

Niniejszy materiał został opublikowany 22 lipca 2016 r. w postaci preprintu na stronie internetowej < www.czpk.pl/preprinty > pod pozycją **3/2016**. Preprint można cytować z powołaniem się na nr pozycji w wydaniu internetowym. Wersja podstawowa tekstu ukaże się drukiem w zeszycie 3/2016 Czasopisma Prawa Karnego i Nauk Penalnych w trzecim kwartale 2016 r. Zob. < www.czpk.pl/zeszyty >.

Preprint został opublikowany przed opracowaniem redakcyjnym: korektą, redakcją językową i adiustacją tekstu oraz przed jego korektą autorską. Autor oświadcza, że bierze odpowiedzialność za wszystkie błędy (merytoryczne, językowe i inne) znajdujące się w niniejszej wersji tekstu.

PREPRINT

Kamil Mamak¹

Zakaz korzystania z serwisów społecznościowych. Propozycja wprowadzenia nowego środka karnego

Wstęp

Wskazuje się, że pojawienie się Internetu miało dla przeciętnego obywatela taką doniosłość jak pojawienie się przed wiekami druku, zyskał on dzięki niemu tani i szybki sposób na komunikowanie się z dowolnego miejsca na świecie². Sprawił on, że nastąpiło przewartościowanie kanonów w dziedzinie wolności wypowiedzi co skutkowało wystąpienia prawdziwego pluralizmu idei, co było niemożliwe za czasów tradycyjnych mediów³.

Wśród wielu możliwości jakie daje Internet prym wiodą serwisy społecznościowe⁴. Stały się one nieodłącznymi elementami życia społecznego. Służą do utrzymywania kontaktów, dzielenia się swoimi przeżyciami, ale niestety także do popełniania przestępstw. Prawo stanowione ma tę właściwość, że z opóźnieniem reaguje na zmieniającą się rzeczywistość społeczną, nie inaczej jest w zakresie prawa karnego. Opóźnienie nie jest

¹ Doktorant w Katedrze Filozofii Przyrody UPJPII w Krakowie.

² B. Woźniak, *Internetowy czat w świetle prawa karnego*, Prok. i Pr. 2011, nr 1, s. 86.

³ A. Młynarska-Sobaczewska, *Wolność wirtualnej wypowiedzi*, PiP 2008, nr 2, s. 48.

⁴ W niniejszej pracy zamiennie będą używane zwroty „serwis społecznościowy”, „strona społecznościowa” i „portal społecznościowy”.

czymś jednak co da się całkowicie wyeliminować. Po pierwsze nowa technologia musi się upowszechnić, a po drugie jej konsekwencje nie zawsze są oczywiste na początku jej rozwoju⁵. Wydaje się jednak, że kodeks karny w niewystarczającym zakresie uwzględnia rolę serwisów społecznościowych jaką obecnie pełnią wśród uczestników obrotu prawnego. Niniejszy artykuł stanowi próbę zmiany tego stanu rzeczy poprzez propozycję wprowadzenia do katalogu środków karnych zakazu korzystania z takich serwisów.

Artykuł stanowi zachętę do podjęcia dyskusji nad koniecznością (bądź nie) uwzględniania w kodeksie karnym zmieniających się pod wpływem technologii przyzwyczajęń społeczeństwa. Dla ułatwienia dyskusji zaprezentowano gotowy projekt proponowanych zmian, jak i rozważono argumenty wspierające i osłabiające omawiane stanowisko. Wskazanie konkretnego rozwiązania ułatwia prowadzenie dyskusji, bowiem stanowić może punkt zaczepienia do krytyki, która niezbędna jest do wypracowania optymalnego rozwiązania legislacyjnego.

Pomysł ten wpisuje się także w oczekiwania jakie przedstawiają przedstawiciele zawodów prawniczych wyrażonych w badaniach przeprowadzonych przez M. Malezini. W kwestionariuszu badań zadała m.in. pytanie o ocenę obecnego katalogu środków karnych przez przedstawicieli zawodów prawniczych – sędziów i prokuratorów. Na pytanie o to czy istnieje potrzeba wprowadzenia nowych środków karnych do kodeksu karnego 68,7% odpowiedziało pozytywnie⁶. Wśród proponowanych odpowiedzi znalazł się „zakaz korzystania z sieci Internet czy z komputera”⁷. Oznacza to, że idea wprowadzenia zakazu dużo mocniej ingerującego w wolności obywatelskie także ma swoich reprezentantów.

Portal społecznościowy (ang. *social networking servis*) zgodnie ze Słownikiem Języka Polskiego PWN to „serwis internetowy współtworzony przez społeczność internautów o podobnych zainteresowaniach, który umożliwia kontakt z przyjaciółmi i dzielenie się informacjami, zainteresowaniami itp.”⁸. D. M. Boyd i N. B. Ellison wskazują, na trzy składowe definicji serwisów społecznościowych opartych na stronach internetowych: (1) możliwość tworzenia publicznych, lub częściowo publicznych profili; (2) możliwość tworzenia połączeń z innymi użytkownikami, z którymi dzieli się treści; (3) możliwość przeglądania list połączeń swoich i innych użytkowników⁹. Przykładami najpopularniejszych

⁵ J. van Dijk, *Spoleczne aspekty nowych mediów. Analiza społeczeństwa sieci*, tł. J. Konieczny, Warszawa 2010, s. 180.

⁶ M. Malezini, *Środki karne jako instrument polityki kryminalnej*, Białystok 2013, s. 251.

⁷ *Ibidem*.

⁸ sjp.pwn.pl/szukaj/portal-spo%C5%82eczno%C5%9Bciowy.html, dostęp z dnia 10.06.2016 r.

⁹ D. M. Boyd, N. B. Ellison, *Social Network Sites: Definition, History, and Scholarship*, *Journal of Computer-Mediated Communication* 2008, nr 13, s. 211.

serwisów społecznościowych są Facebook, Ask.fm, Instagram, Google+, kiedyś MySpace, czy wschodzący na rynkach azjatyckich polski serwis Finspi.com¹⁰. Do tej listy można dodać jeszcze polski serwis nk.pl (dawniej nasza-klasa.pl), który jednak odnotował znaczny spadek liczby użytkowników. W 2010 r. była to 3 najpopularniejsza strona w Polsce i lider serwisów społecznościowych, a obecnie, zgodnie z badaniami firmy Alexa, plasuje się dopiero na 55 miejscu wśród najpopularniejszych witryn w Polsce¹¹.

Internet jako miejsce popełniania przestępstw

Duża część aktywności ludzkiej odbywa się w Internecie i skupia się wokół portali społecznościowych, potwierdzają to badania, które wskazują, że aż 91% populacji USA w przedziale wiekowym 15-34 lat korzysta z portalu Facebook¹². Inne badania pokazują, że przeciętny użytkownik tego serwisu w USA przeznaczają na jego przeglądanie 40 minut na dobę¹³. Biorąc pod uwagę, że jest to wartość średnia wydaje się, że dość pokaźna grupa osób młodych spędza na jego korzystanie istotną część swojego dnia. Te dane można zestawić ze strukturą wieku polskich przestępców – wśród odbywających karę pozbawienia wolności w 2014 r. prawie 58% osób było w wieku pomiędzy 17 a 36 rokiem życia¹⁴. Nie będzie więc nadużyciem wyrażenie przypuszczenia, że w związku z tak dużą ilością czasu spędzanego w Internecie, wśród rozlicznych form aktywności dużej części społeczeństwa znajdują się też przykłady działalności o zabarwieniu przestępczym. Internet z racji na interaktywność, względną anonimowość i globalny charakter jest idealnym nośnikiem wzorów zachowań wszelkich grup marginalnych społecznie¹⁵. Facebook jako narzędzie, za pomocą którego popełnia się przestępstwa nie jest także zupełnie nieznanym zjawiskiem dla Polskiego wymiaru sprawiedliwości, świadczą o tym tytuły artykułów prasowych: „Wyrok dla pisarza za znieważenie Polski na Facebooku?”¹⁶; „Ponad dwa lata więzienia za groźby na Facebooku”¹⁷; „Zbigniew Stonoga usłyszy zarzuty za znieważenie prezydenta”¹⁸, „Pójdzie

¹⁰<http://innpoland.pl/125835,kto-nie-ryzykuje-szampana-nie-pije-polski-startup-podbija-szturmem-azjatycki-rynek>, dostęp z dnia 10.06.2016 r.

¹¹<http://www.alexa.com/topsites/countries:1/PL>, dostęp z dnia 10.06.2016 r.

¹²<http://expandedramblings.com/index.php/by-the-numbers-17-amazing-facebook-stats/>, dostęp z dnia 10.06.2016 r.

¹³<http://www.bloomberg.com/news/articles/2014-07-23/facebook-posts-second-quarter-revenue-profit-topping-estimates>, dostęp z dnia 9.01.2016 r.

¹⁴ Statystyki Służby Więziennej za 2014 r. dostępne na stronie: <http://sw.gov.pl/Data/Files/001c169lidz/rok-2014.pdf>, dostęp z dnia 10.02.2016 r.

¹⁵ A. Adamski, *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, Prok. i Pr. 2003, nr 9, s. 60.

¹⁶ <http://www.wprost.pl/ar/437571/Wyrok-dla-pisarza-za-zniewazenie-Polski-na-Facebooku/>, dostęp z dnia 10.01.2016 r.

¹⁷ <http://www.wirtualnemedial.pl/artykul/ponad-dwa-lata-wiezienia-za-grozby-na-facebooku>, dostęp z dnia 10.01.2016 r.

siedzieć za groźby na Facebooku”¹⁹; „Skazano opolanina za znieważenie kontrolerów MZK na Facebooku”²⁰.

Wskazana powyżej istotna rola portali społecznościowych dla współczesnego człowieka pozwala na co najmniej podjęcie rozważań nad możliwością włączenia ich w system prawa karnego i wykorzystania ich do ukształtowania właściwej reakcji karnej. Portale społecznościowe – niezależnie od tego czy zauważa je ustawodawca czy nie – i tak są obecne w obrazie polskiej przestępczości. Jak wskazano powyżej część przestępstw jest popełniania z ich użyciem. Propozycja zawarta w niniejszym opracowaniu ogranicza się do skonstruowania nowego środka karnego, jednak możliwe są także inne sposoby wykorzystania potencjału jaki znajduje się w popularności serwisów społecznościowych.

Propozycja legislacyjna

Jak wskazano już w tytule niniejszego opracowania, proponowane rozwiązanie miałyby być kolejnym środkiem karnym znajdującym się w katalogu art. 39 k.k. Zgodnie z logiką obecnie ukształtowanego wyliczenia środków karnych, postulowany środek powinien być dodany po punkcie 2e – byłby to punkt 2f o treści „zakaz korzystania z internetowego serwisu społecznościowego”. Doprecyzowanie środka powinno znaleźć miejsce w art. 41d:

41d. § 1. Zakaz korzystania z internetowego serwisu społecznościowego obejmuje zakaz rejestrowania, logowania oraz publikowania treści na wskazanym przez sąd serwisie.

§ 2. Sąd może orzec zakaz korzystania z serwisu społecznościowego, w razie skazania za przestępstwo godzące w dobra osobiste popełnione za pośrednictwem serwisu społecznościowego.

Byłoby to więc rozwiązanie zawsze fakultatywne i od decyzji sądu zależałoby, czy w konkretnej sprawie go zastosuje. Dyskrecjonalność sądu konieczna jest chociażby z tego powodu, że czasami znieważający wpis czy groźby kierowane za pośrednictwem portali internetowych mają charakter jednorazowy i zakazanie korzystania z portali osobie, która na co dzień nie korzysta z Internetu nie miałoby większego znaczenia. Środki karne mają dostosować reakcję karną do konkretnego sprawcy i stosowane powinny być tylko wtedy, kiedy przynieść mogą pokładane w nich nadzieje.

¹⁸ <http://wiadomosci.radiozet.pl/Wiadomosci/Kraj/Zbigniew-Stonoga-uslyszy-zarzut-za-zniewazenie-prezydenta-00016369>, dostęp z dnia 10.01.2016 r.

¹⁹ <http://kobieta.dziennik.pl/twoje-emocje/artykuly/157869,pojdzie-siedziec-za-grozby-na-facebooku.html>, dostęp z dnia 10.01.2016 r.

²⁰ http://opole.wyborcza.pl/opole/1,35114,15333991,Skazano_opolanina_za_zniewazenie_kontrolerow_MZK_na.html#ixzz3wUB6K6Ld, dostęp z dnia 10.01.2016 r.

Ograniczenie jego stosowania do przestępstw popełnionych przeciwko dobrom osobistym ma na celu wyłączenie możliwości jego stosowania przy przestępstwach przeciwko dobrom abstrakcyjnym, przy tzw. przestępstwach bez ofiar. Chodzi o to, aby każdorazowo sąd na szali ważył naruszone dobro konkretnego człowieka będącego pokrzywdzonym z jednej strony, które zostało przez przestępstwo naruszone, a pozbawieniem skazanego (w pewnym zakresie) prawa do wypowiedzi.

Użyci analogicznego sformułowania występuje w obecnie obowiązującym kodeksie karnym przy instytucji czynu ciągłego. Na gruncie tego przepisu wskazuje się, że należy go rozumieć w powiązaniu z wypracowaną na gruncie kodeksu cywilnego przy interpretacji art. 23 k.c.²¹ Chodzi więc o ochronę dóbr, które stanowią przedmiot ochrony przy typach czynów zabronionych skierowanych przeciwko „dobrom ściśle osobistym, jak życie, zdrowie, wolność, cześć, nietykalność cielesna”²².

Postulowany środek powinien także uwzględniać serwis za pomocą którego do przestępstwa doszło. Z racji na dość dużą dynamikę popularności portali społecznościowych w ustawie karnej nie powinien znajdować się ich katalog i dopiero sąd na bazie konkretnej sprawy powinien uwzględnić w orzeczeniu ten portal, który faktycznie został użyty. Podając przykłady, sąd będzie mógł zakazać korzystania z serwisu Facebook osobie, która w komentarzu zawarła groźbę bezprawną (art. 190 § 1 k.k.), czy z serwisu nk.pl, na którym opublikowano film znieważający inną osobę (art. 216 § 1 k.k.).

Proponowane rozwiązanie łączy portal, z którego nie będzie można korzystać, z tym, który został użyty do popełnienia przestępstwa. Rozszerzenie zakazu na inne portale byłoby wątpliwe w kontekście konstytucyjnie chronionej wolności słowa, jednak w tym względzie uwagi znajdują się poniżej.

Dopełnieniem proponowanych zmian jest określenie zakresu czasowego na jaki nowy środek karny może zostać orzeczony. Wydaje się, że nie powinien być to okres zbyt długi i powinien wynosić maksymalnie dwa lata. O powodach tak organicznego zakresu czasowego i argumentach przemawiających za tym w dalszej części niniejszej pracy.

W tym miejscu należy także rozważyć, czy proponowanego zakazu nie dałoby się wyinterpretować z istniejących obecnie przepisów. Można by się zastanowić, czy nie można by tutaj tak zinterpretować art. 72 § 1 pkt 7, czyli „powstrzymanie się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach”. Ewentualne pole do interpretacji dotyczy sformułowania „miejsca”, wszak w języku potocznym mówimy także o „miejscu” w sieci.

²¹ P. Kardas [w:] A. Zoll (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I.*, Warszawa 2012, s. 215.

²² zob. wyrok SN z 26 marca 1999 r., IV KKN 28/99, LEX nr 37938, Prok.i Pr.-wkł. 1999/10/2.

Jednak przepis ten należy odczytywać w kontekście *ratio legis* jakie wiązało się z jego wprowadzeniem. M. Budyn-Kulik wskazuje, że było to próba ograniczenia dostępu do osób małoletnim pedofilom²³. Chodzi o fizyczny kontakt, a więc także o fizyczne miejsce. D. Szeleszczuk wprost wskazuje, że zwrot ten powinien być rozumiany jako „wyodrębniona część jakiejś przestrzeni, na której coś się znajduje”²⁴. O fizycznym charakterze tego rozumienia świadczą podane przez wskazanego autora przykłady jak szkoły podstawowe, dyskoteki i pływalnie²⁵.

Prawo karne jako *ultima ratio* powinno wchodzić w grę dopiero wtedy, gdy inne regulacje zawodzą. W zakresie ochrony czci i dobrego imienia nie sposób ominąć regulacji z art. 24 § k.c.²⁶, który określa zasady odpowiedzialności za naruszenie dóbr osobistych innych osób. W wyroku SO we Wrocławiu z dnia 27 marca 2014 r.²⁷ sąd odnosił się do żądania zawartego w pozwie, w którym domagano się m.in. usunięcia konta na portalu pozwanego. Sąd uznał jednak, że byłoby to naruszenie zagwarantowanej konstytucyjnie wolności słowa. Należy w tym miejscu jednak zauważyć, że rola procesu karnego jest inna. Celem kar nie jest zadośćuczynienie powstałej cywilistycznej szkodzi. Wskazuje się nawet, że publikowanie treści nieprawdziwych i krzywdzących przynosi niepowetowane straty, których nie można naprawić żadnymi późniejszymi przeprosinami czy oświadczeniami²⁸. Celem środka karnego w głównej mierze jest represja, a nie ochrona dóbr osobistych pokrzywdzonego. Wprawdzie zdarzenie, w którym dobra te zostały naruszone jest podstawą jego wymierzenia, to jednak charakter reakcji karnej jest inny. Złożenie pozwu i uzyskanie satysfakcjonującego rozstrzygnięcia w toku postępowania cywilnego nie musi iść w parze z brakiem reakcji karnej. Możliwość uzyskania „podobnego” rezultatu za pomocą różnych instrumentów prawnych, nie oznacza, że za tymi różnymi ścieżkami znajduje się podobne uzasadnienie.

Funkcje środków karnych

Proponowane rozwiązanie ma znaleźć się w katalogu środków karnych, które łącznie z karami stanowią narzędzia do ukształtowania właściwej reakcji karnej. M. Królikowski i R. Zawłocki wskazują, że czasami dla ukształtowania właściwej reakcji karnej, np. ze względu na specyficzne okoliczności popełnienia przestępstwa wymagają zastosowania dodatkowych

²³ M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 139.

²⁴ D. Szeleszczuk [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 367.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Ustawa z dnia z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks Cywilny, Dz. U. z 2016, Nr 380 tekst. jedn. ze zm., dalej k.c.

²⁷ I C 988/13, dostęp: <http://orzeczenia.wroclaw.so.gov.pl/>, dostęp z dnia 10.06.2016 r.

²⁸ A. Młynarska-Sobaczewska, *Wolność wirtualnej wypowiedzi*, PiP 2008, nr 2, s. 51.

instrumentów²⁹. Za W. Wróblem i A. Zollem można wyodrębnić następujące cztery główne funkcje środków karnych: represyjną, symboliczną, kompensacyjną i zabezpieczającą³⁰. Wprowadzenie nowego środka karnego powinno być uzależnione od wykazania spełniania chociażby części ze wskazanych funkcji, dlatego też proponowany zakaz zostanie przenalizowany pod tym kątem, choć ich faktyczna treść sprowadza się „do dodatkowej dolegliwości osobistej wymierzonej sprawcy przestępstwa”³¹.

Wydaje się, że nie budzi większych wątpliwości teza o spełnianiu przez zakaz korzystania z serwisu społecznościowych funkcji represyjnej. Ta funkcja zdaje się nawet dominować w proponowanym zakazie. Nastawiona jest na dodatkowe (obok kary) wyrządzenie dolegliwości sprawcy, dolegliwość środka jest uzależniona od intensywności czy sposobu korzystania przez sprawcę z portali społecznościowych. W sytuacji, gdy spędza on istotną część czasu w danym serwisie, to w takim wypadku orzeczenie takiego środka może być bardzo dolegliwe. W przypadku sprawcy, który większość czasu wolnego spędza będąc podłączonym do sieci, to kary takie jak grzywna czy ograniczenie wolności mogą jedynie w minimalnym zakresie wpłynąć na jego życie. O grzywnie można „zapomnieć” niemalże od razu po jej zapłaceniu, a nawet w przypadku najsurowszej wersji ograniczenia wolności z zastosowaniem dozoru elektronicznego³² sprawca będzie musiał więcej czasu przebywać w domu – a więc w dalszym ciągu będzie miał możliwość korzystania z Internetu (nawet w większym niż wcześniej zakresie). Dolegliwość płynąca z zakazu korzystania z serwisów społecznościowych zostanie w przypadku takiej osoby odebrana jako realna ingerencja w jej życie, będzie o niej pamiętać niemalże codziennie, gdyż zmienić się będą musiały przyzwyczajenia tej osoby.

W proponowanym w dalszej części pracy rozwiązaniu można także odnaleźć element funkcji symbolicznej, szczególnie gdy byłoby to połączone z podaniem wyroku do publicznej wiadomości. Państwo poprzez swoje orzeczenie wskazałoby, że społecznie potępiane są czyny popełniane za pośrednictwem portali społecznościowych, dając wyraz tego, że nie jest to wbrew temu co się niektórym użytkownikom życia społecznego może wydawać, strefa wolna od norm. Aspekt symboliczny byłby szczególnie obecny w początkowej fazie jego funkcjonowania.

²⁹ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 20-21.

³⁰ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 440.

³¹ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo...*, s. 21.

³² Po nowelizacji wchodzącej w życie 15 kwietnia 2016 r. wskazana forma ograniczenia wolności nie jest już możliwa. W zakresie kształtu kary ograniczenia wolności po 1 lipca 2015 r. por. T. Sroka, *Kara ograniczenia wolności* [w:] W. Wróbel, *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 83 - 154; K. Mamak, D. Zając, *Dozór elektroniczny* [w:] W. Wróbel, *Nowelizacja...*, s. 213 – 280.

Bez wątpienia widoczne są w tym rozwiązaniu także elementy funkcji zabezpieczającej. Osoba objęta zakazem, bez narażenia się na dodatkowe konsekwencje prawne, byłaby pozbawiona możliwości używania danego serwisu do popełniania kolejnych przestępstw. W sytuacji więc sprawcy, który używał serwisu Facebook do znieważania kibiców wrogiej drużyny, to w czasie obowiązywania zakazu straci on taką możliwość.

Wprawdzie ciężko odnaleźć w proponowanym środku karnym elementy kompensacji, ale także i tutaj pokrzywdzony może zostać usatysfakcjonowany wprowadzeniem tego zakazu. Nie będzie już niepokojony przez skazanego podczas swojej obecności na danym serwisie społecznościowym. Będzie to dla niego widoczny skutek ukarania za popełnione przez sprawcę przestępstwo i potwierdzenie, że prawo ma mechanizmy pozwalające kształtować rzeczywistość.

A. Marek i S. Waltoś wskazują, że środki karne można podzielić na takie, w których przeważa element represyjny, oraz takie, w których pierwszoplanową rolę pełni element prewencyjny, jednak według tych autorów, na ogół występują oba elementy jednocześnie³³. Jak z powyższych analiz wynika, postulowany środek karny wskazuje obie charakterystyki, a ponadto aż z nawiązką realizuje funkcje wymagane od środków karnych. Dzięki temu ma szansę na istotne uzupełnienie reakcji karnej o skuteczny sposób radzenia sobie z przestępczością internetową. Jednak to nie jedyne argumenty jakie można przedstawić za jego wprowadzeniem.

Zwiększenie standardu dyskusji w Internecie

A. Zoll uważa, że obecność w systemie prawnym przestępstwa zniesławienia (art. 212) sprzyja zachowaniu odpowiedniego poziomu debaty publicznej³⁴. O ile można uznać, że w debacie publicznej świadomość możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności za zniesławiające słowa rzeczywiście wpływa hamująco na język używany przez jej uczestników, to jednak w Internecie poczucie to jest rozluźnione. Dyskusja tocząca się w Internecie wydaje się dużo bardziej agresywna, niż ta którą na co dzień można obserwować w kontaktach bezpośrednich. Wskazuje się, że na zwiększenie agresji wpływają takie czynniki jak (złudna) anonimowość, fizyczny dystans czy użycie sprzętu do komunikacji (pośredniość kontaktu)³⁵. Świadczą o tym chociażby akcje społeczne mające na celu uświadomienie, że także w Internecie nie można bezkarnie obrażać innych ludzi, np. akcja Hejt Stop prowadzona

³³ A. Marek, S. Waltoś, *Podstawy prawa i procesu karnego*, Warszawa 1999, s. 126.

³⁴ A. Zoll, *Wykreślić art. 212 k.k.?*, Na wokandzie 1(11)/2012, s. 54.

³⁵ P. Wallace, *The psychology of the Internet*, Cambridge University Press, Nowy Jork 2016, s. 116 – 117.

jest pod hasłem „Hejt w sieci to przemoc słowna”³⁶. Proponowane rozwiązanie mogłoby wpłynąć pośrednio na podwyższenie standardów dyskusji, dałoby bowiem narzędzie do skutecznego eliminowania osób, które używają serwisów internetowych do popełniania przestępstw.

Nowy środek działałby nie tylko na jednostkę (o czym była mowa wcześniej), ale także na pozostałych uczestników życia społecznego. Zgodnie z „teorią rozbitych okien” brak reakcji na łamanie norm społecznych prowadzi do eskalacji bezprawia i wzrostu przestępczości³⁷. W przypadku agresji w Internecie brak prawnych konsekwencji i ciągła obecność osób, które nie stosują się do norm karnych może prowadzić do wyrobienia przekonania, że prawo nie obowiązuje, czego następstwem może być swoisty stan przyzwolenia dla słownej agresji. Reakcja karna w postaci zastosowania zakazu i wyłączenie z obrotu jednostek popełniających przestępstwa może więc przyczynić się do zwiększenia poziomu kultury dyskusji. Nie tylko będzie to następstwem wyeliminowania tych jednostek, ale także ich brak zwiększyć może kulturę języka pozostałych uczestników dyskusji, którzy do tej pory pozwalali sobie na używanie „mocniejszego” języka – właśnie ze względu na obserwowany stan braku egzekwowania przestrzegania norm. Stawiana więc jest teza, że wprowadzenie proponowanego środka karnego do kodeksu karnego może przyczynić się do podniesienia poziomu dyskusji w Internecie.

Sposoby egzekwowania

Wydawać się może, że najsłabszym elementem całej koncepcji jest możliwość wyegzekwowania funkcjonowania zakazu. Przecież obecnie prawie powszechny jest dostęp do Internetu i to za pomocą różnych urządzeń – komputerów osobistych, tabletów czy smartfonów. Nic więc łatwiejszego od korzystania z zakazanych serwisów wbrew orzeczonemu zakazowi, jednak w tym zakresie prawo nie jest bezsilne. Istnieją mechanizmy, które mogą pomóc wyegzekwować funkcjonowanie środka zakazu korzystania z serwisu społecznościowego.

Najdalej idącym rozwiązaniem byłoby poszerzenie katalogu z art. 244 k.k., który to statuuje odpowiedzialność karną za nieprzestrzeganie orzeczonych przez sąd zakazów lub nakazów. Sankcją za ich nieprzestrzeganie jest możliwość wymierzenia kary 3 lat pozbawienia wolności. W świetle tego przepisu skazany, który miałby orzeczony zakaz korzystania z Facebooka i w czasie obowiązywania tego zakazu opublikowałby jakąś treść na

³⁶ www.hejtstop.pl, dostęp z dnia 9.01.2016 r.

³⁷ Por. G. Kelling, C. Coles, *Fixing Broken Windows: Restoring Order and Reducing Crime in Our Communities*, Paperback, Nowy Jork 1998.

tym serwisie musiałyby się liczyć z bardzo daleko idącymi konsekwencjami, włącznie z bezwzględną karą pozbawienia wolności. Jest to bardzo surowa konsekwencja, jednak bez niej – w niektórych przypadkach - nie dałoby się wyegzekwować przestrzegania środków karnych.

Istotą korzystania z portali społecznościowych jest socjalny aspekt ich funkcjonowania i w tym zakresie to właśnie społeczeństwo mogłoby się włączyć w egzekwowanie zakazu. Próby obejścia zakazu byłyby szybko zauważone – szczególnie przez środowiska związane z pokrzywdzonym, które mając informację o skazaniu i treści zakazu monitorowałyby to, czy skazany przestrzega orzeczonego zakazu czy też nie. Z racji na to, że przestępstwo z art. 244 k.k. jest przestępstwem publicznoskarbowym, to każdorazowe podejrzenie, że skazany uchyla się od orzeczonego zakazu powinno być skontrolowane przez organy ścigania. W tym kontekście należy pamiętać o regulacji z art. 304 § 1 k.p.k., który nakłada „społeczny”³⁸ obowiązek informowania prokuratora lub Policji o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu.

Należy zauważyć, że nawet jeżeli skazany obchodziłby orzeczony zakaz poprzez założenie nowego konta i biernie obserwował zawarte w serwisie treści to i tak część celów środka karnego zostałyby osiągnięte. Osoba taka byłaby wyeliminowana z czynnego życia społecznego na wskazanym przez sąd portalu, a dodatkowo musiałaby mieć świadomość, że jeżeli jakiegokolwiek podejrzenia padną na nią – czy to w związku z nieprzestrzeganiem zakazu, czy w związku z innym toczącym się postępowaniem, to nawet ta bierna obecność może narazić na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej.

Omawiając problemy z możliwością egzekwowania zakazu korzystania z portali społecznościowych należy mieć na uwadze, że obecny system prawny nie wymaga dla funkcjonowania środków posiadania pewności możliwości jego wyegzekwowania. Jako przykład można podać zakaz opuszczania kraju (art. 277 § 1 k.p.k.), który jest jednym ze środków zabezpieczających prawidłowy przebieg postępowania karnego. Przecież w dobie obecności w Polsce w strefie Schengen i praktycznego braku kontroli na granicach państwo ma równie nikłe możliwości monitorowania czy oskarżony np. przekroczył granicę Polsko-Słowacką. Pomimo tych trudności zakaz ten w dalszym ciągu jest stosowany. Jego funkcjonowanie opiera się z jednej strony na autorytecie państwa, a z drugiej na możliwości

³⁸ P. Hofmański, S. Waltoś, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 236.

zastosowania dalej idącego środka zapobiegawczego – w tym nawet tymczasowego aresztowania, w sytuacji nieprzestrzegania się do zastosowanego środka³⁹.

Mając świadomość wystąpienia potencjalnych problemów z egzekwowaniem środka karnego w postaci zakazu korzystania z serwisów społecznościowych należy mieć na uwadze, że prawo zna mechanizmy mogące pomóc wyegzekwować omawiany zakaz oraz fakt, że brak jest 100% pewności możliwości jego egzekwowania nie stanowi przeszkody w możliwości jego wprowadzenia.

Ograniczanie wolności słowa

Obok celów jakie stawia przed środkami karnymi prawo karne są także inne ograniczenia przed wprowadzaniem nowych środków reakcji karnej. Wynikają one także z ustawy zasadniczej czy także przepisów prawa międzynarodowego. Z racji na to, że prawo karne ingeruje najmocniej w sferę prawa i wolności jednostki nakłada się na przepisy je opisujące największe obostrzenia. Jednym z nich jest konstytucyjna klauzula imitacyjna z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, co wynika wprost z niej samej, a pochodnie z art. 2 Konstytucji RP. W art. 31 ust. 3 Konstytucji wskazuje się, że *„Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności”*.

Ograniczenie wynikające ze wskazanej klauzuli imitacyjnej ma zastosowanie jedynie w przypadku ograniczania wolności i praw zagwarantowanych w Konstytucji RP. Bez wątplenia stworzenie instrumentu prawnego, który uniemożliwia wypowiedanie się obywatelem w wybranej przez niego formie dotyczy co najmniej jednej z nich – wolności słowa. Umocowanie konstytucyjne wolności słowa znajduje się w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP: *„Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji”*. Co więcej, normatywne potwierdzenie wagi wolności słowa znajduje potwierdzenie także na gruncie prawa międzynarodowego, m.in. w: art. 10 ust. 1 i 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, art. 19 powszechnej deklaracji praw człowieka oraz art. 19 międzynarodowego paktu praw obywatelskich i politycznych. Nie budzić powinno więc żadnych wątpliwości, że także możliwość pisania treści na portalach społecznościowych jest emanacją wolności słowa, która jest nieodzownie

³⁹ Por. K. Mamak, *Czy zakaz opuszczania kraju ma sens?* [w:] *Tymczasowe aresztowanie jako ultima ratio – poszukiwanie alternatywy*, red. Nycz P., Duszkiewicz R., Kraków 2011, s. 107 - 116.

związana jest z wolnością prasy (mediów)⁴⁰. Wskazuje się, że „[d]ywersyfikacja mediów na tradycyjne (prasa) oraz nowe (radio, telewizja, a dziś dodatkowo także Internet) spowodowała, że wolność słowa (wypowiedzi) obejmuje wszystkie możliwe do wyobrażenia formy przekazu”⁴¹.

Z jednej więc strony mamy aparat państwa i możliwość zakresowego wyłączenia wypowiedzenia się przez obywatela w związku z popełnieniem przez niego przestępstwa, a z drugiej mamy naruszone przez przestępstwa dobra prawne innych osób. Proponowane rozwiązanie legislacyjne wpisuje się w toczącą się dyskusję na styku konfliktu wartości jaką jest wolność słowa, a prawem jednostki do ochrony czci i dobrego imienia⁴². Sąd karny stojąc przed decyzją, czy zastosować omawiany środek musiałby położyć te wartości na szali. Za racji na to, że cześć, dobre imię i inne dobra osobiste także mają konstytucyjny rodowód rezultat tego procesu nie jest możliwy do ustalenia *a priori*. Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 18 lutego 2005 r.⁴³ odnosząc się do tej kolizji wskazał: „Prawo do wolności słowa i prawo do ochrony czci to prawa chronione na podstawie Konstytucji [...], umów międzynarodowych [...] oraz ustaw [...]. Jednakowa jest ranga obu praw i poziom udzielanej im ochrony, co oznacza, że żadnemu z nich nie można przyznać pierwszeństwa i żadne z nich nie ma charakteru absolutnego. Gdy podnosi się, że prawo do wolności wypowiedzi może w określonych sytuacjach podlegać ograniczeniom ze względu na inne prawa, należy pamiętać, iż w konkretnych okolicznościach może zdarzyć się, iż prawo do ochrony czci będzie musiało ustąpić przed innym prawem. W stanie takiej równowagi kolizja pomiędzy prawem do wolności słowa oraz prawem społeczeństwa do informacji, a prawem jednostki do ochrony czci będzie zawsze rozwiązywana w okolicznościach konkretnej sprawy.”

Wskazuje się ponadto, że wolność wypowiedzi nie ma absolutnego charakteru gdyż sama Konstytucja zawiera szereg przepisów, które ograniczają jej zakres⁴⁴. W kontekście omawianego tematu warto wskazać chociażby jej art. 30, który wspomina i nienaruszalnej godności człowieka czy nakaz nakaz poszanowania wolności i prawa innych wynikający z art. 31 ust. 1.

⁴⁰ W. Sokolewicz *Wolność prasy jako konstytucyjna zasada ustroju państwa*, *Ius Novum* 2008, nr 2, s. 6.

⁴¹ J. Szymanek, *Konstytucyjna zasada wolności słowa w radiofonii i telewizji*, *PiP* 2007, nr 8, s. 25-26.

⁴² Więcej w tym zakresie zob. A. Balon, *Granice między wolnością słowa i prawem do informacji a prawem jednostki do ochrony czci – wybrane zagadnienia*, *CZPKiNP* 2005, z. 2, s. 27 – 43.

⁴³ III CZP 53/04, OSNC 2005/7-8/114, Prok.i Pr.-wkł. 2005/7-8/47, OSP 2005/9/110, OSP 2005/12/144, Biul.SN 2005/2/10

⁴⁴ A. Ławniczak, *Komentarz do art.54 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, Haczkowska M. (red.), *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej*. Komentarz, LexisNexis, 2014, pub. el.

Co więcej, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 30 października 2006 r.⁴⁵ wskazał, że "[n]ależy uznać, że wolności i prawa wyrażające kwintesencję i stanowiące emanację godności człowieka, w tym cześć, dobre imię i prywatność (...), mogą zasługiwać na pierwszeństwo w kolizji z wolnością słowa oraz wolnością prasy i innych środków społecznego przekazu, a w konsekwencji prowadzić do ich ograniczenia, niezależnie od tego, że mają one nie tylko wymiar indywidualny, ale też ogólnospołeczny, jako gwarancje debaty publicznej niezbędnej w demokratycznym państwie prawnym". W tym samym wyroku wskazano ponadto, że „w świetle aktów prawa międzynarodowego - ochrona dobrego imienia przed «samowolnymi» atakami na dobre imię i cześć jest obowiązkiem władz publicznych, w tym ustawodawcy. A. Balon dodaje, że unormowania EKPCZ nie chronią w sposób nieograniczony „posługiwanie się językiem obelg, ponieważ takie zachowania nie przyczyniają się do politycznego rozwoju społeczeństwa”⁴⁶

Z powyższych uwag wynika więc, że wolność słowa nie ma absolutnego charakteru. J. Mrozek podkreśla, że „sens swobody wypowiedzi nie polega na tym, by nie spotkała się z żadnym oporem, ale by ów opór był możliwie łagodny”⁴⁷. M. Sawickie dodaje, że „Koegzystencja wolności wypowiedzi i ochrony innych praw i wolności człowieka i obywatela oparta jest przede wszystkim na ich wzajemnym przenikaniu i współzależności. Z jednej strony wolność słowa nie może nadmiernie przeważać nad odpowiedzialnością i poszanowaniem praw innych, z drugiej zaś jej zbytne ograniczenie może stanowić hamulec dla rozwoju demokracji. Z tych też względów przejawem tej równowagi muszą być regulacje prawne gwarantujące nie tylko wolność wyrażania poglądów, w tym za pomocą wszelkich środków masowego komunikowania się, ale również przewidujące odpowiedzialność karną, gdy korzystający z wolności bezprawnie godzi w prawa innych osób.”⁴⁸

Konstruowanie środka ograniczającego zakresowo wolność słowa jest więc możliwe, należy jednak mieć na uwadze zawilosci materii jakiej może dotyczyć. Podkreślił to Trybunał Konstytucyjny w wyroku z dnia 23 marca 2006 r.⁴⁹, w którym wskazał, że „przez [w]zgląd na fundamentalną rolę wolności słowa w demokratycznym państwie prawnym nakazuje się szczególnie surowo kontrolować precyzję przepisów ustaw wprowadzających ograniczenia w korzystaniu z tej wolności.”

⁴⁵ P 10/06, OTK-A 2006/9/128, Dz.U.2006/202/1492.

⁴⁶ A. Balon, *Granice między wolnością słowa i prawem do informacji a prawem jednostki do ochrony czci – wybrane zagadnienia*, CZPKiNP 2005, z. 2, s. 42.

⁴⁷ J. J. Mrozek, *Rozważania prawne wokół pojęcia „wolność słowa”*, Media-Kultura-Komunikacja Społeczna 2012, nr 8, s.

⁴⁸ Siwicki M., *Nielegalna i szkodliwa treść w Internecie. Aspekty prawnokarne*, Warszawa 2011, Lex, pub. el.

⁴⁹ Wyrok TK z 23 III 2006, K/06, OTK ZU 2006, poz. 36, s. 27

Argumenty przeciwne

Autor prezentowanej w niniejszym tekście propozycji zdaje sobie sprawę z wielu zagrożeń i słabych stron wiążących się z proponowanym środkiem karnym. Zaprezentowany pomysł stanowi jedynie punkt wyjścia i próbę zwrócenia uwagi na zmieniającą się rzeczywistość technologiczną, która wpływa w sposób znaczący na uczestnika obrotu prawnego. Niektóre słabe strony znajdują się poniżej.

Pierwszy z zauważonych problemów związany jest ze zmieniającą się ciągle technologią. W ciągu kilku najbliższych lat sposób korzystania z portali społecznościowych może ulec gwałtownej zmianie. Trudno jest obecnie przewidzieć w jakim kierunku zostaną przeprowadzone zmiany, z jakich urządzeń będziemy korzystali i w jaki sposób. Wprawdzie treść proponowanego przepisu – z racji na dość dużą możliwość dostosowywania – wydaje się być odporna na zmieniające się trendy, to jednak dynamika zmian stwarza tutaj zagrożenie, które należy odnotować.

Drugim z problemów, które warto uwzględnić, jednocześnie związanym z wcześniejszym punktem, jest zmiana w zakresie popularności korzystania z poszczególnych serwisów. Co roku powstają nowe, a istniejące tracą lub zyskują popularność. Zagrożenie polegać więc może na tym, że już w czasie orzeczenia zakazu, po toczącym się kilka lat procesie, albo tuż po jego orzeczeniu, serwis, który został wykorzystany do popełnienia czynu zabronionego może już nie istnieć, albo może zupełnie stracić popularność. Jeszcze kilka lat temu jednymi z najpopularniejszych serwisów w Polsce były Grono.net, fotka.pl, czy serwis nasza-klasa (teraz nk.pl), obecnie zdecydowanie straciły swoją wiodącą pozycję. Jeszcze w 2011 r. w literaturze karnistycznej wskazywano, że najpopularniejszym programem do komunikacji jest gadu-gadu⁵⁰, który jednak obecnie stracił zdecydowanie swoją uprzywilejowaną pozycję. W takim wypadku orzeczenie zakazu miało by jedynie wymiar symboliczny, jednak faktycznie nie prowadziło by do wyeliminowania uciążliwego użytkownika z życia społecznego (gdyż przeniosło się one w inne miejsce w sieci), ani nie stanowiłoby realnej dolegliwości dla skazanego.

Problematyczne, ze względów dowodowych, może być także to, kto faktycznie korzystał z komputera⁵¹. O ile przy przypisaniu odpowiedzialności sąd musiał wcześniej, to już późniejsze ustalenie czy środek karny jest przestrzegany również wymagał by podejmowania czynności dowodzących, że to właśnie sprawca z niego korzystał. Może

⁵⁰ B. Woźniak, *Internetowy...*, s. 87.

⁵¹ O problemach dowodowych zob.: M. Kliś, A. Stella-Sawicki, *Identyfikacja użytkownika komputera na podstawie logów cyfrowych*, Prok. i Pr. 2001, nr 7-8, s. 51-62.

przecież tak się zdarzyć, że ktoś inny uzyska hasło do konta w portalu, którego dotyczy zakaz i będzie za jego pośrednictwem przeglądał treści bądź tworzył nowe. Zagrożenie jest o tyle większe, że obecnie jeden użytkownik może być zalogowany na wielu urządzeniach np. u rodziców, na swoim prywatnym komputerze, na tablecie, na telefonie, a może także nie wyloguje się w miejscach, gdzie wcześniej z niego korzystał.

Innym zagrożeniem jest wskazany wcześniej problematyczny sposób egzekwowania jego funkcjonowania. W sytuacji powszechnego stosowania środka i jednoczesnego jawnego jego ignorowania przez skazanych autorytet państwa mógłby ucierpieć. Powstałoby przekonanie, że państwo nie jest w stanie zabezpieczyć przestrzegania swoich zakazów, co mogłoby doprowadzić do rozluźnienia stanu przestrzegania innych norm.

Należy mieć także na uwadze, że środek taki może zostać zakwestionowany przez ETCZP, jeżeli uzna, że sama jego obecność w systemie i potencjalność użycia sprawi, że obywatele będą się samo ograniczali i to nie tylko przy planach znieważenie kogoś (co byłoby korzystne), ale także w przypadku chęci napisania czegoś nieprzychylnego w stosunku do władzy – bojąc się, że taka działalność może doprowadzić do odebrania im prawa do korzystania z ulubionego medium. Chodzi więc o wystąpienie tzw. *chilling efekt* (efekt mrożący)⁵², który prowadzić może do nazbyt daleko idącej autocenzury.

Zahaczając o temat cenzury należy także dodać, że mogą pojawić się zarzuty co do tego, że omawiany środek może stanowić mechanizm cenzury prewencyjnej, która jest zakazana na mocy 54 ust. 2 Konstytucji RP. Ten zarzut miałby jednak sens o tyle o ile dany portal społecznościowy stałby się wyłącznym medium wymiany myśli, co jednak wydaje się mało prawdopodobne.

Należałoby także rozważyć, czy proponowany środek nie byłby nawet zbyt surowy. Dla osób, których życie w dużej części składa się z korzystania z serwisów społecznościowych uniemożliwienie z ich korzystania mogłoby spowodować daleko idące skutki, o wiele bardziej niż zasługuje na to waga sprawy. Skazany straciłby bowiem nie tylko możliwość popełniania przestępstw za ich pośrednictwem, ale także utrzymywania kontaktów z bliskimi dla niego osobami. Przed wprowadzeniem tego środka należałoby zbadać potencjalne skutki dla zdrowia psychicznego skazanego i w sytuacji, w której zagrożenia przewyższyłyby spodziewane korzyści należałoby z omawianego środka zrezygnować.

⁵² Por. Wyrok ETCZP z dnia 25 czerwca 1992 r. w sprawie Thorgeir Thorgeirson przeciwko Islandii, Series A, no. 239.

Podsumowanie

Proponowany środek karny zakazu korzystania z serwisów społecznościowych stanowi próbę dostosowania reakcji karnej do zmieniającej się rzeczywistości technologicznej. Aktywność społeczna odbywa się nie tylko na płaszczyźnie bezpośrednich kontaktów, ale w coraz większym stopniu także z użyciem portali społecznościowych. W zasadzie od początków swojego funkcjonowania takie serwisy stanowią platformę do popełniania przestępstw, jednak do tej pory nie były wykorzystywane do przywracania równowagi zaburzonej przez przestępczą działalność ich użytkowników. Proponowane rozwiązanie ma za zadanie włączyć je do procesu kształtowania właściwej reakcji karnej. Zakazanie korzystania z określonych serwisów, które były wykorzystane do popełnienia przestępstwa, może przynieść szereg korzyści, które są niemożliwe do osiągnięcia na gruncie obecnie ukształtowanych kar i środków karnych. Czasowe zakazanie z ich korzystania może wpłynąć pozytywnie zarówno na skazanego, jak i może dać społeczeństwu sygnał, że prawo działa także na płaszczyźnie internetowej. Pokrzywdzony może zaś zyskać satysfakcję, że zło jakie zostało mu wyrządzone znalazło widoczne dla niego zadośćuczynienie. Nie należy też bagatelizować szansy potencjalnego zwiększenia kultury dyskusji w Internecie, która obecnie pozostawia wiele do życzenia.

Zaprezentowana propozycja w zamyśle autora powinna stanowić przyczynek do dyskusji na poruszane w niniejszej pracy problemy. Nie wydaje się budzić wątpliwości fakt, że pomimo już kilkudziesięciu lat funkcjonowania Internetu prawo, w tym prawo karne, w sposób niewystarczający zaznaczyło w nim swoją obecność, a ukształtowane sposoby reakcji karnej nie odpowiadają wymogom współczesności. Niemniej jednak, należy czynić próby zmieniające ten stan rzeczy, aby prawo karne mogło w sposób pełny realizować jedną ze swoich najważniejszych funkcji – ochrony dóbr prawnych.

Podziękowania

Autor pragnie wyrazić podziękowania dr. Mikołajowi Małeckiemu za dyskusję i cenne uwagi czynione przy okazji pracy nad niniejszym tekstem.