

Spam ofensywny seksualnie

Piotr Waglowski

Spam jest na całym świecie coraz częściej dostrzeganym zjawiskiem. Rozpatruje się go głównie w kontekście niezamawianej korespondencji przesyłanej drogą elektroniczną, która ma charakter komercyjny, handlowy¹. W niniejszym artykule pragnę zwrócić uwagę na inne aspekty przesyłania drogą elektroniczną niezamawianych komunikatów, w szczególności komunikatów zawierających treści ofensywne seksualnie (pornograficzne), których nie da się wprost objąć zakresem prawa uczciwej konkurencji. Dla potrzeb niniejszych rozważań przyjmuję za podstawową definicję *spamu* definicję wynikającą z praktyki, a zaproponowaną przez *Mail Abuse Prevention System*².

Spam - ang. konserwa mięsna, mielonka, a w żargonie internetowym: niechciana korespondencja, list wysłany wiele razy. Przyjmuje się, że informacja przesłana drogą elektroniczną jest *spamerem*, jeśli jej treść jest niezależna od tożsamości odbiorcy (ta sama treść może być skierowana do wielu innych odbiorców), gdy jednocześnie odbiorca elektronicznej przesyłki nie wyraził uprzedniej (weryfikowalnej), świadomej, wyraźnej i możliwej do odwołania w każdej chwili zgody na otrzymanie przesyłki, oraz gdy treść informacji przesyłanej drogą elektroniczną daje odbiorcy podstawę do przypuszczeń, iż nadawca wskutek jej wysłania może odnieść korzyści nieproporcjonalne w stosunku do korzyści odbiorcy wynikających z jej odebrania³.

Z punktu widzenia rozwoju systemów prawnych zjawisko nazwane *spamerem* jest zjawiskiem nowym. W 1999 roku Internet obchodził trzydziestelecie swoich „narodzin”, zaś w roku 2001 świętowaliśmy dziesięciolecie powstania Internetu w Polsce⁴.

W dokumentach Unii Europejskiej dostrzeżono, że poza elektronicznymi przesyłkami o charakterze czysto handlowym, w Internecie spotkać można również przesyłki, które należy oceniać również z punktu widzenia regulacji dedykowanych przykładowo rozpowszechnianiu pornografii czy ochronie dzieci. Komisja Europejska wymienia takie kategorie przesyłek jak *spam* zawierający treści pornograficzne, nawołujące do przemocy, waśni na tle rasowym, wyznaniowym czy narodowym. Przesyłki elektroniczne zawierają często treści, których dystrybucja, niezależnie od metody jej dokonania, jest sprzeczna z prawem, jednak często również pozostają one na granicy obowiązującego w danym państwie członkowskim prawa⁵.

Zważywszy na praktykę rozsyłania niechcianych przesyłek – warto zwrócić uwagę, że ich nadawcy, pozyskując często nieuczciwie i z założenia przypadkowe adresy odbiorców nie są często w stanie kierować swego przekazu drogą elektroniczną do osób spełniających określone kryteria wiekowe.



Piotr Waglowski

Autor serwisu VaGla.pl
Prawo i Internet, Członek
Zarządu Internet Society
Poland. Jest słuchaczem
studiów doktoranckich
prowadzonych w Instytucie
Nauk Prawnych Polskiej
Akademii Nauk. Pełni
funkcję Głównego
Konsultanta Polskiej Izby
Informatyki i
Telekomunikacji

¹ por. : P. Waglowski, Spam w formie niezamówionej informacji handlowej jako delikt nieuczciwej konkurencji [w] A. Tubielewicz (red.) Problemy Informatyki w Zarządzaniu, Wydział Zarządzania i Ekonomii Politechniki Gdańskiej; Gdańsk 2003, str. 83 - 108; artykuł dostępny w Internecie, pod adresem: http://www.vagla.pl/skrypts/spam_delikt_nieuczciwej_konkurencji.pdf

² *Mail Abuse Prevention System*, <http://mail-abuse.org>

³ *Definition of "spam", Mail Abuse Prevention System*, definicja dostępna w Internecie, pod adresem: <http://mail-abuse.org/standard.html>

⁴ por. P. Waglowski, Spam a prawo - próba wskazania kierunków badawczych, Prawo i ekonomia w telekomunikacji nr 4/2003 str. 61; artykuł dostępny w Internecie, pod adresem: http://www.vagla.pl/skrypts/spam_kierunki_badawcze.pdf

⁵ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions on unsolicited commercial communications or 'spam', Brussels, 22.01.2004, COM(2004) 28 final, str. 11.*

Starając się rozesłać swój przekaz w miarę jak najszerzej – nie jest dla nich istotne kto jest odbiorcą przesyłki, byle istniał, by potrafił przeczytać i zrozumieć zawarty w komunikacie elektronicznym przekaz, a następnie by podjął działania, o które chodzi nadawcy – w szczególności by odwiedził określony zasób w Internecie, wybrał specjalny numer dostępowy (*premium rate service*⁶), etc... Stąd



Rysunek 1 - Niezamawiane "okno" w serwisie internetowym: analizując ruch "anonimowego użytkownika" system nie będzie potrafił określić, czy z klawiatury korzysta osoba dorosła, czy małoletni...

często dochodzi do sytuacji, w których treści „dla dorosłych” trafiają do skrzynek poczty elektronicznej wykorzystywanych przez małoletnich. W społeczeństwie informacyjnym problemem, który komplikuje relacje prawne związane z omawianym zagadnieniem jest transgraniczność Internetu jako takiego.

Ilustracją powyższych rozważań niech będzie niedawna decyzja brytyjskiego regulatora usług *premium rate* – (the Independent Commission for the Supervision of Standards of Telephone Information Services - ICSTIS⁷), który nałożył na amerykańską firmę grzywnę w wysokości 75 tysięcy funtów. Firma BW Telecom wysyłała niezamówione komunikaty pocztą elektroniczną - *spam* (w tym przypadku zawierający również treści pornograficzne). Firma starała się nakłonić odbiorców do połączenia się ze specjalnym numerem dostępowym, z którym wiązała się podwyższona opłata⁸.

Istnieje realny problem jasnego określenia zakresu pojęcia "treści pornograficzne"⁹, o których mowa m.in. w art. 202 § 1 polskiego kodeksu karnego: „Kto publicznie prezentuje treści pornograficzne w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”. Taka sytuacja (z zastrzeżeniami związanymi z interpretacją pojęcia „prezentowania publicznego”, o czym niżej) może mieć miejsce w Internecie właśnie w formie przesyłania treści ofensywnych seksualnie, za pomocą komunikatów elektronicznych wcześniej niezamawianych – zarówno w postaci poczty elektronicznej, jak i komunikatów przesyłanych przez inne programy służące do tego celu (komunikatory), ale również za pomocą prezentowania ich w oknach przeglądarki internetowej.

Wyższej karze podlega ten, kto prezentuje treści pornograficzne małoletniemu poniżej lat 15 lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter albo rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi (§2 cytowanego przepisu). Taka osoba podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Już teraz możemy mówić o takich sytuacjach w Internecie, gdzie prezentujący różnego rodzaju treści nie potrafią określić, komu one są prezentowane. W przypadku obsługi innych podmiotów (prezentowanie reklam

⁶ Usługi telekomunikacyjne związane z podwyższonymi opłatami.

⁷ <http://www.icstis.org.uk/>

⁸ Na podstawie artykułu opublikowanego 19 lutego 2004 roku w serwisie out-law.com: „Spammer hit with L75,000 fine by UK watchdog”; artykuł dostępny w Internecie pod adresem: http://www.out-law.com/php/page.php?page_id=spammerhitwith1077196680

⁹ z gr. pornográphos - opisujący życie nierządnic od gr. pórne 'nierządnicą, kobieta na sprzedaż' od pénnenai 'sprzedawać jak niewolnicę' + gráphein 'pisać'. Słownik Wyrazów Obcych, Wydawnictwo Europa, pod redakcją naukową prof. Ireny Kamińskiej-Szmaj, 2001. W znaczeniu prawnym zobacz zwłaszcza: M. Filar, Pornografia, Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego 1993/8-9 str. 24; J. Warylewski, Pornografia w Internecie - wybrane zagadnienia karnoprawne, Prokuratura i Prawo 2002/4 str. 52; L. Gardocki, Pornografia. Próba nowego uregulowania, Paestra 1993/11 str. 63; M. Mozgawa, P. Kozłowska, Prawnkarne aspekty rozpowszechniania pornografii (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania), Prokuratura i Prawo 2002/3 str. 7.

typu pop-up windows w cudzym serwisie na podstawie umowy, dodatkowo z udziałem podmiotów trzecich), lub w przypadku wykorzystania znanych i nowych luk w systemach (przykładowo możliwość przesłania komunikatów systemowych za pomocą luki w systemie Windows), lub za pomocą wysyłania przesyłek w postaci poczty elektronicznej – przekaz kieruje się „na konkretną maszynę, komputer”. Jednak systemy wysyłające te komunikaty nie potrafią „określić”, kto (tak naprawdę) z tych komputerów korzysta. We wskazanych wyżej sytuacjach mowa jest o przesyłaniu niezamawianego komunikatu drogą elektroniczną (*spam*), który jest oceniany nie ze względu na jego charakter handlowy, a ze względu na ofensywne prezentowanie treści pornograficznych osobom dorosłym oraz małoletnim. To kolejny argument za tym, by o *spamie* mówić nie tylko na gruncie prawa uczciwej konkurencji, ale również na gruncie innych regulacji – w szczególności chroniących dzieci przed mającymi na nie wpływ treściami, czy gwarantujących użytkownikom Internetu ich prywatność i możliwość jej ochrony.

W kontekście Internetu wątpliwości interpretacyjne może budzić określenie „prezentowania w sposób publiczny”. Jak się wydaje – nie będzie prezentowaniem w sposób publiczny przesłanie komunikatu zawierającego treści pornograficzne na konkretny adres poczty elektronicznej czy zaprezentowanie okna przeglądarki internetowej konkretnemu odbiorcy (choćby anonimowemu) znajdującemu się przed monitorem (choćby komunikat był wcześniej niezamówiony), gdyż taki przekaz pozostaje nadal w sferze prywatnej danego odbiorcy. Postulować można uzupełnienie stosownego zapisu w duchu (przykładowo) nowelizacji prawa autorskiego, gdzie mowa jest o publicznym udostępnianiu utworów „w taki sposób, aby każdy mógł mieć do nich dostęp w miejscu i czasie przez siebie wybranym”. W kontekście prawa karnego możnaby, zatem postulować doprecyzowanie ww. przepisu art. 202 § 1 w taki sposób, by mowa w nim była o prezentowaniu publicznym treści pornograficznych w taki sposób, że potencjalnie każdy ma do nich dostęp. Takie rozwiązanie niesie za sobą jednak niebezpieczeństwo nadinterpretacji przepisów karnych, które mają zastosowanie we wszystkich sferach aktywności ludzkiej, nie tylko w Internecie. Innym pomysłem może być zmiana rozmieszczenia akcentów w przesłankach popełnienia przestępstwa i penalizowanie „narzucenia odbioru”. W przypadku przesłania korespondencji na szerzej dostępne fora dyskusyjne czy listy dystrybucyjne, dla potrzeb określenia czy zaistniała przesłanka publicznego prezentowania treści, znaczenie może mieć sposób, w jaki uczestnicy mogą stać się uczestnikami danego forum czy listy, oraz dostępność archiwów.

W przypadku osób dorosłych musi zająć jeszcze jedna przesłanka: narzucenie treści. Nie ma wątpliwości, że przesłanie komunikatu wcześniej niezamówionego może stanowić inwazję w sferę prywatności danego odbiorcy (narzucenie ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy). W myśl paremii: „*volenti non fit iniuria*” - chcącemu nie dzieje się krzywda – w przypadku, gdy potencjalny odbiorca elektronicznego przekazu zamówił go uprzednio (przed jego otrzymaniem), oraz gdy miał świadomość tego, co zamawia – nie będzie można mówić o wyczerpaniu znamion przestępstwa z art. 202 § 1 kk. W przypadku małoletnich poniżej 15 roku życia powyższe rozważania nie będą miały zastosowania. Przepis § 2 wskazuje w swej dyspozycji taką sytuację, w której prezentuje się małoletniemu treści o charakterze pornograficznym, a więc niezależnie od tego czy sposób prezentowania miał charakter publiczny oraz niezależnie od tego, czy sposób prezentowania mógł mu narzucić ich odbiór czy nie. Zatem każdy, kto przesyła komunikat zawierający treści pornograficzne na określony adres (rozumiany również jako określony port i numer IP – w przypadku prezentowania treści w oknie przeglądarki internetowej) musi liczyć się z tym, iż potencjalnie wyczerpuje znamiona przestępstwa przewidzianego w art. 202 § 2 kk.

Przy okazji omawianego tematu warto przyjrzeć się jeszcze § 3 omawianego wyżej przepisu art. 202 kodeksu karnego. Oto: „kto produkuje w celu rozpowszechniania lub sprowadza albo rozpowszechnia treści pornograficzne z udziałem małoletniego poniżej lat 15 albo związane z użyciem przemocy lub posługiwaniem się zwierzędziem, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Internet w sposób znaczący wpływa na dyspozycje tego przepisu, gdyż - na gruncie prawa polskiego utrwalanie (a więc również produkowanie zdjęć lub filmów, również zdigitalizowanych) treści pornograficznych z udziałem aktorów wirtualnych (nieprawdziwych), sugerujących jedynie, że mają poniżej 15 lat, wydaje się być legalne. W roku 2002 wskazanym problemem zajmował się Sąd Najwyższy USA, który uznał za niezgodną z prawem federalną ustawę zakazującą tzw. wirtualnej pornografii dziecięcej. Zdaniem Sądu Najwyższego przyjęta przez Kongres i podpisana przez prezydenta Billa Clintona w 1996 r. ustawa, zgodnie z którą przestępstwem miało być rozpowszechnianie lub posiadanie pornograficznych obrazów z udziałem dzieci, nawet jeśli postać dziecięca została przetworzona komputerowo, narusza wolność wypowiedzi, gwarantowaną przez amerykańską konstytucję.

Wobec braku ustawowej definicji pojęcia „pornografia” problemem jest również interpretacja prawna "dziecięcej pornografii"¹⁰ generowanej w sposób komputerowy, przybierającej nawet postać filmów z wirtualnymi, nieistniejącymi w realnym świecie, "aktorami". Zwolennicy produkcji takich filmów twierdzą, że "gdy nie ma dzieci, nie ma również przestępstwa". "To tak, jak z udawanym morderstwem. Na filmie nikt nikogo nie zabija". Do tej pory prawo chroniło dziecko jako podmiot: by powstał film z jego udziałem – dziecko było molestowane, poddane czynnością mającym wpływ na jego psychikę i późniejsze życie. Przy wykorzystaniu technik cyfrowych – nie musi dojść do naruszenia sfery psychicznej konkretnego dziecka. Warto jednak zastanowić się nad penalizacją wykorzystania elektronicznego „wizerunku” dziecka w materiałach, o których mowa wyżej. Traktują one w sposób przedmiotowy dziecko jako takie.

Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, podpisana 23 listopada 2001 r. w Budapeszcie przez delegację trzydziestu państw (w tym Polski), przewiduje karanie zarówno producentów, pośredników, jak i konsumentów zdigitalizowanych materiałów pornograficznych z udziałem dzieci, w tym pornografii generowanej komputerowo. Zakazy dotyczą wytwarzania, rozpowszechniania, przesyłania, pozyskiwania, oferowania, udostępniania oraz posiadania pornografii dziecięcej w systemie komputerowym lub na nośnikach danych. Wniesiony 24 września 2003 roku do Sejmu rządowy projekt nowelizacji ustaw karnych, dostosowujących (w założeniu) polskie prawo do wspomnianej konwencji Rady Europy przewiduje wprowadzenie zakazu posiadania pornografii dziecięcej, jednak nie bierze pod uwagę objęcia karalnością materiałów pornograficznych, które nie przedstawiają realnych osób, lecz stanowią pornografię dziecięcą generowaną komputerowo lub tzw. pseudofotografię¹¹.

Na marginesie warto zauważyć, że wykorzystywanie nowoczesnych technik do modyfikacji lub tworzenia treści ofensywnych seksualnie nie dotyczy wyłącznie dzieci. W maju 2001 roku Prezydent Republiki Czech Vaclav Havel złożył doniesienie o popełnieniu przestępstwa przez właściciela serwisu internetowego, w którym znajdowały się zdjęcia kobiety przypominającej żonę prezydenta. Serwis nazywał się Dagmar - tak jak pierwsza dama Czech. Współczesna technika pozwala na wygenerowanie zdjęcia lub filmu z udziałem znanych osób, stawiając ich w dwuznacznych, a czasem jednoznacznych sytuacjach. Już w tej chwili możliwe jest nakręcenie filmu z nieżyjącymi aktorami, czy perfekcyjna animacja dowolnej postaci. Dla przeciętnego widza będzie to obraz niczym nieróżniący się od stworzonego metodami tradycyjnymi.

Jak staram się wykazać: nie można ograniczać problematyki *spamu* jedynie do przesyłania niechcianych reklam (przesyłek handlowych) i jedynie za pomocą poczty elektronicznej. *Spam* dotyczy coraz liczniejszych technik przesyłania informacji w Internecie. Rozwój technik komunikacyjnych powoduje pojawienie się *spamu* na innych niż tradycyjne (a więc poczta elektroniczna) platformach - w szczególności takich jak telefony komórkowe oraz płaszczyzny wymiany komunikatów (ICQ, polskie Gadu Gadu) i tzw. czatów (IRC). Można również mówić o *spamie* w serwisach www (ze względu na niezamawiane komunikaty otwierające się w „nowych oknach”: *pop-up window, pop-under window*)¹².

Wskazując problem przesyłania niechcianych (niezamawianych) treści za pomocą serwisów www warto odnotować w tym miejscu doniesienie z serwisu e-Biznes¹³. Autor tego serwisu opisał praktykę jednej z firm zajmujących się monitorowaniem ruchu na witrynach internetowych. Dane pozyskiwane tą drogą służą następnie do prezentowania stosownych reklam. Cytując fragment artykułu: „*firma niemile mogła zaskoczyć wielu Internautów za sprawą sex-reklam wyświetlanych na stronach, które monitoruje*”. W konsekwencji zaprezentowania w jego serwisie otwierających się w nowym oknie reklam szokujących golizną autor serwisu e-Biznes przeprosił swoich użytkowników za działania podmiotu trzeciego. Przedstawił również oficjalne stanowisko tego podmiotu, zgodnie z którym: firma badawcza nie emituje żadnych treści reklamowych na witrynach uczestniczących w badaniu

¹⁰ Tematem tym zajmowały się m.in.: T. J. Ksok, Pornografia dziecięca - Internet a ściganie karne, Przegląd Policyjny 1999/4 str. 133 oraz A. Krawulska-Ptaszyńska, A. Smelkowska-Zdziabek, Pornografia dziecięca - charakterystyka zjawiska, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1997/3 str. 165

¹¹ Krytycznie o projekcie: A. Adamski, *Buszujący w sieci*, Rzeczpospolita, 27 października 2003.

¹² por. P. Waglowski, *Spam a prawo - próba wskazania kierunków badawczych... op. cit.*

¹³ S. Kozak, *Sex biznes w Gemius*, 28 stycznia 2004; artykuł dostępny w Internecie, pod adresem: <http://www.e-biznes.pl/inf/107528222849407.shtml>

gemiusTraffic Personal, jednak na mocy stosownej umowy wydzierżawiła ona możliwość sprzedaży powierzchni reklamowej na obsługiwanych przez siebie witrynach osobom trzecim...

Ilość podmiotów uczestniczących w obsłudze kampanii „reklamowych” może stwarzać problemy przy wskazaniu osób istotnie odpowiedzialnych za prezentację treści pornograficznych osobom trzecim (w tym nieletnim). Na zasadach określonych w kodeksie karnym odpowiada ten, kto popełnia czyn zabroniony po ukończeniu 17 lat. Jednocześnie każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności, niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających. W Internecie często będą zachodzić przypadki przewidziane w Rozdziale III Kodeksu karnego, a więc takie, z którymi wiązać się będzie wyłączenie odpowiedzialności karnej...

W tym miejscu należy zauważyć, że nieusunięcie w określonych przypadkach przesłanego wcześniej drogą elektroniczną niezamówionego komunikatu, zawierającego pornografię z udziałem dzieci może wiązać się w przyszłości z określoną sankcją karną. Będzie to możliwe w sytuacji, gdy zostanie przyjęta projektowana, wspomniana wyżej, nowelizacja kodeksu karnego w zakresie zakazu posiadania pornografii dziecięcej. Zawsze jednak należy oceniać taki stan faktyczny w kontekście możliwości przypisania określonej osobie winy w czasie popełniania czynu zabronionego. Jeśli takiej winy przypisać nie można – dana osoba nie będzie popełniać przestępstwa.

Obowiązująca w Polsce ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie może – wobec powyższych przykładów – stanowić podstawowego oręża w walce z niezamówionymi komunikatami przesyłanymi drogą elektroniczną. Warto zauważyć, że zgodnie z ww. ustawą (art. 24 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną) ten, kto przesyła za pomocą środków komunikacji elektronicznej niezamówione informacje handlowe¹⁴ podlega karze grzywny.

Przesyłanie drogą elektroniczną niezamówionych informacji handlowych jest wykroczeniem, którego ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego. Ten sposób ochrony może mieć zastosowanie jedynie w stosunku do przesyłek o charakterze komercyjnym (handlowym). Dodatkowo mogą mieć zastosowanie inne jeszcze przepisy nakładające obowiązki podawania stosownych danych w ofercie wysyłanej za pomocą środków masowego przekazu, sieci informatycznych lub druków bezadresowych. W lutym 2004 roku, w postępowaniu mającym związek ze sprawą toczącą się przed Sądem Rejonowym w Białej Podlaskiej, a związanej z przesyłaniem informacji handlowych, osoba odpowiedzialna za treść nadesłanej przez obwinioną niezamówionej informacji handlowej, Andrzej J. (kierujący spółką) został ukarany mandatem karnym za wykroczenie z art. 65 ust. 2 w zw. z art. 12 ust. 1 pkt. 2 ustawy z dnia 19 listopada 1999 roku - prawo działalności gospodarczej (Dz. U. Nr 101, poz. 1178) tj. za nieumieszczenie danych rejestrowych w informacji handlowej przesłanej pocztą elektroniczną przez Annę K., dotyczącej firmy CPI¹⁵.

Przy wielu wątpliwościach dotyczących regulacji ustawowej (kłopoty m.in. z interpretacją podstawowych definicji i pojęć¹⁶) – trzeba pamiętać, że za przesłanie niezamówionej informacji handlowej grozi grzywna w wysokości do 5 tys. złotych. Ze względu na krajowy zasięg jurysdykcji w sprawach o wykroczenia, kara taka grozi wyłącznie osobom, które podejmują działalność *spamową* na terytorium Polski¹⁷. Z podstawowych zasad polskiego prawa karnego wynika, że za jeden czyn grozi jedna kara. A zatem za jednorazowe wysłanie *spamu* (nawet, jeśli kierowany był na kilka milionów

¹⁴ W dyspozycji tego przepisu, uważanego przez wielu za podstawowe narzędzie w walce ze *spamerem* nie mieszczą się te wszystkie sytuacje, w których przesyła się komunikat niesłużący w sposób bezpośredni lub pośredni do promowania towarów, usług lub wizerunku przedsiębiorcy lub osoby wykonującej określony zawód; por. P. Waglowski, Informacja handlowa w komunikacji elektronicznej, Prawo i ekonomia w Telekomunikacji nr 3/2003. str. 26; artykuł dostępny w Internecie pod adresem: http://www.vagla.pl/skrypts/informacja_handlowa.htm

¹⁵ Relacja z rozprawy w serwisie PolSpam.com: <http://polspam.com/cpi-relacja.html>

¹⁶ por. zwłaszcza P. Waglowski, Adres elektroniczny [w] J. Kisielnicki, J. K. Grabara, J. S. Nowak (red.) Informatyka w gospodarce globalnej - problemy i metody. Wydawnictwa Naukowo-Techniczne, Warszawa-Szczyrk 2003, str. 469; Artykuł dostępny jest w postaci elektronicznej pod adresem: http://www.vagla.pl/skrypts/adres_elektroniczny.htm

¹⁷ A. Adamski, Cyberprzestępczość – kontrola zjawiska w Polsce – aspekty prawne i kryminologiczne [w] A. Misiuka, J. Kosiński, P. Ciszka (red.) Przestępczość teleinformatyczna (materiały seminaryjne), Szczyrno 2003, str. 16

adresów elektronicznych) grozi jedna grzywna. Co więcej – jedynie osoba, która wysłała niezamówioną informację handlową może ponosić odpowiedzialność (na gruncie art. 24 uośude). Nie będzie podlegała karze na podstawie cytowanego przepisu osoba, która zleciła innej wysłanie przesyłki. Biorąc pod uwagę powyższe rozważania warto zastanowić się nad możliwością oceny prawnej *spamu* na gruncie innych przepisów – szczególności na gruncie przepisów rozdziału XXV kodeksu karnego: mówiących o przestępstwach przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Poza różnicami w wysokości kary oraz różnicami dotyczącymi jurysdykcji - w przeciwieństwie do wykroczenia przewidzianego w art. 24 uośude ściganie przestępstw określonych w art. 202 kk następuje z urzędu, co oznacza, że prokurator i policja prowadzą postępowanie niezależnie od woli i zgody osoby pokrzywdzonej. Wycofanie skargi lub odmowa zeznań nie jest podstawą do umorzenia postępowania, jeśli istnieje uzasadnione przypuszczenie, że przestępstwo popełniono. Problemem staje się jednak nieprecyzyjne określenie pojęcia „materiałów pornograficznych”.

Internet przestał być „dzikim zachodem” – coraz częściej ustawodawstwa poszczególnych państw dostrzegają problemy pojawiające się w istniejącym już społeczeństwie informacyjnym. Powstają szczegółowe regulacje, wytyczne czy zalecenia, niektóre o zasięgu ponadnarodowym. Warto w tym miejscu zauważyć działalność Rady Europy, która 24 września 1998 roku przyjęła Rekomendację¹⁸ dotyczącą w szczególności ochrony małoletnich przed treściami prezentowanymi w środkach masowego przekazu. Rekomendacja ta jest pierwszym w Europie dokumentem całościowo traktującym problematykę treści przekazywanych w szeroko pojętych serwisach informacyjnych, bez względu na formę ich dostarczania. Innym dokumentem Rady Europy wartym zasygnalizowania jest również przyjęta 5 września 2001 roku rekomendacja dotycząca samoregulacji zawartości serwisów internetowych. Głównym założeniem tej ostatniej rekomendacji jest walka z materiałami nielegalnymi i szkodliwymi w Sieci¹⁹.

Według raportu "*Spam Index*" w lutym 2004 roku *spam* o treściach pornograficznych stanowił 13,6 proc. (w styczniu było to 22 proc.) ogółu niepożądanych wiadomości analizowanych przez firmę Clearswift²⁰. Analizy firmy Sophos²¹ pokazują, że głównym źródłem *spamu* na świecie są Stany Zjednoczone, „bijące na głowę inne kraje”. Według tych analiz, prawie 57 proc. *spamu* generowane jest w Stanach Zjednoczonych, na drugim miejscu znalazła się Kanada z 7 proc. a za nią Hong Kong - 6,2 proc. i Korea Południowa - 5,8 proc²². Warto zatem odnotować w tym miejscu, iż w styczniu 2004 roku weszła w życie amerykańska, federalna ustawa *CAN-SPAM Act of 2003*²³, której pełna nazwa brzmi: *Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003*.

We wstępie (*findings*) do tej ustawy Kongres zauważył, że część niezamawianych przesyłek o charakterze komercyjnym zawiera materiały, które przez odbiorców mogą zostać uznane za wulgarne oraz za mające charakter pornograficzny. Zdaniem Kongresu *spam* jest metodą dystrybucji materiałów w Internecie, która wykorzystywana jest do rozpowszechniania pornografii, dokonywania oszustw, przesyłania wirusów komputerowych i oprogramowania takiego jak "konie trojańskie" zarówno do systemów informatycznych wykorzystywanych przez osoby fizyczne jak i prawne. Kongres nałożył na Departament Sprawiedliwości obowiązek wykorzystywania istniejącego prawa w taki sposób, by zwalczać przejawy *spamu* również w oparciu o przepisy innych ustaw, w tym, w zakresie seksualnego wykorzystania dzieci i rozpowszechniania treści obscenicznych. W tym znaczeniu ustawa dedykowana niezamówionej korespondencji elektronicznej ma charakter uzupełniającej.

Zgodnie z nową amerykańską ustawą - nikt nie może rozpocząć transmisji lub w inny sposób oddziaływać na system teleinformatyczny przesyłając w korespondencji o charakterze handlowym treści związanych z seksualnością człowieka (*commercial electronic mail message that includes*

¹⁸ *the Recommendation on the development of the competitiveness of the European audio-visual and information services industry by promoting national frameworks aimed at achieving a comparable and effective level of protection of minors and human dignity (98/560/EC)*.

¹⁹ Por. K. Gienas, Regulacja Internetu w świetle rekomendacji Rady Europy, VaGla.pl Prawo i Internet, listopad 2001: http://www.vagla.pl/skrypts/regulacje_internetu.htm

²⁰ Badania "Spam Index" prowadzone są w Wielkiej Brytanii. Szczegółowe wyniki comiesięcznych badań dostępne są na stronie internetowej <http://www.clearswift.com>.

²¹ <http://www.sophos.com/>

²² J. Muszyński, Ty też możesz być spammerem, serwis IDG, 16 marca 2004; Artykuł dostępny pod adresem: <http://www.idg.pl/news/64760.html>

²³ *Bill Number S.877 for the 108th Congress*; <http://www.congress.gov/cgi-bin/query/z?c108:S.877>:

sexually oriented material), chyba, że odbiorca wyraził na takie działanie wcześniejszą zgodę. Dodatkowo w ustawie znalazła się delegacja dla rozporządzenia Federalnej Komisji Handlu działającej w porozumieniu z Prokuratorem Generalnym. Na mocy wydanych przez FTC przepisów wykonawczych²⁴, od dnia 19 maja 2004 roku w polu tematu (*subject*) w przesyłanych pocztą elektroniczną materiałach zawierających treści erotyczne (*sexually oriented material*) znajdować się ma etykieta "SEXUALLY-EXPLICIT:". Oznaczenie takie ma na celu poinformowania odbiorcy o charakterze przesyłki, a także pozwolić na to, by mógł on skutecznie "odfiltrować" przesyłane do niego materiały. Regulacje ETC. zakładają również, że do przesyłek nie można będzie dołączać żadnych grafik czy zdjęć o charakterze erotycznym.

W ustawie znalazła się również doprecyzowanie pojęcia "*sexually oriented material*" (treść o charakterze seksualnym), co należy rozumieć jako wszelkie treści, które przedstawiają w sposób wyraźny zachowanie seksualne w rozumieniu artykułu 2256 rozdziału 18, *United States Code*²⁵, o ile nie stanowi nieznaczącej, marginalnej części innych treści, niezwiązanych z seksualnością. Kto narusza zasady dotyczące oznaczania i przesyłania treści związane z seksualnością - jest zagrożony karą do 5 lat pozbawienia wolności.

Ustawa CAN SPAM of 2003 jest krytykowana przez przeciwników *spamu*, w szczególności za to, że (co do zasady) przewidziano w niej model zamówienia materiałów elektronicznych w postaci *opt-out*²⁶.



Rysunek 2 - Reklama "pokazująca się" w nowym oknie (*pop-up windows*) zaprezentowana w serwisie e-Biznes.pl wbrew woli zarówno autora serwisu, jak i w sposób, który mógł narzucić treści pornograficzne osobom dorosłym lub małoletnim.

Warto zauważyć, że wobec coraz nowszych technik „oszukiwania” systemów filtrujących – model *opt-out* będzie nieskuteczny. Stosowanie różnych metod filtrowania poczty również niesie ze sobą koszty obsługi systemów filtrujących. Obsługa filtrów (zakładając, że nieuczciwi nadawcy będą stosowali przewidziane w amerykańskiej ustawie oznaczenia ofensywnych seksualnie przesyłek) nie spowoduje zmniejszenia kosztów obsługi ruchu spowodowanych *spamem*: cały „ruch” dotrze do serwerów wyposażonych w filtry i dopiero tam będzie ewentualnie dokonywana selekcja przesyłek ze względu na ich treść. Z powyższych powodów prawdopodobnie amerykańska ustawa nie będzie stanowiła wystarczającej broni przeciw narzucającym elektroniczną korespondencję nadawcom. Należy jednak zwrócić uwagę na fakt, iż problem *spamu* został w USA rozwiązany w znacznie bardziej kompleksowy sposób niż ma to miejsce obecnie w Polsce,

dlatego warto bacznie przyglądać się rozwiązaniom amerykańskim i problemom, przed jakimi staje tamtejsza legislacja.

Można spodziewać się, że wobec deklaracji ze strony Unii Europejskiej związanej z rozwojem społeczeństwa informacyjnego oraz zagwarantowania dzieciom bezpiecznego korzystania z Internetu problem *spamu* rozpatrywany będzie nie tylko jako delikt nieuczciwej reklamy. Ministrowie

²⁴ 16 C.F.R. Part 316: Rules Implementing The Controlling the Assault of Non-Solicited Pornography and Marketing Act of 2003 (The CAN-SPAM Act): Label for Email Messages Containing Sexually Oriented Material: Final Rule, Komunikat prasowy z dnia 13 kwietnia 2004: FTC Adopts Rule That Requires Notice That Spam Contains Sexually-Explicit Material, dostępny na stronie internetowej Komisji, pod adresem: <http://www.ftc.gov/opa/2004/04/adultlabel.htm>

²⁵ Możliwość przeszukiwania tego aktu oferuje serwis znajdujący się pod adresem: <http://www4.law.cornell.edu/uscode/>

²⁶ Na temat modeli zamawiania informacji porównaj uwagi w P. Waglowski, Spam w formie niezamówionej informacji handlowej..., *op. cit.*

telekomunikacji państw członkowskich Unii Europejskiej, podczas spotkania w Brukseli, które odbyło się w marcu 2004 roku, zadeklarowali²⁷ przyspieszenie prac nad implementacją ogólnoeuropejskich praw ograniczających *spam* o charakterze komercyjnym, który według ekspertów stanowi obecnie ponad połowę całej wymiany elektronicznych przesyłek. Jednocześnie Komisja Europejska popiera zaplanowany na cztery lata Program Bezpieczniejszego Internetu, którego celem jest ograniczenie niebezpieczeństw czyhających na dzieci korzystające z Sieci. Program w latach 2005 - 2008 zaangażuje 50 mln euro, które będą spożytkowane na opracowanie technologii filtrowania szkodliwych materiałów. Jak się wydaje: filtrowanie treści jest jednak mało skuteczną metodą zapobiegającą przenikaniu do dzieci „szkodliwych treści” z Internetu. Potrzebne są skuteczne programy edukacyjne dla dorosłych, by mogli oni edukować następnie swoich podopiecznych. Potrzebne są skuteczne mechanizmy pozwalające na ściganie występów i na dochodzenie roszczeń cywilnoprawnych w przypadku np. zagrożenia czy naruszenia dóbr osobistych. Wraz z takimi mechanizmami należy spodziewać się doprecyzowania regulacji mających na celu postawieniu tamy niezamówionym przesyłkom elektronicznym, docierających zarówno do małoletnich jak i dorosłych, w szczególności takich, które zawierają treści o charakterze pornograficznym oraz szerzej – ofensywnych seksualnie. Polskie regulacje dotyczące tej materii są wciąż nieprecyzyjne i – jak się wydaje – nieskuteczne.

Na zakończenie pragnę przytoczyć jeszcze jedno doniesienie, tym razem z serwisu Onet.pl: Policja w USA aresztowała 15-latkę za rozpowszechnianie dziecięcej pornografii. Dziewczyna rozsyłała w sieci swoje nagie zdjęcia. Interesujące jest to, że nastolatka sama robiła sobie rozebrane zdjęcia prezentujące ją w różnych seksualnych pozach i wysyłała je do osób, które poznała na internetowych czatach... Wedle cytowanej informacji: dziewczyna została oskarżona o seksualne nadużycie wobec dzieci oraz posiadanie i rozpowszechnianie pornografii dziecięcej²⁸. Wynika z tego, że również dzieci mogą rozsyłać *spam*, również one mogą posiadać dziecięcą pornografię. Doniesienie powyższe świadczy również o pewnego rodzaju zmianie psychiki nastolatków. Być może jest to spowodowane ciągłym egzystowaniem w wirtualnym, a więc dla wielu nierzeczywistym świecie.

Niezależnie od treści, jakie niesie ze sobą: *spam* jest zjawiskiem patologicznym. Stanowi ingerencję w sferę prywatności człowieka i niezależnie od innych przepisów powinien być oceniany właśnie na tym gruncie. Dobrem osobistym w postaci życia prywatnego jest wszystko to, co ze względu na uzasadnione odosobnienie się od ogółu służy jej rozwojowi fizycznej lub psychicznej osobowości oraz zachowania pozycji społecznej – pisał A. Kopff²⁹. Z racji ograniczonych możliwości obrony – dziecięcą prywatność i intymność należy chronić szczególnie.

Badania nad zjawiskiem spamu w ujęciu prawnym trwają...

...I nie tylko nad spamem:

...sprawdź co się dzieje na VaGla.pl Prawo i Internet

<http://www.vagla.pl>

²⁷ Komunikat prasowy z dnia 8 marca 2004 roku "Commission welcomes Member States' renewed political commitment to electronic communications industry" dostępny w serwisie Unii Europejskiej: <http://www.europa.eu.int/>

²⁸ Onet.pl, 15-latka rozsyłała nagie zdjęcia w sieci, 30 marca 2004, depeza dostępna w Internecie pod adresem: <http://info.onet.pl/894108,69,item.html?>

²⁹ A. Kopff: Koncepcja praw do intymności i do prywatności życia osobistego, zagadnienia konstrukcyjne, "Studia Cywilistyczne", vol. XX Kraków 1972, str. 32.