych systemów autonomicznych na wyposażenie sił zbrojnych ma na celu zasadniczo reagowanie na postępujące zjawisko automatyzacji (co nie jest pojęciem tożsamym z autonomicznością). Zwłaszcza w kontekście walki raketowej kluczowym elementem decydującym o przetrwaniu danego okrętu, statku powietrznego czy też pojazdu jest adekwatny czas reakcji na zagrożenie, który w przypadku operatorów ludzkich byłby zbyt trudny do osiągnięcia. Przykładem powyższego systemu o charakterze defensywnym jest chociażby wspomniany system *Aegis* oraz będące jego częścią działko *Phalanx*, bezpośrednio analizujące i zwalczające nadlatujące pociski raketowe w czasie pozwalającym na przetrwanie okrętu. W kontekście systemów ofensywnych wskazywane są korzyści związane ze zdehumanizowaniem systemów bojowych, czyli możliwościami przetwarzania wielkich ilości danych w krótkim czasie, a także brakiem stresu, chęci odwetu i zmniejszonym ryzykiem powstania błędu w ocenie dynamicznej sytuacji pola walki oraz możliwością narażenia na destrukcję⁷. Skuteczność tych postulatów, z racji braku informacji o praktycznym użyciu bojowych systemów autonomicznych o charakterze ofensywnym, jest trudna do określenia. Należy oczekiwać, że im w bardziej skom-

the real issue most relevant to policy, legal and engineering issues – the level of human control necessary and possible over a machine”, Multinational Capability Development Campaign (MCDC) 2013–2014 Focus Area “Role of Autonomous Systems in Gaining Operational Access” Policy Guidance Autonomy in Defence Systems Supreme Allied Commander Transformation HQ, Norfolk, United States, 29 October 2014, s. 9.

⁶ G.E. Marchant, B. Allenby, R. Arkin, E.T. Barrett, J. Borenstein, L.M. Gaudet, O. Kittrie, P. Lin, G.R. Lucas, R. O’Meara, J. Silberman, *International Governance of Autonomous Military Robots*, 12 Colum. Science & Technology. Law. Review. 272 (2011), s. 276.

⁷ „If this risk can be avoided, a robot cannot hate, cannot fear, and has no survival instinct. While a human often kills to avoid being killed, a robot can wait with the use of force until the last moment when it is established that the target and the attack are legitimate”. M. Sassoli, *Autonomous Weapons – Potential Advantages for the Respect of International Humanitarian Law, Professionals in Humanitarian Assistance and Protection*, źródło: <https://phap.org/system/files/article_pdf/Sassoli-AutonomousWeapons.pdf> [dostęp 8.02.2017].

plikowanym i zmiennym środowisku LAWS będzie operował, tym bardziej wzrasta stopień wymagań i norm względem jego charakterystyki⁸. Dyskusję w tej mierze znacząco utrudnia także kwestia właściwego określenia zakresu autonomii, jaką mają dysponować bojowe systemy autonomiczne.

Postulaty zakazu stosowania autonomicznych systemów bojowych

W 2012 roku organizacja pozarządowa *Human Rights Watch* sporządziła stanowisko optujące na rzecz zakazu stosowania tzw. zabójczych dronów, w którym podniosła problemy braku zdolności pojazdów autonomicznych w zakresie prawidłowego rozróżniania celów wojskowych od cywilnych, niemożności stosowania zasady proporcjonalności oraz niezgodności stosowania LAWS z przepisami tzw. klauzuli Martensa⁹. Specjalny sprawozdawca ONZ Christopher Heyns wskazał, iż jego zdaniem systemy autonomiczne nie są w stanie respektować zasady rozróżnienia w warunkach niemiędzynarodowego konfliktu zbrojnego, ani także dokonywać prawidłowego osądu kwestii zasady proporcjonalności¹⁰. 28 lipca 2015 roku grupa ekspertów w zakresie robotyki, inżynierii oraz sztucznej inteligencji (m.in. Stephen Hawkins, Naom Chomsky, Steve Wozniak) wystosowała list postulujący wprowadzenie całkowitego zakazu budowy autonomicznych broni z ograniczonym zakresem ludzkiej kontroli¹¹. Postulat dotyczący zakazu rozpowszechniania LAWS poparło wiele organizacji pozarządowych i część państw (patrz poniżej).

Zasadniczo stanowiska argumentujące za wprowadzeniem zakazu użycia bądź rozpowszechniania LAWS można uszeregować w następujące kategorie dotyczące:

1) międzynarodowego prawa humanitarnego – wskazujące, że LAWS nie mogą być zaprogramowane tak, aby dostatecznie gwarantować rozróż-

⁸ Zob. więcej o ocenie ryzyka wykorzystania LAWS: P. Scharre, *Autonomous Weapons and Operational Risk*, Ethical Autonomy Project February 2016, Center for a New American Security, s. 23.

⁹ Roboticians have proposed different mechanisms to promote autonomous weapons' compliance with these rules; options include developing an ability to process quantitative algorithms to analyze combat situations and "strong artificial intelligence (AI)," which would try to mimic human thought. But even with such compliance mechanisms, fully autonomous weapons would lack the human qualities necessary to meet the rules of international humanitarian law. *Human Rights Watch Losing Humanity The Case against Killer Robots* <<https://www.hrw.org/report/2012/11/19/losing-humanity/case-against-killer-robots>> [dostęp 01.05.2016].

¹⁰ Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions, Christof Heyns, 9 April 2013 A/HRC/23/47, s. 74.

¹¹ Autonomous Weapons: an Open Letter from AI & Robotics Researchers, FLI Future of Life Institute, <<http://futureoflife.org/open-letter-autonomous-weapons/>> [dostęp 01.05.2016].

nienie osób cywilnych od walczących, nie są zdolne do stosowania zasady proporcjonalności, a ich wykorzystanie może być sprzeczne z duchem *ius in bello*, wyrażonym na gruncie klauzuli Martensa;

2) odpowiedzialności za nieprawidłowe wykorzystanie (zachowanie) systemów LAWS, podnoszące istnienie tzw. *accountability gap*;

3) międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka, wskazujące na potencjalną niezgodność stosowania LAWS z przepisami dot. ochrony życia;

4) uwarunkowań technicznych wskazujących na nieprzewidywalność zachowań LAWS;

5) względów aksjologicznych, związanych z pozbawieniem człowieka władzy nad aktem odbierania życia innemu człowiekowi.

Konwencja CCW i próba odpowiedzi na zjawisko (LAWS)

Dyskusja nad legalnością LAWS rozpoczęła się na forum państw-stron Konwencji o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z dnia 10 października 1980 r. – zwana dalej Konwencją CCW¹².

W 2013 roku strony Konwencji CCW zdecydowały się na zwołanie w 2014 roku specjalnego panelu ekspertów, dotyczącego wyłącznie autonomicznych systemów bojowych¹³. W dniach 13–14 listopada 2014 roku odbył się pierwszy panel dedykowany kwestii LAWS. Prezentujący swoje wystąpienia specjaliści z zakresu prawa międzynarodowego zastanawiali się nad legalnością urządzeń typu LAWS. N. Melzer wskazał, że urządzenia te nie są *per se* niedozwolone z punktu widzenia międzynarodowego prawa humanitarnego i postulował konieczność prowadzenia dyskusji na szczeblu międzynarodowym w zakresie dopuszczalnego zakresu autonomii systemów bojowych¹⁴. W podobnym tonie wypowiedział się M. Sassoli, zwracając uwa-

¹² Konwencja o zakazie lub ograniczeniu użycia pewnych broni konwencjonalnych, które mogą być uważane za powodujące nadmierne cierpienia lub mające niekontrolowane skutki z dnia 10 października 1980 r. (Dz.U z 1984 r. Nr 23, poz. 104).

¹³ Meeting of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious, or to Have Indiscriminate Effects, 15 November 2013, CCW/MSPI2013/CRP.1, para. 36.

¹⁴ N. Melzer, *Legal Implications Implications of Lethal Autonomous Autonomous Weapons Weapons Systems Systems*, Geneva 2014. Prezentacja dostępna na stronie <[http://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/37D51189AC4FB6E1C1257F4D004CAFB2?OpenDocument](http://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/37D51189AC4FB6E1C1257F4D004CAFB2?OpenDocument)> [dostęp 1.05.2016].

gę, że w jego ocenie LAWS mogą posiadać zdolność do stosowania zasady odróżniania adekwatną do żądanego poziomu przez przepisy i normy *ius in bello*. Interesująco prof. Sassoli zwrócił uwagę także na możliwość uznania personelu programującego i nadzorującego LAWS za legalne cele wojskowe w rozumieniu tzw. wspólnego art. 3 Konwencji genewskiej z 1949 roku¹⁵. Z kolei Kampania na rzecz powstrzymania robotów zabójców (*Campaign to Stop Killer Robots*) wezwała państwa CCW do podjęcia rozważań nad zakazem rozpowszechniania LAWS¹⁶. Ideę tę poparły Międzynarodowy Komitet Kontroli Zbrojeń Robotów, Amnesty International, a także Human Rights Watch¹⁷. Przedstawiciel Pakistanu poparł postulaty organizacji pozarządowych, wzywając do rozpoczęcia prac nad dodatkowym Protokołem w przedmiocie zakazu¹⁸.

Kolejna runda obrad ekspertów miała miejsce w 2015 roku. Aktywną rolę w panelu eksperckim pełnili przedstawiciele RP, którzy opowiedzieli się za koncepcją meaningful human control, która podczas obrad w 2015 roku¹⁹ uległa znacznemu skonkretyzowaniu. MKCK w swym stanowisku przedłożonym obradom CCW podkreślił konieczność skupienia prac państw CCW nad kwestią autonomiczności rozumianej w wąskim

¹⁵ Lethal Autonomous Weapon Systems: Advantages and Problem Compared With Other Weapon System From the Point of View of International Humanitarian Law, Marco Sassoli, professor and director of the Department of international law and international organization of the University of Geneva, Geneva, 14 May 2014, <[http://www.unog.ch/80256EE600585943/\(httpPages\)/37D51189AC4FB6E1C1257F4D004CAF82?OpenDocument](http://www.unog.ch/80256EE600585943/(httpPages)/37D51189AC4FB6E1C1257F4D004CAF82?OpenDocument)> [dostęp 1.05.2016].

¹⁶ Campaign to Stop Killer Robots statement by Mary Wareham, Human Rights Watch to the Convention on Conventional Weapons meeting of experts Geneva, Switzerland, 16 May 2014.

¹⁷ CW Informal Meeting of Experts On Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), 13–16 May 2014, Statement by Brian Wood, Head of Arms Control and Security Trade, International Secretariat, Amnesty International; Statement by Human Rights Watch To the Convention on Conventional Weapons Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems, May 13, 2014 Delivered by Steve Goose, Director, Arms Division.

¹⁸ „The introduction of LAWS would be illegal, unethical, inhumane and unaccountable as well as destabilizing for international peace and security with grave consequences. Therefore, their further development and use must be pre-emptively banned through a dedicated Protocol of the CCW”. Statement By Ambasad Zamir Akram Permanent Representative At (Pakistan) The informal meeting of experts on Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS) in the framework of the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW). Geneva, 13 May 2014.

¹⁹ „We have barely launched the debate, but from a military perspective it seems that the concept of exercising the human control over crucial functions of a Lethal Autonomous Weapons System satisfies both the trend of”, <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/1C220A-81A79ADB44C1257E2900471378/\\$file/2015_LAWS_MX_Poland_IHL.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/1C220A-81A79ADB44C1257E2900471378/$file/2015_LAWS_MX_Poland_IHL.pdf)> [dostęp 01.05.2016], „introducing the latest technologies into our inventories and to creating environment where humans may be held accountable for their decision”, Expert Testimony provided by Jason Millar to the Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), held within the framework of the UN Convention on Certain Conventional Weapons (CCW), Geneva, Switzerland, April 15, 2015.

ujęciu – tj. użycia siły²⁰. Zdaniem przedstawicieli Szwecji przyszłe systemy bojowe nie będą w stanie dokonywać niezbędnego z punktu widzenia zasad proporcjonalności i odróżnienia szacowania wartości dóbr atakowanych i chronionych i w związku z tym wybory te powinny być pozostawione decyzji ludzkiej²¹. Delegat Stanów Zjednoczonych podkreślił, iż obraz LAWS ma zbyt wiele pejoratywnego przekazu adresowanego do społeczności międzynarodowej²². Przedstawiciel Państwa Watykańskiego abp S. Tomasi stwierdził, iż zaprogramowanie w ten sposób, aby stosowały one normy międzynarodowego prawa humanitarne, nie jest do pogodzenia z dopuszczeniem urzędów do odbierania życia innemu człowiekowi, wskazując na konieczność pozostawienia znaczącego ludzkiego wpływu na decyzję o zabiciu danej osoby (*meaningful human involvement*)²³.

Trzecia już runda prac nieformalnej grupy ekspertów miała miejsce w dniach 11–15 kwietnia 2016 roku, kiedy to ponownie dyskutowano nad zagadnieniami zakresu ludzkiej kontroli nad urządzeniami typu LAWS, a zwłaszcza nad zakresem unormowań związanych z przeglądem broni w trybie art. 36 I Protokołu Dodatkowego do Konwencji genewskich z 1977 roku²⁴. Strona polska reprezentowana przez Stałego Przedstawiciela RP przy ONZ w Genewie ponownie wskazała koncepcję *meaningful human control*, jako niezbędną platformę dyskusji nad dalszymi pracami CCW²⁵. Stany Zjednoczone wyraziły zainteresowanie, aby na Piątej Konferencji Rewizyjnej CWW doszło do stworzenia niewiążących instrukcji będących wskazówkami dotyczącymi przeglądu broni dla państw zamierzających wprowadzić bojowe systemy autonomiczne na uzbrojenie sił zbrojnych²⁶.

²⁰ Characteristic of Autonomous Weapon Systems, CCW Meeting of Experts, 14 April 2015, Neil Davison, Science Adviser, Legal Division, International Committee of the Red Cross.

²¹ „Despite potential technical advances, of which we have heard examples in the previous sessions of this meeting, it is our assessment that weapon systems will not be capable of performing the subjective evaluations necessary to comply with these rules in the foreseeable future. Targeting decisions and other critical functions, including careful balancing of the principles of IHL, must therefore continue to be made by humans”. CCW meeting of experts on LAWS, 13–16 May 2014 Session on Legal Aspects Swedish remarks.

²² <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/E7CB7B95715BFEB4C1257CD7005D-CD54/\\$file/USA_MX_LAWS_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/E7CB7B95715BFEB4C1257CD7005D-CD54/$file/USA_MX_LAWS_2014.pdf)> [dostęp 01.05.2016].

²³ <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/D51A968CB2A8D115C-1257CD8002552F5/\\$file/Holy+See+MX+LAWS.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/D51A968CB2A8D115C-1257CD8002552F5/$file/Holy+See+MX+LAWS.pdf)> [dostęp 01.05.2016].

²⁴ Expert Meeting Lethal Autonomous Weapon Systems CCW Geneva, 11–15 April 2016 Statement on the implementation of weapons reviews under Article 36 Additional Protocol I by Germany; United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland Statement to the Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems 11–15 April 2016.

²⁵ Text of speech delivered by Ambassador Piotr Stachańczyk Permanent Representative of the Republic of Poland, 11 April 2016.

²⁶ <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/EF-F7036380934E5EC1257F920057989A\\$file/2016_LAWS+MX_GeneralExchange_Statements_United+States.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/EF-F7036380934E5EC1257F920057989A$file/2016_LAWS+MX_GeneralExchange_Statements_United+States.pdf)> [dostęp 01.05.2016].

Specjalny sprawozdawca ONZ Christopher Heyns wezwał państwa do rozważenia moratorium w przedmiocie LAWS²⁷. Piąta Konferencja Rewizyjna CCW jest planowana na grudzień 2016 roku.

Koncepcja „znaczącej ludzkiej kontroli” (Meaningful human control)

Jednym z zasadniczych postulatów eksperckich w odniesieniu do stopnia interakcji człowiek-maszyna (HRI) jest posiadanie nad urządzeniem tzw. znaczącej ludzkiej kontroli. Pojęcie to nie jest jednakże określone na gruncie jakiegokolwiek dokumentu międzynarodowego prawa humanitarnego. Dyskusja nad powyższym dokumentem jest związana z pracami brytyjskiej organizacji pozarządowej zwanej Article 36, która postulowała przeniesienie debaty nad omawianym problemem na forum międzynarodowe. Zasadniczym zrębem wskazanego sformułowania jest wyłączenie z procesu decyzyjnego drona absolutnej niezależności w podejmowaniu kluczowej akcji bojowej – tj. wykonania ataku. Definicja zaproponowana przez grupę Article 36 wskazuje, iż „znacząca ludzka kontrola” jest związana z zagadnieniami informacji posiadanych przez operatora bądź nadzorcę broni w ramach planowanej akcji bojowej, koniecznością aktywnego działania ludzkiego przy wykonywaniu ataku, a także odpowiedzialności wybranych osób za rezultaty ataku²⁸. W następnych latach koncept ten był uzupełniany o dodatkowe elementy, jakimi są niedopuszczalność zezwolenia na użytkowanie w pełni autonomicznego działania systemów bojowych, a także wskazanie, iż ludzka kontrola nie może sprowadzać się jedynie do zatwierdzenia wyników procesów decyzyjnych maszyny²⁹.

²⁷ „Considerations of IHL, human rights, IHL and ethics call for fully autonomous weapons to be banned”. Informal Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons: Convention on Conventional Weapons Geneva: 16 April 2016 Panel on Human Rights and Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) Comments by Christof Heyns, United Nations Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions (as finalised after the meeting), s. 10.

²⁸ „Information – a human operator, and others responsible for attack planning, need to have adequate contextual information on the target area of an attack, information on why any specific object has been suggested as a target for attack, information on mission objectives, and information on the immediate and longer-term weapon effects that will be created from an attack in that context. Action – initiating the attack should require a positive action by a human operator. Accountability – those responsible for assessing the information and executing the attack need to be accountable for the outcomes of the attack”. Article 36, Killer Robots: UK Government Policy on Fully Autonomous Weapons, April 2013 <http://www.article36.org/wp-content/uploads/2013/04/Policy_Paper1.pdf> [dostęp 01.05.2016].

²⁹ „On the basis of the analysis above, the key elements for human control are: [...] Predictable, reliable and transparent technology. [...] Accurate information for the user on the outcome sought, operation and function of technology, and the context of use. [...] Timely human action and a poten-

Niniejszy zwrot nie jest wyraźnie zdefiniowany³⁰. Powyższa uwaga nie jest jednakże zjawiskiem rzadko spotykanym w przypadku międzynarodowego prawa konfliktów zbrojnych, starającym się pozostawić w pewnych zakresach swobodę oceny legalności pewnych działań zbrojnych ocenie społeczności międzynarodowej i praktyce państw. Z drugiej jednakże strony pojęcie to jest dostatecznie jasne językowo, aby można było wyprowadzić z niego stanowcze wnioski i jednocześnie ograniczyć swobodę państw-stron w tej mierze. Kontrola nad system autonomicznym ma mieć charakter ludzki i znaczący – co pozostawia poza zakresem powyższego sformułowania nadzór sprawowany nad systemem *per se* przez centralny układ wewnętrzny (*inter alia* – przez sztuczną inteligencję). Operator systemu musi posiadać efektywny wpływ na funkcjonowanie urządzenia – z pewnością o wymaganiach wyższych niż poziom „zwykłej kontroli”. Warto w tym miejscu dodać, iż w stanowisku kierowanym do uczestników drugiego panelu ekspertów Konwencji CCW w 2015 roku MKCK podniósł konieczność szerokiej pracy państw-stron Konwencji nad istotą określenia granic autonomiczności i zakresu samodzielności decyzyjnej pojazdu autonomicznego w ramach tzw. funkcji krytycznych, związanych z bezpośrednim aktem bojowym³¹. Wreszcie, sformułowanie „ludzka kontrola” wyraźnie wskazuje na niezbędność istnienia łącznika pomiędzy zachowaniem określonej osoby a jej potencjalną odpowiedzialnością. Dodając do powyższego postulat MKCK dot. przyjęcia *meaningful human control* w zakresie krytycznych funkcji LAWS – tj. decydujących o wykonaniu ataku bojowego, pojęcie to staje się dostatecznie zawężone dla celów międzynarodowego prawa humanitarnego i ewentualnych postulatów *de lege lata* bądź *de lege ferenda* kierowanym na poziomie naukowym, politycznym, wojskowym zarówno na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym, uznając czynnik „znaczej ludzkiej kontroli” za zasadniczy punkt wyjścia³².

tial for timely intervention. [...] Accountability to a certain standard”, Meaningful Human Control, Artificial Intelligence and Autonomous Weapons Briefing paper for delegates at the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW) Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS) Geneva, 11–15 April 2016, s. 3.

³⁰ Crootoof, Rebecca, *The Meaning of 'Meaningful Human Control'* (December 18, 2015), „Temple International & Comparative Law Journal”, Vol. 30, 2016, s. 9.

³¹ „States should now turn their attention to agreeing a framework for determining what makes human control of a weapon meaningful or adequate. Discussions should focus on the types of controls that are required, in which situations, and at which stages of the process – programming, deployment and/or targeting (selecting and attacking a target)”. Convention on Certain Conventional Weapons (CCW), Meeting of Experts on Lethal Autonomous Weapons Systems (LAWS), 13–17 April 2015, Geneva. Statement of the ICRC <<https://www.icrc.org/en/document/lethal-autonomous-weapons-systems-LAWS>> [dostęp 01.05.2016].

³² „On the basis of this principle, more specific technical, policy and legal limitations on the weaponization of autonomous systems can then be elaborated”, Meaningful human control Presentation by Maya Brehm, Researcher, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human

I Protokół Dodatkowy do Konwencji genewskich z 1949 roku a LAWS

Przepisy I Protokołu Dodatkowego do Konwencji genewskich z 1949 roku uszczegóławiają zasady prowadzenia działań zbrojnych w międzynarodowych konfliktach zbrojnych, a także mogą potencjalnie stanowić także relewantną siatkę prawną w przypadku konfliktów zbrojnych o charakterze niemiędzynarodowym³³. Artykuł 48 ww. Protokołu wskazuje na konieczność ciągłej obserwacji przez stronę prowadzącą działania zbrojne, czy przedmiotem ataku są tylko i wyłącznie cele wojskowe i kombatancki³⁴. Artykuł 51 ust. 4 i 5 I Protokołu zabrania stosowania działań zbrojnych, które mogą godzić zarówno w cele wojskowe, jak i cywilne bez rozróżnienia. Artykuł 57 ust. 2 jest podstawą zasady proporcjonalności, zezwalającej w pewnych przypadkach na powstanie ofiar wśród cywilnych, usprawiedliwionych konkretną i bezpośrednią korzyścią wojskową³⁵. Artykuł 57 ust. 4 wprowadza obowiązek stosowania wszelkich uzasadnionych środków ostrożności w celu ograniczenia strat wśród niewalczących. Także istotną wartością normatywną są przepisy tzw. preambuły Martensa z 1907 roku, gdzie względy zasad humanitarności i wymagań społecznego sumienia mogą być istotnym drogowskazem dla kierunku oceny legalności stosowania LAWS, zwłaszcza w świetle opinii doradczej Międzynarodowego Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Legalności groźby i użycia broni atomowej* z 1996 roku³⁶.

Szczególną rolę w ocenie legalności autonomicznych systemów bojowych pełnią przepisy art. 35 i art. 36 I Protokołu Dodatkowego będące podstawą tzw. procesu przeglądu nowego uzbrojenia pod kątem prze-

Rights (ADH), to the informal meeting of experts on lethal autonomous weapons systems of the Convention on Certain Conventional Weapons (CCW), Geneva, 14 April 2015, s. 5.

³³ S. Sivakumaran, *Reenvisioning the International Law of Internal Armed Conflict*, „The European Journal of International Law”, Vol. 22, no. 1, EJIL (2011), s. 232.

³⁴ Protokół dodatkowy do konwencji genewskich z 12 sierpnia 1949 r., dotyczący ochrony ofiar międzynarodowych konfliktów zbrojnych, Genewa, 8 czerwca 1977 r. (Dz.U. z 1992 r. Nr 41, poz. 175, załącznik).

³⁵ J. Crowe, K. Weston-Scheuber: *Principles of International Humanitarian Law*, Edward Elgar 2013, s. 56

³⁶ „Finally, the Court points to the Martens Clause, whose continuing existence and applicability is not to be doubted, as an affirmation that the principles and rules of humanitarian law apply to nuclear weapons”, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, 1. C.J. Reports 1996, s. 87.

pisów międzynarodowego prawa humanitarnego³⁷. Zgodnie z wytycznymi MKCK nowa broń powinna spełniać wymogi określonych standardów humanitarnych: nie powodować nadmiernych i zbędnych cierpień, mieć możliwość ograniczenia jej zasięgu działania tylko do celów wojskowych, a także nie powinna naruszać zasady proporcjonalności – czyli być dostatecznie kontrolowana³⁸. Podkreślić należy, iż kwestia badania broni odnosi się do jej specyfiki i właściwości *per se* – stąd stosunkowo niewiele broni będzie dyskwalifikowanych z uwagi na treść art. 36 I Protokołu Dodatkowego. Pomimo powszechnego konsensu państw w przedmiocie obligatoryjnego charakteru wyżej wymienionego przepisu (wyrażonego przez wielu uczestników Konwencji CCW) nie jest jednakże jasne, jak wiele państw rzeczywiście przyjęło odpowiednie procedury w tej mierze³⁹. Warto podkreślić, że art. 36 I Protokołu Dodatkowego odnosi się *do każdego innego przepisu prawa międzynarodowego wiążącego stroną traktatu*. Potencjalnie w tym względzie wydaje się być stosowanie także przepisów dotyczących międzynarodowych standardów ochrony praw człowieka. Dokonując analizy istoty bojowych systemów autonomicznych, należy stwierdzić, że nie jest jednoznacznie przesądzone w świetle art. 36 I Protokołu, czy LAWS mogą być uznane za broń sprzeczną z dyspozycją ww. przepisu⁴⁰. Powstaje na tym tle wiele kontrowersji dotyczących bezpośrednio sedna problemu związanego z bojowymi systemami autonomicznymi.

W przypadku odniesienia się do perspektywy zasady odróżniania wydaje się, iż już współcześnie różnego rodzaju funkcje autonomiczne, będą

³⁷ „The duty to consider these legal matters starts with the study of the weaponisation of a technology and continues through development to when the completed weapon is acquired. States that are not party to Additional Protocol I are required, as a matter of customary law, to conduct these weapon reviews in relation to all new weapons they acquire. But this customary rule does not extend to new methods of warfare”. Article 36, Weapons Reviews and autonomous weapons by William H. Boothby <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/616D2401231649FD-C1257E290047354D/\\$file/2015_LAWS_MX_BoothbyS+Corr.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/616D2401231649FD-C1257E290047354D/$file/2015_LAWS_MX_BoothbyS+Corr.pdf)> [dostęp 01.05.2016], „The principle is as follows: on the basis of this article the High Contracting Parties undertake to determine the possibly unlawful nature of a new weapon, both with regard to the provisions of the Protocol, and with regard to any other applicable rule of international law. The determination is to be made on the basis of normal use of the weapon as anticipated at the time of evaluation. If these measures are not taken, the State will be responsible in any case for any wrongful damage ensuing”. Y. Sandoz, C. Swiniarski, B. Zimmerman, Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, Geneva 1987, s. 423.

³⁸ A Guide to the Legal Review of New Weapons, Means and Methods of Warfare Measures to Implement Article 36 of Additional Protocol I of 1977 International Committee of the Red Cross Geneva, January 2006, s. 15–16.

³⁹ W.H. Boothby, *The Legal Challenges of New Technologies: An Overview*, H. Nasu, R. McLoughlin, *New Technologies and the Law of Armed Conflict*, Haga 2014, s. 26.

⁴⁰ J. Foy, *Autonomous Weapons Systems: Taking the Human Out of International Humanitarian Law* (2014) 23 Dal J Leg Stud 47, s. 53, <<http://ssrn.com/abstract=2290995>> [dostęp 01.05.2016].

dące częścią zautomatyzowanych systemów, są w stanie wykrywać i skutecznie odróżniać klasyczne obiekty wojskowe takie jak samoloty, okręty wojenne, stanowiska artylerii, obiekty radarowe, pojazdy opancerzone oraz czołgi⁴¹. Nie ma wątpliwości, iż w przypadku celów o czysto militarnym charakterze, gdzie nie występują osoby bądź obiekty o innym przeznaczeniu, użycie LAWS nie budzi większych wątpliwości pod kątem międzynarodowego prawa humanitarnego. Zdecydowana większość autorów podaje w wątpliwość zdolność systemów autonomicznych do wykonywania bardziej skomplikowanych konsekwencji stosowania zasady rozróżniania – zwłaszcza w obszarach konfliktu niemiędzynarodowego i terenach zabudowanych, gdzie występuje znaczne ryzyko napotkania osób niemających statusu walczących⁴². Aktualne w tej mierze są ponadto wątpliwości związane z tzw. bezpośrednim udziałem w działaniach zbrojnych, które także muszą być respektowane przez LAWS⁴³. Raport Genewskiej Akademii Międzynarodowego Prawa Humanitarnego i Praw Człowieka z listopada 2014 roku wskazuje, iż w warunkach walk toczących się na terenie zurbanizowanym systemy typu LAWS musiałyby wykazać zdolność do przetwarzania niezwykle dużej ilości informacji, zwłaszcza w kontekście wykrywania osób mających status walczących lub czynnie uczestniczących w działaniach zbrojnych⁴⁴. Podniesiono także technicznie bariery związane

⁴¹ N. Sharkey, *Towards a principle for the human supervisory control of robot weapons*, "Investigating the Relationship between Future Technologies, Self and Society," *Politica & Società*, No. 2, May-August 2014, s. 13.

⁴² „It is at least questionable whether autonomous weapons systems will be capable of recognising these distinction criteria reliably”, R. Geiss, *The International Law Dimension of Autonomous Weapons Systems*, s. 14, „fully autonomous drones still lack the capability of identifying enemy personnel entitled to protection against attack, such as medical and religious personnel, and combatants hors de combat. In sum, if used in a fully autonomous mode, current drone technology would be incapable of complying with the law of targeting and, consequently, would constitute an indiscriminate weapon system prohibited under humanitarian law. 126 For the foreseeable future, therefore, any application of military force through armed drones must necessarily remain under the control of a human operator”, N. Melzer, *Human Rights Implications...*, *op. cit.*, s. 28; Report of the ICRC Expert Meeting on 'Autonomous weapon systems: technical, military, legal and humanitarian aspects', 26–28 March 2014, Geneva 9 May 2014, s. 13–14; „Ultimately, for the use of an autonomous weapon system to be lawful, the system would be expected to reasonably distinguish between combatants and civilians (and between military objectives and civilian objects) given the particular environment and circumstances of the battlefield ruling at the time”. Germany CCW Expert Meeting Lethal Autonomous Weapon Systems (LAWS) Geneva, 13–16 May, Statement on Legal Aspects by Ambassador Michael Biontino, s. 3; M. Wagner, *The Dehumanization of International Humanitarian Law: Legal, Ethical, and Political Implications of Autonomous Weapon Systems*, „Vanderbilt Journal of Transnational Law” 2014 (47), s. 20–22.

⁴³ Art. 3 Konwencji genewska o ochronie osób cywilnych podczas wojny (IV konwencja genewska), Genewa, 12 sierpnia 1949 r. (Dz.U. z 1956 r. Nr 38, poz. 171, załącznik), zob. więcej A. Szpak, *Bezpośredni udział w działaniach zbrojnych w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego*, Toruń 2013.

⁴⁴ „In cluttered, dynamic, and populated areas where civilian objects are close to military ob-

ze zdolnością odpowiedniego stosowania w rzeczywistości bojowej zasady proporcjonalności, wskazując, iż LAWS mogą być wykorzystywane jedynie w specyficznych warunkach operacyjnych⁴⁵.

Innym aspektem jest sama „przewidywalność” użycia systemów w pełni autonomicznych, które z założenia istoty autonomii mają mieć możliwość podejmowania kroków o charakterze zupełnie niezależnym. Pytanie pojawia się w związku z powyższym, czy dopuszczalne na gruncie międzynarodowego prawa humanitarnego jest wykorzystanie systemów, które z założenia mogą funkcjonować zupełnie nieprzewidywalne od woli nadzorujących?⁴⁶ Jak w takiej sytuacji pogodzić je z dyspozycją art. 57 ust. 4 I Protokołu Dodatkowego, nakazującą stosowanie „niezbędnych środków ostrożności” przez walczących?⁴⁷

Czy w świetle powyższych rozważań zasada proporcjonalności (a raczej brak możliwości jej przestrzegania przez LAWS) może być podstawą zakazu stosowania bojowych systemów autonomicznych?

Podkreślić należy, iż zasada proporcjonalności wymaga od podejmującego akcję bojową odpowiedniego swoistego „szacowania” względów militarnych oraz humanitarnych, które zasadniczo nigdy nie powinno być ograniczone do prostego równania matematycznego (aczkolwiek potencjalna sama ilość ofiar towarzyszących bądź też ochronionych przez dany atak bojowy może mieć istotny wpływ na rozważania w tej mierze)⁴⁸. Wskazanie granic proporcjonalności, korzyści płynących z eliminacji danego obiektu wojskowego czy też ocena, w jakiej relacji pozostają w zwią-

jectives and fighters are intermingled with civilians and potentially dressed in non-military attire, an autonomous weapon system would need to have highly sophisticated recognition abilities”. Autonomous Weapon Systems under International Law, Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights, 2014, s. 18.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 27.

⁴⁶ „Thus, unpredictability in the behavior of complex robots is a major source of worry, especially if robots are to operate in unstructured environments, rather than the carefully-structured domain of a factory or test laboratory”, G.E. Marchant, B. Allenby, R. Arkin, E.T. Barrett, J. Borenstein, L. M. Gaudet, O. Kittrie, P. Lin, G. R. Lucas, R. O'Meara, J. Silberman, *International...*, *op. cit.*, s. 284.

⁴⁷ Lt. Col. Christopher M. Ford, Stockton Center for the Study of International Law <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/D4FCD1D20DB21431C1257F9B0050B318/\\$file/2016_LAWS+MX_presentations_challengestoIHL_fordnotes.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/D4FCD1D20DB21431C1257F9B0050B318/$file/2016_LAWS+MX_presentations_challengestoIHL_fordnotes.pdf)> [dostęp 01.05.2016].

⁴⁸ N. Sharkey, *Weapons of Indiscriminate Liability*, *Politica & Società*, Nr 2, May-August (2014), s. 28 A.P.V. Rogers, *The Law on the Battlefield*, Manchester 2006, s. 20.

ku z powyższą koniecznością ewentualne straty wśród ludności cywilnej, jest zagadnieniem niejednoznacznym i budzącym kontrowersje nawet na szczeblu sądownictwa międzynarodowego. W sprawie *Galic* zawisłej przed Międzynarodowym Trybunałem Karnym do spraw b. Jugosławii nie znaleziono usprawiedliwienia dla możliwości zabicia i zranienia 200 osób cywilnych pomimo znacznej obecności wśród nich członków personelu walczącego⁴⁹. Na powyższym tle pojawia się pytanie o techniczne granice autonomiczności, niepozwalające obecnie na przyjęcie zdolności autonomicznych pojazdów do dokonywania prawidłowych ocen w zakresie proporcjonalności na polu bitwy. Z drugiej jednakże strony pojawia się przynajmniej teoretyczna możliwość, aby sztuczna inteligencja systemów LAWS była na tyle rozwinięta, by wszelkie rozważania dotyczące stosowania zasad proporcjonalności względem żołnierzy były adekwatne wobec pojazdu autonomicznego⁵⁰.

P. Astro wskazał, że rozwój techniczny sztucznej inteligencji może sprawić, że LAWS będzie w stanie samodzielnie stosować relewantne normy międzynarodowego prawa humanitarnego na polu walki, jednakże standard jego przestrzegania może być zachowany jedynie na poziomie sytuacji oczywistych i jasnych, z uwagi na ograniczenia związane z nieprzewidywalnością środowiska wojennego⁵¹. M.N. Schmitt z kolei zwraca uwagę, iż już teraz siły zbrojne stosują pewne szacunkowe dane dotyczące zasady proporcjonalności i nie wydaje się technicznie niemożliwe, aby takie elementy zostały adoptowane przez systemy typu LAWS⁵². Niemniej zdecy-

⁴⁹ „Although the number of soldiers present at the game was significant, an attack on a crowd of approximately 200 people, including numerous children, would clearly be expected to cause incidental loss of life and injuries to civilians excessive in relation to the direct and concrete military advantage anticipated”, ICTY Prosecutor v. Stanislav Galic, IT-98-29-T, Judgment, 3 December 2003, s. 387.

⁵⁰ „As pointed out at footnote above, collateral damage assessments are not just about calculating and comparing numbers – a function well suited to current computers. But instead, there is a clear qualitative assessment, albeit one where the things being compared are not even alike. How could a machine ever make such judgements? Perhaps not through direct programming but rather by pursuing the artificial intelligence route”, A. Backstrom and I. Henderson, *New Capabilities in Warfare: an Overview of Contemporary Technological Developments and the Associated Legal and Engineering Issues in Article 36 Weapons Reviews*, s. 494 [w:] *Humanitarian Debate: Law, policy, Action New Technologies and Warfare International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No 886, Summer 2012.

⁵¹ „Because even ‘artificially intelligent’ autonomous systems must be pre-programmed, and will have only highly limited capabilities for learning and adaptation at best, it will be difficult or impossible to design systems capable of dealing with the fog and friction of war. When we consider the implications of this for protecting civilians in armed conflict, this raises several ethical and legal questions, particularly in relation to conforming to the IHL requirements of the principles of distinction, proportionality, and military necessity, and the difficulty of establishing responsibility and accountability for the use of lethal force”, P. Asaro, *On Banning Autonomous Weapon Systems: Human rights, Automation, and the Dehumanization of Lethal Decision-making*, „International Review of the Red Cross”, Vol. 94, Issue 886, June 2012, s. 692.

⁵² M.N. Schmitt, *Autonomous Weapon Systems and International Humanitarian Law: A Reply to*

dowana większość autorów podkreśla, iż to właśnie przesłanka proporcjonalności i zgodność bojowych systemów autonomicznych z jej wymaganiami jest największym wyzwaniem tej broni⁵³. Pojawia się także pytanie, czy użycie autonomicznych systemów bojowych będzie także wypełniało podjęcie *wszelkich niezbędnych środków ostrożności* w rozumieniu art. 57 I Protokołu Dodatkowego, gdy autonomia ma charakter nieprzewidywalny (o czym wskazano powyżej)⁵⁴.

Z pewnością bojowe systemy autonomiczne mają wielki potencjał, by stać się z punktu widzenia międzynarodowego prawa humanitarnego jednym z najbardziej pożądanym środków walki⁵⁵. Systemy te z pewnością będą wykorzystywać pociski precyzyjnego rażenia – co należy ocenić pozytywnie z punktu widzenia zasady rozróżnienia oraz szczegółowych przepisów I Protokołu Dodatkowego do Konwencji genewskich z 1977 roku. Także dyspozycja art. 57 ww. regulacji w zakresie podjęcia *wszelkich praktycznie dostępnych środków* może potencjalnie (i paradoksalnie) wskazywać, iż w niektórych sytuacjach bojowych państwo-strona Konwencji, aby wypełnić standardy prawidłowo przeprowadzonej operacji wojskowej w świetle międzynarodowego prawa humanitarnego, powinna wykorzystać bojowe pojazdy autonomiczne. Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy *odhumanizowanie* narzędzia wykorzystywanego do prowadzenia działań zbrojnych jest pożądane w szczególnych przypadkach – np. konieczności ochrony lud-

the Critics, „Harvard National Security Journal Features” 2013, s. 18–19.

⁵³ „Taking into account the express wording of Articles 51.5 and 57.2 of the 1977 Additional Protocol I to the Geneva Conventions, applicable to armed conflicts, it is difficult to imagine how a “machine” – or the IT program directing it- will be able to envision how to attack or decide not to strike when the probable damage to civilians is “excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated” (Article 51.5.b)”, C. Gutiérrez Espada, M. José Cervell Hortal, *Autonomous Weapons Systems, Drones and International Law*, „Revista del Instituto Español de Estudios Estratégicos” 2013, Núm. 2, s. 9; „This is in my view the most serious IHL argument against the even theoretical possibility of deploying genuinely autonomous weapons that remain fully autonomous over considerable periods of time”, M. Sassoli, *Can autonomous weapon systems respect the principles of distinction, proportionality and precaution?*, *Autonomous weapon systems: Technical, military, legal and humanitarian aspects*. Expert meeting, Geneva, Switzerland, 26–28 March 2014, s. 42.

⁵⁴ „The author is not aware of any such system yet having been fielded, and therefore concludes that autonomous attack of personnel can, for the time being at least, be excluded on the ground that the rules as to precautions in attack cannot be complied with”, W. Boothby, *Some Legal Challenges Posed by Remote Attack*, „International Review of the Red Cross”, Volume 94, Number 886, Summer 2012, s. 586.

⁵⁵ „They could also include losing out on the numerous potential advantages of autonomous systems of improving decision making on the battlefield, including through avoiding emotion-based response; improving system accuracy, thereby probably minimizing collateral injuries; and possibly limiting human loss of life on both sides and among civilians”, K. Anderson, D. Reisner, M. Waxman, *Adapting the Law of Armed Conflict to Autonomous Weapon Systems*, *International Law Studies* 2014, Vol. 90, s. 398.

ności cywilnej przy jednoczesnym poświęceniu pojazdu autonomicznego⁵⁶. Odpada wówczas możliwość przedkładania ochrony życia walczących nad życie niewalczących, gdyż dron będzie mógł zostać poświęcony, by uzyskać efekty mniej szkodliwe z punktu widzenia wartości międzynarodowego prawa humanitarnego⁵⁷. Oczywiście można wówczas kwestionować, czy taki system spełnia przesłanki uznania go za autonomiczny – jeżeli jego funkcja „poświęcenia” wynika z odpowiedniego zaprogramowania, czy też autonomiczność sprowadzić jedynie do oceny jego poszczególnych funkcji.

Jak słusznie wskazał D.B. Dolis, społeczność międzynarodowa nie zawsze była w stanie w sposób dostateczny wyegzekwować bądź implementować zakazy związane z użyciem różnego rodzaju typów uzbrojenia⁵⁸. Istnieje uzasadniona obawa, iż radykalny krok w postaci odrzucenia możliwości bojowego stosowania systemów autonomicznych może prowadzić do zupełnego jego zignorowania i w efekcie powstania swoistej „próżni prawnej”, jak w przypadku norm *ius in bello* odnoszących się do reguł wojny powietrznej czy wojny podwodnej⁵⁹. W podobnym tonie wyrażają się K. Andersson i M. Waxman, podkreślając, iż przedwczesne wprowadzenie traktatowych ograniczeń w stosunku do LAWS może pozbawić ewentualnych korzyści związanych z wykorzystaniem tych systemów na polu walki⁶⁰. R. Arkin

⁵⁶ The United Nations Institute for Disarmament Research Framing Discussions on the Weaponization of Increasingly Autonomous Technologies, 2014, s. 5.

⁵⁷ „If my two technical assumptions and my understanding of IHL are correct, an attack executed by autonomous weapons would have many advantages in terms of distinction, proportionality and precautions over an attack directly executed by human beings”, M. Sassoli, Autonomous Weapon Systems: Technical, military, legal and humanitarian aspects. Expert meeting, Geneva, Switzerland, 26–28 March 2014.

⁵⁸ „Even if one believes that a prohibition on certain fully autonomous technology is the best regulatory outcome, past experience cautions against ending the legal analysis there; bans did not work for the submarine or the crossbow, while the campaign to ban landmines remains incomplete. Sadly, even those weapons IHL does ban (e.g., chemical weapons, biological weapons) still remain in use. Accordingly, IHL and the lawyers who practice it need to give further analysis not only to the menu of regulatory options IHL has on offer for autonomous weapon systems today, but also keep in mind why it selected these options in the first place”, D.B. Dolis, *Setting the Stage: Autonomous Legal Reasoning in International Humanitarian Law*, Temple International & Comparative Law Journal (Forthcoming, 2016).

⁵⁹ Zob. M. Piątkowski, *Przepisy IV Konwencji haskiej z 1907 r. w świetle wojny powietrznej*, „Polski Przegląd Stosunków Międzynarodowych”.

⁶⁰ „Finally, there are serious humanitarian risks to prohibition, given the possibility that autonomous weapons systems could in the long run be more discriminating and ethically preferable to alternatives. If all such systems are prohibited, and particularly if even research and development of relevant technologies is also prohibited, one never gets the benefits that might come from new technologies and future generations will not even be aware of the potential benefits that were given up, because these prohibitions on development meant they were never even pursued. Prohibition precludes the possibility of such benefits, and proponents of it must acknowledge and bear responsibility for this risk”, K. Anderson, M. Waxman, *Law and Ethics for Autonomous Weapon Systems Why a Ban Won't Work and How the Laws of War Can*, Stanford University, The Hoover Institution

wskazał, że bardziej właściwym od wprowadzenia zakazu użycia bojowych systemów autonomicznych byłoby wykorzystanie moratorium, do czasu określenia kierunku rozwoju technologicznego bojowych systemów autonomicznych, wskazując na potencjalny pozytywny charakter nowego modelu prowadzenia działań zbrojnych z punktu widzenia międzynarodowego prawa humanitarnego⁶¹.

Inny aspekt problemu dostrzegł N. Marsch, wskazując, iż ewentualny zakaz wykorzystywania systemów w pełni autonomicznych może teoretycznie także dotyczyć szeroko stosowanych broni precyzyjnego rażenia typu „odpal i zapomnij” – autor w tej mierze określił używane przez brytyjskie lotnictwo pocisków typu Brimstone jako broń samodzielnie nakierowującą się i decydującą o niszczeniu określonego celu⁶². P. Appelqvist zwrócił uwagę, że wprowadzenie ewentualnego zakazu wykorzystywania LAWS o charakterze ściśle technicznym może być łatwo obchodzone przez producentów systemów⁶³.

Interesujące zagadnienie zostało poruszone przez J. Lewisa, wskazującego na uwarunkowania prawne i techniczne problematyki min i LAWS⁶⁴. Zasadniczo miny w swym końcowym etapie działania – detonacji – są w pełni autonomiczne, a czynnik ludzki sprowadzony jest jedynie do umieszczenia ładunku w wyznaczonym miejscu. Autor jednakże przekonuje, iż na tym podobieństwa się kończą, a systemy LAWS nie niosą ze so-

(Jean Perkins Task Force on National Security and Law Essay Series), 2013; American University, WCL Research Paper 2013-11; Columbia Public Law Research Paper, s. 21–22.

⁶¹ „I have stated that I am not averse to a ban should we be unable to achieve the goal of reducing noncombatant casualties, but for now we are better served by a moratorium at least until we can agree upon definitions regarding what we are regulating, and it is indeed determined whether we can realize humanitarian benefits through the use of this technology. A preemptive ban ignores the moral imperative to use technology to reduce the persistent atrocities and mistakes that human warfighters make. It is at the very least premature. History indicates that technology can be used toward these goals”. R. Arkin, *The Case for Banning Killer Robots: Counterpoint* <<http://cacm.acm.org/magazines/2015/12/194632-the-case-for-banning-killer-robots/fulltext>> [dostęp 01.05.2016].

⁶² N. Marsch, *Defining the Scope of Autonomy Issues for the Campaign to Stop Killer Robots*, Peace Research Institute Oslo (PRIO) Policy Brief, 02/2014.

⁶³ Systems approach to LAWS – characteristics, considerations and implications, Professor Pekka Appelqvist Scientific Advisory Board for Defence Ministry of Defence Finland, CCW LAWS Meeting.

⁶⁴ „At the same time, FAWs and landmines are dissimilar in ways that render an Ottawa Treaty-style ban inappropriate. Unlike landmines, FAWs will likely be subject to tracking and remote deactivation by design. The “temporal indiscriminateness” of landmines, which can kill many years after they are placed, is therefore almost non-existent with respect to FAWs. Moreover, FAWs may develop in ways that make them capable of distinguishing between civilians and combatants. Landmines, on the other hand, cannot make this distinction. No inherent feature of FAWs renders these weapons categorically impermissible under international law – within some parameters, they may even perform better than human soldiers. Compared to landmines, then, FAWs present a better case for regulation”. J. Lewis, *The Case for Regulating Fully Autonomous Weapons*, „The Yale Law Journal” 124:1309 2015, s. 1320.

bą długotrwałego zagrożenia związanego z brakiem rozróżnienia i niebezpieczeństwa dla ludności cywilnej po latach od umieszczenia. Warto w tej kwestii odnieść się do unormowań zawartych w II Protokole w sprawie zakazów lub ograniczeń użycia min, min-pułapek i innych urządzeń z dnia 10 października 1980 r. do Konwencji CCW, a zwłaszcza do treści art. 3 ust. 3 ww. Protokołu. Przepis powyższy zabrania wykorzystania niekontrolowanego uzbrojenia, które nie jest w stanie zapewnić przestrzegania zasady rozróżnienia i proporcjonalności. W art. 2 ust. 3 Protokół stanowi o definicji „innych urządzeń”, tj. „ręcznie umieszczane środki wybuchowe i urządzenia przeznaczone do zabijania, ranienia lub wyrządzania szkód i które są zdalnie lub samoczynnie pobudzane po upływie określonego czasu”. Z pewnością należy wziąć pod uwagę, iż Protokół ma regulować kwestię min i urządzeń działających podobnie, jednakże zapis art. 2 ust. 3 Protokołu może w pewnym zakresie znaleźć odniesienie względem systemów autonomicznych. Pozostaje jednakże kwestia konieczności „aktywowania urządzenia po pewnym czasie” – to sformułowanie może z kolei wskazywać, iż wymieniona wyżej regulacja nie może mieć zastosowania w stosunku do LAWS, które prezentują określone funkcje bojowe już od chwili prowadzenia działań bojowych. Niemniej regulacja ta ma istotne znaczenie w kontekście całej dyskusji dotyczącej bojowych systemów autonomicznych, potencjalnie zabraniając ich wykorzystywania w sposób niespodziewany, zaskakujący dla przeciwnika w roli podobnej do min i innych urządzeń wybuchowych. Relewantność przepisów II Protokołu do Konwencji CCW została także zaobserwowana w odniesieniu do pozostałych nowych technologii pola walki⁶⁵.

Pewne analogie związane z kwestią prawnego unormowania bądź ograniczenia wykorzystania LAWS można odnaleźć w treści IV Protokołu Dodatkowego dotyczącego stosowania oślepiającej broni laserowej, którego zapisy zostały wprowadzone we wczesnej fazie rozwoju ww. rodzaju uzbrojenia i wstrzymały jego wykorzystanie⁶⁶.

⁶⁵ W. H. Boothby, *Methods and Means of Cyber Warfare*, „International Law Studies” 387 (2013), s. 398–399.

⁶⁶ „Protocol IV has not prevented the development of laser technology nor has it prevented military use of lasers; the Protocol merely preemptively bans combat lasers that are designed to blind people permanently. The Campaign the Stop Killer Robots takes a similar view of robotics. The weaponization of fully autonomous robots is problematic, while the use of autonomous robots for other purposes, even other military purposes, is not dealt with under this campaign”, *Lessons from Protocol IV on Blinding Laser Weapons for the Current Discussions about Autonomous Weapons A Memorandum to Convention on Conventional Weapons Delegates Mines Action Canada May 2014*, s. 3.

Odpowiedzialność

Jednym z podstawowych elementów związanych z samą definicją autonomiczności jest fakt, iż pojazdy w pełni autonomiczne, poruszające się w bezpośrednim polu walki, mają prawo do podejmowania w pełni niezależnych decyzji o nieprzewidywalnym charakterze. W tym kontekście mogą pojawiać się poważne wątpliwości w zakresie ustalenia kręgu podmiotów odpowiedzialnych za działanie robota typu LAWS na polu walki. Czy same w sobie systemy autonomiczne mogą być na tyle rozwinięte, aby ponosić konsekwencje swych „błędnych” wyborów? Abstrahując od tych bardzo teoretycznych rozważań, należy zwrócić uwagę, iż istniejące systemy prawne wskazują, że ich zakresem jest objęta działalność ludzka – jako argument *per analogiam* – można wskazać dyspozycję art. 1 Kodeksu karnego z 1997 roku, który mówi, iż czyn zabroniony może zostać popełniony jedynie przez człowieka⁶⁷. Istniejące propozycje określenia osoby bezpośrednio odpowiedzialnej są zróżnicowane i zasadniczo obracają się wokół kategorii trzech grup osób: a) osób programujących urządzenie autonomiczne, b) osób nadzorujących, c) osób wprowadzających bezpośrednio urządzenie do walki (tzw. ostatni kontakt)⁶⁸. W kontekście polskiego prawa karnego wskazuje się, że odpowiedzialność karna będzie musiała być powiązana z istnieniem łącznika między działaniem systemu autonomicznego a stroną podmiotową danego sprawcy, co może rodzić pewne wątpliwości związane z możliwością przypisania umyślności. Istnieje także możliwość uruchomienia odpowiedzialności tzw. gwaranta na gruncie art. 2 k.k., tj. osób szczególnie odpowiedzialnych za ochronę danego dobra, oraz rozważania odpowiedzialności osób związanych z formami zjawiskowymi przestępstwa (np. pomocnictwa osoby mającej zaprogramować LAWS). Na gruncie zaś odpowiedzialności międzynarodowej nie ma wątpliwości w zakresie przypisania potencjalnej odpowiedzialności państwa za działania LAWS sprzeczne z normami prawa międzynarodowego – jako działań będących elementem wykonywania władztwa przez państwo (*imperium*)⁶⁹. W kontekście międzynarodowego

⁶⁷ *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2012, s. 17; Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. 1997 Nr 88, poz. 553).

⁶⁸ N.E. Sharkey, *The Evitability of Autonomous Robot Warfare*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 94, No. 886, 2012, s. 790; zob. także T. McFarland, T. McCormack, *Mind the Gap: Can Developers of Autonomous Weapons Systems be Liable for War Crimes?*, „*International Law Studies*” (361) 2014.

⁶⁹ „It is a principle of international law that the breach of an engagement involves an obligation to make reparation in an adequate form. Reparation therefore is the indispensable complement of a failure to apply a convention and there is no necessity for this to be stated in the convention itself. Differences relating to reparations, which may be due by reason of failure to apply a convention, are consequently differences relating to its application”. *Factory At Chorzów, Germany v Poland*, Judgment, Claim for Indemnity, Merits, Judgment No 13, (1928) PCIJ Series A No 17, ICGJ 255 (PCIJ 1928),

prawa karnego kluczowe wydaje się odniesienie do treści art. 25 oraz art. 28 Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego⁷⁰. T. Marauhn dostrzega podstawy odpowiedzialności producenta LAWS w dyspozycji art. 25 ust. 3 pkt c Statutu MTK, a dowódców w świetle art. 28 Statutu MTK, wskazując jednakże na problematyczną kwestię określenia podstaw w świetle strony podmiotowej osób mogących być odpowiedzialnymi za wyprodukowanie czy też wykorzystanie systemów autonomicznych z uwagi na konieczność wykazania tzw. *mens rea* – czyli specyficznego nastawienia psychicznego sprawcy, świadomie realizującego znamiona czynu zabronionego (art. 30 ust. 1 Statutu MTK) polegającego zasadniczo na umyślności⁷¹.

Przenosząc rozważania na grunt polskiego prawa cywilnego, warto zaznaczyć, że istnieją rozwiązania przewidujące odpowiedzialność za winę w nadzorze, np. za szkody wyrządzone zachowaniem zwierzęcia – *culpa in custodiendo*, czy też szkody wyrządzone przez osoby, którym z powodu wieku bądź stanu psychicznego winy przypisać nie można⁷². Pojawiają się także możliwości dostosowania reżimu dot. odpowiedzialności za produkt niebezpieczny, czy też cywilnoprawnej odpowiedzialności pracodawcy⁷³. Wyraźnie sygnalizuję powyższe możliwości oparcia w tym względzie ewentualnej odpowiedzialności za działania systemów LAWS, zwłaszcza biorąc pod uwagę konieczność sprawowania *znacznej ludzkiej kontroli* nad powyższymi urządzeniami na istniejącej siatce przepisów prawa cywilnego.

Podsumowanie

W stosunku do zakładanego zakazu stosowana LAWS należy wyróżnić zasadniczo trzy stanowiska. Pierwsze stanowisko reprezentowane jest przez Human Rights Watch, Specjalnego Sprawozdawcę ONZ,

Permanent Court of International Justice, s. 21; art. 4 i 5 Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, International Law Commission 2001.

⁷⁰ Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego sporządzony w Rzymie dnia 17 lipca 1998 r., Dz.U. 2003 Nr 78, poz. 708.

⁷¹ „It must be borne in mind that international criminal law has not yet accepted *dolus eventualis* (conditional intent) as sufficient for establishing criminal responsibility under such a provision”, An Analysis of the Potential Impact of Lethal Autonomous Weapons Systems on Responsibility and Accountability for Violations of International Law Thilo Marauhn Professor of Public Law, International and European Law Justus Liebig University, Giessen, Germany Presentation on the occasion of the CCW expert meeting on lethal autonomous systems, Geneva, May 13–16, 2014; R. Crootof, s. 4, *War Torts: Accountability for Autonomous Weapons* (April 29, 2016). University of Pennsylvania Law Review, Forthcoming, s. 33.

⁷² Art. 427 – art. 431 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964 Nr 16, poz. 93). Kodeks cywilny, t. 2, art. 353 – 1088, red. B. Bociąg, Warszawa 2005, s. 155–161.

⁷³ G. Sartor, F. Lagioia, *Liabilities for autonomous systems in the civil domain* <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/E2C7B63532651EB6C1257E280042009D\\$file/SARTOR_PresentationGenevaAutonomousWeaponsFinal02.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/E2C7B63532651EB6C1257E280042009D$file/SARTOR_PresentationGenevaAutonomousWeaponsFinal02.pdf)> [dostęp 01.05.2016].

Międzynarodowy Komitet Kontroli Zbrojeń Robotów, a także Stolicę Apostolską, opowiadających się za wprowadzeniem traktatowej regulacji zabraniającej stosowania w pełni autonomicznych systemów bojowych znajdujących się poza kontrolą ludzką⁷⁴. Drugim głosem w dyskusji jest koncepcja znaczącej ludzkiej kontroli, jako odpowiedzi na wyzwania, jakie niesie za sobą rozpowszechnianie broni autonomicznej – czyli poszukiwanie ewentualnej odpowiedzi na wyzwania LAWS w istniejącej siatce międzynarodowego prawa humanitarnego. Trzecie podejście, reprezentowane przez część państw uczestników Konwencji CCW, można uznać za pragmatyczne, związane z oczekiwaniem na pojawienie się przekonującego konsensu międzynarodowego i wstępną fazą rozwoju urządzeń typu LAWS. Należy podkreślić, że każde ze stanowisk ma swoje głębokie uzasadnienie. Nie można kwestionować podnoszonych podstaw zakazu rozpowszechniania LAWS i co więcej – należy uznać je za możliwy głos szerszej opinii międzynarodowej. Z drugiej jednakże strony rola międzynarodowego prawa humanitarnego polega na ciągłym balansowaniu pomiędzy racjonalnością wojskową i względami humanitarnymi. W niektórych sytuacjach – jak w przypadku Konwencji CCW i jej Protokołów – pewne bronie przynoszą tak nieakceptowalne skutki względem godności osoby ludzkiej, że zostały one zdelegalizowane. Warto jednak zwrócić uwagę na fakt, iż jakiegokolwiek zmiany w obowiązujących przepisach prawa międzynarodowego czy też tworzenie nowych przepisów musi być wynikiem konsensu państw, mających rozbieżne koncepcje na wybrane kwestie, a historia prawa konfliktów zbrojnych wskazuje, iż kompromisy te nie przychodziły łatwo. Podobne okoliczności występują w przypadku LAWS, w których technologia niesie ze sobą mniej więcej tyle samo korzyści co zagrożeń. Nie ma wątpliwości, iż wiele państw jest potencjalnie zainteresowanych szerokim wykorzystaniem LAWS zarówno w roli defensywnej, jak i ofensywnej. Należy także zwrócić uwagę, iż badania naukowe nad bojowymi systemami autonomicznymi są dopiero we wstępnej fazie, a doświadczenia związane z pojazdami bezzałogowymi, a także uzbrojeniem semiautonomicznym wskazują na wysoką przydatność tej technologii na współczesnym polu walki. Z tych względów wydaje się mało prawdopodobne, aby traktatowy zakaz wykorzysta-

⁷⁴ <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/AED53FFA53455DBBC1257CDA-005654A6/\\$file/NGOICRAC_LAWS_FinalStatement_2014.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/AED53FFA53455DBBC1257CDA-005654A6/$file/NGOICRAC_LAWS_FinalStatement_2014.pdf)> [dostęp 01.05.2016], <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954\(httpAssets\)/F7020F20B0844885C1257F9200579023/\\$file/2016_LAWS+MX_GeneralExchange_Statements_Holy+See.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954(httpAssets)/F7020F20B0844885C1257F9200579023/$file/2016_LAWS+MX_GeneralExchange_Statements_Holy+See.pdf)> [dostęp 01.05.2016]. „Autonomous weapons systems that require no meaningful human control should be prohibited, and remotely controlled force should only ever be used with the greatest caution”, Joint Report of the Special Rapporteur on the Rights to Freedom of Peaceful Assembly and of Association and the Special Rapporteur on Extrajudicial, Summary or Arbitrary Executions on the proper Management of assemblies, A/HRC/31/66, p. 67.

nia LAWS (np. w formie dodatkowego protokołu do Konwencji CCW) był możliwy to wprowadzenia na obecnym etapie rozwoju tej broni. Niemniej niezbędne jest niezwykle uważne obserwowanie postępu nad bojowymi urządzeniami autonomicznymi. Autor osobiście wskazuje na przydatność prac Konwencji CCW w zakresie pojęcia znaczącej ludzkiej kontroli, która może być elementem spinającym postulaty zakazu użycia broni autonomicznych z wolą państw i rzeczywistością pola walki. W tym kontekście potrzebne jest jednakże wypracowanie rozwiązania bądź to w formie pewnego uzupełnienia traktatowego, bądź też ewentualnie w formie zwyczajowego prawa międzynarodowego, jako elementu uzupełniającego zapisy art. 36 I Protokołu Dodatkowego i Konwencji CCW, co jednakże będzie wymagało wykazania dostatecznej praktyki i jednolitego stanowiska społeczności międzynarodowej. Wydaje się, że Konferencja CCW mająca odbyć się w grudniu 2016 roku nie będzie stanowić przełomu w tej mierze, nie mniej może być kluczowym punktem dla stworzenia projektów norm czy wytycznych mających służyć jako element oceny legalności produkcji i użycia bojowych systemów autonomicznych. Staranie państw-stron Konwencji CCW i I Protokołu Dodatkowego winno koncentrować się na znalezieniu odpowiedzi na zasadnicze pytania dotyczące LAWS w obecnie obowiązującej siatce międzynarodowego prawa humanitarnego. Wprowadzenie przedwczesnego zakazu o zbyt szerokim zasięgu bezpośrednio może prowadzić do obejścia zakazu, a nawet zdyskredytowania go przez społeczność międzynarodową przez *desuetudo* – tak jak przepisy protokołu londyńskiego z 1936 roku w przedmiocie prowadzenia wojny podwodnej⁷⁵.

UAKTUALNIENIE:

W trakcie procesu publikacji artykułu w dniach 12–16 grudnia 2016 r. w Genewie odbyła się Piąta Konferencja Przeglądowa Konwencji CCW. Konferencja stała się ponownie polem dyskusji nad kwestią wykorzystania bojowych systemów autonomicznych. Efektem tych prac, jak i dotychczas odbytych nieformalnych paneli w latach 2014–2016, była decyzja delegatów o utworzeniu otwartej grupy ekspertów rządowych (*Group of Governmental Experts*) mająca przygotować raport dot. LAWS z perspektywy Konwencji CCW⁷⁶. Spotkania grupy są zaplanowane na kwiecień, sierpień oraz listo-

⁷⁵ Protokół dotyczący przepisów o akcji wojennej łodzi podwodnych, ustalonych w części IV traktatu londyńskiego z dnia 22 kwietnia 1930 r., podpisany w Londynie dnia 6 listopada 1936 r. (Dz.U. z 1937 Nr 55, poz. 425) został uznany za nieobowiązujący z uwagi na przeciwną praktykę państw w trakcie procesów przed Międzynarodowym Trybunałem Wojskowym w Norymberdze (proces adm. Karla Doenitza).

⁷⁶ „To establish an open-ended Group of Governmental Experts (GGE) related to emerging tech-

pad 2017 roku. Zadaniem zespołów rządowych będzie w pierwszej kolejności odniesienie się do problemu bojowych systemów autonomicznych w zakresie definicji, relewantnych norm międzynarodowego prawa humanitarnego, a także reżimu ochrony praw człowieka, odpowiedzialności państwa, kwestii moralnych i etycznych oraz ewentualnych korzyści i zagrożeń dla stosowania przepisów *ius in bello*, *ius ad bellum*⁷⁷. Powstanie grupy jest pozytywnym sygnałem, świadczącym o istnieniu przynajmniej woli państw-stron Konwencji CCW w zakresie otwartej dyskusji nad bojowymi systemami autonomicznymi. Pozostaje mieć nadzieję, że efekty prac rządowych ekspertów będą zmaterializowane w formie akceptowalnego dokumentu, przybliżając w ten sposób powstanie dedykowanej urządzeniom typu LAWS regulacji prawnomiędzynarodowej.

S

A B S T R A C T

The new capabilities of the AI systems and devices create a remarkable opportunity for the military. The autonomous system's advantages are an inseparable part of the naval, land and aerial development process. Currently, the autonomy is a part of merely non - kinetic or defensive systems. Nevertheless, the new type of weaponry is almost ready to deploy - the Lethal Autonomous Weapons Systems. For the first time in the history of warfare, the decision concerning the life of other human is delegated to the machine. This shocking shift in the long - standing paradigm of combat is unacceptable for the prominent group of States, independent experts and NGO's. The aim of the article is to analyze the possibility of the establishing the

nologies in the area of lethal autonomous weapons systems (LAWS) in the context of the objectives and purposes of the Convention", Decision 1, Final Document of the Fifth Review Conference, Fifth Review Conference of the High Contracting Parties to the Convention on Prohibitions or Restrictions on the Use of Certain Conventional Weapons Which May Be Deemed to Be Excessively Injurious or to Have Indiscriminate Effects, Advanced Version, CCW/CONF.V/10, s. 9.

⁷⁷ Advanced Version Recommendations to the 2016 Review Conference Submitted by the Chairperson of the Informal Meeting of Experts <[http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/\(httpAssets\)/6BB8A498B0A12A03C1257FDB00382863/\\$file/Recommendations_LAWS_2016_AdvancedVersion+\(4+paras\)+.pdf](http://www.unog.ch/80256EDD006B8954/(httpAssets)/6BB8A498B0A12A03C1257FDB00382863/$file/Recommendations_LAWS_2016_AdvancedVersion+(4+paras)+.pdf)> [dostęp 8.02.2017].

proactive ban and to present a justification behind it. Later, the article attempts to advance the debate over the complicated relationship between the LAWS and International Humanitarian Law.

OLGA KOTOWSKA

*Zapobieganie przestępczości przez
kształtowanie przestrzeni – wybrane
zagadnienia*

*Crime prevention through the development
of space - Selected Issues*

S T R E S Z C Z E N I E

Strategia CPTED (*Crime Prevention Through Environmental Design*) uznawana jest za narzędzie, które w połączeniu z innymi metodami może skutecznie eliminować przestępczość. Możliwość popełnienia przestępstw może być wyeliminowana lub ograniczona, jeśli fizyczna przestrzeń zostanie zaprojektowana w taki sposób, aby sprzyjać zacieśnianiu więzi między mieszkańcami oraz zwiększać prawdopodobieństwo ujawnienia faktu popełnienia przestępstwa. Koncepcja zapobiegania przestępczości przez kształtowanie przestrzeni ma już ugruntowaną pozycję w literaturze, ale warta jest popularyzacji także poza gronem specjalistów z zakresu architektury czy bezpieczeństwa. Spośród doświadczeń związanych z kształtowaniem tego nurtu na szczególną uwagę zasługują projekty realizowane w Holandii i Wielkiej Brytanii.

Bezpieczeństwo jest jedną z najważniejszych potrzeb człowieka, obecną na każdym etapie życia, stanowiącą podstawę jego egzystencji. Tylko wtedy, gdy człowiek jest wolny i bezpieczny, może w pełni rozwinąć wszystkie atrybuty swojego człowieczeństwa¹. Zgodnie z pięciopoziomą hierarchią potrzeb ludzkich Abrahama H. Masłowa (przedstawianych w postaci tzw. piramidy Masłowa) człowiek jest motywowany przez potrzeby tworzące hierarchię według ich priorytetu². Zaspokojenie tych podstawowych powoduje, że pozostałe (wyższego rzędu) aktualizują się. O ile nie są spełnione pierwsze z nich, jednostka nie odczuwa braku realizacji tych dru-

¹ E.M. Guzik-Makaruk [w:] E.M. Guzik-Makaruk (red.), *Poczucie bezpieczeństwa obywateli w Polsce. Identyfikacja i przeciwdziałanie współczesnym zagrożeniom*, LEX/el. 2011 [dostęp: 11.08.2016].

² L.F. Korzeniowski, *Podstawy nauk o bezpieczeństwie*, Warszawa 2012, s. 115.

gich³. Bezpieczeństwo jako jedna z podstawowych potrzeb człowieka w piramidzie Masłowa, zostało umieszczone tuż za potrzebami fizjologicznymi. W przypadku jego braku potrzeby wyższego rzędu takie jak przynależność, szacunek i samorealizacja nie mogą być zapewnione⁴.

W ostatnim czasie pojawiła się wręcz teza o zmianie kolejności pięter w piramidzie potrzeb A. Masłowa⁵. Teza o dominującej roli potrzeby bezpieczeństwa w hierarchii potrzeb człowieka nie jest trudna do obrony. Już chociażby dwa przykłady naruszenia bezpieczeństwa społeczności lokalnych przemawiają za jej słusznością. Wystarczy wskazać tylko Nowy Jork (Manhattan, światowe centrum handlu, rok 2001) i Biesłan (Osetia Północna, Kaukaz, rok 2004). Dwie skrajnie różne – i to pod każdym względem – społeczności, które miały jednak jedną wspólną cechę. Dla nich w chwili zamachu potrzeba bezpieczeństwa była najważniejszą z potrzeb.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że większość społeczności nie obawia się dziś wojny ani innych zagrożeń o charakterze militarnym. Potrzeba bezpieczeństwa coraz powszechniej jest odczuwana jako potrzeba bezpieczeństwa w domu oraz w najbliższej okolicy. We współczesnej cywilizacji to właśnie potrzeba bezpieczeństwa lokalnego stała się dominującą potrzebą w hierarchii potrzeb ludzkich.

Źródła zagrożenia bezpieczeństwa człowieka są bardzo różnorodne – stanowią je zarówno siły natury, jak i zachowania konkretnych jednostek bądź grup społecznych. Wśród niebezpieczeństw kreowanych przez człowieka szczególną kategorię stanowi przestępczość. Nie ulega wątpliwości, że poziom zagrożenia przestępczością stanowi jeden z głównych czynników kształtujących poczucie bezpieczeństwa obywateli, a poczucie to z kolei stanowi jeden z podstawowych wyznaczników jakości życia danego społeczeństwa. Z tego względu współcześnie coraz częściej zadajemy sobie pytanie, jak nie zostać ofiarą przestępstwa. Najlepszą drogą do tego celu jest zmniejszenie liczby popełnianych przestępstw. Może to być osiągnięte chociażby przez szybkie wykrycie i ukaranie sprawców przestępstw. Nie jest to jednak w pełni efektywny model działań profilaktycznych. Niezbędne jest także zapobieganie ich popełnianiu.

Z doświadczeń płynących z badania przyczyn i źródeł przestępczości wynika, że aby doszło do popełnienia przestępstwa, niezbędne jest to, by

³ E. Żywucka-Kozłowska, Marta Kowalczyk-Ludzia, *Uniwersalizm bezpieczeństwa* [w:] L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk, *Nauka o bezpieczeństwie. Istota, przedmiot badań i kierunki rozwoju. Studia i materiały*, t. 1, Szczytno 2011, s. 227.

⁴ J. Copik, A. Kaczyński, *Wpływ demoralizacji i przestępczości nieletnich na poczucie bezpieczeństwa wśród społeczeństwa* [w:] L. Grochowski, A. Letkiewicz, A. Misiuk, *Nauka o bezpieczeństwie...*, s. 361.

⁵ A. Urban, *Bezpieczeństwo społeczności lokalnych*, Warszawa 2016, s. 22.

posiadający motywację do działania sprawca napotkał na swej drodze odpowiedni w jego rozumieniu cel, który nie będzie zabezpieczony przed atakiem. Tym samym istotne jest zrozumienie, dlaczego do przestępstwa dochodzi w określonym miejscu i czasie, jaki jest mechanizm tworzenia się okazji przestępczej, a także w jaki sposób można wyeliminować któryś z jej elementów, tak aby w konkretnej przestrzeni zapobiec przestępstwu⁶.

W oparciu o teorię działań rutynowych M. Felsona oraz C. Cohena zobrazowaną za pomocą trójkąta kryminalnego stwierdzić można w pewnym uproszczeniu, że przestępstwo konstytuują trzy elementy – sprawca, ofiara i miejsce – które w pewnym momencie spotykają się. Pierwszy element, czyli sprawca, który jest zdecydowany na popełnienie przestępstwa i planuje jego popełnienie lub decyzję o popełnieniu przestępstwa podejmuje pod wpływem korzystnych (oczywiście z jego punktu widzenia) okoliczności. Szacuje on skuteczność ataku przestępczego, przy czym skutecznym atakiem może być taki, który przynosi sprawcy zysk w postaci mienia skradzionego ofierze, a jednocześnie minimalizuje ryzyko, że podczas dokonywania przestępstwa zostanie rozpoznany lub zatrzymany. Drugi element to ofiara, która musi być atrakcyjna dla sprawcy ze względu na swoje cechy fizyczne (nietrzeźwa, chora, słabsza fizycznie niż napastnik), roztargnienie, posiadane (atrakcyjne dla sprawcy) mienie. Trzeci element to miejsce, które pozwala sprawcy na podjęcie działania przestępczego, minimalizujące możliwość zostania rozpoznany lub zatrzymanym. Dlatego sprawca prawdopodobnie wybierze miejsce odludne, zaciemnione, z dogodnymi, wielowariantowymi drogami dojścia do niego i oddalenia się z niego⁷.

W kontekście powyższego oczywiste jest, że wszelkie działania profilaktyczne powinny być podejmowane w trzech kierunkach wyznaczanych przez trójkąt kryminalny. Po pierwsze, w kierunku sprawcy, którego należy zniechęcić do popełniania przestępstw. Można to czynić, stosując surową karę. Nie można zapominać o tym, że dla skuteczności kary niezbędna jest jej nieuchronność i szybkość w egzekwowaniu. Po drugie, w kierunku ofiary, którą powinno się szkolić w zakresie zachowań mogących utrudnić sprawcy działanie. Do działań tych zaliczyć można chociażby zachęcanie do znakowania wartościowych przedmiotów lub do deponowania ich w bankach lub przeznaczonych do tego kasach czy sejfach. Po trzecie, w zakresie miejsca, które powinno utrudniać sprawcy dokonanie przestępstwa. Dobre oświetlenie terenu, odcięcie dróg dojścia i odejścia sprawców,

⁶ M. Goldschneider, *Geografia przestępczości. Uwagi na temat przestrzennych analiz przestępczości przy wykorzystaniu technik cyfrowych*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. 32, s. 28.

⁷ R. Głowacki, K. Łojek, E. Ostrowska, A. Tyburska, A. Urban (red.), *CPTED jako strategia zapewnienia bezpieczeństwa społeczności lokalnej*, Szczytno 2010, s. 16.

właściwa dyslokacja służb policyjnych i ochronnych (w miejscach zagrożonych) może być przeszkodą dla sprawców⁸.

W ostatnim czasie zaznacza się wyraźna tendencja polegająca na zwiększonej dbałości o przestrzeń fizyczną, opierająca się na przekonaniu, że prawidłowe projektowanie i efektywne korzystanie ze środowiska zabudowanego mogą prowadzić do redukcji strachu przed przestępczością i częstotliwości jej występowania, a także do zwiększenia jakości życia⁹.

Eliminowanie zagrożeń przez odpowiednie kształtowanie fizycznej przestrzeni stało się jedną z podstawowych form zapewnienia bezpieczeństwa. Dzięki przemyślanemu układowi przestrzennemu (obiektów budowlanych, roślinności, ulic, oświetlenia itd.) można bezpośrednio wpływać na środowisko, w którym możliwe jest wystąpienie przestępstwa, a pośrednio na sytuację celu lub ofiary oraz możliwości sprawcy. Przestępstwo następuje, gdy dojdzie do interakcji między sprawcą, miejscem i okazją do jego popełnienia. Jeśli uda się przerwać ten łańcuch powiązań, można mieć nadzieję, że liczba przestępstw spadnie. Większość czynów przestępczych stanowi wynik nadarzającej się okazji: dobrej dostępności do celu przestępstwa, niemożności obrony czy uzyskania przez ofiarę dobrych możliwości ukrycia się lub ucieczki¹⁰. Potwierdzają to także rezultaty badań, z których jednoznacznie wynika, że 80% przestępstw zostaje dokonanych w związku z nadarzającą się okazją¹¹.

Oparta na powyższym założeniu strategia CPTED (*Crime Prevention Through Environmental Design*) uznawana jest aktualnie za narzędzie, które w połączeniu z innymi metodami jest w stanie skutecznie eliminować niepożądane zjawiska, w tym przestępczość. Możliwość popełnienia przestępstw może być wyeliminowana lub ograniczona, jeśli fizyczne otoczenie zostanie zaprojektowane w taki sposób, aby sprzyjać zacieśnianiu więzi między mieszkańcami oraz zwiększać prawdopodobieństwo ujawnienia faktu dokonywania przestępstwa¹².

CPTED opiera się na przekonaniu, że sprawca postępuje racjonalnie. Wybierając cel swojego ataku (zarówno osobę, jak i miejsce), porównuje po-

⁸ A. Urban, *Kształtowanie przestrzeni antyprzestępczej*, „Zeszyty Naukowe Politechniki Śląskiej” 2007, z. 45, s. 123.

⁹ K. Jurzak-Mączka, *Strategia CPTED a funkcje kryminalistyki*, s. 4, <sekcjakryminalistyki.weebly.com/.../mgr_katarzyna_jurzak-maczka-cpted.pdf> [dostęp: 14.07.2016].

¹⁰ A. Lewkowicz, *Kształtowanie bezpiecznej przestrzeni publicznej a problematyka przestępczości* [w:] M. Lisiecki, B. Sitka (red.), *Bezpieczeństwo dużych i średnich aglomeracji z perspektywy europejskiej*, Józefów 2011, s. 42.

¹¹ T. Cielecki, *Koordinacja systemu przeciwdziałania patologii społecznej* [w:] J. Czapska, J. Widacki (red.), *Bezpieczeństwo lokalne – społeczny kontekst prewencji kryminalnej*, Warszawa 2000, s. 114.

¹² A. Urban, *Kształtowanie przestrzeni...*, s. 123.

tencjalne ryzyko (np. prawdopodobieństwo wykrycia jego czynu, ujęcia go na gorącym uczynku) i możliwe do uzyskania korzyści (np. wartość skradzionego mienia, zyskanie szacunku w kręgach przestępczych), które wiążą się z popełnieniem danego czynu. Okazja przestępcza pojawia się, gdy mamy do czynienia z atrakcyjnym dla sprawcy obiektem, który łatwo jest zaatakować (sprzyjają temu m.in. niechronione wejścia do budynków, otwarte drzwi lub okna, samotne poruszanie się po nieuczęszczanej części parku), oraz z brakiem „strażników” mogących utrudnić popełnienie przestępstwa. Rolę strażników pełnią nie tylko osoby zawodowo chroniące mienie, ale także sami mieszkańcy, którzy wykonując codzienne czynności, mogą zauważyć sprawcę i zaalarmować właściwe służby. Jako swoistych strażników traktuje się także wszystkie elementy techniczne oraz zabezpieczenia, które utrudniają albo uniemożliwiają popełnienie przestępstwa¹³.

Koncepcja CPTED opiera się na czterech elementach. Są to: naturalna obserwacja, naturalna kontrola dostępu, wyodrębnienie terenu oraz zarządzanie i konserwacja. **Naturalna obserwacja** to rozmieszczenie urządzeń, oświetlenia oraz budynków w taki sposób, aby maksymalnie zwiększyć możliwość obserwowania tego, co się dzieje. Sprowadza się do takiego rozplanowania przestrzeni i zaangażowania ludzi, aby zwiększyć możliwość śledzenia tego, co dzieje się w otoczeniu, oraz prawdopodobieństwo zauważenia intruza. **Naturalna kontrola dostępu** zakłada, że wyraźne rozgraniczenie między przestrzenią prywatną i publiczną wpływa pozytywnie na ograniczenie przestępczości. Rozmieszczenie ogrodzenia, wejść, wyjść, właściwe zaprojektowanie zieleni oraz innych elementów fizycznej przestrzeni ograniczy dostęp osób niepowołanych oraz zapewni poczucie bezpieczeństwa osobom uprawnionym. Ograniczenie możliwości wejścia i wyjścia osiąga się przez właściwe rozmieszczenie np. miejsc parkingowych, urządzeń, a także odpowiednie usytuowanie budynku oraz skanalizowanie ruchu pieszego i kołowego. Takie ukształtowanie otoczenia stwarza dodatkową sposobność obserwowania ludzi przez innych, co prowadzi do ograniczenia okazji do popełnienia przestępstwa. **Wyodrębnienie terenu opiera się na** odpowiednim usytuowaniu budynków, chodników, płotów, ławek ulicznych, stosownym doborze koloru farby, właściwym zaprojektowaniu zieleni. Dzięki takim zabiegom zostaje ustanowiona jednoznaczna granica, informująca o przynależności danego terenu do kogoś i oddzielająca przestrzeń publiczną od niepublicznej. Jasne określenie granicy wzmacnia przekonanie o przynależności obszaru do właściciela. Wywołanie zaś u mieszkańców uczucia identyfikacji z wyodrębnioną przestrzenią może zaowocować

¹³ K. Jurzak-Mączka, *CPTED – geneza i ewolucja strategii* [w:] *Bezpieczna przestrzeń. Instrukcja obsługi*, Kraków 2015, s. 14.

wać pozytywnymi skutkami. Pojawi się u nich uczucie współwłasności tego obszaru, przez co staną się oni współodpowiedzialni za to, co się na nim wydarzy. Jeśli granica obszaru chronionego jest precyzyjnie określona, ludzie nabierają też respektu dla cudzej własności. **Zarządzanie i konserwacja** opierają się z kolei na założeniu, że słaby stan techniczny lub niewłaściwe utrzymanie otoczenia wyrażają brak troski o własność, co wręcz prowokuje do popełniania czynów zabronionych. Użycie materiałów dobrej jakości, odpornych na zniszczenie, właściwy dobór zieleni, a także rzadko psujących się urządzeń redukuje konieczność wykonywania dodatkowych czynności¹⁴.

Kluczowa dla skuteczności programu CPTED jest współpraca pomiędzy instytucjami rządowymi i samorządowymi, policją i podmiotami zajmującymi się bezpieczeństwem publicznym, planistami, architektami i lokalnymi społecznościami w celu kształtowania przestrzeni w taki sposób, aby ograniczyć jej podatność na zagrożenie przestępczością (zanim takie zagrożenie powstanie). Najbardziej charakterystyczną cechą programu CPTED jest to, że stara się on nie tyle chronić przed zagrożeniem, ile zapobiegać poprzez podejmowanie wielu działań prewencyjnych. Zabezpieczeniom potencjalnego celu (bramom, kratom, zamkom, alarmom itd.) towarzyszyć musi partnerstwo osób i instytucji zainteresowanych stanem bezpieczeństwa danego obszaru oraz dbałość o właściwy stan utrzymania przestrzeni fizycznej¹⁵.

Jakkolwiek pomysły, że kształtowanie przestrzeni wpływa na bezpieczeństwo miast oraz obywateli je zamieszkujących, pojawiły się już dawno, to jednak idea, że to projektowanie może wpływać na poziom przestępczości, bezpieczeństwo jednostki i społeczności lokalnej, jest dzieckiem XX wieku, kiedy to rozpoczęła się dyskusja na ten temat¹⁶.

Już w latach sześćdziesiątych XX wieku E. Wood opracowała szereg poradników dotyczących bezpieczeństwa, które kładły nacisk na projektowanie przestrzeni w taki sposób, aby umożliwić (czy też wspomagać) naturalną obserwację. Wskazała przy tym na konieczność dysponowania przez mieszkańców miejscami, w których mogliby się spotykać. W konsekwencji miało to prowadzić do zwiększenia nieformalnej kontroli sprawowanej przez społeczność lokalną. Myśl E. Wood zainspirowała twórców pewnych idei, które ostatecznie złożyły się na CPTED¹⁷.

¹⁴ S. Mordwa, *Bezpieczeństwo a kształtowanie przestrzeni* [w:] E. Klima (red.), *Social Factors in Spatial Economy and Spatial Planning*, Space-Society-Economy, Department of Spatial Economy and Spatial Planning, Łódź, 2009 r., nr 9, s. 95 i nast.

¹⁵ A. Jasiński, *Architektura w czasach terroryzmu: Miasto – przestrzeń publiczna – budynek*, Warszawa 2013, s. 165.

¹⁶ K. Dukała, K. Jurzak-Mączka, J. Mączka, *CPTED – teoria, praktyka, skuteczność* [w:] J. Czapka (red.) *Zapobieganie przestępczości przez kształtowanie przestrzeni*, Kraków 2012, s. 19.

¹⁷ *Ibidem*, s. 19.

Za pionierkę CPTED można uznać J. Jacobs, która opracowała koncepcję, w myśl której przestępczość rozwija się, gdy sąsiedzi nie komunikują się i nie współdziałają ze sobą. Trudniej bowiem zidentyfikować osobę obcą (potencjalnego sprawcę), jeżeli nie jest znany nawet sąsiad zza ściany. J. Jacobs wskazała na trzy warunki, które trzeba spełnić, aby uczynić ulice miast bezpiecznymi. Są to: jasne i widoczne rozgraniczenie przestrzeni prywatnej i publicznej, możliwość używania danego miejsca do różnych celów oraz duża liczba pieszych. Podkreślała pozytywny wpływ na bezpieczeństwo takich obiektów, jak np. bary, puby, restauracje, sklepy, parki, place zabaw, albowiem sprzyjają one nieustannej aktywności ludzi¹⁸. Pomysł Jacobs można przełożyć na łańcuch przyczynowo-skutkowy. Im więcej ludzi na ulicach, tym więcej „oczu”, które mogą obserwować, co z kolei prowadzi do zwiększenia kontroli dokonywanej przez mieszkańców. Wraz z tą kontrolą spada liczba przestępstw oraz poziom poczucia zagrożenia¹⁹.

W latach siedemdziesiątych XX wieku idea walki z przestępczością poprzez programy resocjalizacyjne przyniosła wielkie rozczarowanie. Zaczęto poszukiwać alternatywnych metod walki z przestępczością, zwracając większą uwagę na ofiarę przestępstwa, okoliczności jego popełnienia oraz ich wpływ na motywację sprawcy. Rozwój alternatywnych metod przeciwdziałania przestępczości dał początek takim rozwiązaniom, jak *Crime Prevention Through Environmental Design*.

Crime Prevention Through Environmental Design, czyli zapobieganie przestępczości przez kształtowanie przestrzeni, to termin użyty po raz pierwszy przez kryminologa C.R. Jeffery'ego w tytule jego książki z 1971 roku. Pojęcie to w formie skrótowca CPTED funkcjonuje do dzisiaj w literaturze i praktyce architektoniczno-urbanistycznej²⁰.

Głównym punktem koncepcji C.R. Jeffery'ego było założenie, że zachowania dewiacyjne – tak jak każde inne – kierują się pewną logiką. Można ją określić jako korzystanie z nadarzającej się okazji. Ograniczając te okazje, można zmniejszyć liczbę zachowań, które są postrzegane przez większą część społeczeństwa jako niewłaściwe. Środkiem ku temu jest modyfikacja fizycznej przestrzeni²¹. Jeffery zakładał również, że ukształtowanie fizyczne otoczenia wywołuje u potencjalnego sprawcy przyjemne bądź nieprzyjemne doznania, które stymulują lub ograniczają wolę popełnienia przestępstwa. Główna idea koncentrowała się na przekonaniu, że wyeliminowanie bodźców wzmacniających sprawi, że przestępstwo nie zostanie popełnione²².

¹⁸ J. Jacobs, *The Death and Life of Great American Cities*, New York 1961, s. 35 i nast.

¹⁹ K. Dukala, K. Jurzak-Mączka, J. Mączka, *CPTED – teoria...*, s. 20.

²⁰ P. Waszkiewicz, *Traktat o dobrej prewencji kryminalnej*, Warszawa–Newark 2015, s. 233.

²¹ C. Jeffery, *Crime Prevention Through Environmental Design*, Beverly Hills, CA 1971, s. 214 i nast.

²² R. Głowacki, K. Łojek, E. Ostrowska, A. Tyburska, A. Urban (red.), *CPTED jako strategia...*, s. 22.

Konkurencją dla teorii Jeffery’ego stała się koncepcja „przestrzeni obronnej” O. Newmana, opierająca się na badaniach związku przestępczości ze środowiskiem fizycznym. Autor ten – na podstawie badań oraz analiz statystyk policyjnych z dwóch nowojorskich osiedli – dostrzegł związki zachodzące pomiędzy skalą i charakterem zabudowy a poziomem przestępczości. Wskazał także, jak określone zabiegi projektowe i manipulacje przestrzenne mogą integrować lokalną społeczność, pozwalać jej kontrolować podporządkowane terytorium i tym samym wpływać na poziom bezpieczeństwa. Według niego przestrzeń obronna musi cechować się dwiema właściwościami: umożliwiać mieszkańcom ciągłą obserwację oraz bycie obserwowanym, zaś mieszkańcy muszą chcieć interweniować lub zgłaszać fakt popełnienia przestępstwa²³.

Dorobek powołanych autorów pozwolił na systematyczny rozwój analizowanego podejścia do eliminacji przestępczości. Koncepcja CPTED ewoluowała z biegiem czasu. Początkowo skupiała się przede wszystkim na technicznych i architektonicznych możliwościach zapewnienia bezpieczeństwa w przestrzeni publicznej oraz w miejscu zamieszkania. Później, oprócz cech ukształtowania fizycznego, zaczęto dostrzegać rolę, jaką dla zachowania stanu bezpieczeństwa w danej okolicy odgrywa społeczna interakcja. Uzmysłowiono sobie społeczny kontekst CPTED.

Na przełomie XX i XXI wieku powstała tzw. CPTED Drugiej Generacji. Mianem tym określone zostało połączenie działań projektowych (dotyczących zarówno nowo powstających obiektów, jak i ingerencji w istniejące) z działaniami *stricte* społecznymi. Wśród nich mieszczą się działania skierowane do jednostek, poszczególnych grup społecznych (dzieci, nastolatków, osób starszych) oraz całej społeczności. Autorzy tej koncepcji wskazują na nieskuteczność CPTED Pierwszej Generacji, spowodowaną nadmiernym skupianiem się na fizycznym układzie przestrzennym i zaniebdaniem tworzenia warunków do poczucia wspólnoty przez mieszkańców. Założenia CPTED Drugiej Generacji to: odpowiednia wielkość, gęstość i zróżnicowanie osiedla (małe i zróżnicowane społecznie), publiczne miejsca spotkań i klubów młodzieżowych (tworzenie takich miejsc i ich aktywne wsparcie), zaangażowanie mieszkańców w społeczne życie osiedla, odpowiedzialność mieszkańców za bezpieczeństwo na osiedlu²⁴. Istotą tej generacji CPTED jest stwierdzenie, że „to nie budynki popełniają przestępstwa”. Aby skutecznie zwalczać przestępczość, nie wystarczy analizować tylko cechy miejsca. Należy także rozpatrywać inne okoliczności, dotyczące zarówno sprawy, jak i celu przestępstwa²⁵.

²³ *Ibidem*.

²⁴ P. Waszkiewicz, *Traktat o...*, s. 236.

²⁵ R. Głowacki, K. Łojek, A. Urban (red.), *Wpływ ukształtowania przestrzeni fizycznej na zapobieganie przestępstwom i wykroczeniom*, Szczytno 2008, s. 10–11.

Przedstawiając rozwój idei CPTED, nie można pominąć jej najnowszej wersji – CPTED Trzeciej Generacji. Stanowi ona połączenie CPTED Drugiej Generacji z zaawansowanymi rozwiązaniami ekologicznymi, zrównoważonym rozwojem miejskim i powiązaniem sieciowymi. U jej podstaw leżą próby wyboru działań prewencyjnych, które jednocześnie przyjazne będą środowisku naturalnemu. Spośród wielu założeń CPTED Trzeciej Generacji zwrócić należy uwagę na kilka z nich: włączenie w tkankę miejską wystarczającej liczby miejsc publicznych w celu zapewnienia odpowiednich warunków spotkań i wspólnych aktywności, włączenie wystarczającej ilości zielonej przestrzeni o różnej skali (parki, zieleń uliczna, zielone dachy itp.), wsparcie naturalnego nadzoru poprzez zapewnienie dostatecznego oświetlenia ulic oraz zapewnienia odpowiedniej obecności i użytkowania przestrzeni o każdej porze, zapewnienie, że nie ma w mieście miejsc stanowiących „tereny niczyje”, pozbawionych nadzoru instytucjonalnego, zabezpieczenie wystarczających środków finansowych na regularne utrzymanie przestrzeni publicznych (np. deptaków, elewacji budynków)²⁶.

Przykładem wykorzystania koncepcji zapobiegania przestępczości poprzez projektowanie środowiska jest Holandia i wdrażany tam projekt „Prewencji kryminalnej w projektowaniu przestrzeni”, stanowiący wynik prowadzenia kompleksowej polityki w zakresie bezpieczeństwa. Program holenderski zakłada planowanie urbanistyczne danego terenu, uwzględniające elementy ryzyka wiktyimizacji (możliwość dokonania rozboju, napadu itp.) i bezpieczeństwa (działania uniemożliwiające włamania), wspierane przez wykorzystanie kontroli społecznej. Po przeprowadzeniu szeregu badań nad efektywnością funkcjonowania rozwiązań podjętych dla podniesienia bezpieczeństwa obywateli na określonym terenie Minister Spraw Wewnętrznych Holandii podjął w 1999 roku decyzję o przeniesieniu programu na obszar całego kraju. Włączenie koncepcji do systemu całego kraju wspierane było i jest przez narodowy komitet, w którego skład wchodzi członkowie rządu, firm budowlanych, menadżerowie, osoby zajmujące się prowadzeniem działań wynikających z programu, zakłady ubezpieczeniowe, firmy ochrony osób i mienia oraz mieszkańcy danego terenu. Zgodnie z założeniami programu firmy budowlane mogą uzyskać na okres 5 lat certyfikat dla wybudowanych przez siebie obiektów. Jest on swoistym zaświadczeniem potwierdzającym spełnienie określonych wymogów bezpieczeństwa. Wymogi dotyczące domów i mieszkań są w Holandii od 1999 roku zawarte w prawie budowlanym, co nadaje im charakter normatywny. Normy określają m.in. rodzaj zamków montowanych w drzwiach oraz właściwości okien (antywłamaniowe, najniżej położone – co najmniej

²⁶ P. Waszkiewicz, *Traktat o...*, s. 237 i nast.

na wysokości 3,5 m od ziemi, otwarcie musi zabrać włamywaczowi minimum 3 minuty), rozwiązania architektoniczne wewnątrz budynku muszą zapewnić dobrą widoczność, brak nisz, wnęk, miejsc, w których można się ukryć, konieczność oświetlenia budynku z trzech stron (z przodu, z boku i z tyłu)²⁷. Aby otrzymać aprobatę w ramach programu „Prewencja kryminalna w projektowaniu przestrzeni”, trzeba spełnić szereg warunków rozwoju urbanistycznego, związanych z przestrzenią publiczną, z budynkami, podziałem terenu (np. drogi wjazdowe, osiedlowe, roślinność powinny być tak usytuowane, aby był możliwy ich stały nadzór i obserwacja, ograniczona wielkość parkingów, dobre oświetlenie, odpowiednia wysokość płotów)²⁸.

Warto w tym miejscu zwrócić uwagę na to, że analiza obowiązującego w Polsce prawa budowlanego prowadzi do spostrzeżenia, że brakuje w nim tak atrakcyjnych rozwiązań – z punktu widzenia bezpieczeństwa obywateli – jakie funkcjonują w analogicznym akcie w Holandii. Polski ustawodawca, tworząc określone przepisy, kierował się względami urbanistycznymi, wysuwając na pierwszy plan potrzebę usprawnienia komunikacji, obronności lub warunków sanitarnych.

Zgodnie z art. 5 ustawy Prawo budowlane²⁹ obiekt budowlany należy projektować i budować zgodnie z przepisami, zwłaszcza techniczno-budowlanymi, oraz zgodnie z zasadami wiedzy technicznej. Znajduje to uszczegółowienie w innych aktach prawnych. Stosowanie tej zasady ma służyć osiągnięciu celów wskazywanych przez ustawodawcę. Celem takim jest przede wszystkim spełnienie podstawowych wymagań dotyczących obiektów budowlanych w zakresie nośności i stateczności konstrukcji, bezpieczeństwa pożarowego, higieny, zdrowia i środowiska, bezpieczeństwa użytkowania i dostępności obiektów, ochrony przed hałasem, oszczędności energii i izolacyjności cieplnej, zrównoważonego wykorzystania zasobów naturalnych. Ponadto celem takim jest m.in. zachowanie warunków użytkowych zgodnych z przeznaczeniem obiektu (w szczególności w zakresie zaopatrzenia w wodę i energię elektryczną, energię cieplną i paliwa, usuwania ścieków, wody opadowej i odpadów), zachowanie możliwości dostępu do usług telekomunikacyjnych, zachowanie niezbędnych warunków do korzystania z obiektów użyteczności publicznej i mieszkaniowego budownictwa wielorodzinnego przez osoby niepełnosprawne, zachowanie warunków bezpieczeństwa i higieny pracy, a także ochrona ludności (zgodnie z wymaganiami obrony cywilnej) oraz ochrona obiektów wpisanych do rejestru zabyt-

²⁷ A. Tyburska, *Strategie działań zapobiegawczych a polska rzeczywistość* [w:] J. Fiebig, M. Roga, A. Tyburska (red.), *Bezpieczeństwo to wspólna sprawa*, Szczytno 2002, s. 129–130.

²⁸ N. van Ooik, *Prewencja kryminalna w projektowaniu przestrzeni* [w:] J. Czapska, H. Kury (red.), *Mit represyjności albo o znaczeniu prewencji kryminalnej*, Kraków 2002, s. 536 i nast.

²⁹ Ustawa z 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn.: Dz.U. 2016 poz. 290 ze zm.).

ków i obiektów objętych ochroną konserwatorską, jak również odpowiednie usytuowanie na działce budowlanej, a także zapewnienie warunków bezpieczeństwa i ochrony zdrowia osób przebywających na terenie budowy.

Jak wynika z powyższego, wśród wymienionych przez ustawodawcę celów nie znalazło się zapewnienie bezpieczeństwa obywateli w aspekcie zapobiegania przestępczości. Niewątpliwie zaś warto byłoby umieścić w przepisach Prawa budowlanego takie wymagania wobec obiektu budowlanego, które miałyby za zadanie zrealizowanie także tego celu. Mogłyby to być wymagania zwłaszcza co do określonej bryły budynków (bez zastłon architektonicznych), odpowiedniego usytuowania ciągów komunikacyjnych, oświetlenia, otworów drzwiowych i okiennych, a także przejrzystej konstrukcji klatek schodowych (bez załamów i wnęk).

Celem holenderskiego programu „Prewencja kryminalna w projektowaniu przestrzeni” jest zapobieganie wandalizmowi, włamaniom i przemocy w sąsiedztwie, a co za tym idzie – zwiększenie komfortu życia w danej okolicy (tym samym obniżenie wysokości płaconych składek ubezpieczeniowych, których wysokość zależy od wysokości ryzyka, np. włamania). Dobre zabezpieczenie techniczne i kontrola społeczna sprawiają, że włamanie zajmuje zbyt dużo czasu. Włamywacz podejmuje przy tym duże ryzyko, że zostanie usłyszany lub zobaczony. Szanse ucieczki w takim momencie są niewielkie. Tym samym rozsądny włamywacz nie podejmie takiego ryzyka³⁰.

Poznając proces zapobiegania przestępczości poprzez kształtowanie przestrzeni fizycznej, należy także wspomnieć o doświadczeniach brytyjskich. Projekty prowadzone w Wielkiej Brytanii wskazują jednoznacznie, że przestrzeń, która generuje zagrożenie, powinna zostać poddana odpowiednim przemianom. Przykładem skuteczności takiego podejścia do problemu przestępczości są projekty określane potocznie jako „furty w alejach”. U podstaw powstania tych projektów legły przeprowadzone w Wielkiej Brytanii badania wskazujące, że większość wszystkich włamań dokonanych zostało w budynkach, w których zaplecze stykało się z przestrzenią ogólnodostępną (55% włamań), zaś sprawcy dostali się do wnętrza od tyłu (72% włamań). Mając na uwadze wyniki tychże badań, w wybranych dzielnicach Liverpoolu do roku 2003 zamontowano około 500 furt, które ograniczały swobodny dostęp na zaplecza budynków mieszkalnych. Uzyskano efekt w postaci spadku liczby włamań do mieszkań o 55% (1999 rok), w sytuacji, gdy w tym samym okresie w całym Liverpoolu liczba włamań wzrosła o 10%. Taki sposób kontrolowania przestępczości przyniósł także inne korzystne efekty: bezpieczniejsze i czystsze otoczenie, ograniczenie wanda-

³⁰ N. van Ooik, *Prewencja kryminalna...*, s. 535.

lizmu, eliminowanie zachowań aspołecznych, niższe koszty ubezpieczenia mieszkania³¹. Podkreślić też należy, że rozwiązania brytyjskie podejmowane w ramach analizowanej strategii są szczególnie cenne, gdyż udało się stworzyć system składający się z: wyspecjalizowanych podmiotów, odpowiedniego systemu prawnego oraz organizacyjnych i formalnych powiązań podmiotów działających na rzecz kształtowania bezpiecznych przestrzeni³².

Doświadczenia – zwłaszcza holenderskie – w zakresie projektowania bezpiecznych przestrzeni próbuje się wykorzystać także w Polsce. W ciągu ostatnich lat w Polsce kilkakrotnie wzrosła liczba tzw. zamkniętych osiedli. Deweloperzy wciąż kuszą potencjalnych klientów obietnicami mieszkania w tzw. bezpiecznym miejscu. Chcąc zwiększyć bezpieczeństwo społeczności lokalnej, podejmują próby skorzystania z dobrych praktyk wprowadzanych przez mieszkańców Holandii i Wielkiej Brytanii. Jako przykład wdrożonych w naszym kraju projektów można wskazać budowę osiedli przy ul. Puckiej i Wejherowskiej w Szczecinie, realizowaną przez TBS „Prawobrzeże” Sp. z o.o. w Szczecinie, oraz budowę Osiedla Błękitne w Siechnicach pod Wrocławiem, realizowaną przez firmę Polsystem z Wrocławia. Do polskich doświadczeń z powodzeniem wykorzystujących elementy kształtowania bezpiecznych przestrzeni należy zaliczyć także rewitalizację terenu kampusu Politechniki Krakowskiej, rewitalizację terenu Przedszkola Miejskiego nr 3 w Szczytnie oraz parku miejskiego w Szczytnie³³.

Na szczególną uwagę w dziedzinie polskich doświadczeń zasługuje rewitalizacja terenu wspomnianego wyżej przedszkola. Na terenie tego obiektu stwierdzono problemy związane z dewastacją infrastruktury zewnętrznej, niszczeniem elementów wyposażenia, elewacji, ogrodzenia, zaśmiecaniem terenu, popełnianiem przestępstw i wykroczeń oraz gromadzeniem się (w porze wieczorowo-nocnej) młodzieży spożywającej alkohol. Zjawiska te rodziły problemy związane z zagrożeniem obiektu przedszkola oraz problemami w należytym jego utrzymaniu. Jak ustalono po gruntownych analizach, akty wandalizmu po godzinach urzędowania wynikały z nazbyt rozrośniętej zieleni, a w konsekwencji z braku dostatecznego oświetlenia terenu oraz dostatecznej widoczności dla mieszkańców osiedla domków jednorodzinnych graniczących z przedszkolem. W 2002 roku na terenie przedszkola przeprowadzono prace o charakterze porządkowym – doświetlenie, uporządkowanie rozrośniętej zieleni, stopniowe wymienianie uszkodzone-

³¹ *Poprawa bezpieczeństwa społeczności lokalnych poprzez szkolenia zapewniające właściwą organizację i kształtowanie przestrzeni publicznej*, Wyższa Szkoła Policji w Szczytnie, s. 22 i nast.

³² R. Głowacki, K. Łojek, E. Ostrowska, A. Tyburska, A. Urban (red.), *CPTED jako strategia...*, s. 46.

³³ K. Jurzak-Mączka, *Zbiór dobrych praktyk, czyli przykłady realizacji założeń koncepcji CPTED i SBD* [w:] J. Czapska (red.), *Zapobieganie przestępczości...*, s. 145 i nast.

go ogrodzenia. Przeprowadzona rewitalizacja dowiodła, że zmiany dokonane w obiekcie już istniejącym, bez angażowania znacznych środków, mogą dać efekt w postaci zarówno poprawy stanu bezpieczeństwa, jak i wymierne oszczędności związane z brakiem aktów wandalizmu i związanych z tymi aktami koniecznymi naprawami. Rewitalizacja przeprowadzona na terenie przedszkola skutkowała tym, że w ciągu kilku następnych lat zanotowano jedną kradzież (wcześniej odnotowywano od kilkunastu do kilkudziesięciu przypadków łamania norm społecznych rocznie)³⁴.

Wpływ właściwego kształtowania osiedli i dzielnic na skuteczne zapobieganie przestępczości był przedmiotem wielu badań. Próby zbadania skuteczności CPTED są podejmowane nieustannie od opublikowania założeń tej koncepcji.

W Holandii wprowadzenie programu „Prewencja kryminalna w projektowaniu przestrzeni” zmniejszyło ilość włamań o 90%, co poprawiło komfort życia i wzmocniło poczucie bezpieczeństwa obywateli³⁵. Pełnię sukcesu, jaki zanotowali Holendrzy, obrazuje nie tylko zmniejszenie się poziomu przestępczości, ale także obniżenie poziomu strachu przed staniem się ofiarą przestępstwa. Aż 90% ankietowanych mieszkańców zamieszkujących w osiedlach posiadających policyjny certyfikat stwierdziło, że certyfikat ten zapewnia poczucie bezpieczeństwa. Aż 75% ankietowanych deklaroowało, że w przypadku zmiany miejsca zamieszkania poszukiwać będzie mieszkania, które posiada certyfikat³⁶. W Wielkiej Brytanii odpowiednie kształtowanie przestrzeni spowodowało w ostatnich latach spadek włamań do mieszkań o 75% oraz szkód ponoszonych w mieszkaniu o 55%³⁷.

Koncepcje przestrzeni obronnej i CPTED spotkały się również z krytyką, która sięga lat siedemdziesiątych XX wieku. Krytyka dotyczy braków, nieścisłości i sprzeczności koncepcyjnych oraz kwestii metodologicznych i związanych z wynikami badań empirycznych.

Przeciwnicy CPTED wskazują, że w ten sposób można zapobiec tylko i wyłącznie niektórym rodzajom przestępstw (np. kradzieżom mieszkaniowym lub samochodowym czy przestępstwom przeciwko życiu i zdrowiu). Funkcjonują też teorie zakładające, że poprzez projektowanie przestrzeni nie wpływa się na istniejący poziom występującej przestępczości, ale doprowadza do jej przemieszczenia. Przestępstwo zostaje popełnione w innym miejscu i o innym czasie³⁸. Pojawiają się także projekty badawcze kwestio-

³⁴ A. Urban, *Kształtowanie przestrzeni...*, s. 127 i nast.

³⁵ N. van Ooik, *Prewencja kryminalna...*, s. 528.

³⁶ A. Urban, *Kształtowanie przestrzeni...*, s. 126-127.

³⁷ R. Głowacki, K. Łojek, E. Ostrowska, A. Tyburska, A. Urban (red.), *CPTED jako strategia...*, s. 13.

³⁸ K. Bułat, P. Czarniak, A. Gorzelak, K. Grabowski, M. Iwiński, P. Jakubek, J. Jodłowski, M. Małek, S. Młodawska-Mąsior, A. Papierz, M. Stożek, *Kryminologia*, Warszawa 2007, s. 171.

nujące związek pomiędzy CPTED a przestępczością i poczuciem bezpieczeństwa lub wręcz dokumentujące związek pomiędzy CPTED a większą przestępczością³⁹.

Jak wskazuje P. Waszkiewicz, jakkolwiek koncepcjom CPTED – rozaczającym wizję możliwości zapobiegania przestępczości, poprawy poczucia bezpieczeństwa i komfortu życia dzięki odpowiedniemu zaprojektowaniu przestrzeni miejskiej – nie można odmówić atrakcyjności, to jednak są one bliższe praktykom mistycznym (jasnowidzeniu, teleportacji i innym parapsychologicznym umiejętnościom) niż nauce. Tym samym – w jego ocenie – pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia jest wprowadzenie wymogów prawnych stosowania zaleceń CPTED⁴⁰.

Chociaż samo założenie, że istnieje związek pomiędzy przestrzenią fizyczną i społeczną a zachowaniami i samopoczuciem ludzi nie wydaje się kontrowersyjne, to jednak jak przebiegają konkretne interakcje oraz co może działać prewencyjnie i wpływać na wzrost poczucia bezpieczeństwa, nie zostało jak dotąd w jednoznaczny sposób stwierdzone. Prowadzone w tym zakresie badania wykazały przede wszystkim, że strategia zapobiegania przestępczości poprzez kształtowanie środowiska fizycznego wprowadzana samodzielnie ma ograniczoną skuteczność⁴¹. Dopiero w połączeniu z innymi metodami jest w stanie skutecznie eliminować niepożądane zjawiska. Skupiając się na kreowaniu bezpiecznych przestrzeni, nie można zapominać o pozostałych elementach trójkąta kryminalnego, tj. ofiarach i sprawcach przestępstw. Połączenie fizycznej przestrzeni i środowiska społecznego oraz projektowania przestrzennego z odpowiednim utrzymaniem i konserwacją przestrzeni fizycznej daje oczekiwany efekt w postaci bezpiecznych miast.

Kształtowanie przestrzeni może przyczynić się do eliminacji zagrożeń przestępczych tylko wtedy, gdy odbywa się we współdziałaniu ze społecznością lokalną. Tym samym realizując określone działania w celu minimalizacji zagrożeń przestępczych, należy wytyczyć ich kierunki. Po pierwsze, wieloresortowe i strukturalne partnerstwo (lokalne władze, Policja, planiści, urbaniści, architekci, społeczność lokalna). Po drugie, konieczność zdiagnozowania przyczyn zachowań przestępczych oraz planowania działań w celu ich całkowitego wyeliminowania. Po trzecie, połączenie przestrzeni fizycznej i środowiska społecznego (społeczności lokalnej). Fizyczna przestrzeń może wywierać bezpośredni wpływ na zachowania przestępcze poprzez: wyodrębnienie obszarów chronionych, zwiększenie lub ograniczenie dostępu za pomocą barier, płotów, wpływanie na możliwość prowadze-

³⁹ P. Waszkiewicz, *Traktat o...*, s. 265 i nast.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 265 i nast.

⁴¹ J. Czapska, *Współczesne formy obywatelskiej samoobrony* [w:] J. Widacki, J. Czapska (red.), *Bezpieczny obywatel – bezpieczne państwo*, Lublin 1998, s. 378.

nia obserwacji przez obywateli i służby policyjne (monitoring osiedli, wsi i miast). Elementy te oraz aktywność członków społeczności lokalnych mogą przyczynić się do eliminacji zagrożeń, znacznego ograniczenia przestępstw oraz ograniczenia – często ukrytych – patologii występujących w danej społeczności lokalnej, takich jak: przemoc w rodzinie, alkoholizm, narkomania⁴².

Nie sposób jest nie dostrzegać pośrednich efektów wprowadzania zasad CPTED, jak chociażby obniżenie nakładów ponoszonych przez obywateli na funkcjonowanie służb bezpieczeństwa. CPTED nie zwiększa zadań państwa w zakresie bezpieczeństwa i porządku publicznego. Nie wymaga bowiem ani rozbudowy Policji, ani tworzenia nowych formacji. CPTED podkreśla przy tym odpowiedzialność lokalnych społeczności za formowanie swojego najbliższego otoczenia. Wdrażanie CPTED nie następuje na podstawie nowych przepisów prawa powszechnie obowiązującego, przez co nie wzmaga inflacji prawa, która jest jednym z czynników erozji demokracji. Nie budzi wątpliwości, że modyfikowanie zachowań ludzkich poprzez zmianę otoczenia tak, by zachowania człowieka były bezpieczne dla niego samego i jego otoczenia, jest dużo lepszym sposobem niż penalizowanie życia społecznego. Dzięki wdrożeniu strategii CPTED może nastąpić mobilizacja lokalnych społeczności do dbania o porządek i bezpieczeństwo w najbliższej okolicy⁴³.

W mojej ocenie odpowiednie ukształtowanie przestrzeni – w sposób sprzyjający zacieśnianiu więzi między mieszkańcami oraz zwiększeniu prawdopodobieństwa ujawnienia faktu popełnienia przestępstwa – w połączeniu z innymi metodami może znacznie zredukować przestępczość, przynajmniej w niektórych kategoriach przestępstw, zwłaszcza tych najbardziej uciążliwych z punktu widzenia każdego z nas. Tym samym koncepcja ta niewątpliwie zasługuje na uwagę, a projekty oparte na jej założeniach na trwałe powinny zaistnieć w otaczającej nas rzeczywistości.

Mając na uwadze, że – jak wskazywał A. Urban – przestępczość ma pewien wymiar irracjonalny, którego nie sposób wyczuć, i że sześciokrotnie łatwiej jest przewidzieć miejsce popełnienia przyszłego przestępstwa, niż określić profil sprawcy, niewątpliwie warto przyjrzeć się bliżej koncepcji zapobiegania przestępczości przez kształtowanie przestrzeni⁴⁴.

⁴² M. Rozwadowski, *Bezpieczeństwo społeczności lokalnych oraz działania zmierzające do jego poprawy*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka – Praktyka – Refleksje” 2014/15, s. 249.

⁴³ K. Dąbrowski, *Kształtowanie przestrzeni antyprzestępczej* [w:] M. Karpiuk, K. Orzeszyna (red.), *Bezpieczeństwo Narodowe Rzeczypospolitej Polskiej. Wybrane zagadnienia prawne*, Warszawa 2014, s. 173–183.

⁴⁴ A. Urban, *Wpływ ukształtowania przestrzeni publicznej na bezpieczeństwo społeczności lokalnych*, „Zeszyty Naukowe Akademii Obrony Narodowej” 2012, „Dodatek”.



A B S T R A C T

Strategy CPTED (Crime Prevention Through Environmental Design) is recognized as a tool which, in combination with other methods can effectively eliminate crime. Ability to commit crimes can be eliminated or reduced if physical space is designed in such a way as to foster closer ties between residents and increase the likelihood of disclosure of the offense. The concept of crime prevention through the development of the space is already well established in the literature, but it is worth popularizing outside group of experts in the field of architecture, and security. Of the experience of shaping this trend particularly noteworthy projects in the Netherlands and the United Kingdom.

Kara nagany w systemie sankcji za wykroczenia

The penalty of reprimand in the system of sanctions for petty offences

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł poświęcony jest swoistej, charakterystycznej dla prawa wykroczeń, karze nagany. Jej niewielkie praktyczne znaczenie skłania do refleksji nad systemem kar określonych w Kodeksie wykroczeń, a w szczególności celowością utrzymywania w nim nagany. Dlatego też analizie poddano jej istotę, przesłanki i podstawy prawne orzekania. Uwzględniono także specyfikę nagany jako kary dyscyplinarnej i porządkowej.

1. Istota nagany

W znaczeniu słownikowym „nagana” oznacza upomnienie za niewłaściwe zachowanie; karę o charakterze wychowawczym, orzecaną w postępowaniu służbowym, dyscyplinarnym oraz w sprawach o wykroczenia¹; upomnienie za wykroczenie, potępienie².

Kara nagany jest właściwa jedynie prawu wykroczeń, nie występuje bowiem ani w prawie karnym *sensu stricto*, ani w prawie karnym skarbowym. Po raz pierwszy została wprowadzona do prawa wykroczeń ustawą z dnia 2 grudnia 1958 r. o zmianie ustawy z dnia 15 grudnia 1951 r. o orzecznictwie karno-administracyjnym³. Zastąpiła wówczas karę upomnienia, ale zakres jej zastosowania był stosunkowo wąski⁴. Pomimo nie-

¹ Red. M. Szymczak, *Słownik języka polskiego*, t. 2, Warszawa 1979, s. 257.

² Red. E. Sobol, *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 492.

³ Dz.U. Nr 77, poz. 396.

⁴ Zob. art. 8 ust. 1 pkt 6 ustawy, zgodnie z którym karę nagany można wymierzyć za wykroczenia niewymienione w pkt 3 lit. a i c, gdy szkodliwość społeczna czynu jest mała. Nagany nie można było orzec za wykroczenie, za które kolegia orzekające mogły wymierzyć karę aresztu zasadniczego oraz wykroczenia zagrożone wyłącznie karą aresztu.

wielkich późniejszych zmian aż do kodyfikacji prawa wykroczeń z 1971 r. nagana nie odgrywała poważniejszej roli. W praktyce orzecznictwa lat 1959–1971 udział kary nagany w strukturze środków orzekanych wobec sprawców wykroczeń kształtował się na poziomie od 8,3% w 1959 r. do 1,5% w 1971 r.⁵

Pomimo nadania naganie statusu kary zasadniczej w Kodeksie wykroczeń z 1971 r.⁶ jej udział wśród ogółu orzeczeń był nadal niewielki i w latach 1972–2000 zawierał się w przedziale 1–3%. W 2002 roku rola nagany zdecydowanie wzrosła, osiągając pułap 6%. Kolejny okres (2002–2007) cechował się jednak spadkiem ilości orzekanych nagan do 3,2% w 2007 r.⁷ W ostatnich latach zauważalna jest wyraźna tendencja wzrostowa w ogólnej liczbie orzeczeń wydawanych w sprawach o wykroczenia (wzrost z 338,6 tys. w 2002 roku do 492,1 tys. w roku 2011, tj. o 45,3%). Systematycznie jednak maleje liczba orzekanych kar nagany. Udział nagany w strukturze kar orzekanych przedstawia się następująco: 2008 r. – 11 336 (2,82%), 2009 r. – 11 742 (2,69%), 2010 r. – 12 514 (2,69%), 2011 r. – 12 774 (2,75%), 2012 r. – 12 721 (3,01%), 2013 r. – 12 016 (2,69%), 2014 r. – 12 985 (2,48%). Najczęściej orzekaną karą w tym okresie pozostaje nadal kara grzywny. Przykładowo w 2011 roku orzeczono ich 415,2 tys., co stanowi wzrost o 66,3% w stosunku do roku 2002. Regularnie spada natomiast liczba orzeczonych aresztów. Z kolei kara ograniczenia wolności od 2008 roku zwiększa swój udział w liczbie kar ogółem, przy czym wcześniej zauważalny był wyraźny spadek przez kilka lat⁸.

Nagana stanowi najłagodniejszą z kar przewidzianych za wykroczenia. Jak zasadnie zauważa się w orzecznictwie, o tym, która z kar jest łagodniejsza, zadecydował sam ustawodawca, formułując w art. 18 k.w. katalog kar, ułożonych w kolejności od najsurowszej (areszt) do najłagodniejszej (nagana)⁹. Zgodnie z systematyką tego przepisu kara ograniczenia wolności jest surowsza od kary grzywny, zaś karą łagodniejszą jest kara nagany¹⁰. W odróżnieniu jednak od art. 32 k.k. układ kar w art. 18 k.w. nie wyraża ustawowych priorytetów w wyborze rodzaju kary przy karaniu sprawców wy-

⁵ M. Melezini [w:] red. M. Melezini, *System Prawa Karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, t. 6, Warszawa 2010, s. 377.

⁶ Tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 1094 z późn. zm.

⁷ M. Melezini [w:] red. M. Melezini, *System Prawa Karnego...*, s. 377–380.

⁸ Analiza statystyczna działalności wymiaru sprawiedliwości w latach 2002–2011 opracowana w Wydziale Statystyki w Departamencie Organizacyjnym Ministerstwa Sprawiedliwości, Warszawa 2012, s. 31. Zob. także *Nagana jak uwaga w dzienniczku ucznia*, „Dziennik Gazeta Prawna” z dnia 29 kwietnia – 3 maja 2015, nr 82/83, s. B44.

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Kar na z dnia 16 listopada 2011 r., III KK 280/11, KZS 2012, nr 3, poz. 39.

¹⁰ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Kar na z dnia 25 czerwca 2014 r., II KK 121/14, Prok. i Pr. 2014, nr 10, poz. 10, s. 7.

kroczeń. W zwalczaniu wykroczeń podstawową rolę wyznacza się grzywnie, nagana natomiast jest karą o charakterze wyjątkowym¹¹. Jej istnienie jest bez wątpienia jednym z czynników zmniejszających ustawową intensywność penalizacji¹².

Nagana różni się znacznie pod względem rodzaju i stopnia dolegliwości od pozostałych kar przewidzianych w prawie wykroczeń. Nie przysparza bowiem dolegliwości natury fizycznej ani ekonomicznej, o skonkretyzowanym, wymiernym i realnym charakterze. Jak trafnie wskazuje V. Konarska-Wrżosek, treścią kary nagany jest wyłącznie dolegliwość o charakterze psychicznym; stanowi ona bowiem zinstytucjonalizowany wyraz potępienia czynu sprawcy, przy czym oddziałuje analogicznie jak potępienie typu moralnego¹³. Nagana ma znaczenie symboliczne, przez co może mieć zastosowanie jedynie wobec sprawców o zachowanej wrażliwości dla systemu wartości aprobowanego w danym społeczeństwie¹⁴.

Karze za wykroczenie przypisuje się przede wszystkim cel prewencyjno-wychowawczy. Wskazuje się przy tym, że uregulowanie kwestii porządkowych, jako główne zadanie prawa wykroczeń, sprawia, że kara za wykroczenie, stosunkowo łagodna w porównaniu z karami grozącymi za przestępstwa, ma służyć nie tyle przywracaniu poczucia sprawiedliwości, ile raczej zniechęceniu sprawcy do ponownego naruszania reguł porządkowych, względnie powstrzymaniu go od kolejnych naruszeń¹⁵. W przypadku kary nagany pierwszoplanowe znaczenie ma oddziaływanie wychowawcze. Podstawową funkcją tej kary jest bowiem wychowanie sprawców dopuszczających się wykroczeń. Jest to kara o walorach ostrzegawczo-zapobiegawczych¹⁶.

Podzielić należy pogląd, iż prawo wykroczeń wymaga odpowiednich środków oddziaływania dostosowanych do specyfiki tej dziedziny, wyrażającej się w braku potrzeby uwzględniania w karze czynnika sprawiedliwościowego i prewencyjnego, na rzecz prewencji w rozumieniu oddziaływania wychowawczego¹⁷. Bez wątpienia powinny być one znacznie łagodniejsze niż te stosowane w prawie karnym *sensu stricto*. Zważywszy jednak na istotę kary nagany oraz jej niewielkie praktyczne zastosowanie, aktualne staje się pytanie o jej przydatność w zwalczaniu czynów o randze wykroczenia,

¹¹ V. Konarska-Wrżosek [w:] red. T. Kaczmarek, *System Prawa Karnego. Nauka o karze. Sądowy wymiar kary*, t. 5, Warszawa 2015, s. 345.

¹² Tak J. Skupiński, *Kierunki doskonalenia polskiego prawa wykroczeń*, „*Studia Prawnicze*” 1981, z. 4, s. 8.

¹³ V. Konarska-Wrżosek [w:] red. T. Kaczmarek, *System Prawa Karnego...*, s. 346.

¹⁴ T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń. Zarys wykładu*, Warszawa 2003, s. 124.

¹⁵ E. Hryniewicz-Lach, *Kara kryminalna w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 223 i nast.

¹⁶ M. Melezini [w:] red. M. Melezini, *System Prawa Karnego...*, s. 377.

¹⁷ E. Hryniewicz-Lach, *Kara kryminalna...*, s. 223 i nast.

a w konsekwencji także sens utrzymywania w katalogu kar. Nadmienić należy, że w europejskich systemach prawnych kara nagany właściwie nie występuje, a jej najbliższym odpowiednikiem jest ostrzeżenie, znane chociażby prawu ukraińskiemu czy rosyjskiemu.

Problematyka oceny przydatności kary nagany w prawie wykroczeń wymaga szerszej, ogólnosystemowej analizy. Konieczne wydaje się zbadanie, jaką funkcję pełni tego rodzaju sankcja w innych postępowaniach i skonfrontowanie tego ze specyfiką spraw wykroczeniowych. Bliższej analizy wymaga także kwestia przesłanek i podstaw prawnych orzekania kary nagany za wykroczenie.

2. Nagana w systemie prawa

Nagana występuje w systemie prawa nie tylko jako kara za wykroczenie, ale także jako kara dyscyplinarna i porządkowa. Przewidziana jest ona m.in. w postępowaniach dyscyplinarnych prowadzonych wobec: żołnierzy¹⁸, funkcjonariuszy Służby Więziennej¹⁹, funkcjonariuszy Centralnego Biura Antykorupcyjnego²⁰, funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego²¹, sędziów, asesorów sądowych, sędziów w stanie spoczynku, jak również referendarzy sądowych²², adwokatów

¹⁸ Zob. art. 24 ustawy z dnia 9 października 2009 r. o dyscyplinie wojskowej (Dz.U. z 2009 r. Nr 190, poz. 1474 z późn. zm.). Zgodnie z art. 27 ustawy karę nagany wymierza się przez wytknięcie żołnierzowi przewinienia dyscyplinarnego, jakiego się dopuścił, oraz ostrzeżenie, że kolejne naruszenie dyscypliny wojskowej przed zatarciem ukarania może skutkować ukaraniem surowszą karą dyscyplinarną.

¹⁹ Zob. art. 232 ustawy z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 1415 z późn. zm.). Stosownie do art. 233 ustawy kara nagany polega na wytknięciu ukaranemu przez przełożonego dyscyplinarnego niewłaściwego postępowania.

²⁰ Zob. art. 113 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 1411 z późn. zm.). Zgodnie z art. 114 ustawy kara nagany polega na wytknięciu ukaranemu niewłaściwego postępowania.

²¹ Zob. art. 109 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 1106). Ustawa wyróżnia wśród kar dyscyplinarnych nagane, surową nagane oraz nagane z ostrzeżeniem. Kara nagany i surowej nagany polega na przeprowadzeniu rozmowy i wytknięciu ukaranemu niewłaściwego postępowania (art. 110 ustawy). Natomiast nagana z ostrzeżeniem polega na przeprowadzeniu rozmowy, wytknięciu ukaranemu niewłaściwego postępowania i uprzedzeniu go, że jeżeli ponownie popełni przewinienie dyscyplinarne, może zostać ukarany surowszą karą dyscyplinarną lub wyznaczony na niższe stanowisko służbowe w trybie dyscyplinarnym (art. 111 ustawy).

²² Zob. art. 104 i art. 109 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. prawo o ustroju sądów powszechnych (tj. Dz.U. z 2015 r., poz. 133 z późn. zm.). Karami dyscyplinarnymi przewidzianymi wobec referendarzy sądowych są: nagana; nagana z ostrzeżeniem; nagana z obniżeniem wynagrodzenia zasadniczego o 10% na okres dwóch lat oraz wydalenie z pracy (art. 152 ustawy).

i aplikantów adwokackich²³, notariuszy i aplikantów notarialnych²⁴, radców prawnych i aplikantów radcowskich²⁵, radców Prokuraturii Generalnej²⁶, prokuratorów²⁷, sędziów sądów wojskowych²⁸, sędziów Sądu Najwyższego²⁹, komorników, aplikantów i asesorów komorniczych³⁰, nauczycieli akademickich³¹, strażaków³², funkcjonariuszy Służby Celnej³³, kuratorów zawodowych³⁴, policjantów³⁵, pielęgniarek i położnych³⁶.

²³ Zob. art. 81 ustawy z dnia 26 maja 1982 r. prawo o adwokaturze (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 615 z późn. zm.).

²⁴ Zob. art. 51 i art. 78 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. prawo o notariacie (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 164 z późn. zm.).

²⁵ Zob. art. 65 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 507 z późn. zm.). Obok kary nagany i kary pieniężnej można orzec dodatkowo zakaz wykonywania patrolu na czas od roku do pięciu lat (art. 65 ust. 2a).

²⁶ Zob. art. 56 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 1150 z późn. zm.). Poza naganą karami dyscyplinarnymi są m.in. nagana z ostrzeżeniem oraz nagana z pozbawieniem możliwości awansowania przez okres do trzech lat na wyższe stanowisko służbowe.

²⁷ Zob. art. 142 ustawy Prawo o prokuraturze z dnia 28 stycznia 2016 r. (Dz.U. z 2016 r. poz. 177).

²⁸ Zob. art. 39 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. prawo o ustroju sądów wojskowych (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 1198).

²⁹ Zob. art. 55 ustawy z dnia 23 listopada 2002 r. o Sądzie Najwyższym, (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 499).

³⁰ Zob. art. 72 i art. 72a ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o komornikach sądowych i egzekucji (tj. Dz.U. 2015 r. poz. 790 z późn. zm.).

³¹ Zob. art. 140 i art. 212 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. prawo o szkolnictwie wyższym (tj. Dz.U. z 2012 r. poz. 572 z późn. zm.). W stosunku do nauczycieli akademickich ustawa wyróżnia także naganę z pozbawieniem prawa do pełnienia funkcji kierowniczych w uczelniach na okres od trzech miesięcy do pięciu lat (art. 140 ust. 1 pkt 3). W odniesieniu do studentów karą dyscyplinarną poza naganą jest nagana z ostrzeżeniem (art. 212 pkt 2 i 3).

³² Zob. art. 117 ustawy z dnia 24 sierpnia 1991 r. o Państwowej Straży Pożarnej (tj. Dz.U. z 2013 r. poz. 1340).

³³ Zob. art. 167 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o służbie celnej (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 990 z późn. zm.). W katalogu kar dyscyplinarnych wyróżniono także naganę z ostrzeżeniem (art. 167 ust. 1 pkt 3).

³⁴ Zob. art. 52 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych (tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 795 z późn. zm.). W katalogu kar dyscyplinarnych poza naganą wymienia się także naganę z ostrzeżeniem oraz naganę z pozbawieniem możliwości uzyskania wyższego stopnia służbowego przez okres 2 lat (art. 52 ust. 3 pkt 2 i 3).

³⁵ Zob. art. 134 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 355). Stosownie do art. 134a kara nagany oznacza wytknięcie ukaranemu przez przełożonego dyscyplinarnego niewłaściwego postępowania.

³⁶ Zob. art. 60 ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o samorządzie pielęgniarek i położnych (Dz.U. z 2011 r. Nr 174, poz. 1038).

Niekiedy przepisy dyscyplinarne przewidują, jako samodzielny rodzaj kary, naganą z ostrzeżeniem³⁷, naganą z obniżeniem wynagrodzenia³⁸, naganą z pozbawieniem możliwości awansowania na wyższe stanowisko służbowe przez wskazany okres³⁹, jak również naganą z pozbawieniem prawa do pełnienia funkcji kierowniczych⁴⁰. Nadto kara nagany może pociągać za sobą utratę biernego prawa wyborczego do organów samorządu zawodowego⁴¹.

Kara dyscyplinarna nagany polega na wytknięciu ukaranemu niewłaściwego postępowania. Nagana z ostrzeżeniem skutkuje natomiast przeprowadzeniem rozmowy, wytknięciem ukaranemu niewłaściwego postępowania i uprzedzeniem go, że jeżeli ponownie popełni przewinienie dyscyplinarne, może zostać ukarany surowszą karą dyscyplinarną,

³⁷ Zob. np.: art. 111 ustawy z dnia 9 czerwca 2006 r. o służbie funkcjonariuszy Służby Kontrwywiadu Wojskowego oraz Służby Wywiadu Wojskowego. Nagana z ostrzeżeniem polega w tym przypadku na przeprowadzeniu rozmowy, wytknięciu ukaranemu niewłaściwego postępowania i uprzedzeniu go, że jeżeli ponownie popełni przewinienie dyscyplinarne, może zostać ukarany surowszą karą dyscyplinarną lub wyznaczony na niższe stanowisko służbowe w trybie dyscyplinarnym; art. 152 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. prawo o ustroju sądów powszechnych; art. 56 pkt 3 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa; art. 212 pkt 3 ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. prawo o szkolnictwie wyższym; art. 167 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o służbie celnej; art. 58 ustawy z dnia 11 kwietnia 2001 r. o rzecznikach patentowych (tj. Dz.U. z 2011 r. Nr 155, poz. 925 z późn. zm.); art. 21 pkt 2 ustawy z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów (Dz.U. z 2001 r. Nr 73, poz. 763 z późn. zm.); art. 52 ust. 3 pkt 2 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych.

³⁸ Zob. np. 152 § 2 pkt 3 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. prawo o ustroju sądów powszechnych, zgodnie z którym karą dyscyplinarną przewidzianą wobec referendarzy sądowych jest nagana z obniżeniem wynagrodzenia zasadniczego o 10% na okres dwóch lat.

³⁹ Zob. art. 56 pkt 4 ustawy z dnia 8 lipca 2005 r. o Prokuraturii Generalnej Skarbu Państwa. Ten rodzaj kary dyscyplinarnej polega na pozbawieniu możliwości awansowania przez okres do trzech lat na wyższe stanowisko służbowe; art. 52 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 27 lipca 2001 r. o kuratorach sądowych, zgodnie z którym karą dyscyplinarną jest nagana z pozbawieniem możliwości uzyskania wyższego stopnia służbowego przez okres 2 lat.

⁴⁰ Zob. art. 140 ust. 1 pkt 3 ustawy prawo o szkolnictwie wyższym, zgodnie z którym w stosunku do nauczycieli akademickich ustawa przewiduje naganą z pozbawieniem prawa do pełnienia funkcji kierowniczych w uczelniach na okres od trzech miesięcy do pięciu lat.

⁴¹ W przypadku notariusza wymierzenie kary nagany pociąga za sobą niemożność udziału ukaranego w organach samorządu notarialnego i w sądzie dyscyplinarnym przez okres 3 lat. Ponadto skazany na karę nagany nie może być powołany na notariusza w terminie roku od dnia uprawomocnienia się orzeczenia (zob. art. 51 § 2 i art. 78 pkt 3 ustawy prawo o notariacie). Kara nagany pociąga za sobą utratę biernego prawa wyborczego do organu samorządu adwokackiego na czas trzech lat od dnia uprawomocnienia się orzeczenia (art. 81 ust. 4 ustawy prawo o adwokaturze). Podobne uregulowanie w odniesieniu do biernego prawa wyborczego do organów samorządu komorniczego przewiduje ustawa o komornikach sądowych i egzekucji (art. 72 ust. 2). Ponadto skazany na karę nagany nie może być powołany na stanowisko komornika w ciągu roku od dnia uprawomocnienia się orzeczenia (art. 72 a ust. 3). Kara nagany z ostrzeżeniem orzeczona wobec rzecznika patentowego pociąga za sobą także utratę biernego prawa wyborczego do organów samorządu na okres trzech lat od dnia uprawomocnienia się orzeczenia. Dodatkowo obok kary nagany z ostrzeżeniem można w stosunku do rzecznika patentowego orzec dodatkowo zakaz wykonywania patronatu na czas od roku do pięciu lat (art. 58 ust. 4 i 5 ustawy o rzecznikach patentowych).

wyznaczony na niŹsze stanowisko słuŹbowe w trybie dyscyplinarnym lub wydalony ze słuŹby.

W przypadku kary dyscyplinarnej wyraŹnie dominuje cel prewencyjny, polegający na zabezpieczeniu w różny sposób, począwszy od zwrócenia uwagi na nieprawidłowości po trwałe usunięcie z grona osób podlegających tej odpowiedzialności, przed dalszym szkodliwym zachowaniem przedstawiciela danego środowiska lub zawodu⁴². Wymierzanie kar dyscyplinarnych ma zatem przede wszystkim słuŹyć utrzymaniu właściwego wizerunku ogółu przedstawicieli danego zawodu lub środowiska.

Nagana jako kara dyscyplinarna charakteryzuje się brakiem wymierności w czasie. Sprowadza się do potępienia obwinionego, co upodabnia ją do nagany w prawie wykroczeń. W odróżnieniu jednak od swojego odpowiednika ma realną, odczuwalną dolegliwoc, gdyŹ moŹe rodzić skutki zarożno w sferze zawodowej, majątkowej, jak i osobistej ukaranego. W sferze osobistej ukaranie prowadzi do utraty, przynajmniej na pewien czas, dobrej opinii zawodowej i niezbędnego zaufania, jakim obdarza się osob, na której moŹna polegać i której moŹna powierzyć okresone stanowiska słuŹbowe i funkcje korporacyjne. W dalszej perspektywie nagana moŹe rożnieŹ rzurowac na byt stosunku pracy (słuŹby) w ogóle lub w dotychczasowej postaci, moŹe takŹe opożnic lub zahamować awans zawodowy, uzaleŹniony od wykazania się przesank „nienagannej” pracy lub słuŹby⁴³. W sferze materialnej, w przypadku wymierzenia kary nagany z pozbawieniem moŹliwoci awansowania do wyŹszej grupy wynagrodzenia lub na wyŹsze stanowisko, ma realny wplyw na warunki pracy i płacy, prestiŹ i uznanie.

Karę dyscyplinarną nagany stosowaną w obec skazanych w czasie wykonywania kary pozbawienia wolności przewiduje takŹe Kodeks karny wykonawczy (art. 143 § 1 pkt 1 k.k.w.). Nagana stanowi bez wątpienia karę najłagodniejszą, będącą dla skazanego ostrzeŹeniem i wplywajc na opinię o nim⁴⁴. W odróżnieniu jednak od innych kar dyscyplinarnych nie skutkuje pogorszeniem sytuacji materialnej skazanego (np. kara pozbawienia moŹliwoci otrzymania paczek Źywnociowych, pozbawienie lub ograniczenie moŹliwoci dokonywania zakupów artykuow Źywnociowych lub wyrobów tytoniowych) czy warunków odbywania kary (np. pozbawienie korzystania z udziału w niektórych zajęciach kulturalno-oświatowych lub sportowych, udzielanie widzeń w sośb uniemoŹliwiajc bezpośredni kontakt z osob odwiedzającą).

⁴² P. Czarnecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 124–125.

⁴³ R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski (red.), *System Prawa Administracyjnego. Stosunek słuŹbowy*, t. 11, Warszawa 2011, s. 451 i nast.

⁴⁴ T. Szymanowski [w:] T. Szymanowski, J. Migdał, *Prawo karne wykonawcze i polityka penitencjarna*, Warszawa 2014, s. 374.

Obok m.in. upomnienia czy zawiadomienia rodziców, opiekuna albo sądu rodzinnego o niewłaściwym zachowaniu nieletniego nagana stanowi również środek dyscyplinarny, stosowany wobec nieletnich umieszczonych w schroniskach dla nieletnich i zakładach poprawczych⁴⁵. Podstawą ich stosowania jest niewykonywanie obowiązków wynikających z ustawy lub regulaminu ustalonego w schronisku lub zakładzie, zachowanie godzące w dobro innych osób, ucieczka ze schroniska albo zakładu lub nieusprawiedliwione niepowrótzenie z udzielonego urlopu lub z przepustki. Przy stosowaniu środka dyscyplinarnego uwzględnia się w szczególności rodzaj i okoliczności zachowania nieletniego, jego stosunek do tego zachowania, dotychczasową postawę, cechy osobowości i stan zdrowia (art. 95 ce ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich).

Podobnie jak upomnienie, nagana jest także jedną z niemajątkowych kar porządkowych przewidzianych w prawie pracy. W literaturze określa się ją jako karę moralną lub karę na czci. Kara nagany może być wymierzana za nieprzestrzeganie ustalonej organizacji i porządku w procesie pracy, przepisów bezpieczeństwa i higieny pracy, przepisów przeciwpożarowych, a także przyjętego sposobu potwierdzania przybycia i obecności w pracy oraz usprawiedliwiania nieobecności w pracy (art. 108 k.p.). Kara porządkowa ma charakter głównie dyscyplinujący, mający zapewnić należyte wywiązywanie się przez członków danej grupy docelowej ze swoich obowiązków⁴⁶. Nagana otrzymana od pracodawcy ma wymierną dolegliwość w postaci wpisu do akt osobowych pracownika. Stosownie do § 6 ust. 2 pkt 2 lit. g rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Socjalnej z dnia 28 maja 1996 r. w sprawie zakresu prowadzenia przez pracodawców dokumentacji w sprawach związanych ze stosunkiem pracy oraz sposobu prowadzenia akt osobowych pracownika⁴⁷ akta osobowe pracownika składają się z trzech części i obejmują m.in. dokumenty związane z wymierzeniem pracownikowi kary porządkowej.

Na gruncie wymienionych regulacji prawnych nagana, w odróżnieniu od swojego odpowiednika w kodeksie wykroczeń, wiąże się z faktyczną, odczuwalną dolegliwością i realizuje konkretne cele kary dyscyplinarnej czy porządkowej. Z kolei nagana wykroczeniowa, zwłaszcza jako jedyny środek reakcji na popełnione wykroczenie, nie zawiera w sobie typowego ładunku represyjnego, stąd wątpliwość, czy w obecnym kształcie może być skutecznym środkiem wychowawczym i zapobiegawczym.

⁴⁵ Zob. art. 95cf ustawy z dnia 26 października 1982 r. ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, tj. Dz.U. z 2014 r. poz. 382 z późn. zm.

⁴⁶ E. Hryniewicz-Lach, *Kara kryminalna w świetle Konstytucji RP*, Warszawa 2015, s. 231 i nast.

⁴⁷ Dz.U. Nr 62, poz. 286.

3. Przesłanki orzekania kary nagany

Przesłanki wymierzenia kary nagany określono w art. 36 § 1 k.w. Stosownie do jego postanowień naganę można orzec wtedy, gdy ze względu na charakter i okoliczności czynu lub właściwości i warunki osobiste sprawcy należy przypuszczać, że zastosowanie tej kary jest wystarczające do wdrożenia go do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego. Ustawodawca wskazał na przesłanki dwojakiego rodzaju, a mianowicie przedmiotową – charakter i okoliczności czynu oraz podmiotową – właściwości i warunki osobiste. Nie ulega wątpliwości, że przesłanki te nie muszą wystąpić łącznie, choć nie jest to oczywiście wykluczone⁴⁸. Jednoczesne wystąpienie przesłanek przedmiotowej i podmiotowej powinno utwierdzać natomiast sąd w słuszności decyzji wymierzenia tej najłagodniejszej na gruncie kodeksu wykroczeń kary⁴⁹.

W związku z powyższym pewne wątpliwości budzi pogląd, iż wymienione przesłanki mają znaczenie równorzędne i wzajemnie się warunkujące, co oznacza, że przy zaistnieniu jednej z nich, ale braku drugiej, nie jest możliwe sięgnięcie przez sąd po karę nagany⁵⁰. Z brzmienia przepisu art. 36 § 1 k.w. jednoznacznie wynika bowiem, że ustalenia w zakresie prognozy co do przyszłego zachowania sprawcy mają opierać się na ocenie rozłącznej, a nie globalnej czynników przedmiotowych i podmiotowych, z których każda może stanowić samodzielną podstawę wyboru kary nagany⁵¹. Rezultat interpretacji językowej w tym przypadku wydaje się dostatecznie jasny. Użycie w powołanym przepisie spójnika „lub” pomiędzy członami alternatywy wskazuje, iż ma ona charakter alternatywy zwykłej, a nie rozłącznej. Stąd też wystąpienie jednej z dwóch alternatywnie ujętych przesłanek jest wystarczające.

Ocena przesłanki przedmiotowej, odwołującej się do charakteru i okoliczności czynu, powinna uwzględniać w szczególności dobro, w które godzi czyn sprawy, jego następstwa zarówno w postaci zaistniałej szkody, jak i stanu niebezpieczeństwa, a także umyślność bądź nieumyślność popełnie-

⁴⁸ Zob. W. Radecki [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 189–190; M. Mozgawa [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 124–125; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 158.

⁴⁹ M. Mozgawa [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 124–125.

⁵⁰ R. Krajewski, *Kara nagany za wykroczenia*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy” 2013, t. 3, s. 77–78.

⁵¹ M. Bojarski, Z. Świda, *Podstawy materialnego i procesowego prawa o wykroczeniach*, Wrocław 1999, s. 96.

nia czynu oraz okoliczności towarzyszące czynowi⁵². Analizując okoliczności czynu, należy brać pod uwagę czas, miejsce, sytuację, jak również przebieg konkretnego zdarzenia, w tym fakt ewentualnego przyczynienia się innych osób lub pokrzywdzonego wykroczeniem⁵³.

Z kolei w ramach przesłanki podmiotowej chodzi o ocenę właściwości osobistych sprawcy, a więc jego psychiki, charakteru, stopnia empatii, postawy życiowej, nawyków, inteligencji itp., jak również uwzględnienie jego warunków osobistych, takich jak warunki fizyczne i zdrowotne, pozycja i sytuacja zawodowa, majątkowa czy rodzinna⁵⁴.

Warunkiem wymierzenia kary nagany jest także przekonanie sądu o istnieniu pozytywnej (dodatniej) prognozy. Analiza przesłanek przedmiotowych lub podmiotowych doprowadzić ma organ orzekający do przypuszczenia, że zastosowanie kary nagany wystarczy do wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego. Słusznie zauważa się, że przesłanka prognostyczna jest ujęta szerzej niż w art. 42 § 1 k.w., dotyczącym warunkowego zawieszenia kary aresztu. Nie wystarczy bowiem, aby sąd doszedł do przekonania, że kara nagany wystarczy, aby sprawca nie popełnił nowego podobnego przestępstwa lub wykroczenia, nie wystarczy przekonanie, że w ogóle nie popełni nowego (niepodobnego) przestępstwa lub wykroczenia. Sąd musi dojść do przekonania, że sprawca będzie szanował prawo i zasady współżycia społecznego⁵⁵.

Podzielić należy wątpliwości, jakie w piśmiennictwie wywołuje sformułowanie ustawowe, iż kara nagany ma być wystarczająca do „wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego”. Podnosi się bowiem, że jeśli w ogóle zachodzi potrzeba „wdrażania” sprawcy do przestrzegania prawa, to kara nagany nie może być wystarczająca i powstaje potrzeba stosowania innych kar⁵⁶.

W art. 36 § 2 k.w. bezwzględnie wykluczono możliwość orzeczenia nagany za wykroczenie o charakterze chuligańskim, które polega na umyślnym godzeniu w porządek lub spokój publiczny albo umyślnym niszczeniu lub uszkodzeniu mienia, jeżeli sprawca działał publicznie oraz w rozumieniu powszechnym bez powodu lub z oczywiście błahego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie podstawowych zasad porządku prawnego (art. 47 § 5 k.w.). W świetle definicji kodeksowej charakter chuligański mo-

⁵² M. Melezini [w:] red. M. Melezini, *System Prawa Karnego. Kary i środki karne. Poddanie sprawcy próbie*, t. 6, Warszawa 2010, s. 378.

⁵³ V. Konarska-Wrzošek [w:] red. T. Kaczmarek, *System Prawa Karnego...*, s. 346.

⁵⁴ T. Grzegorzczak, A. Gubiński, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 1995, s. 128.

⁵⁵ W. Radecki [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz...*, s. 190.

⁵⁶ A. Marek, *Prawo wykroczeń w zarysie*, Warszawa 1975, s. 57; eadem, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2008, s. 84–85.

gą mieć jedynie wykroczenia umyślne skierowane przeciwko porządkowi lub spokojowi publicznemu oraz wykroczenia niszczenia lub uszkodzenia mienia. Nadto sprawca musi działać publicznie, co w świetle orzecznictwa sądowego zachodzi wówczas, gdy bądź ze względu na miejsce działania, bądź ze względu na okoliczności i sposób działania sprawcy jego zachowanie się jest lub może być dostępne (dostrzegalne) dla nieokreślonej liczby osób⁵⁷. Jak trafnie zauważa się w piśmiennictwie, istotą chuligaństwa jest nieadekwatność zachowania się sprawcy do powodu, który to zachowanie wywołał, oraz okazanie rażącego lekceważenia podstawowych zasad porządku prawnego⁵⁸.

Rozwiązanie wykluczające możliwość orzeczenia kary nagany za wykroczenie o charakterze chuligańskim bywa w doktrynie kwestionowane. Jak trafnie zauważa J. Skupiński, Kodeks wykroczeń nie zabrania przykładowo wobec sprawcy takiego wykroczenia odstąpić od wymierzenia kary⁵⁹. Nieuzasadniony brak proporcji w tym kontekście dostrzega R. Krajewski. Jego zdaniem zakaz ten ma charakter zbyt generalny, gdyż zdarzać się mogą przypadki wykroczeń o charakterze chuligańskim, co do których można by rozważyć sięgnięcie po karę nagany, oczywiście przy spełnieniu przesłanek podmiotowych i przedmiotowych, tym bardziej że co do takich wykroczeń nie istnieje zakaz nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia⁶⁰.

Należy zgodzić się z poglądem, iż jest to przejaw pewnej niekonsekwencji ustawodawcy. Kwestia ta nie jest pozbawiona praktycznego znaczenia, skoro kara nagany występuje w sankcjach odpowiednich przepisów typizujących wcale nie tak rzadko. Przykładowo w rozdziale VIII, grupu-

⁵⁷ Zob. uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 20 września 1973 r., VI KZP 26/73, OSNKW 1973 nr 11, poz. 132.

⁵⁸ R. Radecki, Komentarz do art. 33 k.w. Teza 7 [w:] M. Bojarski, R. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016. W kontekście przedstawionej definicji legalnej warto wspomnieć o wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 9 czerwca 2015 r., sygn. SK 47/13 (Dz.U. z 2015 r. poz. 845. Uzasadnienie wyroku TK w: „Prokuratura i Prawo”, dodatek „Orzecznictwo” 2015, nr 11, s. 39–80), który orzekł, że art. 115 § 21 k.k. w części obejmującej słowa: „jeżeli sprawca działa publicznie i bez powodu albo z oczywiście błahego powodu, okazując przez to rażące lekceważenie porządku prawnego”, jest zgodny z art. 42 ust. 1 zd. 1 w zw. z art. 2 Konstytucji RP. Jak trafnie zauważa R. Radecki, trzy analizowane przez Trybunał Konstytucyjny elementy definicyjne występuku chuligańskiego („działanie publiczne”, „bez powodu albo z oczywiście błahego powodu”, a także „okazywanie przez to rażącego lekceważenia porządku prawnego”) są identyczne z zamieszczonymi w definicji z art. 47 § 5 k.w., z tego też względu stosując przepisy Kodeksu wykroczeń, należy kierować się także tym wyrokiem TK (R. Radecki, Komentarz do art. 33 k.w. Teza 7 [w:] M. Bojarski, R. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Legalis 2016).

⁵⁹ J. Skupiński, *Model polskiego prawa o wykroczeniach*, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk 1974, s. 238.

⁶⁰ R. Krajewski, *Kara nagany za wykroczenia*, „Studia z Zakresu Prawa, Administracji i Zarządzania Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy” 2013, t. 3, s. 81.

jącym wykroczenia przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu, są to: art. 54 k.w., art. 55 k.w., art. 58 § 1 k.w., art. 61 § 1 k.w. i art. 64 k.w. Jeśli chodzi o wykroczenia, w których występuje znamię niszczenia lub uszkodzenia jakiegoś mienia, to nagana przewidziana jest w sankcjach m.in. takich przepisów, jak: art. 99 k.w., art. 100 k.w., art. 126 k.w., art. 154 k.w., art. 156 k.w. Można mieć jednak wątpliwości, czy akurat sprawcy wykroczeń o charakterze chuligańskim są grupą, w odniesieniu do której zastosowanie nagany byłoby celowe i zasadne w świetle art. 36 § 1 k.w. Stosownie bowiem do treści powołanego przepisu kara nagany ma być wystarczająca do wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego. Wykroczenie, które uzasadnia stosowanie nagany, jest raczej przejawem braku dyscypliny w konkretnym wypadku ze strony sprawcy, który w zasadzie przestrzega istotnych norm porządku prawnego⁶¹. Chuligaństwo natomiast cechuje się okazaniem przez sprawcę rażącego lekceważenia podstawowych jego zasad.

Odnutować należy również pogląd, że choć art. 36 k.w. nie wprowadza innych formalnych ograniczeń co do wymierzania kary nagany, to jednak nie powinno się jej stosować także wobec sprawców uprzednio karanych, nadużywających alkoholu lub innych środków odurzających, jak również przy występowaniu w sprawie innych okoliczności obciążających, o których mowa w art. 33 § 4 k.w.⁶² Jest to spostrzeżenie trafne, jakkolwiek nie znajduje wprost podstawy normatywnej. Można wywodzić je z art. 36 § 1 k.w., w zakresie, w jakim mowa o właściwościach osobistych sprawcy. Ponadto w tego typu przypadkach trudno o uzasadnione przypuszczenie, że zastosowanie kary nagany będzie wystarczające do wdrożenia sprawcy do poszanowania prawa i zasad współżycia społecznego⁶³.

Obecny kształt przesłanek orzekania nagany uzasadnia jej stosowanie wobec sprawcy przypadkowego, dla którego sam fakt ukarania będzie wystarczającą przestrogą na przyszłość⁶⁴. To zaś powinno być oceniane *ad casum*.

4. Podstawy prawne orzekania kary nagany

WKodeksie wykroczeń kara nagany występuje w sankcjach następujących typów wykroczeń: art. 54 k.w. (naruszenie przepisów porządkowych), art. 55 k.w. (kąpiel w miejscu niedozwolonym), art. 58 k.w.

⁶¹ A. Marek, *Prawo wykroczeń w zarysie*, Warszawa 1975, s. 57.

⁶² T. Bojarski [w:] T. Bojarski (red.), A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, Warszawa 2013, s. 104.

⁶³ V. Konarska-Wrzosek [w:] red. T. Kaczmarek, *System Prawa Karnego...*, s. 348.

⁶⁴ W. Radecki [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 190.

(żebractwo), art. 61 § 1 k.w. (przywłaszczenie stanowiska, tytułu lub stopnia), art. 64 k.w. (niedopełnienie obowiązku informacyjnego o nazwach ulic, placów, miejscowości i numerach porządkowych nieruchomości), art. 67 § 2 k.w. (uszkodzenie ogłoszenia instytucji artystycznej, rozrywkowej lub sportowej), art. 69 k.w. (niszczenie znaków umieszczonych przez organ państwowy), art. 75 § 1 k.w. (niezachowanie należytej ostrożności), art. 77 k.w. (niezachowanie ostrożności przy trzymaniu zwierzęcia), art. 78 k.w. (drażnienie zwierząt), art. 79 § 1 k.w. (nieoświetlenie miejsc dostępnych dla publiczności), art. 80 § 1 k.w. (uszkodzenie wału przeciwpowodziowego), art. 81 k.w. (uszkodzenie urządzeń służących do ochrony brzegów), art. 82 k.w. (naruszenie przepisów przeciwpożarowych), art. 82a § 1 k.w. (niedopełnienie obowiązku w zakresie ochrony przeciwpożarowej) i art. 82a § 2 k.w. (utrudnianie prowadzenia działań ratowniczych), art. 83 k.w. (nieostrożne obchodzenie się z materiałami niebezpiecznymi), art. 89 k.w. (pozostawienie małoletniego na drodze), art. 90 k.w. (tamowanie lub utrudnianie ruchu na drodze publicznej), art. 91 k.w. (zanieczyszczenie drogi), art. 92 § 1 k.w. (niezastosowanie się do znaku lub sygnału drogowego), art. 95 k.w. (prowadzenie bez dokumentów), art. 97 k.w. (naruszenie porządku lub bezpieczeństwa na drodze), art. 98 k.w. (niezachowanie należytej ostrożności na drodze niepublicznej), art. 99 (naruszenie zasad korzystania z drogi), art. 100 k.w. (uszkodzenie drogi), art. 101 k.w. (nieoczyszczenie drogi publicznej), art. 102 k.w. (nieutrzymywanie należytego stanu zjazdów), art. 103 k.k. (uchylanie się od świadczeń mających na celu zwalczanie zagrożenia przerwania komunikacji na skutek zasp śnieżnych, powodzi lub usuwisk), art. 105 k.w. (dopuszczenie do czynu karalnego), art. 106 k.w. (dopuszczenie do przebywania w okolicznościach niebezpiecznych dla zdrowia człowieka, art. 107 k.w. (złośliwe wprowadzenie w błąd), art. 108 k.w. (szczucie psem), art. 109 k.w. (zanieczyszczenie wody), art. 114 k.w. (odmowa udzielenia organowi służby zdrowia wyjaśnień), art. 115 k.w. (niepoddanie się szczepieniu lub badaniu), art. 116 k.w. (nieprzestrzeganie zarządzeń leczniczych), art. 117 k.w. (niezachowanie porządku i czystości w obrębie nieruchomości), art. 122 § 2 k.w. (nieumyślne paserstwo), art. 123 k.w. (kradzież z ogrodu), art. 125 k.w. (niezawiadomienie o znalezieniu rzeczy), art. 126 k.w. (kradzież rzeczy o wartości niemajątkowej), art. 127 k.w. (samowolne użycie cudzej rzeczy), art. 140 k.w. (nieobyczajny wybryk), art. 141 k.w. (nieprzyzwoite napisy, używanie nieprzyzwoitych słów), art. 144 k.w. (niszczenie roślinności), art. 145 k.w. (zaśmiecanie miejsca publicznego), art. 146 k.w. (niezgłoszenie faktu urodzenia lub zgonu), art. 151 § 1 k.w. (niedozwolony wypas), art. 152 k.w. (użytkowanie lub niszczenie kosodrzewiny), art. 153 k.k. (zbieranie płodów leśnych), art. 154 k.w. (naruszenie gruntów leśnych lub rolnych), art. 156 k.w. (niszczenie za-

siewów, sadzonek lub trawy), art. 157 k.w. (nieopuszczenie cudzego terenu), art. 162 § 1 k.w. (zanieczyszczenie lasu), art. 163 k.w. (niszczenie grzybów), art. 164 k.w. (niszczenie gniazd lub legowisk), art. 165 k.w. (płoszenie, zabicie zwierząt dziko żyjących), art. 166 k.w. (puszczenie psa luzem).

Kodeksowa kara nagany występuje zawsze w sankcjach ujętych alternatywnie, nigdy – co zrozumiałe – jako kara jedyna. Z reguły połączona jest z możliwością orzeczenia grzywny, zdecydowanie rzadziej występuje w sankcji z karą ograniczenia wolności i grzywny.

Jak wynika z powyższego, kara nagany może być wymierzana w dość licznych przypadkach wykroczeń skierowanych przeciwko bardzo różnicowanemu dobrom, co – jak zauważa się w piśmiennictwie – świadczy o jej uniwersalnym charakterze⁶⁵. W doktrynie sformułowany został także postulat poszerzenia zakresu zastosowania kary nagany do innych wykroczeń, zwłaszcza niewyrządzających szkody konkretnym dobrom indywidualnym, jak np. sprzedaż poza miejscem wyznaczonym przez gminę (art. 603 k.w.), umieszczenie ogłoszeń w miejscu do tego nieprzeznaczonym (art. 63a k.w.), nielegalne proponowanie czynu nierządowego (art. 142 k.w.), czy też niezastosowania się do ograniczenia prędkości (art. 92a k.w.)⁶⁶. W kontekście tej egzemplifikacji wątpliwości może budzić postulat wprowadzenia kary nagany za wykroczenie z art. 142 k.w. Wydaje się bowiem, że zarówno przedmiot ochrony, jak i znamiona przedmiotowe, w tym zwłaszcza określające sposób działania („natarczywie”, „narzucając się”, „w inny naruszający porządek publiczny sposób”), świadczą o dużym potencjale jego społecznej szkodliwości.

Poza przepisami szczególnymi samodzielną podstawę wymierzenia kary nagany przewiduje art. 39 k.w. dotyczący nadzwyczajnego złagodzenia kary. Instytucja ta polega na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju, przez co rozumie się karę łagodniejszą od najłagodniejszej spośród występujących w sankcji danego przepisu. Orzeczenie kary nagany jest możliwe w ramach drugiej postaci nadzwyczajnego złagodzenia. Z praktycznego punktu widzenia zatem, jeśli dane wykroczenie jest zagrożone karą grzywny i nie jest zagrożone karą nagany, to zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary polega w tym przypadku na wymierzeniu kary nagany. Jeśli kara nagany występuje w sankcji, to jej wymierzenie jest zwykłym, a nie nadzwyczajnie złagodzonym wymiarem kary.

Jak podkreśla się w orzecznictwie, zgodnie z treścią przepisu art. 39 § 2 k.w. nadzwyczajne złagodzenie kary, przewidzianej za wykroczenie, po-

⁶⁵ R. Krajewski, *Kara nagany za wykroczenia...*, s. 80.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 80.

lega na wymierzeniu jej poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia albo kary łagodniejszego rodzaju. Kara ograniczenia wolności jest zaś karą surowszą od kary grzywny, natomiast karą łagodniejszą jest w takim wypadku kara nagany, co wynika wprost z katalogu kar sformułowanych przez ustawodawcę w art. 18 k.w.⁶⁷

Zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia możliwe jest, jeżeli zdaniem sądu jest to wypadek zasługujący na szczególne uwzględnienie. Sąd zobowiązany jest kierować się dwoma ujętymi alternatywnie kryteriami, a mianowicie przedmiotowym – odnoszącym się do charakteru i okoliczności czynu oraz podmiotowym – obejmującym właściwości i warunki osobiste sprawcy⁶⁸.

5. Nagana a struktura spraw o wykroczenia

Wątpliwości co do praktycznej przydatności nagany skłaniają do postawienia pytania o to, jakie znaczenie dla jej pozycji wśród kar orzeczanych za czyny o randze wykroczenia odgrywa struktura spraw rozpoznawanych przez sądy.

Egzemplifikację tego zagadnienia stanowią wybrane dane z pierwszej połowy 2014 roku, z których wynika, że w tym okresie wpłynęło około 275 tys. wniosków o ukaranie w sprawach o wykroczenia. Największą grupę spraw rozpoznawanych przez sądy stanowiły wykroczenia komunikacyjne (159 tys. wniosków (57%) – w tym przede wszystkim z art. 92 k.w. i art. 92a k.w.) oraz wykroczenia przeciwko mieniu (40 tys. wniosków, co stanowi 14% ich ogółu). Statystycznie istotne były również wykroczenia polegające na zakłócaniu porządku i spokoju publicznego (12,7 tys. spraw) oraz nieobyczajnego wybryku (8 tys. spraw)⁶⁹.

Jeśli chodzi o art. 92 k.w., sankcjonujący nieposłuszeństwo wobec znaków i sygnałów drogowych, jak również poleceń osoby uprawnionej do kierowania ruchem lub do kontroli ruchu drogowego, to kara nagany przewidziana jest jedynie w § 1. W przypadku typu kwalifikowanego tego wykroczenia sprawca podlega karze aresztu albo grzywny.

Z kolei art. 92a został wprowadzony do Kodeksu wykroczeń ustawą z 29 października 2010 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym

⁶⁷ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 3 czerwca 2015 r., III KK 65/15, Legalis nr 1259837.

⁶⁸ Zob. W. Radecki [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 195–196.

⁶⁹ Dane podają za SSA W. Dziubanem [w:] P. Czarnecki, Konferencja nt. „Postępowanie w sprawach o wykroczenia – w poszukiwaniu optymalnego modelu” (Dębe, 19–21 października 2014 r.), „Prokuratura i Prawo” 2015, nr 6, s. 187.

oraz niektórych innych ustaw⁷⁰. Do tego czasu paradoksalnie jedno z najczęściej popełnianych wykroczeń drogowych, jakim było i jest przekroczenie dozwolonej prędkości, nie miało odrębnej typizacji w kodeksie wykroczeń. Stosownie do art. 92a k.w. kto, prowadząc pojazd, nie stosuje się do ograniczenia prędkości określonego ustawą lub znakiem drogowym, podlega karze grzywny w pełnej kodeksowej wysokości od 20 do 5000 zł. W odróżnieniu od art. 92 § 1 k.w. nie przewiduje się jako alternatywnej kary nagany.

Jeśli chodzi o wykroczenia przeciwko mieniu (art. 119–131 k.w.), to można zauważyć, iż kara nagany występuje stosunkowo rzadko w ustawowych zagrożeniach. I tak katalog przestępstw zagrożonych karą nagany otwiera paserstwo nieumyślne (art. 122 § 2 k.w.). Z kolei art. 123 k.w. statuuje odrębny typ wykroczenia kradzieży, jeżeli przedmiotem czynności wykonawczej są owoce, warzywa lub kwiaty, które w nieznacznej ilości sprawca bezprawnie zabiera z cudzego ogrodu. Ponadto karę nagany przewidziano w art. 125 k.w. (niezawiadomienie organu o znalezieniu cudzej rzeczy), art. 126 k.w. (kradzież, przywłaszczenie lub umyślne zniszczenie rzeczy o wartości niemajątkowej), jak również w art. 127 k.w. (samowolne używanie cudzej rzeczy ruchomej).

Niemalą grupę spraw stanowią wykroczenia polegające na zakłócaniu porządku publicznego z art. 51 k.w., które nie zostały zagrożone karą nagany. Taką sankcją przewiduje natomiast art. 140 k.w. typizujący publiczne dopuszczenie się nieobyczajnego wybryku.

Powyższe dane statystyczne dowodzą, że wśród najczęściej popełnianych wykroczeń niemalą grupę stanowią także te zagrożone karą nagany. Niezależnie od tego odrębną podstawę zastosowania kary nagany przewiduje art. 39 k.w. W praktyce możliwość sięgnięcia po tego rodzaju sankcję nie stanowi zatem rzadkości. Można w związku z tym zakładać, że przyczyna niewielkiego odsetka orzekanych nagan leży nie tyle w sferze związków prawnych, co w płaszczyźnie mentalnej. Kara nagany jest zazwyczaj postrzegana jako sankcja nieefektywna, gdyż stanowi mało dolegliwe, specyficzne połączenie potępienia z przestrogą na przyszłość. Co więcej, jej skuteczność zależy wyłącznie od indywidualnej wrażliwości sprawcy, co również może stanowić element obniżający potencjał jej oddziaływania. Są to jednak założenia, które wymagałyby zweryfikowania empirycznego. Istotne praktyczne znaczenie miałyby badania np. ankietowe nad karą nagany, w szczególności służące zweryfikowaniu tego, w jaki sposób jest ona odbierana przez sędziów i ukaranych oraz czy spełnia cele kary za wykroczenia.

⁷⁰ Dz.U. Nr 225, poz. 1466.

6. Wnioski końcowe

Powyższe rozważania inspirowały do sformułowania następujących wniosków szczegółowych i postulatów *de lege ferenda*.

Czyny wykroczeniowe stanowią grupę specyficzną, mocno zróżnicowaną pod względem charakteru naruszeń oraz ciężaru gatunkowego. W związku z powyższym, pomimo wielu mankamentów kary nagany nie należy z niej rezygnować. Aby jednak mogła stać się, jak się to postuluje, alternatywą dla innych kar, w szczególności kary grzywny⁷¹, konieczne jest wzmocnienie jej dolegliwości w taki sposób, aby nie postrzegano jej jako reakcji niebędącej *de facto* karą.

Nagana w odróżnieniu od innych kar nie podlega żadnemu dalszemu wykonaniu, gdyż jest orzekana przez samo zawarcie w wyroku rozstrzygnięcia o jej wymierzeniu obwinionemu⁷². Informacja o wymierzeniu takiej kary nie jest nigdzie odnotowywana. W Krajowym Rejestrze Karnym gromadzi się jedynie dane o osobach prawomocnie skazanych za wykroczenia na karę aresztu (zob. art. 1 ust. 2 pkt 7)⁷³. Wprawdzie nie są rejestrowane także skazania na inne kary wykroczeniowe, tj. karę grzywny i karę ograniczenia wolności, lecz brak ten jest szczególnie odczuwalny właśnie w przypadku nagany. Kara nagany jest bowiem środkiem reakcji pozbawionym dolegliwości w tradycyjnym znaczeniu, wyraża się głównie w potępieniu moralnym sprawcy wykroczenia, stąd jej skuteczność wydaje się niewielka.

Jako postulat *de lege ferenda* można sformułować zatem wprowadzenie obowiązku ewidencjonowania kary nagany za wykroczenie. Wówczas w przypadku ponownego popełnienia wykroczenia (zwłaszcza takiego samego lub podobnego) sędzia miałby możliwość ustalenia, czy orzeczona kara nagany okazała się nieskuteczna. Wydaje się, że zmiana taka nie pozostałaby bez wpływu na odbiór społeczny kary nagany, a w perspektywie sprawcy zyskała konkretną, a nie jedynie symboliczną dolegliwość.

Przychylić należy się także do zgłaszanego już w doktrynie postulatu łączenia kary nagany ze środkami karnymi lub środkami oddziaływania wychowawczego, zwłaszcza z obowiązkiem naprawienia szkody lub zobowiązaniem do przeproszenia pokrzywdzonego. Brak generalnego określenia takiej możliwości uznać należy za istotny mankament⁷⁴.

⁷¹ Taki postulat formuluje m.in. R. Krajewski, *Kara nagany za wykroczenia...*, s. 81.

⁷² T. Grzegorzczak [w:] T. Grzegorzczak (red.), W. Jankowski, M. Zbrojewska, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 146.

⁷³ Ustawa o Krajowym Rejestrze Karnym z dnia 24 maja 2000 r., tj. Dz.U. z 2015 r. poz. 1036.

⁷⁴ A. Marek, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2008, s. 84–85.



A B S T R A C T

The article is focused on reprimand which is the specific sanction for petty offences. Little practical significance of this sanction stimulates reflection on the system of penalties defined in the Code of Petty Offences. In particular, usefulness of holding the reprimand in the system of sanctions shall be put in question. For that purpose the article explores the essence, legal conditions and legal basis for imposing the sanction of reprimand. Separate consideration was devoted to the reprimand as a disciplinary and ordinal sanction.

Rozwój nowych technologii a kryminalizacja oszustwa komputerowego

The development of new technologies and the criminalisation of computer fraud

S T R E S Z C Z E N I E

W niniejszym artykule zwrócono uwagę na problem przestępczości komputerowej, która nadal stanowi jedno z najgroźniejszych i nie do końca pozwalających się rozpoznać zjawisk kryminalnych. Ten uboczny skutek informatyzacji skłonił ustawodawcę do objęcia kryminalizacją m.in. czynu określanego powszechnie mianem oszustwa komputerowego. Przybliżając istotę wskazanego przestępstwa, w opracowaniu tym nawiązano nie tylko do przepisów obowiązującego kodeksu karnego, lecz także do regulacji wynikających z Konwencji o cyberprzestępczości.

I Wprowadzenie

Dzięki technologii poczyniliśmy olbrzymie postępy w zwalczaniu głodu, chorób oraz ograniczeniu marnowania energii. Niestety ta sama technologia wspiera również przestępczość zorganizowaną i przybliża widmo potwornych cyberataków¹. Przytoczone słowa J. Eliassona, zastępcy sekretarza generalnego ONZ, potwierdzają po raz kolejny, już niemal truistyczne przekonanie, iż nowoczesne technologie cyfrowe niosą za sobą nie tylko liczne udogodnienia, lecz także stanowią dogodne miejsce dla rozwoju przestępczości komputerowej², która nadal stanowi jedno z najgroźniejszych i nie do końca

¹ Cytat opublikowany na stronie <<http://www.unic.un.org.pl/przestepczosc2015/39,2698>>, [dostęp 17.07.2016 r.].

² Na temat pojęcia, klasyfikacji oraz materialnoprawnego i proceduralnego aspektu przestępczości komputerowej zob. K.J. Jakubski, *Przestępczość komputerowa – zarys problematyki*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 34; R. Kmieciak, *Prawnodowodowe aspekty ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym (problematyka wszczęcia postępowania)*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 6, s. 7; B. Fischer, *Przestępstwa komputerowe i ochrona informacji*, Kraków 2000, s. 24; A. Adamski, *Przestępstwa komputerowe w nowym kodeksie karnym. Nowa kodyfikacja karna, kodeks karny –*

pozwalających się rozpoznać zjawisk kryminalnych³. Ten uboczny skutek informatyzacji⁴ wymaga więc stworzenia właściwych mechanizmów przeciwdziałających tego rodzaju niebezpieczeństwom⁵. Istotna w tym zakresie wydaje się nie tylko właściwa profilaktyka, obejmująca zwłaszcza politykę zabezpieczeń systemów komputerowych przed potencjalnymi zagrożeniami, lecz także świadomość tych zagrożeń, która powinna nieodłącznie towarzyszyć osobom korzystającym⁶ z osiągnięć współczesnej informatyki⁷. Nie bez znaczenia w ramach tego procesu pozostaje również właściwa i skuteczna reglamentacja normatywna, stanowiąca adekwatną reakcję organów prawodawczych wobec rozwijającej się przestępczości w cyberprzestrzeni. Dobór stosownych instrumentów prawnych powinien bowiem służyć przełamaniu opinii o internetowej anonimowości, która w istocie niezrządsko skutkowałą tym, że sprawcy pozostawali bezkarni, a ich potencjalne ofiary czuły się zupełnie bezradne⁸.

krótkie komentarze, zeszyt 17, Ministerstwo Sprawiedliwości, Departament Kadry i Szkolenia, Warszawa 1998, s. 15, M. Sowa, *Odpowiedzialność karna sprawców przestępstw internetowych*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4, s. 62; M. Szczepaniec, *Typy przestępstw komputerowych* [w:] *Internet. Ochrona wolności, własności i bezpieczeństwa*, red. G. Szpor, Warszawa 2011, s. 412–413; eadem, *Komputer jako narzędzie przestępstwa*, „Zeszyty Prawnicze UKSW” 2012, nr 12.2, s. 170–172. Zob. także: U. Sieber, *Computerkriminalität und Strafrecht*, München 1980, s. 188; idem, *Przestępczość komputerowa a prawo karne informatyczne w międzynarodowym społeczeństwie informacji i ryzyka*, „Przegląd Policyjny” 1995, nr 3, s. 6; H.J. Schneider, *Kriminologie*, Berlin, New York 1987, s. 48.

³ Warto w tym miejscu wspomnieć, iż w poglądach polskiej opinii publicznej cyberprzestępczość jest traktowana jako jedno z istotnych zagrożeń dla bezpieczeństwa (taki pogląd wyraziło 40% ankietowanych). *Komunikat z badań. CBOS. Opinie o bezpieczeństwie narodowym, nr 18/2014*, Warszawa 2014, s. 3.

⁴ Historia globalnej sieci, czy też samych komputerów, dzięki którym może ona istnieć, jest długa i skomplikowana, a takie nazwiska, jak: J. von Neumann, K. Zuse, A. Turing, a współcześnie B. Gates czy S. Wozniak, to tylko niektóre, najbardziej znane osoby, które przyczyniły się do jej de facto wszechobecności w życiu niemal każdego człowieka.

⁵ D. Kamuda, M. Polinceusz, *Cyberprzestępstwa a zagrożenie bezpieczeństwa RP – wybrane zagadnienia* [w:] *Przestępczość w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy technologiczno-informatyczne*, red. E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau, Warszawa 2015, s. 590 i nast.; zob. także na jeszcze innego rodzaju niebezpieczeństwa J. Kulesza, J. Kulesza, Gra „*Second Life*” – *wirtualny świat, realne przestępstwa?*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 3, s. 23 i nast.

⁶ Jak podaje Międzynarodowy Związek Telekomunikacyjny, liczba użytkowników korzystających z internetu na koniec 2015 r. wyniosła ok. 3,2 miliarda (dane dostępne na stronie <<http://www.itu.int/en/ITU-D/Statistics/Pages/facts/default.aspx>>, [dostęp 17.07.2016 r.]) W porównaniu do roku 2000 liczba ta wzrosła ośmiokrotnie. Z polskich danych statystycznych wynika natomiast, iż z internetu regularnie (a przynajmniej raz w tygodniu) korzysta dwie trzecie Polaków (64%). Najliczniejszą wśród badanych grupy internautów stanowiły osoby najmłodsze (w wieku 18–34). Warto przy tym nadmienić, iż jeszcze dziesięć lat temu internauci stanowili jedynie nieco ponad 1/4 dorosłych, a pięć lat temu z sieci korzystała ponad 1/2 Polaków. *Komunikat z badań. CBOS. Internauci 2015, nr 90/2015*, Warszawa 2015, s. 1–2.

⁷ B. Kunicka-Michalska, *Oszustwo komputerowe. Regulacje prawa polskiego*, „Studia Prawnicze” 2006, nr 4, s. 106.

⁸ M. Kliš, *Przestępczość w Internecie. Zagadnienia podstawowe*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 1, s. 24; S. Stanisławska-Kloc, *Ochrona baz danych*, Kraków 2002, s. 22–23.

Mając zatem na względzie szkodliwy charakter zjawisk, jakie wiążą się ze zmianami cywilizacyjnymi, polski ustawodawca zdecydował o wprowadzeniu do obowiązującego kodeksu karnego rozwiązań legislacyjnych, które – przynajmniej w założeniu – miały stać się odpowiednim narzędziem do walki z działalnością przestępczą, wykorzystującą nowoczesne technologie teleinformatyczne. Wśród nowych typów czynów zabronionych, powiązanych integralnie z systemami i sieciami komputerowymi, przewidziano zaś m.in. występki oszustwa komputerowego, którego *ratio legis* oraz ustawowe znamiona odbiegają od tradycyjnego postrzegania oszustwa⁹, zastępując tym samym przestępcze relacje interpersonalne relacjami człowieka z urządzeniami elektronicznymi¹⁰.

II Kryminalizacja oszustwa komputerowego w polskim prawie karnym (art. 287 k.k.)

Regulacja zawarta w art. 287 k.k., niemająca swojego odpowiednika w kodeksie karnym z 1932 r., jak również w kodeksie karnym z 1969 r., stanowi niewątpliwie przejaw reakcji polskiego ustawodawcy na zjawisko cyberprzestępczości¹¹. Decyzja o kryminalizacji zachowania określanego po-

⁹ Tzw. klasyczne oszustwo, o którym mowa w art. 286 k.k., polega na wprowadzeniu w błąd, wyzyskaniu błędu lub niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania. W dawnym orzecznictwie podkreślano przy tym, iż: „[...] odpowiada za oszustwo ten, kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem za pomocą wprowadzenia w błąd (oszustwo czynne) albo wyzyskania tej osoby (oszustwo bierno). Wprowadzenie w błąd oznacza, że sprawca swoimi podstępными zabiegami doprowadza inną osobę do mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy, zaś wyzyskanie błędu polega na wykorzystaniu przez sprawcę już istniejących, niezgodnych z rzeczywistością, opinii lub wyobrażeń osoby pokrzywdzonej. Ponadto osoba oszukana dobrowolnie oddaje mienie sprawcy, a nie traci mienia wbrew jej woli”. Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 27 października 1986 r., II KR 134/86, LEX nr 17787. W dawnym piśmiennictwie karnistycznym wskazywano z kolei, że: „Wyraz oszustwo pochodzi od słowa szukać, obszukać, oszukać, czyli naokoło szukać, jak ten co zwierzyny szuka, aby ją złowić, a dostrzegłszy ślady obszukuje wedle niej stosownych środków i naokoło niej chodzi, obchodzi (stąd obejście), aż obszukawszy, czyli oszukawszy ją, łapie ją albo w matnię wpędza i trzyma, że aż się wyślizgnąć nie zdoła”. F. Maciejowski, *Wykład prawa karnego w ogólności z zastosowaniem kodeksu kar głównych i poprawczych z dniem 20 grudnia – 1 stycznia 1848 r. w Królestwie Polskiem obowiązującego tudzież ustawy przechodniej i instrukcji dla sądów*, Warszawa 1848, za: Z. Szczurek, *Oszustwo w handlu na szkodę nabywcy w polskim prawie karnym*, Warszawa 1976, s. 5 i E. Jakimiuk, J. Zając, *Systematyka oszustw w prawie karnym i taktyka ich zwalczania*, Legionowo 2008, s. 15.

¹⁰ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 115. Sprawcą przestępstwa oszustwa komputerowego nie może być przypadkowa osoba, lecz taka, która dysponuje wiedzą teoretyczną i praktyczną odnośnie do funkcjonowania systemów informatycznych. Oszust komputerowy musi się ponadto zmierzyć ze skomplikowanymi urządzeniami i procesami technologicznymi, a nie z psychiką ludzką (nie wprowadza on bowiem w błąd innej osoby, nie wyzyskuje jej błędu ani niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania), którą być może i łatwiej byłoby podstępnie podejść i oszukać. Zob. E. Jakimiuk, J. Zając, *op. cit.*, s. 49–50.

¹¹ Na temat tego pojęcia zob. M. Siwicki, *Cyberprzestępczość*, Warszawa 2013, s. 15 i nast., a tak-

wszelknie mianem oszustwa komputerowego¹² wypełniła tym samym lukę aksjologiczną, jaką wytwarzało klasyczne ujęcie oszustwa (art. 286 k.k.), które – z powodu swej nieadekwatności – nie znajdowało zastosowania wobec nowoczesnych form ataku na mienie¹³. Nie bez racji przekonywał bowiem A. Adamski, iż w czasach, w których: „[...] na skutek automatyzacji wielu procesów wymiany dóbr i usług, miejsce interakcji interpersonalnych w coraz większym stopniu zajmuje interakcja człowieka z maszyną, którą ten pierwszy też może starać się wprowadzić w błąd, jeśli jest to dla niego opłacalne”¹⁴.

Mając na uwadze kodeksową systematykę komentowanego rozwiązania, umieszczonego wśród przestępstw przeciwko mieniu¹⁵, należałoby zaznaczyć, iż również w tym przypadku swoistym kontrapunktem pozostaje treść art. 21 ust. 1 Konstytucji RP, wyrażająca jedną z zasad ustrojowych, z której wynika m.in. gwarancja państwowej ochrony prawa własności. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego stwierdzono bowiem wprost, iż: „W świetle tego przepisu zagwarantowanie ochrony własności jest konstytucyjną powinnością państwa, przy czym powinność ta urzeczywistniana jest zarówno przez działania o charakterze prawodawczym (ukształtowanie podstawowych instytucji prawnych konkretyzujących treść własności, określenie środków ochrony prawa własności), jak i faktyczne czynności organów państwa, mające za przedmiot dobra stanowiące własność jakiejś osoby”¹⁶. Z innych unormowań konstytucyjnych wypada także wspomnieć o regulacji art. 64 ust. 1 Konstytucji RP, w której wskazano, że każdy ma prawo do własności, jak również o zadeklarowanej konstytucyjnie gwarancji równej ochrony własności – art. 64 ust. 2 Konstytucji RP. Ponadto na uwagę zasługuje także postanowienie ustawy zasadniczej, w którym stwierdzono, że własność może być ograniczona tylko w drodze ustawy i tylko w zakresie, w jakim nie narusza ona istoty prawa własności – art. 64 ust. 3 k.k. Jednocześnie warto nadmienić, że zasygnalizowana tutaj konstytucyj-

że *idem*, *Podział i definicja cyberprzestępstw*, „Prokuratura i Prawo 2012”, s. 7–8, s. 244 i nast.; B. Hołyst, J. Pomykała, *Cyberprzestępczość, ochrona informacji i kryptologia*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1, s. 17–19.

¹² O wątpliwościach co do poprawności nazewnictwa „oszustwo komputerowe” zob. M. Janowski, *Przestępstwo tzw. oszustwa komputerowego*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 10, s. 52–53.

¹³ M. Szczepaniec, *Komputer jako narzędzie...*, s. 173. Zob. także P. Kardas, J. Satko, *Przestępstwa przeciwko mieniu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918–2000)*. Piśmiennictwo, Kraków 2002, s. 82; A. Chmiel, *Przestępstwa związane z wykorzystaniem komputera – charakterystyka zagadnienia*, „Palestra” 1991, nr 10, s. 16–17.

¹⁴ A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 115.

¹⁵ Zdaniem M. Sowa, oszustwo komputerowe stanowi przykład przestępstwa internetowego *sensu largo*, gdyż wprowadzenie wykorzystanie sieci jest w tym przypadku środkiem służącym do uzyskania przysporzenia majątkowego, to jednak ten postulowany skutek następuje już *de facto* poza internetem. Zob. M. Sowa, *Ogólna charakterystyka przestępczości internetowej*, „Palestra” 2000, nr 5–6, s. 36.

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 12 stycznia 1999 r., P 2/98, OTK 1999, nr 1, poz. 2.

na ochrona własności znajduje również potwierdzenie w regulacjach o charakterze ponadnarodowym¹⁷.

Odnosząc się z kolei do samej genezy niniejszego przepisu, próbującej jednocześnie przeforsować jego *de facto* powszechnie stosowaną, choć wzbudzającą pewne kontrowersje nazwę¹⁸, należałoby odwołać się od uzasadnienia rządowego projektu obowiązującego kodeksu karnego, w którym przekonywano, że: „Wprowadzenie oszustwa komputerowego jest niezbędne, gdyż tradycyjne pojęcie oszustwa zawiera znamiona (»wprowadza w błąd«; »inną osobę«; »wyzyskuje błąd« lub »wyzyskuje niezdolność innej osoby do należytego pojmowania przedsiębranego działania«; »doprowadza ją do niekorzystnego rozporządzenia mieniem«), które przy oszustwie dokonywanym za pomocą komputera lub innego urządzenia automatycznie gromadzącego, przetwarzającego lub przesyłającego informacje, nie są przez działanie sprawcy spełniane, chociaż nienależna korzyść majątkowa jest osiągnięta»¹⁹.

Ustosunkowując się natomiast do nazwy rozważanego przestępstwa, wypadałoby zaznaczyć, iż wspomniane powyżej kontrowersje natury terminologicznej wyniknęły niewątpliwie z tradycyjnego pojmowania znamion klasycznego przestępstwa oszustwa, którego realizacja wiąże się nie tylko z oddziaływaniem na osobę, mającym na celu doprowadzenie jej do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, lecz także z zaistnieniem jakiegokolwiek niekorzystnego skutku w sferze mienia. Tymczasem w tzw. oszustwie komputerowym element oddziaływania sprawcy na osobę rozporządzającą mieniem został zastąpiony oddziaływaniem sprawcy na proces automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przekazywania danych informatycznych bądź też oddziaływaniem polegającym na zmianie, usunięciu lub wprowadzeniu nowego zapisu danych informatycznych. Poza tym, jak podkreśla się również w orzecznictwie: „Przestępstwo z art. 287 § 1 k.k., dokonane jest [...] już z chwilą wprowadzenia zmian lub innej opisanej w tym przepisie ingerencji w urządzenie lub system do gromadzenia, przetwarzania lub przesyłania informacji za pomocą techniki komputerowej. Efektywna szkoda nie należy zatem do jego znamion”²⁰.

¹⁷ Zob. w szczególności art. 1 Protokołu dodatkowego do Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dn. 4 listopada 1950 r., Dz.U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284.

¹⁸ Zob. przypis nr 12.

¹⁹ *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 206–207. Z powyższego wynika zatem, iż przypadki wykorzystywania technologii automatycznego gromadzenia, przetwarzania i przesyłania danych w celu wprowadzenia innej osoby w błąd dla uzyskania korzyści majątkowej nie będą kwalifikowane jako oszustwo komputerowe, lecz zostaną potraktowane jako przykład klasycznego oszustwa. P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym*, „Przebieg Sądowy” 2000, nr 11–12, s. 74–76.

²⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dn. 14 października 2008 r., II AKa 120/08, LEX nr 508308.

III Polska regulacja oszustwa komputerowego na tle Konwencji o cyberprzestępczości

Aktualne brzmienie art. 287 k.k.²¹ stanowi rezultat podpisanej przez Polskę w 2001 r. Konwencji Rady Europy²² o cyberprzestępczości²³, która docelowo miała wzmocnić istniejące już w prawie krajowym mechanizmy służące przeciwdziałaniu szeroko rozumianej cyberprzestępczości. Do ratyfikacji przez stronę polską wspomnianej regulacji międzynarodowej doszło w październiku 2014 r.²⁴, a jej wejście w życie nastąpiło z dn. 1 czerwca 2015 r.²⁵ Z postanowień zawartych w niniejszej Konwencji wynikało, że stanowi ona przede wszystkim odpowiedź na szereg zagrożeń kryminalnych, jakie pojawiły się w związku z rozwojem nowych technologii informatycznych. Można zatem przypuszczać, iż skala popełnianych przestępstw z wykorzystaniem Internetu, a *de facto* ich globalny zasięg, skłoniły także i społeczność międzynarodową do podjęcia szerszej współpracy, mającej na celu zapobieganie tego rodzaju niebezpieczeństwom. Świadomość coraz to nowych zagrożeń cyberprzestępczych, których zwalczanie przekracza możliwości pojedynczych państw, przyczyniła się zatem do wypracowania pewnych uniwersalnych standardów w obszarze wspólnej polityki antyprzestępczej, które następnie uzyskały akceptację zarówno w ustawodawstwach karnych państw europejskich, jak i pozaeuropejskich. Bliższa analiza poszczególnych fragmentów Konwencji pozwoliła zauważyć, iż w treści

²¹ Ustawa o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń z dnia 18 marca 2004 r., Dz.U. Nr 69, poz. 626.

²² O pionierskiej roli Rady Europy w zakresie współpracy w sprawach karnych zob. m.in. A. Lach, *Zarys historii w sprawach karnych na obszarze Europy*, [w:] *Europejskie prawo karne*, red. A. Grzelak, M. Królikowski, A. Sakowicz, Warszawa 2012, s. 29; M. Perkowska, *Zwalczanie i przeciwdziałanie cyberprzestępczości w prawie europejskim* [w:] *Przestępczość w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy technologiczno-informatyczne*, red. E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau, Warszawa 2015, s. 577 i nast.

²³ W piśmiennictwie wskazuje się, że: „Znaczenie Europejskiej Konwencji o Cyberprzestępczości trudne jest do przecenienia. Jest to jeden z pierwszych aktów prawa międzynarodowego, który stanowi odpowiedź na nowe, negatywne zjawiska wynikające z postępu technologicznego, ery cyfrowej i pojawienia się internetu. Jest to o tyle istotne, że zważywszy na globalny charakter sieci komputerowych, działania krajowe są często nieskuteczne”. J. Skrzypczak, *Bezpieczeństwo teleinformatyczne w świetle Europejskiej Konwencji o Cyberprzestępczości*, „Przegląd Strategiczny” 2011, nr 1, s. 58.

²⁴ Na temat potrzeb oraz celu związania Polski tą umową międzynarodową zob. Uzasadnienie projektu ustawy o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzonej w Budapeszcie w dniu 23 listopada 2001 r., druk sejmowy nr 2608, s. 2 i nast., <<https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/senatposiedzieniatematy/.../2608.pdf>>, [dostęp 17.07. 2016 r.].

²⁵ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości z dn. 23 listopada 2001 r., Dz.U. z 2015 r. poz. 728; zob. także oświadczenie rządowe z dn. 2 kwietnia 2015 r. w sprawie mocy obowiązującej Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzonej w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r., Dz.U. poz. 729.

tego dokumentu wyróżniono m.in. szereg typów przestępstw, które godzą w bezpieczeństwo w obszarze sieci teleinformatycznych. Jednym z nich pozostaje – interesujące z punktu widzenia podjętej tematyki – oszustwo komputerowe, które cytowana Konwencja zdefiniowała w art. 8. Zgodnie z zaproponowanym w tym przepisie międzynarodowym standardem kryminalizacji, wspomniane przestępstwo polega na umyślnym, bezprawnym spowodowaniu utraty majątku przez inną osobę poprzez: a) wprowadzenie, dokonanie zmian, wykasowanie lub usunięcie danych informatycznych²⁶, b) każdą ingerencją w funkcjonowanie systemu komputerowego, z zamiarem oszustwa lub nieuczciwym zamiarem uzyskania korzyści ekonomicznych dla siebie lub innej osoby (art. 8 Konwencji).

Rozważając skutki podpisania omawianej Konwencji na płaszczyźnie rodzimych unormowań, należy zauważyć, iż polski ustawodawca nie w pełni przemodelował pierwotny kształt oszustwa komputerowego²⁷. Stosowna zmiana w tym zakresie polegała przede wszystkim na tym, iż czynności wykonawcze, wymienione w art. 287 k.k., odniesiono do „danych informatycznych” (co zastąpiło ich odnoszenie do „zapisu na komputerowym nośniku informacji”²⁸). Ponadto formę dysponowania danymi informatycznymi, w postaci „przesyłania”, zastąpiono pojemniejszą formą, w postaci ich „przekazywania”²⁹. Niezmienna pozostała natomiast sankcja

²⁶ Zgodnie z art. 1 lit. b Konwencji wspomniane powyżej „dane informatyczne” oznaczają dowolne przedstawienie faktów, informacji lub pojęć w formie właściwej do przetwarzania w systemie komputerowym, łącznie z odpowiednim programem powodującym wykonanie funkcji przez system informatyczny. W krajowym orzecznictwie stwierdza się, iż dane informatyczne: „[...] to zapis określonej informacji przechowywanej na dysku komputera lub na innym komputerowym nośniku informacji”. Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 30 września 2015 r., II KK 115/15, Legalis nr 1352519.

²⁷ M. Piłchta, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie Kodeksu karnego, Kodeksu postępowania karnego oraz Kodeksu wykroczeń (druk sejmowy nr 2031)*, s. 3, <<http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk4.nsf/Opwsdr?OpenForm&2031>>, [dostęp 14.07.2016 r.]. „Proponowane rozwiązania prawne odbiegają bowiem znacznie od zaleceń znajdujących się w tekście konwencji. Wprowadzenie niektórych nowych przepisów zdaje się również pogłębiać chaos w treści Kodeksu niesłużący oczywiście poprawnej wykładni nowych przepisów”.

²⁸ Tego rodzaju zmiana służyła podkreśleniu, iż czynność sprawcza może odnosić się nie tylko do danych informatycznych zapisanych na jakimkolwiek (a nie wyłącznie na komputerowym) nośniku informacji.

²⁹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, druk sejmowy nr 2031, s. 31, <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki4ka.nsf/wgdruku/2031>>, [dostęp 14.07.2016 r.]. W Uzasadnieniu tego projektu podkreślono przy tym: „W nowym art. 269a k.k. proponuje się wprowadzenie nowego przestępstwa »sabotażu komputerowego« albo inaczej »zakłócenia pracy systemu komputerowego«. Odpowiadać ma ono swoim zakresem artykułowi 5 Konwencji [...]. Stany faktyczne pozostające w zakresie tego przepisu Konwencji są w pewnym zakresie spenalizowane w art. 269 i 287 k.k. Jednak przepis art. 269 ma zastosowanie ograniczone rodzajem zapisanych informacji (danych), zaś przepis art. 287 nie dotyczy czynów popełnionych w innym celu niż tylko z chęci osiągnięcia korzyści majątkowej. Dlatego też było konieczne wprowadzenie nowego przepisu, który umożliwi ściganie jednego z najbardziej typowych zamachów na bezpieczeństwo informacji przetwarzanych elektronicznie, polegających

karna, jak również uprzywilejowany typ rozważanego przestępstwa, w postaci wypadku mniejszej wagi³⁰, a także wnioskowy tryb ścigania za niniejsze przestępstwo w sytuacji, gdy oszustwo zostało popełnione na szkodę osoby najbliższej. Odczuwając pewien niedosyt, wynikający z dokonanej nowelizacji, w piśmiennictwie stwierdzono, iż polska regulacja oszustwa komputerowego nie odpowiada w istocie wymaganiom wynikającym z art. 8 Konwencji. W szczególności zaś zwrócono uwagę, że zakres normowania art. 287 k.k., obejmujący wpływanie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub zmienianie, usuwanie albo wprowadzanie nowego zapisu danych informatycznych, jest znacznie węższy niż konwencyjne ujęcie „ingerencji” w funkcjonowanie systemu komputerowego. Tym samym, jak przekonywano, poza kryminalizacją w świetle art. 287 k.k. pozostawiono m.in. manipulację systemami komputerowymi, niezwiązaną bezpośrednio z danymi informatycznymi. Z drugiej jednak strony w piśmiennictwie zwrócono uwagę, iż opis czynu z art. 287 § 1 k.k. wykracza w pewnym zakresie poza *stricte* konwencyjną definicję oszustwa komputerowego, skoro przewiduje w swej treści rów-

na świadomym doprowadzaniu do naruszenia prawidłowego funkcjonowania systemu, przez, przykładowo, rozsyłanie wirusów czy »e-mail bombing«. Warto również w tym miejscu wspomnieć, iż przywołana w przypisie nr 1 nowelizacja kodeksu karnego z dnia 18 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 69, poz. 626) spowodowała również zmianę ustawowej definicji dokumentu, określonej w art. 115 § 14 – „komputerowy nośnik informacji” został zastąpiony sformułowaniem „inny zapisany nośnik informacji”. W piśmiennictwie wskazuje się jednak, iż czasownik „przekazywać” stanowi w istocie bardziej adekwatne określenie niż „przesyłać”, co w konsekwencji sugerowałoby w istocie synonimiczność wskazanych pojęć. W. Grzeszczyk, *Zmiany prawa karnego wprowadzone ustawą z dnia 18 marca 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7–8, s. 79.

³⁰ Mając na uwadze prezentowane w literaturze koncepcje, próbujące objaśnić sens „wypadku mniejszej wagi”, należałoby podzielić pogląd, iż podstawowe znaczenie w tym zakresie będzie miała ocena celu działania sprawcy. Jeżeli sprawca kierowałby się chęcią uzyskania bezprawnej korzyści, wówczas zasadnicze znaczenie dla przyjęcia rozważanej tutaj kwalifikacji będzie miało określenie jej wysokości. Natomiast w sytuacji, gdy sprawca zamierzał wyrządzić innej osobie szkodę, wówczas pod uwagę należałoby wziąć jej wysokość, rozmiar oraz rodzaj. B. Michalski [w:] O. Górniok et al., *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 222–316*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 1048. Na temat wypadku mniejszej wagi zob. także m.in. uchwała Sądu Najwyższego z dn. 15 lipca 1972 r., VI KZP 42/70, OSNKW 1971, nr 11, poz. 163; A. Zelga, *Wypadek mniejszej wagi w kodeksie karnym*, „Palestra” 1972, nr 1, s. 58–67; wyrok Sądu Najwyższego z dn. 29 sierpnia 1978 r., VI KRN 207/78, OSNKW 1978, nr 12, poz. 142; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 436; F. Majewski, *Przestępstwa przeciwko mieniu w nowym kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1969, nr 8–9, s. 348; R.A. Stefański, *Okoliczności uzasadniające przyjęcie „wypadku mniejszej wagi”*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 125; wyrok Sądu Najwyższego z dn. 6 lutego 1973 r., V KRN 516/72, OSNKW 1973, nr 9, poz. 112; wyrok Sądu Najwyższego z dn. 7 października 1997 r., II KKN 266/96, OSNKW 1998, nr 1–2, poz. 5. Zob. także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 15 grudnia 2005 r., II AKa 375/05, Legalis nr 73271, jak również wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 27 stycznia 2014 r., II AKa 391/13, Legalis nr 1024238; postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 28 października 2013 r., III KK 129/13, Legalis nr 877717; postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 3 października 2011 r., V KK 106/11, OSNwSK 2011, nr 1, poz. 1734; postanowienie Sądu Najwyższego z dn. 26 lipca 2006 r., III KK 2/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1482.

nież inny typ przestępstwa, w postaci tzw. szkodnictwa komputerowego³¹. W prezentowanej argumentacji wskazano również, iż odstępstwem od regulacji art. 8 Konwencji jest bezskutkowy (niewątpliwie ze względu na trudności dowodowe³²) charakter ustawowego opisu zachowania z art. 287 k.k., co w konsekwencji powoduje, że realizacja znamion oszustwa komputerowego nie jest uzależniona od uzyskania korzyści majątkowej czy wyrządzenia szkody³³. Cytowany zaś już przepis konwencyjny wymaga zaistnienia skutku w postaci wskazanej w nim *expressis verbis* „utruty majątku”³⁴.

Ponadto na rozważanej tutaj płaszczyźnie porównawczej uwagę zwraca także rodzime rozwiązanie, pozwalające na zastosowanie nadzwyczajnego złagodzenia kary bądź odstąpienie od jej wymierzenia wobec sprawcy oszustwa komputerowego, który dobrowolnie naprawił wyrządzoną szkodę (art. 295 § 1 k.k.). W piśmiennictwie podnosi się, iż przepis ten w istocie wadliwie premiuje czyny, których skutkiem jest powstanie szkody, nie obejmując tym samym swoim zakresem sytuacji, w których sprawca jedynie zmierzał do jej wyrządzenia³⁵. Z kolei zaś na tle regulacji konwencyjnej również uzasadnione wątpliwości rodzi proceduralne postanowienie, wynikające z treści art. 22 Konwencji, odnoszące się bezpośrednio do kwestii jurysdykcji karnej państw-sygnatariuszy. W tym zakresie decydujące znaczenie przyznano bowiem zasadzie terytorialności oraz zasadzie personalnej. W przypadku zaś kolizji jurysdykcji w art. 22 ust. 5 Konwencji przewidziano, iż w tego rodzaju sytuacjach – jeżeli będzie to uzasadnione – państwa-strony podejmują konsultacje w celu określenia, czyja jurysdykcja będzie najwłaściwsza dla ścigania danego przestępstwa. Ustosunkowując się do niniejszych rozwiązań (pomijając jednocześnie bardziej szczegółowe rozważania w zakresie wspomnianego problemu³⁶), wydaje się, iż uzasadnione obawy wzbudza zwłaszcza możliwość stosowania w przestrzeni wirtualnej zasady terytorialności. Trudno nie zgodzić się bowiem z poglądem, że w istocie brakuje: „[...] kryteriów przełożenia tradycyjnego terytorium na cyberprzestrzeń i odwrotnie”³⁷.

³¹ B. Michalski, *op. cit.*, s. 1173; S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu w Kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 2, s. 16–17.

³² A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 116.

³³ G. Łabuda [w:] J. Giezek et al., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014, s. 1121.

³⁴ M. Siwicki, *Cyberprzestępczość...*, s. 258.

³⁵ A. Adamski, *Prawo karne...*, s. 121–122.

³⁶ J. Worona, *Jurysdykcja państw a zwalczanie cyberprzestępczości [w:] Przestępczość w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy prawnokryminologiczne*, red. E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau, Warszawa 2015, s. 873–884.

³⁷ J. Kulesza, *Międzynarodowe prawo Internetu*, Poznań 2010, s. 37; zob. także K. Gienas, *Cyberprzestępczość*, „Jurysta. Magazyn Prawniczy” 2003, nr 12, s. 9–10; J. Jabłońska-Bonca, *Normy obowiązujące w cyberprzestrzeni*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2000, nr 7, s. 210 i nast.

IV Ustawowe znamiona przestępstwa oszustwa komputerowego – wybrane problemy

W ustawowym opisie oszustwa komputerowego nawiązano wyraźnie do podstawowych pojęć związanych z nowoczesną technologią informatyczną, jak również odwołano się w nim do znamion, których sens nie powinien wzbudzać większych wątpliwości na płaszczyźnie interpretacji karnistycznej. W tę drugą grupę znamion wpisuje się ustawowo określony cel działania sprawcy, w postaci dążenia do osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody. Posiłkując się dotychczasowym dorobkiem doktryny oraz orzecznictwa, należałoby więc przyjąć, że: „Działanie w celu korzyści majątkowej oznacza, że sprawca podejmuje określone działanie dlatego i po to, aby tym sposobem osiągnąć korzyść majątkową. Oznacza to, że sprawca nie tylko musi chcieć uzyskać korzyść majątkową lub aby ktoś inny taką korzyść osiągnął, lecz także musi chcieć w tym celu użyć określonego sposobu działania”³⁸. Samą zaś korzyść majątkową, lakonicznie zdefiniowaną w przepisach kodeksowych (art. 115 § 4 k.k.), charakteryzuje określona wartość ekonomiczna bądź też cel, którym będzie zaspokajanie określonej potrzeby materialnej³⁹. W judykaturze podkreśla się, iż pojęcie to jako termin szerszy od zysku obejmuje: „[...] zarówno przysporzenie mienia obecnie i w przyszłości, spodziewane korzyści majątkowe, jak i ogólne polepszenie sytuacji majątkowej. Korzyścią majątkową – jak zaznaczono – [...] jest polepszenie sytuacji majątkowej, co może polegać na zwiększeniu aktywów czy też zmniejszeniu pasywów”⁴⁰.

Należy przy tym zaznaczyć, iż wyróżnione w art. 287 § 1 k.k. działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej⁴¹ – podobnie jak w kontekście

³⁸ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dn. 25 lipca 2013 r., II AKa 125/13, LEX nr 1350427.

³⁹ J. Giezek [w:] J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, *Kodeks karny. Część ogólna*, red. J. Giezek, Warszawa 2012, s. 686–689; zob. także L. Cerkaski, *Pojęcie „korzyści majątkowej” w kodeksie karnym*, „Problemy Praworządności” 1981, nr 1, s. 43; P. Wiatrowski, *Pojęcie korzyści majątkowej i osobistej w kontekście znamion przestępstwa łapownictwa*, „Przeгляд Sądowy” 2007, nr 7–8, s. 96.

⁴⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 19 marca 2008 r., V KK 363/07, Legalis nr 110053; zob. także T. Oczkowski, *Oszustwo jako przestępstwo majątkowe i gospodarcze*, Kraków 2004, s. 30. Powyższa interpretacja służy tym samym odróżnieniu korzyści majątkowej od korzyści niematerialnej. Niekiedy jednak zasygnalizowane kryterium „ekonomiczne” okazuje się niewystarczające dla rozróżnienia korzyści majątkowej od niemajątkowej. W takich przypadkach proponuje się więc posłużenie się dodatkowym kryterium, w postaci stopnia zaspokojenia potrzeb. Oznacza to zatem, że korzyścią majątkową w rozumieniu przepisów prawa karnego byłaby również taka korzyść, która w większym stopniu zaspakajalaby potrzebę materialną, a w mniejszym potrzebę niematerialną. A. Spotowski, *Przestępstwa służbowe*, Warszawa 1972, s. 131.

⁴¹ Należy zauważyć, iż zakres niniejszej regulacji nie obejmuje działania „w celu osiągnięcia korzyści osobistej”. Zob. m.in. art. 199 k.k., art. 228 § 4 k.k., art. 271 § 3 k.k., art. 296a § 2 k.k. Zob. także O. Górniok, *O pojęciu „korzyści majątkowej” w Kodeksie karnym*, „Państwo i Prawo” 1978, nr 4, s. 109.

klasycznego przestępstwa oszustwa – art. 286 § 1 k.k. – odgrywa w świetle niniejszej regulacji podwójną rolę. Z jednej strony przesądza o charakterze tego przestępstwa, jako przestępstwa kierunkowego⁴², a z drugiej strony jest: „[...] znamieniem wiążącym się z wartościowaniem ekonomicznym [...]. Nietrudno zatem dostrzec, że treść celu sprawcy, jako znamię wartościujące, może być »wypełniona« różnymi określeniami odnoszącymi się do sytuacji majątkowej sprawcy (lub innej osoby), co klasyfikuje to znamię jako znamię nieostre”⁴³.

Odnosząc się z kolei do drugiego z zaakcentowanych celów sprawcy, w postaci „wyrządzenia szkody”, warto w tym miejscu zaznaczyć, iż w przeciwieństwie do innych regulacji kodeksowych, eksponujących niniejsze sformułowanie (np. art. 190a § 2 k.k. oraz art. 296 § 1a k.k.), ustawodawca nie dookreślił, a tym samym nie ograniczył jej rodzaju, jak również wysokości. *Prima facie* mogłoby to oznaczać, iż w kontekście art. 287 § 1 k.k. w rachubę wchodziłyby zarówno szkoda majątkowa, jak również niemajątkowa, osobista (krzywda) o zróżnicowanych wysokościach. Wspomnianą szkodę majątkową uosabiałby zatem: „[...] uszczerbek w majątku, obejmujący rzeczywistą stratę (*damnum emergens*), polegającą na zmniejszeniu się aktywów majątku przez ubytek, utratę lub zniszczenie jego poszczególnych składników albo na zwiększeniu się pasywów, jak i utracony zysk (*lucrum cessans*), wyrażający się w udaremnieniu powiększania się majątku [...]”⁴⁴. Natomiast szkoda niemajątkowa wiązałaby się z odczuciem krzywdy, utratą zaufania czy dobrego imienia. Powyższy kierunek interpretacji

⁴² Do przestępstwa oszustwa komputerowego należy więc odnieść pogląd Sądu Najwyższego, w którym przekonywano, że: „[...] przestępstwo oszustwa jest przestępstwem umyślnym zaliczanym do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych. Ustawa wymaga, aby zachowanie sprawcy było ukierunkowane na określony cel, którym w przypadku oszustwa jest osiągnięcie korzyści majątkowej. Sprawca podejmując działania musi mieć wyobrażenie pożądanej dla niego sytuacji, która stanowić ma rezultat jego zachowania. Powyższe ujęcie znamion strony podmiotowej wyklucza możliwość popełnienia oszustwa z zamiarem ewentualnym”. Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 14 stycznia 2004 r., IV KK 192/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 100. W judykaturze podkreśla się również, że działanie w celu osiągnięcia korzyści majątkowej jest określeniem szerszym niż stanowiące cel działania sprawcy przywłaszczenie czy zagarnięcie mienia. Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 10 marca 2004 r., II KK 381/03, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 523; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 11 lipca 2013 r., II AKa 223/13, LEX nr 1349906; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dn. 15 grudnia 2014 r., II AKa 317/14, LEX nr 1676101; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dn. 25 marca 2014 r., II AKa 49/14, LEX nr 1454681; wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dn. 26 marca 2015 r., II AKa 456/14, LEX nr 1953161.

⁴³ Wyrok Sądu Najwyższego z dn. 19 marca 2008 r., V KK 363/07, Legalis nr 110053; zob. także wyrok Sądu Najwyższego z dn. 29 marca 2011 r., III KK 321/10, LEX nr 846388; wyrok Sądu Najwyższego z dn. 16 stycznia 2009 r., LEX nr 598025; wyrok Sądu Najwyższego z dn. 19 maja 2015 r., V KK 53/15, LEX nr 1758728.

⁴⁴ Postanowienie Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dn. 12 października 2012 r., II AKz 383/12, KZS 2014, nr 2, poz. 79; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dn. 13 marca 2013 r., II AKa 486/12, KZS 2013, nr 7–8, poz. 63.

byłby jednakże trudny do zaakceptowania przede wszystkim ze względów systemowych. Stąd też trzeba by w konsekwencji stwierdzić, iż pojęcie szkody w kontekście art. 287 § 1 k.k., umieszczonego wśród przestępstw przeciwko mieniu, należałoby odnieść wyłącznie do uszczerbku o charakterze majątkowym⁴⁵. Poza dyskusją pozostaje natomiast, iż odpowiedzialność za oszustwo komputerowe popełnione w celu wyrządzenia innej osobie szkody majątkowej obejmuje zarówno sytuacje, gdy szkoda stanowiłaby wynik podjętej przez sprawcę aktywności, sprecyzowanej przez enumeratywnie wymienione znamiona strony przedmiotowej w tym przepisie, jak i przypadki, w których działanie sprawcy byłoby tylko sposobem dla wyrządzenia innej szkody tego rodzaju⁴⁶.

Reasumując, należy w tym miejscu stwierdzić, iż wobec powyższej charakterystyki, alternatywnie ujętego zamiaru sprawcy przestępstwa z art. 287 § 1 k.k., trudno byłoby w istocie mówić o odpowiedzialności na podstawie niniejszego przepisu, jeżeli dana osoba działałaby np. w celu wzmocnienia własnego poczucia wartości i zaspokojenia w ten sposób własnych ambicji czy aspiracji⁴⁷. Podobnie, poza zakresem jego penalizacji, z uwagi na wspomnianą kierunkowość przestępstwa oszustwa komputerowego, pozostają także przypadki masowego rozsyłania niechcianych wiadomości, zwłaszcza reklam, skutkujących tzw. „zapchaniem” skrzynek mailowych potencjalnych odbiorców⁴⁸.

Znacznie więcej trudności interpretacyjnych generują wyróżnione w art. 287 § 1 k.k. dwie taksatywnie ujęte grupy znamion, określających czynność sprawczą, która zgodnie ze wspomnianym przepisem może polegać na wpływaniu na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przesyłanie danych informatycznych bądź też na zmianie, usunięciu lub wprowadzaniu nowego zapisu danych informatycznych⁴⁹. Zasygnalizowana tutaj odrębność znamion czasownikowych wzbudza bowiem pewne kontrowersje. O ile bowiem większych trudności w tym względzie nie generuje ustawowo określona czynność w postaci „wprowadzenia” (co istotne „nowego” zapisu

⁴⁵ M. Gałązka [w:] F. Ciepły *et al.*, *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2014, s. 1052; L. Wilk [w:] M. Błaszczuk *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 222–316*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 653; T. Oczkowski [w:] P. Daniluk *et al.*, *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2015, s. 1702; M. Kulik, J. Piskorski [w:] J. Bojarski *et al.*, *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarstwu*, t. 9, red. R. Zawłocki, Warszawa 2011, s. 339. Odmiennie natomiast R. Korczyński, R. Koszut, „Oszustwo” komputerowe, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 2, s. 37.

⁴⁶ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 537–538.

⁴⁷ K. Daszkiewicz, *Kodeks karny z 1997 roku. Uwagi krytyczne*, Gdańsk 2001, s. 354.

⁴⁸ M. Siwicki, *Cyberprzestępczość...*, s. 256.

⁴⁹ Zob. A. Kania, *Oszustwo komputerowe na tle przestępczości w cyberprzestrzeni*, „CBKE, e-Biuletyn” 2009, nr 1, s. 8 i nast.

danych informatycznych), o tyle omawiane „usunięcie” może już niekiedy okazać się desygnatem „zmiany”⁵⁰.

Odnosząc się do poszczególnych czynności czasownikowych wynikających z treści art. 287 § 1 k.k., należy stwierdzić, iż wymienione na pierwszym miejscu w niniejszym przepisie „wpływanie” – ogólnie ujmując – może polegać przede wszystkim na zakłócaniu bądź uniemożliwianiu procesu automatycznego przetwarzania, gromadzenia lub przesyłania informacji⁵¹. Na wspomnianą czynność sprawczą będą zatem składać się nie tylko manipulacje danymi wprowadzanymi do systemu, ale również manipulacje rezultatami przetwarzanych danych. Jak wskazuje się w piśmiennictwie, przykładem rozważanego „wpływania” pozostaje również mechaniczna ingerencja w urządzenie, np. w postaci uszkodzenia bądź połączenia z innymi urządzeniami⁵². Ponadto nieuprawniona ingerencja w komputerowe zapisy informacji może polegać na zmianie zapisu danych informatycznych, co w istocie mogłoby nastąpić bezpośrednio na komputerze, ale również poprzez włamanie się do sieci, która łączy komputer z podobnymi urządzeniami⁵³. Z kolei wymienione „usunięcie” zapisu danych informatycznych obejmowałoby wszelkie czynności prowadzące do uczynienia go niedostępnym dla osoby uprawnionej, nawet wówczas, gdy znane byłoby miejsce przechowywania tego rodzaju informacji. Z usunięciem będzie się zatem wiązało pozbawienie nad nim władztwa dotychczasowego dysponenta⁵⁴. Wspomniane usunięcie zapisu może mieć przy tym zarówno charakter trwały, jak i odwracalny⁵⁵. Odnosząc się natomiast do ostatniej z wymienionych czynności sprawczej w postaci „wprowadzenia nowego zapisu danych informatycznych”, należałoby stwierdzić, iż jej realizacja polegałaby na wprowadzeniu nieznannej dotąd systemowi struktury danych.

Warto również w tym miejscu nadmienić, iż cechą wspólną pierwszej oraz drugiej formy przestępstwa z art. 287 § 1 k.k. pozostaje realizacja wskazanych czynności sprawczych w sposób bezprawny, czyli *verba legis* „bez upoważnienia”⁵⁶. Aprobując szerokie ujęcie tego określenia, skupiające

⁵⁰ M. Janowski, *op. cit.*, s. 60–61.

⁵¹ P. Kardas, *op. cit.*, s. 42 i nast.

⁵² A. Suchorzewska, *Ochrona prawna systemów informatycznych wobec zagrożenia cyberterroryzmem*, Warszawa 2010, s. 241–242; M. Janowski, *op. cit.*, s. 54.

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 stycznia 2015 r., II AKa 740/14, LEX nr 1682453.

⁵⁵ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] A. Barczak-Oplustil *et al.*, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 kk*, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 344.

⁵⁶ Zasadność użycia tego określenia może wydawać się wątpliwa, skoro wyeksponowanie korzyści majątkowej czy wyrządzenia szkody jako celu działania sprawcy wskazuje *per se* na kryminalne zabarwienie zachowania sprawcy. J. Waszczyński, *O „korzyści majątkowej” w prawie karnym (próba klasyfikacji)*, „Państwo i Prawo” 1981, nr 1, s. 65. Zob. odmiennie A.N. Preibisz, *Niekorzystne rozporządzenie mieniem jako znamię oszustwa (art. 286 § 1 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 10, s. 76–77.

elementy subiektywne oraz obiektywne, należałoby stwierdzić, iż obejmuje ono brak umocowania oraz ekspozuje cel podejmowanych przez sprawcę czynności, jakim jest w istocie wprowadzenie w błąd urządzenia cyfrowego⁵⁷. Jednocześnie wypada tutaj zastrzec, iż wymienione powyżej znamię normatywne nie uzasadnia twierdzenia, że występku z art. 287 § 1 k.k. może dopuścić się tylko podmiot o określonych właściwościach, czyli *intra-ne-us*, działający bez należytego umocowania. Niniejsze sformułowanie nie ma bowiem na celu wyszczególniania cechy, którą powinien charakteryzować się sprawca, lecz stanowi element należący do znamion strony przedmiotowej omawianego przestępstwa⁵⁸.

V Uwagi końcowe

Na podstawie przeprowadzonych rozważań należy stwierdzić, iż do kryminalizacji zachowania wypełniającego znamiona przestępstwa oszustwa komputerowego przyczynił się niewątpliwie dynamiczny rozwój nowych technologii cyfrowych, ale również i postępująca informatyzacja życia społecznego⁵⁹, które obok swych niekwestionowanych zalet stały się jedną z zasadniczych przyczyn wzrostu zagrożeń wynikających z cyberprzestępczości. Poza dyskusją pozostaje, iż przeciwdziałanie niebezpieczeństwom związanym z funkcjonowaniem globalnej sieci komputerowej⁶⁰ stanowi nadal realne wyzwanie nie tylko dla ustawodawcy, ale również dla organów ścigania, które – dążąc do zapewnienia skutecznej oraz efektywnej ochrony społeczeństwu – muszą zmierzyć się z coraz bardziej skomplikowanymi *modus operandi* sprawców tego rodzaju przestępstw oraz szybkim rozwojem usług telekomunikacyjnych. Można bowiem spodziewać się, iż obecnie typowe przykłady oszustwa komputerowego, w postaci włamania się do sieci komputerowej banku, a następnie wydania niekorzystnej dyspozycji, polegającej m.in. na wykonaniu przelewu określonej kwoty na rachunek sprawcy, pomnożeniu kwoty znajdującej się na rachunku sprawcy, zmniejszeniu jego pasywów⁶¹, a także zablokowania działalności sklepu internetowego czy też zarejestrowania domeny, której nazwa jest identyczna z cudzym oznacze-

⁵⁷ P. Kardas, *op. cit.*, s. 60.

⁵⁸ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *op. cit.*, s. 337.

⁵⁹ A. Kiedrowicz-Wywiiał, *Oszustwo komputerowe w polskim i niemieckim kodeksie karnym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2010, t. 6, s. 63.

⁶⁰ Wśród kosztów, jakie niesie za sobą cyberprzestępczość, wymienia się: koszty w oczekiwaniu na cyberprzestępstwo, koszty w następstwie cyberprzestępstwa, koszty w odpowiedzi na cyberprzestępstwo oraz koszty pośrednie, związane np. z utratą reputacji. J. Kosiński, *Spoleczne koszty cyberprzestępczości [w:] Przestępczość w XXI wieku. Zapobieganie i zwalczanie. Problemy technologiczno-informatyczne*, red. E.W. Pływaczewski, W. Filipkowski, Z. Rau, Warszawa 2015, s. 560 i nast.

⁶¹ A. Suchozewska, *op. cit.*, s. 241.

niem firmy⁶², ulegną z czasem *sui generis* wyrafinowaniu i będą wymagały tym samym adekwatnej, a przede wszystkim dostosowanej do zmieniającej się wirtualnej rzeczywistości reakcji ze strony wspomnianych organów. Stąd też trafnie ocenia się, iż procedura przeciwdziałania cyberprzestępczości musi mieć charakter dynamiczny, wymuszający potrzebę nieustannej aktualizacji oraz doskonalenia podejmowanych w tym zakresie przedsięwzięć⁶³.



A B S T R A C T

This article draws attention to the problem of computer crime which continues to be one of the most dangerous social phenomena that do not allow to fully understand them. This side effect of computerisation has prompted the legislature to criminalise, among others, an offence commonly referred to as a computer fraud. By explaining the essence of the offence described in the study, the article refers not only to provisions of the current Criminal Code but also to regulations under the Convention on cybercrime.

⁶² K. Chałubińska-Jentkiewicz [w:] K. Chałubińska-Jentkiewicz, M. Karpiuk, *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2015, s. 382; na temat innych, prezentowanych w piśmiennictwie przykładów oszustw zob. m.in. J. Kulesza, *Prawo karne w wirtualnych światach*, „Państwo i Prawo” 2014, nr 5, s. 46.

⁶³ M. Szczepaniec, *Komputer jako narzędzie...*, s. 180.

*Sens nowelizacji art. 41 § 1a k.k. ustawą
o przeciwdziałaniu zagrożeniom
przestępczością na tle seksualnym*

*Sens amendment of Art. 41 § 1a of the
Penal Code Law on the prevention of crime
threats of sexual*

S T R E S Z C Z E N I E

Artykuł przedstawia ocenę i możliwe skutki związane z nowym brzmieniem art. 41 § 1a k.k., które zacznie obowiązywać 1 października 2017 r. Przedmiotowa nowelizacja zaostrza stosowanie środka karnego przewidzianego w tym przepisie wobec skazywanych za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Dlatego w artykule zostały wykazane przede wszystkim różnice między aktualną a nową treścią tego przepisu. Ostateczne wnioski przyznają tej nowelizacji słuszność z jednoczesnym zastrzeżeniem, że zagadnienie to wymaga szerszej dyskusji i wzmożonej ostrożności, zwłaszcza sądu, przy ocenie kwalifikacji popełnionego czynu zabronionego, gdyż od tej kwalifikacji przede wszystkim będzie zależało obowiązkowe zastosowanie nowego środka karnego.

Wprowadzenie

W dniu 1 października 2017 r. wchodzi w życie ustawa z dnia 13 maja 2016 r. o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym (Dz.U. poz. 862), która przewiduje szczególne środki ochrony zapobiegające zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym. Przy okazji wprowadzenia tej ustawy prawodawca zdecydował się również na nowelizację art. 41 § 1a k.k. Należy zatem zastanowić się nad słusznością tej nowelizacji, a także jej sposobem. Zanim to jednak nastąpi, trzeba najpierw poczynić ustalenia związane z obowiązywaniem art. 41 § 1a k.k. kolejno w aktualnym i nowym brzmieniu.

I. Art. 41 § 1a k.k. w brzmieniu do 30 września 2017 r.

Aktualnie art. 41 § 1a k.k. stanowi, że sąd może orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego oraz w razie skazania na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego. Jest to jeden ze środków karnych przewidzianych w Kodeksie karnym. Katalog środków karnych został wskazany w art. 39 k.k., a wśród nich ustawodawca wymienił między innymi zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej oraz zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi. Należy w tym miejscu zauważyć, że środek karny przewidziany w art. 41 § 1a k.k. ma charakter szczególny. Ten szczególny charakter przedmiotowego środka karnego polega na tym, że ma on wzmacniać ochronę małoletnich¹. Kodeks karny nie zawiera definicji małoletniego, dlatego należy się posługiwać tym pojęciem w rozumieniu prawa cywilnego, a zatem małoletnim jest osoba, która nie ukończyła osiemnastego roku życia, a w przypadku kobiet, które zawarły związek małżeński – szesnastego roku życia (art. 10 § 1 i 2 k.c. oraz art. 10 § 1 k.r.o.). Środek karny z art. 41 § 1a k.k. przewiduje zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, zakaz wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo zakaz prowadzenia wszelkiej lub określonej działalności – związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi. Oczywiście ten środek karny ma charakter fakultatywny², jednak ma on bardzo szeroki zakres, gdyż zakaz nie jest ograniczony wyłącznie do określonych stanowisk, zawodów czy działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi, ale ma zastosowanie również do **wszelkich** tego typu stanowisk, zawodów, działalności. Ponadto art. 41 § 1b k.k. przewiduje obligatoryjne zastosowanie tego samego środka przewidzianego w § 1a, i to dożywotnio, jeżeli sprawca zostanie ponownie skazany w warunkach określonych w tym przepisie.

¹ W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, wyd. V, LEX 2016, komentarz do art. 41 k.k.

² P. Ochman, *Wykonywanie środka karnego zakazu zajmowania określonego stanowiska a zakaz pełnienia funkcji piastuna organu spółki handlowej*, NKPK 2014/33, s. 215–231.

W związku z tym sąd powinien w każdym przypadku dokładnie rozważyć sytuację skazywanego, tak aby nie pozbawić go w ogóle możliwości utrzymania³. Z drugiej jednak strony nawet w sytuacji orzeczenia tak dotkliwego środka karnego, które może zakazywać zajmowania, wykonywania czy prowadzenia wszelkich przewidzianych w nim stanowisk, zawodów czy działalności, trzeba się zastanowić nad możliwością przebranżowienia się skazanego. Środek karny z art. 41 § 1a k.k. nie może być orzekany w każdym przypadku, może on mieć zastosowanie wyłącznie wobec sprawców skazanych na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego oraz skazanych na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego. W pierwszym przypadku chodzi o przestępstwa wymienione w rozdziale XXV k.k. pod tytułem: „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności” i poza nimi w aktualnym stanie prawnym brak przepisów karnych regulujących tę materię⁴, gdyż nie sposób przyjąć, iż przestępstwem przeciwko wolności seksualnej i obyczajności będzie każdy czyn zabroniony tylko dlatego, że zachowanie oskarżonego wiązało się z czynnościami seksualnymi⁵. W drugim przypadku jest już zupełnie inaczej, gdyż nie sposób jednoznacznie skatalogować umyślnych przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu na szkodę małoletniego, których wiele typów znajduje się również poza kodeksem karnym⁶. W obu przypadkach jest mowa o popełnionych przestępstwach na szkodę małoletniego. Niestety żaden przepis prawa nie tłumaczy tego zwrotu, w związku tym należy przyjąć, że nie odnosi on się tylko do zajęć, w których małoletni został bezpośrednio pokrzywdzony, ale także do sytuacji, w których przestępstwo zostało popełnione jedynie w obecności małoletniego⁷. Wreszcie trzeba zwrócić uwagę na to, że środek karny z art. 41 § 1a k.k. może być zastosowany wyłącznie wobec sprawców skazanych na karę pozbawienia wolności, a zatem trwającą od 1 miesiąca do 15 lat (art. 32 pkt 3 k.k. oraz art. 37 k.k.). Wynika z tego, że przedmiotowy środek karny nie może mieć zastosowania do innych kar przewidzianych w kodeksie karnym. Z pełną stanowczością przyjąć trzeba, że środek karny z art. 41 § 1a k.k. nie będzie miał zastosowania przy orzekaniu kar grzywny lub ograniczenia wolności w przypadku popełnienia przestępstwa w warunkach wskazanych w tym przepisie. W takiej sytuacji sąd będzie mógł zastosować art. 41 § 1 i 2 k.k.

³ W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1–52*, wyd. V, LEX 2016, komentarz do art. 41 k.k.

⁴ V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, komentarz do art. 41 k.k.

⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 1 października 2014 r., II KK 129/14.

⁶ V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016, komentarz do art. 41 k.k.

⁷ *Ibidem*.

w związku z art. 39 pkt 2 i 2a k.k., z tym jednak zastrzeżeniem, że zakazy zajmowania, wykonywania, prowadzenia będą dotyczyły konkretnych, a nie wszelkich stanowisk, zawodów czy działalności oraz że będą one obojętne na czas określony, a nie dożywotnio (art. 43 § 1 k.k.). Warto się jednak zastanowić nad tym, czy środek karny z art. 41 § 1a k.k. może mieć również zastosowanie do skazywanych na karę 25 lat pozbawienia wolności albo dożywotniego pozbawienia wolności. Wydaje się, że jest możliwe zastosowanie tego środka karnego w oparciu o *argumentum a minori ad maius*, które zakłada, że jeżeli jest zabronione mniej, to tym bardziej więcej. W związku z tym, jeżeli zakazy z art. 41 § 1a k.k. mogą być zastosowane wobec sprawcy skazanego na karę pozbawienia wolności, to tym bardziej mogą być one zastosowane wobec sprawców skazanych na kary wyższego rzędu. Taka interpretacja stoi również w zgodzie z tym, że kary 25 lat i dożywotniego pozbawienia wolności w określonych przypadkach mogą zostać skrócone, a zatem należy się zastanowić nad przyznaniem ochrony małoletnim na podstawie przedmiotowego środka karnego. Oczywiście dotyczy to wyłącznie skazanych za przestępstwa przeciwko zdrowiu lub życiu na szkodę małoletniego. W przypadku skazanych za przestępstwa mieszczące się w katalogu przestępstw przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego kodeks karny nie przewiduje w aktualnym stanie prawnym kary surowszej niż kara pozbawienia wolności. Warto również zastanowić się nad tym, czy przedmiotowy środek karny ma zastosowanie tylko w przypadku skazania na karę bezwzględnego pozbawienia wolności w warunkach wskazanych w analizowanym przepisie, czy dotyczy również tej kary z warunkowym zwieszeniem jej wykonania. W związku z tym, że ustawodawca na przykład w przepisie art. 41a § 2 k.k. *expressis verbis* podkreśla, iż ma on (ten przepis) zastosowanie w przypadku kary pozbawienia wolności bez warunkowego jej wykonania, to w przypadku art. 41 § 1a chodzi zarówno o karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, jak i z warunkowym zawieszeniem⁸. Zaznaczyć należy, że środek karny z art. 41 § 1a k.k. obowiązuje od chwili uprawomocnienia się orzeczenia (art. 43 § 2 k.k.), jednak w przypadku orzeczenia określonego środka karnego na czas określony biegnie on dopiero od zakończenia kary pozbawienia wolności (art. 43 § 2a k.k.).

⁸ R.A. Stefański, *Środek karny zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 7–8, s. 42–50.

II. Art. 41 § 1a k.k. w brzmieniu od 1 października 2017 r.

Jak zostało wspomniane na wstępie, z dniem 1 października 2017 r., czyli z dniem wejścia w życie ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym, nowe brzmienie otrzyma przepis art. 41 § 1a k.k. Jednakże większość z ustaleń przyjętych wyżej w zakresie tego przepisu w brzmieniu dzisiejszym zachowa również aktualność po 30 września 2017 r. Różnice natomiast będą wynikać wprost z treści art. 41 § 1a. Od tej daty § 1a art. 41 k.k. otrzyma następujące brzmienie: „Sąd może orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego. Sąd orzeka zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego”. Widoczne są istotne różnice pomiędzy nowym brzmieniem tego przepisu a brzmieniem aktualnym. Zdanie pierwsze art. 41 § 1a k.k. w zasadzie nie różni się od aktualnej treści tego przepisu, poza tym, że będzie ono dotyczyć wyłącznie skazywanych na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego, a nie jak dziś również skazywanych na karę pozbawienia wolności za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Oznacza to, że w tym zakresie przedmiotowy środek karny nadal będzie miał charakter fakultatywny, czyli to sąd będzie nadal decydował na tle konkretnego przypadku o jego zastosowaniu i sposobie zastosowania. W kwestii natomiast orzekania środka karnego, który miałby zakazywać zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi wobec skazywanych za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego – będzie miało zastosowanie zdanie drugie art. 41 § 1a k.k. w brzmieniu obowiązującym od 1 października 2017 r. W tym przypadku widać już zasadniczą różnicę między tą regulacją a regulacją aktualnie obowiązującą. Po pierwsze, orzeczenie przedmiotowego środka karnego we wskazanych warunkach będzie obligatoryjne, a zatem sąd nie będzie mógł się odnieść do

sytuacji konkretnego skazywanego, co oznacza, że zostanie on pozbawiony w przyszłości na jakiś okres lub dożywotnio utrzymywania siebie i rodziny ze środków, które mógłby uzyskać z zajmowania, wykonywania czy prowadzenia stanowiska, zawodu czy działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi. Taka regulacja w związku z tym jest znacznie surowsza od aktualnej, tym bardziej że zakaz może dotyczyć wszelkich, a nie tylko określonych stanowisk, zawodów czy działalności. Po drugie, ten środek karny będzie stosowany wobec wszystkich osób skazywanych za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego, a nie jak to jest aktualnie – wyłącznie wobec tych, którzy są skazywani na karę pozbawienia wolności. Na tej podstawie zostanie rozszerzony krąg podmiotów, wobec których przedmiotowy środek karny zostanie (a nie tylko może być) zastosowany. Wynika z tego, że zostanie on orzeczony również wobec skazywanych na kary grzywny lub ograniczenia wolności, byleby odbywało się to w warunkach wskazanych w tym przepisie. W uzasadnieniu do projektu ustawy o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym w zakresie dotyczącym zmiany brzmienia art. 41 § 1a k.k. wskazano, że: „zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi, jest obligatoryjnie orzekany przez sąd na czas określony albo dożywotnio w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Tego typu przestępstwa, jako szczególnie haniebnym rodzajem występku, popełnianych na szkodę małoletnich i skutkujących często trwałymi defektami i zaburzeniami ofiar w zakresie emocjonalnym i sfery życia prywatnego, zasługują bowiem na restrykcyjną penalizację. Z drugiej strony dobro małoletnich zasługuje na szczególną ochronę gwarantującą, że w toku swojej edukacji i rozwoju do minimum zostanie ograniczony ich kontakt z potencjalnymi sprawcami przestępstw na tle seksualnym”⁹.

Z przedmiotowej nowelizacji art. 41 § 1a k.k. wynika również niejako podział na dobra małoletnich zasługujących na większą albo na mniejszą ochronę. W aktualnym brzmieniu wspomnianego przepisu dostrzega się równowagę między szkodą małoletnich spowodowaną przestępstwami przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności a szkodą małoletnich spowodowaną przestępstwami przeciwko życiu lub zdrowiu. Natomiast nowe brzmienie art. 41 § 1a k.k. wskazywać będzie na to, że dobra takie jak życie i zdrowie są dobrami mniejszej wagi od dóbr związanych z wolnością

⁹ <<http://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/055744120464461FC1257F3A0050EAFB/%24File/189.pdf>> [dostęp: 30.12.2016 r.].

seksualną lub obyczajnością. Wynika to głównie z tego, że ustawodawca w nowym stanie prawnym będzie stosował wobec jednego z tych przypadków surowszy zakaz (bo obligatoryjny) niż aktualnie. Oczywiście mogą wystąpić takie okoliczności, kiedy dobra te będą się pokrywać, a zatem zastosowanie będzie miała ta szersza ochrona małoletnich. Z punktu widzenia oceny moralnej trudno sobie wyobrazić większe dobra osobiste niż zdrowie i życie, które z założenia traktowane są jako dobra największej wartości¹⁰. Dlatego też warto się zastanowić, czy przy nowelizacji art. 41 § 1a k.k. należało dokonywać pośredniego różnicowania dóbr osobistych, czy w takiej sytuacji ustawodawca, jeśli ma zamiar chronić małoletnich przed przestępstwami przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, nie powinien również zastosować takiej samej ochrony małoletnich przed potencjalnym narażeniem ich jako pokrzywdzonych przestępstwami przeciwko zdrowiu lub życiu.

Niezależnie od powyższego, skoro ustawodawca zdecydował się na zróżnicowanie zastosowania środka karnego z art. 41 § 1a k.k., czy też na różnicowanie dóbr, to powinien tego dokonać inaczej. Przemawiają za tym głównie standardy legislacyjne. Nowe brzmienie przedmiotowego przepisu wskazuje, że mamy do czynienia w istocie z dwoma niezależnymi środkami karnymi, co wynika z ich prawnego charakteru – pierwszy fakultatywny, a drugi obligatoryjny. Ponadto oba środki mają zastosowanie w zgoła różnych warunkach. W związku z tym nowelizacja zakładająca takie brzmienie przepisu powinna nastąpić poprzez rozdzielenie tych środków karnych do odrębnych paragrafów. Natomiast art. 41 § 1b k.k., który po 30 września 2017 r. nie zmieni swojego brzmienia, powinien być tak zbudowany, żeby mógł mieć zastosowanie do wspomnianych wyżej odrębnych paragrafów. Wydaje się zatem, że czytelniejsze byłoby takie skonstruowanie przepisu, które zakładałoby, że zdanie pierwsze art. 41 § 1a k.k. w brzmieniu od 1 października 2017 r. stanowiłoby § 1a, zdanie drugie natomiast § 1b, a aktualny § 1b stałby się § 1c w brzmieniu: „Sąd orzeka dożywotnio zakazy, o których mowa w § 1a i 1b, w razie ponownego skazania sprawcy w warunkach określonych w tych przepisach”.

Podsumowanie

Nowe brzmienie art. 41 § 1a k.k., które zacznie obowiązywać 1 października 2017 r., jak wynika z powyższych ustaleń, różni się znacząco od aktualnego, jednak wyłącznie w odniesieniu do skazywanych za prze-

¹⁰ P. Księżak (red.), M. Pyziak-Szafnicka (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, wyd. II, LEX 2016, komentarz do art. 23 k.c.

stępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletnich. Aktualne brzmienie wspomnianego przepisu daje przewidzianemu w nim środkowi karnemu bardzo rygorystyczny charakter, ale po zmianie we wskazanym zakresie zostanie on jeszcze bardziej zaostrzony. W przypadku fakultatywności środków karnych sąd musi w ramach konkretnej sprawy rozważyć celowość jego zastosowania, natomiast gdy dany środek staje się obligatoryjny, co ma miejsce w ramach omawianej nowelizacji, jakakolwiek ingerencja sądu staje się niemożliwa. W takiej sytuacji trzeba jednak liczyć na rzetelność organów ścigania zbierających dowody oraz rzetelność sądu przy ocenie zebranego w sprawie materiału dowodowego. Właśnie w celu uchronienia potencjalnego skazanego przed niesłusznym w konkretnym przypadku obligatoryjnym zakazem przewidzianym w art. 41 § 1a zdanie 2 w brzmieniu od 1 października 2017 r. sądy, orzekając, powinny zachować jeszcze bardziej wzmoczoną ostrożność niż przy orzekaniu fakultatywnych środków karnych. Wydaje się, że w niektórych przypadkach orzeczenie o przedmiotowym środku karnym może okazać się donioślejsze niż kara, na którą sprawca zostanie skazany. Będzie tak na pewno w sytuacji, kiedy sprawca zostanie skazany na karę grzywny lub ograniczenia wolności, a to dlatego, że ten nowy środek karny będzie miał zastosowanie do wszelkich przypadków, które będą wypełniały znamiona przestępstw przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego. Taka konstrukcja może się więc okazać nader restrykcyjna, gdyż może pozbawić sprawcę i jego rodzinę środków utrzymania i zmuszać go do zmiany zawodu lub pracy. W związku z tym można się zastanawiać, czy aż tak daleko idący środek karny jest potrzebny, w sytuacji kiedy nawet sąd, niezależnie od oceny konkretnego przypadku, zobowiązany będzie go zastosować. **Oczywiście przedmiotowy środek ma przede wszystkim na celu ochronę małoletnich i z tych względów należy niniejszą nowelizację uznać za słuszną, gdyż niejako będzie zapobiegać ona popełnianiu przestępstw przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletnich, a na pewno zmniejszać ich ryzyko.**

Warto w tym miejscu jeszcze raz zwrócić uwagę, że pomimo pewnych zagrożeń związanych z obowiązkowym orzekaniem przedmiotowego środka karnego dziwi jednak fakt dokonania przez ustawodawcę rozróżnienia dóbr osobistych na dobra „lepsze” i „gorsze”. Wydaje się, że szczególnie ochrona małoletnich powinna być przewidziana w każdej sytuacji, i to w szczególności dla ochrony ich zdrowia lub życia. W niniejszym przypadku natomiast uznano *de facto*, że te dobra mają podlegać innej ocenie prawnej w ramach stosowania art. 41 § 1a w nowym brzmieniu. Z tych względów przede wszystkim powinna nastąpić inna redakcja przepisu prawnego dotyczącego przedmiotowego/ych środka/ów.

Podsumowując, jeszcze raz trzeba wyraźnie podkreślić, że założenie nowelizacji art. 41 § 1a k.k. wprowadzanej ustawą o przeciwdziałaniu zagrożeniom przestępczością na tle seksualnym jest słuszne, jednak stawia ogromne wyzwanie zarówno przed organami ścigania, jak i przed sądami, w szczególności w zakresie dokonywania kwalifikacji konkretnego czynu. W związku z tym przedmiotowe zagadnienie wymaga szerszej dyskusji i być może *de lege ferenda* należy postulować o normatywne wytyczne/zmiany, które pozwolą uniknąć zagrożeń związanych z – być może niekiedy pochopnym – obowiązkowym zastosowaniem nowego środka karnego.



A B S T R A C T

The article presents the assessment and possible impacts associated with the new wording of Article. 41 § 1a of the Penal Code, which will apply on 1 October 2017. The present amendment tightens the use of penal measure provided for in this legal provision against convicted for crimes against sexual freedom and decency to the detriment of a minor. Therefore in the article it was presented primarily differences between the current and the new content of this legal provision. The final conclusions acknowledge the validity of this amendment at the same time provided that this issue requires a broader discussion and increased caution, especially the court, when determining the eligibility of an offense committed because of this qualification mainly will depend on the mandatory use of a new penal measure.

*Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego
z dnia 18 marca 2015 r., I CSK 111/14,
OSNC 2016, nr 2, poz. 28*

*Commentary to the decision of the Supreme
Court of March 18, 2015, I CSK 111/14,
OSNC 2016 No 2, pos. 28*

TEZA

*Prawo żołnierza zawodowego (emeryta lub rencisty
wojskowego) do przydzielonej mu kwatery stałej nie
wchodzi w skład spadku po nim.*

GŁOSA

Sąd Najwyższy, rozpoznając skargę kasacyjną w sprawie o dział spadku, w postanowieniu z dnia 18 marca 2015 r., I CSK 111/14¹, wyraził zapatrywanie o tym, że: „Prawo żołnierza zawodowego (emeryta lub rencisty wojskowego) do przydzielonej mu kwatery stałej nie wchodzi w skład spadku po nim”. Uznał, że prawo to nie ma charakteru cywilnoprawnego. Tymczasem tylko takie prawa, jeśli mają charakter majątkowy, mogą być przedmiotem spadku, o ile przepisy szczególne nie przewidują odrębnego sposobu ich nabycia po śmierci osoby uprawnionej i o ile prawa te nie są ściśle z nią związane. Tym samym SN zaaprobował ocenę sądów I i II instancji odnośnie do tego, że prawo do tej kwatery stałej nie może być przedmiotem działu spadku po zmarłym żołnierzu zawodowym (emerycie, renciście wojskowym).

Teza głosowanego postanowienia, jak i jego uzasadnienie zasługują na

¹ OSNC 2016, nr 2, poz. 28.

aprobatę. Przedstawmy najpierw stan faktyczny sprawy. Jest on nieobszer-
ny i nieskomplikowany. Potem dokonana zostanie ocena stanowiska SN.

Stan faktyczny i stanowisko sądów

Spadkodawca E.P. zmarł w dniu 1 października 1997 r., a w skład spad-
ku po nim weszły składniki majątkowe o łącznej wartości 15.000 zł. Wnioskodawcy A.P.-B. i P.P. zgodnie wniesli o dokonanie działu spadku po zmarłym E.P. Postanowieniem z dnia 21 grudnia 2012 r. Sąd Rejonowy w W. przyznał te składniki majątkowe na wyłączną własność wnioskodawcy, obciążając go jednocześnie spłatą w kwocie 7.500 zł na rzecz wnioskodawczynie. W skład spadku nie zostało natomiast zaliczone prawo spadkodawcy do lokalu mieszkalnego nr 94, położonego w W. przy ul. B., stanowiącego własność Skarbu Państwa – Wojskowej Agencji Mieszkaniowej, a przydzielonego spadkodawcy jako żołnierzowi (w stopniu [...]) decyzją z 11 marca 1960 r. Zajmowany przez spadkodawcę E.P. lokal mieszkalny nr 94, położony w W. przy ul. B., miał w chwili otwarcia spadku (1 października 1997 r.) charakter tzw. kwatery stałej.

Sąd Rejonowy i Okręgowy przyjęły, że stosunek prawny wynikający z imiennego – pisemnego – nakazu przydziału spadkodawcy kwatery stałej, wydanego na podstawie obowiązującej wówczas ustawy z dnia 27 kwietnia 1951 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych, nie stworzył cywilnoprawnego stosunku najmu, stąd też nie wszedł on w skład spadku objętego działem. Sądy podkreśliły, że art. 47 tej ustawy wyraźnie stanowił, że do zakwaterowania, określonego w tej ustawie, nie stosuje się przepisów o najmie lokali. Nie zmieniły tego stanu rzeczy obowiązujące w dacie otwarcia spadku po spadkodawcy E.P. (emerycie wojskowym) przepisy ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (cyt. dalej jako ustawa o zakwaterowaniu bądź ustawa).

Wnioskodawca w skardze kasacyjnej zarzucił w ramach pierwszej podstawy kasacyjnej naruszenie art. 33, 35 i 47 ustawy z dnia 27 kwietnia 1951 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych w związku z art. 680 i 689 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 11 listopada 1994 r. i w związku z art. 55 i 56 ustawy o najmie lokali i dodatkach mieszkaniowych w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 października 1997 r. przez ich błędną wykładnię oraz naruszenie art. 2 ust. 2 ustawy o najmie lokali i dodatkach mieszkaniowych w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 października 1997 r. w związku z art. 8 tej ustawy, a także naruszenie art. 922 § 1 i 2 k.c. przez ich błędną wykładnię.

SN uznał skargę kasacyjną za bezzasadną, aprobując ocenę prawną sądu II instancji co do charakteru prawnego prawa do kwatery stałej.

Ocena stanowiska SN

Pojęcie spadku należy do podstawowych pojęć prawa spadkowego. Mogłoby się, *prima facie* wydawać, że pojęcie to nie powinno budzić wątpliwości. Doktryna i judykatura zgodnie wszak przyjmują, że do spadku należą prawa i obowiązki zmarłego, które jednocześnie spełniają cztery wymagania: a) mają charakter cywilnoprawny, b) mają charakter majątkowy, c) nie są ściśle związane z osobą zmarłego, d) nie przechodzą na inne osoby, niezależnie od tego, czy są spadkobiercami². W rzeczywistości bywa jednak inaczej. Na tle określonych praw czy obowiązków – z uwagi na ich ilość w obrocie prawnym, różnorodną naturę prawną i treść – może nie być wcale takie oczywiste, czy są one objęte zakresem sukcesji uniwersalnej, jaką jest dziedziczenie. Dowodem tego jest np. sprawa, na kanwie której zapadło głosowane postanowienie.

Choć nie wynika to *expressis verbis* z przepisów księgi IV kodeksu cywilnego, lecz z istoty (przedmiotu) regulacji norm prawa cywilnego, dziedziczenie przez spadkobierców majątku należącego do spadkodawcy jako sukcesja uniwersalna (pod tytułem ogólnym) dotyczy jedynie majątkowych praw i obowiązków spadkodawcy o charakterze cywilnoprawnym. Prawa i obowiązki wynikające z innych stosunków prawnych, niż cywilnoprawne, nie podlegają regułom dziedziczenia; ich przejście na spadkobierców osoby uprawnionej lub zobowiązanej wynikać musi z innych przepisów.

Stosunki cywilnoprawne charakteryzują się tym, że oparte są na autonomii woli stron oraz na ich (formalnej) równorzędności, tzn. na braku władczego podporządkowania jednej strony drugiej, czy też – ujmując to nieco inaczej – na braku możliwości jednostronnego, władczego kreowania sytuacji drugiej strony w stosunku prawnym, a tym samym ingerowania w jej sytuację prawną. Spośród tych dwóch cech charakterystycznych cywilnoprawnej metody regulacji stosunków cechą istotniejszą, wymagającą bardziej eksponowania, jest autonomiczność podmiotów prawa cywilnego. Niekiedy bowiem prawo cywilne, realizując postulat sprawiedliwości prawa, celem ochrony tak czy inaczej pojętej „słabszej” strony (np. konsumenta), kształtuje jej pozycję prawną korzystniej w porównaniu z pozycją prawną strony faktycznie „silniejszej” (np. przedsiębiorcy)³. Jeszcze jed-

² Zob. np. J.S. Piąkowski, H. Witczak, A. Kawałko [w:] *System prawa prywatnego*, t. 10, *Prawo spadkowe*, pod red. B. Kordasiewicza, Warszawa 2009, s. 50 i nast.; E. Skowrońska-Bocian, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2011, s. 10–11; H. Witczak, A. Kawałko, *Prawo spadkowe*, Warszawa 2011, s. 2 i nast.

³ Zob. np. A. Stelmachowski, *Zarys teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1998, s. 35 i nast.; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1999, s. 16–18; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2011, s. 2; M. Safjan [w:] *System prawa prywatnego*, t. 1, *Prawo cywilne – część ogólna*, pod red. M. Safjana, Warszawa 2012, s. 38–43.

ną cechą stosunku cywilnoprawnego jest sądowa ochrona interesów stron. Instrumentem prawnym, który pozwala podmiotom prawa cywilnego na świadome i celowe kształtowanie własnej sytuacji prawnej w ramach przysługującej im autonomii woli, są czynności prawne.

Dla ustalenia, czy prawo żołnierza zawodowego (emeryta lub rencisty wojskowego) do przydzielonej mu kwatery stałej wchodzi czy też nie w skład spadku po nim, kwestią o zasadniczym znaczeniu jest przesądzenie, czy prawa i obowiązki wynikające z przyznania żołnierzowi (emerytowi, renciście wojskowemu) kwatery stałej są prawami podmiotowymi z zakresu prawa cywilnego (ze stosunku cywilnoprawnego). Chodzi zatem o wyjaśnienie charakteru prawnego stosunku prawnego powstającego pomiędzy osobą uprawnioną do kwatery a Wojskową Agencją Mieszkaniową na skutek przydzielenia kwatery stałej.

Uprawnienie do korzystania z kwatery stałej służy zaspokojeniu interesu osobistego oraz majątkowego. Występowanie w nim „pierwiastka” majątkowego nie może jeszcze decydować o tym, że prawo to stanowi przedmiot spadku. Byłoby tak wtedy, gdyby uznać, że jest to prawo o charakterze cywilnoprawnym. Jeśli określone prawo podmiotowe nie wynika z takiego stosunku, to bez znaczenia – w kontekście możliwości uznania go za składnik spadku – jest to, czy jest ono prawem majątkowym, czy też niemajątkowym. Natomiast jeśli prawo takie wynika ze stosunku cywilnoprawnego, to może wchodzić w skład spadku tylko wtedy, gdy jest prawem majątkowym (oczywiście pod warunkiem, że nie zachodzą okoliczności z art. 922 § 2 k.c.).

Z uwagi na to, iż chwila otwarcia spadku, którą jest śmierć spadkodawcy (art. 924 k.c.), decyduje m.in. o tym, kto dziedziczy po spadkodawcy (kto jest spadkobiercą) i co wchodzi w skład spadku, przedmiotem dalszej analizy muszą być relewantne przepisy ustaw w brzmieniu obowiązującym w chwili śmierci spadkodawcy E.P. (tj. 1 października 1997 r.).

Problematyka zakwaterowania żołnierzy zawodowych służby stałej, w tym żołnierzy korzystających z emerytury wojskowej, uregulowana jest w przepisach prawa administracyjnego, tj. w ustawie z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej⁴ (ustawa ta była kilka razy zmieniana). Nie musi to jeszcze oznaczać *per se* administracyjnoprawnego charakteru prawa do kwatery stałej. Regulacja stosunków cywilnoprawnych może znajdować się bowiem w ustawach, które nie należą jako całość do dziedziny prawa cywilnego.

Lektura przepisów ustawy o zakwaterowaniu prowadzi do nieodparte-go wniosku – korelującego z poglądem SN wyrażonym w głosowanym po-

⁴ Dz.U. z 1995 r. Nr 86, poz. 433.

stanowieniu – że stosunek prawny powstały pomiędzy żołnierzem zawodowym (emerytem, rencistą wojskowym) a Wojskową Agencją Mieszkaniową (dalej przywoływana jako „Agencja”) w odniesieniu do przydzielonej kwatery stałej nie ma charakteru cywilnoprawnego, lecz administracyjnoprawny, co wyklucza prawo do kwatery stałej z katalogu praw mogących wchodzić w skład spadku. Przemawiają za tym następujące argumenty.

Po pierwsze – źródło powstania tego stosunku prawnego. Jest nim decyzja administracyjna o przydziale kwatery stałej, nie zaś czynność prawna (umowa). Żołnierze służby stałej (tzw. żołnierze zawodowi) otrzymują kwatery stałą na podstawie decyzji administracyjnej o prawie do zakwaterowania na czas służby. Prawo do zajmowania takiej kwatery jest zasadniczo związane ze służbą wojskową. To związanie implikuje też naturę prawną prawa do kwatery stałej. Stosunki prawne, w jakich pozostają żołnierze zawodowi (zresztą tak samo i inne służby mundurowe), cechują się tym, że obowiązki żołnierzy wykonywane są w warunkach pełnej zależności od zwierzchników (dyscypliny), której instrumentem realizacji jest rozkaz, daleko silniejszej od podporządkowania pracowniczego i nie są stosunkami pracy, a więc zobowiązaniami, lecz są traktowane w doktrynie jako stosunki o charakterze publicznoprawnym (administracyjnym), które podlegają odrębnym pragmatykom służbowym, należącym do prawa administracyjnego⁵.

Z kolei w sytuacji śmierci adresata decyzji o przydziale źródłem tym jest poświadczenie, przy czym także decyzją administracyjną, prawa do kwatery członkom rodziny wspólnie z nim zamieszkałym i zarazem uprawnionym do wojskowej renty rodzinnej.

Okoliczność ta nie musi jeszcze świadczyć o tym, że prawo do kwatery stałej nie ma charakteru cywilnoprawnego. Do zdarzeń cywilnoprawnych zalicza się bowiem także akty administracyjne, o ile powodują samodzielnie lub stanowią przesłankę – jako konieczny element złożonego stanu faktycznego – powstania, zmiany bądź ustania stosunku cywilnoprawnego albo podmiotowości w sferze prawa cywilnego⁶. Przepisy ustawy regulujące prawo do kwatery stałej wskazują jednak moim zdaniem na to, że w tym przypadku akt administracyjny ani nie powoduje samodzielnie, ani też nie stanowi przesłanki – jako konieczny element złożonego stanu faktycznego – powstania, zmiany bądź ustania stosunku cywilnoprawnego. Jako jednostronne oświadczenie organu administracji określa on władczo sytuację prawną konkretnego adresata (uprawnionego do kwatery stałej) w konkretnej sprawie.

Ponadto, jeśli idzie o następstwo prawne *mortis causa* wynikające z umowy najmu (art. 691 k.c.), jego potwierdzenie dokonuje się na wniosek osoby upraw-

⁵ Zob. np. T. Liszcz, *Prawo pracy*, Warszawa 2012, s. 19; L. Florek, *Prawo pracy*, Warszawa 2012, s. 3–4.

⁶ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 118.

nionej na drodze postępowania cywilnego (powództwa o ustalenie wstąpienia w stosunek najmu po śmierci najemcy). Droga taka byłaby natomiast niedopuszczalna w przypadku ustalania następstwa prawnego w związku ze śmiercią adresata decyzji o przydziale kwatery stałej. Właściwą drogą prawną byłoby tu postępowanie administracyjne.

Po drugie – ustawa o zakwaterowaniu ściśle reglamentuje, komu i w jakich przypadkach może przysługiwać prawo do kwatery stałej. Nie jest zatem tak, że podmioty prawa cywilnego mają wynikającą z cywilnoprawnej autonomii woli (swobody umów *sensu largo*, w tym swobody kształtowania treści umów stanowiącej swobodę umów *sensu stricto* z art. 3531 k.c.) dowolność w tym zakresie i władne są same w umowie przesądzić o tych kwestiach.

Otóż zgodnie z art. 22 i 23 ustawy prawo do kwatery stałej przysługiwało m.in.:

1. Żołnierzom zawodowym oraz żołnierzom przeniesionym w stan nieczynny (art. 22 ust. 1), przy czym **decyzję o przydziale kwatery osobie uprawnionej wydawał dyrektor oddziału terenowego Wojskowej Agencji Mieszkaniowej (art. 30 ust. 1 ustawy)**. Podstawę zajęcia kwatery stanowiła decyzja o przydziale oraz protokół zdawczo-odbiorczy (§ 20 ust. 1 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 27 maja 1996 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej⁷). Stosownie do art. 24 ust. 1 prawo do kwatery realizowało się na wniosek żołnierza zawodowego, o którym mowa w art. 22 ust. 1 i 3, jak również osoby, o której mowa w art. 23 ust. 1 i 2, zwanych dalej w ustawie „osobami uprawnionymi”, przez: 1) przydział kwatery albo 2) wypłacenie ekwiwalentu pieniężnego w zamian za rezygnację z kwatery. Do czasu realizacji prawa do kwatery żołnierz zawodowy otrzymywał: 1) świadczenie finansowe umożliwiające pokrycie kosztów najmu lokalu mieszkalnego na zasadach określonych w dalszych przepisach albo 2) zakwaterowanie tymczasowe w budynkach lub kwaterach będących w zasobach Agencji (ust. 2). **Przydział kwatery może nastąpić wyłącznie w okresie pełnienia zawodowej służby wojskowej jako służby stałej, w tym pozostawania w stanie nieczynnym (ust. 3)**. Jeżeli do czasu zwolnienia z zawodowej służby wojskowej pełnionej jako służba stała żołnierzowi nie przydzielono kwatery lub nie wypłacono ekwiwalentu, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, z dniem zwolnienia ze służby wypłaca się mu ten ekwiwalent. Przepis art. 47 stosuje się odpowiednio (ust. 4).

2. Żołnierzom zawodowym zwolnionym z czynnej służby wojskowej, pełnionej jako służba stała, jeżeli nabyli uprawnienia do emerytury wojskowej bądź wojskowej renty inwalidzkiej z tytułu inwalidztwa pozostającego

⁷ Dz.U. Nr 65, poz. 320 ze zm.

w związku ze służbą wojskową (art. 23 ust. 1). Zachowanie uprawnienia do kwatery stałej stwierdzał szef wojskowego biura emerytalnego **w formie decyzji administracyjnej** (art. 23 ust. 4).

3. W razie śmierci:

- 1) żołnierza zawodowego pełniącego czynną służbę wojskową jako służbę stałą: a) spełniającego warunki wymagane do uzyskania emerytury wojskowej lub wojskowej renty inwalidzkiej z tytułu inwalidztwa pozostającego w związku ze służbą wojskową albo b) którego śmierć pozostaje w związku ze służbą wojskową,
- 2) emeryta lub rencisty wojskowego,
 - prawo do kwatery nabywali wspólnie zamieszkali w kwaterze z żołnierzem, emerytem lub rencistą, w dniu jego śmierci, członkowie rodziny uprawnieni do wojskowej renty rodzinnej (art. 23 ust. 2), przy czym nabycie uprawnień do kwatery stwierdzał szef wojskowego biura emerytalnego **w formie decyzji administracyjnej** (art. 23 ust. 4). Prawo do kwatery, o którym mowa w art. 23 ust. 2, dotyczyło jednej wspólnej kwatery i przysługiwało przez czas posiadania uprawnień do wojskowej renty rodzinnej.

Należy tu też wskazać, że żołnierze zwolnieni z zawodowej służby wojskowej pełnionej jako służba stała, którzy nie zachowują prawa do kwatery stałej, członkowie rodzin zmarłych żołnierzy oraz emerytów i rencistów wojskowych, którzy nie nabywają prawa do kwatery stałej, oraz inne osoby, których prawo do kwatery wygasło, **mogą zamieszkiwać w dotychczasowym lokalu na podstawie umowy najmu zawartej z dyrektorem oddziału terenowego Wojskowej Agencji Mieszkańowej**. Jeżeli osoby te odmawiają zawarcia umowy, podlegają przymusowemu przekwaterowaniu do lokalu socjalnego na ich koszt (art. 44 ust. 1 ustawy).

Po trzecie – za uznaniem administracyjnoprawnego charakteru tego stosunku prawnego przemawiają także przepisy ustawy z 1995 r. o zakwaterowaniu, które wyróżniają dwie kategorie lokali oraz osób korzystających z tych lokali.

Otóż na zakwaterowanie żołnierzy zawodowych, pełniących czynną służbę wojskową jako służbę stałą, są przeznaczone osobne kwatery stałe, zwane dalej w ustawie „kwaterami” (art. 21 ust. 1). Kwaterą jest samodzielny lokal mieszkalny w rozumieniu przepisów o najmie lokali (art. 21 ust. 2). Kwatera zasiedlona przez inną osobę niż uprawniony, o którym mowa w art. 24 ust. 1, stanowi lokal mieszkalny (art. 21 ust. 3).

W ustawie rozróżnia się także osobę uprawnioną do kwatery stałej oraz najemcę, tj. osobę, z którą dyrektor oddziału terenowego Agencji za-

wiera umowę najmu (art. 30 ust. 2 w związku z art. 29). Przepis art. 29 ust. 1 przewidywał, że w szczególnie uzasadnionych wypadkach dyrektor oddziału terenowego Agencji może wynająć pracownikowi zatrudnionemu w jednostce organizacyjnej podległej Ministrowi Obrony Narodowej lokal mieszkalny przeznaczony na stałe zakwaterowanie żołnierzy zawodowych. W sytuacji wyjątkowej lokal mieszkalny, przeznaczony na stałe zakwaterowanie żołnierzy zawodowych, może być, za zgodą Ministra Obrony Narodowej, wynajęty innej osobie niż określona w ust. 1 (ust. 2). Do osób, o których mowa w ust. 1 i 2, stosuje się odpowiednio przepisy o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych, jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej (ust. 3). W myśl art. 30 ust. 1 decyzję o przydziale kwatery osobie uprawnionej wydaje dyrektor oddziału terenowego Agencji. Z osobami innymi niż wymienione w ust. 1 dyrektor oddziału terenowego Agencji zawiera umowę najmu (ust. 2).

To rozróżnienie nie jest moim zdaniem przypadkowe, lecz jest wyrazem woli ustawodawcy innego traktowania uprawnień do lokali należących do zasobu Agencji w zależności od tego, czy zajmowane są one na podstawie decyzji administracyjnej o przydziale kwatery stałej, czy też cywilnoprawnej umowy najmu lokalu mieszkalnego. To sam ustawodawca przewidział, że niektóre prawa do lokali przyznane osobom związanym z Siłami Zbrojnymi RP będą mieć charakter cywilnoprawny (najem), a inne zaś – nie (prawo do kwatery stałej). Z tym rozróżnieniem wiąże się przykładowo inny tryb zakończenia stosunku prawnego (przy najmie – oświadczenie woli o wypowiedzeniu; przy przydziale kwatery stałej – decyzja o zwolnieniu kwatery). Wiązać się będzie z nim także inny los tego prawa po śmierci osoby uprawnionej.

Przepisy ustawy o zakwaterowaniu obowiązujące w dacie otwarcia spadku po E.P. normowały jedynie sytuację w związku ze śmiercią żołnierza zawodowego i emeryta lub rencisty wojskowego, zajmujących kwaterę (art. 23). To unormowanie nie dotyczyło śmierci emerytowanego pracownika cywilnego, któremu wynajęto mieszkanie, na co zezwalała ustawa. Taki pracownik cywilny, zgodnie z art. 1 i 2 ust. 1 lit. a i b ustawy z dnia 10 grudnia 1993 r. o zaopatrzeniu emerytalnym żołnierzy zawodowych i ich rodzin⁸, nie miał prawa do emerytury ani renty wojskowej, a mieszkanie mu wynajęte nie było kwaterą w rozumieniu ustawy. W głosowanym postanowieniu SN trafnie wskazał – choć nie było to konieczne dla oceny zasadności skargi kasacyjnej – iż związku z tym, że w ustawie o zakwaterowaniu nie uregulowano losów stosunku najmu mieszkań zajmowanych przez byłych pracowników cywilnych (takim nie był E.P. – uwaga autora) po ich śmierci, w tym zakresie wchodziły więc inne przepisy. Chodzi m.in. o:

⁸ Tj. Dz.U. z 2002 r. Nr 11, poz. 108.

- art. 680 i 689 k.c. w brzmieniu obowiązującym do dnia 11 listopada 1994 r.⁹ i w związku z art. 55 i 56 ustawy z dnia 2 lipca 1994 r. o najmie lokali i dodatkach mieszkaniowych w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 października 1997 r.¹⁰,
- art. 2 ust. 2 ustawy o najmie lokali i dodatkach mieszkaniowych w brzmieniu obowiązującym w dniu 1 października 1997 r. w związku z art. 8 tej ustawy. W myśl art. 2 ust. 2 tej ustawy do lokali mieszkalnych będących w dyspozycji jednostek organizacyjnych podległych lub nadzorowanych przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Szefa Urzędu Ochrony Państwa, jak też jednostek organizacyjnych Służby Więziennej podległych Ministrowi Sprawiedliwości, a także do lokali mieszkalnych będących w dyspozycji Wojskowej Agencji Mieszkaniowej przepisy ustawy stosuje się, jeżeli przepisy odrębne dotyczące tych lokali nie stanowią inaczej. Przy czym należy zwrócić uwagę na to, że w okresie od 12 listopada 1994 r. do 23 października 1997 r. przepis art. 8 ustawy z dnia 2 lipca 1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych nie przewidywał wygaśnięcia stosunku najmu w razie braku określonych w tym przepisie osób bliskich wstępujących w stosunek najmu¹¹. W orzecznictwie SN jednolicie przyjmowano dlatego, że stosunek ten po śmierci najemcy podlegał w takiej sytuacji dziedziczeniu na zasadach art. 922 i nast. k.c., jako stanowiący prawo majątkowe (zob. uzasadnienie uchwały z dnia 16 maja 1996 r., III CZP 46/96¹², uchwała z dnia 19 lipca 1996 r., III CZP 77/96¹³ oraz wyrok z dnia 6 czerwca 2002 r., I CKN 696/00¹⁴). Tylko zatem gdyby prawo do kwatery stałej traktować tak jak prawo najmu, możliwe byłoby uznanie, że prawo to weszło do spadku po E.P.

⁹ Np. art. 689 k.c. przewidywał, że jeżeli najem lokalu wynika z decyzji organu państwowego o przydziale lokalu, wypowiedzenie najmu przez wynajmującego może nastąpić tylko z przyczyn określonych w prawie lokalowym.

¹⁰ Dz.U. Nr 105, poz. 509 ze zm.

¹¹ Po dniu 23 października 1997 r. przepis art. 8 ustawy z dnia 2 lipca 1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych otrzymał brzmienie: „1. W razie śmierci najemcy jego następni, wstępni, pełnoletnie rodzeństwo, osoby przysposabiające albo przysposobione oraz osoba, która pozostawała faktycznie we wspólnym pożyciu małżeńskim z najemcą, mieszkający z nim stale do chwili jego śmierci, wstępują w stosunek najmu lokalu oraz nabywającego uprawnienia i obowiązki związane z tym lokalem, chyba że się tego prawa zrzekną wobec wynajmującego. Nie dotyczy to osób, które w chwili śmierci najemcy miały tytuł prawny do zajmowania innego lokalu mieszkalnego. 2. W razie braku osób uprawnionych do wstąpienia w stosunek najmu lub w razie zrzeczenia się przez nie tego prawa, stosunek najmu lokalu wygasa”.

¹² OSNC 1996, nr 7-8, poz. 104.

¹³ Niepubl.

¹⁴ Niepubl.

Do takiego traktowania brak jednak jakichkolwiek podstaw.

Zasadnie dlatego SN wywiódł, że zarzut naruszenia wskazanych w skardze kasacyjnej przepisów ustawy z 1994 r. o najmie lokali mieszkalnych i dodatkach mieszkaniowych jest chybiony, skoro z dokonanych w sprawie i wiążących SN ustaleń faktycznych wynikało, że sporny lokal miał charakter kwatery stałej, a więc nie był przedmiotem najmu. Na gruncie przepisów ustawy o zakwaterowaniu, jeśli lokal nie jest zajmowany na podstawie najmu (a tak jest wtedy, kiedy dochodzi do przydziału kwatery stałej), przepisy kodeksu cywilnego o najmie, tak samo jak przepisy ustaw szczególnych odnoszące się do najmu lokali, nie mają wówczas zastosowania.

Po czwarte – także inne przepisy ustawy np. art. 40, 41, 42 wskazują na administracyjnoprawny (nieoparty na cywilnoprawnej metodzie regulacji stosunków prawnych) charakter prawa do kwatery stałej.

Stosownie do art. 40 ust. 1 osobom uprawnionym **nie przydziela się** kwatery w wypadku: 1) wypłacenia ekwiwalentu pieniężnego, o którym mowa w art. 24 ust. 1 pkt 2; 2) udzielenia pomocy finansowej na budownictwo mieszkaniowe na podstawie dotychczasowych przepisów; 3) określonym w art. 24 ust. 4. Jeżeli osobie uprawnionej lub jej małżonkowi przysługuje spółdzielcze prawo do lokalu mieszkalnego albo są oni właścicielami domu mieszkalnego lub lokalu mieszkalnego nabytego bez pomocy finansowej, o której mowa w ust. 1 pkt 2, prawo do kwatery tej osoby realizuje się poprzez wypłacenie ekwiwalentu pieniężnego określonego w art. 24 ust. 1 pkt 2 (art. 40 ust. 2).

Jak stanowił art. 41, żołnierz zawodowy i osoby wspólnie z nim zamieszkujące **są obowiązane przekazać do dyspozycji Agencji dotychczas zajmowaną kwaterę**, jeżeli żołnierz: 1) otrzymał ekwiwalent pieniężny w zamian za rezygnację z kwatery, 2) otrzymał pomoc finansową na budownictwo mieszkaniowe, udzieloną na podstawie dotychczasowych przepisów; przepis art. 47 ust. 8 stosuje się odpowiednio, 3) został przeniesiony do innej miejscowości i przydzielono mu w tej lub pobliskiej miejscowości kwaterę lub kwaterę zastępczą, 4) został przeniesiony do innej jednostki wojskowej lub na inne stanowisko służbowe w tej samej miejscowości, a zajmowana dotychczas kwatera była przydzielona na czas zajmowania odpowiedniego stanowiska służbowego, w tym również w trybie art. 22 ust. 3, lub w wypadku pełnienia służby w określonej jednostce wojskowej i gdy przydzielono mu inną kwaterę odpowiadającą jego uprawnieniom, 5) został zwolniony z zawodowej służby wojskowej, a kwaterę przydzielono mu na podstawie dotychczas obowiązujących przepisów tylko na czas pełnienia służby w tej miejscowości, 6) zajmuje kwaterę znajdującą się w budynku o charakterze użytkowym albo w budynku przeznaczonym do rozbiór-

ki lub przebudowy i przydzielono mu inną kwatere, odpowiadającą jego uprawnieniom, 7) zajmuje kwatere znajdującą się w budynku stanowiącym własność osoby prawnej lub fizycznej i przydzielono mu inną kwatere, odpowiadającą jego uprawnieniom, 8) posiada on i jego małżonek oddzielne kwatery, z których jedna odpowiada co najmniej ich uprawnieniom; w takim wypadku przysługuje im prawo wyboru kwatery, 9) otrzymał kwatere odpowiadającą jego uprawnieniom w wypadku, o którym mowa w art. 28 ust. 2 pkt 1 lit. a), 10) wypowiedział stosunek służbowy w okresie służby obowiązkowej, chyba że zachował prawo do kwatery na podstawie art. 23 ust. 1, 11) nabył grunt w trybie określonym w art. 17 pkt 5. W myśl ustępu 2 tego przepisu, osoba, o której mowa w art. 23 ust. 1 lub 2, **jest obowiązana przekazać do dyspozycji Agencji dotychczas zajmowaną kwatere**, jeżeli: 1) występują odpowiednio okoliczności, o których mowa w ust. 1 pkt 1, 2, 5–9 lub 11, 2) zajmowana kwatere znajduje się w budynku, o którym mowa w art. 55 ust. 2, a osobie tej przydzielono kwatere odpowiadającą jej uprawnieniom.

Z kolei przepis art. 42 ust. 1 przewidywał, że w wypadkach określonych w art. 38, 41, 43 i 44 dyrektor oddziału terenowego Agencji **wyduje decyzje o zwolnieniu kwatery** lub wypowiedza umowę najmu. W wypadku gdy żołnierz buduje lub remontuje dom mieszkalny, decyzje, o których mowa w ust. 1, dotyczące wypadków określonych w art. 41 ust. 1 pkt 1 lub 2, mogą być wydane po upływie terminu określonego w umowie, o której mowa w art. 47 ust. 1 (ust. 2). Koszty przekwaterowania w wypadkach określonych w art. 41 ust. 1 pkt 6 i 7 ponosi Agencja (ust. 3). **Po uprawnieniu się decyzji** lub upływie terminu wypowiedzenia, o których mowa w ust. 1, dyrektor oddziału terenowego Agencji zarządza przymusowe przekwaterowanie (ust. 4).

W świetle tej regulacji prawnej widać zatem, że przy kwatere stałej decyzja administracyjna jako akt władczy (a nie czynność prawna) prowadzi do powstania tego prawa, jak też do zakończenia jego istnienia. Ponadto przepisy te nakładają liczne obowiązki na uprawnionego do zajmowania kwatery stałej (ściśła reglamentacja tego prawa do lokalu). W tym kontekście należy wskazać, że prawo cywilne, w odróżnieniu od innych gałęzi prawa (np. karnego, administracyjnego), nie polega na systemie prostych nakazów i zakazów, ale jego funkcjonowanie wyraża się w poważnej mierze w aktywności i działaniach samych zainteresowanych, a więc na swoistej „samoobsłudze”¹⁵. Tej swoistej samoobsługi na próżno moim zdaniem szukać w przypadku funkcjonowania norm prawnych odnoszących się do prawa do kwatery stałej.

¹⁵ Zob. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, op. cit., s. 17.

Po piąte – podkreślanie już w ustawie o zakwaterowaniu z 1951 r. (art. 47) tego, że do zakwaterowania określonego w tej ustawie nie stosuje się przepisów o najmie lokali, także moim zdaniem wskazuje na niecywilnoprawny charakter prawa do kwatery stałej.

Po szóste – w uchwale z dnia 26 marca 2002 r., III CZP 14/02¹⁶, SN uznał, że: „Obowiązek ponoszenia kosztów zużycia urządzeń technicznych oraz kosztów wykonania robót malarskich w kwaterze stałej (art. 32 ust. 3 w związku z art. 32 ust. 2 ustawy z dnia 22 czerwca 1995 r. o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 86, poz. 433 ze zm., oraz § 24 ust. 2 rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 27 maja 1996 r. w sprawie wykonania niektórych przepisów ustawy o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. Nr 65, poz. 320 ze zm.), nie przechodzi na spadkobierców osoby uprawnionej, zajmującej kwaterę do chwili śmierci”. W ocenie SN, dodatkowo obowiązek pokrycia kosztów zużycia urządzeń, o którym mowa w § 24 rozporządzenia, wykracza poza ramy obowiązków związanych z korzystaniem z kwatery. Obowiązek ten powstaje bowiem dopiero z chwilą utraty prawa do kwatery i, co za tym idzie, jej zwolnienia. Skoro zaś prawa i obowiązki wynikające z zajmowania kwatery stałej nie przechodzą na spadkobierców, a sam stosunek prawny łączący uprawnionego z Agencją wygasa, na co wskazuje art. 44 ustawy, to nałożenie na spadkobierców uprawnionego obowiązku ponoszenia kosztów zużycia urządzeń wymagałoby stosownego uregulowania ustawowego. Brak uregulowania oznacza, że obowiązek taki nie przechodzi na spadkobierców osoby uprawnionej do kwatery stałej. W orzeczeniu tym SN wyraził pogląd o administracyjnoprawnym charakterze prawa do kwatery stałej. Takie stanowisko SN zajął także w wyroku z dnia 6 czerwca 2002 r., I CKN 696/00¹⁷.

Można więc powiedzieć, że głosowane postanowienie wpisuje się w linię orzeczniczą. Pomimo zmiany stanu prawnego (vide: ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i niektórych innych ustaw¹⁸) charakter prawny prawa do kwatery stałej nie uległ zmianie i do chwili obecnej nie ma on charakteru cywilnoprawnego.

Na koniec warto wskazać, że fakt, iż prawo do kwatery stałej nie jest prawem wynikającym ze stosunku cywilnoprawnego, nie stoi na przeszkodzie przyjęciu, że prawo to może stanowić składnik majątku wspólnego małżonków i podlegać postępowaniu o jego podział. Przedmiotem wspólności ustawowej są bowiem prawa podmiotowe o charakterze majątko-

¹⁶ OSNC 2002, nr 12, poz. 148.

¹⁷ LEX nr 157863.

¹⁸ Dz.U. Nr 116, poz. 1203.

wym, niezależnie od rodzaju stosunku prawnego, z którego one wynikają. Dla przykładu nie budzi wątpliwości, że do majątku wspólnego wchodzi emerytura i renta. NSA w wyroku z dnia 1 kwietnia 1998 r., I SA/Gd 1216/97¹⁹, wskazał, że otrzymywana przez żonę od męża za pośrednictwem komornika renta związana z lożeniem środków na utrzymanie rodziny nie może stanowić jej przychodu, skoro świadczenie to – wobec trwania małżeństwa – jest wspólnym dorobkiem małżonków. Same wierzytelności z tytułu emerytur i rent należą do majątku osobistego, ale kolejne raty emerytury i renty z chwilą pobrania wchodzi już do majątku wspólnego. Potwierdził to SN w uzasadnieniu postanowienia z dnia 16 listopada 2012 r., III CZP 60/12²⁰, stwierdzając, że: „[...] emerytura jest świadczeniem o charakterze osobistym związanym z osobą uprawnionego, ponadto prawem o charakterze niezbywalnym. Oznacza to, że wierzytelność przysługuje wyłącznie emerytowi i należy do jego majątku osobistego (poprzednio: odrębnego), a nie małżonkom łącznie. Za powyższym stanowiskiem przemawiają również argumenty wynikające z wykładni systemowej art. 33 k.r.o. Konsekwentnie dopiero zmiana stanu prawnego, wynikająca z realizacji świadczenia przez zobowiązanego na rzecz uprawnionego, skutkuje przejściem pobranej należności do majątku wspólnego (art. 31 § 1 i 2 k.r.o.). Pojęcie »przedmioty majątkowe«, zawarte w art. 31 § 1 k.r.o., jak zgodnie przyjmuje judykatura i nauka prawa, oznacza wszelkie prawa majątkowe, w tym bezwzględne i względne, wierzytelności, tzw. sytuacje prawne i tzw. oczekiwania prawne. W obecnym stanie prawnym, z uwagi na przykładowe wyliczenie (zwrot »w szczególności«), mimo istotnego podobieństwa obu konstrukcji, brak zatem podstaw do stosowania wykładni rozszerzającej pojęcia »pobrane wynagrodzenie za pracę« zawartego w art. 31 § 2 pkt 1 in princ. k.r.o. i wystarczające jest odwołanie się do art. 31 § 1 k.r.o.”. Tymczasem prawo do emerytury i renty, nie będąc prawem ze stosunku cywilnoprawnego, nie wchodzi do spadku. Poza emeryturami i rentami do majątku wspólnego wchodzi także np. świadczenia pieniężne z ubezpieczenia społecznego (ustawa z dnia 25 czerwca 1999 r. o świadczeniach pieniężnych z ubezpieczenia społecznego w razie choroby i macierzyństwa).

W najnowszym orzecznictwie SN i w doktrynie²¹ podkreśla się, że w ustawie z dnia 22 czerwca 1995 r. czy też w ustawie z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy o zakwaterowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej oraz niektórych innych ustaw²² brak jest przepisu regulującego

¹⁹ LEX nr 33585.

²⁰ LEX nr 1254693.

²¹ Zob. np. G. Jędrejek, *Dopuszczalność eksmisji z kwatery stałej byłego małżonka żołnierza zawodowego*, WPP 2010, nr 4, s. 62.

²² Dz.U. Nr 116, poz. 1203 z późn. zm.

przynależność przedmiotowego prawa do majątków małżonków. Należy tu zatem stosować reguły określone w art. 31 i 33 k.r.o. Prawo do korzystania z osobnej kwatery nie jest prawem niezbywalnym w rozumieniu art. 33 pkt 5 k.r.o. Przynależność do majątku wspólnego małżonków prawa do zamieszkiwania w kwaterze stałej może także w drodze analogii *legis* wynikać z brzmienia art. 6801 k.c., który wprowadził wspólność ustawową prawa najmu lokalu mieszkalnego. Tym samym rozwiedziony małżonek, który chce wyeksmitować byłego współmałżonka, może więc wystąpić z wnioskiem o podział majątku wspólnego, a następnie jeżeli otrzyma prawo do takiego lokalu, może wystąpić z wnioskiem do WAM o eksmisję z uwagi na brak tytułu prawnego do lokalu byłego współmałżonka.

I tak w tezie wyroku SN z dnia 4 kwietnia 2012 r., I CSK 8/12²³, stwierdzono, że: „Przydział kwatery stałej jest prawem podmiotowym żołnierza zawodowego, podmiotem tego prawa jest również współmałżonek żołnierza, a w konsekwencji prawo do korzystania z takiej kwatery stanowi składnik majątku wspólnego małżonków”. Także w postanowieniu z dnia 26 listopada 2009 r., III CZP 96/09²⁴, SN stanął na stanowisku, że: „Prawo do korzystania z osobnej kwatery stałej, przyznanej decyzją Dyrektora Oddziału Terenowego WAM małżonkowi będącemu żołnierzem zawodowym, które nie jest prawem niezbywalnym mogącym przysługiwać tylko jednej osobie w rozumieniu art. 33 pkt 5 (uprzednio przed 20 stycznia 2005 r. – pkt 6 k.r.o.), i nie jest objęte katalogiem składników majątku osobistego (uprzednio odrębnego) wymienionych w art. 33 kro, stanowi składnik majątku wspólnego małżonków i podlega postępowaniu o jego podział”.

Podsumowując, stanowisko SN wyrażone w glosowanym postanowieniu jest trafne i jako takie zasługuje na aprobatę.

A B S T R A C T

Approving commentary to the decision of the Supreme Court of March 18, 2015. Where is discussed the right of a professional soldier (or military pensioner) to assigned permanent residence is not included in the inheritance.

²³ LEX nr 1157531.

²⁴ LEX nr 560491.

Zasady recenzowania

Wszystkie materiały publikowane w czasopiśmie podlegają ocenie recenzentów. Recenzentowi nie przekazuje się informacji o autorze materiału przekazanego w celu sporządzenia recenzji. Autor ma prawo zapoznać się z treścią recenzji. Nazwiska recenzentów poszczególnych materiałów nie są ujawniane.

Recenzja przedstawiana jest redakcji w formie pisemnej i elektronicznej, w terminie 1 miesiąca od otrzymania materiału przez recenzenta. Termin ten w uzasadnionych wypadkach może zostać przedłużony w uzgodnieniu z Redaktorem Naczelnym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Przekroczenie wskazanego terminu może skutkować powierzeniem sporządzenia recenzji innej osobie wskazanej przez Redaktora Naczelnego.

Recenzja powinna zawierać jednoznaczny wniosek recenzenta dotyczący dopuszczenia materiału do publikacji lub jego odrzucenia. W przypadku zasugerowania przez recenzenta poprawek, warunkiem przyjęcia materiału do publikacji jest ich uwzględnienie przez autora tekstu.

W recenzji należy przedstawić główne tezy recenzowanego materiału.

Merytoryczna ocena recenzowanego tekstu powinna uwzględniać wartość tekstu, a w szczególności przydatność poruszanej w nim tematyki dla potrzeb praktyki i zgodności tekstu z profilem wydawniczym „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”, poprawność logiczną wywodów, sposób przedstawiania poglądów własnych autora oraz poprawność wykorzystania przywołanych w tekście poglądów doktryny i judykatury.

Formalna ocena recenzowanego tekstu powinna obejmować poprawność językową i redakcyjną tekstu oraz wskazywać, czy nadesłany tekst odpowiada wymogom stawianym przez redakcję „Wojskowego Przeglądu Prawniczego”. Zauważone błędy i poprawki w tym zakresie należy wskazać w recenzji.

Ostateczną decyzję o przyjęciu materiału do publikacji bądź jego odrzuceniu podejmuje Redakcja.

Lista recenzentów współpracujących z czasopiśmie zamieszczana jest na stronie internetowej Prokuratury Krajowej, w zakładce „Wojskowy Przegląd Prawniczy” i podlega corocznej aktualizacji.

Zapobieganie przypadkom ghostwriting i guest authorship

Redakcja podejmuje działania zapobiegające przypadkom ghostwriting (osoba wniosła istotny wkład w powstanie publikacji, bez ujawnienia swojego udziału jako jeden z autorów) oraz guest authorship

(osoba jest wymieniana jako autor lub współautor publikacji, choć jej udział w powstaniu tekstu jest znikomy lub w ogóle nie miał miejsca), poprzez zobowiązanie autora lub współautorów składających materiał do redakcji do procentowego określenia swojego wkładu w powstanie publikacji, a także poinformowania redakcji o źródłach finansowania badań, których wyniki zostały przedstawione w utworze.

II. Informacje dla czytelników

Zgodnie z § 32 ust. 1 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 12 grudnia 2016 r. w sprawie przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym i uczelniom, w których zgodnie z ich statutami nie wyodrębniono podstawowych jednostek organizacyjnych (Dz.U. 2016 r. poz. 2154), opracowano wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznawanych za publikacje w tych czasopismach.

Przy kompleksowej ocenie za lata 2013–2016 stosuje się wykaz czasopism naukowych wraz z liczbą punktów przyznanych za publikacje naukowe w tych czasopismach, ustalony na podstawie wykazów ogłoszonych w tych latach przez ministra zgodnie z § 14 ust. 2 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 13 lipca 2012 r. w sprawie kryteriów i trybu przyznawania kategorii naukowej jednostkom naukowym (Dz.U. z 2014 r. poz. 1126). W wykazie zamieszcza się wszystkie czasopisma naukowe, które zostały zamieszczone w co najmniej jednym wykazie obowiązującym w poszczególnych latach z okresu 2013–2016. Za publikacje naukowe w każdym z tych czasopism przyznaje się najwyższą liczbę punktów spośród określonych w poszczególnych wykazach z tego okresu.

Wykaz czasopism naukowych składa się z 3 części: A, B i C.

Kwartalnik „Wojskowy Przegląd Prawniczy” zamieszczono w części B, pozycja 2825, przyznając 5 punktów za publikację w czasopiśmie naukowym.

Informację na ten temat można znaleźć pod adresem: <http://www.nauka.gov.pl/ujednociony-wykaz-czasopism-naukowych/wykaz-czasopism-naukowych-zawierajacy-historie-czasopisma-z-publikowanych-wykazow-za-lata-2013-2016.html>.

Czasopismo „Wojskowy Przegląd Prawniczy” pozytywnie przeszło proces ewaluacji ICI Journals Master List 2014, której wynikiem jest przyznanie wskaźnika ICV (*Index Copernicus Value*) w wysokości 33.01 pkt.

NAKLAD 200 EGZ.