

P-295

POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

PL ISSN 0039-3312

Studia

PRAWNICZE

KWARTALNIK

W numerze:

- Współpraca międzynarodowa w sprawach karnych:
rola prokuratury i prokuratora
- Dylematy nowelizacji klauzul generalnych prawa cywilnego
w perspektywie europejskiej
- Zakres przedmiotowy ochrony patentowej wynalazków
biotechnologicznych
- Harmonizacja prawa karnego państw UE
w dziedzinie przestępstw związanych z kartami płatniczymi
- Oszustwo komputerowe
- Problem kwalifikacji prawnej wyludzeń informatycznych
z użyciem kart kredytowych

4(170)

2006

WARSZAWA 2007

WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR

**POLSKA AKADEMIA NAUK
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH**

STUDIA PRAWNICZE

**Zeszyt
4(170) 2006**



**WYDAWNICTWO NAUKOWE SCHOLAR
Warszawa 2007**

KOMITET REDAKCYJNY

ANDRZEJ BIERĆ – redaktor naczelny, JANUSZ BORKOWSKI,
JERZY CIEMNIEWSKI, LECH GARDOCKI, HELENA KOŁAKOWSKA-PRZEŁOMIEC,
EWA ŁĘTOWSKA, MARIA MATEY, JAN SKUPIŃSKI, TADEUSZ SMYCZYŃSKI
– zastępca redaktora naczelnego, ANDRZEJ SZAJKOWSKI, ELŻBIETA TOMKIEWICZ
– sekretarz Redakcji, ROMAN WIERUSZEWSKI, MACIEJ ZIELIŃSKI

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa
Pałac Staszica
tel. 022 826·52·31 w. 181
fax 022 826·78·53
e-mail: inp@inp.pan.pl

Publikacja dofinansowana ze środków
Ministerstwa Nauki i Szkolnictwa Wyższego

Redakcja i korekta: Iwonna Olszewska-Głowińska
Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa
tel./fax 022 828·95·63, 022 828·93·91, 022 826·59·21
e-mail: info@scholar.com.pl, scholar@neostrada.pl, www.scholar.com.pl
Nakład: 500 egz. + 20 egz.
Druk i oprawa: Paper & Tinta, Warszawa

SPIS TREŚCI

Prof. dr hab. **Michał Płachta**

Elbląska Uczelnia Humanistyczno-Ekonomiczna, Elbląg

<i>Rola prokuratury i prokuratora w dziedzinie międzynarodowej współpracy w sprawach karnych</i>	5
I. Wprowadzenie	5
II. Tradycyjne formy współpracy	6
III. Nowe formy współpracy i sposób ich unormowania w prawie polskim	19
<i>The role of the public prosecutor's office and a prosecutor in international cooperation in criminal matters</i>	36

Dr Mateusz Pilich

Uniwersytet Warszawski, Warszawa

<i>Zasady współzycia społecznego, dobre obyczaje czy dobra wiara?</i>	
<i>Dylematy nowelizacji klauzul generalnych prawa cywilnego w perspektywie europejskiej</i>	37
I. Uwagi wstępne	37
II. Analiza porównawcza klauzul generalnych prawa cywilnego.	40
III. Zasady współzycia społecznego, dobre obyczaje i dobra wiara w orzecznictwie.	51
IV. Wnioski i postulaty <i>de lege ferenda</i>	54
<i>Rules of social coexistence, good morals or good faith? Dilemmas of the amending of general clauses of Polish civil law from the European perspective.</i>	56

Dr Helena Żakowska-Henzler

Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa

<i>Zakres przedmiotowy ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych – wybrane zagadnienia</i>	59
I. Uwagi wprowadzające	59
II. Przedmiot ujawnienia jako podstawa identyfikacji wynalazku stanowiącego przedmiot patentu	65
III. Zakres ochrony wynikającej z patentu na wynalazek biotechnologiczny dotyczący produktu – ochrona absolutna czy ograniczona wskazanym zastosowaniem wynalazku?	73
IV. Przedmiot opatentowanego wynalazku a zakres wyłączności wynikającej z udzielenia patentu w świetle postanowień Dyrektywy	76
V. Uwagi końcowe	85
<i>Some aspects of the scope of patent protection for biotechnological inventions</i>	87

Dr hab., prof. UMK **Andrzej Adamski**

Uniwersytet im. Mikołaja Kopernika, Toruń

<i>Harmonizacja prawa karnego państw Unii Europejskiej w dziedzinie przestępstw związanych z kartami płatniczymi</i>	89
I. Charakterystyka Decyzji ramowej 2001/413/WSiSW.	91
II. Wpływ Decyzji ramowej 2001/413/WSiSW na ustawodawstwo karne państw członkowskich.	93
III. Zagrożenie karne za przestępstwa związane z kartami płatniczymi.	99
IV. Wnioski	100
<i>Harmonization of criminal law in the European Union – offences related with payment cards</i>	102

Prof. dr hab. Barbara Kunicka-Michalska Instytut Nauk Prawnych PAN, Warszawa <i>Oszustwo komputerowe. Regulacje prawa polskiego.</i> <i>Computer fraud: Provisions of the Polish law</i>	. 103 . 122
Dr Lech K. Paprzycki Prezes Sądu Najwyższego, Izba Karna, Warszawa <i>Oszustwo informatyczne właściwe i niewłaściwe a nielegalne wykorzystywanie dialerów</i> <i>Computer fraud: common and specific, and illegal using of dialers</i>	. 123 . 124
Lech K. Paprzycki Prezes Sądu Najwyższego, Izba Karna, Warszawa <i>Problematyka procesowa przestępstw komputerowych w kodeksie postępowania karnego z 1997 r. po nowelizacji w 2003 r.</i> <i>Procedural aspects of the computer crimes in the Criminal Procedure Code of 1997, after the amendments adopted in 2003</i>	. 125 . 128
Dr hab., prof. WSHiP Ryszard A. Stefański Wyższa Szkoła Handlu i Prawa, Warszawa <i>Oszustwa komputerowe w praktyce polskich organów ścigania</i> I. Wprowadzenie II. Rodzaje zachowań przestępnych. III. Sposób zakończenia postępowań IV. Wnioski <i>Deputy of the General Prosecutor Computer fraud in the practice of the Polish investigation organs</i>	. 129 . 129 . 129 . 132 . 132 . 132
Dr Barbara Świątkiewicz Szkoła Wyższa im. Pawła Włodkowica, Płock (filia w Wyszakowie) <i>Oszustwo komputerowe – techniki dochodzeniowe</i> <i>The computer crimes and investigation methods</i>	. 135 . 140
Prof. dr hab. Janina Wojciechowska Wyższa Szkoła Zarządzania i Prawa, Warszawa <i>Problem kwalifikacji prawnej wyludzeń informatycznych z użyciem kart kredytowych</i> I. Wprowadzenie II. Definicje elektronicznych instrumentów płatniczych w przepisach prawa III. Decyzja ramowa Rady Europy w sprawie zwalczania oszustw i fałszerstw związanych z kartami kredytowymi IV. Zwalczanie przestępstw związanych z oszustwami i fałszowaniem kart kredytowy w prawie polskim <i>The problem of qualification of computer frauds with the use of credit cards</i>	. 141 . 141 . 142 . 142 . 143 . 148

MICHAŁ PŁACHTA

ROLA PROKURATURY I PROKURATORA W DZIEDZINIE MIĘDZYNARODOWEJ WSPÓŁPRACY W SPRAWACH KARNYCH

I. WPROWADZENIE

Kompleksowe przedstawienie problematyki roli i pozycji Prokuratury w sferze działalności wykraczającej poza granice i terytorium naszego kraju oraz w sprawach z tzw. elementem zagranicznym wymaga uwzględnienia następujących płaszczyzn:

- 1) funkcjonalno-rzeczowej;
- 2) kompetencyjnej;
- 3) instytucjonalnej.

Pierwsza z nich obejmuje zagadnienia dotyczące zróżnicowania w obrębie międzynarodowej współpracy w sprawach karnych *sensu largissimo* oraz charakterystykę i specyfikę poszczególnych form tej współpracy, w których występuje Prokuratura. Chodzi więc tutaj nie tyle o systematykę tej dziedziny (zwłaszcza w ujęciu teoretyczno-dogmatycznym), ile raczej o zwrócenie uwagi na prawne (głównie procesowe) i praktyczne implikacje uregulowań – zarówno międzynarodowych, jak i krajowych – oraz dotychczasowego rozwoju wskazanych form i przejawów tej aktywności, ze szczególnym podkreśleniem nowych rozwiązań i instytucji prawnych. Implikacje te obejmują w pierwszym rzędzie przedmiotowy zakres zastosowania (*ratione materiae* i *ratione criminis*) poszczególnych instrumentów w tej sferze, jak również przesłanki (materialne i formalne) warunkujące możliwość skorzystania z każdego z nich.

Płaszczyzna kompetencyjna wskazuje, z jednej strony, na sferę uprawnień władczych prokuratorów w procesie podejmowania decyzji w sprawach i trybach objętych niniejszym opracowaniem, a z drugiej – na niezbędny podział kompetencji pomiędzy Prokuraturę a inne organy występujące w tej dziedzinie. Od razu na wstępie należy zwrócić uwagę na specyfikę pozycji polskiej Prokuratury na tle unormowań zawartych w instrumentach międzynarodowych, wynikającą zarówno z ustrojowego usytuowania tego organu w systemie władzy, jak i z tradycyjnie przyznawanego mu szerokiego zakresu różnorodnych uprawnień, wykraczających poza samą funkcję ścigania karnego. W rezultacie, biorąc pod uwagę terminologię (wraz z dalszymi wynikającymi z niej konsekwencjami) stosowaną w traktatach międzynarodowych, polska Prokuratura, jako organ wymiaru spra-

wiedliwości, lokuje się w obrębie pojęcia – w języku ang. – *judicial authority* (*authorities*), a więc władzy sądowej, choć nie jest ona *par excellence* sądem. Ta kwestia terminologiczna ma nie tylko znaczenie wyłącznie porządkowe, lecz wywołuje istotne skutki dla wykładni przepisów tych traktatów właśnie na płaszczyźnie kompetencyjnej.

Tutaj także ujawnia się istotna różnica w sposobie rozumienia pojęcia „(wzajemna) pomoc prawna” oraz podejścia do kwestii „właściwego organu” w tej dziedzinie, występująca pomiędzy przedstawicielami systemu prawa anglosaskiego (*icommon law*) a kontynentalnego. Widocznym przejawem tego zróżnicowania jest dwoistość stosowanego tutaj nazewnictwa: „wzajemna pomoc prawna” oraz „pomoc sądowa”. Niezależnie jednak od terminologii użytej w konkretnym traktacie międzynarodowym oraz tradycji zakorzenionych w jednym czy drugim systemie prawnym polska Prokuratura – obok sądu – z punktu widzenia kompetencyjnego stanowi organ partnerski dla organów „władzy sądowej” występujących w innych państwach w obrębie międzynarodowej pomocy prawnej.

Obraz poruszanej w tym opracowaniu problematyki byłby niepełny bez uwzględnienia płaszczyzny instytucjonalnej, na której należy zwrócić uwagę na istniejące struktury organizacyjne powoływane w celu umożliwienia, ułatwienia i usprawnienia funkcjonowania różnych form i instrumentów współpracy międzynarodowej oraz zapewnienia skuteczności wzajemnych kontaktów pomiędzy właściwymi organami zainteresowanych państw. Nie da się ukryć, że szczególnie podatny grunt dla tworzenia tego typu instytucji istnieje w obrębie państw członkowskich Unii Europejskiej, jakkolwiek polscy prokuratorzy nawiązują i utrzymują kontakty robocze również z organizacjami o szerszym zasięgu.

W niniejszym opracowaniu punkt ciężkości został wprawdzie położony na unormowaniach prawnych i rozwiązaniach instytucjonalnych Unii Europejskiej, niemniej jednak nieuniknione będzie również uwzględnienie, choćby w ograniczonym zakresie, dotychczasowego dorobku powszechnego prawa międzynarodowej współpracy w sprawach karnych.

II. TRADYCYJNE FORMY WSPÓŁPRACY

1. Uwagi wstępne

Na użytek rozważań w niniejszym opracowaniu można przyjąć następujący schemat klasyfikacyjny współczesnego systemu międzynarodowej współpracy w sprawach karnych¹:

A. Pomoc prawna:

- 1) ekstradycja,
- 2) pomoc sądowa *sensu stricto*;

B. Inne formy współpracy:

- 1) przekazywanie ścigania,

¹ M. Plachta, *Dział XIII*, w: J. Grajewski, L. Paprzycki, M. Plachta, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, t. II, s. 436.

- 2) wykonywanie zagranicznych wyroków karnych:
 - a) przekazywanie skazanych,
 - b) przekazywanie nadzoru (nad warunkowo skazanymi lub warunkowo zwolnionymi),
 - c) wykonywanie innych kar i środków karnych,
 - d) zajęcie i konfiskata korzyści uzyskanych z przestępstwa;
- C. Wspólne zespoły operacyjno-dochodzeniowe;
- D. Współpraca organów ścigania.

Systematyka polskiego prawa dowodzi, że co do zasady problematyka będąca przedmiotem niniejszego opracowania została uregulowana w Dziale XIII Kodeksu postępowania karnego². Unormowanie to odznacza się tą właściwością, że decydujące znaczenie odgrywają w tym zakresie postanowienia prawa międzynarodowego. Dlatego też prokurator powinien pamiętać, że punktem wyjścia jest zawsze traktat międzynarodowy (konwencja lub umowa). Przepisy polskiego prawa mogą znaleźć zastosowanie dopiero w drugiej kolejności; oznacza to, że w konkretnej sprawie albo będą one stosowane w ograniczonym zakresie, albo w zupełności ustąpią miejsca traktatowi.

W dziale XIII k.p.k. ustawodawca przyjął dwie fundamentalne zasady: a) pierwszeństwa przepisów traktatowych; b) wystarczalności norm kodeksowych jako podstawy współdziałania. Ponadto w przypadku podjęcia współpracy w konkretnej sprawie na podstawie prawa krajowego ustawodawca wymaga wzajemności. Pierwsza z tych zasad znajduje wyraz w art. 615 § 1, który stanowi, że przepisów tego działu nie stosuje się, jeżeli umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, albo akt prawny regulujący działanie międzynarodowego trybunału karnego stanowi inaczej. Pojęcie „umowy międzynarodowej” w tym przepisie należy rozumieć szeroko; obejmuje ono zatem zarówno konwencje wielostronne (multilateralne), jak i umowy czy porozumienia dwustronne (bilateralne).

Konsekwencją przyjęcia takiego modelu jest konieczność zwracania uwagi przez prokuratorów na zasadniczą rolę, jaką w praktyce współpracy wykraczającej poza granice naszego kraju odgrywa prawidłowe ustalenie umowy międzynarodowej, której postanowienia mają być stosowane w konkretnej sprawie. Z tego względu za kluczową kwestię należy uznać zapewnienie łatwego dostępu do bazy zawierającej pełny wykaz umów międzynarodowych, które nie tylko zostały przez Polskę podpisane i ratyfikowane (włącznie z dokładną datą wejścia w życie w stosunku do naszego kraju), ale także aktualnie obowiązujących. Szczególnie ważne jest, aby wspomniany wykaz spełniał co najmniej dwa wymagania: kompletności oraz aktualności.

Drugim zagadnieniem po prawidłowym ustaleniu obowiązującej umowy międzynarodowej jest upewnienie się odnośnie do istnienia oraz poprawności jej tłumaczenia na język polski. Mimo oficjalnego tłumaczenia zamieszczonego

² T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Kraków 2003, s. 1430–1508; P. Hofmański, E. Sadzik, K. Zgryzek, *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2004, t. 3, s. 353–474.

w Dzienniku Ustaw występują na tym tle pewne trudności. Między innymi zdarza się, że mimo podpisania i wejścia w życie umowy, a nawet jej obowiązywania w stosunku do Polski jej oficjalne tłumaczenie na język polski przez pewien okres (nierzadko nawet kilka lat) nie jest dostępne w Dzienniku Ustaw. Ponadto może się okazać, że oficjalne tłumaczenie budzi zastrzeżenia merytoryczne i zawiera błędy.

Kolejne zagadnienie powstaje na tle (i w związku) wykładni norm prawa międzynarodowego w procesie ich stosowania w praktyce. Z uwagi na szczególnie charakter tych norm innego podejścia wymaga sposób dokonywania tej operacji. Największą trudność sprawia zarówno prokuratorom, jak i sędziom powstrzymanie się od powielania w tym procesie wzorców działania, do których przyzwyczaili się w nierzadko długoletniej praktyce stosowania norm prawa krajowego, a zwłaszcza zasad wykładni. Tymczasem w dziedzinie objętej zakresem działu XIII sprawą kluczową jest odwołanie się do Konwencji wiedeńskiej z 1969 r., w szczególności do przepisów zawierających zasady wykładni umów. Natomiast zgodnie z doktryną prawa międzynarodowego „zasady powszechnie stosowane przez sądy krajowe do interpretacji prawa krajowego mogą być stosowane do interpretacji traktatów, w szczególności umów prawotwórczych (*law-making treaties*), tylko o ile stanowią ogólne zasady prawa (*general rules of jurisprudence*)”³. Kluczowe znaczenie ma art. 31 ust. 1 Konwencji wiedeńskiej, który stanowi, iż traktat należy interpretować w dobrej wierze, zgodnie ze zwykłym znaczeniem, jakie należy przypisywać użytym w nim wyrazom w ich kontekście, oraz w świetle jego przedmiotu i celu. Przepis ten potwierdza prymat wykładni językowej nad wykładnią celowościową (teleologiczną).

Należy pamiętać, że oprócz umów międzynarodowych oraz przepisów działu XIII k.p.k. w omawianej tutaj dziedzinie znajdują zastosowanie również dwa inne akty prawne: rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 stycznia 2002 r. w sprawie szczegółowych czynności sądów w sprawach z zakresu międzynarodowego postępowania cywilnego oraz karnego w stosunkach międzynarodowych (Dz.U. Nr 17, poz. 164) oraz Regulamin wewnętrznego urzędowania powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury i opracowane na jego podstawie w Prokuraturze Krajowej „Podstawowe zasady obrotu prawnego polskich prokuratur z zagranicą” (dalej cytowane jako: Zasady o.p. Prokuratury), z mocą obowiązującą od 1 kwietnia 2002 r.

2. Pomoc prawna

Pojęcie „pomocy prawnej” (w sprawach karnych) w stosunkach międzynarodowych występuje w dwóch znaczeniach: węższym (*sensu stricto*, i w tym znaczeniu stanowi synonim określeń: „wzajemna pomoc prawna” oraz „sądowa pomoc prawna”) oraz szerszym – jako przeprowadzenie wszelkich czynności pro-

³ Szerzej M. Plachta, A. Wyrozumska, *Interpretacja, obowiązywanie i skuteczność umów międzynarodowych w prawie polskim (uwagi na tle uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19.02.2003 r., IKZP 47/02)*, „Państwo i Prawo” 2003, nr 6, s. 45–54.

cesowych żądanych przez właściwe organy zainteresowanych państw dla potrzeb postępowania przygotowawczego lub sądowego⁴. Ustawodawca użył węższego znaczenia tego pojęcia w tytule rozdziału 62 k.p.k. Podczas gdy w przeszłości sięganie po taką pomoc było rzadkością, współczesny proces karny coraz częściej nie mógłby się toczyć bez współdziałania różnych państw, także na etapie postępowania przygotowawczego. Wynika to zarówno z jakościowych przeobrażeń w obrębie zjawiska przestępczości, jak i dynamicznego rozwoju technik i narzędzi pozwalających na wykrywanie przestępstw i ściganie ich sprawców.

Z uwagi na nadrzędność prawa międzynarodowego nad krajowym w omawianej tutaj dziedzinie kluczowe znaczenie odgrywa ustalenie źródeł obowiązującego prawa, a tym samym podstawy pomocy, w której uczestniczą polscy prokuratorzy: zarówno w formie czynnej (tj. gdy oni sami występują ze stosownymi wnioskami do właściwych organów państw obcych), jak i biernej (tj. gdy wykonują wnioski o udzielenie pomocy złożone przez organy państw obcych). W pierwszej kolejności należy wymienić instrumenty międzynarodowe, a więc zarówno konwencje wielostronne, jak i umowy dwustronne. Wśród pierwszych zasadniczą rolę odgrywa w praktyce Europejska konwencja o pomocy w sprawach karnych (dalej: EKPSK) z 1959 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 76, poz. 854) wraz z dwoma protokołami dodatkowymi: pierwszy protokół z 17 marca 1978 r. (Dz.U. z 1999 r. Nr 76, poz. 854) oraz drugi protokół z 8 listopada 2001 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 139, poz. 1476). Do tej grupy należą również konwencje o zwalczaniu różnorodnych przejawów przestępczości, które zawierają istotne przepisy w przedmiocie pomocy prawnej. Należy tutaj wskazać: Konwencję ONZ o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzoną w Wiedniu dnia 20 grudnia 1988 r. (Dz.U. z 1995 r. Nr 15, poz. 69); Konwencję Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie korzyści pochodzących z przestępstwa z dnia 8 listopada 1990 r. (Dz.U. z 2000 r. Nr 53, poz. 634); Konwencję ONZ o zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej otwartą do podpisu w Palermo dnia 12 grudnia 2000 r. (Dz.U. z 2001 r. Nr 90, poz. 994).

W świetle art. 615 § 3 k.p.k. nie ma przeszkód, aby przyjąć, że podstawą zarówno do zwrócenia się do państwa obcego o pomoc prawną, jak i udzielenia jej na wniosek takiego państwa mogą być przepisy rozdziału 62 tego kodeksu – pod warunkiem zagwarantowania wzajemności przez to państwo.

Niezależnie od EKPSK Polska zawarła wiele umów dwustronnych, wśród których można wyróżnić dwie grupy: umowy, których wyłącznym przedmiotem jest pomoc prawna w sprawach karnych, oraz umowy o szerszym zakresie, obejmujące oprócz tego zagadnienia także inne kwestie tzw. obrotu prawnego (np. pomoc prawna w sprawach cywilnych, pomoc w sprawach pracowniczych, rodzinnych itd.). Ponadto, biorąc pod uwagę art. 26 EKPSK, można wskazać dwie grupy

⁴ B. Wierzbicki, *Pomoc prawna w sprawach karnych w świetle umów międzynarodowych wiążących Polskę*, Zeszyty Naukowe Filii UW w Białymstoku, Prace Prawnicze, t. XIII, s. 140; B. Kolański, *Pomoc prawna i doręczenia w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 11–12, s. 34–56.

umów dwustronnych: takich, na podstawie których może się odbywać pomoc prawna, oraz takich, których postanowienia zostały zastąpione przepisami tej konwencji.

Jeśli chodzi o sposób określenia zakresu pomocy prawnej dostępnej w stosunkach międzynarodowych, to pragmatyczne podejście do tej kwestii nakazuje użycie ogólnej klauzuli zezwalającej na jak najszerszy zakres przedmiotowy pomocy prawnej. Praktyka traktatowa i legislacyjna dowodzi, że z reguły projektodawcy posługują się katalogiem czynności, który ze swej istoty musi mieć charakter otwarty, a zatem może jedynie zawierać przykładowe wskazanie form tej pomocy. Taki charakter ma także wyliczenie w art. 585 k.p.k., zgodnie z którym na drodze pomocy prawnej mogą być dokonywane niezbędne czynności postępowania karnego, a w szczególności: 1) doręczanie pism osobom przebywającym za granicą lub instytucjom mającym siedzibę za granicą; 2) przesłuchiwanie osób w charakterze oskarżonych, świadków lub biegłych; 3) dokonywanie oględzin oraz przeszukiwanie pomieszczeń, innych miejsc i osób, zajęcie przedmiotów i wydawanie tych przedmiotów za granicę; 4) wzywanie osób przebywających za granicą do osobistego dobrowolnego stawienia się przed sądem lub prokuratorem w celu przesłuchania świadka lub konfrontacji, jak również doprowadzanie w tym celu osób pozbawionych w tym czasie wolności; 5) udostępnianie akt i dokumentów oraz informacji o karalności oskarżonych; 6) udzielanie informacji o prawie⁵.

Ponadto nową – w polskim prawie wewnętrznym – formę pomocy wprowadziła do działu XIII nowela z 10 stycznia 2003 r., która w art. 589a normuje sytuację osoby pozbawionej wolności na terytorium państwa obcego, czasowo wydanej w celu złożenia zeznań w charakterze świadka lub dokonania z jej udziałem innej czynności procesowej przed polskim sądem lub prokuratorem. Niestety, regulacja ma charakter tylko „jednostronny”, brak bowiem analogicznego unormowania pozwalającego na wykonanie wniosku państwa obcego, które występuje o takie czasowe przekazanie osoby pozbawionej wolności w Polsce. W tej sytuacji polscy prokuratorzy muszą polegać na postanowieniach odpowiednich umów lub konwencji międzynarodowych.

W opartych na § 227 regulaminu Prokuratury „zasadach o.p. Prokuratury” zwraca się uwagę na to, aby przed sporządzeniem wniosku zawsze rozważyć, czy jest on niezbędny, z uwagi na wartość dowodową wnioskowanych czynności, czyjego wykonanie przez organ obcego państwa jest ze względów prawnych lub faktycznych praktycznie możliwe oraz czy dokonanie niezbędnych ustaleń nie jest możliwe na innej, prawnie dopuszczalnej drodze.

Jednym z elementów składowych instytucji międzynarodowej pomocy w sprawach karnych, decydujących o jej efektywności, są podstawy odmowy jej udzie-

⁵ Ta ostatnia forma jest przewidziana w wielu umowach i konwencjach zawartych przez Polskę. Szczególnie doniosłe znaczenie ma Europejska Konwencja o informacji o prawie obcym z 7 czerwca 1968 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 64, poz. 272 i 273), uzupełniona protokołem dodatkowym z 15 marca 1978 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 64, poz. 275 i 276). Zob. I. Działuk, *Komentarz do Europejskiej Konwencji o pomocy prawnej w sprawach karnych*, w: E. Zielińska (red.), *Standardy prawne Rady Europy*, Warszawa 1997, t. III, s. 269–276; idem, *Komentarz do protokołu dodatkowego do Europejskiej Konwencji o informacji o prawie obcym*, w: E. Zielińska (red.), *Standardy...*, op. cit., s. 326–332.

lenia oraz ich zakres. Tradycyjnie wyróżnia się wśród nich przyczyny odmowy obligatoryjnej oraz fakultatywnej. Do pierwszej kategorii polski ustawodawca zaliczył dwie okoliczności: czynność objęta wnioskiem byłaby sprzeczna z zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej albo naruszałaby jej suwerenność (art. 588 § 2). Natomiast zgodnie z § 3 tego artykułu prokurator może odmówić udzielenia pomocy prawnej, jeżeli: 1) wykonanie żądanej czynności nie należy do zakresu jego działania według prawa polskiego; 2) państwo, od którego wniosek o udzielenie pomocy prawnej pochodzi, nie zapewnia w tym zakresie wzajemności; 3) wniosek dotyczy czynu, który nie jest przestępstwem według prawa polskiego.

Skierowany do polskiego prokuratora wniosek o udzielenie pomocy prawnej wykonywany jest według naszego prawa (art. 588 § 4). Zdarza się jednak, że wnioskodawca zwraca się o zachowanie określonych rygorów procesowych podczas dokonywania czynności z uwagi na wymagania przewidziane w ustawodawstwie wewnętrznym państwa wzywającego. W skrajnym przypadku zignorowanie tych wymagań może spowodować procesową bezskuteczność i faktyczną beзуżyteczność uzyskanego w ten sposób materiału dowodowego. Rozumiejąc tę specyfikę, wynikającą z głębokich różnic w procedurze karnej poszczególnych państw, polski ustawodawca zastrzegł w dalszej części tego przepisu, iż należy jednak uczynić zadość życzeniu organów państwa wzywającego, aby przy dokonaniu czynności zastosowano szczególny tryb postępowania lub szczególną formę, jeżeli nie jest to sprzeczne z zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej.

3. Ekstradycja

Powszechnie uznaje się ekstradycję za najstarszą formę współpracy organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości pomiędzy państwami. Tradycyjnie też wyróżnia się ekstradycję czynną i ekstradycję bierną, choć w rzeczywistości stanowią one dwie strony tego samego medalu (podobnie zresztą, jak to ma miejsce na gruncie innych form tej współpracy). W każdym też przypadku Polska może występować w roli państwa wzywającego, jak i wezwanego. Przepisy zawarte w rozdziałach 64 i 65 k.p.k. pełnią podwójną rolę: z jednej strony przepisy te mają charakter komplementarny w stosunku do umów międzynarodowych, mając zapewnić możliwość praktycznego prowadzenia postępowania ekstradycyjnego, a z drugiej – stanowią samodzielną podstawę prawną wydania, pozwalającą zarówno na orzekanie w przedmiocie wniosku o wydanie złożonego przez państwo obce, jak i na wystąpienie z takim wnioskiem przez polskiego prokuratora do władz obcego państwa.

Postępowanie ekstradycyjne, ani w formie czynnej, ani biernej, nie jest częścią składową lub elementem procesu karnego, lecz stanowi postępowanie *sui generis*. Jednak z drugiej strony przyjmuje się tezę o pomocniczym stosowaniu w tej materii odpowiednich przepisów k.p.k. Należy również uwzględnić orzecznictwo organów strasburskich: zarówno Komisja, jak i Trybunał zajmowały konsekwentne i jednolite stanowisko, zgodnie z którym postępowanie ekstradycyjne w pań-

stwie wezwanym nie stanowi procesu karnego w rozumieniu art. 6 Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka⁶. W konsekwencji przyjmuje się, że ścięganemu nie przysługuje prawo do rzetelnego i uczciwego procesu w takim zakresie, jak oskarżonemu.

Wśród traktatowych podstaw ekstradycji należy wymienić konwencje wielostronne oraz umowy bilateralne. Wśród pierwszych główną rolę odgrywa Europejska konwencja o ekstradycji (dalej: EKE) z 13 grudnia 1957 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 70, poz. 307) wraz z dwoma protokołami dodatkowymi: pierwszy protokół z 15 października 1975 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 70, poz. 309) oraz drugi protokół z 17 marca 1978 r. (Dz.U. z 1994 r. Nr 70, poz. 310). Należą tutaj także inne konwencje, które zawierają istotne postanowienia w tej kwestii: Europejska Konwencja o zwalczaniu terroryzmu z dnia 27 stycznia 1977 r. (Dz.U. z 1996 r. Nr 117, poz. 557) oraz wspomniane już wcześniej: Konwencja ONZ o zwalczaniu nielegalnego obrotu środkami odurzającymi i substancjami psychotropowymi, sporządzona w Wiedniu dnia 20 grudnia 1988 r.; Konwencja Rady Europy o praniu, ujawnianiu, zajmowaniu i konfiskacie korzyści pochodzących z przestępstwa z dnia 8 listopada 1990 r.; Konwencja ONZ o zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej otwarta do podpisu w Palermo dnia 12 grudnia 2000 r.

Podobnie jak to ma miejsce na gruncie pomocy prawnej *sensu stricto*, także w przedmiocie ekstradycji, niezależnie od EKE, Polska zawarła wiele umów dwustronnych, wśród których można wyróżnić dwie grupy: umowy, których wyłącznym przedmiotem jest wydanie osób poszukiwanych, oraz umowy o szerszym zakresie, obejmujące oprócz tego zagadnienia także inne kwestie tzw. obrotu prawnego (np. pomoc prawna w sprawach cywilnych czy karnych, pomoc w sprawach pracowniczych, rodzinnych itd.). Ponadto, biorąc pod uwagę art. 28 EKE, można wskazać dwie grupy umów dwustronnych: takich, na podstawie których można dokonywać ekstradycji, oraz takich, których postanowienia zostały zastąpione przepisami tej konwencji.

W związku z członkostwem Polski w UE należy zwrócić uwagę na grupę nowych instrumentów unijnych, których celem jest unowocześnienie systemu ekstradycyjnego w obrębie krajów członkowskich, a szczególnie na następujące z nich: Porozumienie państw członkowskich Wspólnot Europejskich w sprawie uproszczenia i modernizacji metod przekazywania wniosków ekstradycyjnych (zwane potocznie „konwencją faksową”) przyjęte w San Sebastian 26 maja 1989 r.; Konwencję o uproszczonej procedurze ekstradycyjnej sporządzoną 10 marca 1995 r. oraz Konwencję o ekstradycji sporządzoną 27 września 1996 r.

Konwencja z 1996 r. stanowi kompleksowe i nowoczesne unormowanie ekstradycji pomiędzy państwami członkowskimi UE. Jej celem jest uzupełnienie, a zarazem ułatwienie stosowania pomiędzy tymi krajami traktatów ekstradycyjnych, zwłaszcza EKE, Traktatu z Schengen oraz Europejskiej Konwencji

⁶ Szerzej M. Plachta, *Prawa człowieka w systemie ekstradycyjnym*, „Studia Prawnicze PAN” 2003, nr 3, s. 63–90.

o zwalczaniu terroryzmu z 1977 r. Uzupełniający charakter Konwencji z 1996 r. wywołuje dalsze skutki prawne. Po pierwsze, przepisy Konwencji nie stanowią samodzielnej podstawy do wydania. Po drugie, wszystkie postanowienia wymienionych tutaj traktatów w sprawach nieuregulowanych w Konwencji UE z 1996 r. zachowują moc i podlegają stosowaniu. Po trzecie, wszystkie deklaracje i zastrzeżenia zgłoszone przez państwa-sygnatariuszy tych traktatów zachowują aktualność również po wejściu w życie Konwencji UE z 1996 r., o ile dotyczą kwestii nieuregulowanych w nowej Konwencji. Po czwarte, jeśli jakieś zagadnienie jest unormowane równocześnie w jednym z wymienionych traktatów oraz w Konwencji UE z 1996 r., to w razie konfliktu pierwszeństwo należy dać postanowieniu Konwencji⁷.

W toku dotychczasowego rozwoju ekstradycji ukształtował się system zasad, które stwarzają podstawy, a zarazem zręby tej instytucji. Dzięki temu wydawanie przestępców stało się bardziej przewidywalne. Wypada rozpocząć od wskazania podstaw prawnych wydania. Przyjmuje się, że źródłem prawnego obowiązku państwa w tej materii może być jedynie ratyfikowana i obowiązująca umowa międzynarodowa. Druga możliwość to wydanie na podstawie prawa wewnętrznego (przy braku zobowiązania umownego), kiedy państwo wezwane samo decyduje, czy osobę ściganą wydać państwu wzywającemu. Z reguły wówczas uzależnia pozytywną decyzję od zapewnienia wzajemności. Ta ostatnia niewątpliwie należy do fundamentów systemu ekstradycyjnego. Odgrywa ona szczególnie ważną rolę w stosunkach pozaumownych. W polskim kodeksie postępowania karnego wzajemność została ujęta w formie negatywnej: wydania można odmówić, jeżeli państwo, które złożyło wniosek o wydanie, nie zapewnia wzajemności (art. 604 § 2 pkt 7). Z kolei problem terytorialności można rozpatrywać w prawie ekstradycyjnym na dwóch płaszczyznach. Po pierwsze, chodzi o to, że warunkiem racjonalności wniosku ekstradycyjnego jest wymaganie obecności osoby ściganej na terytorium państwa wezwanego. Po drugie, w praktyce ekstradycyjnej powszechnie wymaga się, aby przestępstwo będące podstawą wniosku o wydanie zostało popełnione na terytorium państwa wzywającego. Oczywiście nie może być wydania bez sprecyzowania pojęcia przestępstwa ekstradycyjnego, przy czym w grę wchodzi poważniejsze naruszenia prawa. Choć chronologicznie wcześniejsza była tzw. metoda listy, to obecnie powszechnie stosowana jest metoda eliminacji w celu określenia przestępstwa ekstradycyjnego. Kryterium stanowi górna granica kary, wysokości minimum jednego roku pozbawienia wolności w razie wniosku o wydanie oskarżonego w celu ścigania oraz 6 miesięcy pozbawienia wolności w przypadku żądania wydania w celu odbycia kary. Rada Unii Europejskiej wprowadziła do Konwencji o ekstradycji z 1996 r. obniżenie pierwszego z tych progów do 6 miesięcy. Kolejna zasada prawa ekstradycyjnego, czyli podwójna (dwustronna) przestępczość, występuje we wszystkich formach międzynarodowej

⁷ Zob. szerzej M. Plachta, *Konwencja w sprawie ekstradycji między państwami członkowskimi Unii Europejskiej opracowana na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej. Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich a prawo polskie*, t. III: *Dokumenty karne*, Warszawa 2000, s. 71–115.

współpracy w sprawach karnych, choć w różnej postaci⁸. Pojęcie to rozumiane jest *in abstracto* oraz *in concreto*. O przestępności czynu w pierwszym znaczeniu mówi się wówczas, gdy spełnione są znamiona określonego typu przestępstwa; nie bierze się natomiast pod uwagę okoliczności wyłączających odpowiedzialność kamą sprawcy. Z kolei przestępność *in concreto*⁹, oznacza, że zostały zrealizowane wszystkie inne przesłanki, w tym również okoliczności wpływające na możliwość podlegania karze (podwójna karalność).

Jednym z filarów ekstradycji jest zasada specjalności. W doktrynie ujmuje się ją jako przymiot suwerenności państwa (wezwanego) albo jako zobowiązanie międzynarodowe państwa. Zasada ta ma równocześnie charakter gwarancyjny wobec osoby wydawanej. W ostatnich dekadach obserwuje się tendencję w kierunku ograniczania obowiązywania zasady specjalności. Przykładem jest Konwencja Unii Europejskiej z 1995 r. o uproszczonej procedurze ekstradycyjnej. Jeszcze bardziej restrykcyjna jest w tym względzie Konwencja Unii Europejskiej z 1996 r. o ekstradycji, której art. 11 wprowadza „inwersję” w dotychczasowym uregulowaniu specjalności. Tradycyjnie przyjmuje się, że istnieje domniemanie braku zgody państwa wezwanego na ściganie, karanie, wykonanie kary i inne tego rodzaju środki wobec osoby wydanej w państwie wzywającym, chyba że władze tego pierwszego wyrażą zgodę w indywidualnym przypadku. Tymczasem Konwencja z 1996 r. wprowadza możliwość zupełnego odwrócenia tego domniemania: państwo-strona może oświadczyć, że przyjmuje tzw. „domniemanie zgody” na uchylenie zasady specjalności wówczas, kiedy występuje ono w charakterze państwa wezwanego.

Historia ekstradycji wskazuje, że z wydawaniem przestępców nierozzerwalnie związany jest problem przestępstwa politycznego. Dotychczasowe wysiłki podejmowane w celu wypracowania jednolitej definicji tego przestępstwa na forum międzynarodowym okazały się bezowocne¹⁰. W doktrynie występują różne nazwy, jak np. „przestępstwo polityczne”, „przestępstwo pospolite (ściśle) związane z przestępstwem politycznym”, „przestępstwo polityczne z uwagi na okoliczności jego popełnienia”, „przestępstwo popełnione z pobudek (motywów) politycznych”, „przestępstwo o charakterze politycznym”. Niestety, zarówno brak uzgodnionej terminologii w tym zakresie, jak i wspólnych rozwiązań prawnych nie przyczynia się do rozwiązania praktycznych problemów, które pojawiają się w praktyce ekstradycyjnej.

W prawie ekstradycyjnym występuje pojęcie przeszkód ekstradycyjnych, które oznacza okoliczności powodujące odmowę wydania ściganej osoby. Są to zatem prawnie relewantne przesłanki, które mogą stanowić podstawę nieuwzględnienia żądania państwa wzywającego przez państwo wezwane. Najczęściej spotyka się dychotomiczny podział przeszkód ekstradycyjnych na bezwzględne i względne.

⁸ M. Plachta, *The Role of Double Criminality in International Cooperation in Penal Matters*, w: N. Jareborg (red.), *Double Criminality. Studies in International Criminal Law*, Uppsala 1989, s. 111.

⁹ L. Gardocki, *Podwójna przestępność czynu w prawie ekstradycyjnym*, w: *Problemy Nauk Penalnych/Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego* 1996, s. 72.

¹⁰ J. Utrat-Milecki, *Polityczność przestępstwa*, Warszawa 1997, s. 170.

Pierwsze z nich powodują automatycznie orzeczenie o niedopuszczalności ekstradycji i odmowie wydania.

Bardziej rozbudowana jest klasyfikacja przeszkód ekstradycyjnych z punktu widzenia ich przedmiotu (charakterystyki rodzajowej)¹¹: 1) charakter przestępstwa: polityczne, wojskowe, finansowe (skarbowe, celne, podatkowe); 2) status ściganego: a) obywatelstwo (państwa wezwanego), b) immunitet na podstawie: prawa międzynarodowego, doktryny aktów państwa, prawa krajowego (stanowionego) lub orzecznictwa sądowego, c) status uchodźcy lub azyl polityczny, d) względy humanitarne (np. wiek, stan zdrowia), e) klauzula antydyskryminacyjna; 3) przeszkody w ściganiu i ukaraniu: a) materialne: fundamentalne zasady prawa karnego (*nullum crimen sine lege*, zakaz retroaktywnego działania ustawy karnej), przedawnienie, inne, b) procesowe: trybunał *ad hoc* lub sąd doraźny, proces/skazanie *in absentia*, *res judicata* (*ne bis in idem*, *double jeopardy*), *lis pendens* (postępowanie prowadzone w państwie wezwanym), odmowa ścigania, amnestia i ułaskawienie, nieuzasadniona zwłoka postępowania, immunitet na podstawie prawa międzynarodowego, doktryny aktów państwa, prawa krajowego (stanowionego) lub orzecznictwa sądowego; 4) rodzaj kary: kara śmierci, inne kary; 5) jurysdykcja: jurysdykcja równoległa państwa wzywającego i wezwanego, miejsce popełnienia przestępstwa poza granicami państwa; 6) prawa człowieka: zakaz okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania lub karania, inne prawa.

W zakresie ekstradycji biernej, tj. sytuacji, w której Polska występuje w roli państwa wezwanego, a zatem jest adresatem wniosku złożonego przez właściwy organ państwa obcego, ustawa nowelizująca k.p.k. z dnia 10 stycznia 2003 r. wprowadziła dwie istotne zmiany do rozdziału 65: ekstradycję uproszczoną (art. 603a) oraz dwie nowe przeszkody ekstradycyjne o charakterze bezwzględny (art. 604 § 1 pkt 6 i 7).

Na gruncie art. 602 k.p.k. przyjmuje się, że złożony przez właściwy organ państwa obcego wniosek o wydanie osoby ściganej trafia w pierwszej kolejności do prokuratora okręgowego. Na niego ustawodawca nałożył następujące obowiązki: 1) przesłuchanie osoby wskazanej we wniosku obcego państwa; 2) zabezpieczenie – w miarę możliwości – dowodów znajdujących się na terytorium Polski; 3) wniesienie sprawy do sądu okręgowego z wnioskiem o wydanie orzeczenia w przedmiocie dopuszczalności wydania. W tej ostatniej kwestii należy dodać, że podstawą kompetencji sądu w tej materii jest art. 55 ust. 3 Konstytucji R.P. z 1997 r., zgodnie z którym o dopuszczalności ekstradycji orzeka sąd.

Warto jeszcze wspomnieć o ekstradycji uproszczonej, która polega na wydaniu osoby poszukiwanej w celu ścigania bądź wykonania kary, pod warunkiem że wyrazi ona zgodę, a państwo wezwane uwzględni wniosek ekstradycyjny. Taka zgoda musi zostać wyrażona w odpowiednich warunkach i przy zagwarantowaniu ściganemu stosownych gwarancji procesowych. W świetle art. 603a możliwość skorzystania z ekstradycji uproszczonej podlega trzem ograniczeniom: 1) usta-

¹¹ M. Plachta, *Zasady i przeszkody ekstradycyjne*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 7–8, s. 23–40.

wodawca wymaga umowy międzynarodowej; 2) z tej instytucji mogą skorzystać jedynie ci oskarżeni (skazani), wobec których zastosowane zostało aresztowanie tymczasowe, a nie inny środek zapobiegawczy; 3) zastosowanie tej instytucji jest wyłączone w razie złożenia przez organy państwa obcego zwykłego wniosku o wydanie. Praktyka ekstradycyjna oraz § 2 artykułu 603a wskazują na dwie formy, w których może zostać wyrażona zgoda: prostą zgodę oraz zgodę wraz ze zrzeczeniem. Oświadczenie pierwszego typu oznacza jedynie zgodę na samo wydanie we wcześniejszym terminie i rezygnację z przeprowadzania pełnego postępowania ekstradycyjnego. Natomiast w drugim przypadku ścigany nie tylko wyraża zgodę na wydanie, ale równocześnie zrzeka się ochrony przysługującej mu na podstawie zasady specjalności.

Niezależnie od formy zgody wyrażenie jej następuje w następujących etapach (art. 603a § 2 i 3 k.p.k.): 1) prokurator podczas przesłuchania informuje osobę ściganą o możliwości wyrażenia przez nią zgody na wydanie; 2) osoba ścigana wyraża – wobec prokuratora – wolę złożenia takiego oświadczenia; 3) prokurator kieruje sprawę do sądu okręgowego, w którego okręgu prowadzi się postępowanie; 4) sąd na posiedzeniu odbiera oświadczenie o wyrażeniu zgody na wydanie. W konsekwencji należy przyjąć, że polskie prawo nie zezwala na złożenie oświadczenia o wyrażeniu zgody na wydanie w formie pisemnej; ustawodawca dopuścił tutaj jedynie oświadczenie składane do protokołu.

Na koniec warto zilustrować powyższe rozważania danymi statystycznymi udostępnionymi przez Ministerstwo Sprawiedliwości. Wynika z nich, że w 2003 r. zostały wydane 33 postanowienia o wydaniu, w 2004 r. (do 8 grudnia) zaś liczba ta wzrosła do 40. Dość często zdarza się w praktyce przypadek wyrażenia przez Polskę zgody na wydanie z równoczesnym odroczeniem faktycznego wydania ściganego: 8 postanowień w 2003 r. oraz 12 postanowień w 2004 r. Rządziej natomiast ma miejsce odmowa wydania ze strony polskich organów – odmowne postanowienia zostały wydane w 2003 r. w 7 sprawach (łącznie z przypadkiem częściowej odmowy), w 2004 r. zaś – w 3 sprawach. Odnotowywane są również postanowienia o wyrażeniu przez Polskę zgody na rozszerzenie ścigania osoby wydanej przez nasze organy władzom państwa obcego: 5 spraw w 2003 r. oraz 4 sprawy w 2004 r. Jeśli chodzi o ekstradycję czynną, to polskie organy wystąpiły do państw obcych z 44 wnioskami o wydanie w 2003 r. oraz 36 wnioskami w 2004 r.

4. Przekazanie ścigania

Przekazanie ścigania ma swoje źródło w praktyce ekstradycyjnej. Wywodzi się z prawnomiędzynarodowego zobowiązania wyrażonego w postaci maksymy: *aut dedere aut judicare* (wcześniej: *aut dedere aut punire*). Nakładało ono na państwo wezwane obowiązek, w razie odmowy wydania, przekazania sprawy właściwym organom w celu wszczęcia postępowania karnego i ewentualnego ukarania sprawcy. Obowiązek ten formułowany jest w umowach międzynarodowych dwojako: albo bezwarunkowo, albo warunkowo. W tym drugim przypadku

jest on uzależniony od złożenia przez państwo wzywające stosownego wniosku. Przykład drugiego rozwiązania można znaleźć w EKE z 1957 r. (art. 6 ust. 2).

W zależności od rozwiązania przyjętego w konkretnej umowie międzynarodowej różny może być zakres obowiązku przejęcia ścigania. Najszerzy jest on wówczas, kiedy zostaje uzależniony od decyzji o odmowie wydania – i to niezależnie od jego podstaw. Najczęściej w praktyce traktatowej pojawia się przypadek odmowy ekstradycji własnego obywatela. Zdarzają się również inne podstawy odmowy (np. ze względu na rodzaj przestępstwa albo zagrożenie karą śmierci za przestępstwo w państwie wzywającym).

Warto zwrócić uwagę na to, że jeśli chodzi o wzajemne stosunki między przekazywaniem ścigania a przekazywaniem skazanych, to obie formy współpracy wzajemnie się wykluczają: zastosowanie w sprawie jednej z nich eliminuje drugą. W tym przypadku wybór jednej z wchodzących w grę instytucji należy do państwa, na którego terytorium zostało popełnione przestępstwo, a nie do państwa wezwanego. Dokonując wyboru, należy pamiętać, że z punktu widzenia państwa przejmującego przekazanie ścigania wywołuje dalej idące skutki niż przekazanie skazanych. Po pierwsze, legitymizuje ono postępowanie karne prowadzone przez organy tego państwa w pełnym zakresie, a więc włącznie z osądzeniem i ewentualnym skazaniem oskarżonego. Po drugie, milcząco zawiera w sobie wykonanie kary orzeczonej w toku wspomnianego postępowania.

Z uwagi na wiele rozmaitych trudności, które sygnalizują organy prowadzące postępowanie karne w sprawach przeciwko cudzoziemcom¹², należałoby przyjąć, że niejednokrotnie byłoby niewątpliwie lepiej, gdyby proces odbywał się w kraju ojczystym oskarżonego. Również badania kryminologiczne prowadzone wśród więźniów dowodzą, że w razie orzeczenia kary pozbawienia wolności powinna ona być wykonywana w środowisku rodzinnym i społecznym skazanego w celu uniknięcia kłopotów spowodowanych pobytem w więzieniu w obcym kraju¹³.

Za przekazywaniem ścigania przemawiają także argumenty o charakterze ekonomicznym: chodzi o oszczędność czasu i obniżenie kosztów procesu. Ponadto czasami ciężar przestępstwa nie usprawiedliwia wszczynania postępowania ekstradycyjnego. Prokurator powinien także wziąć pod uwagę i ocenić szanse na powodzenie ewentualnego wniosku o wydanie; może się bowiem okazać, że w konkretnej sprawie istnieje wysokie prawdopodobieństwo odmowy wydania – przykładowo z uwagi na obywatelstwo oskarżonego. Podejmując decyzję, należy również rozważyć rozwiązanie polegające na przeprowadzeniu postępowania pod nieobecność oskarżonego i wydaniu wyroku zaocznego w kraju. Jednak i wówczas może się okazać, że nie jest ono optymalne z uwagi na nikłe szanse na wykonanie kary orzeczonej w takim trybie: wyrok zaoczny stanowi jedną z rozpozszerechnionych przeszkód ekstradycyjnych. Na celowość przekazania mogą też wskazywać konkretne okoliczności indywidualnej sprawy; przykładowo może

¹² Zob. A.J. Szwarz (red.), *Przestępczość przygraniczna. Postępowanie karne przeciwko cudzoziemcom w Polsce*, Poznań 2000; M. Płachta, *Postępowanie karne przeciw cudzoziemcowi w świetle badań empirycznych*, „Studia Prawnicze PAN” 1990, nr 2, s. 81–102.

¹³ M. Płachta, *Przekazywanie skazanych pomiędzy państwami*, Kraków 2003, s. 85–93.

się okazać, że oskarżony popełnił przestępstwa na terytorium różnych państw (m.in. także w swoim kraju) – wówczas względy ekonomii procesowej i zasady trafnego orzekania przemawiają za przekazaniem ścigania. Przekazanie ścigania może okazać się rozwiązaniem lepszym nawet w sytuacji, w której sprawca przebywa jeszcze w państwie, na którego terytorium popełnił przestępstwo, jeżeli można zasadnie przyjąć, że zostanie mu wymierzona kara pozbawienia wolności, a po prawomocnym skazaniu nie będzie prawnych możliwości przekazania skazanego do kraju ojczystego celem wykonania kary.

Konkludując, podjęcie decyzji w przedmiocie zastosowania tej instytucji musi poprzedzać analiza i ocena różnych okoliczności, obejmujących w szczególności: a) wagę przestępstwa oraz rodzaj i wysokość przewidywanej kary; b) sytuację oskarżonego i jego okoliczności osobiste; c) charakter sprawy. W obrębie ostatniej z nich prokurator powinien zbadać, czy w sprawie występują współsprawcy, pomocnicy i podżegacze pochodzący z różnych krajów oraz czy istnieje związek z przestępstwami popełnionymi w innych krajach. Należy również dokonać oceny zebranych dowodów z punktu widzenia ich dopuszczalności w postępowaniu prowadzonym w państwie, które ma przejąć ściganie.

Ta nowoczesna forma międzynarodowej współpracy w sprawach karnych została po raz pierwszy wprowadzona do polskiego ustawodawstwa ustawą nowelizującą kodeks postępowania karnego w 1995 r. Istotne zmiany wprowadziła do tej regulacji ustawa z 10 stycznia 2003 r. Dotyczą one sytuacji procesowej oskarżonego tymczasowo aresztowanego w Polsce, zgody wyrażanej przez pokrzywdzonego oraz rozszerzenia zakresu zastosowania tej instytucji. Rozwiązanie przyjęte w kodeksie kładzie nacisk na dwustronny charakter tej instytucji. Przejawia się on w tym, że inicjatywa w zakresie przekazania ścigania może pochodzić zarówno od państwa, na którego terytorium zostało popełnione przestępstwo, jak i od państwa, którego obywatelem jest oskarżony bądź w którym on przebywa.

Instytucja przekazania ścigania ma charakter złożony: składa się na nią z jednej strony wystąpienie przez państwo, na którego terytorium zostało popełnione przestępstwo, z wnioskiem do właściwych organów innego państwa o podjęcie ścigania w konkretnej sprawie, a z drugiej strony przejęcie postępowania w takiej sprawie przez organy innego państwa. Należałoby postulować przygotowanie odpowiedniej umowy międzynarodowej, kompleksowo normującej wszystkie zagadnienia, które wchodzi w grę w przypadku tak ścisłego współdziałania organów ścigania różnych krajów. Oczywiście, taka umowa nie czyni bezprzedmiotowym ustawodawstwa wewnętrznego w tej materii. Niezbędne jest uwzględnienie następujących zagadnień: a) warunki (przesłanki) dopuszczalności przekazania ścigania; b) jurysdykcja sądu „państwa wezwanego” (tj. państwa, do którego został skierowany wniosek o przejęcie ścigania) do osądzenia sprawcy przestępstwa wskazanego we wniosku; c) skutki przekazania ścigania dla wykonywania jurysdykcji przez państwo przekazujące; d) wartość dowodowa czynności procesowych dokonanych w państwie przekazującym ściganie oraz prawna dopuszczalność wykorzystania zebranych dowodów; e) znaczenie i skutki ewentualnego przedawnienia (ścigania i karalności); f) rola i sytuacja procesowa pokrzywdzo-

nego (np. wniosek o ściganie, zgoda na przekazanie); g) sposoby i kanały porozumiewania się ze sobą organów obu zainteresowanych państw.

Jedynym traktatem międzynarodowym, który całościowo reguluje tę formę współpracy, jest Europejska Konwencja o przekazywaniu ścigania w sprawach karnych z 15 maja 1972 r. Polska nie jest stroną tej konwencji. Ponadto należy zwrócić uwagę na art. 21 EKPSK, zgodnie z którym wnioski jednej strony o wszczęcie ścigania przed sądem innej strony są przekazywane między Ministerstwami Sprawiedliwości. Umawiające się strony mogą jednakże skorzystać z możliwości określonej w art. 15 ust. 6 (możliwość wskazania przez strony innego kanału przekazywania wniosków). Strona wezwana powinna zawiadomić o sposobie rozpatrzenia wniosku i w stosownych wypadkach przekazać odpis wydanego orzeczenia. Dość wyczerpującą regulację przekazania ścigania zawiera Europejska Konwencja o karaniu przestępstw i wykroczeń drogowych z 30 listopada 1964 r. (rozdział II). Polska nie jest stroną tej konwencji.

Z praktycznego punktu widzenia zasadnicze znaczenie, jako podstawa przekazywania ścigania, mają w przypadku Polski umowy dwustronne, które zostały zawarte z następującymi państwami: Austria, Bułgaria, Białoruś, Czechy i Słowacja, Egipt, Estonia, Grecja, KRLD, Kuba, Litwa, Łotwa, Mongolia, Rosja, Syria, Szwajcaria, Szwecja, Tunezja, Turcja, Ukraina, Węgry, Wietnam.

Z uwagi na członkostwo Polski w UE należy odnotować Porozumienie pomiędzy państwami członkowskimi Wspólnot Europejskich w sprawie przekazywania postępowania w sprawach karnych podpisane w Rzymie dnia 6 listopada 1990 r. Porozumienie to określa stosunek do czterech konwencji (m.in. EKPSK i Europejskiej Konwencji o przekazywaniu ścigania z 1972 r.), przewidując, iż zawarte w nim postanowienia znajdują zastosowanie w takim zakresie, w jakim uzupełniają one przepisy tych konwencji lub ułatwiają stosowanie przyjętych w nich zasad (art. 15 ust. 1)¹⁴.

Dane statystyczne dostępne w Ministerstwie Sprawiedliwości wskazują na to, że obraz praktyki w tej dziedzinie z udziałem Polski nie ma charakteru zrównoważonego: zdecydowanie przeważa przekazywanie ścigania przez nasze organy nad przejmowaniem ścigania od organów państw obcych. W 2003 r. Polska przekazała ściganie w 291 sprawach, natomiast przejęła zaledwie w 117. W 2004 r. (do września) liczba spraw przekazanych wynosiła 210, przejętych zaś – 53.

III. NOWE FORMY WSPÓŁPRACY I SPOSÓB ICH UNORMOWANIA W PRAWIE POLSKIM

7. Konwencja UE o pomocy prawnej z 2000 r.

Walka z przestępczością zorganizowaną w pełni ujawniła potrzebę unowocześnienia i usprawnienia prawnych instrumentów pomocy prawnej na arenie

¹⁴ M. Płachta, *Porozumienie między państwami członkowskimi Wspólnot Europejskich w sprawie przekazywania ścigania. Komentarz*, w: E. Zielińska (red.), *Prawo Wspólnot Europejskich...*, op. cit., s. 160–184.

międzynarodowej. Zwłaszcza w drugiej połowie lat 90. zaistniały różnorodne przedsięwzięcia, które dowodziły konieczności modernizacji całego systemu międzynarodowej współpracy w sprawach karnych¹⁵, a równocześnie pokazywały niedostateczne uwzględnienie roli organów ścigania w dotychczasowym systemie¹⁶. Pełniejsze rozeznanie w tej materii, osiągnięte m.in. dzięki wymianie informacji na szerszą skalę, doprowadziło do podjęcia konkretnych działań zarówno na szczeblu regionalnym, jak np. Rada Europy¹⁷, Unia Europejska¹⁸, Wspólnota Narodów (*Commonwealthy*)⁹, jak i globalnym, zwłaszcza pod auspicjami ONZ²⁰.

W ten nurt aktywności włączyła się również Komisja Europejska, która w czerwcu 1997 r. przyjęła w Amsterdamie „Plan działania w sprawie zwalczania przestępczości zorganizowanej”. Dokument ten zakładał szybkie uchwalenie nowej konwencji o wzajemnej pomocy w sprawach karnych. Konwencja ta²¹ została ostatecznie przyjęta 29 maja 2000 r., na podstawie art. 34 ust. 2 pkt d Traktatu o Unii Europejskiej. Duże znaczenie tej Konwencji wynika przede wszystkim z nowatorskiego charakteru zawartych w niej rozwiązań. Niektóre spośród nich zdecydowanie wykraczają poza tradycyjne schematy obowiązujące w tej dziedzinie na świecie. Nic więc dziwnego, że wzbudziły opory najpierw w trakcie prac nad Konwencją, a potem przy jej ratyfikacji. Należy ponadto zwrócić uwagę, że jej twórcy postanowili objąć jej zakresem sprawy, które do tej pory traktowane były jako wykraczające poza dziedzinę pomocy prawnej *sensu stricto* (np. przesyłka niejawnie nadzorowana czy operacje pod przykryciem).

Początkowe artykuły Konwencji określają wzajemne relacje tego aktu z innymi traktatami międzynarodowymi, stanowiąc, że celem Konwencji jest uzupełnienie oraz ułatwienie stosowania między państwami członkowskimi Unii Europejskiej unormowań zawartych w: Europejskiej Konwencji o pomocy prawnej w sprawach karnych z 20 kwietnia 1959 r., protokole dodatkowym do tejże Konwencji z 17 marca 1978 r., Porozumieniu Wykonawczym z 19 czerwca 1990 r., wprowadzającym w życie Układ z Schengen z 1985 r. w sprawie stop-

¹⁵ C. Fijnaut, *Transnational Organized Crime and Institutional Reform in the European Union: The Case of Judicial Cooperation*, w: P. Williams, D. Vlassis (red.), *Combating Transnational Crime: Concepts, Activities and Responses*, Londyn–Portland 2001, ISPAC, s. 276.

¹⁶ N.C. Walker, *European Policing and the Politics of Regulation*, w: P.J. Cullen, W.C. Gilmore (red.), *Crimes Sans Frontieres: International and European Legal Approaches*, Edynburg 1998, s. 141.

¹⁷ P. Csonka, *Organized and Economic Crime (An Overview of the Relevant Council of Europe Activities)*, w: idem, *Crimes Sans Frontieres...*, op. cit., s. 93.

¹⁸ H. Nilsson, *Cooperation in Justice and Home Affairs*, w: idem, *Crimes Sans Frontieres...*, op. cit., s. 116.

¹⁹ *Scheme Relating to Mutual Assistance in Criminal Matters (the Harare Scheme) within the Commonwealth as amended in 1999 and Commentary on the Scheme*, Meeting of Commonwealth Law Ministers Communiqué 99/31, Port of Spain, Trinidad and Tobago, 3–7 maja 1999 r., Marlborough House, London 1999.

²⁰ ONZ zorganizowała w 1998 r. w Waszyngtonie konferencję z udziałem ekspertów z wielu krajów, poświęconą propozycjom zmian w Modelowym Traktacie ONZ o pomocy prawnej z 1990 r.

²¹ Konwencja z dnia 29 maja 2000 r. o wzajemnej pomocy w sprawach karnych między państwami członkowskimi Unii Europejskiej, Dz.Urz. WE C 197 z 12 lipca 2000 r., s. 1.

niowego zniesienia kontroli na wspólnych granicach, oraz rozdziale II Traktatu o ekstradycji i wzajemnej pomocy w sprawach karnych pomiędzy Królestwem Belgii, Wielkim Królestwem Luksemburga i Królestwem Holandii z 27 czerwca 1962 r. (zmienionym protokołem z 11 maja 1974 r.)²².

Z przytoczonych przepisów wynika, że Konwencję należy traktować jako uzupełnienie istniejącego już systemu, nie zaś samodzielny instrument prawny w tej dziedzinie. W konsekwencji państwo-strona nie może wystąpić z wnioskiem o pomoc prawną opartym wyłącznie na jej przepisach. Z drugiej jednak strony, w razie sprzeczności między jej uregulowaniami a postanowieniami traktatów wymienionych w poprzednim akapicie, stosuje się przepisy Konwencji. Ponadto należy zauważyć, że w odniesieniu do kwestii nieunormowanych we wspomnianych traktatach stosuje się w sposób pełny i niczym nieograniczony przepisy Konwencji.

Artykuł 1 ust. 2 przewiduje, że Konwencja nie narusza postanowień zawartych w umowach dwustronnych albo porozumieniach wielostronnych, które gwarantują państwom-stronom bardziej korzystne warunki uzyskania pomocy prawnej. Postanowienie to obejmuje również sytuacje, w których pomoc prawna jest udzielana na podstawie ujednoliconych ustawodawstw krajowych (np. w państwach skandynawskich) albo specjalnych porozumień dotyczących wzajemnego udzielania pomocy prawnej w specjalistycznych sprawach.

Twórcy Konwencji postanowili rozszerzyć zakres spraw, w których dopuszczalne jest udzielenie pomocy (art. 3). Rozszerzenie to ma charakter zarówno przedmiotowy, jak i osobowy. Oznacza to, że Konwencja znajduje zastosowanie nie tylko w tradycyjnych sprawach, w których prowadzone postępowanie należy do właściwości sądu, ale także w postępowaniu administracyjnym. Ponadto postanowienia Konwencji obejmują zarówno osoby fizyczne, jak i prawne. Rozszerzenie przedmiotowe obejmuje sprawy, w których organem właściwym w pewnym zakresie (przykładowo wykroczenia w Polsce do 2001 r. czy niemieckie *Ordnungswidrigkeiten*) jest organ administracyjny – jednak z zastrzeżeniem, iż ostatecznie sprawa może trafić (np. na skutek odwołania) do sądu. Biorąc pod uwagę możliwe różnice w prawie krajowym, które mogłyby rodzić wątpliwości, kontrowersje czy nawet prowadzić do sporów, twórcy Konwencji przesądzi, że nie ma znaczenia okoliczność, iż postępowanie ma charakter administracyjny w państwie wzywającym, państwie wezwanym czy w obu. Skutkiem rozszerzenia osobowego jest wyłączenie możliwości odmowy udzielenia pomocy przez państwo wezwane na tej podstawie, że jego prawo krajowe nie przewiduje odpowiedzialności karnej albo również administracyjnej osób prawnych, jeżeli taka odpowiedzialność jest przewidziana w ustawodawstwie państwa wzywającego²³. Rozwiązanie to należy oceniać pozytywnie, przyczynia się ono bowiem do skuteczności współpracy w dziedzinie odpowiedzialności karnej osób prawnych.

²² W. Postulski, *Współpraca policyjna i sądowa w sprawach karnych*, w: A. Wróbel (red.), *Wprowadzenie do prawa Wspólnot Europejskich (Unii Europejskiej)*, Warszawa 2002, s. 120.

²³ A. Gruszczak, *Unia Europejska wobec przestępczości. Współpraca w ramach III filara*, Kraków 2002, s. 134.

O tym, jak szybko następują zmiany w tej dziedzinie, świadczy Protokół do Konwencji z 2000 r. o wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej. Protokół został ustanowiony na podstawie Aktu Rady z dnia 16 października 2001 r.²⁴ Tego samego dnia został podpisany przez wszystkie kraje członkowskie. Preambuła stanowi, że przepisy Protokołu stanowią Załącznik do Konwencji z 2000 r. o wzajemnej pomocy prawnej w sprawach karnych pomiędzy państwami członkowskimi Unii Europejskiej, będąc jej integralną częścią. Oznacza to, że przepisy tej Konwencji stosuje się do kwestii uregulowanych w Protokole i *vice versa*. Należy jednak zauważyć, że Konwencja ta uzupełnia Europejską Konwencję z 1959 r. o pomocy w sprawach karnych, Protokół dodatkowy z 1978 r. do tej konwencji, Traktat Beneluksu oraz Konwencję wykonawczą z Schengen. W konsekwencji w sprawach uregulowanych w Protokole z 2001 r. stosuje się przykładowo następujące postanowienia: art. 24 Europejskiej Konwencji z 1959 r. zawierający definicję „organu sądowego”, art. 3 tej konwencji dotyczący sposobu wykonania wniosku o pomoc prawną, art. 4 Konwencji z 2000 r. określający wymagania formalne i zasady postępowania oraz art. 6 tej ostatniej konwencji dopuszczający przekazywanie wniosków za pomocą faksu i poczty elektronicznej, pod warunkiem umożliwienia państwu wezwanemu sprawdzenia autentyczności przekazu, i zezwalający na bezpośrednie porozumiewanie się organów sądowych.

Podobnie jak Europejska Konwencja z 1959 r. i Konwencja z 2000 r., postanowienia Protokołu z 2001 r. mają ogólne zastosowanie. Artykuł 1 przewiduje tylko jeden wyjątek: znajduje on zastosowanie jedynie w odniesieniu do wskazanych w nim przestępstw. Katalog tych naruszeń prawa obejmuje: a) przestępstwo zagrożone karą pozbawienia wolności lub środkiem zabezpieczającym, którego górna granica wynosi co najmniej cztery lata w państwie wzywającym i co najmniej dwa lata w państwie wezwanym; b) przestępstwo określone w artykule 2 Konwencji z 1995 r. o ustanowieniu Europejskiego Biura Policji (Konwencja o Europolu) lub w Załączniku do tej Konwencji wraz z późniejszymi zmianami; c) w zakresie nie objętym Konwencją o Europolu, przestępstwo określone w Konwencji z 1995 r. o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich, Protokole do niej z 1996 r. lub w drugim Protokole do niej z 1997 r. Wśród przepisów zawierających konkretne rozwiązania można wskazać trzy grupy: pomoc w sprawach dotyczących rachunków bankowych (art. 1–4), wymagania dotyczące dodatkowych wniosków o pomoc (art. 5–6) oraz podstawy odmowy (art. 7–10). Ponadto artykuły od 11 do 16 obejmują postanowienia końcowe (zastrzeżenia, wejście w życie, przystąpienie przez nowych członków Unii, status Islandii i Norwegii).

²⁴ Akt Rady z dnia 16 października 2001 r. ustanawiający na podstawie artykułu 34 Traktatu o Unii Europejskiej, Protokół do Konwencji o wzajemnej pomocy w sprawach karnych między Państwami Członkowskimi Unii Europejskiej, Dz.Urz. WE C 326 z 21 listopada 2001 r., s. 1.

2. Podśluch telekomunikacyjny

Tytuł III Konwencji UE z 2000 r. wprowadza rewolucyjne zmiany w dziedzinie pomocy prawnej w tym specjalistycznym zakresie. Twórcy Konwencji pragnęli dostosować rozwiązania prawne do współczesnego poziomu rozwoju technologii telekomunikacyjnych. Przede wszystkim jednak w tej części Konwencji podjęto pierwszą, bezprecedensową próbę prawnego uregulowania przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych w obrębie Unii Europejskiej.

Uwagę zwraca szeroki zakres regulacji Tytułu III. Odpowiada temu również używana tam terminologia. Konwencja posługuje się angielskim pojęciem *interception of telecommunications*, które należałoby przetłumaczyć jako „przechwytywanie przekazów telekomunikacyjnych”. Nie ma więc tutaj miejsca na ograniczenie się do tradycyjnego podsłuchu telefonicznego. W samej Konwencji brak definicji określenia *telecommunications* (przekazy telekomunikacyjne). Jednak zdaniem autorów oficjalnego komentarza do Konwencji pojęcie to „powinno być rozumiane w najszerszym znaczeniu tego słowa”, czyli obejmować „wszelkie formy przekazu informacji, które mogą być przedmiotem przekazu za pomocą obecnych, jak i przyszłych technologii”. W konsekwencji należy przyjąć, że Konwencja znajduje zastosowanie zarówno do klasycznego podsłuchu, jak i przechwytywania e-maili, faksów, wiadomości tekstowych SMS, a nawet informacji przesyłanych za pomocą komunikatorów internetowych.

Tytuł III Konwencji reguluje trzy różne przypadki zgodnego z prawem, międzynarodowego przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych. Tylko jeden z nich spełnia jednak cechy typowej (tradycyjnej) pomocy prawnej, która polega na tym, że państwo A występuje do państwa B z wnioskiem o dokonanie określonej czynności, dwie pozostałe trudno uznać nawet za formy pomocy prawnej.

Klasyczny przypadek reguluje art. 18 Konwencji. Właściwy organ państwa wzywającego może, dla osiągnięcia celów prowadzonego śledztwa albo dochodzenia i przy zachowaniu wymogów przewidzianych jego prawem wewnętrznym, wystąpić do innego państwa z wnioskiem o: a) przechwycenie i niezwłoczną transmisję przekazu telekomunikacyjnego do państwa wzywającego albo b) przechwycenie, nagranie i późniejszą transmisję nagranego przekazu do państwa wzywającego. W świetle art. 17 pojęcie „właściwy organ” oznacza organ sądowy, a jeśli organ sądowy nie jest w danym państwie właściwy w zakresie przechwytywania przekazów – inny odpowiedni organ, działający dla osiągnięcia celów śledztwa albo dochodzenia.

Rozwiązanie to znajduje zastosowanie w trzech różnych przypadkach w zależności od miejsca pobytu użytkownika, który podlega tej formie działań procesowych. O pomoc prawną można zatem występować, gdy podmiot ten przebywa w: 1) państwie wzywającym, a państwo to potrzebuje pomocy technicznej państwa wezwanego, aby przechwycić wysyłane i odbierane przez niego przekazy telekomunikacyjne; 2) państwie wezwanym, a wysyłane i odbierane przez niego przekazy telekomunikacyjne mogą być przechwycone na terytorium tego państwa; 3) innym państwie członkowskim, które zostało poinformowane o fakcie prze-

chwytywania na podstawie art. 20 ust. 2 pkt a, a państwo wzywające potrzebuje pomocy technicznej państwa wezwanego, aby przechwycić wysyłane i odbierane przez ten podmiot przekazy telekomunikacyjne.

Artykuł 19 Konwencji reguluje szczególnie przypadek, w którym raczej nie mamy do czynienia z tradycyjną formą pomocy prawnej, gdyż w zasadzie nie występuje bezpośrednia współpraca państw. W zamierzeniu twórców Konwencji artykuł ten ma umożliwić przechwytywanie przekazów telekomunikacyjnych dokonywanych drogą satelitarną (pisano go z myślą o systemie łączności satelitarnej *Irydium*), a więc za pośrednictwem dostawców usług telekomunikacyjnych. W systemach takich możliwość pełnego monitorowania przekazów wysyłanych i odbieranych przez użytkownika ma jedynie państwo, na którego terytorium znajduje się stacja naziemna, przez którą przechodzą wszelkie informacje transmitowane drogą satelitarną.

Twórcy Konwencji pragnęli oszczędzić organom ścigania i wymiaru sprawiedliwości kłopotów związanych z koniecznością występowania do państwa, w którym taka stacja się znajduje, z wnioskiem o przechwycenie przekazów telekomunikacyjnych użytkownika przebywającego w państwie wzywającym. Artykuł 19 nakłada na pierwsze z tych państw obowiązek zapewnienia pozostałym państwom-stronom bezpośredniego dostępu do transmitowanych przez taką stację informacji za pośrednictwem wyznaczonego dostawcy usług telekomunikacyjnych, obecnego w danym państwie. Dzięki temu rozwiązaniu inne państwa mają możliwość przechwytywania odpowiednich informacji, bez konieczności zwracania się o pomoc do innych krajów.

Konwencja nie zawiera definicji wspomnianego pojęcia „dostawcy usług telekomunikacyjnych”, należy więc sięgnąć do innego aktu prawnego, jakim jest Uchwała Rady Unii Europejskiej z 17 stycznia 1995 r. o uprawnionym przechwytywaniu przekazów telekomunikacyjnych²⁵.

Najwięcej kontrowersji na tle Konwencji wzbudzał art. 20, który zezwala na przechwytywanie informacji na terytorium obcego państwa-strony Konwencji bez wniosku o pomoc prawną wymagane jest jedynie poinformowanie go o tym fakcie. Parlament Europejski kategorycznie sprzeciwił się temu przepisowi, ostatecznie jednak został on przez Radę Unii Europejskiej pozostawiony w Konwencji. Artykuł 20 ust. 2 stanowi, że gdy dla osiągnięcia celów śledztwa albo dochodzenia właściwy organ zarządził przechwytywanie przekazów telekomunikacyjnych danego podmiotu, a techniczne wsparcie państwa, w którym używany jest adres telekomunikacyjny tego podmiotu, nie jest konieczne dla wykonania przechwycenia, wówczas należy poinformować zainteresowane państwo o przechwytywaniu na jego terytorium. Informacje takie przekazuje się bądź to przed rozpoczęciem przechwytywania – jeżeli w chwili zarządzenia przechwytywania wiadome jest, że dany podmiot znajduje się w zawiadamianym państwie, bądź też – w innych wypadkach – niezwłocznie po powzięciu wiadomości, że podmiot przechwytywania znajduje się na terytorium zawiadamianego państwa.

²⁵ Rezolucja Rady z dnia 17 stycznia 1995 r. w sprawie legalnego przechwytywania przekazów telekomunikacyjnych, Dz.Urz. WE C 329 z 4 listopada 1996 r., s. 1.

Zawiadomiony w powyższym trybie właściwy organ danego państwa powinien bezzwłocznie, a najpóźniej w ciągu 96 godzin od otrzymania stosownych informacji, podjąć decyzję w przedmiocie wykonywanego na jego terytorium przechwytywania. Zgodnie z art. 20 ust. 4 pkt a może zdecydować się na jedną z trzech możliwości: 1) zezwolić na wykonanie albo kontynuację trwającego już przechwytywania; 2) zażądać niewykonywania albo zaprzestania trwającego już przechwytywania – decyzja taka nie jest jednak pozostawiona jego uznaniu (może być podjęta tylko wtedy, gdy na takie przechwytywanie nie zezwała wewnętrzne ustawodawstwo bądź też na podstawie art. 2 Europejskiej Konwencji o pomocy prawnej z 1959 r. Decyzja taka wymaga zawsze pisemnego uzasadnienia. Może być również uzupełniona poprzez zakaz wykorzystywania przechwyconych już materiałów albo też uzależnienie jego wykorzystania od spełnienia pewnych określonych warunków); 3) wystąpić o krótkie – maksymalnie do ośmiu dni – przedłużenie 96 godzinnego terminu na podjęcie decyzji w sprawie.

Do czasu podjęcia stosownej decyzji przez państwo zawiadomione państwo przechwytyjące może kontynuować trwające już przechwytywanie, jednak niedopuszczalne jest wykorzystanie uzyskanego tą drogą materiału. Ograniczenie to przestaje obowiązywać, jeżeli zainteresowane państwa uzgodniły inaczej albo jeżeli jest to konieczne dla podjęcia nagłych środków w celu zapobieżenia bezpośredniemu i poważnemu zagrożeniu dla bezpieczeństwa publicznego.

3. Wspólne zespoły śledcze

Doświadczenia praktyki wskazują na korzyści wynikające ze współdziałania funkcjonariuszy organów ścigania oraz pracowników wymiaru sprawiedliwości pochodzących z różnych państw zarówno w działaniach operacyjno-taktycznych, jak i dochodzeniowo-śledczych, zwłaszcza w sprawach z różnego rodzaju „elementem zagranicznym”. Do tej pory jednak największą przeszkodę w wykorzystaniu takich wspólnych zespołów (grup) stanowił brak właściwej podstawy prawnej. Wysiłki podjęte na przełomie XX i XXI wieku doprowadziły do stworzenia instrumentów, które powinny pozwolić na dalszy rozwój tej formy współpracy²⁶.

Chronologicznie pierwszym traktatem międzynarodowym jest Konwencja ONZ o zwalczaniu międzynarodowej przestępczości zorganizowanej otwarta do podpisu w Palermo 12–15 grudnia 2000 r. Artykuł 19, zatytułowany „Wspólne działania operacyjno-dochodzeniowe”, przewiduje, że państwa-strony rozważą zawarcie dwustronnych lub wielostronnych umów i porozumień, na mocy których – w odniesieniu do kwestii stanowiących przedmiot działań operacyjnych lub postępowań karnych w jednym lub wielu państwach – właściwe organy mogą tworzyć połączone grupy operacyjno-dochodzeniowe. W razie braku takich umów i porozumień wspólne działania operacyjno-dochodzeniowe mogą

²⁶ Szerzej na ten temat zob. M. Płachta, *Joint investigation teams: New form of international co-operation in criminal matters*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice 2005, t. 13, s. 284–302.

być prowadzone na podstawie porozumień zawieranych w poszczególnych sprawach. Zaangażowane państwa-strony zapewniają pełne poszanowanie suwerenności państwa-strony, na którego terytorium będą prowadzone takie działania operacyjno-dochodzeniowe.

Ważny krok w kierunku urzeczywistnienia idei wspólnych zespołów został dokonany na forum Unii Europejskiej. Konwencja z 2000 r. o pomocy prawnej zawiera odpowiednie postanowienia w tej materii. Artykuł 13 formułuje dość szczegółowe warunki i wymagania, pod którymi możliwe będzie tworzenie wspólnych grup i wykonywanie przez nie zadań.

Podstawą powołania do życia takiej grupy jest każdorazowe porozumienie zawierane pomiędzy właściwymi organami zainteresowanych państw. Konwencja nie przewiduje żadnych ograniczeń co do liczby sygnatariuszy takiego porozumienia. Porozumienie musi zawierać w szczególności: określenie okresu, na jaki grupa zostaje utworzona (może on zostać następnie przedłużony za zgodą wszystkich zainteresowanych państw); sprecyzowanie zadania, do którego wykonania tworzy się grupę; skład osobowy grupy. Twórcy Konwencji nie wykluczali, że choć zwykle członkami takiej grupy będą funkcjonariusze organów ścigania, to może ona obejmować także prokuratorów, sędziów oraz inne osoby. Grupa może działać wyłącznie na terytorium jednego lub kilku państw zawierających wspomniane porozumienie.

Z uwagi na odsuwający się w czasie moment wejścia w życie Konwencji z 2000 r., spowodowany trudnościami w uzyskaniu ratyfikacji w poszczególnych państwach członkowskich, Komisja Europejska uznała, że istnieją podstawy, by przyjąć, iż w zasadzie kraje te wyrażają wolę związania się przynajmniej niektórymi jej postanowieniami. Dotyczy to także art. 13. Z tego względu Rada UE przyjęła w dniu 13 czerwca 2002 r. decyzję ramową o wspólnych zespołach dochodzeniowo-śledczych. Jej zawartość nie odbiega od rozwiązań przyjętych w Konwencji: art. 1 decyzji ramowej jest dosłownym powtórzeniem art. 13 Konwencji, art. 2 i 3 decyzji zaś są kopią art. 15 i 16 Konwencji. Kluczowe unormowania stanowiące konstrukcję prawną wspólnego zespołu składają się z trzech grup zasad: pierwsza grupa zawiera zasady o charakterze ogólnym, druga grupa dotyczy statusu i sytuacji członków delegowanych, trzecia zaś określa możliwości wykorzystania uzyskanych informacji. Uzupełnieniem tej regulacji są przepisy dotyczące odpowiedzialności karnej i cywilnej w związku z działalnością wspólnych zespołów.

Również Rada Europy nie pozostała w tyle. W dniu 8 listopada 2001 r. Komitet Ministrów przyjął i otworzył do podpisu drugi dodatkowy protokół do EKPSK z 1959 r.²⁷ Podobnie jak w przypadku decyzji ramowej UE również postanowienia tego protokołu nie odbiegają od pierwowzoru, jakim jest Konwencja UE z 2000 r. W efekcie art. 20 drugiego protokołu stanowi kopię art. 13 Konwencji, natomiast art. 21 i 22 protokołu stanowią powtórzenie art. 15 i 16 Konwencji.

²⁷ Drugi protokół dodatkowy wszedł w życie w dniu 1 lutego 2004 r. Na dzień 31 grudnia 2006 r. uzyskał 22 podpisy i 12 ratyfikacji.

W tej sytuacji polski ustawodawca postanowił wprowadzić do krajowego porządku prawnego przepisy umożliwiające nie tylko wdrożenie decyzji ramowej UE z 13 czerwca 2002 r., ale także tworzenie i funkcjonowanie wspólnych zespołów w szerszym zakresie. Ustawa z dnia 16 kwietnia 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 93, poz. 889) znówelizowała k.p.k. poprzez dodanie w rozdziale 62 artykułów 589b–589f. W odróżnieniu jednak od postanowień decyzji ramowej w naszym kraju zakres możliwości utworzenia wspólnego zespołu i jego działania został ograniczony do „poważnych postępowań karnych o charakterze transgranicznym”²⁸. W efekcie art. 589b § 1 zezwala jedynie na „wykonywanie czynności śledztwa w ramach wspólnego zespołu śledczego”, z wyłączeniem dochodzenia. Natomiast tzw. „zespół polski” można powołać m.in. w szczególności, gdy na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej prowadzone jest postępowanie przygotowawcze w sprawie o przestępstwo o charakterze terrorystycznym, handlu ludźmi, obrotu środkami odurzającymi, substancjami psychotropowymi lub ich prekursorami albo o inne ciężkie przestępstwo (art. 589c § 1).

Wspólny zespół śledczy może zostać powołany, jeżeli pozwala na to umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, albo na zasadach wzajemności (art. 589b § 1). Utworzenie zespołu może mieć miejsce jedynie w konkretnej sprawie; powołują go, w drodze porozumienia, Prokurator Generalny oraz właściwy organ państwa obcego, zwanego „państwem współpracującym” (art. 589b § 2). Pracami polskiego zespołu kieruje polski prokurator (art. 589c § 2). W skład polskiego zespołu mogą wchodzić inni polscy prokuratorzy i przedstawiciele innych organów uprawnionych do prowadzenia śledztwa oraz funkcjonariusze właściwych organów państwa współpracującego, zwani „funkcjonariuszami delegowanymi” (art. 589c § 3). Prokurator lub przedstawiciel innego organu uprawnionego do prowadzenia śledztwa może być delegowany do zespołu na terytorium innego państwa współpracującego w wypadkach określonych przepisami państwa, na którego terytorium odbywa się współpraca zespołu. O delegowaniu decyduje odpowiednio Prokurator Generalny albo inny właściwy organ (art. 589d § 1).

Ani jednak regulacje zawarte w traktatach międzynarodowych, ani także nowe przepisy włączone do kodeksu postępowania karnego samodzielnie nie zapewnią sprawnego funkcjonowania zespołów na co dzień. Niezbędnych do rozwiązania jest szereg innych kwestii, również o charakterze organizacyjnym, logistycznym itp. Konieczna jest więc nowelizacja dalszych aktów prawnych, w szczególności poprzez uzupełnienie istniejącej regulacji. Dlatego też w Ministerstwie Sprawiedliwości trwają prace nad nowelizacją m.in. ustawy z dnia 20 czerwca 1985 r. o Prokuraturze²⁹, a nowe przepisy mają umożliwić współpracę i udział w działaniach podejmowanych przez organizacje międzynarodowe lub ponadnarodowe oraz zespoły międzynarodowe, działające na podstawie umów między-

²⁸ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie Kodeksu postępowania karnego, Druk Sejmowy nr 2407 z dnia 8 stycznia 2004 r.

²⁹ A. Łukaszewicz, *Poprawianie ustawy o prokuraturze na raty: Kadencyjni bardziej niezależni*, „Rzeczpospolita” z 12 listopada 2004 r.

narodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską. Proponowane rozwiązanie opiera się na konstrukcji delegowania przez Prokuratora Generalnego prokuratora, za zgodą tego ostatniego, do pełnienia obowiązków w ramach działań podejmowanych przez wspomniane organizacje i zespoły, przy czym taka delegacja ma mieć charakter czasowy; następuje na czas określony, nie dłuższy niż trzy lata (nowy § 2a w art. 50 wspomnianej ustawy). Prokurator delegowany w tym trybie może zostać odwołany z delegowania lub z niego ustąpić za trzy-miesięcznym uprzedzeniem.

Bardziej szczegółowe regulacje zostały zaproponowane w nowym art. 50a ustawy o Prokuraturze. Prokuratorowi delegowanemu na wspomnianej podstawie Prokurator Generalny może powierzyć pełnienie funkcji przedstawiciela krajowego lub innej określonej funkcji niezbędnej do realizacji zadań wynikających z umów międzynarodowych (§ 1). Prokurator delegowany otrzymuje wynagrodzenie zasadnicze przysługujące mu na zajmowanym stanowisku, dodatek za długoletnią pracę oraz dodatek funkcyjny w razie powierzenia mu odpowiedniej funkcji (§ 2). Ponadto prokuratorowi delegowanemu poza granice państwa mają zostać zapewnione w szczególności (§ 3): a) nieodpłatne zakwaterowanie albo zwrot kosztów zamieszkania w miejscu delegowania; b) pokrycie kosztów podróży, a w przypadku zmiany miejsca pobytu również pokrycie kosztów podróży przesiedleniowej; c) zwrot uzasadnionych i udokumentowanych kosztów leczenia w państwie obcym; d) zasiłek adaptacyjny, na pokrycie kosztów zagospodarowania w państwie obcym; e) świadczenia dodatkowe. Rodzaj i zakres tych ostatnich ma zostać określony w sposób bardziej szczegółowy w drodze rozporządzenia przez Ministra Sprawiedliwości (§ 6).

Projekt przewiduje, że małżonkowi prokuratora delegowanego poza granice państwa przysługuje, na jego wniosek, urlop bezpłatny, jeżeli okres delegowania prokuratora trwa dłużej niż trzy miesiące. Okres urlopu bezpłatnego ma zostać zaliczony do okresu pracy, od którego zależą uprawnienia pracownicze małżonka prokuratora, pod warunkiem zgłoszenia się do pracy w terminie 30 dni od zakończenia okresu delegowania prokuratora (art. 50a § 5).

4. Europejski nakaz aresztowania

Genealogię idei, która legła u podstaw europejskiego nakazu aresztowania (dalej: e.n.a.), można wywodzić z zamieszczonej w Traktacie Amsterdamskim koncepcji budowy na terenie Unii Europejskiej obszaru wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości (art. 2 ust. 4). Pierwszym krokiem w tym kierunku były ustalenia szczytu Rady Europejskiej w Tampere, w Finlandii, w dniach 15 i 16 października 1999 r. W dokumencie zatytułowanym „Wnioski” uznano, że formalne procedury ekstradycyjne nie powinny być stosowane w odniesieniu do osób skazanych prawomocnym orzeczeniem sądu, które uchylają się przed wymiarem sprawiedliwości, natomiast w odniesieniu do osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa ekstradycja powinna być przyśpieszona (zaproponowano tzw. szybką ścieżkę ekstradycyjną) (pkt 35). Ponadto w pkt. 37 przewidziano zasadę wza-

jemnego uznawania decyzji procesowych w sprawach karnych. Założenia przyjęte w Tampere rozpoczęto wdrażać bardziej energicznie dopiero pod wpływem impulsu, jakim były zamachy terrorystyczne w Stanach Zjednoczonych w dniu 11 września 2001 r.

Mimo pewnych rozbieżności opinii wśród przedstawicieli „piętnastki” i oporu niektórych krajów (np. Włoch) ostatecznie udało się uzyskać polityczną akceptację ze strony wszystkich państw Unii, co umożliwiło przyjęcie decyzji ramowej przez Radę Unii Europejskiej w dniu 13 czerwca 2002 r. w Luksemburgu³⁰.

Zgodnie z przyjętą definicją europejski nakaz aresztowania to decyzja sądowa wydana przez państwo członkowskie w celu aresztowania i przekazania przez inne państwo członkowskie osoby ściganej celem przeprowadzenia przeciwko niej postępowania karnego w związku z przestępstwem, dla którego górna granica kary wynosi co najmniej 1 rok pozbawienia wolności, bądź w celu wykonania kary lub środka zabezpieczającego polegającego na pozbawieniu wolności w wymiarze nie niższym niż 4 miesiące (art. 1 ust. 1 i art. 2 ust. 1 decyzji).

Warto wskazać rewolucyjne zmiany w dziedzinie wydawania osób, które przyniosła decyzja ramowa. Niewątpliwym *novum* w porównaniu z tradycyjną ekstradycją jest odejście od fundamentalnej zasady podwójnej przestępczości czynu. Wystarczające jest, aby czyn był uznawany za przestępstwo w państwie wydania nakazu oraz aby był zagrożony karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 3 lata. Art. 2 ust. 2 zawiera zamknięty katalog 32 „szczególnie poważnych” przestępstw, co do których powołanie się na brak podwójnej przestępczości czynu jest niedopuszczalne, jeżeli dane przestępstwo jest, wedle prawa państwa wydającego nakaz, zagrożone karą co najmniej 3 lat pozbawienia wolności albo środkiem zabezpieczającym. Drugim elementem jest wyłom od innej fundamentalnej zasady prawa ekstradycyjnego, tj. specjalności. Polega on na niemal zupełnym odwróceniu kierunku domniemania obowiązującego i powszechnie przyjmowanego w tej dziedzinie. Zgodnie z art. 27 ust. 1 każde państwo członkowskie może zawiadomić Sekretariat Generalny Rady Unii Europejskiej o tym, że w stosunkach z państwami członkowskimi, które zdecydowały się na podobny krok, przyjmowane będzie domniemanie zgody na uchylenie zasady specjalności. Takie samo rozwiązanie zostało zastosowane w przypadku tzw. dalszej ekstradycji (art. 28).

Odejście od tradycyjnego systemu ekstradycyjnego uwidacznia się zwłaszcza w sferze organizacyjno-kompetencyjnej i polega na odrzuceniu tego elementu systemu, który rodził największe trudności w praktyce, spowodowane tym, że ostateczna decyzja w przedmiocie wydania (albo odmowy wydania) ściganego była tradycyjnie zastrzeżona dla organu władzy wykonawczej. Tymczasem rozwiązanie przyjęte w decyzji ramowej zakłada, że dotychczasowe dwuetapowe postępowanie ekstradycyjne zostaje przekształcone w jednorodne postępowanie prowadzone przez organ wymiaru sprawiedliwości właściwy do wydania c.n.a.

³⁰ Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States, 2002/584/JHA, OJ L 190/1 z 18 lipca 2002 r.

zgodnie z ustawodawstwem wewnętrznym każdego z państw członkowskich (art. 6). Radykalne uproszczenie i przyspieszenie procedury ekstradycyjnej przejawia się m.in. w tym, że nakazy przekazywane mają być bezpośrednio pomiędzy właściwymi organami wymiaru sprawiedliwości, bez pośrednictwa kanału dyplomatycznego czy innych pośrednich ogniw (art. 9).

Radykalne zmiany zostały wprowadzone szczególnie do uregulowania dotyczącego czasu trwania tego postępowania. Polegają one na określeniu bardzo krótkich terminów – najpierw do wydania nakazu (10 dni albo 60 dni; art. 17), a następnie do faktycznego przekazania ściganego (10 dni; art. 23). Decyzja ramowa likwiduje dwie tradycyjne, a równocześnie bardzo kontrowersyjne przeszkody ekstradycyjne: obywatelstwo ściganego oraz polityczny charakter przestępstwa. Nie występują one w katalogu ani obligatoryjnych, ani fakultatywnych podstaw odmowy wykonania nakazu.

W debacie toczącej się w Polsce nad wprowadzeniem tej instytucji do prawa krajowego³¹ najbardziej kontrowersyjna okazała się kwestia zgodności postanowień decyzji ramowej z Konstytucją RP z 1997 r. W szczególności chodziło o pytanie o tożsamość e.n.a. z ekstradycją. Wobec rozbieżnych opinii na ten temat wypowiedzianych w doktrynie i środowisku prawniczym rząd zajął stanowisko, iż „przekazanie osoby (w tym również obywatela polskiego albo osoby korzystającej w Polsce z prawa azylu) na podstawie europejskiego nakazu aresztowania to inna instytucja prawna niż ekstradycja w rozumieniu art. 55 Konstytucji RP”³². W efekcie projekt nowelizacji k.p.k. wprowadził odrębne przepisy o europejskim nakazie aresztowania, włącznie z nową definicją legalną pojęcia „ekstradycja”, aby dać wyraz temu rozróżnieniu³³.

Zgodnie z zaleceniami Rady Legislacyjnej nowo przyjęta definicja w art. 602 § 1 k.p.k. stanowi, że z zastrzeżeniem przepisów rozdziału 65b ekstradycja jest wydaniem osoby ściganej albo skazanego, na wniosek państwa obcego, w celach określonych w § 2 (a więc przeprowadzenia przeciw niej postępowania karnego lub wykonania orzeczonej co do niej kary albo środka zabezpieczającego). Zmiana ta wymusiła też zmianę tytułu rozdziału 65 k.p.k. („Ekstradycja oraz

³¹ Zob. także na temat e.n.a. w polskiej literaturze: M. Żurek, *O europejskim nakazie aresztowania: Bezgraniczna sprawiedliwość*, „Rzeczpospolita” z 21 sierpnia 2002 r.; A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania. Między skutecznością ścigania a gwarancyjną funkcją praw człowieka*, „Przegląd Policyjny” 2003, nr 1; M. Płachta, *Europejski nakaz aresztowania a ekstradycja*, „Jurysta” 2002, nr 11/12, s. 13–15; idem, *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, „Studia Europejskie” 2002, nr 3, s. 51–72; M. Płachta, S. Wesołowski, *Europejski nakaz aresztowania (wydania). Podstawowe rozwiązania*, „Studia Prawno-Europejskie” 2002, t. VI, s. 194–213; A. Górski, A. Sakowicz, *Europejski nakaz aresztowania: Nowy instrument współpracy w sprawach karnych w Unii Europejskiej. Zarys problematyki*, w: M. Perkowski (red.), *Wymiar sprawiedliwości w Unii Europejskiej. Wybrane zagadnienia*, LexisNexis, Warszawa 2002, s. 338–351; A. Górski, A. Sakowicz, *The European Arrest Warrant: A Substantial Step Towards „European Prosecution”*, „Studia Prawno-Europejskie” 2002, t. VI, s. 111–125.

³² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks kamy, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, Druk Sejmowy nr 2031 (Sejm IV kadencji) z dnia 19 września 2003 r.

³³ Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks kamy, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626.

przewóz osób ściganych albo skazanych lub wydanie przedmiotów na wniosek państw obcych”). W ramach wprowadzenia decyzji ramowej do polskiego prawa w dziale XIII k.p.k. pojawiły się dwa nowe rozdziały: 65a i 65b.

Rozdział 65a normuje stronę czynną e.n.a., tj. przypadek, w którym europejski nakaz aresztowania zostaje wydany przez polskie organy sądowe. Natomiast rozdział 65b normuje stronę bierną e.n.a., tj. przypadek, w którym państwa członkowskie UE występują do Polski z europejskim nakazem aresztowania. W zdecydowanej większości nowo uchwalone przepisy tych rozdziałów stanowią prostą transpozycję postanowień decyzji ramowej. Decyzja nie przesądza w sposób jednoznaczny, czy w trakcie całej procedury wykonania nakazu powinien być stosowany areszt tymczasowy wobec osoby podlegającej przekazaniu, podobnie pozostawia państwom swobodę w zakresie możliwości cofnięcia złożonego oświadczenia o zgodzie na przekazanie bądź takiej zgodzie połączonej ze zrzeczeniem się korzystania z zasady specjalności³⁴. Ostatecznie przyjęto więc, że jak w każdym innym przypadku stosowania tymczasowego aresztowania, sąd każdorazowo rozstrzyga o potrzebie stosowania tego środka (art. 607i § 1).

Dotychczasowe doświadczenia półrocznej praktyki stosowania nowej instytucji są generalnie pozytywne³⁵. W okresie od 1 czerwca 2004 r. zostało przekazanych po kilkanaście osób w obie strony (tj. do Polski i z Polski). Skrócenie postępowania jest znaczące, zwłaszcza kiedy osoby poszukiwane wyrażają zgodę na odesłanie ich; wówczas załatwienie sprawy trwa zaledwie kilka dni. Szczególnie dobrze układa się współpraca z władzami hiszpańskimi. Niestety, do tej pory nie wszystkie państwa członkowskie UE wprowadziły u siebie tę instytucję. Tylko w jednym przypadku miała miejsce odmowa przekazania w trybie e.n.a. Równocześnie zebrane doświadczenia pozwoliły na sformułowanie propozycji zmian, które zdaniem Prokuratury należy wprowadzić do dotychczasowych uregulowań. Dotyczą one m.in. kwestii zastosowania tymczasowego aresztowania wobec osoby wskazanej w e.n.a., rezygnacji z wymagania uprzedniego wniosku prokuratora jako warunku wystawienia nakazu przez polski sąd. Ponadto w praktyce pojawił się problem wykazania miejsca pobytu osoby poszukiwanej na terytorium jednego z państw członkowskich UE.

Los tego instrumentu stanął pod znakiem zapytania, kiedy w dniu 27 kwietnia 2005 r. Trybunał Konstytucyjny (sygn. akt P 1/05) w pełnym składzie orzekł, że art. 607t § 1 kodeksu postępowania karnego w zakresie, w jakim zezwala na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego Unii Europejskiej na podstawie europejskiego nakazu aresztowania, jest niezgodny z art. 55 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej³⁶. Sąd Okręgowy w Gdańsku IV Wydział

³⁴ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy..., op. cit.

³⁵ Zob. wypowiedź Prokuratora Andrzeja Kępińskiego, ówczesnego naczelnika Wydziału Obrotu Prawnego z Zagranicą w Prokuraturze Krajowej, w: A. Łukasiewicz, *Szybkie ściganie przestępców*, „Rzeczpospolita” z 8 listopada 2004 r.

³⁶ Sentencja została ogłoszona 4 maja 2005 r. w Dz.U. Nr 77, poz. 680. Zob. glosy do tego wyroku opublikowane w „Państwie i Prawie” 2005, nr 9: W. Czaplińskiego (s. 107), P. Hofmańskiego (s. 113), M. Płachty i R. Wieruszewskiego (s. 117).

Kamy postanowieniem z 27 stycznia 2005 r. (sygn. akt IV Kop 23/04) przedstawił Trybunałowi Konstytucyjnemu pytanie prawne o zgodność art. 607t k.p.k. zezwalającego na przekazanie obywatela polskiego do państwa członkowskiego Unii Europejskiej z art. 55 ust. 1 Konstytucji. Pytanie prawne zostało sformułowane w związku z toczącą się z wniosku Prokuratury Okręgowej przed Sądem Okręgowym w Gdańsku sprawą o wydanie w ramach e.n.a. postanowienia o przekazaniu Marii D. w celu przeprowadzenia przeciwko niej postępowania karnego przez władze holenderskie. W ocenie sądu, przed rozpoznaniem ww. wniosku, konieczne jest rozstrzygnięcie przez Trybunał, czy art. 607t k.p.k. jest zgodny z art. 55 ust. 1 Konstytucji stanowiącym, że ekstradycja obywatela polskiego jest zakazana.

Przedmiotem analizy Trybunału było zagadnienie tożsamości (bądź jej braku) ekstradycji i e.n.a. Odpowiadając na pytanie, czy przekazanie państwu członkowskiemu UE obywatela polskiego ściganego na podstawie e.n.a. jest formą ekstradycji, TK podkreślił, że sposób i kiemnek wykładni przepisów ustaw niższego rzędu powinien być wyznaczony przez normy konstytucyjne. Przy wykładni pojęć konstytucyjnych nie mają znaczenia wiążącego i przesądzającego o sposobie interpretacji definicje formułowane w aktach niższego rzędu. Pojęcia konstytucyjne mają bowiem charakter autonomiczny wobec obowiązującego ustawodawstwa.

Powołując się na analizy i opracowania doktryny³⁷, TK dostrzegł różnice między e.n.a. a tradycyjnymi procedurami ekstradycyjnymi. Zdaniem Trybunału przekazanie osoby ściganej na podstawie e.n.a. można byłoby uznać za instytucję różną od ekstradycji, o której mowa w art. 55 ust. 1 Konstytucji tylko wtedy, gdyby miało odmienną od niej istotę. W analizowanej sprawie nie ma to jednak miejsca. Trybunał uznał, że sensem (istotą) ekstradycji jest wydanie obcemu państwu osoby ściganej albo skazanej w celu przeprowadzenia przeciw niej postępowania karnego lub wykonania orzeczonej co do niej kary. Przekazanie osoby ściganej e.n.a. ma ten sam sens, musi być zatem uznane za szczególną formę ekstradycji. TK zwrócił także uwagę, że z punktu widzenia osoby ściganej przekazanie na podstawie e.n.a. jest instytucją bardziej dolegliwą niż ekstradycja uregulowana w k.p.k. Można więc przyjąć, że zgodnie z zasadą *a minori ad maius* unormowany w Konstytucji zakaz ekstradycji tym bardziej dotyczy – realizowanego w tym samym celu, a podlegającego bardziej dolegliwemu reżimowi – przekazania na podstawie e.n.a.

Orzeczenie TK, stwierdzające niekonstytucyjność zakwestionowanych przepisów, powoduje utratę ich mocy obowiązującej. TK postanowił odroczyć termin utraty mocy obowiązującej zakwestionowanych przepisów o 18 miesięcy. Wyrok Trybunału określa więc skutki na przyszłość (co oznacza utrzymanie w tym czasie mocy obowiązującej przepisów uznanych za niezgodne z Konstytucją) i nie może być podstawą do kwestionowania wcześniej zapadłych prawomocnych

³⁷ M. Plachta, *Europejski nakaz aresztowania (wydania): kłopotliwa „rewolucja” w ekstradycji*, „Studia Europejskie” 2002, nr 3, s. 56–58.

rozstrzygnąć sądowych³⁸. W okresie odroczenia wejścia w życie wyroku ustawodawstwo polskie wypełnia więc obowiązek wdrożenia decyzji ramowej. W niniejszej sprawie bezpośredni skutek wynikający z wyroku nie wystarcza jednak dla zapewnienia zgodności stanu prawnego z Konstytucją. Cel ten może zostać osiągnięty jedynie poprzez interwencję ustawodawcy.

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego nieodzowna jest taka zmiana obowiązującego prawa, która umożliwi pełne wprowadzenie w życie decyzji ramowej Rady z 13 czerwca 2002 r. w zgodzie z Konstytucją. W tym celu jest niezbędne znowelizowanie art. 55 ust. 1 Konstytucji.

Działając z inicjatywy ustawodawczej Prezydenta RP, Sejm uchwalił zmianę Konstytucji w dniu 8 września 2006 r.³⁹ Artykuł 55 ust. 1 wprowadził nadal statuujące, co do zasady, zakaz ekstradycji polskich obywateli, ale w dodanym fragmencie *in fine* dopuszcza taką możliwość w przypadkach określonych w ust. 2 i 3. Ustęp 2 stanowi, że ekstradycja obywatela polskiego może być dokonana na wniosek innego państwa lub sądowego organu międzynarodowego, jeżeli możliwość taka wynika z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej lub ustawy wykonującej akt prawa stanowionego przez organizację międzynarodową, której Rzeczpospolita Polska jest członkiem, pod warunkiem że czyn objęty wnioskiem o ekstradycję: 1) został popełniony poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz 2) stanowił przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej lub stanowiłby przestępstwo według prawa Rzeczypospolitej Polskiej w razie popełnienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, zarówno w czasie jego popełnienia, jak i w chwili złożenia wniosku. Zgodnie z ust. 3 w nowym brzmieniu nie wymaga spełnienia warunków określonych w ust. 2 pkt 1 i 2 ekstradycja mająca nastąpić na wniosek sądowego organu międzynarodowego powołanego na podstawie ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy międzynarodowej, w związku z objętą jurysdykcją tego organu zbrodnią ludobójstwa, zbrodnią przeciwko ludzkości, zbrodnią wojenną lub zbrodnią agresji.

5. Współpraca i pomoc w stosunkach z MTK

Obraz aktywności Prokuratury w przedstawianej tutaj dziedzinie byłby niepełny bez uwzględnienia specyfiki, jaką niesie współpraca i pomoc w stosunkach z międzynarodowymi trybunałami karnymi, a w szczególności ze stałym Międzynarodowym Trybunałem Karnym z siedzibą w Hadze. Jego statut (zwany Statutem Rzymskim) wszedł w życie w dniu 1 lipca 2002 r. Polska ratyfikowała Statut w dniu 12 listopada 2001 r. (Dz.U. z 2003 r. Nr 78, poz. 708), tym samym przyjmując zobowiązanie do pełnej współpracy państw-stron z Trybunałem (art. 86 Statutu) oraz zobowiązanie do zapewnienia w swoim ustawodawstwie instytucji prawnych, organizacyjnych i procesowych umożliwiających realizację wszelkich form współpracy przewidzianych w Statucie (art. 88 Statutu). Niestety,

³⁸ Na przykłady błędnej praktyki sądów w tym zakresie zwracają uwagę M. Hudzik, L.K. Paprzycki, *Europejski nakaz aresztowania*, „Europejski Przegląd Sądowy” 1995, s. 46.

³⁹ Ustawa o zmianie Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 2006 r. Nr 200, poz. 1471.

kodeks postępowania karnego ani w wersji uchwalonej w 1997 r., ani po kolejnych nowelizacjach nie uwzględnia specyfiki współpracy z MTK i jego organami ani pomocy prawnej dla tej instytucji. Jej źródłem jest zasadnicza (co do istoty) odmienność współpracy państwa z trybunałem międzynarodowym w porównaniu ze współpracą pomiędzy samymi państwami.

Ostatecznie zatem polski ustawodawca postanowił wypełnić tę lukę i uregulować tę sferę w dziale XIII k.p.k. Ustawa z dnia 8 października 2004 r. (Dz.U. z 2004 r. Nr 240, poz. 2405) wprowadziła nowy rozdział 66a oraz dokonała pewnych zmian w art. 615 tego kodeksu. Przy okazji dokonano także korekty definicji ekstradycji w art. 602 § 1 poprzez wymienienie w jej treści rozdziału 66a obok dotychczasowego rozdziału 65b. Ta ostatnia zmiana była podyktowana przyjętym podczas ratyfikacji Statutu rozróżnieniem pomiędzy wydaniem (ekstradycją) a „dostarczeniem” osoby na wniosek MTK jako odrębną formą współpracy państw z Trybunałem. Ponieważ jednak uznano, że występujące w oficjalnym tłumaczeniu Statutu, zamieszczonym w Dzienniku Ustaw, określenie „dostarczenie” (ang. *surrender*) jest niefortunne, w rozdziale 66a zastąpiono je pojęciem „przekazanie” (art. 611h § 1 k.p.k.). Nie wyjaśniono natomiast innej zmiany terminologicznej: występujące w tłumaczeniu Statutu „konsultacje” pomiędzy Trybunałem a państwem wezwanym przez Trybunał do udzielenia pomocy albo do współpracy zmieniono na „ustalenia”, przy czym organem właściwym do ich dokonywania jest Minister Sprawiedliwości RP (np. art. 611h § 5, art. 611m, art. 611s).

Stosownie do wyjaśnień zamieszczonych w uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji z dnia 8 października 2004 r. zaproponowanym rozwiązaniom przyswiecała idea takiej konstrukcji legislacyjnej, aby proceduralne postanowienia dotyczące współpracy karnej z Międzynarodowym Trybunałem Karnym, jako współpracy szczególnego rodzaju, zawrzeć w kodeksie postępowania karnego w dziale XIII – w odrębnej jednostce redakcyjnej, bezpośrednio po rozdziałach dotyczących współpracy między państwami. Natomiast przepisy dotyczące innych niż MTK międzynarodowych trybunałów karnych pozostawiono w dotychczasowym rozdziale 67. Obecnie przepisy te odnoszą się tylko do dwóch takich trybunałów: Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii oraz Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy⁴⁰.

Jedną z odmienności „dostarczenia” (przekazania) osoby Trybunałowi⁴¹ jest praktyczny brak podstaw do wydania odmownej decyzji w tym przedmiocie przez państwo wezwane. Znalazło to wyraz w art. 611h § 3, który stanowi, że przy orzekaniu w przedmiocie dopuszczalności przekazania osoby przepisów art. 604 nie stosuje się. Ponadto należy zwrócić uwagę na unormowanie zawarte w art. 611h § 1, zgodnie z którym przed pierwszym przesłuchaniem należy poczyć osobę, której dotyczy wniosek, o jej uprawnieniach określonych w Statucie

⁴⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks karny wykonawczy, Druk Sejmowy nr 2782 z dnia 30 marca 2004 r.

⁴¹ Szerzej nt. współpracy państw-stron z MTK, a zwłaszcza kwestii „dostarczenia” (*surrender*), zob. M. Płachta, *Międzynarodowy Trybunał Karny*, Kraków 2004, 1.1, s. 580.

oraz o możliwości podniesienia zarzutu prawomocnego zakończenia prowadzonego przeciwko niej postępowania karnego o czyn, którego dotyczy wniosek o przekazanie osoby. Kolejna odmienność dotyczy stosowania tymczasowego aresztowania. W artykule 61 Ij przyjęto w tej mierze następujące zasady: a) tymczasowe aresztowanie sąd stosuje jedynie na wniosek Trybunału (§ 1); b) uchylenie lub zmiana tego środka na łagodniejszy następuje na podstawie przepisów Statutu rzymskiego – w konsekwencji wyłączone jest stosowanie art. 257–259 k.p.k. (§ 2); c) w postępowaniu w przedmiocie uchylenia lub zmiany środka zapobiegawczego sąd lub prokurator uwzględnia stanowisko Trybunału (§ 3).

Przepisy nowego rozdziału 66a poruszają również drażliwy problem odmowy udzielenia pomocy Trybunałowi. Ponieważ postanowienia Statutu są w tym względzie nieco bardziej elastyczne (z punktu widzenia interesów państwa wezwanego), znalazło to odbicie w polskim ustawodawstwie. Po pierwsze, wskazany został przypadek, w którym udzielenie pomocy prawnej przewidzianej w Statucie, w zakresie lub w sposób określony we wniosku Trybunału, byłoby sprzeczne z zasadami porządku prawnego Rzeczypospolitej Polskiej – wówczas sąd lub prokurator nie rozstrzyga w przedmiocie wniosku i przekazuje akta sprawy Ministrowi Sprawiedliwości w celu dokonania ustaleń z Trybunałem (art. 61lm). Po drugie, jeżeli wniosek Trybunału o udzielenie pomocy prawnej dotyczy czynności innej niż przewidziana w Statucie, której wykonanie, mimo ustaleń dokonanych z Trybunałem, jest w dalszym ciągu niedopuszczalne na mocy ustawy i pomoc prawna nie może być udzielona pod żadnym warunkiem, w późniejszym terminie lub w inny sposób, sąd lub prokurator odmawia udzielenia tej pomocy (art. 61ln).

Po trzecie, jeżeli wniosek Trybunału dotyczy udostępnienia dokumentu lub innego dowodu zawierającego informacje, których ujawnienie mogłoby zagrażać bezpieczeństwu Rzeczypospolitej Polskiej, sąd lub prokurator nie rozstrzyga w przedmiocie wniosku i przekazuje akta sprawy Ministrowi Sprawiedliwości, który w porozumieniu z właściwym organem dokonuje ustaleń z Trybunałem (art. 61lo § 1). Jeżeli mimo dokonania ustaleń z Trybunałem w dalszym ciągu udzielenie pomocy prawnej mogłoby zagrażać bezpieczeństwu Rzeczypospolitej Polskiej, sąd lub prokurator odmawia jej udzielenia (art. 61lo § 2).

W odróżnieniu od tradycyjnego modelu współpracy między państwami, Statut Rzymski upoważnia Prokuratora Trybunału do bezpośredniego dokonywania określonych w Statucie czynności pomocy prawnej na terytorium państwa wezwanego (art. 99 ust. 4, art. 57 ust. 3 lit. d). Ponadto Statut dopuszcza obecność osób wskazanych we wniosku Trybunału przy wykonywaniu czynności, których dotyczy wniosek (art. 99 ust. 1). Również i ta specyfika tzw. pionowego modelu współpracy znalazła swoje odzwierciedlenie w rozdziale 66a. Art. 61lr § 1 stanowi, że przy wykonywaniu wniosku o współpracę, na żądanie Trybunału, Prokuratorowi Trybunału oraz innym osobom upoważnionym przez Trybunał zapewnia się obecność przy wykonywaniu czynności, których dotyczy wniosek. Osoby, o których mowa w § 1, mogą zwracać się o zadawanie określonych pytań oraz utrzymywać przebieg czynności na potrzeby postępowania prowadzonego

przed Trybunałem (§ 2). Prokuratorowi Trybunału umożliwia się samodzielne dokonywanie czynności procesowych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej na zasadach i w warunkach określonych w Statucie (§ 3).

THE ROLE OF THE PUBLIC PROSECUTOR'S OFFICE AND A PROSECUTOR IN INTERNATIONAL COOPERATION IN CRIMINAL MATTERS

The article discusses the overall activities of the Polish Public Prosecutor in the area of international cooperation in criminal matters. The analysis is carried on three levels: functional, competence and organizational. The starting point for the author is an attempt to explain the relationship between two terms: "mutual legal assistance" and "cooperation". The author has proposed the following classification of the international cooperation in criminal matters: I – legal assistance: (1) extradition (including its modern forms, such as "surrender" to the International Criminal Court and the European Arrest Warrant within the European Union) and (2) mutual judicial assistance *sensu stricto*; II – other forms (modalities) of cooperation: (1) transfer of proceedings and (2) enforcement of foreign criminal judgments: (a) transfer of offenders (sentenced persons), (b) transfer of supervision over offenders conditionally sentenced or conditionally released, (c) enforcement of other sanctions and penal measures, (d) seizure and confiscation of proceeds from an offence; III – joint investigation teams; IV – cooperation between police and similar authorities (e.g. customs).

The main legal basis of the Public Prosecutor's activities in this field are provisions of Chapter XIII of the Polish Code of Criminal Proceedings. The Code has adopted the following two fundamental principles: superiority of international treaties and sufficiency of the Code's provisions as a basis for cooperation. However, if in a concrete case, the cooperation is grounded on the domestic law mutuality is required. The first principle is expressed in Article 615 paragraph 1 which stipulates that provisions of this chapter are not applied if an international treaty ratified by Poland or a legal act establishing an international criminal tribunal provides otherwise. The term "international treaty" should be given a broad interpretation: it covers both multilateral conventions and bilateral agreements.

MATEUSZ PILICH

**ZASADY WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO,
DOBRE OBYCZAJE CZY DOBRA WIARA?****DYLEMATY NOWELIZACJI KLAUZUL GENERALNYCH
PRAWA CYWILNEGO W PERSPEKTYWIE EUROPEJSKIEJ***

I. UWAGI WSTĘPNE

Tytuł niniejszego opracowania mógłby sugerować, że obejmuje ono studium porównawcze trzech klauzul generalnych na tle całokształtu współczesnej polskiej regulacji stosunków cywilnoprawnych. Z uwagi na stosunkowo skromne rozmiary artykułu byłoby to jednak niemożliwe. Z tego względu – przyłączając się do ożywionej dyskusji na temat reformy klauzul generalnych prawa cywilnego, jaka toczy się w piśmiennictwie prawniczym od roku 1990¹ – chciałbym się ograniczyć ściśle do postawienia i uzasadnienia tezy o potrzebie zastąpienia klauzuli zasad współżycia społecznego innymi klauzulami generalnymi (dobrych obyczajów, dobrej wiary – w znaczeniu obiektywnym², tj. zasad dobrej wiary). Nie uniknę przy tym pewnych uwag natury historycznej, choć zamierzam również zgłosić propozycje *de lege ferenda*. Zmiany, które już zostały lub zostaną w przyszłości dokonane, należy rozpatrywać w kontekście europejskim, na który składa się wspólna całej kontynentalnej kulturze prawnej tradycja prawa rzymskiego, jej recepcja w czasach nowożytnych oraz stopniowe kształtowanie się ujednoliconego prawa prywatnego w ramach Unii Europejskiej. Trzeba zresztą zauważyć, że w dyrektywach i rozporządzeniach UE z zakresu prawa prywatnego klauzule generalne są często wykorzystywaną konstrukcją normatywną.

* Artykuł stanowi rozwiniętą wersję referatu pod tym samym tytułem, wygłoszonego 28 września 2006 r. na sesji II Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów w Wiśle, organizowanego przez Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego w Katowicach.

¹ Zob. zwłaszcza M. Safjan, *Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji)*, „Państwo i Prawo” (dalej PiP) 1990, nr 11, s. 48 i n.; A. Szpunar, *Uwagi o nadużyciu prawa podmiotowego*, w: *II Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, Poznań–Kluczbork 1999, s. 333 i n.; T. Justyński, *Nadużycie prawa w polskim prawie cywilnym*, Kraków 2000, s. 109 i n.; B. Janiszewska, *O potrzebie zmiany klauzuli zasad współżycia społecznego (głos w dyskusji)*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” (dalej PUG) 2003, nr 4, s. 7 i n.; L. Leszczyński, *Dobre obyczaje zamiast zasad współżycia społecznego*, „Rzeczpospolita” z 30 stycznia 1998 r., nr 26, s. 17.

² Szerzej na temat podziału dobrej wiary na subiektywną i obiektywną – zob. M. Pilich, *Dobra wiara w konwencji o umowach międzynarodowej sprzedaży towarów*, Warszawa 2006, s. X.

W zasadzie panuje w naszej doktrynie zgoda co do tego, że „klauzulą generalną” nie jest cały przepis prawny³ (względnie norma prawna⁴), lecz jedynie zawarty w tym przepisie, charakterystyczny zwrot językowy⁵. Trudniej natomiast rozstrzygnąć, czy zachodzi jakakolwiek możliwość skonstruowania klasycznej, zbiorczej definicji pojęcia klauzuli generalnej⁶. W doktrynie zaproponowano definiowanie klauzul jedynie poprzez wskazanie niektórych, węzłowych cech, pozwalających na ich odróżnienie, jak np. konieczność wartościowania, zawarcie w przepisie prawnym odesłania pozasystemowego (do norm moralnych, etyki, obyczajów, zwyczajów itp.) czy też działanie w kierunku uelastycznienia prawa⁷. Podkreśla się również w literaturze, że istotną cechą klauzul generalnych jest element **zindywidualizowanej oceny** stanu faktycznego, przy czym ciężar sformułowania *ad hoc* tej oceny i stosownego do tego określenia skutków prawnych ustawodawca przerzuca na sąd bądź na inny organ stosujący prawo. S. Grzybowski łączył tę pragmatyczną cechę klauzul z ich właściwością semantyczną, polegającą na nieokreśloności użytych w ich treści zwrotów językowych⁸. Słusznie jednak zwrócono uwagę, że ustalenie znaczenia nieostrego zwrotu językowego niekoniecznie jest związane z wartościowaniem⁹. W każdym bądź razie trzeba się zgodzić ze stwierdzeniem, że tylko w bardzo szerokim (i raczej niezbyt precyzyjnym) rozumieniu, o zaliczeniu danego zwrotu do kategorii klauzul generalnych może rozstrzygać sama tylko nieokreśloność (niedookreśloność) sensu użytych w nim słów czy też ocenny (szacunkowy) charakter zwrotu, zwiększające luz interpretacyjny organu stosującego prawo¹⁰.

³ Por. jednakże K. Pietrzykowski, w: idem (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 3, t. I, Warszawa 2004, (nr b. 2), s. 35.

⁴ We współczesnej doktrynie niemieckiej L. Kranz [*Wege zur Konkretisierung von Generalklauseln: Was leistet die deutsche Wissenschaft vom Europäischen Privatrecht? (Tagung am 29. April 2005)*, „European Review of Private Law” 2005, nr 6, s. 936] zdefiniowała klauzulę generalną mianem „sprachlich unbestimmte Norm”.

⁵ W polskim piśmiennictwie prawniczym zob. m.in. S. Grzybowski, w: idem (red.), *System prawa cywilnego*, t. I, *Część ogólna*, Warszawa–Wrocław 1985, s. 119; T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, Warszawa 1988, s. 43–46; Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990, s. 212; J. Nowacki, *O przepisach zawierających klauzule generalne*, w: A. Bodnar, J. Wiatr, J. Wróblewski (red.), *Prawo i polityka*, Warszawa 1988, s. 79; K. Wójcik, *Z problematyki klauzul generalnych prawa cywilnego*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” (dalej SPE) 1981, t. XXVII, s. 86; J. Preussner-Zamorska, *Problematyka funkcjonowania klauzul generalnych na tle ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, KPP 1997 (6)/1, s. 100.

⁶ Próbe taką podjęto w nauce polskiej – zob. L. Leszczyński, *Pojęcie klauzuli generalnej*, *Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*, t. XXXVIII, Sectio G: Ius, Lublin 1991, s. 157 i n.

⁷ K. Wójcik, *Z problematyki...*, op. cit., s. 90; idem, *Teoretyczna konstrukcja klauzuli generalnej*, SPE 1990, t. XLIV, s. 51.

⁸ S. Grzybowski, *Struktura i treść przepisów prawa cywilnego odsyłających do zasad współżycia społecznego*, „Studia Cywilistyczne” (dalej SC) 1965, t. XXXII, s. 32–33. Analogiczną definicję – łączącą aspekt semantyczny (nieokreśloność językową) z pragmatycznym (praktycznymi konsekwencjami sformułowania klauzuli w procesie stosowania prawa) zaproponowano swego czasu również w *Małej Encyklopedii Prawa*, Warszawa 1959, s. 235: „... przepis prawny, który przez użycie pojęć ogólnych, podlegających ocenie organu stosującego prawo, zmierza do osiągnięcia elastyczności w stosowaniu prawa.”; krytycznie o tej definicji, por. T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, op. cit., s. 32.

⁹ K. Wójcik, *Teoretyczna konstrukcja...*, op. cit., s. 49.

¹⁰ T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, op. cit., s. 39; K. Wójcik, *Z problematyki...*, op. cit., s. 87–88; L. Leszczyński, *Właściwości posługiwania się klauzulami generalnymi w prawie prywatnym. Perspektywa zmiany trendu*, KPP 1995 (4), s. 289–290; por. S. Grzybowski, *Wypowiedź normatywna oraz jej struktura formalna*, ZNUJ 1961, t. XXXIX, s. 40–41.

Reasumując, trzeba stwierdzić, że podane własności klauzul generalnych pozwalają na sformułowanie szeregu definicji cząstkowych, natomiast wydaje się wątpliwe, aby istniała możliwość zbudowania poprawnej, równościowej definicji tego pojęcia¹¹.

W polskim piśmiennictwie prawniczym bardzo liczne grono zwolenników zyskał pogląd, zgodnie z którym klauzule generalne stanowią *sui generis* zwroty odsyłające, zawierające zobowiązanie do stosowania określonych norm pozaprawnych, w szczególności zaś moralnych lub obyczajowych, z tym że chodziłoby wyłącznie o normy powszechnie akceptowane w społeczeństwie¹².

Pogląd ten budzi wątpliwości. Wydaje się, że klauzule generalne stanowią raczej upoważnienie dla sędziego do ferowania ocen zindywidualizowanych i zróżnicowanych zależnie od szczególnych okoliczności sprawy. Sędzia, oceniając określone zachowanie powoda czy pozwanego, np. jako „uczciwe”, „rozsądne” lub „sprzeczne z dobrymi obyczajami”, odwołuje się często do względów moralnych czy obyczajowych. Gdyby miało być inaczej, zbyt łatwo naraziłby się on na zarzut arbitralności w orzekaniu. Nie oznacza to jednak, że jakiegokolwiek normy społeczne stosuje wprost i że opiera na nich swoje rozstrzygnięcie¹³. Jakkolwiek stosowanie klauzul generalnych wymaga niewątpliwie uzasadnienia **aksjologicznego**, to jednak wcale nie jest to równoznaczne z koniecznością odwoływania się do uzasadnienia **normatywnego**. Normy (prawne, społeczne) są zawsze wyrazem pewnych wartości, jednakże samo przekonanie sędziego, że ład społeczny powinien urzeczywistniać określone wartości, nie musi oznaczać, że rzeczywiście istnieją normy, które te wartości realizują. Wprost przeciwnie, właśnie stosując przepis zawierający klauzulę generalną, sędzia konstruuje dla danego przypadku **normę prawną**, która odpowiada wartości uznanej za doniosłą.

Rolę klauzul generalnych najlepiej oddają słowa Arystotelesa: „[W]szelkie prawo jest ogólne, o niektórych zaś rzeczach nie można wydać trafnego sądu w sposób ogólny... Jeśli więc ustawa orzeka o czymś ogólnie, a zdarzy się wypadek, który nie podpada pod to orzeczenie, to słuszną jest rzeczą... uzupełnić ten brak, orzekając tak, jakby ustawodawca sam orzekł... [R]egula dotycząca tego, co nieokreślone, musi sama być nieokreślona...”¹⁴. Rozwinięciem myśli Stagiryty jest podział na prawo ścisłe (*ius strictum*, *ius certum*) i prawo słuszne

¹¹ Ibidem, s. 66–68; podobnie zob. J. Preussner-Zamorska, *Problematyka funkcjonowania klauzul generalnych...*, op. cit., s. 102.

¹² Tak zwłaszcza J. Wróblewski, *Przepisy odsyłające*, ZNUŁ Nauki Humanistyczno-Społeczne, Seria I, z. 35, Łódź 1964, s. 15–16; idem, *Słuszność w systemie prawa polskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” (dalej RPEiS) 1970, nr 1, s. 104; A. Stelmachowski, *Klauzule generalne w kodeksie cywilnym (zasady współzycia społecznego – społeczno-gospodarcze przeznaczenie prawa)*, PiP 1965, nr 1, s. 11; Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii...*, op. cit., s. 219–221; podobnie chyba L. Leszczyński, *Stosowanie generalnych klauzul odsyłających*, Kraków 2001, s. 18, 21–22. Warto zarazem zaznaczyć, że zwłaszcza poglądy J. Wróblewskiego nie są dość konsekwentnie wyrażone, raz bowiem pisze on o odesłaniu pozasystemowym, to znów stwierdza, że klauzule generalne stanowią upoważnienie do oceniania.

¹³ Por. trafne uwagi B. Gadek, *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 u.z.n.k.)*, Prace Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ – Zeszyt 85, Kraków 2003, s. 143–144.

¹⁴ Arystoteles, *Etyka nikomachejska*, tłum. D. Gromska, Warszawa 1956, s. 199–200.

(*ius aequum, ius licens*)¹⁵. Każdy zatem przepis zawierający klauzulę generalną jest urzeczywistnieniem idei słuszności w prawie, gdyż zmierza do zmniejszenia napięcia pomiędzy sprawiedliwością generalizującą a indywidualizującą oraz ułatwia (a niekiedy w ogóle umożliwia) zastosowanie prawa w sposób uwzględniający szczególne okoliczności danej sprawy¹⁶.

II. ANALIZA PORÓWNAWCZA KLAUZUL GENERALNYCH PRAWA CYWILNEGO

1. Zasady współzycia społecznego

Porównując trzy konkurujące ze sobą w dyskursie prawniczym klauzule generalne, nie sposób rozpocząć inaczej niż od uwag na temat zasad współzycia społecznego. Mimo zmiany ustrojowej i wielokrotnie zgłaszanych postulatów klauzula ta nadal dominuje zarówno w części ogólnej, jak i w przepisach ksiąg szczególnych kodeksu cywilnego. Zawierają ją w szczególności przepisy:

- art. 5 k.c. (nadużycie prawa podmiotowego);
- art. 56 k.c. (określenie skutków prawnych czynności prawnej);
- art. 58 § 2 k.c. (kontrola ważności czynności prawnych ze względu na ich treść);
- art. 65 § 1 k.c. (zobiektywizowana wykładnia oświadczeń woli);
- art. 93–94 k.c. (ważność lub skuteczność zastrzeżonego warunku);
- art. 3531 k.c. (granice swobody kontraktowej);
- art. 354 k.c. (określenie sposobu wykonywania zobowiązań);
- art. 3571 k.c. (klauzula *rebus sic stantibus*);
- art. 3581 § 3 k.c. (waloryzacja świadczeń pieniężnych).

Pozostałe przepisy (zwłaszcza księgi drugiej i czwartej kodeksu cywilnego, a także przepisy k.r.o.) pominę jako mniej istotne z punktu widzenia moich rozważań.

Porównując usytuowanie i funkcję przepisów zawierających klauzulę zasad współzycia społecznego z odpowiednimi przepisami kodeksu zobowiązań, stosunkowo łatwo zauważyć, że usytuowanie klauzuli zasad współzycia społecznego w poszczególnych przepisach kodeksu cywilnego często dokładnie odpowiada przypadkom użycia klauzuli dobrej wiary i zasad uczciwego obrotu w przepisach kodeksu zobowiązań¹⁷. Natomiast w przypadku kontroli ważności czynności prawnych ze względu na ich treść oraz wyznaczenia granic swobody umów zasady współzycia społecznego wyeliminowały kryterium dobrych obyczajów¹⁸.

¹⁵ S. Grzybowski, *Struktura i treść...*, op. cit., s. 8–11; T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, op. cit., s. 10.

¹⁶ R. Sobański, *Słuszność w prawie*, PiP 2001, nr 8, s. 10–11.

¹⁷ Por. np. odpowiadające sobie przepisy: art. 5 k.c. i art. 135 k.z. (nadużycie prawa podmiotowego), art. 65 § 1 k.c. i art. 107 k.z. (wykładnia oświadczeń woli), art. 354 k.c. i art. 189 k.z. (sposób wykonania zobowiązania).

¹⁸ Por. art. 58 § 2 k.c. i art. 56 § 1 k.z. (nieważność umowy) oraz art. 3531 k.c. i art. 55 k.z. (swoboda umów).

Dało to części doktryny asumpt do stwierdzenia, że omawiana klauzula mieści w sobie jednocześnie treść trzech innych: „dobrej wiary”, „dobrych obyczajów”, a nawet „porządku publicznego”¹⁹.

Przypomnieć wypada, iż na wprowadzeniu w 1950 r.²⁰ pojęcia zasad współżycia społecznego zaważyły przyczyny ideologiczno-polityczne. Jego pierwowzór stanowiła klauzula „zasad współżycia socjalistycznego”, których przestrzeganie nakazywał obywatelom radzieckim art. 130 Konstytucji ZSRR z 1936 r. Tę samą klauzulę (w nieznacznym zróżnicowanym brzmieniu) narzucono praktycznie wszystkim państwom dawnego bloku socjalistycznego (m.in. Czechosłowacji, Węgrom oraz Bułgarii)²¹.

Prawo państw zdominowanych przez Związek Radziecki nie sprzyjało klauzulom generalnym. W samym ZSRR były one wykorzystywane (a nawet nadużywane) tylko w okresie tuż po rewolucji 1917 r.²² Stalinizm natomiast hołdował dość prymitywnej wersji pozytywizmu prawniczego, określonej przez A.J. Wyszyńskiego mianem „socjalistycznej praworządności”. Pomijając całą otoczkę ideologiczną, która jej towarzyszyła²³, chodziło o ślepe posłuszeństwo sędziego literze prawa, a jeszcze częściej – dyrektywom politycznym, ukrywanym pod hasłami „woli państwowej”²⁴. Do tej koncepcji tradycyjne klauzule generalne nie przystawały.

Trzeba uczciwie przyznać, że polska myśl prawnicza na tle innych państw bloku wschodniego i tak w najpoważniejszym stopniu oparła się próbom ideologizacji²⁵, nie była jednak od nich całkowicie wolna. Znamienne, że przy znacznych osiągnięciach naszej teorii prawa, nawet po przełomie 1956 r. dość długo obawiano się jednak otwarcie wypowiedzieć myśl, że zasady współżycia społecznego są klauzulą generalną; zamiast tego powoływano się często na bliżej nieokreślone „podobieństwo” konstrukcji, za każdym niemal razem podkreślając daleko idące różnice w stosunku do „prawa burżuazyjnego”²⁶.

¹⁹ Tak zwłaszcza W. Popiołek, *Rapport polonais*, w: Y. Loussouam (red.), *La bonne foi: Journees louisianaises...*, s. 325 i n.; por. A. Wolter, *Zagadnień powiązania nauki prawa z praktyką*, PiP 1954, nr 2, s. 317; S. Szer, *Prawo cywilne. Część ogólna*, Warszawa 1963, s. 25; S. Grzybowski, *Struktura i treść...*, op. cit., s. 65.

²⁰ Zob. zwłaszcza art. 3, art. 41 § 1, art. 47 § 1 i art. 82 ustawy z dnia 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 34, poz. 311 z późn. zm.).

²¹ S. Grzybowski, *Struktura i treść...*, op. cit., s. 17; J. Litwin, *Zasady współżycia społecznego w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Nowe Prawo” (dalej NP) 1953, nr 12, s. 4; G. Ajani, *Formalism and Anti-Formalism under Socialist Law: The Case of General Clauses within the Codification of Civil Law*, <http://www.bepress.com/gj/advances/vol2/iss2/art4>, s. 8.

²² G. Ajani, op. cit., s. 5–6.

²³ Zob. B.S. Mańkowski, *Zasady radzieckiej praworządności socjalistycznej*, PiP 1950, nr 1, s. 25 i n.

²⁴ T. Zieliński, *Klauzule generalne w prawie pracy*, op. cit., s. 21–22; Z. Kühn, *Worlds Apart: Western and Central European Judicial Culture At the Onset of the European Enlargement*, „American Journal of Comparative Law” (dalej AJCL) 2004 (52), s. 540 i n.

²⁵ Interesującą analizę dorobku doktryny węgierskiej tamtego czasu przeprowadza Z. Kühn, op. cit., s. 547–548.

²⁶ Z. Ziemiński, *Normy moralne a normy prawne. Zarys problematyki*, Warszawa 1963, s. 197; J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 263, 388; A. Wolter, op. cit., s. 317; częściowo krytycznie por. S. Grzybowski, *Struktura i treść...*, op. cit., s. 24–25, 44–48.

Klauzula zasad współżycia społecznego (w latach minionego systemu z obowiązującym dodatkiem „w Państwie Ludowym” lub „w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej”) stała się zatem z jednej strony narzędziem mocniej lub słabiej zaznaczonej dominacji polityki nad prawem, z drugiej zaś – wędzidłem nakładanym na judykaturę, aby ta nie odważyła się przypadkiem nazbyt swobodnie wyklądać prawa pisanego, jako wyrazu „woli klasy przodującej”. W mrocznych latach stalinizmu za ideał uznawano taki stan rzeczy, w którym dojdzie do ustalenia katalogu „zasad współżycia społecznego” – do czego zresztą zdawał się zmierzać Sąd Najwyższy, w licznych orzeczeniach „promulgując” (sic!) obowiązywanie określonych zasad na przyszłość bądź też ustalając obowiązywanie zasad już w pełni ukształtowanych, przy czym powoływano się np. na „moralność socjalistyczną” lub „poczucie prawne przodujących warstw narodu”. Zdarzało się nawet, że odmawiano dłużnikowi możliwości podniesienia zarzutu nadużycia prawa przez wierzyciela ze względu na domniemanie zgodności norm prawnych w Państwie Ludowym z zasadami współżycia społecznego²⁷.

W późniejszych latach przypadki rozstrzygnięć jawnie arbitralnych były rzadsze; jednakże obok wielu orzeczeń, które nawet dzisiaj mogłyby uchodzić za wzór do naśladowania²⁸, nadal zasady współżycia społecznego bywały powoływane np. dla ochrony realizacji planów społeczno-gospodarczych przez jednostki gospodarki uspołecznionej. Istniała zatem wyraźna tendencja do udzielania ochrony bardziej interesowi państwa aniżeli interesowi indywidualnemu, a także do maksymalnego usztywnienia klauzuli, poprzez petryfikację „reguł odniesienia”²⁹, tzn. poszczególnych zasad współżycia społecznego³⁰.

Powyższe spostrzeżenia mają wprowadzić głównie walor historyczny, jednakże nie są pozbawione znaczenia dla współczesnego prawa polskiego. Przede wszystkim ukazują one „ideologiczne obciążenie” klauzuli zasad współżycia społecznego. W momencie jej wprowadzenia stanowiła „obce ciało” w polskim systemie prawnym³¹.

Nie wydaje się do końca słuszny pogląd, jakoby po kilkunastu latach transformacji ustrojowej zasady współżycia społecznego nie różniły się już niczym od tradycyjnych klauzul europejskiego prawa cywilnego³². Wiele szkodliwych

²⁷ Zob. J. Litwin, op. cit., s. 21–23; krytycznie por. A. Łopatka, Z. Ziemiński, *Próba systematyzacji zasad współżycia społecznego według orzecznictwa SN*, PiP 1957, nr 3–4, s. 802 i n.

²⁸ Zob. zwłaszcza postanowienie SN z 7 maja 1971 r., I CR 302/71, NP 1973, nr 4, s. 580, z głosem A. Kunickiego; Sąd Najwyższy, rozpoznając sprawę o stwierdzenie zasiedzenia nieruchomości, która została nieformalnie nabyta przez jej posiadacza samoistnego, stwierdził, iż w konkretnym stanie faktycznym „...w stosunku do samoistnego posiadacza, który wniósł na cudzym gruncie budynek, uzasadniona jest szersza wykładnia dobrej wiary oparta na tradycyjnym jej pojęciu, przy równoczesnej ocenie postępowania osoby będącej w tym znaczeniu w złej wierze z punktu widzenia zasad współżycia społecznego” (podkreśl. M.P.).

²⁹ Sformułowanie „reguły odniesienia” przywołuję za J. Wróblewskim, *Przepisy odsyłające*, op. cit., s. 3.

³⁰ M. Safjan, op. cit., s. 49–50.

³¹ T. Zieliński, *Klauzule generalne w nowym porządku konstytucyjnym*, PiP 1997, nr 11–12, s. 143–144.

³² Por. uwagi w uzasadnieniu wyroku TK z 17 października 2000 r., SK 5/99, OTK 2000, nr 7, poz. 254 z głosem L. Leszczyńskiego, „Przegląd Sejmowy” (dalej Prz. Sejm.) 2001, nr 3, s. 67 i n.

uproszczeń, które niosło ze sobą jej stosowanie, wpływa również na obecną praktykę.

Za jedno z najbardziej rażących uznać trzeba ustawiczne traktowanie układu norm pozaprawnych, do których klauzula miałaby odsyłać, jako pewnego ustalonego, usystematyzowanego i powszechnie znanego systemu normatywnego. W wielu orzeczeniach napotkać można tezę, że sprzeczność z zasadami współżycia społecznego wymaga wskazania, jaka **konkretna, ustalona w społeczeństwie zasada** została naruszona³³.

Takie zapatrywanie ma rozmaite konsekwencje: po pierwsze, prowadzi do „moralizowania” bądź „socjologizowania” pojęcia, które mimo płynności i nieokreśloności pozostaje przecież pojęciem prawnym. Po drugie, kreuje pewnego rodzaju fikcję; skąd bowiem sędzia, powołujący się na ściśle określoną „zasadę współżycia społecznego”, może czerpać wiedzę i przeświadczenie o tym, że istotnie sformułowana w uzasadnieniu wyroku zasada stanowi element etyki wspólnej jakiejś grupie osób (a może nawet wszystkim ludziom)? Postulat przeprowadzania na tę okoliczność dowodu z badań opinii publicznej trudno byłoby w praktyce traktować poważnie³⁴. Po trzecie natomiast, wspomniane wymagania może prowadzić do schematyzmu i sztympowości w stosowaniu przepisów zawierających klauzulę zasad współżycia społecznego. Jako przykład może posłużyć wciąż utrzymująca się w orzecznictwie zasada „czystych rąk”: na zarzut nadużycia prawa (art. 5 k.c.) nie może powoływać się strona, która sama nie przestrzega zasad współżycia społecznego³⁵. Już w latach 60. poprzedniego stulecia S. Grzybowski trafnie wywodził, że powołanie się na nią nigdy nie powinno następować bez uwzględnienia kontekstu sytuacyjnego, w jakim zarzut nadużycia prawa został podniesiony³⁶.

Jestem zdania, że problem stosowania klauzul generalnych w prawie polskim wciąż jeszcze oczekuje na pogłębioną dyskusję. Nie sprowadza się on tylko do sporu metaetycznego³⁷. Chodzi o coś głębszego – mianowicie o dylemat, czy w interesie urzeczywistnienia zasady państwa prawnego (art. 2 Konstytucji RP) leży aprioryczne ograniczenie sędziowskiego luzu decyzyjnego. Trybunał Konstytucyjny zdaje się skłaniać ku odpowiedzi twierdzącej na tak postawione

³³ Tak m.in. w tezie wyroku SN z 14 października 1998 r., II CKN 928/97, OSNC 1999, nr 4, poz. 75; por. postanowienie SN z 2 marca 2001 r., I CZ 8/01, niepubl.; wyrok SN z 13 października 1999 r., II CKN 499/98, niepubl.

³⁴ Takie koncepcje pojawiały się już w nauce niemieckiej w związku ze stosowaniem klauzuli dobrych obyczajów (zwłaszcza w prawie konkurencji); zob. G. Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln. Möglichkeiten und Grenzen der empirischen Sozialforschung bei der Präzisierung der Gute-Sitten-Klauseln im Privatrecht*, Frankfurt am Main 1973, passim.

³⁵ Tak m.in. w wyrokach SN: z 18 lutego 1997 r., I CKN 64/96, niepubl.; z 23 kwietnia 1998 r., I CKN 1154/97, niepubl.; z 10 grudnia 1998 r., I CKN 931/97, niepubl.; z 16 kwietnia 1999 r., II CKN 273/98, niepubl.

³⁶ Por. S. Grzybowski, *Struktura i treść...*, op. cit., s. 52–53 i cyt. tam orzecznictwo; zdecydowanie za rygorystycznym stosowaniem tej zasady opowiedział się A. Szpunar, *Uwagi...*, op. cit., s. 341–342.

³⁷ Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii...*, op. cit., s. 63–64; Z. Łyda, *Relatywizacja metaetyczna klauzul generalnych*, „Studia Prawnicze” 1988, nr 4, s. 123 i n.

pytanie³⁸. W realiach demokratycznego państwa prawnego nie tędy jednak droga. Powołanie się na „powszechnie przyjętą zasadę” nie może i nigdy nie powinno zastępować uzasadnienia zastosowania normy skonstruowanej na podstawie przepisu zawierającego klauzulę generalną. Rozumowanie sądu orzekającego powinno polegać nie na zasadzie powoływania się na jakieś fikcyjne, „społecznie uznane” zasady czy obyczaje, lecz odwoływać się do „lepszego racji”, którą sąd odwoławczy – znów korzystając z luzu decyzyjnego – ewentualnie zweryfikuje w toku kontroli instancyjnej.

2. *Dobre obyczaje*

Trend w kierunku odchodzenia od klauzuli zasad współżycia społecznego w prawie cywilnym został już zapoczątkowany. Nie dokonując na razie oceny podejmowanych działań legislacyjnych, chciałbym odnotować fakt, iż w nowelizacjach następujących w ostatnich kilku latach ustawodawca w sposób bardzo konsekwentny posługuje się klauzulą dobrych obyczajów, którą wprowadzono m.in. do art. 705 § 1 k.c. (roszczenie o unieważnienie aukcji lub przetargu), art. 72 § 2 (odpowiedzialność przedkontraktowa) oraz art. 3853 § 1 k.c. (definicja niedozwolonych klauzul w umowach konsumenckich).

W przeciwieństwie do zasad współżycia społecznego, dobre obyczaje (łac. *boni mores*, fr. *bonnes mœurs*, niem. *gute Sitten*) są jedną z tradycyjnych klauzul generalnych prawa prywatnego. Za ojca współczesnej teorii dobrych obyczajów może uchodzić R. von Ihering. W dziele *Der Zweck im Recht* {*Cel w prawie*} zawarł szerokie rozważania na temat relacji obyczajów do moralności. Według definicji Iheringa, obyczaj kształtuje się w życiu danego narodu jako obowiązujący nawyk postępowania w określony sposób³⁹. Istotną cechą obyczajów, które są normami regulującymi wzajemne zewnętrzne zachowanie członków społeczności, jest jednak nie tylko ich powszechność, lecz także założenie, że przestrzeganie określonych norm obyczajowych jest korzystne dla społeczności. Norm dla niej niekorzystnych („złe obyczaje”) nie uważa się bowiem za takie, których należałoby przestrzegać. Wobec moralności obyczaj zajmuje pozycję czysto instrumentalną, jest jej „policyjnym zabezpieczeniem”, profilaktycznie zakazując wszelkich działań, które mogą mieścić w sobie niebezpieczeństwo dla jej przestrzegania⁴⁰.

W odróżnieniu od nauki niemieckiej⁴¹, nasza doktryna nie potrafiła dotychczas zdobyć się na wypracowanie jakiegokolwiek spójnej i kompleksowej koncepcji dobrych obyczajów, może z jedynym wyjątkiem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która obowiązuje już stosunkowo długo. Spostrzeżenia poczynione w doktrynie i w orzecznictwie na gruncie tego aktu prawnego można zatem

³⁸ Zob. wyrok TK cytowany wyżej w przyp. 32.

³⁹ „Sitte ist... die im Leben des Volkes sich bildende verpflichtende Gewohnheit”; R. von Ihering, *Der Zweck im Recht*, t. II, Leipzig 1904–1905, s. 19.

⁴⁰ G. Teubner, op. cit., s. 29–30; B. Gadek, op. cit., s. 131.

⁴¹ Wyczerpujący przegląd różnych koncepcji znaczenia klauzuli dobrych obyczajów w prawie niemieckim, odwołujących się np. do moralności, norm społecznych, a nawet do podstawowych zasad porządku prawnego – zob. G. Teubner, op. cit., s. 13 i n.

odnieść odpowiednio także do przepisów kodeksu cywilnego, które doczekały się zaledwie kilku opracowań naukowych. Według mojej najlepszej wiedzy, poza art. 3853 § 1 k.c., żaden przepis kodeksu zawierający tę klauzulę nie był dotychczas przedmiotem wykładni Sądu Najwyższego.

Niektórzy autorzy zdają się łączyć dobre obyczaje z systemem moralności chrześcijańskiej⁴². Ten pogląd trudno bezkrytycznie zaakceptować w warunkach ustroju demokratycznego, którego istotą jest pluralizm. Należałoby w tym miejscu przypomnieć, iż zgodnie z Konstytucją władze Rzeczypospolitej Polskiej zachowują bezstronność w sprawach przekonań religijnych, światopoglądowych i filozoficznych (art. 25 ust. 2). Sąd, jako organ władzy publicznej, nie mógłby zatem wprost argumentować, że określone zachowanie strony można ocenić jako zgodne lub sprzeczne z etyką chrześcijańską jako źródłem „dobrych obyczajów”, nie popadając zarazem w konflikt z normą konstytucyjną.

Na marginesie trzeba jeszcze dodać, iż w ogóle niezbyt szczęśliwe jest kojarzenie pojęcia „dobrych obyczajów” wprost z moralnością, skoro nawet w warstwie semantycznej słowo „obyczaj” zdecydowanie dotyczy norm społecznych, ukierunkowanych na regulowanie zewnętrznych zachowań w stosunkach międzyludzkich. Moralność, nastawiona raczej na kształtowanie motywacji i postaw jednostek w odniesieniu do fundamentalnych wartości dobra i zła, nie stanowi właściwego punktu odniesienia dla sędziego, który ma ocenić raczej skutki zachowań zachodzących w relacjach między dwoma i więcej podmiotami prawa. Stanowi to moim zdaniem zasadniczą słabość wszystkich poglądów, które usiłują „moralizować” klauzulę dobrych obyczajów⁴³.

Wracając do głównego nurtu rozważań, tzn. nowelizacji klauzul generalnych kodeksu cywilnego, trzeba jeszcze odnieść się do kwestii, czy zastąpienie klauzulą dobrych obyczajów klauzuli zasad współżycia społecznego jest tendencją właściwą. Nie zawsze jest to takie pewne. Wstępnie należałoby zauważyć, iż klauzulą zasad współżycia społecznego ustawodawca posługuje się w kilkudziesięciu przepisach kodeksu cywilnego, w bardzo różnym celu. Dokonując zatem prostego zastąpienia klauzuli zasad współżycia społecznego przez dobre obyczaje, popełniono by błąd, który polegałby na tym, że wprowadzona zostałaby kolejna „klauzula-wytrych”, która musiałaby pasować do wszystkich rozstrzyganych przez orzecznictwo przypadków.

⁴² S. Rudnicki, *Reklama spreczna z dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka*, „Monitor Prawniczy” (dalej MoP) 1996, nr 1, s. 4.

⁴³ Tak m.in. A. Szpunar, *Nadużycie prawa podmiotowego*, Kraków 1947, s. 64; inaczej R. Stefanicki, *Klauzula dobrych obyczajów jako kluczowa konstrukcja w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, „Prawo Spółek” (dalej Pr. Sp.) 2000, nr 7–8, s. 59: „Klauzule dobrych obyczajów służą do kwalifikowania działań podmiotów występujących w obrocie w kategoriach dobra i zła, umożliwiając wartościowanie, co w danym indywidualnym przypadku jest słuszne i prawe, a co niegodne społecznej aprobaty wyrażonej ostatecznie przez organ stosujący prawo”; podobnie idem, *Dobre obyczaje w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” (dalej PPH) 2002, nr 5, s. 23 i n.; J. Preussner-Zamorska, *Problematyka funkcjonowania klauzul generalnych na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Klauzula dobrych obyczajów w art. 16, KPP 1998, nr 4, s. 657*; Z. Radwański, M. Zieliński, *Uwagi de lege ferenda o klauzulach generalnych w prawie cywilnym*, „Przegląd Legislacyjny” (dalej PL) 2001, nr 2, s. 21–22.

Oczywiście nie zaprzeczę twierdzeniu, że mnogość klauzul generalnych nie jest rzeczą dobrą. Nie można jednak rozsądnie twierdzić, że ta sama klauzula – „dobrych obyczajów” – jest jednocześnie właściwym kryterium kontroli treści wzorców umów konsumenckich, zachowania stron podczas negocjacji, roszczenia o unieważnienie aukcji lub przetargu, poza kodeksem cywilnym zaś określa czyn nieuczciwej konkurencji (art. 3 ust. 1 u.z.n.k.) czy też stanowi podstawę roszczenia o uchylenie uchwały organu spółki kapitałowej (art. 249 § 1 i art. 422 § 1 k.s.h.). Za każdym razem mowa przy tym o tych samych „dobrych obyczajach” bez żadnego zróżnicowania i bliższej wskazówki dla sędziego. Zróżnicowanie wykładni tego pojęcia, zwłaszcza w sferze prawa regulującego obrót gospodarczy i stosunki z udziałem konsumentów, staje się w tej sytuacji właściwie nieuchronne. Przyznam, że w przepisach cywilnoprawnych regulujących obrót gospodarczy bardziej przekonywałaby mnie pewna dyferencjacja na wzór przedwojennego kodeksu handlowego i ustawy z 1926 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwej konkurencji, gdzie była mowa o „dobrych obyczajach kupieckich”.

Gdy chodzi o dodaną w 2003 r. regulację *culpa in contrahendo*, zgadzam się z B. Janiszewską, która zwraca uwagę, iż wybór klauzuli dobrych obyczajów w art. 72 § 2 k.c. nie był optymalny i to zasady dobrej wiary lepiej określałyby sferę niedopuszczalnych zachowań negocjujących stron⁴⁴. Na temat samej klauzuli dobrej wiary wypowiem się szerzej za chwilę; w tym natomiast miejscu chciałbym zwrócić uwagę na dwie istotne kwestie. Po pierwsze, klauzula dobrej wiary – nie zaś dobrych obyczajów – pojawia się w art. 2.301 (2)-(3) PECL, na których nasza regulacja odpowiedzialności przedkontraktowej wyraźnie była wzorowana⁴⁵. Po drugie, projektodawcy najwidoczniej nie byli jednak pewni swojej decyzji, skoro w uzasadnieniu projektu powołują się zamiennie na obie klauzule: dobrych obyczajów i dobrej wiary, jako odpowiadające sobie treścią⁴⁶. Jest więc prawdopodobne, że interpretacja zwrotu „dobre obyczaje” w art. 72 § 2 k.c. będzie zbliżona do znaczenia, jakie przybiera w innych systemach prawnych klauzula dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym⁴⁷.

Klauzule generalne nie są zwrotami, które należałoby rozumieć dosłownie. Nie oznacza to jednak, że ich brzmienie nie ma zupełnie znaczenia. Klauzula dobrych obyczajów wydaje się odpowiednia tam, gdzie chodzi o ściśle obiektywną ocenę skutków czyjegoś działania lub zaniechania. Tak byłoby moim zdaniem we wszystkich przepisach odnoszących się do oceny ważności czynności prawnych czy też kontroli wzorców umownych. Tam jednak, gdzie chodzi o ochronę

⁴⁴ B. Janiszewska, *Klauzula generalna dobrych obyczajów w znowelizowanych przepisach kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 10, s. 18.

⁴⁵ Brzmienie art. 2.301 (2)-(3) PECL (w redakcji z 1998 r.; pierwotnie art. 5.301) jest następujące: „[Negotiations Contrary to Good Faith] (2) ...[A] a party who has negotiated or broken off negotiations contrary to good faith and fair dealing is liable for the losses caused to the other party. (3) It is contrary to good faith and fair dealing, in particular, for a party to enter into or continue negotiations with no real intention of reaching an agreement with the other party”.

⁴⁶ Zob. druk sejmowy nr 666 z 2 lipca 2002 r., s. 29: „Zasada swobody negocjowania nie może... naruszać ogólnego obowiązku uczciwego postępowania (zgodnie z zasadami **dobrej wiary i dobrych obyczajów**)” (podkreśl. M.P.).

⁴⁷ B. Janiszewska, op. cit., s. 19.

usprawiedliwionego zaufania stron do uczciwego zachowania innych uczestników obrotu – a więc w zakresie odpowiedzialności przedkontraktowej czy też wykonania zobowiązań, zasady współżycia społecznego należałoby zastąpić raczej klauzulą zasad dobrej wiary⁴⁸.

3. Dobra wiara (obiektywna)

Kilka słów należałoby poświęcić klauzuli, którą w dyskusji toczącej się na łamach periodyków naukowych niemal zupełnie się pomija. Tymczasem dobra wiara jest niewątpliwie jednym z fundamentalnych pojęć europejskiego prawa prywatnego.

Na poglądy na temat dobrej wiary we współczesnej doktrynie polskiej wciąż wpływają poglądy prawne rodem sprzed siedemdziesięciu lat. Jeden z nich, autorstwa R. Longchamps de Berier, należy do szczególnie często przywoływanych: „W znaczeniu obiektywnym **dobra wiara oznacza to samo, co dobre obyczaje** [podkreśl. M.R], tj. pewną obiektywną miarę dla oceny czyjegoś zachowania się, jako odpowiedniego lub nieodpowiedniego z punktu widzenia norm etycznych, przyjętych w obrocie”⁴⁹.

Można sądzić, iż z tego właśnie fragmentu dzieła wybitnego polskiego cywiliisty międzywojnia Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego czerpie dzisiaj przeświadczenie, jakoby eliminacja klauzuli obiektywnej dobrej wiary, jako ewentualnego „konkurenta” dobrych obyczajów w nowelizowanych przepisach kodeksu cywilnego, była uzasadniona. Zdaniem Z. Radwańskiego i M. Zielińskiego, klauzula zasad dobrej wiary „...tradycyjnie odwoływała się do takich samych jakościowo, mianowicie moralnych, ocen”; dalej wzmiankowani autorzy twierdzą, iż za wykluczeniem dobrej wiary z dyskusji o zastępowaniu klauzuli zasad współżycia społecznego przemawia to, że dobra wiara ma utrwalone w doktrynie prawniczej znaczenie subiektywne, użycie zaś tego zwrotu w innym, obiektywnym znaczeniu łatwo mogłoby doprowadzić do nieporozumień⁵⁰.

Głęboko nie zgadzam się ze wszystkimi powyższymi poglądami. Moim zdaniem, klauzula dobrych obyczajów wykazuje wprawdzie szereg punktów stycznych z zasadami dobrej wiary, niemniej jednak kładzie nacisk wyłącznie na czynnik obiektywny – miernikiem są wzorce etycznego, uczciwego postępowania, ale w stosunku do kogokolwiek, niezależnie od kontekstu danego stosunku prawnego – podczas gdy dobra wiara odnosi się zarówno do czynnika obiektywnego, jak i subiektywnego, tzn. także do osobistych intencji i psychologicznej motywacji działania strony, dotyczącej konkretnej sytuacji i stosunku prawnego⁵¹. Za słuszny uznaję pogląd J. Justyńskiego, którego zdaniem różnica pomiędzy „dobrą wiarą” a „dobrymi obyczajami” polega raczej na eksponowaniu, w tym dru-

⁴⁸ Por. ibidem, s. 18.

⁴⁹ R. Longchamps de Berier, *Polskie prawo cywilne. Zobowiązania*, Poznań 1999 (reprint), s. 141.

⁵⁰ Z. Radwański, M. Zieliński, op. cit., s. 24.

⁵¹ M. Pilich, *Dobra wiara...*, op. cit., s. 59 (zob. zwłaszcza uwagi w przyp. 1).

gim przypadku, interesu powszechnego, a nie indywidualnego⁵². Ujmując rzecz bardziej lapidarnie, klauzula zasad dobrej wiary jest „najbardziej subiektywną spośród obiektywnych klauzul generalnych”.

Pogląd o rzekomym niebezpieczeństwie pomylenia klauzuli dobrej wiary w znaczeniu subiektywnym z tym samym pojęciem używanym w sensie obiektywnym jest, według mojej oceny, grubo przesadzony. Po pierwsze, żywzię znacznie więcej wiary w potencjał intelektualny naszej doktryny i judykatury; zwrot „dobra wiara” funkcjonował w różnych kontekstach znaczeniowych przed wojną i nie wydaje się, aby stanowiło to podówczas jakąkolwiek przeszkodę przy wykładni i stosowaniu kodeksu zobowiązań. Zamęt powstał raczej dopiero po wojnie, kiedy to zaczęto przeciwstawiać sobie „ideologicznie poprawne” przepisy ogólne prawa cywilnego z 1950 r. i pozostałości „burżuazyjnego” kodeksu zobowiązań, w których ostały się jeszcze tradycyjne klauzule generalne. Po drugie, wystarczyłoby przecież odpowiednio zredagować tekst prawny, aby uniknąć wszelkich pomyłek: czy nie można po prostu konsekwentnie używać zwrotu „zasady dobrej wiary”?⁵³ Wreszcie po trzecie, przeciwstawienie dobrej wiary w znaczeniu subiektywnym i obiektywnym – z przyczyn, których nie byłbym w stanie szerzej w tym miejscu zreferować – mija się z celem, gdyż są to przenikające się pojęcia, których nie powinno się od siebie całkowicie oddzielać.

Dobra wiara niesie ze sobą wielki bagaż wielowiekowego doświadczenia. Jest prawdziwą bramą do tradycji europejskiego prawa prywatnego⁵⁴. „Zasady dobrej wiary” są przykładem pojęcia abstrakcyjnego – co nie oznacza, że treściowo pustego. Przeciwnie, jest to „zmienna”, pod którą można podstawić szereg wartości, uzyskując w wyniku tego zbiór niezwykle doniosłych norm i zasad prawnych. Najbardziej konsekwentna pod tym względem doktryna niemiecka wypracowała, na gruncie § 157 oraz § 242 BGB, niezwykle złożoną, choć zarazem doskonale usystematyzowaną teorię, która opiera się na założeniu, że zasady dobrej wiary pełnią funkcję uzupełniającą prawo cywilne, ograniczającą prawa podmiotowe, a niekiedy nawet korygującą normy prawne, gdyby ich stosowanie zgodnie z literą kodeksu prowadziło do skutków jawnie sprzecznych ze słusnością⁵⁵. W prawie szwajcarskim obiektywna dobra wiara stanowi generalne kryterium wykonywania wszelkich praw podmiotowych (art. 2 ust. 1 ZGB)⁵⁶. Doktryna kręgu prawa niemieckiego ma, jak się wydaje, ogromny wpływ na wszystkie państwa współczesnej Europy; temu m.in. należy przypisywać systematyczny – mniej więcej od

⁵² T. Justyński, *Nadużycie prawa...*, op. cit., s. 111.

⁵³ Por. B. Janiszewska, op. cit., s. 17–18.

⁵⁴ Znaczenie dobrej wiary dla europejskiej tradycji prawnej stara się zgłębiać W. Dajczak; zob. idem, *Zwrot 'bona fides' w rozstrzygnięciach dotyczących kontraktów u prawników rzymskich okresu klasycznego*, Toruń 1998.

⁵⁵ Zob. F. Wieacker, *Zur rechtstheoretischen Prazisierung des § 242 BGB*, Tübingen 1957, s. 20 i n.; M. Pilich, *Dobra wiara...*, op. cit., s. 43–44.

⁵⁶ P. Tuor, B. Schnyder, J. Schmid, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, Zürich 1995, s. 48–49; P. Gauch, J. Schmid (red.), *Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. Einleitung (Art. 1–7 ZGB)*, 1.1, Zürich 1998, s. 461 i n.

połowy XX w. – wzrost znaczenia tej klauzuli w prawie francuskim, gdzie tradycyjnie pojmowano ją dość wąsko i subiektywnie (art. 1143 ust. 3 fr. k.c.)⁵⁷.

Dla powstającego powoli prawa prywatnego UE klauzula dobrej wiary ma niebagatelne znaczenie. W doktrynie zwraca się uwagę, że etyczny wymiar klauzuli dobrej wiary obejmuje przede wszystkim ochronę strony słabszej przed wyzyskiem i nieuczciwością oraz pozytywny obowiązek sprzedawcy lub świadczącego usługę udzielenia kupującemu (klientowi) pełnej informacji na temat istotnych warunków transakcji. Jest więc dobra wiara niejako symbolem „uspołecznienia” prawa prywatnego, uzasadniając dążenie Wspólnoty do zapewnienia konsumentom wysokiego standardu ochrony⁵⁸.

Klauzula dobrej wiary pojawiła się w prawie europejskim po raz pierwszy w dyrektywie 86/653/EEC o agentach handlowych (*Directive on Self-Employed Commercial Agents*)⁵⁹, ustanawiającej wzajemny obowiązek agenta i mocodawcy „działania zgodnie z treścią zobowiązania i w dobrej wierze” (*to act dutifully and in good faith*). Najwięcej dyskusji w doktrynie⁶⁰ i kontrowersji w orzecznictwie wzbudziła jednak dyrektywa 93/13/EEC z 1993 r. o nieuczciwych klauzulach umownych w umowach z udziałem konsumentów (*Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*)⁶¹. Klauzula dobrej wiary w jej art. 3 stanowi widoczny wpływ prawa niemieckiego – ten sam obiektywny test uczciwości postanowień umownych, z wykorzystaniem klauzuli dobrej wiary, zawierała bowiem niemiecka ustawa o ogólnych warunkach umów (*Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen* – AGBG)⁶².

⁵⁷ Szerzej na ten temat por. m.in. H.J. Sonnenberger, *Treu und Glauben – ein supranationaler Grundsatz? Deutsch-französische Schwierigkeiten der Annäherung*, w: R. Böttcher i in. (red.), *Festschrift für Walter Odersky zum 65. Geburtstag*, Berlin–New York 1996, s. 703 i n.; B. Jaluzot, *La bonne foi dans les contrats: Étude comparative des droits français, allemand et japonais*, Paris 2001, passim.

⁵⁸ B. Lurgier, *The „Social” Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness*, w: A. Hartkamp i in. (red.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen 2004, s. 285–287.

⁵⁹ Dz.Urz. WE L 382 z 31 grudnia 1986 r., poz. 17.

⁶⁰ R. Brownsword, G. Howells, T. Wilhelmsson, *Between Market and Welfare: Some Reflections on Article 3 of the EC Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, w: Ch. Willett (red.), *Aspects of Fairness in Contract*, London 1996, s. 25 i n.; H. Collins, *Good Faith in European Contract Law*, Oxford Journal of Legal Studies 1994 (14), s. 229 i n.; H. Beale, *Legislative Control of Fairness: The Directive on Unfair Terms in Consumer Contracts*, w: J. Beatson, D. Friedmann (red.), *Good Faith and Fault in Contract Law*, s. 231 i n.; J. Adams, R. Brownsword, *Key Issues in Contract*, London 1995, rozdz. 7–8; O. Remien, *AGB-Gesetz und Richtlinie über missbrauchliche Verbrauchervertragsklauseln in ihrem europäischen Umfeld*, „Zeitschrift für Europaisches Privatrecht” (dalej ZEuP) 1994 (2), nr 1, s. 34 i n.; H. Heinrichs, *Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes*, „Neues Juristisches Wochenschrift” (dalej NJW) 1996, s. 2190 i n.; S. Whittaker, *Assessing the Fairness of Contract Terms: The Parties’ „Essential Bargain”, its Regulatory Context and the Significance of the Requirement of Good Faith*, ZEuP 2004 (12), nr 1, s. 75 i n.

⁶¹ Dz.Urz. WE L 95 z 21 kwietnia 1993 r., poz. 29. Art. 3 ust. 1 dyrektywy stanowi, że postanowienie umowy jest nieuczciwe, jeśli „w sposób sprzeczny z wymaganiem dobrej wiary powoduje znaczącą dysproporcję” (*contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance*) w prawach i obowiązkach stron wynikających z kontraktu, ze szkodą dla konsumenta.

⁶² W 2001 r. odnośne przepisy zostały w całości inkorporowane do niemieckiego k.c. jako § 305–310 BGB.

Mimo braku formalnej mocy prawnej wcale nie mniejsze znaczenie mają Zasady Europejskiego Prawa Kontraktów (ang. *Principles of European Contract Law*, PECL), opracowane przez tzw. Komisję Lando w związku z pracami nad unifikacją prawa prywatnego w państwach Wspólnoty Europejskiej. W przepisach Zasad dobra wiara pojawia się wielokrotnie, jako jedna z dwóch głównych – obok rozsądku (ang. *reasonableness*) – klauzul generalnych⁶³. Działanie zgodnie z wymaganiami dobrej wiary jest ogólnym obowiązkiem stron (art. 1.201 PECL). Ponadto zasady dobrej wiary są kryterium oceny zachowania stron podczas negocjacji (art. 2.301 ust. 2 PECL), źródłem obowiązku informowania (art. 4.103 ust. 1 lit. a-ii, art. 4.107 ust. 1 PECL), a także podstawowym kryterium oceny równowagi świadczeń (art. 4.109 ust. 2 PECL).

Na przykładzie tych dwóch instrumentów prawa europejskiego można dostrzec szereg mniej lub bardziej poważnych uchybień polskiego ustawodawcy. Za mniej istotne, z punktu widzenia naszych rozważań, uznaję zwykłe błędy tłumaczeń⁶⁴; znacznie poważniejsza jest natomiast niefrasobliwość, gdy chodzi o użycie klauzul generalnych. Jak już wspominałem, zarówno w przypadku wdrażającego dyrektywę art. 3851 § 1 k.c., jak i w regulacji odpowiedzialności za winę w kontraktowaniu (art. 72 § 2 k.c.) dokonano zastąpienia oryginalnej klauzuli prawa europejskiego – a więc **zasad dobrej wiary** – preferowaną przez ustawodawcę polskiego klauzulą **dobrych obyczajów**.

Trzeba się oczywiście zgodzić ze stwierdzeniem, że wdrażanie europejskiego prawa prywatnego, zwłaszcza w części regulowanej nie przez *soft law*, lecz przez dyrektywy, stanowi bardzo poważny problem, z którym żadne państwo członkowskie nie jest w stanie sobie dobrze poradzić⁶⁵. Wydaje się jednak, że w naszej regulacji klauzul abuzywnych odstępianie od brzmienia przepisu dyrektywy (choćby nawet było ono merytorycznie uzasadnione) należało lepiej prze-myśleć. Akty prawa wspólnotowego powinny bowiem być interpretowane przez sądy państw członkowskich jednolicie. W jednym z niedawnych wyroków SN⁶⁶ sposób implementacji dyrektywy został zresztą krytycznie oceniony – powołując się na orzeczenie ETS z 27 czerwca 2000 r. w sprawie *Oceano Grupo Editorial S.A., Rocio Murciano quinttario i in.*⁶⁷ Sąd Najwyższy wyraźnie stwierdził, że wykładnia art. 3851 § 1 k.c. musi być zgodna z art. 3 ust. 1 dyrektywy. Co za tym idzie, istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że w orzecznictwie klauzula

⁶³ Oba pojęcia – rozsądku i dobrej wiary – są zresztą ze sobą bardzo ściśle związane (zob. definicję rozsądku w art. 1.302 PECL).

⁶⁴ Np. ułożenie zwrotu „*a significant imbalance*” w angielskiej wersji językowej art. 3 ust. 1 dyrektywy o nieuczciwych klauzulach konsumenckich z „rażącym uszczerbkiem”, który pojawia się w art. 3851 § 1 k.c. (uwaga M.P.).

⁶⁵ Szerzej na ten temat zob. m.in. W. Kocot, *Perspektywy harmonizacji prawa prywatnego w ramach Unii Europejskiej ze szczególnym uwzględnieniem zobowiązań kontraktowych*, SI 2005, t. XLIV, s. 405 i n.; P. Nebbia, *Unfair Terms in Consumer Contracts: An Anglo-Italian Comparison*, w: M. van Hoecke, F. Ost (red.), *The Harmonisation of European Private Law*, Oxford–Portland 2000, s. 179 i n.

⁶⁶ Wyrok SN z 3 lutego 2006 r., I CK 297/05, „Biuletyn Sądu Najwyższego” (dalej BSN) 2006, nr 5, s. 12 (tylko pierwsza teza).

⁶⁷ C-240/98–244/98, ECR 2000, I-04941, CELEX nr 61998J0240.

dobrych obyczajów będzie zastępowana klauzulą zasad dobrej wiary, mimo że zapewne nie było to intencją twórców noweli do k.c. z 2003 r.

Podobną tendencję, choć z innych powodów, o których była już mowa, przewidują także na gruncie art. 72 § 2 k.c.

III. ZASADY WSPÓŁŻYCIA SPOŁECZNEGO, DOBRE OBYCZAJE I DOBRA WIARA W ORZECZNICTWIE

1. *Zasady współżycia społecznego – dobra wiara*

W orzecznictwie ostatnich szesnastu lat zachodzi ciekawa prawidłowość, polegająca na ucieczce od klauzuli zasad współżycia społecznego i na jej zastępowaniu innymi klauzulami generalnymi. Orzeczenia, w których przejawia się wspomniana tendencja, zapewne nie stanowią większości, niemniej są dość liczne.

Zasady współżycia społecznego często „ustępują” zasadom dobrej wiary. Znamienne jest przy tym, że rzadko dochodzi do całkowitego utożsamienia obu tych klauzul, częściej natomiast ma miejsce zabieg polegający na „wyjęciu przed nawias” obiektywnego elementu klauzuli dobrej wiary (tj. rozmaicie nazywanych „zasad uczciwego obrotu”, „lojalności i uczciwości” itp.).

Za jedno z pierwszych orzeczeń reprezentatywnych dla tego nurtu orzecznictwa można uznać wyrok SN z 20 stycznia 1993 r.⁶⁸, w którym uznano, że dla prawidłowego ustalenia rzeczywistej woli stron na podstawie reguł wykładni wskazanych przez art. 65 k.c. nieodzowne jest dokładne wyjaśnienie istotnych okoliczności składających się na kontekst faktyczny, w którym doszło do zawarcia umowy. Wówczas dopiero, zdaniem Sądu Najwyższego, możliwe staje się przeprowadzenie prawidłowej oceny, czy dosłowne brzmienie umowy oddaje wiernie zamiar stron w osiągnięciu założonego celu. Dużą rolę we wzajemnych stosunkach handlowych odgrywają **zasady współżycia i lojalności**.

Odrębną grupę orzeczeń stanowią te, w których Sąd Najwyższy zmierza do zbliżenia znaczenia zasad współżycia społecznego do klauzuli **zasad uczciwego obrotu**. Mowa tu głównie o wyrokach odnoszących się do kontroli ważności czynności prawnych, sprawowanej na podstawie art. 58 § 2 k.c. W wyroku SN z 1 lutego 2000 r. za nieważną uznano zawartą umowę sprzedaży gospodarstwa rolnego, która w ocenie zarówno orzekających w sprawie sądów powszechnych, jak i Sądu Najwyższego naruszała zasady uczciwości (uczciwego obrotu) oraz lojalności i szacunku wobec rodziców⁶⁹. W wyroku SN z dnia 14 maja 2004 r. zawarto z kolei tezę, iż podstawą oceny sprzeczności umowy z zasadami współżycia społecznego (uczciwego obrotu) powinny być okoliczności dotyczące obu stron umowy, a nie tylko jednej z nich⁷⁰. Natomiast w wyroku z 5 marca 2004 r. zasady uczciwego obrotu – w miejsce zasad współżycia społecznego – zostały

⁶⁸ II CRN 141/92, niepubl.

⁶⁹ III CKN 1135/98, LEX, nr 51356.

⁷⁰ I CK 103/03, niepubl.

powołane przez Sąd Najwyższy jako klauzula kształtująca treść czynności prawnej, a więc kryterium uzupełnienia jej treści zgodnie z art. 56 k.c.⁷¹

Co może się wydać zaskakujące, w orzecznictwie pojawiają się także – co prawda bardzo nieliczne – orzeczenia, w których w sposób bardzo odważny wprost utożsamia się, zwłaszcza w zakresie prawa zobowiązań, zasady współżycia społecznego z dobrą wiarą w sensie obiektywnym. W uchwale pełnego składu Izby Cywilnej SN z 28 kwietnia 1995 r.⁷² zawarto uwagę, iż wynikające z art. 353¹ k.c. ograniczenie swobody kontraktowej stron przez zasady współżycia społecznego „wskazuje na potrzebę oceny danego stosunku prawnego z punktu widzenia **zasad dobrej wiary w znaczeniu obiektywnym** [podkreśl. M.P.] lub zasad słuszności”.

Natomiast w wyroku SN z dnia 16 stycznia 2001 r., w którym Sąd rozważał trafność oceny sprzecznego z zasadami współżycia społecznego zachowania pozwanego dłużnika, które polegało na rozmyślnym dopuszczaniu się zwłoki w spełnieniu świadczenia pieniężnego⁷³, zawarto m.in. następujące stwierdzenia: „Zgodnie z art. 354 § 1 k.c. wykonanie zobowiązania przez dłużnika powinno być zgodne ze społeczno-gospodarczym celem zobowiązania, a także zasadami współżycia społecznego i ewentualnie ustalonymi zwyczajami. **Zasada dobrej wiary i uczciwości w wykonaniu zobowiązania** [podkreśl. M.P.] ma zapobiegać sytuacjom, w których spełnienie świadczenia przez dłużnika w sposób formalnie zgodny z treścią zobowiązania nie zaspokajałoby uzasadnionego interesu wierzyciela. Taką sytuację tworzy istotna zmiana siły nabywczej po powstaniu zobowiązania... Pozwana – według nie kwestionowanych ustaleń Sądów niższych instancji... – w okresie od lutego 1991 r. do lipca 1993 r. nie dokonała zapłaty żadnej raty... Rozstrzygnięcia i ich motywacje stanowią pozytywny przykład realizacji przez sądy konstytucyjnych i ustrojowych zasad wymiaru sprawiedliwości (**zasada zaufania**) [podkreśl. M.P.]. Dłużnik, który nie spełnia świadczenia w terminie wyrządza wierzycielowi szkodę i z ogólnych zasad odpowiedzialności ciąży na nim obowiązek jej naprawienia. Wywody kasacji powołujące się na zasady współżycia społecznego są wynikiem błędnej wykładni tego pojęcia także na gruncie art. 358¹ § 3 k.c. i stanowią wyraz dążenia skarżącej do przerzucenia skutków – przedstawionej gwałtownej – inflacji wyłącznie na powoda”.

Równie interesujący jest wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 5 stycznia 2000 r.⁷⁴ Rozważając skuteczność odstąpienia przez powoda, w myśl art. 491 § 1 k.c., od umowy o roboty budowlane, sąd zauważył, że dodatkowy termin wyznaczony przez jedną ze stron umowy wzajemnej powinien umożliwić drugiej stronie realizację świadczenia, w którego spełnieniu pozostaje w zwłoce. Z tego właśnie względu ustawodawca stanowi, że termin ten powinien być „odpowiedni”. Przy jego ustaleniu należy się kierować **zasadami dobrej wiary i uczciwego obrotu** [podkreśl. M.P.] i uwzględniać interesy obu stron, uwzględniając przede

⁷¹ I CK 329/03, niepubl.

⁷² III CZP 166/92, OSNC 1995, nr 10, poz. 135.

⁷³ II CKN 1037/00, niepubl.

⁷⁴ I ACa 817/99, „Prawo Gospodarcze” 2001, nr 1, s. 53.

wszystkim rodzaj i treść obowiązku dłużnika oraz stopień przygotowania do jego realizacji. Jeżeli zaś termin obiektywnie nie jest dostosowany do zobowiązania, to nie wywołuje żadnych skutków z nim związanych, a co za tym idzie – wierzyciel nie może polegać na jego bezskutecznym upływie, składając oświadczenie o odstąpieniu od umowy. Takie rozumowanie sąd oparł na art. 491 § 1 k.c. *a contrario* w zw. z art. 354 k.c.

2. Zasady współzycia społecznego – dobre obyczaje

Wypowiedzi Sądu Najwyższego na temat relacji klauzul zasad współzycia społecznego i dobrych obyczajów są niezbyt liczne, choć interesujące. Zdecydowanie przeciwko „podstawianiu” jednego pojęcia pod drugie opowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 7 marca 2003 r.⁷⁵ W tej sprawie sąd drugiej instancji, rozstrzygając powództwo o uznanie działania pozwanego za czyn nieuczciwej konkurencji, orzekł, że określone zachowanie pozwanych nie jest ani bezprawne, ani sprzeczne z zasadami współzycia społecznego. Uchylając zaskarżony wyrok, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, iż sprzeczność działania przedsiębiorcy z dobrymi obyczajami, o której mowa w art. 3 ust. 1 u.z.n.k., nie może być utożsamiana wyłącznie ze sprzecznością z zasadami współzycia społecznego. Zarazem *expressis verbis* (choć trudno powiedzieć z jakich względów) podał w wątpliwość, czy zasadne jest powoływanie się na zasady współzycia społecznego w obrocie obustronnie profesjonalnym; zdaniem Sądu, w tej sferze stosunków cywilnoprawnych właściwsze jest posługiwanie się klauzulą **dobrych obyczajów**, która jest wyrazem **uczciwości kupieckiej**. Sąd Najwyższy nie zanegował zatem samej możliwości praktycznego zastępowania zasad współzycia społecznego klauzulą „dobrych obyczajów kupieckich” w tych sprawach, w których po obu stronach występują przedsiębiorcy.

Zupełnie inne rozstrzygnięcie przynosi wyrok Sądu Najwyższego z 21 czerwca 2001 r.⁷⁶, gdzie Sąd Najwyższy, w ogóle nie korygując argumentacji strony wnoszącej kasację, oddalił zarzut naruszenia art. 5 k.c. „poprzez naruszenie **dobrych obyczajów w obrocie prawnym**”. Skład rozpoznający skargę nie dostrzegł zatem żadnego problemu w powołaniu się na inną, niewłaściwą z formalnego punktu widzenia, klauzulę generalną.

W kilku orzeczeniach zachodzi dość interesująca prawidłowość, polegająca na włączeniu pojęcia „dobrych obyczajów” do pojęcia „zasad współzycia społecznego”, które przez to staje się nadrzędne w stosunku do tej pierwszej klauzuli. W uzasadnieniu wyroku z 15 lutego 2002 r.⁷⁷ Sąd wywodził, jako jedną z zasad współzycia społecznego, konieczność opierania się uprawnionego na względach słuszności oraz **kierowania się w działaniu dobrymi obyczajami** i dobrą wiarą. Z kolei w wyroku SN z 12 lutego 2002 r.⁷⁸ wywiedziono, iż charakterystycz-

⁷⁵ ICKN 89/01, niepubl.

⁷⁶ IV CKN 385/00, niepubl.

⁷⁷ V CA 2/02, OSNC 2003, nr 1, poz. 12.

⁷⁸ I CKN 902/99, niepubl.

ną cechą zasad współżycia społecznego jest ich aksjologia, czyli ścisły związek z aktualnymi postawami i kryteriami wartościowania, do których zaliczyć należy **dobre obyczaje**, zaufanie i zasady uczciwego obrotu.

3. *Dobre obyczaje – dobra wiara*

Wyraźnych prób ewentualnego utożsamienia klauzuli dobrych obyczajów z zasadami dobrej wiary w orzecznictwie Sądu Najwyższego dotychczas nie napotkałem. Jedynym orzeczeniem, w którym zarysowano taką możliwość, jest wspomniany już wcześniej wyrok SN w sprawie „Regulaminu świadczenia usług telewizji kablowej”⁷⁹, gdzie Sąd zwrócił uwagę na zastąpienie przez polskiego ustawodawcę oryginalnej klauzuli zasad dobrej wiary klauzulą dobrych obyczajów i uznał, że wykładnia pojęcia „dobrych obyczajów”, ze względu na kontekst wprowadzenia przepisów o klauzulach abuzywnych, powinna być zgodna z prawem europejskim.

Wspomniane orzeczenie jest również interesujące z innych powodów: jednym z zarzutów kasacji pozwanego było bowiem niesformułowanie przez sąd drugiej instancji „dobrego obyczaju”, który został naruszony przez każde z uznanych za niedozwolone postanowień wzorca kontraktowego. Zdaniem Sądu Najwyższego, jest to zapatrywanie błędne, albowiem: „celem klauzul generalnych jest... rozszerzenie granic swobody sędziowskiej w orzekaniu. «Swobodnie» nie znaczy oczywiście «arbitralnie» i o tyle można skarżącemu przyznać rację. Sądy meriti powinny były zatem w sposób pełny uzasadnić, z jakich powodów uznają poszczególne postanowienia za niedozwolone, odwołując się do **reguł etycznych uczciwego i lojalnego postępowania w obrocie**. Nie miały jednak obowiązku wskazywać konkretnej zasady, w znaczeniu bliskim temu, jakiego można by dopatrywać się we wskazaniu naruszonego przepisu prawa”. Sąd opowiedział się zatem przeciwko dominującej w naszym orzecznictwie (a także podzielanej przez znaczną część doktryny) wizji klauzul generalnych jako norm odsyłających do skonkretyzowanego systemu norm pozaprawnych.

IV. WNIOSKI I POSTULATY *DE LEGE FERENDA*

Powyższe rozważania chciałbym zwięźle podsumować w kilku punktach:

1. Zwrot „zasady współżycia społecznego” należy usunąć z naszego systemu prawnego, a w szczególności z kodeksu cywilnego. Nie istnieje żaden poważny argument na rzecz zachowania tej klauzuli, która stanowi relikwety prawa socjalistycznego, a nadto sprzyja utrwalaniu w orzecznictwie niewłaściwych tendencji, w istocie sprzecznych z właściwym sposobem rozumienia i stosowania klauzul generalnych⁸⁰.

⁷⁹ Zob. wyrok cyt. wyżej w przyp. 66.

⁸⁰ Por. A. Szpunar, *Uwagi...*, s. 340. Autor ten zauważa, że zmiana klauzuli generalnej powodowałaby konieczność odrzucenia całego dorobku dotychczasowej judykatury na temat zasad współżycia społecznego, a nadto, że poszedłby na mamę wysiłek piśmiennictwa podjęty w celu sprecyzowania

2. Ponieważ klauzula zasad współżycia społecznego pełniła i nadal pełni znacznie więcej funkcji niż jakakolwiek inna tradycyjna klauzula europejskiego prawa prywatnego, nie powinno być mowy o zastąpieniu jej we wszystkich przypadkach tym samym wyrażeniem. Nawet ze względów czysto pragmatycznych nie wydaje się, aby zawsze słuszne było sięganie po klauzulę dobrych obyczajów.

3. Nie jest zasadne utożsamianie klauzuli dobrych obyczajów z klauzulą zasad (wymagań) dobrej wiary. Są to zwroty zbliżone, ale nie tożsame.

4. Opowiadam się zdecydowanie za przywróceniem prawu polskiemu klauzuli obiektywnej dobrej wiary. Ryzyko „pomylenia” dwóch znaczeń dobrej wiary: subiektywnej i obiektywnej, jest przesadzone. Zawarcie zwrotu „zasady dobrej wiary” w naszym kodeksie cywilnym otwiera nasze prawo nie tylko na wielką tradycję prawa prywatnego Europy⁸¹, lecz także na zrozumienie fundamentalnych problemów dzisiejszego prawa europejskiego.

5. Brak dzisiaj w Polsce rzetelnej dyskusji zarówno o stanowieniu, jak i stosowaniu przepisów zawierających klauzule generalne, a może także czegoś, co można by nazwać „polityką klauzul generalnych”. Nie jest to bynajmniej problem czysto teoretyczny, wprost przeciwnie – dotyczy fundamentalnych zagadnień „sądowego prawotwórstwa”. Być może taki stan rzeczy wynika z faktu, że nasze pojęcie o prawie wciąż zamyka się w pozytywistycznym getcie poglądów żywcem zaczerpniętych z XIX wieku. Jednak wstąpienie Polski do Unii Europejskiej, która jest „wspólnotą prawa”, i to prawa żywego, rychło wymusi na nas inne spojrzenie na rolę sądów i sędziów.

W związku z przeprowadzoną analizą za właściwe uważam znaczne zmodyfikowanie obecnego brzmienia art. 5 k.c. Mógłby on brzmieć następująco:

„Art. 5. § 1. Każdy, komu przysługuje prawo podmiotowe, powinien czynić z niego użytek w sposób zgodny z wymaganiami dobrej wiary.

§ 2. Działanie lub zaniechanie uprawnionego, sprzeczne z przepisem paragrafu poprzedzającego, nie jest uważane za wykonywanie prawa i nie korzysta z ochrony”.

Generalny przepis art. 5 § 1 k.c. pozwoliłby na usunięcie klauzuli zasad współżycia społecznego, jako wyznaczającej granice wykonywania prawa, np. z art. 140 i art. 233 k.c. Usunięta zostałaby także (ze wszystkich przepisów, w których się znajduje) klauzula społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, która, jak sądzę, już dawno utraciła w kodeksie rację bytu.

tego pojęcia. Jak jednak widać na tle powołanego orzecznictwa, w gruncie rzeczy wielu sędziów i tak sięga po inne klauzule generalne, zaś piśmiennictwo i judykatura poświęcone klauzuli zasad współżycia w dużej części bez żadnego problemu dałyby się zaadaptować do stosowania innej klauzuli generalnej (spostrzeżenia M.P.).

⁸¹ Por. W. Dajczak, *Zasady współżycia społecznego czy dobra wiara?*, „Rejent” 2001, nr 1, s. 40 i n. Autor ten stwierdza, że: „punktem ciężkości w dyskusji o zmianie klauzuli słusznościowej nie powinna być... tradycyjna nazwa, ale oczekiwania wobec sędziego i mogąca je obiektywizować tradycja *bona fides*. Jeżeli w tej dyskusji podkreślimy twórczą rolę sędziego oraz postulat powiązania jego konkretyzujących klauzulę poszukiwań z doświadczeniem prawniczym..., to przywrócenie klauzuli słusznościowej nazwy «dobra wiara» byłoby tylko czytelnym wskazaniem powiązania między rozwijaniem prawa przez sędziego i tradycją prawną” (ibidem, s. 58).

Dalsze zmiany legislacyjne powinny w maksymalnym zakresie odpowiadać sprawdzonym wzorcom kodeksu zobowiązań. Dlatego klauzulę zasad (wymagań) dobrej wiary proponowałbym wprowadzić w szczególności do art. 56, art. 65 oraz do art. 354 § 1 k.c. w miejsce dotychczasowej klauzuli zasad współżycia społecznego. Natomiast w art. 58 § 2 k.c. powinna pojawić się klauzula dobrych obyczajów.

Jednocześnie opowiadam się za zastąpieniem klauzuli dobrych obyczajów klauzulą zasad dobrej wiary zarówno w przypadku art. 72 § 2 k.c., jak i art. 385 § 1 k.c., jakkolwiek z różnych przyczyn. W przypadku *culpa in contrahendo* postulat ten wynika z lepszego dopasowania klauzuli dobrej wiary do instytucji odpowiedzialności przedkontraktowej, podczas gdy w odniesieniu do kontroli wzorców umownych w obrocie konsumenckim klauzula generalna prawa polskiego nie powinna różnić się od klauzuli generalnej prawa europejskiego, w świetle którego przepisy o klauzulach abuzywnych powinny być wykładane.

RULES OF SOCIAL COEXISTENCE, GOOD MORALS OR GOOD FAITH?

DILEMMAS OF AMENDING OF GENERAL CLAUSES OF POLISH CIVIL LAW FROM THE EUROPEAN PERSPECTIVE

Since the very moment of the democratic turn-over of 1989 and 1990, Polish legal authors have been discussing profound amendments to the Polish Civil Code. Though much has already been done in this field, some vital questions – and the general clauses in particular – still remain untouched. The notion of the ‘rules of social coexistence’ (‘zasady współżycia społecznego’), which was invented under the Communist rule to wipe out the ‘bourgeois’ general clauses like e.g. good faith and fair dealing, seems to have dominated the whole Code for next dozens of years.

The main purpose of the present paper is to justify the need for the abolition of the mentioned clause from the modern Polish private law. The author makes references not only to its ‘wrong parentage’, but also to the improper way in which such rules of law are perceived and applied in the legal practice (esp. by the judiciary).

The State Codification Commission for the Civil Law tends to replace ‘rules of social coexistence’ with a traditional notion of ‘good morals’ (*boni mores*). It is so particularly in the field of the pre-contractual liability (Art. 72 (2) Civil Code) and abusive consumer contracts (Art. 385–1 (1) Civil Code).

The paper suggests the necessity for some deeper studies on the principle of good faith, which is historically known to the Polish law and constitutes undoubtedly the cornerstone of the European legal heritage. Its usage in Art. 72 (2) Civ. Code would guarantee better correspondence with the court’s obligation of the individualized assessment of the trust and confidence that one of the parties had

in the future conclusion of the contract being ineffectively negotiated. It is the clause of good faith which appears in Art. 2:301 (2) and (3) PECL, being the pattern for the above mentioned rule of the Polish Code.

Turning to Art. 385–1 (1) Civil Code, the postulate for the replacement of ‘good morals’ with ‘good faith’ is underpinned by the necessary cohesion of its interpretation and application with Art. 3 (1) of the Directive 93/13/EEC on abusive consumer contract clauses. It is worth pointing out that the Supreme Court has recently criticized the way in which the latter provision was implemented into the Polish law (see Case I CK 297/05 “Cable TY Rules”).

HELENA ŻAKOWSKA-HENZLER

**ZAKRES PRZEDMIOTOWY OCHRONY PATENTOWEJ
WYNAŁAZKÓW BIOTECHNOLOGICZNYCH
– WYBRANE ZAGADNIENIA****I. UWAGI WPROWADZAJĄCE**

Zakres przedmiotowy monopolu przysługującego uprawnionym z patentu należy do najistotniejszych zagadnień na gruncie wszystkich systemów ochrony patentowej. Decyzja o rodzaju dóbr, na jakie monopol patentowy może być przyznany, i przebieg granicy między obszarem zastrzeżonym dla uprawnionego z patentu a tym, który pozostaje dostępny dla wszystkich mimo udzielenia patentu, ma bowiem fundamentalne znaczenie dla określenia wpływu ochrony patentowej na stosunki ekonomiczne i społeczne. Wytyczenie zakresu ochrony patentowej wiąże się z odpowiedzią na pytania: czemu ma służyć ustanowienie monopolu, a zatem, jakie skutki (bezpośrednie i pośrednie) ma on wywołać, a następnie – jaki jego zakres przedmiotowy najpełniej odpowiada przyjętemu zamierzeniu. W unormowaniu tej materii i w polityce organów patentowych znajdują zatem odzwierciedlenie zarówno założenia co do celu systemu ochrony patentowej i funkcji, poprzez które cel ten winien być realizowany, jak też aksjologiczne uzasadnienie przyznania określonym podmiotom monopolu na korzystanie z określonych dóbr niematerialnych. Nic więc dziwnego, że gdy w sferę oddziaływania prawa patentowego zostają włączone dobra, których monopolizacja budzi kontrowersje z uwagi na różnice poglądów co do jej skutków i etycznego uzasadnienia, to kontrowersje te znajdują odzwierciedlenie także w sporach dotyczących zakresu przedmiotowego ochrony patentowej w tym nowym obszarze. Tak najogólniej można wyjaśnić przyczyny głębokich rozbieżności stanowisk w kwestii zakresu ochrony patentowej wynalazków z dziedziny określanej mianem nowoczesnej biotechnologii, tj. takich, których podstawą jest poznanie struktury i zasad funkcjonowania organizmów na poziomie molekularnym. Trzon jej stanowi inżynieria genetyczna, ale obejmuje ona także inne techniki i sposoby oddziaływania na organizmy żywe i ich wykorzystywanie. Na podkreślenie zasługuje, że rozbieżności te powstają mimo zgody co do ogólnych założeń, jakim winien być podporządkowany zakres ochrony patentowej. Za bezsporny można bowiem uznać pogląd, zgodnie z którym zakres ochrony patentowej winien być dostatecznie szeroki, by stymulował postęp techniczny – jego rozwój i wykorzystywanie w działalności gospodarczej, a z drugiej strony, na tyle wąski, aby

nie stwarzał utrudnień, które powodowałyby zahamowanie rozwoju nauki i upowszechniania innowacyjnych rozwiązań. Nie ma jednak zgody co do tego, jaki zakres ochrony patentowej spełnia te wymagania.

Wyróżnić można dwa główne konkurujące ze sobą stanowiska. Jedno – zwolenników szerokiej ochrony patentowej w tej dziedzinie, a co najmniej nie węższej aniżeli dostępna w przypadku innych wynalazków, i drugie – zwolenników jej zawężenia. Te różnice poglądów znajdują odzwierciedlenie w licznych spornych kwestiach związanych z wyznaczaniem zakresu ochrony patentowej, tj. w szczególności z kryteriami kwalifikacji prawnopatentowej przedmiotu zgłoszenia patentowego stanowiącymi podstawę decyzji w sprawie udzielenia patentu, a także z regułami ustalenia zakresu wyłączności powstałej w następstwie konkretnej decyzji patentowej.

Do pierwszej z przywołanych wyżej grup należą ci, którzy wszelkie zmiany nakierowane na zawężanie zakresu ich ochrony – w stosunku do reguł ogólnych ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych – a więc powodujące ich zdaniem „dyskryminowanie” dysponentów takich rozwiązań, uznają za pozbawione jakiegokolwiek uzasadnienia. Uważają bowiem, że także w dziedzinie biotechnologii mechanizmy ustalone w prawie patentowym najpełniej służą postępowi technicznemu. Dlatego opowiadają się za pozostawieniem ustalonych reguł bez zmian. Przeciwno zmianom w prawie patentowym, mającym je dostosować do specyfiki nowoczesnej biotechnologii, są również i ci, którzy dostrzegając mankamenty i zagrożenia płynące ze stosowania ustalonych w prawie patentowym reguł w odniesieniu do wynalazków biotechnologicznych, uznają zarazem, że wszelkie ingerencje w tej materii mogą spowodować więcej szkód niż pożytku. Pogląd taki uzasadniany jest niedostatkami wiedzy na temat rzeczywistego oddziaływania systemu ochrony patentowej, a tym samym i niemożliwością przewidzenia skutków wprowadzanych zmian¹. W tej grupie mieszczą się i ci, którzy dopuszczają modyfikację reguł wyznaczania zakresu ochrony patentowej, ale jedynie w sposób powodujący ich rozszerzenie w stosunku do reguł ogólnych. Tylko bowiem taka modyfikacja może ich zdaniem znajdować podstawę w specyfice rozwiązań biotechnologicznych. Stąd też propozycje i koncepcje np. złagodzenia wymagań warunkujących dostępność ochrony patentowej, a więc uznania osiągnięcia za przedmiot wynalazku mającego zdolność patentową, jak też i poszerzenia zakresu wyłączności wynikającej z udzielenia patentu.

Po przeciwnej stronie sytuują się poglądy, zgodnie z którymi specyfika nowoczesnej biotechnologii wymaga modyfikacji zakresu ochrony patentowej nakierowanej, najogólniej rzecz ujmując, na jego zawężenie. Posługiwanie się w od-

¹ Tak np. F.H. Easterbrook, *Who Decides the Extent of Rights in Intellectual Property*, w: *Expanding The Boundaries of Intellectual Property Innovation Policy for the Knowledge Society*. Warto zauważyć, że taki pogląd w kwestii wiedzy na temat roli prawa patentowego nie jest wśród jego znawców niczym nowym. Już w 1958 r. jeden z klasyków w tej dziedzinie, F. Machlup, stwierdził, że gdyby nie było systemu ochrony patentowej, to trudno byłoby znaleźć uzasadnienie dla jego wprowadzenia, ale skoro już istnieje, to równie trudno jest wskazać argumenty za jego likwidacją, F. Machlup, *An Economic Review of the patent system*, United States Government printing Office, Washington 1958, s. 85.

niesieniu do osiągnięć biotechnologicznych regułami ustalonymi na potrzeby innych wynalazków stwarza bowiem, w myśl tego poglądu, zagrożenie dla rozwoju nauki w tej dziedzinie, a także dla upowszechnienia postępu technicznego.

Te rozbieżności poglądów co do zakresu monopolu patentowego optymalnego z punktu widzenia celów, jakim system ten ma służyć, stają się podłożem dla różnorodnych propozycji dotyczących zarówno działań o charakterze ustawodawczym, jak też interpretacji obowiązującego prawa. Jako ilustrację kontrowersji w tej materii przywołać można dwa diametralnie różniące się stanowiska w kwestii zależności między zakresem monopolu wynikającego z udzielenia patentu a motywacją do tworzenia rozwiązań innowacyjnych. Zdaniem niektórych, konkurencję na etapie tworzenia innowacji najefektywniej stymuluje mnogość patentów skutkujących wąskim zakresem wyłączności. Uznając, iż z punktu widzenia interesu ogólnego stymulacja tego etapu jest co najmniej równie istotna jak tworzenie zachęt do inwestowania, zwolennicy tego poglądu postulują, by właśnie na osiągnięcie takiego celu nakierowana została polityka organów patentowych². Wskazuje się przy tym, iż jej wdrożenie nie wymaga żadnych zmian ustawodawstwa, ale jedynie rygorystycznego przestrzegania zasad wynikających z normatywnie ustalonych wymagań warunkujących dopuszczalność udzielenia patentu, a także odpowiedniego sposobu wyznaczania zakresu ochrony wynikającej z udzielonego patentu, tak aby wyłączność nie wykraczała poza zakres rzeczywistego wkładu twórcy w stan techniki³.

Zasadność tego poglądu, i tym samym wynikających z niego postulatów, kwestionowana jest natomiast przez tych komentatorów, którzy właśnie mnogość patentów w dziedzinie biotechnologii postrzegają jako jedną z istotnych przyczyn utrudnienia prac badawczych, a więc i twórczości innowacyjnej. Powodują one bowiem konieczność, zarówno na etapie prowadzenia prac badawczych, jak i komercjalizacji ich rezultatów, uzyskiwania upoważnień licencyjnych od licznych podmiotów, co wiąże się nie tylko z trudnościami organizacyjnymi, ale także z dodatkowymi kosztami⁴. Taka sytuacja właśnie w dziedzinie nowoczesnej biotechnologii stwarzać może, zdaniem wyrazicieli tego poglądu, silną motywację do rezygnacji z podejmowania badań w obszarze „nasyconym” patentami. Koszty tworzenia innowacji, a więc i wynalazków, są bowiem w tej dziedzinie szczególnie wysokie, a rzeczywista rynkowa wartość przyszłych osiągnięć trudna jest do przewidzenia. Niepożądane skutki takiej sytuacji pogłębia i to, że dla wielu opatentowanych wynalazków biotechnologicznych nie ma i nie może być rozwiązań alternatywnych. Dotyczy to przede wszystkim wynalazków, których przedmiotem są produkty ze środowiska naturalnego wyizolowane, a nie

² R.P. Merges, R.L. Nelson, *On the Complex Economics of Patent Scope*, Colum. L. Rev. (1990), vol. 90, nr 4.

³ W szczególności zwraca się uwagę na potrzebę dużej ostrożności przy posługiwaniu się teorią ekwiwalentów w procesie wyznaczania zakresu ochrony patentowej, R. Merges, *As many as six impossible patents for breakfast: Property right for business concepts and patent system reform*, „Berkeley Technology Law Journal” 1999, vol. 14, nr 2.

⁴ Zwracają na to uwagę m.in. M.A. Heller, R.S. Eisenberg, *Can Patents Deter Innovation? The Anticommons in Biomedical Research*, „Science” 1998, nr 280.

stworzone przez człowieka. Przykładem mogą być sekwencje DNA, sekwencje aminokwasów czy komórki wyizolowane z organizmów, w których samoistnie występują. Uczynienie takiego produktu (np. genu „odpowiedzialnego” za określony proces lub zjawisko zachodzące w organizmie żywym) przedmiotem wyłączności nie motywuje więc do poszukiwań „zamiennika”, bo taki nie istnieje, lecz jedynie utrudnia dalsze badania nad jego wykorzystaniem, a także nad zjawiskami, które są z nim związane. Zagrożenie dla nauki, jakie płynie z takich patentów⁵, dodatkowo zwiększa obserwowane zjawisko wykorzystania patentów wyłącznie dla blokowania prac w obszarze, w którym mogłyby powstać rozwiązania konkurencyjne dla innych komercjalizowanych już przez uprawnionego z patentu. Mając to na uwadze, postuluje się więc weryfikację reguł prawnopatentowej kwalifikacji osiągnięć biotechnologicznych i wyznaczenia zakresu ochrony wynikającej z udzielonego patentu w taki sposób, by uniemożliwić przyznawanie patentów skutkujących hamowaniem rozwoju nauki i innowacyjności gospodarki⁶. Zdaniem niektórych wymaga to zmian prawa patentowego⁷, zdaniem innych wystarczy zmiana sposobu jego stosowania⁸.

Poglądy w kwestii optymalnego zakresu ochrony patentowej uwidaczniają się nie tylko w dyskusjach przedstawicieli doktryny, ale przede wszystkim w ustawodawstwie patentowym i polityce organów patentowych. Zakres ochrony patentowej jest bowiem rezultatem decyzji podejmowanych na wielu etapach przez różne podmioty. Podstawowe znaczenie ma normatywne określenie przedmiotu, na jaki może być udzielony patent, i zakresu wyłączności wynikającej z takiej decyzji. W ustawach patentowych znajdują więc odzwierciedlenie decyzje podjęte przez organ ustawodawczy co do ogólnego zakresu dostępnej ochrony pa-

⁵ Zjawisko to szczególnie ostro rysuje się w kontekście tzw. narzędzi badawczych, czyli rozwiązań mających zastosowanie w pracach badawczych (np. narzędzia laboratoryjne, ale także materiał biologiczny służący do wykrywania czy analizy innych produktów biologicznych). Jego negatywnych skutków dla rozwoju nauki nie eliminuje też powszechny w prawie państw UE przywilej badawczy, czyli możliwość korzystania z opatentowanego produktu na potrzeby niekomercyjnych badań naukowych czy eksperymentów. Po pierwsze zakres jego jest wąski, dotyczy bowiem z reguły tylko badań nad przedmiotem wynalazku, a po drugie jego unormowanie niejednoznaczne. W polskim prawie zawarte jest w art. 69 ust. 1 pkt 3 p.w.p. Szerzej na temat niedoskonałości unormowania w tym zakresie m.in. W.R. Comish, M. Llewelyn, M. Adcock *Intellectual Property Rights (IPRs) and Genetics: A Study into the Impact and Management of Intellectual Property Rights within the Healthcare Sector*; 2003 Public Health Genetics Unit, a core facility of Cambridge Genetics Knowledge Park, pkt 8 (a).

⁶ W. Comish, D. Llewelyn, *Intellectual property: patents, copyright, trade marks and allied rights*, London Sweet & Maxwell 2003, s. 842–843; R. Moufang, *Problems related to the protection of New Technologies: biotechnological inventions*, w: *European Research Structures – changes and challenges. The role and function of intellectual property rights*, Max Planck Gesellschaft E2/94, 1994, s. 188. Kontrowersyjność zagadnień związanych z patentowalnością takich produktów ma swoje źródło m.in. i w tym, że często wynalazek, którego przedmiotem jest narzędzie badawcze, ma zarazem zastosowanie w działalności *sensu stricto* przemysłowej.

⁷ A.K. Rai, R.S. Eisenberg, *Bayh-Dole Reform and the Progress of Biomedicine*, „Law and Contemporary Problems” 2003, nr 66. Jakkolwiek propozycje te formułowane są na tle analizy statusu prawnopatentowego wynalazków powstałych w wyniku prac finansowanych ze środków państwowych, to zjawiska, jakim mają one przeciwdziałać, obserwowane są także, jako konsekwencje patentów na wynalazki będące rezultatem badań finansowanych ze środków prywatnych.

⁸ Takie stanowisko wyrażono np. w Raporcie: *The ethics of patenting DNA*, 2002 – Nuffield Council on Bioethics.

tentowej. Pierwszym natomiast etapem, na jakim decyduje się zakres ochrony patentowej konkretnego rozwiązania, jest postępowanie patentowe, w czasie którego przedmiot zgłoszenia badany jest pod względem zgodności z normatywnie ustalonymi wymaganiami, innymi słowy – podlega sprawdzeniu, czy przedmiot zgłoszenia mieści się w obszarze, jaki zgodnie z decyzją ustawodawczą może być objęty ochroną patentową jako przedmiot patentu. W rezultacie tych ustaleń niejednokrotnie definicja wynalazku opatentowanego różni się od definicji przedmiotu, którego ochrony patentowej pierwotnie domagał się wnioskodawca. Takie sytuacje powstają, gdy okazuje się, że przedmiot zdefiniowany w zastrzeżeniach patentowych przez wnioskodawcę wykracza poza zakres, jaki w świetle ustawowych wymagań może być przedmiotem patentu, ale w ramach przedmiotu wskazanego przez wnioskodawcę mieści się rozwiązanie spełniające te wymagania.

Po udzieleniu patentu zmienia się cel i istota ustaleń dotyczących zakresu ochrony patentowej, a w konsekwencji i ich podstawa. Nie chodzi już bowiem o odpowiedź na pytanie, w jakim zakresie, a więc i na jaki przedmiot, ochrona taka – na gruncie obowiązującego prawa – może być udzielona na podstawie konkretnego zgłoszenia patentowego, ale o stwierdzenie zakresu monopolu ustanowionego decyzją patentową. Takie ustalenia dokonywane są przede wszystkim na potrzeby postępowania o naruszenie patentu, gdy należy stwierdzić, czy konkretne zachowanie dotyczące konkretnych przedmiotów stanowi wkroczenie w obszar monopolu patentowego, czy też pozostaje poza jego granicami. Chociaż zgodnie z niekwestionowaną zasadą współczesnych systemów patentowych treścią patentu jest wyłączność korzystania w sposób zawodowy lub zarobkowy z wynalazku opatentowanego, to przywołanie definicji wynalazku zawartej w decyzji patentowej nie jest wystarczające dla jednoznacznego określenia zakresu przedmiotowego tej wyłączności. Granice wyłączności przysługującej uprawnionemu w znacznym bowiem stopniu zależą od przyjętych reguł interpretacji zastrzeżeń patentowych⁹, czyli identyfikacji desygnatów tej definicji, a ponadto od tego, czy na gruncie obowiązującego prawa za korzystanie z wynalazku uznaje się tylko zachowania dotyczące przedmiotu zdefiniowanego w zastrzeżeniach patentowych, czy także zachowania dotyczące innych przedmiotów.

Celem artykułu jest przedstawienie wybranych zagadnień dotyczących zakresu ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych i zasygnalizowanie problemów i kontrowersji, jakie powstają na ich tle. Z uwagi na obszerność i różnorodność tej materii, wynikającą m.in. z mnogości podmiotów zaangażowanych w proces wyznaczania zakresu ochrony patentowej i wykorzystywanych w nim instrumentów prawnych, ograniczono się tylko do wybranych aspektów tego zagadnienia. Kierując się chronologią zdarzeń związanych z wyznaczeniem zakresu ochrony patentowej konkretnych rozwiązań, najpierw przedstawiono zagadnienia związane z identyfikacją przedmiotu patentu w postępowaniu patentowym (cz. II). W rozważaniach skoncentrowano się na ustaleniach dotyczących

⁹ Szerzej na temat zróżnicowanych sposobów interpretacji zastrzeżeń patentowych i ich wpływu na zakres ochrony patentowej m.in. L. Westerlund, *Equivalence and exclusion under European and US patent Law*, Kluwer Law Internationale, The Hague–London–New York 2002.

ochrony patentowej tylko takich rozwiązań, których przynależność do kategorii wynalazków (podobnie jak i ich zgodność z przesłankami patentowalności) jest bezsporna. Pominięto więc obszerną problematykę kwalifikacji prawnopatentowej osiągnięć biotechnologicznych – ich przynależności do kategorii wynalazków, nowości, poziomu wynalazczego i przydatności do przemysłowego stosowania – ograniczając się do zagadnień związanych z wymaganiem dostatecznego ujawnienia wynalazku, wpływu zróżnicowanej jego interpretacji na określenie przedmiotu patentu. Dalsze części artykułu poświęcone są zagadnieniom związanym z ustalaniem zakresu wyłączności w związku z udzielonym już patentem. W części III przedstawiono problemy wynikające z kontrowersji wokół zakresu ochrony, jaki winien wynikać z patentu na wynalazek, którego przedmiotem jest materiał biologiczny *per se*. Spór co do tego, czy ochrona taka winna mieć charakter absolutny czy funkcjonalny, jest konsekwencją specyfiki materiału biologicznego, jako produktu, którego właściwości i funkcje poznawane są przez ludzi stopniowo, oraz specyfiki biotechnologii, jako dziedziny nauki i gospodarki wymagającej szczególnie wysokich nakładów. Druga grupa problemów ma swoje źródło również w specyfice materiału biologicznego, lecz polegającej na tym, że jego namnażanie nie wymaga stosowania środków technicznych, może bowiem dokonywać się metodami biologicznymi także bez udziału człowieka. Przedstawiono je w części IV na tle ustalonej w Dyrektywie szczególnej regulacji prawnej wyznaczania zakresu ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych. Analiza przedstawionych wątpliwości i kontrowersji stanowi podstawę wniosków co do niedostatków obecnie obowiązującego prawa patentowego, a także kierunków i rodzaju działań, które dla ich usunięcia wydają się pożądane.

W artykule skoncentrowano się na zjawiskach i problemach obserwowanych w państwach europejskich, a zwłaszcza w państwach członkowskich Unii Europejskiej. Dlatego podstawę prawną rozważań stanowi Konwencja o udzielaniu patentu europejskiego (EKP)¹⁰, a także dyrektywa 98/44 w sprawie prawnej ochrony wynalazków biotechnologicznych (Dyrektywa)¹¹. Są to bowiem akty prawne, które nie tylko odzwierciedlają wspólne tym państwom standardy prawnopatentowe, ale także tworzą obowiązujące standardy w tej materii. Regulacje prawne państw-stron EKP (a więc i wszystkich państw UE) dotyczące kryteriów prawnopatentowej kwalifikacji przedmiotu zgłoszenia patentowego i identyfikacji przedmiotu patentu wzorowane są bowiem na postanowieniach EKP. A sposób interpretacji wymagania dostatecznego ujawnienia wynalazku przez EUP ma istotny wpływ na dostępność ochrony patentowej na terytorium tych państw. Chociaż zgodnie z postanowieniami EKP zakres ochrony wynikającej z udzielenia patentu europejskiego wyznaczany jest na podstawie prawa krajowego, to i ta materia została w pewnym zakresie unormowana w EKP. Ustalono w niej

¹⁰ Konwencja o udzielaniu patentów europejskich z 1973 r. (European Patent Convention) – Polska jest stroną tej konwencji od 2004 r. tekst polski Dz.U. Nr 79, poz. 773.

¹¹ Directive 98/44 of the European Parliament and of the Council on the legal protection of biotechnological inventions, OJ 1998 L 213/13.

bowiem zarówno ogólne reguły wyznaczania zakresu ochrony patentowej na wynalazki dotyczące sposobu¹², jak też sposób interpretacji zastrzeżeń patentowych, czyli wyznaczania na podstawie konkretnej decyzji patentowej zakresu wyłączności przysługującej uprawnionemu¹³. Podkreślić przy tym należy, że zawarte w EKP unormowanie ma charakter ogólny, a więc odnosi się do wynalazków ze wszystkich dziedzin. Tylko wynalazków biotechnologicznych dotyczą natomiast postanowienia Dyrektywy, w której unormowano niektóre zagadnienia mające wpływ na wyznaczanie zakresu ochrony patentowej zarówno w toku postępowania patentowego, jak i po wydaniu decyzji patentowej. Na podstawie analizy postanowień EKP oraz Dyrektywy, a także ich interpretacji przez Europejski Urząd Patentowy (EUP), można więc spróbować wyciągnąć wnioski co do tendencji dominujących na terytorium UE, jakkolwiek oczywiście takim wnioskom powinna towarzyszyć świadomość zakresu dopuszczalnych prawnie, jak też faktycznie możliwych odmienności ustawodawstwa i polityki patentowej poszczególnych państw członkowskich.

II. PRZEDMIOT UJAWNIEŃ JAKO PODSTAWA IDENTYFIKACJI WYNALAZKU STANOWIĄCEGO PRZEDMIOT PATENTU

Obowiązek dostatecznego ujawnienia wynalazku znajduje odzwierciedlenie zarówno w EKP, jak i w krajowych ustawach patentowych państw UE. Europejskie zgłoszenie patentowe winno ujawniać wynalazek w sposób jasny i zupełny, tak by specjalista z danej dziedziny mógł ten wynalazek zrealizować (art. 83 EKP), a zarzut niedostatecznego ujawnienia jest, zgodnie z art. 138 (b) EKP jedną z podstaw unieważnienia patentu. Wobec tego, że patent może być udzielony jedynie na taki wynalazek, którego przedmiot nie wykracza poza przedmiot dostatecznego ujawnienia¹⁴, uprawnione jest stwierdzenie, że zakres ujawnienia decyduje o tym, w jakim zakresie wynalazek stanowiący przedmiot zgłoszenia patentowego i spełniający przesłanki zdolności patentowej stanie się przedmiotem patentu.

Za dostateczne uznaje się takie ujawnienie, które zawiera wszystkie elementy niezbędne do zastosowania opatentowanego wynalazku w praktyce, a więc pozwala znawcy zrealizować wynalazek bez nadmiernego wysiłku (*undue burden*) i z pewnością powtarzalnego uzyskania sukcesu, czyli zamierzonego rezultatu¹⁵. A wobec tego, że w myśl reguły powszechnej we współczesnym prawie patentowym, wynalazek stanowiący przedmiot patentu definiowany jest w zastrzeżeniach patentowych (art. 84 EKP), to właśnie objęty nimi przedmiot winien być we wniosku patentowym ujawniony w sposób dostateczny. Konsekwencją takiego wyma-

¹² Zgodnie z art. 64 EKP, jeżeli przedmiot patentu europejskiego dotyczy sposobu wytwarzania, ochrona przyznana patentem rozciąga się na produkty uzyskane bezpośrednio tym sposobem.

¹³ Art. 69 EKP stanowi, że zakres ochrony przyznany patentem europejskim określa treść zastrzeżeń patentowych. W Protokole do tego artykułu określono sposób ich interpretacji, w tym rolę opisu i rysunków.

¹⁴ Tak wyrażnie np. w decyzji T 939/92; T 409/91

¹⁵ Zasada 27. e. Regulaminu Wykonawczego do EKP oraz Wytoczne EUP pkt 4.9.

gania może być więc sytuacja, w której mimo że rozwiązanie scharakteryzowane w zastrzeżeniach patentowych sformułowanych przez ubiegającego się o patent spełnia wszystkie przesłanki patentowalności (jest nowe, prezentuje poziom wynalazczy i nadaje się do przemysłowego stosowania, a przy tym nie należy do wynalazków, których patentowanie jest normatywnie wykluczone), to przedmiot patentu określony w decyzji będzie węższy aniżeli zdefiniowany we wniosku.

Wymaganie dostatecznego ujawnienia wynalazku pojmowane w sposób przedstawiony powyżej odzwierciedla założenia i funkcje systemu ochrony patentowej. Monopol patentowy traktowany jest bowiem w myśl teorii przywoływanych dla jego uzasadnienia jako słuszna i należąca kompensata za wzbogacenie zasobów rozwiązań technicznych dostępnych przeciętnym znawcom, a uzyskanie takiego rezultatu wymaga nie tylko stworzenia wynalazku, ale i jego ujawnienia¹⁶. Dostateczne ujawnienie wynalazku zdawać się może też w pełni zgodne z interesem ubiegającego się o patent. Warunkuje ono bowiem możliwość uzyskania ochrony patentowej w żądanym przez niego zakresie¹⁷. Co więcej, spełnienie tego wymagania nie powinno nastręczać mu żadnych trudności.

Wynalazek, w myśl niekwestionowanych poglądów doktryny i orzecznictwa, jest instrukcją (regułą) działania zapewniającego powtarzalne uzyskiwanie zamierzonego rezultatu technicznego, a więc rozwiązaniem określonego problemu technicznego. Dostateczne ujawnienie wynalazku jest więc swego rodzaju potwierdzeniem spełnienia podstawowej przesłanki uzyskania monopolu patentowego, czyli dokonania wynalazku. Jeśli natomiast ubiegający się o patent nie ma wiedzy wystarczającej do przedstawienia wszystkich informacji niezbędnych do powtarzalnej realizacji wynalazku, oznacza to, że wynalazek pojmowany jako powtarzalne i zupełne rozwiązanie techniczne nie został dokonany, a zatem żądanie udzielenia patentu jest bezprzedmiotowe.

Chociaż wymaganie dostatecznego ujawnienia wynalazku powszechnie uznawane jest za bezsporne, a ponadto w pełni zasadne, to sposób jego pojmowania budzi liczne wątpliwości i kontrowersje. Ich trzon stanowi pytanie: czy ujawnienie wynalazku winno umożliwiać realizację wszystkich wariantów rozwiązań mieszczących się w obszarze zastrzegającym, czy też zastrzeżenia mogą obejmować warianty rozwiązania pozostające poza zakresem ujawnienia. Spór ten szczególnie wyraźnie rysuje się w kontekście wynalazków biotechnologicznych. Wynika to z ich specyfiki, gdyż wiele wynalazków nowoczesnej biotechnologii, ze swej istoty

¹⁶ Taki pogląd, a w konsekwencji i wymaganie dostatecznego ujawnienia znajduje uzasadnienie na gruncie wszystkich teorii przywoływanych jako podstawa systemu ochrony patentowej – szeroko teorie te przedstawia S. Bostyn, *Enabling biotechnological inventions in Europe and the United States. A study of the patentability of proteins and DNA sequences with special emphasis on the disclosure requirement*, European Patent Office 2001, s. 32–41. W ten sposób cel tego wymagania wyjaśniano też w licznych decyzjach i orzeczeniach organów patentowych, np. „Typ II – Restriktionsendonuklease”, 16 W (pat) 64/88, 18.04.1991, BpatGe 32, 174 – za B. Hansen, F. Hirsch, *Protecting inventions in chemistry*, Wiley – VCH, Weinheim 1997, s. 67; równie wyraźnie w decyzji EUP T 169/83 Wallelement/Vereinigte Metallwerke.

¹⁷ Stwierdzenie powyższe nie wyklucza jednak świadomości i tego, że w pewnych sytuacjach zaniechanie dostatecznego ujawnienia może być traktowane przez ubiegającego się o patent jako dodatkowe zabezpieczenie przed działaniami naruszającymi jego prawo.

i zgodnie z założeniem twórcy, to rozwiązania przewidziane do realizacji na różnorodnym materiale biologicznym. A zatem, czy w przypadku takiego wynalazku dla uznania dostateczności ujawnienia niezbędne jest przedstawienie instrukcji wykonania każdego wariantu wynalazku, czy też wystarczy przedstawienie sposobu realizacji wynalazku na jednym tylko z rodzajów materiału biologicznego. Przykładem mogą być kontrowersje wokół interpretacji wymagania dostatecznego ujawnienia, jakie powstały w kontekście wynalazku znanego pod nazwą *Myszy harwardzkiej*. Spór dotyczył tego, czy ujawnienie dokonane na przykładzie myszy jest dostateczne, jeśli wniosek dotyczył rozwiązania polegającego na modyfikacji genetycznej ssaków (z wyjątkiem ludzi) powodującej zwiększoną podatność na choroby nowotworowe, a więc zarówno sposobu takiej modyfikacji, jak i produktów w niej wykorzystanych oraz zmodyfikowanych organizmów¹⁸.

Wątpliwości i kontrowersje budzi także wymagany zakres ujawnienia, gdy redakcja zastrzeżeń patentowych uniemożliwia ustalenie zamkniętego katalogu wszystkich desygnatów definicji wynalazku. Taka sytuacja pojawia się np. na tle zastrzeżeń o konstrukcji tzw. funkcjonalnej, a więc np.: „sekwencja DNA, kodująca w komórce gospodarza białko X” lub też „sekwencja DNA, której ekspresja powoduje w gospodarzu określone właściwości”, czy: „białko powodujące określone właściwości organizmu gospodarza” lub „mikroorganizmy (np. określonego gatunku) mające wskazaną w zastrzeżeniu właściwość”.

Ograniczona wiedza na temat procesów zachodzących w organizmach żywych, a także właściwości oraz funkcji ich poszczególnych elementów sprawia, że nie można przewidzieć, czy takiej funkcjonalnej charakterystyce wynalazku, jak też charakterystyce, która ogranicza się do wybranych właściwości, odpowiadają tylko rozwiązania mieszczące się w zakresie koncepcji wynalazczej (pomysłu) stanowiącej podstawę danego wniosku patentowego, czy też i takie, które są całkowicie odmiennymi i niezależnymi wytworami intelektu ludzkiego, tyle tylko, że służą uzyskiwaniu takiego samego rezultatu. Należy bowiem brać pod uwagę, że funkcjonalnej charakterystyce wynalazku dotyczącego produktu odpowiadać mogą produkty będące materializacją rozwiązania różniącego się od wynalazku stanowiącego przedmiot zgłoszenia (elementami struktury fizycznej lub chemicznej, stopniem nasilenia pożądaných właściwości, itp., a także sposobem ich wytwarzania). Na przykład białko o określonej funkcji może być izolowane z komórek organizmu występującego samoistnie w naturze lub też wytwarzane metodami inżynierii genetycznej. W każdym z tych przypadków inna może być efektywność jego działania w organizmie (np. białko kodowane przez naturalną sekwencję DNA może mieć niższy poziom efektywności aniżeli tzw. białko drugiej generacji, tj. uzyskane

¹⁸ Wynalazek ten opatentowany został w 1988 r. w USA. Natomiast patent europejski No EP 0169672 udzielony został w 1992 r. – szerzej w dalszej części poświęconej interpretacji wymagania dostatecznego ujawnienia. Postępowanie sprzeciwowe i odwoławcze prowadzone zarówno przed tą decyzją, jak i po jej udzieleniu doprowadziło w 2004 r. do decyzji nakazującej utrzymanie udzielonego patentu na podstawie zmienionych w toku postępowania zastrzeżeń patentowych, tak by obejmowały jedynie transgeniczne myszy (T 315/03). Stanowisko w kwestii dostatecznego ujawnienia wynalazku zdefiniowanego przez wnioskodawcę w zgłoszeniu patentowym, prezentowane w EUP ulegało zmianie w toku postępowania.

jako rezultat ekspresji sztucznie wytworzonej sekwencji DNA. Funkcjonalna charakterystyka białka pozwala objąć wszystkie jego warianty zastrzeżeniem.

W takich sytuacjach, gdy wątpliwa jest nawet możliwość odpowiedzi na pytanie, czy ujawnienie wynalazku obejmuje wszystkie jego warianty, trudno zidentyfikować obszar zastrzegany pozostający poza zakresem ujawnienia i określić relacje zachodzące między tą częścią obszaru zastrzeganego, która jest ujawniona, a tą nieujawnioną. A zatem przyjęcie, że ujawnienie wynalazku winno obejmować każdy z wariantów jego realizacji, znacząco ograniczałoby możliwość posługiwania się zastrzeżeniami, których przykłady przedstawiono wyżej, w tym zwłaszcza zastrzeżeniami funkcjonalnymi.

Z punktu widzenia ubiegającego się o patent oczywiście dogodniejsza jest interpretacja liberalna, tj. uznanie, iż dla spełnienia wymagania dostateczności ujawnienia wystarczy przedstawienie jednego tylko spośród objętych zastrzeżeniem sposobów realizacji wynalazku. Zwolnienie ubiegającego się o patent od konieczności poprzedzenia zgłoszenia patentowego dopracowaniem wszystkich wariantów zdefiniowanego w zastrzeżeniach wynalazku pozwala na uzyskanie monopolu patentowego, którego przedmiot jest szerszy aniżeli wkład w stan techniki, pojmowany jako rzeczywiste wzbogacenie go o gotowe rozwiązanie techniczne. Takie podejście zmniejsza nakład pracy i czas potrzebne do uzyskania ochrony patentowej w stosunku do tych, jakie byłyby niezbędne, gdyby wymaganie dostateczności ujawnienia pojmowano rygorystycznie. Pozwala ono ponadto na ustalenie jednoznacznych i wyraźnych kryteriów oceny zgodności zgłoszenia patentowego z wymaganiem dostatecznego ujawnienia w obu przedstawionych wyżej sytuacjach budzących wątpliwości.

Tendencje do liberalnej interpretacji wymagania dostatecznego ujawnienia wynalazku spotykają się jednak z krytyką. Podnosi się w szczególności, iż taka interpretacja prowadzi do nieuzasadnionego i sprzecznego z celem oraz funkcją systemów ochrony patentowej uprzywilejowania interesów indywidualnych kosztem interesu ogólnego. Dla utrzymania niezbędnej równowagi postuluje się więc rygorystyczne przestrzeganie zasady niedopuszczalności obejmowania zastrzeżeniami patentowymi rozwiązań, których pełna instrukcja realizacji nie została we wniosku patentowym ujawniona.

Ścieranie się tych poglądów znajduje odzwierciedlenie w zróżnicowaniu stanowisk prezentowanych zarówno w literaturze przedmiotu, jak i w polityce organów patentowych.

Przywołać więc można z jednej strony decyzje, w których za dostateczne uznano ujawnienie niepozostawiające wątpliwości co do tego, że nie obejmuje ono realizacji wszystkich wariantów wynalazku objętych zastrzeżeniem¹⁹. Na dru-

¹⁹ Tak np. w decyzji Komisji Odwoławczej T 361/87. Tłem decyzji była sytuacja, gdy niektóre szczególnie efektywne linie mikroorganizmów z klasy objętej zastrzeżeniem były niedostępne, a więc oczywiście niemożliwa była realizacja pewnych wariantów wynalazku. Takie samo stanowisko w kontekście rozwiązań dotyczących mikroorganizmów wyrażono m.in. w decyzji T 48/85. Podobny pogląd wyrażano także w odniesieniu do innych wynalazków, w tym np. takich, których przedmiotem były sekwencje DNA, sposoby ich ekspresji w obcych organizmach, a także stanowiące ich rezultat produkty – np. decyzje T 128/92 i T 292/85.

gim skrzydle usytuować można decyzje, których podstawę stanowi pojmowanie wymagania dostatecznego ujawnienia wynalazku jako świadectwa rzeczywistego rozwiązania problemu technicznego (dokonania wynalazku) i wkładu w stan techniki, a zatem i podstawy identyfikacji przedmiotu patentu, który to przedmiot winien odpowiadać temu, co zostało ujawnione jako rozwiązanie gotowe do zastosowania. Taki pogląd znalazł np. odzwierciedlenie w decyzji Wydziału Badawczego EUP w przywołanej wyżej sprawie europejskiego zgłoszenia patentowego dotyczącego wynalazku znanego pod nazwą Myszy harwardzkiej²⁰. Wydział Badawczy EUP odmówił udzielenia patentu na wynalazek zdefiniowany jako rozwiązanie dotyczące ssaków w ogóle (zmodyfikowanych genetycznie w sposób wskazany w zgłoszeniu), podnosząc m.in., że nie zostało spełnione wymaganie przewidziane w art. 83 EKP, gdyż ujawnienie obejmuje jedynie modyfikację genetyczną myszy. Podobne stanowisko zajął Wydział Badawczy EUP w przypadku wynalazku, który dotyczył zrekombinowanych za pomocą obcych sekwencji DNA plazmidów, zdefiniowanych jako umożliwiające ekspresję w bakteriach określonego rodzaju polipeptydów²¹. Udzielenie patentu na podstawie takich funkcjonalnych zastrzeżeń patentowych Wydział Badawczy uznał za niedopuszczalne, odnosząc przy tym tę opinię nie tylko do rozpatrywanego wniosku, ale do wszelkich rozwiązań powstających jako rezultat inżynierii genetycznej. Funkcjonalna konstrukcja zastrzeżeń, w myśl wyrażonego w decyzji poglądu, wyklucza bowiem możliwość ustalenia zgodności przedmiotu ujawnienia z przedmiotem patentu, a więc oceny zgłoszenia przez pryzmat wymagania dostatecznego ujawnienia wynalazku. W przypadku tego rodzaju wynalazków, jak podkreślono w decyzji, zastrzeżenia funkcjonalne obejmują bowiem nie tylko ujawnione we wniosku patentowym sposoby osiągnięcia zamierzonego rezultatu, a więc takie, w których w szczególności zastosowanie znajdują ujawnione produkty (plazmidy, sekwencje DNA, bakterie), ale także i takie, które mogą powstać w przyszłości np. w wyniku dokonania nowych wynalazków.

Stanowisko Wydziałów Badawczych nie zostało jednak zaakceptowane przez Komisje Odwoławcze EUP. W obu przywołanych wyżej sprawach uznały one dostateczność ujawnienia²². U podłoża decyzji Komisji Odwoławczych leży upowszechniający się w odniesieniu do wynalazków biotechnologicznych pogląd, iż dla uznania dostateczności ujawnienia wystarczy przedstawienie jednego sposobu realizacji wynalazku, jeśli tylko ze stanu techniki nie wynikają poważne wątpliwości co do możliwości realizacji wynalazku w całym zastrzeganym obszarze na podstawie dokonanego ujawnienia²³. Skuteczne zakwestionowanie dostateczności ujawnienia wymaga więc, na gruncie tego stanowiska, wykazania, że taka

²⁰ Zob. wyżej przyp. 18. Odwołanie od tej decyzji Wydziału Badawczego stało się podstawą decyzji T 19/90.

²¹ Odwołanie od tej decyzji Wydziału Badawczego stało się podstawą decyzji T 282/95.

²² W obu sprawach (T 19/90 i T 282/95) Komisje Odwoławcze uznały zasadność ekstrapolacji wyników w ujawnionym wariantcie wynalazku na cały zastrzegany obszar.

²³ W ten sposób także np. w decyzji w sprawie T 386/94 – ujawniono sposób ekspresji określonego białka (preprochymosin i chymosin) w bakteriach *E.coli*, a ujawnienie to uznano za dostateczne dla wynalazku zdefiniowanego jako ekspresja tego białka w mikroorganizmach w ogóle.

ekstrapolacja jest oczywiście nieuprawniona lub budzi poważne wątpliwości²⁴. Dopuszczono więc uczynienie przedmiotem patentu także i takich rozwiązań, co do których nie ma pewności, czy są objęte ujawnieniem.

Wyrażony w tych decyzjach pogląd, jakkolwiek bardziej liberalny aniżeli prezentowany w przywołanych wyżej sprawach przez Wydział Badawczy, jest bardziej rygorystyczny niż pogląd również znajdujący odzwierciedlenie w decyzjach EUP, zgodnie z którym nawet oczywista niemożliwość realizacji niektórych wariantów zastrzeganego wynalazku nie wyklucza możliwości uznania ujawnienia za dostateczne²⁵.

W ostatnich latach obserwować można rysującą się tendencję do dalszego zwiększenia rygoryzmu w tej materii. Jego przejawem jest np. decyzja Komisji Odwoławczej z 2004 r. ograniczająca przedmiot patentu na Mysz harwardzką do rozwiązań polegających na genetycznej modyfikacji myszy – uznano bowiem, że tylko taki przedmiot patentu jest uzasadniony wobec zakresu ujawnienia²⁶.

Odnosząc takie pojmowanie wymagania dostatecznego ujawnienia do wynalazków charakteryzowanych zastrzeżeniami funkcjonalnymi, za niedopuszczalne uznaje się udzielenie patentu skutkującego monopolizacją korzystania z produktów stanowiących materialne substraty rozwiązań innych aniżeli te, których realizację ujawniono. Pogląd taki legł u podłoża m.in. decyzji odmawiającej udzielenia patentu na podstawie zastrzeżenia funkcjonalnego charakteryzującego wynalazek jako szczep bakterii o określonych właściwościach w sytuacji, gdy ujawnienie – w postaci depozytu – obejmowało jedynie konkretny odpowiadający im szczep bakterii²⁷. W uzasadnieniu wyjaśniono, że zastrzeżenie takie obejmuje nie tylko bakterie pochodzące od organizmów zdeponowanych, ale także i wszelkie inne bakterie tego gatunku mające takie cechy jak organizmy zdeponowane, a zatem i takie bakterie, których istnienie i dostępność dla przemysłowego stosowania nie pozostają w żadnym związku z wkładem w stan techniki wniesionym przez ubiegającego się o patent. Udzielenie takiego patentu uznano za sprzeczne z wymaganiem dostatecznego ujawnienia.

Ten rygorystyczny kierunek w polityce patentowej zasługuje na akceptację. Jest on bowiem nie tylko zgodny z literą prawa, ale znajduje także uzasadnienie w koncepcji patentu jako słusznej i odpowiedniej kompensaty (nagroda lub wynagrodzenie) za wzbogacenie stanu techniki służące pożytkowi ogólnemu. Zgodność przedmiotu monopolu z przedmiotem ujawnienia sprawia bowiem, że

²⁴ Nie uznaje się więc za dostateczne ujawnienie jednego wariantu, jeśli bezsporne jest, że jego zastosowanie w odniesieniu do innych objętych zastrzeżeniem wariantów nie może przynieść zamierzonego rezultatu – np. decyzja T 418/89. Wynalazek dotyczył przeciwciał monoklonalnych i sposobu ich wytwarzania. Jednym z elementów ujawnienia było zdeponowanie szczepu bakterii wytwarzających przeciwciała. Komisja Odwoławcza uznała ujawnienia za niedostateczne, wskazując, że cechy przeciwciał monoklonalnych wytwarzanych przez zdeponowane bakterie różnią się od wskazanych w zastrzeżeniu. Aby wątpliwości co do zasadności ekstrapolacji wariantu ujawnionego na cały obszar zastrzegany uzasadniały zarzut niedostatecznego ujawnienia, winny znajdować podstawę w znanych faktach.

²⁵ Zob. wyżej decyzja T 361/87 (przyp. 19).

²⁶ T 315/03.

²⁷ T 727/95. Cellulose/Wegershaeuser.

konkurencja wyłączona jest tylko w zakresie odpowiadającym wkładowi wynalazcy w stan techniki. A zatem szkodliwe z punktu widzenia interesu ogólnego konsekwencje ograniczenia konkurencyjności, stanowiącej jeden z bezspornych filarów gospodarki rynkowej, równoważone są korzyściami płynącymi ze wzbogacenia zasobu rozwiązań technicznych dostępnych przeciętnym znawcom. Tego rodzaju mechanizmy kompensacji skutków ograniczenia swobody konkurencji znacznie słabiej występują w przypadku liberalnej interpretacji wymagania ujawnienia wynalazku. Dotyczy to nie tylko interpretacji dopuszczającej, by przedmiot patentu obejmował warianty wynalazku, o których wiadomo, że ujawnienie przedstawione we wniosku patentowym nie jest wystarczające dla ich realizacji. Stwierdzenie to jest uzasadnione także, jeśli dla uznania dostateczności ujawnienia wystarczy, by nie powstawały wątpliwości, czy możliwa jest jego realizacja na podstawie przedstawionego ujawnienia. Podkreślić bowiem należy, że brak wątpliwości wynikać może nie tylko stąd, że dostępne, czyli zawarte w stanie techniki, informacje uzasadniają przekonanie o tym, że ujawniona instrukcja odpowiada obszarowi żądanej ochrony, ale także i stąd, że niedostatek lub wręcz brak wiedzy w danej dziedzinie nie daje podstaw do jakichkolwiek przewidywań. Taka sytuacja szczególnie prawdopodobna jest w przypadku tzw. wynalazków pionierskich, czyli otwierających nowy obszar dla ludzkiej aktywności. Akceptacja więc takiej interpretacji wymagania dostatecznego ujawnienia, opierającej się na braku wątpliwości, umożliwia uzyskanie monopolu na rozwiązania niebędące wynalazkami, tzn. takie, które nie spełniają wymagania zupełności i powtarzalności, a ich dopracowanie wymaga dalszych badań, eksperymentów, a nawet dalszej aktywności wynalazczej. Dla uprawnionego z patentu jest to oczywiście interpretacja dogodna, bo uwolniony zostaje od obawy, że w toku badań zostanie wyprzedzony przez konkurentów. Jest to szczególnie cenne w niezłej obecnie sytuacji wyścigu po patent, tj. gdy nad podobnym lub tym samym problemem pracuje wiele konkurujących ze sobą zespołów badawczych, a przy tym także sposoby, jakimi starają się dany problem rozwiązać, wykazują daleko idące podobieństwo. Poważne wątpliwości natomiast budzi to, czy właśnie w takich okolicznościach tego rodzaju interpretacja wymagania ujawnienia wynalazku, której jednym ze skutków jest monopolizacja obszarów badawczych, a nie tylko dokonanych i ujawnionych rozwiązań, korzystna jest z punktu widzenia pożytku ogólnego, a w szczególności, czy rzeczywiście służy rozwojowi nauki i postępowi technicznemu.

Powyższe skłania do wniosku, że reguła zgodności przedmiotu ujawnienia i przedmiotu patentu winna być rygorystycznie respektowana. Jej naruszenie może bowiem wywoływać rezultat przeciwny do tego, jakiemu służyć ma system ochrony patentowej.

Spojrzenie przez pryzmat takiego założenia na przedstawione wyżej kontrowersje wokół wymagania ujawnienia wynalazku pozwala wskazać reguły ich rozstrzygnięcia, które znajdują uzasadnienie zarówno w literalnej, jak i funkcjonalnej wykładni obowiązujących przepisów. W sytuacji gdy różne warianty wynalazku objętego zastrzeżeniem tworzą zbiór zamknięty, którego elementy można

zidentyfikować (jak w przypadku wynalazku Myszy harwardzkiej), o dostateczności ujawnienia przez przedstawienie jednego tylko wariantu realizacji winno świadczyć to, czy ten jeden wariant (ujawniony) odzwierciedla zasadę mającą zastosowanie w całym zastrzeganym obszarze. Innymi słowy, ujawnienie takie jest dostateczne, jeśli ubiegający się o patent co najmniej uprawdopodobni tezę, iż ujawnienie ma zastosowanie do wszystkich wariantów wynalazku. W przypadku Myszy harwardzkiej byłoby to np. wykazanie podstaw uzasadniających ekstrapolację rezultatu uzyskanego w odniesieniu do myszy także na inne gryzonie lub nawet wszystkie ssaki. A zatem podstawą oceny dostateczności ujawnienia winna być przesłanka pozytywna, a nie – jak to przyjmowano w niektórych decyzjach EUP²⁸ – przesłanka negatywna w postaci braku poważnych wątpliwości co do możliwości realizacji wynalazku poza obszarem, którego dotyczy ujawnienie. Akceptacja takiego poglądu nie wyklucza więc dopuszczalności uznania za ujawnienie dostateczne ujawnienia jednego tylko spośród wariantów wynalazku objętego zastrzeżeniem. Możliwość taką ogranicza jednak do wynalazków opierających się na ujawnionej zasadzie (regule) mającej zastosowanie ogólne, tj. w całym obszarze zastrzeganym. Wyklucza się natomiast możliwość takiej kwalifikacji ujawnienia jednego wariantu wynalazku, gdy przedstawiona instrukcja nie jest dostateczna dla wykonania innych wariantów objętych zastrzeżeniem. Jeśli natomiast niemożliwe jest stwierdzenie, czy ujawnienie obejmuje wszystkie warianty wynalazku mieszczące się w zastrzeganym obszarze, gdyż nie są one znane, przedmiot patentu nie powinien wykraczać poza przedmiot ujawnienia.

Należy zaznaczyć, że takie reguły identyfikacji przedmiotu patentu w postępowaniu patentowym, oparte na rygorystycznej interpretacji wymagania dostateczności ujawnienia wynalazku, nie są niczym nowym w polityce organów patentowych, w tym i w polityce EUP²⁹. Nie miały one jednak i nie mają dotychczas rangi jedynie prawidłowych. Wydaje się natomiast, że takie ich traktowanie jest w pełni uzasadnione z uwagi na zagrożenia, jakie dla rozwoju nauki i postępu technicznego stwarzać może ustanawianie monopolu wykraczającego poza obszar ujawnienia.

²⁸ Zob. wyżej przyp. 24.

²⁹ Np. w decyzji T 187/93 zakwestionowano dostateczność ujawnienia, powołując się na to, że nie została we wniosku przedstawiona żadna zasada ogólna, która uzasadniałaby ekstrapolację wyników uzyskanych w odniesieniu do produkcji określonego rodzaju polipeptydów pochodzenia wirusowego w odniesieniu do innych polipeptydów pochodzących z innych wirusów. Stwierdzenie to było podstawą wniosku, że znawca, próbując uzyskać ten sam efekt poza przypadkiem opisanym jako przykład, musiałby liczyć się z nadmiernym wysiłkiem (*undue burden*), gdyż rezultat podejmowanych działań byłby nieprzewidywalny. Podobne stanowisko w decyzjach T 409/91, a także T 222/85, T 727/97, T 923/92.

III. ZAKRES OCHRONY WYNIKAJĄCEJ Z PATENTU NA WYNALAZEK BIOTECHNOLOGICZNY DOTYCZĄCY PRODUKTU – OCHRONA ABSOLUTNA CZY OGRANICZONA WSKAZANYM ZASTOSOWANIEM WYNALAZKU?

Do najbardziej kontrowersyjnych zagadnień dotyczących ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych należy odpowiedź na pytanie, jaki powinien być zakres ochrony w przypadku wynalazków, których przedmiotem jest produkt. Spór dotyczy tego, czy materiał biologiczny będący przedmiotem opatentowanego wynalazku winien być objęty tzw. ochroną absolutną czy ochroną funkcjonalnie ograniczoną. Przyjęcie wariantu pierwszego oznaczałoby, że bez zgody uprawnionego z patentu na wynalazek, którego przedmiotem jest materiał biologiczny *per se*, nikt nie może korzystać w sposób zawodowy lub zarobkowy z takiego materiału biologicznego, i to nawet, jeśli odkrył takie jego właściwości i wskazał wynikające z nich zastosowanie, jakich uprawniony z patentu nie znał i nie przewidywał. Ochrona funkcjonalnie ograniczona oznacza natomiast, że monopol patentowy obejmuje jedynie sposób zastosowania (przeznaczenie) wskazany i ujawniony we wniosku patentowym.

W świetle postanowień Dyrektywy, a także na gruncie prawa patentu europejskiego, bezsporne jest, że przedmiotem wynalazku biotechnologicznego dotyczącego produktu może być materiał biologiczny, i to zarówno taki, który jest materializacją wytworu intelektu ludzkiego, jak też i taki, który przez człowieka został ze środowiska naturalnego jedynie wyizolowany³⁰.

Zdaniem niektórych, patent udzielony na podstawie zastrzeżenia dotyczącego materiału biologicznego *per se* winien skutkować ochroną absolutną produktu stanowiącego przedmiot wynalazku. Stanowisko takie, charakterystyczne dla zwolenników szerokiej ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych, opiera się, jak wspomniano wyżej, m.in. na założeniu, iż nie ma podstaw prawnych ani też uzasadnienia, aby wynalazki biotechnologiczne poddane były innemu reżimowi niż ten, jaki obowiązuje w odniesieniu do rozwiązań z innych dziedzin³¹. A wobec tego że ochrona absolutna produktu będącego przedmiotem opatentowanego wynalazku zaliczana jest do fundamentalnych zasad prawa patentowego, winna mieć zastosowanie także w przypadku wynalazków biotechnologicznych³². Tylko taki zakres monopolu, a zatem i absolutna ochrona produk-

³⁰ Zgodnie z Dyrektywą, której postanowienia implementowano na grunt prawa patentu europejskiego, wynalazek dotyczyć może materiału biologicznego (art. 3 ust. 1), w tym przedmiotem wynalazku może być zarówno materiał biologiczny wyizolowany ze swego naturalnego środowiska, jak też wyprodukowany przy użyciu środków technicznych, nawet jeśli poprzednio występował w naturze (art. 3 ust. 2). W szczególności przedmiotem wynalazku mogą być wyizolowane elementy ciała ludzkiego, w tym także sekwencje genów lub ich części (art. 5 ust. 2).

³¹ Tak np. S. Bostyn, *Patenting DNA sequences (polynucleotides) and scope of protection in the European Union. An evaluation*, European Communities 2004; A. Schrell, *Funktiongebundener Stoffschutz für biotechnologische Erfindungen?*, GRUR 2001, nr 9.

³² Taki zakres ochrony w przypadku wynalazków dotyczących produktów uznawany jest powszechnie za jedną z fundamentalnych zasad prawa patentowego. Tak np. w decyzji Rozszerzonej Komisji Odwoławczej w sprawie G 2/88, w której określono ją jako jedną z zasad fundamentalnych dla prawa patentu europejskiego. Oczywiście takiego zakresu ochrony na tle definicji normatywnych

tów stanowiących przedmiot wynalazku, stwarzać może bowiem, w myśl tego poglądu, motywację do podejmowania prac badawczych i inwestycji w tej dziedzinie. Ich wysoka kapitałochłonność, a także ryzyko niepowodzenia, jakim są one ze swej natury obciążone, powoduje bowiem, że węższy zakres wyłączności nie stwarza warunków, które można by uznać za sprzyjające zrekompensowaniu poniesionych nakładów. Specyfika wynalazków tego rodzaju, a zwłaszcza to, że z reguły istnieje wiele sposobów pozyskiwania i zastosowania materiału biologicznego określonego rodzaju, sprawia, ich zdaniem, że tylko ochrona absolutna rzeczywiście chronić może przed konkurencyjną działalnością, czyli zapewniać monopol właściwy systemom patentowym. Wyłączenie takiej ochrony w przypadku wynalazków dotyczących materiału biologicznego prowadziłoby więc do niweczenia ekonomicznej wartości patentu, a w konsekwencji do zniwelowania motywacyjnej funkcji systemu ochrony patentowej. A to byłoby sprzeczne nie tylko z interesem indywidualnym twórcy czy inwestora, ale także z interesem ogólnym.

Na dobro ogólne powołują się także przeciwnicy ochrony absolutnej materiału biologicznego, zdaniem których jest ona czynnikiem hamującym rozwój nauki i twórczości innowacyjnej, a przy tym stanowi przejaw nieuzasadnionego etycznie ani pragmatycznie poszerzenia zakresu praw wyłącznych³³. W uzasadnieniu tego stanowiska wykorzystywane są przywołane wyżej argumenty przeciwników szerokiego zakresu monopolu przysługującego uprawnionemu z patentu³⁴. Krytyczna ocena ochrony absolutnej materiału biologicznego staje się podstawą dla postulatów zastąpienia jej ochroną funkcjonalnie ograniczoną. Na gruncie takiej koncepcji patent udzielony np. na wynalazek, którego przedmiotem jest sekwencja DNA (czy białko), nie ograniczałaby swobody osób innych aniżeli uprawniony z patentu do korzystania z tych produktów w sposób inny aniżeli wskazany w decyzji patentowej³⁵. Przy takim zakresie ochrony otwarta dla osób trzecich jest więc nie tylko możliwość prowadzenia dalszych badań nad tym materiałem biologicznym, ale także i komercjalizacja uzyskanych rezultatów.

Zaznaczyć jednak należy, że zakres przedmiotowy postulatów wykluczenia ochrony absolutnej jest zróżnicowany. Najczęściej i najwyraźniej formułowane

patentu, jako prawa dającego wyłączność korzystania z wynalazku, sprawia zarazem, że nie jest on przedmiotem odrębnych przepisów w aktach prawnych regulujących zagadnienia ochrony patentowej. Nie zawiera jej w szczególności EKP ani też polska ustawa patentowa.

³³ W ten sposób np. U. Kinkeldey, *Recent developments in the protection of biotechnological inventions, including the scope of protection for patents on genes*, OJ EPO special edition 2003, nr 2; A.W. White, *Gene and compound/sequence claims: an appropriate reward?*, BSLR 2000/2001, nr 6.

³⁴ Chodzi zarówno o tych, którzy za sytuację optymalną uznają liczne patenty o wąskim zakresie wyłączności, jak też i tych, którzy postulują różnego rodzaju przedmiotowe ograniczenia dostępności ochrony patentowej, wynikające z oceny skutków monopolizacji różnych rozwiązań – zob. wyżej cz. I.

³⁵ W szczególności inny twórca mógłby uzyskać niezależny patent na tę samą sekwencję DNA (czy białko) mającą inne zastosowanie. Jest to więc sytuacja zasadniczo odmienna od tej, jaka powstaje na gruncie ochrony absolutnej, gdy w następstwie dokonania wynalazku polegającego na wskazaniu nowego zastosowania sekwencji DNA stanowiącej przedmiot patentu przysługującego innemu podmiotowi twórca tego nowego wynalazku może uzyskać patent, lecz będzie to patent zależny, co oznacza, że korzystanie z „nowego” wynalazku wymagać będzie uzyskania upoważnienia licencyjnego.

są one w odniesieniu do sekwencji DNA, ale nieuprawnione byłoby twierdzenie, iż sprzeciw wobec absolutnej ochrony ogranicza się tylko do tego rodzaju materiału biologicznego. W wielu wypowiedziach wyraźnie postuluje się jego szerszy zakres obejmujący np. wszelkie rodzaje materiału biologicznego pochodzenia ludzkiego, a nawet wszelki materiał biologiczny. Różnice te dostrzec można, nie tylko porównując publikacje poświęcone temu zagadnieniu, ale także ustawy patentowe państw UE, w których przewidziano wyłączenie ochrony absolutnej w odniesieniu do niektórych rodzajów materiału biologicznego. I tak, na gruncie niemieckiego prawa funkcjonalnie ograniczona jest ochrona patentowa na wynalazek, którego przedmiotem jest sekwencja genu ludzkiego lub naczelnych, a we Francji – ograniczenie takie obowiązuje w przypadku materiału biologicznego wyizolowanego z ludzkiego ciała³⁶.

Pojawiają się także propozycje różnicowania wynalazków dotyczących materiału biologicznego według innego kryterium aniżeli przedmiotowe, w celu odróżnienia tych, dla których stosuje się ochronę absolutną, od tych, dla których jest ona wykluczona. Propozycja formułowana jest w odniesieniu do wynalazków dotyczących sekwencji DNA, a kryterium decydującym o dopuszczalności objęcia jej ochroną absolutną miałyby być nieoczywisty charakter identyfikacji czy izolacji danej sekwencji DNA³⁷. Wobec postępu w tej dziedzinie akceptacja takiej propozycji prowadziłaby do uczynienia ochrony absolutnej rzadkością przynajmniej w przypadku sekwencji DNA. Zaznaczyć jednak należy, że przyjmując takie kryterium należałoby liczyć się z jego niejednoznacznością. W konsekwencji mogłoby pogłębić i tak występujące trudności z jednoznacznym określeniem zakresu monopolu patentowego. Interpretacja przesłanki nieoczywistości (poziomu wynalazczego) należy bowiem do tych, których interpretacja budzi najwięcej kontrowersji nawet wśród znawców prawa patentowego.

Warto odnotować, że kontrowersje wokół ochrony absolutnej produktów stanowiących przedmiot opatentowanych wynalazków biotechnologicznych nie ograniczają się do oceny słuszności takiej ochrony – jej etycznego uzasadnienia i społecznych oraz ekonomicznych skutków. Niejednoznaczność postanowień Dyrektywy sprawia, że spór dotyczy także i tego, czy przewidziana w niej ochrona patentowa sekwencji DNA ma charakter absolutny czy też funkcjonalnie ograniczony. O ile jednak w tej kwestii za dominujący można uznać pogląd, zgodnie z którym w świetle postanowień Dyrektywy sekwencje DNA, podobnie jak wszelkie inne rodzaje materiału biologicznego, będące przedmiotem wynalaz-

³⁶ Warto odnotować, że nie podjęto przeciwko tym państwom żadnych działań, mimo że uznaje się takie przepisy za niezgodne z Dyrektywą – *Report from the Commission to the Council and the European Parliament – Development and implications of patent law in the field of biotechnology and genetic engineering* COM (2005) 312 final, 14.07.2005. Krytycy tych unormowań dodatkowo zwracają uwagę, że ograniczenie to jest szersze aniżeli mogłoby wynikać z literalnego brzmienia przepisów niemieckiego i francuskiego prawa patentowego. Zakaz patentowania ludzkich genów lub zawężenie zakresu ich ochrony ma bowiem zastosowanie także do genów występujących w innych organizmach. Do 60 proc. genów organizmów wyższych to geny homologiczne z genami ludzkimi, *Report on biotech patents under fire*, EuroBiotechNews 2005, nr 8–9, vol. 4.

³⁷ J. Straus, *An updating concerning the protection of biotechnological inventions including the scope of patents for genes – an academic point of view*, OJ EPO wyd. specjal. 2003, nr 2.

lasków, objęte winny być ochroną absolutną, o tyle w kwestii słuszności takiego rozwiązania trudno byłoby wskazać stanowisko dominujące. Bezsporne jest jednak nasilanie się tendencji do funkcjonalnego ograniczania ochrony patentowej produktów biologicznych, a znajdują one wyraz także w propozycjach takich zmian Dyrektywy, które wyłączyłyby dopuszczalność udzielania patentów skutkujących monopolizacją materiału biologicznego *per se*.

Jakkolwiek nie ma możliwości empirycznej weryfikacji zasadności przeciwnych opinii na temat wpływu absolutnej i funkcjonalnej ochrony materiału biologicznego stanowiącego przedmiot patentu na postęp techniczny, to wydaje się, że zagrożenia, jakich zasadnie można się spodziewać w następstwie monopolizacji tego rodzaju produktów, uzasadniają wyeliminowanie, a co najmniej znaczące ograniczenie dopuszczalności absolutnej ich ochrony. Nie wydaje się przy tym, aby trafne były zastrzeżenia wobec funkcjonalnej ochrony tego rodzaju produktów, uzasadniane niejednoznacznością granicy obszaru objętego wyłącznością³⁸. Wyrazistość granicy, a w konsekwencji i pewność prawa, zależą będzie w dużej mierze od sposobu zdefiniowania przeznaczenia wynalazku i jego zastosowania.

IV. PRZEDMIOT OPATENTOWANEGO WYNALAZKU A ZAKRES WYŁĄCZNOŚCI WYNIKAJĄCEJ Z UDZIELENIA PATENTU W ŚWIELE POSTANOWIEŃ DYREKTYWY

Treścią patentu, jako prawa podmiotowego, jest czasowo i terytorialnie ograniczona wyłączność komercyjnego korzystania z wynalazku, czyli przedmiotu niematerialnego. Sposób identyfikacji zachowań będących w rozumieniu prawa patentowego korzystaniem z wynalazku zależy od tego, czy jego przedmiotem jest produkt czy sposób. W przypadku wynalazku dotyczącego produktu podstawowym kryterium wyróżniającym zachowania objęte monopolem jest ich materialny przedmiot. Patent na taki wynalazek daje bowiem uprawnionemu, jak była o tym mowa wyżej³⁹, tzw. ochronę absolutną produktu stanowiącego przedmiot wynalazku.

Jednak wyłączność przysługująca uprawnionemu z patentu nie w każdym przypadku ograniczona jest do zachowań dotyczących bezpośrednio desygnatów definicji opatentowanego wynalazku. Na gruncie współczesnego prawa patentowego powszechnie bowiem obowiązuje koncepcja tzw. pośredniej ochrony patentowej w przypadku wynalazków, których przedmiotem jest sposób. Polega ona na włączeniu w obszar wyłączności, mającej swe źródło w patencie na taki

³⁸ Argument taki wysuwa m.in. S. Bostyn, *Narrow trousers and narrow patents, a Health risk? Product protection or purposebound protection for biotechnological inventions*, „Bio-Science Law Review”, 8 listopada 2005 r. – jako przykład niejednoznaczności granicy monopolu w przypadku ochrony funkcjonalnie ograniczonej, przywołując patent na wynalazek, którego przedmiotem jest materiał biologiczny o wskazanym zastosowaniu w terapii chorób nowotworowych. Autor podnosi, że w takim przypadku nie wiadomo, czy chodzi o zastosowanie w terapii wszelkich chorób nowotworowych, czy tylko określonych ich rodzajów, czy też u określonych gatunków organizmów.

³⁹ Zob. wyżej cz. III.

wynalazek, także produktów uzyskanych opatentowanym sposobem, i to niezależnie od tego, czy spełniają one przesłanki patentowalności⁴⁰. W prawie patentu europejskiego ochronę pośrednią uregulowano w postanowieniu art. 64 ust. 2 EKP, zgodnie z którym patent, którego przedmiotem jest sposób wytwarzania, skutkuje ochroną rozciągającą się na produkty uzyskane bezpośrednio tym sposobem⁴¹.

Interpretacja ustalonych reguł wyznaczania zakresu ochrony patentowej zarówno wynalazków dotyczących produktu, jak i sposobów, nie budziła zastrzeżeń ani wątpliwości do czasu pojawienia się wynalazków nowoczesnej biotechnologii. Jedną z przyczyn jest zdolność materiału biologicznego, stanowiącego przedmiot wynalazku, jak też będącego rezultatem zastosowania opatentowanego sposobu, do reprodukcji metodami biologicznymi. Bez stosowania sposobów technicznych, a często w ogóle bez udziału człowieka, powstawać mogą nowe produkty będące materializacją opatentowanego wynalazku, a z produktu uzyskanego bezpośrednio sposobem opatentowanym może powstać wiele takich samych produktów jak ten, którego pośrednia ochrona patentowa jest bezsporna. Dla jednoznacznego rozstrzygnięcia kontrowersji dotyczących odpowiedzi na pytanie, czy produkty powstałe w taki sposób z produktów objętych ochroną patentową są również przedmiotem monopolu, niewystarczające okazały się reguły ustalone w prawie patentowym i do niedawna bezsporne.

Twórcy dyrektywy 98/44, powołując się na funkcję patentu, jaką jest nagrodzenie wynalazcy za jego twórcze wysiłki, postawili przed sobą zadanie ustalenia takich reguł wyznaczania zakresu przedmiotowego wyłączności patentowej, aby sytuacja uprawnionego z patentu na wynalazek dotyczący materiału zdolnego do samoreplikacji nie różniła się od sytuacji uprawnionego z patentu na inny wynalazek. W szczególności, by mógł on zakazać korzystania z niego w sytuacjach podobnych do tych, w których zakazane byłoby korzystanie z opatentowanych produktów innego rodzaju (pkt 46 Preambuły)⁴². Temu celowi służy odrębny rozdział Dyrektywy poświęcony zakresowi ochrony patentowej.

1. Wynalazki dotyczące produktu

Zgodnie z art. 8 ust. 1 Dyrektywy, ochrona wynikająca z patentu na materiał biologiczny posiadający szczególne cechy charakterystyczne, będące wynikiem wynalazku, obejmuje każdy materiał biologiczny otrzymany z danego materiału biologicznego przez rozmnażanie płciowe lub wegetatywne w identycznej lub odmiennej formie i posiadający te same cechy charakterystyczne będące wy-

⁴⁰ O powszechności tej koncepcji świadczy w szczególności to, że wskazano ją w TRIPs jako obowiązującą przy ustalaniu zakresu przedmiotowego ochrony patentowej wynikającej z patentu udzielonego na wynalazek, którego przedmiotem jest sposób – art. 28 ust. 1b TRIPs.

⁴¹ Pośrednią ochronę patentową przewidują także krajowe ustawy patentowe państw UE, a w polskim prawie art. 64 ust. 1 p.w.p.

⁴² Pkt 46: (...) *the holder of the patents should be entitled to prohibit the use of patented self-reproducing material in situations analogous to those where it would be permitted to prohibit the use of patented, non-self-reproducing products, that is to say the production of the patented product itself.*

nikiem wynalazku⁴³. Postanowienie to w części jest powtórzeniem ustalonych w prawie patentowym reguł wyznaczania zakresu monopolu patentowego. Taki charakter ma stwierdzenie, iż ochroną patentową objęty jest materiał biologiczny identyczny z materiałem stanowiącym przedmiot wynalazku i uzyskany z niego przez rozmnażanie lub namnażanie. Zakres ochrony absolutnej, jaką zgodnie z zasadami ogólnymi, objęty jest produkt stanowiący przedmiot opatentowanego wynalazku, nie zależy bowiem od sposobu uzyskania czy wytworzenia danego produktu. Nie ma więc żadnego uzasadnienia nie tylko dla tego, by poza zakresem tak wyznaczonej ochrony pozostawał materiał biologiczny uzyskany z materiału wyjściowego, ale nawet, by prawnopatentowy status tych produktów różnicować⁴⁴.

Zasadniczą zmianę natomiast w ustalonych regułach wyznaczania zakresu ochrony patentowej wynalazków dotyczących produktów wprowadza ta część postanowienia, w której zawarto dyspozycję objęcia ochroną patentową nie tylko wytworów identycznych z produktami stanowiącymi przedmiot opatentowanego wynalazku, ale także tych, które mają formę odmienną. Na gruncie tego unormowania wyłączność przysługująca uprawnionemu z patentu na wynalazek zdefiniowany jako określona sekwencja DNA, roślina czy mikroorganizm obejmuje także uzyskany z tych produktów materiał biologiczny o odmiennej formie, jeśli tylko zachowane zostały cechy charakterystyczne będące wynikiem opatentowanego wynalazku. A zatem ochrona jest niezależna od zgodności wytworów pochodnych z wytworem powstałym według wynalazku.

Na tle takiego unormowania powstaje przede wszystkim pytanie, czy ochrona obejmuje materiał biologiczny uzyskany z materiału stanowiącego przedmiot patentu, niezależnie od tego, czy ten „produkt pochodny” spełnia przesłanki zdolności patentowej. Wskazane w Dyrektywie przesłanki objęcia ochroną produktu scharakteryzowanego jako materiał biologiczny „uzyskany przez reprodukcję z materiału biologicznego stanowiącego przedmiot patentu” zdają się nawiązywać do znanej w prawie patentowym charakterystyki przedmiotu patentu przez sposób jego uzyskania (*product-by-process*). Takie określenie przedmiotu patentu uznaje się za dopuszczalne, w przypadku gdy nie ma możliwości scharakteryzowania go w inny sposób, ale patent może być udzielony tylko, jeśli przedmiot wynalazku spełnia wszystkie przesłanki zdolności patentowej. Nie jest jasne, czy takie wymaganie obowiązuje również w odniesieniu do materiału biologicznego, o którym mowa w art. 8 ust. 1 Dyrektywy. Innymi słowy, czy dopuszczalność uczynienia materiału biologicznego uzyskanego z materiału stanowiącego przed-

⁴³ Art. 8 ust. 1: *The protection conferred by a patent on a biological material possessing specific characteristics as a result of the invention shall extend to any biological material derived from that biological material through propagation or multiplication in an identical or divergent form and possessing those same characteristics.* Odpowiednikiem tego postanowienia w polskim prawie jest art. 934 ust. 1 p.w.p.

⁴⁴ W szczególności nie wydaje się, aby – nawet gdyby nie istniało postanowienie art. 8 ust. 1 Dyrektywy – można było zasadnie bronić tezy, jako bezspornej, iż na zasadach ogólnych wyczerpanie patentu do materiału biologicznego powoduje, iż poza zakresem wyłączności pozostaje materiał uzyskany z niego jako materiał pochodny.

miot wynalazku, lecz mającego inną formę, zależy od zdolności patentowej tego produktu pochodnego, czy też jest od niej niezależna? Uznanie, iż w art. 8 ust. 1 Dyrektywy przewidziano objęcie ochroną patentową produktu, który nie spełnia przesłanek zdolności patentowej, wskazywałoby na poszerzenie zakresu ochrony patentowej w przypadku wynalazków biotechnologicznych w stosunku do zakresu ustalonego na potrzeby innych dziedzin. Postanowienia Dyrektywy nie dają jednak podstaw do jednoznacznej odpowiedzi na postawione wyżej pytanie⁴⁵.

Innego rodzaju wątpliwość powstaje na tle art. 8 ust. 1 Dyrektywy w związku z ustalaniem zakresu ochrony patentowej wynikającej z patentu na wynalazek, którego przedmiot określono w decyzji patentowej za pomocą zastrzeżeń funkcjonalnych lub też przez wskazanie wybranych tylko cech lub właściwości⁴⁶. Posłużenie się takimi zastrzeżeniami stwarza możliwość charakterystyki przedmiotu wynalazku, na temat którego ubiegający się o patent nie ma pełnej wiedzy. Konsekwencje takiej sytuacji przedstawić można na przykładzie patentu na wynalazek, którego przedmiot określony jest jako bakteria scharakteryzowana przez wskazanie jej właściwości istotnych z punktu widzenia zastosowania wynalazku. Osoba trzecia, która z bakterii stanowiącej przedmiot patentu uzyska w drodze reprodukcji materiał biologiczny, a następnie wykorzystując jego inne anizeli ujawnione w zastrzeżeniach cechy i właściwości, zastosuje go dla celów całkowicie innych aniżeli opatentowany wynalazek, naruszy patent, jeśli tylko mimo tych zmian bakteria nie utraci cech będących wynikiem wynalazku. Nie jest przy tym istotne, czy te cechy charakteryzujące opatentowany wynalazek mają jakiegokolwiek znaczenie dla „nowego” rozwiązania. Taki wniosek wynika z literalnego brzmienia art. 8 ust. 1 Dyrektywy. Zasadność takiego zakresu ochrony budzi jednak wątpliwość, zwłaszcza jeśli wziąć pod uwagę zadeklarowany w przywołanym wyżej postanowieniu pkt 46 preambuły cel, jakiemu służyć ma unormowanie w Dyrektywie zakresu ochrony patentowej. Wydaje się celowe rozważenie, czy produkt „pochodny” nie powinien być objęty wyłącznością tylko w takim zakresie, w jakim wykorzystywane są cechy stanowiące o uznaniu go za przedmiot wynalazku.

Wątpliwości co do zakresu ochrony patentowej przewidzianej w Dyrektywie wynikają też z możliwości zróżnicowanej interpretacji użytych w niej określeń, np. odnoszących się do sposobu uzyskiwania pochodnego materiału biologicznego. W szczególności nie ma podstaw do jednoznacznego rozstrzygnięcia, czy np. wyizolowanie z bakterii sekwencji DNA należy uznać za sposób wyszczególniony w art. 8 ust. 1 Dyrektywy. Odpowiedź na to pytanie jest dla ustaleń zakresu ochrony patentowej istotna, gdyż rozstrzyga m.in. o tym, czy w przypadku patentu na bakterię o określonych właściwościach ochrona patentowa obejmuje także

⁴⁵ Na tę wątpliwość zwraca uwagę m.in. G. Kamstra, M. Döring, N. Scott-Ram, A. Sheard, H. Wixon, *Patents on biotechnological inventions: the EC Directive*, London, Sweet & Maxwell 2002, s. 49.

⁴⁶ Na problemy, jakie mogą powstać w związku z interpretacją tego postanowienia w przypadku wynalazków charakteryzowanych funkcjonalnie, zwraca uwagę D. Schertenleib, *The patentability and protection of living organisms in the European Union*, „European Intellectual Property Review” (dalej EIPR) 2004, nr 5.

wyizolowane z tej bakterii geny, których obecność (aktywność) determinuje te właściwości⁴⁷.

Odrębnie określono w Dyrektywie zakres przedmiotowy wyłączności wynikającej z patentu na produkt zawierający informację genetyczną lub będący taką informacją. Zgodnie z art. 9 Dyrektywy, patent na takie wytwory rozciąga się na wszystkie materiały, do których zostały one włączone oraz w których zawarta została informacja genetyczna spełniająca swoją funkcję⁴⁸. Patent na wynalazek dotyczący np. genu kodującego białko, którego obecność w organizmie skutkuje określoną jego właściwością, czy też komórki zawierającej określony materiał genetyczny, daje uprawnionemu wyłączność korzystania nie tylko z tego genu (komórki), ale także z organizmów, do których produkty te zostały wprowadzone, o ile tylko zawarta w nich informacja genetyczna pełni w tym organizmie swoją funkcję. Wyznaczony w ten sposób zakres wyłączności nie obejmuje jedynie ciała ludzkiego⁴⁹. A zatem wprowadzenie do ciała ludzkiego, np. w ramach terapii genowej, opatentowanego materiału biologicznego będącego nośnikiem informacji genetycznej nie daje uprawnionemu z patentu na ten produkt żadnych uprawnień w odniesieniu do ciała człowieka, który terapii został poddany. Warto jednak zaznaczyć, że patent na sekwencję DNA mającą zastosowanie w terapii genetycznej i w tym celu wprowadzoną do komórki człowieka może skutkować wyłącznością korzystania także z zawierającej te sekwencje DNA krwi pobranej od tego człowieka, np. w celu wytwarzania produktów krwiopochodnych⁵⁰.

Dla uniknięcia wątpliwości zaznaczyć należy, że choć literalne brzmienie postanowienia art. 9 Dyrektywy nie wyklucza odmiennej interpretacji, to za bezsporne i oczywiste uznaje się, że przewidziana w nim ochrona obejmuje jedynie taki materiał biologiczny, do którego przedmiot patentu został wprowadzony środkami technicznymi. A zatem poza zakresem wyłączności są np. organizmy, w których obecność nośników informacji genetycznej będących przedmiotem patentu nie jest rezultatem ludzkiej interwencji⁵¹.

⁴⁷ Zwraca na to uwagę m.in. D. Schertenleib, op. cit. Autor, jak się wydaje uważa, że art. 8 ust. 1 Dyrektywy uzasadnia taki zakres ochrony. Zasadność takiego poglądu nie jest jednak oczywista z uwagi na użyte w Dyrektywie określenia (*multiplication or propagation*). Zdają się one wskazywać, że chodzi o procesy, w wyniku których powstaje materiał biologiczny tego samego rodzaju (nawet jeśli w innej formie) jak materiał wyjściowy. Zarazem i odwołanie się do specyfiki procesów biologicznych nie wyklucza obrony interpretacji przeciwnej, bo np. wprowadzenie genu pozyskanego z opatentowanej bakterii do innego namnażającego się materiału biologicznego prowadzi do namnożenia i tego genu.

⁴⁸ Art. 9 *The protection conferred by a patent on a product containing or consisting of genetic information shall extend to all material, (...) in which the product is incorporated and in which the genetic information is contained and performs its function.* W polskiej ustawie umownienie tej materii, wzorowane na postanowieniu dyrektywy, zawarte jest w art. 934 ust. 3 p.w.p.

⁴⁹ Wyraźne wyłączenie takie ustanowione jest w art. 9 w zw. z art. 5 ust. 1 Dyrektywy, a w polskim prawie jego odpowiednik zawarty jest w art. 934 ust. 3 p.w.p. w zw. z art. 933 ust. 1 p.w.p.

⁵⁰ Przykład za S. Bostyn, *Patenting DNA*, op. cit., s. 125.

⁵¹ Tak np. w: G. Tritton (red.), *Intellectual property in Europe*, Sweet & Maxwell, London 2002, s. 173. Nie można jednak wykluczyć, że powołanie się na takie kryterium może z czasem okazać się niewystarczające, zwłaszcza w odniesieniu do organizmów zawierających opatentowane nośniki informacji genetycznej, które pozostają poza kontrolą człowieka. Mogą to być np. uwolnione do środowiska w sposób niekontrolowany zwierzęta transgeniczne czy też samoistne rozsiewanie się zmodyfi-

Prima facie nasuwa się wniosek, iż uzależniając w art. 9 Dyrektywy ochronę produktu, do którego inkorporowano nośnik informacji genetycznej, od tego, czy spełnia ona swoją funkcję, ustanowiono ograniczenie, którego brak w art. 8 sygnalizowano wyżej jako przyczynę wątpliwości co do zakresu monopolu. Dziś już jednak zwraca się uwagę na niejednoznaczność i tego wymagania. Nie jest bowiem jasne, czy monopol patentowy obejmuje jedynie korzystanie z produktu, w którym nośnik informacji genetycznej pełni swoją funkcję, czy także i korzystanie z produktu, w którym umieszczony nośnik informacji genetycznej może pełnić swoją funkcję⁵².

Warto odnotować, że ustalone w art. 9 Dyrektywy reguły wyznaczania zakresu ochrony patentowej pozwalają m.in. uzyskiwać monopol patentowy na produkty, które z różnych przyczyn nie mogłyby być uznane za przedmiot opatentowanego wynalazku. Tę możliwość zilustrować można przykładem sygnalizowanych wyżej kontrowersji wokół przedmiotu patentu na wynalazek dotyczący Myszy hardyardzkiej⁵³. Zarzut niedostateczności ujawnienia wynalazku, jako zbyt wąskiego w stosunku do zastrzeganego obszaru, spowodował zawężenie w decyzji patentowej przedmiotu wynalazku do rozwiązania dotyczącego wyłącznie myszy, chociaż ubiegano się o patent na wynalazek dotyczący wszystkich ssaków (z wyjątkiem człowieka). Jednak w świetle art. 9 Dyrektywy patent na gen wywołujący określone zmiany skutkuje ochroną wszystkich organizmów, w których ten gen został inkorporowany, o ile pełni w nich tę samą funkcję, a więc w konkretnym przypadku także ssaków innych aniżeli gryzonie.

Postanowienie to pozwala też na uzyskanie wyłączności korzystania z produktów, których patentowanie jest zabronione, a więc np. poszczególnych odmian roślin czy ras zwierząt. Zakaz udzielania patentów na wynalazki, których możliwość realizacji ograniczona jest do jednej tylko odmiany lub rasy, jest bezsporny zarówno na gruncie prawa patentu europejskiego, jak i w świetle postanowień Dyrektywy⁵⁴. Pojedyncza odmiana czy rasa, choć nie może być przedmiotem patentu, może stać się przedmiotem wyłączności patentowej. A zatem można osiągnąć cel, jakiemu służy uzyskanie patentu na odmianę rośliny czy rasę zwierząt. W przypadku patentu udzielonego na gen ochrona patentowa obejmuje rośliny, do których zostanie on wprowadzony, o ile pełni w nich swoją funkcję. Dla stwierdzenia takiego zakresu ochrony nie ma przy tym znaczenia, czy dana sekwencja DNA może pełnić tę samą funkcję tylko w jednej odmianie, czy także w roślinach innych odmian⁵⁵.

kowanych genetycznie roślin. Nie można więc wykluczyć i tego, że sprawa dziś bezsporna, poszerzy niebawem katalog zagadnień kontrowersyjnych.

⁵² Konsekwencje wyboru każdego z tych wariantów interpretacji szeroko omawia S. Bostyn, *Patenting DNA*, op. cit., s. 110–111.

⁵³ Zob. wyżej cz. II przyp. 18.

⁵⁴ Art. 53 (b) EKP, art. 4 ust. 1 pkt a Dyrektywy i art. 29 ust. 1 pkt 2 p.w.p.

⁵⁵ To unormowanie jest jednym z argumentów wysuwanych zasadnie dla wykazania, że zakaz patentowania odmian roślin, mimo że wyraźnie sformułowany w obowiązujących przepisach, w istocie nie obowiązuje, szerzej M. Llewelyn, *The patentability of biological material: continuing contradiction and confusion*, EIPR 2000, nr 5.

2. Wynalazki dotyczące sposobu

Patent na sposób, który umożliwia wytwarzanie materiału biologicznego o szczególnych cechach będących wynikiem wynalazku, rozciąga się na materiał biologiczny otrzymany bezpośrednio tym sposobem oraz na każdy inny materiał biologiczny pochodzący z materiału biologicznego uzyskanego bezpośrednio przez rozmnażanie lub namnażanie w identycznej lub odmiennej formie i posiadający te same cechy (art. 8 ust. 2 Dyrektywy). W świetle tego postanowienia Dyrektywy bezsporne jest, że pośrednia ochrona produktu ma zastosowanie także w przypadku wynalazków biotechnologicznych dotyczących sposobu. Jest to, jak wspomniano już wyżej, ochrona powszechna na gruncie prawa patentu europejskiego (art. 64 ust. 2 EKP) i przewidziana w prawie patentowym państw UE. Obejmuje ona produkty uzyskane bezpośrednio sposobem opatentowanym.

Ochrona przewidziana w Dyrektywie nie ogranicza się jednak do materiału biologicznego uzyskanego bezpośrednio opatentowanym sposobem. Identyfikacja takiego materiału jest tylko pierwszym etapem ustalania zakresu ochrony wynikającej z patentu na sposób wytwarzania materiału biologicznego. Jeśli bowiem materiał uzyskany bezpośrednio opatentowanym sposobem staje się materiałem wyjściowym dla uzyskania innego materiału biologicznego, to także ten „dalszy” materiał objęty jest ochroną. Zasady ustalania tej dalszej ochrony są takie jak określone w art. 8 ust. 1 Dyrektywy. Na tym kolejnym, przewidzianym w art. 8 ust. 2 Dyrektywy, etapie ustaleń zakresu ochrony patentowej materiał biologiczny uzyskany bezpośrednio opatentowanym sposobem traktowany jest więc tak jak materiał biologiczny stanowiący przedmiot patentu. W związku z ustalaniem tego zakresu ochrony pojawiają się więc te same pytania i problemy, które sygnalizowano w kontekście wynalazków dotyczących produktów.

Zakres ochrony ustalony w art. 8 ust. 2 Dyrektywy nie pozostawia wątpliwości co do tego, że patent na wynalazek dotyczący sposobu uzyskiwania materiału biologicznego obejmuje bez żadnych ograniczeń wszystkie generacje materiału biologicznego uzyskane dzięki temu opatentowanemu sposobowi. A zatem np. patent na sposób wytwarzania zwierząt o określonych cechach (np. wielkość, barwa czy walory hodowlane) daje uprawnionemu wyłączność na wytworzone tym sposobem zwierzęta, a także na ich potomstwo mające te same cechy. Korzystanie w sposób zawodowy lub zarobkowy z takich zwierząt bez zgody uprawnionego stanowi więc naruszenie patentu. Ta sama zasada obowiązuje w odniesieniu do wszelkich innych organizmów, a więc także np. do roślin.

3. Ograniczenia patentu

Już w toku prac nad Dyrektywą koncepcje dotyczące zakresu ochrony patentowej, które w rezultacie znalazły odzwierciedlenie w omawianych wyżej unormowaniach, były przedmiotem kontrowersji. Szczególnie ostro przeciwko nim występowali reprezentanci interesów rolników, którzy dostrzegali w nich poważne utrudnienie ekonomicznych uwarunkowań działalności rolniczej. I tak np. do-

minował w tym środowisku pogląd, iż patent udzielony na rośliny czy zwierzęta będące rezultatem procesów genetycznej modyfikacji winien obejmować jedynie produkty powstałe bezpośrednio w wyniku takich procesów. Sprzeciwiano się więc rozszerzonej ochronie pośredniej, jaką przewiduje obecnie Dyrektywa. Postulowano także węższe niż przyjęte w Dyrektywie (art. 9) granice ochrony wynikającej z patentów na sekwencje DNA, wykluczając objęcie nią produktów, w których dane sekwencje są inkorporowane⁵⁶. Postulaty te nie zostały uwzględnione. Jednak dla oceny skutków, jakie dla środowisk rolniczych wywołać może ustalony w Dyrektywie zakres ochrony patentowej, niezbędne wydaje się uwzględnienie przewidzianych w niej także ograniczeń tego prawa.

Po pierwsze, ochrona patentowa przewidziana w art. 8 i 9 Dyrektywy nie obejmuje materiału biologicznego uzyskanego w wyniku reprodukcji materiału biologicznego wprowadzonego do obrotu na terytorium państwa członkowskiego przez uprawnionego z patentu lub za jego zgodą, jeśli reprodukcja ta jest nieodzowna dla zastosowania, dla którego materiał biologiczny został wprowadzony do obrotu, z zastrzeżeniem, że materiał uzyskany w wyniku reprodukcji nie jest następnie używany do dalszej reprodukcji. A zatem, jeśli np. do obrotu wprowadzono nasiona roślin stanowiące przedmiot patentu, to na zasadach ogólnych następuje wyczerpanie prawa z patentu w odniesieniu do nabytych nasion. Ponadto uzyskane z tych nasion rośliny, które na mocy art. 8 ust. 1 lub 2 Dyrektywy byłyby objęte ochroną patentową, pozostają zgodnie z art. 10 Dyrektywy poza jej zakresem. Sposób wykorzystania tych roślin przez nabywcę nasion nie jest w żaden sposób ograniczony. W szczególności może je wprowadzać do obrotu. Takich uprawnień nie ma on już jednak w odniesieniu do nasion uzyskanych z tych roślin. Ich sprzedaż dla dalszej reprodukcji stanowiłaby naruszenie patentu.

Jest to znana na gruncie prawa własności intelektualnej, w tym i prawa patentowego, instytucja wyczerpania prawa dostosowana do specyfiki materiału biologicznego. Najogólniej rzecz ujmując, wyczerpanie patentu polega na tym, że z chwilą wprowadzenia przez uprawnionego lub za jego zgodą do obrotu produktu objętego monopolem patentowym monopol ten w odniesieniu do tego konkretnego produktu wygasa. Nabywca może więc bez obawy narażenia się na zarzut naruszenia patentu korzystać w dowolny sposób z tego produktu, a także wprowadzać go do dalszego obrotu. Ustalona w art. 10 Dyrektywy reguła mająca zastosowanie do wszystkich rodzajów materiału biologicznego i do wszystkich korzystających z takiego materiału podmiotów uzupełniona jest jednak unormowaniem szczególnym zawartym w art. 11 Dyrektywy, określanym potocznie jako tzw. przywilej farmerski. Dotyczy ono bowiem jedynie sytuacji, gdy nabywcą materiału biologicznego od uprawnionego z patentu (lub za jego zgodą) jest rolnik, a materiałem biologicznym jest przeznaczony do wykorzystania w rolnic-

⁵⁶ Kontrowersje, jakie towarzyszyły wyznaczaniu granic i ustalaniu reguł patentowej ochrony roślin będących rezultatem nowoczesnej biotechnologii przedstawia szerzej m.in. B.M. Roth, *Current problems in the protection of inventions in the field of plant biotechnology – a position paper*, IIC 1987, nr 1, a także G. van Overwalle, *Patents protection for plants: a comparison of American and European approaches*, IDEA 1999, nr 39.

twie materiał roślinny, inwentarz hodowlany lub zwierzęcy materiał zarodowy. W takim przypadku rolnik uprawniony jest do wielokrotnej reprodukcji nabytego materiału biologicznego w ramach własnego gospodarstwa i na jego potrzeby. Nieograniczona zatem jest liczba generacji materiału biologicznego, jakie może wytwarzać. Naruszeniem patentu byłaby natomiast sprzedaż uzyskanego w wyniku reprodukcji materiału siewnego lub zwierząt, jak również użycie zwierząt w komercyjnej działalności reprodukcyjnej⁵⁷. Unormowanie to dotyczy zarówno materiału roślinnego (art. 11 ust. 1 Dyrektywy), jak i zwierzęcego (art. 11 ust. 2 Dyrektywy).

W świetle powyższego nie można więc odmówić racji twierdzeniu, iż w odniesieniu do wynalazków biotechnologicznych zakres wyczerpania patentu został ograniczony, a dotyczy to zarówno reguły zawartej w art. 10, jak też i w art. 11 Dyrektywy. Nabywca produktu stanowiącego przedmiot opatentowanego wynalazku nie ma bowiem pełnej swobody korzystania z niego. Zarazem jednak takie ograniczenie zdaje się uzasadnione zamiarem dostosowania instytucji wyczerpania patentu do specyfiki wynalazków biotechnologicznych, tak aby cel tej instytucji został zachowany.

Spoglądając więc na unormowanie przyjęte w Dyrektywie przez pryzmat zgłaszanych w toku prac nad Dyrektywą wątpliwości i zastrzeżeń, stwierdzić można, że ograniczone zostały możliwości tradycyjnych form współpracy między rolnikami nakierowanej m.in. na wymianę wykorzystywanego w produkcji rolnej materiału biologicznego. Nie wydaje się jednak, aby stwierdzenie takie uzasadniało krytyczną ocenę przyjętych rozwiązań. Przede wszystkim wydają się one logiczną konsekwencją dopuszczalności uznania materiału biologicznego za przedmiot nadającego się do opatentowania wynalazku. Jeśli więc nie kwestionuje się trafności tych koncepcji, nieuzasadniona wydaje się krytyka unormowań dotyczących zakresu ochrony. Co więcej, należy pamiętać, że prawo patentowe nie jest jedynym instrumentem ograniczającym swobodę w tym zakresie, a poza instrumentami prawnymi istnieją także rozwiązania biotechnologiczne, które wykluczają możliwość wielokrotnej reprodukcji materiału biologicznego⁵⁸. Dlatego ocena wpływu ochrony patentowej na uwarunkowania działalności rolniczej wymaga uwzględnienia całego środowiska prawnego tej działalności, a to wykracza poza zakres rozważań.

⁵⁷ Warto odnotować, że o ile zasady stosowania przywileju farmerskiego w odniesieniu do materiału roślinnego zostały w Dyrektywie w pewnym zakresie ujednolicone, gdyż wskazano, iż winny one odpowiadać tym, jakie ustalono w art. 14 Rozporządzenia WE 2100/94 w sprawie wspólnotowego prawa do odmiany roślinnej (art. 11 ust. 1 Dyrektywy), o tyle w odniesieniu do materiału zwierzęcego unormowanie pozostawiono prawu krajowemu (art. 11 ust. 3 Dyrektywy).

⁵⁸ Przykładem mogą być tzw. *GURT Genetic Use Restriction Technologies* – technologie umożliwiające pozbawienie nasion pozyskanych z roślin wyhodowanych z dostarczonego przez dostawcę materiału zdolności do dalszej reprodukcji, szerzej na temat takich technologii i ich znaczenia wśród innych instrumentów, w tym i prawnych, ochrony interesu dysponenta rozwiązań w tej dziedzinie, T. Swanson, *Genetic Use Restriction Technologies (GURTs): impacts on developing countries*, „International Journal of Biotechnology” 2000, vol. 2, nr 1/2/3, s. 56–84.

V. UWAGI KOŃCOWE

1. Pojawienie się w obszarze oddziaływania prawa patentowego osiągnięć nowoczesnej biotechnologii sprawiło, że wiele spośród reguł wyznaczania zakresu monopolu patentowego, które wcześniej traktowano jako bezsporne i jednoznacznie ustalone, stało się przedmiotem wątpliwości i kontrowersji. Jedną z ich przyczyn stanowi specyfika materii, której dotyczą osiągnięcia z tej dziedziny, tj. szeroko pojmowanego materiału biologicznego – organizmów żywych i ich elementów. Zdolność tego rodzaju materii do samoreprodukcji, a więc do namnażania bez udziału środków technicznych, jakimi musiał posłużyć się twórca wynalazku, a nawet bez interwencji człowieka, zrodziło pytanie o granice wyłączności wynikającej z patentu. Są to wątpliwości o charakterze obiektywnym – uwarunkowania biologiczne zrodziły problemy, jakie nie powstawały w kontekście rozwiązań pozostających wcześniej w obszarze oddziaływania prawa patentowego. Inny charakter – subiektywny – mają natomiast kontrowersje wynikające z odmienności poglądów w kwestii optymalnego zakresu ochrony patentowej osiągnięć nowoczesnej biotechnologii, wynikające zarówno ze specyfiki właściwości materiału biologicznego, jak też i ze specyfiki biotechnologii postrzeganej jako dziedzina nauki i gałąź gospodarki. Istotną z punktu widzenia prawa patentowego specyfikę biotechnologii jako nauki dostrzega się – i w tej kwestii nie ma sporu – w tym, że wiele spośród osiągnięć uznawanych za wynalazki o zdolności patentowej nie polega na uzyskaniu pełnej wiedzy na temat stanowiącego przedmiot wynalazku materiału biologicznego czy sposobu działania (ich funkcji biologicznych, a więc i znaczenia dla procesów zachodzących w organizmach żywych). Wystarczy wiedza fragmentaryczna dotycząca jednego nawet tylko aspektu charakterystyki produktu czy zjawiska. Zgoda panuje również co do tego, że biotechnologia – nauka i dziedzina gospodarki – wymagają szczególnie wysokich nakładów finansowych.

2. Ustalone normatywnie reguły wyznaczania zakresu ochrony patentowej wynalazków biotechnologicznych wyeliminowały w znacznej mierze wątpliwości wynikające ze specyfiki materiału biologicznego. Przyjęte w Dyrektywie rozwiązania w tej materii (art. 8 i 9) zasadniczo zasługują na akceptację, jako niezbędne dla rzeczywistego zabezpieczenia uprawnionego z patentu przed konkurencyjnymi działaniami w zakresie takim, jaki obowiązuje w przypadku wynalazków z innych dziedzin. Wydaje się jednak, że wymagają one doprecyzowania, które pozwoli uniknąć zasygnalizowanych niejasności co do zakresu przewidzianej w nich ochrony. Podkreślić należy, że nie chodzi tu o kwestie jedynie terminologiczne, ale o stanowiące ich podłoże rozstrzygnięcia o charakterze materialnym, jak np. odpowiedź na pytanie, czy ochrona produktów pochodnych o odmiennej formie niż materiał biologiczny stanowiący przedmiot patentu, przewidziana w art. 8 ust. 1 Dyrektywy, winna obejmować także produkty niespełniające przesłanek zdolności patentowej. Celowe wydaje się ponadto rozważenie ograniczenia zakresu ochrony ustalonego w art. 8 i 9 Dyrektywy w taki sposób, by wykluczyć możliwość obejmowania wyłącznością rozwiązań pozostają-

cych poza zakresem koncepcji opatentowanego wynalazku. Niejednoznaczność Dyrektywy w tej materii i brak wiążącej interpretacji jej postanowień stwarza możliwość poczynienia ustaleń w tej materii na poziomie prawa krajowego.

3. Wciąż otwarta pozostaje kwestia określenia ogólnych założeń co do zakresu ochrony patentowej w dziedzinie biotechnologii. Upowszechnienie i normatywne potwierdzenie koncepcji wynalazku biotechnologicznego, dopuszczającej czynienie przedmiotem patentu produktów (materiału biologicznego) wyizolowanych ze środowiska naturalnego, stanowi przejaw tendencji do poszerzania zakresu ochrony w tej dziedzinie poprzez wzbogacanie katalogu przedmiotów, jakie mogą podlegać patentowej monopolizacji. Nie udało się natomiast uzgodnić poglądów na temat tego, czy w ramach wyznaczonych prawem zakres ochrony patentowej winien być szeroki czy wąski. Innymi słowy, czy wykładnia prawa w zakresie, w jakim wpływa ono na wyznaczenie obszaru wyłączności, winna być przychylna ubiegającemu się o patent i z patentu uprawnionemu, czy też pojmowanie wszystkich wymagań winno być podporządkowane innej dyrektywie interpretacyjnej. Wobec tego, że zagadnienie to pojawia się na wielu etapach szeroko pojmowanego postępowania patentowego, ustalenie takiego kierunku jest istotne także dla pewności prawa.

Jakkolwiek nie ma możliwości empirycznej weryfikacji zasadności argumentów wysuwanych dla obrony przeciwstawnych poglądów, to wydaje się, że z punktu widzenia interesu ogólnego korzystniejsza jest sytuacja, gdy nie dyskryminując twórców osiągnięć biotechnologicznych, przyznaje się im ochronę w zakresie rzeczywiście dokonanego przez nich wkładu w stan techniki. Za zasadnością takiego poglądu przemawiają nie tylko przytoczone wyżej argumenty jego zwolenników, ale przede wszystkim zagrożenia, jakie dla rozwoju nauki rodzi zarówno nadmierna liczba, jak i szeroki zakres praw wyłącznych w dziedzinie biotechnologii. Dlatego wydaje się, że rygorystycznie winno być interpretowane wymaganie dostatecznego ujawnienia wynalazku, a ochrona patentowa wynalazków dotyczących materiału biologicznego w przypadku „patentu na produkt” winna być funkcjonalnie ograniczona. Kwestii powyższych nie rozstrzygają normy prawa wspólnotowego, pozostają one w kompetencji krajowych organów patentowych.

4. Zwracając uwagę na możliwości kształtowania krajowej polityki w kwestii zakresu ochrony patentowej, nie można oczywiście zapominać o ograniczeniach, wynikających nie tylko z tego, że coraz więcej patentów obowiązujących na terytorium Polski udzielanych jest przez Europejski Urząd Patentowy, ale mających swoje źródło w świadomości ewentualnych niekorzystnych konsekwencji ekonomicznych, jakie mógłby pociągnąć za sobą nadmierny, w porównaniu z innymi państwami UE, rygoryzm polityki w tej dziedzinie. Dlatego wydaje się, że może być cenny aktywny udział Polski w pracach nad kształtowaniem europejskich, a także światowych standardów w tej dziedzinie.

SOME ASPECTS OF THE SCOPE OF PATENT PROTECTION FOR BIOTECHNOLOGICAL INVENTIONS

Traditional rules and legal norms do not give sufficient basis for the elimination of doubts and controversy related to the scope of patent protection of biotechnological inventions. The aim of this article is to present: a) some of the main problems on which the discussion is focused and b) proposals for their solution.

The first of the problems presented concerns the question of the identification of patentable invention in the course of a patent proceeding, with emphasis on the disclosure requirement. The second group consists of problems connected with defining the scope of a monopoly conferred by patent decision. One of the most controversial questions is whether a patent on a biological product gives (and should give) so-called absolute protection or only functional (purposive) limited protection. The next deeply controversial problem is caused by the specific characteristics of biological material – its capability of reproducing itself or being reproduced in a biological system. The question is how far does the patent monopoly extend according to law and how far should it extend? What criteria should be decisive for treating products as covered by the patent monopoly?

Showing these problems and controversy against the background of the traditionally established principles of patent law gives the grounds for conclusion that, though biotechnological inventions substantially differ from other inventions, some of these principles – these which mirrored the aim and ethical basis of patent law should be respected also in this new area. The consequence of this opinion is the critical attitude to the observed tendency to extend the scope of patent monopoly beyond that which is justified by common good.

Poniżej wydrukowane prace są uaktualnionymi polskimi referatami opracowanymi na Konferencję w Portimao (Algarve, Portugalia), zorganizowaną w dniach 11–14 września 2003 r. na temat: „Oszustwo informatyczne”, w ramach Programu Unii Europejskiej Grotius II Penal, w którym z ramienia Polski uczestniczył Instytut Nauk Prawnych PAN. Referaty opracowane zostały przez jego pracowników oraz osoby zaproszone do współpracy spoza Instytutu. Bliżej o udziale INP PAN w Programie zob. Barbara Kunicka-Michalska (koordynator Programu w Polsce): Informacja o udziale Instytutu Nauk Prawnych PAN w Programie Grotius II Penal, w książce: Juan Carlos Ferre Olive, Enzo Musco, Jorge Almeida Cabral, Barbara Kunicka-Michalska i in., *Korupcja w sektorze prywatnym, Corrupción en el sector privado. Corruzione nel settore privato. Corrupção no sector privado*. Program Grotius II Penal. Materiały z Konferencji w Krakowie (10–13 lipca 2003 r.). Redaktor naukowy Juan Carlos Ferre Olive, Instytut Nauk Prawnych PAN, Wydawnictwo Naukowe Scholar, Warszawa 2004.

ANDRZEJ ADAMSKI

HARMONIZACJA PRAWA KARNEGO PAŃSTW UNII EUROPEJSKIEJ W DZIEDZINIE PRZESTĘPSTW ZWIĄZANYCH Z KARTAMI PŁATNICZYMI

Strategicznym celem współpracy policyjnej i sądowej w sprawach karnych państw Unii Europejskiej jest przekształcenie obszaru Unii w „przestrzeń wolności, bezpieczeństwa i sprawiedliwości” (art. 29 TUE). Urzeczywistnieniu tej wizji politycznej służyć ma (m.in.) harmonizacja przepisów prawa karnego państw członkowskich, której głównym narzędziem prawnym od wejścia w życie Traktatu Amsterdamskiego (1999 r.) są decyzje ramowe (art. 34 (2) (b) TUE)¹. W sferze prawa karnego materialnego stanowią one instrument kształtowania wspólnych standardów karalności określonych kategorii zachowań i są wiążące dla państw członkowskich, które w przewidzianym terminie powinny dostosować do nich prawo krajowe w sposób zapewniający realizację celów decyzji ramowych. W latach 1999–2005 Komisja Europejska przyjęła ponad trzydzieści decyzji ramowych², wśród nich Decyzję ramową Rady z 28 maja 2001 r.

¹ Szerzej na ten temat M. Szwarc, *Decyzje ramowe jako instrument harmonizacji prawa karnego w UE*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 7.

² Wspólne standardy karalności szczególnie groźnych przestępstw o charakterze transgranicznym określają: Decyzja ramowa z 29 maja 2000 r. w sprawie zwiększenia ochrony poprzez sankcje karne oraz inne rodzaje kar za podrabianie pieniędzy w związku z wprowadzeniem euro (Dz.Urz. WE L 140 z 14 czerwca 2000 r.); Decyzja ramowa z 6 grudnia 2001 r. zmieniająca Decyzję ramową 2000/383/

w sprawie zwalczania oszustw i fałszerstw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi³. Jest to jeden z najwcześniej wynegocjowanych przez Radę Ministrów Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych (*JHA Council*) instrumentów harmonizacji prawa karnego państw członkowskich UE, który ma zapewnić lepszą współpracę organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości państw członkowskich w dziedzinie zwalczania przestępczości związanej z bezgotówkowym obrotem pieniężnym oraz wzmocnić ochronę prawną posiadaczy i wydawców kart płatniczych na obszarze Unii Europejskiej przed nadużyciami⁴.

Niniejsze opracowanie zawiera krótką charakterystykę Decyzji ramowej 2001/413/WSiSW oraz przedstawia jej wpływ na zakres harmonizacji ustawodawstwa karnego państw członkowskich Unii Europejskiej ze szczególnym uwzględnieniem polskiego prawa karnego. W tym drugim wypadku – w nawiązaniu do wcześniej formułowanych prognoz i postulatów dotyczących dostosowania ustawodawstwa polskiego do unijnych standardów normatywnych w dziedzinie prawnokamej ochrony elektronicznych instrumentów płatniczych⁵. Tak więc, oprócz intencji komparatystycznej, celem analizy jest też ocena efektywności

WSiSW w sprawie zwiększenia ochrony poprzez sankcje karne i inne rodzaje kar za podrabianie pieniędzy w związku z wprowadzeniem euro (Dz.Urz. WE L 329 z 14 grudnia 2001 r.); Decyzja ramowa z 26 czerwca 2001 r. w sprawie prania pieniędzy, identyfikacji, wykrywania, zamrażania, zajmowania i konfiskaty narzędzi i zysków z przestępstwa (Dz.Urz. WE L 182 z 6 grudnia 2001 r.); Decyzja ramowa z 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania oszustw i fałszerstw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi (Dz.Urz. WE L 149 z 2 czerwca 2001 r.); Decyzja ramowa 2002/475/JHA z 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz.Urz. WE L 164/3 z 13 czerwca 2002 r.); Decyzja ramowa z 23 stycznia 2003 r. w sprawie ochrony środowiska środkami prawa karnego (Dz.Urz. WE L 29/55 z 5 lutego 2003 r.); Decyzja ramowa 2002/629/WSiSW z 19 lipca 2002 r. w sprawie zwalczania handlu ludźmi (Dz.Urz. WE L 203 z 1 sierpnia 2002 r.); Decyzja ramowa 2002/946/WSiSW z 28 listopada 2002 r. w sprawie wzmocnienia systemu karnego w celu zapobiegania ułatwianiu nielegalnego wjazdu, tranzytu i pobytu (Dz.Urz. WE L 328 z 5 grudnia 2002 r.); Decyzja ramowa 2004/757/WSiSW z 25 października 2004 r. ustanawiająca minimalne przepisy dotyczące znamion przestępstw i kar w dziedzinie nielegalnego handlu narkotykami (Dz.Urz. WE L 335 z 11 listopada 2004 r.); Propozycja Decyzji ramowej w sprawie ataków na systemy informacyjne, przedstawiona Komisji 19 kwietnia 2002 r. (Dz.Urz. WE C 203 E z 27 sierpnia 2002 r.), ostatecznie przyjęta 24 lutego 2005 r.; Propozycja Decyzji ramowej w sprawie zwalczania rasizmu i ksenofobii, przedstawiona Komisji 29 listopada 2001 r. (Dz.Urz. WE C 75 E z 26 marca 2002 r.); Decyzja ramowa z 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz.Urz. WE L 192 z 31 lipca 2003 r.); Decyzja ramowa z 22 grudnia 2003 r. w sprawie seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej (Dz.Urz. WE L 013 z 20 stycznia 2004 r.).

³ Council framework Decision of 28 May 2001 combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment, OJ L 149 z 2 czerwca 2001 r. Decyzja ramowa z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania oszustw i fałszerstw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi (2001/413/WSiSW) <http://www.ms.gov.pl/ue/translation/32001F0413.doc>.

⁴ Dane na temat liczby oszustw związanych z kartami płatniczymi i rozmiarów spowodowanych nimi strat są w krajach Unii Europejskiej, z wyjątkiem Wielkiej Brytanii, trudno dostępne. Ogólnie odnotowuje się ich wzrost na poziomie ok. 15–20% rocznie – cyt. za: *Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee, the European Central Bank and Europol. A new EU Action Plan 2004–2007 to prevent fraud on non-cash means of payment* Brussels, 20.10.2004 COM(2004) 679 final.

⁵ A. Adamski, *Nadużycia związane z kartami płatniczymi i ich karalność*, w: idem (red.), *Przestępczość gospodarcza z perspektywy Polski i Unii Europejskiej*. Materiały konferencji międzynarodowej (Mikołajki, 26–28 września 2002), Toruń 2003, s. 460–461 oraz <http://158.75T5.5/KPKiPK/publ/aadamski/refAAadamski.pdf>.

procesu harmonizacji prawa karnego państw Unii Europejskiej na przykładzie transpozycji do ich ustawodawstwa jednej z decyzji ramowych.

I. CHARAKTERYSTYKA DECYZJI RAMOWEJ 2001/413/WSISW

Decyzja ramowa z 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania oszustw i fałszerstw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi reguluje kilka zagadnień. Określa zakres penalizacji „poziomej” nadużyć związanych z instrumentami płatniczymi (art. 2–5). Zawiera ogólną klauzulę dotyczącą penalizacji „pionowej” tego rodzaju czynów, czyli kar (art. 6). Statuuje odpowiedzialność osób prawnych za niektóre rodzaje nadużyć (art. 7–8) i określa związane z tym sankcje (art. 8). Wyznacza zakres jurysdykcji państw członkowskich w sprawach o przestępstwa dotyczące bezgotówkowych środków płatniczych (art. 9). Przewiduje regulacje dotyczące ekstradycji i pomocy wzajemnej w sprawach tych przestępstw (art. 9–12). Wreszcie zobowiązuje państwa członkowskie do dostosowania własnego ustawodawstwa do postanowień Decyzji w terminie do dnia 2 czerwca 2003 r. i zapowiada ocenę poczynąń dostosowawczych państw członkowskich w tym zakresie przez Komisję Europejską w formie sprawozdania (art. 14).

1. Zakres kryminalizacji

Decyzja przewiduje obszerny katalog naruszeń prawa, które w wyniku implementacji jej postanowień przez państwa członkowskie powinny stać się przestępstwami na obszarze Unii Europejskiej i Gibraltaru⁶.

Podstawową kategorię stanowią przestępstwa, których przedmiotem wykonawczym jest instrument płatniczy⁷. Są to następujące czyny zabronione:

- kradzież lub inne bezprawne przywłaszczenie instrumentu płatniczego,
- podrobienie lub przerobienie instrumentu płatniczego w celu posłużenia się nim do dokonania oszustwa,
- otrzymanie, uzyskanie, posiadanie, przewóz, sprzedaż lub przekazanie innej osobie nielegalnie uzyskanego instrumentu płatniczego, oraz
- użycie skradzionego, przywłaszczonego lub sfalszowanego instrumentu płatniczego w celu dokonania oszustwa.

Druga grupa przestępstw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi obejmuje nadużycia popełniane z wykorzystaniem systemów komputerowych, w tym bankomatów. Istotę tych czynów zdefiniowano w art. 3 jako dokonanie lub powodowanie w następstwie transferu pieniędzy lub wartości pieniężnych szkody

⁶ Art. 13 decyzji ramowej.

⁷ Definicja instrumentu płatniczego, zgodnie z art. 1 decyzji ramowej, obejmuje wszelkie inne niż konwencjonalne środki płatnicze (banknoty i monety) instrumenty mające postać przedmiotów materialnych, które ze względu na swoje właściwości umożliwiają ich posiadaczom dokonywanie transferów pieniędzy lub wartości pieniężnych, m.in. karty kredytowe, karty euroczekowe oraz inne karty wydawane przez instytucje finansowe, чеки podróżne, чеки, euroчеки, inne чеки i weksle, które są zabezpieczone przed podrobieniem i wykorzystaniem w celach przestępczych, przez swój wzór, kodowanie lub podpis.

majątkowej innej osobie, w zamiarze przysporzenia bezprawnej korzyści majątkowej sprawcy przestępstwa lub osobie trzeciej. Podejmowane w tym celu przez sprawcę czynności wykonawcze określono alternatywnie jako: a) nieuprawnioną ingerencję w dane (wprowadzenie, zmiana, usunięcie lub zablokowanie danych, w szczególności spełniających funkcje identyfikacyjne), b) bezprawną ingerencję w funkcjonowanie programu lub systemu komputerowego.

Decyzja ramowa przewiduje też (art. 4) szeroki zakres penalizacji czynności przygotowawczych. Zaliczono do nich tworzenie, otrzymywanie, uzyskiwanie, sprzedaż lub przekazywanie innej osobie albo posiadanie w celu przestępczym:

- narzędzi, przedmiotów, programów komputerowych lub innych środków specjalnie dostosowanych do dokonywania fałszerstw instrumentów płatniczych;
- programów komputerowych służących do popełniania przestępstw określonych w art. 3, a więc z wykorzystaniem systemów informatycznych.

Za standard normatywny uznano karalność usiłowania i podżegania do większości wyżej wymienionych typów przestępstw, łącznie z karalnością podżegania do czynności przygotowawczych określonych w art. 4.

2. Kary

Decyzje ramowe mają służyć urzeczywistnianiu idei sprawiedliwości, a więc względnie jednolitego traktowania sprawców tych samych przestępstw przez wymiar sprawiedliwości państw członkowskich⁸. Przedmiotem harmonizacji prawa karnego państw Unii są w związku z tym zarówno znamiona czynów zabronionych, jak i kary przewidziane za ich popełnienie (art. 31 ust. 1 lit. e TUE). Omawiana decyzja ramowa posługuje się w tym względzie ogólną formułą, która zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia „skutecznych, proporcjonalnych i zniechęcających” sankcji karnych za przewidziane w niej przestępstwa. Jednocześnie wskazuje, by co najmniej w przypadkach poważnych były to kary pozbawienia wolności z prawem do ekstradycji. Spełnienie tego ostatniego warunku oznacza zagrożenie karą pozbawienia wolności w wysokości co najmniej roku.

3. Odpowiedzialność osób prawnych

Zasada stosowania „skutecznych, proporcjonalnych i zniechęcających sankcji” nie dotyczy wyłącznie sprawców przestępstw będących osobami fizycznymi, lecz także osób prawnych. Decyzja ramowa przewiduje odpowiedzialność osób prawnych za wszystkie określone w niej przestępstwa z wyjątkiem kradzieży i bezprawnego przywłaszczenia instrumentu płatniczego. Przedmiotowym wa-

⁸ Zob. Commission of the European Communities, *Green paper on the approximation, mutual recognition and enforcement of criminal sanctions in the European Union*, Brussels, 30 kwietnia 2004 r. COM (2004) 334 final. Por. też E. Zielińska, *Harmonizacja sankcji karnych w Unii Europejskiej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa*. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka, Kraków 2006, s. 707–711.

runkiem odpowiedzialności osoby prawnej jest popełnienie przestępstwa na jej korzyść przez osobę fizyczną, działającą indywidualnie albo jako część organu osoby prawnej, pełniącą w niej funkcje kierownicze albo mającą prawo do reprezentowania lub podejmowania w imieniu osoby prawnej decyzji albo sprawowania w jej ramach kontroli. Ponadto decyzja ramowa zobowiązuje państwa członkowskie do uznania za podstawę odpowiedzialności osób prawnych brak nadzoru lub kontroli ze strony wyżej wymienionych osób, gdy umożliwiło to popełnienie przestępstwa związanego z instrumentami płatniczymi przez osobę im podległą. Tak szeroki zakres odpowiedzialności osób prawnych za przestępstwa związane z instrumentami płatniczymi zdaje się uzasadniać okoliczność, że w praktyce często dochodzi do popełniania tych przestępstw przez osoby reprezentujące akceptantów kart płatniczych.

W katalogu sankcji stosowanych wobec osób prawnych oprócz grzywny wymienia się: a) cofnięcie upoważnienia do przyjmowania korzyści lub pomocy publicznej; b) czasowy lub stały zakaz wykonywania działalności handlowej; c) objęcie nadzorem sądowym; d) sądowy nakaz likwidacji. Przyjmuje się przy tym zasadę niezależnej odpowiedzialności osoby prawnej od odpowiedzialności osób fizycznych będących sprawcami, podżegaczami lub pomocnikami w popełnianiu przestępstw określonych w art. 2 lit. b), c) i d) oraz art. 3 i 4.

II. WPŁYW DECYZJI RAMOWEJ 2001/413/WSISW NA USTAWODAWSTWO KARNE PAŃSTW CZŁONKOWSKICH

Decyzje ramowe powinny być implementowane w przewidzianym terminie, co w omawianym przypadku wymagało od państw członkowskich uchwalenia i wprowadzenia w życie niezbędnych w tym celu przepisów prawnych do dnia 2 czerwca 2003. Tylko pięć państw (Francja, Irlandia, Niemcy, Włochy i Zjednoczone Królestwo) spośród dawnej „piętnastki” warunek ten spełniło, wprowadzając w przewidzianym terminie środki prawne niezbędne do zharmonizowania własnego ustawodawstwa z decyzją ramową⁹. Dwa państwa członkowskie (Finlandia, Austria) uczyniły to po terminie. Belgia oświadczyła, że jej ustawodawstwo karne jest zgodne z postanowieniami decyzji ramowej i nie wymaga zmian związanych z jej transpozycją. Grecja i Luksemburg poinformowały Komisję, że prace nad dostosowaniem ich ustawodawstwa zostaną zakończone w 2003 r. (co jednak nie nastąpiło). Dania i Portugalia w ogóle nie odpowiedziały Komisji, mimo ciążącego na państwach członkowskich obowiązku przekazania Sekretariatowi Generalnemu Rady oraz Komisji treści przepisów stanowiących efekt transpozycji decyzji ramowej do ustawodawstwa wewnętrznego w przewidzianym do tego terminie.

W rezultacie opublikowane w 2004 r. sprawozdanie Komisji Europejskiej, które zawiera ocenę stopnia dostosowania prawa karnego państw członkowskich do postanowień omawianej decyzji ramowej, dotyczy dziewięciu państw (Finlandia,

⁹ Commission of the European Communities, *The Report from the Commission based on Article 14 of the Council Framework Decision of 28 May 2001 combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment* {SEC(2004) 532} Brussels, 30 kwietnia 2004 r. COM(2004) 346 final.

Francja, Hiszpania, Holandia, Irlandia, Niemcy, Szwecja, Włochy i Zjednoczone Królestwo)¹⁰. Sprawozdanie uzupełniające, ogłoszone przez Komisję w lutym 2006 r., ocenia sytuację prawną w kolejnych trzynastu państwach – siedmiu zaliczanych do „starych” członków Unii (Austria, Belgia, Dania, Grecja, Holandia, Luksemburg i Portugalia) i sześciu „nowych” (Cypr, Czechy, Litwa, Łotwa, Polska i Słowacja)¹¹. Niniejsze opracowanie oprócz analizy obu wyżej wspomnianych sprawozdań opiera się na dostępnej literaturze przedmiotu i szczegółowo przedstawia niektóre zmiany, jakie w związku z implementacją decyzji ramowej nastąpiły w prawie karnym Austrii, Danii, Finlandii i Łotwy.

1. Zakres kryminalizacji nadużyć związanych z kartami płatniczymi w krajach członkowskich Unii Europejskiej

1.1. Kradzież lub inne bezprawne przywłaszczenie (art. 2a)

Statystyki i badania kryminologiczne wskazują, że poważnym źródłem strat emitentów kart płatniczych są oszustwa i wyłudzenia popełniane przy użyciu kart, które ich posiadacze utracili w wyniku przestępstwa, najczęściej kradzieży, włamania, rozboju i przywłaszczenia¹².

Klasyczny schemat oszustwa związanego z plastikowym pieniądzem składa się zazwyczaj z kilku etapów. Sprawca przestępstwa, aby osiągnąć swój cel, musi najpierw wejść w posiadanie cudzej karty lub stworzyć jej duplikat, a następnie wyłudzić z jej pomocą towar lub pieniądze¹³. W związku z tym pięć najczęściej wyróżnianych w literaturze przedmiotu postaci nadużyć popełnianych z wykorzystaniem kart płatniczych stanowią transakcje dokonywane za pomocą kart:

- 1) skradzionych ich posiadaczom lub przez nich zgubionych,
- 2) uzyskanych podstępem od wydawcy na podstawie wniosku zawierającego fałszywe dane,
- 3) przechwyconych podczas przesyłania pocztą użytkownikowi,
- 4) sfalszowanych, oraz

¹⁰ Commission Staff Working Paper, *Annex II to The Report from the Commission based on Article 14 of the Council Framework Decision of 28 May 2001 combating fraud and counterfeiting of non cash means of payment* {COM(2004) 346 final} Brussels, 30 kwietnia 2004 r. COM(2004) 346 final.

¹¹ Komisja Wspólnot Europejskich, *Sprawozdanie Komisji. Drugie sprawozdanie oparte na art. 14 decyzji ramowej Rady z dnia 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania fałszowania i oszustw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi* {SEC (2006)188} Bruksela, 20 lutego 2006 r. COM (2006) 65 wersja ostateczna. W sprawozdaniu zabrakło odpowiedzi czterech nowych państw członkowskich: Estonii, Malty, Słowenii i Węgier.

¹² Por. M. Levi, *The Prevention of Plastic and Cheque Fraud: A briefing paper, Prepared for Home Office Research, Development and Statistics Directorate*, <http://www.homeoffice.gov.uk/rds/prgpdfs/ah467.pdf>; A. Adamski, *Zapobieganie przestępstwom z wykorzystaniem kart płatniczych – analiza problemu na tle porównawczym*, w: *Przestępstwa z wykorzystaniem kart płatniczych*, Materiały konferencji naukowej, Szczytno 2001; We Francji w latach 2002–2004 straty związane z utratą karty stanowiły blisko 50% ogólnej wartości szkód spowodowanych przestępstwami z wykorzystaniem elektronicznych instrumentów płatniczych – szacowano je na ok. 37 mln euro (Banque de France, *Fraud Statistics for 2004, Observatory of Payment Card Security Report*, 2004, s. 17–18).

¹³ M. Levi, *Plastic fraud in Europe: The debate on standards, confidence building, losses and costs*, Paper presented at EC Conference, listopad 2000.

5) transakcje z wykorzystaniem numerów kart w celu wyłudzenia towarów lub usług zamawianych na odległość¹⁴.

Kryminalizacja kradzieży lub innej formy bezprawnego przywłaszczenia karty płatniczej może zatem spełniać funkcje prewencyjne, przyczyniając się do ograniczania kosztów przestępczości związanej z kartami płatniczymi. Ustawodawstwo karne państw członkowskich Unii Europejskiej na ogół realizuje ten postulat. W większości państw kradzież lub przywłaszczenie karty płatniczej wypełnia znamiona typu podstawowego przestępstwa kradzieży lub przywłaszczenia, niekiedy traktowanego jako przypadek mniejszej wagi (*petty theft*)¹⁵. W zależności od sposobu działania sprawcy, np. stosującego przemoc, może być również uznane za kwalifikowaną formę kradzieży, a więc rozbój albo kradzież z włamaniem¹⁶. Wyjątkowy charakter mają regulacje prawne tych państw, w których kradzież karty płatniczej (Czechy¹⁷, Łotwa¹⁸) bądź karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z bankomatu (Polska¹⁹) stanowi odrębną odmianę przestępstwa kradzieży. Tego rodzaju kazuistyka ma w przypadku polskiej regulacji karnej pewne mankamenty. Może bowiem powodować problemy związane z kwalifikacją prawną kradzieży niektórych rodzajów kart (np. niemających funkcji bankomatowych) albo przypadków przywłaszczenia karty płatniczej, skoro przepis szczególny penalizuje wyłącznie kradzież karty²⁰.

1.2. Fałszerstwo instrumentu płatniczego w celu dokonania oszustwa (art. 2b)

Wprowadzenie do ustawodawstwa karnego krajów członkowskich Unii Europejskiej przepisów bezpośrednio penalizujących fałszerstwa kart płatniczych było jednym z celów decyzji ramowej. W komentarzu do decyzji negatywnie oceniono dotychczasowy stan regulacji prawnej w tej dziedzinie, który „zmuszał kraje członkowskie do stosowania przepisów odnoszących się do tradycyjnych przestępstw związanych z dokumentami, na ogół nieadekwatnych do inkryminowania przestępstw związanych z nowymi technologiami”²¹. Okazuje się jednak, że decyzja ramowa miała relatywnie niewielki wpływ na zmianę tego stanu

¹⁴ M. Levi, *Organising plastic fraud: Enterprise criminals and the side-stepping of fraud prevention*, „The Howard Journal of Criminal Justice” 1998, t. 34, nr 4.

¹⁵ Art. 203 portugalskiego k.k. – por. J.A. Cabral, *Computer fraud*, w: J.C.F. Olive, E. Musco, B. Kunicka-Michalska, J.A. Cabral and other Authors, *Penal Legislation in the Fight Against Financial Crimes, Fraud and Corruption, Computer Fraud and Internet Crimes*, Grotius II Penal Programme, Universidad de Salamanca Fundación General, Spain, Italy, Portugal and Poland, 2004, s. 191.

¹⁶ Dania (art. 276 i art. 278 k.k.), Francja (art. 311-1, 311-3 k.k.), Hiszpania art. 234, art. 237 i art. 252 k.k.), Holandia (art. 310 i 321), Niemcy (art. 242 i art. 246 k.k.), Szwecja (rozdz. 8, art. 1 i 3 k.k.).

¹⁷ Art. 249b k.k. Republiki Czecho.

¹⁸ Art. 193 ust. 2 k.k. Łotwy (*For a person who commits theft, destruction, damage or unlawful utilisation of financial instruments or means of payment of another person, the applicable sentence is deprivation of liberty for a term not exceeding ten years, with or without confiscation of property*).

¹⁹ Art. 278 § 5 k.k.

²⁰ Por. S. Łagodziński, *Kontrowersje wokół przywłaszczenia – art. 284 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 2, s. 72.

²¹ *Report on the proposal for a Council framework decision on combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment*. European Parliament. Committee on Citizens' Freedoms and Rights, Justice and Home Affairs, Final As-0107/200, 13 kwietnia 2000 r., s. 11.

rzeczy. Spośród dziewięciu państw członkowskich (Austria, Francja, Hiszpania, Irlandia, Litwa, Łotwa, Niemcy, Włochy i Zjednoczone Królestwo), których ustawodawstwo przewiduje wyraźny zakaz fałszowania kart płatniczych²², cztery (Austria, Litwa, Łotwa i Niemcy) wprowadziły go w ramach implementacji decyzji ramowej. Zarazem tylko znowelizowane przepisy niemieckiego kodeksu karnego nie pozostawiają wątpliwości co do tego, że ochrona prawna przed fałszerstwami obejmuje wszelkie rodzaje kart płatniczych. Zakazy dotyczą bowiem kart kredytowych, debetowych, euroczekowych i bankomatowych²³. Nie jest to regułą w ustawodawstwie karnym innych państw członkowskich. We Francji, Hiszpanii, Irlandii i Zjednoczonym Królestwie zakaz fałszowania kart obowiązywał wcześniej, przed przyjęciem decyzji ramowej z 28 maja 2001 r., lecz dotyczył głównie kart kredytowych i w tej postaci został utrzymany²⁴. Z drugiej strony, fałszerstwo karty płatniczej niezależnie od jej rodzaju stanowi czyn zabroniony w Belgii, Danii, Szwecji i Holandii, w których fałszowanie kart płatniczych nie zostało uznane za odrębny typ przestępstwa i jest ścigane na podstawie przepisów o fałszerstwie dokumentów²⁵. Z kolei w Hiszpanii i Portugalii do przypadków fałszerstw kart płatniczych stosuje się przepisy o fałszerstwie pieniędzy²⁶. Również w Polsce brakuje wyraźnego unormowania kodeksowego w przedmiocie fałszerstwa kart płatniczych. W 2003 r. Sąd Najwyższy przesadził jednak tę kwestię w płaszczyźnie interpretacyjnej. Potwierdził wyrokiem stosowaną często przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości kwalifikację, wskazując na art. 310 § 1 k.k. – przepis penalizujący fałszowanie pieniędzy i „innych środków płatniczych”, jako podstawę oceny prawnej czynu polegającego na podrobieniu lub przerobieniu karty płatniczej²⁷.

1.3. Otrzymanie, uzyskanie, posiadanie, przewóz, sprzedaż lub przekazanie innej osobie nielegalnie uzyskanej karty płatniczej (art. 2c)

Ustawodawstwo karne sześciu państw członkowskich (Austria, Finlandia, Francja, Irlandia, Niemcy i Włochy) przewiduje karalność większości wymienionych czynności wykonawczych w odniesieniu do kart płatniczych uzyskanych w wyniku kradzieży, przywłaszczenia lub fałszerstwa. O penalizacji niektórych

²² Niekiedy tylko w zakresie podrabiania kart (Hiszpania).

²³ Stwierdza to wyraźnie art. 152a ust. 4 niemieckiego kodeksu karnego, który definiuje na użytek prawa karnego pojęcie karty płatniczej.

²⁴ Sytuacja prawna pod tym względem zmieniła się w Anglii i Walii na skutek włączenia kart debetowych do katalogu instrumentów płatniczych, jaki zawiera art. 5 the Forgery and Counterfeiting Act z 1981 r. (Annex Ia, s. 8–9).

²⁵ Annex IIa, s. 7–8; Annex IIb, s. 3–4.

²⁶ Izba Kasa Sądu Najwyższego Hiszpanii w wyroku z 28 czerwca 2002 r. uznała zmianę zapisu na ścieżce magnetycznej karty płatniczej za naruszenie dyspozycji art. 386 k.k. – przepisu penalizującego fałszerstwo pieniędzy, M.J. Vallejo, *Falsificación de tarjetas de credito o debito: La alteración de los datos contenidos en la banda magnetica constituye falsificación de moneda* (art. 386 CP) <http://criminet.ugr.es/recpc/jp04/recpc04-j10.pdf>.

²⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Kasa z dnia 7 października 2003 r. (VKK39/2003), OSNKW 2003, nr 11, poz. 101.

z wymienionych wyżej czynów można mówić w przypadku Czech²⁸, Danii²⁹, Łotwy³⁰ i Polski (niekaralność posiadania, otrzymania i przewozu kart skradzionych lub przywłaszczonych). Największe luki prawne, uniemożliwiające ściganie zachowań osób uczestniczących w obrocie nielegalnie uzyskanymi egzemplarzami kart płatniczych, wykazuje ustawodawstwo karne Hiszpanii, Holandii, Portugalii, Szwecji i Zjednoczonego Królestwa.

1.4. Posłużenie się skradzioną, przywłaszczoną lub sfalszowaną kartą płatniczą w celu dokonania oszustwa (art. 2d)

Dziesięć państw (Austria, Czechy, Finlandia, Francja, Irlandia, Litwa, Niemcy, Portugalia Włochy i Zjednoczone Królestwo) traktuje dokonanie oszustwa przy użyciu nielegalnie uzyskanej karty płatniczej jako samoistny typ przestępstwa. W Hiszpanii³¹, Holandii³², Polsce³³ i Szwecji³⁴ tego rodzaju czyn, w szczególności polegający na płaceniu za towary lub usługi za pomocą skradzionej, przywłaszczonej lub sfalszowanej karty, będzie oceniany jako tradycyjne oszustwo lub jego usiłowanie. Finlandia i Łotwa przyjęły szerszą formułę oszukańczego posłużenia się instrumentem płatniczym; zabronione pod groźbą kary jest posługiwanie się bezgotówkowym środkiem płatniczym bez zgody jego legalnego posiadacza³⁵.

1.5. Oszustwo komputerowe z wykorzystaniem instrumentów płatniczych (art. 3)

Ustawodawstwo Austrii, Belgii, Danii, Francji, Finlandii, Niemiec, Irlandii, Łotwy, Włoch, Hiszpanii i Zjednoczonego Królestwa przewiduje karalność przestępstw określonych w art. 3 decyzji ramowej. Niektóre z tych państw (Austria, Francja, Finlandia, Irlandia) dokonały w tym celu nowelizacji kodeksów karnych. Inne osiągają ten sam skutek dzięki szerokiej definicji oszustwa komputerowego (Hiszpania³⁶, Łotwa³⁷, Niemcy³⁸, Portugalia³⁹, Szwecja⁴⁰), która obejmuje niele-

²⁸ Art. 249b czeskiego k.k. penalizuje bezprawne posiadanie cudzej karty płatniczej.

²⁹ Głównie na podstawie przepisów o paserstwie (art. 290 duńskiego k.k.).

³⁰ Na podstawie art. 193 ust. 3 łotewskiego k.k., odpowiedzialności karnej podlega (m.in.) obrót sfalszowanymi kartami płatniczymi.

³¹ Art. 248 hiszpańskiego k.k.

³² Art. 310 lub 326 holenderskiego k.k.

³³ Art. 286 § 1 k.k.

³⁴ Rozdz. 9 art. 1 szwedzkiego k.k.

³⁵ Rozdz. 37 art. 8.1.1. fińskiego k.k.; art. 193 ust. 2 łotewskiego k.k.

³⁶ Art. 248 § 2 hiszpańskiego k.k.

³⁷ Przepis penalizujący oszustwo komputerowe (art. 1771 został wprowadzony do łotewskiego kodeksu karnego w 2005 r.).

³⁸ Art. 263a niemieckiego k.k.

³⁹ Art. 221 § 1 portugalskiego k.k.

⁴⁰ Rozdz. 9 art. 1 szwedzkiego k.k.: *A sentenced for fraud shall also be imposed on a person who, by delivering incorrect or incomplete information, or by making alterations to a programme or recording or by other means, unlawfully affects the result of automatic data processing or any other similar automatic process so that gain accrues to the offender and loss is entailed by any other person* (Law 1986:123).

galne oddziaływanie na funkcjonowanie programów lub systemów komputerowych przez wprowadzanie, modyfikowanie, usuwanie lub blokowanie danych. Podobne rozwiązanie przewiduje art. 287 polskiego kodeksu karnego – najbardziej adekwatna, jak się wydaje, podstawa prawna ścigania wyłudzeń pieniędzy z bankomatów⁴¹.

Kodeks kamy Finlandii reguluje bardzo szczególne zagadnienie, jakim jest odpowiedzialność karna legalnego posiadacza karty za „debetowanie własnego rachunku”. Osoba, która za pomocą własnej karty płatniczej przekracza limit uzgodnionego kredytu i powoduje przez to szkodę innej osobie, podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do lat dwóch. Może ona jednak uniknąć kary, jeśli niezwłocznie naprawi szkodę⁴².

1.6. Karalność czynności przygotowawczych (art. 4)

Ustawodawstwo większości państw, które przekazały informacje na temat transpozycji decyzji ramowej Komisji Europejskiej, przewiduje karalność czynności przygotowawczych do dokonywania fałszerstw instrumentów płatniczych. Artykuł 4 ust. 1 decyzji zalicza do nich tworzenie, otrzymywanie, uzyskiwanie, sprzedaż lub przekazywanie innej osobie albo posiadanie w celu przestępczym specjalnie w tym celu przystosowanych narzędzi, przedmiotów, programów komputerowych lub innych środków. Ustęp 2 tego artykułu dodatkowo wymienia programy komputerowe służące do popełniania przestępstw związanych z wykorzystaniem systemów informatycznych.

Zalecenia te zostały uwzględnione w ustawodawstwie kilku państw. Niemcy w celu implementacji art. 4 ust. 2 decyzji ramowej uzupełniły art. 263a k.k. (oszustwo komputerowe) o przepis (§ 3), który penalizuje tworzenie, przyjmowanie do użytku własnego lub użytku osób trzecich, oferowanie do sprzedaży lub przekazywanie innym osobom programów komputerowych służących do dokonywania oszustw komputerowych. Zakaz uzyskiwania, tworzenia, rozpowszechniania, używania i przechowywania danych, programów komputerowych oraz urządzeń służących do popełniania czynów niedozwolonych z wykorzystaniem instrumentów finansowych i środków płatniczych pojawił się w grudniu 2003 r. w ustawodawstwie karnym Łotwy⁴³. W Finlandii transpozycja art. 4 decyzji ramowej pociągnęła za sobą zmiany przepisów kodeksu karnego, które weszły w życie 1 lipca 2003 r. i polegały na wprowadzeniu karalności przygotowania oszustwa z wykorzystaniem instrumentów płatniczych (rozdz. 37 art. 11 k.k.).

Rozwiązanie jeszcze dalej idące niż to, jakie przewiduje art. 4 decyzji ramowej, przyjęto w Danii. Nowy przepis duńskiego kodeksu karnego (art. 301)⁴⁴ za-

⁴¹ A. Adamski, *Karalność nadużyć związanych z kartami płatniczymi w Polsce na tle standardów europejskich*, w: J. Kosiński (red.), *Przestępczość z wykorzystaniem elektronicznych instrumentów płatniczych*. III Międzynarodowa Konferencja Naukowa, Szczytno 2003.

⁴² Rozdz. 37, art. 8 k.k. Finlandii.

⁴³ Art. 1931 łotewskiego k.k.

⁴⁴ Ustawa L 352 z 19 maja 2004 r. nowelizująca k.k. Danii.

kazuje pod groźbą kary pozbawienia wolności do 18 miesięcy wytwarzania, uzyskiwania, posiadania lub przekazywania danych identyfikujących instrumenty płatnicze należące do innej osoby albo wygenerowanych kart płatniczych w celu ich bezprawnego użycia. Kwalifikowaną postacią tego przestępstwa (kara pozbawienia wolności do lat 6) jest przekazywanie danych większej liczbie osób lub popełnienie czynu w innych obciążających okolicznościach, za które uznaje się podstępne pozyskiwanie numerów cudzych PIN-ów i danych z kart płatniczych za pomocą spreparowanych czytników kart w bankomatach. Wspomniane unormowanie umożliwia ściganie czynności przygotowawczych do fałszowania kart metodą „białego plastiku”, tj. tego typu czynności, które w Polsce mogą być kwalifikowane na podstawie art. 310 § 4 lub art. 269b k.k. Drugi ze wskazanych przepisów będzie miał zastosowanie w odniesieniu do przypadków tzw. *phishingu*, czyli uzyskiwania podstępem cudzych danych (numeru karty płatniczej i numeru PIN) warunkujących korzystanie z usług bankowości internetowej.

III. ZAGROŻENIE KARNE ZA PRZESTĘPSTWA ZWIĄZANE Z KARTAMI PŁATNICZYMI

Zgodnie z Traktatem Amsterdamskim, proces harmonizacji prawa karnego państw członkowskich Unii Europejskiej ma dotyczyć zarówno definicji czynów zabronionych, jak i sankcji karnych przewidzianych za ich popełnienie (art. 31 (1) (e)TUE). Omawiana decyzja ramowa nie zniwelowała jednak różnic w poziomie represji karnej przewidzianej za przestępstwa związane z kartami płatniczymi w państwach członkowskich⁴⁵. Rozpiętość zagrożeń karnych za niektóre rodzaje tych przestępstw jest duża, co widać wyraźnie, gdy porównamy ze sobą kary, jakie za fałszowanie kart płatniczych przewidują przepisy kodeksów karnych Austrii, Polski i Hiszpanii.

Do czasu nowelizacji austriackiego kodeksu karnego, związanej z implementacją decyzji ramowej, fałszowanie kart płatniczych było kwalifikowane na podstawie przepisów penalizujących fałszerstwo dokumentu (§ 223) oraz fałszerstwo komputerowe (§ 225a) – czyny zagrożone karą pozbawienia wolności do roku. Wraz z wprowadzeniem do kodeksu karnego Austrii przepisów szczególnych, odnoszących się do fałszerstwa bezgotówkowych środków płatniczych, nastąpiło zaostrzenie represji karnej za podrabianie lub przerabianie kart płatniczych. Obecnie (§ 241a) za popełnienie tego przestępstwa w typie podstawowym grozi kara pozbawienia wolności do lat 3. Zagrożenie karne wzrasta do 5 lat pozbawienia wolności w przypadku typu kwalifikowanego – ze względu na „zawodowy” charakter działania sprawcy lub popełnienie przestępstwa w grupie zorganizowanej. Natomiast w Polsce pięć lat pozbawienia wolności to najniższa kara, jaką bez nadzwyczajnego jej złagodzenia można wymierzyć za sfalszowanie karty

⁴⁵ W odróżnieniu od późniejszych decyzji ramowych, wydanych po roku 2002, Decyzja ramowa z 18 maja 2001 r. nie określa minimalnej granicy górnego zagrożenia ustawowego za przestępstwa, których dotyczy. Zob. na ten temat S. Peers, *The European Union and the substantive criminal law: reinforcing the wheel?*, „Netherlands Yearbook of International Law” 2002, vol. XXXIII, s. 68; E. Zielińska, op. cit., s. 702 i n.

płatniczej⁴⁶. Górna granica ustawowego zagrożenia, jaką przewiduje stosowany w takich przypadkach art. 310 § 1 k.k., wynosi 25 lat pozbawienia wolności.

Tak znacznego zróżnicowania wysokości zagrożeń karnych nie można tłumaczyć generalnie innym poziomem represyjności prawa karnego obu państw. Jest ono raczej wynikiem włączenia (drogą wykładni przepisów prawa karnego) kart płatniczych w zakres prawnokamej ochrony pieniędzy przed fałszowaniem. W państwach, w których fałszerstwo karty płatniczej stanowi odrębny typ przestępstwa, jest ono na ogół obwarowane łagodniejszymi sankcjami niż przestępstwo fałszowania pieniędzy⁴⁷.

W Hiszpanii, w której – tak jak w Polsce – podstawą odpowiedzialności karnej za fałszerstwo kart płatniczych jest przepis ustanowiony w celu penalizacji fałszerstwa pieniędzy (art. 386 w zw. z art. 387 hiszpańskiego k.k.), postuluje się zmianę tego stanu rzeczy ze względu na wysokie zagrożenie ustawowe tego czynu (kara pozbawienia wolności od lat 8 do 12), niewspółmiernie surowe do rangi dóbr prawnie chronionych w przypadku kart płatniczych⁴⁸. Wydaje się, że jest to postulat zasługujący na uwagę także w polskich warunkach. Wszak przedmiotem zamachu omawianej kategorii przestępstw nie jest, jak w przypadku fałszerstwa pieniędzy, bezpieczeństwo obrotu pieniężnego państwa i stabilność światowego rynku walutowego. Jest nim natomiast obrót gospodarczy i interesy finansowe podmiotów gospodarczych uczestniczących w obrocie bezgotówkowym (banki, centra rozliczeniowe i akceptanci kart). Podmioty te z reguły występują w roli pokrzywdzonych omawianymi przestępstwami. Ponoszą jednak z tego tytułu relatywnie niewielkie straty (rzędu 0,1% ogólnej wartości obrotów), które są wliczane w koszty prowadzonej działalności gospodarczej bądź refundowane przez ubezpieczycieli. Ranga dóbr prawnych i abstrakcyjnie ujmowana ocena stopnia szkodliwości społecznej zamachów na autentyczność tradycyjnych i plastikowych pieniędzy nie jest więc, mimo podobieństw funkcjonalnych i językowych, jednakowa. Okoliczność ta powinna znaleźć odbicie w zróżnicowanym sankcjonowaniu karnym obu typów zamachów, przede wszystkim zaś w odrębnej typizacji fałszerstwa karty płatniczej i to raczej w rozdziale przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu niż pieniężnemu.

IV. WNIOSKI

Analiza wpływu decyzji ramowej z 28 maja 2001 r. na ustawodawstwo karne państw członkowskich Unii Europejskiej pozwala przede wszystkim poczynić pewne spostrzeżenia mające charakter „generalizacji empirycznych”, które

⁴⁶ Na karę pięciu lat pozbawienia wolności i 150 stawek dziennych grzywny (w wysokości 50 zł) Sąd Okręgowy w P. skazał sprawcę przerobienia 11 kart płatniczych w sprawie, w której Sąd Najwyższy wydał następnie cytowane wyżej postanowienie z dnia 7 października 2003 r., uznające kartę płatniczą za „inny środek płatniczy” w rozumieniu art. 310 § 1 k.k.

⁴⁷ Na przykład: w Austrii za fałszowanie pieniędzy grozi kara pozbawienia wolności od roku do lat dziesięciu (§ 232 k.k.), w Niemczech – od roku do lat 15, natomiast za fałszowanie kart płatniczych przepis art. 152a k.k. przewiduje karę pozbawienia wolności od roku do lat 10.

⁴⁸ E.J. Sanchez Ulled, *Fraudes eon tarjetas de credito*, Programa GROTIUS II – Penal, Portimao (Portugal), 11–14 września 2003 r. (referat niepublikowany).

odnoszą się zarówno do przebiegu, jak i zakresu procesu harmonizacji. Biorąc pod uwagę oba aspekty tego zagadnienia, można stwierdzić, że zaangażowanie poszczególnych państw członkowskich w implementację decyzji ramowej i realizację związanych z tym obowiązków, w tym także sprawozdawczych, wykazuje istotne zróżnicowanie.

Jeżeli chodzi o terminowość wypełniania zobowiązań, to większość państw członkowskich nie dokonała transpozycji decyzji ramowej na czas. Ponadto, z uwagi na brak kilku raportów krajowych na ten temat, dokładnie nie wiadomo, ile państw nie implementowało decyzji ramowej w ogóle. Można jednak stwierdzić, że jednym z nich jest Polska⁴⁹.

Uzasadnione wydaje się również stwierdzenie, że decyzja ramowa miała ograniczony wpływ na harmonizację prawa karnego państw członkowskich. Wpływ ten był relatywnie największy w przypadku fałszerstwa kart płatniczych i stosunkowo najmniejszy, gdy chodzi o kradzież lub inne bezprawne przywłaszczenie karty płatniczej.

Utrzymujące się różnice w zakresie kryminalizacji analizowanych czynów nie są znaczne i poza typami kwalifikowanymi, jakie występują w kodeksach karnych niektórych państw⁵⁰, generalnie dotyczą rodzajów instrumentów płatniczych będących przedmiotem ochrony prawnokamej oraz rodzajów czynności wykonawczych konstytuujących odpowiedzialność kamą. Ustawodawstwo państw członkowskich jest natomiast w większym stopniu zróżnicowane pod względem surowości penalizacji nadużyć związanych z kartami płatniczymi. Dysproporcje w wysokości zagrożeń karnych dotyczą głównie fałszerstw kart płatniczych i są efektem konserwatywnej polityki kryminalnej polegającej na traktowaniu ich jak przestępstwa przeciwko obrotowi pieniężnemu. W mniejszym stopniu stanowią funkcję ogólnego poziomu represyjności systemów karnych „starych” i „nowych” członków Unii Europejskiej. Gdy jednak oba te czynniki „nałożą” się na siebie, rozpiętość sankcji karnych, w szczególności górnego zagrożenia ustawowego, bywa niekiedy drastyczna (3 lata pozbawienia wolności w Austrii i 25 lat w Polsce za fałszerstwo kart płatniczych).

Tmdno w tej sytuacji nie brać na serio obaw związanych z negatywnymi konsekwencjami braku harmonizacji sankcji karnych w krajach członkowskich UE. Przy tak dużej ich rozpiętości wizja tzw. *forum shopping*, czyli dokonywania przez sprawcę wyboru miejsca popełnienia przestępstwa na obszarze Unii pod kątem wysokości zagrożenia ustawowego przewidzianego przez prawo za dany czyn, nabiera cech prawdopodobieństwa. W tym kontekście stosowana od 2003 r. zasada określania w decyzjach ramowych minimalnych górnych progów zagrożeń karnych

⁴⁹ Tzw. „prezydencki” projekt nowelizacji kodeksu karnego z 2001 r., który przewidywał wzmocnienie ochrony bezgotówkowego obrotu pieniężnego, pozostał bez wpływu na bieg procesu legislacyjnego w Polsce. Zob. A. Adamski, *Nadużycia...*, op. cit., s. 457 i n.

⁵⁰ Na przykład ze względu na popełnienie przestępstwa polegającego na podrobieniu lub bezprawnym użyciu instrumentu płatniczego przez członka zorganizowanej grupy przestępczej (art. 193 ust. 3 łotewskiego k.k.).

wyduje się krokiem we właściwym kierunku⁵¹ Z drugiej strony, można przyznać rację tym autorom, którzy w rozważaniach na temat *forum (jurisdiction) shopping* za główny czynnik determinujący ewentualne funkcjonowanie tego mechanizmu uznają raczej sprawność policji niż surowość przewidzianych prawem kar⁵².

Biorąc natomiast pod uwagę całokształt okoliczności towarzyszących implementacji omawianej decyzji ramowej, trudno powstrzymać się od refleksji, że bez rzetelnej transpozycji decyzji ramowych do ustawodawstwa wewnętrznego harmonizacja prawa karnego państw członkowskich pozostanie raczej hasłem politycznym niż przejawem rzeczywistych tendencji integracyjnych w ramach Unii Europejskiej.

HARMONIZATION OF CRIMINAL LAW IN THE EUROPEAN UNION – OFFENCES RELATED WITH PAYMENT CARDS

The focus of this paper is on implementation of the Council Framework Decision of 28 May 2001 combating fraud and counterfeiting of non-cash means of payment (FD) by the member States (MS) and its harmonization effects. The main findings of the analysis based on the Commission evaluation reports, national criminal legislation and available literature are the following:

1. Some member States did not manage to transpose the FD on time. Due to missing reports from some MS it is not possible to state how many countries have not implemented the FD at all. However, it is clear that Poland has been one of them.
2. The FD had limited influence on the harmonization of MS' penal law.
3. The FD had the biggest influence on counterfeiting of payment cards, and in case of payment card theft or another unlawful card appropriation the influence was relatively insignificant.
4. Criminal legislation of MS is currently better harmonized than it was before 2001. Nevertheless, the differences in the legal systems of individual countries are still present both on the horizontal and vertical levels of penalisation.
5. The differences in the scope of criminalisation of acts under study concern:
6. Significant differences in the severity of criminal sanctions between MS concern mainly counterfeiting of payment cards, and are the result of conservative criminal policy which considers payment card as an equivalent of money.
7. Without solid transposition of framework decisions at the national level the harmonization of criminal law in the MS will remain a political slogan rather than a sign of actual tendencies for integration within the European Union.

⁵¹ Por. A. Adamski, *Kilka uwag na temat harmonizacji prawa karnego materialnego w Unii Europejskiej*, w: J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia...*, op. cit., s. 32 i n.

⁵² Zob. K. Nuotio, *Harmonization of criminal sanctions in the European Union – criminal law science fiction*, w: J. Husabo, A. Strandbakken (red.), *Harmonization of Criminal Law in Europe*, Intersentia 2005, s. 91–94.

BARBARA KUNICKA-MICHALSKA

**OSZUSTWO KOMPUTEROWE.
REGULACJE PRAWA POLSKIEGO***

I

Oszustwo komputerowe, trafnie nazywane zamiennie wyłudzeniem komputerowym, jest jednym z podstawowych przestępstw komputerowych.

Oszustwa związane z wykorzystaniem komputera, obok takich przestępstw jak fałszerstwa komputerowe, zniszczenie danych lub programów komputerowych, sabotaż komputerowy, nieuprawnione wejście do systemu komputerowego, podsłuch komputerowy, bezprawne kopiowanie, rozpowszechnianie lub publikowanie prawnie chronionych programów komputerowych, znalazły się na liście tzw. minimalnej, zawierającej czyny, które powinny być traktowane jako poważne przestępstwa komputerowe, opracowanej przez Komitet Ekspertów Rady Europy w latach 80., który to Komitet w opublikowanym raporcie postulował penalizację pewnej działalności komputerowej, wśród niej tzw. przestępstw „długiej ręki”. Na drugiej liście, „fakultatywnej” (zawierającej działania mniej szkodliwe), znalazły się: modyfikacja danych lub programów komputerowych, bezprawne kopiowanie topografii półprzewodników¹, szpiegostwo komputerowe, używanie komputera bez zezwolenia oraz używanie bez upoważnienia programu komputerowego prawnie chronionego².

* Skróć tego referatu został wydrukowany w języku angielskim: Barbara Kunicka-Michalska, *Computer Fraud. Provisions of Polish Law* w: Juan Carlos Ferre Olive, Enzo Musco, Barbara Kunicka-Michalska, J.A. Cabral and other Authors, *Penal Legislation in the Fight Against Financial Crimes, Fraud and Corruption, Computer Fraud and Internet Crimes*, Grotius II Penal Programme, Universidad de Salamanca Fundación General, Spain, Italy, Portugal and Poland, 2004, s. 12 i n.

¹ Bliżej o tych przestępstwach zob. A. Adamski, *Przestępstwa komputerowe w projekcie kodeksu karnego na tle europejskich standardów normatywnych*, w: idem (red.), *Przestępczość komputerowa. Prawne aspekty nadużyć popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji*. Materiały z międzynarodowej Konferencji naukowej, Poznań 20–22 kwietnia 1994 r., s. 143–144.

² Zob. ibidem, s. 153–154 oraz M. Kliś, *Przestępczość w Internecie. Zagadnienia podstawowe*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2000, rok IV, z. 1, s. 7–8; J. Hajdukiewicz, *E-przestępczość, zagrożenia dla gospodarki*, *Biuletyn Polskiego Towarzystwa Kryminologicznego im. profesora Stanisława Batawii* 2001, nr 10, s. 7 i n., s. 79 i n.

Oszustwo w dziedzinie informatyki znalazło się też na liście minimalnej w Rezolucji Sekcji II (dotyczącej przestępstw komputerowych) XV Międzynarodowego Kongresu Prawa Karnego AIDP³.

Zgodnie z klasyfikacją Interpolu oszustwa przy użyciu komputera obejmują w szczególności: oszustwa bankomatowe, fałszowanie tzw. urządzeń wejścia lub wyjścia (jak np. kart magnetycznych lub mikroprocesorowych), oszustwa na maszynach do gier, oszustwa poprzez podanie fałszywych danych identyfikacyjnych, oszustwa w systemach telekomunikacyjnych. Zarazem Interpol traktuje przestępstwa internetowe jako formę popełnienia przestępstwa komputerowego⁴.

J.W. Wójcik daje następującą definicję oszustw komputerowych: „Oszustwa komputerowe to manipulacje informacjami zawartymi w komputerach. Polegają najczęściej na wykorzystaniu lub przywłaszczeniu danych o aktywach firmy (środki finansowe, manipulacje dot. depozytów, kredytów, długów, wyników bilansów). Polegać mogą również na kradzieży środków finansowych z rachunków bankowych, a także surowców, towarów oraz korzystaniu z cudzych kart kredytowych itp. Zalicza się tu także manipulacje takimi urządzeniami jak bankomaty i automaty do sprzedaży towarów oraz okradanie ich”⁵.

Oszustwo komputerowe jest ujęte w Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości, podpisanej przez Polskę w Budapeszcie w dniu 23 listopada 2001 r. Konwencja dotyczy przestępstw popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji i współpracy międzynarodowej w dziedzinie ich ścigania. Poprzedzona była opracowanymi przez Radę Europy zaleceniami dotyczącymi kontroli przestępczości komputerowej, to jest Zaleceniem z 1989 r. dotyczącym zakresu kryminalizacji nadużyć komputerowych i Zaleceniem z 1995 r. odnoszącym się do zagadnień procesowych związanych z technologią informacyjną. W Konwencji tej oszustwo komputerowe ujęte jest w Tytule 2 „Przestępstwa związane z komputerem”, Części I „Prawo karne materialne”, Rozdziału II „Środki podejmowane na szczeblu krajowym”, w art. 8. Art. 8 stanowi: „Każda Strona podejmie środki ustawodawcze i inne, niezbędne do uznania za przestępstwo w jej prawie krajowym umyślnego spowodowania utraty własności przez inną osobę na skutek: a. wprowadzenia, zmiany, usunięcia lub zablokowania danych informatycznych, b. innej ingerencji w funkcjonowanie systemu informatycznego, w oszukańczym lub nieuczciwym zamiarze bezprawnego uzyskania korzyści ekonomicznych dla siebie lub innej osoby”⁶.

³ Bliżej zob. B. Kunicka-Michalska, *Rezolucje XV Międzynarodowego Kongresu Prawa Karnego AIDP (Rio de Janeiro, 4–10 września 1994 r.)*, cz. I, „Przegląd Prawa Karnego” 1995, nr 12, s. 62 i n., zwłaszcza s. 70 i n. Referat polski na ten Kongres dla Sekcji II Kongresu opracował K. Buchała, *Poland, Computer Crimes and Other Crimes against Information Technology in Poland*, w: *Delits Informatiques et autres Infractions a la Technologie de l' Information*, Revue Internationale de Droit Penal, 1 i 2 semestr 1993, s. 507–516.

⁴ M. Kliś, *Przestępczość w Internecie...*, op. cit., s. 8. Zob. też S. Redo, *Zapobieganie i kontrola przestępczości komputerowej z perspektywy ONZ* (w jęz. angielskim), w: A. Adamski (red.), *Przestępczość komputerowa. Prawne aspekty nadużyć...*, op. cit., s. 71 i n.

⁵ J.W. Wójcik, *Przestępstwa komputerowe*, cz. I, *Fenomen cywilizacji*, Warszawa 1999, s. 93–94.

⁶ Korzystam z oficjalnego polskiego tłumaczenia.

Oszustwo komputerowe w Konwencji ujęte jest w sąsiedztwie fałszerstwa komputerowego, o którym mowa w art. 7 Konwencji. Art. 7 Konwencji brzmi: „Każda Strona podejmie środki ustawodawcze i inne, niezbędne do uznania za przestępstwo w jej prawie krajowym umyślnego i dokonanego bez uprawnienia wprowadzenia, zmiany, usunięcia lub zablokowania danych informatycznych, następstwem czego jest powstanie danych nieautentycznych, które mają być uznane lub wykorzystane w celach zgodnych z prawem jako autentyczne, bez względu na to czy można je bezpośrednio odczytać i zrozumieć. Strony mogą wprowadzić wymóg, że warunkiem zakwalifikowania czynu jako przestępstwa jest zamiar dokonania oszustwa lub występowanie podobnego nieuczciwego zamiaru”⁷. Jak widać, zwłaszcza z ostatniego zdania art. 7 Konwencji, przepis ten może być związany z oszustwem. W związku z posłużeniem się w cytowanym art. 8 Konwencji pojęciem „danych informatycznych” i „systemu informatycznego”, przypomnieć warto, że w rozumieniu Konwencji „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”, a „dane informatyczne” to dowolne przedstawienie faktów, informacji lub pojęć w formie właściwej do przetwarzania w systemie komputerowym, łącznie z odpowiednim programem powodującym wykonanie funkcji przez system informatyczny” (art. 1 Rozdziału I Konwencji)⁸.

Oszustwo komputerowe, jak trafnie podkreśla się w literaturze przedmiotu, jest ubocznym skutkiem informatyzacji systemów bankowych i finansowo-księgowych⁹, a główna trudność w jego ściganiu polega na tym, że poszkodowany (np. bank) nie chce ujawniać słabości własnego systemu, obawiając się utraty klientów¹⁰.

Jeśli ofiarą oszustwa komputerowego będzie bank, mówić będziemy o oszustwie komputerowym jako przestępstwie bankowym (o komputerowym oszustwie bankowym)¹¹.

Jako najczęstsze formy oszustwa komputerowego J. Jakubski wymienia: manipulację danymi, która polega na wprowadzeniu nieprawdziwych danych, by uzyskać nienależne korzyści majątkowe, np. wprowadzenie tzw. „martwych dusz” do systemu informatycznego ZUS-u albo manipulację danymi w kilku bankach; manipulację programem, która polega na takim przygotowaniu programu albo na jego modyfikacji, by program wykonywał określone czynności niezależnie od woli operatora, np. tzw. metoda „salami” (np. program sam zmniejsza rachunki

⁷ Zob. przyp. 6.

⁸ Zob. przyp. 6. Zob. też A. Adamski, *Międzynarodowa kontrola cyberprzestępczości*, w: T. Zasępa, R. Chmura (red.), *Internet i nowe technologie – ku społeczeństwu przyszłości*, Częstochowa 2003, s. 519 i n., zwłaszcza s. 528–529, *Przestępstwa związane z użyciem komputera*.

⁹ J. Jakubski, *Przestępczość komputerowa – próba zdefiniowania zjawiska*, w: R. Skubisz (red.), *Internet – problemy prawne*, Lublin 1999, s. 266 oraz bliżej J. Jakubski, *Przestępczość komputerowa – zarys problematyki*, „Prokuratura i Prawo” 1996, nr 12, s. 36.

¹⁰ M.in. J. Hajdukiewicz, *E-przestępczość...*, op. cit., s. 8.

¹¹ Zob. bliżej J. Bojarski, *Przestępstwa gospodarcze związane z działalnością banków*, Toruń 2001, s. 41 in.

o minimalne kwoty i przekazuje je na rachunek sprawcy); manipulację wynikiem, zwaną manipulacją urządzeniami wyjścia–wejścia, która polega na wykorzystywaniu ogólnie dostępnych peryferii komputerów i systemów, np. przestępstwa dokonywane za pomocą bankomatów (na szkodę banków i ich klientów) i oszustwa dokonywane przez właścicieli automatów do gier¹².

Zgodnie z ustaleniami M. Klisia, który zwraca uwagę na wprost nieograniczone możliwości dokonywania oszustw stwarzane przez Internet i na fakt, że oszustwo w sieci połączone jest integralnie z hackingiem komputerowym (który stanowi element konieczny do dokonania takiego przestępstwa), podstawowym oszustwem w cyberprzestrzeni jest posługiwanie się skradzionym wcześniej numerem karty kredytowej, a dysponowanie numerem karty pozwala na okradanie banków, kas i ubezpieczycieli, na wypożyczanie samochodów, na dokonywanie zakupów w sklepach internetowych. Kolejnym rodzajem oszustwa jest manipulacja programem (tak by system wykonywał określone czynności bez woli operatora), np. poprzez włamanie się do systemu bankowego podrzucenie programu obcinającego minimalne kwoty z rachunków bankowych, które przesyłane są na jedno konto. Autor ten wymienia też fałszerstwa listy płac jako klasyczne oszustwo omawianego typu (pobory tzw. „martwych dusz” przelewane są na konto przestępcy), a także inne przestępstwa wskazujące na nieograniczoną pomysłowość w ich popełnianiu, jak np. przekierunkowywanie rozmów telefonicznych z lokalnych providerów na numery pobierające dużo wyższe stawki¹³.

Szczególnie rozległa problematyka wiąże się z oszustwami związanymi z posługiwaniami się kartami płatniczymi (kredytowymi), w tym z użyciem posiadanych informacji o numerach kart kredytowych niebędących własnością sprawcy. Jako przykłady wyłudzenia mienia za pośrednictwem Internetu (art. 287 polskiego k.k.) w taki właśnie sposób w literaturze dotyczącej praktyki policyjnej podaje się wyłudzenia karnetów lotniczych, wydawnictw książkowych, wyłudzenia różnych towarów i usług w sklepach sieci komputerowej Internetu¹⁴. Także inne oszustwa związane z użyciem kart płatniczych (kredytowych), jako często występujące w praktyce, cieszą się dużym zainteresowaniem w polskich publikacjach prawniczych¹⁵. Co się tyczy natomiast oszustw na szkodę ZUS-u, wskazuje się

¹² K.J. Jakubski, *Przestępczość komputerowa – próba zdefiniowania zjawiska...*, op. cit., s. 266–268 i podana tam literatura oraz K.J. Jakubski, *Przestępczość komputerowa...*, op. cit., s. 36–38.

¹³ M. Kliš, *Przestępczość w Internecie...*, op. cit., s. 11–12.

¹⁴ J. Kosiński, *Przykład wykorzystania nowoczesnych technologii przetwarzania informacji do dokonania przestępstwa*, w: T. Zasępa (red.), R. Chmura (współpr. red.), *Internet. Fenomen społeczeństwa informacyjnego*, Częstochowa 2001, s. 601 i n., zwłaszcza s. 613–615.

¹⁵ Zob. m.in. A. Adamski, *Nadużycia związane z kartami płatniczymi i ich karalność*, w: A. Adamski (red.), *Przestępczość gospodarcza z perspektywy Polski i Unii Europejskiej*. Materiały z Konferencji międzynarodowej (Mikołajki 26–28 września 2000 r.), Toruń 2003; J. Kukulski, J. Pluta, *Karty płatnicze. Teoria i praktyka*, Warszawa 1998; R. Łuczak, M. Wojtas, K. Woźniak, *Przestępstwa związane z obrotem kartami płatniczymi*, Warszawa 1996; K.J. Jakubski, *Wyłudzenie towarów i usług na podstawie numerów kart kredytowych przez Internet*, w: R. Skubisz (red.), *Internet 2000. Prawo – ekonomia – kultura*, Lublin 2000, s. 249 i n.; K.J. Jakubski, *Przestępstwa związane z użyciem kart*, „Prawo Bankowe” 1998, nr 2; K.J. Jakubski, *Przestępstwa na szkodę bankowych systemów kart płatniczych, rynek kart płatniczych*. Dodatek do Prawa bankowego z października 2000 r., nr 3; K.J. Jakubski, *Ściganie oszustw w sieci (...)*; K.J. Jakubski, *Wybrane aspekty prawnej ochrony systemu kart płat-*

na takie występujące w praktyce policyjnej zachowania, jak wprowadzanie „martwych dusz” świadczeniobiorców lub fikcyjne zasiłki pogrzebowe¹⁶.

Jak wskazuje J. Kosiński (zwracając zarazem uwagę na dużą tzw. ciemną liczbę cyberprzestępstw), w latach 1999–2001 liczba stwierdzonych przestępstw oszustwa komputerowego kształtowała się na poziomie od 207 w 1999 r., do 323 w 2000 r. i 279 w 2001 r.¹⁷ Według statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości prawomocne skazania osób dorosłych za czyn z art. 287 k.k. były nieliczne. I tak np. w 1999 r. skazano 33 osoby, w roku 2003 – 46 osób, a w roku 2005 – 43 osoby.

W środkach masowego przekazu, na podstawie wywiadów z pracownikami Policji, podkreśla się, że największym problemem związanym z łamaniem prawa za pomocą Internetu jest działanie oszustów. Píše się o nielegalnych transakcjach oszustów internetowych oraz o wysokiej wykrywalności tych przestępstw. W 2002 r. stwierdzono 368 oszustw komputerowych¹⁸.

Niedawno środki masowego przekazu informowały zwłaszcza o instalowaniu w sieci specjalnych programów (dialerów, czyli programów modyfikujących numery wybierane przez modem służący użytkownikowi do połączenia z Internetem) instalowanych w sieci komputerowej przez operatorów bez informowania abonentów, że wchodząc na niektóre strony internetowe przełączani są na numery 0–700, co oznaczało dużo droższe opłaty za połączenia. I tak, zgodnie z informacjami prasowymi, Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów wszczął postępowanie przeciwko Telekomunikacji Polskiej S.A. i poczynił obserwacje operatorów (*sernice providerów*)¹⁹. Po skargach klientów korzystających z sieci Internet za pomocą modemów Urząd Regulacji Telekomunikacji i Poczty w okresie od 14 maja do 13 czerwca 2003 r. kontrolował świadczenie tych usług przez Telekomunikację Polską S.A. Prezes tego Urzędu m.in. wystąpił do ministra infrastruktury z propozycją wprowadzenia aktem prawnym uprawnienia abonenta do żądania nieodpłatnego zablokowania dostępu do numerów 0–700. Uznał za-

nicznych, w: E. Gruza, T.R. Tomaszewski (red.), *Problemy współczesnej kryminalistyki*, t. IV, Warszawa 2001, s. 117 i n.; J. Bojarski, *Przestępstwa gospodarcze...*, op. cit., s. 53 i n.; G. Rejman, *Falszowanie pieniędzy i papierów wartościowych* (art. 310 § 1 k.k.), „Przegląd Prawa Karnego” 2001, nr 21, s. 29 i n.; J. Skorupka, *Przestępstwa przeciwko obrotowi pieniędzmi i papierami wartościowymi. Rozdział XXXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2002 i podana tam literatura; J. Piórkowska-Flieger, *Falsz dokumentu w polskim prawie karnym*, Kraków 2004; M. Samcik, J. Iskra, *Karty płatnicze. Nowe prawo lepiej chroni klientów banków. Chlip, chlip, gdyby to był chip*, „Gazeta Wyborcza” z 27 sierpnia 2003 r., s. 22–23.

¹⁶ Zob. J. Liszewski, *Oszustwa popełniane z wykorzystaniem komputera w Polsce (dwa studia przypadków)*, w: A. Adamski (red.), *Przestępczość komputerowa. Prawne aspekty nadużyć...*, op. cit., s. 53 i n.

¹⁷ J. Kosiński, *Przestępczość komputerowa w statystyce policyjnej*, w: T. Zasępa, R. Chmura (red.), *Internet i nowe technologie – ku społeczeństwu przyszłości*, Częstochowa 2003, s. 539 i n. Co się tyczy problemów praktyki patrz też szczególnie K.J. Jakubski, *Ściganie oszustw w sieci* (wybrane zagadnienia), w: T. Zasępa, R. Chmura (red.), op. cit., s. 549 i n. oraz J.W. Wójcik, *Przestępstwa komputerowe...*, op. cit. Część I i Część II. *Techniki zapobiegania*, Warszawa 1999, i podana tam literatura.

¹⁸ P. Ożadowicz, *Śmieci sieci. Przestępczość. Internetowe paragrafy*, „Trybuna” z 18 sierpnia 2003 r., s. 4 (na podstawie wywiadu z M. Szyndlerem z Biura Prasowego Komendy Głównej Policji). Zob. też E. Grochala-Włodek, *Złodziej czyha w sieci*, „Gazeta Prawna” 2005, nr 54.

¹⁹ Zob. H.F., *Za rozrywkę w Internecie płaci się. Seksstrony kosztują drożej, lecz internauta musi o tym wiedzieć*, „Rzeczpospolita” z 29 lipca 2003 r., s. C2.

razem za niewystarczające takie działania Telekomunikacji Polskiej S.A., mające na celu poprawę ochrony interesów abonentów, jak ogłoszenie konkursu na program antydialerowy i zmiany umów z dostawcami usług 0–700 oraz autoryzacja dialerów²⁰.

Zbliżoną działalność prowadziły też wyspecjalizowane grupy tzw. telefonicznych włamywaczy, to jest hackerów podłączających się do cudzych telefonów²¹ lub organizatorzy nielegalnych central telefonicznych²².

W środkach masowego przekazu opisywane były też występujące w praktyce takie sposoby działania sprawców, jak oszukańcze wypożyczanie łodzi przez ogłaszające się w Internecie firmy, zajmujące się czarterowaniem łodzi. Opisywane były również przypadki oszustów sprzedających przez Internet fałszywe dokumenty (jak dyplomy wyższych uczelni), a także przede wszystkim dokonujących kradzieży pieniędzy z kont bankowych, z wykorzystaniem do tego bankomatów.

II

Przestępstwo oszustwa komputerowego zostało wprowadzone do polskiego ustawodawstwa karnego Kodeksem karnym z 1997 r. i ujęte w art. 287 tego kodeksu. W uzasadnieniu do rządowego projektu tego kodeksu podkreślono, że wprowadzenie przepisu o oszustwie komputerowym było niezbędne, ponieważ tradycyjne pojęcie oszustwa zawiera znamiona, które przy komputerowym oszustwie nie są spełniane, choć nienależna korzyść może być osiągnięta. (Chodzi o znamiona wprowadzenia w błąd innej osoby, wyzyskania jej błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, doprowadzenia jej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem)²³.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na dwie przyczyny (dwa powody) wprowadzenia tego nowego typu przestępstwa do polskiego k.k. Po pierwsze, chodziło o zobowiązania międzynarodowe dotyczące kryminalizacji nadużyć popełnianych z wykorzystaniem nowoczesnych technologii przetwarzania informacji, a po drugie, o konieczność uwzględnienia zagrożeń polegających na tym, że stało się technicznie możliwe dokonanie bezprawnych przesunień majątkowych poprzez wprowadzenie odpowiednich dyspozycji do oprogramowania obsługi operacji finansowych, czy też obsługi zgromadzonego kapitału bankowego²⁴,

²⁰ T.ŚW. *Blokada powinna być za darmo. Telekomunikacja. Dialerowa kontrola URTiP*, „Rzeczpospolita” z 19–20 lipca 2003 r., s. B3.

²¹ Bliżej zob. R. Krupa-Dąbrowska, *Telefoniczni włamywacze nie mają wakacji. Właściwe zabezpieczenie aparatu może ustrzec przed niespodziewanie wysokim rachunkiem*, „Rzeczpospolita” z 13–14 lipca 2002 r. (żółte strony). Zob. też M. Białkowski, *Oszustwo komputerowe*, GS 2002, nr 6.

²² Zob. J.W. Wójcik, *Przestępstwa w biznesie, zapobieganie*, tom I, *Afery gospodarcze, łańcuszki, piramidy, parabanki. Oszustwa ubezpieczeniowe, manipulacje giełdowe*, bez daty, s. 38.

²³ Por. *Kodeks Karny, Kodeks Postępowania Karnego, Kodeks Karny Wykonawczy. Nowe kodeksy karne – z 1997 r. z uzasadnieniem*, Warszawa 1997, s. 206–207.

²⁴ M.in. S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu w kodeksie karnym (wybrane zagadnienia)*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 2, s. 16; zob. P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 11–12, s. 43 i n.

czyli mówiąc w skrócie o przystosowanie naszego prawa karnego do nowoczesnych form ataku, powstałych w wyniku rozwoju technologii cyfrowych²⁵.

Art. 287 § 1 k.k. był zmieniany ustawą z 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks kamy, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz.U. Nr 69, poz. 626), która to ustawa weszła w życie w dniu 1 maja 2004 r., czyli w dniu wejścia Polski do Unii Europejskiej (zob. art. 1 pkt 11 tej ustawy). Po tej zmianie art. 287 § 1 k.k. ma treść następującą: „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody, bez upoważnienia, wpływa na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub zmienia, usuwa albo wprowadza nowy zapis danych informatycznych, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Przed wspomnianą zmianą przepis ten stanowił: „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody, bez upoważnienia, wpływa na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przesyłanie informacji lub zmienia, usuwa albo wprowadza nowy zapis na komputerowym nośniku informacji, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Z kolei § 2 (który nie był zmieniany wspomnianą ustawą) stanowi: „W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”. Zgodnie z § 3 (który także nie był zmieniany): „Jeżeli oszustwo popełniono na szkodę osoby najbliższej, ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”. Wspomniana zmiana w § 1 cytowanego przepisu związana była z Konwencją dotyczącą cyberprzestępczości.

Jak widać, w kodeksie jest mowa o celu osiągnięcia korzyści majątkowej. W związku z tym wskazać warto, że od 1 lipca 2003 r. (czyli od dnia wejścia w życie ustawy z 13 czerwca 2003 r. zmieniającej m.in. kodeks kamy) przez pojęcie korzyści majątkowej (lub osobistej) rozumiemy, zgodnie z nowym ujęciem treści art. 115 § 4 k.k., korzyść zarówno dla siebie, jak i dla kogo innego²⁶.

W art. 294 k.k. przewidziano postać kwalifikowaną omawianego przestępstwa. Jest ona zagrożona surową karą pozbawienia wolności od roku do lat 10 i ma miejsce wtedy, gdy sprawca dopuszcza się oszustwa komputerowego (określonego w art. 287 § 1 k.k.) w stosunku do mienia znacznej wartości. Wyjaśnić trzeba, że mieniem znacznej wartości jest, zgodnie z polskim k.k., mienie, którego wartość w chwili popełnienia czynu zabronionego przekracza dwustukrotną wysokość najniższego miesięcznego wynagrodzenia (art. 115 § 5 k.k.). Taka sama surowa kara grozi sprawcy, który dopuszcza się omawianego przestępstwa w stosunku do dobra o szczególnym znaczeniu dla kultury. Tego rodzaju postać kwalifikowana dotyczy nie tylko oszustwa komputerowego, ale także innych, wymienionych w art. 294 k.k., przestępstw przeciwko mieniu.

Kodeks przewiduje szczególne możliwości zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od wymierzenia kary, jeżeli sprawca oszustwa

²⁵ R. Korczyński, R. Koszut, „Oszustwo” komputerowe, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 2, s. 17.

²⁶ Ustawodawca uprościł pojęcie korzyści. Poprzednio bowiem przepis ten stanowił, że korzyścią majątkową jest korzyść dla siebie, dla innej osoby fizycznej lub prawnej, dla jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, dla grupy osób prowadzącej zorganizowaną działalność przestępczą.

komputerowego (lub innych wymienionych w przepisie przestępstw) dobrowolnie naprawił szkodę w całości (albo zwrócił pojazd lub rzecz mającą szczególne znaczenie dla kultury w stanie nieuszkodzonym). Jeżeli dobrowolnie naprawił on szkodę w znacznej części, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 295 k.k.). Możliwość skorzystania z tych dobrodziejstw przez sprawcę oszustwa komputerowego, który dobrowolnie naprawił szkodę, została poddana krytyce w doktrynie, poprzez uznanie, że premiuje to czyny, których skutkiem jest szkoda (czyli czyny poważniejsze), w sytuacji gdy czyn z art. 287 k.k. jest przestępstwem formalnym²⁷.

Autorzy, którzy twierdzą, że omawiane przestępstwo jest przestępstwem tzw. formalnym (czyli bezskutkowym), rozumieją to w tym sensie, że skutek w postaci wyrządzenia innej osobie szkody lub osiągnięcia korzyści majątkowej nie należy do znamion przestępstwa. Wystarczy bowiem, że sprawca działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody. Choć sprawca może osiągnąć korzyść majątkową lub wyrządzić szkodę, skutek taki nie jest konieczny do zaistnienia omawianego przestępstwa, czego nikt z komentatorów k.k. nie kwestionuje. Dokonanie tego przestępstwa zachodzi więc już w momencie wpłynięcia na automatyczne przetwarzanie danych, wprowadzenie nowego zapisu danych informatycznych itp., czyli zanim nastąpiło przesunięcie w sferze majątkowej (powstanie zamierzonej szkody)²⁸.

Niemniej niektórzy autorzy uznają omawiane przestępstwo za przestępstwo materialne, to jest znamienne skutkiem, upatrując tego skutku nie w osiągnięciu korzyści majątkowej lub w wyrządzeniu szkody, lecz w tym, że sprawca dokonuje wpływu (wpływa) na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub dokonuje zmiany, usunięcia albo wprowadzenia nowego zapisu danych informatycznych²⁹. Osobiście także uważam, że oszustwo komputerowe jest przestępstwem materialnym, przy takim właśnie rozumieniu skutku.

Ustawodawca, w art. 287 k.k., wymienił kilka sposobów działania sprawcy. Przestępstwem jest bowiem po pierwsze – wpływanie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych, po drugie – zmienianie takich danych, po trzecie – usuwanie takich danych i po czwarte – wprowadzanie nowego zapisu danych informatycznych. A zatem w omawianym przepisie wyróżniono kilka sposobów czynności sprawczej. Niemniej w doktrynie owe sposoby czynności sprawczej ujmuje się w dwóch grupach³⁰, co wynika z tego, że – jak na to zwraca uwagę O. Gómiok – pierwsza z owych grup obejmu-

²⁷ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 121–122.

²⁸ K. Buchała, *Reforma polskiego prawa karnego materialnego. Przestępstwa przeciwko ochronie informacji i oszustwo komputerowe*, w: A. Adamski (red.), *Przestępczość komputerowa. Prawne aspekty nadużyć...*, op. cit., s. 137.

²⁹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: A. Zoll (red.), G. Bogdan, K. Buchała, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll; zob. też wyd. II, Kraków 2006 (przy zmianie niektórych autorów), s. 346; *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 Kodeksu karnego*, Kraków 1999, s. 181.

³⁰ P. Kardas wyróżnia dwie formy oszustwa komputerowego. Por. P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym*, op. cit., s. 58–59.

je tzw. wpływanie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych, a składają się nań tzw. manipulacje komputerowe, dokonane zarówno na wejściu (*input manipulation*), jak i na wyjściu (*output manipulation*). Przykładem manipulacji dokonywanych na wejściu jest wpisanie przez zatrudnionego w firmie operatora skomputeryzowanej listy płac do tej listy fikcyjnych nadgodzin, a na wyjściu – wystawienie za pomocą komputera tzw. podwójnych rachunków. Czynności drugiej grupy natomiast zmieniają lub zastępują dotychczasowy obraz (zapis) danych informatycznych. Druga grupa obejmuje zmienianie, usuwanie, wprowadzanie nowego zapisu danych informatycznych i do tych czynności odnosi się ściślej rozumiana nazwa „oszustwo komputerowe”³¹. Natomiast zdaniem B. Michalskiego wyróżniono trzy zasadnicze odmiany zachowań wyczerpujących znamiona przestępstwa z art. 287 k.k.: 1) manipulacji danymi polegającej na wprowadzeniu nieprawdziwych danych w celu zyskania nienależnych korzyści majątkowych (np. informacji o wyższym od rzeczywistego stanie konta sprawcy), 2) manipulacji programem polegającej na wprowadzeniu do programu takich informacji, które powodują samoczynne (niezależne od woli operatora) przysporzenie korzyści majątkowej, np. wprowadzenie „poleceń”, by od każdej operacji bankowej potrącać niewielką kwotę i przekazywać na wskazane konto, 3) manipulacji wynikiem polegającej na wykorzystaniu ogólnie dostępnych peryferii komputerów i systemów komputerowych, np. wystawianie podwójnych rachunków przy korzystaniu z karty płatniczej³². Niemniej po zmianach przepisu w 2004 r. B. Michalski także wyróżnił tylko dwie odmiany tego przestępstwa, to jest: 1) wpływanie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych (informacji) i 2) zmianę, usunięcie albo wprowadzenie nowego zapisu danych informatycznych³³.

W każdym z wymienionych przypadków ustawa wymaga działania bez upoważnienia, co zgodnie podkreślają komentatorzy k.k. Chodzi tu o upoważnienie prawne dysponenta danego systemu komputerowego lub komputera³⁴.

Najprostszy, jak się wydaje, przykładem omawianego czynu jest przykład podany przez J. Wojciechowskiego: włamanie się do sieci komputerowej banku i spowodowanie przelewu określonej kwoty na rachunek sprawcy³⁵.

Oszustwo komputerowe, zgodnie z systematyką kodeksu, jest przestępstwem przeciwko mieniu i jest ujęte w tym samym rozdziale przestępstw, w którym ujęte

³¹ O. Gómiok, w: O. Gómiok, S. Hoc, M. Kolutowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, Gdańsk 2002/2003, s. 1185 i powołany tam A. Adamski, *Przestępstwa komputerowe...*, op. cit., s. 145–146.

³² B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu. Rozdział XXXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 223–224. Zob. też B. Michalski, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 222–316*, wyd. 2, Warszawa 2005, s. 984. Por. też J.W. Wójcik, *Przestępstwa komputerowe. Część I...*, op. cit., s. 94 i n.

³³ B. Michalski, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 983. Zob. też wyd. 3, Warszawa 2006, s. 1043.

³⁴ O. Gómiok, w: O. Gómiok, S. Hoc, M. Kolutowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, s. 1185.

³⁵ J. Wojciechowski, *Kodeks karny*, wyd. II, poszerzone i uaktualnione. Komentarz, orzecznictwo, Warszawa 2000, s. 537.

są m.in. kradzież (w różnych jej postaciach), przywłaszczenie, „kradzież” impulsów telefonicznych, oszustwo, uszkodzenie mienia, paserstwo, paserstwo programu komputerowego. S. Łagodziński obejmuje te czyny mianem przestępstw „przeciw-majątkowych”³⁶. Niewątpliwie więc trafne jest twierdzenie wyrażane w literaturze przedmiotu, że art. 287 k.k. chroni mienie. Mienie zatem postrzegane jest jako zasadniczy przedmiot ochrony przy przestępstwie oszustwa komputerowego³⁷.

Jednocześnie jednak trafne jest twierdzenie, że przedmiotem ochrony z art. 287 k.k. są obok mienia także dane informatyczne o szczególnym charakterze, to znaczy ściśle związane z mieniem³⁸. P. Kardas³⁹ trafnie wymienia tu integralność, poufność oraz dostępność informacji (obecnie danych informatycznych) odnoszących się do mienia, podlegających automatycznemu gromadzeniu, przetwarzaniu lub przekazywaniu, a także integralność, poufność i dostępność zapisów dotyczących mienia, zawartych na komputerowych nośnikach informacji (obecnie danych informatycznych). Zgodzić się więc trzeba z twierdzeniem A. Adamskiego, że nienaruszalność danych jest ubocznym przedmiotem ochrony czynu zabronionego z art. 287 k.k.⁴⁰

Ustawa wymaga działania w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody. Oszustwo komputerowe jest zatem przestępstwem tzw. kierunkowym (celowym). Może przeto być popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim⁴¹ o szczególnym zabarwieniu (*dolus coloratus*). Motywacja wyrządzenia szkody innemu podmiotowi może wynikać np. z chęci zniszczenia konkurenta, doprowadzenia go do upadłości, bez odpowiadającej temu korzyści po stronie sprawcy⁴². Zdaniem J. Wojciechowskiego, zamierzona szkoda polegać może na samym tylko zniszczeniu lub zniekształceniu zapisu na komputerowym nośniku informacji (obecnie danych informatycznych), a także na sytuacji, gdy zniszczenie, uszkodzenie itd. zapisu informacji (obecnie danych informatycznych) jest tylko sposobem spowodowania innej szkody⁴³.

Pogląd natomiast, że przestępstwo to popełnione być może z tzw. zamiarem gwosf-ewentualnym, wyrażony przez R. Korczyńskiego i R. Koszuta⁴⁴, wymagałby bardziej dokładnego i bardziej przekonującego uzasadnienia, niż to uczynili Autorzy.

³⁶ S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu w kodeksie karnym...*, op. cit., s. 7 i n.

³⁷ P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym*, op. cit., s. 55 oraz powołany tam S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu w kodeksie karnym...*, op. cit., s. 8 i n.; B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu...*, op. cit. Zob. jednak B. Michalski, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., wyd. 2, Warszawa 2005, s. 981–982.

³⁸ Por. P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym*, op. cit., s. 57; zob. też powołany tam B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu...*, op. cit., s. 221. Zob. również B. Michalski, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 981–982 i wyd. 3, Warszawa 2006, s. 1042.

³⁹ P. Kardas, *Oszustwo komputerowe w kodeksie karnym*, op. cit., s. 57.

⁴⁰ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe...*, op. cit., s. 116.

⁴¹ Por. O. Gómiok w: O. Gómiok, S. Hoc, M. Kolitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, s. 1185; B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu...*, op. cit., s. 224.

⁴² K. Buchała, *Reforma polskiego prawa karnego materialnego...*, op. cit., s. 136.

⁴³ J. Wojciechowski, *Kodeks karny*, wyd. II, op. cit., s. 538.

⁴⁴ R. Korczyński, R. Koszut, *„Oszustwo” komputerowe*, op. cit., s. 35 i n.

Wymieniona alternatywnie dwójka motywacja, o której mowa w przepisie (celem sprawcy może być osiągnięcie korzyści majątkowej lub wyrządzenie innej osobie szkody), nie daje jednak, moim zdaniem, podstaw do wyodrębnienia w tym typie przestępstwa dwóch odmian, to jest oszustwa komputerowego i szkodnictwa komputerowego⁴⁵. Natomiast trafne jest spostrzeżenie, że ów pierwszy cel zbliża to przestępstwo do oszustwa, a drugi wskazuje na pokrewieństwo z tzw. sabotażem czy szkodnictwem komputerowym⁴⁶. Co się tyczy tej drugiej sytuacji, wskazać trzeba, że tzw. sabotaż komputerowy został wydatnie poszerzony w k.k. w 2004 r. poprzez dodanie nowych przepisów, tj. art. 268a i 269a k.k. Treść tych przepisów będzie podana dalej. Zmieniono też art. 269a k.k. Zmiany te miały na celu dostosowanie prawa polskiego do Konwencji o cyberprzestępczości⁴⁷.

Na tle art. 287 k.k. nasuwa się wiele problemów interpretacyjnych. Jednym z nich jest problem kwalifikacji prawnej czynów związanych z użyciem kart płatniczych⁴⁸. Problem ten jest przedmiotem odrębnego artykułu.

Szczegółne zainteresowanie w polskich publikacjach prawnokamych wzbudziło poszukiwanie cech zbieżnych oraz różnic między oszustwem komputerowym i klasycznym oszustwem⁴⁹. Jak twierdził K. Buchała: „W oszustwie dokonanym przy posłużeniu się narzędziem, jakim jest komputer, znika kontakt z dysponentem, znika element wprowadzenia go w błąd lub wykorzystania jego błędu oraz decyzja tego podmiotu, na skutek której następuje rozporządzenie mieniem własnym lub cudzym”⁵⁰. Jak wskazuje S. Łagodziński, wszystko to, co odnosi się do błędu pokrzywdzonego oraz czynności rozporządzenia przezeń mieniem, może być zastąpione dyspozycjami zawartymi w programie komputerowym, a ponadto realizacja oszustwa komputerowego odbywa się „poza plecami” i poza świadomością pokrzywdzonego. Pokrzywdzonym przy tym najczęściej bywa osoba prawna. Stało się technicznie możliwe dokonanie bezprawnych przesunięć majątkowych⁵¹.

Zdaniem niektórych autorów, art. 287 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 286 k.k., czyli oszustwo komputerowe stanowi *lex specialis* w stosunku do oszustwa tradycyjnego. Jednak poglądu tego nie podzielają inni autorzy. Tak np. J. Bojarski, choć przytacza ten pogląd M. Dąbrowskiej-Kardas i P. Kardasa, to zgadza się z A. Adamskim, twierdząc, że znamiona tych przestępstw nie pokrywają się i że nie ma oszustwa komputerowego, ale tylko oszustwo z art. 286 k.k. w sytuacji, gdy sprawca wykorzystuje technologię przetwarzania danych jako narzędzie do wprowadzenia w błąd konkretnej osoby. A zatem przestępstwo

⁴⁵ Wyróżnia je S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu w kodeksie karnym...*, op. cit.

⁴⁶ O. Gómiok w: O. Gómiok, S. Hoc, M. Koliński, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, s. 1185.

⁴⁷ Bliżej zob. B. Kunicka-Michalska, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit. Komentarz do artykułów 222–316, wyd. 2, Warszawa 2005, zwłaszcza s. 588–589, 595 i 602 i wyd. 3, Warszawa 2006, s. 625–626, 632, 639.

⁴⁸ Zob. też literatura podana w przyp. 15.

⁴⁹ Zob. m.in. R. Korczyński, R. Koszut, „Oszustwo” komputerowe, op. cit., s. 17 i n.

⁵⁰ K. Buchała, *Reforma polskiego prawa karnego materialnego...*, op. cit., s. 130.

⁵¹ S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu w kodeksie karnym...*, op. cit., s. 16.

z art. 287 k.k. miałoby miejsce wtedy, gdyby sprawca uzyskał korzyść lub powodował szkodę bez oddziaływania na proces decyzyjny konkretnej osoby, natomiast gdyby za pośrednictwem wskazanych działań wprowadzał kogoś w błąd – byłoby to oszustwo tradycyjne z art. 286 k.k.⁵²

W związku z tą ostatnią sytuacją wyróżnia się też w doktrynie oszustwa komputerowe właściwe i niewłaściwe⁵³.

B. Michalski podkreśla, że między przestępstwem oszustwa tradycyjnego a oszustwa komputerowego występują istotne różnice w zakresie ich przedmiotu, sposobu działania sprawcy oraz strony podmiotowej⁵⁴.

III

Kary grożące za omawiane przestępstwo, o których była wyżej mowa, zostały przewidziane w części szczególnej k.k. Niemniej ponadto, na mocy przepisów części ogólnej k.k., sąd może wymierzyć obok kary pozbawienia wolności grzywnę, w wypadkach jeżeli sprawca dopuścił się czynu w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub gdy korzyść majątkową osiągnął (art. 33 § 2 k.k.). Przepis ten może mieć zastosowanie do oszustw komputerowych (choć nie do wszystkich ich przypadków objętych artykułem 287 k.k.).

Okolicznością nadzwyczajnie zaostrzającą karę jest, oprócz recydywy, także sytuacja, gdy a) sprawca uczynił sobie z popełnienia przestępstwa stałe źródło dochodu lub b) popełnia przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa, c) a także popełnia przestępstwo o charakterze terrorystycznym. Wówczas sąd wymierza karę pozbawienia wolności przewidzianą za przypisane przestępstwo w wysokości powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a może ją wymierzyć do górnej granicy ustawowego zagrożenia zwiększonego o połowę (art. 65 zmieniony ustawą z 16 kwietnia 2004 r. (Dz.U. Nr 93, poz. 889), która weszła w życie z dniem 1 maja 2004 r. i art. 64 § 2 k.k.).

Co się tyczy środków karnych, jest o nich mowa w rozdziale V k.k., do którego odsyłam Czytelnika. Szczególnie istotny jest środek kamy w postaci przepadku. W kodeksie karnym przewidziano przepadek przedmiotów oraz przepadek korzyści. Przepisy dotyczące przepadku były zmienione ustawą z 13 czerwca 2003 r. (Dz.U. Nr 111, poz. 1061), która weszła w życie w dniu 1 lipca 2003 r. Problematyka ta jest obszerna i ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na jej pełne omówienie. Odsyłam przeto Czytelnika do treści art. 44 i 45 k.k. Istotną nowością, wprowadzoną w tych przepisach, jest domniemanie polegające na tym, że w razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął,

⁵² J. Bojarski, *Przestępstwa gospodarcze związane z działalnością banków*, op. cit., s. 42; A. Adamski, *Przestępstwa komputerowe w nowym kodeksie karnym*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 17, Warszawa 1998, s. 135.

⁵³ K. Buchała, *Reforma polskiego prawa karnego materialnego...*, op. cit., s. 135–136.

⁵⁴ B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu...*, op. cit., s. 219–220. Zob. też B. Michalski, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 980 i wyd. 3, Warszawa 2006, s. 1040.

choćby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, uważa się, że mienie, które sprawca objął we władanie lub do którego uzyskał jakikolwiek tytuł w czasie popełnienia przestępstwa lub po jego popełnieniu, do chwili wydania chociażby nieprawomocnego wyroku, stanowi korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa, chyba że sprawca lub inna zainteresowana osoba przedstawi dowód przeciwny (art. 45 § 2 k.k.). Przepis ten może być zastosowany m.in. do sprawcy skazanego za oszustwo komputerowe, jeśli osiągnął on z popełnienia tego przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości. Jak stanowi § 3 art. 45 k.k., przewidujący dalsze domniemanie, jeżeli okoliczności sprawy wskazują na duże prawdopodobieństwo, że sprawca taki przeniósł na osobę fizyczną, prawną lub jednostkę organizacyjną niemającą osobowości prawnej, faktycznie lub pod jakimkolwiek tytułem prawnym, mienie stanowiące korzyść uzyskaną z popełnienia przestępstwa, uważa się, że rzeczy będące w samoistnym posiadaniu tej osoby lub jednostki oraz przysługujące jej prawa majątkowe należą do sprawcy, chyba że zainteresowana osoba lub jednostka organizacyjna przedstawi dowód zgodny z prawem ich uzyskania. Przepis ten także może mieć zastosowanie m.in. do sprawcy oszustwa komputerowego, jeśli spełnione będą warunki w nim przewidziane. Owe wprowadzone w 2003 r. domniemania wywołują nie tylko pochwały lecz także kontrowersje⁵⁵.

W wypadku skazania za przestępstwo przynoszące korzyść majątkową osobie fizycznej, prawnej lub jednostce organizacyjnej niemającej osobowości prawnej, a popełnione przez sprawcę działającego w jej imieniu lub interesie, sąd zobowiązuje podmiot, który uzyskał korzyść majątkową, do jej zwrotu w całości lub w części na rzecz Skarbu Państwa; nie dotyczy to korzyści majątkowej podlegającej zwrotowi innemu podmiotowi (art. 52 k.k.).

Jeśli sprawca przy popełnieniu oszustwa komputerowego nadużył stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, sąd może orzec zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu (art. 41 § 1 k.k.). Jeśli zaś skazano sprawcę za przestępstwo popełnione w związku z prowadzeniem określonej działalności gospodarczej, to jeżeli dalsze prowadzenie takiej działalności zagraża istotnym dobrom chronionym prawem, sąd może orzec zakaz prowadzenia takiej działalności (art. 41 § 2 k.k.). Zob. też wprowadzone ustawą z 27 lipca 2005 r. (Dz.U. Nr 163, poz. 1363) nowe paragrafy 1a i 1b art. 41 k.k. oraz art. 41a k.k.

IV

Przestępstwo oszustwa komputerowego znalazło się wśród przestępstw, których popełnienie przez określone osoby fizyczne, pociągnąć może za sobą odpowiedzialność podmiotów zbiorowych, na mocy ustawy z 28 października 2002 r.

⁵⁵ Por. m.in. krytykujący te domniemania artykuł A. Rybak, *Zmienione przepisy kodeksu karnego o przypadku przedmiotów służących bądź przeznaczonych do popełnienia przestępstwa. Jak udowodnić, że samochód nie jest wielbłądem*, „Rzeczpospolita” z 30 lipca 2003 r., s. C3.

o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. Nr 197, poz. 1661 z późn. zm.). Skromne ramy niniejszego artykułu nie pozwalają na jej bliższe omówienie⁵⁶.

V

Oprócz art. 287 k.k., przestępstw komputerowych dotyczą też inne przepisy kodeksu karnego. Przestępstwo oszustwa komputerowego z art. 287 k.k. jest w dużym stopniu spokrewnione z innymi przestępstwami komputerowymi, które są ujęte w polskim ustawodawstwie karnym i wywołują duże zainteresowanie w polskich publikacjach prawniczych⁵⁷.

Istotne podobieństwa do ujęcia oszustwa komputerowego daje się zauważyć w sposobie określenia strony przedmiotowej przestępstw przeciwko ochronie informacji, ujętych w art. 267, 268, 268a i 269 k.k.⁵⁸ Chodzi tu o przestępstwa komputerowe polegające na naruszeniu tajemnicy korespondencji i cudzej tajemnicy, niszczeniu zapisu informacji i niszczeniu informacji komputerowej (sabotażu komputerowym)⁵⁹. Trafnie A. Adamski twierdzi, że z uwagi na to, iż podstawowa różnica tkwi w stronie podmiotowej (w przypadku art. 287 k.k. chodzi o chęć osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia szkody innej osobie), art. 287 k.k. stanowić będzie w wielu przypadkach *lex specialis* w stosunku do wymienionych przepisów dotyczących zamachów na bezpieczeństwo elektroniczne przetwarzanej informacji⁶⁰. Na możliwość pozostawiania czynu z art. 287 k.k. w pewnych wypadkach w zbiegu kumulatywnym z czynem z art. 268 § 2 k.k., wskazuje J. Wojciechowski. Jednak, jak pisze ten Autor, zakresy tych przepisów są różne. Czyn z art. 287 k.k. może, ale nie musi, jak czyn z art. 268 § 2 k.k., polegać na utrudnianiu odczytania informacji⁶¹. O. Gómiok zwraca uwagę na to, że zachodzi zbieg z art. 268 § 2 k.k., z którym to przepisem omawiany przepis się krzyżuje, art. 268 § 2 k.k. może być pochłonięty (choć nie musi) przez art. 287 § 1 k.k.⁶² Zdaniem B. Michalskiego, w przypadkach gdy dokonanie oszustwa komputerowego możliwe jest dopiero po pokonaniu przez sprawcę zabezpieczeń

⁵⁶ Z najnowszej literatury na ten temat zob. J. Warylewski, J. Potulski, *Odpowiedzialność podmiotów zbiorowych w prawie polskim i europejskim. Komentarz*, Bydgoszcz–Gdańsk 2007, s. 190–191.

⁵⁷ Zob. literatura dotycząca przestępstw komputerowych podana w: B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji i wymiarowi sprawiedliwości. Rozdział XXX i XXXIII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 379 i n. oraz B. Kunicka-Michalska, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 445–447 i wyd. 3 (2006 r.), s. 478–481, w tym polskie referaty przygotowane na spotkanie w Katanii w ramach Programu Grotius II Penal (A. Adamskiego, B. Kunickiej-Michalskiej, B. Świątkiewicz, J. Jakubowskiej-Hara, C. Nowak, R.A. Stefańskiego, A. Łopatki, A. Wiśniewskiego), opublikowane w *Studiach Prawniczych* 2005, nr 4, s. 49–140 i podana tam literatura, a także nowa literatura podana w referacie B. Kunickiej-Michalskiej, ibidem, s. 87, przypis 31.

⁵⁸ Por. A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, op. cit., s. 116–117.

⁵⁹ Bliżej o tych przestępstwach zob. B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko ochronie informacji i wymiarowi sprawiedliwości...*, op. cit., s. 487 i n.

⁶⁰ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, op. cit., s. 117.

⁶¹ J. Wojciechowski, *Kodeks karny*, wyd. II, op. cit., s. 538.

⁶² O. Gómiok w: O. Gómiok, S. Hoc, M. Kolitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny*, s. 1185.

w postaci hasła, kodów itp., to jest gdy sprawca po „włamaniu” się do systemu komputerowego (hacking), czyli po rozszyfrowaniu hasła lub kodu zabezpieczającego system, realizuje znamiona czasownikowe występuku z art. 287 k.k., to czyn taki należy kwalifikować dodatkowo również na podstawie art. 267 § 1 k.k., który pozostaje wtedy w kumulatywnym zbiegu⁶³. Nie podzielam tego poglądu, sądzę bowiem, że wówczas art. 267 § 1 k.k. zostaje pochłonięty przez art. 287 k.k. Zdaniem M. Dąbrowskiej-Kardas i P. Kardasa przepis art. 287 § 1 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 268 k.k., co wyklucza możliwość przyjęcia kumulatywnego zbiegu⁶⁴.

Spośród przestępstw komputerowych, ujętych w k.k., najbardziej zbliżone do oszustwa komputerowego będzie fałszerstwo komputerowe⁶⁵.

Szczególną uwagę trzeba zwrócić na art. 268a wprowadzony do k.k. ustawą z 18 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 69, poz. 626), która weszła w życie z dniem 1 maja 2004 r. Treść tego przepisu zostanie podana dalej. Zob. też inne przepisy, dodane do rozdziału XXXIII k.k., o których mowa dalej.

Odrębnego opracowania wymaga zagadnienie dotyczące tego, w jakim stopniu różne przestępstwa komputerowe są przestępstwami podobnymi w rozumieniu art. 115 § 3 k.k., jako przestępstwa „należące do tego samego rodzaju”. Problem ten wykracza poza ramy niniejszego artykułu. Niemniej nie ulega wątpliwości, że wszystkie przestępstwa popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej uważa się za przestępstwa podobne. A zatem oszustwo komputerowe, popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, będzie przestępstwem podobnym do przestępstw popełnionych w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, nawet gdyby nie były one przestępstwami komputerowymi (informatycznymi).

VI

Nie można też zapominać o licznych ustawach szczególnych, łączących się z problematyką przestępstw i wykroczeń, związanych z systemami informatycznymi. Wymienić trzeba zwłaszcza następujące ustawy: z 29 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.); z 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1503 z późn. zm.); z 28 września 1991 r. o kontroli skarbowej (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 8, poz. 65 z późn. zm.); z 29 lipca 2005 r. o nadzorze nad rynkiem kapitałowym (Dz.U. Nr 183, poz. 1537); z 16 listopada 2000 r. o przeciwdziałaniu wprowadzaniu do obrotu finansowego warto-

⁶³ B. Michalski, *Przestępstwa przeciwko mieniu...*, op. cit., s. 224.

⁶⁴ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 184.

⁶⁵ Bliżej zob. A. Adamski, *Przestępczość w cyberprzestrzeni. Prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle projektu Konwencji Rady Europy*, Toruń 2001, s. 46–47 i P. Kardas, który wymienia art. 270 § 1 k.k. (*Prawnokarna ochrona informacji w polskim prawie karnym z perspektywy przestępstw komputerowych. Analiza dogmatyczna i strukturalna w świetle aktualnie obowiązującego stanu prawnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Prawnych” 2000, rok IV, z. 1, s. 52) mówiąc o fałszerstwie komputerowego zapisu informacji stanowiącego dokument.

ści majątkowych pochodzących z nielegalnych lub nieujawnionych źródeł oraz o przeciwdziałaniu finansowaniu terroryzmu (tekst jedn. Dz.U. z 2003 r. Nr 153, poz. 1505 z późn. zm.); z 24 sierpnia 2001 r. o ostateczności rozrachunku w systemach płatności i systemach rozrachunku papierów wartościowych oraz zasadach nadzoru nad tymi systemami (Dz.U. Nr 123, poz. 1351 z późn. zm.); z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.); z 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. Nr 173, poz. 1807 z późn. zm.); z 27 maja 2004 r. o funduszach inwestycyjnych Dz.U. Nr 146, poz. 1546 z późn. zm.); z 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 8, poz. 60 z późn. zm.); z 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. Nr 249, poz. 2104); z 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (Dz.U. Nr 183, poz. 1538); z 22 sierpnia 1997 r. o pracowniczych programach emerytalnych (tekst jedn. Dz.U. z 2001 r. Nr 60, poz. 623 z późn. zm.); z 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 159, poz. 1667 z późn. zm.); z 15 września 2000 r. – Kodeks Spółek Handlowych (Dz.U. Nr 94, poz. 1037 z późn. zm.); z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 122, poz. 1319 z późn. zm.); z 2 marca 2000 r. o ochronie niektórych praw konsumentów oraz o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez produkt niebezpieczny (Dz.U. Nr 22, poz. 271); z 5 lipca 2001 r. o cenach (Dz.U. Nr 97, poz. 1050 z późn. zm.); z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 90, poz. 631 z późn. zm.); z 30 czerwca 2000 r. – Prawo własności przemysłowej (Dz.U. z 2003 r. Nr 119, poz. 1117 z późn. zm.); z 27 lipca 2001 r. o ochronie baz danych (Dz.U. Nr 128, poz. 1402 z późn. zm.); z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. Nr 112, poz. 1198 z późn. zm.); z 6 lipca 2001 r. o gromadzeniu, przetwarzaniu i przekazywaniu informacji kryminalnych oraz o Krajowym Systemie Informatycznym (tekst jedn. Dz.U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1585 z późn. zm.); z 29 listopada 2000 r. o zbieraniu i wykorzystaniu danych rachunkowych z gospodarstw rolnych (Dz.U. Nr 3, poz. 20); z 22 stycznia 1999 r. o ochronie informacji niejawnych (tekst jedn. Dz.U. z 2005 r. Nr 196, poz. 1631 z późn. zm.); z 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 101, poz. 926 z późn. zm.); z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (tekst jedn. Dz.U. z 2004 r. Nr 253, poz. 2531 z późn. zm.); z 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. Nr 171, poz. 1800 z późn. zm.), w której to ustawie uwzględniono aż 8 dyrektyw Wspólnot Europejskich; z 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (Dz.U. Nr 88, poz. 439 z późn. zm.)⁶⁶.

Szczególnie istotne z punktu widzenia problematyki informatycznej są ustawy: z 18 września 2001 r. o podpisie elektronicznym (Dz.U. Nr 130, poz. 1450

⁶⁶ Co do przepisów karnych wielu z wymienionych ustaw zob. bliżej M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne*, tom II i III. Komentarz, Warszawa 2003.

z późn. zm.)⁶⁷; z 5 lipca 2002 r. o ochronie niektórych usług świadczonych drogą elektroniczną opartych lub polegających na dostępie warunkowym (Dz.U. Nr 126, poz. 1068)⁶⁸; z 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. Nr 144, poz. 1204 z późn. zm.), w której m.in. uznano za wykroczenie tzw. spam (czyli przesyłanie za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówionych informacji handlowych (reklam)⁶⁹ oraz z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych (Dz.U. Nr 169, poz. 1385 z późn. zm.). Zgodnie z tą ostatnią ustawą pojęcie „elektroniczny instrument płatniczy” oznacza: „każdy instrument płatniczy, w tym z dostępem do środków pieniężnych na odległość, umożliwiający posiadaczowi dokonywanie operacji przy użyciu elektronicznych nośników informacji lub elektroniczną identyfikację posiadacza niezbędną do dokonania operacji, w szczególności kartę płatniczą lub instrument pieniądza elektronicznego” (art. 2 pkt 4 ustawy). Ustawa zawiera przepisy dotyczące m.in. kart płatniczych usług bankowości elektronicznej i pieniądza elektronicznego. Przepisy karne zawarte są w art. 71–73 ustawy⁷⁰.

Zob. też uchwałę Sejmu RP z 14 lipca 2000 r. w sprawie budowania podstaw społeczeństwa informacyjnego w Polsce (M.P. Nr 22, poz. 448) oraz ustawę z 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. Nr 64, poz. 565 z późn. zm.)⁷¹.

VII

Zdaniem A. Adamskiego, w art. 8 Konwencji o cyberprzestępczości ujęto oszustwo komputerowe w sposób węższy, niż to uczynił ustawodawca polski w k.k. z 1997 r. W Konwencji bowiem o dokonaniu tego przestępstwa decyduje wywołanie skutku w postaci utraty własności przez osobę pokrzywdzoną przestępstwem, w ujęciu zaś art. 287 polskiego k.k. istota czynu polega na usiłowaniu

⁶⁷ Bliżej o przepisach karnych tej ustawy zob. M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne...*, op. cit., s. 174 i n. Z usługami certyfikacyjnymi i podpisem elektronicznym łączą się też liczne rozporządzenia.

⁶⁸ Zob. zwłaszcza art. 6–9 ustawy, zawierające przepisy karne, oraz bliżej m.in. M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne. Suplement*, tom I i II: *Uzupełnienia, Aktualizacja, Nowości. Komentarz*, Warszawa 2003, s. 95 i n.

⁶⁹ Art. 287 k.k. nie obejmuje wysyłania do użytkowników Internetu materiałów reklamowych (ang. *spamming*), A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, op. cit., s. 118. Co się tyczy postanowień unijnych, wskazać warto, że w dniu 31 października 2003 r. weszła w życie Dyrektywa o ochronie danych osobowych w komunikacji elektronicznej, która nakłada na kraje członkowskie obowiązek wymuszenia zakazu wysyłania spamu za pomocą e-maili, SMS-ów, MMS-ów, lub faxów, jeśli odbiorca nie wyraził na to uprzednio zgody. Chronieni są przy tym tak użytkownicy indywidualni (obowiązkowo), jak i firmy i instytucje (fakultatywnie). Od 1 maja 2004 r. postanowieniami Dyrektywy objęta została Polska jako członek UE.

⁷⁰ Zob. bliżej M. Bojarski, W. Radecki, *Pozakodeksowe prawo karne. Suplement...*, op. cit., s. 86 i n.

⁷¹ Zob. także J. Kosiński (red.), *Przestępczość teleinformatyczna. VIII Seminarium naukowe*, Szczytno 2005; A. Godlewski, *Trendy w przestępczości elektronicznej*, „Przegląd Policyjny” 2006, nr 3, s. 93 i n., a także podana tam literatura oraz publikacje zamieszczone w: „Prawo mediów elektronicznych”, dodatek do „Monitora Prawniczego” 2006, nr 2, 2005, nr 3 i 12 oraz 2004, nr 4.

uzyskania korzyści majątkowej lub spowodowania szkody⁷², przez manipulowanie zapisem danych informatycznych, albo też na innym oddziaływaniu na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych. Toteż A. Adamski dochodzi do wniosku, że nie zachodzi potrzeba zmiany przepisów prawa polskiego ze względu na treść art. 8 Konwencji⁷³ w związku ze wskazaną kwestią. Pogląd ten zasługuje na poparcie.

Istotna z punktu widzenia zawartych tu rozważań jest ostatnia zmiana przepisu k.k., zawierającego definicję dokumentu. Chodzi o ustawę z 18 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 69, poz. 626), którą oprócz wprowadzenia innych zmian zmieniono także definicję dokumentu zawartą w art. 115 § 14 k.k. Obecnie przepis ten stanowi: „Dokumentem jest każdy przedmiot lub inny zapisany nośnik informacji, z którym jest związane określone prawo albo który ze względu na zawartą w nim treść stanowi dowód prawa, stosunku prawnego lub okoliczności mającej znaczenie prawne”.

Co się zaś tyczy fałszerstwa komputerowego, o którym była wyżej mowa, oraz w odniesieniu do wytwarzania, rozpowszechniania, posiadania itd. tzw. „narzędzi hakerskich”, odsyłamy Czytelnika do rozważań A. Adamskiego⁷⁴.

Ustawą z dnia 18 marca 2004 r. poważnie zmodyfikowano rozdział XXXIII k.k., dotyczący przestępstw przeciwko ochronie informacji, o czym już była wyżej mowa. Dodano m.in. nowe przepisy to jest artykuły: 269a, 269b. Nowy art. 269a k.k. stanowi: „Kto, nie będąc do tego uprawnionym, przez transmisję, zniszczenie, usunięcie, uszkodzenie lub zmianę danych informatycznych, w istotnym stopniu zakłóca pracę systemu komputerowego lub sieci teleinformatycznej, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Natomiast, zgodnie z nowym art. 269b § 1, karze pozbawienia wolności do lat 3 podlega ten, kto wytwarza, pozyskuje, zbywa lub udostępnia innym osobom urządzenia lub programy komputerowe przystosowane do popełnienia przestępstwa określonego w art. 165 § 1 pkt 4, art. 267 § 2, art. 268a § 1 albo § 2 w związku z § 1, art. 269 § 2 albo art. 269a, a także hasła komputerowe, kody dostępu lub inne dane umożliwiające dostęp do informacji przechowywanych w systemie komputerowym lub sieci teleinformatycznej. Zob. też § 2 art. 269b k.k. Jak widać, wśród wymienionych przestępstw nie znalazło się przestępstwo z art. 287 k.k. Wspomniane tu przestępstwo z art. 268a, także dodane do k.k. wymienioną ustawą popełnia ten, kto, nie będąc do tego uprawnionym, niszczy, uszkadza, usuwa, zmienia lub utrudnia dostęp do danych informatycznych albo w istotnym stopniu zakłóca lub uniemożliwia automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie takich danych. Postacią kwalifikowaną czynu jest wyrządzenie znacznej szkody majątkowej⁷⁵.

⁷² Por. też K. Buchała, *Reforma polskiego prawa karnego materialnego...*, op. cit., s. 136 oraz S. Łagodziński, *Przestępstwa przeciwko mieniu...*, op. cit., s. 16–17.

⁷³ A. Adamski, *Przestępczość w cyberprzestrzeni...*, op. cit., s. 48. Zob. też s. 46–47.

⁷⁴ Ibidem, s. 46–47 oraz s. 121 i 128.

⁷⁵ Bliżej zob. B. Kunicka-Michalska, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny...*, op. cit., s. 451 i n., s. 588 i n. oraz wyd. 3, Warszawa 2006 r., s. 485 i n., s. 625 i n. i podana tam literatura; zob. też K. Gienas, *Zwalczanie cyberprzestępczości w świetle art. 269b kodeksu karnego – problem tzw. hacking*

W końcu marca 2006 r. wpłynął do Sejmu Obywatelski projekt ustawy – Kodeks karny z 11 lipca 2002 r. Na 15 posiedzeniu Sejmu nowej kadencji w dniu 7 kwietnia 2006 r. skierowano go do Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w Kodyfikacjach. Do reprezentowania Komitetu Inicjatywy Ustawodawczej został upoważniony poseł Arkadiusz Mularczyk. Według intencji projektodawców projekt proponuje kompleksową reformę kodeksu karnego. Artykuł 294 w projekcie, odpowiednik obecnego art. 287 k.k. (oszustwo komputerowe), ma treść następującą: „§ 1. Kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody bez upoważnienia wpływa na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przysyłanie informacji lub zmienia, usuwa albo wprowadza nowy zapis na elektronicznym nośniku informacji, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. § 2. W wypadku mniejszej wagi sprawca podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. § 3. Jeżeli czyn określony w § 1–2 popełniono na szkodę osoby najbliższej, ściąganie następuje na wniosek pokrzywdzonego”. Jak widać znamiona przestępstwa ujęte zostały w taki sam sposób jak w k.k. przed ostatnią zmianą art. 287 k.k., jedynie dawne sformułowanie „komputerowy nośnik informacji” zostało zastąpione sformułowaniem „elektroniczny nośnik informacji”. W projekcie podwyższono też karę za to przestępstwo. Zapewne w toku prac legislacyjnych przepis ten zostanie unowocześniony (jeśli projekt będzie miał szansę stać się nowym kodeksem karnym)⁷⁶.

W projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks Karny oraz niektórych innych ustaw, opracowanym w Ministerstwie Sprawiedliwości (projekt z dnia 23 listopada 2006 r.), nie przewidziano zmian w aktualnej treści art. 287 k.k.

Zagadnieniem wymagającym odrębnego rozważenia, nieobjętym niniejszą publikacją, jest problem ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej za pomocą omówionych przepisów karnych⁷⁷.

tools, „Edukacja Prawnicza” 2006, nr 4, s. 40 i n.; W. Grzeszczyk, *Zmiany prawa karnego wprowadzane ustawą z dnia 18 marca 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7–8, s. 77 i n.; S. Hoc, *Ochrona informacji niejawnych i innych tajemnic ustawowo chronionych. Wybrane zagadnienia*, Opole 2006, s. 299–311.

⁷⁶ Natomiast o propozycjach tzw. prezydenckiego projektu zmian k.k. zob. B. Kunicka-Michalska, *Ochrona informacji w Kodeksie karnym z 1997 r.* w: R. Budzinowski (red.), „Prawo i Administracja”, I. 1, Piła 2002, s. 19–22 i 26.

⁷⁷ Z bogatej literatury na temat ochrony interesów finansowych Unii Europejskiej por. szczególnie polskie referaty na temat *Oszustw godzących w interesy finansowe Unii Europejskiej*, wygłoszone na konferencji, która odbyła się w dniach 13–15 marca 2003 r. w Hiszpanii (Salamanka), w ramach programu UE „Grotius II Penal”, opublikowane w „Przeglądzie Prawa Karnego” 2005, nr 24, a zwłaszcza następujące: B. Kunicka-Michalska, *Wyłudzenia i przestępstwa zbliżone godzące w budżety wspólnotowe. Regulacje polskiego prawa karnego*, s. 7 i n.; L. Paprzycki, *Corpus Iuris 2000 – wersja florencka z 1999 r. a polski kodeks postępowania karnego z 1997 r. Problematyka harmonizacji*, s. 23 i n.; R.A. Stefański, *Wyłudzenia na szkodę budżetu Unii Europejskiej (analiza praktyki)*, s. 39 i n.; J. Wojciechowska, A. Wiśniewski, *Oszustwa na szkodę interesów finansowych Wspólnot Europejskich a polski kodeks karny i kodeks karny skarbowy*, s. 43 i n.; C. Nowak, *Corpus Iuris – wersja florencka a polskie prawo karne materialne*, s. 58 i n.; J. Skupiński, *Współpraca Polski z europejskim Biurem do Walki z Oszustwami (OLAF)*, s. 66 i n.; B. Świątkiewicz, *Wyłudzenia środków finansowych w praktyce policyjnej*, s. 70 i n. i podaną w tych referatach literaturę. Zob. też B. Srebro, *Ochrona interesów finansowych Unii Europejskiej*, Kraków 2004 oraz M. Hudzik, C. Nowak (red.), *Materiały międzyna-*

COMPUTER FRAUD: PROVISIONS OF THE POLISH LAW

The Polish Penal Code provides for a separate offence of Computer fraud, which constitutes a modern solution. This offence has a basic and a more favourable form (Art. 287 Par. 1 and 2 of the PC), as well as aggravated one (Art. 294 of the PC). It is an offence directed against property.

rodowej konferencji naukowej *Instytucje i instrumenty prawne w walce z przestępczością przeciwko interesom finansowym Unii Europejskiej – prawo krajowe i perspektywa europejska*, Warszawa, 4–6 grudnia 2003, Warszawa 2004, a także Materiały międzynarodowej Konferencji naukowej *Ochrona interesów finansowych rozszerzonej Unii Europejskiej: nowe wyzwania, stare problemy* Sopot, 16–19 marca 2006 r. (jeszcze niepublikowane). Zob. też podaną w tych pozycjach literaturę.

LECH K. PAPRZYCKI

**OSZUSTWO INFORMATYCZNE WŁAŚCIWE I NIEWŁAŚCIWE
A NIELEGALNE WYKORZYSTYWANIE DIALERÓW**

Dialer to program komputerowy, którego zainstalowanie umożliwia oglądanie wybranej strony internetowej dzięki temu, że zmienia numer dostępowy do sieci na numer płatny (w Polsce tzw. numer 0-700). Samo funkcjonowanie dialerów jako sposobu pobierania opłat za oglądanie określonych stron jest legalne. Z perspektywy prawa karnego przedmiotem zainteresowania mogą być natomiast sytuacje, gdy dialer zostaje zainstalowany przez użytkownika bez jego wiedzy, np. gdy użytkownik robi to w mylnym przekonaniu, iż instaluje określony program użytkowy, który należy do tzw. programów *freeware*. Użytkownik może również świadomie zainstalować dialer, który następnie wbrew jego woli, a często nawet wiedzy, będzie automatycznie zmieniał numer dostępowy do sieci podczas oglądania także innych stron, które nie są stronami płatnymi. Poddając analizie prawnej zachowania osób, które w ten sposób wykorzystują dialery, postawić należy pytanie o różnice między klasycznym (zwykłym) oszustwem (art. 286 k.k.) a oszustwem informatycznym (art. 287 k.k.), które jest zagrożone niższą sankcją.

Sprowadzają się one przede wszystkim do odmiennego zachowania sprawcy oraz wystąpienia innych skutków. W wypadku klasycznego oszustwa jego sprawca, przez wprowadzenie w błąd albo wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem. Natomiast znamiona czynności sprawczej przestępstwa oszustwa informatycznego określają ją jako wpłynięcie na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przesyłanie informacji lub zmienianie, usuwanie albo wprowadzanie nowego zapisu na komputerowym nośniku informacji. Skutkiem tego przestępstwa jest wywarcie tego typu wpływu, dokonanie zmiany, usunięcie zapisu. W obu tych typach przestępstw celem zachowania sprawcy jest osiągnięcie korzyści majątkowej, natomiast sprawca oszustwa informatycznego może działać alternatywnie w celu wyrządzenia innej osobie szkody.

Zauważyć należy, że trudności w określaniu kwalifikacji bezprawnego zachowania sprawcy wystąpić mogą wówczas, gdy wykorzystanie technologii automatycznego gromadzenia, przetwarzania i przesyłania danych służyć będzie wprowadzeniu innej osoby w błąd dla doprowadzenia jej do niekorzystnego rozporządzenia mieniem. W literaturze jako przykład takiego zachowania podawane jest m.in. wpływanie przez sprawcę na proces decyzyjny pokrzywdzonego przez posługiwanie się sfabrykowanymi wydrukami komputerowymi (R. Korczyński,

R. Koszut, „Oszustwo” komputerowe, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 2). Przestępstwo, w którym zabiegi stanowiące czynność sprawczą zachowania określonego w art. 287 k.k. wykorzystane zostaną jako środek prowadzący do oddziaływania na świadomość pokrzywdzonego, który pod ich wpływem dokona niekorzystnego rozporządzenia mieniem, wypełniać będzie więc znamiona określone w art. 286 k.k. Określane ono bywa, ze względu na środki, jakimi posługuje się sprawca, oraz nasuwające się związki z oszustwem informatycznym, niewłaściwym oszustwem informatycznym.

Analizując zachowanie sprawcy, który przez określone oddziaływanie na procesy informatyczne lub przez dokonywanie modyfikacji zapisu na komputerowym nośniku informacji uniemożliwia (albo czyni wymagającym wiedzy specjalistycznej) odinstalowanie dialera zmieniającego automatycznie numer dostępowy do sieci na numer płatny także podczas przeglądania stron niepłatnych, stwierdzić należy, że stanowi ono oszustwo, które określić można ewentualnie jako niewłaściwe oszustwo informatyczne. Osoba wykorzystująca w nielegalny sposób dialer może dokonać wprowadznie bez upoważnienia – w celu osiągnięcia korzyści majątkowej – czynności, które stanowią znamiona strony przedmiotowej oszustwa informatycznego, ale jeśli jej zachowanie nie ogranicza się do tego, ustalić wówczas należy wypełnienie znamion zwykłego oszustwa. Jeśli bowiem wykorzystanie technologii stanowić będzie jedynie środek do wprowadzenia użytkownika w błąd i zostanie on w ten sposób doprowadzony do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, sprawca dopuści się zwykłego oszustwa, a nie oszustwa informatycznego. Zastosowane środki techniczne służyć będą do wpłynięcia na decyzję pokrzywdzonego, który najczęściej świadomie instaluje dialer, godząc się na naliczanie opłaty. Sprawca wykorzystuje jednak przy tym jego nieświadomość co do sposobu funkcjonowania konkretnego dialera, który wbrew oczekiwaniom użytkownika nie odinstaluje się automatycznie, nawet mimo podejmowanych z jego strony czynności zmierzających do tego. Działając w ten sposób, sprawca doprowadza użytkownika do niekorzystnego rozporządzenia mieniem.

Zaznaczyć należy, że rozważania te nie mogą stanowić podstawy do określenia kwalifikacji prawnej każdego sposobu bezprawnego wykorzystania dialerów. Stanowią one jedynie próbę rozstrzygnięcia zachowania sprawcy sprowadzającego się do wyżej opisanego sposobu posłużenia się tymi programami.

COMPUTER FRAUD: COMMON AND SPECIFIC, AND ILLEGAL USING OF DIALERS

This short presentation is aimed to consider, from the point of view of criminal liability, of behaviours consisting in using dialers – Computer programme, the installation of which enables to visit a chosen Internet site through the change of common access number into a paid number. Depending on the manner the perpetrator acts, it will constitute an offence of Computer fraud, put forth in Art. 287 of the PC, or common fraud (classic fraud), set forth in Art. 286 of the PC.

LECH K. PAPRZYCKI

**PROBLEMATYKA PROCESOWA PRZESTĘPSTW
KOMPUTEROWYCH W KODEKSIE POSTĘPOWANIA
KARNEGO Z 1997 R. PO NOWELIZACJI W 2003 R.***

Przedstawienie w krótkim tekście szerokiego ujęcia skomplikowanych zagadnień jest, co oczywiste, w ogóle niemożliwe. Dlatego też ograniczyłem się jedynie do zasygnalizowania zagadnień dowodowych dla zobrazowania tego, jakie trudności mogą się pojawiać w praktyce, również po dokonaniu w 2003 r. nowelizacji przepisów k.p.k. dotyczących tej kwestii, i to w sytuacji, gdy intencją projektodawców ostatnich zmian było dostosowanie polskiej ustawy procesowej do standardów europejskich, określonych przede wszystkim w Zaleceniu Komitetu Ministrów Rady Europy Nr R/95/13 w sprawie „Problemów karno-procesowych związanych z technologią przetwarzania informacji”. Wszystko po to, by skuteczniej zwalczać (i przeciwdziałać) przestępczość komputerową.

Zabiegi polskiego ustawodawcy, choć podjęte z pewnością w szczerą intencję, nie do końca okazały się skuteczne, gdyż nawet te najnowsze rozwiązania mogą okazać się niewystarczające. Trzeba przy tym pamiętać, że nawet doskonale sformułowane przepisy tego rodzaju dotyczą przecież problematyki co najmniej z pogranicza prawa i wysoko specjalistycznej wiedzy z dziedziny informatyki. Tej ostatniej wiedzy nie może posiadać nawet najbardziej wyspecjalizowany w sprawach komputerowych prawnik. Jest to też tego rodzaju dziedzi-

* Tekst został przygotowany na podstawie następujących opracowań: A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000; idem, *Przestępczość w cyberprzestrzeni*, Toruń 2001; B. Fischer, *Przestępstwa komputerowe i ochrona informacji. Aspekty prawno-kryminalistyczne*, Kraków 2003; T. Grzegorzczak, *Kodeks postępowania karnego wraz z komentarzem do ustawy o świadku koronnym*, Kraków 2003, s. 579 i n.; J. Grajewski, w: J. Grajewski, L.K. Paprzycki, M. Płachta, *Kodeks postępowania karnego*, Kraków 2003, t. I, s. 555 i n.; K. Dudka, *Kontrola korespondencji i podsłuch w polskim procesie karnym*, Lublin 1998; idem, *Podsłuch komputerowy w polskim procesie karnym – wybrane zagadnienia praktyczne*, Prok. i Pr. 1999, nr 1; R. Kmiecik, *Prawnodowodowe aspekty ochrony programów komputerowych w postępowaniu karnym (problematyka wszczęcia postępowania)*, Prok. i Pr. 1997, nr 6; A. Lach, *Gromadzenie dowodów elektronicznych po nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. 2003; idem, *Konferencja dotycząca gromadzenia i prezentacji dowodów elektronicznych*, Prok. i Pr. 2003, nr 9; B. Nita, *Przedmiotowy zakres podsłuchu procesowego*, Prok. i Pr. 2002, nr 9.

Referat ten został opublikowany w języku angielskim, Lech K. Paprzycki, *Procedural Issues of Computer Offences In the Criminal Code of 1997, after the Amendments of 2003*, w: Juan Carlos Ferre Olive, Enzo Musco, Barbara Kunicka-Michalska, Jorge Almeida Cabral i in. *Penal Legislation In the Fight Against Financial Crimes, Fraud and Corruption, Grotius II Penal Programme, Computer Fraud and Internet Crimes*, Spain, Italy, Portugal and Poland, Universidad de Salamanca, Fundación General, 2004, s. 99 i n.

na wiedzy, w której korzystanie z opinii biegłego okazać się może wyjątkowo trudne. Trzeba sobie bowiem zdawać sprawę z tego, jak wielka musi być różnica między wiedzą z zakresu informatyki najwyższej klasy specjalisty w tej dziedzinie (niestety także przestępcy komputerowego) zatrudnionego np. przez wielką firmę komputerową, a wiedzą młodego sędziego prowincjonalnego sądu rejonowego, któremu tylko raz na rok przyjdzie sędzić sprawę młodocianego hackera. Ten pierwszy powinien „o krok” wyprzedzać każdego przestępcę komputerowego, ten drugi musi zostać wyposażony w podstawy wiedzy w tym zakresie i umiejętność korzystania z wysoko specjalistycznej opinii biegłego (art. 193 i n. k.p.k.). Wiedzą tego rodzaju, bez porównania większą niż owego przykładowego sędziego i tylko nieco mniejszą niż najwyższej klasy specjalisty, dysponować powinni funkcjonariusze Policji zatrudnieni w specjalistycznej jednostce zajmującej się zwalczaniem i przeciwdziałaniem przestępczości komputerowej, a także wyselekcjonowani prokuratorzy, którzy będą nadzorowali prowadzone w tych sprawach postępowania przygotowawcze, a następnie popierali oskarżenie przed sądem. Tylko w ten sposób stworzy się warunki dla efektywnego stosowania przepisów karnej ustawy procesowej, dotyczących gromadzenia, zabezpieczania i przeprowadzania dowodów komputerowych (elektronicznych) w postępowaniu karnym, często przy udziale biegłych (art. 195 i n. k.p.k.) i specjalistów (art. 205 i 206 k.p.k.).

Dowód elektroniczny obejmuje nie tylko dowód cyfrowy, a więc informację przechowywaną lub transmitowaną w formie binarnej, ale także zapisy analogowe, które mogą mieć znaczenie dla dokonania ustaleń w postępowaniu karnym.

Najistotniejszym problemem jest efektywne gromadzenie dowodów elektronicznych i tej kwestii dotyczą przepisy art. 218, 236a i 241 k.p.k.

Zgodnie z tym pierwszym przepisem szereg instytucji – w tym urzędy pocztowe i telekomunikacyjne – jest zobowiązanych wydać na żądanie prokuratora lub sądu także wykazy połączeń telekomunikacyjnych, z uwzględnieniem czasu ich dokonywania i innych informacji związanych z połączeniem, lecz niestanowiących treści rozmowy telefonicznej. Przepis art. 218 k.p.k. wydaje się niewystarczającą podstawą do ujawnienia danych dotyczących użytkownika, objętych tajemnicą telekomunikacyjną (art. 49 Konstytucji RP z 1997 r. i art. 67 ustawy – Prawo telekomunikacyjne z 2000 r.). Takie unormowanie, które niestety nie znalazło się w art. 218 k.p.k., zamieszczone zostało w art. 20c ustawy o Policji z 1990 r.

Przepis art. 241 k.p.k. pozwala na odpowiednie stosowanie przepisów rozdziału 26 k.p.k. „Kontrola i utrwalanie rozmów” do kontroli oraz utrwalania przy użyciu środków technicznych treści innych rozmów i przekazów informacji, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną. Chodzi więc o uzyskiwanie danych w czasie rzeczywistym przy użyciu różnych metod. Wobec takiego unormowania wyłączona została możliwość uzyskiwania danych tego rodzaju w trybie określonym w art. 218 k.p.k. To wyłączenie nie dotyczy jednak poczty elektronicznej (wiadomości e-mail), do których zajęcia zastosowanie będą miały przepisy rozdziału 25 k.p.k. „Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie”, a więc i art. 218

k.p.k. Katalog przestępstw, gdy możliwa jest kontrola i utrwalanie rozmów, został znacznie rozszerzony w art. 237 k.p.k. w 2003 r., ale nadal można twierdzić, że jest on daleko niewystarczający.

Gromadzenia dowodów tego rodzaju dotyczy dodany ustawą nowelizującą z 2003 r. przepis art. 236a k.p.k., w którym stwierdza się, że przepisy działu V k.p.k. „Dowody” stosuje się odpowiednio do dysponenta i użytkownika systemu informatycznego w zakresie danych przechowywanych w tym systemie lub na nośniku znajdującym się w jego dyspozycji lub użytkowaniu, w tym korespondencji przesyłanej pocztą elektroniczną, co jest najistotniejsze, jeżeli chodzi o przepisy rozdziału 25 k.p.k. „Zatrzymanie rzeczy. Przeszukanie”. Jednakże nawet „odpowiednie” stosowanie tych przepisów do tak szczególnych dowodów, jakimi są „ślady elektroniczne”, będzie bardzo trudne, a nawet może okazać się niemożliwe. W tym zakresie konieczne są nowe „instrumenty prawne” – nowe prawne uregulowania, o czym świadczą przepisy Konwencji w sprawie zwalczania cyberprzestępczości z 2001 r. W każdym razie odpowiednie stosowanie unormowań rozdziału 25 k.p.k. dotyczyć będzie zarówno „dysponenta” (właściciela, administratora), jak i „użytkownika” systemu informatycznego (każdy, kto z tego systemu korzysta). Nie dotyczy to jednak osoby, która jest w tym postępowaniu podejrzanym albo oskarżonym. Chodzi przy tym tylko o dane „przechowywane” w systemie lub „na nośniku” i pozostające w jego „dyspozycji” lub „użytkowaniu”, bez względu na to, gdzie te dane „fizycznie” się znajdują (także poza granicami Polski), byleby tylko osoba zobowiązana miała techniczną możliwość ich udostępnienia. W wypadku przeszukania systemu informatycznego osoba, której czynność ta dotyczy, nie ma obowiązku aktywnego współdziałania, np. przez udostępnienie oprogramowania, haseł dostępu czy też wydanie wydruku. Brak tego rodzaju unormowań zdecyduje zapewne o niewielkiej efektywności tego rodzaju czynności. Z kolei „zatrzymanie” w tym wypadku dotyczyć może zarówno samych „danych” znajdujących się w systemie, np. przez ich skopiowanie, ale także oznaczać zatrzymanie (zabezpieczenie) urządzeń (sprzętu), np. w wypadkach gdy były one przedmiotem albo narzędziem przestępstwa komputerowego. Pamiętać jednak trzeba o zasadzie proporcjonalności wyrażonej w art. 227 k.p.k. Właśnie dlatego w każdej decyzji (postanowieniu) o przeszukaniu trzeba precyzyjnie określić jego zakres (sam system, urządzenia czy także pomieszczenia, w których znajdują się urządzenia, inne systemy – zob. art. 220 § 3 k.p.k. w zw. z art. 217 § 3 k.p.k.). Przy dokonywaniu tych czynności pamiętać trzeba o uprawnieniach osoby, u której dokonuje się przeszukania – prawo do uczestniczenia w czynności (art. 224 § 2 k.p.k.), a także o treści art. 225 § 1 k.p.k., dotyczącym postępowania w wypadku danych stanowiących prawnie chronioną tajemnicę.

Wykonywanie wszystkich tych czynności, wymagających z reguły wysoko specjalistycznej wiedzy z zakresu informatyki, o czym była już mowa, będzie wymagało, prawie we wszystkich wypadkach, udziału specjalisty, natomiast analiza uzyskanych danych – wydania opinii biegłych różnych specjalności (art. 205 k.p.k., art. 206 k.p.k. oraz art. 193 i n. k.p.k.).

Już choćby pobieżny przegląd problematyki dowodowej przestępstw komputerowych utwierdza w przekonaniu, że wobec rozwoju informatyki oraz pojawienia się nowych metod popełniania przestępstw komputerowych, należy pomyśleć o rychłej nowelizacji polskiej karnej ustawy procesowej, której nawet najnowsze regulacje są dalece niedoskonałe. Wszystko po to, by „nadażyć” za informatycznymi przestępcami i, w równej mierze, za wypracowanymi w tym zakresie standardami europejskimi.

PROCEDURAL ASPECTS OF THE COMPUTER CRIMES IN THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF 1997, AFTER THE AMENDMENTS ADOPTED IN 2003.

This presentation tends to outline the issue of evidence with regard to Computer crimes (mostly based on Articles 218, 236a and 241 of the Criminal Procedure Code). It allows to State that the recent amendments to these provisions, adopted in January 2003, will probably turn out to be insufficient. The need to include further regulations concerning these pieces of evidence into the Polish criminal procedure law comes not only from the development of Computer Sciences and arising new forms of Computer crimes, but also from the necessity of adjustment of the Polish law to European standards in this respect.

RYSZARD A. STEFAŃSKI

OSZUSTWA KOMPUTEROWE W PRAKTYCE POLSKICH ORGANÓW ŚCIGANIA

I. WPROWADZENIE

Analizą zostały objęte sprawy z całego kraju o oszustwa komputerowe (art. 287 k.k.), w których postępowania przygotowawcze zostały zakończone w 2002 r. i w I półroczu 2003 r. Wyboru spraw dokonali prokuratorzy rejonowi i okręgowi, do których kompetencji należy prowadzenie postępowań przygotowawczych lub nadzór nad dochodzeniami prowadzonymi w tych sprawach przez policję.

W ten sposób wyselekcjonowano 64 sprawy. Są to prawie wszystkie sprawy, które zostały zakończone w prokuraturach. Dane liczbowe – podawane niżej – dotyczą spraw, a nie przestępstw, gdyż lepiej obrazują one analizowane zjawisko, w wielu sprawach bowiem sprawcy dopuszczali się przestępstw, działając czynem ciągłym, działając tym samym sposobem i w związku z tym liczba faktycznie popełnionych czynów jest znacznie większa, obejmując niekiedy kilkadziesiąt czynów. Na przykład w jednej ze spraw sprawca zmienił zapisy komputerowe dotyczące 71 faktur (sprawa PR Szczecin-Zachód nr 6 Ds. 114/01), a w innej – 24 (sprawa PR w Lubinie nr 3 Ds. 1297/02).

Nie analizowano kar, gdyż wyroki zapadły w nielicznych sprawach, co – ze względu na małą liczbę spraw – uniemożliwiłoby wyciągnięcie poprawnych wniosków. Wskazać tylko można, że w 2001 r. polskie sądy skazały za przestępstwo oszustwa komputerowego (art. 287 § 1 i 2 k.k.) 29 osób, w tym na karę pozbawienia wolności – 24, karę ograniczenia wolności – 3, grzywnę – 2, a w stosunku do 2 osób postępowanie zostało warunkowo umorzone. Tylko 1 osoba została skazana na bezwzględną karę pozbawienia wolności.

II. RODZAJE ZACHOWAŃ PRZESTĘPNYCH

Sprawcy dopuszczali się różnorodnych zachowań przestępnych, a generalnie ich głównym celem było osiągnięcie korzyści majątkowej. Działania przestępne polegały na:

- 1) wystawianiu fikcyjnych faktur i fałszowaniu dokumentów księgowych – 10,
- 2) zmianie zapisów na rachunkach bankowych lub w innych dokumentach bankowych – 9,
- 3) przekonfigurowaniu połączenia z Internetem – 8,

- 4) usunięciu danych informatycznych – 6,
- 5) dokonywaniu zakupów przy użyciu numerów kart płatniczych innych osób – 3,
- 6) zniszczeniu strony internetowej – 3,
- 7) zmianie kodu dostępu – 3,
- 8) zakupie towarów po założeniu skrzynki pocztowej – 2,
- 9) uszkodzeniu danych lub oprogramowania – 2,
- 10) wprowadzeniu nowych zapisów – 2,
- 11) fałszowaniu kart telefonicznych – 2,
- 12) użyciu karty płatniczej w bankomacie – 2,
- 13) wprowadzeniu nieprawdziwych danych co do wykonanej pracy – 2,
- 14) zablokowaniu dostępu do stron na serwerze – 1,
- 15) podłączeniu się do sieci internetowej – 1,
- 16) zamówieniu za pomocą Internetu karty płatniczej na fałszywe nazwisko – 1,
- 17) zainstalowaniu wirusa Trojan – 1,
- 18) fałszowaniu liczników paliwa – 1,
- 19) używaniu zastrzeżonych kodów i haseł – 1,
- 20) kradzieży impulsów telefonicznych – 1.

Fałszowanie danych na komputerowym nośniku informacji polegało głównie na zmienianiu zapisanych danych po to, by przywłaszczyć towary lub pieniądze, np. fałszowano faktury i inne dokumenty finansowe (sprawa PR w Brodnicy nr Ds. 1657/01, PR w Lublińcu nr Ds. 205/02, PR w Ostrowcu Świętokrzyskim nr 1 Ds. 316/03, PR Poznań Nowe Miasto nr 1 Ds. 5448/02, PR Szczecin-Zachód nr 6 Ds. 114/01, PR Warszawa-Mokotów nr 5 Ds. 1068/02/IV i nr 5 Ds 722/02/IV, PR w Lubinie nr 5 Ds. 438/01).

Zmiany danych w dokumentach bankowych stanowiły *modus operandi* wyłudzenia pieniędzy od banków przez ich pracowników i polegały one na:

- podwyższaniu na komputerowym nośniku informacji limitu odnawialnego kredytu (sprawy PR w Kętrzynie nr Ds. 86/03, PR w Płocku nr 2 Ds. 1121/02),
- wprowadzaniu na nośnikach informacji fikcyjnych transakcji i kierowaniu środków finansowych na własne konto lub osoby najbliższej (sprawy PR w Katowicach-Wschód nr 1 Ds. 616/02/W, PR w Sulęcinie nr Ds. 1043/02, PR w Płocku nr 2 Ds. 1121/02, PR w Grodzisku Maz. nr 2 Ds. 1670/02),
- dokonywaniu przelewu pieniędzy na inne konta (sprawa PO w Poznaniu ośrodki w Koninie nr V Ds. 41/02),
- zwolnieniu blokady konta (sprawa PR w Płocku nr 2 Ds. 1121/02),
- przedłużeniu terminu spłaty kredytu (sprawa PR w Płocku nr 2 Ds. 1121/02),
- zarejestrowaniu fikcyjnej umowy kredytu bankowego (sprawa PR w Wałbrzychu nr 2 Ds. 146/03/4).

Sprawy dotyczące przekonfigurowania połączenia z Internetem były wszczynane z doniesień osób posiadających dostęp do Internetu za pośrednictwem łączy TP S.A. o zmianie ustawienia numeru dostępnego do Internetu na droższy numer komercyjny. Z ustaleń postępowań wynika, że nie jest możliwe korzystanie

w tym trybie z programów, z reguły erotycznych, bez wyrażenia zgody przez naciski odpowiedniego polecenia. Sprawy te zostały zakończone umorzeniem postępowania z powodu braku ustawowych znamion czynu zabronionego (np. sprawy PR w Lesznie nr Ds. 625/03, PR w Piasecznie nr 1 Ds. 634/01/YIII, PR Warszawa Praga-Południe nr 3 Ds. 492/03).

Usunięcia danych informatycznych dotyczyły różnych informacji o odmiennym znaczeniu, np. w jednej ze spraw usunięto zbiór biblioteczny (sprawa PR w Gorzowie Wlkp. Nr 1 Ds. 1063/03),

Numery kart płatniczych innych osób lub kart fikcyjnych wykorzystywano do dokonywania opłat za połączenia z firmami oferującymi programy erotyczne (np. w sprawie PR w Szczycinie nr Ds. 568/03).

Usunięcie hasła dostępu do konta internetowego miało na celu wprowadzenie w to miejsce własnego konta i wykorzystywanie go do fikcyjnego oferowania do sprzedaży w ramach licytacji internetowej różnych towarów (sprawa PR w Wodzisławiu Śląskim nr 2 Ds. 222/03).

Zainstalowanie wirusa podyktowane było chęcią wydłużenia czasu korzystania z komputera w kawiarence internetowej (sprawa PR w Nysie nr 1 Ds. 6/02).

Większość spraw dotyczyła przestępstw o niezbyt dużym ciężarze. Wyjątek stanowią:

- sprawa, w której sprawcy, działając w zorganizowanej grupie przestępczej, składającej się z obywateli Polski i Litwy, założyli spółkę na nieprawdziwe nazwisko i w jej pomieszczeniach zainstalowali terminale elektroniczne POS, wprowadzając do nich transakcje obciążające konta posiadaczy kart płatniczych wystawionych przez banki zagraniczne oraz przesyłając je za pośrednictwem linii telekomunikacyjnych do transmisji w Centrum Rozliczeniowym „PolCardu”, w wyniku czego przeprowadzili 90 transakcji, wyłudzając kwotę ponad 540 tys. zł (sprawa PO w Szczecinie nr V Ds. 2/03/ Sp).
- sprawa uruchamiania impulsów telefonicznych na komercyjne numery telefoniczne wydzierżawione przez sprawców od providerów TP S.A. na szkodę różnych instytucji (sprawa PO w Warszawie nr V Ds. 33/01).

Analiza ta wskazuje, że zamachy na zapisy na komputerowym nośniku informacji służyły przede wszystkim do przywłaszczenia lub wyłudzenia pieniędzy. Wskazuje na to stosunkowo duża liczba spraw o oszustwo komputerowe polegające na wystawianiu fikcyjnych faktur i fałszowaniu dokumentów księgowych oraz na fałszowaniu zapisów na rachunkach bankowych lub w innych dokumentach banku; stanowią one 29,6% badanych spraw, w tym w sektorze bankowym 14,0%. W sprawach tych zachowanie sprawców wyczerpywało znamiona przestępstwa przywłaszczenia (art. 284 § 1 k.k.) lub oszustwa zwykłego (art. 286 § 1 k.k.), a zmiany danych na komputerowym nośniku informacji były środkiem do osiągnięcia celu, jakim było przywłaszczenie gotówki. W takim też celu działali sprawcy kradzieży kwoty ponad 63 tys. zł pochodzącej ze sprzedanej benzyny na stacji benzynowej, którą zabrali, cofając liczniki dystrybutorów paliwa; w tym wypadku zachowania te zmierzały do ukrycia faktu kradzieży (sprawa PR w Ciechanowie nr 1 Ds. 1494/02). Do uzyskania wyższego wynagrodzenia za

pracę zmierzało wprowadzenie do bazy komputerowej nieprawdziwych danych o wykonanej pracy (sprawa PR w Wałbrzychu nr 1 Ds. 4253/01/1).

III. SPOSÓB ZAKOŃCZENIA POSTĘPOWAŃ

Analiza sposobów zakończenia postępowań przygotowawczych wskazuje na stosunkowo niską efektywność ścigania przestępstw oszustwa komputerowego. Na ogólną liczbę 64 spraw:

- a) akty oskarżenia skierowano w 25 (39,0%) sprawach,
- b) wnioski o warunkowe umorzenie postępowania w 4 (6,2%),
- c) umorzono postępowania w 33 (51,6%), w tym z powodu niewykrycia sprawcy – 15 (23,4%), braku ustawowych znamion czynu zabronionego – 19 (29,7%), brak wniosku – 1 (1,5%),
- d) zawieszono postępowanie w 2 (3,1%).

Stosunkowo duża jest liczba spraw umorzonych z powodu niewykrycia sprawców. Wiąże się to głównie z tym, że sprawcy korzystają z tzw. kawiarenek internetowych, w których nie jest prowadzona ewidencja korzystających z nich, jak i z poszczególnych komputerów, oraz nie ma możliwości ich monitorowania z serwera właściciela kawiarenki. Przykładem może być sprawa założenia skrzynki pocztowej na portalu internetowym Wirtualnej Polski na określoną osobę i zamawianie bez jej wiedzy różnych towarów (sprawa PR w Inowrocławiu nr 1 Ds. 984/02).

IV. WNIOSKI

Przeprowadzona analiza wykazała, że zamieszczanie danych na elektronicznych nośnikach informacji, których celem jest ułatwienie posługiwania się nimi, w tym wykonywanie pracy, jest wykorzystywane przez nieuczciwych pracowników jako środek do popełniania pospolitych przestępstw, zwłaszcza przywłaszczeń. Korzystanie z elektronicznych nośników informacji, zwłaszcza z Internetu, jest skutecznym środkiem do popełniania oszustw, a to głównie dlatego, że daje sprawcy gwarancję, że nie zostanie wykryty, zwłaszcza gdy korzysta z dostępu do Internetu w klubach lub kawiarenkach internetowych, gdzie nie rejestruje się osób korzystających z komputerów.

DEPUTY OF THE GENERAL PROSECUTOR COMPUTER FRAUD IN THE PRACTICE OF THE POLISH INVESTIGATION ORGANS

The analysis referred to 64 Polish cases of Computer fraud (Art. 287 of the PC) in which the preliminary proceedings were terminated in 2002 and first half of 2003. Relatively great number of cases consisted in issuing false invoices and falsifying accounting documents as well as falsifying bank accounts records and

other bank documents. Attacks on records on the Computer information carrier mainly served to appropriate and embezzle money. In these cases the behaviour of perpetrator fulfilled the features of the offence of misappropriation (Art. 284 § 1 of the PC) or common fraud (Art. 286 § 1 of the PC), and changes of data made on Computer information carrier constituted a means to reach the purpose, i.e. appropriation of money.

BARBARA ŚWIĄTKIEWICZ

**OSZUSTWO KOMPUTEROWE
– TECHNIKI DOCHODZENIOWE**

Przestępstwo oszustwa komputerowego zostało wyodrębnione jako typ przestępstwa dopiero w kodeksie karnym z 1997 r.

Ustawowe znamiona tego przestępstwa opisane w art. 287 k.k. wyznaczają ramy tego artykułu.

Jest to przestępstwo skierowane przeciwko prawom majątkowym, których potwierdzeniem jest odpowiedni zapis w systemie gromadzonym, przetwarzającym lub przesyłającym automatycznie dane lub zapis na komputerowym nośniku informacji. Czynności sprawcze wymienione w tym przepisie mają charakter wyliczenia taksatywnego i poza przypadkami opisanymi przez ustawę może to przestępstwo być popełnione w innych formach. Liczba tego typu przestępstw wykrywanych przez policję rośnie.

W 1999 r. – 217 i w 2000 r. – 323, w 2001 r. – 279, w 2002 r. – 368, w 2003 r. – 168, w 2004 – 390, w 2005 – 568.

Najczęstszymi formami popełniania oszustwa komputerowego są:

- manipulacja danymi, polegająca na wprowadzeniu nieprawdziwych danych (najczęściej „martwych dusz”) w celu uzyskania nienależnych korzyści majątkowych. Jest to najbardziej rozpowszechniona forma przestępstw pracowniczych, dokonywanych przeważnie przez operatorów, nie wymaga bowiem od sprawcy żadnej szczegółowej wiedzy lub umiejętności. Straty ponoszone przez instytucje w następstwie manipulacji danymi są większe niż na skutek innych rodzajów przestępczej działalności;
- manipulacja programem, tak aby program wykonywał określone czynności niezależnie od woli operatora. Jedną z odmian takich manipulacji jest metoda „salami”, w której np. program bankowy przy rozliczaniu wkładów płatnych na każde żądanie samodzielnie dokonuje zmniejszania rachunku o minimalne kwoty i przekazuje je na uprzywilejowany rachunek sprawcy przestępstwa lub osoby przez niego wskazanej. Z uwagi na konieczność posiadania do realizacji tego przestępstwa specyficznej, fachowej wiedzy – sprawcy należy poszukać wśród twórców oprogramowania danej firmy, zatrudnionych informatyków lub włamywaczy komputerowych. Wśród policyjnych doświadczeń z tej dziedziny należy przypomnieć pierwszą sprawę z 1993 r., gdzie sprawca – pracownik banku – zainstalował program, który dokonywał automatycznego przelewu części odsetek z wybranych kont na jego prywatne konto;

- manipulacja urządzeniami wyjścia-wejścia, polegająca na wykorzystaniu ogólnie dostępnych peryferii komputerów i systemów w celu dokonania przestępstwa. Przykładem takich działań są przestępstwa dokonywane na szkodę banków i ich klientów za pomocą bankomatów, które są takimi terminalami¹.

Dość powszechne jest popełnianie oszustwa komputerowego za pomocą kart płatniczych.

Szczytywanie oryginalnych pasków magnetycznych (ang. *skimming*) i nanoszenie ich na inne karty stało się popularne wśród przestępców na przełomie 1997 i 1998 r. Podjęte wraz z pracownikami central rozliczeniowych działania policyjne przyniosły szereg pozytywnych rezultatów. W latach 1997–1999 zatrzymano w Polsce łącznie cztery grupy przestępcze dokonujące szczytywania pasków i nanoszenia danych na inne paski (KWP Poznań – 1 grupa, KSP – 3 grupy). Także i w tym przypadku stwierdzono działania grup międzynarodowych, czego przykładem może być zatrzymanie we Włoszech grupy przestępczej fałszującej paski magnetyczne, w której składzie byli obywatele polscy, a dane na pasek magnetyczny zbierane były w Polsce. Według danych pochodzących ze Związku Banków Polskich w Polsce może być 4500–5000 szt. podrobionych, sfałszowanych i skradzionych kart płatniczych. Technologia fałszowania i podrabiania kart nie jest zbyt skomplikowana, a koszt niezbędnych do tego celu urządzeń (mieszczących się w średniej wielkości walizce) nie przekracza 4–5 tys. USD. Są to niewielkie koszty w porównaniu z nakładami np. na piracką produkcję fonografii – a zyski nieporównywalne, nie mówiąc o zagrożeniu ujawnienia działalności, jeżeli sprawca działa w obrębie bankomatów czy sklepów realizujących ten system opłat za usługi².

Przestępstwo to może polegać także na nieupoważnionym posługiwaniu się danymi z karty przy zamówieniach pocztowych, telefonicznych lub za pomocą sieci komputerowych (z angielska nazywanych także transakcjami MO/TO/IO)³. Dane dla sprawcy mogą pochodzić z autentycznych kart, dowodów transakcji, generowania fałszywych numerów itp. Ten typ przestępstwa będzie nabierał coraz większego znaczenia, wraz z rozpowszechnianiem się tej formy dokonywania transakcji w Polsce. W aktualnym stanie prawnym nie stanowi przestępstwa:

- nieuprawnione zbieranie numerów kart płatniczych i przyporządkowanych im kodów identyfikacyjnych bez użycia urządzeń specjalnych (w rozumieniu art. 267 k.k.), np. poprzez podglądanie i ręczne zapisywanie,
- przechowywanie numerów kart płatniczych i przyporządkowanych im kodów identyfikacyjnych w przypadku braku możliwości udowodnienia przygotowania do fałszerstwa w rozumieniu art. 310 § 4 k.k.

¹ K.J. Jakubski, *Współpraca organów ścigania karnego, przestępczość, efektywność procesu wykrywania* – materiały poseminaryjne pod red. K. Zajdera i J. Świerczewskiego, WSPol, Szczytno 2003.

² K.J. Jakubski, op. cit.

³ Problematykę tę szeroko opisał K.J. Jakubski, *Wyludzenia towarów i usług na podstawie numerów kart kredytowych przez Internet*, w: R. Skubisz (red.), *Internet 2000: Prawo – ekonomia – kultura*, Lublin 1999, s. 249–285 i K.J. Jakubski, *Bezpieczeństwo transakcji handlowych dokonywanych kartą płatniczą w Internecie*, „It Security Magazine” 2000, nr 3 (4) cz. 1, nr 4 (5) cz. 2.

W efekcie w polskiej sieci komputerowej rozwinęła się wymiana, a nawet handel numerami kart płatniczych, które następnie wykorzystywane są do nieuprawnionych zdalnych transakcji.

Tabela 1. Podstawowe dane dotyczące rynku bankowych kart płatniczych⁴

	1997	1998	1999
Liczba kart (min)	2,036	3,766	8,171
Liczba bankomatów (szt.)	1430	2006	3420
Liczba transakcji bankomatowych (min)	25,53	40,326	102,63
Wartość transakcji bankomatowych (mld PLN)	4,5	5,162	22,47
Liczba punktów akceptujących karty płatnicze (tys.)	38,7	52,4	71,2
Liczba transakcji płatniczych (min)	5,1	11,5	25,85
Liczba transakcji płatniczych (min PLN)	1,35	2,6	5,2

Trudno w krótkim artykule omówić techniki dochodzeniowe stosowane przy ściganiu przestępców dokonujących oszustwa komputerowego. Jest to przestępstwo skierowane przeciwko obrotowi gospodarczemu. W związku z tym stosowane są przy jego wykrywaniu techniki charakterystyczne dla ścigania tego typu przestępstw, czyli obserwacja i analiza oraz synteza danych. Często przestępstwo to jest wykrywane przy okazji rozpracowywania innych przestępstw, a nawet przypadkowo, np. kamery filmujące operacje dokonywane w bankomatach, tzw. „przykrywkę”, często wykrywa się przy wymianie świetlówki. Jest to także przestępstwo przeciwko mieniu. Mają wówczas zastosowanie techniki dochodzeniowe charakterystyczne dla ścigania przestępstwa skutkowego, które jest zgłoszone przez pokrzywdzonego, np. takiego jak kradzież karty i dokonanie za jej pomocą zakupów. Zgłoszenie przez pokrzywdzonego powoduje zastosowanie technik dochodzeniowych polegających na ustaleniu (przez informacje z banku), kiedy i w jakim sklepie dokonano zakupu, oraz przesłuchaniu obsługi sklepu, ustaleniu rysopisu sprawców. Są to bardzo typowe działania dochodzeniowe i niestety stosunkowo rzadko skuteczne. Specyfika formy popełnienia przestępstwa oszustwa komputerowego powoduje, że poza tradycyjnymi formami wykrywczymi stosowanymi przy ściganiu przestępstw przeciwko mieniu i przestępstw gospodarczych konieczne jest wypracowanie nowych form działań policji.

Oszustwo komputerowe jest najczęściej popełnione za pomocą komputera, co sprawia, że występuje konieczność stosowania technik wykrywczych innych niż tradycyjne. Sprawca jest na ogół daleko od miejsca wystąpienia skutku, a ustalenie jego danych wymaga możliwości prześledzenia operacji w sieci, co niejedno-

⁴ Niestety nie mogę zaktualizować tych danych, pod koniec 2003 r. liczba kart płatniczych wydanych indywidualnym klientom przez PKO BP wynosiła 4 587 000, Pekao SA 2 271 000, ING Bank Śląski – 1 351 000, BPHPBK – 1 231 000, BZWBK – 1 113 000, Kredyt Bank – 860 000, BGŻ – 471 000, Bank Millennium – 462 000, mBank – 386 000 i Lukas Bank – 224 000 /źródło www.nbp.pl/. Tendencja rosnąca w emisji zarówno kart płatniczych, jak i kredytowych i obciążających jest faktem oczywistym.

krotnie jest bardzo utrudnione. Policjanci w związku z tym postulują wprowadzenie zmian ustawodawczych określających zasady pracy firm świadczących usługi telekomunikacyjne i internetowe polegających na:

- Nałożeniu na firmy obowiązku zbierania, czasowego magazynowania i przekazywania policji danych umożliwiających identyfikację sprawcy przestępstw dokonywanych przy użyciu serwerów. Stworzenie przepisów jednoznacznie określających obowiązki dostawców Internetu, co dawałoby większe możliwości wykrycia sprawcy. Obecnie podmioty świadczące usługi telekomunikacyjne w Polsce zobowiązane są do współpracy z organami ścigania w zakresie stosowania podsłuchu telekomunikacyjnego oraz wydawania w trybie art. 218 k.p.k. korespondencji elektronicznej. Ze względu jednak na niedostosowanie przepisów kodeksu postępowania karnego do nowych form przekazu informacji oraz luk prawnych, jakie ujawniają się na styku przepisów tego kodeksu z art. 49 Konstytucji i ustawą – Prawo telekomunikacyjne, sposób i zakres tej współpracy pozostawia w chwili obecnej wiele do życzenia. Polskie przepisy prawne nie regulują okresów przechowywania zapisów dotyczących ruchu w sieciach teleinformacyjnych, co wielokrotnie uniemożliwia odtworzenie przebiegu sesji i odnalezienie sprawcy przestępstwa. Logi systemowe gromadzone są (lub nie) w zależności od woli operatora lub dostawcy usług.
 - Ustaleniu jednoznacznej interpretacji ustawy o ochronie danych osobowych. Obecnie wielokrotnie stosuje się nadinterpretację tej ustawy, co jest przyczyną opóźnień lub niemożliwości wszczęcia postępowania przeciwko sprawcy.
- Ściganie i wykrywanie przestępstw komputerowych wymaga, aby policjant już podczas pierwszych czynności uzyskał jak najwięcej informacji na temat zdarzenia. Są to w szczególności:

- Informacje o podmiocie pokrzywdzonym oraz o wiedzy, jaką dysponuje zgłaszający zdarzenie (często się zdarza, że zgłoszenia dokonuje pokrzywdzony lub osoba upoważniona do jego reprezentowania, która nie ma wiedzy z zakresu informatycznego i nie jest w stanie udzielić informacji niezbędnych w dalszej fazie postępowania). Wówczas policjant powinien ustalić i przesłuchać osobę zajmującą się bezpośrednio obsługą sieci w pokrzywdzonej firmie.
- Dane na temat rodzaju zdarzenia, czy jest to przykładowo włamanie na stronę internetową, kradzież danych z komputera, czy oszustwo.
- Informacje na temat zaatakowanego komputera (sieci), np. jakie są używane systemy operacyjne i oprogramowanie, rodzaj (jeżeli jest) sieci, liczba użytkowników komputera (sieci) i zakres dostępu, istniejące zabezpieczenia itd.
- W zależności od systemu komputerowego zabezpieczenie wszelkich informacji o logach systemowych, dokonywanych przez intruza zmianach w systemie itp. Dane te mogą ulec zniszczeniu poprzez kolejne działania sprawcy lub pokrzywdzonego.
- W przypadku dysponowania przez pokrzywdzonego wiedzą wystarczającą do określenia źródła ataku na system należy to zawrzeć w protokole przesłuchania.

Pokrzywdzony może w tym wypadku znacznie pomóc w procesie wykrywczym⁵.

Problematyka ścigania włamań do systemów komputerowych wiąże się z koniecznością uzyskiwania informacji o takich zdarzeniach od poszkodowanych, jeżeli są oni zainteresowani ujawnieniem takiego przypadku. Praktyka wskazuje, że banki są w tym zakresie raczej wstrzemięźliwe. Obecnie policja jest informowana przez pokrzywdzonego o włamaniu do systemu jako ostatnia i to tylko wtedy, gdy informatycy pokrzywdzonego nie mogą sobie poradzić z problemem lub gdy wystąpiły tak duże straty, że sprawy nie da się ukryć. Powoduje to brak możliwości podjęcia działań prewencyjnych czy operacyjnych. Policja nie ma wpływu na to, czy zostanie powiadomiona o włamaniu do systemu czy nie. Polityka bezpieczeństwa sieci jest obszarem, gdzie policja ma jedynie rolę doradcą. W roku 1999 wszczęto w Polsce 2 sprawy o włamanie do systemu informatycznego, w 2000 r. w 3 sprawach udało się ustalić sprawców i to tylko dzięki informacjom uzyskanym od poszkodowanych. Aby policja mogła skutecznie ścigać sprawców oszustw komputerowych, powinna być jak najszybciej informowana o zaistniałym włamaniu, powinna natychmiast móc zabezpieczyć logi połączeń. Brak powiadomień, próby własnych dochodzeń, częste ugody podpisywane pomiędzy sprawcą i poszkodowanym negatywnie wpływają na skuteczność działań wykrywczych oszustw komputerowych. Brak pełnej informacji o sprawcach tych przestępstw ma wpływ także na ściganie tej przestępczości w ogóle, a nie tylko w konkretnych sprawach.

Polska policja zjawiskiem przestępczości komputerowej oraz przestępstw dokonywanych przy wykorzystaniu najnowszych technologii zajmuje się od 1990 r. Od 1998 r. działa w Wydziale ds. przestępczości Gospodarczej Biura Służby Kryminalnej KGP wyspecjalizowany zespół, którego zadaniem jest zwalczanie przestępczości komputerowej i intelektualnej oraz koordynacja wszelkich działań policyjnych mających na celu ograniczenie tego rodzaju patologii. Zespół zajmuje się praktycznie wszystkimi rodzajami wyżej wymienionych przestępstw komputerowych, a ponadto przestępstwami popełnianymi na szkodę operatorów telefonii komórkowej i przewodowej.

W większości komend wojewódzkich policji powstały wyspecjalizowane komórki zajmujące się omawianą problematyką. Obecnie powstają takie komórki także w komendach miejskich i powiatowych.

Dodać należy, że w zakresie ścigania przestępstwa oszustwa komputerowego popełnianego za pomocą kart płatniczych znaczną rolę odgrywają techniki kryminalistyczne, których nawet pobieżne omówienie wymagałoby odrębnego referatu.

Konkluzja podsumowująca powyższe wywody nie napawa optymizmem. Polska policja ma świadomość dużego zagrożenia przestępczością oszustwa komputerowego i jednocześnie własnej bezsilności, wynikającej zarówno z uregulowań prawnych obowiązujących w Polsce, jak i postawy pokrzywdzonych.

⁵ Por. J. Kosiński, *Przestępczość komputerowa w statystyce policyjnej*, w: T. Zasępa, R. Chmura (red.), *Internet i nowe technologie ku społeczeństwu przyszłości*, Łódź 2003.

THE COMPUTER CRIMES AND INVESTIGATION METHODS

The article is about basic detection principles used for work against Computer crimes, particularly crimes which used computers and credits cards. It shows also which changes in the legislation are necessary in the opinion of Polish Police.

JANINA WOJCIECHOWSKA

**PROBLEM KWALIFIKACJI PRAWNEJ
WYLUDZEŃ INFORMATYCZNYCH
Z UŻYCIEM KART KREDYTOWYCH****I. WPROWADZENIE**

Używanie kart płatniczych (kredytowych) w Polsce nie jest tak szeroko rozpowszechnione jak w krajach o dużej już pod tym względem tradycji, np. w krajach Unii Europejskiej i w USA¹. Również rzadko występują opracowania dotyczące kart kredytowych z punktu widzenia kryminologicznego lub penalnego.

Karty kredytowe wydawane są w Polsce od około 15 lat². Były i są wykorzystywane – jak wszędzie – do dokonywania płatności w wybranych placówkach, jak np. w hotelach, w sieci sklepów, w restauracjach, czy w usługach, a także służą do pobrania pieniędzy z automatu bankowego. Pierwsze karty kredytowe pojawiły się w Polsce w 1991 r. O szerszej dostępności ich dla klientów można mówić jednak dopiero od 1993 r., kiedy to Bank Pekao SA rozpoczął wydawanie kart systemu VISA dla klientów indywidualnych. W latach 90. ubiegłego stulecia obserwowaliśmy rozwój rynku kart kredytowych. Ich liczba, która pod koniec 1993 r. wynosiła 42 tys., w roku 1996 przekroczyła już milion (1 138 629), w 1997 r. osiągnęła 2 734 850, w 1998 r. 3 876 632, w 1999 r. 8 290 038, w 2000 r. już 11 milionów, a w 2001 r. 14 milionów³. Taki szybki rozwój rynku kart kredytowych nie pozostał bez wpływu na wzrost zainteresowania nimi świata przestępczego. W świetle danych Narodowego Banku Polskiego okazuje się, że wśród transakcji mają też miejsce transakcje

¹ Na tę kwestię zwraca się uwagę w: R. Skubisz (red.), *Internet 2000: Prawo – ekonomia – kultura*, Lublin 2000, s. 253.

² Karty do obrotu bezgotówkowego o charakterze płatniczym i kredytowym narodziły się w USA w końcu XIX wieku. Gwałtowny rozwój tych kart przypadł jednak dopiero na lata czterdzieste XX wieku. Do grona wydawców dołączyły wówczas banki, widząc w nich doskonały dochód. Oprócz kart wydawanych przez banki, dużą popularnością cieszyły się karty pobytowo-podróżnicze przeznaczone dla zamożnych osób dużo podróżujących po USA. Por. ibidem 254 i n.

Historię kart płatniczych szeroko przedstawia W. Pelc, *Zapłata kartą płatniczą*. Część 1. „Palestra” 1994, nr 11, s. 28–29; oraz A. Myczkowska, T. Dąbrowski, *Karty płatnicze – przewodnik po świecie plastikowego pieniądza*, Warszawa 1997, s. 4–11.

³ K. Senderowicz, *Prawna ochrona posiadaczy kart płatniczych w świetle przepisów ustawy o elektronicznych instrumentach płatniczych*, w: A. Adamski (red.), *Przestępczość gospodarcza z perspektywy Polski i Unii Europejskiej. Materiały konferencji międzynarodowej* (Mikołajki, 26–28 września 2002, Toruń 2003, s. 430.

oszukańcze, tj. transakcje kartami skradzionymi i zagubionymi oraz kartami sfalszowanymi⁴.

II. DEFINICJE ELEKTRONICZNYCH INSTRUMENTÓW PŁATNICZYCH W PRZEPISACH PRAWA

Rozwój rynku kart kredytowych oraz zwalczanie rosnącej przestępczości w tym obszarze i dostosowanie prawodawstwa polskiego do wymogów Unii Europejskiej stały się przesłankami do podjęcia w Polsce prac nad ustawą o elektronicznych instrumentach płatniczych, uchwaloną przez Sejm 12 września 2002 r. (Dz.U. Nr 169, poz. 1385). Weszła ona w życie po upływie 12 miesięcy od dnia ogłoszenia. Ustawa ta służyć ma ochronie posiadaczy kart kredytowych, określa zasady ich wydawania i używania, określa prawa i obowiązki wydawcy i użytkownika, sposoby zawierania umów, zasady tworzenia i organizacji działalności oraz nadzoru, a także zasady likwidacji instytucji pieniądza elektronicznego z kartami płatniczymi włącznie (art. 1). Przez elektroniczny instrument płatniczy ustawa rozumie „każdy instrument płatniczy, w tym z dostępem do środków pieniężnych na odległość, umożliwiający posiadaczowi dokonywanie operacji przy użyciu elektronicznych nośników informacji lub elektroniczną identyfikację posiadacza niezbędną do dokonania operacji, w szczególności kartę płatniczą lub instrument pieniądza elektronicznego”. W ustawie jest też mowa o tym, że w umowie o kartę płatniczą wydawca jej zobowiązuje się do zapłaty kwot operacji. Posiadacz karty jest także zobowiązany do przechowywania karty płatniczej i ochrony kodu identyfikacyjnego, przechowywanego osobno, nieudostępniania karty płatniczej i kodu identyfikacyjnego osobom trzecim oraz niezwłocznego zgłoszenia wydawcy utraty lub zniszczenia karty płatniczej (art. 16). Ustawa zawiera również przepisy karne (art. 71–73). Samego pojęcia „karta płatnicza” ustawa nie definiuje, odsyłając w tym zakresie do art. 4 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. – Prawo bankowe (tekst jedn. Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 665 z późn. zm.). Umieszczenie w tej ustawie pojęcia karty płatniczej jednoznacznie kwalifikuje ją jako elektroniczny instrument płatniczy, obok instrumentów pieniądza elektronicznego.

III. DECYZJA RAMOWA RADY EUROPY W SPRAWIE ZWALCZANIA OSZUSTW I FAŁSZERSTW ZWIĄZANYCH Z KARTAMI KREDYTOWYMI

W literaturze dotyczącej Decyzji ramowej Rady Europy z 28 maja 2001 r. w sprawie zwalczania oszustw i fałszerstw związanych z bezgotówkowymi środkami płatniczymi negatywnie ocenia się obecny stan regulacji prawnej w tej dziedzinie w krajach Unii Europejskiej. Ustawodawstwo tych krajów, z nielicznymi wyjątkami, nie zawiera unormowań prawnych dotyczących nadużyć związanych z kartami płatniczymi. Kraje te są zmuszone stosować przepisy odnoszące się do tradycyjnych przestępstw związanych z dokumentami, na ogół nieadekwatne do

⁴ Por. A. Adamski, *Nadużycia związane z kartami płatniczymi i ich karalność*, w: idem, *Przestępczość gospodarcza ...*, op. cit., s. 449 i n.

penalizacji przestępstw związanych z nowymi technologiami, np. z bezgotówkowymi środkami płatniczymi⁵.

Decyzja ramowa z 28 maja 2001 r. zobowiązuje kraje członkowskie do uwzględnienia w ustawodawstwie wewnętrznym jej postanowień, które m.in. wyliczają przestępstwa z instrumentem płatniczym jako przedmiotem wykonawczym. Definicja tego instrumentu, zgodnie z art. 1 decyzji ramowej, obejmuje wszelkie inne niż konwencjonalne środki płatnicze, które ze względu na swoje właściwości umożliwiają ich posiadaczom dokonywanie transferów pieniędzy, jak m.in. karty kredytowe, karty euroczekowe oraz inne karty wydawane przez instytucje finansowe, zabezpieczone przed podrabianiem i wykorzystywaniem w celach przestępczych przez swój wzór, kodowanie lub podpis posiadacza karty.

Penalizacja ma obejmować w szczególności:

- a) kradzież lub inne bezprawne przywłaszczenie,
- b) sfałszowanie w celu posłużenia się w zamiarze oszukańczym,
- c) otrzymanie, uzyskanie, przewóz, sprzedaż lub przekazanie innej osobie albo posiadanie, o ile został on skradziony lub przywłaszczony w inny sposób, bądź sfałszowany po to, by się nim posłużyć, oraz,
- d) oszukańcze użycie skradzionego lub przywłaszczonego w inny sposób, albo sfałszowanego instrumentu płatniczego.

Decyzja ramowa obejmuje nadto szeroki zakres penalizacji czynności przygotowawczych, zaliczając do nich: tworzenie, otrzymywanie, uzyskiwanie, sprzedaż lub przekazywanie innej osobie albo posiadanie w celu przestępczym:

- narzędzi, przedmiotów, programów komputerowych lub innych środków specjalnie przystosowanych do dokonywania fałszerstw instrumentów płatniczych;
- programów komputerowych służących do popełniania przestępstw z wykorzystaniem systemów informatycznych.

Polskie prawo karne na tle decyzji ramowej z 28 maja 2001 r. przedstawia się raczej korzystnie, choć nie oznacza to, że jest w pełni precyzyjne, i pozwala na ściganie wszelkich przejawów omawianego zjawiska.

IV. ZWALCZANIE PRZESTĘPSTW ZWIĄZANYCH Z OSZUSTWAMI I FAŁSZOWANIEM KART KREDYTOWYCH W PRAWIE POLSKIM

Kodeks kamy z 1997 r. nie wspomina o karcie płatniczej jako przedmiocie wykonawczym przestępstwa. Wyjątkiem jest art. 278 § 5 k.k., który przewiduje odpowiedzialność kamą za kradzież karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego, zagrożoną karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, natomiast w wypadku mniejszej wagi grzywną, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. W piśmiennictwie wskazuje się trafnie, iż

⁵ Przepisy ustawy dotyczące instytucji pieniądza elektronicznego stosować się będzie od dnia użycia przez Polskę członkostwa w Unii Europejskiej (art. 71–73 ustawy). Szerzej o decyzji ramowej i typach przestępstw tam zawartych A. Adamski, *Karalność nadużyć związanych z kartami płatniczymi w Polsce na tle standardów europejskich*, w: idem, *Przestępczość gospodarcza...*, op. cit., s. 61–70.

z uwagi na treść art. 278 § 5 k.k. karta bankomatowa może być wyłącznie przedmiotem przestępstwa kradzieży, natomiast ściganie sprawcy jej przywłaszczenia nie ma podstawy prawnej i byłoby jakby przejawem stosowania niedopuszczalnej w prawie karnym analogii⁶. Art. 278 § 5 k.k. nie zapewnia również ochrony posiadaczom kart wydawanych w ramach tzw. systemów klubowych w wypadku ich kradzieży. Takich kart wyemitowano w Polsce po 1993 r. ok. 30 tys., tj. kart płatniczych bez funkcji wypłaty gotówki z bankomatu⁷.

Nie ma też w kodeksie karnym wprost zakazu fałszowania kart płatniczych. Niektórzy autorzy zakaz ten wyprowadzają w drodze wykładni językowej z treści art. 310 § 1 k.k., który penalizuje fałszowanie pieniędzy i innych środków płatniczych⁸. Przepis ten brzmi: „Kto podrabia albo przerabia polski albo obcy pieniądź, inny środek płatniczy albo dokument uprawniający do otrzymania sumy pieniężnej albo zawierający obowiązek wypłaty kapitału, odsetek, udziału w zyskach albo stwierdzenie uczestnictwa w spółce lub z pieniędzy innego środka płatniczego albo z takiego dokumentu usuwa oznakę umorzenia, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze 25 lat pozbawienia wolności”. Karane są tu także czynności przygotowawcze, karą pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

Niektórzy autorzy są zdania, że karty płatnicze zastępują gotówkę, są więc *ex definitione* środkiem płatniczym i w razie ich fałszowania wypełniają znamiona określone w art. 310 § 1 k.k. Inni autorzy wyrażają w piśmiennictwie pogląd, że przedmiotem czynności wykonawczej przestępstwa fałszowania pieniędzy i innych środków płatniczych (art. 310 k.k.) nie może być karta płatnicza, gdyż nie spełnia ona funkcji środka płatniczego, o którym mowa w tym przepisie⁹. Są też i tacy, którzy przyjmują interpretację dalej idącą, wykluczają bowiem całkowicie możliwość stosowania tu art. 310 k.k. jako podstawy prawnej kwalifikacji fałszerstw kart płatniczych z tego powodu, że definicja legalna „środków płatniczych”, jaką posługuje się ustawa Prawo dewizowe (art. 2 ust. 1), nie zalicza kart płatniczych do desygnatów tego pojęcia. Stanowisko to nawiązuje do wykładni pojęcia „środka płatniczego”, jakiej dokonał SN w uchwale z 30 września 1998 r. (I KZP 3/98, OSNKW 1998, nr 9–10, poz. 41)¹⁰. W praktyce więc w przypadku fałszowania kart płatniczych pozostaje postawienie zarzutu podrabiania lub przerabiania dokumentu (art. 270 § 1 k.k.). Praktyka taka może jednak budzić wątp-

⁶ J. Grzywacz, *Rynek kart płatniczych w Polsce*, w: *Materiały z konferencji naukowej*, Szczytno 2001, s. 20; por. też S. Łagodziński, *Kontrowersje wokół przywłaszczenia – art. 284 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 2, s. 72.

⁷ Według danych, jakie podaje J. Grzywacz, *Rynek kart płatniczych...*, op. cit., s. 20.

⁸ Por. A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 94. Por. też K.J. Jakubski, *Przestępstwa na szkodę bankowych systemów kart płatniczych*, „Prawo Bankowe – Rynek kart płatniczych”, październik 2000, nr 3, s. 18; oraz idem, *Wybrane aspekty prawnokarnej ochrony systemu bankowych kart płatniczych*, w: M. Zajder, J. Kosiński (red.), *Przestępczość z wykorzystaniem kart płatniczych*, Szczytno 2001, s. 81.

⁹ Por. J. Skorupka, *Karta płatnicza jako przedmiot czynności wykonawczej przestępstwa z art. 310 § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 7–8; idem, *Karnoprawna ochrona wierzycieli*, Toruń 2001, s. 204.

¹⁰ Ibidem, s. 203–204.

liwości ze względu na występujący w kodeksowej definicji dokumentu (art. 115 § 14 k.k.) termin „komputerowy nośnik informacji”, którego desygnatem pasek magnetyczny karty płatniczej raczej nie jest¹¹.

Planowana nowelizacja kodeksu karnego z 1997 r. przewiduje wzmoczenie ochrony bezgotówkowego obrotu pieniężnego. Proponowane w tym zakresie zmiany idą w kierunku polegającym na rozszerzeniu zakresu przedmiotów wykonawczych przestępstwa fałszowania pieniędzy i innych środków płatniczych o „instrumenty płatnicze”¹². Do tego pojęcia ustawa z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych zalicza m.in. karty płatnicze w tym karty z funkcją bankomatową¹³.

Proponowane nowe brzmienie art. 310 k.k. powinno usunąć dotychczasowe wątpliwości co do podstawy kwalifikacji prawnej fałszerstw kart płatniczych. Istotna byłaby również zmiana § 2 art. 310 k.k., gdzie proponuje się zastąpienie pojęcia „puszczenie w obieg” określeniem „wprowadzenie do obrotu”, które pozwoliłoby na objęcie tym przepisem obrotu bezgotówkowego¹⁴.

W literaturze podkreśla się, że karty służące pobieraniu gotówki z bankomatów mogą być wykorzystane w różnych przestępstwach. Z zaproponowanej przez K.J. Jakubskiego¹⁵ kwalifikacji czynów na szkodę bankowych systemów kart płatniczych wynika, że przestępstwa z wykorzystaniem kart płatniczych można kwalifikować w następujący sposób:

„a) wyłudzenie karty na podstawie fałszywej aplikacji:

- jeżeli czyn dotyczy karty bankowej lub innej z wyjątkiem kart kredytowych, bez dokonywania transakcji – art. 286 § 1 k.k. (oszustwo),
- jeżeli czyn dotyczy kart wyposażonych w funkcję kredytową – art. 297 § 1 k.k. (oszustwo kapitałowe),
- jeżeli czyn dotyczy samego złożenia wniosku o wydanie karty zawierającego fałszywe dane – art. 14 § 1 k.k. w zw. z art. 286 § 1 k.k. (usiłowanie oszustwa);

b) kradzież karty, nielegalne posiadanie karty (nawet przez posiadacza w przypadku jej zastrzeżenia przez posiadacza w przypadku jej zastrzeżenia przez emitenta) – w przypadku kart posiadających funkcję bankomatową – art. 278 § 5 k.k. (kradzież);

c) posługiwanie się kartą skradzioną (zgubioną):

- w transakcjach manualnych – art. 286 § 1 k.k. w zw. z art. 275 § 1 k.k. i 278 § 1 k.k. (oszustwo w zw. z przywłaszczeniem i kradzieżą),
- w środowisku elektronicznym (POS, bankomat – art. 287 § 1 k.k. w zw. z art. 275 § 1 k.k. i 278 § 1 k.k. (oszustwo komputerowe, w zw. z przywłaszczeniem i kradzieżą),

¹¹ Por. A. Adamski, *Nadużycia związane z kartami płatniczymi*, op. cit., s. 458.

¹² Por. projekt prezydencki k.k. z grudnia 2001, Druk Sejmowy nr 181.

¹³ A. Adamski, op. cit., s. 447.

¹⁴ Ibidem, s. 447.

¹⁵ K.J. Jakubski, *Wybrane aspekty prawnokarnej ochrony systemu bankowych systemów kart płatniczych*, w: M. Zajder, J. Kosiński (red.), *Przestępczość z wykorzystaniem...*, op. cit., s. 81.

- jeżeli sprawca działa w porozumieniu ze sprzedawcą: 1) gdy jest klientem – art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 275 § 1 k.k., 2) gdy jest sprzedawcą – art. 18 § 3 k.k. w zw. z art. 278 § 1 i 5 k.k. w zw. z art. 275 § 1 k.k. (kradzież w zw. z przywłaszczeniem);
- d) posługiwanie się kartami niedoręczonymi – art. 278 § 1 i 5 w zw. z art. 275 § 1 k.k. (kradzież i przywłaszczenie dokumentu);
- e) fałszowanie kart i posługiwanie się sfałszowaną:
 - podrobienie, przerobienie, «biały plastik», zmiana zawartości paska magnetycznego – art. 310 § 1 k.k. (fałszowanie pieniędzy),
 - puszczanie w obieg albo w tym celu przyjmowanie, przechowywanie, przewożenie, przenoszenie, przesyłanie, pomoc w zbyciu – art. 310 § 2 k.k. (możliwy kumulatywny zbieg przepisów art. 310 § 2 k.k. i art. 286 § 1 k.k.) (puszczanie w obieg, pomoc w zbyciu, oszustwo),
 - przygotowanie do fałszerstwa – art. 310 § 4 k.k.;
- f) nielegalne wykorzystanie numeru karty:
 - ujawnienie danych z karty przez sprzedawcę; dane objęte są tajemnicą bankową – art. 266 § 1 k.k. w zw. z art. 171 ust. 5 prawa bankowego (tajemnica służbowa),
 - przechwycenie danych z karty w czasie transmisji w środowisku elektronicznym – art. 267 § 1 k.k. (nielegalne uzyskanie informacji),
 - transakcje internetowe, telefoniczne, pocztowe – art. 287 § 1 (oszustwo komputerowe);
- g) wykorzystanie karty zgłoszonej jako utracona – art. 286 § 1 i 287 § 5 k.k. (oszustwo, kradzież);
- h) wyłudzenie towarów i usług przez legalnego posiadacza – art. 286 § 1 k.k. (w stosunku do sprzedawcy) i 278 § 1 i 5 k.k. (w stosunku do emitenta), jeżeli czyn dotyczy karty z funkcją kredytową – art. 297 § 2 k.k. (oszustwo, kradzież, oszustwo kapitałowe);
- i) włamanie do systemów telekomunikacyjnych (w zależności od szczególnych okoliczności – art. 267 k.k. lub 287 k.k. lub 310 § 4 k.k. (nielegalne uzyskanie informacji, oszustwo komputerowe, puszczenie w obieg);
- j) manipulowanie bankomatem:
 - wyłudzenie gotówki – art. 287 § 1 k.k. (oszustwo komputerowe),
 - przy wykorzystaniu sfałszowanej karty – art. 310 § 2 i art. 286 § 1 k.k. (puszczenie w obieg, oszustwo),
 - zakładanie urządzeń do nielegalnego zbierania informacji z karty – art. 267 § 1 lub 2 k.k.; możliwy kumulatywny zbieg z art. 310 § 4 k.k. (nielegalne uzyskanie informacji, puszczenie w obieg),
 - uszkodzenie bankomatu – art. 288 § 1 k.k. (uszkodzenie rzeczy)”.

Do przedstawionej klasyfikacji można dodać, że najczęściej w praktyce spotykane są czyny przestępne w postaci kradzieży lub fałszowania karty płatniczej. Kwalifikując czyn przestępny jako kradzież karty, należy pamiętać, że sama kradzież ma charakter tzw. czynu przepołowionego, a więc traktowana jest jako przestępstwo lub wykroczenie, o czym decydować będzie wartość przedmiotu czynu

wynosząca przy wykroczeniu 250 zł. Ze względu na to, że karta jako taka nie przedstawia większej wartości niezbędne byłoby tu – zdaniem doktryny – branie pod uwagę „wartości potencjalnej”, przez którą należy rozumieć sumę, jaką można podjąć z bankomatu lub wartość dokonanych zakupów¹⁶. Chcąc jednak uniknąć możliwości kwalifikowania kradzieży karty jako wykroczenia, ustawodawca w art. 278 § 5 nakazał stosowanie § 1 tego artykułu do kradzieży karty uprawniającej do podjęcia pieniędzy z automatu bankowego bez względu na wartość, a więc czyn taki ma zawsze stanowić występki. SN w uchwale z 21 października 2003 r., OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 96 (por. glosę krytyczną J. Skorupki, OSP 2004, nr 3, poz. 41) uznał za konieczność przeprowadzenie nowelizacji art. 278 § 5 przez zastąpienie pojęcia karty bankomatowej uniwersalnym określeniem użytym w ustawie z 12 września 2002 r. o elektronicznych instrumentach płatniczych, pojęciem elektroniczny instrument płatniczy, ponieważ karta bankomatowa nie może być traktowana jako rzecz ruchoma w rozumieniu art. 115 § 9 k.k., nie jest bowiem ani środkiem płatniczym, ani papierem wartościowym.

Drugim, najczęściej spotykanym przestępstwem jest fałszerstwo kart płatniczych. Może ono przybrać postać podrabiania lub przerabiania. Niewymienienie karty płatniczej jako przedmiotu czynności wykonawczej w kodeksie karnym powoduje, że w praktyce jest ono różnie kwalifikowane. Najwłaściwszym dla kwalifikacji tego rodzaju czynu jest art. 310 k.k. penalizujący fałszowanie pieniędzy lub innych środków płatniczych, zwłaszcza że dla bytu tego przestępstwa obojętny jest cel działania sprawcy. Gdy chodzi o środki płatnicze – to muszą być to takie środki, które umożliwiają dokonanie zapłaty za towar lub usługę, a którymi w obrocie można się posługiwać zamiast pieniędzmi. W tej kategorii mieszczą się karty zarówno płatnicze, jak i kredytowe.

Z inną sytuacją mamy do czynienia w przypadku posłużenia się skradzioną, przywłaszczoną lub sfalszowaną kartą płatniczą celem uzyskania wypłaty cudzych pieniędzy z bankomatu. Czyn popełniony w takich okolicznościach traktować należy jako oszustwo komputerowe z art. 287 k.k. Istota tego czynu polega bowiem na wywołaniu ujemnych dla innej osoby (a korzystnych dla sprawcy) konsekwencji majątkowych w wyniku oddziaływania na elektroniczny zapis informacji¹⁷. Art. 287 § 1 k.k. brzmi bowiem: „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody, bez upoważnienia, wpływa na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przesyłanie informacji lub zmienia, usuwa albo wprowadza nowy zapis na komputerowym nośniku informacji, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”.

Autor przytoczonego podziału jest zdania, że klasyfikacja przestępstw popełnionych na szkodę bankowych systemów kart płatniczych ma charakter czysto umowny. Wynika to w dużej mierze z braku w Polsce uregulowań prawnych

¹⁶ Por. K. Buczkowski, *Przestępstwa związane z kartami płatniczymi – zagadnienia podstawowe*, „Przegląd Prawa Karnego”, nr 25/2006.

¹⁷ Por. J. Bojarski, *Przestępstwa gospodarcze związane z działalnością banków*, Toruń 2001. Por. też: K.J. Jakubski, *Przestępstwa na szkodę bankowych systemów kart płatniczych*, op. cit., s. 22–23; idem, *Wybrane aspektyprawnokarnej ochrony...*, op. cit., s. 81.

określających jednoznacznie status prawny kart płatniczych¹⁸. Problemem dla wymiaru sprawiedliwości jest też kwestia, czy klient banku, który debetuje własne konto przy użyciu karty bankomatowej, powinien odpowiadać za oszustwo zwykłe czy za kradzież. Sprawa dotyczyła mężczyzny, który w ciągu kilku dni podebrał z własnego konta ponad 3300 zł, choć ich tam nie miał. Prokurator zarzucił mu, że doprowadził do niekorzystnego rozporządzenia mieniem przy użyciu karty bankomatowej i zakwalifikował jego czyn z art. 286 § 1 k.k., czyli jako oszustwo. Sąd rejonowy zmienił jednak kwalifikację prawną na kradzież (art. 278 § 1 k.k.). Uzasadnił swoje stanowisko tym, że oszukańcze działanie opisane w art. 286 § 1 k.k. musi być ukierunkowane na osobę, a w ocenianym przypadku sprawca działał w stosunku do urządzenia, którego nie można wprowadzić w błąd. W literaturze panuje przekonanie, że konsekwencje naruszenia przez posiadaczy kart kredytowych warunków umowy powinny zostać objęte odpowiedzialnością cywilną. Odpowiedzialności karnej powinny natomiast podlegać tylko takie formy zachowań posiadaczy kart kredytowych, które wskazują na zły zamiar¹⁹.

Innym przykładem jest grupa przestępcza z Poznania, zajmująca się produkcją duplikatów kart płatniczych kilkunastu banków działających w Polsce. Dokonała ona za pomocą tych kart w ciągu dwóch dni 211 transakcji o łącznej wartości 27 tys. zł. Policja oceniła, że grupa za pomocą podrobionych kart dokonała zakupów na kwotę około 1 mln zł. W skład grupy wchodził m.in. informatycy i studenci wyższych uczelni. Przestępcy zatrzymani we Wrocławiu w marcu 2001 r. przechwytywali numery PIN oraz dane z pasków magnetycznych kart za pomocą umieszczonej nad klawiaturą bankomatu minikamery z nadajnikiem radiowym oraz skanera ukrytego w szczelinie, w którą wsuwa się kartę. Skaner kopiował zapis paska magnetycznego. Minikamera rejestrowała też wprowadzony numer PIN. Posiadając komplet informacji, przestępcy nanosili zapis paska magnetycznego na czystą kartę plastikową i znając numer PIN karty, dokonywali wypłat w bankomatach²⁰. Ten typ działalności przestępczej polegającej na wyłudzeniu pieniędzy z bankomatów przy użyciu sfałszowanych kart płatniczych kwalifikować można jako kradzież z art. 278 § 1 i 5 k.k. oraz jako kradzież dokumentu innej osoby z art. 275 § 1 k.k. Ten typ przestępczości wykazuje przy tym w latach 1995–2000 w statystykach policyjnych wzrost, głównie na skutek dynamicznego wzrostu fałszerstw kart płatniczych i papierów wartościowych²¹.

Podsumowując, można mieć nadzieję, że uchwalona 12 września 2002 r. ustawa o elektronicznych instrumentach płatniczych, która weszła już w życie, znacznie przyczyni się do poprawy bezpieczeństwa obrotu kartami płatniczymi oraz do wzrostu zaufania klientów do nowoczesnych instrumentów płatniczych.

¹⁸ Ibidem, s. 447. Zob. też: E. Fojcik-Mastalska, *Potrzeba ustawowej regulacji kart płatniczych*, „Prawo Bankowe” 1997, nr 1, s. 124–126. Por. A. Adamski, *Nadużycia związane z kartami płatniczymi*, op. cit., s. 447–448.

¹⁹ Ibidem, s. 447, por. też: K.J. Jakubski, *Przestępstwa na szkodę...*, op. cit., s. 18 oraz M. Zajder, J. Kosiński, *Przestępczość z wykorzystaniem kart płatniczych*, op. cit.

²⁰ A. Adamski, op. cit., s. 447.

²¹ Ibidem.

THE PROBLEM OF QUALIFICATION OF COMPUTER FRAUDS WITH THE USE OF CREDIT CARDS

This paper addresses the issue of qualification of Computer frauds with the use of credit cards. The development of credit cards market in Poland started in 1993. It has not left the criminal world uninterested. The Polish penal law looks rather good when referring to the prosecution and punishing of the perpetrators of these offences. The Polish Penal Code sets forth such offences like e.g. fraud (Art. 286), Computer fraud (Art. 287), theft of a card entitling to withdrawn money from an automatic cash dispenser (Art. 278 § 5) falsification of documents (art. 270), Capital fraud (Art. 297). the Act on Electronic Means of payment, dated 12 September 2002 (published in O. J. No 169, item 1385), is to protect owners of payment cards. It should also to contribute to increasing the safety of payment cards trade as well as to strengthening customers' trust. of towards modern means of payment.

WARUNKI PRENUMERATY „RUCH” SA

Prenumerata krajowa

Przez „RUCH” SA – wpłaty na prenumeratę przyjmują jednostki kolportażowe „RUCH” SA właściwe dla miejsca zamieszkania. Termin przyjmowania wpłat na prenumeratę krajową do 5 każdego miesiąca poprzedzającego okres rozpoczęcia prenumeraty.

Prenumerata opłacana w złotych ze zleceniem wysyłki za granicę

Informacji o warunkach prenumeraty i sposobie zamawiania udziela „RUCH” SA **Oddział Krajowej Dystrybucji Prasy, 01-248 Warszawa, ul. Jana Kazimierza 31/33**, Warszawa, telefony 022 5328-731 – prenumerata płatna w walucie obcej; 022 5328-816, 022 5328-734, 022 5328-819 – prenumerata płatna w PLN; infolinia 0-800-1200-29, wpłaty w PLN na konto w banku

PEKAO SA IV O/Warszawa
6812401053111000004430494

lub kasie Oddziału.

Dokonując wpłaty na prenumeratę w banku czy też w urzędzie pocztowym, należy podać: nazwę zamawiającej firmy, nazwę banku, numer konta, czytelny pełny adres odbiorcy za granicą, okres prenumeraty, rodzaj wysyłki (pocztą priorytetową czy ekonomiczną) oraz zamawiany tytuł.

Warunkiem rozpoczęcia wysyłki prenumeraty jest dokonanie wpłaty na nasze konto.

Prenumerata opłacana w dewizach przez odbiorcę z zagranicy

przelewem na nasze konto w banku

SWIFT banku: PKOPPLPWWA4

w USD PEKAO SA IV O/Warszawa IBAN PL54124010531787000004430508

w EUR PEKAO SA IV O/Warszawa IBAN PL46124010531978000004430511

po dokonaniu przelewu prosimy o przesłanie kserokopii polecenia przelewu z podaniem adresu i tytułu pod numer faksu +48 22 532-87-32.

Opłaty za prenumeratę można dokonać **czekiem** wystawionym na firmę „**RUCH SA OKDP**” i przesłanym razem z zamówieniem listem poleconym na nasz adres jw.

Informujemy, że klienci płacący z zagranicy mogą też dokonać wpłaty na prenumeratę **kartami kredytowymi VISA i MASTERCARD** w Internecie <http://www.ruch.pol.pl>.

Poza prenumeratą bieżące i archiwalne egzemplarze kwartalnika „Studia Prawnicze” dostępne są w Księgarni Naukowej „Resursa” (ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa, tel./fax 48 22 828-18-16, www.resursa.com.pl; e-mail: info@resursa.com.pl) oraz w innych księgarniach naukowych i w sprzedaży wysyłkowej prowadzonej przez wydawcę (WN „Scholar”, ul. Krakowskie Przedmieście 62, 00-322 Warszawa; tel. 022 826-59-21, 022 828-95-63, www.scholar.com.pl, tam też pełne spisy treści zeszytów archiwalnych). Płatność przelewem po otrzymaniu przesyłki wraz z fakturą.

VAT 0% – rozporządzenie Ministra Finansów z 22.12.2000, Dz.U. Nr 121, poz. 1297, pkt 1289.

Cena 17,00 zł (VAT 0%)

ISSN 0039-3312



9 770039 331000

INDEKS 376620