



Warszawa, 19-07-2023 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

II.510.565.2023.PZ

Pan Senator

Krzysztof Kwiatkowski

**Przewodniczący Komisji Ustawodawczej
Senatu RP**

ku@senat.gov.pl

Pan Senator

Aleksander Pociąg

**Przewodniczący Komisji Praw
Człowieka, Praworządności i Petycji
Senatu RP**

kpcpp@senat.gov.pl

Wielce Szanowni Panowie Przewodniczący,

W związku z uchwaleniem w dniu 7 lipca 2023 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 1038), która przewiduje wprowadzenie zmian do ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (Dz.U. 2022, poz. 1138 t.j. cyt. dalej jako: k.k. lub kodeks karny) polegających w szczególności na nadaniu nowego brzmienia art. 130 k.k. przewidującemu odpowiedzialność za przestępstwo szpiegostwa, a także wprowadzeniu zmian w treści art. 131 k.k. oraz wprowadzeniu nowego art. 112a k.k. statuującego wyjątek od warunku podwójnej karalności, chciałbym przedstawić uwagi dotyczące przedmiotowej materii.

Podzielam ocenę wyrażoną w opinii Biura Analiz Sądu Najwyższego z dnia 12 czerwca 2023 r. (BSA 11.021.29.2023; BSA 11.021.44.2023), że uchwalona ustawa z dnia 7 lipca 2023 r. w zakresie zawartych w niej zmian odnoszących się do przepisów Kodeksu karnego nie została właściwie uzasadniona. Uwaga ta nabiera mocy, gdy zauważymy, że nowe przepisy posługują się pojęciami nieostrymi znaczeniowo oraz ocennymi. Trafnie wskazuje się w opinii Biura Analiz SN, że żaden z motywów uzasadnienia projektu ustawy „nie jest na tyle konkretnie sformułowany, aby można było merytorycznie odnieść się do niego jako do argumentu przemawiającego za projektowaną modyfikacją art. 130 k.k., zarówno w zakresie w jakim odnosi się ona do objęcia kryminalizacją zachowań opisanych w projektowanych przepisach (tj. projektowane § 3-5, § 7-8 art. 130 k.k.), jak i przewidzianych za ich realizację sankcji karnych (tj. projektowane § 3 - § 8 art. 130 k.k.)”.

Zwrócić również należy uwagę na zasadę *ultima ratio* prawa karnego, którą wysławiają art. 2 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Zgodnie z drugim ze wskazanych przepisów: „Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.”. Zgodnie z orzecnictwem Trybunału Konstytucyjnego „rozpatrując zgodność (...) przepisów z zasadą proporcjonalności należy rozstrzygnąć trzy istotne zagadnienia: 1) czy regulacja ta jest właściwa dla osiągnięcia zamierzonych celów, 2) czy jest ona niezbędna dla ochrony i realizacji interesu publicznego, z którym jest związana, 3) czy jej efekty pozostają w odpowiedniej proporcji do zakresu ciężarów nakładanych na obywatela” (wyrok TK z 27.04.1999 r., P 7/98, OTK 1999, nr 4, poz. 72). Tymczasem **brak wskazania celu wprowadzenia uchwalonej regulacji z art. 112a k.k. oraz niedookreśloność celów odnoszących się do uchwalonych zmian w regulacjach z art. 130 k.k. i art. 131 k.k. właściwie wyklucza możliwość przeprowadzenia testu proporcjonalności wymaganego przez art. 31 ust. 3 Konstytucji RP**. Podzielić należy w tym względzie oceny wyrażone w cyt. wyżej opinii Biura Analiz SN, że ustawodawca nie wykazał racjonalnej potrzeby („konieczności”) ukształtowania nowych typów czynów zabronionych jako zbrodni (dotyczy to art. 130 § 1, 4 i 5 k.k.), jak również potrzeby wprowadzenia sankcji karnych w postaci zagrożenia karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8 albo karą dożywotniego pozbawienia wolności (art. 130 § 2 i 3 k.k.), czy też sankcji karnej w postaci kary pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 10 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności (art. 130 § 5 i 9 k.k.). Trafnie

wskazano, że „ustawodawca nie wskazał w uzasadnieniu projektu konkretnych argumentów przemawiających za potrzebą dodania art. 130 § 4 -5 i § 8 k.k. Nie przytoczył też żadnych danych empirycznych, które wskazywałyby potrzebę wprowadzenia tak represyjnych zmian”. Trafne jest również zakwestionowanie potrzeby wprowadzenia w uchwalonym art. 130 § 10 k.k. obligatoryjnego orzekania środka karnego w postaci pozbawienia praw publicznych, a to z uwagi na brzmienie art. 40 § 2 pkt 1 k.k. oraz projektowaną wysokość sankcji karnych.

Odnosząc się do uchwalonego art. 112a k.k., również wskazać należy na brak uzasadnienia dla wprowadzenia wskazanego przepisu. Przepis ten wprowadza zaś całkowicie nowe rozwiązanie, którego konsekwencją jest wyłączenie warunku podwójnej karalności z art. 111 k.k., a zatem zastosowanie ustawy karnej polskiej do obywatela polskiego oraz cudzoziemca niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego.

Aspekt gwarancyjny wynikający z zasady zaufania z art. 2 Konstytucji RP, który można dostrzec w warunku podwójnej karalności, podlega zasadzie proporcjonalności z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP i może zostać wyłączony wówczas, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. W tym kontekście wskazać należy, że ów aspekt gwarancyjny warunku podwójnej karalności zostaje wyłączony także przez uchwalony art. 112a k.k., przy czym wyłączenie to nie zostało przez ustawodawcę uzasadnione.

W ramach art. 112a k.k. wyszczególnić należy dwie przesłanki kształtujące zakres jego zastosowania. Pierwszą z nich jest okoliczność towarzysząca popełnieniu przestępstwa. Sprawca ma je bowiem popełnić „przy użyciu systemu informatycznego, systemu teleinformatycznego lub sieci teleinformatycznej”. **Ustawodawca nie sprecyzował, czy użycie przez sprawcę systemu informatycznego, systemu teleinformatycznego lub sieci teleinformatycznej ma być okolicznością warunkującą popełnienie przestępstwa, czy też tylko ułatwiającą jego popełnienie.** Wskazać przy tym należy, że definicje systemu informatycznego znajdują się w art. 2 lit. a dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2013/40/UE z dnia 12 sierpnia 2013 r. dotyczącej ataków na systemy informatyczne i zastępująca decyzję

ramową Rady 2005/222/WSiSW (Dz. U. UE. L. z 2013 r. Nr 218, str. 8)¹ oraz art. 1 lit. a Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 728)², definicja sieci telekomunikacyjnej znajduje się w art. 2 pkt 35 ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1648 z późn. zm.)³, zaś definicja systemu teleinformatycznego znajduje się zarówno w art. 3 pkt 3 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (t.j. Dz. U. z 2023 r. poz. 57 z późn. zm.), jak i w art. 2 pkt 3 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 344)⁴. Zastosowanie tych definicji do art. 112a k.k. uzasadnia wniosek, że **wyszczególniona jako pierwsza przesłanka zastosowania art. 112a k.k. zostaje spełniona już w przypadku skorzystania przez sprawcę z telefonu komórkowego w celu przekazania informacji drugiej osobie**, co stanowi użycie systemu informatycznego (telefonu komórkowego), systemu teleinformatycznego (wysyłanie wiadomości tekstowych lub rozmowa za pomocą komunikatorów internetowych) oraz sieci teleinformatycznej (wysyłanie SMS'ów, MMS'ów lub rozmowa telefoniczna).

Druga przesłanka z art. 112a k.k. została sformułowana w postaci warunku o treści: „jeżeli czyn ten na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wywołał lub mógł wywołać skutek naruszający interes państwa w zakresie ochrony niepodległości, integralności

¹ Art. 2 lit. a dyrektywy 2013/40/UE: „system informatyczny oznacza urządzenie lub grupę wzajemnie połączonych lub powiązanych ze sobą urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z programem, dokonuje automatycznego przetwarzania danych komputerowych, jak również danych komputerowych przechowywanych, przetwarzanych, odzyskanych lub przekazanych przez to urządzenie lub tę grupę urządzeń, w celach ich eksploatacji, użycia, ochrony lub utrzymania”.

² Art. 1 lit. a Konwencji o cyberprzestępczości: „system informatyczny oznacza każde urządzenie lub grupę wzajemnie połączonych lub związanych ze sobą urządzeń, z których jedno lub więcej, zgodnie z programem, wykonuje automatyczne przetwarzanie danych”.

³ Art. 2 pkt 35 ustawy Prawo telekomunikacyjne: „sieć telekomunikacyjna - systemy transmisyjne oraz urządzenia komutacyjne lub przekierowujące, a także inne zasoby, w tym nieaktywne elementy sieci, które umożliwiają nadawanie, odbiór lub transmisję sygnałów za pomocą przewodów, fal radiowych, optycznych lub innych środków wykorzystujących energię elektromagnetyczną, niezależnie od ich rodzaju”.

⁴ Art. 3 pkt 3 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną: „system teleinformatyczny - zespół współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniający przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci telekomunikacyjnego urządzenia końcowego w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. - Prawo telekomunikacyjne (Dz. U. z 2019 r. poz. 2460)”.

terytorialnej, bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego, obronności, polityki zagranicznej, pozycji międzynarodowej lub potencjału naukowego lub gospodarczego". Jej analiza wymaga szerokiego wprowadzenia do postanowień Rozdziału XIII Kodeksu karnego oraz do art. 5 k.k., w którym wysłowiona została zasada terytorialności oraz zasada bandery, oraz art. 6 § 2 k.k. statuującego zasadę wielomiejscowości popełnienia przestępstwa.

W literaturze trafnie przyjmuje się, że zarówno obywatel polski, jak i cudzoziemiec – abstrahując od konsekwencji prawnych – są związani polskimi normami sankcjonowanymi na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w sposób nieograniczony, zaś obywatel polski również poza jego granicami, a także zasadniczo polskie zakazy i nakazy obejmują za granicą cudzoziemca, który narusza za granicą polskie prawa i wolności (M. Derek, *Granice przestrzennego obowiązywania polskiej ustawy karnej*, *Przegląd Sądowy* 2018/3, s. 52).

Regulacje zawarte w art. 5 i 6 k.k. oraz w Rozdziale XIII mają zatem charakter korygujący zakres zastosowania przestępstw do czynów popełnionych zagranicą przez obywatela polskiego oraz przez cudzoziemca. Funkcją rozwiązań legislacyjnych przewidzianych w art. 109-114a k.k. jest ograniczenie zakresu stosowania polskiej ustawy karnej do wskazanych w nich przestępstw popełnionych przez obywateli polskich i cudzoziemców zagranicą. **Tym samym konsekwencją wprowadzenia art. 112a k.k. jest rozszerzenie zakresu stosowania polskiej ustawy karnej do wskazanych w nich przestępstw popełnionych przez obywateli polskich i cudzoziemców zagranicą. Art. 112a k.k. winien zatem spełniać przesłanki wynikające z zasady *nullum crimen sine lege* wywodzone z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP.**

Powszechną w prawie międzynarodowym oraz uznawaną za podstawową zasadą stosowania ustawy karnej jest zasada terytorialności. Z suwerenności jako immanentnej cechy państwowości wynika prawo do stanowienia i do stosowania prawa na terytorium objętym władzą tego państwa. Jednakże granicami stosowania tej zasady nie są tylko granice terytorialne rozciągnięte na zdarzenia następujące pod i nad ziemią, ale także, zgodnie z art. 5 k.k., ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, stanowi inaczej. Zgodnie zaś z art. 115 § 15 k.k. w rozumieniu Kodeksu karnego za statek wodny uważa się także stałą platformę umieszczoną na szelfie kontynentalnym.

Przy analizie treści uchwalonego art. 112a k.k. należy mieć na uwadze zasadę wielomiejscowości popełnienia czynu zabronionego opisaną w art. 6 § 2 k.k., z którego wynika, że czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić. Z art. 6 § 2 k.k. w powiązaniu z art. 5 k.k. wynika, że jeżeli tylko przy realizacji znamion przedmiotowych czynu zabronionego sprawcy towarzyszył zamiar, którego negatywne następstwo stanowiące znamię skutku jednego z opisanych w ustawodawstwie polskim typów czynów zabronionych miało wystąpić na obszarze terytorium zakreślonym przez art. 5 k.k. i odczytywanym łącznie z art. 115 § 15 k.k., to jest to wystarczająca przesłanka do uzasadnienia zastosowania ustawy karnej polskiej do tego zachowania, któremu taki zamiar towarzyszył. Nie jest jednocześnie wymagane w tym przypadku spełnienie warunku podwójnej karalności z art. 111 § 1 i 2 k.k. Z uwagi na powyższe oraz zasadę przydatności regulacji z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP odczytanie drugiej ze wskazanych przesłanek art. 112a k.k. staje się niezwykle trudne. Opisany bowiem w art. 112a k.k. skutek czynu, który ma nastąpić lub mógł nastąpić na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej musi być innym skutkiem, niż ten opisany w art. 6 § 2 k.k., a więc w przepisie art. 112a k.k. nie chodzi o skutek jako znamię przestępstwa. Ustawodawca, wbrew zasadom techniki prawodawczej, posłużył się terminem „skutek” w innym znaczeniu, niż używany jest on w Kodeksie karnym, w tym na gruncie art. 6 § 2 k.k. **Słowo „skutek” użyte na gruncie uchwalonego art. 112a k.k. należy zatem odczytywać w taki sposób, że chodzi tu o „dalszą konsekwencję popełnienia przestępstwa”.**

Abstrahując od tak zakreślonej trudności interpretacyjnej, wskazać należy, że ustalenie zakresu owej „dalszej konsekwencji popełnienia przestępstwa” rodzi jeszcze większe problemy interpretacyjne. Zwrot „skutek naruszający interes państwa w zakresie ochrony niepodległości, integralności terytorialnej, bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego, obronności, polityki zagranicznej, pozycji międzynarodowej lub potencjału naukowego lub gospodarczego” należy odczytać bowiem, zgodnie z zasadą przydatności regulacji z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, przez

pryzmat obowiązującego art. 112 k.k.⁵. Art. 112 k.k. w tym sensie ma szerszy zakres zastosowania od uchwalonego art. 112a k.k., że wyłącza zastosowanie warunku podwójnej karalności niezależnie od tego, czy sprawca posłużył się przy popełnieniu przestępstwa systemem informatycznym, systemem teleinformatycznym lub siecią teleinformatyczną, czy też nie. **Analiza treści art. 112 k.k. oraz art. 112a k.k. wskazuje, że w części ich zakresy zastosowania pokrywają się, w tym w szczególności w zakresie przesłanki „przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu wewnętrznemu lub zewnętrznemu Rzeczypospolitej Polskiej” oraz przesłanki „przestępstwa przeciwko istotnym polskim interesom gospodarczym”.**

Aspekt gwarancyjny wynikający z zasady zaufania obywateli do państwa i stanowionego przez to państwo prawa (art. 2 Konstytucji RP), doznaje uszczerbku także z uwagi na nieostrość znaczeniową użytego w art. 112a k.k. zwrotu dookreślającego dalszą konsekwencję popełnienia przestępstwa jako „skutek naruszający interes państwa w zakresie ochrony niepodległości, integralności terytorialnej, bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego, obronności, polityki zagranicznej, pozycji międzynarodowej lub potencjału naukowego lub gospodarczego”. Zwrot ten sam w sobie rodzi bowiem daleko posunięte wątpliwości interpretacyjne, które wobec całkowitego braku uzasadnienia projektu w tym względzie, nie dają się usunąć za pomocą zwykłych środków interpretacyjnych.

A contrario do art. 6 § 2 k.k. w związku z art. 5 k.k., uchwalony art. 112a k.k. normuje przypadki, w których nie znajduje zastosowania zasada terytorialności. Art. 112a k.k. znajdzie zatem zastosowanie tylko wówczas, gdy sprawca ani nie działał, ani nie zaniechał działania na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, ani, gdy skutek

⁵ Art. 112 k.k.: „Niezależnie od przepisów obowiązujących w miejscu popełnienia czynu zabronionego, ustawę karną polską stosuje się do obywatela polskiego oraz cudzoziemca w razie popełnienia:

- 1) przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu wewnętrznemu lub zewnętrznemu Rzeczypospolitej Polskiej;
 - 1a) (utracił moc);
- 2) przestępstwa przeciwko polskim urządům lub funkcjonariuszom publicznym oraz przestępstwa wyłudzenia poświadczenia nieprawdy od polskiego funkcjonariusza publicznego lub innej osoby uprawnionej na podstawie prawa polskiego do wystawienia dokumentu;
- 3) przestępstwa przeciwko istotnym polskim interesom gospodarczym;
- 4) przestępstwa fałszywych zeznań, złożenia fałszywego oświadczenia, opinii lub tłumaczenia, posłużenia się dokumentem stwierdzającym tożsamość innej osoby, poświadczającym nieprawdę lub fałszywym - wobec urzędu polskiego;
- 5) przestępstwa, z którego została osiągnięta, chociażby pośrednio, korzyść majątkowa na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”.

przestępstwa nie nastąpił, ani według zamiaru sprawcy nie miał nastąpić na tym terytorium. Zauważyć należy, że warunek sformułowany w art. 112a k.k., zgodnie z brzmieniem tego przepisu, nie musi być objęty umyślnością po stronie sprawcy. Tak jak w przypadku art. 112 k.k., art. 112a k.k. znajdzie zastosowanie zarówno do przestępstw umyślnych, jak i do przestępstw nieumyślnych. Brak w nim bowiem przesłanki zamiaru wskazanej w art. 6 § 2 k.k.

Na mocy art. 6 § 2 k.k. ustawodawca dopuścił możliwość zastosowania polskiej ustawy karnej bez ograniczenia wynikającego z warunku podwójnej karalności do zachowania uznawanego za legalne w miejscu jego popełnienia, które to miejsce leży poza granicami wyznaczonymi przez art. 5 k.k., jeśli tylko zostaje ono dokonane z zamiarem wywołania negatywnie wartościowanego następstwa stanowiącego znamię skutku któregośkolwiek z opisanych w polskim ustawodawstwie przestępstw. Mając to na uwadze, wskazać należy, że niedookreśloność drugiej przesłanki z art. 112a k.k., przy braku warunku objęcia dalszej konsekwencji popełnienia przestępstwa w postaci „skutku naruszającego interes państwa w zakresie ochrony niepodległości, integralności terytorialnej, bezpieczeństwa zewnętrznego i wewnętrznego, obronności, polityki zagranicznej, pozycji międzynarodowej lub potencjału naukowego lub gospodarczego” umyślnością po stronie sprawcy, budzi wątpliwości w zakresie zgodności tej przesłanki z zasadą *nullum crimen sine lege* wywodzoną z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 Konstytucji RP.

Podsumowując – jakkolwiek wartości, których ochrona leży u podstaw uchwalenia analizowanych regulacji są oczywiste, gdyż mają związek z ochroną bezpieczeństwa państwa i bezpieczeństwa publicznego – brzmienie wskazanych w niniejszej opinii przepisów budzi wątpliwości, zwłaszcza w świetle zasady określoności prawa karnego. Należy ponadto podkreślić, że wskazane w niniejszej opinii deficyty uzasadnienia projektu opiniowanej ustawy istotnie utrudniają ocenę zaproponowanych regulacji z punktu widzenia zasady proporcjonalności.

Z wyrazami szacunku

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-podpisano elektronicznie/

