



ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

elsa
The European Law Students' Association
POLAND

PERSPEKTYWY I PRZYSZŁOŚĆ PRAWA KARNEGO

REDAKCJA NAUKOWA
MARLENA PASZKO

PERSPEKTYWY I PRZYSZŁOŚĆ PRAWA KARNEGO

REDAKCJA NAUKOWA
MARLENA PASZKO



ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

elsa
The European Law Students' Association
POLAND

PERSPEKTYWY I PRZYSZŁOŚĆ P R A W A K A R N E G O

REDAKCJA NAUKOWA
MARLENA PASZKO

REDAKCJA NAUKOWA:
MGR MARLENA PASZKO - UNIwersYTET IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU

REDAKTOR:
ANDRZEJ MŁYNARCZYKOWSKI

RECENZENCI:
PROF. DR HAB. KATARZYNA DUDKA - UNIwersYTET MARII CURIE-SKŁODOWSKIEJ
PROF. DR HAB. ŁUKASZ POHL - UNIwersYTET SZCZECIŃSKI

SEKCJA ABSTRAKTÓW:
MGR MARLENA PASZKO - UNIwersYTET IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU
MGR MACIEJ PAJĄK - UNIwersYTET IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU

SKŁAD I PROJEKT OKŁADKI:
KAROL ŁUKOMIAK

© COPYRIGHT BY AUTHORS & ARCHAEGRAPH

ISBN: 978-83-67527-84-2

The logo for the European Law Students' Association (elsa) is written in a stylized, lowercase, blue font.

The European Law Students' Association
POLAND

WERSJA ELEKTRONICZNA DOSTĘPNA NA STRONIE INTERNETOWEJ WYDAWCY:
www.archaeograph.pl

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

ŁÓDŹ, SIERPIEŃ 2023

SPIS TREŚCI

Przedmowa	7
Odpowiedzialność karna za manipulacje rynkowe popelnione przez algorytmy giełdowe	9
Adam Drgas	
Prawo autorskie w świetle przestępstw popełnianych w Internecie	42
Izabela Firek, Julia Cieślak	
Profilowanie obywateli - przyszłość prewencji, czy forma naruszania prywatności?	72
Aleksandra Sołtys	
Oszustwo czy kradzież? Karnoprawna analiza zagadnienia kas samoobsługowych	93
Agnieszka Froch, Katarzyna Osmenda	
Prywatyzacja zakładów karnych receptą na ich przeludnienie?	121
Klaudia Modrzejewska	
Wykładnia i stosowanie przepisów karnych ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych w odniesieniu do czynów popełnionych w Internecie	141
Krzysztof Ślaski	
Sytuacja nieletniego w świetle zmian, jakie wprowadziła ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich	162
Ewa Konieczna	

Przyszłość prawa karnego wobec kryzysu paradygmatów i erozji demokracji liberalnej. Na rozdrożu dróg: populizm penalny, ekonomiczna analiza prawa, postpozytywizm, a może po prostu krakowska szkoła prawa karnego?..... 181

Paweł Chalcarz

**Algorytm zamiast sędziego?
Zautomatyzowane podejmowanie decyzji wprawie karny.....** 213

Aleksandra Dąbek

**Perspektywy rozwoju sztucznej inteligencji w prawie karnym
a poszanowanie praw człowieka** 231

Alan Kosecki

PRZEDMOWA

Dynamiczny postęp cywilizacyjny, który szczególnie dostrzegalny jest w rozwoju nowoczesnych technologii informatycznych i telekomunikacyjnych, a także w biotechnologii, nanotechnologii i robotyce wymusza postawienie wielu pytań, a w szczególności tych dotyczących bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni. Zagadnienie to jest szczególnie ważne z uwagi na to, że typologia cyberzagrożeń jest zróżnicowana, a jej katalog otwarty. Modele przestępczych aktywności cały czas ewoluują, tworząc wciąż nowe sposoby zachowań przestępczych. Nowymi rodzajami takich zachowań są na przykład manipulacje rynkowe dokonywane za pomocą algorytmów giełdowych lub pranie brudnych pieniędzy za pomocą wirtualnych walut¹. Na tym tle można ogólnie uznać, że penalizowane zachowania niejednokrotnie charakteryzują się niedostosowaniem poziomu sankcji karnych do stopnia społecznej szkodliwości czynu.

Z lektury interesujących rozważań poszczególnych Autorów wynika ponad wszelką wątpliwość, że niejednokrotnie regulacje prawnokarne nie są dostosowane do tak radykalnie zmieniającej się rzeczywistości technologicznej. Trzeba wszakże zdawać sobie sprawę z tego, że celem wykładni przepisów nie może być tylko dekodowanie normy sankcjonowanej i sankcjonującej z przepisu, ale interpretacja uwzględniająca wykładnię otwartą na prawo międzynarodowe, Konstytucję RP i teleologię prawa karnego². Dość wspomnieć, że są to zagadnienia dostrzegane na poziomie światowym.

Dyskusje w powyższym zakresie mieszczą się w wielu dziedzinach i dyscyplinach naukowych. Wskazuje to na interdyscyplinarny charakter tej problematyki. Szczególne znaczenie z perspektywy tematyki niniejszej pracy mają budzące wątpliwości kontrowersje związane z wykorzystywaniem sztucznej

¹ A. Behan, *Waluty wirtualne jako przestępstwa*, Kraków 2022, s. 29-30.

² M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 109.

inteligencji w wymiarze sprawiedliwości. Akceptując przeto – przynajmniej co do zasady, choć bynajmniej nie bez zastrzeżeń, że możliwości jej zastosowania w praktyce są bardzo szerokie. Uważny czytelnik zwróci zapewne uwagę na zagrożenia jakie mogą płynąć przez wprowadzenie systemów niezależnych w swoim działaniu od człowieka. Przykładem w tej mierze niech będzie potencjalne zagrożenie naruszenia praw podstawowych, które wynikać mogą z naruszenia niezawisłości sędziowskiej, prawa dostępu do sądu lub prawa do rzetelnego procesu. Na inną natomiast okoliczność zwraca uwagę J. Park, podkreślając, że sędziowie AI mogą być bardziej sprawiedliwi niż sędziowie ludzie. Argumentując przy tym, że ci drudzy nigdy nie są wolni od swoich przekonań³. Istotną kwestią poruszoną na kartach tej książki jest wpływ sztucznej inteligencji na proces stanowienia prawa. Charakterystycznego przykładu dostarczają zmiany dokonywane w obszarze prawa własności intelektualnej.

Przedstawione tu uwagi nie wyczerpują jednak bogatej problematyki rozwoju nowoczesnych technologii i rosnących zagrożeń, lecz z konieczności pozostawiają poza zasadniczym nurtem rozważań wiele kwestii, wprawdzie ubocznych, ale nie mniej interesujących. Rozważania Autorów zdają się uzasadniać potrzebę pożądanых zmian ustawodawczych, co więcej, stanowią także inspirację do dalszej dyskusji naukowej.

Marlena Paszko

³ J. Park, *Your Honor, AI*, „Harvard International Review”, <https://hir.harvard.edu/your-honor-ai/> (dostęp 8.07.2023).

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA MANIPULACJE RYNKOWE POPEŁNIONE PRZEZ ALGORYTMY GIEŁDOWE

Streszczenie: Sztuczna inteligencja rozwija się w każdym obszarze gospodarczym. W sektorze finansowym jedną z form jaką przybrała jest handel algorytmiczny, polegający na składaniu i wykonywaniu zleceń w systemach obrotu bez udziału człowieka. Choć jego naczelnym celem jest pełna automatyzacja obrotu instrumentami finansowymi, obecnie sposób jego działania wciąż wynika z reguł zaprogramowanych przez człowieka. Jednakże rozwój technologii w innych obszarach w tym przede wszystkim uczenie maszynowe, może zrewolucjonizować podejście do handlu algorytmicznego, poprzez uczynienie algorytmów całkowicie samodzielnymi i niezależnymi od ich twórcy. Takie rozwiązanie rodzi jednak ryzyko, że algorytmy za optymalną strategię uznają manipulowanie instrumentami finansowymi, które jest nadużyciem rynkowym i stanowi przestępstwo. W istniejących ramach prawa karnego niezwykle trudno jest w takiej sytuacji przypisać komukolwiek odpowiedzialność karną. Niniejszy rozdział stanowi próbę odpowiedzi na pytanie kto, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów prawa polskiego oraz amerykańskiego, powinien ponieść odpowiedzialność za tego typu nadużycie rynkowe. Kładzie on szczególny nacisk na różnice w podejściu tych dwóch systemów prawa do zamiaru sprawcy i strony podmiotowej czynu. Co więcej, w rozdziale podjęto również polemikę z istniejącymi ramami prawnymi, postulując potencjalne rozwiązania w tym zakresie.

Słowa kluczowe: rynek kapitałowy, nadużycia rynkowe, manipulacje rynkowe, strona podmiotowa czynu, zamiar ewentualny, lekkomyślność, handel algorytmiczny, handel wysokich częstotliwości, uczenie maszynowe, sztuczna inteligencja, regulacje finansowe

WSTĘP

Rozwój technologii oraz przede wszystkim tzw. sztucznej inteligencji przynosi cywilizacji niezliczoną ilość korzyści, ale wiąże się również z wieloma

zagrożeniami. Coraz to inteligentniejsze oprogramowanie towarzyszy już ludziom niemal w każdej dziedzinie życia, z jednej strony je usprawniając, a z drugiej strony nie pozostawiając użytkowników wolnymi od wątpliwości natury etycznej, gdy mowa jest np. o naruszaniu czyjejs prywatności czy o szkodach wynikłych na skutek działań systemów informatycznych.

W kontekście rynku finansowego, jednym ze szczególnie istotnych zjawisk związanych z tym zagadnieniem jest tzw. handel algorytmiczny, a więc obrót instrumentami finansowymi, wykonywany przez inteligentne algorytmy bez udziału człowieka. Technologia ta spotkała się ze szczególną obserwacją ze strony światowych organów regulacyjnych, ze względu na jej podatność na liczne błędy i nadużycia, skutkujące m.in. destabilizacją sektora finansowego. Jednakże w kontekście coraz inteligentniejszych i niezależnych od człowieka algorytmów szczególnie istotna pozostaje kwestia przestępstw dokonywanych na rynku kapitałowym. Samodzielne algorytmy mogą przyjąć za odpowiednie strategie inwestycyjne, które skutkują zniekształceniem wizji popytu i podaży, wysyłając do pozostałych uczestników rynku fałszywe sygnały co do rzeczywistych walorów danego aktywa. Takie zachowanie podjęte przez człowieka, co do zasady, skutkuje przypisaniem mu odpowiedzialności karnej za popełnienie czynu zabronionego w postaci manipulacji rynkowej. Gdy jednak sprawcą jest inteligentny algorytm, prawo uwidacznia swoje ograniczenia.

Celem niniejszego rozdziału jest próba odpowiedzi na pytanie kto poniesie odpowiedzialność karną za manipulacje rynkowe popełnione przez inteligentne algorytmy, które działały całkowicie samodzielnie i niezależnie od woli ich twórcy. Analizę przeprowadzono zarówno z perspektywy przepisów polskich, jak i amerykańskich, wobec czego przedstawia ona komparatystyczne spojrzenie na to zagadnienie. Wykazuje, który system prawny, ze względu na literalną treść przepisów, ale także na podejście sądów do zakresu kryminalizowanej strony podmiotowej czynu zabronionego, jest w tym kontekście elastyczniejszy oraz wskaże postulaty *de lege ferenda*, które pozwoliłyby zniwelować nieprawidłowości wynikające z obecnego stanu prawnego.

Aby dostatecznie zobrazować ten temat, nie sposób byłoby nie opisać relevantnych zjawisk technologicznych, co ma miejsce w 1. części rozdziału. W 2. części zostanie zaprezentowany obecny stan prawny oraz podejście amerykańskiego i polskiego ustawodawcy do algorytmicznych strategii inwestycyjnych, w szczególności w kontekście zamiaru sprawcy. Ocena stanu *de lege lata* w stosunku do inteligentnych algorytmów wraz ze wskazaniem kluczowych problemów prawnych i proponowanych rozwiązań legislacyjnych została zawarta w 3. części rozdziału.

Rozdział opiera się na stanie prawnym z dnia 26 lutego 2023 r.

1. ZJAWISKA TECHNOLOGICZNE

1.1. Handel algorytmiczny

Aby dostatecznie nakreślić scenariusz, w jakim w ogóle jest mowa o manipulacyjnym działaniu algorytmów warto przybliżyć najważniejszą technologię, jaka jest wykorzystywana do działalności sztucznej inteligencji na rynku kapitałowym. Na wstępie należy zaznaczyć, że sama automatyzacja obrotu giełdowego nie jest niczym nowym i towarzyszy rzeczywistości gospodarczej już od lat 70. XX wieku.¹ Jednym z najbardziej przełomowych wynalazków był system automatycznego przekierowywania zleceń (ang. *smart order routing*), który pozwalał na automatyczne skojarzenie różnych zleceń w taki sposób, aby doszło do rozliczenia po najlepszej możliwej cenie w danym momencie, a więc z korzyścią zarówno dla nabywcy, jak i zbywcy instrumentu finansowego.² Mechanizm ten z powodzeniem funkcjonuje do dziś i jest szczególnie popularny wśród domyślnych transakcji wykonywanych przez inwestorów detalicznych, którym (często w przeciwieństwie do inwestorów instytucjonalnych) nie zależy na dokładnym determinowaniu parametrów zlecenia, a jedynie chcą nabyć lub zbyć określoną ilość instrumentów finansowych po aktualnej cenie rynkowej. Pomimo swojej niewątpliwej innowacyjności, system ten wykorzystuje wyłącznie tzw. algorytmy wykonawcze (o czym niżej) wspomagające jedynie realizację zleceń na zasadach określonych przez człowieka. Ostatecznie więc to wciąż człowiek pozostaje decydem, świadomie ponoszącym pełną odpowiedzialność za swoje decyzje inwestycyjne.

Następne lata rozwoju technologicznego przyniosły jednak postęp w stopniowej eliminacji czynnika ludzkiego w obrocie giełdowym, tak aby umożliwić całkowite zastąpienie go inteligentnymi algorytmami. Bazując na ww. zdobyczach techniki w coraz to lepszym wydaniu, a także na

¹ Wtedy to powstała pierwsza całkowicie zelektronizowana giełda na świecie – NASDAQ, w ślad za którą najważniejsze amerykańskie giełdy stworzyły zelektronizowany system handlu międzyrynkowego ITS, pozwalający na cyfrową komunikację w czasie rzeczywistym. Więcej w Durr K., *Transformation & Regulation: Equities Market Structure, 1934 to 2018*, Securities and Exchange Commission. Historical Society, 2019.

² Automatyczne przekierowywanie zleceń po raz pierwszy zostało wprowadzone w ramach systemu DOT, uruchomionego na Nowojorskiej Giełdzie Papierów Wartościowych w 1976 roku. Więcej w *Ibidem*.

znamiennych teoriach ekonomicznych z połowy XX wieku³, powstał tzw. handel algorytmiczny⁴, mający całkowicie zastąpić człowieka w obrocie giełdowym.

Handel algorytmiczny najprościej można zdefiniować jako obrót instrumentami finansowymi z wykorzystaniem opartych na modelach matematycznych algorytmów, przetwarzających dane, takie jak ceny instrumentów finansowych czy dane makroekonomiczne, by następnie poddać je analizie technicznej i złożyć zlecenie zbycia lub nabycia właściwych aktywów.⁵ Ze względu jednak na charakter niniejszego rozdziału, kładący szczególnie nacisk na „odpowiedzialność” algorytmów, wskazane jest dalsze doprecyzowanie tej definicji. W ramach handlu algorytmicznego, algorytmy powinny w sposób łączny i nieprzerwany interwencją człowieka, procesować decyzje inwestycyjne i wykonywać transakcje w oparciu o wcześniej ustalone reguły. Istotne jest zatem ukształtowanie interakcji pomiędzy algorytmami decyzyjnymi (ang. *investment decision algorithms*) a algorytmami wykonawczymi (ang. *execution algorithms*) w taki sposób, aby dochodziło do niej maszynowo.⁶ Wskazuje to na zasadniczą różnicę od wspomnianego wcześniej automatycznego przekierowywania zleceń, przy którym algorytmy jedynie optymalizują transakcje zlecane przez człowieka. W przypadku handlu algorytmicznego, rola człowieka ma być ograniczona wyłącznie do zaprogramowania algorytmów (tj. ustalenia reguł), choć i to nie wydaje się już tak oczywiste – o czym szerzej w dalszej części rozdziału.

Zważywszy na to, że niniejszym rozdział poświęcony jest handlowi algorytmicznemu z perspektywy amerykańskiego i polskiego prawa karnego, nie sposób byłoby nie spojrzeć na właściwe regulacje w tym zakresie, w tym definicję legalną handlu algorytmicznego.

³ W tym miejscu należy wspomnieć Richarda Donchiana, który w 1949 roku opracował strategię inwestycyjną opartą na ustalonych wcześniej regułach służących do generowania sygnałów kupna i sprzedaży, a także Harry’ego Markowitza, który w 1952 roku przedstawił nowoczesną teorię portfelową, fundamentalną dla analizy ilościowej.

⁴ Za pierwszy system handlu algorytmicznego uważa się stworzony w 1987 roku przez programistę Thomasa Peterffy mechanizm składający się z komputera IBM i terminala NASDAQ, który w sposób automatyczny pobierał dane giełdowe i przeprowadzał transakcje. Więcej w Steiner C., *Automate This: How Algorithms Took Over Our Markets, Our Jobs, and the World*, Portfolio, 2013.

⁵ Motylska-Kuźma A., *High frequency trading na rynkach finansowych w Polsce*, *Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia*, nr 50, 2012.

⁶ Zob. Pereira C. M., *Unregulated Algorithmic Trading: Testing the Boundaries of the European Union Algorithmic Trading Regime*, *Journal of Financial Regulation*, 2020, 6, 270–305.

W polskim porządku prawnym, implementującym postanowienia dyrektywy MiFID II⁷, definicję legalną handlu algorytmicznego zawarto w art. 3 pkt 2b ustawy o obrocie instrumentami finansowymi⁸, zgodnie z którym jest on rozumiany jako nabywanie lub zbywanie instrumentów finansowych przy pomocy algorytmu komputerowego automatycznie ustalającego indywidualne parametry zleceń nabycia lub zbycia tych instrumentów, w tym moment złożenia zlecenia, termin jego ważności, cenę lub liczbę instrumentów będących przedmiotem zlecenia lub sposób zarządzania zleceniem po jego złożeniu, przy czym następuje to bez udziału człowieka lub przy ograniczonym udziale człowieka w rozumieniu art. 18 rozporządzenia 2017/565, z zastrzeżeniem że nie stanowi handlu algorytmicznego stosowanie automatycznych systemów wykorzystywanych wyłącznie w celu przekierowywania zleceń pomiędzy systemami obrotu instrumentami finansowymi, przetwarzania zleceń nieobejmującego określania jakichkolwiek parametrów transakcji, potwierdzania zleceń lub przetwarzania potransakcyjnego zawartych transakcji. Definicja ta w znacznej mierze pokrywa się zatem z faktycznym rozumowaniem czym jest handel algorytmiczny.

Nie sposób szukać analogicznej definicji pod reżimem amerykańskim, który nawet w przypadku tak specyficznych regulacji finansowych cechuje się znacznie mniejszą kazuistyką. Pomysł uregulowania handlu algorytmicznego pojawił się ze strony Amerykańskiej Komisji Kontraktów Terminowych (dalej: CFTC), która w 2015 roku zaproponowała podobnie brzmiącą definicję w projekcie regulacji o handlu zautomatyzowanym.⁹ CFTC po latach konsultacji wycofała jednak projekt i ograniczyła wydane regulacje do ogólnych zasad zarządzania ryzykiem w handlu elektronicznym¹⁰, w których z kolei zrezygnowała z definiowania handlu algorytmicznego. Niezależnie od tego w amerykańskiej przestrzeni prawnej istnieje definicja handlu algorytmicznego, pochodząca z wytycznych organizacji branżowej *Financial Industry*

⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz.U.UE.L.2014.173.349, z późn. zm.).

⁸ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz.U.2022.1500, z późn. zm.), dalej: **u.o.i.f.**

⁹ Commodity Futures Trading Commission, 17 CFR Parts 1, 38, 40, et al., *Regulation Automated Trading; Proposed Rule* (Federal Register/Vol. 80, No. 242/Thursday, December 17, 2015/Proposed Rules).

¹⁰ Commodity Futures Trading Commission, 17 CFR Part 38, *Electronic Trading Risk Principles* (Federal Register/Vol. 86, No. 6/Monday, January 11, 2021/Rules and Regulations).

Regulatory Authority (dalej: FINRA), zatwierdzonych przez Amerykańską Komisję Papierów Wartościowych i Giełd (dalej: SEC).¹¹

Powyższe ramy regulacyjne pozostają właściwe głównie dla przepisów administracyjnych, nakładających odpowiednie wymogi na podmioty wykorzystujące handel algorytmiczny, jednakże, jak zostanie w dalszej części wykazane, nie pozostają bez znaczenia dla przepisów karnych.

1.2. Handel wysokich częstotliwości

Powyższe rozumienie handlu algorytmicznego odnosi się do szerokiego ogółu wszelkich technik inwestycyjnych wykorzystujących inteligentne algorytmy decyzyjne i wykonawcze. Powstanie takich technik samo w sobie było niewątpliwym przełomem technologicznym, jednak to dopiero szczególnie podtyp handlu algorytmicznego wywołał prawdziwą burzę w świecie finansów: handel wysokich częstotliwości (ang. *high frequency trading*, dalej: HFT). Jego podstawą są algorytmy, które w oparciu o analizę ilościową przetwarzają ogromne ilości danych giełdowych w jak najkrótszym czasie, przekraczającym ludzkie percepcje; wysyłają one na rynek multum zleceń o niskiej wartości, które następnie są realizowane w odstępie milisekund, co ostatecznie pozwala maksymalizować zyski.¹²

To właśnie HFT przyciągnął uwagę zarówno ogółu społeczeństwa¹³, jak i prawodawców. Pomimo znaczących korzyści, HFT wiązał się m.in. z ryzykiem destabilizacji sektora finansowego¹⁴ czy naruszenia naczelnych zasad rynku kapitałowego, takich jak uczciwość czy transparentność¹⁵. Jednocześnie HFT stał się idealnym narzędziem dla wszelkiej maści manipulatorów giełdowych, pozwalającym im kreować trendy rynkowe pod swoje dyktando,

¹¹ FINRA, *Regulatory Notice 16-21. SEC Approves Rule to Require Registration of Associated Persons Involved in the Design, Development or Significant Modification of Algorithmic Trading Strategies*.

¹² Zob. Motylska-Kuźma A., *op. cit.* oraz Gorczyńska A., *High frequency trading – destrukcyjna czy poprawiająca funkcjonowanie innowacja rynku finansowego?*, *Studia Ekonomiczne*, 2014, nr 186 cz. 2.

¹³ Temat HFT trafił do debaty publicznej w wyniku wydania bestsellerowego reportażu Michaela Lewisa pt. „Błyskotliwi Chłopcy. Rewolta na Wall Street”, traktującego o nieetycznym wykorzystywaniu HFT. Zob. m.in. Pisani B., *Michael Lewis' 'Flash Boys,' one year on*, CNBC, 2015.

¹⁴ Jako przykład należy wskazać nagłe i chwilowe załamanie się nowojorskiego indeksu *Dow Jones Industrial Average* w 2010 roku, spowodowane błędami (lub celowymi nadużyciami) w wykorzystaniu HFT.

¹⁵ Oferowanie przez giełdy, często na nieprzejrzyistych warunkach, usług kolokacji pozwalały osiągnąć inwestorom szybszy dostęp do informacji cenotwórczych. Jak można się domyślać, przewaga czasowa jest przy HFT kluczowa, ponieważ cały proces przebiega w ciągu milisekund.

w niemal niemożliwy do wykrycia sposób (o czym szerzej w dalszej części rozdziału).

Definicja legalna HFT pojawiła się w polskiej legislacji wraz z definicją handlu algorytmicznego. Zgodnie z art. 3 pkt 2c u.o.i.f., HFT stanowi (w uproszczeniu) handel algorytmiczny z zastosowaniem usług kolokacji, hostingu lub bezpośredniego dostępu elektronicznego, oparty na analizie danych giełdowych i niezwłocznej reakcji algorytmów komputerów, o liczbie komunikatów sprecyzowanej w odpowiednich przepisach wykonawczych.

W Stanach Zjednoczonych, zarówno na poziomie regulacji państwowych, jak i branżowych brak jest legalnej definicji HFT. Działania te mieszczą się w ogólnym rozumieniu handlu algorytmicznego uregulowanego przez FINRA i obecnie na poziomie prawodawstwa (w tym samoregulacji branżowej) amerykańskiego nie zauważono potrzeby rozróżnienia tych strategii algorytmicznych. W ostatnim czasie SEC zauważył konieczność rozszerzenia wymogu posiadania stosownych licencji również na podmioty stosujące HFT – nie nazwał jednak wprost tego zjawiska, a włączył go w ogólne pojmowanie strategii inwestycyjnych skutkujących dostarczaniem płynności na rynek.¹⁶

1.3. Uczenie maszynowe

Podstawą technologicznego funkcjonowania handlu algorytmicznego, szczególnie w jego bardziej zaawansowanej postaci (a więc nieograniczonego wyłącznie do sztywnych reguł wskazanych przez człowieka) jest uczenie maszynowe (ang. *machine learning*), występujące obecnie w swoich dwóch najprostszych formach. W przypadku uczenia nadzorowanego (ang. *supervised learning*, metoda SL) algorytmy, którym najpierw dostarcza się dane empiryczne wraz z prawidłową odpowiedzią na zadany problem, same badają zależności pomiędzy tymi danymi doprowadzające do określonego wniosku. Z kolei uczenie nienadzorowane (ang. *unsupervised learning*, metoda UL) polega na dostarczeniu algorytmom wyłącznie samych danych, które to następnie są analizowane samodzielnie przez algorytmy, proponujące ostatecznie wniosek końcowy. W handlu algorytmicznym algorytmy UL mogą analizować dane rynkowe w celu identyfikacji okazji inwestycyjnych. Wyniki z tych analiz są następnie przekazywane algorytmom SL, które traktując to jako finalny wniosek mogą projektować predykcje cenowe dla określonych

¹⁶ Zob. Securities and Exchange Commission, 17 CFR Part 240, *Further Definition of "As a Part of a Regular Business" in the Definition of Dealer and Government Securities Dealer* (Federal Register/Vol. 87, No. 74/Monday, April 18, 2022/Proposed Rules).

instrumentów finansowych. Ostatecznie po integracji obu tych czynności dochodzi do realizacji transakcji.¹⁷

Powyższe metody wciąż jednak są znacząco ograniczone bieżącą asystą człowieka, gdyż bazując na danych historycznych nie są przystosowane do zmieniających się i nieoczekiwanych zdarzeń rynkowych. Naprzeciw temu wychodzi trzecia, najbardziej zaawansowana forma uczenia maszynowego, nazywana uczeniem wzmocnionym (ang. *reinforcement learning*, metoda RL). W metodzie RL algorytmy są umieszczane w niczym nieograniczonym i dynamicznym środowisku oraz same testują najlepsze sposoby na osiągnięcie wcześniej oznaczonego celu metodą prób i błędów. Zatem w przypadku nieoczekiwanych zawirowań rynkowych, algorytmy RL są bardziej elastyczne od wspomnianych wcześniej algorytmów SL i UL, gdyż same eksplorują pole możliwych reakcji, wyciągają z nich wnioski i w przyszłości reagują inaczej, bogatsze o to doświadczenie. W kontekście obrotu giełdowego, zwykle dążeniem tego typu algorytmów jest maksymalizacja zysków. W tym celu algorytmy RL biorą pod uwagę wszelkie pojawiające się czynniki rynkowe i na bieżąco dobierają najlepsze strategie, które doprowadzą je do jak największych dochodów.¹⁸

Prominentne dla handlu algorytmicznego może okazać się głębokie uczenie wzmocnione (ang. *deep reinforcement learning*, metoda DRL), stanowiące połączenie metody RL z technologią *deep learning*¹⁹. Zastosowanie metod DRL w handlu algorytmicznym skutkowałoby powstaniem w pełni autonomicznego oprogramowania potrafiącego dokonywać abstrakcyjnych i niedostępnych dla człowieka interpretacji otoczenia rynkowego, aby następnie dobierać optymalne scenariusze transakcyjne posiłkując się informacjami zwrotnymi otrzymanymi po poprzedzających próbach i błędach. Tak inteligentny „agent AI” wiązałby się jednak z tzw. dylematem czarnej skrzynki (ang. *black box dilemma*), w którym proces jaki został wykorzystany przez algorytmy dla osiągnięcia określonych wyników, nie jest znany ani użytkownikom oprogramowania, ani nawet jego twórcom. Jak można zatem przypuszczać, ma to kolosalne znaczenie dla kwestii przypisania odpowiedzialności za wszelkie nieprawidłowości wynikłe z tego typu działania algorytmów.²⁰

¹⁷ Zob. Azzutti A., Ringe W., Stiehl H., *Machine Learning, Market Manipulation, and Collusion on Capital Markets: Why The “Black Box” Matters*, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 43, No. 1, 2021.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ Uczenie maszynowe oparte na „sztucznych sieciach neuronowych”, mających, imitując ludzki mózg, doprowadzić do myślenia abstrakcyjnego przez algorytmy.

²⁰ Azzutti A., Ringe W., Stiehl H., *op. cit.*

2. DRAPIEŻNE ALGORYTMY – OBECNY STAN PRAWNY

2.1. Bezprawne strategie inwestycyjne

Jak już wspomniano, handel algorytmiczny, a w szczególności HFT dostarczył oszustom instrumentarium do popełniania innowacyjnych manipulacji, za którymi często nie nadążały odpowiednie organy ścigania. Zastosowanie przez przestępców tzw. algorytmów drapieżnych (ang. *predatory algorithms*) pozwalało im na ulepszenie starych, znanych już od wieku nadużyć lub skonstruowanie ich całkowicie nowych form.²¹ Ostatnie dwudziestolecie wykazało jednak, które bezprawne praktyki stały się szczególnie popularne.

Jeżeli chodzi o nowe przejawy tradycyjnych przestępstw – przykładowo *wash trading*, polegający na równoczesnym zleceniu nabycia i zbycia tego samego kontraktu w taki sposób, aby doszło do równoważącej się rekompensaty zobowiązań umownych, skutkującej rozliczeniem transakcji bez faktycznego zajęcia pozycji na rynku, został zakazany w Stanach Zjednoczonych już w 1936 roku i od tamtego czasu był skutecznie zwalczany. Wówczas jednak stosunkowo łatwo było zidentyfikować osobę bądź osoby działające w porozumieniu, wykonujące tego typu sztuczną transakcję. Z kolei zastosowanie algorytmów nie tylko znacznie utrudnia zlokalizowanie miejsca ich wysłania, ale również komplikuje badanie intencji sprawy, zważywszy na istnienie sporego prawdopodobieństwa, że jego algorytmy mogły działać od siebie niezależnie i same „zadecydować” o wykonaniu transakcji na tym samym kontrakcie, uznając to za optymalny scenariusz w danej chwili.²²

Najznamienszym przykładem nadużycia rynkowego, wynikającym z HFT, jest tzw. *spoofing*. Mówiąc najbardziej ogólnie, jest to strategia polegająca na składaniu ogromnej ilości zleceń (stąd zastosowanie HFT) w celu ich natychmiastowego anulowania tak, aby nie doszło do realizacji transakcji. W takich warunkach nie dochodzi do faktycznego rozliczenia, jednak zwiększa się wolumen obrotu danym instrumentem finansowym, co sprawia mylne wrażenie o jego większej niż w rzeczywistości płynności. To z kolei wprowadza w błąd pozostałych inwestorów, którzy w (teoretycznie) zwiększonym popycie widzą przejaw nadchodzących trendów rynkowych.²³ W takim scenariuszu

²¹ Dla przykładów i sposobie działania algorytmów drapieżnych zob. np. López de Prado M., *Advances in Financial Machine Learning*, Wiley, 2018.

²² Scopino G., *Do Automated Trading Systems Dream of Manipulating the Price of Futures Contracts? Policing Markets for Improper Trading Practices by Algorithmic Robots*, Florida Law Review, Volume 67, Issue 1, 2016.

²³ *Ibidem*.

manipulant bez ponoszenia żadnych strat (jako że nie dochodzi do realizacji transakcji) potrafi skutecznie wpływać na kurs instrumentów.

Rozróżnia się kilka podtypów *spoofingu* w zależności od celu jaki przyświeca sprawcy. Pierwotnym celem *spoofingu* rzeczywiście było powodowanie konkretnych ruchów rynkowych. Za pomocą tej samej strategii jednak (wysyłania i anulowania zleceń) można również powodować zatory zleceń spowalniające inwestorów mniej wydajnych technologicznie (*quote stuffing*)²⁴ czy sondować ukryte zlecenia inwestorów instytucjonalnych (*pinging*)²⁵. W każdym z tych działań dochodzi do tożsamej strategii. Należy jednak przy tym pamiętać, aby nie utożsamiać *spoofingu* z legalnymi działaniami, również skutkującymi anulowaniem zlecenia przed jego wykonaniem, takimi jak zlecenia *stop-loss orders* czy *fill-or-kill orders*, przy których dochodzi do ich anulowania na ściśle określonych warunkach.

2.2. Podejście amerykańskie

Do amerykańskiego porządku prawnego bezpośredni zakaz *spoofingu* wprowadzono słynną ustawą Dodd-Frank Act, będącą legislacyjną reakcją na kryzys finansowy z 2008 roku. Ustawa ta dodała do ustawy o giełdach towarowych (*Commodity Exchange Act*, dalej: CEA) sekcję 4c(a)(5)(C), stanowiącą, że niezgodne z prawem jest angażowanie się w *spoofing*, rozumiany jako składanie oferty kupna lub sprzedaży z zamiarem (ang. *with intent*) anulowania [tej] oferty przed jej wykonaniem.²⁶ I co istotne, choć nie wynika to z przytoczonego przepisu, lecz generalnych postanowień tej ustawy, zakaz *spoofingu* dotyczy wyłącznie obrotu towarami i instrumentami pochodnymi (o papierach wartościowych poniżej).

W powyższym określeniu czynu zabronionego momentalnie rzuca się w oczy jego obligatoryjny element umyślności, jakim jest zamiar (ang. *intention*) dokonania *spoofingu*. Zamiar w amerykańskim systemie prawnym jest ściśle związany z czterema stanami psychicznymi nazywanymi *mens rea*, określającymi hierarchicznie stopień zawinienia (ang. *culpability*). Sprawca działa z zamiarem, jeżeli dokonuje czynu zabronionego celowo (ang. *purposefully*, I stopień *mens rea*) lub świadomie (ang. *knowingly*, II stopień *mens rea*).²⁷

²⁴ Lauer E., Gottlieb J., Astiz A., *Stay Afloat in the New Wave of High-Frequency Trading Actions*, New York Law Journal, 2013.

²⁵ Scopino G., *The (Questionable) Legality of High-Speed "Pinging" and "Front Running" in the Futures Markets*, Connecticut Law Review, Volume 47, Number 3, 2015.

²⁶ 7 U.S. Code § 6c(a)(5)(C).

²⁷ Chiesa L., *Mens Rea in Comparative Perspective*, Marquette Law Review, 2018.

Poza koncepcją amerykańskiego zamiaru pozostaje zamiar ewentualny (łac. *dolus eventualis*)²⁸, który (upraszczając, gdyż nie jest to oczywiście wolne od szerokiej debaty naukowej) najbardziej zbliżony jest do III stopnia *mens rea*, tj. lekkomyślności (ang. *recklessness*).²⁹

O odpowiedzialności sprawcy, który dopuścił się przestępstwa w wyniku lekkomyślności decyduje norma sankcjonująca. Przykładowo, czyn zabroniony określony w sekcji 4c(a)(5)(B) CEA, a więc dosłownie jednej jednostce redakcyjnej nad przedmiotowym zakazem *spoofingu*, polegający na destabilizowaniu przeprowadzanych transakcji w okresie zamknięcia (praktyka znana jako *marking the close*, również często przeprowadzana z wykorzystaniem HFT) może zostać popełniony z zamiarem lub lekkomyślnie (ang. *intentional or reckless*).³⁰ Tak brzmiąca treść przepisu jasno wskazuje, że dokonanie przestępstwa w ramach lekkomyślności również wypełnia stronę podmiotową czynu zabronionego.

Tymczasem brak wskazania lekkomyślności przy zakazie *spoofingu* ogranicza stronę podmiotową czynu wyłącznie do działania celowego lub świadomego. Potwierdza to także interpretacja przepisu, dokonana w wytycznych samego organu, który ów zakaz egzekwuje, czyli CFTC. Jak wskazują wytyczne: „Komisja uważa, że lekkomyślny obrót, praktyki lub postępowanie nie będą stanowiły naruszenia w postaci *spoofingu*”.³¹

Niezależnie, powyższy pogląd został potwierdzony w precedensowym wyroku Sądu Apelacyjnego dla Siódmego Okręgu w sprawie *United States v. Coscia*. W orzeczeniu jasno wskazano zamiar jako obligatoryjną stronę podmiotową czynu, twierdząc, że *spoofing* wymaga posiadania przez sprawcę „szczególnego zamiaru anulowania zleceń w momencie ich składania”, a postępowanie karne „jest ograniczone do kręgu osób, którzy wykazują wymagany zamiar przestępczy”.³²

Mając zatem na uwadze treść CEA, jej literalną interpretację, jak i wykładnię sądową, można podsumować, że czyn zabroniony w postaci *spoofingu* na towarach i instrumentach pochodnych można dokonać wyłącznie z zamiarem lub świadomością popełniania tego konkretnego przestępstwa.

²⁸ Zob. Bliźniak C., *Specyfika regulacji mens rea w polskim kodeksie karnym na tle prawa krajów anglosaskich*, Prokuratura i Prawo, 2018.

²⁹ Chiesa L., *op. cit.*

³⁰ 7 U.S. Code § 6c(a)(5)(B).

³¹ Commodity Futures Trading Commission, *Interpretive Guidance and Policy Statement on Disruptive Practices*, 2013.

³² *United States v. Coscia*, 866 F.3d 782 (7th Cir. 2017).

Inaczej przedstawia się sytuacja w odniesieniu do dokonywania *spoofingu* na papierach wartościowych. Przepisy dotyczące zwalczania oszustw i manipulacji w stosunku do papierów wartościowych określa ustawa o giełdach papierów wartościowych (*Securities Exchange Act*, dalej: SEA), w której z kolei próżno szukać jakiegokolwiek bezpośredniego odesłania do terminu *spoofing*. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby uznać, iż *spoofing* objęty jest ogólnym zakazem manipulacji papierami wartościowymi, jak zostało już uczynione w sprawach *Securities Exchange Commission v. Milrud* oraz *United States v. Milrud*, w których sprawca *spoofingu* na papierach wartościowych został pociągnięty do odpowiedzialności zarówno cywilnej (w wyniku działań SEC), jak i karnej (w wyniku działań Departamentu Sprawiedliwości), właśnie na podstawie przepisów przeciwdziałających manipulacji papierami wartościowymi.³³

Jako właściwe normy w tym zakresie należy wskazać kilka istotnych przepisów. Ogólny zakaz przeprowadzania transakcji powodujących faktyczny lub pozorny obrót instrumentami finansowymi w celu nakłonienia innych inwestorów do nabycia lub zbycia przedmiotowych instrumentów został zawarty w sekcji 9(a)(2) SEA.³⁴ Z kolei zakaz wykorzystywania, w związku z obrotem instrumentami finansowymi, jakiegokolwiek manipulacyjnego lub wprowadzającego w błąd urządzenia lub podstępu został zawarty w sekcji 10(b) SEA.³⁵ Choć w praktyce wszelkie działania *anti-spoofingowe* były wnoszone na podstawie obydwóch przytoczonych przepisów, objęcie *spoofingu* zakazem z sekcji 9(a)(2) SEA pozostaje kontrowersyjne, ze względu na to, że przepis ten mówi o „transakcjach”, podczas gdy w ramach składania zleceń i ich natychmiastowego wycofania nie dochodzi przecież do przeprowadzenia jakiegokolwiek transakcji. Z tego też powodu, w literaturze wskazuje się, że choć sekcja 9(a)(2) SEA bywa podstawą *anti-spoofingową*, znacznie bezpieczniej jest rozpatrywać *spoofing* w kontekście sekcji 10(b) SEA.³⁶ Mając to na uwadze, poniżej przedstawiona zostanie analiza właśnie sekcji 10(b).

W kontekście rozważania strony podmiotowej czynu określonego w sekcji 10(b) SEA, sprawa przedstawia się znacznie bardziej skomplikowanie niż w przypadku CEA, w którym wprost wskazano konieczność wystąpienia zamiaru sprawcy. Wykładni przedmiotowego przepisu w tym zakresie dokonał

³³ Securities Exchange Commission, *SEC Obtains Final Judgment Against Canadian Man Charged with Conducting Fraudulent Trading Scheme*, Litigation Release No. 25319, 2022.

³⁴ 15 U.S. Code § 78i(a)(2).

³⁵ 15 U.S. Code § 78j(b).

³⁶ Zob. Fox M., Glosten L., Guan S., *Spoofing and its Regulation*, Columbia Business Law Review, 2021.

jednak Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych, który w wyroku *Ernst & Ernst v. Hochfelder* wskazał: „użycie słowa <<manipulacja>> [...] oznacza zamierzone (ang. *intentional*) lub umyślne (ang. *willful*) zachowanie mające na celu wprowadzenie w błąd lub oszukanie inwestorów poprzez kontrolowanie lub sztuczne wpływanie na cenę papierów wartościowych”. Jednocześnie Sąd zaznaczył, że działanie to musi zawierać jakikolwiek element świadomości (ang. *scienter*), rozumianej jako stan psychiczny obejmujący zamiar wprowadzenia w błąd, manipulacji lub defraudacji.³⁷

Scienter w pojmowaniu potocznym bywa traktowany jako synonim zamiaru i jest używany zamiennie. Fakt czy zawiera on w sobie tylko dwa pierwsze poziomy *mens rea*, czy również lekkomyślność bywa dyskusyjny. Orzecznictwo jedenastu okręgów wlicza lekkomyślność jako spełniającą wymóg wystąpienia *scienter*, wskazując, że może on zostać stwierdzony poprzez wykazanie lekkomyślnego lekceważenia prawdy, czyli zachowania wysoce nierozsądnego i stanowiącego skrajne odstępstwo od standardów zwykłej staranności.³⁸ Doszło już wszakże do wyroków uznających osobę lekkomyślnie realizującą manipulacyjne zlecenia za naruszającą sekcję 10(b) SEA.³⁹ Dyskusja ta pozostaje jednak otwarta i nierozstrzygnięta, tak długo jak konstruktywna decyzja nie zostanie wydana przez Sąd Najwyższy.⁴⁰

Zważywszy na opisane wyżej zasady ukształtowane przez właściwe orzecznictwo, należy zaznaczyć, że wszelkie przytoczone sprawy dotyczyły sporów natury cywilnej, określających przesłanki odpowiedzialności cywilnej sprawcy. Nie pozostaje to jednak bez znaczenia dla reguł przypisania odpowiedzialności karnej (choć dla czytelnika, któremu znany jest przede wszystkim kontynentalny system prawny, może się to wydawać czymś zaskakującym). Zgodnie bowiem z wypracowanym w orzecznictwie poglądem, precedensy ustanowione w sprawach cywilnych dotyczących interpretacji tzw. zasady 10-b (tj. opracowanej przez SEC implementacji sekcji 10(b) SEA) mają zastosowanie do postępowań karnych prowadzonych na podstawie tej zasady.⁴¹

Podsumowując zatem ten wątek, czyn zabroniony w postaci *spoofingu* na papierach wartościowych można dokonać wyłącznie z jakimś stopniem

³⁷ *Ernst & Ernst v. Hochfelder*, 425 U.S. 185 (1976).

³⁸ Zob. *Securities Exchange Commission v. Obus*, 693 F.3d 276, 286 (2d Cir. 2012).

³⁹ Zob. np. *Securities Exchange Commission v. U.S. Envtl*, 155 F.3d 107 (2d Cir. 1998).

⁴⁰ W precedensowym wyroku *Matrixx Initiatives, Inc. v. Siracusano*, 563 U.S. 27 (2011), wskazano: „Sąd nie rozstrzyga, czy wymóg *scienter* może być spełniony przez wykazanie umyślnej lekkomyślności”.

⁴¹ Zob. Bacastow D., *Due Process and Criminal Penalties under Rule 10b-5: The Unconstitutionality and Inefficiency of Criminal Prosecutions for Insider Trading*, Journal of Criminal Law and Criminology, 1982 i przytoczone tam orzecznictwo.

świadomości popełniania tego konkretnego przestępstwa, przy czym odpowiedź na pytanie czy lekkomyślność wchodzi w zakres tej świadomości różni się w zależności od utrwalonej linii orzeczniczej w danym okręgu.

2.3. Podejście polskie

W Unii Europejskiej oraz w Polsce nie zdecydowano się nałożyć bezpośredniego zakazu *spoofingu* ani różnicować w tym zakresie przepisów w zależności od typu instrumentu finansowego, który jest jego przedmiotem. Podobnie jak w przypadku amerykańskiej ustawy SEA, zakaz *spoofingu* w Unii Europejskiej wynika z ogólnego zakazu stosowania manipulacji rynkowych na wszelkiego rodzaju instrumentach finansowych.

Zgodnie z art. 183 u.o.i.f., kto wbrew zakazowi, o którym mowa w art. 15 rozporządzenia MAR⁴², dokonuje manipulacji, o której mowa w art. 12 MAR, podlega grzywnie do 5 000 000 zł albo karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, albo obu tym karom łącznie. Przepis ten zawiera więc wyłącznie sankcję karną (której *notabene* nie może nakładać prawodawstwo unijne), natomiast w zakresie określenia czynu zabronionego i normy sankcjonującej za jego popełnienia, odsyła do właściwych przepisów unijnego rozporządzenia.

Normę sankcjonowaną zawiera art. 15 MAR, który stanowi jasno, że „zabrania się każdej osobie dokonywania manipulacji na rynku lub usiłowania dokonywania manipulacji na rynku”. O wiele mniejszą prostotą charakteryzuje się definicja manipulacji rynkowej. Na potrzeby niniejszego rozdziału bezcelowe jest rozłożenie całej definicji na czynniki pierwsze, lecz wskazane jest przytoczyć fragment najistotniejszy dla *spoofingu*. Zgodnie z art. 12 ust. 2 lit. c MAR manipulacją jest składanie zleceń w systemie obrotu, w tym ich anulowanie lub zmiana, za pomocą wszelkich dostępnych metod handlu, w tym środków elektronicznych, takich jak strategie handlu algorytmicznego i handlu wysokiej częstotliwości, które wywołuje jeden ze skutków, o których mowa w ust. 1 lit. a) lub b) tego przepisu poprzez (i) zakłócenia lub opóźnienia w funkcjonowaniu transakcji w danym systemie obrotu albo prawdopodobieństwo ich spowodowania, (ii) utrudnianie innym osobom identyfikacji prawdziwych zleceń w danym systemie obrotu lub prawdopodobieństwo

⁴² Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz.U.UE.L.2014.173.1, z późn. zm.), dalej: MAR.

utrudniania tej identyfikacji, w szczególności poprzez składanie zleceń, które skutkują przepełnieniem lub destabilizacją arkusza zleceń; lub (iii) tworzenie lub prawdopodobieństwo stworzenia fałszywego lub wprowadzającego w błąd sygnału w zakresie podaży lub popytu na instrument finansowy lub jego ceny, w szczególności poprzez składanie zleceń w celu zapoczątkowania lub nasilenia danego trendu. Definicja ta zatem kładzie szczególny nacisk na handel algorytmiczny i HFT, a jako skutki manipulacji w pkt (i)-(iii) wymienia tworzenie fałszywych ruchów rynkowych znane z klasycznego *spoofingu*, jak i zatory w transakcjach, charakterystyczne dla *quote stuffing*.

W celu sprecyzowania powyższej, jakże skomplikowanej definicji i wskazania przykładowych zachowań, które kwalifikują się jako manipulacje, w art. 12 MAR zawarto delegację uprawniającą Komisję Europejską do przyjęcia rozporządzenia delegowanego, określającego niewyczerpujący wykaz okoliczności wskazujących na manipulacje. W sekcji 1 załącznika II rzeczzonego rozporządzenia⁴³, jako przykład zachowania manipulacyjnego związanego z wprowadzaniem w błąd oraz utrzymaniem cen wskazano *spoofing*, rozumiany jako składanie dużej liczby zleceń lub dużych zleceń często w odosobnieniu po jednej stronie arkusza zleceń w celu wykonania transakcji po drugiej stronie arkusza zleceń.

Zestawiając europejskie i amerykańskie przepisy anty-*spoofingowe* nie sposób nie zauważyć, że w przeciwieństwie do niezwykle prostych i zwięzłych przepisów CEA oraz SEA, przepisy MAR mają niezwykle deskryptywny charakter, wykazujący szeroki zakres manipulacyjnych zachowań. Ta kazuistyka jest jednak pozorna, gdyż samo rozporządzenie wielokrotnie wskazuje, że wszelkie opisy okoliczności mają jedynie charakter przykładowy, a rzeczywista definicja czynu zabronionego została określona wyłącznie w art. 12 ust. 1 MAR, który jednak również jest dalece bardziej złożony od przepisów amerykańskich. Z uwagi na to, nie jest on wolny od wątpliwości, nawet tych rangi konstytucyjnej. Wskazuje się bowiem, że otwarty katalog zachowań

⁴³ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2016/522 z dnia 17 grudnia 2015 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 w kwestiach dotyczących wyłączenia niektórych organów publicznych i banków centralnych państw trzecich, okoliczności wskazujących na manipulację na rynku, progów powodujących powstanie obowiązku podania informacji do wiadomości publicznej, właściwych organów do celów powiadomień o opóźnieniach, zgody na obrót w okresach zamkniętych oraz rodzajów transakcji wykonywanych przez osoby pełniące obowiązki zarządcze podlegających obowiązkowi powiadomienia (Dz.U.UE.L.2016.88.1, z późn. zm.).

potencjalnie prowadzących do odpowiedzialności karnej budzi pewne zastrzeżenia, co do jego zgodności z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.⁴⁴

Niezależnie jednak od powyższego, w interpretacji przedmiotowego zakazu, kluczowa pozostaje kwestia strony podmiotowej czynu, a ta wydaje się jeszcze bardziej złożona niż w przypadku przepisów amerykańskich. Przede wszystkim należy wskazać, że w zakresie sankcji karnych (w kontraście do sankcji administracyjnych) rozporządzenie MAR nie przesądza o kwestii umyślności, zasadniczo zostawiając tą materię w gestii państw członkowskich.⁴⁵ Konieczna jest więc analiza strony podmiotowej czynu określonego *stricte* w art. 183 u.o.i.f. W braku jednak jasnego sprecyzowania tego zagadnienia w literalnej treści przedmiotowej normy prawnej, kluczowe jest odwołanie się do krajowego orzecznictwa, które to jednak, zważywszy na krótką historię polskiego prawa rynku kapitałowego, jest znacznie uboższe od analizowanego już wcześniej orzecznictwa amerykańskiego.

Bezspeczny jest pogląd, zgodnie z którym do popełnienia przestępstwa z art. 183 u.o.i.f. niezbędna jest umyślność sprawcy, co z resztą wynika z ogólnych zasad prawa karnego, stanowiących, że przestępstwo można popełnić nieumyślnie wyłącznie kiedy ustawa tak stanowi. Jednakże z szerokim dyskursem, zarówno w orzecznictwie, jak i w literaturze, spotkało się rozstrzygnięcie czy przedmiotowe przestępstwo można popełnić wyłącznie w zamiarze bezpośrednim, czy również ewentualnym.

W 2014 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w swoim wyroku wskazał, że nie ulega żadnym wątpliwościom, że przestępstwo manipulacji rynkowej może zostać popełnione z zamiarem bezpośrednim lub ewentualnym.⁴⁶ Niedługo później, z przytoczonym poglądem nie zgodził się Sąd Rejonowy dla m. st. w Warszawie wskazując, że działanie w zamiarze ewentualnym nie przystaje do znaczenia wyrazu „manipulacja”, przez co brak jest możliwości nałożenia sankcji karnej na tej podstawie.⁴⁷ W następnych latach

⁴⁴ Chojniak Ł., Wajda P. [w:] red. Wierzbowski M., *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz, art. 15*, C. H. Beck, 2023.

⁴⁵ Syp S. [w:] Stokłosa A., Syp S., *MAR. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz, art. 15*, Wolters Kluwer Polska, 2021.

⁴⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 maja 2014 r., sygn. X Ka 173/14, LEX nr 2124574.

⁴⁷ Wyrok Sądu Rejonowego dla miasta stołecznego w Warszawie z dnia 24 marca 2015 r., sygn. III K 41/15, LEX nr 1901750.

pierwszy z prezentowanych poglądów utarł się na stałe w linii orzeczniczej warszawskiego Sądu Okręgowego.⁴⁸

Niezależnie od powyższego dorobku orzeczniczego, w literaturze wciąż trwa spór dotyczący karalności popełnienia manipulacji rynkowej z zamiarem ewentualnym, jednakże znaczna część przedstawicieli doktryny, w tym m.in. R. Zawłocki, zwraca się ku pogładowi pierwszemu.⁴⁹ Odmienny pogląd przedstawiają jednak w swojej głosie aprobującej przytoczony wyrok Sądu Rejonowego J. Róg-Dyrda i M. Wierzbowski⁵⁰, a także Ł. Chojniak i P. Wajda.⁵¹

Jakkolwiek do Autora niniejszego rozdziału przemawiają argumenty obydwu stron tego doktrynalnego sporu, zważywszy na przedmiot rozdziału, jakim jest manipulacja rynkowa popełniona przez inteligentne algorytmy, należy skłonić się ku koncepcji usankcjonowania również zamiaru ewentualnego, co zostanie szerzej poruszone w kolejnej części rozdziału.

Mając zatem na uwadze powyższe analizy i interpretacje art. 12 i 15 MAR oraz art. 183 u.o.i.f., należy podsumować, że czyn zabroniony w postaci *spoofingu* można dokonać w stanie umyślności, w tym zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i zamiarem ewentualnym.

3. SAMOUCZĄCE SIĘ ALGORYTMY – PROBLEM BRAKU SPRAWCY

3.1. Uwagi wstępne

HFT dotarł do granic swoich technicznych możliwości, jeżeli chodzi o przewagę czasu. Lepsze zyski osiągały nie algorytmy, które były „inteligentniejsze”, a algorytmy, które były szybsze. O sukcesie danego inwestora decydowała moc obliczeniowa komputera oraz stopień zaawansowania oprogramowania. W pewnym momencie postęp ten musiał zderzyć się z siłą fizyki

⁴⁸ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2017 r., sygn. IX Ka 874/17, LEX nr 2410029 oraz wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. X Ka 242/20, LEX nr 3263180.

⁴⁹ Zob. Zawłocki R. [w:] red. Sójka T., *Obrót instrumentami finansowymi. Komentarz, art. 183*, Wolters Kluwer Polska, 2022. Pogląd ten prezentowany jest również w Mierzwa P., *Karalność nadużyć na rynku kapitałowym w świetle ustawy o obrocie instrumentami finansowymi*, Prokuratura i Prawo, 2016, Zagajewska A., *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi. Komentarz, art. 183*, LexisNexis, 2012 oraz Michór A., *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi, art. 183*, LEX/el., 2010.

⁵⁰ Róg-Dyrda J., Wierzbowski M., *Manipulacja instrumentami finansowymi jako przestępstwo cechujące się zamiarem kierunkowym. Glosa do wyroku s. rejon. z dnia 24 marca 2015 r., III K 41/15*, Glosa, 2018.

⁵¹ Chojniak Ł. Wajda P., *op. cit.*

– granicą prędkości światła. Spowodowało to u inwestorów chęć umieszczenia własnych serwerów w jak najbliższym otoczeniu serwerowni giełdy, tak aby dane mogły, z równocześnie ogromną prędkością, odbyć jak najkrótszą trasę.⁵² Gdy czas już nie może być najważniejszym sprzymierzeńcem, w grę wchodzi dobór właściwej strategii inwestycyjnej.

Jednymi z takich strategii, obok rzecz jasna tych uczciwych, są opisane już w niniejszym rozdziale *spoofing* czy *wash trading*. Przy tej „archaicznej” już formie handlu algorytmicznego, w której do nadużyć rynkowych dochodzi w wyniku współpracy relatywnie prostych algorytmów decyzyjnych i wykonawczych, problem przypisania umyślności sprawcy zasadniczo nie istnieje (pomijając oczywiście trudności związane z samym wykryciem sprawcy tego typu przestępstwa). Wspomniane algorytmy, działając na regułach z góry ustalonych przez człowieka, nie mają sposobności wyjść swoimi działaniami poza zakres wyznaczony ludzkim zamiarem. Wciąż pozostają one bowiem martwym narzędziem w rękach faktycznego przestępcy, który zdefiniował dane parametry algorytmów z zamiarem manipulowania instrumentami finansowymi. Pokazuje to także praktyka orzecznicza, z której jasno wynika, że w znacznej mierze osoby oskarżone o *spoofing* okazywały się ostatecznie winne, jako że działanie z zamiarem zostało im udowodnione.⁵³

Handel algorytmiczny zostanie jednak zrewolucjonizowany przez uczenie maszynowe. Za samouczącymi się algorytmami (ang. *self-learning algorithms*) opartymi na modelu DRL z pewnością stoi szczytna idea usprawnienia obrotu giełdowego i uczynienie go bardziej dostępnym dla zwykłego, drobnego inwestora. W handlu algorytmicznym opartym na zaawansowanym uczeniu maszynowym, a nie wysokich częstotliwościach, o przewadze nie będzie decydował już czas transferu danych i reakcji, ani nawet odpowiednio opracowana przez człowieka strategia inwestycyjna, a złożoność i zaawansowanie algorytmów w niczym nieograniczonej interpretacji danych. Jedynym celem takich algorytmów, zdeterminowanym przez człowieka, jest maksymalizacja zysków, a metody jakie zostaną przy tym wykorzystane znajdują się poza

⁵² Zob. Piaskowska M., *Automatyczny handel na rynkach towarowych*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1/2017.

⁵³ Oprócz wspomnianej już sprawy *United States v. Coscia*, zob. również *CFTC v. Navinder Singh Sarao* czy brytyjskie *Financial Conduct Authority v. Swift Trade* i *Financial Conduct Authority v. Da Vinci Invest*. Autor zidentyfikował jedynie dwa procesy anty-*spoofingowe*, w których doszło do uniewinnienia oskarżonego, przy czym w sprawie *United States v. Jitesh Thakkar* oskarżonym był programista, twórca oprogramowania, które samo w sobie było neutralne, ale dopiero później zostało nieuczciwie wykorzystane, natomiast w sprawie *United States v. Flotron* oskarżony nieświadomie działał w porozumieniu polegającym na manualnym (a więc nie z pomocą handlu algorytmicznego) anulowaniu zleceń.

pojmowaniem człowieka, co jak nie sposób nie zauważyć, niweluje przypisanie ich twórcom czy użytkownikom intencji dokonania manipulacji rynkowych.

3.2. Próba przypisania odpowiedzialności na gruncie obecnych przepisów

Jedną z funkcji prawa karnego, nazywaną funkcją sprawiedliwościową, jest wykrycie i ujęcie sprawy, a następnie wymierzenie mu proporcjonalnej kary.⁵⁴ Aby funkcja ta została jakkolwiek zrealizowana w przypadku manipulacji rynkowych dokonanych przez samouczące się algorytmy, należy zidentyfikować sprawcę, któremu można przypisać winę za ich dokonanie. Aby ocenić, czy i w jakich warunkach jest to możliwe, warto przeprowadzić eksperyment myślowy, w którym pewna osoba (Inwestor) wykorzystuje samouczące się algorytmy (Program), które maksymalizują zyski z inwestycji za pomocą jednej z bezprawnych praktyk, a następnie przeanalizować tę sytuację z perspektywy obecnie obowiązujących materialnych przepisów amerykańskiego i polskiego prawa karnego. Oczywiście ostateczny wniosek jest uzależniony od wielu czynników, w tym złożonych okoliczności popełnienia przestępstwa i liczby osób zaangażowanych, w szczególności, gdy jedna osoba jest twórcą, a druga użytkownikiem takiego inteligentnego oprogramowania. Na potrzeby analizy założmy zatem, że Inwestor jest zarówno jedynym twórcą, jak i użytkownikiem Programu, którego działanie nie jest ograniczone jakąkolwiek prewencją ze strony osób trzecich, w tym organizatorów systemu obrotu instrumentami finansowymi lub pośredniczących firm inwestycyjnych.

Inwestor jest programistą, który chce stworzyć i wykorzystać idealne oprogramowanie służące do efektywnego i automatycznego pomnażania majątku na rynku kontraktów terminowych. W tym celu tworzy Program oparty na metodzie DRL, a jako cel algorytmów determinuje osiągnięcie jak największych zysków w jak najkrótszym czasie. Inwestor słyszał o jakichś ograniczeniach wynikających z regulacji handlu algorytmicznego, ale uważa, że wpłynęłyby one niepotrzebnie na potencjał jego niezawodnego Programu. Jednocześnie, Inwestor nawet nie myśli o tym, czy mógłby popełnić przestępstwo.

Program rozpoczyna swoją działalność dokonując transakcji na kontraktach *futures*. Początkowo Program nie przynosi oczekiwanych rezultatów, ale metodą prób i błędów, a także oceną reakcji innych uczestników rynku

⁵⁴ Zob. Jodłowski J., *Zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym*, Wolters Kluwer, 2015.

zauważa, że jeżeli wyśle zlecenie kupna danego instrumentu finansowego i w tym samym momencie je anuluje, inni uczestnicy zaczną interesować się owym instrumentem finansowym, powodując zwiększenie jego płynności, a następnie wzrostu kursu. Program zauważa, że ta technika pozwala mu realizować cel w znacznie efektywniejszy sposób niż inne techniki, dlatego skupia się przede wszystkim na tej działalności. Inwestor, nie mając wglądu ani w proces „myślowy” Programu ani w zestawienie dokonywanych przez niego transakcji, z zadowoleniem przygląda się systematycznie rosnącej wartości jego portfela inwestycyjnego. Inwestor staje się beneficjentem *spoofingu* dokonywanego przez Program, który stworzył, pomimo że nawet nie ma tego świadomości.

Ocena strony podmiotowej Inwestora w powyższym scenariuszu byłaby oczywiście zależna od wielu czynników. Mając jednak na uwadze wyłącznie przedstawiony powyżej stan faktyczny i założenia, z dużą dozą pewności należałoby uznać, że Inwestor świadomie zlekceważył znaczne i nieuzasadnione ryzyko, że z jego działania wyniknie czyn zabroniony (spełniając przesłanki lekkomyślnego działania w rozumieniu amerykańskim)⁵⁵ czy też swoim działaniem przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego i godził się na to (spełniając przesłanki działania z zamiarem ewentualnym w rozumieniu polskim)⁵⁶. Intencją Inwestora co prawda nie było popełnienie czynu zabronionego, ale miał świadomość istnienia pewnych norm ograniczających działanie algorytmów, które zlekceważył w programowaniu Programu. Niezwykle trudne dowodowo byłoby wykazać, czy w momencie programowania Inwestor miał świadomość, że ignorując istniejące normy, Program zacznie manipulować instrumentami finansowymi uznając to za najbardziej efektywną strategię. W tym miejscu należy zaznaczyć istnienie wyjątkowo cienkiej i nieostrej granicy pomiędzy zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością,⁵⁷ a dokładne rozważania w tym zakresie zasługują na osobną pracę naukową. Na potrzeby jednak niniejszego rozdziału należy założyć, że Inwestor w analizowanym scenariuszu działał lekkomyślnie (ang. *recklessly*) i z zamiarem ewentualnym, z zastrzeżeniem, że Autor nie przesądza jednoznacznie o przypisaniu właśnie takiej strony podmiotowej, a jedynie wskazuje na taką możliwość.

⁵⁵ Chiesa L., *op. cit.*

⁵⁶ Zob. Giezek J., Lipiński K. [w:] Gruszecka D., Łabuda G., Giezek J., Lipiński K., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, art. 9*, Wolters Kluwer Polska, 2021.

⁵⁷ *Ibidem.*

Zakładając zatem prawdziwość powyższych wniosków, należy wskazać, że Inwestor powinien zostać uznany za winnego manipulowania instrumentami finansowymi, na podstawie art. 183 u.o.i.f. Niewinny pozostanie jednak w systemie amerykańskim. Zważywszy, że podstawą do jego oskarżenia musiałaby być sekcja 4c(a)(5)(B) CEA, Inwestor działając lekkomyślnie z pewnością nie spełniałby strony podmiotowej czynu wskazanego w tej sekcji. Analizowany scenariusz, jeżeli przebiegłby w Stanach Zjednoczonych, nie wiązałby się zatem z możliwością przypisania winy jakiegokolwiek osobie, więc pomimo niewątpliwego manipulowania instrumentami finansowymi na amerykańskim rynku terminowym, nie dochodzi do popełnienia przestępstwa. Wystarczy jednak w analizowanym scenariuszu zamienić przedmiot manipulacji z kontraktów *futures* na akcje. Wówczas nie zmieni to nic w przypisaniu odpowiedzialności na gruncie polskiego ustawodawstwa, jednakże na gruncie amerykańskiego, pozwoli to wnieść oskarżenie na podstawie sekcji 10(b) SEA, która to z kolei dopuszcza możliwość popełnienia przestępstwa lekkomyślnie. Analizowane zdarzenie byłoby zatem przestępstwem popełnionym przez Inwestora.

Powyższa analiza i następujące wnioski są rzecz jasna obarczone wielością założeń, zarówno w sferze stanu faktycznego, jak i nierozstrzygniętych wciąż sporów doktrynalnych. Niemniej jednak ukazują one wzajemne relacje wciąż hipotetycznej, lecz coraz realniejszej, manipulacji rynkowej inteligentnych samouczących się algorytmów do istniejących przepisów prawnych, w szczególności w kontekście przypisania odpowiedzialności. W obecnym kształcie zasadniczym elementem pozostaje zatem właściwe określenie strony podmiotowej czynu zabronionego, obejmującej stan lekkomyślności czy zamiar ewentualny. Przykład oskarżenia twórcy czy też użytkownika drapieżnych algorytmów na podstawie CEA idealnie obrazuje bezsilność prawa karnego na „przestępstwa” algorytmów. Niemożność popełnienia przestępstwa w lżejszym stanie świadomości niż zamiar bezpośredni, niweluje przypisanie jakiegokolwiek karalności manipulacji algorytmów. W znalezieniu sprawcy tego typu manipulacji kluczowa zatem pozostaje możliwość dopuszczalności popełnienia czynu zabronionego, jakim jest manipulacja rynkowa, również w stanie lekkomyślności czy w zamiarze ewentualnym. Wyłącznie taki model pozwalała na przyjęcie bezprawności manipulacji dokonywanych za pośrednictwem algorytmów.

Jak już wspomniano, do Autora trafiają argumenty także i drugiej strony sporu doktrynalnego w zakresie kwestii możliwości popełnienia przestępstwa z art. 183 u.o.i.f. w zamiarze ewentualnym. Przeciwnicy tej tezy wskazują,

że nie można oczekiwać, aby każdy inwestor przed dokonaniem transakcji musiał rozważyć, czy jego działanie, pomimo że nienakierowane na manipulację, może zostać zakwalifikowane jako wprowadzające w błąd lub mogące wprowadzić w błąd co do ceny czy popytu na dany instrument finansowy, gdyż skutkowałoby to znacznym paraliżem rynku kapitałowego, zważywszy, że każde zlecenie oddziałuje na cenę instrumentu finansowego.⁵⁸ Jakkolwiek pogląd ten wydaje się zasadny w odniesieniu do manualnego kreowania zleceń, nie przystaje on jednak do obecnej rzeczywistości handlu algorytmicznego. Prawdą jest, że niewskazaniem byłoby przypisać odpowiedzialność karną uczestnikowi rynku, który bez żadnych bezprawnych intencji wykonuje dopuszczalne w systemie transakcyjnym zlecenia. Jednakże w kontekście samouczących się algorytmów mowa jest o celowym zignorowaniu przez inwestora norm przeciwdziałającym manipulacyjnemu działaniu algorytmów. W takim przypadku nie sposób by było mówić o tym, że intencją inwestora było dokonanie manipulacji, jednak ignorując przepisy prewencyjne godził się on na pewną ewentualność wystąpienia u algorytmów niepożądanych zachowań. W ocenie Autora wystąpienie takiego stanu świadomości sprawcy przy manipulacji powinno skutkować objęciem jej kryminalizacją.

Ze względu na powyższe, biorąc pod uwagę charakterystykę zaawansowanego handlu algorytmicznego, należy postulować objęcie karalnością manipulacji popełnionej również w zamiarze ewentualnym. Zważywszy na treść art. 183 u.o.i.f. i sekcji 10(b) SEA postulat ten powinien dotyczyć przede wszystkim właściwych sądów, dokonujących interpretacji tych przepisów, choć niewykluczone mogłoby się okazać uzupełnienie ich treści o stosowne doprecyzowanie, aby zagwarantować jednolitość i pewność w stosowaniu prawa. W zakresie sekcji 4c(a)(5)(B) CEA należy jednak sugerować likwidację wzmianki, że czyn zabroniony popełniany jest z zamiarem (ang. *with intent*) natychmiastowego anulowania zleceń. Tego typu zmiana pozwoli objąć sankcją karną lekceważących twórców czy użytkowników samouczących się algorytmów, a wcale nie wpłynie znacząco na groźbę ukarania osoby, która rzeczywiście w dobrej wierze wykonywała dopuszczalne zlecenia, licząc w tym zakresie na racjonalność sądu czy organów ścigania.

⁵⁸ Zob. Królikowski M., Róg-Dyrda J., Wierzbowski M. [w:] red. Wierzbowski M, *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz, art. 12*, C. H. Beck, 2023.

3.3. Karanie algorytmów

Obecny stan prawny, nawet w razie uwzględnienia wyrażonych powyżej postulatów, znacząco odbiega jednak od stanu idealnego, a przypisanie odpowiedzialności karnej nieświadomemu inwestorowi, któremu algorytmy „wymknęły się spod kontroli” wydaje się wątpliwe etycznie i nie spełnia funkcji sprawiedliwościowej w sposób pożądaný. W celu odpowiedniego zaadresowania tego problemu, w środowisku naukowym trwa aktualnie debata nad możliwą karalnością bezprawnych działań sztucznej inteligencji.

Przypisanie odpowiedzialności karnej sztucznej inteligencji znajduje się obecnie poza granicami ludzkiej wyobraźni i próba znalezienia adekwatnego rozwiązania tego typu problemu stanowi niemały wysiłek intelektualny. Nie dziwi więc fakt, że największą popularnością, ale też znaczną efektywnością, cieszą się normy prewencyjne o charakterze administracyjnoprawnym. Tego typu przepisy mają *ex-ante* zapobiegać, czy też minimalizować ryzyko wystąpienia wszelkich naruszeń ze strony algorytmów.⁵⁹ Model taki zakłada, że elastyczność inteligentnego oprogramowania powinna być związana właściwymi normami techniczno-organizacyjnymi, których naruszenie wiązałoby się z nałożeniem dotkliwej sankcji administracyjnej, co ostatecznie powinno odstraszać od stworzenia zbyt nieograniczonych algorytmów.

W tym miejscu należy podkreślić wagę właściwych regulacji handlu algorytmicznego. Reżimy regulacyjne Unii Europejskiej i Stanów Zjednoczonych zostały już przybliżone w części pierwszej niniejszego rozdziału. Różnice między nimi mają kolosalne znaczenie dla właściwego zapobiegania algorytmicznym nadużyciom. Jak już zostało wspomniane, unijne ramy regulacyjne dla handlu algorytmicznego zostały przewidziane w dyrektywie MiFID II oraz w szeregu rozporządzeń delegowanych. Definicje i ogólne zasady zawarte w dyrektywie pozwalają zidentyfikować jakie podmioty i przy jakiego rodzaju działaniach są zobowiązane stosować wymogi z rozporządzeń delegowanych, przy czym surowsze wymogi zostały przewidziane w stosunku do HFT. Generalny cel wymogów techniczno-organizacyjnych adresuje mnogość zagrożeń kojarzonych z handlem algorytmicznym, w tym m.in. ogólna integralność i stabilność sektora finansowego czy transparentność. Część wymogów jednak ma szczególne znaczenie dla zapobiegania występowaniu manipulacji popełnianych przez algorytmy. Jako przykłady należy tutaj wskazać postanowienia

⁵⁹ Azzutti A., *AI-driven Market Manipulation and Limits of the EU law enforcement regime to credible deterrence*, ILE Working Paper Series, No. 54, 2022.

rozporządzenia 2017/589⁶⁰, określającego obowiązki firm inwestycyjnych stosujących handel algorytmiczny. W art. 13 tego rozporządzenia nałożono na nie obowiązek wdrożenia zautomatyzowanego systemu nadzoru stale monitorującego przeprowadzane transakcje w celu wykrycia potencjalnie manipulacyjnych zleceń. Raporty z nadzoru powinny podlegać bieżącej kontroli pracowników danej firmy, a wygenerowane ostrzeżenia przekazywane do właściwej komórki. Przytoczony wymóg ma na cel wykrycie podejrzanych transakcji, lecz w rozporządzeniu nie zabrakło również nadzwyczajnych mechanizmów służących do wdrożenia konkretnych środków zapobiegawczych. Jako przykład należy wskazać m.in. określoną w art. 12 rozporządzenia funkcjonalność natychmiastowego anulowania niewykonanego zlecenia (tzw. *kill functionality*).

Niezależnie od obowiązków firm inwestycyjnych, algorytmiczne transakcje przechodzą przez kolejne warstwy kontroli instytucjonalnej. W przypadkach błędów lub braków działania firm inwestycyjnych, odpowiednie środki powinny podjąć również systemy obrotu, które to, na podstawie rozporządzenia 2017/584⁶¹, są zobowiązane do monitorowania zleceń. Ostateczną instancją kontrolną jest właściwy organ (w przypadku Polski jest nim Komisja Nadzoru Finansowego), do którego to, w stosownych przypadkach, również trafiają właściwe raporty o charakterystyce transakcji.

Od tego kompleksowego podejścia unijnego prawodawcy znacząco różni się podejście amerykańskie. Jak już zostało wspomniane, w Stanach Zjednoczonych zrezygnowano z uregulowania handlu algorytmicznego na poziomie regulacji federalnych, ograniczając przepisy w tym zakresie wyłącznie do zasad FINRA. Co prawda zasady te zostały zatwierdzone przez SEC, która kontroluje ich wdrożenie przez podmioty, do których znajdują one zastosowanie – jednakże ich rangę znacząco obniża fakt, że nie posiadają statusu powszechnie obowiązujących przepisów prawa. Pomijając już konstytucyjną zasadność tego typu rozwiązań (m.in. zważywszy na fakt, że FINRA jest prywatną organizacją, której dowolność w kreowaniu zasad jest ograniczone wyłącznie koniecznością uzyskania aprobaty SEC), amerykańskie regulacje nie tylko

⁶⁰ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/589 z dnia 19 lipca 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających wymogi organizacyjne dla firm inwestycyjnych prowadzących handel algorytmiczny (Dz.U.UE.L.2017.87.417).

⁶¹ Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/584 z dnia 14 lipca 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających wymogi organizacyjne w zakresie systemów obrotu (Dz.U.UE.L.2017.87.350).

nie odróżniają HFT od konwencjonalnego handlu algorytmicznego, ale też są znacznie skromniejsze, ograniczając się wyłącznie do nałożenia wymogu uzyskania stosownej licencji przez podmiot chcący stosować handel algorytmiczny.⁶² Wymogi w zakresie monitorowania i zgłaszania transakcji, choć istnieją, dotyczą przede wszystkim przeciwdziałania praniu pieniędzy.⁶³ Na próżno szukać analogicznych obowiązków do np. unijnego *kill functionality*.⁶⁴

W podejściu do regulowania sztucznej inteligencji kluczowe zatem pozostają przepisy administracyjne. Ich prewencyjny charakter ma jak najbardziej ograniczyć ryzyko wystąpienia konieczności przypisania człowiekowi odpowiedzialności za czyny algorytmów, na które nie miał bezpośredniego wpływu. Co więcej, nałożenie stosownych regulacji pozwala przyjąć założenie, że istnieje pewien bezpiecznik, którego zignorowanie przybliży sprawcę do karalnego charakteru jego czynu. Najlepszym przykładem są chociażby omówione już różnice pomiędzy amerykańskim a unijnym reżimem regulacyjnym. Przyjmując nawet, że teoretycznie sprawca zarówno w Stanach Zjednoczonych, jak i w Polsce mógłby odpowiadać karnie za manipulacje rynkowe popełnione przez samouczące się algorytmy na zasadzie lekkomyślności czy zamiaru ewentualnego, to przecież zasadniczym elementem analizy w tym zakresie było właśnie zignorowanie przez niego odpowiednich wymogów prewencyjnych. I tak zignorowanie kompleksowych wymogów unijnych przewidujących wprost obowiązek istnienia odpowiednich mechanizmów nadzorczych czy wykonawczych posiada znacznie poważniejszy wydzźwięk niż zignorowanie wymogów amerykańskich przewidujących „jedynie” obowiązek posiadania licencji. Co więcej, w tym przypadku to właśnie przepisy administracyjne i związane z nimi sankcje administracyjne pełnią rolę odstrasżającą od tworzenia zbyt niezależnych algorytmów. Można byłoby się zatem nawet pokusić o stawienie tezy, że w takim przypadku prawo administracyjne przejmuje dotychczasowe funkcje prawa karnego, w tym przede wszystkim funkcję ochronną.⁶⁵

⁶² Zob. FINRA *Rule 1220*.

⁶³ Zob. FINRA *Rule 3310*.

⁶⁴ Nie oznacza to jednak, że amerykańskie środowisko regulacyjne jest wolne od dyskusji w tym zakresie. Regulacje w zakresie *kill functionality* chciała wdrożyć nowojorska giełda do swoich przepisów wewnętrznych dotyczących kontroli ryzyka przedtransakcyjnego w grudniu 2022 r. Wniosek o akceptację został jednak wycofany zanim SEC zdążyła się przyjrzeć proponowanym zmianom. Zob. Securities and Exchange Commission, 88 FR 10580, *Self-Regulatory Organizations; NYSE American LLC; Notice of Filing and Immediate Effectiveness of Proposed Change To Amend Rule 7.19E Pertaining to Pre-Trade Risk Controls* (Federal Register/Vol. 88, No. 34/Tuesday, February 21, 2023/Notices).

⁶⁵ Zob. Jodłowski J., *op. cit.*

Nałożenie wymogów regulacyjnych nie jest jedynym rozwiązaniem *ex-ante*. W literaturze wskazuje się także możliwość uczynienia w przyszłości przepisów (w tym karnych) „czytelnych maszynowo” (ang. *machine readable*) dla algorytmów, w taki sposób, aby one same, w ramach swojego uczenia się, były „świadome” istnienia pewnego, dynamicznego środowiska legislacyjnego, do którego powinny dostosowywać swoje działania. Innym rozwiązaniem jest zastosowanie przez organy nadzorcze narzędzi technologicznych pozwalających na lepsze nadzorowanie środowiska cyfrowego, nazywanych technologią nadzorczą (ang. *supervisory technology*, w skrócie SupTech).⁶⁶ Zjawiska te, rzecz jasna na chwilę obecną, są jednak przede wszystkim domeną nauk informatycznych.

Jakkolwiek pożądane i do tej pory efektywne, opisane wyżej rozwiązania *ex-ante* nie są satysfakcjonujące z perspektywy niniejszego rozdziału, szukającego przecież odpowiedzi na kwestię odpowiedzialności karnej sztucznej inteligencji, a nie przepisów administracyjnych zapobiegających konieczności jej wyznaczenia. To zagadnienie, jak można się domyślać, pozostaje z kolei na ten moment niezwykle abstrakcyjne. Mówiąc najprościej, algorytmów nie można przecież np. skazać na karę pozbawienia wolności. Niemniej jednak, można zidentyfikować pewne rozwiązania w zakresie karania algorytmów *ex-post*.

Jednym z potencjalnych rozwiązań jest przypisanie sztucznej inteligencji odrębnej osobowości prawnej, tak jak m.in. spółce kapitałowej.⁶⁷ Pomysł ten zakłada, że dany system sztucznej inteligencji byłby samodzielnym podmiotem praw i obowiązków, wobec którego mogłoby zostać podjęte odpowiednie kroki prawne. Wydaje się to jak najbardziej rozsądne i teoretycznie wykonalne nawet na obecnym etapie technologicznym, jak i instytucjonalnym. Można założyć, że wymagałoby to konieczności wpisania takiego indywidualnie oznaczonego systemu do właściwego rejestru, po spełnieniu odpowiednich wymogów technologicznych w zakresie jego konstrukcji. System mógłby posiadać swój własny kapitał zabezpieczający, składający się ze środków pochodzących od np. jego twórców czy inwestorów (przypominając tym samym kapitał zakładowy w spółce), z którego, na zasadzie ryzyka, pobierane byłyby pieniądze na pokrycie wszelkich szkód wywołanych działaniem systemu. Idea ta wydaje się szczególnie przyszłościowa w zakresie prawa cywilnego, jednak nie pozostaje bez znaczenia także dla prawa karnego. Tego typu system posiadający osobowość prawną mógłby bowiem odpowiadać również na analogicznych

⁶⁶ Zob. Azzutti A., *op. cit.*

⁶⁷ *Ibidem.*

zasadach jak obecnie odpowiadają podmioty zbiorowe, wobec których może zostać orzeczona kara pieniężna.

Uwzględniając powyższe rozwiązania, wobec samouczących się algorytmów, które samodzielnie i niezależnie manipulowały instrumentami finansowymi, można byłoby orzec karę grzywny, która przecież już teraz mieści się w katalogu sankcji za przestępstwo z art. 183 u.o.i.f. Oczywiście pozostaje pytanie w jakim zakresie funkcja sprawiedliwościowa prawa karnego została spełniona w takim przypadku. Nie doszłoby bowiem do wymierzenia kary komukolwiek, kto by ją odczuł, co niejako wypacza naczelne cele wymierzania kary. Należy zauważyć, że przecież i w przypadku podmiotu zbiorowego, jego odpowiedzialność ma głównie cel kompensacyjny, a końcowo i tak jest uzależniona od odpowiedzialności karnej osoby fizycznej, wobec czego funkcja sprawiedliwościowa i tak pozostaje zachowana. Oczywiście czysto teoretycznie, wobec danego systemu sztucznej inteligencji można wymierzyć karę o charakterze bardziej „penitencjarnym”, np. poprzez jego tymczasowe wyłączenie czy nawet permanentne wykasowanie. Rzecz jasna algorytm w stosunku do tego wyroku nie poczuje żadnych emocji, poczucia winy czy chęci poprawy. Przynajmniej na razie...

ZAKOŃCZENIE

Całkowite uniezależnienie się algorytmów od człowieka będzie wiązało się z mnóstwem zagrożeń natury faktycznej i prawnej. W sektorze finansowym może się to wiązać nie tylko z destabilizacją informatycznej infrastruktury rynku, ale także potencjalnie faktyczną depenalizacją manipulacji instrumentami finansowymi, ze względu na brak możliwości zidentyfikowania osoby fizycznej, która powinna ponieść za to karę, co ostatecznie wiązałoby się nie tylko z rozkładem naczelných idei związanych z prawem rynku kapitałowego, ale także wypaczeniem naczelných funkcji prawa karnego.

Z perspektywy prawa karnego, dla możliwości zidentyfikowania jakiegokolwiek osoby fizycznej, która mogłaby zostać ukarana za pośrednie zezwolenie swoim algorytmom na bezprawne działania, kluczowa pozostaje kryminalizacja popełnienia czynu manipulacji również w zamiarze ewentualnym. Obecnie bliższy temu modelowi wydaje się system polski, a nie zaś amerykański, jednakże ze względu na brak odpowiednich zapisów ustaw czy rozstrzygnięć obu sądów najwyższych, temat ten wciąż jest w znacznej mierze zależny od stanowiska poszczególných sądów powszechných.

Niezależnie od powyższego, nawet i ten model nie pozostaje wolny od wad, a nawet budzi wątpliwości m.in. z perspektywy konstytucyjnej zasady pewności prawa. Ta niewątpliwa słabość prawa karnego w przypisaniu odpowiedzialności za czyny popełnione przez samouczące się algorytmy powinna być zatem wyeliminowana za pomocą możliwie jak najefektywniejszych regulacji o charakterze prewencyjnym, które za pomocą odpowiednich przepisów administracyjnych zapobiegają sytuacjom, w których będzie w ogóle konieczne wydanie rozstrzygnięcia na gruncie karnym.

BIBLIOGRAFIA

- Azzutti A., *AI-driven Market Manipulation and Limits of the EU law enforcement regime to credible deterrence*, ILE Working Paper Series, No. 54, 2022.
- Azzutti A., Ringe W., Stiehl H., *Machine Learning, Market Manipulation, and Collusion on Capital Markets: Why The “Black Box” Matters*, University of Pennsylvania Journal of International Law, Vol. 43, No. 1, 2021.
- Bacastow D., *Due Process and Criminal Penalties under Rule 10b-5: The Unconstitutionality and Inefficiency of Criminal Prosecutions for Insider Trading*, Journal of Criminal Law and Criminology, 1982.
- Bliźniak C., *Specyfika regulacji mens rea w polskim kodeksie karnym na tle prawa krajów anglosaskich*, Prokuratura i Prawo, 2018.
- Chiesa L., *Mens Rea in Comparative Perspective*, Marquette Law Review, 2018.
- Commodity Futures Trading Commission, 17 CFR Part 38, *Electronic Trading Risk Principles* (Federal Register/Vol. 86, No. 6/Monday, January 11, 2021/Rules and Regulations).
- Commodity Futures Trading Commission, 17 CFR Parts 1, 38, 40, et al., *Regulation Automated Trading; Proposed Rule* (Federal Register/Vol. 80, No. 242/Thursday, December 17, 2015/Proposed Rules).
- Commodity Futures Trading Commission, *Interpretive Guidance and Policy Statement on Disruptive Practices*, 2013.
- Durr K., *Transformation & Regulation: Equities Market Structure, 1934 to 2018*, Securities and Exchange Commission. Historical Society, 2019.

FINRA, *Regulatory Notice 16-21. SEC Approves Rule to Require Registration of Associated Persons Involved in the Design, Development or Significant Modification of Algorithmic Trading Strategies.*

FINRA, *Rules.*

Fox M., Glostén L., Guan S., *Spoofing and its Regulation*, Columbia Business Law Review, 2021.

Gorczyńska A., *High frequency trading – destrukcyjna czy poprawiająca funkcjonowanie innowacja rynku finansowego?*, *Studia Ekonomiczne*, 2014, nr 186 cz. 2.

Gruszecka D., Łabuda G., Giezek J., Lipiński K., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, 2021.

Jodłowski J., *Zasady prawdy materialnej w postępowaniu karnym*, Wolters Kluwer, 2015.

Lauer E., Gottlieb J., Astiz A., *Stay Afloat in the New Wave of High-Frequency Trading Actions*, New York Law Journal, 2013.

López de Prado M., *Advances in Financial Machine Learning*, Wiley, 2018.

Michór A., *Komentarz do niektórych przepisów ustawy o obrocie instrumentami finansowymi*, LEX/el., 2010.

Mierzwa P., *Karalność nadużyć na rynku kapitałowym w świetle ustawy o obrocie instrumentami finansowymi*, *Prokuratura i Prawo*, 2016.

Motyłska-Kuźma A., *High frequency trading na rynkach finansowych w Polsce*, *Finanse, Rynki Finansowe, Ubezpieczenia*, nr 50, 2012.

Pereira C. M., *Unregulated Algorithmic Trading: Testing the Boundaries of the European Union Algorithmic Trading Regime*, *Journal of Financial Regulation*, 2020, 6, 270–305.

Piaskowska M., *Automatyczny handel na rynkach towarowych*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1/2017.

Pisani B., *Michael Lewis' 'Flash Boys,' one year on*, CNBC, 2015.

Róg-Dyrda J., Wierzbowski M., *Manipulacja instrumentami finansowymi jako przestępstwo cechujące się zamiarem kierunkowym. Glosa do wyroku s. rejon. z dnia 24 marca 2015 r., III K 41/15*, *Glosa*, 2018.

Scopino G., *Do Automated Trading Systems Dream of Manipulating the Price of Futures Contracts? Policing Markets for Improper Trading Practices by Algorithmic Robots*, Florida Law Review, Volume 67, Issue 1, 2016.

Scopino G., *The (Questionable) Legality of High-Speed “Pinging” and “Front Running” in the Futures Markets*, Connecticut Law Review, Volume 47, Number 3, 2015.

Securities and Exchange Commission, 17 CFR Part 240, *Further Definition of “As a Part of a Regular Business” in the Definition of Dealer and Government Securities Dealer* (Federal Register/Vol. 87, No. 74/Monday, April 18, 2022/Proposed Rules).

Securities and Exchange Commission, 88 FR 10580, *Self-Regulatory Organizations; NYSE American LLC; Notice of Filing and Immediate Effectiveness of Proposed Change To Amend Rule 7.19E Pertaining to Pre-Trade Risk Controls* (Federal Register/Vol. 88, No. 34/Tuesday, February 21, 2023/Notices).

Securities Exchange Commission, *SEC Obtains Final Judgment Against Canadian Man Charged with Conducting Fraudulent Trading Scheme*, Litigation Release No. 25319, 2022.

Sójka T. (red.), *Obrót instrumentami finansowymi. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, 2022.

Steiner C., *Automate This: How Algorithms Took Over Our Markets, Our Jobs, and the World*, Portfolio, 2013.

Stokłosa A., Syp S., *MAR. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz*, Wolters Kluwer Polska, 2021.

Wierzbowski M. (red.), *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku. Komentarz*, C. H. Beck, 2023.

Zagajewska A., *Ustawa o obrocie instrumentami finansowymi. Komentarz*, LexisNexis, 2012.

Akty prawne:

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE z dnia 15 maja 2014 r. w sprawie rynków instrumentów finansowych oraz zmieniająca dyrektywę 2002/92/WE i dyrektywę 2011/61/UE (Dz.U.UE.L.2014.173.349, z późn. zm.).

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2016/522 z dnia 17 grudnia 2015 r. uzupełniające rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 w kwestiach dotyczących wyłączenia niektórych organów publicznych i banków centralnych państw trzecich, okoliczności wskazujących na manipulację na rynku, progów powodujących powstanie obowiązku podania informacji do wiadomości publicznej, właściwych organów do celów powiadomień o opóźnieniach, zgody na obrót w okresach zamkniętych oraz rodzajów transakcji wykonywanych przez osoby pełniące obowiązki zarządcze podlegających obowiązkowi powiadomienia (Dz.U.UE.L.2016.88.1, z późn. zm.).

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/584 z dnia 14 lipca 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających wymogi organizacyjne w zakresie systemów obrotu (Dz.U.UE.L.2017.87.350).

Rozporządzenie delegowane Komisji (UE) 2017/589 z dnia 19 lipca 2016 r. uzupełniające dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/65/UE w odniesieniu do regulacyjnych standardów technicznych określających wymogi organizacyjne dla firm inwestycyjnych prowadzących handel algorytmiczny (Dz.U.UE.L.2017.87.417).

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 596/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie nadużyć na rynku (rozporządzenie w sprawie nadużyć na rynku) oraz uchylające dyrektywę 2003/6/WE Parlamentu Europejskiego i Rady i dyrektywy Komisji 2003/124/WE, 2003/125/WE i 2004/72/WE (Dz.U.U.E.L.2014.173.1, z późn. zm.).

United States Code.

Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi (t.j. Dz.U.2022.1500, z późn. zm.).

Orzecznictwo:

Ernst & Ernst v. Hochfelder, 425 U.S. 185 (1976).

Matrixx Initiatives, Inc. v. Siracusano, 563 U.S. 27 (2011).

Securities Exchange Commission v. Obus, 693 F.3d 276, 286 (2d Cir. 2012).

Securities Exchange Commission v. U.S. Evtl, 155 F.3d 107 (2d Cir. 1998).

United States v. Coscia, 866 F.3d 782 (7th Cir. 2017).

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 13 września 2017 r., sygn. IX Ka 874/17, LEX nr 2410029.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 16 maja 2014 r., sygn. X Ka 173/14, LEX nr 2124574.

Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 17 grudnia 2020 r., sygn. X Ka 242/20, LEX nr 3263180.

Wyrok Sądu Rejonowego dla miasta stołecznego w Warszawie z dnia 24 marca 2015 r., sygn. III K 41/15, LEX nr 1901750.

CRIMINAL LIABILITY FOR MARKET MANIPULATION COMMITTED BY TRADING ALGORITHMS

Abstract: Artificial intelligence is developing in every economic area. In the financial sector, one form it has taken is algorithmic trading, which involves placing and executing orders on trading venues without human intervention. Although its primary goal is to fully automate the trading of financial instruments, currently the way it works is still driven by human-programmed rules. However, the development of technology in other areas, including especially machine learning, could revolutionize the approach to algorithmic trading by making algorithms completely autonomous and independent of their creator. Such a solution, however, raises the risk that algorithms will consider the manipulation of financial instruments as the most optimal strategy, which is a market abuse constituting a crime. In the existing framework of criminal law, it is extremely difficult to attribute criminal liability to anyone in such a situation. This chapter constitutes an attempt to answer the question of who, under the current provisions of Polish and American law, should be held liable for this kind of market abuse. It places particular emphasis on the differences in the approach of these two legal systems to the perpetrator's intent and the subjective side of the act. Moreover, the chapter also undertakes a polemic against this existing legal framework, postulating potential solutions in this regard.

Key words: capital market, market abuse, market manipulation, mens rea, intention, dolus eventualis, recklessness, algorithmic trading, high frequency trading, machine learning, artificial intelligence, financial regulation

PRAWO AUTORSKIE W ŚWIETLE PRZESTĘPSTW POPEŁNIANYCH W INTERNECIE

Streszczenie: Nieustanny postęp technologiczny, który można zaobserwować we współczesnym świecie, przyczynia się do ciągłej zmiany rzeczywistości. Rozwój technologii, w szczególności tzw. cyberprzestrzeni, oznacza dla społeczeństwa wiele korzyści. Jednocześnie zjawisko to cechuje się licznymi zagrożeniami. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że obecnie w znacznym stopniu rozwija się przestępczość internetowa. Powyższe powoduje konieczność wprowadzania nowych typów przestępstw. Część nowo stypizowanych czynów stanowi także naruszenie w sferze prawa autorskiego. Obecnie występuje już kilka form naruszeń praw autorskich w Internecie, które są źródłem odpowiedzialności karnej. Najczęściej występującą formą naruszeń jest plagiat oraz tzw. piractwo intelektualne. Formą ochrony jest dochodzenie roszczeń na drodze postępowania cywilnego. *Gravamen* przysługuje twórcom dzieł. Jednocześnie należy wskazać, że czyny te są również penalizowane przez polskie prawo. Jednakże świadomość występowania ww. przestępstw wśród polskiego społeczeństwa jest bardzo niska. Niniejszy artykuł przedstawia sposób uregulowań prawnych związanych z naruszeniem praw autorskich, które jednocześnie wypełniają znamiona czynów zabronionych określonych w prawie polskim. Kluczowym dla prowadzonych rozważań nad zagadnieniem prawa autorskiego w świetle przestępstw popełnianych w internecie jest przedstawienie najistotniejszych zalet i wad obecnie obowiązujących regulacji w tym zakresie. Autorki wskażą również trudności z jakimi mierzą się organy wymiaru sprawiedliwości w przypadku przestępczości internetowej. Z uwagi na specyfikę tegoż zagadnienia, podstawę do prowadzonych badań stanowi ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych i jej obowiązywanie w prawie polskim oraz funkcjonowanie przepisów dotyczących odpowiedzialności karnej za przestępstwa naruszające prawa autorskie popełnionych w internecie. Analizie poddane są także wybrane przepisy ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, dotyczące badanego zagadnienia.

Słowa kluczowe: prawo własności intelektualnej, prawa autorskie, prawo karne, postępowanie karne

WSTĘP

Nieustanny postęp technologiczny, który można zaobserwować we współczesnym świecie, przyczynia się do ciągłej zmiany rzeczywistości. Rozwój technologii, w szczególności tzw. cyberprzestrzeni, oznacza dla społeczeństwa wiele korzyści. Jednocześnie zjawisko to cechuje się licznymi zagrożeniami. Konsekwencje rozwoju cyberprzestrzeni są oceniane ambiwalentnie w wielu dziedzinach życia¹. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że obecnie w znacznym stopniu rozwija się przestępczość internetowa. Wzrost zachowań egoistycznych i indywidualistycznych w połączeniu z anonimowością prowadzi do zachowań naruszających dobra osobiste innych użytkowników². Jak zauważono powyżej rozwój cyberprzestrzeni przyczynił się do powstania nowych typów zachowań. Tym samym wiele nowych czynów, w tym zjawisk typowych dla prawa autorskiego, starano dopasować się do istniejących już rozwiązań. Należy wskazać, że taka droga nie zawsze jest możliwa³. Powyższe powoduje konieczność wprowadzania nowych typów przestępstw. Część nowo stypizowanych czynów stanowi także naruszenie w sferze prawa autorskiego.

Prawo autorskie to jedna z gałęzi prawa cywilnego, która jednocześnie wchodzi w zakres praw własności intelektualnej. Obejmuje ono ogół norm i praw przysługujących twórcy utworu od momentu, w którym zaczyna powstawać jego utwór. Celem skorzystania z praw autorskich dany twórca nie jest zobligowany do dopełnienia żadnych dodatkowych formalności. Prawo autorskie przysługuje twórcy z samego faktu stworzenia utworu. Definicja praw autorskich znajduje się w ustawie z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (dalej jako: u.p.a.p.p.)⁴. Przedmiotem prawa autorskiego jest zatem każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Przejaw wyżej scharakteryzowanej działalności twórczej jest określany jako utwór.

¹ D. Szeligiewicz-Urban, *Benefits and threats resulting from the use of cyberspace by children of early school age*, Humanistas Pedagogika i Psychologia, 2018, nr 16, s. 329-337; M. Stanisławska, *Przestępstwa w cyberprzestrzeni. Walka z utratą danych*, International Relations Review 2020, vol. 3, s. 175-185.

² P. Piesiewicz, O. M. Piaskowska, *Ustalenie danych osobowych sprawy naruszenia dóbr osobistych w Internecie celem dochodzenia ich ochrony w postępowaniu cywilnym*, Zeszyty Naukowe KUL, 60(2018), nr 2, s. 227.

³ Z. Zawadzka, *Prawo autorskie w Internecie*, [w:] J. Sieńczyło-Chalbic (red.), *Prawo własności intelektualnej*, cz. I, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2018, s. 309.

⁴ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 nr 24 poz. 83).

Ustawodawca stworzył również katalog przykładowych rodzajów dzieł, które można zakwalifikować jako rodzaj działalności twórczej znajdującej się pod ochroną prawnoutorską⁵. Jednakże należy mieć na uwadze, że jest to jedynie katalog przykładowy i nie enumeratywny. Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie dwóch rodzajów praw autorskich – osobistych oraz majątkowych.

Majątkowe prawa autorskie to prawa ograniczone w czasie. Ich cechą charakterystyczną jest fakt, że wygadają po upływie 70 lat od dnia śmierci twórcy. Gdy twórca jest nieznanym termin ten liczy się od daty pierwszego rozpowszechnienia utworu. Majątkowe prawa autorskie mają charakter bezwzględny. Prawo do rozporządzania oraz korzystania z nich ma wyłącznie twórca dzieła. Stosownie od jego woli możliwe jest przeniesienie majątkowych praw autorskich na inne osoby.

Osobowe prawa autorskie natomiast mają charakter bezterminowy, a ponadto nie można ich przenieść na osobę inną aniżeli twórca, nawet jeżeli on sam by tego chciał⁶.

Prawa autorskie pozostają pod ochroną prawną, która aktualizuje się w przypadku, w którym dojdzie do ich naruszenia. Ustawa p.a.p.p. nie definiuje pojęcia naruszeń praw autorskich. Celem ustalenia znaczenia pojęcia naruszenia praw autorskich należy odwołać się do ukształtowanych poglądów orzecznictwa oraz literatury w tym zakresie. Naruszeniem praw autorskich będzie bezprawne działanie osoby trzeciej (nieuprawnionej), wkraczające w zakres czyjeś prawa autorskiego (majątkowego lub osobistego)⁷. W zakresie konsekwencji naruszeń praw autorskich można podzielić je na sankcje określone w prawie cywilnym jak i sankcje karne za czyny zabronione.

Naruszenie praw autorskich po raz pierwszy zostało stypizowane jako czyn zabroniony w akcie prawa międzynarodowego stanowiącego zbiór standardów prawnych służących ściganiu przestępczości transgranicznej popełnianych z wykorzystaniem technologii informatycznych, tj. Konwencji Rady Europy o Cyberprzestępczości⁸ z 2001 roku. Celem ww. aktu jest zapobieganie i zwalczanie cyberprzestępczości. Na kanwie ww. konwencji cyberprzestępczość

⁵ E. Laskowska-Litak, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] R. Markiewicz [red.], *Ustawy autorskie. Komentarze. Tom I*, Warszawa 2021, art. 1.

⁶ <https://www.radca-prawny-czapczynski.pl/prawa-autorskie-majatkowe-i-osobowe/> [dostęp: 18.01.2023].

⁷ A. Serlikowska, *Naruszenie praw autorskich w Internecie*, Studia Iuridica Toruniensia, tom XIII, Bydgoszcz 2013, s. 149.

⁸ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. 2015 poz. 728).

klasyfikuje się na cztery kategorie. Ostatnia z grup stanowi przestępstwa związane z naruszeniem praw autorskich i praw pokrewnych. Przepisy te zostały implementowane przez polskiego ustawodawcę w takim samym kształcie w jakim zawiera je wspomniana Konwencja. Jednakże należy wskazać, że nastąpiło ich rozczłonkowanie na wiele aktów prawnych. Znajdują się one zarówno w kodeksie karnym (dalej jako k.k.) jak i w licznych przepisach pozakodeksowych, w tym u.p.a.p.p. Ustawa ta zawiera szereg przepisów regulujących odpowiedzialność karną osób naruszających prawa autorskie. Kwestia ta została uregulowana w rozdziale 14 u.p.a.p.p. W tej jednostce redakcyjnej znajduje się katalog przestępstw przeciwko prawu autorskiemu oraz prawom pokrewnym. Wyróżnione zostały również kary i środki karne, które sąd może orzec wobec skazanego. Stypizowane w tym katalogu przestępstwa charakteryzują się faktem, że mogą (a w praktyce są) popełniane w internecie.

2. RODZAJE PRZESTĘPSTW PRZECIWKO PRAWU AUTORSKIEMU

Ostatnia dekada to zauważalny wzrost znaczenia przepisów karnych w zakresie ochrony praw autorskich. Kluczowymi przyczynami tego zjawiska to nieskuteczność mechanizmów prawa cywilnego⁹ oraz rozwój działalności w Internecie, w tym działalności przestępczej. Drugi z czynników uwarunkowany jest ciągłym rozwojem technologii. Ważkim powodem powszechności naruszeń praw autorskich w Internecie jest również przekonanie o darmowości Internetu oraz anonimowość jego swobodnego i dowolnego wykorzystania¹⁰. Powodem powszechnego występowania naruszeń karnoprawnych prawa autorskiego jest powszechna dopuszczalność takich zachowań. Należy wskazać, że społeczeństwo na ogół uznaje, że współdzielenie plików cyfrowych, w tym utworów jest zasadne na poziomie ekonomicznym, społecznym i kulturowym¹¹. Badania z 2011 r. wskazują, że co najmniej jedna trzecia użytkowników Internetu powyżej 6 roku życia naruszała prawa autorskie¹².

Obecny stan prawny umożliwia wyróżnienie kilku form naruszeń praw autorskich, które skutkują odpowiedzialnością karną. Najbardziej pospolitymi

⁹ P. Seledec, *Przestępstwa naruszające prawa autorskie*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 7–8, poz. 85, s. 85–86

¹⁰ M. Nowikowska, *Odpowiedzialność za naruszenie prawa autorskiego w internecie*, s. 136.

¹¹ W. Szpringer, *Wpływ nowych technologii na ochronę praw własności intelektualnej w internecie*, e-mentor nr 1 (58), 2015, s. 68.

¹² E. Laskowska, *„Penalizacja” piractwa internetowego w kontekście prawa autorskiego*, Kraków 2019, s. 261.

przestępstwami są plagiat oraz tzw. piractwo intelektualne¹³. Oczywiście czyny te nie przekreślają dochodzenia roszczeń na drodze postępowania cywilnego. Należy zauważyć, że niska świadomość prawna społeczeństwa w zakresie prawa własności intelektualnej, czynów zabronionych i ich znamion implikuje trudności w penalizacji zachowań naruszających prawa autorskie w Internecie¹⁴.

Regulacje dotyczące odpowiedzialności karnej za naruszenie praw autorskich zawarte w u.p.a.p.p. zawierają następujące typy czynów zabronionych:

- plagiat i inne naruszenia praw (art. 115 u.p.a.p.p.),
- rozpowszechnianie utworu bez pozwolenia (art. 116 u.p.a.p.p.),
- nielegalne utrwalanie lub zwielokrotnianie praw autorskich (art. 117 u.p.a.p.p.),
- paserstwo w zakresie praw autorskich (art. 118 u.p.a.p.p.),
- tworzenie urządzeń do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia zabezpieczeń (art. 118¹ u.p.a.p.p.),
- naruszenie prawa do kontroli, tj. uniemożliwianie lub utrudnianie wykonywania prawa do kontroli korzystania z utworu (art. 119 u.p.a.p.p.).

Należy wskazać, że wszystkie ze skatalogowanych przestępstw są czynami o charakterze publiczno-skargowym. Tym samym w przypadku ich popełnienia postępowanie jest wszczynane i prowadzone przez organy ścigania. Uregulowania przytoczone wyżej stanowią jednak wyłącznie regulacje fragmentaryczną wobec przepisów prawa karnego materialnego, które to przepisy są regulacją ogólną¹⁵. Poważnym mankamentem polskiego ustawodawstwa jest zatem fakt, iż ustawa o prawie autorskim nie reguluje w sposób bezpośredni zagadnień związanych z ponoszeniem odpowiedzialności za treści rozpowszechniane w Internecie¹⁶.

Czynom zabronionym w zakresie naruszeń praw autorskich został poświęcony również rozdział XXXV k.k. zatytułowany „Przestępstwa przeciwko mieniu”. Mienie zgodnie ze znaczeniem cywilistycznym to własność i inne prawa majątkowe¹⁷. Należy wskazać, że pojęcie to ma szeroki zakres zastosowania. Dotyczy dóbr zarówno materialnych jak i niematerialnych. Dlatego

¹³ A. Serlikowska, *Naruszeni praw autorskich...*, s. 157.

¹⁴ M. Nowikowska, *Odpowiedzialność za naruszenie prawa autorskiego w Internecie*, Warszawa 2019, s. 136-137.

¹⁵ A. Serlikowska, *Naruszeni praw autorskich...*, s. 151.

¹⁶ M. Nowikowska, *Odpowiedzialność...*, s. 137.

¹⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93), art. 44.

też za mienie uważane będą autorskie prawa majątkowe, w związku z czym podlegać one będą ochronie przepisów rozdziału XXXV k.k., a sprawcy przestępstw przeciwko tym prawom, o znamionach wskazanych w tych przepisach, ponosić będą odpowiedzialność karną¹⁸. Odpowiedzialność karna przewidziana w u.p.a.p.p. stanowi natomiast dopełnienie przepisów prawa cywilnego.

3. PLAGIAT

Zgodnie z poczynionymi wcześniej uwagami plagiat stanowi jedno z najpowszechniejszych przestępstw z zakresu naruszeń praw autorskich, które jest popełniane w Internecie. Zgodnie z art. 115 u.p.a.p.p. „Kto przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3. Tej samej karze podlega, kto rozpowszechnia bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy cudzy utwór w wersji oryginalnej albo w postaci opracowania, artystyczne wykonanie albo publicznie zniekształca taki utwór, artystyczne wykonanie, fonogram, wideogram lub nadanie”¹⁹. Jednakże należy wskazać, że w polskim systemie prawnym próżno szukać definicji legalnej przestępstwa plagiatu. W tym zakresie pomoc stanowią osiągnięcia doktryny oraz orzecznictwa.

Istotą plagiatu jest niezgodne z obowiązującym prawem przypisanie sobie autorstwa czyjegoś dzieła, wykonania artystycznego lub praw autorskich innej osoby. Przepętne będzie także przywłaszczenie sobie praw autorskich przysługujących współtwórcy¹⁹. Przypisanie sobie cudzego dzieła nie odnosi się jedynie do jego całości. Bezprawne przypisanie autorstwa lub współautorstwa może dotyczyć także wyłącznie części dzieła²⁰. Dodatkową ochronę stanowi norma zawarta w art. 8 u.p.a.p.p. Tworzy ona domniemanie, na mocy którego prawo autorskie przysługuje twórcy. Należy wskazać, że twórca to osoba, której nazwisko jako twórcy w tymże charakterze uwidocznił na egzemplarzach utworu bądź też osoba, której autorstwo podano do publicznej wiadomości w jakikolwiek inny sposób w związku z rozpowszechnianiem utworu²¹.

¹⁸ A. Adamski, *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000, s. 98.

¹⁹ Z. Cwiakalski, B. Górnikowska, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] R. Markiewicz [red.] *Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II*, Warszawa 2021, art. 115.

²⁰ A. Szewc, *Plagiat*, „Monitor Prawniczy” 2, 1996, s. 44.

²¹ Z. Cwiakalski, B. Górnikowska, *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] R. Markiewicz [red.] *Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II*, Warszawa 2021, art. 115.

Na przestępstwo plagiatu składają się trzy elementy. W doktrynie wskazuje się, że muszą one występować łącznie w danym czynnie. W pierwszej kolejności plagiat dotyczy sytuacji, w których następuje przejście z czyjegoś utworu jego oryginalnych części. Ponadto, części te muszą być rozpoznawalne. Sprawca plagiatu niejako ma korzystać z oryginalności tych elementów. Koniecznym jest również, aby sprawca oznaczył cudzy otwór jako swój, chociażby w części²². Tym samym plagiat stanowi czyn zabroniony, gdy ktoś przenosi do swojego utworu treści lub elementy z cudzego dzieła bez wyraźnego zaznaczenia źródła zapożyczenia²³.

W literaturze przedmiotu wskazuje się na dwie formy plagiatu – jawną oraz ukrytą. Plagiatem jawnym jest zachowanie, które polega na przejściu w całości bądź w części cudzego utworu w oryginalnej postaci. Wówczas przejęte dzieło nie jest zmienione w żaden sposób lub jest zmienione poprzez niezauważalne korekty. Z kolei plagiat ukryty to przejście cudzego utworu, lecz w formie bardziej zmodyfikowanej lub przekształconej²⁴. Znamiona plagiaty są wypełnione, gdy inna osoba przejmie z cudzego dzieła elementy o charakterze twórczym bez jednoczesnej ingerencji w dzieło. Tym samym nie sposób uznać, że plagiatem jest zapożyczenie cudzego utworu z jednoczesnym oznaczeniem twórcy czy też stworzenie odwołań czy przypisów do oryginalnego dzieła w pracach naukowych²⁵.

Przedmiotem ochrony ww. uregulowań są osobiste prawa autorskie, z którymi bezpośrednio wiążą się dobra osobiste twórcy, tj. jego dobre imię czy godność. Prawo autorskie do utworu jest bowiem zasadniczym elementem osobistych uprawnień, które przysługują wyłącznie jego twórcy. Dlatego też jakiegokolwiek ingerowanie w to uprawnienie, przede wszystkim przez udawanie, że jest się twórcą, zaburza swego rodzaju „więź” wytworzoną pomiędzy autorem, a jego utworem²⁶. Wobec powyższego penalizacja takich czynów wydaje się być w pełni uzasadniona.

Przykładem plagiatu popełnionego w Internecie jest przywłaszczenie cudzego artykułu z bloga lub innego rodzaju strony internetowej poprzez umieszczenia go na swojej stronie z jednoczesnym oznaczeniem się jako twórca publikacji. Plagiatem internetowym będzie także między innymi pobranie

²² Z. Ćwiakalski, B. Górnikowska, *Komentarz do art. 115*.

²³ Wyrok Sądu Najwyższego z 15 czerwca 1989 r., sygn. III CRN 139/89, LEX nr 70836.

²⁴ M. Mozgawa, J. Radoniewicz, *Prawnokarne aspekty prawa autorskiego (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2002, s. 4-5.

²⁵ Z. Ćwiakalski, B. Górnikowska, *Komentarz do art. 115*.

²⁶ <https://www.filipiakbabcz.com/nowe-media-i-technologie/2021/07/07/odpowiedzialnosc-karna-za-naruszenie-praw-autorskich-na-gruncie-prawa-polskiego/> [dostęp: 22.01.2023].

cudzych zdjęć (np. z aplikacji Instagram), a następnie umieszczenie ich na swoim profilu z jednoczesnym przypisaniem sobie autorstwa tej fotografii. Przypisaniem sobie autorstwa cudzego dzieła będzie natomiast nie tylko oznaczenie tego dzieła jako swojego, ale również celowe nieoznaczenie autora²⁷.

Ściganie przestępstwa plagiatu spotyka się z licznymi trudnościami, które zostaną wskazane poniżej. Pomimo rozwoju technologii oraz nowych metod wykrywających sprawców przestępstw popełnianych w Internecie organy ścigania nadal pozostają nieskuteczne wobec przestępstwa plagiatu. Sygnalizacyjnie należy wskazać, że główną trudnością jest ustalenie sprawcy z uwagi na możliwość zmiany adresu IP, zmianę urządzenia. Jednocześnie należy wskazać, że w przypadku korzystania przez sprawcę z sieci publicznej zmniejszają się szanse na odnalezienie właściwej osoby. Ważkim problemem jest również spirala plagiatu. Zjawisko to objawia się poprzez zwielokrotnienie splagiowanych treści. W przypadku bezprawnego udostępnienia cudzego utworu jako swojego istnieje duże ryzyko udostępnienia takiego utworu. Powyższe uniemożliwia wykrycie pierwotnego sprawcy naruszenia, któremu należałoby przypisać odpowiedzialność karną. Jednocześnie zjawisko to prowadzi do legitymacji takich działań jako nieszkodliwych.

4. PIRACTWO INTELEKTUALNE

Kolejnym pospolitym przestępstwem przeciwko prawom autorskim, które są popełniane w Internecie jest tzw. piractwo intelektualne. Należy wskazać, że przestępstwo to nie ma swojej legalnej definicji. W literaturze i orzecznictwie określa się je również mianem piractwa komputerowego lub piractwa internetowego²⁸. Takie zrównanie ww. pojęć jest błędne, gdyż każde z nich ma inny zakres znaczeniowy.

W sensie logicznym pojęcia piractwa komputerowego i piractwa internetowego zawierają się właściwie w pojęciu piractwa intelektualnego. Kryterium rozróżnienia ww. pojęć jest forma popełnienia. Piractwo intelektualne internetowe będzie piractwem popełnionym w Internecie niezależnie od urządzenia, które służyło do jego popełnienia. Z kolei piractwo intelektualne komputerowe to czyn polegający na bezprawnym rozpowszechnianiu bądź rozpowszechnianiu programów komputerowych, które są prawnie chronione²⁹.

²⁷ Dodałbym przypis.

²⁸ A. Serlikowska, *Naruszeni praw autorskich...*, s. 155.

²⁹ I. A. Jaroszevska, *Wybrane aspekty przestępczości w cyberprzestrzeni*, Olsztyn 2017, s. 27.

Piractwo to kwalifikowana forma naruszeń praw autorskich lub pokrewnych. Jego popełnienie to bezprawne rozpowszechnienie utworów bez uzyskania zezwolenia uprawnionego podmiotu i bez zapłaty wynagrodzenia. Należy wskazać, że jednocześnie sprawca uzyskuje z tego tytułu korzyści³⁰. Piractwo internetowe stanowi jedynie zwrot powszechny i nie znajduje się *stricto* w u.p.a.p.p., natomiast pojęcie to obejmuje swoim zakresem czyny określone w art. 116 u.p.a.p.p., art. 117 u.p.a.p.p., a także art. 118 p.a.p.p.³¹.

Piractwo intelektualne to rozpowszechnienie utworu bez pozwolenia, nielegalne utrwalanie lub zwielokrotnianie praw autorskich. W tym czynnie mieści się również zachowanie polegające na paserstwie w zakresie praw autorskich. Do jego popełnienia najczęściej dochodzi m.in. poprzez zamieszczenie cudzego utworu w sieci, zapisywanie utworów w pamięci komputera, udostępnianie odesłań do cudzych stron internetowych, pobieranie utworów filmowych czy muzycznych, w tym streamingów³².

Typ podstawowy przestępstwa nieuprawnionego rozpowszechniania utworu (a także fonogramu, wideogramu czy artystycznego wykonania) został określony w art. 116 ust. 1 u.p.a.p.p. Ustawodawca przewidział również typ kwalifikowany ww. czynu zabronionego. Typ ten związany jest z działaniem w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bądź też uczynieniem sobie z tego nielegalnego procederu stałego źródła dochodu, bądź też kierowaniem lub organizowaniem działalności przestępczej w tym zakresie³³. Należy wskazać, że możliwe jest nieumyślne popełnienie przestępstwa piractwa intelektualnego.

Do popełnienia przestępstwa piractwa intelektualnego dochodzi w momencie utrwalenia lub zwielokrotnienia cudzego utworu bez odpowiedniego zezwolenia. Czyn zabroniony jest natomiast popełniony nawet, jeżeli jego sprawca nie osiągnie żadnej korzyści majątkowej z racji jego rozpowszechnienia czy utrwalenia³⁴. Przestępstwo to określone zostało w art. 117 u.p.a.p.p. i niewątpliwie stanowi klasyczny przykład omawianego w niniejszym podrozdziale przestępstwa piractwa intelektualnego. W tym miejscu nadmienić należy, że w doktrynie od pewnego czasu pojawia się spór co do tego, czy piractwo intelektualne jest przestępstwem skutkowym. Część przedstawicieli doktryny opowiada się bowiem za tym, że do popełnienia tego czynu

³⁰ R. Gola, *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2021, s. 223-224.

³¹ A. Serlikowska, *Naruszeni praw autorskich...*, s. 157.

³² J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2016, s. 461.

³³ E. Ferenc Szydełko [red.], *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz do art. 116*, Warszawa 2021.

³⁴ <https://www.filipiakbabicz.com/nowe-media-i-technologie/2021/07/07/odpowiedzialnosc-karna-za-naruszenie-praw-autorskich-na-gruncie-prawa-polskiego/> [dostęp: 23.02.2023].

zabronione dojdzie dopiero w sytuacji, w której pokrzywdzony – właściciel utworu, dozna szkody z uwagi na działanie sprawcy. Zdaniem autorki jest to jednak pogląd nietrafny – piractwo internetowe, pomimo pozorności braku jakichkolwiek negatywnych skutków (gdy szkoda nie wystąpiła), zawsze niesie ze sobą poważne konsekwencje³⁵. Przede wszystkim taka interpretacja przepisów dałaby pole do nadużyć oraz pozostawiła sprawców bezkarnych, jednocześnie dając przyzwolenie na takie działania.

Przechodząc dalej do omówienia znamion czynu zabronionego piractwa intelektualnego wskazać należy, że utwalenie utworu polega na zapisaniu na nośniku. W praktyce utwalenie może dotyczyć dowolnego istniejącego nośnika (np. płyta CD, *pendrive*, DVD, dysk zewnętrzny). Należy wskazać, że dotyczy to utworów, które podlegają ochronie (np. wideogram, fonogram, cudzy utwór w wersji oryginalnej). Jednocześnie utwalenie musi umożliwić minimum jednokrotnie ponowne zapoznanie się z treścią udostępnionego dobra. Należy wskazać, że bezprzedmiotowym jest czy sprawca zapozna się z treścią udostępnionego dobra. Tym samym utwalenie utworu polega na sporządzeniu jego egzemplarza, służącego publikacji utworu³⁶.

Bezprawne zwielokrotnianie utworu to z kolei zwiększanie liczby egzemplarzy nośników chronionego dobra. Bez znaczenia dla znamion przestępstwa jest technika dokonania zwielokrotnienia utworu. Wytworzenie kolejnych egzemplarzy jakiegось dzieła ma umożliwiać zapoznanie się z nim w sposób bezpośredni bądź też przy użyciu specjalnego urządzenia³⁷.

W praktyce przestępstwem piractwa internetowego stanowiącego czyn zabroniony jest darmowe pobieranie utworów (filmów lub muzyki) z nielegalnych stron internetowych. Wówczas koniecznym jest, by administrator pobierał od pobierającego zezwolenie lub zapłatę. Piractwem będzie również pobranie programu komputerowego z nielegalnej strony, a następnie zainstalowanie go na swoim komputerze bądź udostępnienie go dalej innym nieuprawnionym.

Sąd Najwyższy w swoim orzecznictwie wskazuje, że przestępstwem piractwa internetowego jest również czyn polegający na odtwarzaniu w trakcie dyskoteki, bez wymaganych uprawnień, muzyki pochodzącej z cudzych utworów, które zostały pobrane przy pomocy domowego komputera z nielegalnych źródeł bądź bez zezwolenia³⁸. Warunkiem przypisania odpowiedzialności karnej

³⁵ <https://bgst.pl/piractwo-internetowe/> [dostęp: 04.06.2023].

³⁶ Z. Cwiakalski, B. Górnikowska, *Komentarz do art. 117*.

³⁷ Z. Cwiakalski, B. Górnikowska, *Komentarz do art. 117*.

³⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 2005 r., sygn. III KK 21/05, LEX nr 149621.

sprawcy tego przestępstwa jest natomiast występowanie u niego zamiaru bezpośredniego rozpowszechniania cudzych utworów muzycznych różnych wykonawców i różnych wydawców.

Niebezpieczeństwo piractwa internetowego objawia się poprzez ogrom szkody jaką ono wyrządza pokrzywdzonym. Nielegalne rozpowszechnianie utworu bez zezwolenia czy nielegalne utrwalanie lub zwielokrotnianie praw autorskich powoduje ogromne straty ekonomiczne twórców, producentów oraz wydawców, a nadto w szerszej perspektywie wpływa także na całą gospodarkę światową³⁹.

Jednocześnie piractwo umożliwia szeroki i bezpłatny dostęp do coraz większej, nieokreślonej liczby osób do utworów audiowizualnych i multimedialnych, których legalne zdobycie jest drogie i trudnodostępne⁴⁰. Serwisy pirackie umożliwiają bowiem nielegalne pobieranie na własny użytek czy też dalsze rozpowszechnianie utworów. Należy wskazać, że ułatwienie dostępu do ww. treści utrudnia społeczną penalizację takich czynów. Społeczeństwo na ogół wyraża aprobatę do tanich rozwiązań umożliwiających zapoznanie się z nowymi utworami⁴¹. Podobnie jak w przypadku plagiatu przestępstwo to jest bardzo trudne do wykrycia oraz ustalenia sprawcy. Szereg trudności zostanie przedstawiony poniżej.

5. OBECNY STAN PRAWNY I RÓŻNICE POMIĘDZY PRZESTĘPSTWAMI POPEŁNIANYMI W INTERNECIE, A PRZESTĘPSTWAMI POPEŁNIANYMI W RZECZYWISTOŚCI

Obowiązujące akty prawne charakteryzują się znaczną uniwersalnością, abstrakcyjnością oraz ogólnością⁴². Przyjęte powyżej ujęcie pozwala na wskazanie, że obowiązujące normy prawne znajdują zastosowanie również przy nowych typach i sposobach popełniania czynów zabronionych. Zapewnia to większą szansę na ochronę użytkowników Internetu przed nieprawidłowymi działaniami, także w zakresie naruszeń praw autorskich. Przymiot abstrakcyjności i uniwersalności wynika z typów czynów scharakteryzowanych w ustawie karnych, w szczególności w k.k. W ustawie tej znajdują się przestępstwa, które mogą być popełniane w Internecie, takie jak oszustwo czy kradzież.

³⁹ <https://bgst.pl/piractwo-internetowe/> [dostęp: 04.06.2023].

⁴⁰ Z. Kosiorowski, *Piractwo internetowe a wolność słowa i dostępu do treści w Internecie*, Szczecin 2019, s. 29-30.

⁴¹ M. Wróbel, *Cyberprzestępczość w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2014, s. 83.

⁴² J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość – wybrane aspekty prawnokarne i kryminalistyczne*, Białystok 2017, s. 21.

Wraz z rozwojem technologicznym stypizowano również nowe przestępstwa, np. *hacking*⁴³.

W odniesieniu do klasycznych wersji ww. przestępstw różnicą jest miejsce popełnienia. Z określonego miejsca czy miejscowości zmienia się na wirtualną przestrzeń – Internet. Tożsame pozostają podmioty uprawnione do ścigania ww. czynów zabronionych. Zadanie to jest domeną organów ścigania. Kodeks postępowania karnego (dalej: k.p.k.)⁴⁴ wyróżnia dwie formy prowadzenia postępowania przygotowawczego. Jest to śledztwo oraz dochodzenie. Zgodnie z art. 311 k.p.k. śledztwo prowadzi prokurator. Ma on możliwość powierzenia przeprowadzenia śledztwa w całości lub w określonym zakresie Policji. Ustawodawca przewidział również możliwość powierzenia Policji dokonania jedynie poszczególnych czynności śledztwa. Uprawnienia te przysługują również organom Straży Granicznej, Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, Krajowej Administracji Skarbowej, Centralnego Biura Antykorupcyjnego oraz Żandarmerii Wojskowej w zakresie ich właściwości jak i innym organom przewidzianym w przepisach szczególnych (art. 312 k.p.k.). Z kolei dochodzenie co do zasady prowadzi Policja lub organy wymienione w art. 312 k.p.k. Jednakże warto zauważyć, że ustawodawca przewidział możliwość prowadzenia dochodzenia przez prokuratora. Należy wskazać, że w rzeczywistości większość czynności w toku postępowania przygotowawczego prowadzi Policja. Jest to organ posiadający odpowiednie zasoby techniczne, osobowe jak i majątkowe. Pozwala to na rzetelne przeprowadzenie czynności zmierzających do wykrycia przestępstwa, zabezpieczenia i utrwalenia dowodów koniecznych do skierowania sprawy do postępowania sądowego.

Zasady prowadzenia postępowania w przypadku omawianych przestępstw nie ulegają znacznym zmianom⁴⁵. Różnicę stanowi katalog wykorzystywanych narzędzi i metod. Zasady ustalające właściwość miejscową oraz rzeczową zostały sformułowane w art. 5-6 k.k. oraz 31-33 k.p.k. Kryterium jest miejsce popełnienia czynu zabronionego. Zasada terytorialności, która znajduje wyraz w art. 5 k.k., wskazuje na właściwość polskiego ustawodawstwa w stosunku do sprawcy, który popełnia przestępstwo na terytorium Polski lub na pokładzie polskiego statku morskiego lub powietrznego. Z kolei norma wyrażona w art. 6 k.k. określa miejsce popełnienia czynu zabronionego jako miejsce działania, zaniechania, wystąpienia skutku albo miejsce

⁴³ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość...*, s. 41.

⁴⁴ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm.).

⁴⁵ Ł. Krysiński, *Identyfikacja cyberprzestępców*, Prokuratura i Prawo 2020/2, s. 122.

gdzie skutek wedle sprawcy miał wystąpić. Następnikiem miejsca popełnienia przestępstwa jest wyznaczenie właściwości organu ścigania. Co do zasady postępowanie prowadzi się w miejscu, w którego okręgu popełniono przestępstwo. W kontekście przestępstw związanych z naruszeniem praw autorskich warto podkreślić, że w przypadku popełnienia przestępstwa w okręgu kilku sądów właściwym do rozpoznania sprawy będzie ten sąd, w którego okręgu najpierw wszczęto postępowanie przygotowawcze. Tym samym w przypadku przestępstw popełnianych w Internecie kluczową przesłanką ustalenia właściwości sądu będzie kolejność wszczęcia postępowania przygotowawczego. Należy wskazać, że trzon ww. zasad w kontekście przestępstw popełnionych w Internecie znajduje szersze zastosowanie.

Zasady kompetencji organów upoważniają je do ścigania i ukarania sprawców czynów zabronionych popełnionych w sieci lub przy jej wykorzystaniu, podczas gdy sprawca fizycznie działał na terytorium Polski, nawet gry skutek nastąpił poza jej granicami, a także wówczas, gdy sam skutek nastąpił na terytorium Polski, choć sprawca działał w innym z państw. Sposób sformułowania zasady terytorialności jest zagadnieniem niezwykle ważkim nie tylko w kwestii dotyczących przestępstw popełnianych w Internecie, ale również dotyczących prawa autorskiego w ogóle. Należy wskazać, że łatwym sposobem popełnienia przestępstwa jest przywłaszczenie dzieła nawet w postaci zdjęcia od autora, któremu ciężko namierzyć sprawcę, a przede wszystkim o ewentualnej kradzieży się dowiedzieć. Stąd też teoria wszędobylstwa znajduje zastosowanie w świecie znacznie zglobalizowanym⁴⁶. Należy nadmienić, że transgraniczny charakter cyberprzestępczości zmusza organy do rozszerzenia podejmowanych przez nich aktywności. Nie sposób uznać, że podczas prowadzenia postępowania organ ograniczy się do działań wyłącznie na terytorium Polski lub konkretnego miejsca, w którym znajduje się lub działa pokrzywdzony. Rozszerzony obowiązek podejmowania czynności procesowych pozwala na skuteczniejsze wykrycie sprawcy, ukarania go oraz zadośćuczynienia osobie pokrzywdzonej. W literaturze wskazuje się również, że obowiązek ten ma też funkcje prewencyjną⁴⁷.

Obecne ustawodawstwo w sposób kompletny pochyła się nad pojęciem sprawcy naruszenia prawa autorskiego w Internecie. W doktrynie wskazuje się, że sprawcą mogą być różne podmioty. W doktrynie klasyfikuje się je

⁴⁶ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość...*, s. 4.

⁴⁷ E. Pływaczewski, *Zapobieganie przestępczości i sprawiedliwość karna*, Państwo i Prawo 2010, s. 133 i nast.

w trzy grupy podmiotów: *content provider*, *access provider* oraz *service provider*⁴⁸. Pierwsza kategoria to dostawca treści oraz zawartości treści. *Access provider* to z kolei dostawca dostępu do sieci i dysponent sieci telekomunikacyjnej, który zapewnia techniczny transfer danych. Podmioty zaliczane do ostatniej grupy to dostawca usług internetowych, który świadczy usługi związane z przechowywaniem, przekazywaniem i udostępnianiem informacji na rzecz użytkowników granicznych (końcowych). Należy wskazać, że *content provider* jako twórca treści, utworu posiada do nich prawa autorskie majątkowe. Tym samym nie może ponosić odpowiedzialności karnej w tym zakresie. Należy zaznaczyć, że poza powyższym wyłączeniem znajduje się sytuacja, w której *content provider* dopuszczając się np. plagiatu wprowadza do sieci utwór, którego nie jest autorem. Zgodnie z art. 1 ust. 1 pkt. 2 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną odpowiedzialność *service provider'a* została wyłączona. Tym samym dalsza analiza będzie dotyczyła odpowiedzialności *access provider'a*.

Z kolei zasady odpowiedzialności za naruszenie praw autorskich w Internecie reguluje ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Wyróżnia ona trzy sfery działalności usługodawców: *hosting*, *mere conduit*, *caching*⁴⁹. *Hosting* to zapewnienie miejsc na serwerach w sieci telekomunikacyjnej, które są dostępne dla osób trzecich. Na *hostingach* gromadzi się, przechowuje się i udostępnia się wprowadzone informacje⁵⁰. *Mere conduit* to usługi, które są wyłącznie pośrednictwem w dostępie do usługi telekomunikacyjnej. Tym samym są one jedynie przesyłem informacji wprowadzonej przez użytkownika w głąb sieci. Z kolei *caching* to automatyczne, czasowo ograniczone i pośrednie zapisywanie informacji. Możliwe jest przyspieszenie ich udostępniania na życzenie użytkownika usługi. Podczas przesyłu danych następuje ich przeniesienie na bliższy serwer, gdzie następuje zapisanie kopii danych⁵¹. Należy zauważyć, że wskazane różnice pomiędzy ww. usługami wpływają również na czas przechowywania przez nich danych. Dane są przechowywane najdłużej na *hostingu*, a krócej w usłudze *mere conduit* oraz *caching*.

⁴⁸ J. Barta, R. Markiewicz, A. Matlak, *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, [w:] System Prawa Prywatnego, t. 13, *Prawo autorskie*, Warszawa 2017, s. 1307.

⁴⁹ M. Nowikowska, *Odpowiedzialność...*, s. 138.

⁵⁰ Z. Zawadzka, *Prawo autorskie w Internecie*, [w:] J. Sieńczyło-Chlabicz (red.), *Prawo...*, s. 321.

⁵¹ K. Wójcik, *Usługa cachingu. Wyłączenie odpowiedzialności z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną*, [w:] A. Niewęglowski, M. Chrzanowski (red.), *Internet a prawo autorskie*, Lublin 2016, s. 104.

Możliwym jest również wyłączenie odpowiedzialności *access provider'a*, tj. dostawy usług internetowych za *mere conduit*. Podstawą takiego wyłączenia jest art. 12 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Jednakże warunkiem wyłączenia odpowiedzialności jest dokonanie przekazu bez poznania treści i ingerencji w nią⁵². Usługodawca za *caching* co do zasady nie ponosi odpowiedzialności za naruszenie praw autorskich, gdyż nie ingeruje w treść. Co istotne odpowiedzialność ulega również wyłączeniu jeżeli niezwłocznie po usunięciu danych z serwera początkowego usunie on utwór lub gdy uniemożliwi do niego dostęp⁵³.

W doktrynie największe wątpliwości budzi odpowiedzialność *hostingu*. W pierwszej kolejności należy zauważyć, że pojęcie *host provider* to bardzo szeroka kategoria obejmująca zarówno przechowawcę stron internetowych jak i portal społecznościowy. Może on przyjąć zarówno model pasywnej jak i aktywnej działalności⁵⁴. Kwestia ta budzi również wątpliwości w orzecznictwie TSUE⁵⁵. Zdaniem doktryny nie jest możliwym przypisanie *host provider'owi* odpowiedzialności jeżeli nie wie o bezprawnych charakterze danych. Wskazuje się, że podmioty te nie są zobowiązane do monitorowania gromadzonych i udostępnianych danych⁵⁶. Pogląd ten nie jest jednolity⁵⁷. *Host provider* ponosi odpowiedzialność od momentu powzięcia informacji o bezprawnym charakterze danych przezeń udostępnianych. Z uwagi na trudności w penalizacji naruszania praw autorskich należy zauważyć, że zasadnym jest rozszerzenie odpowiedzialności *host provider'ów*. Odmienna wykładnia prowadzi do znacznego utrudnienia penalizacji przestępstw polegających na naruszeniu praw autorskich. Należy wskazać, że to *host provider* jako pierwszy ma możliwość zauważenia naruszenia ww. praw oraz zawiadomienie organów ścigania. Oczywiście nie przysługuje mu status pokrzywdzonego, lecz zgodnie z art. 304 k.p.k. każdy dowiedziawszy się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu ma społeczny obowiązek zawiadomić o tym prokuratora. Mając na uwadze poniższą regulację minimum aktywności *host provider'ów* jest

⁵² M. Siwicki, *Nielegalna...*, s. 247.

⁵³ S. Żyrek, *Odpowiedzialność podmiotów działających w sektorze nowych technologii z tytułu naruszenia praw autorskich i własności intelektualnej przez osoby trzecie. Perspektywa europejska*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/3, s. 147-150.

⁵⁴ W. Szpringer, *Wpływ nowych technologii na ochronę praw własności intelektualnej w internecie*, e-mentor nr 1 (58), 2015, s. 67.

⁵⁵ Wyrok TSUE z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie *Public Relations Consultants Association Ltd v. Newspaper Licensing Agency Ltd I in.*, skarga nr C-360/1.

⁵⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r., I ACa 1842/14, Lex/online.

⁵⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 września 2017 r., I ACa 1494/15, Lex/online.

bieżąca aktywność oraz niezwłoczna reakcja na sygnalizowane naruszenia oraz zawiadamianie właściwych organów. Powyższe jest zgodne z polityką *notice-and-take-down*, która ogranicza arbitralność działań *hosting provider*ów⁵⁸. Jednakże należy zauważyć, że taki model postępowania może okazać się niewystarczający w świetle opisanych trudności proceduralnych i materialnych. Wyważenie przyjętego modelu jest jednak kluczowe, bowiem trudno przyjąć zasadność karania operatora strony internetowej za każde naruszenie praw autorskich.

Jednocześnie należy zauważyć, że nie stanowi naruszenia praw autorskich korzystanie z rozpowszechnionego już utworu w zakresie własnego użytku osobistego. Warto zauważyć, że zgody autora nie wymaga również tymczasowe zwielokrotnianie niemające samodzielnego znaczenia gospodarczego. Tym samym można uznać, że wykorzystanie niektórych utworów (np. grafik czy dźwięków) jest wyłączone spoza ww. naruszeń. Niemniej jednak wskazana granica jest subtelna, a jej przekroczenie spowoduje pogwałcenie praw autorów pierwotnych. W orzecznictwie wskazuje się, że przepisy ten podlegają ścisłej interpretacji i nie jest możliwe stosowanie analogii. Dodatkowo należy nadmienić, że wszelkie wątpliwości winny być rozstrzygane na korzyść autora⁵⁹.

6. TRUDNOŚCI ZWIĄZANE Z PROWADZENIEM POSTĘPOWAŃ PRZECIWKO PRZESTĘPSTWOM POPEŁNIANYM W INTERNECIE

Specyfika cyberprzestępczości w zakresie praw autorskich powoduje znaczne trudności w prowadzeniu postępowań przeciwko sprawcom. Trudności te można podzielić na kilka płaszczyzn. W pierwszej kolejności należy wskazać, że globalizacja spowodowała przyrost potencjalnych miejsc popełniania przestępstw. Większa liczba miejsc popełnienia przestępstw implikuje trudności w ich namierzaniu⁶⁰. Problem ten jest niezwykle ważki. Nie sposób uznać, że dany podmiot jest właścicielem Internetu. Implikuje to na brak międzynarodowej, scentralizowanej ochrony treści w Internecie. Celem skutecznej ochrony praw autorskich konieczna jest współpraca międzypaństwowa.

⁵⁸ W. Szpringer, *Wpływ nowych technologii na ochronę praw własności intelektualnej w internecie*, e-mentor nr 1 (58), 2015, s. 66.

⁵⁹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt IACa 406/13, Lex/online; Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 4 grudnia 2018 r. w sprawie Magyar Jeti ZRT v. Węgry, nr skargi 11257/16, HUDOC.

⁶⁰ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość...*, s. 9.

Pracę nad jej kształtem dopiero się zaczynają⁶¹. Jednakże należy nadmienić, że w tym zakresie również może być wykorzystywana działalność Eurojust i Europolu⁶².

Drugą płaszczyznę stanowi struktura praw autorskich. Stworzone wcześniej regulacje są sprawdzane przez nowe zagrożenia. Rośnie również świadomość użytkowników Internetu w zakresie przysługujących im praw autorskich. Niska świadomość użytkowników oraz twórców stwarza szerokie pole do wszelkich naruszeń⁶³. Podmioty dotknięte naruszeniem praw autorskich nie posiadają wiedzy gdzie kierować swoje roszczenia lub gdzie zgłaszać ewentualne podejrzenie popełnienia przestępstwa. Z drugiej strony brak świadomości naruszeń powoduje, że użytkownicy Internetu nieświadomie naruszają prawa autorskie. Wówczas o naruszeniu wszystkie zainteresowane podmioty dowiadują się *ex post*. Należy wskazać, że wiele czynów w zakresie praw autorskich balansuje na granicy inspiracji. Stwarza to zagrożenie ich nadużycia, a organom ścigania utrudnia pracę nad otrzymywaniem zgłoszeń⁶⁴. Remedium na przedstawiony problem wydają się być podejmowane kampanie społeczne i badania⁶⁵.

Należy zauważyć, że następstwem wykrycia naruszenia praw autorskich w Internecie jest konieczność wykrycia sprawcy. Należy wskazać, że jest to problem zarówno w dochodzeniu roszczeń cywilnoprawnych jak i ustaleniu popełnienia przestępstwa⁶⁶. Należy zauważyć, że sprawca może ukrywać się pod zaszyfowanym adresem IP, pseudonimem. Powyższa sytuacja stwarza ryzyko niewykrycia sprawcy bądź pociągnięcia do odpowiedzialności niewłaściwej osoby. Ustalenie ww. danych możliwe jest na podstawie ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁶⁷. Należy zauważyć, że w porównaniu do dochodzenia roszczeń cywilnoprawnych poszukiwanie sprawców przestępstw w świetle postanowień ww. ustawy jest znacznie

⁶¹ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość...*, s. 57.

⁶² K. Kobierski, *Eurojust and Europol in international criminal law – theoretical and practical considerations*, Global versus national perspectives in international relations, Lviv, 2020.

⁶³ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość...*, s. 214 i nast.

⁶⁴ Ł. Krysiński, *Identyfikacja...*, s. 123 i nast; J. Koniakowska-Kuczyńska, *Odpowiedzialność karna z tytułu nieuprawnionego rozpowszechniania utworu. Stanowiska w doktrynie i orzecznictwie w ujęciu historycznym*, Miscellanea Historico-Iuridica, Tom XVII, 2018, s. 194-195.

⁶⁵ <https://www.legalnakultura.pl/pl/czytelnia-kulturalna/badania-i-raporty/news/3777>, naruszenia-praw-autorskich-w-internecie-na-terenie-unii-europejskiej-2021#gsc.tab=0, [dostęp: 3 czerwca 2023 r.].

⁶⁶ P. Piesiewicz, O. Piaskowska, *Ustalenie danych osobowych sprawcy naruszenia dóbr osobistych w Internecie celem dochodzenia ich ochrony w postępowaniu cywilnym*, Zeszyty Naukowe KUL, 2018/2, s. 279.

⁶⁷ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz. U. 2017, poz. 1219 ze zm.

łatwiejsze. Ustawodawca bowiem nie przewidział uprawnienia strony do uzyskania od usługodawcy udostępnienia danych identyfikujących. Stąd też pozycja organów państwa, w tym organów ścigania jest znacznie uprzywilejowana⁶⁸. W doktrynie możliwość udostępniania danych osobowych przez dostawców usług internetowych rodzi poważne wątpliwości. Należy wskazać, że udostępnienie ww. danych stoi w sprzeczności z prawem do prywatności oraz ochrony danych osobowych⁶⁹.

Dostępne środki oraz narzędzia wykorzystywane przy prowadzeniu postępowań również stanowią trudność w wykrywaniu cyberprzestępczości z zakresu praw autorskich. Szerokie zastosowanie Internetu oraz działalność użytkowników w rzeczywistości uniemożliwia sprawdzenie wszelkich czynów w ewentualności noszących znamię zabronionych. Należy wskazać, że zadania organów ścigania skupiają się przede wszystkim na zbieraniu informacji dotyczących czynu. Do tej kategorii zalicza się pracę z udokumentowanym nielegalnym użyciem zdjęcia, projektu czy utworu a także ustalenie danych użytkownika nadużywającego. Wówczas koniecznym jest uzyskanie informacji od administratora usług świadczonych drogą elektroniczną. W zależności od wykorzystywanego środka komunikacji będą to właściciele lub administratorzy portali ogłoszeniowych czy społecznościowych⁷⁰. W praktyce zadanie to napotyka na szereg trudności. Zgodnie z art. 18 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną⁷¹ „*dane, które przechowuje, gromadzi i przetwarza usługodawca mogą zostać udostępnione w sposób nieodpłatny uprawnionym organom państwa na potrzeby prowadzonych przez nie postępowań*”. Przepis ten umożliwia ubieganie się o udostępnienie danych. Jednakże norma ta nie jest wystarczająca do wykrycia sprawcy i działać będzie wyłącznie wówczas, gdy usługodawca danych przechowuje adres IP wraz z portami, datą oraz godziną⁷².

Jednakże należy wskazać, że ww. obligacja po stronie administratora nie istnieje. Powodem takiego stanu rzeczy są ograniczenia wprowadzone w ustawach RODO⁷³. Zgodnie z zasadą ograniczonego przechowania

⁶⁸ P. Piesiewicz, O. Piaskowska, *Ustalenie...*, s. 285.

⁶⁹ A. Kuźnicka, *Egzekwowanie prawa autorskiego w Internecie a ochrona danych osobowych użytkowników*, ZNUJ 2010, nr 110, s. 109.

⁷⁰ Ł. Krysiński, *Identyfikacja...*, s. 123 i nast.

⁷¹ Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. 2019 r., poz. 123 ze zm.).

⁷² Ł. Krysiński, *Identyfikacja...*, s. 125-127; M. Cwynar, M. Soczko, *Zasada ograniczenia przechowywania danych*, <https://www.soczko.pl/iod-soczko-partnerzy/blog-ochrona-danych/ograniczenie-czasu-przechowywania> [dostęp: 10.01.2023].

⁷³ Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. 2018 r., poz. 1000 ze zm.).

wyrażoną w art. 5 ust. 1 lit. e RODO administrator sam wybiera okres przechowywania danych, jednak nie przekraczając terminu spełnienia przez nich celu przechowywania. Tym samym moment reakcji zarówno pokrzywdzonego jak i organów ścigania jest kluczowy, by postępowanie mogło się toczyć. Spóźniona reakcja uniemożliwia zdobycie kluczowych danych potrzebnych do prowadzenia sprawy. Takie unormowanie przepisów tworzy kolizję pośrednią⁷⁴. Wyraża się ona poprzez wartościowanie dóbr. Pytanie brzmi czy ważniejsza dla zachowania bezpieczeństwa jest ochrona naszych danych (*imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników (...) tożsamość osoby fizycznej*)⁷⁵, czy sposobność nieograniczonego terminem i kategorią zdobycia danych o ewentualnym przestępcy internetowym⁷⁵.

Brak scentralizowanych działań na poziomie międzynarodowym, a nawet krajowym w znaczący sposób utrudnia wykrywanie cyberprzestępczość, w tym w zakresie praw autorskich. Problem ten sygnalizowano powyżej. Możliwości techniczne Policji są na niższym poziomie aniżeli umiejętności oraz możliwości techniczne cyberprzestępców. Ten stan rzeczy pogłębia przepaść w statystyce pomiędzy popełnionymi czynami zabronionymi a ukaranymi sprawcami⁷⁶. Środkiem naprawczym byłoby stworzenie jednostki na poziomie międzynarodowym. Z drugiej strony koniecznym wydaje się być powołanie wyspecjalizowanej, odpowiednio wyszkolonej i opłaconej polskiej jednostki. W tym zakresie pozytywnie należy ocenić utworzenie przy Komendzie Głównej w Warszawie Biura do Walki z Cyberprzestępczością. W ramach Centralnego Biura Śledczego Policji utworzono także Wydział ds. Zwalczania Cyberprzestępczości. Z uwagi na krótki staż ww. Wydziału nie sposób ocenić jego efektywności. Niestety w badaniach opinii publicznej jednostka ta nie jest obdarzana dużym poparciem społecznym⁷⁷. Aspektem utrudniającym zwalczanie cyberprzestępczości jest także dynamiczny rozwój narzędzi, które zapewniają ukrycie tożsamości i prawdziwej lokalizacji. Służą do tego narzędzia anonimizujące sieć takie jak TOR lub usługa serwera Anonimous Proxy.

Przedstawione powyżej trudności związane są głównie z niedostosowaniem przepisów do rzeczywistości, braku standardów postępowania

⁷⁴ S. Czetwertyński, *Copyright trolling a problem egzekwowania praw autorskich w erze Internetu*, Współczesne Problemy Ekonomiczne nr 2/2017 (15), s. 66-68.

⁷⁵ M. Cwynar, M. Soczko, *Zasada...*

⁷⁶ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość...*, s. 5.

⁷⁷ O. Ziomek, *Nowa jednostka Policji. CBZC będzie walczyć z przestępczością w sieci*, <https://www.dobreprogramy.pl/cbzc-bedzie-walczy-z-przestepczoscia-w-sieci-to-nowa-jednostka-policji,6703201954700160a> (data dostępu: 15 lutego 2023 r.).

czy niedostatecznym finansowaniu a dalej wyszkoleniu i wyspecjalizowaniu organów. Należy wskazać również na brak dostosowania środków oraz narzędzi potrzebnych do prowadzenia ww. postępowań. Jednakże trudności te zdaniem autorek są możliwe do przezwyciężenia, gdyż mają charakter temporalny, choć jak zostanie to wskazane w dalszej części artykułu może być utrudnione.

7. WADY OBECNYCH ROZWIĄZAŃ PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH PRAW AUTORSKICH STOSOWANYCH W PRZYPADKU PRZESTĘPSTW POPEŁNIANYCH W INTERNECIE

Obecne rozwiązania prawne dotyczące cyberprzestępczości w zakresie praw autorskich zawierają szereg wad. Ich występowanie należy podzielić na kilka związanych ze sobą płaszczyzn. Jest to płaszczyzna techniczna związana z zagadnieniami przestępstw internetowych, opóźnienie wobec tempa zachodzących zmian technologicznych. Wyróżnić należy również płaszczyznę pojęciową, w której mieści się niepoprawnym definiowaniu pojęć (np. twórcy) jak i tworzy trudne do rozwiązania kolizje pośrednie⁷⁸. Poważnym mankamentem polskiego ustawodawstwa jest fakt, iż ustawa o prawie autorskim nie reguluje w sposób bezpośredni zagadnień związanych z ponoszeniem odpowiedzialności za treści rozpowszechniane w Internecie⁷⁹.

Płaszczyzna techniczna jest bezpośrednio związana z pracą organów ścigania oraz poczynionymi powyżej uwagami. Brak regulacji międzynarodowych skutkuje pogłębianiem różnic między wyspecjalizowanymi sprawcami przestępstw, a niedofinansowanymi i zbyt późno utworzonymi jednostkami do walki z cyberprzestępczością. Dysproporcja ta wpływa w sposób rażąco wpływa na zapobieganie i przeciwdziałanie przestępstw. Należy wskazać, że tendencja naruszeń jest rosnąca. Opieszałość służb w działaniach z nadużyciami przeciwko prawu autorskiemu zachęca jedynie do ich popełniania. Brak odpowiednich struktur jak i edukacji również rażąco wpływa na tempo wzrostu tego typu przestępstw⁸⁰.

⁷⁸ J. Gąsiorowski, *Cyberprzestrzeń – szansa czy zagrożenie dla społeczeństwa informacyjnego w procesie współczesnych wyzwań cywilizacyjnych*, Edukacja dla bezpieczeństwa, 3/2020 (48), s. 82-85.

⁷⁹ M. Nowikowska, *Odpowiedzialność...*, s. 137.

⁸⁰ Ł. Krysiński, *Identyfikacja...*, s. 120 i nast.; *Prawo kultury*, <https://prawokultury.pl/pierwsza-pomoc/267/>, [dostęp: 20.01.2023].

Należy zwrócić również uwagę na pojęcie twórcy w u.p.a.p.p. Pojęcie to jest niezwykle szerokie, gdyż dotyczy zarówno twórców „podpisanych” jak i *copywriter*ów czy wydawców. Z drugiej strony pojęcie to jest jednak zbyt wąskie, by przygotować się do zmian w świecie sztuki, który jest najbliższe związany z regulacjami dotyczącymi autorów i ich utworów. Podczas prac legislacyjnych, które toczyły się ponad 20 lat temu, nikt nie przypuszczał, że na świecie pojawi się zupełnie nowa technologia. Technologia, która za pomocą napisanego wcześniej napisanego programu komputerowego będzie zdolna do napisania krótkiej powieści, ale też do stworzenia filmu pełnometrażowego czy pracy doktorskiej. Mowa oczywiście o sztucznej inteligencji (dalej: AI)⁸¹. Powstałe zjawisko stwarza ważne wyzwanie zarówno ustawie jak i odbiorcom. Pomimo rozwoju AI należy chronić prawa pierwszego twórcy danego utworu. Zadanie to jest kluczowe, gdyż AI działa głównie przy użyciu dzieł już powstałych, balansując na granicy nadużycia praw autorskich⁸². Ochrona ta jest problematyczna, gdyż z prawnego punktu widzenia AI nie może nadużywać praw autorskich, gdyż nie posiada zdolności prawnej. W tym zakresie zasadnym jest stworzenie regulacji pozwalających na ochronę praw pierwotnych twórców, przy jednoczesnym nieblokowaniu rozwoju internetowego świata.

Należy wskazać, że pojęcie twórcy zmieniło swoje pierwotne znaczenie. Wpierw konwencje o ochronie praw autorskich utożsamiały pojęcie twórcy z pewną grupą społeczną związaną z artystem (np. śpiewaków czy malarzy). Obecnie twórcą może być każdy podmiot. Należy wskazać, że do stworzenia utworu nie jest konieczne posiadanie specjalnego sprzętu. Wystarczającymi narzędziami jest telefon komórkowy i Internet, który pozwala na rozpowszechnienie dzieła. Istotnie jest to również wada. Polska ustawa jest pośrednio przygotowana do tak szeroko ujmowanego pojęcia twórcy. Niemniej jednak stwarza to zagrożenie dla zwykłych użytkowników, organów ścigania jak i twórców. Koniecznym jest posiadanie przez nich *know how* w zakresie skutecznej ochrony praw autorskich.

⁸¹ M. Duszczyk, *Rewolucja ChatGPT. Poprosiliśmy AI o napisanie tego artykułu i ilustracje*, <https://cyfrowa.rp.pl/technologie/art37634921-rewolucja-chatgpt-poprosilismy-ai-o-napisanie-tego-artykulu-i-ilustracje>, [dostęp: 15.01.2023].

⁸² J. Koniakowska-Kuczyńska, *Odpowiedzialność ...*, s. 195.

8. ZALETY ROZWIĄZAŃ PRAWNYCH DOTYCZĄCYCH PRAW AUTORSKICH STOSOWANYCH W PRZYPADKU PRZESTĘPSTW POPEŁNIANYCH W INTERNECIE

Należy zauważyć, że nowelizacja u.p.a.p.p. z 2018 r. dostosowała polskie ustawodawstwo w tym zakresie do standardów europejskich. Nowelizacja skutkowała również wprowadzeniem nowych typów przestępstw. Była to właściwa odpowiedź na zwiększającą się liczbę przestępstw popełnianych w zakresie praw autorskich⁸³. Presja doktryny formułująca konieczność zmian oraz potrzebę ochrony praw autorskich za pomocą regulacji prawnokarnych okazała się skuteczna. Obecnie rozwiązania prawnokarne stanowią przeciwwagę do procedur cywilnych⁸⁴.

Stworzone regulacje uważane są w literaturze za restrykcyjne. Świadczy o tym spektrum kar grożących za popełnienie przestępstwa. W tym enumeratywnym katalogu znajduje się kara grzywny, kara ograniczenia wolności, a nawet kara pozbawienia wolności do lat 5. Surowość prawa ma na celu odstraszenie. Jest to zjawisko typowe dla polskiego ustawodawstwa. Jednakże taka regulacja negatywnie wpływa na działania zmierzające do zwiększenia świadomości prawnej czy też działań pozwalających stwarzać skuteczniejsze zabezpieczenia⁸⁵.

Na przestrzeni lat zmienił się również sposób ścigania przestępstw.

Kolejna zaleta to sposób ścigania takich przestępstw. Pierwotnie większość przestępstw stypizowanych w u.p.a.p.p. ścigana była wyłącznie na wniosek osoby prywatnej, co obciążało pokrzywdzonego dodatkowym obowiązkiem spełnienia ciężaru dowodu w postaci poniesionych strat. Jedynie kilka stypizowanych czynów mogło liczyć na postępowanie z trybu publicznoskargowego. Aktualnie tryb ten nadano wszystkim przestępstwom z u.p.a.p.p. Powyższe prowadzi do włączenia organów ścigania do postępowania już na jego początku⁸⁶. Obecnie to na organach ścigania ciąży obowiązek gromadzenia materiału dowodowego. Pokrzywdzony ma możliwość aktywnego uczestnictwa w postępowaniu, lecz inicjatywa leży po stronie organów.

Szeroki zakres podmiotowy pojęcia pokrzywdzonego należy ocenić pozytywnie. Podkreślenia wymaga fakt, że u.p.a.p.p.p. zapewnia ochronę zarówno

⁸³ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość...*, s. 4-6.

⁸⁴ J. Koniakowska-Kuczyńska, *Odpowiedzialność...*, s. 196.

⁸⁵ K. Sobczak, *Surowe kary przygotowują do recydywy, nie od uczciwego życia*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/surowe-kary-przygotowuja-do-recydywy-nie-od-uczciwego-zycia,27316.html>, [dostęp: 10.01.2023].

⁸⁶ J. Konikowska – Kuczyńska, *Odpowiedzialność...*, s. 199.

twórcom jak i innym podmiotom uprawnionym z tytułu praw autorskich lub pokrewnych. Wówczas krąg ten obejmuje zarówno autorów, współautorów, producentów, pracodawców, artystów, wydawców, a także licencjodawców⁸⁷. Regulacja ta jest niezwykle ważna w odniesieniu do rozproszenia praw autorskich, które jest skutkiem rozwoju internetu i form tworzenia. W przypadku piosenki prawa autorskie nie będą przysługiwać wyłącznie jednej osobie, a autorom tekstów, producentom muzycznym jak i wydawcy płyty. Tak szeroka ochrona przewidziana w u.p.a.p.p. powstała na kanwie mnogości uprawnionych podmiotów, co ma na celu zabezpieczenie ich ekonomicznych i prawnych interesów.

Pozytywnie należy ocenić również działalność orzecznictwa TSUE. Poniekąd Trybunał wymaga swoimi działaniami, by Państwa Członkowskie rozróżniały konkretne sytuacje, które można uznać za karnoprawne naruszenie praw autorskich, a które nie⁸⁸. Dorobek doktryny i orzecznictwa pozwolił również na wypracowanie kryteriów dopuszczalności korzystania z utworów w ramach dozwolonego użytku. Do powyższych warunków zalicza się nieodpłatność, niekomercyjność oraz przede wszystkim wcześniejsze rozpowszechnienie utworu⁸⁹. Należy nadmienić, że TSUE w sprawie Renckhoff uznał, że zgoda dysponenta praw autorskich dotyczy tylko i wyłącznie konkretnej strony internetowej. Powyższe oznacza, że jakiegokolwiek przeniesienie danych stanowi naruszenie praw autorskich⁹⁰.

Zasygnalizowania wymaga fakt, że na terenie Unii Europejskiej obowiązuje dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2001/29 o społeczeństwie internetowym, której celem jest skuteczne techniczne zabezpieczenie utworu⁹¹. Niestety rzeczywista implementacja ww. dyrektywy przynosi wiele trudności. Orzecznictwo TSUE podkreśla, że zamieszczenie linku nie jest naruszeniem praw autorskich, gdyż nie kwalifikuje się jako transmisja utworu. Stanowisko to jest kontrowersyjne w świetle treści preambuły dyrektywy jak

⁸⁷ D. Borys – Kostyra, *Odpowiedzialność karna za naruszenie praw autorskich*, <https://lexvin.pl/porady-prawne-lexvin/4217/Odpowiedzialnosc-karna-za-naruszenie-praw-autorskich>, [dostęp: 10.01.2023]; J. Koniakowska – Kuczyńska, *Odpowiedzialność...*, s. 203.

⁸⁸ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie ACI Adam BV i in. v. Stichting de Thuiscope i Stichting Onderhandelingen Thuiscope vergadering, skarga nr C-435/12, Lex/online.

⁸⁹ M. Nowikowska, *Odpowiedzialność...*, s. 146.

⁹⁰ B. Oręziak, *Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie Magyar Jeti ZRT przeciwko Węgrom*, Prawo w działaniu sprawy cywilne, 40/2019, s. 289.

⁹¹ E. Laskowska, *Penalizacja piractwa internetowego w kontekście prawa autorskiego*, s. 262.

i w znaczący sposób osłabia ochronę praw autorskich w Internecie⁹². W kontekście sformułowania przez TSUE kryterium „nowej publiczności” należy wskazać, kiedy następuje naruszenie praw autorskich. W literaturze przyjmuje się, że naruszenie to występuje w przypadku, gdy pomimo zabezpieczenia utworu środkami technologicznymi, określenia warunków korzystania z utworu oraz zamieszczenia zastrzeżenia co do eksploatacji następuje nieuprawnione wykorzystanie utworu⁹³. W przedstawionym zakresie orzecznictwo TSUE niejako utrudnia implementację jednolitej wykładni naruszania praw autorskich w Internecie.

Należy również zauważyć, że ustawodawca zdecydował się na stworzenie pryncypiów ograniczających prawa autorskie. Zalicza się do nich swobodę twórczości, powszechny dostęp do wiedzy i kultury, potrzeba rozwoju społeczeństwa. Pryncypia te są jednocześnie przesłankami wyłączenia praw autorskich do prywatnego użytku. Tym samym jest to czyn zabroniony, lecz wyłączona zostaje jego bezprawność⁹⁴. W odniesieniu do zasady ekonomiki procesowej rozwiązanie to należy ocenić pozytywnie⁹⁵. Jednakże utwierdza ono społeczeństwo w niezasadności penalizacji praw autorskich.

Wskazane powyżej zalety stanowią odpowiedź na przedstawione we części artykułu trudności i wady obecnych unormowań prawnych. Zarówno zmiana trybu prowadzenia postępowania karnego, stypizowanie nowych czynów oraz szerokie ujęcie pojęcia pokrzywdzonego stanowią realne działanie oraz dostosowanie do realiów postępowań karnych dotyczących postępowań karnych w zakresie przestępstw popełnianych w rzeczywistości. Sam fakt stypizowania przestępstw oraz ich surowa penalizacja ma na celu oddziaływanie na świadomość społeczną w zakresie problemu nadużyć praw autorskich w Internecie. Należy zauważyć, że bez uznania społecznego wszelkie działania organów jak i ustawodawcy będą traktowane jako niezrozumiałe, co utrudni realną zmianę obecnego stanu rzeczy.

PODSUMOWANIE

Wraz z rozwojem Internetu można zauważyć proces poszerzenia się gamy występujących w społeczeństwie czynów, które w przypadku stypizowania ich w ustawie prawnokarnej, stanowiłyby czyny zabronione. Cześć z nich została

⁹² K. Klafkowska-Waśniowska, *Zamieszczenie odesłań internetowych a zakres autorskich praw podmiotowych*, Białystok 2015, s. 55-57.

⁹³ K. Klafkowska-Waśniowska, *Zamieszczenie ...*, 58-59.

⁹⁴ E. Laskowska, *Penalizacja ...*, s. 265.

⁹⁵ *Ibidem*, s. 263.

stypizowana jako ataki hakerskie, plagiat czy piractwo internetowe. Jednakże znacząco wzrosła również sposobność popełniania nowych czynów, które są szkodliwe społecznie⁹⁶. Zauważalna jest pewna powściągliwość organu w podejmowaniu czynności mających na celu wykrywanie ww. czynów. Aktywność ta nadal postrzegana jest jako nieodkryty teren, który przez długi czas nie był przez nikogo niekontrolowany⁹⁷. Spowodowało to powstanie naturalnej bazy pod działania ludzkiej kreatywności, niekoniecznie zgodnej z przyjętymi normami społecznymi czy prawnymi. Jak wskazano temu procesowi nie pomaga opieszałość ustawodawcy. Reakcja ustawodawcy jest znacznie spóźniona, gdyż długo nie podejmował on żadnych kroków celem stworzenia unormowań prawnych regulujących działania Internetu jak i działalność w Internecie. Można zauważyć, że pomimo ustanowionych regulacji prawnych osoby odznaczające się sprytem nadal podejmują określone czyny omijając zabezpieczenia czy wbrew działaniom odstrasżających nielegalne działania⁹⁸. Trudności związane z działalnością w Internecie, brak skutecznych metod oraz konieczność współpracy różnych organów w znacznym stopniu uniemożliwia obecnie prowadzenie takich postępowań. Jednakże Autorki wskazują, że wady obecnych rozwiązań mają charakter wyłącznie temporalny i są możliwe do przewyżczenia.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Adamski A., *Prawo karne komputerowe*, Warszawa 2000.

Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2016.

Barta J., Markiewicz R., Matlak A., *Prawo autorskie w społeczeństwie informacyjnym*, [w:] *System Prawa Prywatnego, t. 13, Prawo autorskie*, Warszawa 2017.

Borys – Kostyra D., *Odpowiedzialność karna za naruszenie praw autorskich*, <https://lexvin.pl/porady-prawne-lexvin/4217/Odpowiedzialnosc-karna-za-naruszenie-praw-autorskich>, [dostęp: 15.01.2023].

⁹⁶ P. Opitek, *Cyberprzestępczość w pracy prokuratora*, Prokuratura i Prawo – wydanie specjalne, Warszawa 2018; K. Grzybczyk, *Prawo autorskie kontra internet*, <https://gazeta.us.edu.pl/node/420773> [dostęp: 10.01.2023].

⁹⁷ J. Wasilewski, *Cyberprzestępczość* ..., s.40.

⁹⁸ Ł. Krysiński, *Identyfikacja*..., s. 132.

Cwynar M., Soczko M., *Zasada ograniczenia przechowywania danych*, <https://www.soczko.pl/iod-soczko-partnerzy/blog-ochrona-danych/ograniczenie-czasu-przechowywania> [dostęp: 15.02.2023].

Czetwetyński S., *Copyright trolling a problem egzekwowania praw autorskich w erze Internetu*, *Współczesne Problemy Ekonomiczne* nr 2/2017 (15).

Ćwiąkański Z., Górnikowska B., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, [w:] R. Markiewicz [red.] *Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II*, Warszawa 2021.

Duszczyk M., *Rewolucja ChatGPT. Poprosiliśmy AI o napisanie tego artykułu i ilustracje*, <https://cyfrowa.rp.pl/technologie/art37634921-rewolucj-chatgpt-poprosilismy-ai-o-napisanie-tego-artykulu-i-ilustracje>, [dostęp: 10.01.2023].

Ferenc-Szydełko E. [red.], *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz do art. 116*, Warszawa 2021.

Gąsiorowski J., *Cyberprzestrzeń – szansa czy zagrożenie dla społeczeństwa informacyjnego w procesie współczesnych wyzwań cywilizacyjnych*, *Edukacja dla bezpieczeństwa*, 3/2020 (48).

Gólat R., *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2021.

Grzybczyk K., *Prawo autorskie kontra Internet*, <https://gazeta.us.edu.pl/node/420773>, [dostęp: 10.01.2023].

Jaroszevska I. A., *Wybrane aspekty przestępczości w cyberprzestrzeni*, Olsztyn 2017.

Kłafkowska-Waśniowska K., *Zamieszczenie odesłań internetowych a zakres autorskich praw podmiotowych*, Białystok 2015.

Kobierski K., *Eurojust and Europol in international criminal law – theoretical and practical considerations, Global versus national perspectives in international relations*, Lviv 2020.

Koniakowska-Kuczyńska J., *Odpowiedzialność karna z tytułu nieuprawnionego rozpowszechniania utworu. Stanowiska w doktrynie i orzecznictwie w ujęciu historycznym*, *Miscellanea Historico-Iuridica*, Tom XVII, 2018.

Kosiorowski Z., *Piractwo internetowe a wolność słowa i dostępu do treści w Internecie*, Szczecin 2019.

Koniakowska-Kuczyńska J., *Odpowiedzialność karna z tytułu nieuprawnionego rozpowszechniania utworu. Stanowiska w doktrynie i orzecznictwie w ujęciu historycznym*, *Miscellanea Historico-Iuridica*, Tom XVII, 2018;

Krysiński Ł., *Identyfikacja cyberprzestępców*, *Prokuratura i Prawo* 2020/2.

Laskowska-Litak E., *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] R. Markiewicz [red.], *Ustawy autorskie. Komentarze. Tom I*, Warszawa 2021.

Laskowska E., *„Penalizacja” piractwa internetowego w kontekście prawa autorskiego*, Kraków 2019.

Mozgawa M., Radoniewicz J., *Prawnokarne aspekty prawa autorskiego (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*, Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2002.

Nowikowska M., *Odpowiedzialność za naruszenie prawa autorskiego w Internecie*, Warszawa 2019.

Opitek P., *Cyberprzestępczość w pracy prokuratora*, *Prokuratura i Prawo – wydanie specjalne*, Warszawa 2018;.

Oreżniak B., *Analiza prawnej dopuszczalności zamieszczania hiperlinków w internecie. Uwagi na tle wyroku Europejskiego Trybunału Praw człowieka z 4.12.2018 r. w sprawie Magyar Jeti ZRT przeciwko Węgrom*, *Prawo w działaniu sprawy cywilne*, 40/2019.

Piesiewicz P., Piaskowska O. M., *Ustalenie danych osobowych sprawy naruszenia dóbr osobistych w Internecie celem dochodzenia ich ochrony w postępowaniu cywilnym*, *Zeszyty Naukowe KUL*, 60(2018).

Pływaczewski E., *Zapobieganie przestępczości i sprawiedliwość karna*, Państwo i Prawo 2010.

Seledec P., *Przestępstwa naruszające prawa autorskie*, „Przegląd Sądowy” 2003, nr 7–8, poz. 85.

Serlikowska A., *Naruszeni praw autorskich w Internecie*, *Studia Iuridica Toruniensia*, tom XIII, Bydgoszcz 2013.

Sobczak K., *Surowe kary przygotowują do recydywy, nie od uczciwego życia*, <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/surowe-kary-przygotowuja-do-recydywy-nie-od-uczciwego-zycia,27316.html>, [dostęp: 15.01.2023].

Stanisławska M., *Przestępstwa w cyberprzestrzeni. Walka z utratą danych*, International Relations Review 2020, vol. 3.

Szeligiewicz-Urban D., *Benefits and threats resulting from the use of cyberspace by children of early school age*, Humanistas. Pedagogika i Psychologia, 2018, nr 16, s. 329-337.

Szewc A., *Plagiat*, Monitor Prawniczy 2, 1996.

Szpringer W., *Wpływ nowych technologii na ochronę praw własności intelektualnej w internecie*, e-mentor nr 1 (58), 2015.

Wasilewski J., *Cyberprzestępczość – wybrane aspekty prawnokarne i kryminalistyczne*, Białystok 2017.

Wróbel M., *Cyberprzestępczość w polskim systemie prawnym*, Warszawa 2014.

Wójcik K., *Usługa cachingu. Wyłączenie odpowiedzialności z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną*, [w:] A. Niewęglowski, M. Chrzanowski (red.), *Internet a prawo autorskie*, Lublin 2016.

Zawadzka Z., *Prawo autorskie w Internecie*, [w:] J. Sieńczyło-Chalbicz (red.), *Prawo własności intelektualnej, cz. I, Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Warszawa 2018.

Ziomek O., *Nowa jednostka Policji. CBZC będzie walczyć z przestępczością w sieci*, <https://www.dobreprogramy.pl/cbzc-bedzie-walczyc-z-przestepczoscia-w-sieci-to-nowa-jednostka-policji,6703201954700160a> [dostęp: 15.01.2023].

Żyrek S., *Odpowiedzialność podmiotów działających w sektorze nowych technologii z tytułu naruszenia praw autorskich i własności intelektualnej przez osoby trzecie. Perspektywa europejska*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2017/3.

Akty prawne

Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. 2015 poz. 728).

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. nr 16 poz. 93).

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 nr 24 poz. 83).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz.U. nr 88 poz. 553).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 1997 r., nr 89, poz. 555 ze zm.).

Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz. U. 2019 r., poz. 123 ze zm.).

Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych (Dz. U. 2018 r., poz. 1000 ze zm.).

Orzecznictwo:

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 18 września 2013 r., sygn. akt I ACa 406/13, Lex/online.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 19 września 2017 r., I ACa 1494/15, Lex/online;

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 11 czerwca 2015 r., I ACa 1842/14, Lex/online;

Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 4 grudnia 2018 r. w sprawie Magyar Jeti ZRT v. Węgry, nr skargi 11257/16, HUDOC;

Wyrok Sądu Najwyższego z 15 czerwca 1989 r., sygn. III CRN 139/89, LEX nr 70836;

Wyrok Sądu Najwyższego z 23 kwietnia 2005 r., sygn. III KK 21/05, LEX nr 149621;

Wyrok TSUE z dnia 5 czerwca 2014 r. w sprawie Public Relations Consultants Association Ltd v. Newspaper Licensing Agency Ltd I in., skarga nr C-360/1;

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 kwietnia 2014 r. w sprawie ACI Adam BV i in. v. Stichting de ThuisKopie i Stichting Onderhandelingen ThuisKopie vergading, skarga nr C-435/12, Lex/online;

Źródła internetowe

<https://bgst.pl/piractwo-internetowe/> [dostęp: 04.06.2023].

<https://www.filipiakbabicz.com/nowe-media-i-technologie/2021/07/07/odpowiedzialnosc-karna-za-naruszenie-praw-autorskich-na-gruncie-prawa-polskiego/> [dostęp: 22.01.2023].

<https://prawokultury.pl/pierwsza-pomoc/267/>, [dostęp: 16.02.2023].

<https://www.radca-prawny-czapczynski.pl/prawa-autorskie-majatkowe-i-osobowe/> [dostęp: 18.01.2023].

COPYRIGHT LAW IN THE LIGHT OF CRIMES COMMITTED ON THE INTERNET

Abstract: The constant technological progress that can be observed in the modern world contributes to the constant change in reality. The development of technology, in particular the so-called cyberspace, means many benefits for society. At the same time, this phenomenon is characterized by numerous risks. First of all, it should be noted that Internet crime is currently developing to a significant extent. This necessitates the introduction of new types of offenses. Some of the newly identified acts also constitute copyright infringement. Currently, there are already several forms of copyright infringements on the Internet that give rise to criminal liability. The most common form of infringement is plagiarism and so-called intellectual piracy. The form of protection is the enforcement of claims through civil proceedings. Gravamen is available to authors of works. At the same time, it should be pointed out that these acts are also penalized by Polish law. However, the awareness of the occurrence of the above-mentioned crimes in Polish society is very low. This article presents the manner of legal regulations related to copyright infringement, which at the same time fulfill the elements of prohibited acts specified in Polish law. Key to the discussion of copyright in light of crimes committed on the Internet is the presentation of the most significant advantages and disadvantages of the currently binding regulations in this area. The authors will also indicate the difficulties faced by justice authorities in the case of Internet crime. Due to the specific nature of this issue, the basis for the conducted research is the Act of 4 February 1994 on copyright and related rights and its binding force in Polish law, as well as the functioning of provisions on criminal liability for copyright infringement offenses committed on the Internet. The analysis also covers selected provisions of the Act of 6 June 1997. - Penal Code, about the issue under examination.

Key words: property intellectual law, copyright, criminal law, criminal proceedings

PROFILOWANIE OBYWATELI - PRZYSZŁOŚĆ PREWENCJI, CZY FORMA NARUSZANIA PRYWATNOŚCI?

Streszczenie: Profilowanie jest jedną z metod powszechnie wykorzystywaną w różnych obszarach życia społecznego. Zdecydowanie społeczna świadomość funkcjonowania profilowania w życiu każdego człowieka zwiększyła się od wejścia w życie przepisów Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE, które definiuje pojęcie profilowania, jako zautomatyzowanej formy przetwarzania danych osobowych. Z nauką prawa karnego wciąż najbardziej kojarzone jest profilowanie kryminalne, odgrywające w niej szczególną rolę, a polegające na stworzeniu swoistego portretu nieznanego sprawcy przestępstwa, na podstawie pozostawionych śladów na miejscu zdarzenia czy *modus operandi* w przypadku seryjnych sprawców przestępstw. Jednakże w świetle obecnej dynamiki stosowania profilowania kluczowe są pytania, czy w przypadku prawa karnego, prócz profilowania kryminalnego, zastosowanie ma także profilowanie definiowane przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r., a także czy taka forma profilowania może przysłużyć się skuteczniejszemu zapobieganiu popełnianym przestępstwom, czy jednak stanowi to formę dyskryminacji i kategoryzacji osób przy użyciu jeszcze niedoskonałych technik przetwarzania danych osobowych, naruszając tym samym prywatność obywatela. W celu odpowiedzi na powyższe pytania posłużę się metodą analizy i konstrukcji logicznej, poprzez podział problemu badawczego na kwestie zasadności stosowania profilowania, jako formy zapobieżenia przestępstwom, oraz analizę zdań podkreślających jego zbytnią ingerencję w prywatność osoby fizycznej. Szerzej omówione zostaną także techniki przetwarzania danych osobowych, w szczególności wykorzystywane przez wymiary sprawiedliwości oraz ocena ich skuteczności w świetle orzecznictwa trybunałów luksemburskiego i strasburskiego oraz dotychczas przeprowadzonych badań naukowych.

Słowa kluczowe: profilowanie, prewencja, zautomatyzowane przetwarzanie danych osobowych, prywatność, ochrona prywatności, ochrona danych osobowych, ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych, cyberprzestrzeń, masowa inwigilacja

1. DEFINICJA PROFILOWANIA W ŚWIETLE PRZEPISÓW ROZPORZĄDZENIA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY (UE) 2016/679

Profilowanie stanowiące współcześnie metodę powszechnie znaną i wykorzystywaną w każdym obszarze życia społecznego, ma także swój udział w procesie karnym. Najczęściej i niewątpliwie słusznie wiązane jest ono z profilowaniem kryminalnym stanowiącym standardową metodę kryminalistyczną ułatwiającą rozpoznanie oraz ujęcie nieznanego sprawcy przestępstwa. Jednakże w polskim procesie karnym, a także w procesach karnych innych państw, które nie są objęte przedmiotem tej pracy, można zauważyć zastosowania innych metod profilowania, nie tylko kryminalistycznych. Wiązane są one z formą zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, będącego podstawą definicji profilowania określoną Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE¹. Związane jest to z faktem przenoszenia wszelkiej aktywności osób fizycznych co cyberprzestrzeni, skąd czerpanych jest najwięcej informacji eksplorowanych do wielkich baz danych. Następuje to często bez świadomości takiej osoby.

Poruszając już kwestię definicji profilowania warto zauważyć, że samo profilowanie według Słownika języka polskiego PWN oznacza „nadawać czemuś określony charakter, zakres, kierunek”². To właśnie poprzez wykorzystanie profilowania kryminalnego, jak i przy użyciu zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych nadawane bądź nakreślane są cechy i charakter danej osoby, która poddawana jest profilowaniu, niekiedy nieznannej osobie dokonującej profilowania, jak w przypadku profilowania będącego metodą kryminalistyczną. Natomiast według pełnej definicji profilowania nadanej przez Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE profilowanie oznacza, jak stwierdzono powyżej, dowolną formę zautomatyzowanego przetwarzania

¹ Zob. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

² Zob. Polskie Wydawnictwo Naukowe, Słownik języka polskiego PWN, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/profilowanie.html> (dostęp: 04.06.2023).

danych osobowych, która polega na wykorzystaniu danych osobowych jednostki do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, w szczególności do analizy lub prognozy aspektów dotyczących efektów pracy tej osoby fizycznej, jej sytuacji ekonomicznej, zdrowia, osobistych preferencji, zainteresowań, wiarygodności, zachowania, lokalizacji lub przemieszczania się³. Samo zaś słowo "profil" w tym wypadku definiowane jest jako zestaw danych charakteryzujący kategorię osób, który ma być zastosowany w odniesieniu do danej osoby. Warto zauważyć, że pojęcie zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych jest pojęciem szerszym od pojęcia samego profilowania, które to stanowi pewną podkategorię zautomatyzowanego przetwarzania danych i służy ocenie czynników osobowych osób fizycznych⁴. Samą definicję zawartą w art. 4 Rozporządzenia stosuje się nie tylko do przetwarzania danych zmierzających do oceny niektórych czynników osobowych osoby fizycznej, lecz także do działań przeprowadzonych w celu analizowania i przewidywania tych czynników⁵.

2. ZAUTOMATYZOWANE PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH JAKO ŚRODEK ZAPOBIEGANIA PRZESTĘPCZOŚCI

Powszechność profilowania definiowanego przez Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. powoduje, że zwiększa się jego dostępność w stosunku do profilowania w ramach postępowania karnego. Rozwój technologii i tym samym zwiększenie dostępności nowych narzędzi, które umożliwiają organom ścigania weryfikacje nieznanym im osobom powoduje, iż zautomatyzowane przetwarzanie danych osobowych może stać się interesującym dla wymiaru sprawiedliwości środkiem prewencji. Takie wykorzystanie zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych pociągałoby za sobą szybką reakcję przeciwdziałającą działaniom stypizowanym w kodeksie karnym. W założeniu takie posłużenie się profilowaniem niwelowałoby w dużym stopniu przestępczość, a nawet nie doprowadzało do dokonania czynu zabronionego przez potencjalną osobę

³ Zob. art. 4 pkt 4 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych).

⁴ Zob. Szerzej M. Ciechomska, *Prawne aspekty profilowania oraz podejmowania zautomatyzowanych decyzji w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych*, EPS 2017, nr 5, s. 37-42, LEX.

⁵ Zob. Szerzej M. Ciechomska, op. cit., LEX.

fizyczną, która zostałaby poddana weryfikacji przez dostosowany do tego system przetwarzania danych osobowych.

Na chwilę obecną taki rodzaj profilowania najczęściej jest stosowany w działaniach mających na celu zwalczanie terroryzmu i polega między innymi na analizowaniu danych np. pasażerów linii lotniczych. Następuje to poprzez przesłanie działalności osoby podlegającej weryfikacji w mediach społecznościowych oraz całokształtu jej działalności głównie w Internecie⁶. Dotyczy to przede wszystkim właśnie linii lotniczych, w których odbywa się zwiększony przepływ ludności, co stanowi wyzwanie w sferze bezpieczeństwa. W tym wypadku zwiększone jest ryzyko dokonania aktu terrorystycznego, czego głównym przykładem jest "Zamach nad Lockerbie" przeprowadzony 21 grudnia 1988 roku w wyniku podłożenia na pokładzie samolotu bomby, czego skutkiem jest śmierć 259 osób, będących pasażerami wraz z całą załogą samolotu i 11 mieszkańców miejscowości Lockerbie⁷. Takie analizowanie danych pasażerów linii lotniczych odbywa się na podstawie Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/681 w sprawie wykorzystywania danych dotyczących przelotu pasażera (danych PNR) w celu zapobiegania przestępstwom terrorystycznym i poważnej przestępczości, ich wykrywania, prowadzenia postępowań przygotowawczych w ich sprawie i ich ścigania. Wskazana dyrektywa umożliwia tworzenie systemów teleinformatycznych pozwalających na analizowanie danych o pasażerach linii lotniczych na potrzeby ochrony porządku publicznego, czyli zwalczania terroryzmu lub zapobiegania popełnieniu innych poważnych przestępstw⁸.

3. ZASTOSOWANIE ORAZ SYSTEMY ZAUTOMATYZOWANEGO PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH W CELACH PREWENCYJNYCH

W ramach profilowania należy stwierdzić, że istnieją jego dwa główne zastosowania. Pierwszym jest identyfikacja osób w oparciu o szczegółowe dane wywiadowcze, więc profilowanie skierowane już do konkretnej osoby lub grupy osób podejrzanych⁹. Drugim zaś zastosowaniem jest prognozowanie,

⁶ Zob. J. Niklas, *Profilowanie w kontekście ochrony danych osobowych i zakazu dyskryminacji*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego, 2015, s. 4.

⁷ Zob. M. Płachta, A. Dąbek, *Sprawa Lockerbie: kompromisowy i unikalny charakter rozwiązania międzynarodowego*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, 2003.

⁸ Zob. J. Niklas, op. cit., s. 22-24.

⁹ Zob. szerzej Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, *Zapobieganie niezgodnemu z prawem profilowaniu obecnie i w przyszłości: przewodnik*, 2019, s. 18.

a ściślej metoda prognozowania służąca identyfikacji nieznanym organom ścigania osób¹⁰. W ramach tego podziału można także wyróżnić podejście proaktywne i reaktywne organów ścigania, gdzie reaktywne ściśle związane jest z identyfikacją osób w oparciu o szczegółowe dane, którego głównym zadaniem jest zatrzymanie podejrzanego, natomiast podejście proaktywne wiąże się z działaniem Policji bądź innych organów państwowych polegającym na prognozowaniu¹¹. W przypadku tego ostatniego celem jest przewidzenie miejsca oraz czasu potencjalnego popełnienia przestępstwa i jest to tzw. analiza ryzyka¹². Reasumując w modelu reaktywnym wymiar sprawiedliwości podejmuje działania, gdy zostało już popełnione przestępstwo, natomiast w proaktywnym wymiar sprawiedliwości ma na celu wyprzedzenie popełnienia przestępstwa.

Innym zaś profilowaniem jest profilowanie z wykorzystaniem algorytmu opierające się na wykorzystaniu danych przechowywanych w systemach teleinformatycznych. Na podstawie analizy tych danych organy ścigania ukierunkowują swoje działania zapobiegawcze na konkretne osoby czy grupy osób¹³. Najczęściej ten sposób profilowania odbywa się na podstawie takich systemów, jak chmura obliczeniowa, którą możemy definiować jako sposób dostępu poprzez sieć komputerową do współdzielonych i łatwo konfigurowalnych zasobów obliczeniowych, czy *Big Data* definiowany jako sposób przetwarzania danych pochodzących z różnych aspektów badanego problemu¹⁴. Powyższe systemy pozwalają więc na gromadzenie i pozyskiwanie zbiorów danych, często złożonych oraz głównie pozyskiwanych właśnie z wielu rozproszonych baz danych¹⁵. W ten sposób można skutecznie pozyskać dokładne informacje o różnych osobach, co szczególnie widoczne jest w marketingu wykorzystującym wszelkie pozyskane dane do tworzenia między innymi idealnie dostosowanych dla każdego reklam. W stosunku do wykrywania przestępstw znaczącą rolę odgrywa wykorzystanie systemów *Big Data* tworzących rynek profilowania obywateli. Może on być wykorzystywany do prognozowania przyszłych zdarzeń, typizując w ten sposób z dużego zbioru danych na podstawie z pozoru nieistotnych oraz niepowiązanych informacji, osoby, które mogą być zaangażowane w działania przestępcze¹⁶.

¹⁰ Zob. szerzej Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, op cit, s. 18.

¹¹ Zob. *ibidem*, s. 19.

¹² Zob. *ibidem*, s. 19.

¹³ Zob. *ibidem*, s. 19.

¹⁴ Zob. M. Rojszczak, *Przetwarzanie danych w modelu chmury obliczeniowej* [w:] *Ochrona prywatności w cyberprzestrzeni z uwzględnieniem zagrożeń wynikających z nowych technik przetwarzania informacji*, Warszawa 2019, s. 340, s. 392.

¹⁵ Zob. M. Rojszczak, *Analiza dużych zbiorów danych...*, s. 394.

¹⁶ Zob. *Ibidem*, s. 394.

Wszystko dotyczące profilowania z wykorzystaniem algorytmu ściśle związane jest co warto zauważyć z cyberprzestrzenią, której pojęcie upowszechniło się już w ubiegłym wieku za sprawą Williama Gibsona oraz Norberta Wienera, twórcy cybernetyki. Obecnie cyberprzestrzeń można definiować jako domena związana z użyciem danych elektronicznych i elektromagnetycznych urządzeń w celu gromadzenia, modyfikowania i wymiany danych za pomocą systemów sieciowych, co jako definicja cyberprzestrzeni zostało wprowadzone przez Departament Obrony Stanów Zjednoczonych i chwili obecnej jest definicją cyberprzestrzeni najczęściej powielaną¹⁷. Jest to więc sfera aktywności jednostek, głównie w Internecie, która pozwala uzyskać wszelkie informacje stanowiące poniekąd danej takiej jednostki. Podlegają one w kolejnych etapach analizy, wykorzystaniu między innymi dla celów prewencyjnych.

Łącząc podejście proaktywne wymiaru sprawiedliwości z profilowaniem definiowanym jako dowolna forma zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych można uzyskać niezwykle istotny zwrot prewencyjny w procesie karnym. Rzetelne wykorzystanie danych osobowych zgromadzonych w wyżej wymienionych bazach danych pomogłoby właśnie uprawnionym do tego organom ścigania uprzedzić potencjalnego sprawcę przestępstwa w dokonaniu czynu zabronionego.

Szczególnie istotne jest to współcześnie, gdy wszelka aktywność społeczeństwa w dużej mierze przeniosła się do cyberprzestrzeni, w której znaczna część użytkowników, szczególnie chętnie udostępnia informacje o swoich zainteresowaniach oraz poglądach. Właśnie ten sposób profilowania przyczynił się do zapobieżenia dokonaniu wielu aktów terrorystycznych. Spowodowane jest to szybką reakcją wymiaru sprawiedliwości na działalność poszczególnych osób w mediach społecznościowych nawołującą do aktów nienawiści w stosunku do różnych grup narodowych bądź etnicznych, czy na podstawie najczęściej wyszukiwanych haseł w przeglądarce. Następuje to przy wykorzystaniu techniki *data mining*, której celem jest gromadzenie informacji dotyczących jednej osoby z różnych źródeł, podlega stałej eksploracji do baz danych¹⁸.

Taka forma prewencji nie zawsze związana jest z pewnością, iż to dana osoba poddawana profilowaniu jest tą, która ma potencjalną chęć dokonania czynu zabronionego. Najczęściej jest to związane z faktem korzystania przez kilka osób z tego samego adresu IP, który w pierwszej kolejności jest brany pod uwagę w przypadku dokonywania przestępstw w cyberprzestrzeni. Warto

¹⁷ Zob. Szerzej J. Wasilewski, *Zarys definicyjny cyberprzestrzeni*, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego, 2013/9, s. 225.

¹⁸ Zob. M. Ciechomska, op. cit., s. 37-42, LEX.

zauważyć, że profilowanie definiowane przez Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. jest oparte wyłącznie na zautomatyzowanych systemach, które zaś oparte są na systemach matematycznych¹⁹. W ich praktycznym wykorzystaniu rola człowieka ulega zminimalizowaniu i dotyczy podejmowania późniejszych decyzji na ich podstawie zebranych informacji. Z tego powodu podczas dokonywania eksploracji danych nie uwzględniane są między innymi skomplikowane sytuacje życiowe, czy relacje międzyludzkie, co może powodować błędną kwalifikację cech osoby poddawanej profilowaniu²⁰. Takie profilowanie ustala wyłącznie ogólne korelacje między cechami danej osoby z wyłączeniem cech szczególnych, co może powodować ich nieprawidłowość prowadzącą do dyskryminacji czy powielania stereotypów²¹. Ponadto profilowanie odbywa się tylko na cechach, które zostały ujawnione przez daną osobę w cyberprzestrzeni, co tym samym zwiększa margines błędu zautomatyzowanego przetwarzania danych w ramach profilowania²².

4. ZAUTOMATYZOWANE PRZETWARZANIE DANYCH OSOBOWYCH A OCHRONA PRYWATNOŚCI

Istotna w zakresie zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych jednostki jest problematyka ochrony prywatności, gdy do profilowania wykorzystywane są coraz to nowsze techniki analizujące praktycznie każdy aspekt życia poddawanej profilowaniu osoby fizycznej. Gwarancja ochrony prywatności jest jednym z podstawowych praw człowieka i ma nierozwalny związek z godnością człowieka, która to godność ma charakter uniwersalny, przyrodzony, niewyzbywalny oraz nienaruszalny²³. Także sama prywatność jako odrębne dobro podlega wszelkiej ochronie. Jednakże przy tak dynamicznym rozwoju cyberprzestrzeni i wyżej wspomnianych technik profilowania, w szczególności systemów *Big Data*, które w oparciu w wszelkie informacje dostępne w Internecie wkraczają w sferę życia prywatnego jednostek, prawna ochrona prywatności może stać się niewystarczająca. Wykazał to między innymi wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej C-210/16 mający charakter precedensowy w stosunku do wykładni nieobowiązującej już Dyrektywy 95/46/WE, która stanowiła podstawę do współczesnych regulacji

¹⁹ Zob. Szerzej J. Niklas, op.cit, s. 7.

²⁰ Zob. szerzej M. Ciechomska, op. cit., s. 37-42, LEX.

²¹ Zob. Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, op. cit., s. 15-17.

²² Zob. Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, op. cit., s. 16.

²³ Zob. *Ibidem*, s. 59.

ochrony danych osobowych. Odnosił się on do rynku portali społecznościowych, z którego obecnie czerpanych jest najwięcej informacji gromadzonych w ramach *data harvesting*²⁴. Wykorzystywane są one między innymi w celach marketingowych, czy właśnie do zwalczania przestępczości, a który w pewnym stopniu był nieobjęty aktami regulującymi ochronę danych osobowych²⁵. Wyrok ten dzięki swojej precedensowości przeniósł ochronę prywatności właśnie na rynek portali społecznościowych, który dotychczas był nieobjęty regulacjami ówczesnej dyrektywy.

Warto zauważyć odnosząc się do problematyki ochrony prywatności, że ochrona danych osobowych stanowi szczególną formę ochrony prywatności. Realizuje ona cele ochrony prywatności na płaszczyźnie cyberprzestrzeni, w której ochrona prywatności ulega ograniczeniu²⁶.

Potrzeba wyodrębnienia z problematyki prywatności kwestii ochrony danych osobowych wynika więc z rozwoju technologicznego, który stanowi nowe zagrożenie dla zagwarantowanej ochrony prywatności jednostki, zawężającego obszar jej autonomii²⁷. Prawo do ochrony prywatności jest prawem zakazującym wszelkiej ingerencji w sferę prywatności w szerokim tego słowa znaczeniu. Ochrona danych osobowych ogranicza się zaś do kwestii przetwarzania danych osobowych, z tego powodu więc stanowi pewną podkategorię ochrony prywatności²⁸.

Szczegółnej ochrony w tym wypadku wymagają dane wrażliwe, których naruszenie może stanowić podstawę profilowania realizującego cechę dyskryminacji. Już Konwencja nr. 108 Rady Europy dotycząca ochrony danych osobowych jako dane wrażliwe wskazała dane ujawniające pochodzenie rasowe, poglądy polityczne, przekonania religijne oraz informacje dotyczące zdrowia lub życia seksualnego, więc dane, których gromadzenie jak i przetwarzanie może prowadzić do niezgodnej z prawem dyskryminacji²⁹. Dyrektywa 95/46 poszerzyła ten katalog o przynależność do związków zawodowych, natomiast polskie regulacje rozszerzyły katalog danych wrażliwych o nałogi, jak i kod

²⁴ Zob. M. Rojszczak, *Odpowiedzialność za przetwarzanie danych przez portal społecznościowy. Glosa do wyroku TS z dnia 5 czerwca 2018 r., C-210/16*, EPS 2018, nr 10, s. 40-46, LEX.

²⁵ Zob. M. Rojszczak, op. cit., s. 40-46, LEX.

²⁶ Zob. szerzej M. Rojszczak, *Prywatność a ochrona danych osobowych – związek pojęciowy* [w:] *Ochrona prywatności w cyberprzestrzeni z uwzględnieniem zagrożeń wynikających z nowych technik przetwarzania informacji*, Warszawa 2019, LEX.

²⁷ Zob. M. Ciechomska, op. cit., s. 37-42, LEX.

²⁸ Zob. Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, op. cit., s.34.

²⁹ Zob. szerzej Konwencja Nr 108 Rady Europy o ochronie osób w związku z automatycznym przetwarzaniem danych osobowych, sporządzona w Strasburgu dnia 28 stycznia 1981 r., (Dz.U. 2003.3.25).

genetyczny³⁰. Wszystkie powyżej wymienione rodzaje danych wrażliwych w przypadku profilowania mającego postać zautomatyzowanego przetwarzania danych nazywane są cechami chronionymi. W celu więc gromadzenia i przetwarzania danych organy ścigania muszą zapewnić, iż te działania mają podstawy prawne, uzasadniony cel oraz są niezbędne w ich działalności.

5. REGULACJE OCHRONY DANYCH OSOBOWYCH W CYBERPRZESTRZENI

Precedensowy charakter w zakresie ochrony danych osobowych w stosunku do przetwarzania i gromadzenia danych osobowych ma Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679, powszechnie znane jako ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych określające nie tylko definicje profilowania, lecz także zasady na jakich powinno się ono odbywać, czyli w sposób rzetelny, zgodny z prawem oraz przejrzysty. Opisywane rozporządzenie stanowi więc podstawową płaszczyznę regulacji, dotyczącą zarazem prawa prywatnego, jak i publicznego odnoszących się do tematyki przetwarzania danych osobowych³¹. Należy stwierdzić, iż ochrona danych osobowych i tym samym ochrona prywatności jest najbardziej kompleksowo zagwarantowana właśnie na gruncie prawa Unii Europejskiej, które traktowane jest jako uzupełniające i ujednolicające prawodawstwo wewnętrzne państw członkowskich. Zgodnie z ogólnym rozporządzeniem o ochronie danych osobowych warunkiem przetwarzania danych osobowych jest wyrażenie zgody na to przez podmiot danych, chyba że przetwarzanie jest niezależne od jego interesu lub w przypadku realizacji zadania wykonywanego w interesie publicznym albo w razie wykonania zobowiązania prawnego nałożonego na administratora danych. Administrator danych oznacza zaś osobę fizyczną lub prawną, organ publiczny, jednostkę lub inny podmiot, który samodzielnie lub wspólnie z innymi ustala cele i sposoby przetwarzania danych osobowych³². W stosunku do profilowania jako zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych w celach prewencyjnych zastosowanie mają wyżej wymienione rozporządzenie oraz dyrektywa 2016/680, zwana dyrektywą dotyczącą policji.

³⁰ Zob. J. Niklas, op. cit., s. 14-17.

³¹ Zob. szerzej M. Rojszczak, *Podstawowe zasady przetwarzania* [w:] *Ochrona prywatności w cyberprzestrzeni z uwzględnieniem zagrożeń wynikających z nowych technik przetwarzania informacji*, Warszawa 2019, LEX.

³² Zob. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

Reguluje ona kwestię ścigania sprawców przestępstw i zapobiegania przestępczości przy wykorzystaniu przetwarzania i gromadzenia danych osobowych. Na gruncie regulacji krajowych zaś obowiązuje w tej materii ustawa z dnia 14 grudnia 2018 r. o ochronie danych osobowych przetwarzanych w związku z zapobieganiem i zwalczaniem przestępczości. Dyrektywa dotycząca policji rozszerza zakres definicji między innymi "czynności policyjnych" oraz określa cztery podstawowe kryteria na jakich powinno opierać się gromadzenie i przetwarzanie danych osobowych osób fizycznych. W stosunku do definicji "czynności policyjnych" w zakresie objętym dyrektywą należy rozumieć je jako nie tylko działania koncentrujące się na zapobieganiu przestępczości, prowadzeniu postępowań przygotowawczych oraz wykrywaniu i ściganiu sprawców czynów zabronionych, ale również działania wstępne, podejmowane nawet, gdy nie ustalono, czy dane działanie jest działaniem wypełniającym znamiona czyny zabronionej³³. Zaś kryteriami, których organy ścigania powinny przestrzegać przy gromadzeniu i przetwarzaniu danych osobowych są działania na podstawie wyraźnie wskazanej podstaw prawnej, uzasadniony cel, niezbędność podejmowanych działań do osiągnięcia tego celu oraz proporcjonalność, gdyż środki użyte przy profilowaniu powinny być równoważne z celem, który im przyświeca³⁴. Profilowanie niespełniające tych kryteriów w konsekwencji może prowadzić do zmniejszenia zaufania do wymiaru sprawiedliwości oraz organów ścigania.

W przypadku profilowania z wykorzystaniem algorytmu ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych, jak i dyrektywa dotycząca policji zmienia katalog wymogów prawnych profilowania. Zgodnie z tymi aktami przetwarzanie danych osobowych musi odbywać się w wyraźnie określonym celu, którym w tym wypadku jest zapobieganie przestępstwom oraz zabezpieczenie bezpieczeństwa publicznego, ze wskazaniem jego niezbędności³⁵. Profilowanie powinno także odbyć się w oparciu o konkretną podstawę prawną sformułowaną w sposób jasny i precyzyjny oraz dodatkowo osoba fizyczna powinna zostać poinformowana o przetwarzaniu jej danych osobowych³⁶. One zaś powinny być przechowywane bezpiecznie, gdyż każde niezgodne

³³ Zob. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW.

³⁴ Zob. Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, op. cit., s. 35-41.

³⁵ Zob. *Ibidem*, s. 111-113.

³⁶ Zob. *Ibidem*, s. 115.

z prawem przetwarzanie danych i naruszenie bezpieczeństwa ich przechowywania powinno być niezwłocznie wykryte przez organy ścigania, których zadaniem jest także zapobieganie tego typu działaniom³⁷. W stosunku do bezpiecznego przechowywania danych organy ścigania powinny zapewnić, aby osoby nieuprawnione nie miały dostępu do danych, dane nie były wykorzystane do innych celów, niż pierwotny oraz aby dane nie były przechowywane dłużej, niż jest to konieczne³⁸. Przy zapobieganiu niezgodnego z prawem przetwarzania danych osobowych przepisy rozporządzenia i dyrektywy wymagają od policji oraz organów zarządzania granicami dokonania oceny skutków przed przeprowadzeniem przetwarzania danych, gdyż takie gromadzenie, jak i przetwarzanie danych stanowi duże ryzyko naruszenia praw podstawowych osoby fizycznej. Powinna ona zawierać ogólny opis planowanych operacji przetwarzania, ocenę ryzyka naruszenia praw i wolności, środki planowane zapobiegające naruszeniom oraz zabezpieczenia, a także mechanizmy bezpieczeństwa mające zapewnić ochronę danych osobowych³⁹. Jest to więc ocena co do jakości zgromadzonych danych lub systemu, w ramach którego ma być dokonane profilowanie, jego podstawy prawnej oraz zastosowanych środków w celu zapewnienia zgodności profilowania z prawem⁴⁰. Ocena skutków pomaga także w wczesnym wykryciu cech dyskryminacji czy ukrytych uprzedzeń⁴¹. Przy zautomatyzowanym gromadzeniu i przetwarzaniu danych osobowych prawa osoby fizycznej takie jak prawo do bycia poinformowanym, prawo dostępu do swoich danych osobowych, czy prawo do wniesienia skargi na bezprawne przetwarzanie danych osobowych powinny być zachowane.

Odnosząc się do prawa do informacji warto zwrócić uwagę na wymóg uzyskania zgody przez administratora danych na ich przetwarzanie, gromadzenie oraz późniejsze ewentualne wykorzystanie, co realizuje w pewien sposób właśnie opisywane prawo do informacji. Dzięki temu jednostka może sama określić, czy wyraża zgodę na te działania, czy też nie. Ponadto według obowiązujących regulacji przenosi to na nią konieczność samodzielnego dbania o ochronę własnej prywatności wbrew postulowanemu przez ekspertów przeniesieniu odpowiedzialności o ochronę prywatności na podmioty przetwarzające dane osobowe. Podsumowując problematykę gwarancji praw

³⁷ Zob. *Ibidem*, s. 117.

³⁸ Zob. M. Kusak, P. Wiliński, *Transfer dowodów zawierających dane osobowe w Unii Europejskiej* [w:] *Ochrona danych osobowych w ściganiu przestępstw. Standardy krajowe i unijne*, red. M. Kusak, P. Wiliński, Warszawa 2020, LEX.

³⁹ Zob. Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, op. cit., s. 119.

⁴⁰ Zob. *Ibidem*, s. 119.

⁴¹ Zob. *Ibidem*, s. 119.

osoby fizycznej na gruncie regulacji dotyczących gromadzenia i przetwarzania danych osobowych należy także podkreślić, iż możliwe jest ich ograniczenie. Następuje to głównie w celu ochrony bezpieczeństwa publicznego oraz narodowego, co dotyczy większości praw oraz regulacji nie tylko odnoszących się do kwestii zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych. Następuje to także w celu uniknięcia utrudnień w prowadzeniu dochodzenia czy w prowadzeniu badań naukowych, a nawet w celu zapobiegania przestępczości⁴².

6. PROBLEMATYKA MASOWEJ INWIGILACJI

Odnosząc się do kwestii prywatności w stosunku do profilowania z wykorzystaniem zautomatyzowanego przetwarzania danych należy także zwrócić uwagę na niebezpieczeństwo zagrożenia prawa jakim jest prywatność przy zastosowaniu masowej inwigilacji, której problematyka coraz częściej jest brana pod uwagę, jako zagrożenie współczesnego świata. Świadomość społeczeństwa o masowej inwigilacji zwiększyła się od ujawnienia praktyk *National Security Agency* polegających na masowym, nieukierunkowanym na konkretne jednostki wykorzystaniu metod *cable-bound Internet traffic* oraz *PRISM programme*, co wpłynęło negatywnie na relacje między Stanami Zjednoczonymi a Unią Europejską, w konsekwencji prowadząc do unieważnienia decyzji ramowej z dnia z dnia 26 lipca 2000 r. w sprawie "bezpiecznej przystani" (ang. *Safe Harbour*) wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, C-362/14⁴³. Wynika z tego, iż państwa demokratyczne coraz chętniej sięgają po środki prowadzące do masowej inwigilacji w celu zabezpieczenia szeroko pojętego bezpieczeństwa publicznego oraz bezpieczeństwa narodowego. Taki rodzaj inwigilacji odbywa się właśnie przy pomocy wyżej opisanych systemów prowadzących do zautomatyzowanego przetwarzania danych i ma on zastosowanie w stosunku do całego społeczeństwa umożliwiając tym samym prognozowanie jego zachowania oraz rozwoju. Tym samym w skrajnych przypadkach zauważalnych w państwach totalitarnych masowa inwigilacja może stać się środkiem zmian tendencji rozwoju społeczeństwa i szybkiej reakcji państwa na niechciane z jego punktu widzenia zmiany poglądów. Warto zauważyć, iż masowa inwigilacja zachowuje cechę tajności, przez co poniekąd stanowi to nadużycie władzy ograniczającej w ten sposób nie tylko prawo obywatela

⁴² Zob. J. Niklas, op. cit., s.19.

⁴³ Zob. Wyrok TS z 6.10.2015 r., C-362/14, MAXIMILLIAN SCHREMS v. DATA PROTECTION COMMISSIONER, ZOTSiS 2015.

do prywatności i tym samym ochrony danych osobowych, ale także prawo do bycia poinformowanym⁴⁴.

Masowa inwigilacja faktycznie prowadzi do zwrotu prewencyjnego w państwie, jednakże stanowi tym samym zagrożenie dla prywatności osoby fizycznej, którego w jej wypadku nie da się uniknąć. Jako przykład wpływu na prywatność osób fizycznych przy wykorzystaniu środków masowej inwigilacji należy wskazać System zaufania społecznego wprowadzony przez Rząd Chińskiej Republiki Ludowej, krytykowany między innymi przez Organizację Narodów Zjednoczonych za zbytne ograniczenie wolności obywateli Chin. Opiera się on na systemie punktowym polegającym na przyznawaniu bądź odejmowaniu punktów za określone zachowania, co w konsekwencji ma wpływ na późniejsze życie danej osoby⁴⁵. Organizacja Narodów Zjednoczonych wskazała także, iż takie wykorzystanie środków masowej inwigilacji może być w konsekwencji wykorzystywane przez władzę różnych państw do realizacji własnych celów, często niezgodnych z oczekiwaniami obywateli. Podobnie podkreślone zostało to na forum Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, gdzie jako potencjalne skutki masowej inwigilacji wskazano możliwe wykorzystanie jej w celach politycznych, uniknięcie kontroli organów niezależnych, których funkcjonowanie oparte jest na ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych, a także ryzyko dywersyfikowania grup inwigilowanych ze względu na obywatelstwo⁴⁶.

7. ZAGADNIENIE PROFILOWANIA Z WYKORZYSTANIEM ALGORYTMU W CELACH PREWENCYJNYCH W ŚWIETLE ORZECZNICTWA EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA ORAZ TRYBUNAŁU SPRAWIEDLIWOŚCI UNII EUROPEJSKIEJ

Problematyka ochrony danych osobowych coraz częściej staje się tematem orzecznictwa strasburskiego oraz luksemburskiego wypracowującego nowe standardy ochrony danych osobowych rozszerzając je na kwestie niedostatecznie uregulowane w przedmiotowym rozporządzeniu oraz dyrektywach 2016/681 oraz 2016/680. Główną tezę przywoływaną przez Europejski Trybunał Praw Człowieka oraz utrzymywaną w orzecznictwie tego trybunału jest

⁴⁴ Zob. M. Rojszczak, *Cztery fałszywe hipotezy na temat ochrony prywatności i masowej inwigilacji*, PiP 2018, nr 10, s. 32-49, LEX.

⁴⁵ Zob. <https://www.bbc.com/news/world-asia-china-34592186> (dostęp: 02.02-20.02.2023 r.).

⁴⁶ Zob. M. Kusak, P. Wiliński, op. Cit., LEX.

stwierdzenie, iż wszelkie gromadzenie informacji o obywatelach odnośnie zapobiegania przestępczości przez służby państwowe prowadzi do ingerencji w zagwarantowane prawo do prywatności⁴⁷. Z tego powodu w orzecznictwie tego trybunału, stojącego na straży praw człowieka i obywatela postuluje się, aby środki podejmowane przez takie organy były poddawane kontroli ze strony niezależnego organu oraz były one dostosowane proporcjonalnie do osiągnięcia zamierzonego celu, a co najważniejsze, aby działania służb państwowych były zgodne z zasadą legalizmu, czyli aby były podejmowane w granicach i w oparciu o przepisy prawa⁴⁸. Najszerzej na gruncie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka omawiana jest kwestia programów inwigilacyjnych prowadzonych przez organy państwowe w celu zapobieżenia popełnieniu najcięższym przestępstwom prowadzących tym samym do masowej inwigilacji.

W sprawie *Klass i in. v. Niemcy* zdaniem Trybunału już samo istnienie takich programów może prowadzić do naruszenia prywatności, przy czym jednostki poddane profilowaniu za pomocą programów inwigilacyjnych mają prawo kwestionować legalność przepisów na podstawie, których wprowadzono opisywane programy⁴⁹. Jednakże nie każda ingerencja władz państwowych w tym wypadku będzie spełniała znamiona bezprawności. Postanowieniem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z 29.06.2006 r. w sprawie *Weber i Saravia* przeciwko Niemcom zgodność z prawem programów inwigilacyjnych powinna być zapewniona poprzez spełnienie warunków, jakimi są oparcie prowadzenia tych programów na odpowiednich przepisach krajowych, zgodność z zasadą demokratycznego państwa prawnego oraz zapewnienie przewidywalności przepisów z punktu widzenia jednostki⁵⁰. Dodatkowo Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie *Szabo i Vissy v. Węgry* wprowadził termin "ściśła konieczność" w stosunku do profilowania z wykorzystaniem programów inwigilacyjnych, zawężając tym samym znaczenie definicji konieczności, będącej jednym z warunków profilowania z wykorzystaniem algorytmu, wprowadzonym dyrektywą dotyczącą policji⁵¹. Zgodnie z tym orzeczeniem "ściśła konieczność" oznacza potrzebę zastosowania danego środka w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa, a także potrzebę procesową,

⁴⁷ Zob. M. Rojszczak, Zagadnienie masowej inwigilacji w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka [w:] *Ochrona prywatności w cyberprzestrzeni z uwzględnieniem zagrożeń wynikających z nowych technik przetwarzania informacji*, Warszawa 2019, s. 461.

⁴⁸ Zob. M. Rojszczak, op.cit., s. 462-463.

⁴⁹ Zob. Wyrok ETPC z 6.09.1978 r., 5029/71, KLASS I INNI v. NIEMCY.

⁵⁰ Zob. Decyzja ETPC z 29.06.2006 r., 54934/00, WEBER I SARAVIA v. NIEMCY.

⁵¹ Zob. M. Rojszczak, op.cit., s. 464.

związaną z pozyskaniem istotnych informacji dotyczących inwigilowanych jednostek, których nie można uzyskać przy pomocy innych technik⁵².

Na gruncie zaś orzecznictwa trybunału luksemburskiego wypracowano obowiązujące standardy ochrony danych osobowych dopuszczające ingerencję w prawo do prywatności jednostki, gdy jest to oparte na jasnej, precyzyjnie określonej podstawie prawnej, jest niezbędne oraz odbywa się w ramach niezależnego organu, który obowiązany jest kontrolować działania polegające na zautomatyzowanym przetwarzaniu danych osobowych⁵³. W wyroku *Schrems* Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej określił także wymóg zapewnienia osobie poddawanej profilowaniu skutecznego środka prawnego przed bezstronnym sądem, zgodnie z art. 47 Karty praw podstawowych Unii Europejskiej w razie naruszenia jej praw profilowaniem niespełniającym wyżej wymienionych warunków⁵⁴. Jak wyraźnie podkreślił Trybunał „uregulowanie nieprzewidujące dla jednostek żadnej drogi prawnej w celu uzyskania dostępu do dotyczących ich danych osobowych lub sprostowania czy usunięcia takich danych nie zapewnia poszanowania zasadniczej istoty prawa podstawowego do skutecznej ochrony prawnej”⁵⁵.

Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stworzyło więc podstawę, na której obecnie opierają się akty normatywne regulujące ochronę prywatności oraz danych osobowych na gruncie prawa europejskiego. Ponadto w sposób precedensowy dostosowuje ono linie orzecznicze do wciąż zmieniającego się świata w cyberprzestrzeni dążącego do stworzenia społeczeństwa informacyjnego. Tak dynamiczny rozwój technologii prowadzi do zwiększenia aktywności trybunałów, w których sprawy dotyczące ochrony prywatności w cyberprzestrzeni zajmują coraz częściej główne miejsce w stosunku do spraw podejmowanych dotychczas. Tym samym zwiększa to znaczenie orzecznictwa opisywanych trybunałów w dobie społeczeństwa informacyjnego.

⁵² Zob. Wyrok ETPC z 12.01.2016 r. w sprawie Szabo i Vissy v. Węgry, 37138/14.

⁵³ Zob. M. Rojszczak, *Zagadnienie masowej inwigilacji w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej* [w:] *Ochrona prywatności w cyberprzestrzeni z uwzględnieniem zagrożeń wynikających z nowych technik przetwarzania informacji*, Warszawa 2019, s. 468-478.

⁵⁴ Zob. Wyrok TS z 25.01.2018 r., C-498/16, MAXIMILIAN SCHREMS v. FACEBOOK IRELAND LIMITED, ZOTSiSPI 201.

⁵⁵ Zob. Ibidem.

8. SKUTECZNOŚĆ PROFILOWANIA Z WYKORZYSTANIEM ZAUTOMATYZOWANEGO PRZETWARZANIA DANYCH OSOBOWYCH W CELACH PREWENCYJNYCH

Skuteczność przedmiotowego profilowania wciąż poddawana jest badaniom, które dotychczas prowadzą do sprzecznych wniosków. Najwięcej badań dotyczących skuteczności profilowania z wykorzystaniem algorytmu zostało przeprowadzonych na terytorium Stanów Zjednoczonych, gdzie wykorzystywanych jest obecnie najwięcej systemów wspierających wymiar sprawiedliwości przy wykorzystywaniu zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych. Z tego względu w ramach przykładu wskazane zostaną badania przeprowadzone na przestrzeni kilku ostatnich lat, właśnie na terytorium tego państwa, przy użyciu różnych systemów zautomatyzowanego gromadzenia i przetwarzania danych osobowych.

Pozytywnym wynikiem wskazującym na zwiększenie skuteczności algorytmów w wykrywaniu przestępstw oraz ich zapobieżeniu zakończyły się badania terenowe przeprowadzone przy wykorzystaniu modeli ETAS (ang. *Epidemic-Type Aftershock Sequence Model for Crime Prediction*). Wynika z nich, iż wykorzystanie algorytmu prowadzi do większej przewidywalności popełnienia przestępstwa niż w przy wykorzystaniu metod tradycyjnych⁵⁶. Program PILOT (ang. *Predictive Intelligence Led Operational Targetin*), w którym wykorzystuje się prognozowanie do identyfikacji niewielkich obszarów o zwiększonym zagrożeniu przestępczością wykazał zaś podobną skuteczność wykorzystania algorytmu oraz tradycyjnych metod prewencyjnych⁵⁷. Natomiast *New America Foundation* w swoim raporcie analizującym sprawy osób podejrzanych lub skazanych za przestępstwa związane z terroryzmem wskazała, iż niecałe 2% badanych spraw z 225 były efektem wykorzystania algorytmu przez program inwigilacji łączności elektronicznej prowadzony przez *National Security Agency*⁵⁸.

Badania na temat skuteczności metod przetwarzania danych osobowych w celach prewencyjnych są stale prowadzone, lecz wciąż prowadzą do niejednorodnych wniosków. Może być to konsekwencją niedopracowanych jeszcze systemów wspomagających wymiar sprawiedliwości przy wykorzystaniu

⁵⁶ Zob. Mohler, G.O., Short, M.B., Malinowski, S., Johnson, M., Tita, G.E., Bertozzi, A.L., Brantingham, P.J., *Randomized Controlled Field Trials of Predictive Policing*, 2016.

⁵⁷ Zob. Hunt, P., Saunders, J. i Hollywood, J.S. (2014), *Evaluation of the Shreveport predictive policing experiment*, RAND Corporation, 2014.

⁵⁸ Zob. P. Bergen, D. Serman, E. Schneider, B. Cahall, *Do NSA's Bulk Surveillance Programs Stop Terrorists?*, New America Foundation 2014.

zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych, wciąż nowych regulacji określających zakres ingerencji w prywatność osoby fizycznej. Także może do tego prowadzić ciągły jak i dynamiczny rozwój cyberprzestrzeni, za którym prawodawstwo organizacji międzynarodowych, ponadnarodowych oraz samych państw nie jest w stanie nadążyć.

PODSUMOWANIE

Profilowanie z wykorzystaniem zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych może stać się skutecznym środkiem zapobiegania przestępczości w przyszłości, wypierając tym samym tradycyjne metody wykrywania przestępstw czy prognozowania ich potencjalnego popełnienia. Związane jest to z dynamicznym rozwojem technologii, prowadzącym do stworzenia społeczeństwa informacyjnego, którego wszelka aktywność jednostek przenoszona jest do cyberprzestrzeni. Ponadnarodowy charakter opisywanej cyberprzestrzeni spowodował potrzebę uregulowania problematyki związanej z gromadzeniem i przetwarzaniem danych osobowych nie tylko w sferze dotyczącej profilowania w celach prewencyjnych. Istnienie złożonych baz danych, stałe udostępnianie informacji przez użytkowników oraz ich przetwarzanie zmierza do ingerencji w sferę prywatności osoby fizycznej, której zagwarantowana ochrona tego prawa ulega zagrożeniu w dobie Internetu. Dotyczy to w szczególności wykorzystania techniki *Big Data* w zakresie profilowania użytkowników Internetu, która pozwala w oparciu o korelację wielu rozproszonych informacji w całej cyberprzestrzeni dostarczyć jedną konkretną informację, wykraczającą poza dane znajdujące się w analizowanym zbiorze. Dotyczy to także problematyki masowej inwigilacji, która właśnie przy wykorzystaniu techniki *Big Data* może stać się narzędziem nadużycia władzy poprzez bezprawną ingerencję w prywatność obywatela⁵⁹.

Orzecznictwo trybunałów strasburskiego i luksemburskiego oraz regulacje Parlamentu Europejskiego doprowadziły do rewolucji w zakresie ochrony danych osobowych prowadzących do uregulowań, na których obecnie oparte jest prawodawstwo państw członkowskich Unii Europejskiej. *De lege lata* przepisy obowiązującego Rozporządzenia 2016/679 i w szczególności dyrektywy 2016/680 określiły ramy prawne, na podstawie których przetwarzanie danych osobowych w celach prewencyjnych jest zgodne z zasadą legalizmu, ograniczając w ten sposób liczbę bezprawnego posłużenia się danymi jednostek,

⁵⁹ Zob. M. Kusak, P. Wiliński, op. cit. LEX.

jednakże wyłącznie na terytorium Wspólnoty. Jak wcześniej zostało wskazane cyberprzestrzeń ma jednak charakter ponadnarodowy odnoszący się do każdego państwa oraz instytucji, stąd dane osobowe mogą być przetwarzane oraz przesyłane na obszary innych państw, także poza granice Unii Europejskiej, co powoduje między innymi problem wyboru jurysdykcji państwa w razie naruszenia prawa do prywatności i tym samym niewystarczalność przepisów unijnych w stosunku do ochrony danych osobowych. Dodatkowo przepisy wyznaczają jedynie ogólne ramy ochrony danych osobowych, tracąc przy tym cechę uniwersalności przy tak dynamicznie zmieniających się technikach przetwarzania danych osobowych. Lukę tę wypełnia precedensowe orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej dostosowując obowiązujące regulacje do zmieniających się metod przetwarzania danych oraz przenosząc te regulacje na kwestie nieuregulowane przedmiotowym rozporządzeniem oraz dyrektywami, jednakże wciąż jedynie na gruncie prawa europejskiego.

Jako wniosek więc *de lege ferenda* zasadne wydaje się wskazanie, aby kwestie ochrony danych osobowych przy braku terytorialnego określenia zakresu działania cyberprzestrzeni były regulowane dodatkowo umowami międzynarodowymi, mającymi wiążący charakter. Regulowałyby one kwestię ochronę danych osobowych przy ich przetwarzaniu przez różne państwa w celu zapobiegania popełnieniu czynów zabronionych oraz zmniejszeniu przestępczości. Aby zwiększyć także ochronę prywatności w cyberprzestrzeni postulować także można o utworzenie międzynarodowej, niezależnej organizacji, która stałaby na straży ochrony praw podstawowych przy gromadzeniu i przetwarzaniu danych osobowych, regulując kwestię legalności takiego przetwarzania w wymiarze ponadnarodowym.

Wymiary sprawiedliwości państw demokratycznych coraz chętniej sięgają po tę technikę profilowania, jednakże ocena jej skuteczności przy wykrywaniu przestępstw jest wciąż trudna do określenia. Wynika to z braku jednego, dopracowanego systemu przetwarzania danych osobowych przy zapewnieniu zgodności jego działania z podstawowymi prawami osoby fizycznej. Współczesne techniki zautomatyzowanego przetwarzania danych osobowych obciążone są wciąż pewnym marginesem błędu, który nie uwzględnia cech szczególnych osoby poddawanej profilowaniu. W konsekwencji może prowadzić to do dyskryminacji takiej osoby, czy nawet do niesprawiedliwego oskarżenia. Jednakże ciągły rozwój technologii oraz zmiana prawodawstwa państw skupiona na ochronę danych osobowych może w przyszłości prowadzić do udoskonalenia technik profilowania, zwiększających jego skuteczność

przy poszanowaniu prawa do prywatności osoby fizycznej, stanowiąc tym samym zwrot prewencyjny w procesach karnych.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, *Zapobieganie niezgodnemu z prawem profilowaniu obecnie i w przyszłości: przewodnik*, 2019.

Bergen P., Sterman D., Schneider E., Cahall B., *Do NSA's Bulk Surveillance Programs Stop Terrorists?*, New America Foundation 2014.

Ciechomska M., *Prawne aspekty profilowania oraz podejmowania zautomatyzowanych decyzji w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych*, EPS 2017, nr 5.

Fajgielski P. [w:] *Komentarz do ustawy o ochronie danych osobowych* [w:] *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz, wyd. II*, Warszawa 2022.

Grzelak A., *Projekt ochrony danych osobowych w sprawach karnych w UE - kolejny krok na drodze do społeczeństwa nadzorowanego?* EPS 2012, nr 11.

Hunt, P., Saunders, J. i Hollywood, J.S. (2014), *Evaluation of the Shreveport predictive policing experiment*, RAND Corporation, 2014.

Kopaliński W., *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1991.

Kusak M, Wiliński P., 4.3. *Transfer dowodów zawierających dane osobowe w Unii Europejskiej* [w:] M. Kusak, P. Wiliński, *Ochrona danych osobowych w ściganiu przestępstw. Standardy krajowe i unijne*, Warszawa 2020.

Lebiedowicz A., *Profilowanie nieznanymi sprawców zabójstw*, *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury*, z. 2 (42)/2021.

Miłkowski T. M., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze a prawa i wolności jednostki*, Warszawa 2020.

Mohler, G.O., Short, M.B., Malinowski, S., Johnson, M., Tita, G.E., Bertozzi, A.L., Brantingham, P.J., *Randomized Controlled Field Trials of Predictive Policing*, 2016.

Niklas J., *Profilowanie w kontekście ochrony danych osobowych i zakazu dyskryminacji*, Polskie Towarzystwo Prawa Antydyskryminacyjnego.

Płachta M., Dąbek A., *Sprawa Lockberie: kompromisowy i unikalny charakter rozwiązania międzynarodowego*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, 2003.

Słownik języka polskiego PWN, Warszawa 2021.

Rojszczak M., *Cztery fałszywe hipotezy na temat ochrony prywatności i masowej inwigilacji*, PiP 2018, nr 10.

Rojszczak M., *Odpowiedzialność za przetwarzanie danych przez portal społecznościowy. Glosa do wyroku TS z dnia 5 czerwca 2018 r., C-210/16*, EPS 2018, nr 10.

Rojszczak M., *Prywatność z perspektywy europejskiej nauki prawa [w:] Ochrona prywatności w cyberprzestrzeni z uwzględnieniem zagrożeń wynikających z nowych technik przetwarzania informacji*, Warszawa 2019.

Wasilewski J., *Zarys definicyjny cyberprzestrzeni*, Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego, 2013/9.

Akty prawne

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/680 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych przez właściwe organy do celów zapobiegania przestępczości, prowadzenia postępowań przygotowawczych, wykrywania i ścigania czynów zabronionych i wykonywania kar, w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchyłająca decyzję ramową Rady 2008/977/WSiSW.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/681 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie wykorzystywania danych dotyczących przelotu pasażera (danych PNR) w celu zapobiegania przestępstwom terrorystycznym i poważnej przestępczości, ich wykrywania, prowadzenia postępowań przygotowawczych w ich sprawie i ich ścigania.

Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE.

Orzecznictwo

Decyzja ETPC z 29.06.2006 r., 54934/00, WEBER I SARAVIA v. NIEMCY.

Wyrok ETPC z 6.09.1978 r., 5029/71, KLASS I INNI v. NIEMCY.

Wyrok ETPC z 12.01.2016 r. w sprawie Szabo i Vissy v. Węgry, 37138/14.

Wyrok TS z 25.01.2018 r., C-498/16, MAXIMILIAN SCHREMS v. FACEBOOK IRELAND LIMITED, ZOTSiSPI 201.

PROFILING CITIZENS - THE FUTURE OF PREVENTION OR A FORM OF PRIVACY VIOLATION?

Abstract: Profiling is one of the methods commonly used in various areas of social life. Social awareness of the functioning of profiling in the life of every human has definitely increased since the entry into force of the provisions of Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such and the repeal of Directive 95/46/EC, which defines profiling as an automated form of personal data processing. Criminal profiling is still the most associated with the study of criminal law, playing a special role in it, and consisting in creating a specific portrait of an unknown perpetrator of a crime, based on traces left at the scene of the incident or *modus operandi* in the case of serial offenders. However, in the light of the current dynamics of profiling, the key questions are whether in the case of criminal law, in addition to criminal profiling, profiling as defined by Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 also applies, and whether such the form of profiling can contribute to more effective prevention of crimes, or is it a form of discrimination and categorization of people using still imperfect personal data processing techniques, thus violating the privacy of a citizen. In order to answer the above questions, I will use the method of analysis and logical construction, by dividing the research problem into the issues of the legitimacy of using profiling as a form of crime prevention, and the analysis of sentences emphasizing its excessive interference in the privacy of a natural person. Techniques of personal data processing, in particular those used by the judiciary, and the assessment of their effectiveness in the light of the jurisprudence of the Luxembourg and Strasbourg courts and the research conducted so far will also be discussed in more detail.

Key words: profiling, prevention, automated processing of personal data, privacy, privacy protection, privacy law, general data protection regulation, cyberspace, mass surveillance

OSZUSTWO CZY KRADZIEŻ? KARNOPRAWNA ANALIZA ZAGADNIENIA KAS SAMOOBSŁUGOWYCH

Streszczenie: W ostatnich latach popularność zyskały nowoczesne rozwiązania technologiczne, których zadaniem jest usprawnienie procesu dokonywania transakcji kupna i sprzedaży. Do wybranych sklepów wprowadzono możliwość samodzielnego skanowania i pakowania towarów oraz dokonywania płatności za pomocą kas samoobsługowych. Powstały także pierwsze bezobsługowe placówki, w których wykorzystuje się metody oparte na sztucznej inteligencji. W związku z rozwojem tego typu rozwiązań, problematyczne okazało się zakwalifikowanie czynów polegających m.in. na zeskanowaniu kodu kreskowego przeklejonego z innego towaru bądź zważeniu odmiennego produktu, niż w rzeczywistości został umieszczony na wadze, a w rezultacie - na zapłacie niższej kwoty. Jednym z najszerzej prezentowanych stanowisk jest to, zgodnie z którym podobne zachowania należałoby uznać za kradzież. Zwolennicy tego twierdzenia podnoszą, że w przypadku skorzystania z kasy samoobsługowej nie dochodzi do oszustwa (art. 286 k.k.) żadnej osoby, ponieważ wskazane urządzenie nie posiada własnej świadomości, zatem niemożliwe jest wywołanie w nim błędnego przeświadczenia o rzeczywistym stanie rzeczy. Za zakwalifikowaniem zachowania polegającego np. na zważeniu odkurzacza jako cebuli ma również przemawiać fakt, że sprawca sam dokonuje zaboru towaru w celu jego przywłaszczenia, bez dokonania zapłaty, o czym pokrzywdzony w danej chwili nie wie. Nie sposób zgodzić się z tym stanowiskiem, jako że analizowane przypadki nie zakładają dokonania jedynie zaboru w celu przywłaszczenia, lecz przede wszystkim opierają się na podjęciu określonych czynności, w wyniku których u pokrzywdzonego powstaje błędne przeświadczenie co do rodzaju i ilości sprzedanego towaru. W konsekwencji dochodzi więc do niekorzystnego rozporządzenia mieniem, ponieważ kwota otrzymana przez sklep jest w rzeczywistości niższa, niż wartość wyniesionego przez sprawcę przedmiotu. Ponadto, nie budzi wątpliwości fakt, że "osoba" wskazana w przepisie może być zarówno osobą fizyczną, jak i prawną, co potwierdza orzecznictwo (np. wyrok SA w Warszawie z 23.05.2016 r., II AKa 27/16). Rozdział stanowi polemikę ze stanowiskiem zakładającym niemożność zakwalifikowania ww. czynów jako przestępstwa z art. 286 k.k., tj. oszustwa.

Słowa kluczowe: kasy samoobsługowe, kradzież, oszustwo

WSTĘP

W związku z dynamicznym rozwojem nowoczesnych technologii, mających zastosowanie w usprawnieniu czynności życia codziennego, rozszerzeniu ulega również katalog zachowań, których kwalifikacja prawna budzi szereg zastrzeżeń. Wśród tego typu innowacyjnych rozwiązań należy wymienić m.in. wykorzystanie komputerowych stanowisk samoobsługowych w licznych marketach na terenie kraju. Klienci sklepów niejednokrotnie wykazują się niebywałą przebiegłością, aby uniknąć konieczności dokonania zapłaty za określony produkt, bądź uciekają się do metod umożliwiających im uiszczenie niższej kwoty niż rzeczywista wartość towaru. Stanowisko sądów w sprawie prawnokarnej kwalifikacji drugiego ze wskazanych czynów nie jest jednak jednolite. Można bowiem spotkać się z poglądem, że owo zachowanie wypełniać będzie znamiona czynu zabronionego z art. 278 §1 Ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (dalej jako: kodeks karny, k.k.), tj. kradzieży, lub oszustwa (art. 286 §1 tej samej ustawy). Do głównych argumentów przemawiających za uznaniem takiej czynności, dokonywanej za pomocą kas samoobsługowych, jako kradzieży, należy twierdzenie, zgodnie z którym nie da się oszukać komputerowego stanowiska samoobsługowego, jako że nie jest człowiekiem posiadającym świadomość i wynikającą z niej zdolność do oceny określonej sytuacji. W odpowiedzi na powyższe stanowisko pojawia się jednakże wiele głosów optujących za uznaniem osoby prawnej - sklepu - jako podmiotu wprowadzanego w błąd i niekorzystnie rozporządzającego własnym mieniem, lub też za tym, że to pracownicy sklepu dokonujący rozporządzeń cudzym mieniem (tj. mieniem sklepu) zostają wprowadzeni w błąd w sposób determinowany konkretnymi okolicznościami zdarzenia. Mnogość interpretacji wynika przede wszystkim z faktu, że zachowania sprawców przybierają niezliczone formy, a ewentualny udział pracowników w poszczególnych zdarzeniach różni się zarówno swym zakresem, jak i charakterem. Niewątpliwie jednak problematyka nieuczciwego wykorzystania kas samoobsługowych przez klientów marketów wymaga przeprowadzenia szczegółowej analizy, zarówno pod kątem ustawowych znamion przestępstwa kradzieży i oszustwa, jak i elementów oraz specyfiki znanych z doniesień medialnych przypadków naruszenia prawa jako odrębnych od siebie wariantów, a także stanowiących jednolity zbiór podobnych sobie wydarzeń. Z tego powodu, niektóre fragmenty rozdziału przybierać mogą kazuistyczny charakter, jednak nadrzędnym celem autorek jest uporządkowanie wszystkich czynników wpływających na możliwość

przyjęcia określonej kwalifikacji prawnej oraz sformułowanie wniosków możliwych do zaaplikowania w każdym z analizowanych przykładów.

1. KRADZIEŻ (ART. 278 §1 K.K.)

Zgodnie z art. 278 §1 kodeksu karnego, „Kto zabiera w celu przywłaszczenia cudzą rzecz ruchomą, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.”. Przedmiotem ochrony w niniejszym przepisie jest własność i posiadanie rzeczy ruchomej, zarówno oznaczonej co do tożsamości, jak i co do gatunku. Przedmiot czynności wykonawczej to rzecz cudza, a zatem należąca do właściciela, którym jest osoba inna niż sprawca. Strona przedmiotowa kradzieży polega na zaborze owej rzeczy, tj. na „bezprawnym wyjęciu rzeczy spod władztwa osoby dotychczas nią władającej [...] i objęciu jej we własne władanie przez sprawcę [...]”¹. W piśmiennictwie można spotkać się z teorią zawładnięcia oraz wyniesienia. Zgodnie z drugą z nich, aby zawładnąć cudzą rzeczą konieczne jest jej wyniesienie (np. z domu pokrzywdzonego lub ze sklepu). Tomasz Tyburcy stwierdza jednak, że wskazane teorie wzajemnie się uzupełniają². Tyburcy wyróżnia pięć następujących po sobie zachowań („1. zabranie rzeczy z półki, / 2. schowanie towaru do torby lub kieszeni, / 3. ustawienie się w kolejce do kasy, / 4. przekroczenie bramki kasowej bez płacenia za daną rzecz, / 5. opuszczenie sklepu”), które następnie analizuje z perspektywy teorii formalnoobiektywnej³. Zdaniem autora, czynność zaboru wystąpi podczas realizacji czwartego z wymienionych zachowań⁴, a o dokonaniu kradzieży będzie można mówić po przekroczeniu linii bramek kasowych przez sprawcę⁵. Wypełnienie znamion strony przedmiotowej czynu może nastąpić tylko przez działanie i ma charakter skutkowy (skutek w postaci zmiany osoby władającej rzeczą). Podmiotem przestępstwa z art. 278 może być każda osoba podlegająca odpowiedzialności karnej, zatem mamy do czynienia z tzw. *delicta communia* (przestępstwem powszechnym, ogólnosprawczym). Znamiona strony podmiotowej charakteryzuje wystąpienie tzw. *dolus directus coloratus*, co oznacza, że sprawca, dokonując zaboru cudzej rzeczy ruchomej, działa w określonym celu (z tzw. *animus rem sibi habendi*, czyli zamiarem

¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III, Komentarz do art. 278-363 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa, 2022, s. 41.

² T. Tyburcy, *Czas usiłowania i dokonania kradzieży w sklepie samoobsługowym*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2019/51, s. 17.

³ *Ibidem*, s. 18.

⁴ *Ibidem*.

⁵ T. Tyburcy, *op. cit.*, s. 25.

przywłaszczenia tej rzeczy) i w zamiarze bezpośrednim. Kradzież może być popełniona jedynie umyślnie. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że kradzież należy do tzw. czynów przepołowionych. W efekcie kontrawencjonalizacji, tj. przekształcenia przestępstwa w wykroczenie, kradzież rzeczy ruchomej, której wartość, zgodnie z Ustawą z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, nie przekracza 800 zł, zagrożona jest karą aresztu, ograniczenia wolności lub grzywny. Świadczy o tym art. 119 §1 Ustawy z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (dalej jako: kodeks wykroczeń, k.w.).

2. OSZUSTWO (ART. 286 §1 K.K.)

Jak stanowi art. 286 §1 kodeksu karnego, „Kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Jak słusznie wskazują Małgorzata Dąbrowska-Kardas i Piotr Kardas, przedmiotem ochrony czynów zabronionych rozdziału XXXV k.k. jest mienie, natomiast ramy znaczeniowe tego terminu zmieniają się na przestrzeni poszczególnych przepisów⁶. W literaturze podkreśla się także, że „mienie” rozumiane jako przedmiot karnoprawnej ochrony jest pojęciem, o którego znaczenie spierają się poszczególni przedstawiciele nauki⁷. W przypadku kradzieży, zakres pojęciowy mienia jako przedmiotu czynności wykonawczej jest zdecydowanie węższy, jako że odnosi się do cudzych rzeczy ruchomych. Szersze znaczenie obejmować będzie jednak także wszelkie prawa majątkowe, rzeczowe i obligacyjne, co w odniesieniu do oszustwa jest ściśle związane z rozporządzeniem owym mieniem⁸. Strona przedmiotowa przestępstwa oszustwa zakłada możliwość jego popełnienia wyłącznie poprzez działanie. Czyn z art. 286 k.k. ma charakter skutkowy, przy czym skutkiem nie jest osiągnięcie korzyści majątkowej, a sam fakt niekorzystnego rozporządzenia mieniem przez pokrzywdzonego. W literaturze podkreśla się, że omawiane przestępstwo zalicza się do kategorii przestępstw podwójnie skutkowych, zakładających w pierwszej kolejności wystąpienie wskutek określonego

⁶ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] op. cit., s. 292.

⁷ R. Zawłocki [w:] *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarce*. System Prawa Karnego. Tom 9, red. R. Zawłocki, Poznań, 2015, s. 4.

⁸ L. Wilk [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, O. Sitarz, Warszawa, 2020, s. 536.

zachowania sprawcy błędnego wyobrażenia na temat określonego zdarzenia, a następnie - w wyniku zaistniałego błędu - niekorzystnego rozporządzenia mieniem. Tzw. *animus lucri faciendi*, a więc cel działania sprawcy polegający na osiągnięciu korzyści majątkowej, jest pojęciem szerszym znaczeniowo niż występujące w art. 278 k.k. przywłaszczenie mienia, jako że obejmuje współczesne (aktualne), jak i przyszłe przysporzenie mienia lub ogólne polepszenie sytuacji majątkowej⁹. Czynność sprawcza zakłada „doprowadzenie innej osoby (do niekorzystnego rozporządzenia mieniem własnym lub cudzym)”, przy czym samo doprowadzenie rozumiane jest jako „wywołanie niekorzystnej dla pokrzywdzonego decyzji rozporządzającej w odniesieniu do jego mienia”¹⁰. Użycie przez ustawodawcę terminu „doprowadzenie”, oznaczającego „zachowanie będące przyczyną czegoś, powodowanie, wywoływanie”¹¹, implikuje wspomnianą konieczność istnienia związku przyczynowo-skutkowego dla zakwalifikowania czynu jako przestępstwa z art. 286 §1. Jak wskazują się w literaturze przedmiotu, rozporządzanie mieniem powinno być na gruncie kodeksu karnego interpretowane autonomicznie, tzn. w niejakiem oderwaniu od cywilistycznego rozumienia tego pojęcia, jako że te prowadziłyby do konsekwencji w postaci ograniczenia penalizacji oszustwa¹². Karnoprawne znaczenie „rozporządzenia mieniem” obejmować będzie zatem czynności, w wyniku których dochodzi do zmiany stanu majątkowego pokrzywdzonego. Zmiana ta może powstać również wskutek przeniesienia posiadania, w efekcie czego inna osoba (sprawca) włada określonym mieniem¹³. Określenie „niekorzystne” będzie zaś odnosiło się zarówno do rzeczywistych szkód, jakich doznaje pokrzywdzony w istniejącym majątku (*damnum emergens*), jak i strat mogących przybrać formę zmniejszenia przyszłych zysków (*lucrum cessans*)¹⁴.

Podkreślenia wymaga fakt, że dla kwalifikacji czynu jako oszustwa konieczne jest również spełnienie przesłanki w postaci działania w określony w przepisie sposób, tj. wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu lub wyzyskania niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania. Wprowadzeniem w błąd określa się sytuację polegającą na wywołaniu przez sprawcę „rozbieżności między rzeczywistością a jej odzwierciedleniem

⁹ J. Bednarzak, *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa, 1971, s. 85.

¹⁰ M. Kulik [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2023, pkt. 2.

¹¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] op. cit., s. 299.

¹² Ibidem, s. 315.

¹³ Ibidem, s. 316.

¹⁴ L. Wilk [w:] op. cit., s. 541.

w świadomości dokonującego rozporządzenia mieniem” (mylnego, fałszywego wyobrażenia)¹⁵. Ustawa nie określa sposobów wprowadzenia w błąd, zatem należy uznać, że jest to możliwe przy wykorzystaniu wszelkich metod i zachowań różnego rodzaju. Marek Mozgawa określa taki typ zachowania mianem oszustwa czynnego, wyzyskanie błędu zaś, rozumiane jako wykorzystanie istniejącego już w świadomości poszkodowanego mylnego wyobrażenia o rzeczywistości, nazywa oszustwem biernym¹⁶. Według autora jest nim również wyzyskanie trwałej lub czasowej niezdolności pokrzywdzonego do należytego pojmowania przedsiębranego działania, bez względu na przyczyny jej wystąpienia (za taką niezdolność można uznać m.in. stan wynikający z określonego wieku bądź faktu znajdowania się pod wpływem substancji odurzających)¹⁷. Podmiotem omawianego czynu zabronionego może być każdy, co stanowi o jego powszechnym charakterze. Strona podmiotowa zakłada umyślność oraz zamiar bezpośredni kierunkowy (*dolus directus coloratus*), którego istnienia dowodzi użyte w treści przepisu stwierdzenie „w celu”.

3. PROBLEMATYKA KAS SAMOOBSŁUGOWYCH

Idea wykorzystywania kas samoobsługowych w celu zwiększenia wydajności sklepów, przy jednoczesnym braku powiększania ich personelu, zaczęła zyskiwać na popularności w latach 90-tych XX w. w Stanach Zjednoczonych¹⁸. Pierwsze urządzenie tego typu pojawiło się w Polsce w 2007 r. w sieci sklepów Auchan¹⁹, a obecnie na takie rozwiązanie decyduje się wiele flagowych hipermarketów. Zasady funkcjonowania kas samoobsługowych w różnych sklepach są tożsame: klient, po uprzednim zebraniu wybranych towarów, podkłada je pod czytnik, skanując kody kreskowe. W przypadku produktów takich jak m.in. warzywa czy owoce, należy wybrać na ekranie urządzenia rodzaj produktu, a jego waga jest następnie rejestrowana (wielu przedsiębiorców decyduje się także na umieszczenie na terenie obiektu wag wyposażonych w drukarkę kodów kreskowych, samodzielnie naklejanych przez klienta na torebkę, niezależnie od faktu, czy sklep dysponuje kasami samoobsługowymi). Jeżeli klient jest proszony o podanie konkretnej liczby np. kupowanych bułek,

¹⁵ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] op. cit., s. 298.

¹⁶ M. Kulik [w:] op. cit., pkt. 4-5.

¹⁷ L. Wilk [w:] op. cit., s. 541.

¹⁸ <https://www.bbc.com/future/article/20170509-the-unpopular-rise-of-self-checkouts-and-how-to-fix-them>; dostęp: 20.02.2023 r.

¹⁹ <https://businessinsider.com.pl/finanse/handel/kasy-samoobslugowe-w-polskich-sklepach-j0zmv8p>; dostęp: 20.02.2023 r.

mechanizm weryfikuje, czy wprowadzone dane zgadzają się z wagą określonego produktu odpowiednio pomnożoną przez zadeklarowaną wartość liczbową. Po zeskanowaniu lub zważeniu towarów, należy odłożyć je na wyznaczone miejsce (półkę wyposażoną w wagę), skąd można je zabrać dopiero po opłaceniu zakupów. Maszyna reaguje na działania konsumenta poprzez określone komunikaty dźwiękowe, m.in. w przypadku, gdy zarejestrowana przez komputer waga nie zgadza się z wprowadzoną ilością danego produktu, lub gdy klient zbyt wcześnie zabierze jakiś przedmiot ze strefy pakowania.

W ostatnich latach można zaobserwować rosnącą tendencję do automatyzowania procesu sprzedaży przez wiele placówek w kraju i na świecie, m.in. poprzez wykorzystanie systemu kamer czy czujników podczerwieni rejestrujących ruchy i działania podejmowane przez klientów sklepu²⁰. W 2021 roku w Poznaniu otwarto pierwszą w pełni bezobsługową Żabkę Nano. W celu dokonania zakupu, klient przykłada swoją kartę płatniczą do terminala i rejestruje się, podając swój numer telefonu. Konieczne jest również zainstalowanie odpowiedniej aplikacji, za pomocą której odbywa się cały proces. Drzwi do sklepu otwierają się po zeskanowaniu uprzednio wygenerowanego kodu QR. Następnie konsument pakuje wybrane produkty bezpośrednio do torby lub plecaka, a po opuszczeniu pomieszczenia otrzymuje rachunek za zakupy w formie elektronicznej²¹. Popularność zyskują także bezobsługowe stacje paliw (m.in. Moya, Shell). Na nowoczesne rozwiązania zdecydowało się również amerykańskie przedsiębiorstwo Walmart Inc., otwierając sieć sprzedaży detalicznej Sam's Club, gdzie klienci samodzielnie skanują kody kreskowe produktów za pomocą stworzonej w tym celu aplikacji, a następnie płacą za zakupy przy użyciu telefonu. Przed wyjściem ze sklepu, konsumenci są zobowiązani do okazania elektronicznego paragonu oraz zakupionych towarów pracownikowi, który weryfikuje ich zgodność²².

Joanna Klimczak postawiła trafną hipotezę, że „zmiany społeczne, ekonomiczne, kulturowe i technologiczne ostatnich lat zmieniają bezpośrednio przedmiot kradzieży, sylwetkę typowego sprawcy kradzieży oraz formy reakcji na to przestępstwo, w tym pracę policji i wymiaru sprawiedliwości”²³.

²⁰ M. Nassar, A. Itani, M. Karout, M. El Baba, O. Kaakaji, *Shoplifting Smart Stores Using Adversarial Machine Learning*, 2019 IEEE/ACS 16th International Conference on Computer Systems and Applications (AICCSA), Abu Dhabi, 2019, s. 1.

²¹ <https://www.zabka.pl/zabka-nano>; dostęp: 20.02.2023.

²² <https://www.thestreet.com/investing/stocks/walmart-s-sam-s-club-unveils-scan-and-go-to-make-cash-register-obsolete-13749217>; dostęp: 20.02.2023.

²³ J. Klimczak, *Charakterystyka czynu i sprawcy kradzieży na przykładzie postępowań sądowych*, Archiwum Kryminologii XLI/1 (2019), s. 388.

Być może należałoby jednak zaryzykować również stwierdzenie, że z tożsamyh przyczyn modyfikacjom ulega nie tylko przedmiot czynu zabronionego, ale i jego strona przedmiotowa? Mnogość przejawów naruszających dobro w postaci mienia skłania do refleksji nad istnieniem adekwatnego przepisu. W celu dokonania pogłębionej analizy owych zachowań, wyróżnić należy poszczególne przypadki postępowania sprawców. Wśród doniesień medialnych oraz stanów faktycznych przedstawianych w wyrokach sądów zaobserwować można m.in. działania polegające na: przeklepaniu kodów kreskowych z tańszych towarów na droższe; dokładaniu większej ilości produktu do zważonej już torebki z określoną zawartością; podtrzymywania torebki (z produktem) podczas jej ważenia w celu uzyskania zaniżonej wagi (i tym samym - ceny); umieszczaniu droższego towaru w opakowaniu po tańszym produkcie; wybieraniu na ekranie kasy samoobsługowej tańszego towaru, mimo umieszczenia na wadze produktu o wyższej wartości; umieszczaniu wśród skanowanych produktów innych, o bardzo niskiej wadze (np. opakowania przypraw), których mechanizm nie rozpoznaje. Niektóre z powyższych działań mogą odbywać się zarówno przy stanowiskach samoobsługowych, jak i przy klasycznych kasach obsługiwanych przez personel sklepu.

4. ZAKWALIFIKOWANIE CZYNU Z WYKORZYSTANIEM KASY SAMOOSŁUGOWEJ JAKO KRADZIEŻY

Jak podnosi Mikołaj Małecki, użycie kasy samoobsługowej przez sprawcę w celu wyniesienia ze sklepu określonych produktów bez uiszczenia odpowiedniej zapłaty wypełnia ustawowe znamiona czynu zabronionego z art. 278 k.k., tj. kradzieży. Według autora, klient dokonuje zaboru cudzej rzeczy ruchomej „bez zamiaru zawarcia w tym zakresie umowy i bez zamiaru zapłacenia za towar, lecz w celu jego przywłaszczenia”²⁴. Zabór ten charakteryzuje się niezgodnością przedmiotu czynności wykonawczej czynu z wprowadzoną na ekranie kasy samoobsługowej informacją dotyczącą jakości lub ilości skanowanego produktu²⁵. Nie ma znaczenia dla kwalifikacji prawnej fakt stosowania oszukańczych zabiegów, jako że *modus operandi* sprawców kradzieży niejednokrotnie przybiera formę podstępnych, zaplanowanych zachowań różnego rodzaju²⁶. Jak wynika z analizy przeprowadzonej przez Mikołaja

²⁴ M. Małecki, *Kradzież przy użyciu kasy samoobsługowej w sklepie*, Przegląd Sądowy 2022/10, s. 35.

²⁵ Ibidem, s. 35.

²⁶ Ibidem, s. 34.

Małeckiego, drugi z aspektów omawianego procederu, tj. zarejestrowanie przez klienta fikcyjnej transakcji na kasie samoobsługowej, pozostające poza występującym u sprawcy zamiarem zaboru cudzej rzeczy ruchomej (mimo uiszczenia określonej kwoty), należałoby uznać za zachowanie prawnie indyferentne, jako że w jego wyniku nie dochodzi do zamachu na dobro prawne, jakim jest mienie.

Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 7 listopada 1989 r. (sygn. akt WR 278/89), „Sprawca kradzieży mienia odpowiada nie za szkodę, której rozmiar określa różnica powstała między wartością zagarniętego przez niego mienia a wartością mienia, które podstawił na miejsce zagarniętego mienia, lecz za wartość mienia, które wyjął spod władztwa innej osoby, bez względu na wartość mienia podstawionego”²⁷. Przyjmując stanowisko, zgodnie z którym zabór odkurzacza przez sprawcę w celu jego przywłaszczenia wypełniać będzie znamiona czynu zabronionego z art. 278 k.k., a zachowanie polegające na uiszczeniu ceny określonej ilości cebuli i opuszczeniu sklepu bez owego produktu²⁸ będzie prawnie indyferentne, wydawać by się mogło, iż kwalifikacja wskazanego czynu nie pozostawia żadnych wątpliwości. Wysokość wyrządzonej przez sprawcę szkody odpowiadałaby bowiem wartości skradzionego odkurzacza, bez względu na fakt, że w wyniku podstępnych działań sklep otrzymał zapłatę za towar, który ostatecznie nie został wyjęty spod władztwa pokrzywdzonego. Błędym jest jednak założenie, zgodnie z którym między wskazanymi zachowaniami nie istnieje żadna korelacja. Nie sposób również zgodzić się z twierdzeniem, jakoby pozorny zakup cebuli był zaledwie przejawem oszukańczego zachowania, które zazwyczaj charakteryzuje kradzież. Uwypuklenia wymaga bowiem fakt, że gotowość sprawcy do wyniesienia odkurzacza ze sklepu determinowana była uprzednią realizacją działania pod postacią zapłaty za towar innego rodzaju. Zaryzykować można stwierdzenie, że sprawcy przejawiający tego typu zachowania nie zdecydowałiby się na odalenie od kasy bez uiszczenia jakiegokolwiek opłaty.

5. ZAKWALIFIKOWANIE CZYNU Z WYKORZYSTANIEM KASY SAMOOLSŁUGOWEJ JAKO OSZUSTWA

W kontekście poczynionych powyżej ustaleń pojawia się potrzeba weryfikacji, czy stanowiące przedmiot rozważań niniejszego rozdziału zachowania

²⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z 07.11.1989 r., WR 278/89, LEX nr 21013.

²⁸ <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/06/odkurzacz-zamiast-cebuli-ukradziony/>; dostęp: 20.02.2023.

stanowić mogą czyny zabronione z art. 286 §1 kodeksu karnego. W pierwszej kolejności należy jednak zdecydowanie zakwestionować możliwość zakwalifikowania tego typu zachowań jako czynu zabronionego z art. 287 §1 k.k. Przepis niniejszego artykułu wymaga bowiem zrealizowania jednego z opisanych w jego treści zachowań w postaci wpływania na automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych lub zmieniania, usuwania albo wprowadzania nowego zapisu danych informatycznych. Wymaga się, aby sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej lub wyrządzenia innej osobie szkody, jednak co istotne, musi działać bez upoważnienia. O ile mogłoby się wydawać, że wskazane w przepisie automatyczne przetwarzanie, gromadzenie lub przekazywanie danych informatycznych, polegające m.in. na tzw. „manipulacji danymi (*input manipulation*), przejawiającej się wprowadzeniem nieprawdziwych danych w celu uzyskania nie należnych korzyści majątkowych”²⁹, odpowiada analizowanym stanom faktycznym, o tyle należałoby zadać pytanie, czy sprawca rzeczywiście działa bez upoważnienia. Trudno zgodzić się ze stwierdzeniem, jakoby klient sklepu nie posiadał upoważnienia do korzystania z programu zainstalowanego na kasie samoobsługowej, co z kolei przesądza o niemożności zakwalifikowania omawianych przypadków jako oszustw komputerowych.

5.1. Osiągnięcie korzyści majątkowej

Jak wspomniano wcześniej, przepis art. 286 §1 charakteryzuje tzw. *animus lucri faciendi*, którego nie sposób utożsamiać z celem przywłaszczenia występującym w przypadku kradzieży. Po pierwsze, jak słusznie wskazują Małgorzata Dąbrowska-Kardas i Piotr Kardas, osiągnięcie korzyści majątkowej może przybierać inną formę niż przywłaszczenie³⁰. Po drugie, pobudką działania sprawcy czynu zabronionego z art. 278 §1 może być np. zaspokojenie czyichś potrzeb, podczas gdy *animus lucri faciendi* polegać będzie na „zwiększeniu aktywów lub zmniejszeniu pasywów majątkowych, czyli każdym przysporzeniu majątku lub uniknięciu strat albo zmniejszeniu obciążeń”³¹ zarówno dla siebie, jak i innej osoby³². Takie rozumienie nie stoi na przeszkodzie do zakwalifikowania omawianych przypadków jako oszustwa. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której klient przed wejściem do sklepu zostanie

²⁹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] op. cit., s. 369.

³⁰ Ibidem, s. 333.

³¹ Ibidem, s. 332.

³² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, art. 115 §4.

poproszony przez bezdomnego o zakup jakiegoś produktu spożywczego, np. pieczywa. Sprawca, chcąc dobrowolnie pomóc innej osobie w potrzebie, podczas skanowania zakupów wprowadzi na ekranie fałszywą informację (np. zadeklaruje, że umieszczony na wadze towar to tańsze bułki), ponieważ posiadane przez niego środki są niewystarczające dla zapłaty rzeczywistej kwoty. Mimo szlachetności pobudek sprawcy, należy zdecydowanie stwierdzić, że dokonanie zapłaty niższej kwoty niż rzeczywista cena towaru stanowi będzie przejaw osiągnięcia korzyści majątkowej w postaci wspomnianego zmniejszenia obciążeń. Okoliczność przekazania zakupionego w ten sposób pieczywa bezdomnemu nie wpłynie więc na fakt, że korzyść majątkową osiąga klient sklepu, który na realizację „szlachetnego czynu” przeznaczą niższą kwotę, niż powinien.

W świetle powyższych rozważań należy więc stanowczo stwierdzić, iż zachowania stanowiące przedmiot analizy niniejszego rozdziału objęte są zamiarem osiągnięcia korzyści majątkowej, której zakres pojęciowy jest szerszy od zaboru rzeczy w celu przywłaszczenia. Takie stanowisko zdaje się także potwierdzać polska judykatura. W wyroku Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z dnia 13 sierpnia 2014 r. stwierdzono, że osiągnięciem korzyści majątkowej przez sprawcę było „dokonanie zapłaty niższej kwoty niż rzeczywista cena towaru”³³.

5.2. Niekorzystne rozporządzenie mieniem

Kolejnym aspektem mogącym budzić wątpliwości w kontekście kwalifikacji omawianych czynów jako przestępstwa z art. 286 §1 jest „doprowadzenie do niekorzystnego rozporządzenia mieniem cudzym lub własnym”. W literaturze przedmiotu można spotkać się z następującym sposobem definiowania pojęcia „rozporządzenie”: „[...] rozporządzeniem jest każda dyspozycja dotycząca mienia lub też każda czynność prowadząca do zmiany we władaniu mieniem. W pojęciu rozporządzenia mieszczą się zatem zarówno czynności faktyczne, jak i prawne, a wśród czynności prawnych zarówno czynności rozporządzające, zobowiązujące, jak też czynności prawne o innym charakterze [...]”³⁴.

Jak słusznie zauważa Tomasz Kyś, w przypadku umowy sprzedaży mamy do czynienia z kilkoma rodzajami rozporządzeń w rozumieniu

³³ Wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z 13.08.2014 r., II K 1863/13, LEX nr 1903696.

³⁴ T. Kyś, *Kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem na gruncie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2018/3, s. 35.

cywilnoprawnym. Po stronie sprzedawcy przybierają one formę zobowiązania się do zbycia rzeczy, a następnie jej wydania, podczas gdy rozporządzeniami kupującego będą kolejno zobowiązanie do zapłaty określonej kwoty i uiszczenie owej ceny³⁵. W przypadku umów sprzedaży zawieranych w marketach, gdy przedmiotem takiej umowy są rzeczy oznaczone co do gatunku, do przeniesienia własności potrzebne jest przeniesienie posiadania owej rzeczy³⁶, a jednym ze sposobów przeniesienia posiadania jest ich wydanie³⁷. Należy więc stwierdzić, że wydanie rzeczy jako jeden z elementów umowy sprzedaży jest czynnością prawną, a co z tego wynika, będzie jednym z desygnatów pojęcia rozporządzenia mieniem. Jak zauważa Agata Kozioł, „mając na uwadze, że obowiązek wydania rzeczy przez sprzedawcę jest korelatem obowiązku odebrania rzeczy przez kupującego, można przyjąć, iż w każdym przypadku, gdy kupujący dokonał czynności faktycznych związanych z odbiorem rzeczy, nastąpiło wykonanie omawianego obowiązku przez sprzedawcę”³⁸. Zatem, jeżeli klient sklepu odbierze zakupiony produkt ze strefy pakowania i opuści sklep, niewątpliwie dochodzi w takiej sytuacji do realizacji elementów umowy sprzedaży w postaci wydania rzeczy przez sprzedawcę oraz odebrania jej przez kupującego.

W jednym z wyroków Sądu Najwyższego czytamy: „Pod pojęciem innej osoby ustawodawca w art. 286 §1 k.k. sytuuje jedynie osobę fizyczną, mającą uprawnienie do rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, nie zaś twór organizacyjny niemający możliwości podejmowania jakichkolwiek działań bez umocowanych do tego osób fizycznych. [...] Nie oznacza to oczywiście, że osoba prawna nie może być pokrzywdzoną przez oszustwo. Niekorzystne rozporządzenie mieniem osoby prawnej dokonane przez osoby fizyczne uprawnione do rozporządzenia tym mieniem na skutek wprowadzenia w błąd przez sprawcę przestępstwa oszustwa powoduje, że to właśnie osoba prawna [...] jest pokrzywdzonym w rozumieniu art. 49 §1 k.p.k. Jej bowiem dobro prawne (mienie) zostało naruszone przez przestępstwo”³⁹. Tożsame stanowisko przyjął Sąd Apelacyjny w Szczecinie w jednym z wyroków, gdzie stwierdzono, iż „określenie »inna osoba« odnosi się tylko do osoby fizycznej, mającej uprawnienie do rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem, nie zaś także do tworu organizacyjnego niemającego możliwości podejmowania

³⁵ Ibidem, s. 36.

³⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny, art. 155 §2.

³⁷ A. Kozioł [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa, 2018, s. 36.

³⁸ Ibidem, s. 36.

³⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z 5.12.2006 r., WA 32/06, LEX nr 295535.

jakichkolwiek działań bez umocowania do tego osób fizycznych. Tylko człowiek jak istota wyposażona w intelekt i świadomość mogą podejmować określone decyzje woli dotyczące rozporządzenia jakimś mieniem [...]»⁴⁰. Mając jednak na uwadze fakt funkcjonowania na terenie Polski licznych bezobsługowych sklepów i stacji paliw, na podstawie przywołanych tez należałoby wnioskować, że w ich przypadku w ogóle nie dochodzi do rozporządzenia mieniem. Brak personelu nie stoi na przeszkodzie wypełnienia obowiązków spoczywających na stronach umowy sprzedaży. Tym samym, każdorazowo dochodzić będzie do rozporządzenia mieniem sklepu, a więc czynnik osobowy - kasjer - nie jest elementem koniecznym dla realizacji omawianych czynności.

Rozporządzenie mieniem w świetle art. 286 k.k. charakteryzuje dobrowolny charakter, co wyróżnia oszustwo na tle innych przestępstw przeciwko mieniu, takich jak m.in. kradzież, w przypadku której wymaga się, aby pogorszenie stanu majątkowego pokrzywdzonego nastąpiło wbrew jego woli. Fakt dobrowolnego działania rozporządzającego wynika z kolei z jego nieświadomości co do niekorzystnego charakteru dokonywanego rozporządzenia⁴¹. W literaturze przedmiotu można spotkać się ze stanowiskiem, zgodnym z którym o niekorzystności rozporządzenia mieniem przesądzać będą jego okoliczności o zróżnicowanym charakterze, jako że sama czynność rozporządzająca, skutkująca przykładowo zmianą władztwa nad rzeczą, każdorazowo prowadzi do zmniejszenia stanu majątkowego⁴². Tomasz Kyś wskazuje również na istnienie kazuistycznego rozumienia pojęcia niekorzystnego rozporządzenia mieniem, jako otrzymania przez pokrzywdzonego wzajemnego świadczenia, innego niż oczekiwane⁴³. Wydaje się więc, że niekorzystność rozporządzenia mieniem własnym lub cudzym w przypadku oszustw dokonywanych na kasach samoobsługowych (czy też - za ich pomocą?) polegać będzie na skutku w postaci otrzymania przez pokrzywdzonego zapłaty w wysokości nieodpowiadającej rzeczywistej wartości wydanego towaru.

5.3. Wprowadzenie w błąd

Jak już wspomniano, immanentnym elementem konstrukcji przestępstwa z art. 286 §1 kodeksu karnego jest sposób działania sprawcy, polegający na wprowadzeniu w błąd, wyzyskaniu błędu lub wyzyskaniu niezdolności

⁴⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 25.09.2014 r., II AKa 74/14, LEX nr 1527205.

⁴¹ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] op. cit., s. 299.

⁴² T. Kyś, op. cit., s. 38.

⁴³ Ibidem, s. 43.

do należytego pojmowania przedsiębranego działania osoby rozporządzającej własnym lub cudzym mieniem. Analizie zostanie poddana istota wprowadzenia w błąd innej osoby, jako że wyzyskanie błędu zakłada wykorzystanie uprzednio powstałego fałszywego przekonania na temat określonego stanu rzeczy, natomiast wyzyskanie niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania jest zależne od wystąpienia u osoby wprowadzanej w błąd szczególnych cech, uniemożliwiających jej (trwale bądź tymczasowo) dokonanie prawidłowej oceny. Błąd utożsamia się nierzadko z rozbieżnością dotyczącą rzeczywistości z jej odzwierciedleniem w świadomości człowieka i jest rozumiany na gruncie przestępstwa z art. 286 k.k. jako „fałszywe wyobrażenie, czyli urojenie lub nieświadomość, dotyczące faktów, zjawisk, stosunków, okoliczności dotyczących osób, jakości, liczby i wartości rzeczy, a także istniejących przepisów prawnych”⁴⁴. Jak już podkreślono, ustawodawca nie określa *expressis verbis* sposobów wprowadzenia w błąd, zatem należy przyjąć, że jest to możliwe za pomocą wszelkich środków przekazu, zarówno werbalnych, jak i niewerbalnych. Według Mikołaja Małeckiego, wprowadzenie w błąd ma polegać na wykreowaniu w świadomości określonej osoby błędnego przekonania, które będzie polegało na dostarczeniu nowych, fałszywych informacji (kłamstwie, przedstawieniu nieprawdziwego faktu)⁴⁵. Autor podaje następujący przykład oszustwa: „sytuacją taką mogłaby być zamiana samej metki z ceną towaru, bez zamiany jego kodu kreskowego, tak aby przy kasie, gdy po zeskanowaniu kodu kreskowego wyświetli się rzeczywista cena towaru niezgodna z zamienioną metką, zgłosić u pracownika sklepu roszczenie o sprzedaż towaru za niższą cenę, widniejącą na zamienionej metce, gdyż taka była – zdaniem klienta – oferta sklepu, którą zdecydował się on przyjąć, idąc z towarem do kasy. Jeżeli pracownik sklepu da wiarę fałszywym oświadczeniom klienta, mylnie sądząc, że najpewniej to obsługa sklepu pomyliła się przy metkowaniu produktów, i wyda klientowi towar po niższej cenie, zostanie w ten sposób doprowadzony do niekorzystnego rozporządzenia cudzym mieniem i czyn klienta wypełni znamiona oszustwa”⁴⁶. Przywołany stan faktyczny zdecydowanie należałoby zakwalifikować jako przestępstwo z art. 286 §1 k.k., jednak oparcie charakterystyki wprowadzenia w błąd jedynie na przedstawionym przykładzie skutkowałoby ograniczeniem możliwości penalizacji pozostałych zachowań, które również wypełniałyby ustawowe znamiona oszustwa. Mikołaj Małecki zakłada bowiem, że wprowadzeniem w błąd jest dostarczenie osobie

⁴⁴ M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas [w:] op. cit., s. 299-300.

⁴⁵ M. Małecki, op. cit., s. 34.

⁴⁶ Ibidem, s. 34.

rozporządzającej mieniem własnym lub cudzym nowej, fałszywej informacji, którą ta osoba rozpoznaje i w wyniku określonych procesów myślowych uznaje za wiarygodną. Takie rozumienie konceptu wprowadzenia innej osoby w błąd implikuje konieczność zaistnienia w umyśle rozporządzającego mieniem w pełni uświadomionego procesu oceny wykreowanej przez sprawcę sytuacji, niezgodnej z rzeczywistym stanem rzeczy. Nie sposób zgodzić się z takim ujęciem. Wprowadzenie w błąd może przecież polegać także na wykorzystaniu domniemania dotyczącego określonego stanu rzeczy. Domniemanie te wynikać może z sekwencji logicznych zdarzeń i obiektywnych obserwacji (przykładowo, gdy kasjerka ściągnąca z taśmy opakowanie po paście do zębów, którego stan nie wskazuje na uprzednie otwarcie, domniemuje, że w środku znajduje się owa pasta, a nie np. drogi perfum o podobnym kształcie), przy jednoczesnej modyfikacji rzeczywistego stanu faktycznego (tj. zamiany zawartości pudełka na inny, droższy produkt i doprowadzeniu opakowania do stanu niewskazującego na jakąkolwiek ingerencję). Zgodnie z poglądem Mikołaja Małeckiego, takiej sytuacji nie należałoby kwalifikować jako oszustwa, ponieważ w świadomości kasjerki nie powstało nowe, fałszywe wyobrażenie, które zdecydowała się uznać za prawdziwe. Autor sugeruje interpretację takiego czynu jako dwóch czynności, po pierwsze - zaboru perfum w celu przywłaszczenia (a więc dokonania kradzieży), a po drugie - zapłaty za pastę do zębów, która nie została faktycznie zabrana ze sklepu. W związku z tym, w przypadku pasty do zębów nie można mówić o niekorzystnym rozporządzeniu mieniem, gdyż otrzymanie zapłaty za produkt, który nie został zabrany ze sklepu, świadczy wręcz o uzyskaniu przez sklep pewnych korzyści, a jednocześnie sam perfum staje się przedmiotem kradzieży niejako niezależnie. Takie rozumienie powyższego stanu faktycznego należy uznać za błędne, gdyż w przekonaniu autorek implikuje ono wniosek, zgodnie z którym sprawca swoim zachowaniem dokonuje dwóch, odrębnych celowościowo czynności, z czego jedna nie wypełnia znamion żadnego czynu zabronionego i sugeruje chęć przekazania korzyści majątkowej określonej osobie prawnej, jaką jest sklep, a druga świadczy o chęci odebrania tejże korzyści (mimo, że o odmiennej wartości) w tym samym czasie. Zaakcentować należy jednak istnienie silnego związku pomiędzy każdym ze wskazanych zachowań, jako że intencją sprawcy nie był ani sam zabór rzeczy w celu jej przywłaszczenia, ani powstanie po stronie sklepu korzyści w postaci nadwyżki w kasie, nieodpowiadającej zmniejszeniu stanu towarowego sklepu, a dopuszczenie się obu tych zachowań łącznie w celu imitacji przebiegu umowy sprzedaży. Ponadto, w przedstawionej sytuacji, przy założeniu rozdzielenia obu zachowań, elementy umowy sprzedaży pasty

do zębów nie zostają zrealizowane, jako że nie następuje przeniesienie posiadania, a zarazem przeniesienie własności konkretnej rzeczy ruchomej. Można jednak przyjąć założenie, że do zawarcia umowy sprzedaży dochodzi, natomiast w wyniku błędu wywołanego przez sprawcę, dokonuje on jako kupujący zapłaty za określoną rzecz ruchomą, która nie jest jednak tożsama z rzeczą wydaną w ramach tejże umowy. Podmiot realizujący element umowy sprzedaży polegający na przeniesieniu posiadania (wydania rzeczy kupującemu) działa na podstawie mylnego wyobrażenia, zgodnie z którym wydawana rzecz jest tożsama z rzeczą, za którą kupujący uiszcza opłatę.

W świetle powyższych rozważań należy podkreślić, że manipulacja wprowadzanymi przez klienta sklepu danymi na ekranie kasy samoobsługowej mogłaby z całą pewnością zostać uznana za przejaw wprowadzenia w błąd. Kwestią budzącą największe wątpliwości w doktrynie jest jednak fakt, że kasy samoobsługowej nie da się oszukać, ponieważ nie posiada własnej świadomości⁴⁷.

Na rynku pojawia się wiele innowacyjnych rozwiązań technologicznych, które zmierzają do wykorzystania sztucznej inteligencji w celu automatyzacji czynności życia codziennego, wśród których wymienić można np. sprzedaż detaliczną⁴⁸. W przyszłości planuje się rozszerzenie funkcji kas samoobsługowych m.in. o rozpoznawanie komunikatów głosowych, czy też identyfikację produktów dokonywaną za pomocą kamer, bez konieczności wyboru określonego towaru i jego ilości z dostępnej na ekranie listy⁴⁹. W celu analizy możliwości uznania kasy samoobsługowej za adresata błędu wywołanego przez sprawcę, konieczne będzie udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy mechanizm stanowisk samoobsługowych jest formą sztucznej inteligencji (dalej również jako: AI, tj. *artificial intelligence*). Według Tomasza Zalewskiego, „sztuczna inteligencja to system, który pozwala na wykonywanie zadań wymagających procesu uczenia się i uwzględniania nowych okoliczności w toku rozwiązywania danego problemu i który może w różnym stopniu – w zależności od konfiguracji – działać autonomicznie oraz wchodzić w interakcję z otoczeniem”⁵⁰.

Zgodnie ze słownikiem języka polskiego PWN, świadomość to m.in. „zdawanie sobie sprawy z czegoś” bądź „charakterystyczna dla człowieka zdolność poznawania i oceniania siebie i otoczenia”⁵¹. O ile nie sposób zgodzić

⁴⁷ Takie stanowisko jest szeroko reprezentowane przez Mikołaja Małeckiego, m.in. na prowadzonym przez niego blogu www.dogmatykarnisty.pl, dostęp: 14.02.2023.

⁴⁸ <https://www.rp.pl/handel/art35687631-sztuczna-inteligencja-wchodzi-do-sklepow>; dostęp: 15.02.2023.

⁴⁹ Ibidem.

⁵⁰ T. Zalewski [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa, 2020, s. 14.

⁵¹ <https://sjp.pwn.pl/sjp/swiadomosc;2528182.html>; dostęp: 20.02.2023.

się ze stwierdzeniem, że jakakolwiek forma sztucznej inteligencji jest w stanie „zdawać sobie z czegoś sprawę”, o tyle należy podkreślić, iż samo „zdawanie sobie sprawy” jest w rzeczywistości rozpoznawaniem określonych czynników lub zdarzeń. Słusznym wydawałoby się więc przyjęcie rozumienia, zgodnie z którym kasa samoobsługowa, funkcjonująca w oparciu o system sztucznej inteligencji, posiadałaby pewną zdolność rozpoznawania i dokonywania oceny otoczenia, w którym się znajduje, w zakresie, jaki determinowałby jej funkcjonowanie. Należałoby zatem przededefiniować pojęcie samego błędu, który polegałby na powstaniu rozbieżności między rzeczywistym stanem rzeczy a nie tyle świadomością, co dokonanym rozpoznaniem. W tak skonstruowanej, futurystycznej wizji, kasa samoobsługowa mogłaby zostać wprowadzona w błąd (i tym samym być może zostać uznana za rozporządzającego mieniem, w zależności od zakresu jej funkcjonalności).

Tomasz Zalewski wyróżnia kilka poziomów autonomiczności systemów AI, z czego poziom 0 - odnoszący się do mechanizmów komputerowych funkcjonujących w oparciu o uprzednio zaprogramowane przez człowieka algorytmy (polecenia)⁵² - wydaje się odpowiadać zasadom działania kas samoobsługowych obecnie wykorzystywanych w marketach. Brak zdolności do uczenia się, rozumianej jako przetwarzanie i interpretacja danych przez system w celu swoistego „samodoskonalenia”⁵³, przesądza o niemożności zakwalifikowania przedmiotowych kas jako AI.

Mechanizm wbudowany w wykorzystywanych na tą chwilę kasach samoobsługowych pozwala na wyczuwanie określonych ruchów, imitujących zachowania, które zaobserwować będzie można nawet u kasjera-człowieka, jak na przykład zwrócenie uwagi na włożenie produktu do torby zanim zostanie on skasowany, analizę obrazów (skanowanie kodów produktów) czy też wagi (w tym rozpoznawanie większej ilości produktów niż zadeklarowana przez konsumenta). Niejednokrotnie mechanizm kas samoobsługowych może okazać się bardziej precyzyjny niż człowiek. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której klient podchodzi do kasy z reklamówką, w której umieścił określoną liczbę bułek, a następnie kłamie, informując pracownika, że jest ich mniej. Powszechnym zjawiskiem jest zaufanie kasjera do wartości podawanej przez klienta, gdyż każdorazowa weryfikacja wymagałaby w podanym przypadku wysypania produktu na ladę, co w rzeczywistości wydaje się trudne do zrealizowania. Kasa samoobsługowa z kolei, dzięki wyposażeniu

⁵² T. Zalewski [w:] op. cit., s. 12.

⁵³ Ibidem, s. 10.

w odpowiednie mechanizmy reakcji, wyda odpowiedni komunikat dźwiękowy i/lub tekstowy, jeżeli system wykryje niezgodność między wprowadzonymi na ekranie danymi a odczytaną wagą. Niemniej jednak, wykorzystywane obecnie w marketach stanowiska samoobsługowe niewątpliwie nie należą do grupy określanej mianem AI, w związku z czym wydaje się, że takie kasy rzeczywiście nie mogą zostać wprowadzone w błąd.

5.4. Jeżeli kasa nie jest wprowadzana w błąd, to kto?

W pierwszej kolejności uwypuklenia wymaga fakt, że brzmienie przepisu art. 286 §1 k.k. implikuje konieczność zachowania tożsamości osoby wprowadzanej w błąd z osobą rozporządzającą własnym lub cudzym mieniem. Mikołaj Małecki podkreśla, że wprowadzony w błąd może zostać co najwyżej kasjer, będący osobą fizyczną rozporządzającą mieniem sklepu⁵⁴. Nie będzie to miało jednak zastosowania w przypadku pracownika lub ochroniarza nadzorującego obsługę kas samoobsługowych⁵⁵, z czym należy się zgodzić. W tym miejscu można się posłużyć następującym przykładem uproszczonego na potrzeby niniejszych rozważań fragmentu stanu faktycznego rozpatrywanego przez Sąd Rejonowy dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie: kobieta zapakowała do kartonu po meblu o wartości 150 zł, artykuły oświetleniowe o wartości około 2650 zł⁵⁶. Jeżeli sprawczyni udałaby się z tak zmodyfikowaną zawartością opakowania do kasy obsługiwanej przez pracownika sklepu, to należałoby uznać, że osobą wprowadzoną w błąd jest tenże pracownik, dokonujący w wyniku mylnego wyobrażenia o rzeczywistym stanie rzeczy niekorzystnego rozporządzenia mieniem sklepu (pokrzywdzonego). Wątpliwości pojawiają się jednak w przypadku samodzielnego zeskanowania owego opakowania na kasie samoobsługowej. Zgodnie z wysnutymi dotychczas wnioskami, to nie sama kasa zostaje wprowadzona w błąd. Trudno byłoby zgodzić się także ze stwierdzeniem, że kasa rozporządza czyimś mieniem. Bezrefleksyjne przenoszenie poczynionych spostrzeżeń na grunt każdego z omawianych przypadków doprowadziłoby jednak do sformułowania absurdalnych konkluzji, zgodnie z którymi w całym bezobsługowych sklepach (np. Żabkach Nano) w ogóle nie dochodzi do jakiegokolwiek rozporządzenia mieniem.

⁵⁴ M. Małecki, op. cit., s. 33.

⁵⁵ <https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/03/klient-okradl-sklep-oszukujac-kase/>; dostęp: 20.02.2023.

⁵⁶ Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie z 03.07.2017 r., III K 331/16, LEX nr 2559490.

Nie sposób zaakceptować takiego rozumowania. Jak wcześniej wspomniano, realizacja elementów umowy sprzedaży przez sprzedającego polega m.in. na wydaniu rzeczy. Zgodnie z art. 18 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/ UE, „dostarczenie towaru” odbywa się poprzez przeniesienie ich fizycznego posiadania lub kontroli nad nimi na konsumenta⁵⁷. Można zatem stwierdzić, że fakt umożliwienia klientowi odbioru rzeczy stanowiącej przedmiot umowy sprzedaży i fizycznego wyniesienia owego towaru ze sklepu będzie oznaczał nic innego, jak właśnie jego wydanie, a w konsekwencji - będzie również formą rozporządzenia mieniem. W takiej sytuacji, kasa samoobsługowa jest jedynie narzędziem umożliwiającym osobie prawnej realizację obowiązku wynikającego z zawieranej z konsumentem umowy sprzedaży, pozostając indyferentną w kontekście kwalifikacji określonego czynu jako oszustwa z art. 286 §1 kodeksu karnego. Forma zawarcia umowy między stronami, jak i poszczególne przedmioty niejako usprawniające ten proces, nie determinują bowiem faktu wypełnienia ustawowych znamion przestępstwa. Odwołując się raz jeszcze do treści omawianego przepisu, należy więc zważyć co następuje:

- a) sprawca (klient),
- b) w celu osiągnięcia korzyści majątkowej (w postaci zapłaty niższej kwoty niż rzeczywista cena towaru),
- c) doprowadza inną osobę (osobę prawną - sklep),
- d) do niekorzystnego rozporządzenia własnym mieniem (poprzez wydanie rzeczy wskutek otrzymania zapłaty w wysokości nieodpowiadającej jej rzeczywistej wartości),
- e) za pomocą wprowadzenia jej w błąd (polegającego na zadeklarowaniu przez sprawcę określonej jakości i/lub ilości towaru stanowiącego przedmiot umowy sprzedaży, sprzecznej z rzeczywistym stanem rzeczy).

Sposób działania kas samoobsługowych umożliwia m.in. rozpoznanie zdarzenia polegającego na zbyt szybkim zabraniu przedmiotu z określonego miejsca oraz ocenę takiej sytuacji jako negatywnej przesłanki dla kontynuacji procesu zawarcia umowy sprzedaży. W przypadku postępowania zgodnie z wytycznymi, kasa umożliwia przejście do dalszych etapów dokonywania transakcji, a więc reaguje w prawidłowy sposób na określone zachowania

⁵⁷ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, art. 18 ust. 1.

człowieka. System działania kas samoobsługowych jest zatem zaprogramowany w ten sposób, aby reagować na określone typy nieprawidłowości. Podobnie jest w przypadku kasjera-człowieka, który będzie w stanie np. wychwycić znaczącą różnicę masy uprzednio zważonego przez klienta produktu w stosunku do wyświetlanej na ekranie komputera ceny (o ile będą temu sprzyjać różnorodne czynniki o stricte ludzkim charakterze, takie jak m.in. stopień koncentracji pracownika). W omawianych przypadkach, wprowadzenie w błąd, a w jego następstwie dokonanie niekorzystnego rozporządzenia mieniem wynika więc z faktu, że sprawca, manipulując określonym stanem faktycznym, doprowadza do powstania nieprawidłowości niemieszczących się w zbiorze tych możliwych do rozpoznania przez mechanizm kasy. Oczywiście zbiór wykrywalnych przez system stoisk samoobsługowych nieprawidłowości będzie składał się z konkretnej liczby, zależnej od uprzednio zaprogramowanych algorytmów, podczas gdy liczba i rodzaj elementów zbioru odnoszącego się do pracownika sklepu może wynikać z niezliczonych kombinacji czynników osobowych o różnorodnym charakterze. Ponadto, istnieje pewna grupa zdarzeń, co do których weryfikacja ich prawdziwości nie jest możliwa (wymagałaby bowiem podjęcia niestandardowych czynności, których ze względu na specyfikę pracy w sklepie nie sposób wymagać od kasjera, np. każdorazowe sprawdzanie zawartości opakowania jakiegoś produktu). Nie ma podstaw do twierdzenia, że odmienność tych grup uzasadnia kwalifikację określonego czynu jako oszustwa jedynie w przypadku zachowań skierowanych do osoby fizycznej. Przyjęcie powyższego rozumowania zdaje się najpełniej oddawać istotę czynów dokonywanych za pomocą kas samoobsługowych.

5.5. Stopień społecznej szkodliwości czynu i niewspółmierność kary

Jednym z zarzutów podnoszonych w przypadku kwalifikacji określonego czynu dokonanego za pomocą kasy samoobsługowej jako oszustwa jest fakt, że powstała wskutek owego czynu szkoda zazwyczaj jest nieznaczna, natomiast ustawowe zagrożenie karą jest wyższe, niż w przypadku kradzieży (w szczególności biorąc pod uwagę przewidziany przez ustawodawcę próg kontrawencjonalizacji, której brak w odniesieniu do przestępstwa z art. 286 kodeksu karnego). Należy jednak podkreślić, że zgodnie z określonymi w kodeksie karnym dyrektywami wymiaru kary, „sąd wymierza karę według swojego uznania, w granicach przewidzianych w ustawie, uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu, okoliczności obciążające i okoliczności łagodzące, cele kary w zakresie społecznego oddziaływania, a także cele zapobiegawcze,

które ma ona osiągnąć w stosunku do skazanego. Dolegliwość kary nie może przekraczać stopnia winy⁵⁸. Ponadto, „wymierzając karę, sąd uwzględnia w szczególności motywację i sposób zachowania się sprawcy, zwłaszcza w razie popełnienia przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia, popełnienie przestępstwa wspólnie z nieletnim, rodzaj i stopień naruszenia ciężących na sprawcy obowiązków, rodzaj i rozmiar ujemnych następstw przestępstwa, właściwości i warunki osobiste sprawcy, sposób życia przed popełnieniem przestępstwa i zachowanie się po jego popełnieniu, a zwłaszcza staranie o naprawienie szkody lub zadośćuczynienie w innej formie społecznemu poczuciu sprawiedliwości, a także zachowanie się pokrzywdzonego⁵⁹. Co więcej, w określonych ustawą przypadkach, kara pozbawienia wolności zostanie orzeczona przez sąd tylko wówczas, gdy inna kara lub środek karny nie pozwoli na spełnienie celów kary⁶⁰.

W artykułach internetowych można spotkać się z następującą oceną prawnej kwalifikacji zdarzenia polegającego na zważeniu na kasie samoobsługowej droższego produktu przy jednoczesnym zadeklarowaniu, że jest to towar o niższej wartości, jako oszustwa: „Nie kwestionując tego, że taki proceder jest godny potępienia, prowadziło[by] to czasem do absurdalnych sytuacji, kiedy wyniesienie kilograma pomarańczy ze sklepu było[by] zwykłym wykroczeniem, a już kupienie ich w cenie ziemniaków poważnym przestępstwem⁶¹. Mikołaj Małecki podnosi z kolei, że w podobnych sytuacjach doprowadzenie sklepu do utraty niewielkiej kwoty (np. kilkunastu złotych) niewątpliwie świadczy o znikomości stopnia społecznej szkodliwości czynu, wskutek czego takich zdarzeń nie należy określać mianem przestępstw⁶². Autorzy tego typu twierdzeń zdają się jednak nie zauważać funkcjonującego na gruncie kodeksu karnego rozwarstwienia karalności w przypadku przestępstw z rozdziału XXXV kodeksu karnego, tj. przestępstw przeciwko mieniu. Ustawodawca wprowadził bowiem tzw. wypadek mniejszej wagi (art. 286 §3 k.k.)⁶³, który zachodzi wówczas, gdy „okoliczności popełnienia przestępstwa, zwłaszcza

⁵⁸ Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, art. 1, pkt. 15 a). W nowelizacji przewidziano także dodanie do art. 53 §2a-2e, odnoszących się do okoliczności obciążających i łagodzących - art. 1, pkt. 15 b).

⁵⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny, art. 53 §2.

⁶⁰ <https://www.prawo.pl/prawo/zle-nabiecie-produktu-w-kasie-samoobslugowej-to-kradziez-czy,516751.html>; dostęp: 20.02.2023.

⁶¹ <https://www.prawo.pl/prawo/zle-nabiecie-produktu-w-kasie-samoobslugowej-to-kradziez-czy,516751.html>; dostęp: 20.02.2023.

⁶² <https://www.dogmatykarnisty.pl/2022/04/zamiana-owocow-przy-kasie-samoobslugowej/>; dostęp: 18.02.2023.

⁶³ „W wypadku mniejszej wagi, sprawca podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

zaś przedmiotowo-podmiotowe znamiona czynu, charakteryzują się przewagą elementów łagodzących, które sprawiają, że ten czyn nie przybiera zwyczajnej postaci, lecz zasługuje na znacznie łagodniejsze potraktowanie”⁶⁴. Nie chodzi więc o to, że omawiane zdarzenia charakteryzuje znikomy stopień społecznej szkodliwości, a o to, że ów stopień jest niższy niż w przypadku czynów należących do typu podstawowego, tj. wyrażonego w §1. Co istotne, możliwość zakwalifikowania określonego incydentu jako wypadku mniejszej wagi nie jest determinowana wyłącznie „wartością mienia, do rozporządzenia którego sprawca przestępstwa z art. 286 § 1 kk swoim działaniem wypełniającym dyspozycję tego przepisu zmierzał, ale również zespołem okoliczności podmiotowych i przedmiotowych”⁶⁵. W tym miejscu warto przyrzeć się wyrokowi Sądu Okręgowego w Poznaniu z 6 kwietnia 2017 r. (sygn. akt IV Ka 273/17). We wskazanym orzeczeniu rozpatrywano sprawę mężczyzny, który w celu osiągnięcia korzyści majątkowej doprowadził sklep do niekorzystnego rozporządzenia mieniem w postaci pieniędzy w określonej kwocie, poprzez wprowadzenie w błąd co do faktycznej ceny zeskanowanego towaru (przykładając kod kreskowy innego produktu), przy czym czyn ten stanowił zdaniem sądu wypadek mniejszej wagi⁶⁶. W wyniku apelacji wniesionej przez prokuratora, na etapie kontroli instancyjnej dokonywanej przez sąd odwoławczy stwierdzono, że utrzymanie w mocy orzeczenia nie jest możliwe m.in. ze względu na rażącą niewspółmierność orzeczonej kary (6 miesięcy pozbawienia wolności i 60 stawek dziennych grzywny po 15 zł każda stawka). Zdaniem Sądu Okręgowego, „Sąd Rejonowy błędnie ocenił stopień społecznej szkodliwości popełnionego przez oskarżonego czynu, co doprowadziło Sąd I instancji do wymierzania oskarżonemu kary rodzajowo najsurowszej”⁶⁷. Wśród okoliczności łagodzących sąd odwoławczy wskazał: stosunkowo niewielką wartość wyrządzonej szkody, brak uprzedniej karalności sprawcy, prowadzenie przez mężczyznę ustabilizowanego trybu życia, przyznanie się do zarzucanego czynu, okazanie skruchy oraz złożenie wniosku o dobrowolne poddanie się karze. Za okoliczność obciążającą uznano natomiast dokładne obmyślenie sposobu działania i przygotowanie się do popełnienia przestępstwa, a zatem zamiar i premedytację sprawcy⁶⁸. Nietrudno zgodzić się ze stwierdzeniem, że tzw. oszukańcze zabiegi (rozumiane jako przebiegłe działania umożliwiające

⁶⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16.11.2000 r., II AKa 161/00, LEX nr 48332.

⁶⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z 26.07.2006 r., III KK 2/06, LEX nr 610545.

⁶⁶ Wyrok Sądu Rejonowego Poznań - Stare Miasto w P. z 10.01.2017 r., VIII K 828/16.

⁶⁷ Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 06.04.2017 r., IV Ka 273/17, LEX nr 2293113.

⁶⁸ Ibidem.

dokonanie określonego czynu zabronionego) mogą występować zarówno w przypadku oszustwa, jak i kradzieży⁶⁹, jednakże uwypuklenia wymaga fakt, iż rodzaj czynności podejmowanych przez sprawcę przestępstwa z art. 286 i ich przebieg mają zdecydowanie bardziej złożony charakter. Ponadto, jeżeli zachowanie sprawcy oszustwa wskazywałoby na znaczne nasilenie złej woli i nosiło cechy dużej zuchwałości, poszczególne okoliczności łagodzące nie stałyby na przeszkodzie odmowy uznania określonego czynu za wypadek mniejszej wagi w rozumieniu art. 286 §3 k.k.⁷⁰ *Suma summarum*, kwalifikacja prawna czynów dokonywanych za pomocą kas samoobsługowych nie implikuje konieczności dokonywania zero-jedynkowych ocen w kontekście orzekania kary pozbawienia wolności do lat 8 (jak sugeruje wiele nagłówków artykułów internetowych) albo uznania, że nie doszło do popełnienia przestępstwa ze względu na znikomą społeczną szkodliwość czynu. Pomiędzy tymi punktami granicznymi odnaleźć można wiele wariantów reakcji pozostających w zgodzie z dyrektywami wymiaru kary ukształtowanymi przez ustawodawcę.

PODSUMOWANIE

Zważając na wynik rozważań przeprowadzonych w niniejszym rozdziale, autorki sformułowały najistotniejsze tezy dotyczące analizowanej materii:

Po pierwsze, zdarzenie polegające na zadeklarowaniu przez klienta nieprawdziwej jakości i/ lub ilości towaru skanowanego na kasie samoobsługowej po to, aby zapłacić niższą kwotę, niż rzeczywista jego wartość, w konsekwencji czego sklep, otrzymawszy nieodpowiednią zapłatę, wydaje rzecz, spełnia ustawowe znamiona przestępstwa z art. 286 §1 k.k., czyli oszustwa. Niekorzystność rozporządzenia mieniem przez sklep wynika bowiem z niemożności rozpoznania określonych czynności, podejmowanych przez sprawcę. Gdyby mechanizm kas samoobsługowych pozwalał na ich identyfikację, nie doszłoby do zawarcia umowy sprzedaży oraz jej realizacji. Podobnie zresztą byłoby w przypadku zastosowania przez sprawcę podstępnych zabiegów, takich jak zmiana zawartości opakowania produktu (również w celu uiszczenia niższej ceny), w stosunku do pracownika, a więc osoby fizycznej. Wywołany błąd opiera się na nieświadomości (w odniesieniu do kasjera-człowieka) lub nierozpoznanie (w odniesieniu do stanowisk samoobsługowych) istnienia przesłanek udaremniających sfinalizowanie transakcji zgodnie z wolą sklepu (pokrzywdzonego). Niemniej jednak, w prezentowanym rozumieniu zarówno kasjer,

⁶⁹ M. Małecki, op. cit., s. 34.

⁷⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 14.02.2013 r., II AKa 299/12, LEX nr 1280499.

jak i kasa samoobsługowa są zaledwie instrumentami (środkami) umożliwiającymi osobie prawnej zawieranie umów sprzedaży i realizację ich elementów. Należy mieć również na uwadze fakt, że potencjalne wykorzystanie urządzeń funkcjonujących w oparciu o sztuczną inteligencję może skutkować koniecznością przededefiniowania błędu w rozumieniu prawa. Z kolei jeśli przyjmie się, że zakres pojęcia „świadomość” obejmować będzie nie tylko czynnik ludzki, ale i fakt rozpoznawania/ odczytywania określonej informacji, to w konsekwencji błędem będzie tak naprawdę różnica między tym, co rzeczywiste, a tym, co rozpoznane/odczytane (stąd błędny dokument, błąd systemu, błąd komputera). Ponadto, proponowana przez niektórych autorów niemożność zastosowania konstrukcji z art. 286 k.k. w kontekście podejmowanych przez klienta czynności z wykorzystaniem kasy samoobsługowej, m.in. ze względu na postulowany wymóg zaangażowania w przestępny proceder osoby fizycznej, prowadzi do sytuacji, w której tożsamy zachowanie sprawcy ukierunkowane na pracownika sklepu będzie kwalifikowane odmiennie. Za kradzież można natomiast uznać sytuację, w której sprawca, wykorzystując niewielką wagę produktu (np. przyprawy), umieszcza go wśród towaru innego rodzaju, tak aby nieznaczna różnica w wadze nie została wykryta przez system kasy samoobsługowej. W takim przypadku sprawca nie miał zamiaru uiszczenia opłaty za ów produkt, a jedynie w podstępny sposób dokonał zaboru w celu przywłaszczenia. Zdaniem auterek konieczne jest jednak każdorazowe dokonywanie rozróżnienia analizowanych zdarzeń.

Po drugie, rozwiązania przewidziane przez ustawodawcę, tj. m.in. rozwarstwienie karalności przestępstwa oszustwa i wprowadzenie do przepisu konstrukcji wypadku mniejszej wagi, umożliwiają orzekanie kar współmiernych do stopnia społecznej szkodliwości czynu. Błędny jest więc zarzut, według którego kwalifikacja analizowanych przypadków jako oszustw prowadziłyby do rażącej niesprawiedliwości w zakresie wymiaru kary. Według Mikołaja Małeckiego, wartość wyrządzonej szkody, która niejednokrotnie jest stosunkowo niewielka, nie uzasadnia zastosowania kar w wysokości przewidzianej w art. 286. Niemniej jednak, kradzież zniczy z grobu, których wartość oscyluje zazwyczaj w granicach kilku do kilkudziesięciu złotych, zagrożona jest tożsamą karą, co oszustwo z §1. Ewentualny brak racjonalności polityki karnej nie może prowadzić do błędnej kwalifikacji prawnej czynu.

Po trzecie, w rozważaniach nad prawidłowością kwalifikacji prawnej omawianych czynów bezrefleksyjne opieranie argumentacji na twierdzeniach pochodzących z uzasadnień wyroków sądów jest co prawda rozwiązaniem wygodnym, lecz tragicznym w skutkach. Źródłem wątpliwości mogą być bowiem

liczne nieścisłości pojawiające się w orzeczeniach, takie jak niedookreślanie, który z elementów zdarzenia wypełnia konkretne znamię czynu zabronionego, jak i stosowanie wyrażen mających odmienne znaczenie w nomenklaturze prawniczej, a języku potocznym. Przykładowo, w przywoływanym wcześniej wyroku Sądu Okręgowego w Poznaniu (sygn. akt IV Ka 273/17) pojawia się wyrażenie „kradzież zabawki dla wnuka”⁷¹, mimo że czyn sprawcy zakwalifikowano jako przestępstwo z art. 286 §3 kodeksu karnego. Ponadto, Sąd Rejonowy w Toruniu, w wyroku z dnia 25 sierpnia 2022 r. o powodach przyjętej kwalifikacji prawnej pisał następująco: „Oskarżony działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej poprzez doprowadzenia pokrzywdzonego do niekorzystnego rozporządzeniem mieniem. Aby to uczynić podjął podstępne zabiegi zamieniając kody kreskowe towaru na tańszy. w ten sposób nie tylko oszukał system kas samoobsługowych ale i pracowników sklepu je nadzorujących [...]”⁷². Niekonsekwencja w stosowanej terminologii oraz nieumiejętne formułowanie uzasadnień, mimo że zasługują na krytykę, nie mogą stanowić trzonu argumentacji przeciwko możliwości zakwalifikowania podobnych zachowań jako czynów zabronionych z art. 286 k.k.

BIBLIOGRAFIA

- Bednarzak J., *Przestępstwo oszustwa w polskim prawie karnym*, Warszawa, 1971.
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III, Komentarz do art. 278-363 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa, 2022.
- Klimczak J., *Charakterystyka czynu i sprawcy kradzieży na przykładzie postępowań sądowych*, Archiwum Kryminologii, XLI/1 (2019).
- Kozioł A., [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom IV. Zobowiązania. Część szczególna*, red. M. Frasz, M. Habdas, Warszawa, 2018.
- Kulik M., [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2023.
- Kyś T., *Kryteria ustalania niekorzystnego charakteru rozporządzenia mieniem na gruncie przestępstwa z art. 286 § 1 k.k.*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2018/3.

⁷¹ Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 06.04.2017 r., IV Ka 273/17, LEX nr 2293113.

⁷² Wyrok Sądu Rejonowego w Toruniu z 25.08.2022 r., II K 1868/21, LEX nr 3410981.

Małecki M., *Kradzież przy użyciu kasy samoobsługowej w sklepie*, Przegląd Sądowy 2022/10.

Nassar M., Itani A., Karout M. El Baba M., Kaakaji O., *Shoplifting Smart Stores Using Adversarial Machine Learning*, 2019 IEEE/ACS 16th International Conference on Computer Systems and Applications (AICCSA), Abu Dhabi, 2019.

Tyburcy T., *Czas usiłowania i dokonania kradzieży w sklepie samoobsługowym*, Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego, t. LI (2019).

Wilk L., [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, O. Sitarz, Warszawa, 2020.

Zalewski T., [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa, 2020.

Zawłocki R., [w:] *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze. System Prawa Karnego. Tom 9*, red. R. Zawłocki, Poznań, 2015.

Akty prawne

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny.

Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/83/UE z dnia 25 października 2011 r. w sprawie praw konsumentów, zmieniająca dyrektywę Rady 93/13/EWG i dyrektywę 1999/44/WE Parlamentu Europejskiego i Rady oraz uchylająca dyrektywę Rady 85/577/EWG i dyrektywę 97/7/WE Parlamentu Europejskiego i Rady.

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z 07.11.1989 r., WR 278/89, LEX nr 21013. Wyrok Sądu Najwyższego z 5.12.2006 r., WA 32/06, LEX nr 295535.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 16.11.2000 r., II AKa 161/00, LEX nr 48332. Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 14.02.2013 r., II AKa 299/12, LEX nr 1280499.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z 25.09.2014 r., II AKa 74/14, LEX nr 1527205. Wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z 06.04.2017 r., IV Ka 273/17, LEX nr 2293113. Postanowienie Sądu Najwyższego z 26.07.2006 r., III KK 2/06, LEX nr 610545.

Wyrok Sądu Rejonowego w Jeleniej Górze z 13.08.2014 r., II K 1863/13, LEX nr 1903696. Wyrok Sądu Rejonowego Poznań - Stare Miasto w P. z 10.01.2017 r., VIII K 828/16.

Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy Pragi-Północ w Warszawie z 03.07.2017 r., III K 331/16, LEX nr 2559490.

Wyrok Sądu Rejonowego w Toruniu z 25.08.2022 r., II K 1868/21, LEX nr 3410981.

Źródła internetowe

<https://www.bbc.com/future/article/20170509-the-unpopular-rise-of-self-checkouts-and-how-to-fix-them>.

<https://businessinsider.com.pl/finanse/handel/kasy-samoobslugowe-w-polskich-sklepach/j0zmv8p>.

<https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/03klient-okradl-sklep-oszukujakase/>.

<https://www.dogmatykarnisty.pl/2021/06odkurzacz-zamiast-cebuli-ukradziony/>.

<https://www.dogmatykarnisty.pl/2022/04zamiana-owocow-przy-kasie-samoobslugowej/>.

<https://www.prawo.pl/prawo/zle-nabiecie-produktu-w-kasie-samoobslugowej-to-kradziez-czy,516751.html>.

<https://www.rp.pl/handel/art35687631-sztuczna-inteligencja-wchodzi-do-sklepow>.

<https://sjp.pwn.pl/sjp/swiadomosc;2528182.html>.

<https://www.thestreet.com/investing/stocks/walmart-s-sam-s-club-unveils-scan-and-go-to-make-cash-register-obsolete-13749217>.

<https://www.zabka.pl/zabka-nano>.

FRAUD OR THEFT? CRIMINAL LAW ANALYSIS OF THE ISSUE OF SELF-SERVICE CHECKOUTS

Abstract: In recent years, modern technological solutions used to streamline the process of making purchase and sale transactions, have gained popularity. The possibility of self-scanning and packing goods, as well as making payments using self-service checkouts, has been introduced to selected stores. There were also created first solely self-service facilities that use methods based on artificial intelligence. Due to the development of this type of solutions, it turned out to be problematic to classify acts consisting in, among others, scanning a barcode pasted from a different product or weighing a different product than it was actually placed on the scale, and as a result - paying a lower amount of money. One of the most widely presented standpoints is that similar behavior should be considered theft. The supporters of this claim argue that when using a self-service checkout, no person is being misled (Article 286 of the Polish Penal Code), because the indicated device does not have its own consciousness, so it is impossible to make it believe that the real state of affairs is different. The qualification of the behavior consisting in e.g. weighing a vacuum cleaner as an onion, as a theft, is also supported by the fact that the perpetrator himself wilfully takes the goods with the purpose of appropriating them, without making payment, which the injured party does not know about at the moment. It is impossible to agree with this position, as the analysed cases do not assume only taking someone else's movable property with the purpose of appropriating it, but, above all, they are based on taking certain actions, as a result of which the injured party has an erroneous belief as to the type and quantity of the goods sold. As a consequence, there is a disadvantageous disposal of a property, because the amount received by the shop is actually lower than the value of the item taken by the perpetrator. In addition, there is no doubt that the "person" indicated in the article may be a natural person, as well as a legal one, which is confirmed by the Polish judicature (e.g. Warsaw Court of Appeal judgement of 23 May 2016, Case II AKa 27/16). The chapter is a dispute with the standpoint assuming the impossibility of qualifying the above-mentioned acts as crimes under Article 286 of the Polish Penal Code, i.e. fraud.

Keywords: self-service checkouts, theft, fraud

PRYWATYZACJA ZAKŁADÓW KARNYCH RECEPTĄ NA ICH PRZELUDNIENIE?

Abstrakt: Zgodnie z danymi Służby Więziennej, liczba osób osadzonych w jednostkach penitencjarnych w 2022 r. wynosi ponad 71 tys. osób. Są to skazani, ukarani i tymczasowo aresztowani przebywający w aresztach śledczych i zakładach karnych w całej Polsce. Stanowi to o niemal 90% zaludnieniu jednostek. Wysoki wskaźnik przestępczości, dość represyjna polityka penitencjarna oraz niewystarczająca baza materialna więziennictwa to główne przyczyny tej sytuacji. W myśl art. 110 Kodeksu karnego wykonawczego powierzchnia w celi mieszkalnej przypadająca na skazanego wynosi nie mniej niż 3 m². Polska norma minimalnej powierzchni jest jedną z najniższych w Europie i odbiega od standardów międzynarodowych. Egzystencja więźniów w takich warunkach bytowych może prowadzić do powstawania między nimi konfliktów. Wpływa to również na obniżoną skuteczność resocjalizacji. Kolejnym skutkiem przeludnienia jest pogorszenie warunków pracy funkcjonariuszy Służby Więziennej oraz innych osób zatrudnionych w zakładach karnych. Zatem jakie kroki należałoby podjąć w celu ograniczenia przeludnienia w zakładach? Czy wykonalne jest przedsięwzięcie budowy nowych zakładów karnych w takim stopniu, aby zapewnić osadzonym godziwe odbywanie kary? Byłaby to niezwykle kosztowna inwestycja. Wydaje się, że rozsądnym rozwiązaniem tej sytuacji może być dopuszczenie do funkcjonowania w systemie penitencjarnym tzw. prywatnych zakładów karnych. W odróżnieniu od krajów zachodnich, w Polsce dopiero zaczyna się toczyć dyskusja na temat prywatyzacji więziennictwa. W niniejszym artykule poddano analizie argumenty zwolenników i przeciwników owego procesu. Ponadto, przedstawiono względy ideologiczne i kulturowe, typowe dla Europy środkowowschodniej, utożsamiające prywatyzację ze swego rodzaju „zawłaszczeniem”. Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy prywatyzacja więziennictwa to przyszłość polskiej polityki penitencjarnej. Ponadto, czy takie rozwiązanie byłoby korzystne społecznie i skutkowałoby większą równowagą w zaspokajaniu interesu zbiorowego i jednostkowego.

Słowa kluczowe: polityka kryminalna, zakład karny, przeludnienie, prywatyzacja

WPROWADZENIE

Najbardziej uniwersalną karą za nieprzestrzeganie prawa jest kara pozbawienia wolności wykonywana w warunkach izolacji więziennej. Ta instytucja towarzyszy światu od stuleci. Każde państwo tworzy autonomiczny system penitencjarny odpowiadający interesom własnej polityki karnej. W demokratycznym, praworządnym państwie działalność jego organów musi opierać się na przepisach prawa. Dotyczy to również więziennictwa. Ma ono skomplikowany, wieloaspektowy charakter. Możemy je określić jako strukturę organizacyjną, której zadaniem jest izolacja sprawców przestępstw w celu wymierzenia im stosownej kary, a następnie jej wykonywania. Więzienie ma też udział w zapobieganiu recydywie przestępczej. Na ostateczny wizerunek systemu składa się wiele elementów, lecz generalnie można wyróżnić trzy podstawowe składniki: kodyfikacja postępowania wykonawczego, infrastruktura więzienna oraz kadra penitencjarna.

Polskie więziennictwo powstało po odzyskaniu niepodległości 11 listopada 1918 r. Jednakże dopiero po przełomie październikowym w 1956 r., po przekazaniu więziennictwa w ręce Ministra Sprawiedliwości, można mówić o systemie penitencjarnym¹. Co prawda był on nadal nadmiernie represyjny, lecz właśnie tą datę przyjmuje się za początek nowego okresu w działalności więziennictwa².

Przez system penitencjarny należy rozumieć całokształt przepisów i instytucji prawa penitencjarnego oraz urządzeń zakładów karnych zmierzających, według określonego sposobu i metody, do osiągnięcia zasadniczego celu jakim jest wykonanie kary pozbawienia wolności³.

1. ZALUDNIENIE ZAKŁADÓW KARNYCH I ARESZTÓW ŚLED CZYCH

Do jednostek penitencjarnych trafiają osoby na podstawie różnych tytułów prawnych. Na gruncie przepisów prawa karnego wyróżnia się:

- osoby skazane na karę pozbawienia wolności,
- osoby tymczasowo aresztowane,

¹ Ustawa z dn. 11.09.1956 r. o przejściu więziennictwa do zakresu działania Ministra Sprawiedliwości, Dz.U. Nr 41, poz. 188.

² T. Szymanowski, *Prawne podstawy funkcjonowania więziennictwa w Polsce i ich wpływ na wykonywanie kary pozbawienia wolności*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, 2009, Nr 62-63, s. 35.

³ J. Śliwowski, *Prawo i polityka penitencjarna*, Toruń, 1978, s. 71.

- osoby ukarane karą aresztu.

Zaludnienie w zakładach karnych i aresztach śledczych, zgodnie z danymi Służby Więziennej, wynosi ponad 71 000 osób. Stanowi to o niemal 90% obłożeniu⁴. Według oficjalnych komunikatów Służby Więziennej, w rozumieniu rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r.⁵, zaludnienie zakładów karnych nie przekracza ich pojemności⁶. Jednakże problem tkwi w tym, że powyższe liczby są otrzymywane w drodze administracyjnej. Liczbę miejsc w zakładach karnych, często zwiększa się sztucznie, adaptując inne pomieszczenia na mieszkalne. Ponadto, wskazane powyżej rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości przewiduje szereg działań awaryjnych, w przypadku zbliżania się do wartości krytycznych w liczbie osadzonych. Mianowicie, zgodnie z § 6 ust. 1 prezes właściwego sądu niezwłocznie zarządza zbadanie spraw, w których skazani na karę pozbawienia wolności nie rozpoczęli jeszcze jej odbywania, celem ustalenia dopuszczalności odroczenia wykonywania kary. Zatem brak miejsc w zakładach karnych powoduje, że rośnie liczba oczekujących na odbycie kary i wydłuża się sam okres oczekiwania. Ze statystyk Centralnego Zarządu Służby Więziennej wynika, że na wykonanie kary oczekuje około 46 000 orzeczeń⁷. Zdarzają się sytuacje, gdy skazany czeka wiele lat na odbycie kary pozbawienia wolności. W tym czasie może skończyć studia, otworzyć działalność gospodarczą czy założyć rodzinę. Takie odwlekanie wykonania kary skłania do refleksji, czy po czasie spełni ona swoją rolę, czy będzie efektywna? Jak podkreślono w postanowieniu Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 29 października 2004 r. po latach kara staje się dolegliwością abstrakcyjną odczuwalną przez skazanego i jego bliskich bardziej jako krzywda niż odpłata za skrzywdzenie innej osoby⁸.

W tym miejscu, należy się zastanowić, jakie są przyczyny przepełnienia jednostek penitencjarnych. Jest to skomplikowane zagadnienie, jednakże można w gruncie rzeczy sprowadzić je do trzech czynników:

- wysoki wskaźnik przestępczości,
- represyjna polityka penitencjarna,
- niewystarczająca baza materialna więziennictwa i niewystarczające

⁴ <https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka--komunikat>, (dostęp: 10.01.2023 r.).

⁵ Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dn. 9.12.2022 r. w sprawie trybu postępowania właściwych organów w wypadku, gdy liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekroczy w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów, Dz. U. 2022, poz. 2690.

⁶ <https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka--komunikat>, (dostęp: 11.01.2023 r.).

⁷ <https://www.rp.pl/prawo-karne/art13666671-ile-w-polsce-czeka-sie-na-wiezienna-cele>, (dostęp: 11.01.2023 r.).

⁸ Postanowienie Sądu Apelacyjnego z dn. 29.10.2004 r., II AKz w 688/04, LEX nr 143037.

środki finansowe przeznaczane na wykonywanie kary pozbawienia wolności⁹.

Podstawowymi źródłami danych o rozmiarach przestępczości są statystyki jako systemy sprawozdawczości, a mianowicie statystyka policyjna, prokuratorska, sądowa czy więzienna. Choć trzeba mieć na uwadze, że powyższe statystyki nie odzwierciedlają w pełni rzeczywistych rozmiarów przestępczości. Społeczeństwo codziennie jest informowane o tzw. pospolitej przestępczości przeciwko zdrowiu, życiu czy mieniu, lecz są to informacje niepełne, a duża część czynów nie jest w ogóle ujawniana.

W Polsce od 1990 r. następuje systematyczny wzrost populacji więziennej. W 2006 r. osiągnęła ona najwyższą wartość – 88 647 więźniów. Jest to z pewnością powiązane ze wzrostem wykrywalności przestępstw. W tym przypadku wyraźną tendencją wzrostową odnotowano w latach 2000 - 2011. Właśnie w 2011 r. wskaźnik wykrywalności osiągnął najwyższą wartość – 68,7%¹⁰.

Polityka karna i penitencjarna we współczesnej Polsce na tle innych państw Europy jawi się nadal jako bardzo represyjna. Wzrost liczby osadzonych po 2000 r. przypisuje się również zmianom wprowadzonym do Kodeksu karnego w latach 1999 - 2001¹¹. Przewidywały one m.in. przesunięcie prowadzenia pojazdów pod wpływem alkoholu z katalogu wykroczeń do przestępstw czy penalizację posiadania nieznacznych ilości miękkich narkotyków. Ponadto, zaczęto baczniej się przyglądać w dyskursie politycznym problematyce walki z przestępczością. Władza państwowa, a właściwie Minister Sprawiedliwości, zalecał prokuratorom częstsze występowanie do sądów o stosowanie tymczasowego aresztowania wobec podejrzanych. To wszystko doprowadziło do znacznego wzrostu liczby osadzonych w stosunkowo krótkim czasie¹².

Skłonność do modelu represyjnego polityki karnej nie znajduje odzwierciedlenia w bazie materialnej więzień. Funkcjonujące zakłady karne i areszty śledcze to budynki wybudowane wiele lat temu, duży odsetek został wzniesiony jeszcze przed II wojną światową. Bardzo często w takich budynkach brakuje pomieszczeń sanitarnych, cele nie spełniają wymagań metrażowych, ogólnie rzecz ujmując, kondycja budynków penitencjarnych pozostawia wiele do życzenia¹³. Zaś wybudowanie nowej jednostki penitencjarnej czy gruntowny remont dotychczasowej to pojedyncze przypadki z uwagi na ogromny

⁹ T. Szymanowski, *Przeludnienie zakładów karnych, jego następstwa i metody ograniczania tego zjawiska*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2007, Zeszyt nr 1, s. 286.

¹⁰ I. Bąk, *Struktura i typologia przestrzenna przestępczości w Polsce*, *Ekonometria* 2015, nr 4(50), s. 46.

¹¹ Ustawa z dn. 14.04.2000 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, Dz. U. 2000 Nr 48, poz. 548.

¹² T. Szymanowski, *Przeludnienie zakładów karnych...*, s. 288-289.

¹³ Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich Materiały, Warszawa, 1995, Zeszyt nr 25, s. 370-371.

koszt takowej inwestycji.

Argumentem podnoszonym od lat w wielu debatach o polityce karnej jest kwestia wysokich kosztów generowanych przez system penitencjarny. Stosowanie kary pozbawienia wolności wiąże się z koniecznością zapewnienia wyżywienia skazanym, opieki medycznej, środków higienicznych, odzieży, wyposażenia placówek czy utrzymania personelu. Miesięczny koszt utrzymania jednego skazanego waha się w granicach pomiędzy 3000 zł a nawet 4900 zł, jak podają niektóre źródła, w zależności od rodzaju zakładu karnego. Biorąc pod uwagę, że 55% osób odbywających wyroki to recydywiści, okazuje się, że ponad połowa kosztów utrzymania skazanych dotyczy osób powracających do zakładu karnego. Zatem konkluzja jest jedna – środki są wykorzystywane w sposób nieefektywny¹⁴.

Przeludnienie jednostek penitencjarnych jest powszechnie uznawane jako zjawisko negatywne godzące w prawa człowieka, poszanowanie godności ludzkiej i zasadę humanitaryzmu. Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 26 maja 2008 r. podkreślił, że humanitarne traktowanie nie sprowadza się jedynie do niestosowania tortur i zakazu okrutnego, nieludzkiego traktowania, o którym mowa w art. 40 Konstytucji¹⁵. Humanitarne traktowanie musi uwzględniać minimalne potrzeby każdego człowieka, z uwzględnieniem przeciętnego poziomu życia w danym społeczeństwie. Władza publiczna powinna podejmować działania pozytywne w celu zaspokojenia powyższych potrzeb¹⁶.

Art. 102 pkt. 1 Kodeksu karnego wykonawczego¹⁷ wskazuje, że skazany ma m.in. prawo do odpowiednich warunków bytowych. W art. 110 §2 KKW jest określona powierzchnia minimalna, jaka powinna przypadać na jednego więźnia, która wynosi 3 m². Wśród krajów europejskich Polska należy do państw o najniższej normie powierzchni. Europejskie standardy wahają się w granicach od 7 m² do nawet 12 m² na jedną osobę osadzoną¹⁸. Ponadto, w praktyce bardzo często norma nie jest spełniana, ponieważ ustawodawca przewidział możliwość obniżenia minimalnej powierzchni celi do 2 m² w szczególnych przypadkach, np. w razie epidemii, stanu wojennego, ale też w sytuacji, gdy w zakładzie karnym lub areszcie śledczym nie ma

¹⁴ A. Kacprzak, *Kara pozbawienia wolności i jej (dys)funkcjonalność. Krytyka polskiej polityki karnej i resocjalizacyjnej w świecie akademickim*, Łódź, 2016, s. 117.

¹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2.04.1997 r., Dz.U. 2009 Nr 114, poz. 946.

¹⁶ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 26.05.2008 r., SK 25/07, Dz.U. 2008 Nr 96, poz. 620.

¹⁷ Ustawa z dn. 6.06.1997 r. Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. 2022, poz. 2600; dalej KKW.

¹⁸ A. Nawój-Śleszyński, *Przeludnienie więzień w Polsce – przyczyny, następstwa i możliwości przeciwdziałania*, Łódź, 2013, s. 56 i n.

wolnych miejsc. Co ciekawe, powyższe przepisy Kodeksu karnego wykonawczego nie definiują w pełni pojęcia przeludnienia więziennego. Definicję można wywieść z Rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 9 grudnia 2022 r. w sprawie trybu postępowania właściwych organów w wypadku, gdy liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekroczy w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów w połączeniu z art. 110 §5 KKW. Rozporządzenie reguluje zachowanie odpowiednich organów państwa w sytuacji braku równowagi pomiędzy liczbą osadzonych a ogólną liczbą miejsc w zakładach – gdy część osadzonych jest umieszczona w warunkach, w których powierzchnia celi mieszkalnej na jedną osobę wynosi mniej niż 3 m². Przepisy prawa powinny chronić podmiotowe prawo więźnia do powierzchni mieszkalnej. Powyższy przepis powinien być wyjątkiem, a nie stałą praktyką, jak to bywa w polskich realiach systemu penitencjarnego.

Trwałe przeludnienie stanowi drastyczne pogorszenie warunków bytowych więźniów. Egzystencja w warunkach permanentnej ciasnoty może powodować narastanie stresów i powstawanie konfliktów w relacji ze współwięźniami czy personelem penitencjarnym. To prowadzi do większej liczby zachowań niepożądanych mających charakter wykroczeń dyscyplinarnych bądź zachowań przestępczych (np. bójki, pobicia, gwałty, znęcanie się nad współosadzonymi). Wzrost zagęszczenia więzienia wywołuje szereg negatywnych reakcji, które nieuchronnie potęgują się wraz z zagęszczeniem powierzchni. Wielu skazanych posiada cechy psychofizyczne, które w sytuacjach trudnych predestynują je do bycia albo sprawcami czynów zwiększających liczbę ofiar albo do bycia ofiarami. Zazwyczaj ofiary przemocy ukrywają swoich oprawców, zatem ciężko ustalić faktyczny stan przemocy za murami więzienia. Zwykle na jaw wychodzą tylko najcięższe i najbardziej drastyczne sytuacje¹⁹.

Pobyt więźniów na terenie zakładu karnego powinien polegać nie tylko na ich izolowaniu oraz ochronie społeczeństwa przed groźnymi przestępcami. Osadzeni powinni poddawać się działaniom resocjalizacyjnym. Jednakże warto podkreślić, że w polskim porządku prawnym nie ma przymusu resocjalizacji²⁰. Oddziaływanie resocjalizacyjne stosowane wobec skazanego ma stać się jego uprawnieniem lub ofertą ze strony organu wykonującego. Ta idea wywodzi się z koncepcji poszanowania prawa człowieka do decydowania o sobie oraz z uznania faktu, że efektywne jest takie działanie na dorosłego człowieka,

¹⁹ *Ibidem*, s. 157.

²⁰ Z wyjątkiem młodocianych oraz skazanych wymagających uczestnictwa w specjalnych programach resocjalizacyjnych z uwagi na brak przystosowania do ogółu społeczeństwa, jak np. osoby uzależnione od alkoholu, bez podstawowego wykształcenia i bezrobotni.

które on sam akceptuje i jako jego podmiot nawiąże współdziałanie z terapeutami i nauczycielami²¹. Aczkolwiek ważne jest, aby jak największa liczba osadzonych uczestniczyła w procesie resocjalizacji mającym na celu zmianę dotychczasowej postawy oraz rezygnację z drogi przestępczej. Jednak nie sposób się nie zgodzić, że pozytywne oddziaływania penitencjarne wymagają odpowiednich zasobów – ludzkich oraz materialnych (pomieszczeń i urządzeń). W przypadku zwiększającego się zaludnienia powyższe pomieszczenia są adaptowane na cele dla więźniów, a działania resocjalizacyjne są marginalizowane. Służba Więzienna w takiej sytuacji kieruje cały wysiłek na zapewnienie spokoju i bezpieczeństwa osadzonych oraz personelu. Zatem działania resocjalizacyjne są nieefektywne a wręcz nawet niemożliwe.

Przeludnienie więzienne powoduje wzrost obowiązków kadry więziennej w związku z większą liczbą osób pozbawionych wolności przypadających na jedną osobę z personelu. W Polsce wraz ze wzrostem zbiorowości więziennej nie nastąpił proporcjonalny wzrost liczby kadry penitencjarnej. W styczniu 2000 r. na jednego funkcjonariusza przypadało średnio 2,54 osadzonego, a w 2006 r. stosunek ten zwiększył się do 3,5²². Zatem personel wykonuje swoje zadania w bardzo trudnych warunkach, często w godzinach nadliczbowych, co ostatecznie zmniejsza ich efektywność. Z pewnością taki stan rzeczy powoduje ograniczenie bezpośrednich kontaktów kadry penitencjarnej z więźniami. W szczególnie niekomfortowej sytuacji znajdują się wychowawcy penitencjarni. Średnio na jednego wychowawcę w jednostce przypada 70 osadzonych²³. Od razu nasuwa się pytanie, czy prowadzenie rzetelnego programu resocjalizacji jest w ogóle możliwe przy tak dużej liczebności grupy? Jest to raczej mało prawdopodobne, wręcz nierealne. Ponadto, praca w permanentnie przeludnionym zakładzie może powodować nasilenie się stresu, poczucia nadmiernego obciążenia pracą, a w dłuższej perspektywie może doprowadzić do wypalenia zawodowego. Takie wyczerpanie psychiczne funkcjonariusza jest niebezpieczne zarówno dla niego, jak i dla osadzonych. Z pewnością przeludnienie można uznać za ważną przyczynę wypalenia zawodowego, ale na pewno nie za jedyną. Bardzo ważną kwestią jest umiejętność zarządzania zasobami ludzkimi. Kluczową rolę odgrywa właściwy dobór osób do sprawowania ról

²¹ Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego wykonawczego [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa, 1997, s. 25 i n.

²² T. Szymanowski, *Przeludnienie zakładów karnych...*, s. 291.

²³ K. Dubiel, *Przeludnienie jednostek penitencjarnych determinantą realizacji międzynarodowych standardów wykonywania kary pozbawienia wolności* [w:] *Resocjalizacja instytucjonalna. Perspektywy i zagrożenia*, red. F. Kozaczuk, Rzeszów, 2004, s. 61.

kierowniczych. Szczególne kwalifikacje powinien posiadać dyrektor więzienia, nie tylko pod względem wiedzy merytorycznej, lecz również jeśli chodzi o cechy charakteru i umiejętność zarządzania.

Reasumując, skutki przeludnienia występują na wielu płaszczyznach, dotyczą nie tylko osadzonych i kadry penitencjarnej, ale całego społeczeństwa, które ponosi koszty funkcjonowania systemu penitencjarnego. Państwo próbuje łagodzić negatywne skutki przeludnienia, zalecając Służbie Więziennej zapewnienie bezpieczeństwa osobistego osadzonym oraz neutralizowanie postaw buntowniczych. Działania kadry penitencjarnej są cenne, lecz w dłuższej perspektywie osłabiają realizację celu wykonywania kary pozbawienia wolności, ponieważ skupiają się tylko na łagodzeniu skutków przeludnienia więziennego. Nic więc dziwnego, że pojawiają się głosy nawołujące nie tylko do budowy nowych jednostek penitencjarnych, ale także do gruntownej reformy systemu więziennictwa, która rozwiązałaby problemy, z którymi od wielu lat boryka się polityka penitencjarna w Polsce²⁴.

2. PRYWATYZACJA WIĘZIENICTWA – PRZYKŁADY ZAGRANICZNE

Zgodnie z dotychczasową filozofią karania uznaje się za fakt oczywisty i niepodważalny, że kara musi być wymierzana i wykonywana przez państwo. Powyższe stwierdzenie to poniekąd fundamenty państwa i prawa karnego. Prawo karania jest składnikiem państwowej suwerenności. Ponadto, karanie ma silny wymiar moralny. Zadawanie cierpienia, deprivacja potrzeb są uwarunkowane etycznie. Zwolennicy prywatyzacji więzień proponują wyróżnienie dwóch faz państwowej polityki karania:

- pierwsza – państwowa, czyli przypisanie odpowiedzialności i wymierzenie kary przez sąd,
- druga – sprywatyzowana, czyli wykonywanie kary²⁵.

Sam pomysł prywatyzacji więzień nie jest nowy. Pierwsze działania prywatyzacyjne podejmowano już w XIX w. W 1852 r. w San Quentin zostało otwarte pierwsze więzienie wybudowane i prowadzone przez prywatne przedsiębiorstwo. Współczesne prywatne zakłady karne zaczęły powstawać w latach 80 XX w.²⁶

²⁴ A. Nawój-Śleszyński, *Przeludnienie więzień...*, s. 188-189.

²⁵ W. Zalewski, *Prywatyzacja więzień – węzłowe problemy*, Przegląd Naukowy Disputatio, 2012, tom XIV, s. 38.

²⁶ *Ibidem*, s. 36.

W literaturze przedmiotu dyskusja na temat prywatnych jednostek penitencjarnych koncentruje się zazwyczaj na modelach przyjętych w Wielkiej Brytanii czy Stanach Zjednoczonych. Poniżej przedstawię pokrótce jak wyglądają systemy więziennictwa w tych państwach.

W Wielkiej Brytanii zakłady karne obsługiwane w pełni przez podmioty prywatne funkcjonują od 1991 r. Generalnie wskazywano 3 główne przyczyny wprowadzenia takiego rozwiązania: poprawa standardu życia osadzonych, zmniejszenie kosztów utrzymania skazanych oraz większa innowacyjność sektora prywatnego²⁷. Interesującą metodą w brytyjskim porządku jest system oceny jakości życia więziennego. Ocenia się zarówno podmioty publiczne jak i prywatne pod kątem 31 kryteriów. W efekcie danej jednostce przypisuje się punktację w skali 1 - 4 (1 – poziom niski, 4 – poziom wysoki). W rankingach za 2014 - 2015 r. lepiej wypada sektor prywatny, ponieważ żadna z tych jednostek nie otrzymała najniższej oceny, większość dostała dobrą notę, a aż 3 z nich otrzymały 4 punkty²⁸. Dane na rok 2014 wskazują, że po ponad 20 latach spośród 134 zakładów w Anglii i Walii status prywatnych jednostek ma 15 z nich. To oznacza, że prywatne jednostki sprawują pieczę nad 15% osadzonych²⁹.

W Stanach Zjednoczonych przyczyną prywatyzacji więzień w głównej mierze była stale rosnąca liczba osadzonych. Począwszy od lat 90-tych XX w., populacja skazanych wzrosła dwukrotnie. Pierwsza jednostka penitencjarna wybudowana ze środków prywatnych powstała w 1984 r. Obecnie funkcjonuje ponad 150 prywatnych placówek, które skupiają około 10% osadzonych³⁰. Osadzonego kieruje się losowo, albo do zakładu prywatnego albo do publicznego. Udział prywatnych jednostek w poszczególnych stanach jest zróżnicowany. Przykładowo, Texas czy Floryda mają najwyższy wskaźnik osadzonych w prywatnych zakładach karnych – około 50%. Są też takie stany, w których w ogóle nie ma jeszcze prywatnych więzień, np. Iowa³¹.

Warto podkreślić, że powyższe przykłady dotyczą pełnej prywatyzacji więziennictwa. Państwo kontraktuje budowę nowego zakładu z prywatnym przedsiębiorstwem i jego dalsze prowadzenie. Ewentualnie, prywatna firma

²⁷ M. Szejnkowska, *Prywatne zakłady karne – wybrane przykłady zagraniczne*, Przegląd Więziennictwa Polskiego, 2016, Nr 92, s. 121.

²⁸ https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/449281/prison-annual-performance-ratings.pdf, (dostęp: 16.01.2023 r.).

²⁹ M. Szejnkowska, *op. cit.*, s. 121.

³⁰ *Ibidem*, s. 122.

³¹ <https://reason.org/wp-content/uploads/files/apr-2014-criminal-justice.pdf>, (dostęp: 17.01.2023 r.).

przejmuje już istniejący zakład karny i zarządza nim w pełni we własnym zakresie. Jest to rozwiązanie w pewnym sensie „radykalne”. Państwo przekazuje w prywatne ręce wszystkie aspekty związane z życiem osadzonych. W mojej ocenie, pełna prywatyzacja w polskich realiach jest niemożliwa, a z pewnością nie na przełomie najbliższych lat. Wydaje się, że polskie społeczeństwo nie jest gotowe na taką rewolucję. Jednakże, bardzo ciekawym rozwiązaniem jest prywatyzacja częściowa, polegająca na outsourcingu usług od podmiotów prywatnych przez państwo. Taki model daje dużo różnych korzyści, zarówno dla państwa, osadzonych jak i reszty społeczeństwa. W dalszej części niniejszego artykułu zobrazuje zalety, ale też zagrożenia jakie może nieść ze sobą prywatyzacja więziennictwa.

3. DOBRE I ZŁE STRONY PRYWATYZACJI WIĘZIENICTWA

Porównując sektor prywatny i publiczny, pierwsza różnica jaka nasuwa się na myśl to szybkość działania. Sektor prywatny bez wątpienia działa szybciej i jest bardziej elastyczny. Z pewnością podmiot prywatny w znacznie krótszym czasie zbuduje więzienie niż inwestor państwowy³². Skoro budowa trwa krócej zarazem pochłania również mniejsze koszty związane z inwestycją. Przewagi gospodarki wolnorynkowej nad centralnie sterowaną nie trzeba udowadniać, jest ona oczywista. Tak samo jest w przypadku prywatnego inwestora w kwestii więziennictwa – będzie on przejawiał większą zdolność dostosowania się do zmieniających się warunków, np. do zmiany poziomu przestępczości. Ponadto, podmioty prywatne nie są związane procedurami administracyjnymi w odróżnieniu od instytucji publicznych. Dzięki temu mogą sprawniej reagować na codzienne potrzeby placówki, bez zbędnej biurokracji. Podmioty państwowe są związane prawem zamówień publicznych, zaś prywatni przedsiębiorcy mają swobodę w wyborze usługodawców. Wszystkie powyższe czynniki składają się na fleksybilność sektora prywatnego, co jest niewątpliwą korzyścią prywatyzacji więziennictwa³³.

Kolejną zaletą prywatnych podmiotów jest innowacyjność. Polega ona na poszukiwaniu i wdrażaniu nowych technologii, umiejętności wykorzystania różnych strategii w obszarze zarządzania. Moim zdaniem jest to główny potencjał sektora prywatnego. Jeżeli wprowadzona metoda czy koncepcja nie

³² Badania prowadzone w Stanach Zjednoczonych wskazują, że państwo buduje więzienie średnio w ciągu 2,5 roku, a podmiot prywatny w okresie poniżej 2 lat. Raport opublikowany na stronie: <https://static.prisonpolicy.org/scans/reason/50b944ab1f7d1cb15d8943c0c334df56.pdf>, (dostęp: 17.01.2023 r.).

³³ T. L. Krawczyk, *Prywatne więzienia - tak czy nie?*, Warszawa, 2004, s. 43.

zadziała, prywatny przedsiębiorca poszukuje zmian, efektywnie wdraża reformy, usprawnia system.

Wprowadzenie do sektora penitencjarnego konkurencji również wydaje się mieć pozytywny wpływ. Konkurencja wolnorynkowa w każdej dziedzinie gospodarki wymusza podnoszenie jakości usług czy poszerzenie ich wachlarza. Przepelnione państwowe zakłady karne nie mają najmniejszego powodu do podnoszenia standardów z obawy przed konkurencją. Zupełnie inaczej wyglądałaby sytuacja, gdyby obok placówek publicznych istniały także prywatne. Większa liczba podmiotów na rynku skutkuje rywalizacją. Choć może mieć ona negatywne następstwa, to w mojej ocenie, w tej sytuacji przynosiłaby korzyści. Zakłady karne dążą wówczas do podnoszenia standardów, aby się utrzymać. To oznacza, tylko korzyści zarówno dla pracowników (np. wyższe wynagrodzenia dla wykwalifikowanych specjalistów) jak i osadzonych (np. więcej programów terapeutycznych, cele mieszkalne o większym metrażu czy lepsza jakość żywienia).

Istotnym argumentem przemawiającym za prywatyzacją jest redukcja kosztów. Wyliczenia departamentów w Stanach Zjednoczonych wskazują, że koszt utrzymania więźnia w prywatnym zakładzie jest średnio o 13% niższy w porównaniu do zakładu publicznego³⁴. Warto podkreślić, że nie odbywa się to poprzez pogorszenie jakości usług, lecz dzięki efektywnemu zarządzaniu. Administracja państwowa bardzo często marnuje środki finansowe lub wydaje lekkomyślnie bez racjonalnej strategii. W prywatnych firmach zdarza się to sporadycznie.

Biorąc pod uwagę szereg powyższych zalet wprowadzenia do systemu więziennictwa prywatnych zakładów nie można zapominać o najważniejszej. Mianowicie, zmniejszenie przeludnienia w dotychczasowych jednostkach i skrócenie czasu oczekiwania na wykonanie kary. Jeżeli takie są fakty, to co nas powstrzymuje przed prywatyzacją więzień? Stereotypy i uprzedzenia? Czy może argumenty przeciwników prywatnych więzień? Poniżej przedstawię najczęściej wymieniane wady takiego rozwiązania.

Największym zarzutem przeciwników prywatyzacji jest argument, że przedsiębiorca działa tylko w imię zysku. Jest to fakt bezsprzeczny. Istnieje zagrożenie, że chęć osiągnięcia dochodu będzie nakazywała poszukiwanie oszczędności we wszystkich możliwych obszarach, również w sferze bezpieczeństwa. Jednak nie można generalizować, że każdy prywatny przedsiębiorca

³⁴ H. Kaczmarczyk, *Prywatne więzienia – szaleństwo czy krok w dobrym kierunku?*, Przegląd Prawa Publicznego, 2011 Nr 1, s. 28.

ma złe intencje i będzie dążył do maksymalizacji zysku za wszelką cenę. Co niektórzy idą o krok dalej, twierdząc, że prywatni właściciele więzień będą lobbować na rzecz zaostrzania kar i orzekania ich maksymalnych wymiarów. Zjawisko lobbowania za wyższymi karami jest możliwe. Wydaje się, że urzędnicy publiczni w aktualnych warunkach przeludnienia zakładów nie są zainteresowani zwiększeniem popytu na usługi. Jednak w doktrynie pogląd ten jest uważany za błędny. Wbrew pozorom pracownicy sektora publicznego również lobbują na swoją rzecz³⁵. Niemniej jednak, to niezawisły sąd podejmuje decyzję i orzeka o wymiarze kary.

Nie ulega wątpliwości, że prywatne więzienie powinno być poddane dokładnej, państwowej kontroli. Jego funkcjonowanie ściśle określa kontrakt państwowy. Pomimo to, krytycy podnoszą, że w przypadku prywatnych podmiotów istnieje o wiele większe ryzyko wystąpienia nadużyć z powodu braku dostatecznej kontroli. Trudno porównać skuteczność kontroli w więzieniu publicznym i prywatnym. Trzeba jednak podkreślić, że najmniej efektywna jest kontrola wewnętrzna. Tymczasem w placówce państwowej kontroli dokonuje inna państwowa jednostka. Ponadto, w warunkach wolnej konkurencji, często bywa tak, że przedsiębiorcy w pewnym sensie kontrolują się sami nawzajem. W kapitalistycznej rzeczywistości są zainteresowani wykryciem i ujawnieniem przypadków łamania prawa czy kontraktu przez konkurencyjny podmiot. Kolejną alternatywą dla zinstytucjonalizowanej kontroli może być kontrola społeczna. Wprowadzenie prywatnych więzień raczej wzbudziłoby większe zainteresowanie wśród szerszej społeczności. Niemniej jednak prywatyzacja oznacza pełne przeniesienie bezpośredniej odpowiedzialności za osobę skazaną z państwa na podmiot prywatny, co wydaje się pozostawać w sprzeczności z zasadą prerogatywy państwa w zakresie wymierzania i wykonywania kary³⁶.

W tym miejscu należy rozważyć wątpliwości moralne prywatyzacji więziennictwa. Traktowanie izolacji skazanych w ramach zakładu karnego jako usługi nabywanej przez państwo na rynku poniekąd godzi w podstawy prawa karnego. Zagadnienia związane z karaniem przestępców zdają się bowiem od wieków należeć bezspornie do wyłącznej domeny państwa. Według klasycznej definicja kara kryminalna spełnia pięć warunków. Mianowicie musi:

- wiązać się z zadawaniem bólu albo innymi konsekwencjami powszechnie uznawanymi za nieprzyjemne,

³⁵ *Ibidem*, s. 26.

³⁶ T. L. Krawczyk, *op. cit.*, s. 80.

- być orzekana za złamanie reguł prawa,
- być wymierzana rzeczywistemu bądź przypuszczalnemu sprawcy za popełnione przez niego przestępstwo,
- być ustanowiona przez osobę inną niż przestępca,
- być nakładana i administrowana przez władzę utworzoną przez system prawny, którego reguły zostały złamane³⁷.

Problem pojawia się w ostatnim punkcie powyższej definicji, jeżeli państwo przekazuje podmiotowi prywatnemu administrowanie wykonaniem kary. Trzeba rozważyć, czy państwo nie pozbawia się części swego *ius puniendi*. Jeśli tak, to czy możliwe jest takie przededefiniowanie. Prawo do karania powinno pozostać wyłączną prerogatywą państwa. Jest to raczej bezdyskusyjne. Natomiast trzeba rozróżnić wymierzenie kary od administrowania jej wykonania. Podstawą ustosunkowania się do tego zagadnienia jest przyjęty pogląd odnośnie do źródła uprawnień państwa – albo liberalny albo komunistyczny. Wiadomo, że idea prywatyzacji komponuje się z myślą liberalną. Jednak w doktrynie podkreśla się, że rozumowanie Ch. H. Logana, jednego z największych zwolenników prywatyzacji, nie jest pozbawione wad. Jego poglądy opierają się na uproszczonej wykładni twierdzeń głównych autorytetów liberalizmu (J. S. Milla czy J. Locke'a)³⁸.

Pozostając w temacie wątpliwości moralnych, krytycy prywatyzacji zadają pytanie, czy moralnym jest karanie dla zysku? Czy dopuszczalne jest zadawanie cierpienia przez prywatne jednostki? I wreszcie, czy prywatne więzienie to nadal misja, czy po prostu firma działająca dla zysku? Można powiedzieć, że właściciel prywatnego więzienia czerpie korzyści z cudzego cierpienia. Cel działania w dużym stopniu decyduje o tym, jak i przez kogo jest oceniany.

Ciekawą kwestią jest prywatyzacja więzień w Izraelu. W 2004 r. zdecydowano o wprowadzeniu do systemu więziennictwa prywatnych jednostek, głównie z powodu oszczędności, jakie miały przynieść państwu. Po 5 latach od rozpoczęcia budowy pierwszej placówki tego typu, Sąd Najwyższy uznał, że przekazanie przez państwo władzy w zakresie zarządzania więzieniem prywatnemu przedsiębiorcy działającemu dla zysku stanowi poważne naruszenie prawa człowieka do godności i wolności więc jest niekonstytucyjne. W uzasadnieniu wskazano, że gdy prawo do inkarceracji jest transferowane na prywatną korporację, której celem jest zarabianie pieniędzy, akt pozbawiania człowieka wolności traci większość ze swej legitymacji, a tym samym

³⁷ H. L. A. Hart, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, s. 4–5.

³⁸ W. Zalewski, *op. cit.*, s. 38-39.

jest bezprawny. Oszczędność środków finansowych nie jest wartością, w imię której można ograniczać prawa człowieka, jakie państwo powinno chronić³⁹.

4. PERSPEKTYWY PRYWATYZACJI WIĘZIENICTWA W POLSCE

W przeciwieństwie do krajów zachodnich, w Polsce dopiero zaczyna się toczyć dyskusja o możliwościach prywatyzacji więziennictwa. W głównej mierze dlatego, że więzienia są przeludnione, a jest mało prawdopodobne, że państwo wybuduje dostateczną ilość nowych zakładów karnych, aby zgodnie z zasadą humanitaryzmu zapewnić godziwe warunki odbywania kary pozbawienia wolności. W prywatyzacji upatruje się remedium na istniejący stan rzeczy. Czy słusznie – trudno jednoznacznie ocenić. W mojej opinii, jest to korzystne rozwiązanie. Przypomina trochę system funkcjonowania prywatnych niepublicznych zakładów opieki zdrowotnej, które kontraktują świadczenia zdrowotne z Narodowym Funduszem Zdrowia.

Więzienia stanowiące własność prywatnych podmiotów nie są nowością. System ten rozwija się z powodzeniem w Stanach Zjednoczonych i Wielkiej Brytanii, tak jak pisałam w poprzedniej części artykułu, ale także w Australii czy krajach Europy Zachodniej. Gdyby zdecydowano się na wprowadzenie prywatnych więzień do polskiego systemu, na pewno prywatne firmy wybudowałyby nowe zakłady szybciej niż państwo, co pozwoliłoby skrócić „kolejkę do więzienia” i zmniejszyć problem przeludnienia. Oficjalnie, zaludnienie zakładów nie przekracza ich pojemności, ale trzeba podkreślić, że jest to statystyka, w dodatku na ogólnym poziomie kraju. Są regiony, w których faktycznie obłożenie jest mniejsze, ale są też takie, w których nie ma w ogóle wolnych miejsc⁴⁰.

Funkcjonowanie zakładów karnych to bardzo duże obciążenie dla budżetu państwa, czyli podatników. Właściwie to ofiara ponosi koszt odosobnienia sprawcy. Kilkanaście lat temu Ministerstwo Sprawiedliwości proponowało, aby sami skazani ponosili koszty utrzymania w zakładzie. Takie rozwiązanie odciążałoby budżet państwa. Jednak w doktrynie, pomysł ten został całkowicie skrytykowany jako niefortunny i niezajdujący cywilizacyjnego uzasadnienia⁴¹. Uważam, że jest to idea nie do zrealizowania. Poszukując oszczędności,

³⁹ *Ibidem*, s. 41.

⁴⁰ <https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka--komunikat> (dostęp: 21.01.2023 r.).

⁴¹ <https://prawo.money.pl/aktualnosci/wiadomosci/arttykul/skazani;zaplaca;za;pobyt;w;wiezieniu,26,0,234778.html>, (dostęp: 21.01.2023 r.)

warto rozważyć sprawdzone metody takie jak prywatyzacja.

Argumenty o lobbowaniu na rzecz zaostrzania kar pozbawienia wolności w celu osiągnięcia wyższych zysków przez prywatnych przedsiębiorców, moim zdaniem, nie są trafione w naszych realiach. Wręcz przeciwnie, większość polskiego społeczeństwa jest zainteresowana zaostrzeniem kar, ponieważ uważa to za sposób na poprawę bezpieczeństwa. Opinia publiczna postuluje wymierzanie wyższych wymiarów kary, zwłaszcza za najcięższe przestępstwa⁴².

Kolejnym zagrożeniem, jakie może nieść ze sobą prywatyzacja, jest ryzyko nadużyć i trudności w kontroli takich zakładów. Faktycznie istnieje niebezpieczeństwo przekraczania uprawnień czy korupcji. Niejednokrotnie na świecie odbiły się głośnym echem różnego rodzaju skandale na tle korupcyjnym. Przykładowo w latach 80-tych, jedna z prywatnych spółek w Pensylvanii rozpoczęła budowę zakładu karnego na terenie, gdzie dotąd składowano odpady toksyczne, a spółka wykupiła grunt za symboliczną „złotówkę”. Ponadto, prezes spółki, były dyrektor więzienia federalnego, był wcześniej skazany za znęcanie się nad więźniami⁴³. Takie przypadki zasługują bez wątpienia na potępienie. Jednakże, w każdej sferze gospodarki, zdarzają się incydenty korupcji, łamania prawa czy praw człowieka. Nie da się tego uniknąć, czy to w sektorze prywatnym czy publicznym. Ważne jest, aby stworzyć odpowiedzialny, szczelny system. Kontrakt zawierany przez państwo z prywatnym przedsiębiorcą powinien być szczegółowy i przemyślany pod każdym względem, aby uniknąć sytuacji nadużyć. Pojęcie prywatne więzienie często kojarzy się ludziom z zupełną niezależnością takiej jednostki. Może się wydawać, że losy skazanych są całkowicie poddane indywidualnemu właścicielowi. To nie jest prawda. Owszem, więzienie jest własnością prywatnego przedsiębiorcy, ale działanie zakładu jest ściśle określone przez kontrakt i kontrolę państwową. Nie ma samowoli, wręcz przeciwnie, w takim kontrakcie, można zawrzeć bardziej szczegółowe zapisy i nałożyć większą odpowiedzialność niż ta w zakładach publicznych. Państwowe więzienie za swoje porażki ekonomiczne obciąża budżet państwa, czyli de facto podatników. Jeżeli podmiot prywatny sobie nie radzi, bankructwo obciąży tylko jego właściciela⁴⁴.

Bardzo często prywatnym przedsiębiorcom zarzuca się dążenie do maksymalizacji zysku za wszelką cenę, zazwyczaj kosztem jakości. Uważam, że w kontekście funkcjonowania prywatnego więzienia, istnieje ryzyko cięcia

⁴² <https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/05/IWS-A.-Siemaszko-P.-Ostaszewski-J.-Klimczak-Badanie-poparcia-dla-zaostrzenia-polityki-karnej.pdf>, (dostęp: 21.01.2023 r.).

⁴³ W. Zalewski, *op. cit.*, s. 40.

⁴⁴ H. Kaczmarczyk, *op. cit.*, s. 27.

kosztów w sferze personelu i bezpieczeństwa aniżeli w jakości usług resocjalizacyjnych czy w wyżywieniu więźniów. Te ostatnie mogą być szczegółowo określone kontraktem i wówczas takie ryzyko jest wyeliminowane. Moim zdaniem, jeżeli istnieje niebezpieczeństwo oszczędzania na jakości to właśnie w zakresie kadry penitencjarnej. Prywatny przedsiębiorca może zredukować koszty poprzez zatrudnianie młodych, niedoświadczonych pracowników, którzy nie będą mogli sprostać wymagającej pracy, co w konsekwencji spowoduje wysoką fluktuację kadry. Jak wiadomo, duża rotacja pracowników, nigdy nie działa na korzyść firmy, niezależnie od branży.

Ekonomiści wskazują, że argument dążenia do zysku kosztem jakości jest bezzasadny. Wolny rynek jest bardziej efektywny niż państwowy monopol. Konkurencja wymusza dostosowanie się do potrzeb rynku przy zachowaniu racjonalnego gospodarowania. Zwykle produkty sektora prywatnego odznaczają się lepszą jakością niż towary państwowe. Nie ma przeszkód, z pewnymi zastrzeżeniami, aby nie sprawdziło się to również w dziedzinie usług więziennych⁴⁵.

Rozwój rynku w erze informatycznej i stopniowy upadek usług publicznych powoduje, że społeczeństwo powszechnie zwraca się w kierunku sektora prywatnego, który jest w stanie dostarczyć dobra i usługi wszelkiego rodzaju, począwszy od edukacji przez usługi medyczne i może właśnie poprzez więziennictwo. J. Kochanowski, Rzecznik Praw Obywatelskich w latach 2006 - 2010 r., twierdził, że prywatne więzienie przynosi same korzyści⁴⁶. Dokonując analizy tematu na łamach niniejszego artykułu, ciężko stanowczo stwierdzić, czy prywatyzacja jest definitywnie dobra czy zła. Każde rozwiązanie niesie ze sobą zarówno korzyści jak i zagrożenia. Moim zdaniem, wprowadzenie prywatnych więzień do polskiej polityki penitencjarnej byłoby rozwiązaniem owocnym, przekraczającym potencjalne straty. Aczkolwiek, z drugiej strony, zdają sobie sprawę, że wdrożenie prywatyzacji jest poniekąd sprawą polityczną i we współczesnych realiach mało prawdopodobne. Wydaje się, że polskie społeczeństwo nie jest gotowe póki co na tak radykalny krok.

WNIOSKI

Charles H. Logan słusznie zauważył, że oceniając prywatne więzienia, nie powinniśmy ich porównywać do idealnego modelu, niemającego racji bytu

⁴⁵ *Ibidem*, s. 27.

⁴⁶ <https://archiwum.rp.pl/artykul/358756-Prywatne-wiezienie-Dlaczego-nie.html>, (dostęp: 21.01.2023).

w rzeczywistości. Należy je traktować jako dostępną alternatywę do więzień publicznych⁴⁷. Nie powinniśmy oczekiwać cudów, żadna instytucja nie jest ideałem. Jednak należy dążyć do zmian na lepsze. Bardzo często krytycy prywatyzacji są po prostu uprzedzeni do wolnego rynku i prywatnej przedsiębiorczości. Być może mity o zawodności rynku i uraz do prywatyzacji rozumianej jako swego rodzaju „zawłaszczenie” powstrzymuje nas przed wprowadzeniem prywatnych więzień do systemu karnego. Warto podkreślić, że monopol zawsze jest niekorzystnym zjawiskiem, niejednokrotnie przekonał się o tym w historii. Nie inaczej jest w więziennictwie.

Zwolennicy prywatyzacji podnoszą, że jeżeli problemy delegacji uprawnień, zachowania procedur oraz wiarygodności prywatnych więzień są prawidłowo rozwiązane, to prywatyzacja nie powinna stać w sprzeczności nawet z konserwatywnymi poglądami. Jeżeli państwo wymierzając i wykonując karę nie działa we własnym imieniu lecz pod szyldem społeczeństwa jako całości, nie ma przeszkód, aby społeczeństwo ustanowiło sobie innych agentów do wykonywania części funkcji karania. Ważne jest, aby było to dokonane przy rzeczywistej aprobacie społeczeństwa oraz z gwarancją, że interes publiczny nie będzie gorzej chroniony w następstwie prywatyzacji.

BIBLIOGRAFIA

Bąk I., *Struktura i typologia przestrzenna przestępczości w Polsce*, Ekonometria 2015, nr 4(50).

Biuletyn Rzecznika Praw Obywatelskich Materiały, Warszawa, 1995, Zeszyt nr 25.

Dubiel K., *Przeludnienie jednostek penitencjarnych determinantą realizacji międzynarodowych standardów wykonywania kary pozbawienia wolności* [w:] *Resocjalizacja instytucjonalna. Perspektywy i zagrożenia*, red. F. Kozaczuk, Rzeszów, 2004.

Hart H. L. A., *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968.

Kacprzak A., *Kara pozbawienia wolności i jej (dys)funkcjonalność. Krytyka polskiej polityki karnej i resocjalizacyjnej w świecie akademickim*, Łódź, 2016.

Kaczmarczyk H., *Prywatne więzienia – szaleństwo czy krok w dobrym kierunku?*, Przegląd Prawa Publicznego, 2011 Nr 1.

⁴⁷ Ch. H. Logan, *Private Prisons: Cons and Pros*, New York, 1990, s. 5.

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dn. 2.04.1997 r., Dz.U. 2009 Nr 114, poz. 946.

Krawczyk T. L., *Prywatne więzienia - tak czy nie?*, Warszawa, 2004.

Logan Ch. H., *Private Prisons: Cons and Pros*, New York, 1990.

Nawój-Śleszyński A., *Przeludnienie więzień w Polsce – przyczyny, następstwa i możliwości przeciwdziałania*, Łódź, 2013.

Szwejkowska M., *Prywatne zakłady karne – wybrane przykłady zagraniczne*, Przegląd Więziennictwa Polskiego 2016, Nr 92.

Szymanowski T., *Prawne podstawy funkcjonowania więziennictwa w Polsce i ich wpływ na wykonywanie kary pozbawienia wolności*, Przegląd Więziennictwa Polskiego 2009, Nr 62-63.

Szymanowski T., *Przeludnienie zakładów karnych, jego następstwa i metody ograniczania tego zjawiska*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2007, Zeszyt nr 1.

Śliwowski J., *Prawo i polityka penitencjarna*, Toruń, 1978.

Zalewski W., *Prywatyzacja więzień – węzłowe problemy*, Przegląd Naukowy Disputatio, 2012, tom XIV.

Akty prawne

Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dn. 9.12.2022 r. w sprawie trybu postępowania właściwych organów w wypadku, gdy liczba osadzonych w zakładach karnych lub aresztach śledczych przekroczy w skali kraju ogólną pojemność tych zakładów, Dz. U. 2022, poz. 2690.

Ustawa z dn. 6.06.1997 r. Kodeks karny wykonawczy, Dz. U. 2022, poz. 2600.

Ustawa z dn. 11.09.1956 r. o przejściu więziennictwa do zakresu działania Ministra Sprawiedliwości, Dz.U. Nr 41, poz. 188.

Ustawa z dn. 14.04.2000 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, Dz. U. 2000 Nr 48, poz. 548.

Uzasadnienie rządowego projektu kodeksu karnego wykonawczego [w:] Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy, Warszawa, 1997.

Orzecznictwo

PRYWATYZACJA ZAKŁADÓW KARNYCH RECEPTĄ NA ICH PRZELUDNIENIE?

Postanowienie Sądu Apelacyjnego z dn. 29.10.2004 r., II AKZw 688/04, LEX nr 143037.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dn. 26.05.2008 r. , SK 25/07, Dz.U. 2008 Nr 96, poz. 620.

Źródła internetowe:

<https://archiwum.rp.pl/artykul/358756-Prywatne-wiezienie-Dlaczego-nie.html>.

https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/449281/prison-annual-performance-ratings.pdf.

<https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2019/05/IWS-A.-Siemaszko-P.-Ostaszewski-J.-Klimczak-Badanie-poparcia-dla-zaostwienia-polityki-karnej.pdf>.

<https://prawo.money.pl/aktualnosci/wiadomosci/artykul/skazani;zapla-ca;za;pobyt;w;wiezieniu,26,0,234778.html>.

<https://reason.org/wp-content/uploads/files/apr-2014-criminal-justice.pdf>.

<https://www.rp.pl/prawo-karne/art13666671-ile-w-polsce-czeka-sie-na-wie-zienna-cele>.

<https://static.prisonpolicy.org/scans/reason/50b944ab1f7d1cb15d8943c-0c334df56.pdf>.

<https://www.sw.gov.pl/strona/statystyka--komunikat>.

PRIVATIZATION OF THE PRISON SYSTEM AS A REMEDY FOR THEIR OVERPOPULATION?

Abstract: According to Prison Service data, the number of people incarcerated in penitentiary units in 2022 is almost 71 thousand. These include convicted, penalized and temporarily arrested staying in custody and correctional institutions in the whole country of Poland. It constitutes to almost 90% population of units. High crime rate, quite repressive penitentiary policy and not sufficient material base of the prison system are the main causes of the case. Under the Art. 110 of the Executive Penal Code area in a residential cell assigned to a convicted one is no less than 3m². Polish minimal area norm is one of the lowest in Europe and is far from international standards. The existence of prisoners in such conditions may lead to outbreaks of conflicts among them. Moreover, it does influence the effectiveness of rehabilitation in a negative way. Another effect of overpopulation is deterioration of Prison Service officers' working conditions and many other people employed in penitentiaries. Therefore, what steps should be taken in order to restrict overpopulation in penitentiaries? Is it possible to build new ones to such an extend so as to provide convicted with fair punishment? It would be an extremely costly investment. It seems that a reasonable solution is to let the so called private prisons to function within penitentiary system. Opposite to western countries, in Poland the debate about the privatization of prison system has just begun. In the following article arguments of followers as well as opponents of mentioned process have been analyzed. Moreover, ideological and cultural issues, which are typical to middle eastern Europe, have been presented, and they associate the privatization with 'appropriation' of its kind. The purpose of the article is to answer the question, whether the privatization of prison system is the future of polish penitentiary policy. What is more, whether such a solution would be socially beneficial and if it would result in bigger balance among fulfilling collective and individual interest.

Key words: policy of combating criminality by penal measures, prison, overpopulation, privatization

WYKŁADNIA I STOSOWANIE PRZEPISÓW KARNYCH USTAWY O PRAWIE AUTORSKIM I PRAWACH POKREWNYCH W ODNIESIENIU DO CZYNÓW POPEŁNIONYCH W INTERNECIE

Streszczenie: Artykuł ma na celu analizę stosowania przepisów karnych ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych do czynów popełnionych w Internecie w kontekście ich konstrukcji i wykładni. Autor wskaże najistotniejsze problemy wynikające z nieprecyzyjnego sformułowania konkretnych przepisów oraz przywoła najbardziej jaskrawe wątpliwości interpretacyjne. Pozwoli to na odniesienie się do ich zgodności z zasadą *nullum crimen sine lege certa* wypływającą z art. 42 Konstytucji RP. W podsumowaniu wyrażona zostanie opinia na temat sensowności istnienia w obecnym kształcie prawno-autorskich przepisów karnych oraz ewentualnych kierunków ich zmian.

Słowa kluczowe: przepisy karne prawa autorskiego, plagiat, wyrok Trybunału Konstytucyjnego K 15/13, *nullum crimen sine lege certa*, prawo autorskie, Internet.

WPROWADZENIE

W związku z niezwykle dynamicznym rozwojem świata, zarówno analogowego, jak i cyfrowego, nieustannie powstają nowe formy twórczości. Duża ich część może zostać uznana za utwory w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych¹. Z tego zaś wynika, że ich autorom (lub innym podmiotom uprawnionym, jeżeli doszło do przeniesienia

¹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. z 1994 r., nr 24, poz. 83 ze zm. – dalej także: pr. aut.

autorskich praw majątkowych) powinna przysługiwać ochrona przewidziana przez odpowiednie przepisy. Zdecydowanie bardziej rozpowszechnionym modelem ochrony jest ten cywilnoprawny – oparty na roszczeniach wynikających z art. 78 oraz 79 pr. aut. Nie można jednak zapominać, że ustawodawca przewidział również rozwiązania prawnokarne, które mają szansę uzupełniać ochronę cywilnoprawną, pozwalając na dopełnienie systemu prawa autorskiego przepisami opartymi na reakcji państwowej (organów państwa), a nie prywatnej (poszczególnych jednostek).

Art. 115-123 pr. aut. zawarte w rozdziale zatytułowanym „Odpowiedzialność karna” określają nie tylko typy przestępstw, ale odnoszą się także do orzekania przepadku, ścigania na wniosek czy instytucji pokrzywdzonego. Według statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości² prawomocne skazania za przestępstwa stypizowane w ustawie o prawie autorskim nie są zbyt częste, tj. w 2020 r. skazane zostały jedynie 54 osoby. Należy jednak zauważyć, że od 2002 r. tendencja jest wyraźnie spadkowa: na początku wieku zdarzało się nawet, że rocznie skazywano z przepisów ustawy o prawie autorskim 1746 osób (w 2004 r.). Można więc zastanawiać się, czy rozwój Internetu i stopniowe przenoszenie głównego obrotu utworami do przestrzeni wirtualnej nie spowodowało obniżenia skuteczności ścigania tych przestępstw. Oczywiście jest, że poczucie anonimowości użytkowników Internetu nie ma swojego odzwierciedlenia w rzeczywistości, jednakże cyfrowość obrotu może wpływać na utrudnione dowodzenie popełnienia określonych czynów zabronionych. Jednocześnie nieprecyzyjność niektórych znamion zawartych w art. 115-119 pr. aut. może wpływać negatywnie już na same próby ścigania sprawców – gdyż w przynajmniej pewnej części spraw droga cywilna może być łatwiejsza i znacznie szybsza. Jeszcze inną kwestią jest zaś brak odpowiedniej edukacji twórców – bowiem wielu z nich może nawet nie mieć świadomości, że mogą oni domagać się ukarania sprawców określonych czynów (naruszeń) na drodze karnej. Art. 122 pr. aut. przewiduje zaś ściganie większości przestępstw prawnoautorskich na wniosek pokrzywdzonego – co sprawia, że odpowiednie organy państwa nie mogą z urzędu podjąć sprawy, jeżeli taki wniosek do nich nie wpłynie. Taka konstrukcja omawianych przestępstw z pewnością nie wpływa pozytywnie na stosunek liczby spraw zakończonych skazaniem do ogólnej liczby popełnionych czynów. W tym miejscu można by więc postawić pytanie, do którego warto będzie wrócić na koniec przeprowadzanych

² „Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego - dorośli - w latach 2002-2020”, <https://isws.ms.gov.pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (dostęp: 24.02.2023).

analiz, czy istnienie karnoprawnego systemu ochrony praw autorskich w ogóle ma sens?

1. TYPY PRZESTĘPSTW PRAWNOAUTORSKICH MAJĄCE SZCZEGÓLNE ZNACZENIE W KONTEKŚCIE PRZESTRZENI INTERNETOWEJ

Ustawa o prawie autorskim wyróżnia kilka typów przestępstw, w tym plagiat (art. 115 ust. 1), naruszenie praw autorskich w inny sposób (art. 115 ust. 3), bezprawne rozpowszechnianie utworu (art. 116), bezprawne utrwalenie lub zwielokrotnienie utworu w celu jego rozpowszechnienia (art. 117), wytwarzanie urządzeń służących do niedozwolonego obchodzenia skutecznych technicznych zabezpieczeń (art. 118¹) czy uniemożliwianie lub utrudnianie wykonywania prawa do kontroli korzystania z utworu (art. 119). Znamiona tych przestępstw bazują na siatce pojęciowej stworzonej i stosowanej w relacjach prywatnoprawnych. W 1994 r., gdy ustawa o prawie autorskim wchodziła w życie, w obrocie dominowały utwory utrwalane na nośnikach fizycznych – stąd też można powiedzieć, że typy przestępstw zostały stworzone przede wszystkim z myślą o nich. Wraz z upływem czasu jednak duża część obrotu przeniosła się do Internetu, a typy przestępstw, mimo że modyfikowane (np. w 2000 r. wprowadzono do ustawy art. 118¹), wciąż mogą wydawać się niedostosowane do obrotu cyfrowego. Dlatego też należy dokonywać takiej wykładni przepisów typizujących przestępstwa, aby, pozostając w zgodzie z warstwą deskryptywną tekstu, nie pozbawić ich skuteczności w odniesieniu do obrotu w przestrzeni internetowej. Każde bowiem z przestępstw przewidzianych w ustawie o prawie autorskim teoretycznie może zostać popełnione w odniesieniu do utworów cyfrowych.

W tym miejscu należy przypomnieć jeszcze, że art. 116 kodeksu karnego³ nakazuje stosowanie wprost przepisów jego części ogólnej do innych ustaw przewidujących odpowiedzialność karną, o ile ustawy te nie wyłączają wyraźnie ich stosowania. Oznacza to chociażby, że wszystkie przestępstwa prawnoautorskie są, zgodnie z art. 8 k.k. odnoszącym się do umyślności i nieumyślności zbrodni i występków – przestępstwami umyślnymi (poza wyjątkiem przewidzianym przez art. 116 ust. 4 pr. aut., w którym wyraźnie jest mowa o karze za czyn, gdy sprawca działa nieumyślnie). W ramach oceny strony podmiotowej tych przestępstw należy więc ocenić, czy ich sprawca ma

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 ze zm. – dalej także: k.k.

zamiar ich popełnienia (zamiar bezpośredni) lub czy przewidując możliwość ich popełnienia, się na to godzi (zamiar ewentualny). Zastosowanie do przestępstw penalizowanych w ustawie o prawie autorskim będzie także miała instytucja błędu co do znamion (art. 28 § 1 k.k.: nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego) oraz wszystkie inne przepisy, które w jakikolwiek sposób mogą wpływać na szeroko pojęty zakres kryminalizacji i penalizacji opisanych czynów.

2. PODSTAWOWE TRUDNOŚCI INTERPRETACYJNE POJĘĆ UŻYTYCH W PRZEPISACH KARNYCH USTAWY O PRAWIE AUTORSKIM

a) Uwagi ogólne

Przepisy karne ustawy o prawie autorskim przewidują przede wszystkim przestępstwa wieloodmianowe – znamiona czynów zabronionych są określone w nich alternatywnie. W związku z tym z jednego przepisu można zrekonstruować wiele norm sankcjonowanych. Złamanie którejkolwiek z nich pozwala na stwierdzenie, że doszło do popełnienia czynu zabronionego. W związku z tym trzeba niezwykle precyzyjnie dekodować znamiona, biorąc także pod uwagę regulacje innych aktów prawnych, a zwłaszcza kodeksu karnego. Utrudnia to interpretację, ponieważ niekiedy problematyczne może okazać się zrekonstruowanie pełnych norm prawnych wypływających z jednego przepisu zawierającego niezwykle skondensowany materiał normatywny tak, aby zawrzeć w nich wszystkie znamiona przestępstwa, także te, które należy wywieść z przepisów kodeksu karnego. Trzeba bowiem uważać na odpowiednie rozgraniczenie odrębnych znamion, na rozróżnianie alternatywy łącznej i rozłącznej czy na właściwe zidentyfikowanie członów poszczególnych alternatyw.

Co więcej, nietrudno jest zauważyć, że przepisy karne posługują się tymi samymi pojęciami, którymi główna część (cywilna) ustawy o prawie autorskim. Jedną z podstawowych zasad wykładni jest ta nakazująca w obrębie jednego aktu prawnego interpretować te same pojęcia w ten sam sposób. Należałoby więc przyjąć, że rozumienie tożsamyh pojęć, np. „utwór” w art. 115 ust. 1 i art. 1 ust. 1 (definiującym utwór) czy „korzystanie z utworu” w art. 119 i art. 17 (ogólnie opisującym treść autorskich praw majątkowych do utworu) powinno być identyczne. Jednakże można mieć pewną wątpliwość

w tym zakresie, ponieważ wykładnia większości pojęć z ustawy o prawie autorskim jest nierozzerwalnie związana z bogatym w zakresie prawa autorskiego orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej także: TSUE), które – interpretując tożsame pojęcia zawarte w dyrektywach – odnosi się przede wszystkim do prawa prywatnego. Innymi słowy, wykładnia tych pojęć w zamyśle prawa unijnego nie ma jakiegokolwiek związku z prawem karnym. Prawo publiczne ze swej natury ma zupełnie inną charakterystykę niż prawo prywatne, dlatego można by zadać pytanie, czy pojęcia te powinny być rozumiane w ten sam sposób. Jest to kolejny z czynników, który może powodować dodatkowe wątpliwości interpretacyjne.

Problemy wywoływać może także konstrukcja poszczególnych przestępstw. Praktycznie każde z nich bowiem, ze względu na sformułowania użyte w poszczególnych przepisach, budzi wątpliwości. Niekiedy wręcz na pierwszy rzut oka problemy interpretacyjne nie są widoczne w treści samych przepisów, jednakże wypowiedzi doktrynalne wskazują na ich istnienie w praktycznym ich stosowaniu. Poniżej omówione zostaną najbardziej jaskrawe przykłady tego, jakie wątpliwości pojawiają się w związku z wykładnią konkretnych sformułowań, co będzie niezbędne do szczegółowego odniesienia się do zasady *nullum crimen sine lege* w dalszej części dokonywanej analizy.

b) Wykładnia pojęcia „wprowadzenie w błąd” w art. 115 ust. 1 pr. aut. (przestępstwo plagiatu)

Zgodnie z art. 115 ust. 1 pr. aut. kto przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3. Wydawać by się mogło, że przepis ten nie nastręcza zbyt wielu trudności, po jego lekturze można by nawet powiedzieć, że jest on w pełni jasny. Literatura przedmiotu pokazuje jednak, że sytuacja nie jest wcale taka prosta. Wątpliwości narodziły się w związku z istnieniem dwóch różnych pojęć: „wprowadzenie w błąd”, które jest czynnością wykonawczą wskazaną alternatywnie w art. 115 ust. 1 pr. aut., oraz „wykorzystanie błędu” – czyli świadome wyzyskanie błędu innej osoby, niesprostowanie go w sytuacji, gdy należało to zrobić (uzyskanie korzyści w związku z faktem, że ktoś pozostawał w błędzie wywołanym przez inną osobę lub siebie samego, poprzez niewyprowadzenie go z tego błędu), którego to pojęcia nie możemy odnaleźć w omawianym przepisie.

W tym kontekście Z. Ćwiąkałski i B. Górnikowska twierdzą, że wykorzystanie błędu również może prowadzić do popełnienia przestępstwa z art. 115 ust. 1 pr. aut.⁴, ponieważ – zgodnie z przedstawioną przez nich interpretacją – będzie to sytuacja wprowadzenia w błąd poprzez zaniechanie, w zamiarze ewentualnym (gdy ten, na kim ciąży obowiązek sprostowania nieprawdziwej informacji, „świadomie przemilcza popełniony przez inną osobę błąd, w wyniku którego on właśnie jest uważany za autora cudzego utworu”⁵). Jak jednak dodają ci autorzy, w tej sytuacji „warunkiem odpowiedzialności jest jednak, by sprawca przynajmniej miał świadomość, że konsekwencją błędu jest uznanie go za autora utworu, i na to się godził (zamiar ewentualny)”⁶.

Pogląd ten aprobuje J. Zagrodnik, wskazując, że „wprowadzenie w błąd co do autorstwa utworu poprzez zaniechanie może mieć miejsce wówczas, gdy sprawca, wbrew spoczywającemu na nim szczególnemu obowiązkowi, nie sprostuje powstałego błędu co do autorstwa określonego utworu”⁷. Jednakże W. Machała stwierdza, że „pogląd Z. Ćwiąkałskiego, iż przemilczenie faktycznej tożsamości twórcy/wykonawcy wypełnia znamiona przestępstwa tylko w przypadku, gdy sprawca był zobowiązany do sprostowania błędnej informacji [...], wydaje się nazbyt liberalny. System prawny nie przewiduje w zasadzie obowiązku prostowania błędnych informacji [...], tak więc przyjęcie opisanego wyżej poglądu mogłoby skutkować tym, że popełnienie przestępstwa przez zaniechanie okazałoby się czysto teoretyczną spekulacją”⁸. Specjaliści w zakresie prawa autorskiego nie są zgodni co do zakresu kryminalizacji przestępstw penalizowanych w art. 115 ust. 1 pr. aut. popełnionych z zaniechania. Można by więc zastanowić się, w jaki sposób przeciętny obywatel, bez specjalistycznego wykształcenia prawniczego, ma móc precyzyjnie określić, które z zachowań są przestępstwami, a za które nie grozi odpowiedzialność karna. W sporze tym należałoby się jednak przychylić do poglądu wyrażonego przez Z. Ćwiąkałskiego i B. Górnikowską, ponieważ, przyjmując, że przestępstwo popełnione poprzez wprowadzenie w błąd innej osoby „należy do kategorii

⁴ Z. Ćwiąkałski, B. Górnikowska, *Art. 115. Przywłaszczenie autorstwa. Rozpowszechnianie utworu bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy. Zniekształcenie utworu* [w:] *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II*, red. R. Markiewicz, Warszawa, 2021, s. 2148-2149.

⁵ *Ibidem*, s. 2149.

⁶ *Ibidem*.

⁷ J. Zagrodnik, *Art. 115 [Plagiat i inne naruszenia praw]* [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa, 2017, pkt. III.A.9.

⁸ W. Machała, *Art. 115. [Przywłaszczenie autorstwa. Rozpowszechnianie utworu bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy. Zniekształcenie utworu]* [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. W. Machała, R. Sarbiński, Warszawa, 2019, s. 1536.

skutkowych”⁹ (do czego, w piśmiennictwie, brak jest zgody¹⁰) ze względu na fakt, iż w świadomości innej osoby musi dojść do powstania błędnego przekonania, zastosowanie będzie miał art. 2 k.k., zgodnie z którym odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi. Zgodzić się można z W. Machałą, że znacząco ogranicza to możliwość przypisania komukolwiek przestępstwa z art. 115 ust. 1 pr. aut. popełnionego przez zaniechanie, jednakże samą wykładnią celowościową nie można zaprzeczać literalnemu rozumieniu tekstu prawnego.

Należy zauważyć, że powyższy problem oraz zarzuty W. Machały o podejściu „nazbyt liberalnym” do rozumienia „wprowadzenia w błąd” przez zaniechanie na gruncie art. 115 ust. 1 pr. aut. będą aktualne tylko wtedy, gdy przyjmiemy, że przestępstwo to jest przestępstwem materialnym (skutkowym). Jak zasygnalizowano powyżej, nie jest to jednak kwalifikacja powszechnie aprobowana. Jeżeli bowiem uznamy, że przestępstwo z art. 115 ust. 1 pr. aut. jest przestępstwem formalnym, to wyłączone zostanie zastosowanie art. 2 k.k. Tym samym więc popełnić je przez zaniechanie będzie mógł nie tylko tzw. gwarant, ale również każda inna osoba. Kwestia ta nie jest jednoznacznie rozstrzygnięta, chociaż wydaje się, że w piśmiennictwie dominuje stanowisko, że jest to przestępstwo skutkowe¹¹. Niemniej jednak jest to kolejne zagadnienie, które budzi poważne wątpliwości w zakresie konstrukcji omawianego przestępstwa, co ma bezpośredni wpływ na pewność prawa i zakres kryminalizacji, a tym samym może prowadzić do pytań o zgodność analizowanego przepisu z normami konstytucyjnymi.

Istnieje jednak także drugi, zupełnie odmienny nurt dotyczący wyzyskiwania błędu innej osoby na gruncie art. 115 ust. 1 pr. aut. Zgodnie z nim pojęcie „wprowadzenia w błąd” i „wyzyskanie błędu” nie mogą być interpretowane jednakowo. Zauważyć bowiem należy, że w art. 286 § 1 k.k. terminy te pojawiają się obok siebie. Definiuje się je również odmiennie: wprowadzenie w błąd „polega na podjęciu przez sprawcę podstępnych zabiegów prowadzących do wywołania u pokrzywdzonego mylnego wyobrażenia

⁹ J. Raglewski, *Art. 115 [w:] Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa, 2015, s. 1418.

¹⁰ Np. sami Z. Cwiakalski i B. Górnikowska podają, że „we wszystkich typach zasadniczych przewidzianych w ustawie przestępstwo ma charakter formalny (bezsukutowy)” – *op. cit.*, s. 2143.

¹¹ Zob. np. J. Zagrodnik, *op. cit.*, pkt III.A.11; W. Machała, *op. cit.*, s. 1536; J. Sarkowicz, *Przestępstwo plagiatu w świetle przepisów Unii Europejskiej i polskiego prawa*, Przegląd Sądowy 3/2021, s. 67.

o rzeczywistości”¹², zaś wyzyskanie błędu „zachodzi wtedy, kiedy pokrzywdzony już ma błędne wyobrażenie o rzeczywistości, sprawca zaś wyobrażenie to wykorzystuje”¹³. Powołując się na zasadę wykładni, zgodnie z którą różnym pojęciom nie można nadawać takiego samego znaczenia, należałoby zgodzić się z tym kierunkiem interpretacji art. 115 ust. 1 pr. aut. Wydaje się mimo tego, że w doktrynie przeważają stanowiska zaliczające wyzyskanie błędu innej osoby do pojęcia wprowadzenia w błąd. Trzeba bowiem zauważyć, że pojęcie „wprowadzenia w błąd” w analizowanym kontekście znajduje się poza kodeksem karnym. Autonomicznej wykładni tego pojęcia na gruncie prawa autorskiego nie stoi więc przywołana powyżej reguła interpretacji przepisów, ponieważ dotyczy ona co do zasady pojęć znajdujących się w tym samym akcie prawnym. Co więcej nic w brzmieniu przepisu ani konstrukcji ustawy nie uniemożliwia zaakceptowania poglądu, że wprowadzić w błąd w rozumieniu przepisów prawa autorskiego można także przez zaniechanie, zwłaszcza że art. 115 ust. 1 pr. aut. nie zawiera odrębnego znamienia alternatywnego w postaci „wykorzystania błędu”.

Jak trafnie wskazano w orzecznictwie, „przemilczenie stanowi [...] formę ukrycia [...] pewnych faktów, zjawisk, okoliczności, których nieświadomość powoduje powstanie błędnego wyobrażenia o rzeczywistości”¹⁴. I mimo że wyrok ten dotyczył art. 286 § 1 k.k., to wydaje się, że na gruncie prawa autorskiego można dojść do podobnych wniosków, a tym samym – że należy przyjąć możliwość wprowadzenia innej osoby w błąd poprzez zaniechanie. Współcześnie bowiem pogląd o możliwości wprowadzenia w błąd przez zaniechanie także na gruncie KK nie budzi wątpliwości zdecydowanej większości przedstawicieli doktryny i sądów orzekających w sprawach o oszustwa¹⁵.

Odnosząc powyższą analizę do realiów Internetu, trzeba stwierdzić, że trudności będzie budzić już sama ocena zachowania konkretnego internauty. Jeżeli bowiem nawet stwierdzone zostanie wypełnienie pozostałych znamion przestępstwa, to – na gruncie dowodowym – bardzo trudna może być ocena tego, czy dana osoba wprowadziła w błąd innego użytkownika Internetu, czy też jedynie wykorzystała błąd, w którym ten użytkownik

¹² M. Kulik, *Art. 186. Oszustwo* [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX, 2023, pkt 4.

¹³ *Ibidem*, pkt 5.

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.10.2015 r., II AKa 360/15, LEX nr 2019441.

¹⁵ Zob. np. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Art. 286* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa, 2022, pkt 15; G. Łabuda, *Art. 286. Oszustwo* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa, 2021, pkt 12; Wyrok Sądu Najwyższego z 03.04.2007 r., III KK 362/06, LEX nr 296749; Wyrok Sądu Najwyższego z 19.07.2007 r., V KK 384/06, LEX nr 299205.

się znajdował. Ze względu na brak osobistego kontaktu pomiędzy osobami w obrocie internetowym trudno jest także – z perspektywy samego sprawcy potencjalnego przestępstwa ocenić, jaki jest stan świadomości drugiej osoby (potencjalnie pokrzywdzonej). Nie można bowiem w ten sam sposób zakwalifikować wprowadzenia w błąd innej osoby oraz próby jej wprowadzenia w błąd za pomocą dokładnie takiego samego postępowania, jeżeli osoba ta nie podda się działaniu sprawcy i nie wykształci w sobie żadnych błędnych przekonań – mimo że w obu tych sytuacjach postępowanie sprawcy należy uznać za niewłaściwe i naganne¹⁶. Co więcej, wprowadzenie w błąd co do autorstwa utworu w Internecie nie jest trudne, wydaje się także, że dosyć często może być dokonywane nieświadomie. Nie ulega wątpliwości, że na poziomie dowodowym wykazywanie konkretnego zamiaru (bezpośredniego lub ewentualnego) sprawcy również może być niezwykle utrudnione.

c) Konstrukcja art. 115 ust. 3 pr. aut.

Aby zrozumieć, na czym polega problem z art. 115 ust. 3 pr. aut., należy przytoczyć go w całości. Przepis ten stanowi, że kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej w inny sposób niż określony w ust. 1 lub 2 narusza cudze prawa autorskie lub prawa pokrewne określone w art. 16, art. 17, art. 18, art. 19 ust. 1, art. 191, art. 86, art. 94 ust. 4 lub art. 97, albo nie wykonuje obowiązków określonych w art. 193 ust. 2 lub art. 20 ust. 1-4, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. Konstrukcja tego przestępstwa opiera się na użyciu wielu przepisów odsyłających. Samo to nie stanowi jeszcze o problematyczności tego artykułu¹⁷, jednakże na pewno może sprawiać, że przeciętny obywatel (do którego przecież przepisy karne są skierowane) nie będzie mógł określić, co jest tak naprawdę czynem zabronionym. Zwrócić należy bowiem uwagę na wielość przepisów odsyłających przywołanych w tym artykule ustawy o prawie autorskim. Art. 115 ust. 3 pr. aut. mówi jedynie o „naruszeniu praw autorskich lub praw pokrewnych” – nie określając żadnego sposobu ich naruszenia (poza faktem, że ma być to naruszenie w inny sposób niż w dwóch poprzedzających ustępach).

¹⁶ Nie zmienia to faktu, że druga ze wskazanych sytuacji mogłaby być zakwalifikowana jako usiłowanie, a to na podstawie art. 13 § 1 k.k. zagrożone jest taką samą karą, jak dokonanie przestępstwa.

¹⁷ Także kodeks karny posługuje się przepisami odsyłającymi (np. w art. 143 § 1, 168 czy 200a § 1) i nie jest to powód do kwestionowania istnienia tych przepisów.

Taki zabieg ustawodawcy przenosi *de facto* ciężar problemu na przepisy, do których art. 115 ust. 3 pr. aut. odsyła.

Jeżeli zaś na gruncie prawa autorskiego (cywilnego) wciąż powstają spory co do tego, jaki jest zakres praw wyłącznych twórcy i które z zachowań są naruszeniami, a które nie są (lub są „tylko” pośrednictwem – czyli pomocnictwem w naruszeniu), to nie powinno się sporów tych przenosić na grunt prawa karnego, bo osłabia to z jednej strony zasadę pewności prawa, z drugiej zaś zasadę *nullum crimen sine lege certa*.

Art. 115 ust. 3 pr. aut. wymienia pośród odesłań między innymi art. 16 pr. aut., który definiuje autorskie prawa osobiste. Zgodnie z tym przepisem autorskie prawa osobiste chronią nieograniczoną w czasie i niepodlegającą zrzeczeniu się lub zbyciu więź twórcy z utworem, po czym następuje kilkupunktowe wymienienie elementów składających się na autorskie prawa osobiste. Co ważne, wyliczenie to następuje po sformułowaniu „a w szczególności prawo do” – co oznacza, że jest to katalog otwarty, jedynie przykładowy, a tym samym nieprecyzyjny.

W związku z powyższym, próbując zrekonstruować jedną z norm wynikających z przepisu art. 115 ust. 3 pr. aut. można otrzymać następujący twór: „kto w celu osiągnięcia korzyści majątkowej inaczej niż poprzez przypisanie sobie autorstwa utworu, wprowadzenie w błąd co do autorstwa utworu, rozpowszechnienie bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy utworu w wersji oryginalnej lub w postaci opracowania albo artystycznego wykonania lub publiczne zniekształcenie takiego utworu, artystycznego wykonania, fonogramu, wideogramu lub nadania, narusza więź twórcy z utworem, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”. Pomijając fakt zastosowania w tym przepisie wielu specjalistycznych pojęć¹⁸, który z pewnością nie wpływa pozytywnie na możliwość zrekonstruowania treści normy prawnej przez obywatela, należy dostrzec, że tak naprawdę nie wiadomo, jaki jest jej zakres. Innymi słowy, nie da się precyzyjnie określić, co jest kryminalizowane i jakie zachowania człowieka będą stanowiły przestępstwa¹⁹, co pozbawia ten przepis tak istotnej w prawie karnym funkcji

¹⁸ Pojęcia takie jak „utwór”, „opracowanie”, „artystyczne wykonanie”, „fonogram”, „wideogram” albo posiadają swoje definicje legalne, albo ich wykładnia jest zdeterminowana przez orzecznictwo TSUE.

¹⁹ Zob. też J. Jurewicz, *Uwagi o odpowiedzialności karnej za naruszenie praw autorskich i praw pokrewnych*, Acta Universitatis Lodziensis. Folia Iuridica 71/2012, s. 10.

gwarancyjnej²⁰. Między innymi dlatego też przepis ten został poddany szerokiej krytyce w piśmiennictwie²¹.

W doktrynie zwraca się uwagę, że art. 115 ust. 3 pr. aut., ze względu na użyte w nim sformułowanie „w inny sposób” może mieć bardzo szerokie zastosowanie w praktyce²². Mimo że według statystyk nie jest on zbyt często wykorzystywany, to nie można zupełnie pomijać zagrożenia jego nadużywania, zwłaszcza w kontekście praktycznego braku możliwości jego pełnego i precyzyjnego zinterpretowania przez przeciętnego obywatela.

Co więcej, art. 115 ust. 3 pr. aut. jest przepisem blankietowym. Jak słusznie się zauważa, z powołaniem na orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego, „przepisy o charakterze blankietowym są z perspektywy konstytucyjnej zasady określoności czynu zabronionego dopuszczalne, jeśli spełniają tzw. test przewidywalności. Test ten jest spełniony, jeżeli adresat normy prawnej może się zorientować – na podstawie samej tylko ustawy – co do zasadniczej treści ustanowionego zakazu”²³. Spełnienie testu przewidywalności przez art. 115 ust. 3 pr. aut., z powodów wskazanych powyżej, może być wątpliwe. Jednakże problematyka przepisów blankietowych w prawie karnym jest niezwykle obszerna i znacząco wykracza poza ramy niniejszego tekstu. W tym miejscu należy jedynie stwierdzić, że dopuszczalność stosowania tego typu konstrukcji w tworzeniu typów czynów zabronionych przez lata budziła i wciąż budzi wiele wątpliwości. Art. 115 ust. 3 pr. aut. był nawet badany przez Trybunał Konstytucyjny pod kątem zgodności z normami konstytucyjnymi, o czym mowa będzie w dalszej części niniejszego tekstu.

d) Wątpliwości w zakresie konstrukcji art. 118¹ pr. aut.

Art. 118¹ ust. 1 pr. aut. stanowi, że karze podlega m.in. ten, kto wytwarza urządzenia lub ich komponenty przeznaczone do niedozwolonego usuwania lub obchodzenia skutecznych technicznych zabezpieczeń przed odtwarzaniem, przegrywaniem lub zwielokrotnianiem utworów. Przedmiotem czynności wykonawczej są zatem urządzenia lub ich komponenty

²⁰ A. Serlikowska, *Naruszenia praw autorskich w Internecie*, Studia Iuridica Toruniensia 13/2014, s. 164.

²¹ Poza wymienionymi powyżej zob. także szczegółową analizę dokonaną w: P. Piesiewicz, *Przestępstwo naruszenia autorskich praw osobistych z art. 115 ust. 3 Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w świetle zasady określoności*, Studia Prawa Publicznego 2/2018.

²² A. Niewęglowski, *Art. 115 [w:] Prawo autorskie. Komentarz*, Warszawa, 2021, s. 1095.

²³ A. Kustra, *Blankietowość norm prawno Karnych jako problem konstytucyjny*, Forum Prawnicze 1/2012, s. 31.

o określonym przeznaczeniu. Różnicowanie poszczególnych przedmiotów odbywa się więc nie ze względu na obiektywne, np. techniczne, właściwości urządzenia, ale jego przeznaczenie czy zastosowanie. Funkcja gwarancyjna nie jest więc tutaj również odpowiednio zachowana.

Doktryna jest zgodna co do tego, że przepisy karne nie powinny uzależniać odpowiedzialności od przeznaczenia przedmiotu wykonawczego. Prowadzić to bowiem może do sytuacji, gdy wytwarzanie identycznych urządzeń raz będzie przestępstwem, innym zaś razem nie – gdy dojdzie do sytuacji, że zastosowanie wytworzonego urządzenia będzie mieściło się w sferze prawnych dozwoleń przewidzianych przez ustawę o prawie autorskim²⁴.

W kontekście przestrzeni internetowej należy wskazać, że art. 118¹ ust. 1 pr. aut. jest całkowicie dysfunkcyjny. Wskazuje on bowiem na wytwarzanie „urządzeń”, co jest pojęciem, jak słusznie się zauważa, „z natury rzeczy wskazując[ym] na rozwiązanie techniczne”²⁵. Powszechnie przyjmuje się, że pojęciem tym nie można objąć programów komputerowych „z uwagi na brak materialnego substratu”²⁶. Wprawdzie istnieje jednostkowy pogląd, że, funkcjonalnie, należałoby włączyć w zakres pojęcia urządzenia z art. 118¹ ust. 1 pr. aut. także programy komputerowe służące skutecznemu obchodzeniu technicznych zabezpieczeń²⁷, jednakże jest on całkowicie odosobniony i wydaje się nie mieć poparcia w sformułowaniu obowiązujących przepisów.

Brak nowelizacji wskazanego przepisu może budzić zdumienie, biorąc pod uwagę, że duża część obrotu utworami i korzystania z nich przeniosła się właśnie do Internetu. Jednakże przepisy karne ustawy o prawie autorskim w obecnym kształcie sprawiają, że tworzenie programów komputerowych, które mają służyć do obchodzenia technicznych zabezpieczeń dostępu do utworów, nie jest penalizowane. Dziwi to tym bardziej, że rozprzestrzenianie się takich programów jest niewątpliwie łatwiejsze ze względu na ich niematerialny charakter, niż rozprzestrzenianie materialnych urządzeń wyprodukowanych w tym samym celu. Dlatego też zdecydowanie poprzec należy te głosy w doktrynie, które zauważają, że „konieczne jest przede wszystkim

²⁴ N. Daško, *Art. 118¹ [Urządzenia do usuwania zabezpieczeń]* [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. Michalak, Warszawa, 2019, pkt III.A.7.

²⁵ K. Gienas, *Art. 118¹ [Urządzenia do usuwania zabezpieczeń]* [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydelko, Warszawa, 2021, pkt III.3.

²⁶ N. Daško, *op. cit.*, pkt III.A.6.

²⁷ P. Seledec, *Przestępstwa naruszające prawa autorskie*, Przegląd Sądowy 7-8/2003, s. 99-100.

rozszerzenie zakresu normowania art. 118¹ [pr. aut.] również na oprogramowanie komputerowe²⁸.

e) Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną wynikające z ustawy o prawie autorskim

W kodeksie karnym istnieją przepisy, które mają wpływ na odstąpienie od wymierzenia kary lub uznanie, że dany czyn, mimo że wypełnia znamiona przestępstwa, nie jest bezprawny lub zawiniony, co sprawia, że nie można go uznać za przestępstwo, a tym samym – że nie można wymierzyć za niego kary. Dodatkowo spójność systemu prawnego zakłada, że to, co jest przez ustawę dozwolone, nie może jednocześnie być zagrożone karą. W związku z tym w prawie autorskim powstaje specyficzna sytuacja, która w części przypadków może powodować wyłączenie przestępności niektórych czynów. Wynika to z istnienia przepisów dotyczących dozwolonego użytku (art. 23-35 pr. aut.). Jeżeli któreś z zachowań będzie godziło w prawa osobiste lub majątkowe twórcy (co mogłoby być penalizowane na podstawie omawianego powyżej art. 115 ust. 3 pr. aut.), a jednocześnie będzie wchodziło w zakres jednego z przypadków dozwolonego użytku (najczęściej będzie to zapewne dozwolony użytek prywatny z art. 23 pr. aut.), to nie będzie można uznać, że doszło do popełnienia przestępstwa. Taka konstrukcja sprawia, że – aby precyzyjnie określić zakres penalizacji czynów w prawie autorskim – konieczna jest szczegółowa znajomość wszystkich jego norm, także cywilnoprawnych. Może bowiem dojść do popełnienia czynu zabronionego, który jednak – ze względu na szczególne okoliczności związane z wyłączeniem np. bezprawności działania sprawcy – nie będzie przestępstwem.

Zauważyć należy także, że dozwolony użytek utworów często budzi wątpliwości. Jako przykład można przywołać tutaj orzeczenie TSUE w sprawie *ACI Adam*²⁹, w którym Trybunał stworzył zupełnie nową (niewynikającą wprost z brzmienia przepisów) przesłankę powoływania się na dozwolony użytek prywatny w przypadku sporządzania kopii utworów³⁰. W takiej sytuacji zakres penalizacji czynów jednostki jest wyznaczany przez wykładnię

²⁸ M. Siwicki, *Naruszenia praw autorskich i pokrewnych w środowisku cyfrowym w ujęciu międzynarodowych standardów normatywnych*, Przegląd Sądowy 5/2012, s. 49.

²⁹ Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 10.04.2014 r., C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254.

³⁰ Trybunał uzależnił tę możliwość od legalności źródła utworu – co oznacza, że użytkownik Internetu, który sporządza kopię utworu z nielegalnego źródła, pozornie znajdując się w granicach dozwolonego użytku prywatnego, naraża się na odpowiedzialność karną.

przepisów prawa autorskiego narzuconą przez TSUE. Wydaje się jednocześnie, że wymaganie od przeciętnego obywatela znajomości meandrów orzecznictwa luksemburskiego, aby mógł on określić, które z jego czynów mogą podlegać karze, a które nie, jest zdecydowanie zbyt daleko idące.

Powyższe sprawa więc, że wszystkie spory doktrynalne oraz wątpliwości interpretacyjne dotyczące poszczególnych przypadków dozwolonego użytku niejako „przenoszone są” na grunt przepisów karnych prawa autorskiego. Jeżeli bowiem działanie w ramach dozwolenia ustawowego wyłącza bezprawność czynu zabronionego, to należy móc precyzyjnie określić zakres tego, na co ustawa o prawie autorskim zezwala użytkownikowi utworów. Na marginesie tylko można dodać, że na przypadki dozwolonego użytku nakłada się dodatkowo tzw. test trójstopniowy z art. 35 pr. aut., który – poprzez zastosowanie klauzul generalnych – uelastycznia instytucję dozwolonego użytku chronionych utworów³¹. Jednakże to, co można ocenić pozytywnie z perspektywy poszukiwania równowagi pomiędzy interesami twórcy i interesem społecznym (osób korzystających z utworów), wygląda zupełnie inaczej z perspektywy gwarancji prawa karnego. Taka konstrukcja bowiem budzi poważne wątpliwości w zakresie pewności prawa.

3. PRZESTĘPSTWA Z USTAWY O PRAWIE AUTORSKIM A ZASADA *NULLUM CRIMEN SINE LEGE CERTA*

Zasada *nullum crimen sine lege* niewątpliwie jest jedną z najważniejszych zasad prawa karnego, a nawet systemu prawa jako takiego. Powstało wiele prac na jej temat, niezasadnym byłoby więc ich powielanie w tym miejscu³². Na potrzeby niniejszego tekstu wystarczy ograniczyć się do stwierdzenia, że gwarantuje ona obywatelowi, że może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej jedynie za czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia (co zostało zapisane m.in. w art. 1 § 1 k.k.).

Z zasady tej wywieść można inne, bardziej szczegółowe zasady, którym również należy przypisać fundamentalne znaczenie w systemie prawa karnego

³¹ Zob. P. Niezgódka, *Test trójstopniowy w prawie autorskim. Paradygmaty prawa autorskiego*, Warszawa, 2020, s. 340 i nast.

³² Zob. np. R. Rejmانيak, *Konstytucyjna zasada nullum crimen sine lege certa a istotne części broni palnej jako przedmiot czynności wykonawczej czynu zabronionego z art. 263 § 2 KK* [w:] *Demokracja, teoria prawa, sądownictwo konstytucyjne: księga jubileuszowa dedykowana profesorowi zw. nauk prawnych Adamowi Jamrozowi z okazji pięćdziesięciolecia pracy zawodowej*, red. M. Aleksandrowicz, M. Andruszkiewicz, A. Breczko, S. Oliwniak, Białystok, 2018, s. 293 i nast.

sensu largo – nie tylko w ramach regulacji kodeksu karnego, lecz rozumianym jako system represji karnej we wszystkich jej formach. Jedną z nich jest *nullum crimen sine lege certa*, czyli, krótko mówiąc, wymóg jasności przepisów karnych typizujących przestępstwa. W ramach pogłębionej analizy tej zasady M. Kulik³³ wskazuje na różne jej funkcje, np. „ochrona obywatela przed arbitralnością państwa w zakresie tworzenia prawa karnego”³⁴ czy minimalizacja istnienia różnych interpretacji przepisu³⁵. Jak słusznie stwierdza ten autor, „treść normy winna być jednoznaczna i zrozumiała zarówno obiektywnie (dla organu stosującego prawo) [...], jak dla adresata normy”³⁶. Powyżej dokonana analiza pokazuje jednak, że gwarancje wynikające z zasady *nullum crimen sine lege certa* nie są w przepisach karnych prawa autorskiego zachowane. Tym samym pojawiać się mogą wątpliwości natury konstytucyjnej w odniesieniu do przepisów art. 115-119 pr. aut. Nie można bowiem zapomnieć, że zasada *nullum crimen sine lege* w swojej podstawowej postaci wpływa nie tylko ze standardów prawa międzynarodowego, ale także z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP³⁷. W systemie prawa polskiego jest to więc norma najwyższej wagi³⁸, która wyznaczać powinna pożądany kierunek tworzenia prawa karnego.

Najbardziej jaskrawo budzącym wątpliwości przepisem co do jego zgodności z zasadą *nullum crimen sine lege certa* jest przepis art. 115 ust. 3 pr. aut. Wątpliwości względem niego były na tyle poważne, że w 2013 r. Rzecznik Praw Obywatelskich zdecydował się na wniesienie wniosku do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie niezgodności tego przepisu z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. W orzeczeniu kończącym postępowanie Trybunał orzekł, że przepis ten – co jest w pewien sposób zaskakujące – jest zgodny ze wskazanym wzorcem kontroli³⁹. Rzecznik Praw Obywatelskich argumentował, że sformułowanie tego przepisu wprowadza otwarty zakres znamion, przez co nie jest jasne, jakie zachowania podlegają karze. Trybunał stwierdził jednak, że ustawodawca ma prawo wprowadzać regulacje ogólne, co zapobiega nadmiernej kazuistyce. Jak argumentowano w uzasadnieniu orzeczenia, podobne sformułowania pojawiają się także w innych przepisach

³³ M. Kulik, *Między jednoznacznością a zrozumiałością zakazu karnego. Uwagi o regule nullum crimen sine lege certa w perspektywie konstytucyjnej*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 5/2022.

³⁴ Ibidem, s. 342.

³⁵ Ibidem, s. 343-344.

³⁶ Ibidem, s. 344.

³⁷ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

³⁸ W tym miejscu nierozstrzygnięty pozostawiam spór na temat hierarchii pomiędzy normami Konstytucji RP a normami prawa Unii Europejskiej.

³⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17.02.2015 r., K 15/13, OTK Seria A 2015/2/16.

karnych, a jednocześnie „zasada określoności ustawy karnej nie wyklucza posługiwania się przez ustawodawcę zwrotami niedookreślonymi lub ocennymi, jeśli ich desygnaty można ustalić”⁴⁰. Wypada tylko zauważyć, że problem z nieokreślonością innych przepisów karnych nie może być argumentem uzasadniającym aprobatę dla takich przepisów w rozpatrywanym przypadku.

W orzeczeniu Trybunału w tej sprawie najbardziej dziwić jednak może sformułowanie pojawiające się w odniesieniu do braku celowości tworzenia regulacji kazuistycznych. Trybunał stwierdził bowiem: „stąd w wypadku kwestionowanego przepisu sięgnięcie przez ustawodawcę do pojęć niedookreślonych wynika z charakteru regulacji prawnoautorskiej, stosowanej w warunkach dynamicznych zmian doby nowych technologii. Wprowadzanie takich przepisów kodeksowych uzasadnia charakter regulacji i funkcja przepisów karnych”⁴¹. Należy pochwalić dostrzeżenie przez Trybunał, że prawo autorskie zmienia się niezwykle dynamicznie (czego niestety zdaje się nie zauważać ustawodawca), jednakże samo to nie może jeszcze pozwalać na tak szerokie formułowanie znamion przestępstwa. Istnieje bowiem wtedy ryzyko nadmiernego posługiwania się takimi przepisami karnymi, wykraczając poza cele przyświecające ich uchwaleniu.

Krytyka tego orzeczenia była niezwykle szeroka⁴². Trybunał bowiem, mając szansę skorygowania przepisów karnych prawa autorskiego, z niej nie skorzystał. Uchylenie art. 115 ust. 3 pr. aut. mogłoby nie tylko zmotywować ustawodawcę do wprowadzenia nowego przepisu, który byłby zgodny z wymogami konstytucyjnymi (i międzynarodowymi), ale także mogłoby pozytywnie wpłynąć na same założenia przepisów karnych prawa autorskiego.

PODSUMOWANIE

Przeprowadzona powyżej analiza wyraźnie wskazuje, że przepisy karne prawa autorskiego nie funkcjonują właściwie. Problemy rysują się na wielu poziomach – od sformułowań użytych w typizacji poszczególnych

⁴⁰ Pkt III.5 uzasadnienia.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Zob. np. J. Kluza, K. Sączek, *Odpowiedzialność za „Inne naruszenie cudzych praw autorskich lub praw pokrewnych” jako nieuzasadniona ochrona karna. Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 15/13*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBPS UJ 9/2017 i przytoczona tam literatura. Zob. też J. Raglewski, *Kilka uwag w kwestii ochrony własności intelektualnej z perspektywy prawnokarnej* [w:] *Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Michałowi du Vallowi*, red. D. Kasprzycki, J. Ozegalska-Trybalska, Warszawa, 2015.

przestępstw, poprzez ich wykładnię, aż na wątpliwościach co do ich zgodności z podstawowymi zasadami państwa prawa kończąc.

W 2015 r. K. Kurosz z optymizmem oceniał wprowadzone zmiany proceduralne w postępowaniu karnym, które miały poprawić efektywność ścigania przestępstw prawnoautorskich⁴³. Mimo że reforma ta została niedługo później cofnięta, obserwacje poczynione przez tego autora mogą mieć aktualność także obecnie. Niezwykle cenne i aktualne wydają się jego stwierdzenia dotyczące przeniesienia kanałów korzystania z utworów do Internetu: „ogład spraw z jednego tylko sądu w Polsce zdaje się potwierdzać powolną utratę znaczenia dotychczasowych kanałów dystrybucji nielegalnego oprogramowania, filmów oraz muzyki (sprzedaż nośników) w kierunku dystrybucji cyfrowej, za pośrednictwem Internetu”⁴⁴. Pokazuje to bowiem, że proces cyfryzacji utworów jest stały i współcześnie może się jedynie pogłębiać. Tym samym jeszcze mocniej należy podkreślić konieczność dostosowania przepisów karnych prawa autorskiego do aktualnych realiów.

W kontekście dwóch sposobów (cywilnego i karnego) ochrony praw autorskich K. Kurosz stwierdza również, że „to w procedurze, a nie w prawie materialnym, leżą czynniki decydujące o skuteczności jednych bądź drugich środków. Jest tak, gdyż zakres penalizacji autorskiego prawa karnego tylko nieznacznie odbiega od zakresu bezprawności cywilnej. Jednocześnie, z uwagi na konstrukcję przestępstw wnioskowych, prawo karne jest niezwykle atrakcyjne z ekonomicznego punktu widzenia. Z chwilą złożenia wniosku zostaje uruchomiona «machina» przymusu państwowego prowadząca do uzyskania przez uprawnionego zadowolających go rezultatów, przy braku kosztów tego postępowania”⁴⁵. Teoretycznie z tym twierdzeniem trudno jest się nie zgodzić. Jednakże praktyka oraz statystyki przytoczone we wstępie niniejszego tekstu całkowicie przeczą temu pogładowi. Można rozważać, co jest przyczyną takiego stanu rzeczy – czy będzie to brak odpowiedniej edukacji w zakresie prawa karnego, czy nieprecyzyjność przepisów, czy może problemy na etapie dowodzenia poszczególnych czynów. Jeżeli więc ustawodawca zdecydowałby się na modyfikację istniejących rozwiązań, powinien wziąć pod uwagę nie tylko elastyczność stosowanych formuł, ale także brak wątpliwości co do ich zakresu znaczeniowego. Nie chodzi bowiem tylko o to, by przepisy karne w ustawie

⁴³ K. Kurosz, *Ochrona praw autorskich w świetle modelu procedury cywilnej i karnej – uwagi na tle wielkiej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 128/2015.

⁴⁴ Ibidem, s. 72-73.

⁴⁵ Ibidem, s. 70.

o prawie autorskim istniały, ale przede wszystkim powinno chodzić o to, aby były efektywne i właściwie stosowane.

Można jednak postawić również pytanie, czy w istniejącym systemie polskiego prawa autorskiego przepisy karne w ogóle są potrzebne? Ich znikome stosowanie, niejasności interpretacyjne i wątpliwości natury konstytucyjnej mogłyby przemawiać także za całkowitą z nich rezygnacją, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że funkcję prewencji – zarówno ogólnej jak i indywidualnej – pełnić mogą i pełnią odszkodowania zasądzone w procesach cywilnych. W dobie tak szybko rozwijającej się przestrzeni internetowej wydaje się po prostu, że prawnoautorskie przepisy karne nie nadążają za zmieniającą się rzeczywistością. Pewne jest jedno – istnienie tych przepisów w obecnym kształcie nie realizuje celów, które są przed nimi postawione.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Ćwiąkański Z., Górnikowska B., *Art. 115. Przywłaszczenie autorstwa. Rozpowszechnianie utworu bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy. Zniekształcenie utworu* [w:] *Komentarz do ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych* [w:] *Ustawy autorskie. Komentarze. Tom II*, red. R. Markiewicz, Warszawa, 2021.

Daśko N., *Art. 118^l [Urządzenia do usuwania zabezpieczeń]* [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. A. Michalak, Warszawa, 2019.

Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., *Art. 286 [w:] Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa, 2022.

Gienas K., *Art. 118^l [Urządzenia do usuwania zabezpieczeń]* [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. E. Ferenc-Szydełko, Warszawa, 2021.

Jurewicz J., *Uwagi o odpowiedzialności karnej za naruszenie praw autorskich i praw pokrewnych*, *Acta Universitatis Lodzianensis. Folia Iuridica* 71/2012.

Kluza J., Sączek K., *Odpowiedzialność za „Inne naruszenie cudzych praw autorskich lub praw pokrewnych” jako nieuzasadniona ochrona karna. Uwagi na tle wyroku Trybunału Konstytucyjnego K 15/13*, *Internetowy Przegląd Prawniczy TBPS UJ* 9/2017.

Kulik M., *Art. 186. Oszustwo* [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX, 2023.

Kulik M., *Między jednoznacznością a zrozumiałością zakazu karnego. Uwagi o regule nullum crimen sine lege certa w perspektywie konstytucyjnej*, Przegląd Prawa Konstytucyjnego 5/2022.

Kurosz K., *Ochrona praw autorskich w świetle modelu procedury cywilnej i karnej – uwagi na tle wielkiej nowelizacji kodeksu postępowania karnego*, Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Prawa Własności Intelektualnej 128/2015.

Kustra A., *Blankietowość norm prawnokarnych jako problem konstytucyjny*, Forum Prawnicze 1/2012.

Łabuda G., *Art. 286. Oszustwo* [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa, 2021.

Machała W., *Art. 115. [Przywłaszczenie autorstwa. Rozpowszechnianie utworu bez podania nazwiska lub pseudonimu twórcy. Zniekształcenie utworu]* [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. W. Machała, R. Sarbiński, Warszawa, 2019.

Niewęglowski A., *Prawo autorskie. Komentarz*, Warszawa, 2021.

Niezgódka P., *Test trójstopniowy w prawie autorskim. Paradygmaty prawa autorskiego*, Warszawa, 2020.

Piesiewicz P., *Przestępstwo naruszenia autorskich praw osobistych z art. 115 ust. 3 Ustawy z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych w świetle zasady określoności*, Studia Prawa Publicznego 2/2018.

Raglewski J., *Art. 115* [w:] *Prawo autorskie i prawa pokrewne. Komentarz*, red. D. Flisak, Warszawa, 2015.

Raglewski J., *Kilka uwag w kwestii ochrony własności intelektualnej z perspektywy prawnokarnej* [w:] *Aktualne wyzwania prawa własności intelektualnej i prawa konkurencji. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Michałowi du Vallowi*, red. D. Kasprzycki, J. Ożegalska-Trybalska, Warszawa, 2015.

Rejmaniak R., *Konstytucyjna zasada nullum crimen sine lege certa a istotne części broni palnej jako przedmiot czynności wykonawczej czynu zabronionego z art. 263 § 2 KK* [w:] *Demokracja, teoria prawa, sądownictwo konstytucyjne: księga jubileuszowa dedykowana profesorowi zw. nauk prawnych Adamowi Jamrozowi z okazji pięćdziesięciolecia pracy zawodowej*, red. M. Aleksandrowicz, M. Andruszkiewicz, A. Brezcko, S. Oliwniak, Białystok, 2018.

Sarkowicz J., *Przestępstwo plagiatu w świetle przepisów Unii Europejskiej i polskiego prawa*, *Przegląd Sądowy* 3/2021.

Seledec P., *Przestępstwa naruszające prawa autorskie*, *Przegląd Sądowy* 7-8/2003.

Serlikowska A., *Naruszenia praw autorskich w Internecie*, *Studia Iuridica Toruniensia* 13/2014.

Siwicki M., *Naruszenia praw autorskich i pokrewnych w środowisku cyfrowym w ujęciu międzynarodowych standardów normatywnych*, *Przegląd Sądowy* 5/2012.

Zagrodnik J., *Art. 115 [Plagiat i inne naruszenia praw]* [w:] *Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Komentarz*, red. P. Ślęzak, Warszawa, 2017.

Orzecznictwo:

Wyrok Sądu Najwyższego z 03.04.2007 r., III KK 362/06, LEX nr 296749.

Wyrok Sądu Najwyższego z 19.07.2007 r., V KK 384/06, LEX nr 299205.

Wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 10.04.2014 r., C-435/12, ACI Adam, ECLI:EU:C:2014:254.

Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 17.02.2015 r., K 15/13, OTK Seria A 2015/2/16.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 22.10.2015 r., II AKa 360/15, LEX nr 2019441.

Akty prawne:

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz.U. z 1994 r., nr 24, poz. 83 ze zm.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 1997 r., nr 88, poz. 553 ze zm.

Źródła internetowe:

Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego - dorośli - w latach 2002-2020, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> (dostęp: 24.02.2023).

INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE CRIMINAL
PROVISIONS OF THE COPYRIGHT AND RELATED RIGHTS
ACT IN RELATION TO ACTS COMMITTED
ON THE INTERNET

Abstract: The article aims to analyse the application of the criminal provisions of the Copyright and Related Rights Act to acts committed on the Internet in the context of their construction and interpretation. The author will indicate the most significant problems resulting from the imprecise formulation of specific provisions and recall the most vivid interpretative doubts. This will allow to refer to their compliance with the *nullum crimen sine lege certa* principle flowing from Article 42 of the Constitution of the Republic of Poland. In conclusion, an opinion will be expressed on the sensibility of the existence, in its present form, of criminal law provisions in the Copyright and Related Rights Act and the possible directions of their changes.

Key words: criminal provisions of copyright law, plagiarism, judgment of the Polish Constitutional Court K 15/13, *nullum crimen sine lege certa*, copyright law, Internet.

SYTUACJA NIELETNIEGO W ŚWIETLE ZMIAN, JAKIE WPROWADZIŁA USTAWA Z DNIA 9 CZERWCA 2022 R. O WSPIERANIU I RESOCJALIZACJI NIELETNICH

Streszczenie: Celem tekstu jest ukazanie sytuacji nieletniego w związku z wprowadzeniem ustawy z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich ze szczególnym uwzględnieniem zmian, jakie przyniosła nowa ustawa na tle ustawy z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz przedstawienie, jak w przyszłości będzie się kształtowała odpowiedzialność nieletniego w następstwie wprowadzenia wspomnianej ustawy pod kątem konsekwencji jej uregulowań. Punkt wyjścia rozważań autorki stanowi scharakteryzowanie cech, jakie musi posiadać sprawca czynu zabronionego, aby w świetle polskiego prawa karnego był traktowany jako nieletni, a co za tym idzie, została wobec niego zastosowana ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. Następnie autorka przechodzi do zaprezentowania najważniejszych zmian, które wprowadziła nowa ustawa karna dotycząca nieletnich, a także wskazuje ich prognozowane skutki. Autorka opisuje określenie minimalnej granicy wieku nieletniego w przypadku postępowania w sprawach o demoralizację, akcentuje zmianę definicji czynu karalnego przez nową ustawę, zaznaczając przy tym znacznie szerszy zakres rozpatrywania tego pojęcia względem ustawy uchylonej, ponadto wskazuje, jakie nowe uprawnienia nadała ustawa z 2022 r. dyrektorom szkół, co więcej autorka wskazuje na nowo wprowadzony środek wychowawczy o charakterze izolacyjnym, jakim jest umieszczenie nieletniego w okręgowym ośrodku wychowawczym. Kluczowa zmiana przejawia się także w przypadku stosowania środka poprawczego w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie poprawczym, gdzie ustawodawca położył nacisk na górną granicę wieku sprawcy. Autorka odnosi się także do regulacji nowej ustawy w zakresie tworzenia domów matki i dziecka mających na celu umożliwienie nieletniej matce przebywającej w danym ośrodku wykonywanie pieczy albo uczestniczenie w sprawowaniu bieżącej pieczy nad dzieckiem. W dalszej części tekstu autorka przechodzi do podsumowania oraz oceny regulacji, które wprowadziła nowa ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, zwracając przy tym uwagę na jej kluczowe cele, jakie ma ona spełniać.

Słowa kluczowe: nieletni, ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, demoralizacja, zakład poprawczy, okręgowy ośrodek wychowawczy, dom matki i dziecka

WSTĘP

Rozpoczynając rozważania na temat odpowiedzialności nieletniego należy wskazać, iż jest ona odmiennie uregulowana niż typowa odpowiedzialność karnoprawna. Prawo karne *sensu stricto*, którego istotą jest odpowiedzialność karna, regulowane jest przez ustawę z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (tj.: Dz. U. 2022 poz. 1138, dalej jako KK). Ustawa ta reguluje odpowiedzialność karną osób fizycznych, jednak z pewnymi wyłączeniami, bowiem zgodnie z art. 10 § 1 KK generalnie na zasadach określonych w tejże ustawie odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat. Przyjęcie takiej granicy wieku powoduje, iż co do zasady osoba, która nie ukończyła 17 roku życia jest osobą nieletnią, wobec czego sam wiek sprawcy oraz związany z nim brak dojrzałości powodują, iż nie ponosi on odpowiedzialności karnej, gdyż wiek jest szczególnego rodzaju okolicznością wyłączającą winę¹. Rozszerzając ten pogląd, przyjmuje się, że nieukończenie przez sprawcę określonego w art. 10 k.k. wieku nie oznacza, że sprawcy nie można przypisać winy w tym znaczeniu, że nie istniała u niego subiektywna możliwość dochowania nakazu/zakazu wynikającego z normy sankcjonowanej, a oznacza tylko, iż ze względu na przyjęte z góry założenie nie można nawet rozważać jej przypisania². Jak wskazuje Agnieszka Barczak-Oplustil: „Wyznaczona w ustawie granica wieku nie stanowi zatem elementu treści winy”³. Właśnie poprzez ustalenie minimalnej granicy wiekowej dla odpowiedzialności karnej sprawcy jest realizowana funkcja gwarancyjna prawa karnego⁴. W paragrafach następnych zostały przewidziane wyjątki, gdyż również na zasadach określonych w kodeksie karnym może odpowiadać nieletni, który po ukończeniu 15 lat dopuszcza się wskazanego przez ustawodawcę konkretnego czynu zabronionego, gdy można przypisać mu winę oraz jeżeli okoliczności sprawy oraz stopień rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste za tym przemawiają, a w szczególności, jeżeli poprzednio stosowane środki wychowawcze lub poprawcze okazały się bezskuteczne. Aby obniżyć wiek ponoszenia odpowiedzialności karnej, wskazane przesłanki muszą być spełnione kumulatywnie, z czego przesłanka wieku oraz popełnienia konkretnego czynu karalnego

¹ A. Walczak-Żochowska, J. Dąbrowski, [w:] *Kodeks karny Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa, 2023, s. 167

² A. Barczak-Oplustil, *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu*, Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych, 2005, s. 88

³ Ibidem, s. 88

⁴ A. Walczak-Żochowska, J. Dąbrowski, [w:] *Kodeks karny Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa, 2023, s. 167

należą do grupy przesłanek obiektywnych, zaś kwestie dotyczące oceny okoliczności sprawy, stopnia rozwoju sprawcy, jego właściwości i warunków osobistych, jak i ocena efektywności stosowania środków wychowawczych, czy poprawczych są czysto subiektywne i sprowadzają się do ustalenia, że mimo młodego wieku sprawca był wystarczająco dojrzały, aby rozumieć nagannosc swojego zachowania⁵. W orzecznictwie wskazuje się, że uprzednie stosowanie środków wychowawczych lub poprawczych nie jest warunkiem *sine qua non* odpowiadania w warunkach art. 10 § 2 KK⁶. Ponadto nowelizacja kodeksu karnego z 2022 roku⁷ wprowadziła art. 10 § 2a, gdzie na podobnych zasadach ponosi odpowiedzialność karną sprawca, który ukończył 14 lat w przypadku dokonania zabójstwa w typie kwalifikowanym. W Ekspertyzie Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego z 2022 r. wskazano, że „Uregulowanie to ma charakter czysto publicystyczny, który nie ma przełożenia praktycznego nie tylko ze względu na marginalną ilość przypadków, w których 14-latek dopuścił się czynu z art. 148 § 2 i 3 KK. W prawie polskim w dalszym ciągu obowiązuje zasada winy mająca charakter zasady konstytucyjnej, której źródłem jest art. 30 Konstytucji, jak też zakaz niehumanitarnego traktowania człowieka. Pociągnięcie do odpowiedzialności karnej 14-latka i umieszczenie go w zakładzie karnym na okres wynoszący nawet 30 lat stanowi naruszenie zasady winy, jak też jest przejawem niehumanitarnego traktowania”⁸. Warto także nadmienić, że nieletni mogą ponosić odpowiedzialność karną na zasadach określonych w KK w przypadku dopuszczenia się któregoś z przestępstw enumeratywnie wymienionych w art. 10 § 2 w wykonawczej formie współdziałania (sprawstwa pojedynczego lub współsprawstwa), a także niewykonawczych form współdziałania (sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające podżeganie oraz pomocnictwo)⁹. Istnieje w materii zakresu podstaw odpowiedzialności nieletniego pogląd przeciwny, prezentowany m. in. przez Łukasza Pohla, zgodnie z którym ujęcie art. 10 § 2 KK przesądza o tym, że pociągnięcie nieletniego do odpowiedzialności na zasadach określonych w Kodeksie karnym jest możliwe tylko wtedy, gdy dopuści się on czynu zabronionego

⁵ zob. A. Jaworska-Wieloch, *Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną* [w:] *Prawo karne. Wykład akademicki*, red. T. Dukiet-Nagórska, O. Sitarz, Warszawa, 2021, s. 281

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z 15 czerwca 2000 r., II AKA 149/00, LEX nr 1680963

⁷ Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2022 poz. 2600)

⁸ Ekspertyza Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego, *Populistyczna nowelizacja prawa karnego. Ustawa z dnia 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762)*, Kraków, 2022, s. 5

⁹ P. Bogacki, M. Oleżalek, *Kodeks karny. Komentarz do nowelizacji z 7.07.2022 r.*, Warszawa, 2023, s. 5-6

określonego w wyróżnionym w tym przepisie artykule części szczególnej KK, a zachowaniem tego rodzaju jest wyłącznie sprawstwo wykonawcze, co za tym idzie, nie ma możliwości, aby na podstawie art. 10 § 2 KK można było nieletniego pociągnąć do odpowiedzialności za sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie oraz pomocnictwo¹⁰. Regulacje z art. 10 § 2 i 2a KK mają fakultatywny charakter, ponieważ nawet po zaistnieniu przesłanek z art. 10 § 2 lub § 2a KK sąd może, ale nie jest do tego zobligowany, aby zastosować wskazany przepis i pociągnąć nieletniego do odpowiedzialności karnej na zasadach określonych w kodeksie karnym. Możliwości są dwie: albo sąd zastosuje przepisy kodeksu karnego i nieletni będzie ponosił odpowiedzialność karną, albo sąd skłoni się ku temu, aby wobec nieletniego została zastosowana ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich (tj.: Dz. U. 2022 poz. 1700, dalej jako: NielU). Mając na względzie fakultatywny charakter wyjątków z art. 10 § 2 oraz § 2a oraz uznając prawo karne jako *ultima ratio*, stosowanie tych przepisów kodeksu karnego w odniesieniu do nieletniego po wyczerpaniu wszystkich przesłanek powinno stanowić *extrema ratio*¹¹. Mając na względzie powyższe rozważania, generalnie w stosunku do nieletniego będzie miała zastosowanie ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. Wskazana ustawa zastąpiła funkcjonującą przez niemal 40 lat ustawę z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (tj.: Dz. U. 2018 poz. 969, dalej jako: UPN), a co za tym idzie obecnie sytuacja nieletniego w świetle jego odpowiedzialności kształtuje się nieco odmiennie.

1. CEL NOWEJ USTAWY

Rozpoczynając charakterystykę poszczególnych zmian, jakie wprowadziła nowa ustawa, należy wprawdzie pochylić się nieco bardziej nad celem, jaki przyświecał ustawodawcy przy wprowadzeniu nowych regulacji w omawianej materii. Poszukując efektu, jaki chciał osiągnąć ustawodawca, w pierwszej kolejności należy skupić się na przebiegu prac legislacyjnych. 15 kwietnia 2022 r. wpłynął do Sejmu projekt ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. W uzasadnieniu zostało wskazane: „Projektowana ustawa porządkuje i systematyzuje materię dotyczącą spraw nieletnich, na etapie postępowania

¹⁰ zob. Ł. Pohl, *Zakres odpowiedzialności karnej nieletniego w Kodeksie karnym z 1997 r. (o konieczności pilnej zmiany art. 10 § 2 k.k. - problem form popełnienia czynu zabronionego)*, PRAWO W DZIAŁANIU, 2017, s. 16-17

¹¹ A. Grześkowiak [w:] *Kodeks karny Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa, 2021, s. 147

rozpoznawczego oraz postępowania wykonawczego, inkorporując te uregulowania u.p.n., które mimo upływu lat nie straciły aktualności. Część z tych uregulowań wymagała stosownej korekty, ukierunkowanej na optymalizację przewidzianych w nich rozwiązań prawnych. Zmiana niektórych przepisów wiązała się natomiast z koniecznością ich dostosowania do obowiązujących w Polsce standardów konstytucyjnych i międzynarodowych. Projekt reguluje również szereg kwestii, które Konstytucja RP rezerwuje dla aktu prawnego o randze ustawy, tymczasem niektóre z nich unormowane były dotychczas w aktach prawnych niższego rzędu. Ponadto przewiduje się całkiem nowe rozwiązania, które – wedle założeń – wzmocnią efektywność oddziaływań podejmowanych względem nieletnich¹².

2. MINIMALNA GRANICA WIEKU NIELETNIEGO DETERMINUJĄCA ODPOWIEDZIALNOŚĆ

Pierwsza kluczowa zmiana nastąpiła już w art. 1 ustawy, bowiem ustawodawca określił minimalną granicę wieku nieletniego w przypadku postępowania w sprawach o demoralizację, która wynosi 10 lat. Ochronę dziecka przed demoralizacją przewiduje Konstytucja RP stanowiąc w art. 72, iż każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją. Demoralizację należy rozumieć jako wszelkie działanie antywychowawcze, w szczególności prowadzące do lekceważenia norm społecznych (zwłaszcza prawnych i moralnych)¹³. Demoralizacja według ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich jest podstawowym wyznacznikiem oraz pojęciem kluczowym. Jednak nie jest to pojęcie dokładnie skonkretyzowane, jest wręcz to pojęcie nieostre, ocenne, nie posiada dookreślonego ustawowo zakresu znaczeniowego, a jest to niezwykle istotne, gdyż wszczęcie postępowania z nieletnimi jest uzależnione od wystąpienia przejawów demoralizacji¹⁴. Językowo termin “demoralizacja” nawiązuje do terminu “moralność”. Słownik języka polskiego PWN definiuje demoralizację jako odrzucenie obowiązujących norm moralnych, prowadzące do łamania prawa, rozwiązłości obyczajów itp¹⁵. Zgodnie z brzmieniem starszej ustawy, unormowania w niej zawarte stosowało się w zakresie zapobiegania

¹² Uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, druk nr 2183, Sejm IX kadencji, s. 2

¹³ W. Borysiak [w:] *Konstytucja RP. Tom I Komentarz, art. 1-86*, red. M. Safjan, L. Bosek, Warszawa, 2016, s. 1665

¹⁴ zob. A. Grześkowiak, *Prawo nieletnich*, Warszawa 2020, s. 59

¹⁵ <https://sjp.pwn.pl/sjp/demoralizacja;2554658.html> (dostęp: 25.05.2023 r.)

i zwalczania demoralizacji w stosunku do osób, które nie ukończyły lat 18, natomiast przepis nowej ustawy stanowi, iż przepisy ustawy (nowej) stosuje się w zakresie postępowania w sprawach o demoralizację wobec osób, które ukończyły 10 lat i nie są pełnoletnie. Wynika z tego, że ustawodawca nie tylko wprowadził dolną granicę wiekową odpowiedzialności nieletnich, ale także poszerzył zastosowanie ustawy, ponieważ sprawy o demoralizację zawierają w sobie szerszy krąg spraw niż zapobieganie i zwalczanie demoralizacji. W uzasadnieniu do rządowego projektu nowej ustawy wskazano, że brak wyznaczenia dolnego progu wiekowego odpowiedzialności teoretycznie pozwalał na wszczęcie postępowania wobec pięcioletka, a stosowanie względem najmłodszych dzieci środków wychowawczych na podstawie projektowanej ustawy mija się jednak z celem¹⁶. Ponadto ustawodawca powołał się na przyjmowanie w psychologii dziecięcej, że dopiero ok. 10. roku życia dokonuje się w dziecku internalizacja obowiązujących norm moralnych i społecznych. Ustawodawca wskazuje, że zmiana jaka zaszła w ustawie o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich w postaci przyjęcia dolnej granicy odpowiedzialności nieletniego uchroni dzieci w wieku wczesnoszkolnym przed pewną dozą stygmatyzacji, która w sposób nieunikniony wiąże się z wszczęciem postępowania skoncentrowanego na osobie nieletniego. Ponadto wskazane zostało, że w razie potrzeby zachowana zostanie natomiast możliwość sięgnięcia po określone środki opiekuńcze przewidziane w kodeksie rodzinnym i opiekuńczym¹⁷.

3. CZYN KARALNY WEDŁUG USTAWY

Kolejną zmianą, jaką przyniosła nowa ustawa jest nowe pojmowanie czynu karalnego. W świetle starej ustawy czynem karalnym było przestępstwo lub przestępstwo skarbowe albo konkretne wykroczenie wskazane w ustawie. Według nowej ustawy za czyn karalny pojmuje się przestępstwo lub przestępstwo skarbowe albo wykroczenie lub wykroczenie skarbowe. Ustawodawca nie wskazuje tutaj konkretnych wykroczeń, więc pojęcie czynu karalnego w świetle nowej ustawy jest znacznie szersze, a co za tym idzie nieletni będzie mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności w znacznie większej liczbie przypadków, niż miało to miejsce pod rządami starej ustawy. Rozszerzenie katalogu wykroczeń przez ustawodawcę zostało podyktowane tym, że należało uwzględnić cały szereg wykroczeń, które mogą budzić niepokój co do

¹⁶ Uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, druk nr 2183, Sejm IX kadencji, s. 3

¹⁷ Ibidem, s. 3-4

prawidłowego rozwoju społecznego nieletniego¹⁸. Za rozszerzeniem katalogu wykroczeń, które pociągałyby za sobą odpowiedzialność nieletniego opowiadał się także Tadeusz Bojarski, twierdząc, że lepszym rozwiązaniem byłoby zaklasyfikowanie jako czyn karalny wszystkich wykroczeń oraz pozostawienie sędziemu rodzinnemu ostatecznej decyzji o wszczęciu postępowania i jego kontynuowaniu w związku z tym czynem¹⁹.

4. NOWE UPRAWNIENIA DYREKTORA SZKOŁY PRZYZNANE W USTAWIE

Jednym z generalnych założeń ustawy jest powszechny społeczny obowiązek przeciwdziałania demoralizacji nieletnich, który przejawia się w art. 4 zarówno nowej jak i starej ustawy. Na tym tle należy jednak zaakcentować, iż nowa ustawa nadała nowe uprawnienia dyrektorom szkół w przypadku wykazywania przez nieletniego przejawów demoralizacji lub dopuszczenia się przez nieletniego czynu karalnego na terenie szkoły lub w związku z realizacją obowiązku szkolnego lub obowiązku nauki. Obecnie dyrektor szkoły może zastosować, jeżeli jest to wystarczające, środek oddziaływania wychowawczego w postaci pouczenia, ostrzeżenia ustnego albo ostrzeżenia na piśmie, przeproszenia pokrzywdzonego, przywrócenia stanu poprzedniego lub wykonania określonych prac porządkowych na rzecz szkoły. Jednak środki te nie mogą być zastosowane bez zgody rodziców albo opiekuna nieletniego oraz samego nieletniego. W związku z tym decyzja o zastosowaniu środka oddziaływania wychowawczego należy do dyrektora szkoły, jako podmiotu odpowiedzialnego za prawidłowe funkcjonowanie placówki, a jeśli rodzic bądź opiekun oraz sam nieletni nie wyrażą zgody na zastosowanie takiego środka, to zgodnie z powszechnym społecznym obowiązkiem przeciwdziałania demoralizacji nieletnich na dyrektorze spocznie obowiązek powiadomienia sądu rodzinnego o demoralizacji lub czynie karalnym. Ponadto zastosowanie wspomnianego środka wobec nieletniego nie wyłącza zastosowania wobec niego także innych kar przewidzianych w statucie szkoły. Artykuł 4 ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich w ustępie 4 wymienia cały katalog środków oddziaływania wychowawczego, które mogą być zastosowane przez dyrektora szkoły, co pozwoli na odpowiednie dopasowanie środka do konkretnego zaistniałego przypadku. Takie rozwiązanie należy ocenić pozytywnie pod kątem tego,

¹⁸ Ibidem, s. 6-7

¹⁹ T. Bojarski [w:] *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, red. T. Bojarski, E. Kruk, E. Skrętowicz, Warszawa, 2016, s. 53

iż dyrektor szkoły zdecydowanie lepiej zna konkretne przypadki oraz sytuacje, które mają miejsce w szkole niż organy zewnętrzne. Nadmienić należy, że takie działania ze strony dyrektora nie znajdą zastosowania w przypadku, gdy nieletni dopuścił się czynu zabronionego wyczerpującego znamiona przestępstwa ściganego z urzędu lub przestępstwa skarbowego.

5. CHARAKTERYSTYKA ŚRODKÓW ODDZIAŁYWANIA WYCHOWAWCZEGO

Wśród środków oddziaływania wychowawczego znalazło się pouczenie, które polega na wskazaniu nieletniemu niezgodności jego zachowania z obowiązującymi przepisami, w tym również ze statutem szkoły, ze wskazaniem tych przepisów²⁰. Obok pouczenia dyrektor szkoły może zastosować także ostrzeżenie ustne lub pisemne. Ostrzeżenie jest środkiem dalej idącym niż pouczenie, ponieważ oprócz wskazania nieprawidłowego zachowania nieletniego powinno zawierać pouczenie, że jeśli po raz kolejny nieletni dopuści się nieodpowiedniego zachowania, może liczyć się z bardziej dotkliwymi konsekwencjami²¹. Ponadto, jeśli jakaś osoba zostanie pokrzywdzona zachowaniem nieletniego, dyrektor szkoły jest uprawniony, do nakazania przeproszenia tej osoby. Jeśli nieletni swoim zachowaniem wywoła niepożądane zjawiska, przykładowo takie jak nieporządek lub dewastacja mienia szkoły, dyrektor placówki może nakazać nieletniemu przywrócenie stanu poprzedniego, czyli przykładowo posprzątanie lub usunięcie skutków dewastacji mienia szkoły²². Najbardziej kontrowersyjnym środkiem oddziaływania wychowawczego wydaje się być możliwość nakazania przez dyrektora szkoły wykonania przez nieletniego określonych prac porządkowych na terenie szkoły. Prace porządkowe z reguły wiążą się z pracami fizycznymi, za które w każdej placówce oświatowej odpowiadają zatrudnione w tym celu osoby, wobec czego wykonywanie takich prac przez uczniów, nawet w ramach środka oddziaływania wychowawczego wydaje się niecelowe. W sytuacji, gdy nieletni realizujący obowiązek nauki zostanie zobowiązany do wykonania takich prac, najprawdopodobniej będzie musiał wykonać je w czasie, gdy takiego obowiązku nie realizuje (np. po lekcjach), co może wiązać się z nieprzychylnym zachowaniem ze strony rówieśników nieletniego w postaci drwin lub obelg, więc

²⁰ Uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, druk nr 2183, Sejm IX kadencji, s. 10

²¹ Ibidem, s. 10

²² Ibidem, s. 10

niewątpliwie można postrzegać to jako wadę tegoż rozwiązania. Nadmienić należy, iż dyrektor będzie mógł określić rodzaj prac porządkowych na rzecz szkoły, jakie nieletni ma wykonać, jednak ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich nie określa żadnych granic w postaci tego, aby rodzaj prac porządkowych był adekwatny do sił oraz możliwości nieletniego.

6. UMIESZCZENIE NIELETNIEGO W OKRĘGOWYM OŚRODKU WYCHOWAWCZYM

W art. 7 NielU został umieszczony katalog środków wychowawczych. Najważniejsza zmiana w tym zakresie na tle starej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich polega na wprowadzeniu nowego środka o charakterze izolacyjnym, jakim jest umieszczenie w okręgowym ośrodku wychowawczym. Niewątpliwie jest to środek dotkliwy dla nieletniego, wobec czego wskazuje się, że środki wychowawcze o charakterze izolacyjnym są na ogół orzekane, gdy inne środki wychowawcze nie odniosły pożądanego skutku²³.

6.1. Tworzenie, przekształcenie oraz znoszenie okręgowych ośrodków wychowawczych

Artykuł 343 NielU wskazuje, że kwestie związane z tworzeniem, przekształceniem oraz znoszeniem okręgowych ośrodków wychowawczych, zakładów poprawczych lub schronisk dla nieletnich zostały przekazane do uregulowania Ministrowi Sprawiedliwości w drodze aktu wykonawczego, jakim jest zarządzenie. To właśnie na podstawie zarządzenia Ministra Sprawiedliwości w sprawie przekształcenia zakładów poprawczych i schronisk dla nieletnich w okręgowe ośrodki wychowawcze z dnia 22 sierpnia 2022 r. (Dz. U. 2022 poz. 167) zostały powołane do życia określone w tym rozporządzeniu okręgowe ośrodki wychowawcze, których liczba na terenie Polski wynosi 10. Ponadto Minister Sprawiedliwości sprawuje zwierzchni nadzór nad wspomnianymi placówkami. O umieszczeniu nieletniego w okręgowym ośrodku wychowawczym orzeka sąd. Generalnie jest to możliwe w sytuacji, gdy nieletni dopuścił się czynu karalnego kwalifikowanego jako przestępstwo lub przestępstwo skarbowe oraz przemawiają za tym stopień demoralizacji nieletniego oraz rodzaj czynu karalnego, sposób i okoliczności jego popełnienia, zwłaszcza, gdy inne środki wychowawcze okazały się nieskuteczne lub nie rokują resocjalizacji

²³ A. Wilkowska-Półciennik, *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Warszawa, 2011, s. 54

nietletniego. Ustawodawca wskazuje, że w szczególnie uzasadnionym przypadku można także orzec o umieszczeniu nietletniego w okręgowym ośrodku wychowawczym, jeśli dopuścił się on czynu karalnego kwalifikowanego jako wykroczenie lub wykroczenie skarbowe, przy czym poza wyżej wspomnianymi warunkami ustawodawca akcentuje, że czyn ten ma charakter chuligański oraz że nietletni działał w sposób zasługujący na szczególne potępienie, działał pod wpływem substancji psychoaktywnej, popełnił czyn karalny na szkodę osoby bezradnej, niepełnosprawnej, chorej lub w podeszłym wieku. Umieszczenie nietletniego w okręgowym ośrodku wychowawczym jest także możliwe w szczególnie uzasadnionym przypadku, gdy ten uchyla się od wykonywania środka wychowawczego w postaci umieszczenia w młodzieżowym ośrodku wychowawczym, gdy w chwili orzekania ukończył 13 lat, jeżeli przemawia za tym stopień demoralizacji nietletniego, a inne środki wychowawcze okazały się nieskuteczne lub nie rokują resocjalizacji nietletniego. Analizując wskazane przesłanki, można zauważyć, że ustawodawca przewidział umieszczenie nietletniego w okręgowym ośrodku wychowawczym jako środek ostateczny, wobec czego w pierwszej kolejności należy stosować pozostałe środki wychowawcze.

6.2. Funkcjonowanie okręgowych ośrodków wychowawczych

Z kolei art. 344 ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nietletnich daje podstawę do wydania rozporządzenia w sprawie funkcjonowania okręgowych ośrodków wychowawczych. W rozporządzeniu Ministra Sprawiedliwości z dnia 31 sierpnia 2022 r. w sprawie pobytu nietletnich w okręgowych ośrodkach wychowawczych (Dz. U. 2022 poz. 1890) zostały szczegółowo określone m.in. warunki pobytu nietletnich we wspomnianych ośrodkach, a także tryb kierowania, przyjmowania, przenoszenia i zwalniania nietletnich z okręgowych ośrodków wychowawczych. Rozporządzenie wskazuje, że sędzia niezwłocznie po uprawomocnieniu się orzeczenia o zastosowaniu wobec nietletniego środka wychowawczego w postaci umieszczenia nietletniego w ośrodku przesyła do Ministerstwa Sprawiedliwości pisemny wniosek o skierowanie nietletniego do ośrodka. Jednak sam pisemny wniosek jest niewystarczający, ponieważ należy do niego dołączyć poza odpisem prawomocnego orzeczenia także opinię o nietelnim opracowaną w opiniodawczym zespole sądowych specjalistów, w schronisku dla nietletnich lub w innej specjalistycznej placówce, lub przez biegłego albo biegłych oraz inne informacje umożliwiające skierowanie nietletniego do odpowiedniego rodzaju ośrodka. Bardzo istotne jest bowiem, aby jak najdokładniej zbadać konkretny przypadek danego nietletniego i w jak

najlepszym stopniu dokonać prognozy resocjalizacyjnej oraz poddać nieletniego badaniom osobopoznawczym, a także opracować zindywidualizowany proces resocjalizacji, mając przy tym na względzie zapobieganie wzajemnej demoralizacji nieletnich oraz zapewnienie bezpieczeństwa i porządku wewnętrznego ośrodka. Ma temu sprzyjać rozmowa oraz kontakt z psychologiem lub pedagogiem. Ponadto nieletni musi zostać poinformowany przez dyrektora ośrodka o jego prawach i obowiązkach oraz zasadach pobytu w ośrodku, a także musi zostać pouczony o terminie i sposobie składania zażalenia na czynności naruszające jego prawa. Rozporządzenie także wskazuje, aby nieletni został skierowany do ośrodka położonego najbliżej jego miejsca zamieszkania albo pobytu, chyba że ze względów wychowawczych lub organizacyjnych jest to niemożliwe. Takie rozwiązanie może być podyktowane temu, aby nieletni mógł utrzymywać kontakty z rodziną i aby na tle kontaktów z najbliższymi nie występowały nadmierne utrudnienia, przykładowo w postaci wysokich kosztów podróży.

7. UMIESZCZENIE NIELETNIEGO W ZAKŁADZIE POPRAWCZYM

Rozważając tematykę wychowawczych środków o charakterze izolacyjnym, należy także pochylić się nieco bardziej nad funkcjonowaniem podobnego środka – poprawczego, jakim jest umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym, gdyż w tym zakresie także nastąpiły zmiany względem ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. W świetle nowej ustawy sąd rodzinny może orzec umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym, jeśli dopuścił się on czynu karalnego kwalifikowanego jako przestępstwo lub przestępstwo skarbowe oraz jeśli przemawiają za tym wysoki stopień demoralizacji nieletniego oraz rodzaj czynu karalnego, sposób i okoliczności jego popełnienia, zwłaszcza gdy środki wychowawcze okazały się nieskuteczne lub nie rokują resocjalizacji nieletniego. W tym przypadku jest to fakultatywne umieszczenie w zakładzie poprawczym i ostateczna decyzja w tej sprawie należy do sądu, który może orzec zastosowanie tego środka, jeśli przemawiają za tym wskazane przesłanki i okoliczności sprawy. Jednak ustawodawca w nowej ustawie przewidział także co do zasady obligatoryjne umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym. Ma ono miejsce w przypadku, gdy nieletni dopuścił się konkretnego czynu karalnego stypizowanego w kodeksie karnym (art. 134, art. 148 § 1, 2 lub 3, art. 156 § 1 lub 3, art. 163 § 1 lub 3, art. 166, art. 173 § 1 lub 3, art. 197 § 3 lub 4, art. 223 § 2, art. 252 § 1 lub 2 lub w art. 280

KK), który wymienia ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich. Ustawodawca zdecydował się jednak na złagodzenie tej reguły, gdyż możliwe jest wobec takiego sprawcy zastosowanie środka wychowawczego, jeśli sposób i okoliczności popełnienia czynu karalnego, właściwości i warunki osobiste nieletniego oraz jego postawa i zachowanie uzasadniają przypuszczenie, że środek wychowawczy okaże się skuteczny lub rokuje resocjalizację nieletniego. W przypadku fakultatywnego umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym, sąd może określić rodzaj zakładu poprawczego, w którym ma być wykonywany ten środek. Jeśli chodzi o co do zasady obligatoryjne umieszczenie w zakładzie poprawczym, sąd orzekając taki środek poprawczy określa także rodzaj zakładu, w którym jest on wykonywany.

7.1. Długość wykonywania środka poprawczego

W stosunku do nieletniego, który dopuścił się tych konkretnych przestępstw wskazanych w ustawie, co do których obowiązuje co do zasady obligatoryjne umieszczenie w zakładzie poprawczym, sąd rodzinny może zagrozić przedłużeniem wykonywania środka poprawczego albo orzec, że środek poprawczy będzie wykonywany także po ukończeniu przez nieletniego 21 lat do ukończenia przez nieletniego określonego wieku, nie dłużej jednak niż do ukończenia przez nieletniego 24 lat. W świetle starej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich wykonywanie środka poprawczego mogło mieć miejsce maksymalnie do ukończenia przez nieletniego 21 roku życia, ustawa nie przewidywała możliwości przedłużenia tego okresu, a umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym miało charakter wyłącznie fakultatywny i zależało od oceny sędziego. Rozwiązanie nowej ustawy może przyczynić się do kształtowania psychiki właściwie dorosłego już człowieka w określony sposób, gdyż przez cały okres młodości człowiek rozwija się, a niewątpliwie ważną rolę odgrywają czas i otoczenie, w jakim się znajduje. Treść środka poprawczego sprowadzana jest do faktycznego pozbawienia wolności, a wolność człowieka jest wartością konstytucyjną, więc ważne jest, aby wprowadzane ustawą ograniczenia wolności, będące elementem treści zakładu poprawczego nie naruszały zasady proporcjonalności²⁴.

²⁴ A. Grześkowiak, *op. cit.*, s. 207

7.2. Typ oraz treść środka poprawczego

Ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich przewiduje następujące rodzaje zakładów poprawczych: otwarty, półotwarty, zamknięty, o wzmożonym nadzorze wychowawczym oraz dla nieletnich, którzy ukończyli 21 lat. Decyzja o tym, do jakiego zakładu poprawczego trafi nieletni jest podejmowana w oparciu o kompleksową diagnozę osobowości nieletniego z uwzględnieniem możliwości psychofizycznych oraz indywidualnych potrzeb rozwojowych i edukacyjnych nieletniego, a w przypadku nieletniego posiadającego orzeczenie o potrzebie kształcenia specjalnego – także z uwzględnieniem zaleceń zawartych w tymże orzeczeniu. Treścią tego środka nie jest zadawanie nieletniemu dolegliwości, a edukowanie zarówno szkolne jak i zawodowe, a także wychowanie nieletniego, który wykazuje wysoki stopień zdemoralizowania, co ma miejsce przy dopilnowaniu dyscypliny oraz stosowaniu zabezpieczeń zapobiegających samowolnemu oddalaniu z terenu zakładu²⁵. Sąd decydując o umieszczeniu nieletniego w zakładzie poprawczym powinien zawsze mieć na względzie cel tego środka, jakim jest wychowanie nieletniego oraz jak sama nazwa środka wskazuje – poprawa, która powinna być widoczna w zmianie zachowania, postawy oraz pojmowania prawideł funkcjonowania nieletniego w społeczeństwie.

7.3. Warunkowe zawieszenie wykonywania środka poprawczego

Możliwe jest także warunkowe zawieszenie umieszczenia nieletniego w zakładzie poprawczym, jeżeli właściwości i warunki osobiste nieletniego oraz jego sytuacja rodzinna, warunki wychowawcze i charakter środowiska, jak również rodzaj czynu karalnego, sposób i okoliczności jego popełnienia uzasadniają przypuszczenie, że pomimo niewykonania środka poprawczego cele wychowawcze zostaną osiągnięte. Jednak, gdy nieletni został umieszczony w zakładzie poprawczym w sytuacji, gdy jest to co do zasady obligatoryjne, czyli na skutek popełnienia wskazanych czynów karalnych stypizowanych w KK, które wskazuje ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, to takie warunkowe zawieszenie jest dopuszczalne w szczególnie uzasadnionym przypadku. Warunkowe zawieszenie następuje na okres próby do lat 3. W okresie próby sąd rodzinny stosuje wobec nieletniego środki wychowawcze.

²⁵ V. Konarska-Wrzošek [w:] *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, red. P. Górecki, V. Konarska-Wrzošek, Warszawa, 2019, s. 94

Warunkowe zawieszenie może zostać odwołane przez sąd rodzinny, jeżeli w okresie próby nieletni dopuścił się czynu karalnego lub jego zachowanie wskazuje na dalszą demoralizację, lub uchyła się od wykonywania środka wychowawczego. W takim przypadku sąd może zarządzić umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym. Wobec tego ostateczna decyzja jest uzależniona od oceny danego przypadku przez sędziego. Surowszy rygor ma miejsce w przypadku nieletniego, który dopuścił się wspomnianych wyżej czynów karalnych stypizowanych w KK. W takim przypadku i braku podstaw do rozpoznania sprawy przez sąd właściwy według przepisów ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz. U. z 2022 r. poz. 1375), sąd rodzinny odwołuje warunkowe zawieszenie i zarządza umieszczenie nieletniego w zakładzie poprawczym. Przy założeniu, że w okresie próby i w ciągu dalszych 3 miesięcy nie nastąpiło odwołanie warunkowego zawieszenia – orzeczenie o umieszczeniu w zakładzie poprawczym z mocy prawa uważa się za niebyłe.

7.4. Odroczenie oraz przerwanie wykonywania środka poprawczego

Możliwe jest także odroczenie lub przerwanie wykonywania środka poprawczego w przypadku choroby nieletniego lub z innych ważnych przyczyn. Dokonuje tego sąd rodzinny, określając czas odroczenia lub przerwy. Sąd rodzinny może także odwołać odroczenie lub przerwę wykonywania środka poprawczego w przypadku ustania przyczyny, dla której zostały udzielone, lub gdy nieletni nie korzysta z odroczenia lub przerwy w celu, w jakim zostały udzielone, albo rażąco narusza porządek prawny. Mając na uwadze cel środka poprawczego, należy brać pod uwagę postawę nieletniego w każdym czasie postępowania, wobec czego ustawodawca przewidział w art. 235 NielU możliwość warunkowego odstąpienia od wykonania orzeczenia w przypadku wystąpienia istotnej poprawy w zachowaniu nieletniego, co może mieć miejsce po wydaniu orzeczenia o umieszczeniu nieletniego w zakładzie poprawczym, a przed umieszczeniem go w takim zakładzie albo po upływie okresu odroczenia lub przerwy wykonywania środka poprawczego. Jednak regulacja ta nie ma zastosowania do nieletniego, który dopuścił się wspomnianych wyżej przestępstw stypizowanych w KK, które wymienia NielU. Regulacje dotyczące warunkowego zawieszenia wykonywania środka poprawczego, jego odroczenie lub przerwanie jego wykonywania są przykładem tego, że należy środek ten faktycznie stosować w ostateczności, jeśli wszystkie pozostałe środki nie spełnią swojego celu.

8. DOMY MATKI I DZIECKA

Ustawodawca przewidział także zapewnienie odpowiedniej opieki nieletniej będącej w ciąży oraz przygotowanie jej do pełnienia roli matki, w przypadku, jeśli jest ona umieszczona w okręgowym ośrodku wychowawczym, młodzieżowym ośrodku wychowawczym, zakładzie poprawczym lub schronisku dla nieletnich. W celu umożliwienia wykonywania pieczy albo uczestnictwa w sprawowaniu bieżącej pieczy nad dzieckiem w wyznaczonych ośrodkach organizowane są domy dla matki i dziecka. Zgodnie z art. 135 NielU w przypadku okręgowych ośrodków wychowawczych, zakładów poprawczych lub schronisk dla nieletnich organizowanie takich domów matki i dziecka jest obligatoryjne, jak wskazuje ustawodawca – w wyznaczonych placówkach. Gdy chodzi o młodzieżowe ośrodki wychowawcze, jest to fakultatywne, domy matki i dziecka są organizowane jako grupy wychowawcze. W domach dla matki i dziecka dziecko może przebywać do ukończenia 3 lat, chyba że dobro dziecka i względy wychowawcze lub zdrowotne za tym nie przemawiają. Tutaj ustawodawca posłużył się zasadą dobra dziecka, która jest podniesiona do rangi zasady konstytucyjnej. Mając na względzie tę zasadę, do umieszczenia dziecka w domu matki i dziecka wymagana jest także zgoda ojca dziecka, jeśli przysługuje mu władza rodzicielska, jeżeli nie, to zgodę musi wyrazić opiekun prawny dziecka. W braku takiej zgody lub niemożności jej uzyskania, to sąd opiekuńczy będzie rozstrzygał w przedmiocie umieszczenia dziecka we wspomnianej placówce. Nieletnia może złożyć wniosek do sądu o umieszczenie dziecka w domu matki i dziecka, dokonuje tego za pośrednictwem dyrektora młodzieżowego ośrodka wychowawczego, okręgowego ośrodka wychowawczego, zakładu poprawczego lub schroniska dla nieletnich, w którym przebywa. Kwestie związane z trybem przyjmowania nieletnich matek umieszczonych w okręgowych ośrodkach wychowawczych, zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich oraz ich dzieci do domów dla matki i dziecka, szczegółowe warunki pobytu w domach dla matki i dziecka oraz szczegółowy sposób organizowania i działania tych domów, a także sposób dokumentowania pobytu nieletnich matek oraz ich dzieci w domach dla matki i dziecka zostały przekazane do uregulowania w drodze rozporządzenia Ministrowi Sprawiedliwości w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw rodziny. Wobec czego materię tę reguluje Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości w sprawie domów dla matki i dziecka w wyznaczonych okręgowych ośrodkach wychowawczych, zakładach poprawczych i schroniskach dla nieletnich z dnia 2 grudnia 2022 r. (Dz. U. z 2022 r. poz. 2681).

PODSUMOWANIE

Podsumowując, wprowadzenie ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich miało na celu uporządkowanie i systematyzację materii dotyczącej spraw nieletnich na etapie postępowania rozpoznawczego oraz postępowania wykonawczego. Zostały recypowane uregulowania ze starej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich, które do dzisiaj nie straciły na aktualności. Nowe rozwiązania zostały wprowadzone, mając na celu przede wszystkim wzmocnienie efektywności oddziaływań podejmowanych względem nieletnich²⁶. Spośród tych kwestii, które zostały odmiennie uregulowane w nowej ustawie, z pewnością na pochwałę zasługują wyliczenia enumeratywne oraz ściśle określenie wieku osób, co do których stosuje się przepisy ustawy. Poprzednia ustawa nie określała minimalnej dolnej granicy wiekowej jej stosowania, a co za tym idzie, jak już zostało wyżej wspomniane, teoretycznie można było pociągnąć do odpowiedzialności nawet pięcioletka²⁷. Jednak w ustawie znalazło się wiele pojęć niedookreślonych oraz nieostrych, które dają sporą swobodę decyzyjną sędziemu, a co za tym idzie odczucie pewności prawa u nieletniego może zostać zachwiane. Ustawa o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich nie zawiera definicji legalnej pojęcia demoralizacji, które to pojęcie jest fundamentalne dla tejże ustawy jak i dla całego prawa nieletnich. Podobnie przy pojęciu istotnej poprawy w zachowaniu nieletniego nie została wskazana żadna miara, według której można taką poprawę uznać za istotną. Wielość pojęć nieostrych z jednej strony nie jest dobrym rozwiązaniem, gdyż zbyt duża swoboda sędziowska przy orzekaniu w sprawach nieletnich może nieść za sobą poważne konsekwencje, szczególnie dla młodych ludzi. Z drugiej strony zaś, wydawać się może niemożliwe, aby wszelkie prawdopodobne przypadki naruszenia norm przez nieletnich, które mogą się ziszczyć, udało się opisać literą prawa. Zdaniem Zygmunta Tobora „występowanie zwrotów nieostrych nie oznacza dowolności w podejmowaniu rozstrzygnięć [...]. W przypadku zwrotów nieostrych intencja prawodawcy jest jasna – deleguje on część swoich kompetencji na inne podmioty”²⁸. Co prawda, aby orzeczenie określonych środków wychowawczych czy to środka poprawczego było jak najbardziej efektywne, rozpatruje się dogłębnie każdy przypadek zarówno

²⁶ <https://www.infor.pl/prawo/nawosci-prawne/5539762,Ustawa-o-wspieraniu-i-resocjalizacji-nieletnich-podpis.html> (dostęp z: 25.05.2023)

²⁷ Uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, druk nr 2138, Sejm IX kadencji, s. 3

²⁸ Z. Tobor, *Wykładnia prawa* [w:] *Wstęp do prawoznawstwa*, J. Nowacki, Z. Tobor, Warszawa, 2020, s. 311

od strony faktycznej, bytowej jak i psychicznej nieletniego, to jednak zawsze istnieje ryzyko, że orzeczony środek będzie nieadekwatny do danej sytuacji. Można także zauważyć, że ustawodawca postawił na wartościowanie konkretnych przypadków postępowania, jakich dopuścił się nieletni wprowadzając do ustawy katalog czynów karalnych stypizowanych w kodeksie karnym, gdzie przy ich popełnieniu nieletni jest traktowany surowiej, niż sprawca pozostałych czynów o mniejszym stopniu szkodliwości. Taki zabieg można ocenić pozytywnie, jeśli chodzi o reakcję aparatu państwa na zjawiska niepożądane wśród nieletnich ze wzmożonym naciskiem na te, które wywołują bardziej doniosłe skutki, odróżniając je od tych bardziej błahych przewinień, przez co kształtuje się swojego rodzaju świadomość prawna wśród nieletnich. Co prawda w pełni ocenić funkcjonowanie nowej ustawy będzie można dopiero po upływie dłuższego czasu, to już obecnie można zauważyć wskazane prognozowane założenia, które to ustawodawca chciał wprowadzić w odpowiedzi na reżim prawny starej ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich.

BIBLIOGRAFIA

Barczak-Opulstil A., *Sporne zagadnienia istoty winy w prawie karnym. Zarys problemu* [w:] Czasopismo prawa karnego i nauk penalnych, Kraków, 2005.

Bogacki P., Olężałek M., *Kodeks karny. Komentarz do nowelizacji z 7.07.2022 r.*, Warszawa, 2023.

Bojarski T., Kruk E., Skrętowicz E., *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa, 2016.

Dukiet-Nagórska T., Sitarz O., *Prawo karne. Wykład akademicki*, Warszawa, 2021.

Górecki P., Konarska-Wrzošek V., *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa, 2019.

Grześkowiak A., Wiak K., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa, 2021.

Grześkowiak A., *Prawo nieletnich*, Warszawa, 2020.

Nowacki J., Tobor Z., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa, 2020.

Pohl Ł., *Zakres odpowiedzialności karnej nieletniego w Kodeksie karnym z 1997 r. (o konieczności pilnej zmiany art. 10 § 2 k.k. - problem form popełnienia czynu zabronionego)* [w:] PRAWO W DZIAŁANIU, Warszawa, 2017.

Safjan M., Bosek L., *Konstytucja RP. Tom I Komentarz, art. 1-86*, Warszawa, 2016.

Stefański R. A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa, 2023.

Wilkowska-Półciennik A., *Postępowanie w sprawach nieletnich*, Warszawa, 2011.

Ekspertyza Krakowskiego Instytutu Prawa Karnego, *Populistyczna nowelizacja prawa karnego. Ustawa z dnia 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 762)*, Kraków, 2022.

Prezydent podpisał ustawę o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, <https://www.infor.pl/prawo/nowosci-prawne/5539762,Ustawa-o-wspieraniu-i-resocjalizacji-nieletnich-podpis.html>, (dostęp: 25.05.2023).

Uzasadnienie do projektu ustawy o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich, druk nr 2183, Sejm IX kadencji.

THE SITUATION OF THE JUVENILE IN LIGHT OF THE CHANGES INTRODUCED BY THE ACT OF 9 JUNE 2022 ON THE SUPPORT AND REHABILITATION OF JUVENILES

Abstract: The aim of the text is to show the situation of the juvenile in relation to the introduction of the Act of 9 June 2022 on the Support and Rehabilitation of Juveniles, with particular reference to the changes that the new Act has introduced in relation to the Act of 26 October 1982 on the Proceedings in Juvenile Matters, and to present how the responsibility of the juvenile will be shaped in the future as a consequence of the introduction of the said Act. The starting point of the author's considerations is the characterisation of the features that a perpetrator of a criminal act must possess in order to be treated as a juvenile under Polish criminal law, and thus to be subject to the Act on the Support and Rehabilitation of Juveniles. The author then proceeds to present the most important changes introduced by the new criminal law concerning juveniles and identifies their projected effects. The author describes the establishment of a minimum age limit for juveniles in the case of proceedings for demoralisation, highlights the change in the definition of a criminal act by the new law, at the same time pointing out the much broader scope of consideration of this concept in relation to the repealed law. In addition, the author indicates what new powers the 2022 Act has given to school principals and describes the newly introduced isolation measure of placing a minor in a district educational centre. A key change concerning the application of the correctional measure of placing the offender in a correctional institution is also described, where the legislator has placed emphasis on the upper age limit

of the offender. The author also addresses the regulations of the new Act concerning the creation of mother and child homes aimed at enabling the under-age mother residing in a given centre to either exercise custody or participate in the day-to-day care of the child. The author then goes on to summarise and evaluate the regulations that the new Act on the Support and Rehabilitation of Juveniles has introduced, noting the key objectives it is intended to fulfil.

Keywords: juvenile, Act on the Support and Rehabilitation of Juveniles, demoralisation, correctional institution, district educational centre, mother and child home

PRZYSZŁOŚĆ PRAWA KARNEGO WOBEC KRYZYSU TRADYCYJNYCH PARADYGMATÓW PRAWA I EROZJI DEMOKRACJI LIBERALNEJ

NA ROZDROŻU DRÓG: POPULIZM PENALNY,
EKONOMICZNA ANALIZA PRAWA, POSTPOZYTYWIZM,
A MOŻE PO PROSTU KRAKOWSKA SZKOŁA PRAWA KARNEGO?

Streszczenie: Postępująca inflacja norm prawnych sprzyja erozji demokracji liberalnej i wykształceniu się demokracji nieoliberalnej, która jest zaprzeczeniem współczesnego konstytucjonalizmu i powrotem do konfliktu demokracji i liberalizmu oraz XIX-wiecznego rozumienia państwa prawa, uzupełnionego o partyjne i populistyczne postulaty. Równoległe egzekutywa, powołując się na swój demokratyczny mandat, przejmuje władzę karania, zastrzeżoną wymiarowi sprawiedliwości. Akty prawne uchwała się przy pominięciu założeń legislacyjnych. Przemiany te podważają kluczowe zasady konstytucyjne: demokratycznego państwa, państwa prawa, podziału władzy czy pewności prawa, co wyraża się w języku mediów i języku prawniczym i odbija się negatywnie na prawie opartym na wartościach. Uwidacznia się to w prawie karnym skoncentrowanym się na ochronie dóbr prawnych. Celem autora jest próba przedstawienia dorobku krakowskiej szkoły prawa na tle kryzysu paradygmatów oraz refleksja nad nowymi prądami myślowymi w obrębie prawa, ze szczególnym uwzględnieniem ekonomicznej analizy prawa i postpozytywizmu. Przedstawione zostaną również wybrane pojęcia penalne z uwzględnieniem różnych teoriami winy i czynu. Ukazane zostaną przykładowe podejścia metodologiczne do nauk penalnych, w tym metoda dogmatyczna. Ze względu na doniosłość przemian prawa karnego, w tym naszej narodowej „polskiej szkoły prawa”, wspomniane zostaną wydarzenia z ubiegłych wieków, które wpłynęły na współczesne rozumienie prawa karnego. Opisane zostaną także funkcje prawa karnego oraz podstawowe zasady prawa karnego w III RP. Przedstawiona zostanie relacja najnowszej nowelizacji Kodeksu Karnego względem poprzednich XX-wiecznych kodyfikacji, z uwzględnieniem różnych stanowisk wobec Kodeksu Karnego od neoklasycyzmu i populizmu penalnego po rezygnację z potrzeby nowej kodyfikacji i organiczną ewolucję prawa karnego.

Słowa kluczowe: inflacja norm prawnych, państwo prawa, kryzys demokracji, demokracja nieoliberalna, prawo karne, krakowska szkoła prawa karnego, ekonomiczna analiza prawa, postpozytywizm, neoklasycyzm, populizm penalny

WPROWADZENIE

*Dwie rzeczy, które napełniają duszę podziwem i czcią,
niebo gwiaździste nade mną i prawo moralne we mnie.*

(Immanuel Kant,
„O dwóch rzeczach, które napełniają duszę podziwem”)

Jednym z narzędzi społecznych jest prawo - zbiór reguł postępowania, służący utrzymaniu porządku przez sankcjonowanie określonych zachowań¹, i współpracy dzięki respektowaniu umów. Ponieważ zdefiniowanie fenomenu prawa nie jest celowe na łamach tego tekstu, przejdźmy do prawa karnego, które krakowska szkoła prawa określa jako „dziedzinę prawa stanowionego przez powołaną do tego władzę państwową (...) [określającą] jakie zachowania naruszające normy postępowania zostają uznane za czyny karalne, jakie są zasady pociągania sprawców takich czynów do odpowiedzialności karnej i jakie kary lub inne środki mają być stosowane wobec sprawców czynów karalnych”². Podobną definicję przytacza L. Gardocki, odwołując się do pojęć „przestępstwo”, „środki karne”, „środki zabezpieczające”.³ Wyróżnia się też postępowanie karne, prawo wykroczeń⁴ i prawo karne wykonawcze⁵, prawo karne skarbowe i prawo karne wojskowe⁶ oraz prawo administracyjno-karne⁷. Prawo karne oddziałuje na społeczeństwo i opiera się o gwarancje konstytucyjne⁸, dlatego ze względu na znaczenie dla polityki państwa⁹ budzi zainteresowanie legislatorów. Natomiast zmiany takie jak inflacja norm prawnych i powstająca demokracja nieliberalna oddziałują na prawo karne.

¹ Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie Prawo Karne. Część Ogólna*, Kraków, 2014, s. 107.

² Za W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 22.

³ L. Gardocki, *Prawo Karne*, Warszawa, 2017, s. 1.

⁴ *Ibidem*, s. 2. Przedstawiciele krakowskiej szkoły prawa karnego nazywają je „prawem karnym wykroczeń”, co sytuuje tę dziedzinę prawa w obrębie prawa karnego, zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 37.

⁵ L. Gardocki, *op. cit.*, s. 1.

⁶ *Ibidem*, s. 2.

⁷ *Ibidem*, s. 3.

⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 61.

⁹ K. Zgryzek, *Inflacja normatywna w prawie karnym – rzeczywistość czy złudzenie?*, Problemy Prawa Karnego, 2017, t. 1 (27), s. 222.

1. MIĘDZY INFLACJĄ PRAWA A PAŃSTWEM PRAWA

*Państwo prawa jest jak powietrze do oddychania
i tylko demokracja może je zabezpieczyć.
(parafraza myśli Gustawa Radbrucha)*

Inflacja prawa, wyrażająca się w wielkiej liczbie przepisów, wpływa negatywnie na życie społeczne¹⁰ i utrudnia zrozumienie prawa¹¹. Wśród przyczyn tego zjawiska wymienia się postęp cywilizacyjny, trójkąt egoizmu¹², oraz problem ustalenia wspólnego rozwiązania prawnego, co prowadzi do nadmiernego rozrostu prawa¹³. W Polsce po 1989 r. nastąpił umiarkowany przyrost aktów prawa - niestety plany akcesyjne i kryzys przyspieszyły ten proces¹⁴. W pierwszej połowie 2022 r. uchwalono 955 aktów czyli łącznie 14,5 tysiąca stron¹⁵. Inflacja prawa jest obecna też w prawie karnym, a „nic tak nie szkodzi wymiarowi sprawiedliwości jak (..) częste ingerencje” w normy stosowane przez jego organy¹⁶. W latach 1969-1997 procedurę karną nowelizowano kilkadziesiąt razy¹⁷, po 1997 r. zmieniono ją 155 razy. Natomiast Kodeks Karny od 2012 r. nowelizowano blisko 50 razy. Inflacja prawa prowadzi do naruszenia zasad legislacyjnych¹⁸. W literaturze zwraca się uwagę na *overcriminalization* – bezcelowe rozszerzenie kryminalizacji¹⁹ generujące większe koszty niż korzyści²⁰ i podważające w krajach anglosaskich *rule of law*.

Analogiczna do *rule of law* koncepcja państwa prawa powstała na przełomie XVIII i XIX w. Państwo prawa (*Rechtsstaat*) było przeciwieństwem politycznego *Polizeistaat*. Wśród teoretyków tej koncepcji był Immanuel Kant, dla którego państwo było „zbiorowością ludzką pod rządami prawa”²¹ i z godno-

¹⁰ *Ibidem*, s. 14-15.

¹¹ W. Rogowski, *Zasób i inflacja przepisów prawa w Polsce (z uwagami porównawczymi)*, Głos Prawa, Przegląd Prawniczy Allerhanda, 2018, t. 1, nr 1-2, poz. 3, s. 14.

¹² Chodzi tu o różnie rozumiany zysk: celem polityków jest reelekcja, celem grup interesów jest „poprawa własnych wyników ekonomicznych”, celem agencji rządowej są subwencje i dotacje, por. W. Rogowski, *op. cit.*, s. 16.

¹³ *Ibidem*, s. 15-16.

¹⁴ *Ibidem*, s. 17-18.

¹⁵ <https://businessinsider.com.pl/twoje-pieniadze/prawo-i-podatki/ponad-piec-aktow-dzienie-inflacja-prawa-tez-idzie-na-rekord/sqj6019> (dostęp 20.01.2023).

¹⁶ K. Zgryzek, *op. cit.*, s. 222.

¹⁷ *Ibidem*, s. 227-228.

¹⁸ W. Rogowski, *op. cit.*, s. 29-31.

¹⁹ Por. A. Moscoso, *The Criminal Law of the Free Society: A Philosophical Exploration of Overcriminalization and the Limits of the Criminal Law*, 2010, s. 38 i n.

²⁰ *Ibidem*, s. 39.

²¹ Za A. Dziadzio, *Powszechna historia prawa*, Warszawa, 2020, s. 211.

ści wywodził prawa i wolności jednostki²². W niemieckiej koncepcji państwa prawa występowały elementy liberalne, socjalne i laickie²³. Zainspirowały one Feuerbacha, twórcę szkoły klasycznej²⁴. Obecnie spory o państwo prawa dotyczą jego materialnego wymiaru: modelu ochrony praw²⁵, wolnych wyborów, wyłączności ustawy²⁶. Demokracja stanowi konstytutywny element zasady państwa prawa²⁷, w której państwo jest depozytariuszem praw jednostki, a władza działa w granicach ustawy²⁸. Ważną rolę odgrywają zasada podziału władzy i zasada pewności prawa. Pierwsza z nich wiąże się z podziałem zadań państwowych między organy władzy, które pozostają między sobą w określonych relacjach, równoważą się nawzajem i hamują swoje działania, co ma uniemożliwić wykształcenie się władzy absolutnej²⁹. Natomiast zasada pewności prawa zakłada prawo wiarygodne dla obywateli z aksjologią i zasadami konstrukcji tego prawa wyrażonymi w technice prawodawczej i sposobie promulgacji³⁰. Pozostaje ona w relacji z zasadą określoności prawa – w prawie karnym wyrażonej w zasadzie *nullum crimen sine lege certa*³¹, która to nie jest w pełni osiągalna³². Osłabienie państwa prawnego wiąże się z podważeniem wskazanych zasad.

2. KRYZYS DEMOKRACJI LIBERALNEJ

W kryzysie bądź świadomy zagrożenia, ale rozpoznawaj też szansę.
(John F. Kennedy)

Aby zrozumieć kryzys demokracji liberalnej, trzeba cofnąć się do dwudziestolecia międzywojennego, kiedy wprowadzono demokrację jako odpowiedź

²² A. Dziadzio, *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*, Czasopismo Prawno-Historyczne, 2005, z. 1., s. 178-179.

²³ *Ibidem*, s. 200-201.

²⁴ I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa, 1988, s. 108.

²⁵ *Ibidem*, s. 177-178.

²⁶ P. Uziębło, *Demokratyczne państwo prawa jako filar funkcjonowania współczesnych państw*, Studia Elbląskie 11, 2010, s. 236-240.

²⁷ G. Radbruch, *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak, Warszawa, 2012, s. 254, M. Araszkiewicz, *Zasada demokratycznego państwa prawnego, Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków, 2021, s. 197.

²⁸ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 60; G. Radbruch, *op. cit.*, s. 23.

²⁹ Zob. A. Dębowska, *Zasada podziału władzy*, [w:] *Argumenty...*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, s. 951-966.

³⁰ Zob. Z. Krzykalska, *Zasada pewności prawa*, [w:] *Argumenty...*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, s. 249-262.

³¹ A. Kania-Chramęga, *Postulat nullum crimen sine lege certa i jego (nie)kategoryczność w procesie stanowienia prawa karnego*, Przegląd Sejmowy nr 2(169)/2022, s. 41, 51-53.

³² *Ibidem*, s. 46-47.

na żądanie mas, nie licząc się z problemami gospodarczymi czy społecznymi. Niestety plany te spełzyły na niczym, a w wielu krajach nastąpiła erozja demokracji³³ zakończona powstaniem totalitaryzmów i autorytaryzmów³⁴. Obywatele państw totalitarnych pozbawiono autonomii i wolności, a zasadę podziału władzy zastąpiła nieograniczona władza państwowa. Odrzucono funkcję gwarancyjną prawa na rzecz instrumentalnego traktowania prawa i podporządkowania jednostki państwu. Wprowadzono odpowiedzialność zbiorową i predektualne środki karne, takie jak łagry i obozy koncentracyjne³⁵.

Również i dzisiaj demokracja liberalna przeżywa kryzys. W XX w. państwa zachodnie przejęły elementy socjalne i interwencjonizm państwowy, a kraje zza żelaznej kurtyny - pluralizm polityczny i wzorce kapitalistyczne³⁶. Niestety przemiany w Europie Środkowo-Wschodniej charakteryzowało szybkie przejście kolejnych etapów rozwoju państwa, a mieszana racjonalność obecna w logice politycznej i ekonomicznej doprowadziły do kryzysu³⁷. Obawy te ziściły się na Węgrzech³⁸, gdy doszło do przebudowy systemu politycznego i prawnego. Powstała demokracja nieliberalna z odmiennymi regułami rywalizacji politycznej, uderzająca w prawa mniejszości³⁹. Rządy ludu zastąpił rząd z aprobatą ludu. Do łask powróciły tezy o homogenicznym narodzie, a sądy i media utraciły niezależność⁴⁰. Na analogiczne problemy w Polsce zwrócił uwagę M. Matczak, wskazując na eliminowanie sprawiedliwości proceduralnej, będącej dotąd środkiem do osiągnięcia sprawiedliwości materialnej⁴¹. Zresztą trudno o pojęcie bardziej abstrakcyjne niż sprawiedliwość⁴². Arystoteles rozumiał sprawiedliwość na dwa różne sposoby: jako wyrównawczą i rozdzielczą

³³ We wszystkich państwach Europy Środkowej z wyjątkiem Czechosłowacji, zob. A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 249.

³⁴ *Ibidem*, s. 246 i n.

³⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 60-62.

³⁶ C. Offe, *Capitalism by Democratic Design? Democratic Theory Facing the Triple Transition in East Central Europe*, [w:] *Varieties of Transition*, Cambridge, 1996, s. 29.

³⁷ R. Rosicki, *Kryzys demokracji liberalnej - wybrane problemy rządzenia, legitymizacji i reprezentacji*, [w:] *Od teorii do praktyki politycznej: księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Błokowi z okazji 40-lecia pracy naukowej i 70-lecia urodzin*, red. M. Kołodziejczak, R. Rosicki, Poznań, 2012, s. 248.

³⁸ Zob. B. Góralczyk, *Węgry: zwrot do systemu nieliberalnego*, *Rocznik Strategiczny 2017/2018*, s. 327-331.

³⁹ A. Antoszewski, *Demokracja nieliberalna jako projekt polityczny*, *Przegląd Europejski*, tom 2018, nr 2, s. 12-13.

⁴⁰ *Ibidem*, s. 14-16.

⁴¹ <https://ruleoflaw.pl/poland-from-paradigm-to-pariah-polish-constitutional-crisis-facts-and-interpretations/> (dostęp 20.01.2023).

⁴² Z. Ziemiński, *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Warszawa 1990. s. 45 i nn.

zależnie od problemu społecznego⁴³. Dla Rzymian relacja *ius* i *iustitia* była tak oczywista, jak definicja prawa jako *ars boni et aequi*⁴⁴. Tomasz z Akwinu wskazywał na znaczenie *epikeja*, która miała zapewnić słuszość decyzjom wobec ograniczeń prawa⁴⁵. Kant postulował bezwzględną sprawiedliwość⁴⁶ i łączył teorię moralności z teorią sprawiedliwości⁴⁷. Friedmann dostrzegł relację wolności ekonomicznej z wolnością polityczną, Nozick akcentował rolę uprawnienia⁴⁸, a Sandel sformułował zasadę największego szczęścia w duchu utylitarnym⁴⁹.

3. PARADYGMATY I METODY PRAWNICZE

*Paradygmat – matryca (...) wyznaczająca ramy badań,
które są wspólne dla przedstawicieli danej dyscypliny.*
(Thomas Kuhn)

Historycznie pierwszy paradygmat prawno-naturalny akcentował godność i elementy metafizyczne. Jego przedstawiciel, Hugo Grocjusz żądał naprawienia zwinionej szkody i karanie przestępców⁵⁰. W XIX w. poddano ten paradygmat krytyce z pozycji szkoły historycznej i pozytywizmu, który to paradygmat w ujęciu Austina⁵¹ traktował prawo jako rozkaz suwerena obli-gujący do działania lub zaniechania, poparty sankcją⁵². Hart wywodził prawo z normy i dopuszczał minimum moralności, a Kelsen żądał rozdzielenia prawa od moralności. Przeciwno nim wystąpili przedstawiciele realizmu: Petra-życki (nurt psychologiczny), zwolennicy socjologicznego nurtu kładący nacisk na *law in action* oraz przedstawiciele realizmu amerykańskiego⁵³. Po 1945 r.

⁴³ H. Olszewski, *Starożytność*, [w:] K. Chojnicka, H. Olszewski, *op. cit.*, s. 28; I. Barwicka-Tylek, *Z miłości do sprawiedliwości*, [w:] *Obywatel – nie Idiota. Myślenie polityczne dla początkujących*, Kraków, 2017, s. 116-118.

⁴⁴ Autorstwa Ulpiana, zob. T. Giaro, *Historia i tradycja prawa rzymskiego*, [w:] W. Dajczak, T. Giaro, F. Longchamps de Berier, *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa, 2014, s. 51.

⁴⁵ R. Moń, *Miejsce sprawiedliwości w systemie etycznym?*, *Studia Teologiczne* 15, 1997, s. 129.

⁴⁶ A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 212, G. Radbruch, *op. cit.*, s. 23.

⁴⁷ R. Moń, *op. cit.*, s. 131.

⁴⁸ R. Rosicki, *op. cit.*, s. 252.

⁴⁹ M. Sandel, *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, tłum. O. Siara, Warszawa, 2013, s. 45 i n.

⁵⁰ M. Walczak, *Teoria paradygmatu i jej zastosowanie w naukach prawnych*, *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ Nauki Społeczne*, Nr 10 (1/2015), s. 74; I. Barwicka-Tylek, M. Jaskólski, J. Malczewski, *Historia myśli ustrojowej i społecznej*, Warszawa, 2014, s. 139-140.

⁵¹ D. van Kędzierski, *op. cit.*, s. 29.

⁵² A. Sylwestrzak, *Herbert L. A. Hart – pozytywizm umiarkowany*, *Miscellanea Historico-Iuridica*, 2016, s. 146.

⁵³ M. Walczak, *op. cit.*, s. 76-78.

Radbruch podkreślił znaczenie ustawowego bezprawia i ponadustawowego prawa⁵⁴.

Współcześnie mówi się o kryzysie tradycyjnych paradygmatów⁵⁵, czego zwiastunem był spór Dworkina z Hartem⁵⁶ jako rozrachunek z pozytywizmem⁵⁷ i filozofią analityczną⁵⁸. Wśród nowych nurtów wymienia się konstytucjonalizm gwarancyjny, czerpiący z pozytywizmu. Akcentuje on rolę konstytucji jako *lex superior*, a prawo uznaje za zbiór norm nierozpatrywanych w kategoriach słuszności. Odrzuca aktywizm sędziowski ze względu na „zasady legalizmu, podziału władzy (...) i funkcję gwarancyjną prawa”⁵⁹. Neo-konstytucjonalizm jest zdecydowanie antypozytywistyczny, odwołuje się do *iusnaturalizmu* i przeciwstawia zasadę regule oraz ważenie subsumpcji⁶⁰. Natomiast postpozytywizm odrzuca rozdział prawa od moralności i dopuszcza umiarkowany obiektywizm, nie rozstrzygając o prawdzie absolutnej⁶¹. MacCormick zwracał uwagę na różnice między instytucjonalnym prawem a dyskursywną moralnością⁶². Zwolennicy postpozytywizmu odrzucają przeciwstawianie reguł zasadom, twierdząc, że zapewniają one ochronę praw i wolności. W polskim prawie konstytucyjnym ważną rolę odgrywa ważenie reguł i zasad⁶³, a także subsumpcja. W prawie karnym nie stosuje się analogii. Ważną rolę odgrywają zasady proporcjonalności, *nullum crimen sine lege poenali anteriori* i wyłączności ustawy oraz prawo do sądu⁶⁴. Wspomniane rozwiązania, choć oparte o prawo konstytucyjne, wywierają wpływ na prawo karne.

W prawie istotną rolę odgrywa metoda naukowa i choć historycznie wskazywano, że nie ma metody prawnej⁶⁵, a prawo jest nauką tylko, gdy stosuje metody dla nauk ścisłych⁶⁶, przyjmuje się, że istnieją róż-

⁵⁴ G. Radbruch, *op. cit.*, s. 249-251; L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń, 2004, s. 25.

⁵⁵ S. Leszczuk, *The end of classical paradigms of law*, *Studia Sieci Uniwersytetów Pogranicza*, 2021/5, s. 87-90.

⁵⁶ D. van Kędzierski, *op. cit.*, s. 8.

⁵⁷ A. Kotowski, *Zastosowanie teorii: analitycznej Herberta Harta i integralnej Ronalda Dworkina w kulturze prawa stanowionego*, *Prawo i Więź*, nr 3(37), 2021, s. 12.

⁵⁸ *Ibidem*, s. 23.

⁵⁹ J. Holocher, *Teoria konstytucyjnego państwa prawa a topiczny model argumentacji*, [w:] *Argumenty...*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków, 2021, s. 33.

⁶⁰ *Ibidem*, s. 34.

⁶¹ *Ibidem*, s. 35.

⁶² K. Petroski, *op. cit.*, s. 674-675.

⁶³ P. Sarnecki, *Przedmiot prawa konstytucyjnego*, s.6., P. Tuleja, *Źródła prawa*, s. 49., *Prawo Konstytucyjne RP*, red. P. Sarnecki, Warszawa, 2014.

⁶⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 61, P. Tuleja, *Konstytucyjne gwarancje praw jednostki*, [w:] *op. cit.*, red. P. Sarnecki, s. 169 i n.

⁶⁵ B. Brożek, J. Stelmach, *Metody...*, Kraków, 2004, s. 11-12.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 13.

ne metody prawnicze: historyczna, komparatystyczna, dogmatyczna⁶⁷, hermeneutyka⁶⁸, metody socjologiczne, analiza ekonomiczna i wiele innych⁶⁹. W prawie karnym kluczowa jest metoda dogmatyczna, czerpiąca z filozofii analitycznej i teorii argumentacyjnych⁷⁰, oparta o rozważania o charakterze językowym⁷¹ i spokrewniona z egzegezą⁷². Przedmiotem metody dogmatycznej jest prawo obowiązujące, jego treść i wykładnia tak orzecznicza, jak i doktrynalna⁷³. Odpowiada na pytania m.in. o interpretację norm i formułowanie wniosków. Franciszek Longchamps de Berier pisał, że dogmatyka „przez wykładnię tekstów ustawowych (...) porządkowanie, usuwanie sprzeczności i wypełnianie (...) luk w prawie – szuka odpowiedzi na pytanie (...) co mówi prawo, jaka jest treść (...) w ogólnych (...) i szczegółowych rozwiązaniach”⁷⁴. Metoda ta jest tradycyjnie stosowana przez dogmatyków prawa, w tym karnistów⁷⁵.

4. GENEZA PRAWA KARNEGO

Historia magistre vitae est.
(Cyceron, „De Oratore”, II, 36)

Początkowo *ius puniendi* należało do poszkodowanego i jego rodu - stosowano zemstę, później odwet⁷⁶. W państwie prawa książęcego czyny rozpatrywano zasadniczo w perspektywie prywatnoprawnej⁷⁷. Potem pojawiły się kary kompozycyjne zapewniające odszkodowanie dla ofiary i władcy⁷⁸, oraz typowo monarchiczna instytucja *crimen laesae maiestatis*⁷⁹. Bolońska szkoła prawa stworzyła teorię winy wykluczającą odpowiedzialność

⁶⁷ L. Morawski, *op. cit.*, s. 12.

⁶⁸ B. Brożek, J. Stelmach, *Metody...*, s. 23-24.

⁶⁹ L. Morawski, *op. cit.*, s. 17-18.

⁷⁰ B. Brożek, J. Stelmach, *Metody...*, s. 34-35.

⁷¹ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 26-27, W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 117.

⁷² G. Radbruch, *op. cit.*, s. 124-126.

⁷³ Por. A. Szafrński, *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa, 2014, s. 3; B. Brożek, J. Stelmach, *Metody...*, s. 35 i n.

⁷⁴ F. Longchamps de Berier, *Z problemów poznania prawa*, Wrocław, 1968, s. 8.

⁷⁵ P. Kardas, *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 2012, z. 4, s. 5-6, 16-22.

⁷⁶ A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 411, W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 47-49.

⁷⁷ Por. W. Uruszczak, *Historia państwa i prawa polskiego. Tom I (966-1795)*, Warszaw, 2015, s. 113.

⁷⁸ Za poszkodowanych uznawano także krewnych zabitego, zob. A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 413.

⁷⁹ W prawie kanonicznym łączono przestępstwo z grzechem i nieprawością, zob. A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 414.

zbiorową⁸⁰. Kazimierzowi Wielkiemu zawdzięczamy wyróżnienie nieumyślności i innych okoliczności łagodzących⁸¹ oraz określenie odpowiedzialności za formy stadialne⁸². Obronę konieczną zawierała dopiero *Constitutio Criminalis Carolina*, będąca zwrotem ku publicznoprawnemu charakterowi kary.

Przełom przyniosło oświecenie, kiedy zwrócono się przeciw nierównościom w prawie⁸³ i niehumanitarnemu prawu⁸⁴. Rozważania o kierunkach i szkołach⁸⁵ prawa karnego trzeba zacząć od C. Beccarii i jego dzieła „O przestępstwach i karach”. Beccaria krytykował prawo jemu współczesne, wskazując, iż jest ono mieszaniną prawa rzymskiego, longobardzkiego i zawiłej wykładni jurystów⁸⁶. Postulował reformę, która miała oprzeć się o legalizm, racjonalizm i humanitaryzm. Legaliści żądali ograniczenia samowoli władzy dzięki wprowadzeniu ustawowego katalogu przestępstw i kar⁸⁷ w myśl zasad gwarancyjnych *nullum crimen sine lege* oraz *nulla poena sine lege*. Jednostka mogła odtąd czynić wszystko z wyjątkiem tego, co było wprost zabronione, a organy państwowe mogły ingerować w wolność jednostki wyłącznie w granicach upoważnienia ustawowego⁸⁸. Dla porównania *Constitutio Criminalis Carolina* zawierała przykładowy katalog przestępstw⁸⁹ i przewidywała zwrócenie się do jurystów w razie wątpliwości⁹⁰. Racjoniści uzasadniali kryminalizację zachowań społeczną szkodliwością, zakładali rozdział prawa od moralności i zwracali uwagę na społeczną użyteczność kary. Humanitaryści postulowali rezygnację z kar powodujących zbędne społecznie cierpienia sprawcy, jako sprzecznych z godnością⁹¹ - Beccaria traktował karę jako *ultima ratio*⁹². Jego uczniowie żądali równości wobec prawa i wprowadzenie sprawiedliwych kar.

⁸⁰ Początkowo „indywidualna wina sprawcy nie była brana pod uwagę”, zob. A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 114 i 416.

⁸¹ W. Uruszczak, *op. cit.*, s. 114-115.

⁸² Takie jak np. pomocnictwo czy podżeganie czy poplecznictwo, zob. W. Uruszczak, *op. cit.*, s. 115.

⁸³ S. Płaza, *Historia Prawa w Polsce na tle porównawczym. Część II: Polska pod zaborami*, Kraków, 1998, s. 17.

⁸⁴ H. Olszewski, *Rozdział V. Oświecenie*, [w:] K. Chojnicka, H. Olszewski, *op. cit.*, s. 119.

⁸⁵ S. Płaza postuluje rozróżnienie na „kierunki” („grupy myślicieli o zbliżonym podejściu”) i „szkoły” (reprezentujące bardziej zwarte poglądy) prawa karnego, zob. S. Płaza, *op. cit.*, s. 99.

⁸⁶ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 13-14.

⁸⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 50.

⁸⁸ *Ibidem*, s. 51.

⁸⁹ A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 130.

⁹⁰ A. Dziadzio, D. Malec, *Historia Prawa. Prawo Karne w świetle źródeł*, Kraków, 1997, s. 11.

⁹¹ Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 51.

⁹² C. Beccaria, *O przestępstwach i karach*, par. 12., za A. Dziadzio, D. Malec, *Historia...*, s. 48.

5. EUROPEJSKIE KODYFIKACJE PRAWA KARNEGO

Prawo to porządek, a dobre prawo to dobry porządek.
(Arystoteles, „Polityka”)

Constitutio Criminalis Theresiana, zwanej przez swą surowość *Nemesis Theresiana*, stanowiła kompletny zbiór zasad, przestępstw i kar. Dopuszczała stosowanie analogii. Wprowadziła „jako *novum* (...) winę umyślną w postaci winy pośredniej”⁹³. Zachowała kwalifikowaną karę śmierci i przewidywała stosowanie tortur, które zniósł cesarz Józef II⁹⁴. W Rzeczypospolitej podjęto próbę kodyfikacji praw, tworząc tzw. Kodeks Zamoyskiego. Przewidywał on surowe kary za obrazę religii lub króla⁹⁵. Jego konserwatywny charakter widać było w braku równości wobec prawa. Prace zniweczył opór posłów litewskich, którzy nie chcieli rezygnować z odrębności⁹⁶. Sejm Wielki powrócił do tych idei i rozpoczął prace nad Kodeksem Stanisława Augusta Poniatowskiego, które przerwała wojna z Rosją. Kodeks ten był nowoczesny i miał uwzględniać postulaty legalizmu⁹⁷.

Krokiem naprzód była toskańska *Leopoldina* wydana przez księcia Piotra Leopolda. Nie była ona ustawą pełną i przewidywała stosowanie starszych przepisów w duchu nowych. Znosiła karę śmierci i tortury oraz specjalny charakter regulacji przestępstw przeciw państwu i religii. Zmodernizowała proces, wprowadzając instytucje obrońcy, prokuratora i sędziego śledczego. *Józefina* zrezygnowała z wskazówek orzeczniczych i precyzyjnie opisywała znamiona czynu. Przyjęła legalistyczne rozwiązania⁹⁸ z formalną definicję przestępstwa, minimalną i maksymalną wysokość kary pozbawienia wolności. Obie ustawy rozwijały myśl humanitarystyczną⁹⁹. Późniejsze ustawy wprowadziły śledztwo wstępne z urzędu, przyznały dyskrecjonalność sędziowską i prawo rekursu stronom, przywróciły karę śmierci i wprowadziły zakaz *reformationis in peius*¹⁰⁰.

Należy wspomnieć także o napoleońskiej procedurze karnej przewidującej inkwizycyjne postępowanie wstępne i ustną rozprawą w obecności obrońcy, prokuratora i przysięgłych. Francuski kodeks karny wprowadził podział

⁹³ *Ibidem*, s. 134.

⁹⁴ *Ibidem*, s. 134-135.

⁹⁵ A. Dziadzio, D. Malec, *op. cit.*, s. 13.

⁹⁶ Zwłaszcza Statutu Litewskiego III, zob. W. Uruszczak, *op. cit.*, s. 241-243.

⁹⁷ *Ibidem*, s. 244-245.

⁹⁸ Za. J. Rezler, *Język Łaciński dla Prawników*, Warszawa, 1998, s. 36.

⁹⁹ Zob. S. Płaza, *op. cit.*, s. 99-100.

¹⁰⁰ Zob. A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 156-158.

przestępstw na zbrodnie, występki i wykroczenia, który szybko się upowszechnił¹⁰¹. Niestety utrzymał kary hańbiące i kwalifikowaną karę śmierci¹⁰². Niemiecki kodeks karny z 1871 r. uwzględniał zamiary bezpośredni i ewentualny. Właściwie zniósł karę śmierci i wprowadził zwolnienie za dobre sprawowanie. Kodeks Tagancewa w sposób zupełny opisał winę - podstawę odpowiedzialności karnej, zawierając pierwszą definicję ustawową zamiaru ewentualnego. Rosyjska tradycja prawna odcisnęła na nim piętno przez obecność kary głównej i katorgi¹⁰³.

6. O SZKOŁACH PRAWA KARNEGO

*Prawo karne musi zbyć ulepszone,
aby sprostało nowym formom przestępczości.*
(William Graham Summer, tłum. odautorskie)

Podwaliny szkoły klasycznej stworzyli I. Kant oraz G. Hegel¹⁰⁴, choć nie można zapomnieć o dorobku przedstawicieli prawa natury - choćby Grocjusza, który przyczynił się do podziału teorii kary na bezwzględne (odwetowe) zakotwiczone w przeszłości, względne (użyteczne) sięgające do przyszłości oraz mieszane¹⁰⁵. Na znaczenie tych teorii zwracał uwagę A. Zoll, akcentując przy tym znaczenie różnie pojętej sprawiedliwości dla pojęcia kary i winy¹⁰⁶. Kara zajmowała ważne miejsce w myśli Hegla i Kanta: dla Kanta była „celem samym w sobie”¹⁰⁷, a Hegel uznawał ją za zaprzeczenie przestępstwu i przywrócenie prawa. Choć Kant i Hegel byli retributywistami, szkoła klasyczna uznawała także inne funkcje kary¹⁰⁸. Idee te zainspirowały Paula Feuerbacha¹⁰⁹, który uznawał państwo za „instytucję ochrony praw”¹¹⁰ i dopuszczał przymus

¹⁰¹ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 64-65.

¹⁰² *Ibidem*, s. 202-204.

¹⁰³ A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 234.

¹⁰⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 51.

¹⁰⁵ J. Widacki, *Zamiast wstępu. Od szkoły klasycznej do neoklasycznej. Czy wróciliśmy do punktu wyjścia?*, [w:] *Populizm penalny*, s. 8-9.

¹⁰⁶ A. Zoll, *Wymiar kary w aspekcie praw jednostki karanej*, *Palestra* 30/5-6(341-342), 1986, s. 41 i n.

¹⁰⁷ A. Zoll, *Wina i kara*, *Nauka* 1/2004, s. 40.

¹⁰⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 420-421.

¹⁰⁹ *Ibidem*, s. 51.

¹¹⁰ Za A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 212.

wyłącznie wobec naruszających wolności innych¹¹¹. Stworzył teorię wskazującą na skłonności przestępcze¹¹² i łączył prewencję ogólną z założeniami ustawy karnej, a zasady *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* uznał za gwarancje obywatelskie. Szkole klasycznej zawdzięczamy analizę określoności czynu zabronionego i wolnej woli sprawcy¹¹³, utrzymanie podziału winy na *dolus* i *culpa* oraz koncepcję proporcjonalnej do przestępstwa kary. Do szkoły tej należeli J. Bentham, N. Tagancew, R. Hube i E. Krzymuski¹¹⁴, którego uważa się za prekursora krakowskiej szkoły prawa¹¹⁵.

Na kanwie krytyki filozofii Kanta i Hegla wyrósł pozytywizm, porzucający dogmatyczne rozważania nad istotą przestępstwa¹¹⁶ i osadzający je w społecznym kontekście. W opozycji do szkoły klasycznej prawa karnego pojawiły się szkoły: antropologiczna i socjologiczna¹¹⁷. Twórca pierwszej, Cesare Lombroso dowodził, że istnieją wrodzone skłonności przestępcze¹¹⁸. Dzięki frenologii¹¹⁹ określano, kto ma wrodzony instynkt zbrodni. „Niedoszłych sprawców” należało odizolować od społeczeństwa¹²⁰. Winę i karę zastąpiono środkami zabezpieczającymi. Niestety osłabiło to funkcję gwarancyjną prawa, stając się jednym ze źródeł prawa karnego w systemach totalitarnych¹²¹. Z kolei Franz von List był czołowym przedstawicielem szkoły socjologicznej¹²², uznającej znaczenie czynników środowiskowych¹²³ i odrzucającej determinizm¹²⁴. Przyjęła ona zasadę winę za podstawę odpowiedzialności karnej określoną rzecz jasna w ustawie. Karano stosownie do właściwości¹²⁵ sprawców: niepoprawnych, przypadkowych i nadających się do poprawy. Uczniowie

¹¹¹ Współcześnie w prawie konstytucyjnym wolność rozumie się podobnie, por. K. Wojtyczek, *Zagadnienia ogólne*, [w:] *Prawo...*, red. P. Sarnecki, s. 92-93; P. Tuleja, *Art. 31. Zasada ochrony wolności, klauzule limitacyjne ograniczania wolności i praw konstytucyjnych*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, red. *idem*, Warszawa, 2021, s. 114-118; M. Krzemiński, *Zasada godności człowieka jako źródła wolności i praw*, [w:] *Argumenty...*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków, 2021, s. 972.

¹¹² Za A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 212.

¹¹³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 52.

¹¹⁴ *Ibidem*, s. 52.

¹¹⁵ *Ibidem*, s. 17.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 52-53.

¹¹⁷ A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 213-216.

¹¹⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 53.

¹¹⁹ „Błędna teoria, według której poszczególne części mózgu odpowiadają za konkretne cechy psychiczne człowieka, a na podstawie budowy czaszki można je określić”, za: <https://sjp.pl/frenologia> (dostęp 20.01.2022).

¹²⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 214.

¹²¹ *Ibidem*, s. 53-54.

¹²² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 54.

¹²³ Za W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 54.

¹²⁴ Jak przedstawiciele szkoły antropologicznej.

¹²⁵ Za W. Wolter, A. Zoll, *Polskie...*, s. 54.

Liszta zwrócili uwagę na środki probacyjne: warunkowe zawieszenie wykonania kary i warunkowe przedterminowe zwolnienie¹²⁶.

Natomiast przedstawiciele szkoły obrony społecznej uznali przestępstwo za objaw „nieprzystosowania społecznego”¹²⁷, dlatego zwalczali zjawiska społeczne i propagowali postawy obywatelskie. Szkoła obrony społecznej odrzucała karę jako środek represji, koncentrując się na likwidacji nieprzystosowania społecznego, wymagającego raczej terapii niż kar. Uważano, że „reakcja na przestępstwo powinna być nakierowana na neutralizację antyspołecznego nastawienia i prowadzić do wykształcenia postaw prospołecznych”¹²⁸. Szkoła ta cieszyła się poparciem w krajach nordyckich i USA, gdzie położono nacisk na prewencję indywidualną.

W drugiej połowie XX w. w krajach skandynawskich i w USA nastąpił zwrot ku neoklasycyzmowi¹²⁹. Kryzys wymiaru sprawiedliwości oraz nieskutecznego i drogiego systemu więziennictwa doprowadził do zakwestionowania kryminologii pozytywistycznej¹³⁰. Niepowodzenia w resocjalizacji uznano za wystarczający powód do jej porzucenia. Skoro państwo nie ma wpływu na czynniki determinujące przestępczość, należy wprowadzić program „zero tolerancji”¹³¹.¹³² Odpowiada on tej „części opinii publicznej, która wierzy, że surowość kar jest jedynym środkiem na przestępczość”¹³³ i dostarcza argumentów władzy do populistycznych zmian w prawie, wykorzystujących panikę moralną wywołaną „nagłośnionym przez media jednostkowym (...) i rozbudzającym emocje przypadkiem”¹³⁴. „Klasyzm swoje twierdzenia budował (...) [nie znając] ustaleń kryminologii (...) Neoklasyzm tych ustaleń znać nie chce”¹³⁵.

Choć szkoła *Law and Economics*¹³⁶ nie jest szkołą prawa karnego, stanowi ona interesującą alternatywę wobec klasycznego rozumienia prawa. Jej zdaniem prawo można zredukować do faktów ekonomicznych, jego celem winna być efektywność ekonomiczna; podmiotem prawa jest *homo oeconomicus* - człowiek racjonalny i egoistyczny w pomnażaniu dóbr, a analiza

¹²⁶ *Ibidem*, s. 54.

¹²⁷ Za W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 55.

¹²⁸ *Ibidem*.

¹²⁹ *Ibidem*, s.55-56.

¹³⁰ J. Władacki, *Zamiast...*, s. 17 i n.

¹³¹ *Ibidem*, s. 18.

¹³² J. Władacki, *Zamiast...*, s. 20.

¹³³ *Ibidem*.

¹³⁴ *Ibidem*.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ B. Brożek, J. Stelmach, *Metody...*, s. 22-23.

ekonomiczna to metoda prawnicza, na której można oprzeć teorię sprawiedliwości¹³⁷. Efektywność ekonomiczna może być różnie rozumiana¹³⁸, a dla prawa karnego użyteczna jest analiza marginalna, wedle której zwalczanie przestępczości ma sens do punktu równowagi marginalnych kosztów społecznych i marginalnych korzyści społecznych¹³⁹. Istnieją dwa rodzaje racjonalizacji kary: sprawiedliwościowa utrzymana w duchu odpłaty, i teleologiczna skupiona na celu, np. resocjalizacji albo profilaktyce¹⁴⁰. Pozostaje pytanie, czy efektywność ekonomiczna jest właściwym kryterium¹⁴¹.

Analiza procedury karnej wskazuje, że może wystąpić konflikt między efektywnością indywidualną prokuratora a społeczną, jednak efektywność procesu wiąże się z prostym i tanim procesem, co rozwiązuje problem¹⁴². Co ciekawe, nowelizacje polskiego Kodeksu Postępowania Karnego z lat 2003 i 2015 wiązały się z uproszczeniem postępowania i podejściem konsensualnym. Niestety pomysły te zarzucono wraz ze zmianą ekipy rządzącej, która wzmocniła rolę prokuratora i przywróciła kontrydiktoryjność¹⁴³. Korzystną instytucją jest przyznanie się do winy i doprowadzenie do niższego wyroku lub ugody¹⁴⁴. Należy wspomnieć tu o instytucji umorzenia kompensacyjnego z art. 59a KK, która miała na celu upodmiotowienie sprawcy i wzmocnienie roli poszkodowanego¹⁴⁵. Mimo negatywnych opinii SN i KRS art. 59a derogowano¹⁴⁶. Jeśli chodzi o karnoprawne zasady prawdy materialnej i domniemania niewinności¹⁴⁷, na gruncie ekonomicznym zmniejszają one koszty ukarania niewinnego lub uniewinnienia winnego¹⁴⁸. Widzimy więc, że prawo karne pojawia się wtedy, gdy odszkodowanie nie wystarcza¹⁴⁹ - kary pieniężne tracą sens wobec prze-

¹³⁷ *Ibidem*, s. 17-20.

¹³⁸ *Ibidem*, s. 26-39.

¹³⁹ *Ibidem*, s. 37.

¹⁴⁰ *Ibidem*, s. 142.

¹⁴¹ *Ibidem*, s. 139.

¹⁴² *Ibidem*, s. 103-105.

¹⁴³ Por. P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces Karny*, Warszawa, 2020, s. 135-137.

¹⁴⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 105-106.

¹⁴⁵ P. Kardas, *Zarządzanie konfliktem*, Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja, Kraków, 2019, s. 22-23.

¹⁴⁶ *Ibidem*, s. 36-37.

¹⁴⁷ Waltoś zwraca na jej znaczenie w systemie praw karnego, zob. S. Waltoś, *Konstytucyjna zasada domniemania niewinności a środki masowego przekazu*, Nauka 1/2009, s. 7 i n. Natomiast Jankowski akcentuje problemy związane z praktycznym stosowaniem tej zasady w czasie procesu karnego, zob. W. Jankowski, *Zasada domniemania niewinności – dlaczego praktyka tak różni się od teorii (cz. I.)*, *Palestra* 9-10/2013, s. 54-62.

¹⁴⁸ B. Brożek, J. Stelmach, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 107.

¹⁴⁹ R. Cooter, T. Ulen, *Ekonomiczna analiza prawa*, tłum. J. Beldowski, K. Metelska-Szaniawska, Warszawa, 2009, s. 596-597.

stępstw szczególnie dotkliwych¹⁵⁰. Kluczowe jest zniechęcenie przestępców do popełniania przestępstw według teorii optymalnej kary¹⁵¹. Zwolennicy analizy ekonomicznej twierdzą, że bezprawność to nadwyżka kosztów społecznych, karalność występuje, gdy odszkodowanie nie wystarcza, karygodność zachodzi, gdy szkoda jest większa od kosztów wymierzenia kary, a wina oznacza, że koszty społeczne prewencji są niższe niż przy zaniechaniu przestępstwa¹⁵².

7. NOWOŻYTNA HISTORIA PRAWA KARNEGO W POLSCE

Zaprzeczć sobie, aby móc wyklądać zgodnie ze sobą.
(Juliusz Makarewicz, Lwów, 1949 r.)

Przez wieki na uniwersytetach wykładano wyłącznie prawo rzymskie i prawo kanoniczne, a prawa polskiego uczono się od praktyków. Dopiero XVII-wieczne dzieło - *Ius Regni Poloniae* zdobyło uznanie rektora Akademii Krakowskiej i zostało włączone do kanonu podręczników. Niestety nakaz ten zrealizowano sto lat później. Powołano z czasem katedrę prawa natury i narodów, niestety profesor na temat prawa polskiego nie miał nic do powiedzenia¹⁵³. W czasie reformy kołłątajowskiej próbowano nieudolnie stworzyć katedrę prawa kryminalnego¹⁵⁴. W okresie Księstwa Warszawskiego powstała Katedra Prawa Kryminalnego i Procedury Sądowej, obejmująca wykładem całe prawo karne i proces cywilny. Z uwagi na brak specjalistów od prawa karnego i częste zmiany wykładowców, dopiero w 1851 r. powstała Katedra Prawa Karnego i Postępowania Karnego, którą kierowali kolejno Michał Koczyński i Aleksander Bojarski.

Jeśli chodzi o ośrodki akademickie we Lwowie i w Warszawie, we Lwowie prawo kryminalne wyklądał m.in. Maksymilian Rethborn, postulujący prawo do obrony i domniemanie niewinności¹⁵⁵. Tymczasem w Warszawie prawo kryminalne wyklądał najpierw profesor Engielke, zainteresowany

¹⁵⁰ B. Brożek, J. Stelmach, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 145.

¹⁵¹ Zob. R. Cooter, T. Ulen, *op. cit.*, s. 600-620.

¹⁵² B. Brożek, J. Stelmach, W. Załuski, *Dziesięć...*, s. 154.

¹⁵³ S. Waltoś, *O dziesięciu paradoksach w dziejach nauki i nauczania prawa karnego na Uniwersytecie Jagiellońskim*, [w:] *Ustrój i prawo w przeszłości dalszej i bliższej. Studia historyczne o prawie dedykowane prof. Stanisławowi Grodziskiemu w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. J. Małec, W. Uruszczak, Kraków, 2001, s. 461-463.

¹⁵⁴ *Ibidem*, s. 464-465.

¹⁵⁵ V. Kakhnych, *Formation and development of scientific concepts in the field of criminal law at the University of Lviv during the Austrian period (1784-1867) and their impact on the current legal doctrine of Ukraine*, *Law Review of Kyiv University of Law*, 2/2019.

nowymi teoriami, a od 1826 roku Romuald Hube¹⁵⁶. Po powstaniu listopadowym zlikwidowano uniwersytet. Odrodził się on w latach 60., ale po powstaniu styczniowym uległ rusyfikacji. R. Hube przeszedł do historii jako lojalista działający na rzecz odnowy prawa¹⁵⁷. Po powstaniu uczestniczył w pracach petersburskiej komisji kodyfikacyjnej. Był autorem pierwszego podręcznika do prawa karnego w języku polskim i zwolennikiem mieszanej teorii kary, łączącej „ideę odpłaty z względnymi celami kary”¹⁵⁸. Klasyfikował przestępstwa wg zasady winy i działania naruszającego porządek¹⁵⁹. Odrzucał chłostę, dożywocie i kary krótkoterminowe, popierał warunkowe zwolnienie po odbyciu 2/3 kary i dopuszczał karę śmierci, pozostając wierny szkole klasycznej¹⁶⁰.

Po śmierci Bojarskiego o katedrę na UJ starało się dwóch uczonych¹⁶¹. Ostatecznie Edmund Krzymuski pokonał Józefa Rosenblatt¹⁶². Panów pogodziło uznanie dla szkoły klasycznej. Rosenblatt jako autor licznych prac wykładał również prawo cywilne. Krzymuski, choć mniej płodny pisarz, uzyskał habilitację z filozofii prawa oraz prawa karnego, a w II RP był wiceprezesem Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej, lecz zrezygnował na wieść, że referentem ma być Makarewicz. Dwie dekady wcześniej Makarewicz starał się o habilitację, niestety jego rozprawa w duchu socjologicznej szkoły prawa została podważona przez Krzymuskiego i Rosenblatt¹⁶³. Habilitację uzyskał rok później, natomiast w 1906 r. jako profesor nadzwyczajny opublikował słynną rozprawę stanowiącą rozwinięcie niedosłej pracy habilitacyjnej. Wobec konfliktu Makarewicz przeniósł się na katedrę do Lwowa. Po śmierci Rosenblatt, przedwczesnej śmierci Józefa Reinholda i wreszcie starego Krzymuskiego katedrę objął jego ulubiony uczeń, Władysław Wolter¹⁶⁴.

¹⁵⁶ M. Mycielski, *Uniwersytet Królewski 1816-1831*, [w:] *Dzieje Uniwersytetu Warszawskiego*, red. T. Kizwalter, Warszawa, 2016, s. 154, 157, 162.

¹⁵⁷ A. Szwarc, *Warszawa bez Uniwersytetu 1831-1857*, oraz *idem, Akademia Medyko-Chirurgiczna i Szkoła Główna 1857-1869*, [w:] *Dzieje Uniwersytetu Warszawskiego*, red. T. Kizwalter, Warszawa, 2016, s. 373 i 423.

¹⁵⁸ Zob. D. Janicka, *Hube – Makarewicz – Wolter. Trzy koncepcje karania na przestrzeni stu lat*, *Archiwum Kryminologii*, Tom XXXIX/2017, s. 10.

¹⁵⁹ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 65-66.

¹⁶⁰ D. Janicka, *op. cit.*, s. 11-12.

¹⁶¹ <https://www.law.uj.edu.pl/karne/index.php/historia-katedry-prawa-karnego-wydzialu-prawa-i-administracji-uj> (dostęp 20.01.2022).

¹⁶² Zob. S. Waltoś, *O dziesięciu...*, s. 468-469.

¹⁶³ A. Redzik, „Zaprzeczć sobie aby móc wykładać zgodnie z sobą” — Juliusz Makarewicz o metodzie prowadzenia wykładu z prawa karnego państw burżuazyjnych w 1949 r., *Z Dziejów Prawa*, tom 12(20), s. 752.

¹⁶⁴ <https://www.law.uj.edu.pl/karne/index.php/historia-katedry-prawa-karnego-wydzialu-prawa-i-administracji-uj> (dostęp 20.01.2022).

Wróćmy do Makarewicza. Uczestniczył on „w pracach Komisji Kodyfikacyjnej RP (...) jako prezes Sekcji Prawa Karnego Materialnego”¹⁶⁵. Był wybitnym dogmatykiem i filozofem prawa karnego. Stworzył wybitny kodeks wraz z komentarzem¹⁶⁶. Po wojnie wykładał prawo karne państw burżuazyjnych we Lwowie, ciesząc się zainteresowaniem studentów. Jego słowa o zaprzeczeniu sobie przeszły do historii¹⁶⁷. Wolter określił go mianem największego „kryminologa”, podkreślając jego zasługi dla socjologicznej refleksji nad prawem karnym¹⁶⁸. Makarewicz przestępstwo uważał za społecznie niepożądany wyraz społecznej postawy sprawcy. Uznawał karę za „ukrócenie jednego z dóbr przestępcy”¹⁶⁹, dopuszczał jej cele szczególne. Popierał stosowanie środków ochronnych i doceniał funkcję odstraszącą kary śmierci¹⁷⁰. Jego kodeks pozostający pod wpływem szkoły klasycznej uwzględniał myśl socjologiczną¹⁷¹. Zawierał klasyczną definicję przestępstwa. Odpowiedzialność karna wiązała się z naruszeniem obowiązującej ustawy. Przewidywał subiektywną i indywidualną odpowiedzialność karną oraz środki zabezpieczające dla ochrony społeczeństwa przed jednostkami społecznymi. Był zwięzły i mimo uchwalenia w czasie rządów sanacji nieupolityczniony¹⁷², czego nie można powiedzieć o Małym Kodeksie Karnym z 1946 r.

O ile profesorowie Krzymuski i Makarewicz byli z pewnością najwybitniejszymi przedstawicielami odpowiednio szkoły klasycznej i szkoły socjologicznej w Polsce, tak profesora Woltera należy uznać za właściwego twórcę szkoły krakowskiej prawa karnego. W kręgu jego zainteresowań była „część ogólna prawa karnego, a w jej zakresie nauka o przestępstwie, czyn, zaniechanie, związek przyczynowy, zbieg przepisów, nade wszystko problem winy”¹⁷³, a także problemy natury teoretyczno- i filozoficzno-prawne dotyczące m.in.

¹⁶⁵ D. Janicka, *op. cit.*, s. 13.

¹⁶⁶ Choć niepozbawiony mankamentów, por. K. Buchała, *Dyskusja daleka od kodeksu karnego i rzetelności*, *Palestra* 36/5-6, 1992, s. 91.

¹⁶⁷ A. Redzik, „Zaprzeczyc...”, s. 758-761.

¹⁶⁸ W. Wolter, *Nauka prawa karnego od drugiej połowy XIX wieku. Jej początki – klasycyzm – nowe kierunki*, *Studia z dziejów Wydziału Prawa UJ*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze”, 1964, t. 18, s. 334, cyt. za D. Janicka, *op. cit.*, s. 14.

¹⁶⁹ A. Grześkowiak, *Kara w poglądach Juliusza Makarewicza*, [w:] *Prawo karne...*, s. 255–287., cyt. za D. Janicka, *op. cit.*, s. 15.

¹⁷⁰ D. Janicka, *op. cit.*, s. 16-18.

¹⁷¹ Za A. Dziadzio, *Powszechna...*, s. 259, K. Buchała, *Dyskusja...*, *Palestra* 36/5-6, 1992, s. 90.

¹⁷² *Ibidem*, s. 259.

¹⁷³ K. Buchała, *Władysław Wolter (1897-1986)*, [w:] *Złota Księga Wydziału Prawa i Administracji*, red. J. Stelmach, W. Uruszczak, Kraków, 2000, s. 339.

szeroko rozumianej logiki. W kwestii winy¹⁷⁴ wskazywał, iż jest nią „dopiero naganny z stanowiska ustawy proces psychiczny”¹⁷⁵, pozostając „przeciwnikiem psychologicznej teorii winy bez względu na jej odmiany (...) W. Wolter (...) przed swą śmiercią (...) doczekał się w podręczniku akademickim (...) akceptacji normatywnej teorii winy”¹⁷⁶. Był on właściwym twórcą części ogólnej Kodeksu Karnego z 1969 r. i odegrał ważną rolę w kształtowaniu teorii prawa karnego¹⁷⁷. Nie można zapomnieć o licznych głosach orzeczniczych autorstwa W. Woltera. Mówi się, iż działalność Woltera wyrażona w klimacie wolnej debaty naukowej i otwartości na różne poglądy czy paradygmaty wpłynęła na ukształtowanie środowiska, określanego mianem „krakowska szkoła prawa karnego”. W jej ramach powstało bardzo wiele różnych teorii i instytucji prawa karnego, wśród których można wymienić reguły ostrożności, kontrtypy pozaustawowe czy obiektywne przypisanie skutku¹⁷⁸.

8. MIĘDZY USTAWODAWSTWEM EMOCJONALNYM A RACJONALNĄ REFORMĄ PRAWA KARNEGO

*Alitur vitium vivitque tegendo*¹⁷⁹.
(Wergiliusz, „Georgiki”)

W okresie powojennym wystąpiła duża liczba aktów normatywnych, takich jak ustawa o zaostrzonej odpowiedzialności karnej za chuligaństwo i ustawa o odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko własności społecznej¹⁸⁰ mających na celu zaostrzenie odpowiedzialności karnej. Z drugiej strony przyjęto materialne określenie przestępstwa, oznaczające umorzenie postępowania w razie małej szkodliwości społecznej - niestety decydujący był stosunek sprawcy do systemu komunistycznego¹⁸¹. W trakcie prac powstały dwa projekty, które to były nie do przyjęcia ze względu na ich komunistyczny i kazuistyczny charakter, choć drugi rozwiązywał niektóre problemy Kodeksu Makarewicza¹⁸². Zaletą kolejnego projektu, który uchwalono jako Kodeks Karny z 1969 roku było przejście sprawdzonych rozwiązań z Kodeksu

¹⁷⁴ Problem relacji winy i kary był jednym z ważniejszych tematów II. tomu *Zarysu systemu prawa karnego* z 1934 r.

¹⁷⁵ K. Buchała, *Władysław...*, s. 340.

¹⁷⁶ *Ibidem*, s. 344.

¹⁷⁷ Zob. S. Waltoś, *O dziesięciu...*, s. 471-472.

¹⁷⁸ <https://www.czpk.pl/wideo/czy-istnieje-krakowska-szkola-prawa-karnego> (dostęp: 25.11.2022).

¹⁷⁹ Z łac. *wada żywi się i wzrasta w ukryciu*.

¹⁸⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 73-74.

¹⁸¹ *Ibidem*, s. 74.

¹⁸² *Ibidem*, s. 75.

Makarewicz i poprawienie części jego błędów¹⁸³. Niestety preferowanie kary pozbawienia wolności¹⁸⁴ doprowadziło do wzrostu współczynnika przizonizacji. Przepelnienie zakładów karnych prowadziło do amnestii sprzecznych z racjonalną polityką kryminalną. Wciąż stosowano karę śmierci i wprowadzono konfiskatę majątku. Surowo karano recydywistów. Jednocześnie kodeks dał podstawę do surowych represji wobec drobnych przestępców¹⁸⁵. Wolter wskazywał na instytucję społecznej szkodliwości czynu¹⁸⁶ będącej echem myśli Liszta obecnym w myśli prawnej wielu państw z za żelaznej kurtyny¹⁸⁷.

W czasie karnawału „Solidarności” planowano wyeliminować karę śmierci, wzmocnić funkcję gwarancyjną i zrezygnować z terminów ocennych – stan wojenny przerwał te plany¹⁸⁸. Okres stanu wojennego i ostatnich lat PRL-u był powrotem do metod z lat 50. Pojawiły się internowania, konfiskaty mienia, tryb doraźny. Lekceważono zasadę *nullum crimen sine lege*¹⁸⁹. „Był to (...) przykład (...) irracjonalnego wykorzystywania prawa karnego do walki”¹⁹⁰ z patologiami życia społecznego. W latach 90. zintensyfikowano prace nad nowym Kodeksem Karnym. Już w 1990 r. zniesiono przewidziany dla recydywistów ośrodek przystosowania społecznego, zlikwidowano niesprawiedliwe instytucje, w tym konfiskatę mienia pozostającą bez związku z przestępstwem i podporządkowano kolegia ds. wykroczeń sądownictwu powszechnemu¹⁹¹. W tym okresie problematyczne okazało się stosowanie przepisów intertemporalnych ze względu na zmieniającą się sytuacją polityczno-prawną. Inaczej bowiem traktowano przestępstwa natury politycznej z okresu represji stalinowskiej¹⁹².

W czasie prac nad Kodeksem Karnym w III RP zaznaczała się atmosfera debaty uniwersyteckiej, choć nie raz dosyć radykalnej. Kodeks ten określa się niekiedy dziełem Kazimierza Buchały¹⁹³ i Andrzeja Zolla¹⁹⁴, wskazując

¹⁸³ Miał on wysoki poziom jurystyczny dzięki pracy S. Stommy, zob. S. Waltoś, *O dziesięciu...*, s. 474.

¹⁸⁴ *Ibidem*, s. 76.

¹⁸⁵ *Ibidem*, s. 75-76.

¹⁸⁶ W. Wolter, *Z problematyki odpowiedzialności karnej na podstawie kodeksu z 1969 r.*, Palestra 13/8(140), 1969, s. 8-13.

¹⁸⁷ Zob. szerzej I. Andrejew, *op. cit.*, s. 94-105.

¹⁸⁸ *Ibidem*, s. 77; P. Hofmański, S. Waltoś, *op. cit.*, Warszawa, 2020, s. 134.

¹⁸⁹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 78-79.

¹⁹⁰ *Ibidem*, s. 80.

¹⁹¹ *Ibidem*, s. 81.

¹⁹² Zob. szerzej A. Zoll, *Problem okoliczności wyłączających bezprawność czynu w okresie politycznej zmiany systemu*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 1997, z. 1, s. 93-102.

¹⁹³ Zob. S. Waltoś, *O dziesięciu...*, s. 473.

¹⁹⁴ Zob. W. Szczepiński, *Adwokat prof. dr hab. Kazimierz Buchała (1924-2002)*, Palestra 46/11-12, 2002, s.292, P. Hofmański, S. Waltoś, *op. cit.*, s. 134-135.

na ich wpływ na tryb legislacyjny. Warto zwrócić uwagę, że był to kodeks kompromisowy, umiarkowany, doceniający różne stanowiska i reprezentujący holistyczny kierunek w rozwoju prawa karnego. Uchwalony w 1997 roku Kodeks Karny odpowiadał subsydiarnemu charakterowi prawa karnego i traktował karę jako *ultima ratio*. Dawał pierwszeństwo karom nieizolacyjnym. W przypadku przestępstw drobnej i średniej wagi przewidywał dużą swobodę sądów, jednocześnie dając podstawę surowego karania sprawców poważniejszych przestępstw. Ważną rolę w jego kształtowaniu odegrały prawa pokrzywdzonego¹⁹⁵. Kodeks ten nowelizowano wielokrotnie, kierując się różnymi pobudkami. Zdaniem niektórych polityków był on zbyt liberalny, z pewnością zawierał pewne błędy, jednak potrzeby zaostrenia represji nie potwierdziły badania prowadzone po wprowadzeniu Kodeksu¹⁹⁶.

Wróćmy na chwilę do neoklasycyzmu, który „zyskał popularność w kręgach konserwatystów (...) W Polsce jego propagatorem było środowisko (...) Janusza Kochanowskiego (...) Szczególnie w latach 2005–2007, ale także i później, przedstawiciele tej szkoły mieli istotny wpływ na politykę kryminalną w Polsce (...) którą charakteryzowało ustawiczne zaostrenie kodeksu karnego (...) i wprowadzenie za kwalifikowane zabójstwo sankcji ściśle oznaczonej¹⁹⁷, wprowadzenie kategorii przestępstw, za które kara nie ulega zatarciu, pomysły z kastrowaniem chemicznym (...) sprawców przestępstw seksualnych (...) uchwalenie tzw. ustawy o bestiach”¹⁹⁸. Kochanowski podważał wartość Kodeksu z 1997 r., twierdząc, iż nie powinny w nim występować obok siebie profilaktyka i ekspiacja, retributywizm i resocjalizacja¹⁹⁹. W. Mąciór krytycznie oceniał Kodeks, pisząc, że stanowi on wyraz „liberalizmu w prawie karnym²⁰⁰, [który] doprowadził do złagodzenia represji karnej za ciężkie przestępstwa” i twierdził, że korzystają na nim sprawcy, nie ofiary²⁰¹. Współcześnie media kształtują stosunek do sprawców²⁰². Politycy traktują prawo

¹⁹⁵ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 82-84.

¹⁹⁶ B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Kary orzekane pod rządami starego i nowego kodeksu karnego (raporty z badań)*, [w:] *Racjonalna reforma prawa karnego*, red. A. Zoll, Warszawa, 2001, s. 9 i n.

¹⁹⁷ Trybunał Konstytucyjny uznał niekonstytucyjność procedury tej nowelizacji

¹⁹⁸ J. Widacki, *Zamiast...*, s. 19.

¹⁹⁹ Za M. Lubelski, *Problem dyrektywy wiodącej wymiaru kary i orzekania innych środków przewidzianych kodeksem karnym, czyli słów kilka w sprawie populizmu penalnego*, [w:] J. Widacki, *Populizm penalny*, Kraków, 2017, s. 89-90.

²⁰⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 84-85.

²⁰¹ Zob. W. Mąciór, *Nieudany Kodeks Karny z 1997 r.* [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin, 2005, s. 257-269.

²⁰² J. Siemiatycka, *Populizm penalny jako pośrednie źródło kryminalizacji irracjonalnej*, *Wiedza Prawnicza* 6/2012, s. 58-59.

instrumentalnie²⁰³, czyniąc politykę kryminalną elementem walki politycznej²⁰⁴. Powiela się mity o nieudolności obowiązującego prawa i mit represyjności, wg którego tylko surowe sankcje są skuteczne²⁰⁵. Ofiarami tej polityki są sprawcy traktowani jako elementy niebezpieczne społecznie²⁰⁶. To emocjonalne prawodawstwo jako *ius licens*, podlegające zmianom z powodów irracjonalnych²⁰⁷, charakteryzuje się negowaniem indywidualnej odpowiedzialności karnej i subsydiarnego charakteru prawa karnego²⁰⁸. Tak działa populizm penalny będący populistycznym oddziaływaniem na masy²⁰⁹. Niekorzystne jest rozszerzanie prawa administracyjnego kosztem prawa karnego – „dla wymiaru (...) sankcji administracyjnej nie jest (...) potrzebne wykazanie winy (...) wyraźnie ustawodawca (...) zaznacza, że stopień zawinienia powinien zostać ustalony. Wystarczy jednak na ogół, aby (...) okoliczności (...) wykazały, że naruszona została norma prawa materialnego. Organ rozstrzyga, czy kara jest konieczna i celowa, i (...) ma obowiązek ukarania bez względu na winę”²¹⁰. Jako społeczeństwo odczuliśmy ten problem w okresie pandemii. Dzięki ostatniej nowelizacji niektóre problemy mogą powrócić. Na subsydiarny charakter zaost్రzenia kar zwracano uwagę już dwadzieścia lat temu²¹¹. Podobnie akcentowano znaczenie nawet drobnych zmian dla wykładni²¹².

9. POLSKI SYSTEM PRAWA KARNEGO – MIĘDZY OCZEKIWANIAM I RZECZYWISTOŚCIĄ

Niema pracy ludzkiej, która byłaby doskonała.
(Władysław Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*)

Wśród fundamentów prawa karnego należy wymienić jego funkcje, których szkoła krakowska wyróżnia cztery: ochronną, sprawiedliwościową, gwarancyjną i kompensacyjną. Część badaczy koncentruje się wyłącznie na funkcjach ochronnej i gwarancyjnej²¹³. Funkcja ochronna łączy się z pre-

²⁰³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 62-63.

²⁰⁴ J. Siemiątycka, *Populizm...*, s. 64.

²⁰⁵ *Ibidem*, s. 59.

²⁰⁶ *Ibidem*, s. 66-67.

²⁰⁷ *Ibidem*, s. 68.

²⁰⁸ *Ibidem*, s. 70.

²⁰⁹ J. Widacki, *Zamiast...*, s. 9.

²¹⁰ J. Zimmermann, *Prawo Administracyjne*, Warszawa, 2022, s. 99.

²¹¹ Zaost్రzenie represji nie może być celem samym w sobie, zob. P. Kardas, W. Wróbel, *Opinia o rządowym projekcie ustawy – Kodeks Karny (druk nr 2510)*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2001, z. 1, s. 103-105.

²¹² *Ibidem*, s. 108-110.

²¹³ W. Wolter, A. Zoll, *Polskie...*, s. 39.

wencją ogólną i indywidualną i oznacza ochronę dóbr cennych dla jednostki i społeczeństwa. Funkcja sprawiedliwościowa sięga do humanitaryzmu i traktuje karę jako sprawiedliwą odpłatę polegającą na napiętnowaniu zła i przykładowym ukaraniu sprawcy²¹⁴. Z tej przyczyny populiści penalni używają jej jako argumentu za zaostrzeniem kar²¹⁵. Zresztą nawet zagorzały przeciwnik populizmu penalnego powinien zgodzić się ze stwierdzeniem, że kara jest koniecznym złem, dolegliwością wymierzaną przestępcy²¹⁶. Funkcja gwarancyjna wiąże się z zasadą wyłączności ustawy, zasadami gwarancyjnymi *nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*. Znajduje swoje oparcie w Kodeksie i Konstytucji, respektując zakaz retroaktywności²¹⁷. Funkcja kompensacyjna dotyka sprawiedliwości naprawczej akcentującej konflikt między sprawcą a pokrzywdzonym i naprawienie szkody, oraz mediacji jako sposobu rozwiązania sporu²¹⁸. Wyróżnia się czasem funkcje represyjną, prewencyjno-wychowawczą i profilaktyczno- zapobiegawczą²¹⁹.

Dobro prawne wiąże się z funkcją ochronną prawa, opierając na kryteriach aksjologicznych, wszak prawo pozbawione wartości staje się puste²²⁰. M. Cieślak wskazuje, że „prawo chroni (...) wartości, które społeczeństwo zorganizowane w państwo uznaje za najważniejsze (...) uważa za konieczne strzec (...) wartości społeczne (...) życie człowieka, jego zdrowie, wolność, nietykalność, a także wartości o charakterze zbiorowym (...) niepodległość państwa, jego integralność, bezpieczeństwo (...)”²²¹. Do dóbr prawnych należą zatem dobra indywidualne i kolektywne, w tym Rzeczypospolita (art. 1. Konstytucji)²²². W literaturze wskazuje się, że ochrona niektórych dóbr jest przyczyną rozszerzania się „zakresu prawa karnego na (...) nowe dziedziny, jak ochrona środowiska naturalnego, komunikacja drogowa (...) a także przy przesuwaniu granic karalności (...) co ma miejsce przy formach stadialnych”²²³

²¹⁴ *Ibidem*, s. 40-43.

²¹⁵ *Ibidem*, s. 44.

²¹⁶ A. Zoll, *Wymiar...*, s. 40, 44; *idem*, *Wina i kara*, s. 38.

²¹⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 44-45

²¹⁸ *Ibidem*, s. 45-46.

²¹⁹ K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo*, Warszawa, 1995, s. 11-13, za J. Giezek, *Funkcje prawa karnego*, [w:] *Prawo karne materialne. Część szczególna i ogólna*, red. M. Bojarski, Warszawa, 2020, s. 32.

²²⁰ K. Pałeczki, *Redukcja aksjologiczna jako sposób objaśniania porządku społecznego*, [w:] *Aksjologiczny wymiar prawa*, red. Dudek M., Stępień M., Kraków, 2015, s. 24 i 33; G. Radbruch, *op. cit.*, s. 249.

²²¹ M. Cieślak, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 25.

²²² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 40.

²²³ Podobny proces nastąpił w Polsce Ludowej, zob. W. Wolter, *Z problematyki...*, Paestra 13/8(140), 1969, s. 23 i n.

lub przestępstwach narażenia na niebezpieczeństwo (...) abstrakcyjne²²⁴. Wokół dobra prawnego toczą się spory dotyczące jego materialnego charakteru z pozycji filozoficznych, socjologicznych i dogmatycznych²²⁵ – niektórzy twierdzą nawet, że jest to pojęcie sankcjonowane²²⁶. Andrejew już ćwierć wieku temu wskazywał na związek dobra prawnego z godnością ludzką, która winna oddziaływać na systematykę kodeksu²²⁷.

Równie ważnym terminem jest czyn. Dla Hegła był on urzeczywistnieniem woli pozostającej w związku przyczynowy z zachowaniem w myśl zasady *cogitationis poenam nemo patitur*²²⁸. Gdy nie można było przypisać winy przez niepoczytalność, czynu także nie było. Liszt dowodził, że czynem jest rzeczywiste dokonanie lub nieprzeszkodzenie zmianie²²⁹. Wolter wskazywał na ocenę prawną czynu w relacji do procesów psychicznych sprawcy²³⁰. Problemem klasycznej teorii czynu było zaniechania²³¹. Teoria społeczna forsowana w Polsce przez K. Buchałą akcentowała społeczną szkodliwość czynu²³² rozumianego jako uzewnętrznione i celowe zachowanie sprawcy w postaci ruchów²³³ lub kierunkowej beczynności²³⁴. Wedle finalizmu czyn obejmował „stronę psychiczną przestępstwa”²³⁵, a wina dotyczyła zarzucalności, podczas gdy w teorii klasycznej była stosunkiem psychicznym do czynu. Dowodzono, że przestępstwem jest czyn lub brak czynu, co wymagałoby stworzenia podwójnej konstrukcji normatywnej²³⁶. W. Mąciór wskazywał, że zaniechanie jest fikcją prawną²³⁷ czynu i ma sens tylko w sferze powinności²³⁸ i dowodził, że nie sposób objąć zaniechanie i działanie jedną kategorią²³⁹. Koncepcji Mącióra nie uwzględniono przy reformie z 1997 r. i współcześnie nie znajduje

²²⁴ D. Gruszecka, *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie, Wrocław, 2008, s. 137.

²²⁵ *Ibidem*, s. 143-152.

²²⁶ M. Zieliński, *Dobro prawne w prawie karnym (rozważania prawnofilozoficzne)*, Facta Simo-
nidis, 2016, nr 1(9), s. 297-302.

²²⁷ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 118-121.

²²⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 51, 157.

²²⁹ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 73-74.

²³⁰ W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego*, t. I., Warszawa, 1933, s. 48, za I. Andrejew, *op. cit.*, s. 75.

²³¹ I. Andrejew, *op. cit.*, s. 76.

²³² *Ibidem*, s. 80-82.

²³³ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 160.

²³⁴ W. Mąciór, *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa, 1990, s. 43.

²³⁵ *Ibidem*, s. 78.

²³⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 162.

²³⁷ W. Mąciór, *Czyn...*, s. 74-82.

²³⁸ *Ibidem*, s. 14.

²³⁹ *Ibidem*, s. 18-19.

ona wielu zwolenników. Istnieje też funkcjonalna teoria winy, odrzucająca charakter gwarancyjny winy, opierając się na ogólnej potrzebie ukarania sprawcy²⁴⁰. Osobną kwestią związaną z czynem jest problem jego tożsamości w prawie materialnym i procesowym na kanwie zbiegu przepisów. W literaturze wskazuje się że o czynie stanowią fakty, nie normy prawne, a czyn może być zakwalifikowany jako zawiniony lub nie, *tertium non datur*²⁴¹.

Do fundamentalnych pojęć należą również norma sankcjonowana i norma sankcjonująca. Ich problematyka jest przedmiotem rozważań przedstawicieli doktryny²⁴². Wskazać należy na normatywny charakter przepisów prawa, który pozwala właściwie zrekonstruować je w określone normy, o ile są one właściwie skonstruowane²⁴³. Relacja pomiędzy określonymi strukturami normatywnymi odgrywa ważną rolę – chodzi tu m.in. o strukturę przestępstwa oraz wzmiankowane normy sankcjonowaną i sankcjonującą w relacji z normą kompetencyjną²⁴⁴. Tym, co łączy wspomniane wyżej instytucje prawa karnego jest odpowiedzialność karna opisana w pierwszym rozdziale części ogólnej, poczynając od art. 1²⁴⁵. Po przedstawieniu tej misternej konstrukcji, nie może dziwić opór środowiska prawniczego²⁴⁶ wobec reform ostatnich lat, niepoprzedzonych konsultacjami i stanowiących zerwanie z tradycją polskiej polityki kryminalnej z ubiegłych dekad²⁴⁷. Przedstawiciele doktryny wskazywali, że nie jest dziś potrzebny nowy kodeks i radykalna rewolucja, ale jego powolne, ewolucyjne zmiany stosownie do potrzeb²⁴⁸. W ramach tej reformy pojawiły się terminy niejednoznaczne, np. kradzież szczególnie zuchwałą²⁴⁹

²⁴⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 165.

²⁴¹ M. Garwol, *Tożsamość czynu w prawie karnym materialnym i procesowym (na marginesie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 13 listopada 2009 roku, II Aka 277/09)*, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, z. 3, 2018, s. 163-168.

²⁴² Przykładowo W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, 1993, z. 3; P. Kardas, *O relacjach...*

²⁴³ <https://www.rp.pl/opinie-prawne/art15083361-polskie-prawo-wymaga-naprawy> (dostęp: 26.11.2023).

²⁴⁴ P. Kardas, *O relacjach...*, s. 25-31.

²⁴⁵ *Uwagi wprowadzające*, red. W. Wróbel, A. Zoll, [w:] *Kodeks Karny. Część Ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52.*, Warszawa, 2016, wyd. V, s. 28 i n.

²⁴⁶ <https://karne24.com/apel-173-naukowcow-o-weto/?fbclid=IwAR0ok7%20OXtENYA5zL6v7Dg66v7uoK7xgyadJ4epIOWRotBG6WNxONjxwNEM> (dostęp: 26.11.2022).

²⁴⁷ <https://tvn24.pl/polska/andrzej-zoll-o-zmianach-w-kodeksie-karnym-6228982> (dostęp: 23.11.2022), <https://www.rp.pl/prawo-karne/art37457401-znika-resocjalizacja-zmiany-w-kodeksie-karnym-moga-przyniesc-wiele-szkod?fbclid=IwAR3fSp%20YHWupDMPNtfXTdzsK-cfZPfdxVHZE4Y4mMA2oum9ihQPHF5kdKPlk> (dostęp: 23.11.2022).

²⁴⁸ <https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/nowy-kodeks-karny-prof-waltos-nie-widzi-szans,321284.html> (dostęp: 23.11.2022).

²⁴⁹ Zob. szerzej A. Kania-Chramęga, *W poszukiwaniu istoty „szczególniej zuchwałości” kradzieży – perspektywa historycznoprawna oraz jej współczesne implikacje*, Studia prawnicze KUL, <https://czasopisma.kul.pl/index.php/sp/article/view/13226> (dostęp: 24.01.2023).

czy płynny art. 41a, który z jednej strony polepsza sytuację pokrzywdzonego, ale jednocześnie może być polem do nadużyć²⁵⁰. Zaostrzono odpowiedzialność karną, również nieletnich, co w połączeniu z reformą Kodeksu Karnego Wykonawczego może wiązać się z umieszczeniem nieletnich w ośrodkach karnych dla dorosłych. Wiele przestępstw z występów stało się zbrodniami. Jedną z najbardziej kontrowersyjnych zmian jest wprowadzenie kary bezwzględnego dożywocia, która to jest torturą w świetle linii orzeczniczej Europejskiego Trybunału Praw Człowieka²⁵¹. Oczywiście każda reforma potrzebuje czasu, jednak w przypadku tych zmian podaje się w wątpliwość również ich motywy, w tym badania opinii publicznej i statystyki przestępstw²⁵², w których od lat występowała tendencja spadkowa. Widzimy więc, że aktualnie w prawie karnym ścierają się różne stanowiska od neoklasycyzmu przez *Law and Economics* i postpozytywizm, a kończąc na krakowskiej szkole prawa karnego. Analiza ekonomiczna zdaje się być niewystarczająca z perspektywy aksjologicznej, tak jak postpozytywizm. Krakowskiej szkole prawa karnego zarzuca się liberalizm, a neoklasycyzm traci na popularności, choć nie wśród polityków. który z prądów zwycięży, czas pokaże.

BIBLIOGRAFIA

Literatura

Andrejew I., *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa, 1988.

Antoszewski A., *Demokracja nieoliberalna jako projekt polityczny*, Przegląd Europejski, tom 2018, nr 2, s. 11-31.

Barwicka-Tylek I., Jaskólski M., Malczewski J., *Historia myśli ustrojowej i społecznej*, Warszawa, 2014, wyd. II.

Barwicka-Tylek I., *Z miłości do sprawiedliwości*, [w:] *Obywatel – nie Idiota. Myślenie polityczne dla początkujących*, Kraków 2017.

Prawo karne materialne. Część szczególna i ogólna, red. M. Bojarski, Warszawa, 2020.

Brożek B., Stelmach J., Załuski W., *Dziesięć wykładów o ekonomii prawa*, Warszawa, 2007.

²⁵⁰ Rodzi się pytanie, kim są „określone osoby”, „określone miejsca”, itd.

²⁵¹ Petukhov przeciwko Ukrainie - wyrok ETPC z 13 marca 2019 r., skarga nr 41216/13.

²⁵² Sejm Rzeczypospolitej Polskiej, *Druk nr 2024 - o zmianie ustawy Kodeks Karny i niektórych innych ustaw*, s. 190 i n.

- Brożek B., Stelmach J., *Metody prawnicze*, Kraków, 2004.
- Buchała K., *Dyskusja daleka od kodeksu karnego i rzetelności*, *Palestra* 36/5-6, 1992, s. 90-106.
- Buchała K., *Władysław Wolter (1897-1986)*, [w:] *Złota Księga Wydziału Prawa i Administracji*, red. J. Stelmach, W. Uruszczak, Kraków, 2000, s. 337-345.
- Chojnicka K., Olszewski H., *Historia doktryn politycznych i prawnych. Podręcznik akademicki*, Poznań, 2004, wyd. I.
- Cieślak M., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995.
- Cooter R., Ulen T., *Ekonomiczna analiza prawa*, tłum. J. Bełdowski, K. Metelska-Szaniawska, Warszawa, 2009.
- Dajczak W., Giaro T., Longchamps de Berier F., *Prawo rzymskie. U podstaw prawa prywatnego*, Warszawa, 2014, wyd. II.
- Aksjologiczny wymiar prawa*, red. Dudek M., Stępień M., Kraków, 2015.
- Dziedzio A., *Koncepcja państwa prawa w XIX wieku – idea i rzeczywistość*, *Czasopismo Prawno-Historyczne*, 2005, z. 1., s. 177-201.
- Dziedzio A., *Powszechna historia prawa*, Warszawa, 2020, wyd. III.
- Dziedzio A., Malec D., *Historia Prawa. Prawo Karne w świetle źródeł*, Kraków, 1997.
- Argumenty i rozumowania prawnicze w konstytucyjnym państwie prawa. Komentarz*, red. M. Florczak-Wątor, A. Grabowski, Kraków, 2021.
- Gardocki L., *Prawo Karne*, Warszawa, 2017, wyd. XX.
- Garwol M., *Tożsamość czynu w prawie karnym materialnym i procesowym (na marginesie wyroku Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 13 listopada 2009 roku, II Aka 277/09)*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, z. 3, 2018, s. 163-168.
- Góralczyk B., *Węgry: zwrot do systemu nieliberalnego*, *Rocznik Strategiczny* 2017/2018, s. 327-331.
- Gruszecka D., *Pojęcie dobra prawnego w prawie karnym*, *Wrocławskie Studia Erazmiańskie. Zeszyty Studenckie*, Wrocław, 2008, s. 135-155.
- Hofmański P., Waltoś S., *Proces Karny*, Warszawa, 2020, wyd. XV.

Janicka D., *Hube – Makarewicz – Wolter. Trzy koncepcje karania na przestrzeni stu lat*, *Archiwum Kryminologii*, t. XXXIX/2017, s. 5-26.

Jankowski W., *Zasada domniemania niewinności – dlaczego praktyka tak różni się od teorii (cz. 1.)*, *Palestra* 9-10/2013, s. 54-62.

Kania-Chramęga A., *Postulat nullum crimen sine lege certa i jego (nie)kategoryczność w procesie stanowienia prawa karnego*, *Przegląd Sejmowy* nr 2(169)/2022, s. 39-56.

Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2012, z. 4, s. 5-63.

Kardas P., Wróbel W., *Opinia o rządowym projekcie ustawy – Kodeks Karny (druk nr 2510)*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych*, 2001, z. 1, s. 103-192.

Kardas P., *Zarządzanie konfliktem*, *Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja*, Kraków, 2019.

Dzieje Uniwersytetu Warszawskiego, red. T. Kizwalter, Warszawa, 2016.

Kotowski A., *Zastosowanie teorii: analitycznej Herberta Harta i integralnej Ronald Dworkina w kulturze prawa stanowionego*, *Prawo i Więź*, nr 3(37), 2021, s. 11-35.

Leszczuk S., *The end of classical paradigms of law*, *Studia Sieni Uniwersytetów Pogranicza*, 2021/5, s. 79-92.

Longchamps de Berier F., *Z problemów poznania prawa*, Wrocław, 1968.

Mąciór W., *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa, 1990.

Mąciór W., *Nieudany Kodeks Karny z 1997 r.*, [w:] *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński, E. Skrętowicz, Z. Hołda, Lublin, 2005, s. 257-269.

Matczak M., *Poland: From Paradigm to Pariah? Polish constitutional crisis – interpretations*, 2018, dostępne online: <https://ruleoflaw.pl/poland-from-paradigm-to-pariah-polish-constitutional-crisis-facts-and-interpretations/> (dostęp 03.01.2023).

Moń R., *Miejsce sprawiedliwości w systemie etycznym?*, *Studia Teologiczne* 15, 1997, s. 127-139.

Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń, 2004, wyd. VIII.

Moscoso A., *The Criminal Law of the Free Society: A Philosophical Exploration of Overcriminalization and the Limits of the Criminal Law*, 2010.

Offe C., *Capitalism by Democratic Design? Democratic Theory Facing the Triple Transition in East Central Europe*, [w:] *Varieties of Transition*, Cambridge, 1996, s. 29-49.

Petroski K., *Is Post-Positivism Possible?*, *German Law Journal*, t. XII, 2011, s. 663-692.

Płaza S., *Historia Prawa w Polsce na tle porównawczym. Cz. II: Polska pod zaborami*, Kraków, 1998.

Radbruch G., *Filozofia prawa*, tłum. E. Nowak, Warszawa, 2012.

Redzik A., „Zaprzeczyć sobie aby móc wykładać zgodnie z sobą” – Juliusz Makarewicz o metodzie prowadzenia wykładu z prawa karnego państw burżuazyjnych w 1949 r., *Z Dziejów Prawa*, 2019, tom 12(20), s. 751-772.

Rezler J., *Język Łaciński dla Prawników*, Warszawa, 1998, wyd. XIV.

Rogowski W., *Zasób i inflacja przepisów prawa w Polsce (z uwagami porównawczymi)*, *Głos Prawa, Przegląd Prawniczy Allerhanda*, 2018, t. I, nr 1-2, poz. 3, s. 13-33.

Rosicki R., *Kryzys demokracji liberalnej - wybrane problemy rządzenia, legitymizacji i reprezentacji*, [w:] *Od teorii do praktyki politycznej: księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Zbigniewowi Blokowi z okazji 40-lecia pracy naukowej i 70-lecia urodzin*, red. M. Kołodziejczak, R. Rosicki, Poznań, 2012, s. 241-258.

Sandel M., *Sprawiedliwość. Jak postępować słusznie?*, tłum. O. Siara, Warszawa, 2013.

Prawo Konstytucyjne RP, red. P. Sarnecki, Warszawa, 2014, wyd. IX.

Siemiatycka J., *Populizm penalny jako pośrednie źródło kryminalizacji irracjonalnej*, *Wiedza Prawnicza* 6/2012, s. 58-72.

Sylwestrzak A., *Herbert L. A. Hart – pozytywizm umiarkowany*, *Miscellanea Historico-Iuridica*, t. XV, z. 2., 2016, s. 143-158.

Szafrański A., *Prawo energetyczne. Wartości i instrumenty ich realizacji*, Warszawa, 2014.

Szczepiński W., *Adwokat prof. dr hab. Kazimierz Buchała (1924-2002)*, „Szpalty Pamięci”, *Palestra* 46/11-12, 2002, s. 289-292.

Tuleja P., *Art. 31. Zasada ochrony wolności, klauzule limitacyjne ograniczania wolności i praw konstytucyjnych*, [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa, 2021, wyd. II, s. 114-118.

Uruszczak W., *Historia państwa i prawa polskiego. Tom I (966-1795)*, Warszawa, 2015, wyd. III.

Uziębło P., *Demokratyczne państwo prawa jako filar funkcjonowania współczesnych państw*, *Studia Elbląskie* 11, 2010, s. 231-241, *Czasopisma humanistyczne i społeczne*.

van Kędzierski D., *Metodologia i paradygmat polskich szczegółowych nauk prawnych*, *Transformacje Prawa Prywatnego*, 3/2018, s. 5-59.

Walczak M., *Teoria paradygmatu i jej zastosowanie w naukach prawnych*, *Zeszyty Naukowe Towarzystwa Doktorantów UJ, Nauki Społeczne*, Nr 10 (1/2015), s. 67-80.

Waltoś S., *Konstytucyjna zasada domniemania niewinności a środki masowego przekazu*, *Nauka* 1/2009, s. 7-22.

Waltoś S., *O dziesięciu paradoksach w dziejach nauki i nauczania prawa karnego na Uniwersytecie Jagiellońskim*, [w:] *Ustrój i prawo w przeszłości dalszej i bliższej. Studia historyczne o prawie dedykowane prof. Stanisławowi Grodziskiemu w pięćdziesiątą rocznicę pracy naukowej*, red. J. Malec, W. Uruszczak, Kraków, 2001, s. 461-476.

Populizm penalny, red. J. Widacki, Kraków, 2017.

Od szkoły klasycznej do neoklasycznej w prawie karnym, red. J. Widacki, Kraków, 2016.

Wolter W., *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna. Tom I*, Kraków, 1933.

Wolter W., *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna. Tom II*, Kraków, 1934.

Wolter W., *Z problematyki odpowiedzialności karnej na podstawie kodeksu z 1969 r.*, *Palestra* 13/8(140), 1969, s. 8-30.

Wróbel W., *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny*, 1993, z. 3, s. 93-103.

Kodeks Karny. Część Ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52., red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa, 2016, wyd. V.

Wróbel W., Zoll A., *Polskie Prawo Karne. Część Ogólna*, Kraków, 2014, wyd. III.

Zgryzek K., *Inflacja normatywna w prawie karnym – rzeczywistość czy złudzenie?*, Problemy Prawa Karnego, 2017, t. I (XXVII), s. 221–235.

Zieliński M., *Dobro prawne w prawie karnym (rozważania prawnofilozoficzne)*, Facta Simonidis, 2016, nr 1(9), s. 295-304.

Ziemiński Z., *Wstęp do aksjologii dla prawników*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa, 1990.

Zimmermann J., *Prawo Administracyjne*, Warszawa, 2022, wyd. X.

Zoll A., *Wymiar kary w aspekcie praw jednostki karanej*, Palestra 30/5-6(341-342), 1986, s. 39-46.

Zoll A., *Problem okoliczności wyłączających bezprawność czynu w okresie politycznej zmiany systemu*, w: Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych, 1997, zeszyt 1, s. 93-102.

red. A. Zoll, *Racjonalna reforma prawa karnego*, Warszawa, 2001.

Zoll A., *Wina i kara*, Nauka 1/2004, s. 31-46.

Akty prawne

Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1932 nr 60 poz. 571).

Dekret z dnia 13 czerwca 1946 r. o przestępstwach szczególnie niebezpiecznych w okresie odbudowy Państwa (Dz.U. 1946 nr 30 poz. 192).

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks Karny (Dz.U. 1969, poz. 94).

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 2009, poz. 946).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny ze zmianami (Dz. U. 2022, poz. 1138, 1726, 1855).

Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych (Dz. U. 2019, poz. 1461.).

Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw.

Źródła internetowe

<https://www.rp.pl/opinie-prawne/art15083361-polskie-prawo-wymaga-na-prawy> (dostęp: 26.11.2022).

A. Kania-Chramęga, W poszukiwaniu istoty „szczególnej zuchwałości” kradzieży – perspektywa historycznoprawna oraz jej współczesne implikacje, *Studia prawnicze KUL*, <https://czasopisma.kul.pl/index.php/sp/article/view/13226> (dostęp: 24.01.2023).

<https://www.law.uj.edu.pl/karne/index.php/historia-katedry-prawa-karnego-wydzialu-prawa-i-administracji-uj> (dostęp: 20.01.2023).

<https://sjp.pl/frenologia> (dostęp 20.01.2023).

<https://tvn24.pl/polska/andrzej-zoll-o-zmianach-w-kodeksie-karnym-6228982> (dostęp: 23.11.2022).

<https://www.rp.pl/prawo-karne/art37457401-znika-resocjalizacja-zmiany-w-kodeksie-karnym-moga-przyniesc-wiele-szkod?fbclid=IwAR3fSp%20YHWupDMPNtfxTdzKcfZPfdxVHZE4Y4mMA2oum9ihqQPHF5kdKPlk> (dostęp: 23.11.2022).

<https://www.prawo.pl/prawnicy-sady/nowy-kodeks-karny-prof-waltos-nie-widzi-szans,321284.html> (dostęp: 23.11.2022).

<https://businessinsider.com.pl/twoje-pieniadze/prawo-i-podatki/ponad-piec-aktow-dziennie-inflacja-prawa-tez-idzie-na-rekord/sqj6019> (dostęp 20.01.2023).

<https://www.czpk.pl/wideo/czy-istnieje-krakowska-szkola-prawa-karnego> (dostęp: 25.11.2022).

<https://karne24.com/apel-173-naukowcow-o-weto/?fbclid=IwAR0ok7%20OXtENYaA5zL6v7Dg66v7uoK7xgyadJ4epIOWRotBG6WNxONjxwNEM> (dostęp: 26.11.2022).

THE FUTURE OF CRIMINAL LAW IN THE FACE
OF THE CRISIS OF CLASSICAL PARADIGMS OF LAW
AND THE EROSION OF LIBERAL DEMOCRACY

AT THE CROSSROADS: PENAL POPULISM, LAW AND ECONOMICS,
POST-POSITIVISM, OR MAYBE JUST THE CRACOW SCHOOL
OF CRIMINAL LAW?

Abstract: Nowadays, the inflation of legal norms favours the erosion of liberal democracy and emerging of illiberal democracy, as a return to the conflict between democracy and liberalism and change of meaning of the state of law. The government takes over the power to punish, which is reserved to the courts. These changes undermine the key constitutional principles, as the rule of democratic state of law, the rule of separation of powers and the rule of legal certainty. These changes have a negative impact on the effectiveness of law, which should embody values, and this impact manifests itself on criminal law, which is focused on protecting specific legal goods. The aim of this paper is to present achievements of the Cracow School of Criminal Law in the face of the crisis of paradigms, and to reflect on new directions within the law, like Law and Economics. Some crucial criminal terms will be described with consideration of theories of guilt and unlawful act. Methodological approaches to penal sciences will be shown, including the dogmatic method. Due to the importance of the changes in criminal law, events from the previous centuries that influenced on contemporary criminal law will be mentioned. Functions of criminal law in various terms and the basic principles of the current criminal law in Poland will also be described. An attempt will be made to reflect on the relation between the latest amendment to the current Criminal Code and previous codifications, with regard to the effectiveness of punishment and to Criminal Code, from neoclassicism and penal populism to abandonment of the need for a new codification and organic evolution of the criminal law system.

Keywords: inflation of legal norms, state of law, crisis of democracy, illiberal democracy, criminal law, Cracow School of Criminal Law, Law and Economics, post-positivism, penal populism, neoclassicism

ALGORYTM ZAMIAST SĘDZIEGO? ZAUTOMATYZOWANE PODEJMOWANIE DECYZJI W PRAWIE KARNYM

Streszczenie: Prawo karne, jako szczególnie wrażliwa dziedzina prawa, bardzo mocno polega na ludzkiej ocenie zachowań oraz na społeczno-kulturowym kontekście popełnianych czynów. Wysoce niepokojący jest zatem obecny trend wzmożonego użycia algorytmów przez organy państwowe zarówno na poziomie monitorowania społeczeństwa w poszukiwaniu potencjalnych przestępstw, jak również podczas podejmowania indywidualnych decyzji w zakresie sposobu odbycia kary przez skazanego- tzw. „predictive policing”. System oparty na tej technice (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS)) funkcjonuje od wielu lat w Stanach Zjednoczonych i nie podlega daleko idącym zabezpieczeniom. W Unii Europejskiej opinie na temat podobnych systemów oraz sposobów zapewnienia ich bezpieczeństwa są podzielone. Obecnie funkcjonują tu nieliczne regulacje zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Jest to zatem czas kiedy potrzebna jest wzmożona debata na temat rozwiązań jakie mogą zostać uznane za dostatecznie chroniące podstawowe prawa obywateli. Analizując problem zarówno z perspektywy prawa do sprawiedliwego procesu, jak również prawa ochrony danych osobowych, nie udaje się osiągnąć jednoznacznych konkluzji, a mimo to użycie podobnych systemów staje się codziennością (choć jeszcze niekoniecznie w prawie karnym), czego przykładem mogą być druzgocące skutki niderlandzkiej *toeslagenaffaire*- skandalu politycznego dotyczącego fałszywego oskarżenia o wymuszanie nienależnych zasiłków na podstawie dyskryminacyjnego algorytmu. Europejski prawodawca z jednej strony wzywa do zakazu używania podobnych systemów, a z drugiej planuje legislację, która takie działanie ma umożliwić - Akt o Sztucznej Inteligencji. Czas pokaże czy zawarte w nim postanowienia skutecznie ochronią obywateli Unii Europejskiej przed dyskryminującym lub mylnym działaniem algorytmów.

Słowa kluczowe: algorytmy, policja predykcijna, prawo karne, procedura karna, COMPAS, ustawa o AI

WSTĘP

Algorytm, który daje wolność lub ją zabiera- w ten sposób został opisany przez New York Times system noszący nazwę *Correctional Offender*

Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS).¹ Brzmi to niczym pomysł wyjęty z książek Stanisława Lema czy Philipa Dicka. Niestety nie jest to odrealniony wymysł artysty. Ten system funkcjonuje już od kilku lat w Stanach Zjednoczonych pomagając podjąć decyzję o wypuszczeniu skazanego z więzienia na zwolnienie warunkowe, a nawet sędziom karnym podczas wydawania wyroków.² Także jednak obywatele krajów europejskich spotykają się z w pełni zautomatyzowanym podejmowaniem decyzji w codziennym życiu, chociaż nie w pełni oficjalnie, chociażby dokonując zakupu ubezpieczenia. Już ta pozornie prosta czynność obrazuje problemy z systemami opartymi na zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji, takimi jak chociażby problem dyskryminacji, który generuje użycie jedynie algorytmu przy podjęciu decyzji o stawce, którą musi zapłacić osoba ubezpieczająca się.³ Jest to problem, który w „świecie rzeczywistym” najprawdopodobniej nie powstałby, ponieważ trudno wyobrazić sobie agenta ubezpieczeniowego wymagającego zapłaty wyższej ceny za identyczny pakiet ubezpieczeniowy jedynie ze względu na to z jakiego regionu pochodzi klient- byłoby to oczywiście wbrew konstytucyjnym zasadom równości i niedyskryminacji.

Pomimo, że raczej daleko nam do w pełni zautomatyzowanego podejmowania decyzji w prawie karnym, warto zastanowić się nad obecnym stanem użycia algorytmów w tej dziedzinie prawa oraz trendami jakie dominują w tym zakresie. Niniejszy artykuł ma na celu analizę obecnej legislacji i jurysprudencji w celu ukazania przystosowania obowiązujących regulacji i ich zmieniających się sposobów interpretacyjnych do wyzwań związanych z użyciem algorytmów w postępowaniu karnym. W tym celu najpierw przybliżone zostanie zagadnienie definicji zautomatyzowanego podejmowania decyzji oraz przykładowe jego użycie w krajach europejskich. Następnie przeanalizowana zostanie sprawa *Loomis v Wisconsin*, będąca jedną z najgłośniejszych spraw dotyczących algorytmicznego podejmowania decyzji w prawie karnym. W trzeciej części poddana analizie zostanie obecna legislacja i jurysprudencja w Unii Europejskiej dotycząca algorytmicznego podejmowania decyzji. Kluczowe będzie podejście z perspektywy prawa do sprawiedliwego procesu oraz ochrony danych osobowych. W tej części przedstawione zostaną również

¹ C. Metz, A. Satariano, *An Algorithm That Grants Freedom, or Takes It Away*, *The New York Times* 6 lutego 2020, <https://www.nytimes.com/2020/02/06/technology/predictive-algorithms-crime.html>, dostęp 20.12.2022.

² C. Andreoli, *Machine Learning In Criminal Justice: A Philosophical Enquiry*, Master thesis, University of Twente 2019, s. 6.

³ *Costly Birthplace: Discriminating Insurance Practice*, *AlgorithmWatch*, <https://algorithmwatch.org/en/discriminating-insurance/> dostęp: 4.01.2023.

plany europejskich prawodawców w zakresie szczegółowych rozwiązań związanych z niniejszym zagadnieniem w celu skonkretyzowania przyszłości i perspektyw użycia algorytmów w prawie karnym z punktu widzenia nie tylko dotychczasowej praktyki, ale i przyszłej legislacji.

1. CZYM JEST ZAUTOMATYZOWANE PODEJMOWANIE DECYZJI?

W literaturze pojawia się wiele definicji sztucznej inteligencji oraz zautomatyzowanego podejmowania decyzji. Na potrzeby tego artykułu użyta zostanie definicja, którą posługiwała się organizacja „Algorithm Watch” w raporcie na temat automatyzacji procesów prawnych, z uwagi na jej aktualność w obecnie gwałtownie zmieniającym się świecie rozwiązań technologicznych. Wskazuje ona, że zautomatyzowane podejmowanie decyzji to proces technologiczno-społeczny opierający się na algorytmie, który przekształca dany model podejmowania decyzji w kod obliczeniowy na podstawie używanych danych (zarówno tych do nauki jak i do podejmowania decyzji).⁴ Z uwagi na obecność tego sformułowania *expressis verbis* w Rozporządzeniu o Ochronie Danych Osobowych⁵, to właśnie jego ramy (dokładniej ramy artykułu 22 tego Rozporządzenia) będą wyznaczać szczegółowe ramy podanej wcześniej definicji zautomatyzowanego podejmowania decyzji. W świetle tego przepisu należy rozróżnić zautomatyzowane podejmowanie decyzji od w pełni zautomatyzowanego podejmowania decyzji. W pełni zautomatyzowane podejmowanie decyzji to takie, które opiera się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, bez istotnej interwencji człowieka. Natomiast system, w którym automatyczne podejmowanie decyzji stanowi jedynie sugestię i ostateczna decyzja (ta, która ma istotny wpływ na sytuację prawną (lub równoważną) danej osoby) zostaje podjęta przez człowieka nie jest systemem opartym wyłącznie o zautomatyzowane podejmowanie decyzji.⁶ W prawie karnym mamy obecnie do czynienia najczęściej z tą drugą instytucją.

⁴ Algorithm Watch, Bertelsmann Stiftung and Open Society Foundations *Automating Society Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU*, https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2019/02/Automating_Society_Report_2019.pdf s.9 dostęp 5.01.2023.

⁵ General Data Protection Regulation, OJ L 119, 04.05.2016.

⁶ Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 'ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI' (2019).

1.1 Praktyczne zastosowanie systemów opartych na zautomatyzowanym podejmowaniu decyzji

Zautomatyzowane podejmowanie decyzji jest coraz częściej obecne w codziennym życiu obywateli w takich dziedzinach jak sektor finansowy, bankowy czy ubezpieczeniowy.⁷ O ile z punktu widzenia prawa ochrony danych osobowych są to zjawiska bardzo kontrowersyjne i niepokojące, nie mają one jednak aż tak dalece idących skutków jakie mogą nieść ze sobą analogicznie podejmowane decyzje w procesie karnym.

W kontekście tej dziedziny prawa zautomatyzowane podejmowanie decyzji występuje najczęściej w postaci tzw. „predictive policing” czyli monitorowania, profilowania i analizy ryzyka zachowań kryminalnych u danej osoby lub na określonym obszarze geograficznym. Systemy takie występują również na etapie wydawania wyroku i po skazaniu podczas decydowania o zastosowaniu warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary pozbawienia wolności.⁸

Przykładami takich systemów są programy Top600 oraz Top400 zarządzane przez miasto Amsterdam. Polegają one na utworzeniu list problematycznej młodzieży na terenie miasta i dokładne monitorowanie jej działań. Kryterium zakwalifikowania się na tę listę jest łatwe do spełnienia- nie potrzeba być skazanym za popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa, a jedynie wystarczy „wejść w kontakt z policją” - na przykład poprzez bycie podejrzanym o popełnienie przestępstwa lub tymczasowe aresztowanie. Kwalifikacja na taką listę oznacza w praktyce częste i uciążliwe kontrole ze strony władz, a nawet problemy ze znalezieniem zatrudnienia.⁹

Systemem, który oprócz profilu potencjalnego przestępcy analizuje i przewiduje również miejsce popełnienia przyszłego przestępstwa jest włoski system „Delia”. Bierze on pod uwagę 1.5 miliona zmiennych używając sztucznej inteligencji oraz technik uczenia maszynowego w celu wskazania organom ścigania w którym miejscu powinny skupić siły, aby zapobiec potencjalnemu przestępstwu oraz jakich potencjalnych sprawców należy wypatrywać.¹⁰

⁷ M. Jędrzejczak, *Zautomatyzowane rozstrzyganie w przepisach RODO*, [w:] *Ochrona danych osobowych w prawie publicznym*, red. M. Jędrzejczak, Warszawa 2021.

⁸ *Automating Injustice: The Use of Artificial Intelligence & Automated Decision-Making Systems in Criminal Justice in Europe*, Fair Trials, <https://www.fairtrials.org/articles/publications/automating-injustice/> s.8 dostęp 12.01.2023.

⁹ *ibidem*, s.10-14.

¹⁰ *ibidem*, s. 20.

W Wielkiej Brytanii funkcjonuje system HART (Harm Assessment Risk Tool). Ma on na celu pomoc funkcjonariuszom aresztu w podjęciu decyzji czy podejrzany ma wysokie ryzyko ponownego popełnienia przestępstwa i czy w związku z tym powinien zostać pozbawiony wolności, czy można wobec niego zastosować alternatywne środki, tzw. system checkpoint.¹¹ Służy on jedynie jako sugestia dla funkcjonariuszy, wskazane przez niego ryzyko może być jedynie jedną z rozważanych przez funkcjonariusza czynników.¹² System jest jednak stale w fazie testów, a jego wpływ na wymiar sprawiedliwości jest dokładnie monitorowany.

1.2 Sprawa Loomis v Wisconsin

Funkcjonujący podobnie do opisanego wyżej systemu HART system COMPAS był przedmiotem głośnej sprawy rozstrzygniętej przez Sąd Najwyższy w Stanie Wisconsin w Stanach Zjednoczonych.¹³ Analiza tej sprawy pozwala dostrzec potencjalne problemy i ich możliwe rozwiązania, z którymi zapewne spotkają się sądy europejskie w bliższej lub dalszej przyszłości. Jednak przed jej omówieniem należy przybliżyć czym jest problematyczny system, którego dotyczył wyrok.

Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions (COMPAS) jest narzędziem pomagającym obliczyć ryzyko recydywy jednostki.¹⁴ Jest on, podobnie jak HART, oparty na uczeniu maszynowym. Model decyzyjny budowany jest w oparciu o dane treningowe, które algorytm sam analizuje i na tej podstawie trenuje algorytmy, które generują ostateczny wynik.¹⁵ Jest to system komercyjny stworzony przez prywatną firmę Northpointe, Inc (obecnie Equivant).¹⁶ Używany jest do pomocy funkcjonariuszom w podjęciu decyzji o wypuszczeniu skazanego z więzienia na zwolnienie

¹¹ <https://justiceinnovation.org/project/checkpoint#:~:text=Checkpoint%20is%20a%20voluntary%20adult%20offender%20diversion%20scheme%20within%20County,for%20successful%20participation%20in%20Checkpoint> dostęp: 11.01.2023.

¹² ibidem.

¹³ *State v Loomis* [2016] Supreme Court of Wisconsin, 2015AP157–CR (Supreme Court of Wisconsin).

¹⁴ C. Andreoli, *Machine Learning In Criminal Justice: A Philosophical Enquiry*, Master thesis, University of Twente 2019, s. 6.

¹⁵ G. van Dijck, *Predicting Recidivism Risk Meets AI Act*, European Journal on Criminal Policy and Research 28, 2022, s. 408.

¹⁶ Committee on Legal Affairs and Human Rights, Council of Europe, *Justice By Algorithm – The Role Of Artificial Intelligence In Policing And Criminal Justice Systems*, (2020), <https://pace.coe.int/pdf/49efb908c3b5d9c5251903aecf86a67a1d15a873e48a18c6d21d3e560eb8bab/doc.%2015156.pdf>, dostęp 15.07.2022.

warunkowe, oraz sędziom karnym podczas wydawania wyroków.¹⁷ Dane, które bierze pod uwagę algorytm pochodzą z akt oraz rozmowy przeprowadzonej z przestępcą.¹⁸ Po wprowadzeniu tych danych do systemu generuje on trzy rodzaje wyników: ryzyko ponownego złamania prawa przed procesem, ryzyko recydywy oraz ryzyko brutalnej recydywy. Wszystkie wskaźniki ukazane są w skali 1-10 i odzwierciedlają tendencje bazując na poprzednich podobnych sprawach, a co za tym idzie nie oddają ryzyka tej konkretnej osoby do powrotu do przestępstwa.¹⁹

Omawiana sprawa dotyczyła skazanego, który został oskarżony o pięć czynów związanych z oddawaniem strzałów z jadącego samochodu. Przyznał się do dwóch mniej poważnych przestępstw – próba ucieczki przed policją i prowadzenie samochodu bez zgody właściciela (na zasadzie instytucji guilty plea, dzięki której pozostałe zarzuty zostały oddalone). Po przesądzeniu o skazaniu sąd przeszedł do wymierzenia kary. Na tym etapie obliczył ryzyko recydywy za pomocą systemu COMPAS, który wykazał wysokie wyniki we wszystkich trzech wskaźnikach. Wyniki te zostały wskazane przez sąd jako jeden z czynników wykluczających warunkowe zawieszenie wykonania kary.

Skazany wówczas wskazał, że użycie tego systemu narusza jego konstytucyjne prawa z trzech powodów. Po pierwsze wyrok nie został oparty na precyzyjnych informacjach, ponieważ właścicielem systemu COMPAS jest prywatna firma, a jego dokładne działanie jest tajemnicą handlową co oznacza, że oskarżony nie może ocenić poprawności działania algorytmu, wbrew konstytucyjnemu prawu do weryfikacji.²⁰ Sąd jednak nie zgodził się z tym stanowiskiem mówiąc, że skazany miał dostęp do poradnika praktycznego, dzięki czemu widział jakie dane algorytm bierze pod uwagę. Mając na uwadze badania wskazujące, że algorytm niepoprawnie przypisuje wyższe ryzyko recydywy osobom pochodzącym z mniejszości etnicznych sąd uznał, że raporty algorytmu winny być opatrzone ostrzeżeniami widocznymi dla sędziów. Ostrzeżenia te miałyby podkreślać, że nie jest jasne jak system waży otrzymane dane, że populacja, do której porównywany jest skazany to populacja całego kraju, a nie tylko stanu, co w niejasny sposób może mieć wpływ na wynik. Ponadto powinno być wskazane, że nie jest jasne działanie algorytmu w odniesieniu do mniejszości etnicznych oraz że jest potrzeba ciągłego monitorowania

¹⁷ C. Andreoli, *Machine Learning In Criminal Justice: A Philosophical Enquiry*, Master thesis, University of Twente 2019, p. 6.

¹⁸ *State v Loomis* [2016] Supreme Court of Wisconsin, 2015AP157–CR (Supreme Court of Wisconsin) para. 13.

¹⁹ *Ibidem*, para. 14, 15.

²⁰ *Ibidem*, para. 51.

dokładności systemu przy zmieniającej się populacji.²¹

Skazany wskazywał również, że wyrok nie jest zindywidualizowany, ponieważ oparty jest na danych zbiorowych, a nie na cechach jego charakteru. Jednakże sąd nie znalazł w tym naruszenia prawa wskazując, że sędziowie każdorazowo dysponują dyskrecjonalnością przy wydawaniu wyroku oraz że wynik nie stanowi jedyne go czynnika branego pod uwagę w procesie nakładania kary.²²

W ocenie sądu nie stanowił również naruszenia konstytucyjnych praw fakt, że COMPAS bierze pod uwagę płeć skazanego przy wydawaniu wyroku, ponieważ zaniechanie uwzględnienia czynnika płci negatywnie wpłynęłoby na dokładność systemu (z uwagi na to, że statystyki wskazują na odmienne tendencje zachowań kryminalnych u kobiet i mężczyzn).²³

Nie stwierdzono więc w tym przypadku naruszenia prawa, jednak podkreślono, że system może być używany jedynie jako wskazówka, a nie jako jedyny czynnik przy wymierzaniu kary. Nie może być on również używany do decydowania o surowości wyroku i o skazaniu. Jednakże sprawa nie została rozpatrzona przez Sąd Najwyższy, a zatem wskazówki te są wiążące jedynie w stanie Wisconsin, a nie we wszystkich stanach Stanów Zjednoczonych.²⁴

2. UNIA EUROPEJSKA

Pomimo, że w Unii Europejskiej trudno jeszcze doszukać się w pełni analogicznych wyroków, pojawiają się już pierwsze regulacje prawne w zakresie sztucznej inteligencji, jednak na razie mają one postać niewiążących wskazówek takich jak Wytyczne w Zakresie Etyki Dotyczące Godnej Zaufania Sztucznej Inteligencji opracowane przez grupę ekspertów powołanych przez Komisję Europejską.²⁵ Jako wskazanie kierunku potencjalnego rozwoju takich technologii w Unii Europejskiej może służyć apel Parlamentu Europejskiego, który wzywa do wprowadzenia zakazu oceny przez sztuczną inteligencję oskarżonych podczas wymierzania wyroku.²⁶ Komisja Europejska pracuje również nad Rozporządzeniem 2021/0106 (COD)- „Akt w sprawie sztucznej

²¹ *Ibidem*, para. 66.

²² *Ibidem*, para. 67-74.

²³ *Ibidem*, para. 75-86.

²⁴ US Supreme Court Certiorari (ORDER LIST: 582 U.S.).

²⁵ Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI* (2019), <https://ec.europa.eu/futurium/en/ai-alliance-consultation.1.html>.

²⁶ European Parliament, *Artificial Intelligence In Criminal Law*, (2021), PE 698.039.

inteligencji”, które ma na celu bardziej jasne i stanowcze rozwiązanie opisywanych problemów.

2.1 Obecny stan prawny

Regulacja prawna sztucznej inteligencji uwzględnić musi w szczególności dwa aspekty: prawo do sprawiedliwego procesu oraz prawo ochrony danych osobowych. Wymogi uwzględniające perspektywę prawa do sprawiedliwego procesu są analogiczne do argumentów wysuniętych przez skazanego w sprawie *Loomis v Wisconsin*. Natomiast ze względu na szeroko rozwinięte prawodawstwo w zakresie ochrony danych osobowych, które szczególnie różni Unię Europejską od Stanów Zjednoczonych konieczne jest również uwzględnienie tych przepisów.

2.1.1 Prawo do sprawiedliwego procesu

W europejskim prawodawstwie centralnym instrumentem ochrony praw człowieka jest Europejska Konwencja Praw Człowieka. Również Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej interpretuje Europejską Kartę Praw Podstawowych zgodnie z interpretacjami ETPCz. Jest ona zatem równie wiążąca w każdym kraju członkowskim Unii Europejskiej. Z tego względu to właśnie EKPCz będzie służyła jako centralny dokument wyznaczający granice europejskiej ochrony prawa do sprawiedliwego procesu.

Prawo to jest w Konwencji ujęte w artykule szóstym. Składa się na niewiele różnych praw, z których wiele jest relewantne z punktu widzenia niniejszej analizy.

Pierwszym relewantnym prawem zawartym w tym przepisie jest prawo do publicznego rozpatrzenia sprawy i publicznego ogłoszenia wyroku. Zostało ono ustanowione w celu zapewnienia transparentności wymiaru sprawiedliwości oraz publicznej kontroli nad nim. W prawie tym zawiera się prawo oskarżonego do przedstawiania dowodów na swoją obronę, odpowiadania na dowody strony przeciwnej i wysłuchania świadków. Sędziowie muszą opierać swoje wyroki na obiektywnych argumentach i dowodach. W przypadku, gdyby w Unii Europejskiej pojawiła się taka sprawa jak *Loomis v Wisconsin*, wówczas najprawdopodobniej zostałyby uznane, że wymagania te nie zostały spełnione, ponieważ skazany nie dostał pełnego raportu wygenerowanego przez system COMPAS, który wpłynął na decyzję sędziów, a co za tym idzie nie miał możliwości podważać konkluzji sądu. Co więcej,

jasność rozumowania nie byłaby zachowana, ponieważ nie jest jasne jakie czynniki system bierze pod uwagę i w jaki sposób je waży. Można zatem uznać, że skoro skazany nie rozumie w pełni powodów swojego skazania, to nie zostały poszanowane prawa gwarantowane przez EKPCz.

Istotnym z punktu widzenia przedmiotu tego opracowania prawem wynikającym z Konwencji jest też prawo dostępu do akt i wyników śledztwa (zgodnie z zasadą „równości broni”).²⁷ Oznacza ono, że oskarżony musi mieć dostęp do każdego etapu postępowania sądowego, nie można go z nich wykluczyć.²⁸ Korzystanie z tego typu systemu jak COMPAS oznaczałoby, że skoro oskarżony nie może podważyć dowodu eksperckiego- bo chyba tak należałoby zakwalifikować raport systemu COMPAS lub innego do niego podobnego- to zostałby on pozbawiony tego prawa.²⁹ Warto jednak zwrócić uwagę na jurysprudence ETPCz, który wyznaczył w tym zakresie pewne ograniczenia. Sytuacja wyjątkowa, w której nie ma zastosowania prawo dostępu do akt i wyników śledztwa występuje, jeżeli wartość w zachowaniu materiału w tajemnicy przewyższa jego korzyść dla oskarżonego.³⁰ W przypadku systemu COMPAS oraz innych identycznie działających systemów tajemnica handlowa wydaje się niższą wartością niż wolność oskarżonego. Wskazywałby również na to fakt, że dotychczas wyjątek ten był stosowany w przypadkach tajemnicy związanej z bezpieczeństwem narodowym. Jednakże, można temu przeciwstawić argument, że korzyść ze znajomości systemu dla oskarżonego jest niska, ponieważ system był tylko jednym z czynników mających wpływ na decyzję sędziego i to nie na samą zasadność skazania (to było zdeterminowane przyznaniem się do winy), a jedynie na długość i sposób wykonania kary. Co więcej, oskarżony prawdopodobnie nie zrozumiałby skomplikowanej formuły matematycznej, a co za tym idzie korzyść dla skazanego byłaby znikoma. Trudno zatem przewidzieć jak sądy europejskie rozstrzygnęłyby zaprezentowany dylemat.

Kolejną ważną kwestią przy ocenie legalności systemów algorytmicznego podejmowania decyzji jest kwestia potencjalnej dyskryminacji przewidzianej w artykule 14 Konwencji. Zawarte w tym postanowienia niestety rzadko są przedmiotem odrębnych rozważań w orzecznictwie Europejskiego Trybunału

²⁷ W. Schabas, *Part Two Convention For The Protection Of Human Rights And Fundamental Freedoms, S.I Rights And Freedoms, Art.6 Right To A Fair Trial/Droit A Un Procès Équitable, European Convention on Human Rights: Commentary*, Oxford 2015.

²⁸ *Borgers v. Belgium*, 30 October 1991, §§ 26–27, Series A no. 214-B, reversing *Delcourt v. Belgium*, 17 January 1970, Series A no. 11.

²⁹ *Duško Ivanovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia*, no. 10718/05, § 60, 24 April 2014; *Matysina v. Russia*, no. 58428/10, § 207, 27 March 2014.

³⁰ *A. and Others v. the United Kingdom [GC]*, no. 3455/05.

Praw Człowieka, ponieważ w praktyce Trybunał stosuje go zazwyczaj jedynie w połączeniu z innymi przepisami, bowiem gdy uzna, że doszło do ich naruszenia poprzestaje na tym stwierdzeniu i nie dochodzi do zastosowania artykułu 14.

Algorytmiczny system podejmowania decyzji sądowej może też kolidować z zasadami niezawisłości i bezstronności sądu. Sąd stosuje w takim wypadku dwa testy: subiektywny i obiektywny. Subiektywny test ma na celu sprawdzenie czy osobiste przekonania sędziego mogą mieć znaczenie w danej sprawie. Obiektywny test sprawdza, czy sędzia zapewnił odpowiednie zabezpieczenia przed tym wpływem na sprawę. Jest to oczywiście bardzo trudne do oceny w przypadku algorytmu, szczególnie takiego opierającego się na uczeniu maszynowym. Wprowadzanie do algorytmu takich danych jak rasa czy płeć oczywiście zwiększa ryzyko dyskryminacji. Test ten jednak prawdopodobnie nie będzie miał zastosowania w przypadku, gdy algorytm nie jest jedynym sędzią, a tylko jednym z „doradców”. Pomimo że zasadniczo sędzia może ze względu na „porady” algorytmu rozwinąć uprzedzenia, lub powiełać uprzedzenia samego algorytmu, to jednak nie możemy tych dwóch sposobów podejmowania rozstrzygnięć traktować na równi tak długo, jak długo to w rękach sędziego pozostaje pełna wolność czy skorzystać z „porady” oraz jakie inne czynniki wziąć pod uwagę. O ile więc przy systemie COMPAS wątpliwości w tym zakresie byłyby mniejsze, to w przypadku systemu HART są one większe, ze względu na to, że jest on systemowo używany przez organy państwowe i decyduje nie tylko o wymiarze kary, ale również o samym skazaniu.³¹

Powyższa analiza ukazuje, że przepisy zawarte w Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i ich obecne interpretacje nie są przystosowane do wyzwań związanych z algorytmicznym podejmowaniem decyzji w postępowaniu karnym. Oczywiście interpretacja Konwencji jako żywego instrumentu³² zmienia się stopniowo, a zatem nie ma wątpliwości, że gdyby Trybunał spotkał się z podobną sprawą jak *Loomis v Wisconsin*, mógłby na podstawie istniejących przepisów wydać rozstrzygnięcie zawierające jednoznaczną konkluzję o precedensowym znaczeniu. W tej chwili jednak trudno doszukać się w dotychczasowym orzecznictwie Trybunału jakichkolwiek wskazówek co do tego jaka byłaby jego reakcja na podobną sprawę w Unii Europejskiej, a przeanalizowane

³¹ *Automating Injustice: The Use of Artificial Intelligence & Automated Decision-Making Systems in Criminal Justice in Europe*, Fair Trials, <https://www.fairtrials.org/articles/publications/automating-injustice/> s. 21 dostęp: 20.01.2023.

³² *Tyrer v. the United Kingdom*, no. 5856/72 § 31.

tu zasady mogą okazać się w praktyce objęte wyjątkami, albo nawet zupełnie nieprzystające.

2.1.2 Ochrona danych osobowych

Głównym dokumentem regulującym ochronę danych osobowych w Unii Europejskiej jest Ogólne Rozporządzenie o Ochronie Danych Osobowych (RODO).

Artykuł 22 RODO gwarantuje, że „Osoba, której dane dotyczą, ma prawo do tego, by nie podlegać decyzji, która opiera się wyłącznie na zautomatyzowanym przetwarzaniu, w tym profilowaniu, i wywołuje wobec tej osoby skutki prawne lub w podobny sposób istotnie na nią wpływa”.³³ Z tego przepisu wynika zatem ogólny zakaz stosowania zautomatyzowanego podejmowania decyzji.

Są jednak od tego zakazu wyjątki. Zautomatyzowana decyzja musi mieć prawny lub inny znaczący wpływ. Prawny, to znaczy taki, że decyzja wpływa na prawo lub status prawny jednostki, na przykład poprzez odmowę nadania obywatelstwa lub unieważnienie umowy.³⁴ Sklasyfikowany w ten sposób mógłby być taki system jak HART, ponieważ przydzielenie przez niego oceny niskiej lub średniej powoduje, że podejrzanemu nie są stawiane zarzuty i dzięki temu jego niekaralność zostaje zachowana. Inaczej byłoby prawdopodobnie w przypadku systemu COMPAS, ponieważ system ten nie przesądza o skazaniu, a jedynie jest jednym z czynników branych pod uwagę przy wymierzaniu kary. Jednakże, możliwe jest by systemy „predictive policing” zostały zakwalifikowane jako „inny znaczący wpływ”. W interpretacji do artykułu 22 podano, że istotny wpływ takiej decyzji musi być równoznaczny z wpływem decyzji, która pociąga za sobą skutki prawne, takie jak automatyczne odrzucenie wniosku kredytowego.³⁵ Kwalifikacja na listę Top 600 lub Top 400 wiąże się z ciągłymi wizytami organów ścigania, częstszymi bezpodstawnymi oskarżeniami o popełnienie różnych przestępstw, a nawet trudnościami w znalezieniu zatrudnienia. Sprawcy ocenieni wysoko w skali ryzyka przez system COMPAS również podlegają istotnemu wpływowi, ponieważ większa jest szansa na dłuższy wyrok. Należałoby zatem rozumieć, że wpływ ten jest istotny, a zatem praktyki te powinny być zabronione w świetle art. 22 RODO.

³³ General Data Protection Regulation, OJ L 119, 04.05.2016, art. 22.

³⁴ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 'Guidelines On Automated Individual Decision-Making And Profiling For The Purposes Of Regulation 2016/679' (2017).

³⁵ Ibidem, s. 21.

Jednakże, decyzja nie jest w pełni zautomatyzowana – sędziowie i funkcjonariusze nie są związani wynikami wyliczeń algorytmu, a bardzo trudno jest ocenić do jakiego stopnia człowiek kierował się tym wynikiem. Trudno domyślać się potencjalnych kryteriów, które Trybunał Sprawiedliwości UE może ustanowić w takiej sytuacji, pozostaje poczekać na podobną sprawę lub *lex specialis*.³⁶

Jednakże, gdyby w jakiś sposób udało się udowodnić, że sędzia podjął decyzję opierając ją w dominującej części o algorytm, można również argumentować, jakkolwiek paradoksalnie to brzmi, że spełniony został warunek braku zaangażowania i nadzoru człowieka.³⁷ Pomimo że teoretycznie sędzia nadzoruje system, to nie ma on wpływu na jego funkcjonowanie z powodu braku zrozumienia jego wyników (każdy z tych algorytmów funkcjonuje w sposób bardzo skomplikowany), dlatego w przytoczonej interpretacji artykułu 22 przyjmuje się, że wpływ człowieka nie jest istotny.³⁸

Dodatkowym wyjątkiem od ogólnego zakazu jest istnienie odrębnej podstawy prawnej dopuszczającej stosowanie algorytmu przy jednoczesnym zapewnieniu odpowiednich zabezpieczeń przed jego niepoprawnym funkcjonowaniem.

Trudno przewidzieć czy stosowanie się do niewiążących wskazówek Komisji Europejskiej będzie dla TSUE wystarczające do uznania spełnienia tych przesłanek.

2.1.2.1 Predictive policing na etapie wykrywania przestępstw

Pomimo że w Unii Europejskiej nie ma jeszcze wielu spraw związanych z użyciem algorytmicznego podejmowania decyzji na etapie wymierzania kary, to zaczynają się pojawiać wyroki oceniające legalność używania instrumentów wykrywających potencjalne popełnienie przestępstwa. System SyRi używany jest przez niderlandzkie urzędy do wykrywania oszustw związanych z podatkami i ubezpieczeniami społecznymi. System przeprowadza różne operacje na danych osobowych i generuje raport ryzyka – wskazuje kto powinien być przedmiotem kontroli przez urzędy w związku z potencjalnymi nadużyciami. Co ciekawe, krajowy sąd w Hadze decydując o zgodności z prawem tego systemu nie oparł się na artykule 22 RODO, ale na artykule 8 EKPCz czyli na

³⁶ Nadzieję na chociaż częściowe rozwiązanie tych problemów daje rozpatrywana obecnie przez TSUE sprawa C-634/21.

³⁷ M. Kusak, P. Wiliński, *Ochrona Danych Osobowych W Ściganiu Przestępstw. Standardy Krajowe I Unijne*, pierwsza edycja, Wolters Kluwer 2020, s. 127-135.

³⁸ ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, *Guidelines On Automated Individual Decision-Making And Profiling For The Purposes Of Regulation 2016/679* (2017), s. 21.

ochronie prawa do prywatności. Rozstrzygając, że system ten narusza prawo do prywatności sąd dostarczył bardzo cenną wskazówkę z perspektywy niniejszych rozważań, oceniając, że taki raport ma „znaczący wpływ” na osobę, której dotyczy. Jednak problemy, które znalazł sąd, dotyczyły faktów ściśle związanych z rozpatrywaną sprawą, a zatem trudno rozszerzyć te rozważania na ogólne perspektywy w zakresie prawa karnego.³⁹

Podobna sprawa miała miejsce w Polsce, gdzie NSA oceniał czy algorytm używany do ustalenia wskaźnika ryzyka w związku z wyłudzeniami skarbowymi ujęty w Ordynacji Podatkowej powinien zostać przedstawiony jako dowód w sprawie.⁴⁰ NSA uznał, że nie, ze względu na to, że nie spełnia on definicji dokumentu. Z uwagi na to, że sprawa dotyczyła kwestii podatkowych, a nie postępowania karnego, trudno zastosować analogię do algorytmu wykrywającego potencjalne popełnienie przestępstwa, na podstawie którego ktoś zostałby skazany, albo chociaż tymczasowo aresztowany. Wyrok ten ukazuje jednak rozbieżność poglądów na tematy związane z predictive policing oraz na niejasny kierunek rozwoju tej technologii w przyszłości i jej regulacji prawnej.

2.2 Akt w sprawie Sztucznej Inteligencji- jaśniejsza przyszłość?

Jak już zostało wcześniej wspomniane, Unia Europejska pracuje nad Aktem w Sprawie Sztucznej Inteligencji, który ma być rozwiązaniem wielu niejasnych kwestii, takich jak te opisane w niniejszym artykule. Akt, w obecnej formie, ustanawia kategorię „sztucznej inteligencji wysokiego ryzyka”. Z analiz wynika, że właśnie do tej kategorii zostałyby zakwalifikowane algorytmy badające potencjał recydywy, na podstawie ujętych w Załączniku III przykładów.⁴¹ Zakładają one, między innymi, że aby system mógł być uznany za wysokiego ryzyka, musi być używany przez organy ścigania lub sądy (wystarczy nawet intencja używania w ten sposób) oraz musi oceniać prawdopodobieństwo powrotu danego sprawcy do przestępstwa.⁴² Klasyfikacja taka nie prowadzi jednak od razu do zakazu używania takich algorytmów, tylko do konieczności

³⁹ [2020] Court of the Hague, C-09-550982-HA ZA 18-388 (Court of the Hague).

⁴⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5.03.2021, I FSK 1335/20.

⁴¹ G. van Dijck, *Predicting Recidivism Risk Meets AI Act*, European Journal on Criminal Policy and Research 28, 2022.

⁴² Definicje w Załączniku III, art. 6 (a) Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council laying down harmonised rules on artificial intelligence (artificial intelligence act) and amending certain union legislative acts, Brussels, 21.04.2021 COM(2021) 206 final, 2021/0106 (COD).

zastosowania wielu mechanizmów kontrolnych ujętych m.in. w artykule 9 i następnych. Artykuł 9 reguluje takie kwestie jak dokumentację i utrzymanie systemu zarządzania ryzykiem (ocena ryzyka związanego z użytkowaniem systemu oraz zarządzanie nim). Przy ocenie ryzyka i jego możliwej minimalizacji należy brać pod uwagę stan wiedzy użytkownika- w tym przypadku funkcjonariuszy i sędziów. Kolejny artykuł zapewnia, że dane, na podstawie których trenowany będzie algorytm są dobrej jakości, czyli nie wpłyną na powstawanie uprzedzeń u trenującego algorytmu. Co więcej, artykuł 12 nakazuje rejestrację zdarzeń podczas pracy algorytmu, aby monitorować jego działanie (i oczywiście w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości zaprzestać jego działania do czasu naprawienia). Zgodnie z artykułem 13 użytkownik musi mieć dostęp do danych na temat skuteczności systemu oraz jego sposobu działania. Dodatkowo, osoba, która rozumie ryzyka i ograniczenia systemu musi mieć możliwość skutecznego nadzoru nad nim, między innymi poprzez podjęcie decyzji o niestosowaniu systemu.

Takie same przepisy najprawdopodobniej będą się odnosiły do algorytmów monitorujących na podstawie Załącznika III (6) (e)- „systemy sztucznej inteligencji przeznaczone do wykorzystania przez organy ścigania w celu przewidywania wystąpienia lub ponownego wystąpienia rzeczywistego lub potencjalnego przestępstwa na podstawie profilowania osób fizycznych, o którym mowa w art. 3 pkt 4 dyrektywy (UE) 2016/680, lub w celu oceny cech osobowości i charakterystyki lub wcześniejszego zachowania przestępczego osób fizycznych lub grup”.⁴³

Zakładając zatem, że Akt w sprawie Sztucznej Inteligencji zostanie wprowadzony w życie w obecnym brzmieniu, sytuacja prawna algorytmów stosujących „predictive policing” będzie klarowniejsza. Ich używanie nie będzie zakazane, wydaje się bowiem, że kraje członkowskie dostrzegły potencjał tych systemów w zwalczaniu przestępczości nie będą skłonne zrezygnować z możliwości ich stosowania. Warto jednak mieć na uwadze, że stosowanie algorytmów przez organy ścigania dotychczas przynosi dużo szkód, takich jak niesławne *toeslagenaffaire*- niderlandzki skandal polityczny dotyczący fałszywego oskarżenia o wymuszanie nienależnych zasiłków na podstawie dyskryminacyjnego algorytmu⁴⁴. Ponadto, badania wskazują, że dotychczasowe

⁴³ Załącznik III (6) (e) do Aktu o Sztucznej Inteligencji.

⁴⁴ Parliamentary Question O-000028/2022 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2022-000028_EN.html.

algorytmy wcale nie przewyższają znacznie intuicji funkcjonariuszy,⁴⁵ a organizacje społeczne przedstawiają dowody obalające mit o „obiektywności” algorytmów, wskazując na ich dyskryminacyjny charakter.⁴⁶ Na te obawy odpowiada propozycja Aktu w sprawie Sztucznej Inteligencji, jednak czas pokaże czy będzie w stanie w praktyce sobie z nimi poradzić.

PODSUMOWANIE

W naukach społecznych nie wszystko może być zmierzone, nie można ignorować tego, co nie mieści się w ilościowym przedstawieniu zmiennych. Okoliczności, które wpływają na wynik złożonego zjawiska rzadko będą w pełni możliwe do zmierzenia. Podkreślił to Friedrich von Hayek w swojej przemowie po odebraniu Nagrody Nobla.⁴⁷ Niestety w obliczu wiary w obiektywność algorytmów i matematyczne rozwiązania społecznych problemów - powoli o tym zapominamy. W Stanach Zjednoczonych system COMPAS funkcjonuje pomimo obaw społeczeństwa o jego dyskryminacyjne wyniki. W Unii Europejskiej sytuacja prawna podobnych systemów wciąż jest bardzo niejasna, jednak funkcjonują one w praktyce, a sądy stwierdzając ich zgodność z prawem lub jej brak skupiają się na niewielkich wycinkach problemu w obliczu braku kompleksowych i jasnych rozwiązań prawnych. Z pomocą ma przyjść proponowany przez Unię Europejską Akt w Sprawie Sztucznej inteligencji, jednakże czas pokaże czy będzie on w stanie sprostać wyzwaniom tak wrażliwej dziedziny prawa jaką jest prawo karne.

BIBLIOGRAFIA

Akty normatywne

ARTICLE 29 DATA PROTECTION WORKING PARTY, 'Guidelines On Automated Individual Decision-Making And Profiling For The Purposes Of Regulation 2016/679' (2017).

General Data Protection Regulation, OJ L 119, 04.05.2016.

⁴⁵ *Automating Injustice: The Use of Artificial Intelligence & Automated Decision-Making Systems in Criminal Justice in Europe*, Fair Trials, <https://www.fairtrials.org/articles/publications/automating-injustice/> s. 23, dostęp 12.01.2023.

⁴⁶ J. Angwin et al, *Machine Bias. There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased against Blacks*, ProPublica, 23 maja 2016, dostęp 11.02.2022.

⁴⁷ F. Von Hayek, *The Pretence Of Knowledge*, *The Nobel Prize*, 1974, <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1974/hayek/lecture/>.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2.

Orzecznictwo

A. and Others v. the United Kingdom [GC], no. 3455/05.

Borgers v. Belgium, 30 October 1991, §§ 26–27, Series A no. 214-B, reversing *Delcourt v. Belgium*, 17 January 1970, Series A no. 11.

Court of the Hague, C-09-550982-HA ZA 18-388 (Court of the Hague) [2020].

Duško Ivanovski v. the Former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 10718/05, § 60, 24 April 2014.

Matytsina v. Russia, no. 58428/10, § 207, 27 March 2014.

Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 5.03.2021, I FSK 1335/20.

State v Loomis [2016] Supreme Court of Wisconsin, 2015AP157–CR (Supreme Court of Wisconsin).

Tyrer v. the United Kingdom, no. 5856/72 § 31.

US Supreme Court Certiorari (ORDER LIST: 582 U.S.).

Literatura

AlgorithmWatch, *Bertelsmann Stiftung and Open Society Foundations Automating Society Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU* https://algorithmwatch.org/en/wpcontent/uploads/2019/02/Automating_Society_Report_2019.pdf, dostęp 5.01.2023.

Angwin J et al, *Machine Bias. There's Software Used across the Country to Predict Future Criminals. And It's Biased against Blacks*, ProPublica, 23 maja 2016, dostęp 11 września 2022.

Andreoli C., *Machine Learning In Criminal Justice: A Philosophical Enquiry*, Master thesis, University of Twente 2019.

Committee on Legal Affairs and Human Rights, Council of Europe, *Justice By Algorithm – The Role Of Artificial Intelligence In Policing And Criminal Justice Systems*, 2020.

European Parliament, *Artificial Intelligence In Criminal Law* (2021), PE 698.039.

von Hayek F., *The Pretence Of Knowledge (The Nobel Prize, 1974)* <https://www.nobelprize.org/prizes/economic-sciences/1974/hayek/lecture/>.

van Dijck G., 'Predicting Recidivism Risk Meets AI Act' (2022) 28:407–423 *European Journal on Criminal Policy and Research*.

Independent High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, *ETHICS GUIDELINES FOR TRUSTWORTHY AI* (2019).

Jędrzejczak M., *Zautomatyzowane rozstrzygnięcie w przepisach RODO [w:] Ochrona danych osobowych w prawie publicznym*, red. M. Jędrzejczak, Warszawa 2021.

Kusak M., Wiliński P., *Ochrona Danych Osobowych W Ściganiu Przestępstw. Standardy Krajowe I Unijne*, pierwsza edycja, Wolters Kluwer 2020.

Metz C., Satariano A., *An Algorithm That Grants Freedom, or Takes It Away* *The New York Times* 6 lutego 2020.

Parliamentary Question O-000028/2022, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/O-9-2022-000028_EN.html.

Costly Birthplace: Discriminating Insurance Practice' (AlgorithmWatch) <https://algorithmwatch.org/en/discriminating-insurance/> dostęp: 4.01.2023.

Automating Injustice: The Use of Artificial Intelligence & Automated Decision-Making Systems in Criminal Justice in Europe, Fair Trials, <https://www.fair-trials.org/articles/publications/automating-injustice/> dostęp 12.01.2023.

Schabas W., *Part Two Convention For The Protection Of Human Rights And Fundamental Freedoms, S.I Rights And Freedoms, Art.6 Right To A Fair Trial/ Droit À Un Procès Équitable*, *European Convention on Human Rights: Commentary*, Oxford 2015.

<https://justiceinnovation.org/project/checkpoint#:~:text=Checkpoint%20is%20a%20voluntary%20adult%20offender%20diversion%20scheme%20within%20County,for%20successful%20participation%20in%20Checkpoint.>

ALGORITHM INSTEAD OF A JUDGE?

Abstract: Criminal law, as a very sensitive area of law, relies heavily on people's assessment of actions and on socio-cultural context of committed acts. Therefore, it is highly disturbing to see an increase in usage of algorithms by public officials both for monitoring the society in search of potential crimes as well as during individualised decision-making regarding sentencing- „predictive policing”. The system based on this technique- (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions* (COMPAS)) has been functioning for several years in the US and is not subject to any far-reaching safeguards. The opinions on usage of similar systems and ensuring their security are divided in the EU. Currently, due to scarce regulation of automatic decision-making we can only assume how we should sufficiently ensure citizens' constitutional rights. Analysing the problem from the perspective of the right to due process and data protection law it is impossible to reach unequivocal conclusions. Despite this, usage of such technologies becomes a daily routine (although not yet in criminal law), which is exemplified by such detrimental consequences as the Dutch *toeslagenaffaire*- a political scandal about false allegations of childcare benefits fraud based on a discriminatory algorithm. Neither is the European legislator's approach consistent on the matter, on one hand urging to ban such systems, on the other proposing an Act which would clarify that they are allowed- AI Act. Only time will tell if the safeguards included in it will save the EU citizens from discrimination and wrongful decisions taken by the algorithms.

Key words: algorithms, predictive policing, criminal law, criminal procedure, COMPAS, AI Act

PERSPEKTYWY ROZWOJU SZTUCZNEJ INTELIgENCJI W PRAWIE KARNYM A POSZANOWANIE PRAW CZŁOWIEKA

Streszczenie: Zastosowanie sztucznej inteligencji w dziedzinie bezpieczeństwa i sprawiedliwości może ułatwić pracę policji i organów sądowych w sprawach karnych. Coraz szybciej postępujący rozwój nowych technologii oraz działalność cyberprzestępców skłaniają do podejmowania działań, które uwzględniłyby wykorzystanie sztucznej inteligencji na potrzeby wymiaru sprawiedliwości w rozumieniu zapobiegania oraz zwalczania przestępczości *in genere*. Zwolennicy takiego stanowiska powołują się na możliwość poprawy identyfikacji podejrzanych i ofiar oraz lepszą ocenę ryzyka. Z drugiej strony wykorzystanie AI w sprawach karnych może wiązać się z szeregiem naruszeń praw człowieka zagwarantowanych zarówno w prawie krajowym jak i międzynarodowym. Szczególną uwagę w tym kontekście należy zwrócić na prawo do niedyskryminacji, prawo do ochrony danych osobowych, prawo do życia prywatnego oraz wolności wypowiedzi, a także prawo do rzetelnego procesu sądowego obejmującego w sprawach karnych m.in. prawo do obrony. Autor w niniejszym opracowaniu podejmuje problematykę możliwej kolizji sztucznej inteligencji i praw człowieka dążąc do odpowiedzi na pytanie czy prawa człowieka są determinantą zastosowania sztucznej inteligencji w prawie karnym? Czy powinny być? Jakich korzyści z wykorzystania sztucznej inteligencji w prawie karnym mogą spodziewać się obywatele? Ponadto wskazane zostaną niebezpieczeństwa związane ze stosowaniem AI uwzględniając w szczególności problematykę praw człowieka, które znajdują swoje odzwierciedlenie w procesie karnym. Autor za pomocą analizy teoretycznej krajowych oraz międzynarodowych norm prawnych zwraca uwagę na potrzebę ścisłej współpracy państw członkowskich Unii Europejskiej w zakresie wykorzystywania sztucznej inteligencji w procedurze karnej. Mając na uwadze, że rozwiązania oparte na AI mogą oferować duże możliwości w dziedzinie ścigania przestępstw, konieczne jest ustanowienie jasnego modelu działalności wykorzystującej tę technologię w taki sposób, aby zapewnić poszanowanie praw podstawowych. Coraz więcej państw wykorzystuje jednak nowe technologie do inwigilacji obywateli oraz wyciąga z niej dyskryminujące wnioski w stosunku do niektórych grup społecznych. Niniejsze opracowanie ma zatem na celu określenie perspektyw rozwoju sztucznej inteligencji w prawie karnym czerpiąc także z rozwiązań przyjętych w innych krajach.

Słowa kluczowe: sztuczna inteligencja, prawo karne, prawa człowieka, postępowanie karne, Unia Europejska, nowe technologie, cyfryzacja

WPROWADZENIE

Współcześnie mamy do czynienia z dynamicznym rozwojem cyfrowym nie tylko w rozumieniu coraz bardziej powszechnego korzystania ze środków komunikacji elektronicznej czy Internetu w ogóle, ale w kontekście całego życia społeczno-gospodarczego. Cyfryzacja społeczeństwa doprowadziła do przeobrażeń społecznych, które poskutkowały wykształceniem się społeczeństwa otwartego, informacyjnego, którego najważniejszą cechą jest produkcja, gromadzenie i obieg informacji, a komputer, Internet i wszelkie techniki cyfrowe stają się jednym z najważniejszych aspektów życia i pracy¹. Dzięki nowym technologiom jesteśmy w stanie porozumiewać się na odległość, rewolucjonizować gospodarkę i ułatwiać działalność w jej obrębie m.in. poprzez automatyzację przemysłu. Możliwa jest praca zdalna oraz rezygnacja z wielu uciążliwych procedur, które wydłużają proces rozpatrywania spraw zarówno administracyjnych, cywilnych jak i karnych. Coraz więcej dokumentów ważnych dotychczas jedynie w formie materialnej zaczyna być równoważnych także w formie cyfrowej², możemy uczestniczyć w rozprawach zdalnych, a także porozumiewać się z urzędami za pomocą dedykowanych portali informacyjnych. Technologie informacyjne mają co do zasady przynosić korzyści i taki jest cel ich wprowadzania do powszechnego użytkowania. Warto jednak wskazać, iż rozwój cyfryzacji to także rozwój cyberprzestępczości, która z dnia na dzień przyjmuje coraz bardziej zaawansowaną postać.

W związku z powyższym na szczeblu Unii Europejskiej³ podejmowane są działania, które mają m.in. przyczynić się do zapobiegania oraz zwalczania przestępstw przy wykorzystaniu nowych technologii, zapewnić poszanowanie praw człowieka, a także usprawnić niewystarczającą współpracę państw członkowskich w przedmiocie pozyskiwania elektronicznego materiału dowodowego. Chociaż niniejsza praca ma na celu przedstawienie perspektyw rozwoju sztucznej inteligencji⁴ w prawie karnym w odniesieniu do zapewnienia poszanowania praw człowieka, niezbędne jawi się tak zwane „wyczyszczenie przedpola” w rozumieniu krótkiej charakterystyki najbardziej palących

¹ M. Golka, *Czym jest społeczeństwo informacyjne?*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2005, r. LXVII, z. 4, s. 254.

² *Komitet Rady Ministrów ds. Cyfryzacji przyjął ustawę o aplikacji mObywatel*, <https://www.gov.pl/web/cyfryzacja/komitet-rady-ministrow-ds-cyfryzacji-przyjal-ustawe-o-aplikacji-mobywatel> (dostęp: 27.12.2022 r.).

³ Dalej zamiennie: UE.

⁴ Dalej zamiennie: AI (ang. Artificial Intelligence).

zagadnień powiązanych z cyfryzacją oraz cyberbezpieczeństwem, do których to zagadnień bezsprzecznie sztuczna inteligencja się zalicza.

Transformacja cyfrowa to jeden z kluczowych elementów unijnego rozwoju gospodarczego oraz unijnej autonomii strategicznej⁵. Nowe technologie, jeśli jeszcze nie są, to mogą być wykorzystywane w teoretycznie każdym aspekcie naszego życia. Państwa członkowskie UE dostrzegają możliwość podniesienia poziomu życia społeczno-gospodarczego poprzez cyfryzację obszarów takich jak praca, edukacja, ekologia, gospodarka, zdrowie i wiele innych. Podkreślenia wymaga fakt, że taka transformacja cyfrowa musi chronić wartości Unii Europejskiej, prawa podstawowe oraz bezpieczeństwo obywateli⁶. Jednym ze sposobów zapewnienia bezpieczeństwa obywateli jest tak zwany pakiet „*e-evidence*”⁷, który ma być odpowiedzią na rosnącą liczbę przestępstw popełnianych przy użyciu technologii. Głównym przedmiotem pakietu „*e-evidence*” jest elektroniczny materiał dowodowy, zwany również dowodem cyfrowym bądź dowodem elektronicznym. Może nim być w szczególności wiadomość e-mail, treść audiowizualna, informacja o koncie internetowym użytkownika. Dowody elektroniczne stają się kluczowym narzędziem w walce z przestępczością. Wynika to właśnie z rozwoju cyfrowego i wspomnianego wyżej przeobrażenia w społeczeństwo informacyjne, które wykorzystuje nowe technologie w codziennym życiu. Obecnie dane cyfrowe wykorzystuje się w 85% dochodzeń i śledztw⁸, a zatem działania mające na celu usprawnienie oraz ujednolicenie pozyskiwania i wykorzystywania takiego materiału dowodowego w postępowaniu przygotowawczym czy sądowym należy ocenić pozytywnie.

Poza pakietem „*e-evidence*” prowadzone są działania, które mają na celu dalszą cyfryzację systemów sądownictwa. Cyfryzacja ta polega m.in. na prowadzeniu postępowań sądowych drogą cyfrową, komunikacji elektronicznej między stronami, stosowaniu wideoprzesłuchań i wideokonferencji. Wśród technologii na których może opierać się cyfrowy wymiar sprawiedliwości (w tym organy ścigania) znajduje się właśnie tytułowa sztuczna inteligencja. To ten rodzaj technologii wydaje się być najbardziej kontrowersyjny w szczególności przy rozpatrywaniu tego zagadnienia w kontekście praw człowieka.

⁵ *Cyfrowa przyszłość Europy*, <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/a-digital-future-for-europe/> (dostęp: 27.12.2022 r.)

⁶ *Ibidem*.

⁷ Do pakietu „*e-evidence*” zalicza się w szczególności rozporządzenie o europejskich nakazach wydania i zabezpieczenia elektronicznego materiału dowodowego w sprawach karnych oraz dyrektywa o mianowaniu przedstawicieli prawnych do celów gromadzenia dowodów na potrzeby postępowań karnych. Oba te akty są na etapie procesu legislacyjnego (stan na 18.01.2023 r.).

⁸ Łatwiejszy dostęp do dowodów elektronicznych – skuteczniejsza walka z przestępczością, <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/e-evidence/>, dostęp: 27.12.2022.

W dalszej części opracowania zostanie zatem przedstawiona perspektywa rozwoju sztucznej inteligencji w prawie karnym w odniesieniu do poszanowania praw człowieka. Naturalną konsekwencją takiego problemu badawczego będzie próba odpowiedzi na pytania czy prawa człowieka są determinantą zastosowania sztucznej inteligencji w prawie karnym? Czy powinny być? Jakich korzyści obywatele mogą się spodziewać jeśli sztuczna inteligencja będzie wykorzystywana przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości? Ponadto wskazane zostaną niebezpieczeństwa związane ze stosowaniem AI w procesie karnym dla praw podstawowych, co pozwoli nie tylko na wypracowanie odpowiedzi na wyżej postawione pytania, ale także na sformułowanie postulatów w zakresie dalszych działań państw członkowskich Unii Europejskiej dotyczących rozwoju i wykorzystania sztucznej inteligencji.

SZTUCZNA INTELIGENCJA W PRAWIE KARNYM A PRAWA CZŁOWIEKA

1. Problemy definicyjne sztucznej inteligencji

Wielokrotnie wspomniany w niniejszym opracowaniu coraz szybciej postępujący rozwój nowych technologii, a także zaawansowana działalność cyberprzestępców skłania do podejmowania zdecydowanych działań, które uwzględniłyby wykorzystanie sztucznej inteligencji na potrzeby wymiaru sprawiedliwości w rozumieniu zapobiegania oraz zwalczania przestępczości *in genere*. Zwolennicy takiego stanowiska powołują się przy tym m.in. na możliwość poprawy identyfikacji podejrzanych i ofiar, a także lepszą ocenę ryzyka. Jednakże dokonując analizy omawianego zjawiska z innej perspektywy należy zwrócić uwagę na fakt, iż wykorzystanie sztucznej inteligencji w sprawach karnych przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości może wiązać się z szeregiem naruszeń praw człowieka zagwarantowanych zarówno w prawie krajowym jak i międzynarodowym. Niniejszy rozdział zostanie zatem w pełni poświęcony sztucznej inteligencji – jej charakterystyce, korzyściom oraz niebezpieczeństwom wynikającym z jej zastosowania w wymiarze sprawiedliwości w sprawach karnych.

Chociaż współcześnie coraz częściej możemy spotkać się ze sztuczną inteligencją, która stwarza ogromne możliwości dla usprawniania lub upraszczania wielu obszarów naszego życia, to niemożliwe jest określenie czym ta sztuczna inteligencja tak naprawdę jest. Wydaje się, że wszelkie próby skazane są na niepowodzenie, między innymi dlatego, że „wkładając” sztuczną

inteligencję w ramy definicyjne skazalibyśmy się na zamknięcie w pewnych granicach. Wynika to przede wszystkim z tego, że dziedzina cyberbezpieczeństwa jest dziedziną, która rozwija się bardzo szybko i nie sposób wprowadzić takich definicji, które byłyby cały czas aktualne i nie wymagałyby szybkich zmian. Nie ulega wątpliwości, że duży wpływ na taką postać rzeczy mają coraz to nowsze formy cyberprzestępczości. Wszelkie definicje odnoszące się do nowych technologii muszą odpowiadać pojawiającym i rozwijającym się zagrożeniom. Nie wydaje się również, aby wielokrotna nowelizacja była rozwiązaniem satysfakcjonującym wszelkie zainteresowane rozwojem sztucznej inteligencji strony. Prawo powinno być bowiem tworzone na jak najdłuższy okres, nie zakładając od razu potrzeby nowelizacji procedowanych przepisów w przyszłości. Inne podejście może spowodować spadek pewności prawa, a także jego zupełności i stabilności. Co jednak wymaga podkreślenia, to fakt, że w wielu aktach dotyczących nowych technologii przewidziana jest procedura tzw. „przeglądu” aktu prawnego pod względem tego na ile rozwiązania w nim przyjęte w dalszym ciągu spełniają swoje przeznaczenie. Jest to zatem kolejny – poza szerokimi definicjami – środek, który ułatwia wprowadzanie w życie przepisów dotyczących cyfryzacji.

W przedmiocie stanowienia prawa warto podnieść jeszcze jedno zagadnienie. Nie ulega bowiem wątpliwości, że obecnie proces legislacyjny jest długi, a to z kolei nie sprzyja dziedzinom takim jak nowe technologie. Już teraz głównym zarzutem co do cyfryzacji oraz wykorzystania sztucznej inteligencji pozostaje nienadążanie prawa za ową cyfryzacją. Długość procesu legislacyjnego jest główną determinantą opisywanego nienadążania. Niekiedy próba uregulowania jakiegoś obszaru z zakresu nowych technologii rozkłada się w czasie na tyle, że dany obszar zdąży się rozwinąć, a wobec tego procedowana regulacja jest już nieaktualna i niepotrzebna w chwili jej wejścia w życie⁹. Tempo zachodzących zmian technologicznych zauważalne jest również na poziomie unijnym. Widoczne są ponadto wyzwania, z jakimi wiąże się rozwój sztucznej inteligencji oraz jej coraz bardziej powszechne zastosowanie w wielu sektorach, również tych kluczowych dla funkcjonowania państwa. Chcąc zapewnić bezpieczeństwo obywateli Unii Europejskiej, pewność prawa, poszanowanie wartości, praw podstawowych i zasad unijnych, zaczęto prowadzić prace nad aktem, który miałby dokonać harmonizacji bądź ujednoczenia przepisów regulujących wykorzystywanie sztucznej inteligencji. Takim aktem jest m.in.

⁹ K. Kozioł, *Czy prawo może nadążyć za cyfryzacją?*, <https://www.biznesprawo.com/prawo-moze-nadazyc-cyfryzacja/> (dostęp: 28.12.2022 r.)

projekt rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniające niektóre akty ustawodawcze Unii¹⁰.

W świetle powyższego stanu rzeczy Komisja Europejska opisała¹¹ sztuczną inteligencję ogólnie jako szybko rozwijającą się grupę technologii, które muszą przyczyniać się do wielu korzyści ekonomicznych, społecznych we wszystkich gałęziach przemysłu i obszarach działalności gospodarczej. Technologia ta może obejmować techniki uczenia maszynowego, rozumowania symbolicznego i różnych metod wyszukiwania. Jednakże, dnia 6 grudnia 2022 r. Rada UE przyjęła wspólne stanowisko w sprawie Aktu o sztucznej inteligencji¹², gdzie postanowiono sztuczną inteligencję zdefiniować jako system, który zaprojektowano do działania w sposób częściowo autonomiczny i który w oparciu o dane i informacje dostarczone maszynowo lub przez człowieka, wnioskuje w jaki sposób osiągnąć zadany zestaw celów – z wykorzystaniem technologii uczenia się maszyn lub metod opartych na logice i wiedzy i który generuje wyniki takie jak treści, przewidywania, zalecenia lub decyzje, wpływające na środowiska z którymi system ten wchodzi w interakcję. Znacznie rozbudowano zatem definicję sztucznej inteligencji w stosunku do brzmienia jakie zaproponowano w pierwotnej wersji projektu rozporządzenia. Dokonano tego najprawdopodobniej w celu jasnego odróżnienia jej od bardziej klasycznych systemów oprogramowania. Co jednak warto podkreślić, nadal jest to definicja na tyle szeroka, aby mogła uwzględniać rozwój technologiczny.

2. Zastosowanie sztucznej inteligencji w prawie karnym oraz pozytywne aspekty tego zjawiska

Możliwości zastosowania sztucznej inteligencji w prawie karnym, w szczególności w zakresie jej wykorzystywania przez organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości są potencjalnie nieograniczone. Wszędzie tam, gdzie używa się systemów teleinformatycznych możliwe jest wdrożenie rozwiązań opartych na sztucznej inteligencji, które stanowiłyby pewnego rodzaju ulepszenie

¹⁰ COM/2021/206 final, dalej: Akt o sztucznej inteligencji.

¹¹ Motyw 3 Aktu o sztucznej inteligencji.

¹² *Akt o sztucznej inteligencji: Rada apeluje o bezpieczną sztuczną inteligencję zgodną z prawami podstawowymi*, <https://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/> (dostęp: 28.01.2023 r.)

systemów podstawowych na których opiera się m.in. sądownictwo¹³. Nowe technologie w wymiarze sprawiedliwości mogą dotyczyć na przykład procedury przydzielania spraw sędziom, sprawdzać pisma procesowe pod względem tego czy zachodzą w nim braki formalne, analizować materiał dowodowy, a nawet szerzej – mogą prognozować recydywę, formułować orzeczenia oraz uzasadnienia.

Sztuczna inteligencja w prawie karnym jest tematem kontrowersyjnym. Wynika to z faktu, że prawo karne dotyka najbardziej wrażliwej sfery jednostki – jej praw i wolności. Decydując się na wprowadzenie sztucznej inteligencji do prawa karnego w postaci stosowania rozwiązań na niej polegających przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości niezbędna jest świadomość, że pomimo wielu pozytywnych aspektów tego zjawiska podstawowe prawa człowieka, określone zarówno w aktach międzynarodowych jak i krajowych takich jak Konstytucja¹⁴, mogą ulec naruszeniu.

Obecnie jesteśmy świadkami upowszechniania się przetwarzania i analizy danych przez sztuczną inteligencję, dokonano skoku naprzód w jej rozwoju i uczyniono ją tym samym strategiczną technologią XXI wieku. W procesie karnym wpływać ona może korzystnie na wydajność, dokładność, a także wygodę prowadzenia postępowania¹⁵. Dzięki jej zastosowaniu zwiększają się możliwości w dziedzinie ścigania przestępstw, usprawniania metod pracy organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości oraz skuteczniej można zwalczać niektóre rodzaje przestępstw. Przykład może stanowić chociażby niegodziwe wykorzystywanie dzieci w celach seksualnych o czym mowa jest między innymi w obecnych aktach unijnych¹⁶ oraz tych projektowanych¹⁷ gdzie przewiduje się skanowanie wiadomości poszukujących nadużyć skierowanych przeciwko dzieciom. Warto jednak podkreślić, że takie działanie budzi wątpliwości w kontekście zagwarantowania i poszanowania prawa do prywatności, tajemnicy

¹³ M. Bartoszek, *Zastosowanie sztucznej inteligencji w sądownictwie w świetle zasady skutecznej ochrony sądowej*, Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis 2022, vol. 11 (1), s. 11.

¹⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483

¹⁵ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 6 października 2021 r. w sprawie sztucznej inteligencji w prawie karnym i jej stosowania przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (2020/2016(INI)), Dz. Urz. UE C.2022.132.17 z 24.03.2022, lit. A.

¹⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, Dz. Urz. UE L 335/1 z 17.12.2011.

¹⁷ Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego przepisy mające na celu zapobieganie niegodziwemu traktowaniu dzieci w celach seksualnych i jego zwalczanie, COM/2022/209 final.

korespondencji czy wolności komunikowania się. Skanowane byłyby bowiem wszystkie wiadomości w celu zlokalizowania potencjalnych naruszeń.

Sztuczna inteligencja może znaleźć zastosowanie w prawie karnym także poprzez wykorzystanie technologii rozpoznawania twarzy. Polega ona na automatycznym przetwarzaniu obrazów cyfrowych zawierających wizerunek poszczególnych osób w celu identyfikacji lub weryfikacji za pomocą szablonów twarzy¹⁸. W zastosowaniu przez organy ścigania najczęściej przyjmuje postać bazy danych zawierających zdjęcia podejrzanych, oskarżonych, skazanych ale również ofiar przestępstw czy osób zaginionych. Taka technologia zwiększa skuteczność identyfikacji m.in. ofiar handlu ludźmi. System ten wiązać się może jednak z wieloma negatywnymi skutkami dla ochrony praw człowieka, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania. Ponadto wprowadzając AI do procesu karnego z całą pewnością można opracować system prognozowania w rozumieniu przewidywania przestępczości oraz określenia obszarów szczególnie narażonych na przestępczość, co może być szczególnie przydatne przy podejmowaniu działań prewencyjnych. Pozytywnego aspektu wykorzystania sztucznej inteligencji w prawie karnym można doszukać się także w tym, iż wszelkie usprawnianie systemów teleinformatycznych oparte na AI będzie skutkowało przyspieszeniem postępowania. Skorzystają na tym obywatele, którym zależy na sprawnym rozpatrzeniu sprawy jak i prokuratorzy oraz sędziowie, którzy często są obciążeni nadmiarem spraw.

Wspomniany powyżej model prognozowania przestępczości oraz określenia obszarów szczególnie narażonych na przestępczość funkcjonuje w Stanach Zjednoczonych gdzie wykorzystuje się system¹⁹ mający służyć ocenie ryzyka ponownego złamania prawa przez oskarżonego w procesie karnym. System ten pozwala ocenić ryzyko recydywy i tym samym ma wspomagać sędziego przy podejmowaniu decyzji m.in. co do wydania wyroku w zawieszeniu²⁰.

Systemem opartym na sztucznej inteligencji może być także system wydawania wyroków przez sędziów AI. Zwraca się niekiedy uwagę na to, że tacy sędziowie mogą być bardziej sprawiedliwi niż sędziowie-ludzie, ponieważ człowiek nigdy nie jest wolny od swoich przekonań – jest to bowiem naturalna cecha każdego człowieka²¹. Brak przekonań i emocji właściwy dla

¹⁸ M. Frączak, *Technologia rozpoznawania twarzy. Jakie mamy prawa?*, <https://www.poli-tykabezpieczenstwa.pl/pl/a/technologia-rozpoznawania-twarzy-jakie-mamy-prawa> (dostęp: 29.12.2022 r.).

¹⁹ COMPAS – Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions.

²⁰ M. Bartoszek, *op. cit.*, s. 12.

²¹ M. Dargas-Draganik, *Wykorzystanie sztucznej inteligencji w postępowaniach sądowych na przykładzie Chin i Estonii*, Gdańskie Studia Azji Wschodniej 2022, nr 22, s. 96.

sztucznej inteligencji mogłby zatem przyczynić się do lepszego wypełniania zasady obiektywizmu w postępowaniu.

Na marginesie należy wspomnieć, iż sztuczna inteligencja zaczyna stawiać pierwsze kroki również w sądownictwie cywilnym. W 2019 roku pojawiła się informacja na temat podejmowania przez Estonię działań mających na celu wprowadzenie do wymiaru sprawiedliwości robota-sędziego, który miałby rozstrzygać spory dotyczące roszczeń o wartości poniżej 7000 euro²². Informacja ta została jednak zdementowana przez estońskie Ministerstwo Sprawiedliwości w lutym 2022 roku. Resort wydał oświadczenie, iż nie prowadzi się prac nad takim projektem, który w rezultacie miałby zastąpić sędziów będących ludźmi. Zwrócono jednak uwagę to, że poszukiwane są środki oparte na sztucznej inteligencji i innych nowych technologiach, które zmniejszą administracyjną pracę w sądzie. Nie wyklucza się jednak wprowadzenia w przyszłości rozwiązań AI, które wspomagałyby pracę sędziów i urzędników sądowych²³. Nie ulega zatem wątpliwości, że sztuczna inteligencja może przyczynić się do zmniejszenia obciążeń administracyjnych, co z pewnością przełoży się pozytywnie na przywoływaną powyżej szybkość postępowania czy to w procesie administracyjnym, cywilnym czy karnym.

3. Zagrożenia wynikające z zastosowania sztucznej inteligencji w prawie karnym

Pomimo wyżej wspomnianych pozytywnych aspektów coraz powszechniejszego zastosowania AI w prawie karnym, które miałyby ułatwiać zapobieganie i zwalczanie przestępczości, wykorzystanie sztucznej inteligencji do celów egzekwowania prawa i wymiaru sprawiedliwości może jednak mieć negatywne skutki, które będą zagrażały prawom podstawowym. Szczególnie wrażliwe na naruszenia są prawa takie jak wspomniane w niniejszym opracowaniu prawo do prywatności, tajemnicy korespondencji, prawo do niedyskryminacji, do ochrony danych osobowych, prawo do wolności wypowiedzi oraz

²² M. Krawczyk, *Będą nas sędzić roboty. Estonia stawia na sztuczną inteligencję w wymiarze sprawiedliwości*, <https://wszystkoconajwazniejsze.pl/pepites/estonia-stawia-na-sztuczna-inteligencje-w-wymiarze-sprawiedliwosci/> (dostęp: 10.01.2023 r.).

²³ *Estonia does not develop AI Judge*, <https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge?fbclid=IwAR2IAuduqASFxYUIvb9Rbeec3mh1GQII6kthYzkLNPFVRmVfNxf4mYZHsx4> (dostęp: 10.01.2023 r.).

prawo do rzetelnego procesu sądowego²⁴.

To na co warto zwrócić szczególną uwagę, to fakt, że systemy, które w głównej mierze polegają na sztucznej inteligencji, gromadzą bardzo wiele wrażliwych danych. Opisywane narzędzia obsługiwane są w zdecydowanej większości przez podmioty prywatne. Z tego względu to twórcy systemów sztucznej inteligencji mają wpływ na ich działanie, a sądy nie mają nad nimi pełnej kontroli. W związku z tym należy postawić w tym miejscu pytanie – gdzie jest zasada niezawisłości sędziowskiej w podejmowaniu decyzji jeśli ma na nią wpływ algorytm sztucznej inteligencji, który bazuje na danych do niej wprowadzonych²⁵? Jak sędzia ma również uzasadnić wyrok jeśli został on wydany na podstawie danych systemu bazującego na sztucznej inteligencji. Wyłania się zatem obraz głównego niebezpieczeństwa jakim jest brak transparentności systemów, z których korzystają bądź korzystać miałyby m.in. sądy, policja czy prokuratura. Powiązane jest to ze zjawiskiem „*black boxes*”.

„*Black box*” – w tłumaczeniu „czarna skrzynka” – to określenie modelu funkcjonowania sztucznej inteligencji, który nie zawiera informacji o tym jak owa sztuczna inteligencja osiągnęła postawiony przed nią cel. Nie jest jasne w jaki sposób podjęta została ostateczna decyzja, ani jakie zachodziły mechanizmy, które doprowadziły do jej wydania. To co jest możliwe do ustalenia to dane wejściowe oraz wynik działań. Model funkcjonowania sztucznej inteligencji oparty na czarnej skrzynce jest obecnie coraz częściej wykorzystywany do podejmowania decyzji, które mają poważne konsekwencje społeczne. Powoduje to problemy m.in. w sądownictwie karnym. Model czarnej skrzynki charakteryzuje się zatem brakiem transparentności i przewidywalności²⁶. Nie jest możliwe dokonanie audytu takiego systemu, bowiem człowiekowi nie są znane żadne podstawy sprawdzalności poprawności wyników dostarczanych przez sztuczną inteligencję w tej formie.

W kontekście systemów opartych na czarnej skrzynce warto wrócić do wspomnianego w poprzednim podrozdziale systemu prognozowania recydywy. Przede wszystkim należy wskazać, że ocena ryzyka według programu stosowanego w Stanach Zjednoczonych Ameryki oparta jest na danych grupowych, przez co nie jest całkowicie miarodajna dla jednostki. Może to dyskryminować pewne grupy i doprowadzić do sytuacji w której jednostka może

²⁴ *Sztuczna inteligencja w prawie karnym*, Posiedzenie plenarne – pierwsza sesja październikowa w 2021 r. Parlament Europejski.

²⁵ M. Bartoszek, *op.cit.*, s. 15-16.

²⁶ C. Rudin, *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, Nature machine intelligence 2019, nr 1, s. 206.

zostać pozbawiona szansy na wyrok w zawieszeniu tylko dlatego, że grupa obejmująca dane obywatelstwo czy kolor skóry ma wyższy wskaźnik recydywy. Pytania w formularzu na którym bazuje system dotyczą również historii kryminalnej członków rodziny, a także liczby przestępstw popełnianych w sąsiedztwie. W związku z tym, jeśli system taki oparty jest na technologii czarnej skrzynki, nie ma możliwości aby ustalić jak rzetelne są wyniki owej decyzji. Uzasadnieniem decyzji, która przewiduje wysoki poziom popełnienia przestępstwa w przyszłości może być rasa danej osoby bądź zamieszkiwanie w miejscu w którym przeważają mieszkańcy określonej rasy. To właśnie zarzuty dotyczące dyskryminacji rasowej formułowane są przeciwko wykorzystywaniu opisywanego systemu COMPAS. W doktrynie wskazuje się jednak, że system powszechnie używany w USA może mieć niewiele wspólnego z technologią czarnej skrzynki, choć faktycznie decyzje formułowane przy jego pomocy mogą mieć charakter dyskryminacyjny. Jego poważną wadą jest także fakt, że nie różnicuje on „wagi” przestępstwa²⁷ i w związku z tym prognozuje prawdopodobieństwo recydywy nie biorąc pod uwagę np. stopnia społecznej szkodliwości. Na problem systemów opartych na czarnej skrzynce uwagę zwraca Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej podkreślając, że skuteczny dostęp do wymiaru sprawiedliwości oznacza możliwość skutecznego podważania decyzji. Aby skutecznie podważyć decyzje wydane przez AI ludzie muszą mieć świadomość i wiedzę w jaki sposób sztuczna inteligencja działa. Proces podejmowania decyzji powinien być zatem jasny dla odbiorcy²⁸.

Kolejnym problemem powiązanim z wdrażaniem sztucznej inteligencji do procesu wydawania orzeczeń w sprawach karnych jest wyposażenie systemów sztucznych sędziów w obszerną ilość danych na podstawie których tacy sędziowie mogliby wydawać wyroki. Wynika to z tego, że twórcy systemu opartego na sztucznej inteligencji muszą opracować konkretny algorytm, który umożliwi nauczenie się przepisów, analizy stanu faktycznego, materiału dowodowego, a następnie zajmie się subsumpcją przepisów²⁹ do konkretnego stanu faktycznego oraz będzie umożliwiał poprawne wyciąganie wniosków ze wszystkich posiadanych w konkretnej sprawie danych. Budzi to wątpliwości z przynajmniej dwóch względów. Po pierwsze nie jest jasne na jakich danych taki algorytm miałby zostać opracowany tj. na jakich danych system AI miałby się uczyć. Nauka jest również procesem ciągłym, a to oznaczałoby, że

²⁷ *Ibidem*, s. 208.

²⁸ Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, *Naprawić przyszłość – sztuczna inteligencja a prawa podstawowe – podsumowanie*, Luksemburg 2021, s. 13.

²⁹ M. Dargas-Draganik, *op.cit.*, s. 96-97.

wydawane orzeczenia mogłyby nie zapewniać należytej powagi oraz poprawności, co jest niezwykle ważne z punktu widzenia wymiaru sprawiedliwości, bowiem wyroki w Polsce wydawane są w imieniu Rzeczypospolitej Polskiej, a ich poprawność wzbudza w obywatelach zaufanie zarówno do władzy publicznej jak i organów wymiaru sprawiedliwości. Ponadto wzbudza poczucie pewności, sprawiedliwości oraz bezpieczeństwa. Kolejną kwestią jest natomiast ochrona danych przekazywanych do systemu w taki sposób, aby nie zostały naruszone przysługujące jednostkom prawa podstawowe.

Warte uwagi jest również zastępowanie sędziów sztuczną inteligencją w Chinach. W związku z coraz bardziej powszechnym wdrażaniem sztucznej inteligencji w tym państwie, co przejawia się m.in. w sugerowaniu przez AI zmiany prawa, sporządzaniu projektów pism procesowych czy w powiązaniu systemów sztucznej inteligencji z chińskim systemem zaufania społecznego, dochodzi do sytuacji, w której sędziowie-ludzie muszą tłumaczyć się sztucznej inteligencji z tego, że orzekli niezgodnie z jej rekomendacją. Sąd Najwyższy w Chinach orzekł, iż w każdej sprawie sędziowie muszą konsultować się ze sztuczną inteligencją przed wydaniem orzeczenia oraz złożyć pisemne wyjaśnienie, jeśli nie zgadzają się z orzeczeniem zaproponowanym przez system. Takie rozwiązanie powinno budzić zdecydowany sprzeciw zarówno społeczeństwa jak i środowiska prawniczego gdyż wydaje się zbyt głęboko ingerować w niezależność i niezawisłość, a także prawa procesowe. Analogiczne naruszenia występują w związku z powiązaniem systemów sztucznej inteligencji z systemem zaufania społecznego. Dzięki takiemu powiązaniu AI może wymierzać kary np. w postaci odmowy możliwości zakupu biletów lotniczych czy kolejowych. Chińscy naukowcy zwracają uwagę, że przy takim kierunku rozwoju sztucznej inteligencji władza sądownicza ulega erozji, a ludzie będą stopniowo tracić wolną wolę, swoje uprawnienia, aż w końcu będą rządzeni przez maszyny³⁰.

4. Prawa człowieka jako determinanta rozwoju sztucznej inteligencji?

Powyższe rozważania zmierzają zatem ku jednemu kierunkowi – prawom człowieka i ich gwarancji. Świadomość zagrożenia dla praw i wolności człowieka na skutek rozwoju sztucznej inteligencji zdaje się stanowić

³⁰ *China uses AI to 'improve' courts – with computers 'correcting perceived human errors in a verdict' and judges forced to submit a written explanation to the machine if they disagree*, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-11010077/Chinese-courts-allow-AI-make-rulings-charge-people-carry-punishments.html>, (dostęp: 19.02.2023 r.).

najważniejszy punkt w dyskursie prawniczym w tej dziedzinie³¹. Podrozdział traktujący o zagrożeniach zastosowania AI w prawie karnym stanowi podstawę do przyjęcia tezy, iż rozwój sztucznej inteligencji w prawie karnym może negatywnie wpłynąć na prawa człowieka i ich ochronę. W niniejszym rozdziale zostanie zatem poruszona kluczowa kwestia tj. jakie są perspektywy rozwoju sztucznej inteligencji w prawie karnym przy obowiązku poszanowania praw człowieka, a tym samym czy prawa człowieka są determinantą tego rozwoju.

Pomoc w odpowiedzi na powyżej postawione pytanie pojawia się w szczególności na poziomie Unii Europejskiej. Parlament Europejski w rezolucji dotyczącej wykorzystania sztucznej inteligencji w prawie karnym zaznaczył, że sztuczna inteligencja powinna być narzędziem służącym dla dobra człowieka i zwiększać bezpieczeństwo ludzi. Podstawowe prawa i wolności powinny być zagwarantowane przez cały cykl życia sztucznej inteligencji i powiązanej z nią technologii. To człowiek ma być stawiany w centrum uwagi i jego prawa powinny być respektowane. Parlament Europejski zwraca również uwagę na to, że w celu zagwarantowania praw człowieka konieczne jest jednolite uregulowanie wykorzystywania sztucznej inteligencji w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Spory co do tego czy systemy oparte na sztucznej inteligencji i wykorzystywane w prawie karnym mogą naruszać prawa człowieka pojawiają się również w gruncie amerykańskim. Nie jest to nic szczególnie zaskakującego biorąc pod uwagę, że to właśnie tam opisywane systemy rozwijają się najszybciej. Na uwagę zasługują dwa wyroki – *Loomis v. Wisconsin*³² (2016) oraz *Kansas v. Walls*³³ (2017). Pierwszy z nich dotyczy przywoływanego kilkakrotnie systemu prognozowania recydywy COMPAS. Loomis został zidentyfikowany przez system jako osoba wobec której istnieje wysokie ryzyko ponownego popełnienia przestępstwa w przyszłości. Na tej podstawie sąd I instancji odrzucił wniosek o zwolnienie warunkowe. Po zaskarzeniu orzeczenia Sąd Najwyższy w Wisconsin zdecydował, że postanowienie o odmowie warunkowego zwolnienia nie zostało wydane wyłącznie na podstawie rekomendacji algorytmu COMPAS, a zatem prawo do sprawiedliwego i rzetelnego procesu nie zostało naruszone. W przypadku drugiej sprawy – *Kansas v. Walls* Sąd Apelacyjny Stanu Kansas dokonał innych spostrzeżeń. Stwierdził bowiem,

³¹ P. Księżak, *My, Naród? Konstytucjonalizacja sztucznej inteligencji, czyli o potrzebie przemodelowania założeń ustrojowych*, Przegląd Sejmowy 2021, nr 4 (165), s. 72.

³² *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749, Wisconsin Supreme Court (Wis. 2016).

³³ *State of Kansas v. John Keith Walls*, 116,027, The Court of Appeals of the State of Kansas (2017).

iz oskarżony musi mieć dostęp do kompletnej diagnostycznej oceny ryzyka recydywy opartej m.in. na poziomie przestępczości na danym obszarze, jeśli decyzja o warunkach zawieszenia została oparta o wynik takiej oceny dokonanej przez system. Nieprzedstawienie pełnych informacji zdaniem Sądu jest równoznaczne z ograniczeniem prawa do obrony, bowiem oskarżony nie ma możliwości zakwestionowania wyniku przedstawionego przez system³⁴. Naruszenie prawa do obrony oskarżonego będzie z kolei wpływać na prawo do sprawiedliwego procesu. Pojawia się zatem problem powiązany z pewnością prawa i ochroną obywateli na skutek zróżnicowanego orzecznictwa. Z obu orzeczeń wynika jednak, że sztuczna inteligencja przede wszystkim nie powinna być jedyną podstawą rozstrzygnięcia, a ponadto rozstrzygnięcie oparte o sztuczną inteligencję powinno być dla strony zrozumiałe, a sposób wnioskowania transparentny.

Wszelkie systemy oparte na sztucznej inteligencji powinny być godne zaufania, co świadczy o tym, że nie mogą mieć charakteru dyskryminacyjnego. Decyzje podejmowane przez systemy muszą być bezpieczne, wytłumaczalne i przejrzyste. Konieczne jest zagwarantowanie, że decyzje te będą szanować autonomię człowieka i jego prawa podstawowe. Unia Europejska zwraca szczególną uwagę, że wykorzystanie AI może przynieść wiele korzyści na gruncie procedury karnej. Wielokrotnie podkreślano w przedmiotowym opracowaniu, iż AI może usprawnić metody pracy organów ścigania, przyczynić się do skuteczniejszego zwalczania określonych rodzajów przestępstw³⁵. To z kolei doprowadzi do celu, który Unii Europejskiej przyświeca od lat – zwiększy bezpieczeństwo i ochronę obywateli UE, rozwinie Przestrzeń Wolności, Bezpieczeństwa i Sprawiedliwości.

W doktrynie prawniczej zaczynają być formułowane pewne postulaty, czy też dyrektywy adaptacyjne AI w użytku praktycznym, które są skutkiem możliwej kolizji systemów opartych na sztucznej inteligencji z prawami człowieka. Dyrektywy te określają możliwy rozwój sztucznej inteligencji i przybierają formę negatywną tj. niedopuszczalne jest oddawanie AI do użytku praktycznego, która narusza w jakikolwiek sposób prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, z zastrzeżeniem normatywnie przewidzianych wyjątków. Analogiczne dyrektywy tyczą się prawa do ochrony danych osobowych, wolności wyrażania opinii, prawa do niedyskryminacji, a nawet przewiduje się dyrektywę ogólną o niedopuszczalności oddawania AI do użytku praktycznego jeśli

³⁴ A. Završnik, *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*, ERA Forum 2020, s. 573-574.

³⁵ Rezolucja Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 grudnia 2022 r. lit. F-H.

narusza w jakikolwiek sposób inne wolności i prawa człowieka³⁶. Analiza tego zagadnienia sprowadza się zatem do postawienia kilku tez, a więc że w dobie zaawansowanego i ciągłego postępu technologicznego konieczne jest podejście do sztucznej inteligencji i nowych technologii, które respektuje wolności i prawa każdego człowieka. Ponadto produkty AI powinny być dostosowane do zasad uznawanych przez ludzi, a także prawa człowieka powinny stanowić doniosłą rolę jeśli chodzi o kryteria dopuszczalności rozwoju sztucznej inteligencji w powszechnym zastosowaniu³⁷.

Wydaje się, iż nie ma jednoznacznej odpowiedzi na to, czy prawa człowieka są determinantą rozwoju sztucznej inteligencji w prawie karnym, ani czy powinny nią być. Z całą pewnością Unia Europejska podkreśla, że wszelkie działania wykorzystujące nową technologię powinny odbywać się w poszanowaniu praw człowieka, w tym domniemania niewinności, prawa do obrony czy sprawiedliwego procesu, a stosowanie sztucznej inteligencji, które jest niezgodne z prawami podstawowymi powinno zostać zakazane³⁸. Z drugiej strony niektórych działań nie da się podejmować nie naruszając choćby minimalnie tych praw podstawowych. Takim przykładem jest wspomniane skanowanie wiadomości przeciwko prawu do prywatności gdzie celem nadrzędnym jest ochrona małoletnich przed seksualnym wykorzystaniem w Internecie. W mojej ocenie jednak każdą decyzję o skutkach prawnych lub równoważnych musi zawsze podejmować człowiek. Proces podejmowania decyzji powinien być również dokonywany indywidualnie dla każdej sprawy, nie powinien bazować na wynikach grupy do której może należeć podejrzany. Jednakże nie powinniśmy całkowicie ze sztucznej inteligencji rezygnować, a raczej posługiwać się nią na tyle na ile jest to proporcjonalne do określonego celu, a tym samym nie wykracza poza „dozwolony margines naruszeń” praw podstawowych wynikający z samej natury prawa.

PODSUMOWANIE

Zmierzając ku podsumowaniu rozważań będących przedmiotem niniejszego opracowania warto przyrzeć się działalności badawczej dotyczącej owego zagadnienia prowadzonej w Instytucie Wymiaru Sprawiedliwości. Badania polsko-węgierskiej platformy w tej dziedzinie pokazały, że są obszary,

³⁶ B. Oreżniak, *Prawa człowieka jako determinanta sztucznej inteligencji? Propozycja kryteriów i dyrektyw zastosowania sztucznej inteligencji do użytku praktycznego*, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, legalis.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Rezolucja Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 grudnia 2022 r. pkt 2.

w których już teraz można stosować sztuczną inteligencję zarówno w sektorze prywatnym jak i w administracji publicznej. Jest to jednak możliwe wyłącznie w obszarach, które nie wiążą się z wysokim ryzykiem naruszenia danych o charakterze wrażliwym. O potrzebie rozwoju sztucznej inteligencji w prawie karnym wypowiada się także prof. Agnieszka Gryszyńska, która kieruje powyższym projektem badawczym dotyczącym sztucznej inteligencji. Jej zdaniem możliwe jest wykorzystanie AI w postępowaniu przygotowawczym procesu karnego. Upatruje pozytywne aspekty w szczególności w przygotowaniu przez sztuczną inteligencję projektu aktu oskarżenia, który później podlegałby zatwierdzeniu przez prokuratora. Podobnie prof. wypowiedziała się na temat wykorzystania AI w tworzeniu alertów postępowań tego samego czynu w cyberprzestępczości. Takie wykorzystanie sztucznej inteligencji bardzo ułatwiłoby pracę prokuratury³⁹.

Sztuczna inteligencja w prawie karnym zasługuje na rozwój także przy wydawaniu wyroków, choć w ograniczonym zakresie. Złotym środkiem pomiędzy zastąpieniem sędziego-człowieka i ryzykiem naruszania praw człowieka, a odciążeniem go i przyspieszeniem postępowania mogłyby być mechaniczne wyroki np. w rozumieniu wyroków łącznych. Współcześnie procedura ta jest niezwykle zawiła, wymaga współpracy często różnych miejscowo sądów, obliczania lat, wypisywania dat, czynów, rodzaju kar oraz czasu ich wykonywania. Nie należy zapominać także o obowiązku sprawdzenia stanu prawnego w oparciu o który należy wydać wyrok łączny. W tym zakresie mógłby więc powstać system zintegrowany z innymi, już funkcjonującymi systemami, które posiadają wszystkie dane niezbędne do wydania takiego wyroku. System oparty na sztucznej inteligencji zbierałby te dane i na ich podstawie przedstawiał sędziemu propozycję wyroku łącznego po zastosowaniu zasady absorpcji, asperacji czy kumulacji⁴⁰. Takie wykorzystanie sztucznej inteligencji oraz kontrola sędziego pozytywnie wpłynęłaby zarówno na szybkość postępowania poprzez zmniejszenie obciążeń administracyjnych, ale także poprzez zmniejszenie obciążenia sędziego. W przypadku wyroków łącznych nie chodzi bowiem o materiał dowodowy, stan faktyczny i wszelkie inne kwestie powiązane z postępowaniem przygotowawczym czy postępowaniem głównym. Jest to procedura bazująca wyłącznie na wydanych już wcześniej orzeczeniach,

³⁹ *Sztuczna inteligencja i ochrona osób starszych*, <https://iws.gov.pl/sztuczna-inteligencja-i-ochrona-osob-starszych/> (dostęp: 12.01.2023 r.).

⁴⁰ M. Kotalczyk, *Sztuczna inteligencja w służbie polskiego sądu – propozycje rozwiązań*, Iustitia 2021, nr 2, s. 61 i 66.

wobec tego wydaje się, że możliwa jest jej automatyzacja, która nie godziłaby w prawa podstawowe.

Niezależnie od powyższego należy pamiętać, że wykorzystywanie mechanizmów AI w prawie karnym jest o tyle niebezpieczne, że decyzje, które zapadają w toku procesu karnego mogą wywoływać długotrwałe konsekwencje dla życia i wolności poszczególnych osób. Zatem należy się zastanowić, czy na tak wrażliwym gruncie jakim jest prawo karne, nie lepiej i bezpieczniej byłoby korzystać z systemów sztucznej inteligencji wyłącznie o charakterze pomocniczym, a nie zastępującym prokuratora czy sędziego. Możliwości zastosowania sztucznej inteligencji są niesamowicie szerokie, o czym świadczy przykładowy katalog wyszczególniony w rezolucji Parlamentu Europejskiego i Rady. Do katalogu tego należy m.in. identyfikacja ofiar handlu ludźmi, zautomatyzowane rozpoznawanie tablic rejestracyjnych, identyfikacja głosu, technologia czytania z ruchu warg, nasłuch, zaawansowane narzędzia autopsji wirtualnej pomagające ustalić przyczynę zgonu, monitorowanie mediów społecznościowych, zautomatyzowane systemu dozoru⁴¹. O ile część z tych systemów w dalszym ciągu może wchodzić w kolizję z niektórymi prawami człowieka, o tyle nie prowadzi do tak dotkliwych konsekwencji jakimi z pewnością są systemy zastępujące sędziego albo wspomagające przy orzekaniu o wymiarze kary bądź warunkowym umorzeniu postępowania czy przedterminowym zwolnieniu z odbycia reszty kary pozbawienia wolności. Nie wydaje się być prawidłowe myślenie, iż realne jest zatrzymanie rozwoju systemów sztucznej inteligencji wykorzystywanej w wymiarze sprawiedliwości. To na co jednak trzeba zwrócić uwagę to fakt, że jedną z ważniejszych ról przy decydowaniu o ingerencji w prawa człowieka stanowi proporcjonalność, konieczność i adekwatność podejmowanych działań i tym należy się kierować przy rozwijaniu sztucznej inteligencji w prawie karnym. Odrębną kategorią jest oczywiście wprowadzenie takich zabezpieczeń technicznych, aby zminimalizować bądź całkowicie wykluczyć podatność na ataki, które mogłyby doprowadzić do zanieczyszczenia danych, a przez to całego algorytmu, który np. prognozuje recydywę. W przypadku, gdy decyzje wydawane są przez sztuczną inteligencję w I instancji, obowiązkowo w razie wniesienia środka odwoławczego powinien sprawę rozpatrzyć człowiek. Tylko w ten sposób możliwe byłoby zagwarantowanie prawa do skutecznego środka odwoławczego, rzetelnego procesu karnego oraz prawa do obrony.

⁴¹ Rezolucja Parlamentu Europejskiego i rady z 6 grudnia 2022 r. lit. M.

Na koniec raz jeszcze warto podkreślić, że wykorzystanie sztucznej inteligencji w prawie karnym ma w sobie bardzo duży potencjał. Może stanowić remedium na wiele problemów z jakimi wymiar sprawiedliwości się zmagają. Z uwagi jednak na znaczne ryzyka z jakimi wiąże się wykorzystanie AI w tym obszarze rozwój sztucznej inteligencji w prawie karnym powinien podlegać zastrzonym wymogom prawnym o charakterze obligatoryjnym na co zwraca się uwagę w Białej Księdze AI⁴².

Sztuczna inteligencja ma szansę na rozwój w prawie karnym i bezsprzecznie powinna go mieć z racji tego, że cyfryzacja będzie postępować w każdym aspekcie życia. Wymiar sprawiedliwości w sprawach karnych składa się z tak wielu pomniejszych dziedzin, że z całą pewnością znajdzie się miejsce na usprawnienie przynajmniej kilku z nich. Przykładem takiej perspektywy rozwoju są wspomniane wyżej mechaniczne wyroki łączne, sporządzanie aktów oskarżenia, projektów pism i nie tylko. Unia Europejska i państwa członkowskie powinny zadbać o wprowadzenie skutecznych systemów rozliczalności w celu monitorowania systemów AI oraz w celu skutecznego reagowania na ich negatywny wpływ na prawa podstawowe⁴³. Wszystko sprowadza się zatem do tego, żeby sztuczna inteligencja rozwijana i wykorzystywana była dla dobra człowieka, a nie kosztem jego praw i wolności.

BIBLIOGRAFIA

Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, *Naprawić przyszłość – Sztuczna Inteligencja a prawa podstawowe – podsumowanie*, Luksemburg 2021.

Akt o sztucznej inteligencji: Rada apeluje o bezpieczną sztuczną inteligencję zgodną z prawami podstawowymi, <https://www.consilium.europa.eu/pl/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/> (dostęp: 28.01.2023 r.)

Bartoszek M., *Zastosowanie sztucznej inteligencji w sądownictwie w świetle zasady skutecznej ochrony sądowej*, *Folia Iuridica Universitatis Wratislaviensis* 2022, vol. 11 (1).

China uses AI to 'improve' courts – with computers 'correcting perceived human errors in a verdict' and judges forced to submit a written explanation to the machine

⁴² M. Dymitruk, *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości?*, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, legalis.

⁴³ Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej, *Naprawić przyszłość – Sztuczna Inteligencja a prawa podstawowe – podsumowanie*, Luksemburg 2021, s.8.

if they disagree, <https://www.dailymail.co.uk/news/article-11010077/Chinese-courts-allow-AI-make-rulings-charge-people-carry-punishments.html>, (dostęp: 19.02.2023 r.)

Cyfrowa przyszłość Europy, <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/a-digital-future-for-europe/> (dostęp: 27.12.2022 r.).

Dargas-Draganik M., *Wykorzystanie sztucznej inteligencji w postępowaniach sądowych na przykładzie Chin i Estonii*, Gdańskie Studia Azji Wschodniej 2022, nr 22.

Dymitruk M., *Sztuczna inteligencja w wymiarze sprawiedliwości?*, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, legalis.

Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, Dz. Urz. UE L 335/1 z 17.12.2011.

Estonia does not develop AI Judge, <https://www.just.ee/en/news/estonia-does-not-develop-ai-judge?fbclid=IwAR2IAuduqASFxYUIvb9Rbeec3mh1GQII6kthYzkLNPFVRmVfNxf4mYZHsx4> (dostęp: 10.01.2023 r.).

Frączak M., *Technologia rozpoznawania twarzy. Jakie mamy prawa?*, <https://www.politykabezpieczenstwa.pl/pl/a/technologia-rozpoznawania-twarzy-jakie-mamy-prawa> (dostęp: 29.12.2022 r.).

Golka M., *Czym jest społeczeństwo informacyjne?*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2005, r. LXVII, z. 4.

Komitet Rady Ministrów ds. Cyfryzacji przyjął ustawę o aplikacji mObywatel, <https://www.gov.pl/web/cyfryzacja/komitet-rady-ministrow-ds-cyfryzacji-przyjal-ustawe-o-aplikacji-mobywatel> (dostęp: 27.12.2022 r.).

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r. nr 78, poz. 483.

Kotalczyk M., *Sztuczna inteligencja w służbie polskiego sądu – propozycje rozwiązań*, *Iustitia* 2021, nr 2.

Kozioł K., *Czy prawo może nadążyć za cyfryzacją?*, <https://www.biznesprawo.com/prawo-moze-nadazyc-cyfryzacja/> (dostęp: 28.12.2022 r.).

Krawczyk M., *Będą nas sądzić roboty. Estonia stawia na sztuczną inteligencję w wymiarze sprawiedliwości*, <https://wszystkoconajwazniejsze.pl/pepites/estonia-stawia-na-sztuczna-inteligencje-w-wymiarze-sprawiedliwosci/> (dostęp: 10.01.2023 r.).

Książak P., *My, Naród? Konstytucjonalizacja sztucznej inteligencji, czyli o potrzebie przemodelowania założeń ustrojowych*, Przegląd Sejmowy 2021, nr 4 (165).

Łatwiejszy dostęp do dowodów elektronicznych – skuteczniejsza walka z przestępczością, <https://www.consilium.europa.eu/pl/policies/e-evidence/> (dostęp: 27.12.2022 r.)

Oreżniak B., *Prawa człowieka jako determinanta sztucznej inteligencji? Propozycja kryteriów i dyrektyw zastosowania sztucznej inteligencji do użytku praktycznego*, [w:] *Prawo sztucznej inteligencji*, red. L. Lai, M. Świerczyński, Warszawa 2020, legalis.

Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego zharmonizowane przepisy dotyczące sztucznej inteligencji (Akt w sprawie sztucznej inteligencji) i zmieniającego niektóre akty ustawodawcze Unii, COM/2021/206 final.

Projekt Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiającego przepisy mające na celu zapobieganie niegodziwemu traktowaniu dzieci w celach seksualnych i jego zwalczanie, COM/2022/209 final.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 6 października 2021 r. w sprawie sztucznej inteligencji w prawie karnym i jej stosowania przez policję i organy wymiaru sprawiedliwości w sprawach karnych (2020/2016(INI)), Dz. Urz. UE C.2022.132.17 z 24.03.2022, lit. A.

Rudin C., *Stop explaining black box machine learning models for high stakes decisions and use interpretable models instead*, Nature machine intelligence 2019, nr 1.

State of Kansas v. John Keith Walls, 116,027, The Court of Appeals of the State of Kansas (2017).

State v Loomis, 881 N.W.2d 749, Wisconsin Supreme Court (Wis. 2016).

Sztuczna inteligencja i ochrona osób starszych, <https://iws.gov.pl/sztuczna-inteligencja-i-ochrona-osob-starszych/> (dostęp: 12.01.2023 r.).

Sztuczna inteligencja w prawie karnym, Posiedzenie plenarne – pierwsza sesja październikowa w 2021 r. Parlament Europejski.

Završnik A., *Criminal justice, artificial intelligence systems, and human rights*, ERA Forum 2020.

PROSPECTS FOR THE DEVELOPMENT OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE IN CRIMINAL LAW IN TERMS OF RESPECT FOR HUMAN RIGHTS

Abstract: The application of artificial intelligence in the field of security and justice can facilitate the work of the authorities in criminal matters. The accelerating development of new technologies and the activities of cybercriminals are prompting efforts that would take into account the use of artificial intelligence for justice in the sense of preventing and fighting crime. Proponents of such a position cite the possibility of improving the identification of suspects and victims and better risk assessment. On the other hand, the use of AI in criminal cases may involve a number of violations of human rights. Particular attention in this context should be paid to the right to non-discrimination, the right to the protection of personal data, the right to private life and freedom of expression, and the right to a fair trial including the right to defence. In this paper, the author addresses the issue of a possible collision between AI and human rights, aiming to answer the question whether human rights are a determinant of the application of artificial intelligence in criminal law? Should they be? What benefits can citizens expect from this use? The dangers will also be indicated. The author, by means of a theoretical analysis of national and international legal norms, draws attention to the need for closer cooperation of the European Union Member States in the field of the use of AI in the criminal proceedings. Bearing in mind that AI-based solutions can offer great opportunities in the field of law enforcement, it is necessary to establish a clear model for activities using this technology to ensure respect for fundamental rights. However, an increasing number of states are using the new technology for surveillance of citizens and drawing discriminatory conclusions. This study therefore aims to identify prospects for the development of artificial intelligence in criminal law drawing also on solutions adopted in other countries.

Keywords: Artificial intelligence, criminal law, human rights, criminal procedure, European Union, new technologies, digitalisation

ISBN 978-83-67527-84-2