



Dr hab. Magdalena Budyn-Kulik, prof. UMCS
Uniwersytet Marii Skłodowskiej-Curie
Wydział Prawa i Administracji
m.budynkulik@gmail.com
ORCID: 0000-0002-3258-9855

Przestępstwo kradzieży tożsamości po zmianach wprowadzonych ustawą z 31 marca 2020 r. nowelizującą przepisy w sprawie COVID-19

The crime of identity theft after the changes introduced by
the Act of March 31, 2020

Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych¹ zmieniła m.in. treść przepisu art. 190a § 2 k.k.². W pierwotnym brzmieniu tego przepisu kryminalizowane było zachowanie polegające na podszywaniu się pod inną osobę z wykorzystaniem jej wizerunku lub innych danych osobowych w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Obecnie ustawodawca wprowadził dodatkowe znamię – „inne dane, za pomocą których jest ona publicznie identyfikowana”.

¹ Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020 poz. 568, 695.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2020 poz. 1444, 1517.

Przepis art. 190a § 2 k.k. typizujący tzw. kradzież tożsamości został wprowadzony do kodeksu karnego nowelizacją z dnia 25 lutego 2011 r.³ Od początku zarówno samo jego wprowadzenie⁴, jak i miejsce w systematyce kodeksu karnego⁵ oraz sposób ujęcia znamion budziły wątpliwości⁶.

Rozwój technologii spowodował wzmożenie aktywności ludzi w Internecie, a co za tym idzie wzrost liczby i różnorodności czynów zabronionych, popełnianych z wykorzystaniem elektronicznych systemów przetwarzania danych⁷. Wprowadzenie typu czynu zabronionego z art. 190a § 2 k.k. miało stanowić odpowiedź ustawodawcy na zjawisko tzw. cyberstalkingu⁸ i zapewnić ochronę wolności decydowania przez jednostkę o wykorzystaniu

³ Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Dz.U. 2011, nr 72 poz. 381.

⁴ W literaturze przedmiotu wskazywano, że ochrona pokrzywdzonych tzw. cyberstalkingiem wydawała się na gruncie dotychczasowych rozwiązań wystarczająca. Zachowania tego rodzaju mogły i nadal mogą, wypełniać znamiona innych czynów zabronionych, np. z art. 267 § 1 i § 2 k.k. (nielegalne uzyskanie informacji), art. 268 k.k. (niszczenie informacji, utrudnienie osobie uprawnionej zapoznania się z nią), art. 268a k.k. (spowodowanie szkody w bazach danych), a także art. 287 §1 k.k. (oszustwo komputerowe); K. Garstka, P. Przygucki, *Stalking jako przestępstwo – nowelizacja polskiego kodeksu karnego a doświadczenia prawodawstwa angielskiego*, „Wiedza Prawnicza” 2011, nr 2, s. 22, <http://www.wiedzaprawnicza.pl/teksty/2-2011/2-2011.pdf> [dostęp: 25.12.2020].

⁵ M. Budyn-Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks Karny. Komentarz aktualizowany*, Wolters Kluwer, Gdańsk LEX/el. 2011; M. Kulik, Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk DL-P-I- 4001-5/09) przygotowana na zlecenie Ośrodka Studiów i Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych. Opinia sporządzona została do poprzedniej wersji projektu, ale w tej mierze wyrażony pogląd pozostaje aktualny; A. Sakowicz, Opinia prawa o zmianie ustawy – Kodeks karny, Druk sejmowy nr 3553, s. 8; J. Kosonoga [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 1093.

⁶ Zob. M. Filar, M. Berent [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1174; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019, s. 599; M. Mozgawa [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, System Prawa Karnego, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 470

⁷ J. Kosonoga [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, s. 1092; M. Królikowski, A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zabłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 591.

⁸ M. Budyn-Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks Karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el.; M. Mozgawa [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom...*, s. 468.

informacji o jej życiu osobistym, rozszerzając tym samym ochronę życia prywatnego (prywatności)⁹. Jest to kryminalizacja „na przedpolu skutku”¹⁰.

Zjawisko cyberstalkingu jest niewątpliwie bardzo szkodliwe społecznie. Polega ono między innymi na wysyłaniu w imieniu pokrzywdzonego wiadomości czy podawaniu się za pokrzywdzonego przed społecznością internetową w grupach Usenetowych, na czatach, forach itp., rozpowszechnianiu o nim nieprawdziwych informacji, a także na włamaniach do komputera osobistego pokrzywdzonego. W wyniku czynów prześladowcy może dojść do pojawienia się w Internecie treści nielegalnych lub szkodliwych¹¹.

Przestępstwo z art. 190a § 2 k.k. w pierwotnym brzmieniu polegało na wykorzystaniu wizerunku lub danych osobowych innej osoby przez podszycie się pod nią. Indywidualny przedmiot ochrony tego przestępstwa to, jak się wydaje, prawo do wizerunku konkretnego człowieka, a być może także prawo do tożsamości. Taki pogląd wyrażony został na gruncie pierwotnego brzmienia art. 190a § 2 k.k.¹². Wizerunek i inne dane osobowe (nazwisko, płeć, wiek, imiona rodziców, numer PESEL) służą indywidualizacji konkretnego człowieka, opisują i umożliwiają potwierdzenie (w sensie dowodowym) jego tożsamości. Składa się na nią wiele elementów, co sprawia, że jest ona swoista dla danej osoby. W ramach szeroko rozumianej tożsamości mieści się poczucie tożsamości płciowej, osobowość danego człowieka, wyznawane przez niego poglądy, przekonania lub sposób spostrzegania świata, czyli wszystko to, co pozwala odróżnić go od innych. Nie wszystkie jej składniki są istotne z perspektywy prawa karnego¹³.

Znamię czasownikowe typu z art. 190a § 2 k.k. pozostało niezmienione – podszywanie się pod inną osobę przez wykorzystanie informacji wskazanych w przepisie. Taki zakres ochrony, choć pozornie szeroki, był jednak niewystarczający. Poza zakresem tej regulacji pozostawała chociażby następująca sytuacja: pokrzywdzony sprzedaje przez aplikację w smartfonie lub portal internetowy przedmioty. Adresy e-mail nabywców posiada w folderze „kontakty” lub po prostu w odebranych wiadomościach. Sprawca, uzyskuje

⁹ Druk sejmowy nr 3553, s. 2.

¹⁰ M. Mozgawa, Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, Druk sejmowy nr 3553, s. 8.

¹¹ J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 10, s. 34, <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2013/12/b880db39333f24dc255ba495ba2a1883.doc> [dostęp: 30.06.2020].

¹² M. Budyn-Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks Karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2011.

¹³ Tamże.

w nielegalny sposób (hakuje) dostęp do konta e-mail pokrzywdzonego i wysyła do tych osób z jego konta wiadomość, w której informuje, że wpłaty za kupione przedmioty należy dokonywać na wskazany numer konta (podając swój numer konta). Wiadomości tej nie podpisuje albo podpisuje inicjałem imienia (takim samym, jak u pokrzywdzonego). W tym przypadku znamię podszywania się pod inną osobę, która z tego tytułu może ponieść szkodę finansową, zostaje zrealizowane. Nie doszło tu jednak przecież do wykorzystania wizerunku ani innych danych osobowych¹⁴.

Niewątpliwie zatem istniała potrzeba modyfikacji znamion typu czynu zabronionego z art. 190a § 2 k.k., jednak raczej co do znamienia celu, a nie sposobu zachowania sprawcy¹⁵.

Powstaje pytanie, czy w pierwotnym brzmieniu przepis ten kryminalizował wykorzystanie wszystkich danych innej osoby, jakie mogłyby umożliwić jej identyfikację. Do czasu wprowadzenia nowelizacji, ustawodawca wymieniał dwa rodzaje tych danych: wizerunek oraz inne dane osobowe. Wykładnia obu budziła pewne wątpliwości, także co do zakresu.

Przed wprowadzeniem typu kradzieży tożsamości do kodeksu karnego, nie chronił on wizerunku jako samoistnego dobra prawnego, który pośrednio mógł podlegać ochronie na podstawie przepisów typizujących czyny zabronione przeciwko czci. Nie ma ustawowej definicji wizerunku. W języku potocznym wizerunek ma dwa znaczenia: czyjaś podobizna na rysunku, obrazie, zdjęciu itp. oraz sposób, w jaki dana osoba lub rzecz jest postrzegana i przedstawiana¹⁶. Pojęcie to ma zatem szersze i węższe znaczenie. W znaczeniu węższym wizerunek innej osoby to utrwalony obraz twarzy (ewentualnie także reszty ciała). Natomiast w szerszym znaczeniu można je rozumieć jako swego rodzaju odpowiednik „firmy” w odniesieniu do przedsiębiorstwa. Jest to zatem sposób, w jaki dana osoba jest postrzegana przez innych ludzi, np. jako człowiek uczciwy, rzetelny kontrahent lub przeciwnie – jako człowiek niegodny zaufania, wchodzący w konflikty z prawem, „kryminalista” itp¹⁷. Nie jest jasne, w którym z tych znaczeń ustawodawca użył znamienia „wizerunek”. Wykładnia celowościowa prowadzi do wniosku, że raczej nie chodzi tu o szersze znaczenie tego słowa¹⁸.

¹⁴ M. Budyn-Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks Karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2011.

¹⁵ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 615.

¹⁶ *Wizerunek* [hasło], *Słownik Języka Polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/wizerunek.html> [dostęp: 11.08.2020].

¹⁷ M. Budyn-Kulik [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks Karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2011.

¹⁸ Tak też J. Lachowski [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*,

Przepis art. 190a § 2 k.k. nie typizuje przestępstwa przeciwko czci. Nie chodzi tu zatem o zachowanie sprawcy godzącego w dobre imię (wizerunek w szerszym znaczeniu) pokrzywdzonego. Wizerunek został wymieniony jako jeden ze sposobów umożliwiających identyfikację i indywidualizację pokrzywdzonego. Również wykładnia systemowa zdaje się ten wniosek potwierdzać. Znamię to pojawia się bowiem w jeszcze jednym przepisie kodeksu karnego, którego także nie było w jego pierwotnej wersji – art. 191a k.k. Na gruncie tego przepisu nie ma wątpliwości, że chodzi o wizerunek w węższym tego słowa znaczeniu – jako obraz człowieka zarejestrowany przy pomocy środków technicznych¹⁹.

Pozostając na gruncie węższej wykładni, można ujmować ją bardzo ściśle (tylko obraz człowieka) lub nieco szerzej – także inne cechy postrzegalne zewnętrznie pozwalające na jego identyfikację²⁰. Wydaje się, że nie ma przeszkód, aby włączyć te inne cechy w zakres tego pojęcia. Tak zresztą czyni się na gruncie prawa cywilnego.

Tradycyjnie ochrona wizerunku (i/lub jego rozpowszechniania) jest domeną regulacji, o szeroko rozumianym charakterze cywilnoprawnym – art. 81, art. 83 w związku z art. 78 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych²¹, art. 23 i 24 k.c.²²

Na gruncie art. 81 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych wizerunek rozumiany jest jako obraz człowieka. Mowa jest w nim o zezwoleniu na jego rozpowszechnianie „osoby na nim przedstawionej” (art. 81 ust. 1), a także o wykonaniu wizerunku osoby, stanowiącej szczególnie większej całości (art. 81 ust. 2 pkt 2). Wyraźnie chodzi tu zatem o węższe rozumienie tego pojęcia. Innymi słowy „wizerunek” oznacza odzwierciedlenie ciała i/lub twarzy danej osoby, np. w postaci fotografii. W doktrynie prawa autorskiego taka wykładnia nie budzi w zasadzie wątpliwości i jest utrwalona. Podkreśla się funkcję indentyfikacyjną i informacyjną wizerunku²³.

Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 865; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz...*, s. 614.

¹⁹ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, s. 625.

²⁰ M. Królikowski, A. Sakowicz [w:] M. Królikowski, R. Zabłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 591.

²¹ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. 2019 poz. 1231 ze zm.

²² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020 poz. 1740.

²³ T. Grzeszak [w:] J. Barta (red.), *Prawo autorskie*, System Prawa Prywatnego, t. 13, C.H. Beck, Warszawa 2007, s. 538; E. Wojnicka, *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynałazczości i Ochrony Własności Intelktualnej” 1990, nr 56, s. 107; A. Kotas, *Prawo do wizerunku w prawie hiszpańskim i prawie*

Pojęcie „wizerunku” występuje również w art. 23 k.c. Ustawodawca wymienia je tam jako przykład „dóbr osobistych człowieka”. Ponieważ pozostałe dobra osobiste dotyczą innych aspektów funkcjonowania człowieka, nie ma powodów, aby pojęcie to interpretować rozszerzająco²⁴. W orzecznictwie sądów cywilnych przyjmuje się, że wizerunek obejmuje dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród ludzi jako obraz fizyczny, portret, rozpoznawalną podobiznę²⁵. Wizerunek, poza zauważalnymi dla otoczenia cechami fizycznymi, składającymi się na wygląd danego człowieka i pozwalającymi na jego odróżnienie od innych ludzi, może obejmować również inne elementy o charakterze utrwalonym, związane np. z wykonywanym zawodem (charakteryzacja, stój, sposób poruszania się). Wizerunek rozumiany jest zatem nie tylko jako obraz fizyczny jednostki (przedstawienie postaci czy twarzy), lecz odnosić się może także do innych jej cech, umożliwiających identyfikację²⁶. Potwierdza to orzecznictwie²⁷.

Powstała swego czasu wątpliwość, jak wąska powinna być węższa wykładnia terminu „wizerunek”. Najbardziej interesującą kwestią jest tu możliwość włączenia głosu w zakres pojęcia. Wydaje się trafną propozycja, aby głos traktować jako „dźwięczny wizerunek”, czyli swego rodzaju obraz, ale odbierany nie zmysłem wzroku, lecz słuchu²⁸. Oczywiście jest to możliwe pod warunkiem, że głos konkretnej osoby jest rozpoznawalny dla innych i umożliwia identyfikację danej osoby, a zatem posiada charakterystyczne cechy (barwa, sposób akcentowana, wymawiania poszczególnych głosek)²⁹.

Można zatem odnieść wrażenie, że to w przepisach dotyczących danych osobowych należy szukać wyjaśnienia tego pojęcia. Definicji wizerunku nie

polskim – wybrane zagadnienia, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2013, nr 1, s. 93.

²⁴ Nie ma w tym kontekście znaczenia, istotne na gruncie prawa cywilnego i pokrewnych rozróżnienie wizerunku jako dobra osobistego (który nie jest tożsamy z wyglądem człowieka) i wizerunku jako pewnego utrwalenia i/ lub konkretyzacji wyglądu konkretnego człowieka w danym momencie. W pierwszym przypadku jest to pewna wartość niematerialna, idealna, wizerunek abstrakcyjny, w drugim zaś jest to istniejący w rzeczywistości obraz (odzwierciedlenie wyglądu) danej jednostki. A. Pązik, *Prawo do wizerunku w obliczu zmian*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2010, nr 1, s. 128.

²⁵ Wyrok SN z 15 października 2009 r., I CSK 72/09, OSNC 2010, nr 1, poz. 29.

²⁶ Wyrok SN z 20 maja 2005 r., II CK 330/03, LEX 686639.

²⁷ Wyrok SA w Warszawie z 12 września 2017 r., I ACa 1230/16, LEX 2402452; wyrok SA w Warszawie z 29 października 2019 r., VII AGa 1432/18, LEX 2788558.

²⁸ J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku osób powszechnie znanych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9, s. 39.

²⁹ J. Sieńczyło-Chlabicz, *Rozpowszechnianie wizerunku...*, s. 39.

zawierał jednak art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych³⁰, która obowiązywała w chwili wprowadzenia do kodeksu karnego typu czynu zabronionego polegającego na kradzieży tożsamości. Określał on dane osobowe jako wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej, czyli osoby, której tożsamość można było ustalić bezpośrednio lub pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne. Takie ujęcie wynikało z prawie dokładnego przeniesienia treści art. 2 ust. 1 dyrektywy 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych³¹. W literaturze wyrażono wówczas trafny pogląd, że wizerunek mieści się w pojęciu „danych osobowych”³². Akceptowany był on również w orzecznictwie³³.

Wydaje się, że pomimo dodatkowego znamienia wprowadzonego do treści art. 190a § 2 k.k. oraz zmiany regulacji dotyczących danych osobowych, dotychczasowa węższa wykładnia znamienia „wizerunek” jest nadal aktualna.

W związku z rozwojem techniki, zwłaszcza z postępującą cyfryzacją życia i przeniesieniem wielu aktywności człowieka do Internetu, pojawiają się nowe formy identyfikacji człowieka. Powstaje pytanie, czy mieszczą się one w pojęciu wizerunku – np. awatar pełni funkcję identyfikującą pseudonimu, ale realizuje się ona w warstwie wizualnej (graficznej)³⁴. Wydaje się jednak, że trafniejsze jest uznanie, iż jest to rodzaj pseudonimu³⁵.

Drugim znamieniem strony przedmiotowej wskazanym w art. 190a § 2 k.k. są dane osobowe. Obowiązujące rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) w art. 4 powtarza w zasadzie definicję danych osobowych z poprzednio obowiązującej dyrektywy³⁶. W myśl tego przepisu dane osobowe

³⁰ Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, tj. Dz.U. 2002 Nr 101, poz. 926, z późn. zm.

³¹ Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.U. UE L 281 z 23 listopada 1995 r., s. 31.

³² Druk sejmowy nr 3553, s. 4.

³³ Wyrok NSA z 18 listopada 2009 r., I OSK 667/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B0351DAD7F> [dostęp: 14.08.2020]

³⁴ K. Kurosz, *Gry komputerowe jako źródło naruszenia dóbr osobistych. Problem interakcji z uczestnikami rozgrywki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019, nr 2, s. 31.

³⁵ Tamże, s. 31.

³⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia

to wszelkie informacje o możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej. Zostały w nim wyliczone m.in. źródła, nośniki oraz sposoby podawania informacji tego rodzaju: imię i nazwisko, numer identyfikacyjny, dane o lokalizacji, identyfikator internetowy lub jeden bądź kilka szczególnych czynników określających fizyczną, fizjologiczną, genetyczną, psychiczną, ekonomiczną, kulturową lub społeczną tożsamość osoby fizycznej.

Definicja danych osobowych w rozporządzeniu jest bardzo szeroka. Należą do nich także np. spseudonimizowane dane osobowe, które przy użyciu dodatkowych informacji można przypisać osobie fizycznej. Uznaje się je za informacje o możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej (pkt. 26 preambuły rozporządzenia). Wydaje się, że identyfikatory internetowe, o których mowa w pkt. 30 preambuły rozporządzenia³⁷, nie stanowią same w sobie danych osobowych, ale można przy ich pomocy zidentyfikować człowieka, stąd należy je traktować jak dane osobowe. Z przepisów rozporządzenia wynika jasno, że do danych osobowych zalicza się także dane genetyczne (dane osobowe dotyczące odziedziczonych lub nabytych cech genetycznych osoby fizycznej, uzyskane z analizy próbki biologicznej danej osoby fizycznej, w szczególności z analizy chromosomów, kwasu dezoksyrybonukleinowego (DNA) lub kwasu rybonukleinowego (RNA) lub z analizy innych elementów umożliwiających pozyskanie równoważnych informacji (pkt. 34 preambuły rozporządzenia) oraz wszelkie dane o stanie zdrowia, ujawniające informacje o przeszłym, obecnym lub przyszłym stanie fizycznego lub psychicznego zdrowia osoby, której dane dotyczą (pkt. 35 preambuły rozporządzenia).

Nie powinno budzić wątpliwości, że pomimo iż ustawodawca użył liczby mnogiej „dane osobowe”, wystarczy wykorzystanie pojedynczej informacji, która umożliwi identyfikację danej osoby, np. numeru PESEL³⁸. Warunkiem jest to, aby dana pojedyncza informacja pozwalała na identyfikację człowieka. Zazwyczaj informacje użyte pojedynczo nie wystarczają do jednoznacznej identyfikacji, np. samo imię, samo nazwisko (jeżeli jest popularne) albo sama nazwa ulicy. Dopiero ich połączenie sprawia, że spośród ogółu społeczeństwa „odfiltrowana” zostaje konkretna osoba. Dlatego sprawca, podszycując się pod

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), Dz.U. UE L 119 z 4 maja 2016 r., s. 1.

³⁷ Adresy IP, identyfikatory plików cookie – generowane przez ich urządzenia, aplikacje, narzędzia i protokoły, czy też inne identyfikatory, generowane na przykład przez etykiety RFID.

³⁸ R. Stępniewski, *Co jest, a co nie jest danymi osobowymi?*, <https://www.politykabezpieczenstwa.pl/pl/a/co-jest-a-co-nie-jest-danymi-osobowymi> [dostęp: 11.08.2020].

inną osobę, dla uwiarygodnienia tej tożsamości z reguły wykorzystuje większą liczbę danych, np. imię, nazwisko i PESEL³⁹. Na poziomie analizy dogmatycznej nie zostaje jednak wyłączona możliwość wykorzystania pojedynczej informacji wystarczającej do identyfikacji człowieka.

Zasadność wprowadzenia do treści przepisu art. 190a § 2 k.k. nowego znamienia czynu zabronionego w postaci „innych danych, za pomocą których jest ona [osoba] publicznie identyfikowana” budzi wątpliwości. Warto jednak najpierw dokonać wykładni tego znamienia.

Interesujące jest włączenie w jego treść wymogu, aby te dane pozwalały na publiczną identyfikację danej osoby. Nie było go do tej pory, w odniesieniu do poprzednio istniejących znamion wizerunku oraz danych osobowych. Wydaje się, że jest on zbędny. Utrwalona wykładnia pojęcia „publicznie” w prawie karnym prowadzi do wniosku, że chodzi tu tylko o takie dane, przy pomocy których możliwa jest identyfikacja jednostki przez nieograniczoną z góry liczbę osób. Przy takiej interpretacji mogłoby dojść do nieuzasadnionego ograniczenia kryminalizacji. Rozporządzenie wyjaśnia, że do danych osobowych dotyczących zdrowia należą m.in. informacje zbierane podczas rejestracji do usług opieki zdrowotnej. Można sobie wyobrazić sytuację, w której właściwości identyfikacyjne takich informacji ograniczone są do ściśle określonej, niewielkiej liczby osób – pracowników danej placówki, stosującej określony sposób kodowania tych danych, w sposób czytelny w ramach tej placówki.

Ustawodawca, jak można założyć, posłużył się pojęciem „publicznie” w nieco innym znaczeniu. Chodzi tu chyba o możliwość identyfikacji danej osoby w przestrzeni publicznej; w pozarodzinnym, zewnętrznym funkcjonowaniu człowieka⁴⁰. Określenie to wydaje się całkowicie zbędne, ponieważ z istoty swej posługiwanie się cudzym wizerunkiem, czy innymi danymi, ma taki charakter.

Nowe znamię zostało ujęte cokolwiek niezręcznie. Określenie „jest identyfikowana” sugerowałoby, że chodzi o dane, przy pomocy których faktycznie w przestrzeni publicznej dana osoba jest identyfikowana. W takim ujęciu nowe znamię jest absolutnie zbędne, ponieważ pomimo pozornego przedmiotowego rozszerzenia katalogu sposobu zrealizowania znamion typu czynu zabronionego, w rzeczywistości doszłoby do jego zawężenia. Pojęcie danych osobowych na gruncie aktualnej treści rozporządzenia Parlamentu UE obejmuje nie tylko dane, przy pomocy których identyfikuje się daną osobę, ale

³⁹ Zob. też J. Kosonoga [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 1094.

⁴⁰ Zob. też *Publicznie* [hasło], [w:] W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/publicznie;5487881.html> [dostęp: 16.08.2020]

także te, przy pomocy których można ją zidentyfikować. Innymi słowy, chodzi o informacje, dzięki którym niekoniecznie w danym momencie tę osobę się identyfikuje, ale które stwarzają możliwość odanonimizowania człowieka.

W kontekście wykładni celowościowej i systemowej, wydaje się zatem, że określenie „jest identyfikowana” należy rozumieć jako „możliwa jest identyfikacja”. Jeżeli ustawodawca koniecznie musiał wprowadzić nowe znamię do treści przepisu art. 190a § 2 k.k., może lepsze byłoby właśnie takie jego brzmienie. Ewentualnie, aby wskazać na pewną potencjalność, mogłoby ono brzmieć: osoba jest publicznie identyfikowalna (dostrzegam jednak w takim sformułowaniu pewną niezręczność językową).

Jeszcze na gruncie art. 190a § 2 k.k. w pierwotnym brzmieniu, wskazywano, że włączenie do znamion opisanego w nim czynu zabronionego wizerunku jest zbędne, ponieważ mieści się w określeniu danych osobowych⁴¹. Ustawodawca jednak nie tylko nie skorygował tego przy okazji nowelizacji, ale dokonał dalszej multiplikacji znamion. Powstaje pytanie, czy istnieją jakies dane umożliwiające publiczną identyfikację człowieka, niebędące danymi osobowymi. Pojęcie danych osobowych jest wprawdzie bardzo szerokie, ale ograniczone⁴².

Preambuła rozporządzenia w pkt. 26 stanowi, że aby stwierdzić, czy dany sposób może być z uzasadnionym prawdopodobieństwem wykorzystany do zidentyfikowania danej osoby, należy wziąć pod uwagę wszelkie obiektywne czynniki, takie jak koszt i czas potrzebne do jej zidentyfikowania, oraz uwzględnić technologię dostępną w momencie przetwarzania danych, jak i postęp technologiczny. Mogłoby się wydawać, że dane, które teoretycznie mogłyby doprowadzić do ustalenia tożsamości danej osoby nie są danymi osobowymi, jeśli wymagałoby to niewspółmiernego nakładu sił i kosztów. Taki wniosek jest chyba jednak nieuprawniony w świetle końcowego fragmentu pkt. 26 preambuły, z którego wynika, że do takich danych nie stosuje się przepisów dotyczących ochrony danych osobowych. Trzeba pamiętać, że chociaż określenie danych osobowych nastąpiło w rozporządzeniu⁴³, definicja ta została sformułowana przede wszystkim na potrzeby ochrony przetwarzania takich danych, a nie precyzyjnego ustalenia, co też w zakres tego pojęcia wchodzi.

⁴¹ J. Kosonoga [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 1093.

⁴² Zob. Grupa robocza ds. ochrony danych powołana na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE, Opinia 4/2007 w sprawie pojęcia danych osobowych, wp136_pl.pdf, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm, s. 25. [dostęp: 11.08.2020]. Opinia została sporządzona na gruncie wcześniejszego stanu prawnego, ale w przedmiotowym zakresie pozostaje aktualna.

⁴³ Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych nie zawiera definicji danych osobowych.

Nie stanowią danych osobowych w rozumieniu rozporządzenia dane zanonimizowane, adres e-mail, niebędący adresem konkretnego człowieka, ale np. prowadzonej przez niego firmy (typu info@firma.com) oraz numer KRS⁴⁴. Należy się zastanowić, czy przy pomocy takich informacji można publicznie zidentyfikować człowieka.

W przypadku danych, przy pomocy których identyfikacja jednostki jest możliwa, aczkolwiek bardzo utrudniona, można przyjąć, że wchodzi one w zakres znamienia „inne dane, za pomocą których jest ona publicznie identyfikowana”. Oczywiście, wyłącznie przy założeniu, iż chodzi tu także o dane potencjalnie umożliwiające identyfikację, a nie tylko faktycznie wykorzystywane w przestrzeni publicznej do identyfikacji danej osoby.

Dane zanonimizowane z racji swego charakteru, nie nadają się do ustalenia tożsamości człowieka. Nie mieszczą się zatem w zakresie analizowanego znamienia. Adres e-mail, niezawierający imienia, nazwiska, pseudonimu ani innych informacji wprost pozwalających na identyfikację co do zasady trudno uznać za stanowiący takie dane⁴⁵. Jednak nie można wykluczyć, że w konkretnych okolicznościach, zwłaszcza w połączeniu z innymi informacjami, trzeba będzie przyjąć, że będzie mieścił się w ramach omawianego znamienia. Numer KRS nie służy do identyfikacji człowieka (osoby fizycznej), lecz podmiotu zbiorowego – posłużenie się im przez sprawcę nie realizuje znamion czynu zabronionego z art. 190a § 2 k.k.⁴⁶

Wprowadzenie nowego znamienia do art. 190a § 2 k.k. trudno ocenić pozytywnie. Wydaje się, że lepszym rozwiązaniem byłoby syntetyczne ujęcie znamion. Zamiast wyliczenia „wizerunek, dane osobowe lub inne dane, za pomocą których dana osoba jest publicznie identyfikowana”, wystarczyłoby napisać: wszelkie dane umożliwiające identyfikację człowieka (osoby). Zdecydowanie należałoby rozważyć rezygnację ze znamienia celu.

⁴⁴ Czym są dane osobowe?, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pl [dostęp: 11.08.2020 r.]

⁴⁵ Zob. szerzej J. Kosonoga [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny*, s. 1094; W. Zimny, *Czy adresy e-mailowe są danymi osobowymi*, „Ochrona Informacji” 2002, nr 2, s. 6-7; J. Ożegalska-Trybalska, *Adresy e-mailowe a dane osobowe*, „Biuletyn Administratorów Bezpieczeństwa Informacji – Ochrona Danych Osobowych” 2001, nr 23, s. 10-13.

⁴⁶ Inaczej rzecz się ma z wpisem do Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej (CEIDG). Jego następstwem jest nadanie numeru NIP przedsiębiorcy, który jak najbardziej umożliwia jego identyfikację w przestrzeni publicznej.

Bibliografia

- Barta J. (red.), *Prawo autorskie*, System Prawa Prywatnego, t. 13, C.H. Beck, Warszawa 2007.
- Budyn-Kulik M., Kozłowska-Kalisz P., Kulik M., Mozgawa M., *Kodeks Karny. Komentarz aktualizowany*, Wolters Kluwer, Gdańsk 2011., LEX/el.
- Garstka K., Przygucki P., *Stalking jako przestępstwo – nowelizacja polskiego kodeksu karnego a doświadczenia prawodawstwa angielskiego*, „Wiedza Prawnicza” 2011, nr 2, s. 10-24, <http://www.wiedzaprawnicza.pl/teksty/2-2011/2-2011.pdf> [dostęp: 25.12.2020].
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Kosińska J., *Prawnokarna problematyka stalkingu*, „Prokuratura i Prawo” 2010, nr 10, s. 33-47, <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2013/12/b880db39333f24dc255ba495ba2a1883.doc> [dostęp: 30.06.2020].
- Kotas A., *Prawo do wizerunku w prawie hiszpańskim i prawie polskim – wybrane zagadnienia*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2013, nr 1, s. 93-108.
- Królikowski M., Zabłocki R. (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczegółowa*, t. I, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Kurosz K., *Gry komputerowe jako źródło naruszenia dóbr osobistych. Problem interakcji z uczestnikami rozgrywki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2019, nr 2, s. 17-36.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Ożegalska-Trybalska J., *Adresy e-mailowe a dane osobowe*, „Biuletyn Administratorów Bezpieczeństwa Informacji – Ochrona Danych Osobowych” 2001, nr 23, s. 10-13.
- Pązik A., *Prawo do wizerunku w obliczu zmian*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2010, nr 1, s. 127-151.
- Sieńczyło-Chlabicz J., *Rozpowszechnianie wizerunku osób powszechnie znanych*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2003, nr 9, s. 39-45.
- Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Warylewski J. (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, System Prawa Karnego, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Wojnicka E., *Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej” 1990, nr 56, s. 101-123.

Zimny W., *Czy adresy e-mailowe są danymi osobowymi*, „Ochrona Informacji. Biuletyn TISM” 2002, nr 2, s. 3-8.

Netografia

Publicznie [hasło], [w:] W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, <https://sjp.pwn.pl/doroszewski/publicznie;5487881.html> [dostęp: 16.08.2020].

Stępniewski R., *Co jest, a co nie jest danymi osobowymi?*, <https://www.politykabezpieczenstwa.pl/pl/a/co-jest-a-co-nie-jest-danymi-osobowymi> [dostęp: 11.08.2020].

Dokumenty urzędowe

Czym są dane osobowe?, https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/reform/what-personal-data_pl [dostęp: 11.08.2020].

Grupa robocza ds. ochrony danych powołana na mocy art. 29 dyrektywy 95/46/WE, Opinia 4/2007 w sprawie pojęcia danych osobowych, wp136_pl.pdf, http://ec.europa.eu/justice_home/fsj/privacy/index_en.htm, s. 25. [dostęp: 11.08.2020].

Kulik M., Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk DL-P-I- 4001-5/09).

Mozgawa M., Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, Druk sejmowy nr 3553.

Sakowicz A., Opinia prawa o zmianie ustawy – Kodeks karny, Druk sejmowy nr 3553.

Wykaz aktów prawnych

Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, t.j. Dz.U. 2020 poz. 1740.

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. 2019 poz. 1231 ze zm.

Dyrektywa 95/46/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych, Dz.U. UE L 281 z 23 listopada 1995 r., s. 31.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2020 poz. 1444, 1517.

Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, Dz.U. 2011, Nr 72 poz. 381.

- 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 (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz.U. UE L 119 z 4 maja 2016 r., s. 1.
- Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o ochronie danych osobowych, tj. Dz.U. 2002 Nr 101, poz. 926, z późn. zm.
- Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2020 poz. 568, 695.

Wykaz orzecznictwa

- Wyrok SN z 20 maja 2005 r., II CK 330/03, LEX 686639.
- Wyrok SN z 15 października 2009 r., I CSK 72/09, OSNC 2010, nr 1, poz. 29.
- Wyrok NSA z 18 listopada 2009 r., I OSK 667/09, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/B0351DAD7F> [dostęp: 14.08.2020]
- Wyrok SA w Warszawie z 12 września 2017 r., I ACa 1230/16, LEX 2402452.
- Wyrok SA w Warszawie z 29 października 2019 r., VII AGa 1432/18, LEX 2788558.

STRESZCZENIE

Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych zmieniła m.in. treść przepisu art. 190 a § 2 k.k. W pierwotnym brzmieniu tego przepisu kryminalizowane było zachowanie polegające na podszywanie się pod inną osobę z wykorzystaniem jej wizerunku lub innych danych osobowych w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. Wizerunek jest pojęciem niełatwym do zdefiniowania. Przyjmuje się, że obejmuje obraz człowieka oraz inne cechy postrzegalne zewnętrznie pozwalające na jego identyfikację. Pojęcie danych osobowych zostało zdefiniowane w rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) jako wszelkie informacje o możliwej do zidentyfikowania osobie fizycznej. Obecnie ustawodawca wprowadził dodatkowe znamię – „inne dane, za pomocą których jest ona publicznie identyfikowana”. Zasadność wprowadzenia tego znamienia oraz sposób jego ukształtowania budzi wątpliwości; w szczególności określenia „publicznie” oraz „jest identyfikowana”. Zarówno pojęcie wizerunku, jak i danych osobowych, mieszczą się w znamieniu „innych danych”.

Słowa kluczowe: Kodeks karny, kradzież tożsamości, wizerunek, dane osobowe, identyfikacja

SUMMARY

The Act of March 31, 2020 changed, inter alia, the content of the provision of Art. 190 a § 2 of the Polish Criminal Code. In the original wording of this provision, conduct consisting of impersonating another person using his/her image or other personal data in order to inflict material or personal harm on her/ him was criminalized.

Image is not an easy concept to define. It is assumed to include the appearance of a person and other externally perceptible features that allow for their identification. The concept of personal data has been defined in the Regulation of the European Parliament and of the Council (EU) as any information relating to an identifiable natural person. Currently, the legislator has introduced an additional element - 'other data by means of which it is publicly identified'. The legitimacy of introducing this characteristic and the way it was shaped raise doubts; in particular, the terms 'in public' and 'is identified'. Both the concept of image and personal data fall under the term 'other data'.

Key words: Criminal Code, identity theft, picture, personal data, identification