

JAN KULESZA

## CZY PAŃSTWO MOŻE MORDOWAĆ WŁASNYCH OBYWATELI? ZESTRZELENIE SAMOLOTU TYPU *RENEGADE* W ŚWIETLE PRAWA KARNEGO — ZARYS PROBLEMU

### I. UWAGI WPROWADZAJĄCE

W wyroku z dnia 30 września 2008 r. (K 44/07) Trybunał Konstytucyjny uznał za sprzeczny z Konstytucją art. 122a Prawa lotniczego<sup>1</sup> (dalej: PrLot), zezwalający na zestrzelenie porwanego przez terrorystów cywilnego samolotu pasażerskiego, jeżeli „wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa” i jest on „użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza”<sup>2</sup>. W zakwestionowanym przepisie chodziło o stworzenie podstawy dla podjęcia reakcji przez siły zbrojne w razie pojawienia się zagrożenia ze strony cywilnego samolotu uprowadzonego przez terrorystów, z pasażerami i załogą na pokładzie, który ma zostać użyty jako broń, do celowego rozbicia go o wybrany obiekt, czyli tzw. obiektu typu *renegade*<sup>3</sup>. Z punktu widzenia prawa karnego, strącenie takiego statku powietrznego należałoby zakwalifikować przynajmniej jako wypełniające znamiona art. 148 § 2 lub 3 k.k. W uzasadnieniu swojego judykatu TK wskazał na prawnokarny stan wyższej konieczności (art. 26 k.k.), jako potencjalną podstawę działania sił zbrojnych, wobec uchylenia

---

<sup>1</sup> Ustawa z dn. 3 VII 2002 r., Dz.U. Nr 130, poz. 1112 ze zm.

<sup>2</sup> Na temat podstaw decyzji TK zob. J. K u l e s z a, Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z 30 IX 2008 r. (K 44/07), PiP 2009, nr 9, s. 122 i n.

<sup>3</sup> Definicję obiektu typu *renegade* podaję za wyrokiem Bundesverfassungsgerichtu z 15 II 2006 r., 1 BvR 357/05, ust. 7, dostępny pod [http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215\\_1bvr035705.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/rs20060215_1bvr035705.html).

art. 122a PrLot. Celowe wydaje się zatem zbadanie, czy faktycznie art. 26 k.k. może stanowić prawne uzasadnienie dla pozbawienia życia pasażerów i załogi samolotu, w celu ratowania dóbr prawnych znajdujących się na ziemi. Te rozważania warto poprzedzić refleksją nad charakterem prawnym uchylonego przepisu, co do którego można mieć wątpliwości czy stanowił jakąś postać stanu wyższej konieczności, ujętą poza kodeksem karnym, „zwykły” kontratyp, czy może w ogóle nie mieścił się w przyjętej w polskiej dogmatyce formule sytuacji kontratypowej, biorąc pod uwagę całość przesłanek zestrzelenia, ujętych również w art. 18b ustawy o ochronie granicy państwowej<sup>4</sup>. Taka poszerzona refleksja zdaje się celowa również ze względu na wzrost zainteresowania nauki okolicznościami wyłączającymi bezprawność, czego dowodem były choćby nie tak dawne obrady IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego oraz poruszone tam problemy<sup>5</sup>. Jako punkt wyjścia dla dalszych rozważań oraz materię porównawczą można potraktować główne tezy dyskusji, która przetoczyła się przez doktrynę niemiecką w związku z uchwaleniem przez Bundestag Luftsicherheitsgesetz<sup>6</sup> (dalej: LuftSiG), który również zezwalał, w § 14 ust. 3, na zestrzelenie cywilnego obiektu typu *renegade*. Przepis ten został jednak uznany za sprzeczny z Konstytucją RFN w wyroku Bundesverfassungsgerichtu z 15 lutego 2006 r.<sup>7</sup>

## II. CHARAKTER PRAWNY § 14 UST. 3 LUFTSICHERHEITSGESETZ

Paragraf 14 ust. 3 LuftSiG przewidywał w ostateczności, iż bezpośrednio zastosowanie broni jest możliwe tylko wówczas, gdy z okoliczności wynika, że samolot zostanie użyty przeciwko życiu ludzi, a skorzystanie z niej jest jedynym środkiem dla odparcia tego bezpośredniego zagrożenia<sup>8</sup>. Już na etapie pierwszego czytania projektu wskazywano, że przypuszczalnie

<sup>4</sup> Ustawa o ochronie granicy państwowej z dn. 12 X 1990 r., Dz.U. Nr 78, poz. 461 ze zm. Por. również rozporządzenie Rady Ministrów z dn. 14 XII 2004 r., Dz.U. Nr 279, poz. 2757, zawierające uściślenie procedury decyzyjnej i jej przesłanek.

<sup>5</sup> Por. *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008.

<sup>6</sup> Ustawa z dn. 11 I 2005 r., Bundesgesetzblatt I S. 78, dostępne pod [http://www.transportrecht.de/transportrecht\\_content/1174037202.pdf](http://www.transportrecht.de/transportrecht_content/1174037202.pdf).

<sup>7</sup> Zob. przypis 3.

<sup>8</sup> „Die unmittelbare Einwirkung mit Waffengewalt ist nur zulässig, wenn nach den Umständen davon auszugehen ist, dass das Luftfahrzeug gegen das Leben von Menschen eingesetzt werden soll, und sie das einzige Mittel zur Abwehr dieser gegenwärtigen Gefahr ist”.

chodzić będzie o ustawowe ujęcie pozaustawowego stanu wyższej konieczności (*übergesetzlicher Notstand*), przy czym chodzić miało o stan wyższej konieczności inny, niż ujęty w niemieckim kodeksie karnym. Przemawiać miał za tym fakt, iż pozostawienie omawianej sytuacji konfliktowej bez wyraźnego rozstrzygnięcia ustawodawcy i zdanie się jedynie na ów pozaustawowy stan wyższej konieczności pociągać miało za sobą bezprawność podjętej decyzji o zestrzeleniu i konieczność zdania się na rozstrzygnięcie sądu<sup>9</sup>. Jak wskazywał Michael Pawlik, w istocie w grę wchodzić mógł jedynie pozaustawowy stan wyższej konieczności wyłączający winę. Wywodził się on z prób uzasadnienia działań niektórych lekarzy w okresie nazizmu, opiekujących się chorymi psychicznie, którzy wysyłali na śmierć swoich pacjentów, by ratować pozostałych<sup>10</sup>. Wymagał on spełnienia trzech warunków: po pierwsze, ratowane interesy musiały mieć egzystencjalne znaczenie, po drugie, poświęcone interesy musiały być w każdym przypadku i tak skazane na utratę, po trzecie wreszcie, brak było innej możliwości uratowania wybranych interesów, jak tylko poprzez poświęcenie owych skazanych na utratę<sup>11</sup>. Zdaniem M. Pawlika, wszystkie te warunki byłyby spełnione, ale tylko co do zachowania żołnierza, który zdecydowałby się zestrzelić porwany samolot. Jednak zastosowanie tej konstrukcji powodowałoby, że powołujący się na nią działający i tak bezprawnie, zatem przeciwko jego zachowaniu przysługiwałaby obrona konieczna. W takim razie również pilot wojskowego samolotu mógłby stać się celem zestrzelenia, jako agresor godzący w dobra pasażerów

<sup>9</sup> D. W i e f e l s p ü t z, w: *Das ist für uns nicht verhandelbar*, „Die Zeit” z 12 VI 2006 r., dostępne pod <http://www.zeit.de/politik/dlf/2006/061228-Luftsicherheitsgesetz?page=all>.

<sup>10</sup> M. P a w l i k, § 14 Abs. 3 des Luftsicherheitsgesetzes — ein Tabubruch?, „Juristenzeitung” (dalej: JZ) 2004, nr 21, s. 1050–1051. Sama konstrukcja pozaustawowego stanu wyższej konieczności sięga jednak wyroku Reichsgerichtu z 1927 r., który dotyczył spędzenia płodu, i przechodziła osobliwe koleje losu, łącznie z wykorzystaniem dla uzasadnienia doświadczeń na więźniach obozów koncentracyjnych prowadzonych w czasach nazizmu. Szerzej na temat tej konstrukcji: G. A u s c a l e r, *Stan wyższej konieczności w prawie karnym*, Warszawa 1953, s. 71 i n. oraz w recenzjach tej pracy autorstwa S. P ł a w s k i e g o, PiP 1954, nr 7/8, s. 167 oraz T. C y p r i a n a, NP 1954, nr 12, s. 70 i n.; szerzej również: S. G ł a s e r, „Wolne” prawo, „Głos Sądownictwa” 1934, nr 1, s. 21 i n.; J. S a w i c k i, A. G u b i Ń s k i, Głosa do uchwały SN z 5 VI 1949 r. (K. 923/49), PiP 1949, nr 8, s. 138 i n.; J. Ś l i w o w s k i, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 142; L. W i l k, *Stan wyższej konieczności przy przestępstwach przeciwko mieniu*, „Problemy Prawa Karnego” 1997, nr 22, s. 51–52.

<sup>11</sup> Jak widać, takie ukształtowanie pozaustawowego stanu wyższej konieczności wyłączającego winę różni się zasadniczo od tego ujętego w § 35 StGB. W szczególności należy wskazać na brak ograniczenia nosicieli ratowanych dóbr jedynie do zagrożonego, jego krewnych oraz innych bliskich osób.

rów i załogi porwanego obiektu<sup>12</sup>. Z kolei na gruncie stanowiska Bundestagu zajmowanego podczas rozprawy przed Bundesverfassungsgerichtetm twierdzono, że wspomniany przepis konstruuje osobistą, związaną ściśle z zajmowanym stanowiskiem okoliczność wyłączającą bezprawność (*Rechtfertigungsgrund*), uchylającą odpowiedzialność karną decydenta i pilotów wykonujących rozkaz. Podkreślono jednocześnie, że reakcja na terroryzm, tego rodzaju jak 11 września 2001 r., odróżnia się co do zasady od stanu wyższej konieczności i obrony koniecznej w ujęciu prawa karnego<sup>13</sup>. Jak można mniemać, miało to uciąć wszelkie spekulacje co do tego, czy § 14 ust. 3 LuftSiG spełnia wymagania tych konstrukcji ujętych w niemieckim kodeksie karnym. Również zdaniem Michaela Haida dochodzić miało do wyłączenia bezprawności działania zarówno decydenta, jak i wykonawców rozkazu<sup>14</sup>. Natomiast sam Bundesverfassungsgericht uchylił się od wypowiedzi na temat charakteru prawnokarnego § 14 ust. 3 LuftSiG, jak i potencjalnego zastosowania istniejących konstrukcji kodeksu karnego, w związku z uchynieniem obowiązywania tego przepisu<sup>15</sup>. Na marginesie warto wspomnieć, że teoretycznie chodziło o wyłączenie odpowiedzialności decydentów i wykonawców rozkazu za zabójstwo (§ 212 StGB) lub morderstwo (§ 211 StGB), jeżeli uzna się użycie rakiety typu powietrze–powietrze za użycie powszechnie niebezpiecznych środków („...mit gemeingefährlichen Mittel [...] einen Menschen tötet”)<sup>16</sup>.

Krytycy § 14 ust. 3 LuftSiG wskazywali jednak, że brak jest konieczności tworzenia odrębnej normy, bowiem prawnokarne konstrukcje stanu wyższej konieczności i pomocy koniecznej w zupełności wystarczają dla rozstrzygnięcia potencjalnej sytuacji kolizyjnej. Jednocześnie — powołując się na ugruntowaną linię orzecznictwa Bundesgerichtshofu — podnoszono, iż moglibyśmy mieć do czynienia jedynie ze stanem wyższej konieczności wyłączającym winę, a nie bezprawność, skoro doszłoby do poświęcenia życia jednego człowieka dla ratowania innego<sup>17</sup>. Natomiast zdaniem Rein-

<sup>12</sup> M. P a w l i k, *op. cit.*, s. 1051.

<sup>13</sup> Stanowisko Bundestagu przytoczone w wyroku BVerfG z 15 II 2006 r., ust. 50.

<sup>14</sup> M. H a i d, *Der „Eisbrecher“ Luftsicherheitsgesetz: Bundeswehreinsätze im Inland*, s. 6, dostępne pod adresem <http://www.imi-online.de/download/IMI-Analyse-2006-03-MH-LuftSiG.pdf>.

<sup>15</sup> Por. wyrok BVerfG z 15 II 2006 r., ust. 130.

<sup>16</sup> W. M i t s c h, „Luftsicherheitsgesetz” — *Die Antwort des Rechts auf den „11. September 2001”*, „Juristische Rundschau” 2005, nr 7, s. 276.

<sup>17</sup> E. B u r g b a c h e r, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/89 z dn. 30 I 2004 r., s. 7888, dostępne pod adresem <http://dip.bundestag.de/btp/15/15089.pdf>; również podczas drugiego i trzeciego czytania: E. B u r g b a c h e r, w: Deutscher Bundestag Plenar-

harda Merkla także i ta okoliczność nie znajdowała zastosowania, bowiem nie jest dopuszczalne poświęcanie życia człowieka dla ratowania innego, nawet na gruncie § 35 StGB. Państwo może wymagać od obywatela poświęcenia tylko bagatelnych lub zastępowalnych dóbr, lecz nie własnego życia, i poświęcenie tylko takich wartości można uzasadnić działaniem w stanie wyższej konieczności. Autor dowodził, że nie mamy przecież do czynienia ze stanem wyższej konieczności w razie odłączenia od jedyne go respiratora leżącego pod nim dziecka, by podłączyć własne. Zakazane jest poświęcenie życia innego człowieka dla ratowania własnego lub swoich najbliższych, a nawet milionów, bez znaczenia jest bowiem liczba osób, które mają być uratowane<sup>18</sup>. Reinhard Merkel wyrażał również wątpliwość co do wiarygodności porównania stopnia zagrożenia i szans uratowania osób znajdujących się na ziemi i w samolocie. Przywoływał przykład rannego w wypadku, który nie rokuje szans na uratowanie, co jednak nie oznacza, że można go przedwcześnie uśmiercić, aby uzyskać organy do przeszczepu, choć niewątpliwie liczba uratowanych wynosiłaby kilka osób<sup>19</sup>. Natomiast zdaniem Wolfganga Mitscha zastrzeżenie przez ustawodawcę, iż zestrzelenie samolotu będzie dopuszczalne tylko wówczas, gdy jest jedynym środkiem dla odparcia bezpośredniego zagrożenia, odpowiadało formule użytej w § 34 ust. 1 zd. 1 StGB, ograniczającej stosowanie stanu wyższej konieczności tylko do takich wypadków, w których nie można inaczej oddalić zagrożenia, użycie danego środka jest wymagane, niezbędne<sup>20</sup>. Oznaczało to, że zestrzelenie samolotu miałyby być również najłagodniejszym środkiem, choć trudno wyobrazić sobie ostrzejszy<sup>21</sup>. Wolfgang Mitsch odrzucał zdecydowanie powołanie się na pomoc konieczną (§ 32 StGB), dla uzasadnienia zestrzelenia samolotu z pasażerami na pokładzie, bowiem to nie od nich pochodziłby odpieryany zamach<sup>22</sup>. Dopuszczał ją natomiast co do porywaczy samolotu,

---

protokoll 15/115..., *op. cit.*, s. 10542–10543, dostępne pod adresem <http://dip.bundestag.de/btp/15/15115.pdf>.

<sup>18</sup> R. M e r k e l, *Wenn der Staat Unschuldige opfert*, „Die Zeit” nr 29 z 8 VII 2004 r., dostępne pod adresem <http://www.zeit.de/2004/29/Abschussgesetz>. Na ten temat również M. P a w l i k, *op. cit.*, s. 1048. W literaturze polskiej na temat niemieckiego ujęcia stanu wyższej konieczności por. U. N e u m a n n, *Naczelne zasady stanu wyższej konieczności jako okoliczności wyłączającej bezprawność czynu i okoliczności wyłączającej winę*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska”, Sectio G, vol. XLIX, 2002, s. 29 i n., w omawianym kontekście szczególnie s. 36–40.

<sup>19</sup> R. M e r k e l, *op. cit.*

<sup>20</sup> W. M i t s c h, *op. cit.*, s. 275–276.

<sup>21</sup> *Ibid.*, s. 276.

<sup>22</sup> *Ibid.*, s. 276–277; por. podobnie R. M e r k e l, *op. cit.*

dla uzasadnienia śmierci których zastosowanie mógł znaleźć również stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność (§ 34 StGB)<sup>23</sup>. Natomiast, aby zastosować tę ostatnią konstrukcję dla uzasadnienia śmierci pasażerów i załogi samolotu, konieczne byłoby spełnienie warunku „znacznego przeważania” chronionych dóbr prawnych nad poświęcanymi. Należałoby przy tym uwzględnić nie tylko rodzaj dóbr podlegających porównaniu, ale i stopień ich zagrożenia<sup>24</sup>. Jeśli założyć, że w budynku, który ma zostać zniszczony przez terrorystów, znajdowałoby się znacznie więcej osób, niż na pokładzie samolotu, niewątpliwie mielibyśmy do czynienia z przeważaniem ich interesów. Przemawiałby za tym również czas pozostały do przeżycia pasażerom i załodze, który byłby niewątpliwie krótszy, niż osób na ziemi, skoro z prawdopodobieństwem graniczącym z pewnością zginęliby oni podczas rozbicia samolotu przez terrorystów. Jednocześnie zaniechanie reakcji i pozwolenie terrorystom na realizację zbrodniczego zamiaru wcale nie przedłużyłoby życia pasażerom i załodze. Jak wskazywał W. Mitsch, gdyby zamienić kazus na taki, w którym niesterowany obiekt latający z psem na pokładzie grozi rozbiciem o klinikę dla zwierząt, nie byłoby wątpliwości, że należy go zestrzelić, by uratować większą liczbę zwierząt na ziemi. Jednak, jak przypominał ten autor, powszechnie w nauce odrzuca się dopuszczalność uwzględniania podczas porównywania kolidujących interesów na gruncie stanu wyższej konieczności, pozostałej jednostce długości życia oraz — czysto ilościowo — liczby poświęcanych i chronionych osób<sup>25</sup>. Wskazywał wreszcie fakt, iż w razie konieczności podjęcia decyzji minister obrony musiałby opierać się na słabej bazie informacyjnej i prognostycznej, przy jednoczesnym niewielkim okresie czasu na jej podjęcie<sup>26</sup>.

Należy wreszcie wspomnieć, że krytyce poddawano jednocześnie zarówno samą konstrukcję pozaustawowego stanu wyższej konieczności, jak i — przy założeniu, że jednak figura taka istnieje — ideę jej ustawowego uregulowania<sup>27</sup>.

Rozważano również, czy konstrukcja zawarta w § 14 ust. 3 LuftSiG nie pokrywa się z figurą wyłączającego bezprawność defensywnego stanu

<sup>23</sup> W. Mitsch, *op. cit.*, s. 276–277.

<sup>24</sup> Por. § 34 StGB.

<sup>25</sup> W. Mitsch, *op. cit.*, s. 277; por. podobnie: R. Merkel, *op. cit.*; M. Pawlik, *op. cit.*, s. 1048–1050.

<sup>26</sup> W. Mitsch, *op. cit.*, s. 277.

<sup>27</sup> J. Ipsen, *Öffentliche Anhörung von sachverständigen zum Thema „Luftsicherheitsgesetz“*, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/35 z dn. 26 IV 2004 r., s. 53, dostępne (3 VII 2007 r.) pod adresem [http://www.bundestag.de/ausschuesse/archiv15/a04/Oeffentliche\\_Anhoerungen/Anhoerungen\\_2/Protokoll.pdf](http://www.bundestag.de/ausschuesse/archiv15/a04/Oeffentliche_Anhoerungen/Anhoerungen_2/Protokoll.pdf).

wyższej konieczności (*rechtfertigender Defensivnotstand*). Chodzi o takie stany faktyczne, w których niebezpieczeństwo pochodzi co prawda od osoby działającej, ale nie jest ona za nie odpowiedzialna. Obejmuje obronę konieczną skierowaną przeciw osobom, którym nie można przypisać winy, albo gdy ze względu na brak możliwości działania nie zachodzi przypadek bezprawnego zamachu<sup>28</sup>. Nie dopatrzone się jednak możliwości zastosowania tej figury co do zestrzelenia obiektu typu *renegade*<sup>29</sup>.

Z kolei projektodawcy twierdzili, że świadomie nie doszło do uregulowania pozaustawowego stanu wyższej konieczności, bowiem i tak zastosowanie w takim przypadku muszą znaleźć ugruntowane zasady rozstrzygnięcia sytuacji kolizyjnych, w szczególności dotyczące kodeksowych: stanu wyższej konieczności lub pomocy koniecznej. Podnoszono również, że § 14 ust. 3 LuftSiG nie dotyczy wcale zestrzelenia cywilnego samolotu z pasażerami i załogą na pokładzie, bowiem rozstrzygnięcie takiej sytuacji nie powinno być w żadnym przypadku ujęte w ramach ustawy szczególnej<sup>30</sup>. Natomiast Volker Epping, skłaniający się jednak do tezy, że § 14 ust. 3 odnosi się do zestrzelenia cywilnego samolotu z pasażerami na pokładzie wskazywał, że mamy do czynienia z kolizją obowiązków po stronie państwa i koniecznością dokonania porównania wartości dóbr. Z jednej strony bowiem należy chronić pasażerów samolotu, z drugiej zaś osoby znajdujące się na ziemi, stanowiące cel potencjalnego ataku. Rozstrzygnięcia tego konfliktu ustawodawca nie powinien zatem unikać<sup>31</sup>. W tym samym kierunku zmierzała refleksja Wolfa-Rüdigera Schenke, którego zdaniem żadna z istniejących instytucji prawa karnego nie mogła zostać wykorzystana jako podstawa uzasadnienia decyzji zestrzelenia samolotu, ze względu na potencjalne naruszenie podstawowych zasad konstytucyjnych. Szczególnie niedopuszczalne było, jego zdaniem, powoływanie się na pozaustawowy stan wyższej konieczności, który w państwie prawa nie ma racji bytu. Każdy przypadek użycia siły przez organy państwa w sytuacji kryzysowej bądź wyjątkowej powinien znaleźć swoją ustawową, a nawet konstytucyjną podstawę<sup>32</sup>.

<sup>28</sup> T. H a r t l e b, *Der neue § 14 III LuftSiG und das Grundrecht auf Leben*, „Neue Juristische Wochenschrift” (dalej: NJW) 2005, nr 20, s. 1399; por. podobnie R. M e r k e l, *op. cit.*

<sup>29</sup> R. M e r k e l, *op. cit.*; por. podobnie W. M i t s c h, *op. cit.*, s. 277; M. P a w l i k, *op. cit.*, s. 1048–1049.

<sup>30</sup> H. C h. S t r ö b e l e, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/89, *op. cit.*, s. 7893–7894; H. C h. S t r ö b e l e, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/115..., *op. cit.*, s. 10543; H. C h. S t r ö b e l e, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/35..., *op. cit.*, s. 33.

<sup>31</sup> V. E p p i n g, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/35..., *op. cit.*, s. 57–58.

<sup>32</sup> W. R. S c h e n k e, *Die Verfassungswidrigkeit des § 14 III LuftSiG*, NJW 2006, z. 11, s. 736 i n.

### III. PERSPEKTYWY ZASTOSOWANIA PRZEWIDZIANYCH W NIEMIECKIM KODEKSIE KARNYM INSTYTUCJI WYŁĄCZAJĄCYCH BEZPRAWNOŚĆ LUB WINĘ

W związku z uchyleniem § 14 ust. 3 LuftSiG przez Bundesverfassungsgericht, a zatem powrotem do stanu sprzed uchwalenia omawianego przepisu, wydaje się, że aktualność odzyskał wygłoszony wcześniej pogląd M. Haida, zgodnie z którym istnieje możliwość powoływania się na pozaustawowy stan wyższej konieczności, wyłączający winę<sup>33</sup>. Istotną trudność polega jednak na tym, że piloci wojskowi, którym zostanie wydany rozkaz zestrzelenia, mogą odmówić jego wykonania<sup>34</sup>, jest on bowiem bezprawny, choć wyłączona jest możliwość przypisania winy decydenta i wykonawców<sup>35</sup>. Natomiast zdaniem Christofa Gramma w razie braku wyraźnej ustawowej podstawy decydent nie może wydać bezprawnego rozkazu, zaś pilot może czy nawet powinien odmówić jego wykonania<sup>36</sup>. Aktualna pozostaje także przytoczona wyżej propozycja, by sięgnąć do przewidzianych już w prawie karnym konstrukcji umożliwiających rozwiązanie omawianej sytuacji konfliktowej, na które wskazywali zresztą również projektodawcy omawianego przepisu<sup>37</sup>. Przykładowo, zdaniem Martina Hochhutha, właściwe jest powołanie się na stan wyższej konieczności, bowiem śmierć pasażerów w wyniku zestrzelenia wyprzedza co najwyżej o minuty ich śmierć w wyniku rozbicia samolotu zgodnie z planem terrorystów<sup>38</sup>. Z kolei Ernst

<sup>33</sup> Na ten temat również M. Fischer, *Terrorismusbekämpfung durch die Bundeswehr im Innern Deutschlands?*, JZ 2004, z. 8, s. 383.

<sup>34</sup> Na podstawie art. 11 ust. 2 Soldatengesetz, który zastrzega, iż „Ein Befehl darf nicht befolgt werden, wenn dadurch eine Straftat begangen würde”.

<sup>35</sup> M. Haid, *op. cit.*, s. 6.

<sup>36</sup> Ch. Gramm, *Wie weit darf die Staat bei „besonders schweren Unglücksfällen“ gehen?*, „Unterrichtsblätter für die Bundeswehrverwaltung” 2007, nr 4, s. 125, dostępne pod adresem [http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaeetze/UBWV\\_2007\\_121.pdf](http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaeetze/UBWV_2007_121.pdf). Na ten temat również P. Dreist, *Terroristenbekämpfung als Streitkräfteauftrag — zu den verfassungsrechtlichen Grenzen polizeilichen Handelns der Bundeswehr im Innern*, „Neue Zeitschrift für Wehrrecht” (dalej: NZWehrr) 2004, nr 3, s. 111–112, dostępne pod adresem [http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaeetze/NZWehrr\\_2004\\_089.pdf](http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaeetze/NZWehrr_2004_089.pdf).

<sup>37</sup> H.Ch. Ströbele, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/89, *op. cit.*, s. 7893–7894; H.Ch. Ströbele, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/115..., *op. cit.*, s. 10543; H.Ch. Ströbele, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/35..., *op. cit.*, s. 33.

<sup>38</sup> M. Hochhuth, *Militärische Bundesintervention beim inländischem Terrorakt*, NZWehrr 2002, nr 4, s. 165, dostępne pod adresem [http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaeetze/NZWehrr\\_2002\\_154.pdf](http://www.deutsches-wehrrecht.de/Aufsaeetze/NZWehrr_2002_154.pdf).



Burgbacher wskazuje na stan wyższej konieczności, wyłączający winę ze względu na poświęcenie życia jednego człowieka dla ratowania innego<sup>39</sup>. Również zdaniem Christiana Starcka<sup>40</sup> i Burkharda Hirscha<sup>41</sup> ogólne, istniejące już konstrukcje prawne mogą stanowić podstawę działania decydenta, jednak jego decyzja zostanie wówczas poddana ocenie przez niezawisły sąd. Ich zdaniem Bundesverfassungsgericht wyznaczył klarowną granicę kompetencji ustawodawczych do normowania stanów faktycznych dotyczących ochrony życia obywatela (*Lebenssachverhalten*) i wskazał, że w sytuacjach szczególnych możliwe jest podjęcie decyzji również bez klarownej podstawy ustawowej, przy wykorzystaniu znanych już instytucji kodeksu karnego. Inni autorzy, jak choćby powołani powyżej R. Merkel<sup>42</sup> czy W.R. Schenke<sup>43</sup>, negują możliwość powołania się na stan wyższej konieczności przez podejmującego decyzję zestrzelenia samolotu. Matthias Fischer wskazuje, że zresztą już sama możliwość powołania się przez funkcjonariusza państwowego na stan wyższej konieczności podczas wykonywania swoich obowiązków jest wysoce sporna<sup>44</sup>. Odmienne natomiast Peter Dreist uznaje za przeważający ten pogląd nauki, który zezwala przedstawicielowi władzy państwowej na powoływanie się na obronę konieczną (§ 32 StGB) oraz stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność (§ 34 StGB)<sup>45</sup>.

---

<sup>39</sup> E. Burgbacher, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/89..., *op. cit.*, s. 7888; E. Burgbacher, w: Deutscher Bundestag Plenarprotokoll 15/115..., *op. cit.*, s. 10542–10543.

<sup>40</sup> Ch. Starck, Uwagi do wyroku BVerfG z dn. 15 II 2006 r. (1 BvR 357/05), JZ 2006, nr 8, s. 418.

<sup>41</sup> B. Hirsch, *Zum Verbot des Rettungstotschlags*, NJW 2007, nr 17, s. 1189.

<sup>42</sup> R. Merkel, *op. cit.*

<sup>43</sup> W.R. Schenke, *op. cit.*, s. 736 i n.

<sup>44</sup> M. Fischer, *op. cit.*, s. 383. Na ten temat por. również: U. Neumann, *op. cit.*, s. 40; H.J. Hirsch, *Können strafgesetzliche Rechtfertigungsgründe, insbesondere der rechtfertigende Notstand, als Ermächtigungsgrundlage für hoheitliche Eingriffe dienen?*, w: *Problemy kodyfikacji prawa karnego. Księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, red. S. Waltoś, Kraków 1993, s. 111 i n.; H.H. Hirsch, *Nowe uregulowanie stanu wyższej konieczności w zachodnioniemieckim prawie karnym*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska*”, Sectio G, vol. XXXII/XXXIII (1985/1986), s. 92–93; A. Wąsek, *Sporne kwestie stanu wyższej konieczności w prawie karnym*, „*Przegląd Prawa Karnego*” 1992, nr 7, s. 29–30; A. Wąsek, *Stan wyższej konieczności w procesie karnym*, w: *Zasady procesu karnego wobec wyzwań współczesności. Księga ku czci profesora Stanisława Waltośia*, red. J. Czapska, A. Gaberle, A. Światłowski, A. Zoll, Warszawa 2000, s. 304.

<sup>45</sup> Ale już nie na stan wyższej konieczności wyłączający winę (§ 35 StGB), por. P. Dreist, *op. cit.*, s. 106; na ten temat również M. Hohhuth, *op. cit.*, s. 165.

## IV. CHARAKTER PRAWNY ART. 122A PRAWA LOTNICZEGO

Mimo uchylenia przez TK art. 122a PrLot, warto chwilę uwagi poświęcić zasygnalizowanemu na wstępie problemowi charakteru prawnego owego przepisu. Stanowił on podstawę dla zestrzelenia porwanego przez terrorystów samolotu, jeżeli „wymagają tego względy bezpieczeństwa państwa” i jest on „użyty do działań sprzecznych z prawem, a w szczególności jako środek ataku terrorystycznego z powietrza”. Od razu należy odrzucić koncepcję pozaustawowego (pozakodeksowego) stanu wyższej konieczności, która nie funkcjonuje w polskiej dogmatyce<sup>46</sup> i jest raczej nieprawdopodobne, by ustawodawca sięgnął w tym wypadku po tę konstrukcję prawa niemieckiego. Wydaje się, iż stworzenie ustawowej kompetencji do zestrzelenia samolotu typu *renegade* mogło być powołać do życia nowy kontratyp w grupie kontratypów<sup>47</sup> działania w ramach uprawnień i obowiązków. Jednak odwołanie się do ogólnych zasad kontratypizacji<sup>48</sup> również i to przypuszczenie czyni chybionym. Po pierwsze, kontratyp oparty jest na kolizji dóbr prawnych. W omawianym przypadku faktycznie takowa zachodzi. Z jednej strony dobrami kolidującymi jest życie pasażerów i załogi samolotu (wartość samego samolotu można, jak się zdaje w tym kontekście, pominąć). Z drugiej zaś strony ustawodawca w sposób niezwykle szeroki określił zakres dóbr pozostających w kolizji. Posłużył się bowiem pojęciami „bezpieczeństwa państwa” i samych „względów bezpieczeństwa”<sup>49</sup>. Należało je rozumieć jako odnoszące się do funkcjonowania podstawowych instytucji zarówno życia politycznego, jak i społecznego oraz gospodarczego<sup>50</sup>. Jako

<sup>46</sup> Aczkolwiek, zdaniem L. Wilka, może być ona stosowana na gruncie prawa karnego skarbowego (L. Wilk, *Stan wyższej konieczności w prawie karnym skarbowym*, „Palestra” 1999, nr 1/2, s. 42). Niegdyś możliwość jej zastosowania w prawie polskim rozważał Sąd Najwyższy w wyroku z 8 IV 1948 r., Wa. K. 101/48, PiP 1949, nr 2, s. 148.

<sup>47</sup> Nie bez racji Z. Wiernikowski wskazuje bowiem, że mamy raczej do czynienia z różnymi kontratypami, wykazującymi pewne cechy wspólne, a nie jednym kontratypem uregulowanym w szeregu ustaw (Z. Wiernikowski, *Działanie w granicach uprawnień lub obowiązku prawnego jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu*, PiP 1987, nr 3, s. 81–82).

<sup>48</sup> Na ich temat: A. Zolli, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 101 i n.; K. Buchała, A. Zolli, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 200 i n.; L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2008, s. 132–133.

<sup>49</sup> Tym ostatnim w art. 18b ust. 2 pkt 3 ustawy o ochronie granicy państwowej, do której art. 122a odsyłał.

<sup>50</sup> M. Iwanski, *Uprawnienie do zestrzelenia cywilnego statku powietrznego (kilka uwag w kwestii zgodności art. 122a Prawa lotniczego z Konstytucją RP)*, WPP 2008, nr 1, s. 77.

przykłady podawano elektrownię atomową, tamę w Czorsztynie<sup>51</sup>, Pałac Kultury i Nauki, budynek Sejmu<sup>52</sup>, rafinerię w Płocku<sup>53</sup> czy ogólnie rozbięcie samolotu o budynek, galerię handlową czy na stadionie<sup>54</sup>. Na katalog dóbr pozostających potencjalnie w konflikcie z życiem pasażerów i załogi samolotu wpływały również dalsze przesłanki wykorzystania samolotu do „działań sprzecznych z prawem”, w szczególności jako „środka ataku terrorystycznego”. Pojęcie „działań sprzecznych z prawem” obejmowało przecież każde posłużenie się samolotem niezgodne z prawem. Odwoływało się zatem do całości systemu prawa i wszystkich zawartych w nim zakazów chroniących różnego rodzaju dobra prawne. Również „atak terrorystyczny” może zostać skierowany przeciwko różnym dobrom prawnym, w szczególności przeciwko mieniu, urządzeniom infrastruktury przemysłowej, transportowej, dobrom kultury.

Po drugie, poświęcenie jednego z kolidujących dóbr musi być jedynym sposobem rozwiązania sytuacji konfliktowej. Artykuł 122a PrLot oraz przepisy wykonawcze takiego warunku nie wprowadzały. Nie tylko nie zastrzeżono konieczności wystąpienia bezpośredniego zagrożenia dla dóbr na ziemi, ale też zwolniono decydenta z konieczności przestrzegania procedury przewidzianej w przepisach wykonawczych<sup>55</sup>, dotyczącej powiązania zakwalifikowania samolotu jako obiektu *renegade*, tzw. „potwierdzony” (por. § 3 ust. 3) z reakcją w postaci zestrzelenia takiego obiektu<sup>56</sup>.

Po trzecie, zachodzić musi społeczna opłacalność poświęcenia kolidującego dobra. Jak słusznie wskazują Kazimierz Buchała i Andrzej Zoll<sup>57</sup>, w poszukiwaniu jej kryteriów można kierować się zarówno względami użytecznymi, jak i społeczno-etycznymi. Należy przyjąć, iż poświęcenie życia pasażerów i załogi samolotu nawet dla ratowania życia osób znajdujących się na ziemi nie spełnia wymogu społecznie opłacalnego rozwiązania sytuacji konfliktowej<sup>58</sup>.

<sup>51</sup> W. Szarama występujący w imieniu Sejmu (podają za: E. Siedlecka, *Nie można poświęcić mniejszości dla ratowania większości*, „Gazeta Wyborcza” z 1 X 2008 r.).

<sup>52</sup> Protokół posiedzenia Komisji Obrony Narodowej (nr 110) z dn. 10 III 2004 r., Biuletyn nr 2922/IV, dostępny pod adresem <http://orka.sejm.gov.pl/Biuletyn.nsf/wgskrnrr/OBN-110>.

<sup>53</sup> M. Iwański, *op. cit.*, s. 77.

<sup>54</sup> Przykłady Prezesa Urzędu Lotnictwa Cywilnego.

<sup>55</sup> Por. powoływane już rozporządzenie Rady Ministrów z dn. 14 XII 2004 r.

<sup>56</sup> Por. podobnie M. Iwański, *op. cit.*, s. 80.

<sup>57</sup> K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 202; por. podobnie: L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 133; A. Marek, J. Satko, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Komentarze. Piśmiennictwo. Orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 15; A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2007, s. 164.

<sup>58</sup> Szersze uzasadnienie tego poglądu zostanie przedstawione niżej, przy okazji omawiania

Trzeba wreszcie zauważyć, iż sformułowanie takiego przepisu, jak art. 122a PrLoT, nie spełnia ogólnego warunku tworzenia kontratypów. Słuszne wydaje się bowiem założenie wyrażane niekiedy przez przedstawicieli doktryny, zgodnie z którym kontratyp musi mieć swoją określoność dającą się ująć w ramy abstrakcyjnie sformułowanego zespołu znamion (tak jak typ)<sup>59</sup>. Nie można tworzyć kontratypów tylko na potrzeby jednego indywidualnego wypadku, „z potrzeby chwili”<sup>60</sup>. Żaden kontratyp „nie może stanowić tylko jednorazowego, indywidualno-konkretnego wypadku legalności czynu”, bowiem dla jego przyjęcia konieczna jest zawsze możliwość uogólnienia do innych analogicznych sytuacji<sup>61</sup>. „Kontratyp” oznacza typową sytuację wyłączającą bezprawność<sup>62</sup>, która depenalizuje naruszenie typów czynów zabronionych. Jak trafnie rozwija to założenie K. Buchała: „Utworzenie kontratypu wyłączającego bezprawność zależy od tego, czy te sytuacje są powtarzalne i jednorodne, co umożliwia za pomocą uogólnienia określenie znamion kontratypu”<sup>63</sup>. Podobnie Tadeusz Bojarski zastrzega, iż „Kontratypami są okoliczności faktyczne podlegające generalizacji i wykazujące

---

kontratypu stanu wyższej konieczności (art. 26 § 1 k.k.). Por. również przytoczone już wcześniej argumenty w: J. Kulesza, *Zestrzelenie samolotu typu renegade a poszanowanie podstawowych praw człowieka*, SP 2008, nr 3, s. 83 i n.; J. Kulesza, *Glosa...*, *op. cit.*

- <sup>59</sup> K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 204; por. podobnie: A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skretowicz, Z. Hołda, Lublin 2005, s. 433; L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 134; J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2007, s. 253.
- <sup>60</sup> K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 204; por. podobnie: L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 134; J. Warylewski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 253.
- <sup>61</sup> W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1963, nr 10, s. 506–507.
- <sup>62</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 215; por. podobnie: K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 199; A. Zoll, *Z problematyki kontratypów*, „Zeszyty Naukowe UJ. Prace Prawnicze”, z. 74, Kraków 1977, s. 51; A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, w: *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 9; A. Zoll, w: K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna*, Kraków 1998, s. 206; A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 96; J. Warylewski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 248–249; J. Warylewski, *Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej a kontratypy pozaustawowe*, w: *Okoliczności...*, *op. cit.*, s. 27.
- <sup>63</sup> K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 248; por. podobnie: J. Warylewski, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 249, 253; J. Warylewski, *Zasada...*, *op. cit.*, s. 27; A. Zoll, *Kontratypy...*, *op. cit.*, s. 9.

tendencję do powtarzania się”<sup>64</sup>. Trudno przyjąć, że w sytuacji opisanej w art. 122a PrLot mieliśmy do czynienia z taką właśnie „typową” sytuacją, w razie wystąpienia której należało wyłączyć bezprawność zachowania wypełniającego choćby znamiona typu rodzajowego z art. 148 § 2 lub 3 k.k. Jak do tej pory w historii ludzkości zdarzył się jeden tego rodzaju wypadek, który — miejmy nadzieję — więcej się nie powtórzy. Trudno więc dogmatycznie uzasadnić tworzenie dla niego kontratypu<sup>65</sup>.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że art. 122a PrLot nie mógł być uznany za kontratyp z grupy kontratypów działania w ramach uprawnień i obowiązków. Trudno byłoby zresztą w razie przyjęcia kontratypu określić stosunek zachodzący między art. 122a PrLot a art. 26 k.k. Przesłanki zezwalające w art. 122a PrLot na poświęcenie życia pasażerów i załogi samolotu nie pozostawały w jakimkolwiek stosunku do wymogów stawianych przez art. 26 k.k. (poświęcenie również dobra oczywiście wyższej wartości [życia] dla ratowania dobra o wartości niższej [mienia], brak wymogu bezpośredniości i subsydiarności), przy jednoczesnym zawężeniu podmiotowym — do Ministra Obrony Narodowej i przedmiotowym — do samolotu typu *renegade*. Trudno było zatem przyjąć, iż mieliśmy do czynienia z jakimś *lex specialis* wobec art. 26 k.k.

Wydaje się zatem, że owa „specyficzna sytuacja kolizyjna”, jak ją określił Lech Gardocki<sup>66</sup>, zawarta w art. 122a PrLot, pociągać musiała za sobą — w intencji ustawodawcy — wyłączenie winy osób odpowiedzialnych za zestrzelenie samolotu typu *renegade*.

## V. ZASTOSOWANIE ART. 26 K.K. DO ZESTRZELENIA SAMOLOTU TYPU *RENEGADE*

Jak już wspomniano na wstępie, TK wskazał w uzasadnieniu swojego wyroku na prawnokarny stan wyższej konieczności jako tą instytucję, na

---

<sup>64</sup> T. B o j a r s k i, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006, s. 150.

<sup>65</sup> Jest to zresztą przejaw ogólniejszej tendencji, zgodnie z którą polski ustawodawca tworzy „typy” rodzajowe przestępstw w odpowiedzi na jednostkowe, incydentalne zdarzenia, pod wpływem presji ze strony mediów i opinii publicznej. Powstaje wówczas problem teoretycznego uzasadnienia istnienia karalności tego rodzaju zachowań, skoro trudno mówić o jakiejś ich „klasie”, która jako taka byłaby na tyle społecznie szkodliwa, by znaleźć odzwierciedlenie w kodeksie karnym. Przykładem mogą być tu choćby owe „typy” rodzajowe dotyczące w szczególności utrwalania treści pornograficznych lub choćby wizerunku nagiej osoby bez jej zgody.

<sup>66</sup> Por. ust. 1 wyroku TK z 30 IX 2008 r. (K 44/07), zawierający skrótowe uzasadnienie wniosku Pierwszego Prezesa SN.

gruncie której będzie można poszukiwać podstawy dla legalizacji zestrzeżenia samolotu typu *renegade*. Pogląd TK podzielają Janusz Kochanowski<sup>67</sup> oraz Marek Żylicz<sup>68</sup>. Jednak analiza znamion stanu wyższej konieczności (art. 26 k.k.) oraz przegląd stanowisk doktryny skłaniają raczej do wniosku, iż przepis ten nie będzie mógł znaleźć zastosowania w omawianym przypadku. Taki pogląd prezentują również Lech Gardocki<sup>69</sup> oraz Mikołaj Iwański<sup>70</sup>. Już u zarania obowiązywania pierwszej polskiej kodyfikacji karnej, w 1933 r., Władysław Wolter trafnie zauważył iż „K.k. nic nie wspomina o specjalnym wypadku wyższej konieczności, odznaczającym się tem, że w niebezpieczeństwie znajduje się kilka osób, a przez poświęcenie jednej lub więcej osób można uratować resztę, z tem, że w razie niezastosowania tego drakońskiego środka wszyscy są straceni. Wypadki te [...] następują wiele trudności”<sup>71</sup>.

Przed wszystkim należy wskazać, iż w nauce powszechnie odmawia się funkcjonariuszowi organu władzy publicznej, jakim niewątpliwie jest potencjalny decydent — Minister Obrony Narodowej — prawa do powoływania się na stan wyższej konieczności w celu legalizacji swoich działań podejmowanych z przekroczeniem przysługujących mu z mocy prawa uprawnień<sup>72</sup>. Powołuje się przy tym art. 2, 7 oraz 31 ust. 3 Konstytucji, z których wynika, iż organ władzy publicznej dla legalności swoich działań potrzebuje podstawy w przepisach prawa i nie może wykroczyć poza granice przyznanych mu uprawnień<sup>73</sup>. Jednak przepis tego rodzaju, jak art. 26 k.k., nie może być uznany za taką wystarczającą podstawę, bowiem nie spełnia wymagań stawianych przez art. 31 ust. 3 Konstytucji<sup>74</sup>. Pogląd przeciwny

<sup>67</sup> Por. opinię J. Kochanowskiego, wyrażoną jako komentarz do wyroku (J. K o r n e r, *Nie wolno strzelać do porwanego samolotu*, „Rzeczpospolita” z 1 X 2008 r.).

<sup>68</sup> M. Ż y l i c z, *Zestrzelenie cywilnego statku powietrznego jako delikt prawa międzynarodowego*, PiP 2009, nr 6, s. 36.

<sup>69</sup> L. Gardocki w ustępie 4.3 swojego wniosku do TK.

<sup>70</sup> M. I w a ń s k i, *op. cit.*, s. 85.

<sup>71</sup> W. W o l t e r, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna. Tom I*, Kraków 1933, s. 190.

<sup>72</sup> Por. J. L a c h o w s k i, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, s. 47 i n.; A. W ą s e k, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I*, Gdańsk 1999, s. 344; G. R e j m a n, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. Rejman, Warszawa 1999, s. 732–733.

<sup>73</sup> Dlatego mylił się W. Łuniewski, który powołując krytycznie jedynie pogląd G. Rejman twierdzi, że argumentacja przeciwników stosowania art. 26 k.k. „ma bardziej charakter moralny, niż prawny” (W. Ł u n i e w s k i, *Stan wyższej konieczności a zasada proporcjonalności dóbr*, „Palestra” 2002, nr 3/4, s. 43).

<sup>74</sup> P. D a n i l u k, *Stan wyższej konieczności jako podstawa legalności działań funkcjonariuszy organów władzy publicznej*, WPP 2007, nr 1, s. 41 i n.

pozostaje w zdecydowanej mniejszości<sup>75</sup>. Dlatego trafnie wskazuje M. Iwański, iż w związku z powyższym brak będzie możliwości powołania się przez decydenta na art. 26 k.k.<sup>76</sup>

Następnie istotny wydaje się potencjalny brak spełnienia warunku bezpośredniości zagrożenia ratowanych dóbr<sup>77</sup>. Ze względu na charakter tego rodzaju aktu terrorystycznego istnieje mała szansa na to, że podejmujący decyzję będzie miał pewność co do obiektu ataku, w związku z czym nie będzie możliwości określenia stopnia bezpośredniości niebezpieczeństwa grożącego dobrom prawnym. Jak przypuszcza TK, ocena zagrożenia osób znajdujących się na ziemi byłaby co do zasady zawsze hipotetyczna<sup>78</sup>. Z kolei zarówno L. Gardocki, jak i Prezes Urzędu Lotnictwa Cywilnego wskazują na znaczną dozę niepewności oraz ryzyko błędu podczas określania stopnia prawdopodobieństwa rozbicia samolotu przez terrorystów, ze względu na ograniczony zakres, bądź brak informacji odnoszących się do sytuacji na pokładzie oraz jej potencjalnej dynamicznej zmiany<sup>79</sup>. Jeżeli podejmujący decyzję nie będzie wiedział, co ma być celem ataku, trudno przyjąć, by samo zbliżenie się do miasta i rosnące z tym zagrożenie szeroko ujętych dóbr prawnych mogło wystarczyć dla powołania się na art. 26 k.k. Jak słusznie uznaje A. Zoll, o stopniu zagrożenia decyduje charakter i wartość zagrożonego dobra<sup>80</sup>. Nie można zatem mówić o stanie wyższej konieczności w przypadku niebezpośredniego zagrożenia nieokreślonych dóbr.

Wątpliwe byłoby również spełnienie wymogu subsydiarności stanu wyższej konieczności. Obawa ta wydaje się uzasadniona w kontekście wypowiedzi potencjalnego decydenta (Ministra Obrony Narodowej), który w trakcie postępowania przed TK z góry orzekł, że brak jest możliwości ewakuacji jakiegokolwiek obiektu ze względu na deficyt czasu, przy czym określił czas potrzebny na przeprowadzenie procedury decyzyjnej zestrzelenia na 40 minut<sup>81</sup>. Nie wyjaśnił jednak, dlaczego ten sam czas nie może być

---

<sup>75</sup> Oba stanowiska omówił w ostatnim czasie P. Daniluk, nie wydaje się zatem niezbędne ich szersze relacjonowanie w omawianym kontekście.

<sup>76</sup> M. Iwański, *op. cit.*, s. 85.

<sup>77</sup> Nie wnikając w sposoby pojmowania owej bezpośredniości w nauce i judykaturze, które podsumował niedawno P. Daniluk, *Stan wyższej konieczności jako podstawa...*, *op. cit.*, s. 105–110. Por. również J. Lachowski, *op. cit.*, s. 79 i n.; L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 142.

<sup>78</sup> Ustęp 7.5 uzasadnienia wyroku TK.

<sup>79</sup> Ustęp 4.1 wniosku Pierwszego Prezesa SN oraz ustęp 4 uzasadnienia wyroku TK.

<sup>80</sup> A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 499.

<sup>81</sup> Por. ust. 3 uzasadnienia wyroku TK.

spożytkowany na przeprowadzenie ewakuacji celu terrorystów, zakładając, że skoro podjęto decyzję o zestrzeleniu, Minister wiedziałby, co takim celem będzie.

Zresztą założenie takie już w tym momencie wydaje się wątpliwe. Sam Minister Obrony Narodowej przyznał, iż biorąc pod uwagę dynamikę tego rodzaju aktu terrorystycznego, nieunikniony będzie deficyt czasu i wiedzy decydenta<sup>82</sup>. W związku z tym mało prawdopodobne wydaje się, by dysponował on pewnością co do planowanego celu. Jednak na gruncie stanu wyższej konieczności pociąga to za sobą również konsekwencję w postaci niemożności określenia proporcji dóbr pozostających w kolizji z życiem pasażerów i załogi samolotu, co wyklucza powołanie się na art. 26 k.k.

Pozostając w kręgu problematyki proporcji dóbr stanu wyższej konieczności należy odrzucić taką konfigurację, w której nastąpiłoby poświęcenie życia pasażerów i załogi samolotu dla ratowania dóbr takich jak mienie, tajemnica państwowa czy urządzenia infrastruktury. Zdaniem Andrzeja Wąska można nawet bronić tezy, iż życie ludzkie jest dobrem cenniejszym od niepodległości państwa<sup>83</sup>. Wszystkie te wymienione przykładowo powyżej dobra prawne będą dobrami o wartości niższej niż życie pasażerów i załogi. Nie wydaje się bowiem, by aktualność zachował nadal wyrażony niegdyś pogląd Władysława Woltera, jakoby dobra społeczne w postaci bytu państwa, jego niepodległości, ustroju i mocy obronnej, czyli podstawowych interesów politycznych i gospodarczych, posiadały wyższą wartość od dóbr jednostek<sup>84</sup>. Nawet ochrona takich wartości nie może uzasadniać dokonania przez przedstawiciela władzy publicznej zabójstwa obywateli tego państwa. Słuszniej zatem Tadeusz Bojarski wymienia podstawowe interesy państwa obok życia i zdrowia człowieka, jako dobra najwyższej wartości<sup>85</sup>, w innym zaś miejscu pisze, iż w razie zestawienia dóbr publicznych z jednostkowymi (np. życie *contra* byt państwa) może powstać kolizja ocen<sup>86</sup>. Również

---

<sup>82</sup> Por. ust. 3 uzasadnienia wyroku TK.

<sup>83</sup> A. Wąsek, *Projekt kodeksu karnego a międzynarodowe standardy praw człowieka*, w: *Problemy reformy prawa karnego. Materiały z sesji naukowej „Problemy reformy prawa karnego”*, Kazimierz Dolny, 20–22 IX 1993 r., red. T. Bojarski, E. Skrętowicz, Lublin 1993, s. 71.

<sup>84</sup> W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 182. Również S. Śliwinski, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 171 wskazuje, że należy „dać przewagę interesowi ogółu przed interesem jednostki (wykładnia *pro societate*)”. Na temat konsekwencji takich stanowisk por. G. Rejman, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 727.

<sup>85</sup> T. Bojarski, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 159.

<sup>86</sup> T. Bojarski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2006, s. 74–75.



Wojciech Radecki pisał swego czasu, iż „należy [...] opierać się na zasadach moralności socjalistycznej głoszących w szczególności, że najwyższą wartością socjalistyczną jest człowiek oraz że państwo i społeczeństwo nie są celami, ale środkami do szczęścia i rozwoju człowieka”<sup>87</sup>. W związku z tym nie można poświęcić życia człowieka dla ratowania największego nawet mienia, zaś należy takie mienie poświęcić dla ratowania życia. Jeśli się odrzuci naleciałość wynikającą z uwarunkowań historycznych czasu sformułowania swej myśli przez W. Radeckiego oraz zapomni na moment o ówczesnych realiach wcielania takich myśli w życie, nie można odmówić mu pewnej dozy słuszności. Dlatego trudno podzielić pogląd Wojciecha Łuniewskiego, zgodnie z którym możliwe jest poświęcenie życia człowieka, jeżeli dokona się zsumowania zagrożonych dóbr, z osobna przedstawiających wartość niższą (zdrowie, mienie), które ujęte razem uzasadnią powołanie się chociaż na stan wyższej konieczności wyłączający winę<sup>88</sup>. Wreszcie K. Buchała i A. Zoll trafnie przypominają, iż priorytet interesu grupowego nad interesem jednostki charakterystyczny jest dla systemu nazistowskiego lub stalinowskiego<sup>89</sup>. W innym zaś miejscu A. Zoll wyklucza powołanie się na kodeksowy stan wyższej konieczności w celu poświęcenia dobra jednostki dla ochrony dobra ogółu. Jak słusznie konstatuje, takie wykorzystanie wspomnianej instytucji przekreśliłoby bowiem gwarancyjną funkcję prawa<sup>90</sup>.

Pamiętać również należy, iż konstrukcja stanu wyższej konieczności w art. 26 k.k. została oparta o porównanie wartości kolidujących dóbr, a nie zestawienie potencjalnych szkód, jakie zaistniałyby w razie zaniechania uchylenia zagrożenia oraz w razie jego uchylenia z poświęceniem dóbr prawnych<sup>91</sup>. Zastrzeżenie to jest istotne z tego względu, iż można ulec pokusie, by argumentować, że zestrzelenie samolotu jest konieczne, bowiem w razie jego zaniechania zginą zarówno pasażerowie i załoga statku powietrznego, jak i osoby znajdujące się na ziemi, będące celem zamachu ter-

<sup>87</sup> W. R a d e c k i, *Stan wyższej konieczności na tle aktualnych potrzeb praktyki*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1978, z. 22, s. 120.

<sup>88</sup> W. Ł u n i e w s k i, *op. cit.*, s. 41–42.

<sup>89</sup> K. B u c h a ł a, A. Z o l l, *Polskie...*, *op. cit.*, s. 202.

<sup>90</sup> A. Z o l l, w: *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, red. K. Buchała, Warszawa 1990, s. 134; por. podobnie: L. W i l k, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 133; aprobujać M. K u l i k, w: *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006, s. 77.

<sup>91</sup> A. W ą s e k, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 340; por. podobnie: L. W i l k, *Aksjologiczne problemy stanu wyższej konieczności*, PiP 2008, nr 11, s. 44.

rorystycznego<sup>92</sup>. Natomiast zestrzelenie pozbawia życia tylko część spośród tych ludzi. Choć koncepcja porównywania wielkości szkód miała w polskiej doktrynie swoich zwolenników<sup>93</sup>, obecnie przyjmuje się, że odwołanie do proporcji szkód jest dopuszczalne tylko jako kryterium pomocnicze i jedynie w stosunku do dóbr materialnych<sup>94</sup>.

Zakładając zatem, że realnie rzecz biorąc w grę wchodzi zestrzelenie samolotu w celu ratowania osób znajdujących się na ziemi, w obiekcie będącym celem ataku, należy rozważyć, czy zastosowanie znalazłby stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność (art. 26 § 1 k.k.) czy winę (art. 26 § 2 k.k.). Wydaje się, że jedynie druga z tych konstrukcji może w omawianym kazusie zostać użyta. Stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność jest oparty na poświęceniu dobra niższej wartości dla ratowania dobra wartości wyższej. Natomiast co do życia ludzkiego powszechnie w nauce przyjmuje się, iż jest ono zawsze równie cenne<sup>95</sup> i nie jest dopuszczalne jego wartościowanie, ani pod względem ilościowym (porównania liczby osób ratowanych i poświęconych), ani jakościowym (długości życia, jaka pozostała poszczególnym jednostkom)<sup>96</sup>. Nie można zatem poświęcić życia jednego człowieka, by ratować kilka innych osób<sup>97</sup>. Jak słusznie zauważa L. Gardocki w swoim wniosku do TK, pogląd przeciwny musiałby zaaprobować pozbawienie życia osoby śmiertelnie rannej w wypadku, skoro jej organami

<sup>92</sup> Por. argumentację i tok rozumowania J. Śliwowskiego (*op. cit.*, s. 139–140). Należy zauważyć, że przy jej stosowaniu wiele innych kazusów może znaleźć zgoda odmiennie od przyjmowanego rozwiązanie (tak też W. Radcki, *op. cit.*, s. 118). Na proporcji szkód oparty był art. 12 projektu Kodeksu karnego z 1951 r. (*Projekt kodeksu karnego Polski Ludowej. Część ogólna*, Warszawa 1951, s. 6).

<sup>93</sup> Jak choćby powołanego wyższej J. Śliwowskiego (*op. cit.*, s. 139–140).

<sup>94</sup> Por. M. Filar, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, Warszawa 2004, s. 82.

<sup>95</sup> W. Wolter, *Zarys...*, *op. cit.*, s. 188; por. podobnie: S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 171; J. Lachowski, *op. cit.*, s. 127; A. Wąsek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 343; A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 504; L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 141; M. Kulik, w: *Kodeks...*, red. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 77; I. Andrejew, L. Lernel, J. Sawicki, *Prawo karne Polski Ludowej. Zarys wykładu części ogólnej*, Warszawa 1950, s. 199; L. Lernel, *Wykład prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1961, s. 171; A. Grześkowiak, w: *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, red. A. Marek, Warszawa 1986, s. 127; M. Grążawski, *Ochrona człowieka w świetle prawa Rzeczypospolitej Polskiej*, red. S. Pikulski, Olsztyn 2002, s. 245.

<sup>96</sup> Interesującego zestawienia kryteriów pomocnych przy ustalaniu wartości kolidujących dóbr dokonał ostatnio P. Daniłuk, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca bezprawność karną czynu*, SP 2007, nr 2, s. 119–120.

<sup>97</sup> A. Wąsek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 343.

można uratować życie kilku innych osób<sup>98</sup>. Jednak właśnie taki odmienny pogląd prezentuje G. Rejman. Autorka ta uważa, iż z punktu widzenia zasad proporcjonalności i subsydiarności dozwolone byłoby pobranie organu od osoby, która jeszcze żyje, ale której śmierć jest w sposób nienasuający wątpliwości przesądzona. Można bowiem poświęcić ów krótki okres życia człowieka w stanie agonialnym. Ostatecznie odrzuca ona taką możliwość, ale z zupełnie innych przyczyn, niezwiązanych ze znamionami stanu wyższej konieczności<sup>99</sup>. Nie można również poświęcić życia człowieka w celu ratowania jakiegoś innego dobra. Trudno byłoby bowiem przyjąć, że życie ludzkie może być dobrem niższej wartości w stosunku do jakiegokolwiek innego dobra prawnego<sup>100</sup>.

Skoro zatem nie jest dopuszczalne uznanie życia pasażerów i załogi samolotu za dobro niższej wartości, niż analogiczne, lecz przynależne osobom na ziemi, należy odwołać się do kontynuacji powyższego założenia doktryny, zgodnie z którą w razie pozostawania w kolizji życia ludzkiego mamy zawsze do czynienia z kolizją dóbr równowartościowych<sup>101</sup>. Życie ludzkie

<sup>98</sup> Ustęp 4.3 wniosku Pierwszego Prezesa SN.

<sup>99</sup> G. Rejman, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 732.

<sup>100</sup> A. Wąsek, *Projekt...*, *op. cit.*, s. 71.

<sup>101</sup> I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *op. cit.*, s. 199; por. podobnie: J. Lachowski, *op. cit.*, s. 127; L. Wilk, *Aksjologiczne...*, *op. cit.*, s. 43; L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 141; M. Kulik, w: *Kodeks...*, red. M. Mozgawa, *op. cit.*, s. 77. Przy takim założeniu interesująca wydaje się również ocena ratowania życia jednostki kosztem życia kilku osób (W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 182), skoro nie można brać pod uwagę kryteriów ilościowych i po obu stronach znajdują się dobra równowartościowe. W. Wolter stwierdza jedynie zagadkowo, iż „Nad tą przewagą ilościową trudno przejść do porządku dziennego” (W. Wolter, *Nauka...*, *op. cit.*, s. 182–183). W późniejszej swojej wypowiedzi, pozostając przy powołanej konstatacji, rozjaśnia jednak uprzednio nieco stanowisko pisząc, iż chodzi o „tragiczne wprost konflikty”, gdy ktoś ratowałby np. życie osoby najbliższej, poświęcając życie kilku innych osób (W. Wolter, w: K. Buchała, W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część I. Część ogólna. Zeszyt 1*, Kraków 1970, s. 171). Wydaje się zatem, że ostatecznie nie wyklucza możliwości powołania się przez taką osobę na stan wyższej konieczności, choć trudno mu przejść nad tym do porządku dziennego. Natomiast S. Śliwiński nie widzi w tym wypadku możliwości powołania się na stan wyższej konieczności (S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 171), przy czym zdanie wcześniej wskazuje, iż niekiedy należy uwzględnić „nawet ilość dóbr chronionych względnie poświęconych”, co wskazywałoby, że taka kategoria myślenia jest przez niego przy okazji tego stanu faktycznego brana pod uwagę (S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 171). Również K. Buchała zaleca wziąć pod uwagę „rozmiar naruszonego dobra — o ile podlega ilościowemu nasileniu, np. z jednej strony życie lub zdrowie jednego człowieka, z drugiej kilku osób (gdy dla uniknięcia potrącenia dziecka kierowca autobusu wjeżdża na stojących na przystanku ludzi)” (K. Buchała, w: K. Buchała, S. Waltoś, *Zasady prawa*

jest bowiem zawsze tak samo wartościowe, bez względu na indywidualne właściwości<sup>102</sup>. Przenosi to rozwiązanie kwestii zestrzelenia samolotu *renegade* na grunt stanu wyższej konieczności wyłączającego winę (art. 26 § 2 k.k.). Trzeba w tym miejscu wspomnieć, iż być może właśnie ten stan wyższej konieczności miał na myśli TK, wskazując na art. 26 k.k. jako podstawę rozwiązania dylematu związanego z zestrzeleniem samolotu *renegade*, skoro wspominał o potencjalnym uchyleniu winy decydenta właśnie<sup>103</sup>.

Artykuł 26 § 2 k.k. ma znajdować zastosowanie do poświęcenia cudzego życia dla ratowania życia własnego<sup>104</sup>. Choć takie jest powszechne stano-

---

*i procesu karnego*, Warszawa 1975, s. 78). Zdecydowanie odrzuca możliwość uratowania nawet życia własnego, lecz kosztem życia wielu innych ludzi L. L e r n e l l (*Wykład prawa karnego. Część ogólna*, t. I, Warszawa 1969, s. 230). Również G. Rejman przyjmuje, iż stanowi przekroczenie granic stanu wyższej konieczności ochrona własnego życia kosztem życia ciężarnej kobiety. Wydaje się zatem, iż następuje uwzględnienie życia dziecka i zaprzeczenie dochowania zasady proporcjonalności, gdy poświęcane są dwa życia dla ratowania jednego (G. R e j m a n, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 744). Wydaje się jednak, że biorąc pod uwagę konstrukcję art. 26 § 2 k.k. nie można wykluczyć, iż mieściłoby się w jego ramach poświęcenie życia kilku osób dla uratowania życia jednej. Skoro dopuszczalne jest na gruncie tego przepisu poświęcenie życia jednej osoby dla ratowania kilku i mamy do czynienia z kolizją dóbr równowartościowych, to czy taka sama kolizja nie będzie zachodziła przy konfiguracji przeciwnej? Jeśliby przyjąć, iż dochodzi do poświęcenia dobra wyższej, czy nawet oczywiście wyższej wartości, wchodzi się wówczas na grząski grunt wartościowania życia ludzkiego. Jednocześnie nie można już odwołać się do społecznej opłacalności rozwiązania sytuacji konfliktowej, bowiem stanowi ona podstawę sformułowania kontratypu. Poświęcenie dobra równej bądź wyższej, lecz nie oczywiście wyższej wartości nie jest już społecznie opłacalne, ale ustawodawca uwzględnił sytuację motywacyjną sprawcy. Ewentualnego wykluczenia możliwości powołania się na art. 26 § 2 k.k. przy omawianej konfiguracji należałoby zatem poszukiwać poza treścią przepisu.

<sup>102</sup> W. W o l t e r, *Zarys...*, *op. cit.*, s. 188; por. podobnie S. Ś l i w i ń s k i, *op. cit.*, s. 171.

<sup>103</sup> Ustęp 10 uzasadnienia wyroku TK.

<sup>104</sup> Jak w przykładzie S. Śliwińskiego, gdzie rozbitkowie na bezludnej wyspie dopuścili się ludożerstwa jednego z nich, by uniknąć śmierci głodowej (S. Ś l i w i ń s k i, *op. cit.*, s. 169). Natomiast J. Śliwowski i W. Makowski oraz J. Sawicki i A. Gubiński przywołują XIX-wieczny kazus statku „Mignonette”, którego pasażerowie po jego rozbiciu schronili się na łodzi ratunkowej, jednak, by ratować własne życie, zabili najmłodszego spośród siebie i również dopuścili się ludożerstwa. Sąd brytyjski skazał ich jednak na karę śmierci, zamienioną następnie na karę pozbawienia wolności (J. Ś l i w o w s k i, *op. cit.*, s. 137; W. M a k o w s k i, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa [i in.] [b.r.w.], s. 286–287; J. S a w i c k i, A. G u b i ń s k i, *op. cit.*, s. 140). Natomiast L. Peiper posługuje się przykładem, w którym wilki gonią za sankami i jednego z siedzących należy poświęcić, oraz takim, w którym ze względu na przeciążenie łodzi należy pozbyć się jednego z pasażerów (L. P e i p e r, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 87). Z kolei A. Gubiński przywołuje sprawę generała Nobile, który próbował dostać się balonem na biegun południowy. Kiedy jednak balon uległ katastrofie, a uczestni-

wisko doktryny, należy odnotować również wygłoszony niegdyś pogląd Stanisława Pławskiego oraz Igora Andrejewa, Leszka Lernella i Jerzego Sawickiego. Stanisław Pławski odrzucał zdecydowanie możliwość poświęcenia życia innego człowieka dla ratowania życia własnego lub osób bliskich, powołując się ówczesnie na zasady współżycia w państwie socjalistycznym gwarantowane w art. 76 ówczesnej Konstytucji<sup>105</sup> oraz zasady moralności socjalistycznej<sup>106</sup>. Również na moralność socjalistyczną powołali się I. Andrejew, L. Lernell i J. Sawicki, podkreślając, iż zasada niepoświęcania cudzego życia dla ratowania własnego „ma duże znaczenie wychowawcze”<sup>107</sup>. Nie wydaje się, by pogląd ten mógł być obecnie kontynuowany w oparciu o te właśnie argumenty.

Artykuł 26 § 2 k.k. ma również znajdować zastosowanie do ratowania życia innej osoby z poświęceniem życia osoby trzeciej<sup>108</sup>, czyli w przypadku tzw. pomocy koniecznej. Jak piszą I. Andrejew, L. Lernell i J. Sawicki, w stanie wyższej konieczności można poświęcić życie jednej osoby dla ratowania życia kilku innych ludzi<sup>109</sup>. Obecnie pogląd ten odnoszony jest do stanu wyższej konieczności wyłączającego winę<sup>110</sup>. Nie wspomina się natomiast

---

cy wyprawy znaleźli się na dryfującej krze, po wyczerpaniu zapasów i wobec braku widoków na uratowanie trzech z nich zabiło czwartego i dopuściło się kanibalizmu. Przywołuje też powojenny pożar w kinie wiejskim, podczas którego uciekający odpychali i tratali słabszych (A. Gubiński, *Wyłączenie bezprawności czynu*, Warszawa 1961, s. 30). Poświęcenie cudzego życia dla ratowania własnego dopuszczają również: L. Lernell, *Wykład...*, Warszawa 1961, *op. cit.*, s. 158, 160, 171; A. Grześkowiak, w: *Prawo karne. Zagadnienia...*, *op. cit.*, s. 127; W. Radcecki, *op. cit.*, s. 119; S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, Kraków 1934, s. 125; S. Pławski, *Prawo karne (w zarysie). Część II*, Warszawa 1966, s. 54. Kazusy podobne do powyższych, zaczerpnięte z prawa anglosaskiego, podaje również J. Lachowski, *op. cit.*, s. 73–74.

<sup>105</sup> „Obywatel Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej jest obowiązany przestrzegać przepisów Konstytucji i ustaw oraz socjalistycznej dyscypliny pracy, szanować zasady współżycia społecznego, wypełniać sumiennie obowiązki wobec państwa”, Dz.U. z 1952 r., nr 33, poz. 232.

<sup>106</sup> S. Pławski, *op. cit.*, s. 58–59.

<sup>107</sup> I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *op. cit.*, s. 199.

<sup>108</sup> S. Śliwiński posługuje się przykładem, w którym A, by uratować życie B, wyrzuca z łodzi ratunkowej C i jest to działanie w stanie wyższej konieczności (S. Śliwiński, *op. cit.*, s. 171); por. również w tym duchu: W. Wolter, w: K. Buchała, W. Wolter, *op. cit.*, s. 170; A. Grześkowiak, w: *Prawo karne. Zagadnienia...*, *op. cit.*, s. 127; wcześniej W. Ostrożyński, *Prawo wyższej konieczności*, Lwów 1886, s. 144–145.

<sup>109</sup> I. Andrejew, L. Lernell, J. Sawicki, *op. cit.*, s. 199.

<sup>110</sup> A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 504. Wcześniej dopuszczalność powołania się na stan wyższej konieczności wyłączający winę w takim kontekście sformułował W. Wolter, *Zarys...*, *op. cit.*, s. 190.

o wariancie poświęcenia życia grupy osób dla ratowania innej grupy ludzi. Wydaje się jednak, że gdyby na chwilę zapomnieć o niemożności powołania się przez funkcjonariusza organu władzy publicznej na art. 26 k.k. oraz o niemożności przyznania mu przepisem szczególnym kompetencji do umyślnego zabicia pasażerów i załogi samolotu, akurat w tym kontekście brak byłoby teoretycznych przeszkód dla zastosowania paragrafu drugiego tego przepisu w stosunku do osób odpowiedzialnych za śmierć pasażerów i załogi zestrzelonego samolotu typu *renegade*.

Poszukiwanie podstawy dla legalności działań osób odpowiedzialnych za zestrzelenie samolotu typu *renegade* i odwołanie się do stanu wyższej konieczności wyłączającego winę prowadzi nieuchronnie do konfrontacji z postawionymi niegdyś przez A. Wąska zarzutami pod adresem uregulowania tej postaci stanu wyższej konieczności w polskim kodeksie karnym. Autor ten słusznie zauważył bowiem, iż w polskim kodeksie brak jest odwołania się przy okazji ujmowania owego stanu do elementów charakterystycznych dla określania wyłączenia winy na gruncie jej normatywnej teorii, która leży przecież u podstaw obowiązującego kodeksu karnego<sup>111</sup>. Choć zatem rozwiązanie polskie (podobno) wzorowane jest na niemieckim § 35 StGB<sup>112</sup>, to jednak brak jest ograniczenia nosicieli ratowanego dobra do samego działającego, jego krewnego lub osoby działającemu bliskiej<sup>113</sup>. Na skutek tego — zdaniem A. Wąska — unormowanie art. 26 § 2 k.k. traci sens<sup>114</sup>. Rozwiązanie niemieckie oparte jest bowiem o założenie, zgodnie z którym jedynie w przypadku ograniczenia katalogu nosicieli zagrożonego dobra można przyjąć domniemanie istnienia owej anormalnej sytuacji mo-

<sup>111</sup> A. Wąsek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 351; A. Wąsek, *Sporne...*, *op. cit.*, s. 36; por. podobnie J. Lachowski, *op. cit.*, s. 261.

<sup>112</sup> T. Bojarski, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 74; por. podobnie: L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 140. Na temat dogmatycznego uzasadnienia brzmienia § 35 StGB, szczególnie co do normatywnej teorii winy por. A. Wąsek, *Sporne...*, *op. cit.*, s. 30–31; U. Neumann, *op. cit.*, s. 41–42; H.H. Hirsch, *op. cit.*, s. 100 i n.

<sup>113</sup> A. Wąsek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 351; A. Wąsek, *Sporne...*, *op. cit.*, s. 29, 31. Ograniczenie takie przewidywał projekt Kodeksu karnego w redakcjach od listopada 1990 r. W uzasadnieniu do niego wskazywano, iż właśnie przy takiej konfiguracji dóbr i ich nosicieli można z góry założyć sytuację motywacyjną niepozwalającą wymagać od sprawcy zachowania zgodnego z prawem. Należy jednak zauważyć, że w innych przypadkach, wypełniających znamiona stanu wyższej konieczności, lecz niemieszczących się w tak zakreślonej formule wyłączenia winy, uzasadnienie odsyłało do odpowiednika obecnego art. 1 § 3 k.k., który miał najwyraźniej stanowić dla sędziego podstawę do wyłączenia winy w każdym indywidualnym przypadku.

<sup>114</sup> A. Wąsek, *Projekt...*, *op. cit.*, s. 71, przyp. 43.

tywacyjnej, związanej z działaniem instynktu samozachowawczego lub poczucia związku z innymi osobami<sup>115</sup>, która rzutuje na możliwość przypisania winy sprawcy, wykluczając ją<sup>116</sup>. Mimo to, na gruncie przepisu polskiego, również bazującego na normatywnej teorii winy, zakłada się z góry istnienie owej anormalnej sytuacji w każdym przypadku, co do każdego podmiotu działającego.

Choć doktryna nie podzieliła wątpliwości zgłoszonych przez A. Wąska<sup>117</sup>, w wypowiedziach odnoszących się do stanu wyższej konieczności wyłączającego winę daje się zaobserwować pewną subiektywizacja wyboru ratowanego dobra. Pisze się bowiem niekiedy o ratowaniu dobra, które dla sprawcy przedstawiało subiektywnie wyższą wartość<sup>118</sup>, dobra osoby, która z jakiegoś powodu była dla działającego bliższa<sup>119</sup>, „wobec czego nacisk w kierunku działania na korzyść osoby drugiej był większy niż nacisk powściągu, nienaruszania interesu osoby trzeciej”<sup>120</sup>. Jeśliby chcieć odnieść takie założenia do omawianego stanu faktycznego samolotu typu *renegade*, nie jest jasne, w jaki sposób należałoby uzasadnić wybór decydenta. Dlaczego miałby on uważać osoby znajdujące się na ziemi za w jakiś sposób mu bliższe? Czy moglibyśmy zaaprobować jego subiektywne przekonanie o wyższej wartości ich życia? Nie jest wciąż, mimo upływu prawie osiemdziesięciu lat, satysfakcjonująca naga konstatacja W. Woltera, zgodnie z którą rozszerzenie pomocy koniecznej na każdą osobę trzecią podkreśla tym samym, „że zrealizowana pomoc konieczna wykazuje właśnie bliższość osoby zagrożonej”. Owa „bliższość” redukować ma się w ostateczności „do pewnych uczuć, nie dających się udowodnić”<sup>121</sup>. Autor ten nie zaprzecza bowiem, iż osoba trzecia może powołać się na stan wyższej konieczności

<sup>115</sup> H.H. Hirsch, *op. cit.*, s. 100.

<sup>116</sup> J. Lachowski, *op. cit.*, s. 185. Dlatego trudno zgodzić się z A. Zollm, którego zdaniem A. Wąsek „zbyt uprzywilejowuje postawę egoistyczną, negując możliwość zaangażowania się na rzecz osoby spoza kręgu bliskich” (A. Zoll, „*Pozaustawowe*”..., *op. cit.*, s. 438). Nie chodzi bowiem o taką możliwość zaangażowania się, ile o odpowiedź na pytanie, czy rzeczywiście osoba taka będzie zawsze działa w anormalnej sytuacji motywacyjnej, wykluczającej możliwość wymagania dochowania wierności prawu, co wykluczy możliwość przypisania jej winy w chwili czynu.

<sup>117</sup> Za wyjątkiem J. Lachowskiego.

<sup>118</sup> A. Zoll, w: *Kodeks...*, red. A. Zoll, *op. cit.*, s. 503.

<sup>119</sup> J. Śliwowski, *op. cit.*, s. 139, mówi o dobru własnym lub bliskim.

<sup>120</sup> W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 289–290.

<sup>121</sup> W. Wolter, *Brak przestępności czynu i bezkarność w projekcie kodeksu karnego*, RPEiS 1930, nr 1, s. 167.

wówczas, „jeżeli stosunek łączący ją z osobą zagrożoną jest ściślejszy niż stosunek łączący ją z osobą niezagrażoną”<sup>122</sup>.

Andrzej Wąsek wskazuje, że art. 26 § 2 k.k. nie zwiera również wymogu braku wymagalności zgodnego z prawem postępowania, jeśliby, jak czyni to A. Zoll, przyjmować, iż ograniczenie podmiotowe dóbr nie znajduje wcale uzasadnienia na gruncie normatywnej teorii winy<sup>123</sup>. W art. 26 § 2 k.k. ustawodawca wprowadził domniemanie nie przewidujące przeciwdowodu, iż od osoby działającej w warunkach opisanych w tym przepisie nie można wymagać powstrzymania się od poświęcenia dobra równej bądź wyższej, lecz nie oczywiście wyższej wartości<sup>124</sup>. W związku z tym, na gruncie tego przepisu, automatycznie od winy uwolniony zostanie również i ten pomocnik konieczny, który nie działał wcale w anormalnej sytuacji motywacyjnej, lecz jego wybór poświęconego dobra wynikał z chłodnej kalkulacji wartości dóbr pozostających w kolizji<sup>125</sup>. Jak słusznie zauważa A. Wąsek, wyłączenie przestępności czynu takiego sprawcy nie daje się racjonalnie uzasadnić ani istotą, ani funkcją stanu wyższej konieczności wyłączającego winę<sup>126</sup>. Trudno pogodzić się z faktem, że wobec braku w art. 26 § 2 k.k. owej klauzuli wymagalności zgodnego z prawem postępowania, sędzia nie ma możliwości w konkretnej sprawie wieloaspektowego zbadania możliwości przypisania winy sprawcy<sup>127</sup>. Oczywiście takie stanowisko wykracza przeciwko tradycji szerokiego ukształtowania stanu wyższej konieczności, począwszy od art. 22 Kodeksu karnego z 1932 r. i może być postrzegane jako zmierzające do zanegowania przyjętego kształtu stanu wyższej konieczności z tego względu, iż w razie dopuszczenia jego zastosowania może on „strzelać poza cel”, obejmując sytuację, która z uwagi na swą treść społeczną być może powinna jednak rodzić odpowiedzialność karną<sup>128</sup>. Należy jednak zauważyć, iż już Stefan Cypin uznawał, iż choć ograniczenie podmiotowe nie jest pożądane, to jednak „pomoc konieczna zgodna [będzie — przyp. aut.] z prawem, jeżeli stosownie do okoliczności nie można było wymagać od

<sup>122</sup> *Ibid.*

<sup>123</sup> A. Zoll, *Uwagi o charakterze prawnym stanu wyższej konieczności*, „*Studia Iuridica*” 1994, XXI, s. 186.

<sup>124</sup> A. Zoll, „*Pozaustawowe*”..., *op. cit.*, s. 438.

<sup>125</sup> A. Wąsek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 351. Na możliwość takiej motywacji sprawcy zwracał swego czasu uwagę L. Lerneil (*Wykład...*, Warszawa 1969, *op. cit.*, s. 234).

<sup>126</sup> A. Wąsek, *Sporne...*, *op. cit.*, s. 31.

<sup>127</sup> Jej wprowadzenie postulują zarówno A. Wąsek, *Sporne...*, *op. cit.*, s. 40; A. Wąsek, *Stany konieczności w części ogólnej projektu kodeksu karnego z 1991 r.*, w: *Problemy kodyfikacji...*, *op. cit.*, s. 108, jak i J. Lachowski, *op. cit.*, s. 186, 261–262.

<sup>128</sup> Por. A. Zoll, *Z problematyki...*, *op. cit.*, s. 61.



sprawcy powstrzymania się od interwencji<sup>129</sup>. Choć zakładał on, za Hugo Hälschnerem, że co do zasady altruizm nie może być gorzej traktowany niż egoizm, to jednak sędzia w ramach swobodnego uznania powinien oceniać zachowanie owego pomocnika koniecznego, w tym ewentualnie jego stosunek do zagrożonego, którego dobro uratował<sup>130</sup>. Trafnie zauważał też, że sfera działania zagrożonego uchylającego niebezpieczeństwo dla własnych dóbr oraz sfera pomocnika koniecznego, uchylającego niebezpieczeństwo dla dóbr cudzych nie pokrywają się, jako że sfera dozwolonego działania samego zagrożonego będzie zawsze szersza<sup>131</sup>.

Dokonując wykładni art. 26 § 2 k.k. nauka odwołuje się również do instynktu samozachowawczego, którego działanie uwzględniając nie można postawić sprawcy personalnego zarzutu niedochowania wierności prawu<sup>132</sup>. W jego kontekście powołuje się niekiedy ową paremię Cyserona, zgodnie z którą „człowiek, który w niebezpieczeństwie nie przedkłada swego dobra nad dobro innych jest szlachetnym, zaś ten, który tak czyni, jest rozumnym”. Ma ona wskazywać, iż na gruncie art. 26 § 2 k.k. zarzut winy musi być oparty na niespełnieniu wymogu zachowania standardowego, a nie poza ten standard wykraczającego<sup>133</sup>. Jednak uzasadnienie uwzględnienia przez ustawodawcę również pomocy koniecznej sprawia nauce trudności. Juliusz Makarewicz zauważył nie bez racji, iż konstrukcja pomocy koniecznej, obejmująca osoby inne niż najbliższe, „nie da się uzasadnić czynnikiem psychologicznym, instynktem samozachowawczym choćby szeroko pojętym. Jest to zupełnie nowe pojęcie prawne, którego źródła szukać należy w nowożytnym rozwoju społecznym i w solidaryzmie ogólnoludzkim<sup>134</sup>. Również potencjalnie na poczucie solidarności z innymi członkami społeczeństwa, a także sferę psychiki człowieka wskazuje obecnie J. Lachowski<sup>135</sup>, konstatując jednak ostatecznie, iż odwołanie się do solidaryzmu społecznego jest wątpliwe<sup>136</sup>. Pozostaje zatem ów „rozwój społeczny”. Czy faktycznie nakazuje on uzasadnienie zachowania osoby, która wedle swojego uznania pozbawia życia jednego człowieka, by uratować życie innego?

<sup>129</sup> S. Cypin, *Stan wyższej konieczności w prawie karnym*, Warszawa 1932, s. 140.

<sup>130</sup> *Ibid.*, s. 136, 141, 144.

<sup>131</sup> *Ibid.*, s. 140.

<sup>132</sup> L. Wilk, w: *Prawo karne. Część ogólna...*, *op. cit.*, s. 140.

<sup>133</sup> M. Filar, *Wylączenie odpowiedzialności karnej*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 18, Warszawa 1998, s. 28.

<sup>134</sup> J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914, s. 175.

<sup>135</sup> J. Lachowski, *op. cit.*, s. 46.

<sup>136</sup> *Ibid.*, s. 177, 184.

Rozważany w tym miejscu kasus, w którym następuje poświęcenie życia pewnej grupy osób dla ratowania innych ludzi, skłania do refleksji nad samą celowością szerokiego ujęcia stanu wyższej konieczności wyłączającego winę w polskim kodeksie karnym. Kasus ten przypomina ten powołany w uzasadnieniu projektu Kodeksu karnego z 1932 r., w którym załoga przepelnionej łodzi wyrzuca za burtę jej pasażera, aby podjąć z wody tonącego, ponieważ łódź nie może pomieścić ich obu<sup>137</sup>. W kasusie tym, jak również w rozważanym przypadku samolotu *renegade*, brak jest jakiegokolwiek subiektywnego powiązania pomiędzy dokonującym wyboru a osobą ratowaną. W związku z tym Andrzej Spotowski zadaje słuszne pytanie o to, na czym ma polegać owa szczególna sytuacja motywacyjna takiego sprawcy, który przecież przenosi tylko zagrożenie z jednej osoby na inną — który niszczy dobro osoby A, całkowicie mu obojętnej, by uratować dobro osoby B, równie obojętnej<sup>138</sup>. Wydaje się, że z punktu widzenia istoty stanu wyższej konieczności, jego funkcji, założeń kryminalnopolitycznych, trudno uzasadnić automatyczne uwolnienie od winy i kary osoby, która z siebie tylko znanych przyczyn pozbawia życia przypadkowo wybraną osobę, by uratować inną, równie przypadkową i brak jest możliwości zweryfikowania przez sąd niemożności przypisania jej winy<sup>139</sup>. Czy faktycznie w takiej konfiguracji pożądane jest zawsze uwolnienie z góry od odpowiedzialności karnej? Gdyby mąż wyrzucił z owej łodzi współpasażera, by wciągnąć do niej swoją żonę czy nawet teściową, czyn taki w sposób niezbędny wymagałby zrozumienia ustawodawcy, przyjmującego postać stanu wyższej konieczności wyłączającego winę. Nie można było bowiem wymagać od niego innego zachowania. W 1914 r. J. Makarewicz pisał: „Jeżeli w razie rozbicia okrętu jedynym ratunkiem jest schronienie się do

---

<sup>137</sup> Projekt kodeksu karnego. Uzasadnienie części ogólnej, Komisja Kodyfikacyjna RP. Sekcja prawa karnego, Tom V, z. 3, Warszawa 1930, s. 34–35.

<sup>138</sup> A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 294–295.

<sup>139</sup> Należy zauważyć, iż na gruncie kodeksu niemieckiego choćby tzw. kasus zwrotniczego, w którym ma on zdecydować czy skierować pędzący pociąg towarowy na boczny tor, na którym pracuje trzech robotników, czy pozwolić mu wpaść na pociąg pasażerski z setką pasażerów, rozwiązywany jest już na gruncie stanu wyższej konieczności wyłączającego bezprawność (§ 34 StGB), poprzez wykluczenie możliwości poświęcenia życia robotników (szerszej por. U. Neumann, *op. cit.*, s. 36 i n.). Paragraf 35 StGB nie wchodzi już w grę ze względu na ograniczenie podmiotowe osób, których dobro ma być ratowane. Natomiast na gruncie art. 26 k.k. rozwiązanie tego kasusu przenoszone jest na § 2 tegoż artykułu i nie jest wcale pewne, że rozwiązaniem tym nadal będzie zakaz poświęcenia życia owych trzech robotników.

łodzi zapasowej, to dla ratowania siebie można odpychać tłoczących się, grożących przepelnieniem łodzi, nie wolno natomiast wyrzucać z łodzi osób tam znajdujących się dlatego, by zrobić miejsce dla innych. Wolno wyrwać pas ratunkowy dla siebie, nie wolno wyrwać pasa takiego dlatego, by udzielić go innej osobie. Wolno ratować się z niebezpieczeństwa, ale nie wolno rozstrzygać o tem, która z dwu osób ma żyć, a która zginąć. Oczywiście wyjątek stanowić muszą rodzice, małżonkowie, bliższa rodzina występująca z pomocą dla swoich członków, mamy tu do czynienia z rozszerzonym (kwalifikowanym) egoizmem, który prawo uznać musi<sup>140</sup>. Myśl tą odnaleźć można zresztą już u Stanisława Budzińskiego, który zaznacza, że „nie można też ocalać życia jednego kosztem życia drugiego, bo tak to jak i tamto życie w obliczu prawa równą mają wartość, chyba by stan konieczności zagrożonego niebezpieczeństwem kazał przewidywać niebezpieczeństwo dla ratującego, albo gdyby ci dwaj byli względem siebie osobami bliskimi”<sup>141</sup>.

Odnosząc się ściśle do omawianego zagadnienia zestrzelenia samolotu typu *renegade*, można przytoczyć wypowiedź przedstawiciela MON, płk. Adama Dymerskiego, reprezentującego resort podczas postępowania przed TK. Stwierdził on, iż obiekt z terrorystami na pokładzie w nomenklaturze wojskowej nazywany jest obiektem *renegade*, co oznacza zdrajcę, odstępcę. Pozwala to traktować go nie jako samolot pasażerski, lecz jako wrogi obiekt, którego pasażerowie i załoga są częścią. Ponieważ *de facto* są oni i tak już skazani na śmierć, ich zabicie jest uzasadnione<sup>142</sup>. Nie da się ukryć, że taką motywację działania pomocnika koniecznego, jakim byłby Minister Obrony Narodowej, rzeczywiście należy uznać za anormalną, choć raczej nie w ujęciu normatywnej teorii winy. Czy jednak można bez sprzeciwu pogodzić się z faktem, że na gruncie obowiązującego art. 26 § 2 k.k. nawet taki motyw jego działania musiałby automatycznie doprowadzić do uwolnienia go od winy i kary, skoro brak jest możliwości zweryfikowania przez sąd istnienia owej anormalnej sytuacji motywacyjnej po stronie działającego pomocnika koniecznego, która prowadziłaby do wykluczenia możliwości przypisania mu winy?

Ostatnia wreszcie wątpliwość, związana z możliwością zastosowania

---

<sup>140</sup> J. M a k a r e w i c z, *op. cit.*, s. 174–175. O takim rozszerzonym instynkcie samozachowawczym, obejmującym osoby pozostające w specjalnym związku z zagrożonym, pisze również S. C y p i n, *op. cit.*, s. 137.

<sup>141</sup> S. B u d z i ń s k i, *Wykład porównawczy prawa karnego*, Warszawa 1868, s. 132. Należy podkreślić, iż autorowi chodziło właśnie o konfigurację, w której następuje poświęcenie dóbr osoby trzeciej, by uratować dobra jakiejs innej osoby.

<sup>142</sup> Podają za: E. S i e d l e c k a, *op. cit.*

art. 26 § 2 k.k., wynika z faktu, iż w związku z brzmieniem art. 26 § 4 k.k. nie może powołać się na § 2 tegoż artykułu sprawca poświęcający dobro, które ma szczególny obowiązek chronić nawet z narażeniem się na niebezpieczeństwo osobiste (tzw. klauzula wyłączenia). Wydaje się, że Minister Obrony Narodowej będzie pełnił funkcję gwaranta również wobec osób znajdujących się na pokładzie samolotu.

Czyniąc w tym miejscu dygresję należy zauważyć, iż brak jest również możliwości przyjęcia w przyszłości przepisu, który usuwając niedoskonałości uchylonego rozwiązania oraz omówione w tym artykule teoretyczne przeszkody stosowania art. 26 k.k. w omawianym kontekście, stanowiłyby podstawę dla organu państwa dla zestrzelenia samolotu typu *renegade*. Wystarczy przypomnieć przepis niemiecki, który w sposób ściślejszy określał przesłanki zestrzelenia. Zarówno bowiem polski Trybunał Konstytucyjny, jak i niemiecki Bundesverfassungsgericht wskazały, iż — oprócz zarzutów odnoszących się do konkretnych przepisów — w ogóle nie jest dopuszczalne przyznanie państwu kompetencji do pozbawienia życia pasażerów i załogi samolotu porwanego przez terrorystów i nie chodzi o sposób ujęcia takiej normy, lecz o zasadę<sup>143</sup>. Nie można z istnienia prawnokarnego stanu wyższej konieczności wyciągać wniosku o dopuszczalności stosowania tej czy podobnej mu konstrukcji w innych przypadkach. Inny jest cel i przyczyny jego istnienia i inne będą one w każdej jednostkowej sytuacji kolizji dóbr, którą ustawodawca chciałby rozstrzygnąć. Czym innym jest wykazanie przez ustawodawcę zrozumienia dla anormalnej sytuacji motywacyjnej, wykluczającej możliwość wymagania dochowania wierności prawu, w jakiej znajduje się sprawca chroniący przykładowo życie swoje lub cudze, z powołaniem na art. 26 § 2 k.k., a czymś zupełnie innym uprawnienie przyznane funkcjonariuszowi organu władzy publicznej do umyślnego pozbawienia życia niewinnych ludzi przypadkowo znajdujących się na pokładzie samolotu porwanego przez terrorystów. Takiej kompetencji ustawodawca nigdy przyznać nie będzie mógł.

Jak już wspomniano na wstępie tej części rozważań, nie wydaje się, by stan wyższej konieczności (art. 26 k.k.) mógł znaleźć zastosowanie dla uwolnienia od odpowiedzialności osób odpowiedzialnych za zestrzelenie samolotu typu *renegade*. Jesliby ta konstatacja wydała się nie do przyjęcia, przypomnieć należy choćby fakt odrzucania możliwości stosowania tortur

---

<sup>143</sup> Argumentacja obu trybunałów została już wyczerpująco omówiona, nie wydaje się zatem konieczne ponowne jej przytaczanie (por. J. K u l e s z a, *Zestrzelenie...*, *op. cit.*, s. 83 i n.; J. K u l e s z a, *Glosa...*, *op. cit.*).

jako metody zdobywania informacji od sprawcy. Jako oczywisty jawi się wówczas dalej idący zakaz wydania rozkazu zamordowania niewinnych pasażerów i załogi samolotu, przypadkowo wplątanych w zbrodniczy plan terrorystów. Jak nie bez racji zauważa W. Mitsch, jeśli by akceptować bezwarunkowość zakazu tortur, lecz dopuszczać zestrzelenie samolotu typu *renegade*, z powołaniem na stan wyższej konieczności, wyżej postawiona zostałaby godność terrorysty przestępcy, aniżeli godność i życie niewinnych pasażerów samolotu skazanych na śmierć w wyniku jego strącenia, co może być trudne do wytłumaczenia ich bliskim. Działoby się tak zwłaszcza wówczas, gdyby stosując tortury można było uzyskać informację co do celu ataku czy ewentualnego sposobu odwiedzenia terrorystów od realizacji planu<sup>144</sup>.

Oczywiście w razie potencjalnego procesu można z dużą dozą prawdopodobieństwa założyć, że osoby odpowiedzialne za zestrzelenie samolotu typu *renegade* próbowałyby powoływać się na swoje działanie w stanie wyższej konieczności. Być może sąd wzięłby pod uwagę ich argumenty, uznając, że instytucja stanu wyższej konieczności nie poddaje się jednak schematom, nie daje jednoznacznych rozwiązań i zdać się można jedynie na indywidualną ocenę konkretnego stanu faktycznego dokonywaną właśnie przez sędziego, w oparciu o ogólne przesłanki sformułowane na gruncie art. 26 k.k.<sup>145</sup> Sędzia ów mógłby się przy tym kierować założeniem, zgodnie z którym „konfrontacja dwóch ujemnych czynów pod kątem odnalezienia »mniejszego zła« [...] nie może być oparta na kryteriach metafizycznych. Powinna być oparta na ocenie podejmowanej w każdej konkretnej sytuacji ze stanowiska rozwijających się stosunków społecznych na podstawie analizy zachodzących procesów społecznych”<sup>146</sup>. Być może zatem jego konstatacja byłaby odmienna od wyrażonej w tym artykule.

---

<sup>144</sup> W. Mitsch, *op. cit.*, s. 276.

<sup>145</sup> L. Wilk, *Aksjologiczne...*, *op. cit.*, s. 50. Powyżej wskazano jednak, iż owa swoboda sędziowska jest dosyć skrepowana, zwłaszcza co do stanu wyższej konieczności wyłączającego winę.

<sup>146</sup> L. L e r n e l l, *Wykład...*, Warszawa 1961, *op. cit.*, s. 173.

