

Komparatystyczne ujęcie pojęć „wizerunek”, „utrwalanie” i „rozpowszechnianie” w ujęciu art. 23 k.c., art. 81 ust. 1 pr. aut. oraz art. 191a k.k.

Karolina Witczak

Comparative aspect of terms „image”, „recording” and „dissemination” in view of art. 23 of Civil Code and art. 81 of Act of 4 February 1994 on Copyright and Related Rights and art. 191a of the Criminal Code

Abstract: The terms „image”, „recording” and „dissemination” are presented in art. 191a of the Criminal Code. However, the source of these phrases derives from civil law, especially art. 23 of Civil Code and art. 81 of Act of 4 February 1994 on Copyright and Related Rights. The article author makes a comparison of these terms in view of different legal orders (criminal law order and civil law order). The purpose of such a comparative study is to show differences and similarities in the range of designatums of analyzed terms. Furthermore, this article indicates “the most effective” structure of analyzed expressions on the grounds of law in action.

Keywords: image, recording naked image, dissemination naked image, crimes against freedom.

Wysoce zaawansowany postęp technologiczny, wpływający na sposób, a także jakość życia przeciętnego człowieka determinuje powstawanie nowych zjawisk społecznych, które powinny zostać, bądź zostają ujęte w formie regulacji prawnej.

* Katedra Prawa Karnego Międzynarodowego, Uniwersytet Łódzki
k.witczak1@wp.pl

Jednym z przejawów procesów zachodzących w związku z rozwojem technologii jest zwielokrotnienie możliwości w doborze technik i środków rejestracji obrazu.

Na jeden z problemów, którego natężenie oraz znaczenie wzrosło wraz z upowszechnieniem dostępu do narzędzi służących robieniu zdjęć lub nagrywania filmów, zwrócił uwagę projektodawca w uzasadnieniu do projektu sejmowego, dotyczącego zmiany ustawy- Kodeks karny, ustawy- Kodeks postępowania karnego, ustawy- Kodeks karny wykonawczy, ustawy- Kodeks karny skarbowy oraz innych niektórych ustaw¹. Otóż k.k. w poprzednio obowiązującym brzmieniu nie przewidywał instytucji zorientowanych na ochronę partnerów kontaktów seksualnych przed nadużyciem zaufania w postaci potajemnego utrwalenia samego kontaktu lub obrazu nagiego ciała partnera. Z kolei, możliwość szybko go rozpowszechniania oraz udostępniania obrazu i dźwięku za pomocą Internetu, jak również innych sieci telekomunikacyjnych podwyższa ryzyko wystąpienia wyżej wspomnianych typów zachowań². Jako symptom nasilenia tego zjawiska należy wskazać fakt, iż media w ostatnim czasie wielokrotnie informowały o przypadkach rozpowszechniania zdjęć nagich osób, czy zapisów nagrań audiowizualnych zawierających sceny z udziałem ludzi w trakcie aktywności seksualnych, z zastrzeżeniem, iż nie wyrazili oni zgody lub wyraźnie sprzeciwiali się publikacji materiału o takim charakterze, bądź nie mieli oni świadomości o wykonywaniu przez partnera zdjęć lub filmów o takim charakterze³.

Wraz z wejściem w życie ustawy z 5 listopada 2009 r., nowelizującej przepisy znajdujące się w porządku karnoprawnym, do k.k. został dodany art. 191a k.k.⁴ Zawiera on normę odnoszącą się do przestępstwa, które polega na utrwalaniu wizerunku nagiej osoby lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej używając w tym celu wobec pokrzywdzonego przemocy, groźby bezprawnej lub podstępnie albo

¹ *Druk sejmowy nr 1394*, Sejm VI kadencji.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*.

⁴ Ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 nr 206 poz. 1589).

rozpowszechnianiu bez zgody tejże osoby przynajmniej jednego z wymienionych rodzajów wizerunków.

Do momentu wprowadzenia art. 191a k.k. przypadki potajemnej rejestracji, jaki i rejestracji obrazu bez zgody nagiej osoby lub osoby podczas kontaktu seksualnego mogły być jedynie rozpatrywane w płaszczyźnie prawa cywilnego. Między innymi, z tego powodu doktryna prawa karnego w definiowaniu pojęć: „wizerunek”, „utrwalanie” oraz „rozpowszechnianie” sięga do dorobku literatury cywilnoprawnej. Jednakże powyższe zaczerpnięcie nie ma charakteru bezwzględnego, bowiem te terminy, pomimo, iż zostały wielokrotnie poddawane analizie nadal nie są jednolicie interpretowane, co może skutkować niestabilnością linii orzeczniczej w kontekście rozstrzygnięć jakie zapadają w związku z art. 191a k.k.

Przed rozpoczęciem analizy pojęć, które stanowią temat rozważań zawartych w niniejszym artykule, biorąc pod uwagę szczególny charakter języka prawnego, należy sięgnąć do definicji słownikowych rozpatrywanych terminów. Pojęcie „wizerunek” zostało wyjaśnione jako „(...) czyjaś podobizna, wyobrażenie czegoś⁵. Natomiast sformułowanie „rozpowszechnić” oznacza „(...) uczynić coś ogólnie znajomym, wiadomym; rozpropagować coś; głosić; upowszechnić”⁶. Z kolei zwrot „utrwalić” został ujęty jako „(...) uczynić trwałym, trwalszym, oprzeć na trwałej podstawie, utwierdzić, umocnić, ugruntować”⁷. Pomimo powszechnie przyjętego prymatu stosowania wykładni językowej w ramach interpretacji prawa, na etapie jego subsupcji poszczególne pojęcia podlegają dookreśleniu w dyskursie prawniczym. Proces ten zachodzi w przypadku przenikania terminów z porządku cywilnoprawnego do karnoprawnego.

Pojęcie „wizerunek” występuje między innymi w Kodeksie cywilnym⁸ (k.c.) oraz w ustawie o prawie autorskim

⁵ Stanisław Dubisz (red.) *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN, Tom T-Ż*, PWN, Warszawa 2008, s. 457.

⁶ Stanisław Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN, Tom P-Ś*, PWN, Warszawa 2008, s.1036.

⁷ Stanisław Dubisz, *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN, Tom T-Ż*, op. cit., s. 303.

⁸ Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zm.).

i prawach pokrewnych z 4 lutego 1994 r. (pr. aut.)⁹. Nie posiada ono legalnej definicji. E. Wojnicka definiowała „wizerunek” jako „(...) dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród innych ludzi”¹⁰. Natomiast Teresa Grzeszak omawiane pojęcie pojmowała jako konkretyzację obrazu fizycznego (termin zostanie wyjaśniony w dalszej części artykułu), czyli jego emanację oraz ustalenie, zdatną do rozpowszechnienia¹¹.

Na szersze ujęcie tego terminu zdecydowali się Janusz Barta i Ryszard Markiewicz, wskazując, iż kryteria determinujące istnienie wizerunku w konkretnym stanie faktycznym to przede wszystkim odbiór oraz wartość identyfikacyjna poszczególne elementy wyglądu¹². Autorzy poglądu twierdzili, iż cechami charakterystycznymi dla określonej osoby mogą być: kształt, kolor oczu, stale noszone okulary, fryzura, makijaż, rekwizyt. Składnikiem wizerunku człowieka w określonych przypadkach może być także szczególny sposób poruszania, zachowania i gestykulacji¹³. Joanna Sieńczyło-Chlabicz także opowiedziała się za szerokim ujęciem charakteryzowanego terminu, przy czym wydaje się, że pojmowała go w odmienny sposób od J. Barty i R. Markiewicza¹⁴. Otóż przedstawicielka doktryny uważała, że „(...) w tym pojęciu mieści się nie tylko obraz fizyczny (obraz wizualny), lecz również głos (wizerunek dźwięczny). Są nimi również objęte wszystkie elementy identyfikujące

⁹ Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U. 1994 nr 24 poz. 83 ze zm.).

¹⁰ Ewa Wojnicka, „Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, Z. 56 (1990), s. 107.

¹¹ Teresa Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku i prawo adresata do korespondencji”, w: J. Barta, *System prawa prywatnego. Prawa autorskie*, t. 13, wyd. 3, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 664.

¹² Janusz Barta, Ryszard Markiewicz, „Wokół prawa do wizerunku”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, Z. 80 (2002), s. 378.

¹³ Ibidem.

¹⁴ Joanna Sieńczyło-Chlabicz, „Przedmiot, podmiot i charakter prawa do wizerunku”, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, Nr 8 (2003), s. 20.

daną jednostkę jako konkretną osobę fizyczną(...)”¹⁵. Justyna Balacarczyk również należy do tej części, doktryny, która wysuwała postulat szerokiego ujęcia pojęcia „wizerunek”¹⁶. Autorka poglądu nie tworzyła odrębnej definicji, jednakże wymienia określone elementy warunkujące możliwość kwalifikacji wizerunku. Przede wszystkim musi istnieć możliwość klasyfikacji danych elementów obrazu fizycznego jako wystarczające do ukonstytuowania wizerunku osoby fizycznej¹⁷.

T. Grzeszak, podczas refleksji nad treścią prawa autorskiego wyodrębniła siatkę pojęciową różną, acz bezpośrednio i nierozzerwalnie powiązaną z prawem do wizerunku¹⁸. Pierwszym z terminów jest „obraz fizyczny”, który autorka rozważań tłumaczyła jako coś¹⁹, co zapamiętują inni ludzie na temat wyglądu określonej osoby. Istotną kwestię stanowi istnienie konkretnego obrazu w świadomości, jest to atrybut tożsamości. Należy go postrzegać w kategorii dobra osobistego, które może zostać naruszone. Oprócz dwóch przytoczonych wcześniej pojęć, Grzeszak wyróżniła terminy „portret” oraz „materialny egzemplarz” (a także „persona”, lecz nie będzie on analizowany na potrzeby tego artykułu)²⁰. „Portret” jest przedmiotem utworu oraz praw autorskich osobistych. Zarówno, nie każdy wizerunek jest portretem, gdyż nie musi zostać utrwalony w utworze, jak i nie każdy portret jest wizerunkiem rzeczywistej osoby, bowiem portret może przedstawiać fikcyjną postać. Natomiast w „materialnym egzemplarzu” można utrwalac wizerunek²¹. Damian Flisak stwierdził, że jako wyłączny środek komunikacji wizerunku, należy wskazać obraz, a w szerszym znaczeniu środki

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ Justyna Balacarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 26.

¹⁷ Ibidem.

¹⁸ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku ...”, op. cit., s. 666.

¹⁹ Autorka nie precyzuje jak rozumie w tym wypadku sformułowanie „coś”, jednakże wydaje się, że ma na myśli cechy morfologiczne, sposób poruszania się lub charakterystyczne elementy ubioru (w tym rekwizyty) tworzące obraz określonego człowieka.

²⁰ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku ...”, op. cit., s. 667.

²¹ Ibidem.

wizualne²². Do nich zostały zaliczone fotografie, utrwalenia audiowizualne, szkice, rzeźby obrazy, nawet jeżeli są sporządzone „z pamięci”. Bez wpływu na ocenę wizerunku pozostaje okoliczność, posiada on postać dwu- czy trójwymiarową²³.

Andrzej Karpowicz stanął na stanowisku, wizerunek to portret fotograficzny, jak i również rysunkowy, filmowy, literacki oraz malarski²⁴. Ponadto przedstawiciel doktryny zalicza do zakresu desygnatów omawianego pojęcia także głos²⁵. J. Sieńczyło-Chlabcz uvažala, że wizerunek to, (...) takie cechy twarzy i całej postaci danej osoby a także jej głos, które pozwalają zidentyfikować tę osobę jako określoną jednostkę fizyczną²⁶. Co więcej, Sąd Apelacyjny w Gdańsku w wyroku z 21 czerwca 1991 r. orzekł, że prócz wizerunku człowieka, ochroną na podstawie 23 k.c. powinien być objęty także, chociażby emitowany w telewizji głos²⁷.

W polskiej literaturze cywilistycznej panuje jednomyślność co do kwestii wyodrębnienia rozpoznawalności jako kryterium stosowanego przy ocenie, czy w konkretnym stanie faktycznym można mówić o bezprawnym naruszeniu prawa do wizerunku. J. Barta i R. Markiewicz wyróżnili rozpoznawalność bezpośrednią oraz pośrednią, która ma miejsce wówczas, gdy rozpoznanie jest możliwe dzięki wskazówkom dołączonym do wizerunku²⁸. W opinii J. Balcarczyk dokonanie identyfikacji pośredniej nie stanowi wystarczającego warunku do uznania, że osoba jest identyfikowalna²⁹. Jeżeli przyjąć odwrotne założenie, wtedy kwestia ustalonego

²² Damian Flisak, „Ochrona wizerunku, adresata korespondencji i tajemnicy źródła informacji”, w: D. Flisak (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Wolter Kluwers, Warszawa 2015, s. 1140.

²³ Ibidem.

²⁴ Andrzej Karpowicz, *Poradnik prawny dla ludzi twórczych*, Wydawnictwo ABC, Warszawa 1995, s. 60.

²⁵ Ibidem.

²⁶ Joanna Sieńczyło-Chlabcz, „Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych”, *Radca Prawny*, Nr 2 (2001), s. 94.

²⁷ Wyrok SA w Gdańsku z 21.06.1991 r, I Acr 127/91, OSA 1992, z. 1, poz. 8.

²⁸ J. Barta, R. Markiewicz, „Wokół prawa do wizerunku...”, op. cit., s. 383.

²⁹ J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja...*, op. cit., s. 34.

obrazu fizycznego staje się drugorzędna w ocenie funkcji identyfikacyjnej, gdyż nabiera on charakteru wyłącznie swoistej „ilustracji”³⁰. Zwolenniczką zawężonych granic rozpoznawalności wydaje się T. Grzeszak, która zaznaczyła, iż w okoliczności, gdy rozpoznanie osoby przedstawionej na zdjęciu nastąpiło na skutek przekazania przez nią informacji, że ona znajduje się na nim albo nieznaney dla osób postronnych wskazówki, która przesądza o możliwości identyfikacji, to w takim przypadku nie można mówić o istnieniu omawianej cechy³¹. Mając na uwadze ochronę prawa do wizerunku, należy uznać za słuszne stwierdzenie zawarte w wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 30 stycznia 2014 r. – „(...) wymóg rozpoznawalności należy wiązać wyłącznie z formą przedstawienia danej osoby, a więc taką, która pozwala na ustalenie osobistych cech danej osoby w chwili sporządzania fotografii”³².

Przed rozpoczęciem omawiania pojęcia „utrwalanie”, warto poczynić dwie uwagi. Mianowicie, w literaturze przedmiotu panuje powszechna zgodność, co do założenia, iż uznania bezprawnego naruszenia prawa do wizerunku w związku z jego utrwalaniem można dochodzić jedynie na podstawie art. 23 k.c.³³.

Ponadto należy wspomnieć o stworzonej przez J. Balcarczyk koncepcji „stadiów wizerunku”³⁴. Wedle jej założeń, należy przy zastosowaniu kryterium chronologicznego wyodrębnić czynności, które wiążą się z wizerunkiem i jednocześnie są dokonywane przez osoby trzecie, wskazując przy tym dobro osobiste uprawnionego, będące w związku z tymi czynnościami narażone na bezprawną ingerencję³⁵.

Na podstawie art. 23 k.c. ochronie podlega wizerunek jako dobro osobiste, jeżeli zostanie zagrożone naruszeniem lub naruszone, a zatem bezprawne działanie może polegać

³⁰ Ibidem.

³¹ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku ...”, op. cit., s. 673.

³² Wyrok SA we Wrocławiu z 30.01.2014 r., IACa 1452/13, LEX nr 1425612.

³³ Vide: J. Balcarczyk. *Prawo do wizerunku* ...op. cit., ss. 115-116; T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku ...”, op. cit. s. 679.

³⁴ J. Balcarczyk. *Prawo do wizerunku* ...op. cit., s. 115.

³⁵ Ibidem.

już na utrwaleniu wizerunku, jego publikacji, bądź innej formie rozpowszechnienia, a także innego sposobu eksploatacji wizerunku. „Utrwalenie” stanowi postać ustalenia, które to, z kolei jest pierwszym stadium posłużenia się wizerunkiem. Mieści się ono w ramach prawa do prywatności³⁶. W związku z wyodrębnieniem tej strefy, należy dokonać rozróżnienia utrwalenia w sytuacji prywatnej od ustalenia w sytuacji niewliczającej się do strefy chronionej. Rozważając pierwszą możliwość należy przyjąć, że naruszona zostanie prywatność, postrzegana jako nadrzędne dobro, które konsumuje uprawnienie do decydowania o rozpowszechnianiu wizerunku. Natomiast w drugim przypadku nie następuje ingerencja w sferę prywatną, dlatego uprzednio dokonane ustalenie będzie się mieścić w zakresie prawa do decydowania o rozpowszechnianiu³⁷. Konkludując wywód autorka stwierdziła, że „(...) prawo do wizerunku w zasadzie wyczerpuje się w prawie decydowaniu o rozpowszechnianiu”³⁸. Wnioski wysunięte przez przedstawicielkę doktryny zostały poddane krytyce przez Adama Pązika³⁹. Twierdził on, iż każda postać bezprawnego naruszenia, która jest związana z terminem „wizerunek” skutkuje powstaniem możliwości po stronie osoby na nim przedstawionej podniesienia roszczeń przewidzianych art. 24 k.c.⁴⁰.

Rozpoczynając omawianie terminu „rozpowszechnianie” należy wskazać, iż prawo decydowania uprawnionego o rozpowszechnianiu wizerunku znajduje podstawę prawną w art. 23 k.c. lub art. 81 ust. 1 pr. aut. Dlatego warto przytoczyć art. 6 pkt 3 pr. aut., gdzie zostało zdefiniowane pojęcie „utwór rozpowszechniony” – czyli, taki, który za zgodą jego twórcy został w jakikolwiek sposób udostępniony publicznie. T. Grzeszak rozumiała sformułowanie „rozpowszechnianie” jako publiczne udostępnianie wizerunku przy pomocy dowolnego medium, na przykład telewizji, filmu, prasy drukowanej, na plakatach, pocztówkach, w Internecie, wystawianie

³⁶ Krzysztof Piasecki, *Kodeks cywilny*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 173.

³⁷ J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku ...*, op. cit., s. 119.

³⁸ Ibidem, s. 131.

³⁹ Adam Pązik, „Prawo do wizerunku w obliczu zmian”, *Prace z Prawa Własności Intelktualnej*, Z. 107 (2010), s. 129.

⁴⁰ Ibidem.

na wystawach⁴¹. J. Sieńczyło-Chlabicz słusznie zauważa, iż, aby została spełniona przesłanka działania w postaci rozpowszechnienia wizerunku nie musi nastąpić ani jego zwielokrotnienie, ani publiczne udostępnienie nośników, na których jest on utrwalony⁴². Z kolei T. Grzeszak podkreśliła wagę wymogu publicznego udostępnienia, udostępnienie wizerunku w rodzinnym gronie, znajomych, czy też współpracowników nie spełni tego warunku⁴³.

Wedle art. 81 pr. aut. dla rozpowszechniania wizerunku niezbędne jest uzyskanie zezwolenia osoby na nim przedstawionej. Przedmiot zgody w tym przypadku stanowi ingerencja w dobro osobiste. Zezwolenie na dokonanie określonych działań musi odnosić się do określonego dobra, które winno dodatkowo pozostawać w sferze swobodnej dyspozycji po stronie uprawnionego. Należy wskazać na istnienie wymogu uzyskania wyraźnej, a także jednoznacznej zgody jednostki fizycznej, która została przedstawiona na wizerunku, na wkroczenie w sferę jej dobra⁴⁴. Zgoda ta może zostać udzielona w chwili poprzedzającej czynności osoby „działającej” w cudzej sferze prawnej. Przyjęty w tym kształcie moment udzielenia zezwolenia skutkuje brakiem naruszenia dobra osobistego⁴⁵. Zgoda może przybrać dowolną formę: ustnej, pisemnej a nawet *per facta concludentia*. Ponadto nie charakteryzuje się ona mocą wsteczną, aczkolwiek wyrażona *ex post* może pociągać za sobą uchylenie odpowiedzialności lub przybrać formę odstąpienia od dochodzenia ochrony prawnej⁴⁶. W przypadku dalszej publikacji wizerunku, Andrzej Matlak uważał, że konieczność wyrażenia kolejnego zezwolenia będzie niezbędna jedynie w przypadku, gdy osoba uprawniona dokonała zawężenia zakresu eksploatacji wizerunku od strony podmiotowej⁴⁷. W literaturze panuje

⁴¹ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku...”, op. cit., s. 689.

⁴² J. Sieńczyło-Chlabicz, „Rozpowszechnianie wizerunku...”, op. cit., s. 95.

⁴³ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku...”, op. cit., s. 690.

⁴⁴ J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku...*, op. cit., ss. 148-149.

⁴⁵ Ewa Wojnicka, *Ochrona autorskich dóbr osobistych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997, s. 118.

⁴⁶ J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku ...*, op. cit., s. 151.

⁴⁷ Andrzej Matlak, „Cywilnoprawna ochrona wizerunku”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, Z. 2 (2004), s. 339.

pogląd, iż omawiana zgoda cechuje się odwołałym charakterem⁴⁸, to znaczy, że można odwołać ją w każdej chwili, do momentu, gdy ów odwołanie stanie się bezprzedmiotowe⁴⁹.

Zakres pojęcia „wizerunek” na tle art. 191a k.k. ulega pośrednio zawężeniu przez jego konkretyzację w postaci dodania odpowiednio wyrażeń „nagiej osoby” lub „osoby w trakcie czynności seksualnej”. Warto zasygnalizować znaczenie obydwóch zwrotów, jednakże nie należą one do przedmiotu rozważań niniejszego artykułu (aczkolwiek konstrukcja analizowanej normy nie w każdym aspekcie pozwala wspomniane pojęcia traktować zupełnie rozłącznie). Dotychczas pojęcie „wizerunek” nie zostało zdefiniowane przez ustawodawcę na tle k.k., mimo, iż występuje w regulacji prawnej odnoszącej się do przestępstwa rozpowszechniania treści pornograficznych (art. 202 §4b k.k.). Jacek Kosonoga zauważył, że wizerunek w kontekście zastosowania w art. 191a k.k. odnosi się jedynie do osoby fizycznej⁵⁰. Przywołany przedstawiciel doktryny podjął próbę ukształtowania zakresu przedmiotowego omawianego wyrażenia, w oparciu o jego definicje pochodzące z dorobku literatury prawa cywilnego. Z kolei tworząc koncepcję na temat kształtu pojęcia „wizerunek”, R. Krajewski wywodził, iż jest to obraz, na którym widoczna jest twarz osoby na nim przedstawionej⁵¹. Z uwagi na semantyczne ograniczenie analizowanego terminu, należy wskazać, że omawiana regulacja prawna obejmuje wizerunek twarzy osoby wraz z innymi częściami jej nagiego ciała, bądź twarzy osoby w formie obrazu znaczenie analizowanemu pojęciu za pomocą wyznaczenia, jako jego desygnatów: obrazy lub rezultaty ich przetworzenia, pod warunkiem, że umożliwiają one identyfikację w kontekście powszechnego odbioru lub ograniczonego kręgu odbiorcy (ze względu na przedmiot w postaci osoby przedstawionej

⁴⁸ Patrz: J. Sieńczyło-Chlabicz, „Rozpowszechnianie wizerunku...”, op. cit., s. 96; Justyna Balcarczyk, *Prawo do wizerunku...*, op. cit., ss. 151-152.

⁴⁹ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku ...”, op. cit., s. 691.

⁵⁰ Jacek Kosonoga, „Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby”, w: Krzysztof Ślebza (red.), *Studia i analizy Sądy Najwyższe*, t. 5, Wolter Kluwers, Warszawa 2010, s. 222.

⁵¹ Robert Krajewski, „Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej”, *Prokuratura i Prawo*, Nr 5 (2002), s. 26.

na wizerunku)⁵². Zaś Bartłomiej Filek przeprowadził egzegezę prezentowanego pojęcia wyznaczając za punkt wyjścia dla własnych rozważań definicję słownikową⁵³. Autor refleksji powoływał się na prymat wykładni językowej, uściślając na jedną z jej dyrektyw – zakaz dokonywania wykładni homonimicznej, dlatego w trakcie procesu ustalania zakresu desygnatów terminu należy sięgnąć do zasobu języka prawniczego wywodzącego całokształtu judykatury oraz literatury mogącej wpłynąć na ujednoczenie z uwagi na rozumienie omawianego wyrażenia. Jednak przez wzgląd na charakter prawa karnego, a także *ratio legis* regulacji prawnej z art. 191a § 1 k.k. wydaje się dopuszczalnym ograniczenie płaszczyzny stosowania wspomnianej dyrektywy. B. Filek zaznaczał fakt, iż w przepisach prawa cywilnego oraz pr. aut, przedmiot ochrony stanowi również wizerunek człowieka, w tym prawo osoby do decydowania o eksploatacji go przez osoby trzecie przesądza o możliwości czerpania z dorobku pochodzącego z powyższych porządków prawnych⁵⁴.

W opinii Marka Mozgawy, ze względu na wykładnię celowościową uregulowania z 191a k.k., wyrażenie „wizerunek” winno być interpretowane w zawężający, czyli jako kategoria obrazu osoby zarejestrowanego, przy zastosowaniu technicznych środków⁵⁵. Zatem analogicznie wyłączeniu będą podlegać rysunki, portrety sporządzone przy użyciu pędzla, kredki, itp.⁵⁶. Odmienne zdanie wyraża Stanisław Hypś, który uważał, że jeżeli „(...) szkic lub obraz jednoznacznie pozwala połączyć wizerunek osoby malowanej (szkicowanej) z jej tożsamością, tj. wtedy, gdy jej identyfikacja nie budzi najmniejszych wątpliwości dla osób znanych

⁵² Michał Królikowski, „Komentarz do art. 191a k.k.”, w: Andrzej Wąsek, Robert Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Komentarz do art. 117-221*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 865.

⁵³ Bartłomiej Filek, „Wizerunek nagiej osoby jako znamię przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.”, *Prokuratura i Prawo*, Nr 7-8 (2012), s.65.

⁵⁴ Ibidem, s. 65-66.

⁵⁵ Marek Mozgawa, „Rozdział II. Przestępstwa przeciwko wolności. § 15 Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej”, w: Jarosław Warylewski (red.), *System prawa karnego, Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2016, s. 530.

⁵⁶ Ibidem.

pokrzywdzonemu (...)”, wówczas zostanie wypełnione znamię przewidziane art. 191 § 1 k.k.⁵⁷. Wydaje się, że powyższy pogląd podzielił Marian Filar stwierdzając, iż nośnik dla wizerunku może przybrać postać ryciny⁵⁸.

J. Kosonoga nie zaaprobował opinii wyrażanej przez niektórych przedstawicieli doktryny w płaszczyźnie porządku cywilnoprawnego o potrzebie klasyfikacji głosu jako jednego ze składników wizerunku⁵⁹. Jako argument na poparcie wyrażonego przez siebie stanowiska odwołuje się do przymiotu „nagości” jako cechy fizycznej wyglądu pokrzywdzonego, wykluczającej w tym przypadku aspekt audialny wizerunku. Co więcej przedstawiciel doktryny podniósł, że cechy charakterystyczne dla głosu wyróżniają się mniejszym stopniem indywidualizacji aniżeli rysy twarzy, czy budowa ciała. M. Mozgawa również potraktował głos i wizerunek w sposób rozłączny, stwierdzając przy tym „Skoro przepis mówi wyraźnie tylko i wyłącznie o wizerunku danej osoby, wobec tego utrwalanie np. odgłosów czynności seksualnej z udziałem innych osób (a nawet ich późniejsze rozpowszechnianie) nie wypełni ustawowych znamion przestępstwa z art. 191a k.k.⁶⁰.

W literaturze prawa karnego, podobnie jak na gruncie prawa cywilnego panuje jednomyślny pogląd, iż nieodłączną cechą wizerunku, stanowiącą jednocześnie kryterium przesądzające o jego bycie jest rozpoznawalność. W opinii J. Kosonogi, ta właściwość obejmuje prezentację wizerunku umożliwiającą zidentyfikowanie jakiegoś człowieka, jako konkretną osobę fizyczną⁶¹. Ponadto należy dodać, iż na gruncie omawianej normy prawnej, wizerunek osoby fizycznej oraz okoliczności pozwalające na jej rozpoznawalność nie są względem siebie paralelne. Można wyodrębnić

⁵⁷ Stanisław Hypś, „Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności”, w: Alicja Grześkowiak, Krzysztof Wiak (red.), *Kodeks Karny Komentarz*, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 960.

⁵⁸ Marian Filar, „Naruszenie intymności seksualnej”, w: Marian Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 1115.

⁵⁹ Patrz: J. Sieńczyło-Chlabcz, „Przedmiot, podmiot i charakter prawa do wizerunku”, op. cit., ss. 17-25.

⁶⁰ M. Mozgawa, „Rozdział II. Przestępstwa przeciwko wolności...”, op. cit., s. 530.

⁶¹ J. Kosonoga, „Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby”, op. cit., s. 223.

bezpośrednią i pośrednią identyfikację, czyli taką, która jest możliwa dzięki dołączonych do nich wskazówek, aczkolwiek w doktrynie prawa karnego⁶² panuje zgodność, co do założenia, że nie może ona stanowić podstawy dla rozpoznawalności. Wymóg ten może powodować powstanie pewnych wątpliwości, chociażby dotyczących cech, które należy uwzględniać przy ocenie możliwości identyfikacji wizerunku⁶³. Marek Mozgawa i Katarzyna Nazar-Gutowska zwrócili uwagę na problem powstający w okoliczności, gdy ma miejsce rozpowszechnianie wizerunku „intymnych części” ciała, wówczas mogą nastąpić trudności z zaszeregowaniem konkretnego narządu do określonej osoby fizycznej⁶⁴. Autorzy poglądu dokonali przy tym zastrzeżenia, że mają na myśli rozpoznawalność dla przeciętnego odbiorcy bez sięgania do specjalistycznych badań⁶⁵. Z kolei J. Kosonoga przedstawił opinię, iż wizerunek nagiej lub w trakcie czynności seksualnej osoby winien być objęty rozległym zakresem ochrony⁶⁶. Podobne stanowisko zdaje się prezentować R. Krajewski, bowiem zwrócił uwagę na fakt, że w pewnych okolicznościach rozpoznanie może nastąpić także na skutek okoliczności lub szczegółów niezwiązanych z rysami twarzy pokrzywdzonego⁶⁷. W rezultacie nadanie przymiotu prawidłowości „powszechnej” rozpoznawalności nie służy celom regulacji prawnej przewidzianej art. 191a k.k., co natomiast przesądza o możliwości zawężenia kręgu osób dokonujących właściwej identyfikacji do najbliższych pokrzywdzonemu⁶⁸. Natomiast w opinii M. Królikowskiego, rozpoznawalność jest możliwa, jeżeli odbywa się w węższym kręgu odbiorców⁶⁹. B. Filek uznał, że tak sformułowany pogląd sugeruje,

⁶² Vidi: Ibidem, s. 221 oraz R. Krajewski, „Przestępstwo utrwalania...”, op. cit. ss. 20-40.

⁶³ Ibidem, s. 224.

⁶⁴ Marek Mozgawa, Katarzyna Nazar-Gutowska, „Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawno-karna i praktyka ścigania)”, *Prawo w działaniu*, Nr 19 (2014), s. 10.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ J. Kosonoga, „Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby”, op. cit., s. 224.

⁶⁷ R. Krajewski, „Przestępstwo utrwalania...”, op. cit., s. 26.

⁶⁸ Ibidem.

⁶⁹ M. Królikowski, „Komentarz do art. 191a k.k.”, op. cit., s. 865.

że za niedostateczne należy uznać zidentyfikowanie, gdy nastąpiło ono wyłącznie przez jedną osobę⁷⁰. Ponadto autor przedstawionej uwagi dodał, że ze względu na stopień dolegliwości, jakim jest obarczona każda ingerencja w sferę intymności człowieka bez jego zgody, winno się uznać, iż wystarczy, aby jedna osoba rozpoznała wizerunek osoby na nim przedstawianej (wyłączając identyfikację przez samego pokrzywdzonego)⁷¹.

Wedle M. Mozgawy pojęcie „utrwalanie” należy pochylić jako zarejestrowanie konkretnych treści na odpowiednim nośniku materialnym, w szczególności na płytach i taśmach⁷². Zdaniem J. Kosonogi, opisywanego znamienia nie wypełni zachowanie w formie dokonania wyłącznie zapisu fonicznego, gdyż wizerunek audialny nie znajduje się w zakresie desygnatów pojęcia „wizerunek” z art. 191a k.k.⁷³. M. Filar uważał, że wizerunek nagiej osoby może zostać utrwalony przy zastosowaniu dowolnej techniki, aczkolwiek winna ona umożliwiać późniejszą konfrontację z tym wizerunkiem, również jeżeli będzie ona wymagać konkretnego sprzętu technicznego⁷⁴. Z kolei zdaniem M. Mozgawy, istota analizowanego działania zawiera się w możliwości następczego odtworzenia zarejestrowanego materiału. W rezultacie nie można przypisać popełnienia przestępstwa zawartego w art. 191 § 1 k.k. sprawcy utrwalającemu wizerunek nagiej osoby lub w czasie czynności seksualnej, jednakże w tym celu wykorzystuje pędzel lub ołówek⁷⁵. Także J. Kosonoga podniósł wątpliwość odnoszącą się do właściwości utrwalonych odtworzeń wizerunku⁷⁶. Mianowicie, czy mogą one cechować się jedynie

⁷⁰ B. Filek, „Wizerunek nagiej osoby...”, op. cit., s. 69.

⁷¹ Ibidem.

⁷² Marek Mozgawa, „Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej”, w: Marek Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wyd. 3, Wolters Kluwers, Warszawa 2010, s. 396.

⁷³ J. Kosonoga, „Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby”, op. cit., s. 229.

⁷⁴ Marian Filar, Marcin Berent, „Przestępstwa przeciwko wolności”, w: Marian Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1188.

⁷⁵ M. Mozgawa, „Utrwalanie wizerunku nagiej osoby...”, op. cit., s. 392.

⁷⁶ J. Kosonoga, „Karnoprawna ochrona intymnego wizerunku osoby”, op. cit. s. 229.

realistycznym, czy również werystycznym charakterem, szczególnie, gdy wspomniane odtworzenie zostało narysowane lub namalowane. Jako punkt wyjścia należy obrać ocenę, czy w określonej sytuacji można mówić o wizerunku, zwłaszcza czy jest spełniona przesłanka rozpoznawalności. Dlatego wydaje się, że także werystyczny sposób utrwalenia powinien być ujęty w ramy terminu „wizerunek”, przewidzianego art. 191a k.k.⁷⁷. Jednakże utrwalenie, na gruncie analizowanej regulacji prawnej dotyczy jedynie osoby, która istnieje w realnym świecie, pozwalając jednocześnie na jej identyfikację. Z kolei w przypadku utrwalania wizerunku już utrwalonego, prawnie relewantny jest rezultat tego rodzaju działania, to znaczy nieuprawniona osoba wchodzi w posiadanie takiego wizerunku, natomiast bez znaczenia zostaje charakter opisywanej czynności (pierwotny lub wtórny)⁷⁸.

Utrwalanie na gruncie art. 191a k.k. ma nastąpić przy użyciu przez sprawcę jednego z alternatywnych sposobów działania, charakterystycznego dla tzw. przestępstw rozbójniczych: przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp. Wspomniane zachowania nie są przedmiotem tego artykułu, jednakże warto zauważyć, że zawężają one zakres czynności wykonawczej. Z uwagi na komparatystyczny charakter niniejszego artykułu, warto wymienić kilka przypadków przywoływanych w literaturze prawa karnego, jako okoliczności podczas, których nie zostaje wypełnione znamię w postaci co najmniej jednego z alternatywnych sposobów działań sprawcy przewidzianych w art. 191a §1 k.k. Jeżeli sprawca nie ukrywając faktu utrwalania wizerunku nagiej osoby opalającej się na plaży, to pomimo wyrażenia wyraźnego jej sprzeciwu wobec przeprowadzanej czynności – nie można mówić o realizacji znamion omawianego przestępstwa⁷⁹. Podobnie będzie kształtować się stan prawny w przypadku, kiedy utrwalany nie będzie zwracał na wspomniane działania uwagi⁸⁰. Co więcej, M. Mozgawy stał na stanowisku, iż „(...) nie wydaje się, aby jawne filmowanie z daleka przy użyciu normalnych funkcji aparatu czy

⁷⁷ Ibidem.

⁷⁸ M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, „Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby...”, op. cit., s. 14.

⁷⁹ M. Mozgawa, „Rozdział II. Przestępstwa przeciwko wolności...”, op. cit., s. 529.

⁸⁰ Ibidem.

kamery (zoom) mogło stanowić realizację ustawowych znamion przestępstwa z art. 191 k.k.”⁸¹.

Drugie z alternatywnych zachowań sprawcy przestępstwa przewidzianego w art. 191a k.k. przybiera postać rozpowszechniania nagiego wizerunku lub wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody. Proces kształtowania przez doktrynę prawa karnego materialnego, pojęcia „rozpowszechnianie” bazował przede wszystkim na kanwie regulacji dotyczącej przestępstw powiązanych z treściami o charakterze pornograficznym (art. 202 k.k.). Jednak wydaje się, iż sformułowane w literaturze na ten temat poglądy ze względu na założenia wykładni językowej (zakaz wykładni homonimicznej) można przenieść na grunt art. 191a k.k. Wedle M. Królikowskiego oraz A. Sakowicza, analizowany zwrot odnosi się do czynienia określonego wizerunku powszechnie dostępnym lub do stworzenia możliwości publicznego dostępu⁸². Jednakże podjęta czynność sprawcza nie musi zostawać w powiązaniu z publiczną prezentacją, bądź pokazem analizowanych treści. Jako czynnik warunkujący kształt nadany omawianej konstrukcji prawnej należy wskazać środowisko, w którym może zostać udostępniony wizerunek. Irrelevantne dla oceny wypełnienia znamion przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., pozostaje, czy rozpowszechnienie nastąpiło w formie, która przekaże treść adresatowi bez jakiegokolwiek aktywności po jego stronie podczas jej wyszukiwania lub w rezultacie wprowadzenia go w błąd odnośnie charakteru materiału⁸³. Z kolei M. Mozgawa wraz z P. Kozłowską-Kalisz aprobują pogląd J. Warylewskiego, iż już jednorazowe przekazanie osobie trzeciej treści pornograficznych (wizerunku) będzie rozpowszechnianiem, przy założeniu, że sprawca dokonał tego z zamiarem (bez względu na jego charakter), dalszego przekazania tych treści innym osobom⁸⁴.

⁸¹ Ibidem.

⁸² Michał Królikowski, Andrzej Sakowicz, „Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności”, w: Michał Królikowski, Robert Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 555.

⁸³ Ibidem.

⁸⁴ Marek Mozgawa, Partycja Kozłowska-Kalisz, „Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)”, w: Marek Mozgawa (red.), *Pornografia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s.72.

Zgodę wyrażoną przez osobę, której nagi wizerunek lub jej wizerunek w trakcie czynności seksualnej zostaje rozpowszechniony niewątpliwie należy zaklasyfikować jako jedną z okoliczności wyłączającą bezprawność czynu. J. Warylewski podkreślił, że owa zgoda jako pozaustawowy kontratyp musi wyróżniać się określonymi cechami⁸⁵. Mianowicie, omawiana zgoda może odnosić się tylko do wybranych dóbr prawnych, tych, którymi człowiek może dysponować bez ograniczeń (między innymi różne rodzaje wolności). Ponadto zgoda winna charakteryzować się uprzednim charakterem (czyli, udzielona przed podjęciem działań przez sprawcę, których cel zawiera się w naruszeniu dobra). Jednakże może być ona domniemana lub wyrażona, a także cofnięta podczas czynu. W wyniku wycofania zgody, następnie zachowanie sprawcy, które zmierza do dokonania czynu, należy poczytać w kategorii bezprawności. Co więcej, dysponent dobrem musi posiadać zdolność do wyrażenia zgody, to znaczy odpowiedni wiek i pełne rozeznanie. Wreszcie, ujmowana jako akt dobrej woli winna spełniać określone warunki w zakresie treści i formy, a także świadoma, uzewnętrzniona w dowolny sposób, rzeczywista, to jest udzielona nie dla żartu, jak również dobrowolna. Z kolei sprawca musi posiadać świadomość, iż jego zachowanie zostało zaaprobowane przez dysponenta dobrem⁸⁶.

W opinii M. Filara oraz M. Berenta, na gruncie omawianej normy prawnej, rozpowszechnianie bez zgody może sprowadzać się do działania sprawcy, pomimo sprzeciwu ofiary lub braku jej zgody na rozpowszechnianie, wywodzącej się z oświadczenia woli, bądź z czynności konkludentnych lub ich kontekstu⁸⁷. Zaś M. Królikowski podnosił, że przez wzgląd na specyfikę chronionego dobra z art. 191a k.k., zgoda determinuje granice dozwolonego wykorzystania wizerunku⁸⁸. Przy założeniu, iż charakteryzowana regulacja

⁸⁵ Jarosław Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 6, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, ss. 279-284.

⁸⁶ Ibidem.

⁸⁷ M. Filar, M. Berent, „Przestępstwa przeciwko wolności”, op. cit., s. 1190.

⁸⁸ M. Królikowski, „Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a k.k.”, w: Andrzej Wąsek, Robert Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułu 17-221*, t. 1, wyd. 4, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2010, s. 864.

prawna ma na celu ochronę wolności jednostki do dysponowania intymnego wizerunku, naruszenie dobra zawiera się w przekroczeniu granic wyznaczonych przez dysponenta tego dobra. W następstwie, na tle art. 191a k.k., ogólna zgoda (rozumiana jako nieskonkretyzowane przyzwolenie udzielone sprawcy przez pokrzywdzonego na wykorzystywanie jego intymnego wizerunku), wyrażona przez dysponenta dobrem wydaje się być niewystarczająca⁸⁹. Zgoda ta powinna wyznaczać dookreślony zakres wykorzystania wizerunku, w stopniu, który umożliwi sprecyzowanie ram działania osoby rozpowszechniającej wizerunek⁹⁰.

Podsumowując rozważania w temacie pojęcia „wizerunek” należy przychylić się do stanowiska B. Filka, który wyodrębnił trzy podejścia dotyczące zakresu ukształtowania przedmiotowego znaczenia tego terminu, na gruncie art. 191a k.k.⁹¹. Pierwsze z nich sprowadza się do pominięcia interpretacji roztrząsanego wyrażenia. Wedle przywołanego autora poglądu, taki stan rzeczy może mieć podłoże w założeniu, iż znamie nie wymaga wyjaśnienia, zgodnie z zasadą *clara non sunt interpretanda*⁹². Drugie podejście polega na podjęciu próby stworzenia odrębnej, autonomicznej „nowej” definicji dla pojęcia „wizerunek”⁹³. Natomiast, ostatni z nurtów opiera się na wykorzystaniu dorobku literatury prawniczej powstałej na płaszczyźnie porządku prawnego różnego od prawa karnego⁹⁴.

Po zestawieniu poglądów doktryny prawa cywilnego oraz karnego należy stwierdzić, że każde z wyróżnionych ujęć posiada pewne niedostatki. Otóż przez wzgląd na stosunkowo szerokie spektrum możliwości wyznaczenia zakresu pojęcia „wizerunek”, warto, aby ci autorzy, którzy uważają za właściwe podejście, zaprezentowane jako pierwsze, zaznaczyli je wyraźnie, bowiem w odmiennym przypadku, to stanowisko ma jedynie domniemany charakter. Poza tym, należy zwrócić uwagę na „uniwersalną” naturę definicji wywodzących się z języka potocznego. Cechują się one wysokim stopniem

⁸⁹ Ibidem.

⁹⁰ Ibidem, s. 865.

⁹¹ B. Filek, „Wizerunek nagiej osoby...”, op. cit., s. 64.

⁹² Ibidem.

⁹³ Patrz: M. Królikowski, „Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a k.k.”, op. cit. s. 865.

⁹⁴ B. Filek, „Wizerunek nagiej osoby...”, op. cit., s. s. 65.

elastyczności, bowiem, cel ich stworzenia sprowadza się do możliwości przeniesienia na grunt różnych dziedzin życia, czy gałęzi nauki. W rezultacie kolejną cechą, która wysuwa się na pierwszy plan wydaje się być niedostateczna konkretyzacja pojęcia „wizerunek” na potrzeby prawa karnego, szczególnie mając na względzie fakt, że za dokonanie przestępstwa przewidzianego art. 191a k.k. możliwe jest orzeczenie przez sąd kary pozbawienia wolności (czyli *de facto* ingerencji w wolność jednostki), więc wydaje się, iż z uwagi na zasadę pewności prawa (art. 2 Konstytucji RP) istnieje potrzeba dostosowania wykorzystywanego wyrażenia dla efektywnego i prawidłowego wypełnienia celu analizowanej regulacji⁹⁵. Z kolei recypowanie definicji charakteryzowanego zwrotu z porządku cywilnoprawnego, na grunt karnoprawny stwarza ryzyko niestabilnej linii orzeczniczej w sądownictwie powszechnym, gdyż w dyskursie cywilistycznym podjęto około kilkanaście prób wyznaczenia zakresu desygnatu pojęcia „wizerunek”, aczkolwiek większość z nich różni się w elementach, które należy uznać za istotne dla całokształtu ram tego terminu. Odmienność ta wyróżnia się wysokim stopniem, bowiem w doktrynie panuje rozdzźwięk, nawet co do oceny, czy jako prawidłowy należy poczytać, szeroki, czy zawężony sposób rozumienia wyrażenia „wizerunek”. W rezultacie powstaje wątpliwość, które z wyjaśnień należy inkorporować na płaszczyznę prawa karnego. Jednakże, można przyjąć odmienne założenie, iż dopiero na etapie stosowania prawa dochodzi do konkretyzacji opisywanego wyrażenia *ad casum* przez zastosowanie jednej z definicji przedstawionej na forum prawa cywilnego. Wówczas proces dookreślenia pojęcia na tle art. 191a k.k. pozostaje w gestii konkretnego sędziego, co może w następstwie skutkować wspomnianą już niejednołitością wydawanych orzeczeń, odnoszących się do podobnych stanów faktycznych. Co więcej przyjęcie powyższej koncepcji może zagrażać prawidłowemu wypełnianiu zasady równości obywatela wobec prawa (art. 32 Konstytucji RP), gdyż ewentualne stwierdzenie wypełnienia znamion przestępstwa może zależeć od każdorazowo przyjętej definicji terminu „wizerunek. Ponadto niektóre z wyjaśnień dla znaczenia

⁹⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 02.04. 1997 r. (Dz. U. 1997, nr 78 poz. 483 ze zm.).

tego pojęcia wydaje się nieprecyzyjne, bądź niepełne. Przywołując, chociażby pogląd E. Wojnickiej, „(...) dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród innych ludzi”⁹⁶. Przyjmując powyższą definicję powstaje pytanie, jak na jej gruncie należy rozpatrywać przypadek bliźniąt jednojajowych, których w wielu przypadkach cechy fizyczne mogą być na tyle zbliżone do siebie, że ich wizerunki nie będą spełniać kryterium dostrzegalności. Z kolei T. Grzeszak, tworząc odrębną siatkę pojęciową dla wyodrębnienia terminu „wizerunek”⁹⁷, przede wszystkim miała na celu analizę pr. aut, dlatego wątpliwym wydaje się potrzeba przenoszenia akurat tego wyjaśnienia do normatywnego porządku karnoprawnego z całą „nadbudową” terminologiczną. Rozważając możliwość stworzenia odrębnej definicji dla opisywanego pojęcia, trzeba zwrócić uwagę, iż takie rozwiązanie „niweczy” założenia wykładni systemowej, gdyż pomija ono dorobek literatury prawa cywilnego (pierwszej gałęzi prawa z uwagi na kryterium chronologiczne w kontekście pojawienia się określenia „wizerunek”), wypracowywany przez lata. W dodatku, z uwagi na uprzednio wspomnianą wielość definicji tego terminu, należy stwierdzić, że tworzenie kolejnej wydaje się bezzasadne.

Dodatkowo, należy poprzeć pogląd, odnoszący się do przekonania o irrelewantności formy nośnika, w kontekście wyznaczenia zakresu wizerunku. Nie sposób zgodzić się z opinią, iż obraz człowieka może być rejestrowany wyłącznie dzięki środkom technicznym rejestracji obrazu⁹⁸. Bowiem, ze względu na wykładnię celowościową oraz przyjęcie szerokiego zakresu karnoprawnej ochrony zawartej w regulacji prawnej art. 191a k.k. nie powinno przyjmować się istnienia zamkniętego katalogu nośników obrazu jednostki fizycznej. Przyjęcie odmiennej tezy wydaje się niewłaściwym, również ze względu na wykładnię systemową, uściślając, z uwagi na przyjęte w doktrynie prawa cywilnego jednolite stanowisko, odnoszące się do rozważanego zagadnienia na gruncie

⁹⁶ Ewa Wojnicka, „Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim...”, op. cit., s. 107.

⁹⁷ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku...”, op. cit., s. 666.

⁹⁸ M. Mozgawa, „Rozdział II. Przestępstwa przeciwko wolności...”, op. cit., s. 530.

art. 23 k.c. oraz art. 81 ust. 1 pr. aut., które sprowadza się do jedynie przykładowego wyliczenia wspomnianych nośników.

W kwestii klasyfikacji ludzkiego głosu, na podstawie art. 191a k.k., jako składnika wizerunku, trzeba podkreślić, że o ile argument, iż przewidziana przez ustawodawcę cecha nagości, zawężająca zakres omawianego pojęcia, warunkuje niewypełnienie znamion przestępstwa z omawianej regulacji prawnej, o tyle w przypadku wyrażenia „wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej”, jego semantyczne brzmienie nie przesądza o niedopuszczalności włączenia głosu w granice wizerunku. Niedopuszczalność ta, w powyższym ujęciu będzie wyróżniała się jedynie domniemanym charakterem⁹⁹. Przekonanie o trudności rozpoznania właściciela głosu ze względu na przeszkody natury technicznej również wydaje się nietrafne, ponieważ w ogólnodostępnym smartphonie istnieje możliwość wykorzystania aplikacji „Siri”, której funkcja sprowadza się do reagowania na polecenia wydawane wyłącznie przez użytkownika urządzenia¹⁰⁰. W następstwie należy przyjąć, iż ludzki głos charakteryzuje się dostateczną indywidualizacją, konieczną do rozróżnienia go spośród innych. Jednakże w omawianym przypadku nie powinno się kwalifikować głosu jako jednego z elementów składowych wizerunku, ze względu na wysokie prawdopodobieństwo symulacji „odgłosów” związanych z „czynnością seksualną” oraz problematyczność, wręcz często niemożliwość rozstrzygnięcia, czy w konkretnym przypadku mamy do czynienia z głosem wydawanym rzeczywiście w trakcie czynności seksualnej.

Przez wzgląd na refleksje prezentowane w doktrynie prawa, w kwestii rozpoznawalności jako nieodzownej cechy, dla wypełnienia znamienia „wizerunek”, należy stwierdzić, że kształt pojmowania identyfikacji na tle art. 191a k.k. jest zdeterminowany przez dorobek naukowy wypracowany w literaturze cywilnoprawnej. Co więcej, dychotomiczny podział na zaproponowany przez J. Bartę i R. Markiewicza¹⁰¹

⁹⁹ Domniemany charakter będzie kształtował się zależnie od przyjętej definicji pojęcia „wizerunek”.

¹⁰⁰ Opis aplikacji „Siri” <https://support.apple.com/pl-pl/HT204389>, dostęp 09.02.20107.

¹⁰¹ J. Barta, R. Markiewicz, „Wokół prawa do wizerunku...”, op. cit., s. 383.

został przejęty na potrzeby omawianej regulacji karnoprawnej, w formie „pierwotnej”, bowiem można go prawidłowo do niej zastosować. Należy zgodzić się z tezą, iż rozpoznawalność pośrednia nie jest wystarczająca do uznania, że wizerunek określonej osoby można poczytać za identyfikowalny. Z uwagi na semantyczne brzmienie znamion „wizerunek nagiej osoby”, bądź „wizerunek osoby w trakcie czynności seksualnej” oraz przy założeniu, iż celem ustawodawcy było wyeksponowanie przymiotu „fizyczności” tegoż wizerunku (a co za tym idzie jego odbioru przez potencjalnego adresata), ewentualne dołączenie wskazówek mogłoby zniekształcić początkową percepcję wizerunku lub tendencyjnie wpłynąć na jego postrzeganie. Z uwagi na cel art. 191a k.k., który najogólniej ujmując, sprowadza się do protekcji przed atakami zorientowanymi na wolność w zakresie życia intymnego, należy przyznać słuszność przyjęciu szerokich ram tejże ochrony. Dlatego, prócz cech morfologicznych, do oceny kwalifikacji, czy zostaje spełnione kryterium rozpoznawalności wizerunku konkretnej osoby, należy brać pod uwagę charakterystyczny ubiór, rekwizyty, gestykulację, czy sposób poruszania się. Także z powodu specyfiki wspomnianego przedmiotu ochrony należy przychylić się do stanowiska, iż determinującym czynnikiem dla stwierdzenia istnienia przymiotu identyfikacji wizerunku określonego człowieka jest jego rozpoznanie przez co najmniej jedną osobę.

O ile koncepcję „stadiów wizerunku” autorstwa J. Balcarczyk¹⁰² można wykorzystać w karnoprawnym porządku, o tyle wnioski na temat konsumpcji innych działań o charakterze eksploatacyjnym, związanych z wizerunkiem przez jego rozpowszechnianie, podczas, gdy ustawodawca *expressis verbis* wyodrębnia zachowania wiążące się z wykorzystaniem wizerunku, acz różne od rozpowszechniania („utrwała”, „prezentuje”), należy uznać za nietrafny na gruncie k.k., gdyż wynika z tego wprost, iż zachowania te nie podlegają one skonsumowaniu przez czynność rozpowszechniania.

Wedle przedstawicieli doktryny prawa cywilnego, podczas czynności związanych z eksploatacją wizerunku może dojść do naruszenia prawa do prywatności¹⁰³. Z kolei, w dyskursie

¹⁰² J. Balcarczyk, *Prawo do wizerunku ...*, op. cit., s. 115.

¹⁰³ T. Grzeszak, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku ...”, op. cit., s. 673.

teoretycznym prawa karnego, poprzez zachowanie w postaci utrwalania (jak i rozpowszechniania wizerunku), a także po zaistnieniu dodatkowych okoliczności określonych w art. 191a k.k. uznaje się, że zachodzi ingerencja w sferę intymności¹⁰⁴. Z poglądu zaprezentowanego przez A Kopffa, w głosie do wyroku Sądu Najwyższego z 11 marca 1986 r. można wywnioskować, iż sfera intymności człowieka zawiera się w życiu prywatnym (w którym prócz tej sfery istnieje druga sfera – powszechnej dostępności)¹⁰⁵. Wobec tak zaprezentowanego ujęcia problemu należy uznać, że „obszar” ingerencji w obydwu dziedzinach prawa posiada w pewnym zakresie punkt stykowy.

Ponadto stanowisko M. Mozgawy¹⁰⁶, w kwestii wymogu późniejszego odtworzenia materiału, aby móc go poczytać jako wizerunek wydaje się nietrafne, bowiem do jego zaseregowania wystarczającym wydaje się być warunek rozpoznawalności. Jeżeli istota zachowania sprawcy w kontekście art. 191a k.k. miałyby się sprowadzać do odtwarzania wizerunku, prawdopodobnie ustawodawca zastąpiłby zwrot „utrwała”, wyrażeniem „odtworza”, bądź „utrwała, a następnie odtwarza”. Obecnie istniejące uregulowanie prawne służy zapewnieniu szerszej ochrony pokrzywdzonemu przestępstwem, aniżeli wynikałoby to z propozycji interpretacji omawianego pojęcia, wysuniętej przez M. Mozgawę¹⁰⁷.

Publiczne udostępnienie wizerunku, jako wymóg statujący zachowanie w postaci rozpowszechniania w płaszczyźnie art. 81 pr. aut. cechuje się węższym ujęciem, aniżeli na gruncie art. 191a k.k.¹⁰⁸. Różnice w sposobie ukształtowania tej przesłanki, w kontekście obydwu regulacji prawnych wywodzą się z odmiennych celów, jakie ma spełniać każda z nich. W przypadku przestępstwa utrwalania lub rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie

¹⁰⁴ Vidi: M. Filar, „Naruszenie intymności seksualnej”, op. cit., s. 1115.

¹⁰⁵ Andrzej Kopff, „Głosa do wyroku SN z 11.03 1986 r.”, *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych*, Nr 4 (1987), s. 181.

¹⁰⁶ M. Mozgawa, „Utrwalanie wizerunku nagiej osoby...”, op. cit., s. 396.

¹⁰⁷ Ibidem.

¹⁰⁸ Wydaje się, że zakresy znaczeniowe sformułowania „czynienie wizerunku publicznie dostępnym lub stworzenie możliwości publicznego dostępu”, użytego przez Michała Królikowskiego i Andrzeja Sakowicza, pokrywają się ze zwrotem „publiczne udostępnienie”.

czynności seksualnej wydaje się, że krąg osób zapoznających się z nim może się ograniczać do kręgu rodziny, czy współpracowników, bowiem w niektórych okolicznościach tego rodzaju ukazanie może być bardziej dolegliwe dla pokrzywdzonego, niż gdyby wspomniany wizerunek został udostępniony obcym jemu osobom. Co więcej po raz kolejny należy podkreślić, iż ochrona przed ingerencją w sferę intymności wbrew woli osoby, której zachowanie dotyczy, przede wszystkim winna wyróżniać się możliwie rozległym charakterem.

Institucja zgody w kontekście rozpowszechniania wizerunku na gruncie pr. aut. oraz k.k. posiada kilka cech wspólnych. Przede wszystkim w kontekście porządku cywilnoprawnego udzielenie jej sprowadza się do przyjęcia, że nie doszło do naruszenia dobra. Z kolei w aspekcie prawa karnego jest ona zaliczana do pozaustawowych kontratypów, bowiem jej udzielenie wyłącza bezprawność działania sprawcy. Jednakże, na gruncie 191a k.k. można wyróżnić dwa rodzaje poglądów, które dotyczą ukształtowania zakresu zgody. Pierwsze ujęcie należy określić mianem negatywnego, gdyż brak zgody lub wyrażenie sprzeciwu zakreśla płaszczyznę bezprawnego zachowania sprawcy¹⁰⁹. Zaś, w przypadku pozytywnego ujęcia – zgoda wyznacza zakres dozwolonego działania w sferze rozpowszechniania wizerunku osoby trzeciej¹¹⁰. Niemniej, drugi z tych poglądów jest bliższy temu, który został zaaprobowany przez doktrynę prawa cywilnego (art. 81 pr. aut.).

Poza tym, w przypadku obydwu omawianych regulacji wydaje się, że forma zgody, przy zachowaniu przymiotu jej wyrażności pozostaje irrelevantna dla oceny jej ważności. Co więcej, w porządku cywilnoprawnym przyjmuje się, że zezwolenie nie wyróżnia się wstecznym charakterem, lecz może przybrać postać uchylenia odpowiedzialności lub odstąpienia od dochodzenia ochrony prawnej. Z kolei, wydaje się, że na tle art. 191a k.k. istnieje możliwość udzielenia zgody *ex post* przy założeniu, że pozostałe kryteria warunkujące jej ważność zostaną spełnione.

¹⁰⁹ Vidi: M. Filar, M. Berent, „Przestępstwa przeciwko wolności”, op. cit., s. 1188.

¹¹⁰ Vidi: M. Królikowski, „Rozdział XXIII. Przestępstwa przeciwko wolności. Art. 191a k.k.”, op. cit., s. 865.

Przeprowadzona analiza pojęć „wizerunek”, „utrwalanie” oraz „rozpowszechnianie”, a także zaprezentowane w tym artykule wnioski, oparte na podobieństwach i różnicach poszczególnych zakresów desygnatów tychże terminów, skłaniają do przyjęcia, że jako poprawny i najefektywniejszy sposób ich kształtowania, z uwagi na konieczność dokonywania subsumpcji prawa, należy wskazać inkorporację z literatury o charakterze cywilnoprawnym, jedynie tych elementów, które nie budzą wątpliwości w aspekcie ich interpretacji, jak również tych, które umożliwią zapewnienie najpełniejszej ochrony pokrzywdzonemu zachowaniem przewidzianym w art. 191a k.k. Pozostałe właściwości oraz przymioty wymienionych pojęć powinny formować się w wyniku procesów ewolucyjnych, jakie zachodzą w karnoprawnym porządku, przede wszystkim na skutek dostosowania do istniejących norm społeczno – obyczajowych. Przyjęcie takiego sposobu konstruowania zakresu pojęć stanowiących problem rozważań tego artykułu, uczyni zadość zgodności z językową, celowościową, jak i systemową wykładnią.

Bibliografia

- Balcarczyk Justyna, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Barta Janusz (red.), *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, t. 13, wyd. 3, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013.
- Barta Janusz, Markiewicz Ryszard, „Wokół prawa do wizerunku”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, z. 80 (2002), ss. 377-397.
- Dubisz Stanisław (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, Tom P-Ś, PWN, Warszawa 2008.
- Dubisz Stanisław (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*, Tom T-Ż, PWN, Warszawa 2008.
- Filar Marian (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 4, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Filar Marian (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Filek Bartłomiej, „Wizerunek nagiej osoby jako znamię przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.”, *Prokuratura i Prawo*, Nr 7-8 (2012), ss. 61-77.
- Flisak Damian (red.), *Prawo autorskie i prawa pokrewne*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015.

- Grzeszak Teresa, „Rozdział IX. Prawo do wizerunku i prawo adresata do korespondencji”, w: J. Barta, *System prawa prywatnego. Prawo autorskie*, t. 13, wyd. 3, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2013, s. 664.
- Grześkowiak Alicja, Wiak Krzysztof (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Karpowicz Andrzej, *Poradnik prawny dla ludzi twórczych*, Wydawnictwo ABC, Warszawa 1995.
- Kopff Andrzej, „Glosa do wyroku SN z 11.03 1986 r.”, *Orzecznictwo Sądów Polskich i Komisji Arbitrażowych*, Nr 4 (1987), ss. 259-262.
- Krajewski Radosław, „Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej”, *Prokuratura i Prawo*, Nr 5 (2012), ss. 20-40.
- Michał Królikowski, „Komentarz do art. 191a k.k.”, w: Andrzej Wąsek, Robert Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I, Komentarz do art. 117-221*, Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2010.
- Matlak Andrzej, „Cywilnoprawna ochrona wizerunku”, *Kwartalnik Prawa Prywatnego*, z. 2 (2004), ss. 317-358.
- Królikowski Michał, Zawłocki Robert (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz. Art. 117-221*, C.H. Beck, Warszawa 2013.
- Mozgawa Marek (red.), *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wyd. 3, Wolters Kluwers, Warszawa 2010.
- Mozgawa Marek (red.), *Pornografia*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Mozgawa Marek, Nazar-Gutowska Katarzyna, „Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)”, *Prawo w działaniu*, Nr 19 (2014), ss. 7-40.
- Opis aplikacji „Siri”, <https://support.apple.com/pl-pl/HT204389>, [dostęp 09.02.20107].
- Pązik Adam, „Prawo do wizerunku w obliczu zmian”, *Prace z Prawa Własności Intelektualnej*, Z. 107 (2010), ss. 127-151.
- Piasecki Krzysztof, *Kodeks cywilny*, Zakamycze, Kraków 2003.
- Sieńczyło-Chlabicz Joanna, „Przedmiot, podmiot i charakter prawa do wizerunku”, *Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego*, Nr 8 (2003), ss. 17-25.
- Sieńczyło-Chlabicz Joanna, „Rozpowszechnianie wizerunku na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych”, *Radca Prawny*, Nr 2 (2001), ss. 93-102.
- Ślebza Krzysztof (red.), *Studia i analizy Sądy Najwyższego*, t. 5, Wolter Kluwers, Warszawa 2010.
- Warylewski Jarosław, *Prawo karne. Część ogólna*, wyd. 6, Wolters Kluwer Warszawa 2015.

Warylewski Jarosław (red.), *System prawa karnego, Przepęstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, wyd. 2, Wydawnictwo C. H. Beck, Warszawa 2016.

Wojnicka Ewa, *Ochrona autorskich dóbr osobistych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Łódzkiego, Łódź 1997.

Wojnicka Ewa, „Prawo do wizerunku w ustawodawstwie polskim”, *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace z Wynalazczości i Ochrony Własności Intelektualnej*, z. 56 (1990), ss. 107-120.

Orzecznictwo

Wyrok SA w Gdańsku z 21.06.1991 r, I Acr 127/91, OSA 1992, z. 1, poz. 8.

Wyrok SA we Wrocławiu z 30.01.2014 r., IACa 1452/13, LEX nr 1425612.

Źródła

Ustawa z 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz. U. 1964 nr 16 poz. 93 ze zm.

Ustawa z 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych Dz. U. 1994 nr 24 poz. 83 ze zm.

Ustawa z 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw Dz. U. 2009 nr 206 poz. 1589.

