

Dr hab. Magdalena Budyn-Kulik, prof.nadzw.
Katedra Prawa Karnego i Kryminologii
UMCS, Lublin

Lublin, 5 sierpnia 2018 r.

Recenzja rozprawy doktorskiej mgr. Wojciecha Bijasa
pt. „Posiadanie i rozpowszechnianie
przy przestępstwach komputerowych” (Wrocław 2018).

1. Wybór tematu i tytuł rozprawy

Wybór problematyki stanowi najmocniejszy punkt recenzowanej pracy. W dobie intensywnego rozwoju technologii przestępczość komputerowa stanowi zjawisko coraz powszechniejsze i groźniejsze. Ustawodawca reagując na rzeczywistość społeczną, wprowadza nowe typy przestępstw; okazuje się również, że niektóre typy czynów zabronionych istniejących wcześniej, mogą zostać popełnione przy użyciu technologii cyfrowej, stając się przestępstwami komputerowymi. Jak trafnie zauważa Autor rozprawy, przy wykładni tych przepisów nie zawsze uwzględnia się specyfikę technologii informatycznej. Wielu przedstawicieli zarówno doktryny prawa karnego, jak i organów wymiaru sprawiedliwości, nie zna dobrze tej technologii, nie rozumie procesów umożliwiających cyfrowe przekazywanie i przechowywanie informacji. Istnieje niewiele opracowań kompleksowo ujmujących tę problematykę, uwzględniających zarówno wiedzę informatyczną, jak i z zakresu prawa karnego. Praca dotycząca tej tematyki jest niewątpliwie bardzo potrzebna. Niestety niniejsza dysertacja, chociaż ma ogromny potencjał, nie uzupełnia istniejącej luki.

Pewne zastrzeżenia można mieć do sformułowania tytułu pracy. Większa część pracy poświęcona jest rozpowszechnianiu. Jednostki redakcyjne poświęconą rozpowszechnianiu są umieszczone zawsze przed jednostkami redakcyjnymi dotyczącymi posiadania. Dlatego również tytuł pracy powinien taką kolejność zawierać: „Rozpowszechnianie i posiadanie”.

2. Struktura rozprawy

Recenzowana praca liczy 273 strony. Składa się z wprowadzenia, sześciu rozdziałów, zakończenia (z postulatami de lege lata i de lege ferenda) oraz bibliografii.

Systematyka rozprawy budzi pewne wątpliwości. Każdy rozdział składa się z bardzo wielu mniejszych jednostek redakcyjnych, co sprawia wrażenie pewnego „poszatkowania”. Z uwagi na tematykę opracowania i brak rzetelnej wiedzy dotyczącej specyfiki przestępstw komputerowych u osób zajmujących się prawem karnym, zarówno na płaszczyźnie

teoretycznej, jak i praktycznej, należałoby wprowadzić początkowy rozdział, wyjaśniający istotne pojęcia oraz zasady przekazywania i przechowywania informacji cyfrowych. Częściowo zostały one wyjaśnione w rozdziale VI, zatytułowanym, nie do końca prawidłowo „Posiadanie i rozpowszechnianie przy przestępstwach komputerowych – studium przypadku”. Nie zostały w nim wyjaśnione wszystkie pojęcia, którymi Autor posługuje się we wcześniejszych rozdziałach, np. plik warezowy (s. 96), serwisy hostingowe (s. 108). Widać tu pewną sprzeczność. Autor ma świadomość tego, że taka wiedza jest potrzebna, wielokrotnie wytyka braki w tej mierze przedstawicielom doktryny i organów wymiaru sprawiedliwości, a jednocześnie przyjmuje, iż jest to wiedza notoryjna, niewymagająca objaśnienia. Wyodrębnienie takiego rozdziału pozwoliłoby ponadto oczyścić pracę z części licznych powtórzeń. Autor wpadkowo i fragmentarycznie, przy okazji omawiania innych kwestii, wyjaśnia niektóre mechanizmy działania pewnych systemów informatycznych, mediów społecznościowych, etc., kiedy ponownie zajmuje się nimi- znowu podaje te wyjaśnienia.

Wewnętrzna systematyka większości rozdziałów nie odpowiada dokładnie ich tytułom, w których jako pierwsze wymienione jest pojęcie posiadania, podczas gdy pierwsze podrozdziały dotyczą zwykle rozpowszechniania (rozdziały: II, IV, V, VI).

Istnienie rozdziału I „Pojęcie i klasyfikacja przestępstw komputerowych”, wydaje się ze wszech miar uzasadnione i potrzebne. Jednak Autor nie wyprowadza z niego wniosków na potrzeby dalszej części pracy. Należałoby wyraźnie podkreślić, że praca dotyczy właśnie przestępstw komputerowych sensu largo.

Przy przyjętej systematyce pracy powtórzenia są nieuniknione. Pozbawione większego sensu jest wyodrębnienie rozdziału II- „Przestępstwa polegające na posiadaniu, rozpowszechnianiu lub posiadaniu w celu rozpowszechniania” oraz III- „Interpretacja pojęć >>rozpowszechnianie<<, >>posiadanie<<, >>posiadanie w celu rozpowszechnienia<< i pojęć do nich zbliżonych”.

Za punkt wyjścia należałoby przyjąć omawiane pojęcia, czyli poświęcić rozdział rozpowszechnianiu, a kolejny posiadaniu, ewentualnie wyodrębniając rozdział dotyczących pojęć „do nich zbliżonych” lub już w treści tych rozdziałów dokonując stosownego rozróżnienia między rozpowszechnianiem (i posiadaniem) a nimi.

Autor tłumaczy potrzebę istnienia rozdziału II koniecznością ustalenia, czy pojęcia „rozpowszechniania” i „posiadania” mają różne znaczenie w zależności od tego, w jakim typie się pojawiają. Takie postawienie problemu jest z gruntu fałszywe, ponieważ- i do takiego wniosku ostatecznie Autor dochodzi- zgodnie z zasadami wykładni (jednoznaczności, spójności systemowej, etc.), te same pojęcia na gruncie tego samego aktu prawnego

(przynajmniej) mają takie samo znaczenie. Sytuacje odmiennie, wynikają zwykle z niechlujstwa ustawodawcy i wprowadzaniu nowych przepisów między już istniejące; a trudnym zadaniem doktryny i orzecznictwa jest zwykle znalezienie uzasadnienia różnej ich wykładni bez naruszania spójności systemu. Nakłada się na siebie zwłaszcza treść podrozdziału 2.12 i rozdziału III. W tytule rozdziału II mowa jest o przestępstwach określonego rodzaju, podczas gdy w podrozdziale 2.9. zostaje przeanalizowane wykroczenie. Jest to błąd- wykroczenie nie stanowi przestępstwa; stanowi inny rodzaj czynu zabronionego. Należałoby albo zrezygnować z jego omówienia, albo tytuł rozdziału powinien brzmieć „Czyny zabronione polegające ...”.

Rozdział III w zasadzie powtarza treści z rozdziału II, zaś jego kolejne podrozdziały powtarzają po raz kolejny treści z rozdziału II oraz wcześniejszych podrozdziałów.

Rozdział IV powinien być najważniejszą częścią recenzowanej pracy. Ujęcie tytułu jest niezręczne- „komplikacje”. Jeżeli konieczne było zwrócenie już w tytule uwagi na istniejące trudności w zakresie stosowania omawianych przepisów, to raczej tego pojęcia („trudności”) należałoby użyć.

Rozdział V zatytułowany jest „Katalog przesłanek kwalifikacji zachowania jako >>posiadanie<< lub >>rozpowszechnianie<<”. Treść tego rozdziału stanowi powtórzenie treści z rozdziałów poprzednich.

Tytuł rozdziału VI sugeruje, że zostaną w nim zaprezentowane konkretne przypadki z praktyki (sprawy rozstrzygnięte przez sądy). Tymczasem są w nim omówione rodzaje procesów, mechanizmów informatycznych.

Pracę powinny kończyć wnioski końcowe, uwagi końcowe lub posumowanie, a nie zakończenie.

3. Formalna strona pracy

Rozprawa zawiera wiele mankamentów formalnych, dyskredytujących ją jako pracę naukową. O umiejętności samodzielnego prowadzenia pracy naukowej (art. 13 ust. 1 ustawy z dnia 14 marca 2003 o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 882 z późn. zm.) świadczy m.in. umiejętność korzystania z literatury przedmiotu, orzecznictwa sądów, która przejawia się zarówno w prawidłowym doborze literatury z danej dziedziny, jak i właściwym sposobie dokonywania powołań.

Nie ma potrzeby numerowania rozdziałów zarówno cyframi arabskimi, jak i rzymskimi- np. 1. Rozdział I.

Przypisów jest stanowczo zbyt mało. W niektórych partiach tekstu, praktycznie w ogóle ich nie ma. Oczywiście ich brak jest uzasadniony w miejscach, w których Autor wyprowadza własne wnioski. Niestety, nie ma ich również w dostatecznej liczbie tam, gdzie Autor analizuje poglądy doktryny. Ponieważ jego zdaniem istotne jest dokładne prześledzenie linii wykładniczych pojęć będących głównym przedmiotem pracy, należałoby bardzo starannie odnieść się do jak największej liczby poglądów wyrażanych w doktrynie, także z odwołaniami już historycznymi (na gruncie kodeksu karnego z 1969 r.). Tymczasem Autor odwołuje się do tych poglądów jedynie powierzchownie; poprzestając zresztą głównie na ich dosłownym przytoczeniu. Rzadko wyprowadza z nich pogłębione wnioski.

Przypisy w rozprawie tworzone są w większości niepoprawnie. W opisie bibliograficznym powinno się znaleźć nazwisko autora, tytuł pracy, w pracach zbiorowych- także nazwisko redaktora, z zaznaczeniem jego funkcji (red.), tytuł całości, miejsce i data publikacji, w przypadku czasopism- tytuł, rok, numer oraz bezwzględnie wskazanie strony (ewentualnie numeru tezy w publikacjach elektronicznych)- brak autora, tytułu- przypis 6, podanie pracy „za” (błędnie oznaczone jako „[w]”)- np. przypis 6, 8, 10. Niekiedy w tekście powołany zostaje inny autor niż w przypisie (por. np. przypis 34, przypis 117, przypis 133).

Autor korzysta z różnych wydań tych samych komentarzy, chociaż nie ma ku temu uzasadnionej potrzeby. Niekiedy podaje nazwisko konkretnego autora komentarza, a czasem tylko nazwisko redaktora; zazwyczaj- bez wskazania jego funkcji. Przy powoływaniu danej pozycji po raz kolejny, ponownie podawany jest pełny opis bibliograficzny; nie są stosowane skróty. W przypadku korzystania z internetowych wydań komentarzy warto byłoby podawać numery tez.

Autor nie wskazuje publikatorów orzeczeń, a tylko przy niektórych podana jest informacja, iż nie były one publikowane. Zdarza mu się również powoływać aktualne, a zatem dostępne orzeczenia za innymi autorami (używając błędnie w przypisie [w:] zamiast [za:])-np. s. 62, przypis 105.

Skoro został sporządzony wykaz skrótów, nie ma potrzeby w tekście podawania numeru Dziennika Ustaw, w którym został opublikowany akt prawny wymieniony w wykazie (np. kodeks karny). W przypadku wprowadzania do tekstu informacji o nowelizacji kodeksu karnego, należy w przypisie podać dokładny opis ustawy nowelizującej- data, tytuł, numer Dziennika Ustaw. Stwierdzenie „nowelizacja z dnia 14 kwietnia 2014 r.” jest niewystarczającej w pracy doktorskiej z zakresu prawa.

Pewne zastrzeżenia budzi również bibliografia. Nie ma potrzeby wydzielania publikacji naukowych i słowników. Wśród aktów prawnych wymieniona jest opinia o

projekcie. Powinna znaleźć się w publikacjach. Dwukrotnie został wymieniony kodeks karny z 1969 r. W przypadku aktów prawnych obowiązujących, nie należy podawać pierwszego Dziennika Ustaw, w którym został opublikowany tekst pierwotny, ale Dziennik Ustaw z najnowszym tekstem jednolitym, ze wskazaniem na późniejsze zmiany, jeżeli takowe były (np. t.j. Dz. U. poz. 322 z późn. zm.).

W wykazie literatury nie należy podawać numerów stron. W przypadku dzieł zbiorowych, tworzących jedną całość (komentarze, podręczniki, etc.), w wykazie literatury podaje się daną pozycję tylko raz, wg nazwiska redaktora.

Można mieć wątpliwości, czy Autor zetknął się bezpośrednio ze wszystkimi powoływanymi pracami, np. powoływany komentarz M. Budyn-Kulik do przestępstw seksualnych jest autorstwa dwojga autorów: M. Budyn-Kulik i M. Kulika; zaś wydanie komentarza, pierwotnie pod redakcją A. Wąska, z 2010 r. ma dwóch redaktorów (A. Wąsek, R. Zawłocki). Przy nazwisku Stefański niekiedy widnieje inicjał A., a niekiedy R., podczas gdy autor ten używa obu: R.A. Stefański. Literaturę angielskojęzyczną w dużej części Autor podaje za innym autorem (pisząc błędnie: „[w:]”). Niektóre pozycje wymienione zostały po dwa razy (np. komentarz pod redakcją M. Mozgawy z 2017 r. i dodatkowo jeszcze z 2015 r.). Niektóre opisy bibliograficzne są niepełne (np. brak tytułu artykułu A. Piaczyńskiej). Trudno powiedzieć, czy używanie w odniesieniu do nazwisk Sławomira Hysia i Krzysztofa Wiaka (s. 55, 100) odmiany charakterystycznej dla nazwisk kończących się spółgłoską, noszonych przez kobiety, wynika z braku bezpośredniego zetknięcia się z tekstem autora, a tym samym pełnym brzmieniem jego imienia, czy jest efektem braku umiejętności odmiany nazwisk w języku polskim.

W przypadku czasopism stosowany jest różny system notacji- z cudzysłowem, bez niego.

Orzeczenia sądowe podane są w przypadkowej kolejności, a nie chronologicznie; w większości przypadków- bez publikatora.

Zastrzeżenia budzi również język, jakim posługuje się Autor. Występują mankamenty językowe (np. „Wśród polskiej doktryny prawniczej”- s. 27; przedstawiciel (...) odrzuca- s. 64), które w pracy o charakterze naukowej nie powinny się pojawiać, niezręczności stylistyczne, np. skłonność do nadużywania słów „natomiast” i „częstokroć”. Autor niechętnie dzieli tekst na akapity. Podział taki np. na stronach: 9-10, 32-33, znacznie poprawiłby przejrzystość wywodu.

Tekst w dużej części składa się z cytatów. Większość z nich nie jest niezbędna; jedynie niektóre z nich (zwykle krótkie) są uzasadnione. Znaczna część cytatów nie zawiera

sformułowań, które musiałyby być przytoczone dokładne; lepszym rozwiązaniem byłoby oddanie treści własnymi słowami przez Autora pracy doktorskiej.

Autor ilustruje wywody w ostatnim rozdziale zrzutami z ekranów. Należało potraktować je jako ilustracje, ponumerować i odpowiednio podpisać.

4. Treść rozprawy; uwagi merytoryczne

Podstawowym zarzutem kierowanym pod adresem Autora pracy jest to, że w pracy zostają przemieszane płaszczyzny rozważań: karno-materialna, procesowa oraz kryminologiczna. Autor nie potrafi oddzielić rozważań dogmatycznych (sfera powinności) od ustaleń dowodowych czy faktycznych. Czym innym jest analiza typu czynu zabronionego i wykładnia znamion, a czym innym- możliwość dowodzenia ich zrealizowania w praktyce. Ta druga kwestia oczywiście jest bardzo istotna, ale należy do innej płaszczyzny. Autor zdaje się również utożsamiać pojęcie przestępstwa w rozumieniu dogmatycznym (typ czynu zabronionego o określonych znamionach) i przestępstwa w znaczeniu kryminologicznym (faktycznie zachodzące zjawisko, wchodzące składające się na pojęcie przestępczości). Utożsamia również normę z przepisem (np. s. 23- „Paragraf drugi tej normy”. Paragraf stanowi jednostkę redakcyjną tekstu prawnego, w którym jest zakodowana norma lub jej część).

Autor przyjął model konstruowania rozdziału polegający na tym, że właściwą treść poprzedza wewnętrzne wprowadzenie, zapowiedź problematyki poruszanej w rozdziale, ewentualnie także przypomnienie kwestii poruszanych w poprzednich rozdziałach. Poszczególne jednostki redakcyjne kończą się podsumowaniami, będącymi w istocie ich streszczeniem. Powoduje to powielanie, i to wielokrotne, tych samych treści. Powtórzenia pojawiają się ponadto zarówno w ramach treści tego samego rozdziału.

Pracę rozpoczyna „Wprowadzenie”. Zostało ono dość oszczędnie podzielone na akapity, co utrudnia percepcję tekstu. Autor opisuje w nim krótką historię rozwoju technologii komputerowych, co uważam za niepotrzebne.

Zasadniczą częścią „Wprowadzenia” są tezy sformułowane przez Autora, które następnie mają być dowodzone w pracy. Jednak cel, który stawia sobie Autor jest przezeń sformułowany dość niejednoznacznie: „Dostrzeżone w praktyce problemy doprowadziły do powstania dziewięciu tez. Zostały one sformułowane wskutek połączenia obserwacji stosowania prawa przez sądy ze znajomością funkcjonowania mediów elektronicznych, z użyciem których może dochodzić do rozpowszechniania i posiadania. Ich udowodnienie wymaga jednak dogłębnej, rzetelnej analizy, czemu służyć ma niniejsza praca. Jej celem jest

zatem nie tyle poszukiwanie odpowiedzi na stawiane pytania badawcze i potwierdzenie bądź zaprzeczenie prawidłowości postawionych hipotez, co udowodnienie prawidłowości określonych twierdzeń.” (s. 12-13). Owych tez jest 9. Wydaje się, że część z nich stanowi raczej wnioski, które mogłyby zostać wyprowadzone z przeprowadzonych przez Autora badań i analiz, niż tezy- np. teza 4, 6, 7. Sam Autor w dalszej części „Wprowadzenia” przesądza zresztą kierunek dowodzenia tych tez (s. 15-16).

Niektóre tezy- 3, 4, 5 mogłyby zostać dowiedzione jedynie po przeprowadzeniu badań empirycznych (aktowych), czego jednak Autor nie robi. Zapowiada natomiast, że tezy te będą dowodzone przy pomocy metody dogmatycznej, co zwłaszcza w odniesieniu do tez 3-7 wydaje się z założenia niemożliwe.

Rozdział I

Rozdział ten dotyczy pojęcia i klasyfikacji przestępstw komputerowych. Pierwszy jego podrozdział poświęcony jest pojęciu przestępstwa komputerowego. Przemieszane w nim zostały płaszczyzna dogmatyczna i kryminologiczna. Autor nie uzasadnia, dlaczego stworzenie definicji przestępstwa komputerowego jest ważne, czemu miałyby to służyć. Jak uczy doświadczenie, próby stworzenia definicji przestępstwa pewnego rodzaju nie należą do udanych (występek o charakterze chuligańskim, przestępstwo o charakterze terrorystycznym). Autor powinien wyraźnie stwierdzić, czy taka definicja (i o jakiej treści) miałyby się znaleźć jego zdaniem w art. 115 k.k., dlaczego jej wprowadzenie uważa za zasadne oraz jakie konsekwencje miałyby się wiązać z popełnieniem przestępstwa komputerowego. Być może ze względu na specyfikę takich przestępstw warto byłoby wzbogacić katalog środków karnych o taki, który powinien być orzekany wobec sprawcy popełniającego przestępstwo komputerowe.

Autor nie wyjaśnia wzajemnej relacji między pojęciami przestępstwa komputerowego, przestępczości komputerowej, cyberprzestępczości, chociaż posługuje się nimi (chyba zamiennie).

Kolejny podrozdział prezentuje klasyfikacje przestępstw komputerowych. Autor nie wyjaśnia, czy i jakie znaczenie dla przypisania odpowiedzialności karnej mają te podziały albo czy mają jakiegokolwiek inne prawno- karne znaczenie. Wydaje się, że z punktu widzenia problematyki niniejszej pracy większość przytoczonych klasyfikacji jest niepotrzebna. Mają one charakter opisowy i zdają się służyć raczej celom sprawozdawczym. Zupełnie zbędne jest wyliczenie ze strony 29, dotyczące polskiego kodeksu karnego. Skoro polski ustawodawca nie wydziela przestępstw komputerowych jako oddzielnej grupy typów czynów

zabronionych, tylko jak pisze sam Autor, wplata je w systematykę kodeksu karnego, nie ma potrzeby wyliczania rozdziałów części szczególnej kodeksu karnego.

Autor pisze, że najistotniejszym podziałem w pracy jest podział na przestępstwa sensu largo i stricto, a pozostałe podziały będą wykorzystywane posiłkowo. Następnie zaznacza, że „badania” będą dotyczyły tych pierwszych. Należałoby takie ujęcie mocniej uzasadnić. Sam wybór- zwłaszcza w kontekście tytułu pracy- jaw się jako trafny; jednak powinien być dokładniej uargumentowany. Należy również zaznaczyć, że w dalszej części pracy Autor właściwie nie odwołuje się do innych podziałów. Na marginesie można zastanowić się, czy nie właściwsze byłoby użycie określenia „przestępstwa komputerowe właściwe i niewłaściwe”. Jest to terminologia znana nauce prawa karnego. Wydaje się, że lepiej oddaje ono charakter poszczególnych rodzajów przestępstw komputerowych.

Podrozdział 1.2.1. uważam za zbędny. Wykracza on poza ramy zakreślone tytułem pracy. Nie ma potrzeby dokonywania, bardzo pobieżnej zresztą, analizy przestępstw komputerowych sensu stricto, skoro do ich znamion nie należy rozpowszechnianie i posiadanie, będące głównym przedmiotem zainteresowania Autora. Rozpoczęcie nowej myśli, nowego wątku powinno być zasygnalizowane akapitem. Rozdział jest bardzo słabo osadzony w źródłach (większość przypisów jest ponadto sporządzona nieprawidłowo: przede wszystkim brak jest wskazania funkcji redaktora).

W końcowej części tego podrozdziału Autor stwierdza, że „W pewnych stanach faktycznych przestępstwem *stricte* komputerowym będzie również szpiegostwo (art. 130 k.k.). W realiach XXI wieku zdobywanie informacji wywiadowczych coraz częściej polega na dokonywaniu informatycznych ataków mających na celu pozyskanie różnego rodzaju danych cyfrowych, mających znaczenie dla obronności i bezpieczeństwa kraju.”- s. 37. Należy zauważyć, że na s. 20-21 Autor zaliczył to przestępstwo do przestępstw komputerowych sensu largo, co zresztą w świetle przyjętego przez niego rozumienia tych rodzajów przestępstw jest prawidłowe. Podział ten jest rozłączny. Niezależnie od okoliczności faktycznych, ustawodawca albo wyraźnie wskazuje wśród znamion znamiona „komputerowe” (przestępstwa komputerowe sensu stricto) albo tego nie robi (przestępstwa komputerowe sensu largo).

Równie zbędne wydaje się istnienie podrozdziału 1.2.2., w którym powierzchownie i niekonsekwentnie zostały przeanalizowane znamiona typów zaliczonych przez Autora do przestępstw komputerowych sensu largo. Również w tym rozdziale wiele do życzenia pozostawia osadzenie treści w źródłach (bardzo mało przypisów). Jeżeli Autor chciał przybliżyć czytelnikowi specyfikę tej grupy przestępstw, powinien skupić się na aspektach

komputerowych, zwykle pomijanych przez doktrynę. Zazwyczaj w komentarzach znamiona tych typów nie są analizowane pod kątem możliwości wykorzystania technologii cyfrowej, Autor powinien zatem uzasadnić, dlaczego zalicza je do przestępstw komputerowych. Byłoby to jednocześnie cenne uzupełnienie luki.

Należy zauważyć przy okazji, że Autor dość nonszalancko traktuje poszczególne jednostki redakcyjne przepisów karnych. Na stronie 39 analizowany jest przepis art. 190a k.k. Został on wprowadzony stosunkowo niedawno i zawiera trzy jednostki redakcyjne. Autor pisze o nim, jakby zawierał on tylko jeden typ czynu zabronionego. W istocie analizuje typ z art. 190a § 1 k.k. Autor pomija w ogóle typ z § 2 (tzw. kradzież tożsamości), który niezwykle często popełniany jest przy użyciu narzędzi elektronicznych.

Zupełnie ubocznie należy zauważyć, że zabójstwo na zlecenie niezwykle trudno zakwalifikować z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 1 k.k. (s. 39).

Rozdział II

Rozdział ten zatytułowany jest „Przestępstwa polegające na posiadaniu, rozpowszechnianiu lub posiadaniu w celu rozpowszechniania”. Rozdział ten w takiej postaci uważam za zbędny. Odnoszą się do niego poczynione wyżej uwagi zarówno ogólne, jak i dotyczące rozdziału I- co do konstrukcji rozdziału, przypisów, wielokrotnych powtórzeń oraz dosłownego przytaczania długich partii cudzego tekstu.

Autor we wstępie tego rozdziału zapowiada m.in. „Istotą tegoż badania będzie zatem ustalenie, czy praktyka i teoria – pomimo różnorodności czynów – przypisuje jednakowe znaczenie wyżej wskazanym terminom.” (s. 42). Wyrażenie to jest nieprecyzyjne. Każdy czyn popełniony przez sprawcę jest inny, nawet jeśli wypełnia znamiona tego samego typu czynu zabronionego. Jak sygnalizowałam wcześniej, to, że omawiane terminy mają na gruncie różnych typów takie samo znaczenie powinno zostać uznane przez Autora za punkt wyjścia. Jeżeli nie ma przesłanek sugerujących, że jest inaczej, nie ma podstaw do kwestionowania tego założenia. Jest ono niejako bazowe w świetle zasad polskiego prawa karnego i reguł wykładni.

Według mnie nie ma potrzeby analizowania poszczególnych typów zawierających interesujące Autora znamiona czasownikowe, tym bardziej, że analiza ta jest powierzchowna i zawiera uproszczenia. Jeżeli już Doktorant zdecydował się na prowadzenie analizy dogmatycznej wybranych typów, należało skupić się tylko na znamionach czasownikowych- rozpowszechniania i posiadania. Uważam, że lepszym rozwiązaniem byłoby połączenie treści

tego rozdziału i rozdziału III. Punktem wyjścia powinny być nie typy, a omawiane znamiona; tym bardziej, że ich wykładania jest w zasadzie taka sama w przypadku różnych typów.

Odnosnie do samej wykładni pojęcia rozpowszechniania należy zauważyć, że Autor nie czyni tego z należytą starannością; nie przeprowadza pogłębionej analizy i nie wyprowadza wniosków ważkich z punktu widzenia problematyki niniejszej pracy.

Błędem jest umieszczenie w rozdziale II podrozdziału poświęconego wykroczeniu. Skoro praca dotyczy przestępstw komputerowych, w ogóle nie ma potrzeby wprowadzania analizy typu wykroczenia. Autor mógł w przypisie ubocznie wskazać na istnienie interesującego go znamienia w opisie czynu z art. 61 § 2 k.w.

Skoro rozdział II zawiera analizę dogmatyczną poszczególnych typów, uwagi dotyczące rzeczywistego zjawiska poczynione w podrozdziale 2.10 (s. 70-71) są nie na temat. Należy również zauważyć, że typ nieumyślny przestępstwa w stosunku do typu umyślnego zawierającego takie same znamiona strony przedmiotowej, nie może zostać uznany za typ uprzywilejowany (s. 74). Jest to autonomiczny typ podstawowy, zwykle zagrożony karą łagodniejszą w stosunku do umyślnego.

Zastanawia, dlaczego Autor, skoro już zdecydował się analizować typy zawierające znamię posiadania, pominął „sztandarowy” przepis art. 263 § 2 k.k. (posiadanie broni palnej bez zezwolenia).

Ostatni podrozdział tego rozdziału zatytułowany jest bardzo niezręcznie „zbiorcza interpretacja”. Autor próbuje w nim zebrać i podsumować przytoczoną wcześniej kompilację poglądów innych autorów (bardzo długie cytaty) odnośnie do rozpowszechniania i posiadania. Doktorant posługuje się określeniem nieznanym prawu karnemu „typ podstawowy lub równoważny” (s. 78). Poszczególne jednostki redakcyjne w tym podrozdziale dotyczą odpowiednio rozpowszechniania i posiadania. Powinny one stanowić podsumowanie wcześniejszych rozważań i zawierać wnioski, tymczasem stanowią kolejne powtórzenie treści już zaprezentowanych.

Rozdział III

Tytuł rozdziału „Interpretacja pojęć >>rozpowszechnianie<<, >>posiadanie<<, >>posiadanie w celu rozpowszechniania<< i pojęć do nich zbliżonych” nie odpowiada jego treści, na którą składa się ocena istniejących w tej mierze poglądów.

Autor trafnie dostrzega pewne trudności wykładnicze związane z niepotrzebnym użyciem przez ustawodawcę określeniem „publicznie rozpowszechnia” w art. 241 k.k. Nie należało się tu jednak posługiwać, w celu ich wyjaśnienia pojęciem „numerycznie dalszych

[przepisów], a odwołać się do wykładni systemowej, konieczności jednolitej wykładni przepisów, zwłaszcza w obrębie jednego rozdziału kodeksu karnego.

Analiza pojęcia rozpowszechniania nie jest analizą dogmatyczną. Autor myli płaszczyzny- in abstracto i in concreto. Z jednej strony, trafnie podkreśla (wielokrotnie), że „Nie należy zatem – moim zdaniem – w ogóle ustalać, ilu realnie odbiorców miało szansę dotarcia do materiału, lecz skupić się na określeniu, czy sposób udostępnienia pozwalał na dostęp potencjalnie nieokreślonej liczbie osób (i nieokreślonemu kręgowi osób). Jeżeli tak było, pozostaje bez znaczenia, czy rzeczywiście z materiałem mogła się zapoznać duża, średnia czy mała liczba osób, a nawet – czy choćby jedna osoba realnie mogła to uczynić.” (s. 90). Z drugiej jednak, w dalszej części pracy wyraźnie uzależnia możliwość uznania zachowania sprawcy za rozpowszechnienie okoliczność, czy ktokolwiek mógł się faktycznie z daną treścią zapoznać lub jak duża była dostępność danej informacji (s. 137).

Przyjmuje również za podstawę wywodów twierdzenia, których nie weryfikuje („rozpowszechnianie jest przestępstwem trwałym”- s. 132).

Analizując pojęcie posiadania, Autor stanowczo zbyt oszczędnie sięga do doktryny prawa cywilnego, tym bardziej, że podkreśla znaczenie tego dorobku. Wielokrotnie w pracy przewija się stwierdzenie, że doktryna błędnie zawęża posiadanie tylko do rzeczy materialnych (np. s. 84, 93). Brak jest jednak poparcia tej tezy odpowiednimi źródłami (komentarze i podręczniki do części rzeczowej kodeksu cywilnego). Należy przy tym zauważyć, że takie rozumienie posiadania w prawie cywilnym wynika wprost z przepisu (art. 336 k.c.), który Autor zresztą powołuje.

Warto byłoby odwołać się także w tej mierze do orzeczeń z lat 90-tych XX w., jak również glosy O. Górniok czy tekstu D. Wysockiego odnośnie do zakresu pojęć „posiadać” i „mieć”, opublikowanym w Prok. i Pr. 2000, nr 2.

Trafny jest wniosek Autora dotyczący zmiany ujęcia przedmiotu czynności wykonawczej w art. 202 k.k. (s. 94).

W podrozdziale 3.3. po raz pierwszy pojawiają się problemy Autora z rozumieniem istoty strony podmiotowej. Ma on problem z rozróżnieniem poszczególnych rodzajów zamiaru. Zdaje się utożsamiać słowo „zamiar” z zamiarem bezpośrednim, ignorując istnienie zamiaru ewentualnego oraz quasi- ewentualnego (s. 96). Nie można również utożsamiać zamiaru z celem (s. 96).

Rozdział III jest rozbity na stanowczo zbyt wiele drobnych jednostek redakcyjnych. Przy ustaleniu znaczenia omawianych pojęć warto byłoby każdorazowo zaczynać analizę od przytoczenia ich znaczenia słownikowego. Analiza powinna ograniczać się do meritum-

wyjaśnienia znaczenia znamion czasownikowych istotnych z punktu widzenia tematu pracy. Dlatego obszerny cytat ze stron 101-102 odnośnie do przedmiotów czynności wykonawczej nie jest potrzebny.

Ostatnia część tego rozdziału zatytułowana jest Analiza porównawcza pojęć „rozpowszechnianie”, „posiadanie”, „posiadanie w celu rozpowszechniania” z pojęciami do nich zbliżonymi. Także ona została podzielona na wiele bardzo drobnych podjednostek redakcyjnych. Wydaje się, że taki podrozdział powinien mieć charakter scalający, Można się było pokusić o zestawienie np. tabelaryczne, z wypunktowaniem podobieństw i różnic między omawianymi pojęciami. W ujęciu zaproponowanym przez Doktoranta są one trudne do wychwycenia, a podrozdział zawiera wiele powtórzeń. Autor nie wyprowadza także z owej analizy jakichś znaczących wniosków. Trudno za takowy uznać np. wniosek z rozdziału 3.5.2.3. (s. 116)- „Należy zatem uznać, że posiadanie od produkowania różni się przede wszystkim czynnością sprawczą.”

Autor nie odnosi się również do kwestii, czy, a jeśli tak, dlaczego tak ważne jest dokładne rozróżnienie poszczególnych pojęć. Jeżeli stanowią one alternatywne znamiona czynnościowe wymienione w tym samym przepisie, ich dokładne rozróżnienie nie ma aż tak dużego znaczenia dla praktyki. Autor zaś stawia sobie za cel doprowadzenie do ustalenia wykładni ułatwiającej stosowanie omawianych przepisów w praktyce. Rozdział ten, pomimo szumnych zapowiedzi, nie wnosi nic nowego do pracy.

Rozdział IV

Tytuł ujęty jest niezbyt zręcznie. Także na gruncie tego rozdziału pozostają aktualne wcześniejsze uwagi odnośnie do konstrukcji rozdziału, występowania powtórzeń, ubóstwa przypisów. Część rozważań (s. 124 od słów „Pomimo tego sytuacji...”) stanowi w istocie wnioski i nie powinna być umieszczona na początku rozdziału.

Punkt ciężkości pracy powinien spoczywać właśnie na tym rozdziale. Jest on, podobnie jak poprzednie, nadmiernie rozczłonkowany. Wydaje się, że lepszym ujęciem byłoby wyjście od pojęcia rozpowszechniania i odpowiednio posiadania, a następnie zastanowienie się, czy czynności takie, jak umieszczenie pliku w sieci, udostępnienie danych etc. wypełnia te znamiona. Autor powołuje się w tym rozdziale na niepublikowane wyroki sądów rejonowych. Oznaczałoby to chyba, że pochodzą one ze źródeł własnych- Nie od rzeczy byłoby wskazanie- jakie badania własne przeprowadził Autor- z podaniem ich zakresu, wielkości próby, metody jej doboru, etc.

W podrozdziale 4.1.1. Autor analizuje wyrok SR (s. 127), krytykując rozstrzygnięcie. Nie uzasadnia jednak swojego stanowiska w sposób pogłębiony; nie wypowiada się na temat

tego, czy w takim razie zachowanie sprawcy wypełniałoby znamiona jakiegoś innego znamienia czasownikowego. Konkluzja w tym podrozdziale jest bardzo powierzchowna, niepoparta racjonalnymi argumentami. Być może jest ona trafna, jednak nie można jej zweryfikować.

W podrozdziale 4.1.2. krytykując orzeczenie innego sądu rejonowego (s. 130), Autor czyni to w sposób powierzchowny, nie prowadzi pogłębionej analizy problemu. Stwierdza: „Wystąpienie znamienia rozpowszechniania sąd wywiódł natomiast z faktu, że każdy użytkownik serwisu mógł dostrzec nazwę folderu, a następnie napisać do oskarżonego prywatną wiadomość z prośbą o podanie hasła. Jeżeli oskarżony przekazał dane dostępowe, petent uzyskiwał dostęp do zakazanych plików. Dokonano zatem pewnego uproszczenia, że skoro każdy mógł się zwrócić z prośbą o podanie hasła, to każdy miał dostęp do plików, tj. były one powszechnie dostępne, dla nieograniczonego kręgu osób i nieokreślonej liczby osób.” (s. 130-131). Autor analizuje kwestię „zahasłowania folderu”. Należy pamiętać o tym, że aby móc sprawcy przypisać odpowiedzialność karną za popełnienie określonego czynu zabronionego, musi on zrealizować nie tylko znamiona przedmiotowe, ale także podmiotowe. Autor nie odnosi się jednak w ogóle do kwestii zamiaru ewentualnego (sprawca udostępnia plik wybranym osobom, przewiduje możliwość, że one go upowszechnią i na to się godzi; nie informuje, że sobie tego nie życzy). Nie analizuje również możliwości zrealizowania znamion czynu zabronionego w innej formie zjawiskowej (np. jako pomocnictwo).

W rozdziale tym również pojawia się kwestia trwałości rozpowszechniania (s. 132). Autor nie podaje źródeł- który z przedstawicieli doktryny uznaje rozpowszechnianie za przestępstwo trwałe. Nieprawdą jest, że sprawca w przypadku rozpowszechniania musi utrzymywać przez pewien czas stan wbrew prawu. Jeżeli sprawca rozsyła plik jednym kliknięciem do wszystkich użytkowników w danym momencie korzystającym z sieci, trudno wskazać, na czym miałyby polegać utrzymywanie stanu wbrew prawu.

Analizując krytycznie orzeczenia na s. 133, Autor nie wypowiada się, jaka w takim razie byłaby jego zdaniem prawidłowa kwalifikacja. Warto byłoby nieco pogłębić rozważania z akapitu pierwszego na s. 134. Należy też zauważyć, że subiektywne kryteria wyboru nie prowadzą do ograniczenia kręgu odbiorców, a do ich indywidualizacji (s. 134).

W podrozdziale 4.1.3. Autor kolejny raz analizując i oceniając krytycznie rozstrzygnięcia sądu, nie odnosi się w ogóle do możliwości przyjęcia usiłowania (s. 136), zamiaru ewentualnego (s. 137).

W podrozdziale 4.1.4. niezrozumiałe jest szerokie odniesienie się do rozstrzygnięcia dotyczącego przestępstwa zniesławienia z art. 212 k.k. (błędnie utożsamionego przez Autora

ze znieważeniem)- s. 138 i n. Autor stwierdza: „(...) acz do przepisu art. 212 k.k. stosowane są te same przesłanki, co do przestępstw polegających na rozpowszechnianiu” nie uzasadnia go jednak żadnymi odesłaniami do literatury. Do znamion czynu zabronionego z art. 212 k.k. nie należy rozpowszechnianie, ani udostępnianie. W § 2 znamieniem czasownikowym jest dopuszczenie się [czynu]. Nie ma racjonalnych przesłanek do stosowania odpowiednio przesłanek dotyczących rozpowszechniania. Z przytoczonego wyводу sądu można wnosić, iż użył on słowa „rozpowszechniać” w potocznym tego słowa znaczeniu. Trudność w śledzeniu toku rozumowania Autora wynika także z tego, że nie podaje on dokładnej kwalifikacji prawnej czynu rozpoznawanego przez sąd. Analiza orzeczeń jest powierzchowna (s. 140- Autor pisze: „Oskarżonemu postawiono w tej sprawie niemal tysiąc zarzutów związanych z pornografią dziecięcą, w tym czyny polegające na jej prezentowaniu i utrwalaniu.” I pozostawia to stwierdzenie bez żadnego komentarza).

W rozdziale tym powraca kwestia poruszana już wcześniej- wzajemnego stosunku pojęć „nieokreślonego kręgu osób” oraz „większej liczby osób” (s. 142). Nietrafne jest stwierdzenie Autora, że te koncepcje się wykluczają. Nieoznaczony z góry krąg osób można uznać za pojęcie równoważne z większą liczbą osób- skoro jest ona potencjalnie nieoznaczona, może być dowolnie duża.

W innym podrozdziale - 4.1.6. Autor szczegółowo opisuje sprawę rozpoznawaną przez SR w Złotoryi (s. 146). Absolutnie zbędne i nie na temat są rozważania poświęcone popełnieniu czynu z art. 238 k.k. Jako dopełnienie opisu przypadku uwagi te mogłyby się ewentualnie znaleźć w przypisie, ale nie w tekście głównym.

Autor na s. 148 stwierdza: „Najpewniej niemal wszystkie wyroki skazujące za rozpowszechnianie plików z użyciem sieci P2P są słuszne.” Jest to gołosłowne stwierdzenie, nieoparte przykładami rozstrzygnięć. Stoi też w sprzeczności z wielokrotnie wyrażanym wcześniej przekonaniem, że sądy nie znają się na materii komputerowej i w związku z tym wydają nietrafne orzeczenia.

Rozważania z rozdziału 4.1.8. (s. 149-151) stanowią powtórzenie tych ze s. 139-140.

W kolejnym podrozdziale- 4.2. dotyczącym posiadania, Autor pisze: „Za wyjątkiem kilku judykatów, które zostaną przytoczone, wszystkie przeanalizowane wyroki sądów odnosiły się do sytuacji, w której pośród materiału dowodowego znajdował się nośnik z zakazanymi danymi. Nawet, gdy przestępstwo zostało ujawnione w środowisku internetowym (np. przez niemieckie komórki do spraw cyberprzestępczości), zawsze poszukiwano nośników danych w mieszkaniu sprawcy. Prowadzi to do wniosku, że w sytuacji, gdy zachowanie sprawcy odbywało się w całej swojej rozciągłości w trybie „online”, oskarżyciele

publiczni najprawdopodobniej nie kierowali do sądu aktów oskarżeń, umarżając postępowania przygotowawcze.” (s. 152). Fakt poszukiwania dowodów materialnych nie daje podstaw do wyprowadzenia wniosku, że gdyby takich dowodów nie było, postępowanie by umorzono. Jeżeli Autor chciał się wiarygodnie wypowiedzieć w tej kwestii, powinien był przeprowadzić badania aktowe- spraw prokuratorskich. Można byłoby wówczas sprawdzić, jakie były podstawy umorzenia postępowania przygotowawczego lub odmowy jego wszczęcia.

Rozdział V

Rozdział ten w zamyśle Autora miał chyba stanowić kulminacyjny punkt pracy- ze sformulowaniem własnych, autorskich przesłanek stwierdzenia rozpowszechniania i posiadania. Nie podzielam przekonania Autora o konieczności uzupełnienia tych przesłanek. Nie uzasadnił on swego przekonania wystarczająco. Sformułowany katalog nie spełnia zadań stawianych przed nim przez Doktoranta. Nie można również podzielić przekonania Autora co do trafności większości z nich. Autor zdaje się sam sobie przeczyć- kwestia bezwarunkowości lub warunkowości obiektywnej dostępu nie ma nic wspólnego z potencjalnością nieograniczonego dostępu. Nawet subiektywna przesłanka może zostać spełniona przez nieoznaczoną z góry liczbę osób. Fałszywa jest także przesłanka niemożności zidentyfikowania odbiorców. Odbiorcę identyfikuje się po fakcie lub ewentualnie w trakcie pobierania przezeń pliku, podczas gdy nieograniczony krąg odbiorców (nieoznaczoność) ma istnieć w momencie przystąpienia sprawcy do realizacji znamion i ma być objęta przezeń zamiarem. To są dwie zupełnie różne płaszczyzny. Stwierdzenie: „Podsumowując tą część, należy uznać, że aby doszło do rozpowszechniania, sprawca nie powinien mieć obiektywnej możliwości zidentyfikowania osób, które będą miały dostęp do pliku.” (s. 169) należy zatem uznać za nietrafne.

Kolejna kwestia to okres rozpowszechniania. Ta przesłanka także jest fałszywa. Wynika z błędnego przyjęcia przez Autora, że rozpowszechnianie jest przestępstwem trwałym. Doktorant w ogóle nie próbował ustalić, jaki jest czas popełnienia czynu. Owszem, w niektórych przypadkach rozpowszechnianie trwa, ale nie jest to jego cecha konstytutywna. Zdaniem Autora: „Inny charakter będzie miało korzystanie z programów do masowego wysyłania wiadomości (tzw. spam), korzystając z których sprawca w istocie wykonuje jedną czynność, wskutek której e-mail jest wysyłany do ogromnej ilości adresatów (co następuje w krótkim, acz jednak pewnym okresie czasu).” (s. 170). To są dwie zupełnie różne kwestie, rzeczywisty czas uruchamiania się programu etc. Należy odróżnić od czasu popełnienia czynu, za który należy tu uznać moment kliknięcia przez sprawcę odpowiedniej opcji. Na

marginesie należy zauważyć, że Autor nie poświęca uwagi kwestii charakteru materialnego lub formalnego rozpowszechniania (i posiadania). Wydaje się, że przyjmuje, iż rozpowszechnianie ma charakter skutkowy, a skutkiem jest faktyczny dostęp do określonej treści. Kwestię tę należałoby starannie zgłębić, podpierając się stosowną literaturą przedmiotu. Rozpowszechnianie stanowi raczej przestępstwo formalne. Można się ewentualnie zgodzić ze stwierdzeniem, że jest ono skutkowe, ale tylko przy przyjęciu, iż skutkiem jest faktyczne stworzenie możliwości dostępu nieokreślonej z góry liczbie osób, a nie uzyskanie faktycznego dostępu przez te osoby.

Autor nieco upraszcza problematykę prawno-karną, pisząc: „Wysyłanie stanowi niejako uboczny efekt pobierania, którego istnienia użytkownik albo jest nieświadomy (nieumyślność), albo obejmuje go zamiarem ewentualnym.” (s. 170). Autor pominął tu zupełnie świadomą postać nieumyślności. Obce wydaje się mu także pojęcie czynu ciągłego („Pewne przestępstwa niekiedy zdają się być dla sądów rozpowszechnianiem, podczas gdy nie są dokonywane przez pewien okres, lecz stanowią zbiór jednorazowych czynności. Taki charakter będzie miało chociażby wysyłanie wiadomości e-mail do wielu odbiorców. Nawet jeżeli sprawca wyśle kilkadziesiąt e-maili, niewątpliwie jego czynność sprawcza nie polegała na jednym zachowaniu, które wywołało stan powszechnej dostępności pliku i utrzymywaniu tego stanu przez pewien okres, lecz na kilkudziesięciu działaniach powodujących przesłanie treści do kilkudziesięciu osób.”- s. 170).

Nie można się również zgodzić z tym, że nie dochodzi do realizacji znamienia rozpowszechniania, jeżeli nie ma rzeczywistej możliwości recepcji treści przez odbiorców. Ten warunek może przesądzać jedynie o formie stadialnej popełnienia czynu- niekaralne przygotowanie, usiłowanie zwykłe, usiłowanie nieudolne, usiłowanie kwalifikowane). Jeżeli sprawca rozpowszechnia plik z błędem, który uniemożliwia jego otwarcie i zapoznanie się z nim realizuje przesłanki usiłowania nieudolnego. Kwestią otwartą, którą powinien zająć się Autor, jest to, czy w przypadku przyjęcia, iż jest usiłowanie nieudolne- byłoby to usiłowanie nieudolne karalne czy też nie (czy jest to sposób popełnienia czynu czy użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu). Absurdalne jest wymaganie, aby: „Fakt, jaki charakter ma rozpowszechniana treść, powinien być natomiast ustalany – moim zdaniem – z poziomu adresata, nie zaś nadawcy. Jeżeli z punktu widzenia wysyłającego (np. poprzez odtworzenie jej z dysku jego komputera) treść jest możliwa do odtworzenia, lecz odbiorca nie ma możliwości jej recepcji (np. plik jest uszkodzony), wykluczone jest przypisanie sprawcy rozpowszechniania.” (s. 174). Należałoby tu rozważyć możliwość przypisania sprawcy usiłowania.

Kolejną już nie przesłanką, ale „wskazówką dla badacza” jest „Badanie wystąpienia przesłanek w pierwszej fazie czynu”. Takie postawienie sprawy świadczy o nieznamomości podstawowych zasad prawa karnego- przede wszystkim zasady koincydencji: wszelkie ustalenia dokonywane są na czas popełnienia czynu, czyli realizację znamion. Żaden przedstawiciel doktryny nie porusza kwestii, na kiedy należy ustalać wystąpienie przesłanki nieograniczonego kręgu osób (s. 174), ponieważ jest to oczywiste. Zresztą wielu z nich używa określenia „z góry nieoznaczona liczba osób”, co wyraźnie na ów moment wskazuje. Rzeczywista liczba osób, które zapoznały się z treścią może mieć wpływ na wymiar kary, ponieważ wpływa na określenie stopnia społecznej szkodliwości. Stwierdzenie kończące podrozdział 5.1.5 należy uznać za potwierdzające rzecz oczywistą.

Niejasną wskazówką jest obiektywizm rozpowszechniania. Autor sam sobie trochę przeczy. To, że dostępność informacji w sieci ma charakter zero-jedynkowy, nie znaczy, że jest łatwa do ustalenia. Subsumcja jest zawsze procesem zsubiektywizowanym. Nie można wyłączyć możliwości i/ lub potrzeby dokonywania ocen.

Podrozdział zatytułowany „test rozpowszechniania” stanowi powtórzenie treści z podrozdziałów poprzednich.

Katalog przesłanek dotyczących posiadania także pozostawia wiele do życzenia. Pierwszą z nich jest zwyczajny dostęp do sieci. Autor nie zajmuje się kwestią utraty dostępu z przyczyn leżących po stronie użytkownika (np. zapomnienie hasła do konta). Z jego wyводу zdaje się wypływać wniosek, że jeżeli użytkownik zna treść pliku, ma ten plik zapisany w poczcie, ale zapomniał hasła do konta i nie może fizycznie pliku otworzyć, to nie jest on posiadaczem. Autor zbyt powierzchownie odnosi się do kwestii odpowiedzialności administratora. Nie analizuje np. posiadania w złej wierze, ani możliwości popełnienia przez niego przestępstwa którejs z niesprawczych form zjawiskowych.

Przesłanką posiadania ma być również władanie treścią, czyli możliwość zmiany, przeniesienia, usunięcia, skopiowania. Zdaniem Autora chodzi o faktyczną możliwość wykonywania takich czynności i chyba- wszystkich (184-185). Oznaczałoby to, że osoba, która otrzymała plik zablokowany- tylko do odczytu lub w formie nieedytowalnego PDF i zatrzymała ten plik w swojej poczcie- nie jest posiadaczem. Podobnie, jak osoba, która nie umie wprowadzić modyfikacji do pliku.

Kolejną przesłanką jest świadomość władania treścią. Autor sam wskazywał, że wszystkie omawiane przez niego przestępstwa są umyślne. Świadomość jest immanentnym elementem zamiaru. Nie ma zatem potrzeby wprowadzania takiej dodatkowej przesłanki.

Także w kontekście zaprezentowanych w tej części rozważań, zbyt ubogo przedstawia się problematyka odpowiedzialności administratora.

Podobnie, jak to było w przypadku rozpowszechniania, także i w odniesieniu do posiadania Autor proponuje zastosowanie „testu posiadania”. Podrozdział 5.2.4. stanowi powtórzenie treści podrozdziałów dotyczących przesłanek posiadania.

Cały rozdział V kończy podsumowanie, stanowiące kolejne powtórzenie.

Tytuł rozdziału VI nie odpowiada jego treści, co wskazano wyżej. Treść zawarta w tym rozdziale powinna zostać zaprezentowana dużo wcześniej- na początku pracy. Funkcjonowanie pewnych procedur, sieci Internet, portali społecznościowych, etc., a także terminów komputerowych (serwisy hostingowe, sieć P2P, etc.) powinno zostać wyjaśnione na początku i stanowić punkt odniesienia do rozważań prawnokarnych. Pewne kwestie zostały zaprezentowane w poprzednich rozdziałach, stąd ponownie pojawiają się powtórzenia. Rozważania prawnokarne prowadzone w odniesieniu do poszczególnych kwestii komputerowych, powinny być pogłębione i umocowane w poglądach doktryny. W szczególności Autor powinien zwrócić uwagę na zamiar ewentualny, usiłowanie, formy zjawiskowe. Sprawca zdaje się błędnie interpretować pojęcia sprawstwa polecającego i kierowniczego (s. 219). W opisanym przez Autora przypadku raczej żadna z tych form nie zostanie zrealizowana, raczej należy się zastanowić nad zwykłym sprawstwem, współsprawstwem lub pomocnictwem.

W tytule podrozdziału 6.1.6. powinno chyba zostać użyte pojęcie rozpowszechniania zamiast udostępniania.

Rozważania w rozdziale 6.1.7. ponownie pokazują, że Autor nie rozumie istoty zamiaru. Píše on bowiem: „Jeżeli pierwotny nadawca miał na celu przekazanie plików tylko dziesięciu, indywidualnie oznaczonym osobom, nie mając zamiaru, by były one przekazywane dalej (i nie godząc się na to), nie może odpowiadać za zachowanie swoich odbiorców. Z jego punktu widzenia, czyn był skierowany wobec oznaczonej liczby osób (dziesięć) i określonego ich kręgu (tożsamością lub choćby adresami e-mail). Odbiorca wiadomości, który przesłał ją dalej (np. do kolejnych 30 osób) odpowiada natomiast w ramach swojego zamiaru.” (s. 228). Autor wyraźnie utożsamia pojęcie zamiaru z zamiarem bezpośrednim. Użycie ogólnego terminu „zamiar” oznacza zarówno zamiar bezpośredni, jak i ewentualny, nie ma więc potrzeby dodawania „(i nie godząc się na to)”. W akapicie, którego fragment został przytoczony materia karno-materialna i procesowa (dowodowa) zostają przemieszane.

W podrozdziale 6.1.11 Autor pisze: „(...) lecz nie jest pewne, że osoba, która przesłała plik do serwera pocztowego, jest jej pomocnikiem lub współsprawcą (tj. że przekazała *hashcode* innej osobie po to, by ta ostatnia go rozpowszechniła)”- s. 237. Należy zauważyć, że aby daną osobę uznać za pomocnika nie musi ona przekazać danych innej osobie **po to**, aby ta go rozpowszechniła. Sugerowałoby to konieczność wystąpienia zamiaru bezpośredniego kierunkowego, podczas gdy wystarczy, że pomocnik działa w zamiarze bezpośrednim (zwykłym) lub ewentualnym.

W odniesieniu do podrozdziałów 6.2...., należy zauważyć, że występują tu liczne powtórzenia. Analiza jest powierzchowna. Autor nie wyprowadza dalej idących wniosków. Pisze np. że administrator ma formalną możliwość zarządzania treściami, ale w praktyce z tego nie korzysta. Po pierwsze to, że faktycznie tego nie czyni nie powinno go zwalniać od odpowiedzialności, po drugie zaś- co w sytuacji, gdy są sygnały, że administrator niektóre treści sprawdza, a innych nie (czyli może to zrobić, ale z jakichś sobie znanych powodów tego nie czyni), np. blokuje pewne treści.

Ostatnia część pracy- zakończenie i wnioski *de lege lata* i *de lege ferenda* stanowi po raz kolejny powrót do kwestii poruszanych w pracy. Autor odnosi się do tez z wprowadzenia. Ponieważ jednak tezy owe stanowią w dużej mierze wnioski, podsumowanie nie zawiera jakichś nowych wniosków. Postulaty *de lege ferenda* są ubogie, choć poprawne.

5. Konkluzja

W świetle powyższych uwag stwierdzam, że rozprawa Pana mgr. Wojciecha Bijocha pt. „Posiadanie i rozpowszechnianie przy przestępstwach komputerowych” nie odpowiada w obecnym kształcie wymogom określonym w art. 13 ust. 1 Ustawa z dnia 14 marca 2003 o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule w zakresie sztuki t.j. Dz. U. z 2016 r. poz. 882 z późn. zm. Na podstawie § 6 pkt 6 rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 19 stycznia 2018 r. w sprawie szczegółowego trybu i warunków przeprowadzania czynności w przewodzie doktorskim, w postępowaniu habilitacyjnym oraz w postępowaniu o nadanie tytułu profesora (D. U. poz. 261) wnoszę o **przekazanie pracy do poprawy.**

Wojciech Bijoch - Kule