



**Opinia do ustawy o zmianie ustawy o ochronie granicy państwowej
(druk nr 1081)**

I. Cel i przedmiot ustawy

Opiniowana ustawa stanowi wykonanie obowiązku dostosowania systemu prawa do postanowienia Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 października 2008 r. (sygn. akt S 4/08).

TK zasygnalizował – w celu zapewnienia spójności systemu prawnego – potrzebę podjęcia inicjatywy ustawodawczej w sprawie dopuszczalności zniszczenia obcego cywilnego statku powietrznego na podstawie przepisu art. 18b ust. 2 pkt 2 lub 3 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej. We wcześniejszym orzeczeniu z dnia 30 września 2008 r. (K 44/07) TK stwierdził, że art. 122a ustawy z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze (Dz. U. z 2006 r. Nr 100, poz. 696, ze zm.) jest niezgodny z Konstytucją. Przepis ten przewidywał, że jeżeli "cywilny statek powietrzny jest użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza, statek ten może być zniszczony na zasadach określonych w przepisach ustawy z dnia 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej".

Trybunał Konstytucyjny zakwestionował środek polegający na zestrzeleniu w odniesieniu do statku cywilnego. Zwrócił uwagę na to, że zgodnie z przepisami statek może być zniszczony gdy wymagają tego "względy bezpieczeństwa" i jest "użyty do działań sprzecznych z prawem". Są to określenia niedookreślone. Może tu więc chodzić o bardzo szeroką (zbyt szeroką) gamę zachowań. Narusza to zasadę poprawnej legislacji z art. 2 Konstytucji. Ponadto, TK zauważył, że "ustawodawstwo zwykle zawiera powszechnie akceptowane unormowania dopuszczające działania mogące skutkować odebraniem życia i to nie tylko dla bezpośredniego ratowania życia własnego czy cudzego, ale też w innych sytuacjach. Dość przypomnieć regulacje dotyczące stanu wyższej konieczności, obrony własnej czy użycia broni przez funkcjonariuszy Policji i innych służb mundurowych". Nie są

one kwestionowane. "Odrębnie należy jednak oceniać normy *expressis verbis* upoważniające państwo do celowego i umyślnego pozbawienia życia człowieka – zwłaszcza jeżeli brak takiej konieczności z punktu widzenia ochrony innych praw i wolności, albo jeżeli chodzi o osobę, która swoim działaniem nie wywołała konieczności takiej reakcji. Z art. 38 Konstytucji, zapewniającego każdemu prawną ochronę życia, wynika zatem m.in. zakaz wprowadzenia do ustawodawstwa zwykłego kary śmierci, jak również innych instytucji, zakładających umyślne i celowe pozbawienie człowieka życia przez organy państwa".

Tymczasem, kwestionowany przepis pozwala zestrzelić samolot z pasażerami, już w sytuacji dość ogólnikowych i ewentualnych zagrożeń bezpieczeństwa „naziemnego”. Nie zachodzą jednak przesłanki umożliwiające ograniczenie prawnej ochrony życia, wynikające z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

W końcu, ten ostateczny środek w zakresie, w jakim może być wymierzony przeciwko znajdującym się na jego pokładzie osobom niebędącym agresorami, tj. pozostałym pasażerom i personelowi, godzi niewątpliwie w ich godność osobową, o której mowa w art. 30 Konstytucji.

Mając na uwadze konieczność wykonania postanowienia Trybunału Konstytucyjnego, opiniowana ustawa sprowadza się do:

- 1) wykluczenia możliwość zestrzelenia obcego cywilnego statku powietrznego na pokładzie, którego znajdują się osoby inne niż zamachowcy,
- 2) pozostawienia możliwości zestrzelenia (po zaistnieniu przesłanek wskazanych w ustawie) każdego obcego wojskowego statku powietrznego, a także obcego cywilnego statku powietrznego, który nie posiada żadnych osób na pokładzie albo na pokładzie którego znajdują się wyłącznie zamachowcy
 - w sytuacji gdy statki te naruszają, w sposób nieuprawniony, polską przestrzeń powietrzną.

Opiniowana ustawa ponadto:

- 1) wskazuje na Dowódcę Operacyjnego Sił Zbrojnych jako jedyne uprawnione do zastosowania ww. środków,
- 2) modyfikuje przepis stanowiący o właściwości Dowódcy Operacyjnego Sił Zbrojnych do wykonywania zadań Ministra Obrony Narodowej w zakresie ochrony granicy państwowej w przestrzeni powietrznej o wskazanie, że zadania te Dowódca Operacyjny wykonuje przy pomocy organu dowodzenia obrona powietrzną,

- 3) wprowadza możliwość upoważnienia kierownika jednostki organizacyjnej Sił Zbrojnych RP właściwej w zakresie służby ruchu lotniczego do wydawania zezwoleń na przekroczenie powietrznej granicy państwowej,
- 4) wprowadza inne zmiany będące konsekwencją nowych rozwiązań przyjętych przez ustawę, m. in. modyfikuje przepis upoważniający do wydania rozporządzenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił opiniowaną ustawę na 82. posiedzeniu w dniu 5 stycznia 2011 r. w oparciu o projekt senacki. Projekt ten był przedmiotem prac sejmowej Komisji Obrony Narodowej. Komisja po rozpatrzeniu przedłożenia wprowadziła do niego poprawki w szczególności polegające na:

- 1) modyfikacji przesłanek uzasadniających zestrzelenie samolotu i wprowadzeniu definicji ataku o charakterze terrorystycznym,
- 2) wskazaniu, że zadania Ministra Obrony Narodowej w zakresie ochrony granicy państwowej w przestrzeni powietrznej Dowódca Operacyjny Sił Zbrojnych wykonuje przy pomocy organu dowodzenia obrona powietrzną,
- 3) wprowadzeniu możliwość upoważnienia kierownika jednostki organizacyjnej Sił Zbrojnych RP właściwej w zakresie służby ruchu lotniczego do wydawania zezwoleń na przekroczenie powietrznej granicy państwowej,

W trakcie drugiego czytania nie zostały zgłoszone dodatkowe poprawki. Projekt został uchwalony w brzmieniu zaproponowanym przez Komisję Obrony Narodowej.

III. Uwagi szczegółowe

- 1) **art. 1 pkt 1 oraz pkt 3 lit. d noweli**, art. 7 ust. 4 oraz art. 18b ust. 6 ustawy.

Zgodnie z nowym brzmieniem art. 7 ust. 4 zadania w zakresie ochrony granicy państwowej w przestrzeni powietrznej RP wykonuje Dowódca Operacyjny Sił Zbrojnych przy pomocy organu dowodzenia obroną powietrzną. Organ ten określić ma Rada Ministrów w drodze rozporządzenia wydanego na podstawie art. 18b ust. 6. Wątpliwość budzi zasadność takiego rozwiązania.

Po pierwsze, założyć należy, że przepis art. 18b ust. 6 nie zawiera upoważnienia do utworzenia nowego organu, a upoważnia jedynie do wskazania na konkretny organ (określenia konkretnego organu) dowodzenia obroną powietrzną. Nierozstrzygniętym, przez

ustawę, pozostaje przez kogo zostaje utworzony i w jakiej strukturze organizacyjnej działa organ dowodzenia obroną powietrzną, w szczególności w kontekście obowiązujących przepisów ustawy z dnia 21 listopada 1967 r. o powszechnym obowiązku obrony Rzeczypospolitej Polskiej, zgodnie z którymi Dowódca Operacyjny Sił Zbrojnych wykonuje swoje zadania przy pomocy Dowództwa Operacyjnego Sił Zbrojnych, a szczegółowy zakres działania, strukturę organizacyjną oraz siedzibę Dowództwa Operacyjnego Sił Zbrojnych określa w drodze zarządzenia Minister Obrony Narodowej.

Po drugie, zgodnie z nowym brzmieniem art. 7 ust. 4 Dowódca Operacyjny Sił Zbrojnych wykonuje wszystkie swoje zadania (w zakresie wskazanym w przepisie) przy pomocy organu dowodzenia obroną powietrzną. Tymczasem przepis art. 18b ust. 6 zawiera upoważnienie jedynie do określenia trybu postępowania w przypadku nieuprawnionego przekroczenia przez samolot powietrznej granicy państwowej.

Po trzecie, wydając rozporządzenie w przedmiocie procedury podejmowania decyzji skutkującej zestrzeleniem samolotu Rada Ministrów kierować się ma sprawnością i skutecznością współdziałania organu dowodzenia obroną powietrzną z państwowym organem zarządzania ruchem lotniczym oraz organami zapewniającymi bezpieczeństwo państwa. Tymczasem, pomimo tak sformułowanej wytycznej, opiniowana ustawa nie zawiera przepisów materialnych uwzględniających udział organu dowodzenia obroną powietrzną w podejmowaniu takiej decyzji.

2) **art. 1 pkt 3 lit. b noweli**, art. 18b ust. 2b ustawy.

Opiniowana ustawa wprowadza definicję ataku o charakterze terrorystycznym, uzasadniającym decyzję o zestrzeleniu samolotu wojskowego (oraz cywilnego bez pasażerów i załogi). Zgodnie z art. 18b ust. 2b ustawy:

"Atakiem o charakterze terrorystycznym jest czyn popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób;
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności;
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej – a także groźba popełnienia takiego czynu."

Redakcja art. 18b ust. 2b może nieść wątpliwości związane z ustaleniem zakresu jego normowania.

I tak, po pierwsze, wątpliwość budzić może, czy ujęta w pkt 3, po myślniku, groźba popełnienia czynu dotyczyć ma tylko czynu ujętego w pkt 3, czy też także czynów ujętych w pkt 1 i 2. Przyjęta technika zredagowania przepisu wskazuje, że groźba ta dotyczy tylko czynu z pkt 3 (wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej). Jeżeli tak, to zasadną jest korekta przepisu (posłużenie się, w pkt 3 po wyrazach "lub organizacji międzynarodowej" myślnikiem, a przecinkiem). W przeciwnym razie (jeśli intencją projektodawców było objęcie definicją ataku o charakterze terrorystycznym także groźby poważnego zastraszenia wielu osób lub groźby zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności) to fraza "- a także groźba popełnienia takiego czynu" powinna zaczynać się od nowej linijki tekstu.

Po drugie, możliwa jest też interpretacja, że wszystkie z elementów wyliczenia powinny być spełnione kumulatywnie (pkt 1 i 2 i 3), a nie alternatywnie (pkt 1 lub 2 lub 3). Również tym przypadkiem zasadnym byłoby doprecyzowanie przepisu.

Powyższe uwagi nie mogą jednak pozostawać w oderwaniu od wzorca jakim posłużono się przy konstruowaniu przepisu. Zgodnie z art. 115 § 20 kodeksu karnego:

"Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony (...) popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób,
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej - a także groźba popełnienia takiego czynu."

Celem zapewnienia spójności instytucji przestępstwa o charakterze terrorystycznym z kodeksu karnego i ataku o charakterze terrorystycznym z ustawy o ochronie granicy państwowej, w kontekście opisanych powyżej wątpliwości interpretacyjnych, zasadnym wydaje się odesłanie w art. 18b ust. 2b wprost do uregulowań kodeksowych. Tak, aby nie dochodziło do różnic w wykładni obydwu przepisów.

Na marginesie dodać należy, że brzmienie przepisu art. 115 § 20 kk uchwalone przez Sejm w dniu 16 kwietnia 2004 r.(po rozpatrzeniu poprawek Senatu) miało postać:

"§ 20. Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób,
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej
- a także groźba popełnienia takiego czynu."

Ostatecznie jednak, brzmienie opublikowane w Dzienniku Ustaw (ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw), ma następującą postać:

"§ 20. Przestępstwem o charakterze terrorystycznym jest czyn zabroniony zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 5 lat, popełniony w celu:

- 1) poważnego zastraszenia wielu osób,
- 2) zmuszenia organu władzy publicznej Rzeczypospolitej Polskiej lub innego państwa albo organu organizacji międzynarodowej do podjęcia lub zaniechania określonych czynności,
- 3) wywołania poważnych zakłóceń w ustroju lub gospodarce Rzeczypospolitej Polskiej, innego państwa lub organizacji międzynarodowej - a także groźba popełnienia takiego czynu."

Opublikowany tekst nowelizacji kodeksu karnego różni się więc od tekstu uchwalonego przez Parlament. W tej sytuacji zasadnym byłoby dokonanie sprostowania błędu w ogłoszonej ustawie lub też - w kontekście wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 7 lipca 2003 r. (sygn. akt SK 38/01) – ewentualna nowelizacja kodeksu karnego. Również z tego powodu zasadną jest propozycja poprawki zakładająca odesłanie w przedmiotowym zakresie wprost do kodeksu karnego.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 3 w lit. c, ust. 2b otrzymuje brzmienie:

"2b. W rozumieniu niniejszej ustawy atakiem o charakterze terrorystycznym jest czyn popełniony w celu określonym w art. 115 § 20 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz. U. Nr 88, poz. 533 z późn. zm.)";

3) **art. 1 pkt 3 lit. d noweli**, art. 18b ust. 6 ustawy.

W wytycznych do wydania rozporządzenia, art. 18b ust. 6 nakazuje uwzględnić "zapewnienie prawidłowego zastosowania (...) środków tylko w przypadku braku możliwości innego wymuszenia przestrzegania prawa polskiego". Odczytując dosłownie ta dyrektywę Rada Ministrów, wydając rozporządzenie, nie może kierować się prawidłowym zastosowaniem środków w sytuacji, gdy są inne możliwości wymuszenia przestrzegania prawa.

Propozycja poprawki zakłada wykreślenie zwrotu "tylko w przypadku braku możliwości innego wymuszenia przestrzegania prawa polskiego". Wytyczna ta jest bowiem wytyczna pozorną. Uzyskująca upoważnienie do wydania aktu wykonawczego Rada Ministrów powinna ją bowiem brać pod uwagę, niezależnie od tego, czy tego rodzaju sformułowanie znalazło się wprost tekście upoważnienia, czy też nie. Z samej ustawy wynika bowiem, że podjęcie decyzji skutkującej zestrzeleniem samolotu jest środkiem o charakterze ostatecznym, stosowanym tylko w przypadku braku możliwości innego wymuszenia przestrzegania prawa. Rozwiązanie takie jest materią ustawową i nie może być rozstrzygane aktem o charakterze podustawowym.

Propozycja poprawki:

- w art. 1 w pkt 2 w lit. d, w ust. 6 skreśla się wyrazy "tylko w przypadku braku możliwości innego wymuszenia przestrzegania prawa polskiego";

4) **art. 2 noweli**.

Mając na względzie termin wejścia w życie ustawy (14 dni od dnia ogłoszenia) należy pamiętać o konieczności jak najszybszego wydania nowego rozporządzenia na podstawie znowelizowanego art. 18b ust. 6 ustawy. Dotychczasowe rozporządzenie, wobec zmiany zakresu spraw przekazanych do uregulowania, zgodnie z niebudzącymi wątpliwości regułami walidacyjnymi, potwierdzonymi § 32 Zasad techniki prawodawczej, upadnie w dniu wejścia w życie opiniowanej ustawy.

Szymon Giderewicz
legislator