Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego Warszawa, 26 sierpnia 2014 r.

Opinia

w sprawie określenia podmiotu czynu zabronionego w typie przestępstwa z art. 269b § 1 k.k.

 Rzecznik Praw Obywatelskich pani Irena Lipowicz zwróciła się do Ministra Sprawiedliwości pana Marka Biernackiego o zajęcie stanowiska w sprawie wątpliwości interpretacyjnych wynikających z treści art. 269b § 1 k.k. Zdaniem Rzecznik Praw Obywatelskich nie jest precyzyjne określenie podmiotu czynu zabronionego realizującego znamiona typu przestępstwa opisanego w art. 269b § 1 k.k. Jedynie odnośnie do czynności sprawczych wymienionych w części pierwszej tego przepisu określenie podmiotu jest jednoznaczne, gdyż ustawodawca tworzy w tym wypadku tzw. przestępstwo powszechne, a więc każda osoba realizująca znamiona wymienione w ustawie dopuszcza się czynu zabronionego. Inaczej jest – według oceny Rzecznik Praw Obywatelskich – w odniesieniu do podmiotu realizującego czynności sprawcze określone w części drugiej tego przepisu. Z punktu widzenia językowego trudno doszukać się elementów ograniczających także w tym wypadku zakres podmiotów mogących realizować znamiona typu czynu zabronionego z art. 269b § 1 k.k.. Przyjęcie w tym wypadku przestępstwa powszechnego miałoby być niczym nie uzasadnione i prowadziłoby do możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej np. osoby, która będąc uprawnioną przekazała innej osobie hasła do systemu komputerowego. Zdaniem Rzecznik Praw Obywatelskich jedynie osoba nieuprawniona do dokonania czynności opisanych w art. 269b § 1 k.k. powinna być podmiotem typu przestępstwa określonego w tym przepisie.

 W odpowiedzi z dnia 22 lipca 2014 r. na pismo Rzecznik Praw Obywatelskich Minister Sprawiedliwości przyznał zasadność wątpliwości interpretacyjnych wskazanych przez Rzecznik Praw Obywatelskich jednakże wskazał na potrzebę interpretacji art. 269b § 1 k.k. w kontekście postanowień Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości podpisanej w dniu 23 listopada 2001 r.. Z kontekstu tego wynika – zdaniem Ministra Sprawiedliwości – jednoznaczne wyłączenie penalizacji osób podejmujących zachowania określone w art. 269b § 1 k.k. do tego uprawnionych (art. 6 ust. 2 Konwencji). Także tytuł rozdziału XXXIII Kodeksu karnego (Przestępstwa przeciwko ochronie informacji), w którym jest zamieszczony art. 269b § 1 k.k. wskazuje na to, że zachowania te muszą być skierowane przeciwko ochronie informacji. Osoby uprawnione dokonujące takich zachowań nie atakują dobra chronionego tym przepisem i tym samym nie realizują znamion czynu zabronionego. .

 Odnosząc się do problemu interpretacji art. 269b § 1 k.k., Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego podziela negatywną ocenę poprawności legislacyjnej tego przepisu. W szczególności razi podzielenie wyliczenia czynności sprawczych na dwie grupy. Nie można znaleźć racjonalnego uzasadnienia dla takiego uformowania zespołu znamion art. 269b § 1 k.k.. Wad w określeniu znamion w tym przepisie jest znacznie więcej.

 Niewątpliwie wprowadzenie art. 269b k.k. ustawą z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 69, poz. 626) miało na celu dostosowanie polskiego prawa karnego do postanowień Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości. Objęcie penalizacją zachowań określonych w omawianym przepisie ma spełniać też wymagania wynikające z Dyrektywy Unii Europejskiej z dnia 12 sierpnia 2013 r. (2013/40, Dz.U. UE z 14.08.2013, L 218/8). Uczyniono to jednak wyjątkowo nieudolnie i to nie tylko w zakresie wskazania podmiotu realizującego znamiona czynności sprawczej. Budzi także poważne wątpliwości relacja opisanych w art. 269b§ 1 k.k. form zachowań sprawczych do znamion pomocnictwa do przestępstw wymienionych w art. 269b § 1 k.k.. W sytuacji, gdy sprawca przestępstwa z art. 269b § 1 k.k. działa z zamiarem (bezpośrednim lub wynikowym), aby inna osoba popełniła jedno z wymienionych w tym przepisie przestępstw, to dopuszcza się pomocnictwa do tego przestępstwa (art. 18 § 3 k.k.) i odpowiada, zgodnie z art. 19 § 1k.k. w granicach zagrożenia przewidzianego dla sprawstwa, z możliwością nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 19 § 2 k.k. Znamiona typu z art.. 269b § 1 k.k., oprócz postaci pomocnictwa do określonych w tym przepisie przestępstw, realizują też zachowania stanowiące formę czynności przygotowawczych do sprawstwa (wytwarzanie, pozyskiwanie urządzeń lub programów komputerowych) lub do pomocnictwa (pozostałe formy sprawcze określone w omawianym przepisie). Jak jeszcze będzie o tym mowa, ujęcie czynności przygotowawczych w art. 269b § 1 k.k. nie odpowiada konstrukcji karalności czynności przygotowawczych przyjętych w polskim kodeksie karnym (art. 16 k.k.).

 Kwestionowany przez Rzecznik Praw Obywatelskich opis czynności sprawczej w drugiej części przepisu z art. 269b § 1k.k. jest rzeczywiście kuriozalny. W części tej nie tylko brak jest określenia podmiotu ale także brakuje określenia samej czynności realizującej znamiona czynu zabronionego. By uczynić ten przepis w ogóle sensownym, musi się uznać, że zarówno podmiot, jak i czynności sprawcze zawarte w pierwszej części odnoszą się także do części drugiej. Przyjęcie takiej interpretacji oznacza, że także w tym wypadku „hasła komputerowe, kody dostępu lub inne dane umożliwiające dostęp do informacji przechowywanych w systemie komputerowym lub sieci teleinformatycznej przystosowane są do popełnienia przestępstwa określonego w jednym z artykułów wymienionych w art. 269b § 1 k.k.. Oznaczałoby to, że także w tym wypadku ustawodawca nie wprowadził żadnego ograniczenia podmiotowego i art. 269b § 1 k.k. część druga zawiera także przestępstwo powszechne.

 Wniosek taki, na co słusznie zwraca uwagę Rzecznik Praw Obywatelskich, prowadzi do rezultatów trudnych do przyjęcia. Odnosić jednak trzeba ten zarzut zarówno do określenia podmiotu w części pierwszej, jak i w drugiej. Także wątpliwości odnoszące się do relacji czynności sprawczej określonej w części drugiej przepisu do podstaw odpowiedzialności za pomocnictwo są identyczne, jak w wypadku określenia czynności sprawczej w części pierwszej.

 Z podstawowych założeń struktury przestępstwa wynika, że czyn realizujący znamiona typu czynu zabronionego (czyn karalny) musi być czynem bezprawnym, a więc naruszać normę sankcjonowaną w sytuacji braku zezwolenia na naruszenie tej normy (braku kontratypu). Także czyny opisane w art. 269b § 1 k.k., by uznać je za karalne, muszą naruszać normę sankcjonowaną w warunkach braku kontratypu. Jeżeli w porządku prawnym występuje upoważnienie, wynikające z normy abstrakcyjnej lub konkretnej, na dokonanie czynności, o których jest mowa w art. 269b § 1 k.k. (w obu częściach tego przepisu), to czynność taka nie może być uznana za karalną, nie realizuje znamion typu czynu zabronionego. Jest więc oczywiste, że osoba, która działa z upoważnieniem opartym na normie abstrakcyjnej lub konkretnej i realizuje czynności, o których jest mowa w omawianym przepisie, nie dopuszcza się czynu zabronionego i nie podlega odpowiedzialności karnej.

 Przyjęcie takiego wniosku nie może oznaczać, że Komisja Kodyfikacyjna nie zauważa potrzeby zmiany wadliwie ukształtowanego art. 269b § 1 k.k..

 Z samego określenia czynności sprawczych w art. 269b § 1 k.k. nie wynika jeszcze atak na dobra chronione normami sankcjonowanymi leżącymi u podstaw przepisów karnych zawartych w Rozdziale XXXIII k.k.. Praktycznie każdy wytworzony komputer lub program komputerowy może być przystosowany do popełnienia przestępstwa wymienionego w omawianym przepisie. Także dostarczanie kodów dostępu umożliwiających dostęp do informacji przechowywanych w systemie komputerowym są czynnościami dnia codziennego nie zawierającymi z reguły znamion ataku na ochronę informacji. Dlatego konieczne jest nawet nie tyle ograniczenie zakresu podmiotów zdolnych do popełnienia przestępstwa z art. 269b § 1 k.k., co niezbędne jest zawężenie strony podmiotowej do działań podejmowanych celem popełnienia wymienionych w tym przepisie przestępstw. Przypomnieć należy, że w art. 16 § 1k.k. czynność przygotowawcza charakteryzowana jest, od strony podmiotowej, działaniem celem popełnienia przestępstwa. Wprowadzenie ograniczenia strony podmiotowej czynu zabronionego do zamiaru bezpośredniego powodowałoby także wyraźne rozróżnienie zakresu karalności za przestępstwo z art. 269b § 1 k.k. od wypadków odpowiedzialności za pomocnictwo do przestępstw wymienionych w tym przepisie.

 Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego zwraca uwagę, że w przedstawionym Ministrowi Sprawiedliwości w dniu 5 listopada 2013 r. projekcie nowelizacji kodeksu karnego przewidziana jest nowelizacja art. 269b § 1k.k.. Projektowany przepis usuwa przedstawione wyżej wątpliwości.

 **„§ 1. Kto w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 165 § 1 pkt 4, art. 267 § 3, art. 268a, 269 lub art. 269a, wytwarza, pozyskuje, zbywa lub udostępnia innym osobom:**

**1) urządzenia lub oprogramowanie informatyczne, przystosowane do popełnienia takiego czynu zabronionego;**

**2) hasła lub kody dostępu albo inne dane umożliwiające bezprawny dostęp do informacji przechowywanych w systemie informatycznym lub sieci telekomunikacyjnej, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo karze pozbawienia wolności do lat 2.”;**

Przy przygotowaniu tej propozycji zrezygnowano z zawężenia znamienia podmiotu jedynie do osób działających bez upoważnienia. Czynności sprawcze określone w art. 269b § 1 k.k. nie wymagają z reguły żadnych szczególnych uprawnień. Karalność tych zachowań, tak, jak w wypadku wszystkich czynności przygotowawczych, wynika z celu w jakim działa sprawca i ten cel został w proponowanej treści przepisu wyraźnie określony.

Opr. Andrzej Zoll