

PROBLEMY PRAWA **KARNEGO**

NUMER 2 / TOM 8 / **2024**



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Karnego

NUMER 2 / TOM 8 / 2024

Redaktorzy naczelni

Jarosław Zagrodnik (Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Kazimierz Zgryzek (Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Komitety redakcyjne

Cynthia Alkon (Texas A&M University, USA), Matjaž Ambrož (University of Ljubljana, Słowenia), Michael Bohlander (Durham University, Wielka Brytania), Amalia Calderón Lozano (Colegio de Abogados de Sevilla, Hiszpania), Matthew Dyson (University of Oxford, Wielka Brytania), Clifford S. Fishman (The Catholic University of America w Waszyngtonie, USA), Justyna Karaźniewicz (Uniwersytet Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy, Polska), Piotr Kardas (Uniwersytet Jagielloński w Krakowie, Polska), Monika Klejnowska (Uniwersytet Rzeszowski, Polska), Violetta Konarska-Wrzosek (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska), Damjan Korošec (University of Ljubljana, Słowenia), Ewa Kruk (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Polska), Henryk Malevski (Uniwersytet Mikołaja Römera, Wilno), Jamil Mujuzi (University of the Western Cape, Republika Południowej Afryki), James Oleson (University of Auckland, Nowa Zelandia), Jerzy Skorupka (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Sławomir Steinborn (Uniwersytet Gdański, Polska), Dariusz Świecki (Uniwersytet Łódzki, Polska), David Weisburd (Hebrew University, Izrael), Irene Wieczorek (Durham University, Wielka Brytania), Paweł Wiliński (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska)

Sekretarz redakcji

Ewelina Bachera

Adres e-mail redakcji:

problemypk@us.edu.pl

Strona internetowa czasopisma:

www.problemypk.us.edu.pl

Czasopismo jest indeksowane w bazach:

Central and Eastern European Online Library

www.ceeol.com

Directory of Open Access Journals

<https://doaj.org/>

European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences – ERIH PLUS

<https://kanalregister.hkdir.no/publiseringsskanaler/erihplus/>

Problemy Prawa Karnego

NUMER 2 / TOM 8 / 2024

Spis treści

STUDIA

JAMIL DDAMULIRA MUJUZI – Presidential pardon(s) in Uganda

OSKAR PEČE, MIHA ŠEPEC – The dilemma of the location of digital evidence

ARTYKUŁY PROBLEMOWE

TOMASZ BOJANOWSKI – Wybrane aspekty czynności sądowych na tle modelu postępowania przygotowawczego w polskim prawie karnym

ZSOLT GÁSPÁR – The criminalization of cryptojacking in Hungary

BARBARA MAŁGORZATA KAŁDON – Penalizacja pornografii dziecięcej w badaniu opinii społecznej studentów

RYSZARD A. STEFAŃSKI – Dopalacze jako substancje szkodliwe dla zdrowia, stanowiące znamię przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

Table of contents

STUDIES

JAMIL DDAMULIRA MUJUZI – Presidential pardon(s) in Uganda

OSKAR PEČE, MIHA ŠEPEC – The dilemma of the location of digital evidence

ARTICLES

TOMASZ BOJANOWSKI – Selected issues of court actions based on the model of pre-trial proceedings in Polish criminal law

ZSOLT GÁSPÁR – The criminalization of cryptojacking in Hungary

BARBARA MAŁGORZATA KAŁDON – Criminalization of child pornography in student's public opinion survey

RYSZARD A. STEFAŃSKI – Legal highs as substances harmful to health constituting a feature of the crime of Article 165 § 1 item 2 of the Penal Code

STUDIA



JAMIL DDAMULIRA MUJUZI
University of the Western Cape,
South Africa

 <https://orcid.org/0000-0003-1370-6718>

Presidential pardon(s) in Uganda

Abstract: In the Constitution of Uganda, there are two circumstances in which a person may be granted a pardon. A pardon may be granted to a person before he/she has been prosecuted for an offence. Thus, Article 28(10) of the Constitution provides that '[n]o person shall be tried for a criminal offence if the person shows that he or she has been pardoned in respect of that offence.' A pardon can also be granted to a person after he/she has been convicted of an offence. This is under Article 121(1)(a) which provides that the President, on the advice of the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy, may 'grant to any person convicted of an offence, a pardon either free or subject to lawful conditions.' On the basis of Article 121, the President has pardoned hundreds of prisoners without imposing any condition(s). As a result, they are often released from prison immediately. These could be classified as free or unconditional pardons. However, Ugandan legislation is silent on the grounds on which a free pardon may be granted and whether a free pardon expunges a conviction. Relying on case law and legislation from countries such as South Africa, the United Kingdom, Australia, New Zealand and Canada, the author argues that since Ugandan legislation does not provide that a free pardon should only be granted to a person who was wrongfully convicted of an offence, a free pardon does not expunge a conviction. Under Article 121(6), the President's pardon powers do not extend to those convicted by a Field Court Martial. However, in *Uganda Law Society and Another v Attorney General*, the Constitutional Court held that Article 121 is applicable to cases where the offenders were convicted by a Field Court Martial. It is argued that this reasoning is contrary to the drafting history of Article 121(6). It is also argued that Article 121(6) is only applicable in cases where the Field Court Martial was operating during an armed conflict. The Constitutional Court held that a prisoner has a right to petition the President to exercise the prerogative of mercy. It is argued that this view is neither supported by Article 121 nor any legislation. It is also argued that section 102 of the Trial on Indictments Act which provides for the role of the Minister in the prerogative of mercy process is contrary to Article 121(5) of the Constitution and should be interpreted to bring it in conformity with the Constitution or be declared unconstitutional. Parliament may have to amend or enact legislation to expressly stipulate whether a free pardon expunges a conviction.

Keywords: Uganda, presidential pardon, free pardon, conditional pardon, prerogative of mercy, Article 121 of the Constitution, Field Court Martial

1. Introduction

The Constitution of Uganda provides for two circumstances in which a person may be granted a pardon. First, Article 28(10) provides that '[n]o person shall be tried for a criminal offence if the person shows that he or she has been pardoned in respect of that offence.' Second, Article 121(1)(a) provides that the President, on the advice of the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy, may 'grant to any person convicted of an offence, a pardon either free or subject to lawful conditions.' Thus, a combined reading of Articles 28(10) and 121 shows that there are two types of pardons: a pardon before a person is convicted of an offence and a pardon after a person has been convicted of an offence. In the second category, a pardon is either free or conditional. The President has, on the basis of Article 121, pardoned hundreds of prisoners. However, unlike in some countries such as the United States of America,¹ where it is always clear when conditional or free pardons are granted, in Uganda it is not always clear. Media reports and official statements (from prison authorities) on presidential pardons are silent on whether or not conditions are imposed on those who have been pardoned. However, what is clear is that once pardoned, the offenders are released from prison.² These could be classified as free or unconditional pardons. Article 28(10) is silent on the person(s) with the power to grant a pardon in question. Relying on the drafting history of Article 28(10), the author argues that a pardon thereunder can only be granted by the President. Article 121(4) draws a distinction between a free pardon and a conditional pardon. However, unlike in some countries such as South Africa,³ Canada,⁴

¹ Harold J. Krent, "Conditioning the President's Conditional Pardon Power" *California Law Review*, vol. 89, no. 6 (2001): 1665–1720; Note "The President's Conditional Pardon Power" *Harvard Law Review*, vol. 134 (2021): 2833–2854.

² It is reported that in January 2024, the President pardoned 13 offenders and in April 2020, he pardoned 833 offenders. See "Confirmed: President Museveni pardons ex-NSSF MD Jamwa, 12 others" 18 January 2024, *The Independent*, accessed July 14, 2024 <https://www.independent.co.ug/confirmed-president-museveni-pardons-ex-nssf-md-jamwa-12-others/>.

³ Section 327 of the Criminal Procedure Act, Act 51 of 1977.

⁴ Section 748(3) of the Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46) provides that 'Where the Governor in Council grants a free pardon to a person, that person shall be deemed thereafter never to have committed the offence in respect of which the pardon is granted.' In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini (C.A.)*, 2001 FCA 311 (CanLII),

New Zealand,⁵ and Australia⁶ where legislation provides for the conditions that must be in place for one to qualify for a free pardon and also that a free pardon expunges a conviction and sentence, Ugandan legislation is silent on these issues. As a result, the effect of a free pardon is approached differently in different pieces of legislation. Relying on case law from other common law countries, it is argued that since Ugandan legislation does not provide that a free pardon expunges a conviction, that effect should not be implied. In other words, a free pardon does not expunge a conviction. The Constitutional Court held that a prisoner has a right to petition the President to exercise the prerogative of mercy. It is argued that this view is neither supported by Article 121 nor by any legislation. It is also argued that section 102 of the Trial on Indictments Act which provides for the role of the Minister in the prerogative of mercy process is contrary to Article 121(5) of the Constitution and should be interpreted to bring it in conformity with the Constitution. Relying on the drafting history of Article 121, the author argues that the Constitutional Court rightly observed that the manner in which the President exercises the prerogative of mercy is not transparent. Had the Court considered the drafting history of Article 121, it would have appreciated the reason(s) why the drafters of the Constitution chose to shroud the process in secrecy. In *Uganda Law Society and Another v Attorney General*, the Constitutional Court held that Article 121 is applicable to cases where the offenders were convicted by a field court martial. It is argued that this reasoning is contrary to the drafting history of Article 121(6). In order to put the discussion in context, the author will start by illustrating the drafting history of Article 121 of the Constitution.

2. The drafting history of Article 121 of the Constitution

In 1988, the Ugandan government embarked on the process of enacting a new constitution to replace the 1967 constitution. Thus, it established the Constitutional Commission which went to different parts of

[2002] 1 FC 200, para 40, the Federal Court of Appeal held that, ‘a free pardon can only be granted by the Governor in Council where a person has been wrongly convicted, and even then, there are established procedures that must be followed.’

⁵ Section 407 of the Crimes Act (1961) provides that ‘Where any person convicted of any offence is granted a free pardon by the Sovereign, or by the Governor-General in the exercise of any powers vested in him or her in that behalf, that person shall be deemed never to have committed that offence: provided that the granting of a free pardon shall not affect anything lawfully done or the consequences of anything unlawfully done before it is granted.’

⁶ Section 85ZR of the Crimes Act, 1914 (pardons for persons wrongfully convicted).

the country and gathered peoples' views on the issues they wanted to be addressed in the new constitution. The Constitutional Commission summarised these views in its report. On the issue of presidential pardons, the Commission wrote that:

A few submissions have commented on the prerogative of mercy, some noting that it is important for the Head of State to have the power to commute a sentence of death, to grant pardons, and reduce sentences. Such power should be mainly intended to enable the government to rectify injustices which only become apparent after the time for appeal against a conviction or sentence has passed. Some minority views oppose the prerogative of mercy, some arguing that sentences of convicted criminals should be carried out so as not to frustrate the independence of the judiciary and others noting dangers of exercise of the power for political reasons.⁷

The Commission's observations above show that most Ugandans who made submissions on this issue were of the view that the President's prerogative mercy should be limited to three powers: commuting death sentences, granting pardons and reducing sentences. It is clear that in the cases of commuting death sentences and reducing sentences, the 'beneficiaries' should have been convicted of an offence. However, this is not a prerequisite in cases of pardons. Ugandans were also of the view that there had to be criteria for one to meet before they could benefit from the prerogative of mercy. Thus, they suggested that the prerogative of mercy should be exercised in cases of miscarriages of justices which were discovered in the post-appeal period. The Commission added that although it was necessary for the Constitution to provide for the circumstances in which offenders could be pardoned, those who made submissions to the Commission disagreed on whether that power should be exercised by the President or by the Chief Justice.⁸ The Commission recommended that the power should be exercised by the President but added that 'it should

⁷ Report of the Constitutional Commission: Analysis and Recommendations (1993), para 17. 182.

⁸ Ibidem, para 17. 183, it was reported that '[t]he necessity for a power to grant mercy is generally accepted, but there is disagreement on who should exercise such power and how to ensure it is not abused. Some have suggested that it should be exercised by the Chief Justice since he is the head of the judiciary which imposes sentences. Others have proposed the power should be exercised by the President, as Head of State, because it will be the State forgiving the convicted person. Since the Chief Justice is a part of the judicial system, it may cause difficulties to involve him or her in decisions on the grant of mercy to a person he or she may have convicted.'

not be a power exercised for political reasons, and...it should only be exercised on advice of an independent body.⁹

The above recommendation was silent on the issue of pardon before the person had been convicted of an offence. It was limited to those who had been convicted of offences. Subsequent recommendations by the Commission show that it was of the view that as was the case with commuting death sentences and reducing sentences generally, the president should only grant pardon to a person who had been convicted of an offence. The Commission recommended that ‘before the President exercises the power of mercy he or she should be advised by a committee and should act in accordance with the advice received.’¹⁰ It also recommended the composition of the committee.¹¹ It recommended that the new constitution should include a provision to the effect that:

(a) The President upon advice of the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy should have powers to grant pardons to any person convicted of any offence and to give reprieve and respite and to remit, suspend or commute any sentence passed by any court or other authority.

(b) The Advisory Committee on the Prerogative of Mercy should consist of (i) The Attorney General who should be its chair-person; (ii) three prominent citizens of high moral standing, appointed by the President, subject to approval by the National council of State; (iii) one member appointed by the President after nomination by the Uganda Law Society, subject to approval by the National Council of State.

(c) The members of the committee should serve for a period of three (3) years subject to renewal.

⁹ Ibidem, para 17. 183.

¹⁰ Ibidem, para 17. 184.

¹¹ Ibidem, para 17. 185. The Commission wrote that ‘The current committee on the prerogative of mercy is chaired by the Attorney General and is composed of not less than six persons appointed by the President. We accept that the Attorney-General should continue to chair the committee, for it is important that full account is taken of all the issues that can be brought before it by virtue of the resources available to the Attorney-General.

But government concerns should not dominate, but rather, the concerns of society as a whole should be taken into account, we therefore suggest that the Committee should include three prominent citizens of high moral standing appointed by the President. But to ensure their independence, their appointments should be subject to approval by the National Council of State. There should also be a nominee of the Uganda Law Society, to ensure that independent views of the legal profession can be taken into account. This should help to ensure relevant and proper considerations are born in mind by the Committee. But again, the appointment should be subject to approval of the National Council of State, to ensure the appointee enjoys high public esteem.’

In the above recommendation, the pardon had to be granted by the President to a person who had been convicted of an offence. The President had to act on the advice of the Prerogative of Mercy Committee. The Commission included its recommendations in the Draft Constitution it prepared for discussion (debate) by the Constituent Assembly to adopt the new constitution. Clause 113 of the Draft Constitution dealt with the ‘prerogative of mercy’ and provided that:

The President may, on the advice of the Committee on the prerogative of mercy – (a) grant an offender a pardon either free or subject to lawful conditions and whether or not he has been convicted of the offence; (b) grant to a person a respite, either indefinite or for a specified period, from the execution of punishment imposed on him for an offence; (c) substitute a less severe form of punishment for a punishment imposed on a person for an offence; or (d) remit the whole or part of a punishment imposed on a person or of a penalty or forfeiture otherwise due to Government on account of any offence.

This provision was more or less similar to Article 73 of the 1967 Constitution.¹² Clause 113(2) dealt with the offender who had been sentenced to death.¹³ Clause 113(3) dealt with the composition of the Advisory Committee.¹⁴ Clause 113(4) provided that the prerogative of mercy was also applicable to courts martial.¹⁵ The recommendation included in Clause 113(1)(a) of the Draft Constitution differed from the one in

¹² Article 73 of the 1967 Constitution provided that ‘The President may, (a) grant to any person concerned in or convicted of any offence a pardon, either free or subject to lawful conditions; (b) grant to any person a respite, either indefinite or for a specified period, of the execution of any punishment imposed on that person for any offence; (c) substitute a less severe form of punishment for any punishment imposed on any person for any offence; or (d) remit the whole or part of any punishment imposed on any person for an offence or of any penalty or forfeiture otherwise due to the Government of Uganda on account of any offence.’

¹³ It stated that ‘Where a person is sentenced to death for an offence, a written report of the case from the trial judge or judges or person presiding over the court or tribunal, together with such other information derived from the record of the case or elsewhere as may be necessary, shall be submitted to the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy.’

¹⁴ It stated that ‘(3) The Advisory Committee on the Prerogative of Mercy shall consist of – (a) the Attorney-General who shall be Chairman; (b) three prominent citizens of Uganda appointed by the President on the advice of the National Council of State; and (c) one member nominated by the Uganda Law Society and approved by the National Council of State.’

¹⁵ It stated that ‘A reference in this article to a conviction or imposition of a punishment, penalty, sentence or forfeiture includes conviction or imposition of a punishment, penalty, sentence or forfeiture by a court martial or other military tribunal.’

the Commission's report in two ways. One, unlike in its report where it recommended that a pardon could only be granted to a person who had been convicted of an offence, Clause 113(1)(a) applied to two categories of people – a person who had been convicted of an offence and one who had not been convicted of an offence. A literal meaning of Clause 113(1)(a) meant that it was applicable to different categories of people who had not yet been convicted of offences. This was broad enough to include a person who had been suspected of, alleged of, arrested or prosecuted (before sentence) for committing any offence. Two, Clause 113 provided for two different types of presidential pardons – free and conditional pardons. The Commission's report was silent on this distinction. Clause 113 also provided that the President was not bound by the recommendation of the Committee. This could be inferred from the use of the word 'may.' Since the Draft Constitution did not include an explanatory report, it remains unclear why the Commission's recommendations in the Draft Constitution slightly differed from those in its report. The Draft Constitution was debated by the Constituent Assembly. It is these debates that we turn to.

3. Debates in the Constituent Assembly

As mentioned above, Clause 113 provided that the President could pardon a person whether or not he had been convicted of an offence. However, when Clause 113 was introduced for debate in the Constituent Assembly, the Legal and Drafting Committee had excluded those words from the provision and, as illustrated below, made some amendments. When Clause 113(1) was introduced for debate, one delegate argued that although he supported the inclusion of the provision in the constitution empowering the president to exercise the prerogative of mercy in some cases, he wanted to know the grounds on which such power was to be exercised.¹⁶ He specifically wanted a provision to be included in the constitution to provide that the president shall only invoke the provision on prerogative of mercy 'in the public interest.' Thus, he expected the constitution to require the president to disclose to all Ugandans the reason(s) why he had invoked such powers.¹⁷ In response, the Chairperson of the Legal and Drafting Committee clarified that:

¹⁶ *Proceedings of the Constituent Assembly* (1995), p. 3344.

¹⁷ *Ibidem*, p. 3344 (Mr Karuhanga Elly).

[T]he exercise of the prerogative of mercy comes after a person has been convicted by the courts and either sentenced to life imprisonment or to death as the case may be. In other words, the Legal requirements for his punishment will have been exhausted in the courts and what remains is for the President at his discretion to exercise the prerogative of mercy. The reasons for granting the prerogative of mercy which comes in mitigation for that person who has been convicted are of a secret nature.¹⁸

He also added that the identities of members of the Committee on the Prerogative of Mercy had to remain 'secret' to prevent members of the public from approaching them asking them to request the President to invoke his/her powers for the benefit of themselves, their friends or relatives.¹⁹ He argued that the reasons for the President's decision to exercise prerogative of mercy were to be known only by the President, the Attorney-General and members of the Committee.²⁰ The Chairperson of the Constituent Assembly wanted to know whether 'all cases' where a person had been convicted of an offence had to go through the Committee before the President could invoke the prerogative of mercy. The Chairperson of Legal and Drafting Committee responded that in practice, 'all cases involving capital punishment go to that committee', but that, in some cases where the people were convicted of 'smaller offences', the Attorney-General did not have to call 'the whole meeting of the committee.'²¹ He gave a recent example where a person had been convicted of a 'smaller offence' and after a discussion between the Attorney-General 'and presumably the Magistrate concerned', the former recommended to the President to invoke his powers.²² It was also explained that prerogative powers are executive in nature and that is why the Attorney-General should chair the Committee and had to be exercised after the person had been convicted of an offence.²³ It is against that background that Clause 113(1), as introduced by the Legal and Drafting Committee, was adopted and would later become Article 121(1) of the Constitution. It was agreed that in exercising his prerogative powers, the President should be able, at the recommendation of the Committee, to commute death sentences to life imprisonment or specified number of years.²⁴ The Clauses on the qualifications of members of the Committee, the composition and tenure of office of the members of Committee, as suggested by the Legal and Drafting Committee,

¹⁸ Ibidem, p. 3344 (Prof Kanyeihamba).

¹⁹ Ibidem, p. 3344 (Prof Kanyeihamba). See also p. 3439.

²⁰ Ibidem, p. 3344 (Prof Kanyeihamba).

²¹ Ibidem, p. 3344 (Prof Kanyeihamba).

²² Ibidem, p. 3344 (Prof Kanyeihamba).

²³ Ibidem, p. 3345–3346.

²⁴ Ibidem, p. 5809 (Mulenga).

were approved without debate and would later become Articles 121(2), (3), (4) and (5) of the Constitution.²⁵ The above debates show, *inter alia*, that the delegates were of the view that President can only pardon a person once his/her sentence has become final.

As mentioned above, Clause 113(4) of the Draft Constitution provided that '[a] reference in this article to a conviction or imposition of a punishment, penalty, sentence or forfeiture includes conviction or imposition of a punishment, penalty, sentence or forfeiture by a court martial or other military tribunal.' This meant that the President's powers when exercising the prerogative of mercy extended to sentences imposed by courts martial. The Legal and Drafting Committee introduced an amendment to Clause 113(4) – it had been renamed Clause 113(6) after the insertion of new clauses when re-arranging the provision. It was to the effect that:

A reference in this article to conviction or imposition of punishment, sentence or forfeiture includes conviction or imposition of a punishment, penalty, sentence or forfeiture by a court martial or other military tribunal except a field court martial during the war between Uganda and another country.²⁶

One of the members of the Legal and Drafting Committee explained the rationale behind that amendment. Because of the way in which the Constitutional Court later approached this issue (whether Article 121 is also applicable to those sentenced by the Field Court Martial), it is important to reproduce the detailed rationale behind the introduction of that provision. The explanation went as follows:

Initially, there was no exemption of any case or any court from the application of this clause because the clause is saying – anybody who is punished under law, should have benefit of that prerogative of mercy. Even in Military courts. So, an amendment was introduced that in the case of Field court martial, they cannot afford to wait for the prerogative of mercy Committee to consider. The sentence must be carried out instantly. The next step was a move to consider what kind of Field court martial should be exempted from this application and a proposal was made and carried that the exemption should be restricted to when there is war between Uganda and an enemy state. And the reason that was given...is that there is a distinction between the war between Uganda and another country – an enemy country and internal conflict. The emphasis made was that in internal conflict, it is brothers and sisters fighting over how to manage themselves and therefore, when someone is

²⁵ Ibidem, p. 3346–3347.

²⁶ Ibidem, p. 3347.

convicted...by field court martial... There is no reason why this person should not also be considered for mercy. It is not that he is being exempted from punishment, it is that he should be considered for mercy and the committee was not satisfied that it would lead to loss of the internal conflict. So, that is why this was limited that in case of the external war, everybody in Uganda, every citizen, everyone fighting in that war must be [sic] under constitutional obligation, to be on the same side and if he is undermining that side, there is no reason why the executive should exercise mercy on him. So, the committee says..., that one can be sentenced summarily and he does not have to be exposed or given benefit of that mercy; but in any other case, including someone convicted by Field court martial in an internal conflict, should have benefit of that prerogative of mercy. This was decided after considering that special case of field court martial which always wants to carry out sentences of death or even imprisonment immediately.²⁷

It was also argued that if field courts martial are allowed to sentence people to death and execute them immediately in ‘every internal dispute’ or military operation, there was a danger that that power could be abused to justify ‘mass killings’ in an attempt to ‘quell’ the insurgencies.²⁸ However, all military officers who made submissions on Clause 113(6) objected to it for different reasons. One argued that:

[W]e have had problems in this country where officers in combat, for example, between the forces of the country – and say insurgency and an officer releases information about the moments and formations of his army and soldiers lose lives and the Field Court Martial has to sit or civilians lose lives. A field court has to sit and pass sentence and that sentence must be executed expeditiously to enable the continuance of the war. What happens when this provision excludes a field court martial from executing that sentence where there is an internal conflict. It seems the justification given is insufficient because it says, this exclusion is simply because one side may be legitimately right today, and it is wrong tomorrow.²⁹

Other delegates, military officers and civilians, also argued that the proposal to limit the provision to international armed conflicts was impractical as it would have made it impossible for the field court martial to execute its sentences immediately.³⁰ It was emphasised that ‘a field court

²⁷ Ibidem, p. 3348 (Mr Mulenga).

²⁸ Ibidem, p. 3351 (Mr. Okalebo Hensley).

²⁹ Ibidem, p. 3347 (Lt. Mayombo Noble).

³⁰ Ibidem, p. 3347–3350 (Maj. Amaza Ondoga; Chairperson of the Constituent Assembly; Mr Katenta Apuuli; and Maj. Tumukunde).

martial acts instantly’ and that ‘[t]here is no time to appeal to the committee to have the case considered’ for the prerogative of mercy because when ‘the decision is made...the soldier is shot there and then.’³¹ This is because field courts martial are temporary in nature, established to deal with service offences during military operations and failure to execute their sentences immediately puts the whole military operation and the officers involved ‘in severe jeopardy.’³² Since most of the delegates were opposed to the draft provision, one suggested that it should be amended to provide that ‘[a] reference in this article to conviction or imposition of punishment, sentence or forfeiture includes conviction or imposition of a punishment, penalty, sentence or forfeiture by court martial or other military tribunal except a field court martial during a war.’³³ This proposal was meant to delete the words ‘between Uganda and another country.’³⁴ One of the delegates wondered whether it was necessary for the provision to include the words ‘during war.’³⁵ The mover of the motion responded that it was not necessary to add those words.³⁶ However, it was emphasised that field courts martial are circumstantial and meant to operate during war irrespective of its classification.³⁷ Delegates were reminded that field courts martial also imposed other sentences apart from the death penalty.³⁸ However, one of the members of the Legal and Drafting Committee clarified that

[T]he real force behind this amendment and behind the idea that a field court martial must execute its sentences immediately is invariably about the sentence of death by hanging or shooting. Let us not mince words because otherwise there is no problem with any other punishment; it could be flogging, could be imprisonment like in civilian court. When somebody who is sentenced for life imprisonment, the sentence will start running until the mercy is exercised.³⁹

In response to the above submission, it was argued that the field court martial had jurisdiction over military officers only (and not over civilians) and that its sentences, especially the death penalty, were meant to be executed immediately to deter other soldiers from committing serious

³¹ Ibidem, p. 3347 (Mr Kawere Puis).

³² Ibidem, p. 3349 (Lt. Col. Besigye Kiiza).

³³ Ibidem, p. 3349 (Mr. Hashaka Jackson).

³⁴ Ibidem, p. 3349 (Mr. Hashaka Jackson).

³⁵ Ibidem, p. 3349 (Chairperson of the Constituent Assembly).

³⁶ Ibidem, p. 3349 (Mr. Hashaka Jackson).

³⁷ Ibidem, p. 3350 (Lt. Col. Guma; Mr Zziwa George; and Mr Kayiizi Asanasio).

³⁸ Ibidem, p. 3351 (one delegate).

³⁹ Ibidem, p. 3351 (Mr Mulenga).

service offences during military operations.⁴⁰ The member of the Legal and Drafting Committee said that he supported the proposed amendment (deleting the words ‘between Uganda and another country’) because he understood, from some of his fellow delegates, that ‘the import of this amendment’ was:

that a person also who has been convicted and sentenced to death should be removed from the field and have [an] opportunity to be considered for mercy. The distinction has been made and I think explained that in this case of internal conflict there is no need to carry out that death sentence immediately. It will still be there. It will be carried out if he does not get mercy but he should not be banned from consideration for mercy.⁴¹

In the light of the above submissions, the delegates supported the proposed amendment and the words ‘between Uganda and another country’ were deleted. This would later become Article 121(6).

The following observations should be made about the drafting history of Article 121(6). First, although one of the delegates submitted that he supported the proposed amendment to delete the words which limited the application of Article 121(6) to international armed conflicts to mean that in a non-international armed conflict the field court martial will not execute those sentenced to death, this view was neither supported nor rejected by other delegates. The majority view was that a field court martial has the jurisdiction to impose a sentence, including a death sentence, and to carry it out immediately. There is no distinction between sentences and the nature of the armed conflict (whether international or non-international). Second and related to the above, the exception is only applicable where there is a war (armed conflict) between Uganda and another country or between government soldiers and rebels. The situation should be of such a nature that it is impossible to ‘save an offender for a normal trial’ before other courts martial.⁴² The point is that failure to execute the sentence immediately jeopardises the operation. The offence must also be connected to the operation. In other words, it should endanger the operation. This is a high threshold and can only be met if there is an armed conflict. It does not apply to disarmament operations. Therefore, as the discussion below illustrates, the Constitutional Court’s reasoning that Article 121 is applicable to sentences imposed by the field court irrespective of the circumstances in which its operating is contrary to the drafting

⁴⁰ Ibidem, p. 3351–3352 (Hon. Dick Nyai and Prof Kanyeihamba).

⁴¹ Ibidem, p. 3352 (Mr Mulenga).

⁴² Ibidem, p. 3349 (Lt. Col. Besigye Kiiza).

history of the Constitution. Thus, the president's prerogative powers do not extend to the Field Court Martial because it is temporary in nature and the sentences it imposes have to be executed immediately to enable the military operation to continue.⁴³

Although there was no debate on Article 121(4), it is worth noting that the drafting history of Article 121 shows that the President can only grant a pardon to a person who has been convicted of an offence. This explains why the words 'whether or not he has been convicted of an offence' were deleted. The literal meaning of Article 121(4)(a) also supports that conclusion. The President does not have to explain the reasons behind the decisions taken in exercising the prerogative of mercy. The Human Rights Commission is barred from investigating the manner in which the President makes decisions under Article 121.⁴⁴ However, this does not oust the jurisdiction of the courts to review such powers if there is evidence that the President exercised the powers contrary to the Constitution. For example, if the President did not follow the procedure for granting pardon or pardoned a person who did not meet the requirements for pardon. The conditions of a pardon can also be successfully challenged if they impose limitations on rights unless such limitations are inherent in the execution of the sentence imposed by the court. For example, the President cannot pardon a person on condition that he/she refrains from voting in general elections or that denounces their citizenship.⁴⁵ Under Article 281 of the Constitution, the President's powers under Article 121 are applicable to offences committed before and after the commencement of the Constitution.

Another provision which deals with the issue of pardon is Article 28(10) of the Constitution. It states that '[n]o person shall be tried for a criminal offence if the person shows that he or she has been pardoned in respect of that offence.' In its report, the Constitutional Commission did not mention anything on the issue of a person being pardoned before he/she has been tried of an offence.⁴⁶ However, the Commission included Clause

⁴³ Ibidem, p. 3347–3352.

⁴⁴ Ibidem, p. 2205–2207, 2211–2213 (although many delegates were of the view that the Human Rights Commission should have had the powers to investigate the President's exercise of the prerogative of mercy). See also Article 53(4)(c) of the Constitution which provides that the Human Rights Commission shall not investigate 'a matter relating to the exercise of the prerogative of mercy.'

⁴⁵ For other impermissible pardon conditions, see Note "The President's Conditional Pardon Power" 2833–2854.

⁴⁶ See Chapter Seven (human rights and fundamental freedoms) of the Report of the Uganda Constitutional Commission: Analysis and Recommendations (1993).

58(11) in the Draft Constitution.⁴⁷ This could be attributed to the fact that a similar provision appeared in Article 15 of the 1967 Constitution and the Commission just reproduced it from there. During the Constituent Assembly debates, Clause 58(11), which later became Article 28(10), was not debated. This could explain why it was not amended at all. However, one of the delegates argued that it should be retained in the Constitution because it was meant ‘to give protection to a person...if he has been pardoned by the President, although he has committed a crime, you cannot take him to court.’⁴⁸ After making that submission, the delegate was applauded by his colleagues. In other words, none of them challenged his understanding of Clause 58(11).

The following observations should be made about Article 28(10). One, unlike the pardon under Article 121 which can only be granted by the President, Article 28(10) is silent on the person(s) with the power to grant a pardon before one is convicted of an offence. However, the drafting history of Article 28(10) shows that the delegates did not oppose the view that the pardon under Article 28(10) was to be granted by the President. That is why they applauded their colleague who made a submission to that effect. Two, unlike under Article 121 where the President can only grant a pardon based on the advice of the Committee on the Prerogative of Mercy, there is no such committee under Article 28(10). Three, unlike under Article 121 where the Uganda Human Rights Commission does not have the power to investigate the manner in which the President exercised his prerogative of mercy, nothing prevents the Uganda Human Rights Commission from investigating how the President exercised his powers in granting a pardon to a person before he/she has been convicted of an offence. This is so because such powers are not exercised in the context of prerogative of mercy. It also implies that courts can review the circumstances in which a pardon was granted to a person before he/she was convicted of an offence. It is now important to illustrate how the issue of pardons is dealt with in legislation and case law.

4. Articles 28(10) and 121(4) in practice

As mentioned above, there is a distinction between pardons under Articles 28(10) and 121 of the Constitution.⁴⁹ In this part of the article,

⁴⁷ It stated that ‘[n]o person shall be tried for a criminal offence if the person shows that he has been pardoned in respect of that offence.’

⁴⁸ Proceedings of the Constituent Assembly (1995), p. 2069 (Mr Malinga).

⁴⁹ In *Muzanyi & 3 Others v Attorney General* (Constitutional Petition 42 of 2015) [2024] UGCC 6 (21 February 2024), p. 14, the Constitutional Court held that ‘Article

the author will illustrate how these provisions have been implemented in practice.

4.1. Article 28(10) of the Constitution: pardon before the person is prosecuted of an offence

Article 28(10) prohibits the trial of any person ‘for a criminal offence if the person shows that he or she has been pardoned in respect of that offence.’ The prosecution is barred in respect of the offence mentioned in the instrument of pardon and any alternative offence(s) based on the same facts. Thus, once a pardon is granted, it prohibits the prosecution of person for the ‘main’ or ‘principle’ offence and for the ‘alternative or backup’ offence.⁵⁰ Article 28(10) is operationalised by different pieces of legislation. For example, section 61(1)(b) of the Trial on Indictments Act⁵¹ provides that ‘[a]ny accused person against whom an indictment is filed may plead that he or she has obtained the President’s pardon for his or her offence.’ A similar provision is found in section 124(5)(b) of the Magistrates Courts Act.⁵² The Supreme Court held that the fact that a person was pardoned is supposed to be raised ‘as a plea in bar’ as opposed to a defence.⁵³ Although Article 28(10) is silent on the person who is empowered to give the pardon under that provision, it has been illustrated above that the Constituent Assembly delegates were of the view that the pardon under Article 28(10) has to be granted by the President. In *Brigadier Smith Opon Acak, Ahmed Ogeny v Uganda*,⁵⁴ the Supreme Court, while interpreting Article 15(6) of the 1967, which was identical to Article 28(10) of the 1995 Constitution, held that a pardon has to be granted by the President in writing and should stipulate the conditions attached to it.⁵⁵ The Court also held that a person who claims that he/

28(10) applies in situations where a person was pardoned in respect of a criminal offence. Under Article 121(4) of the Constitution, the President has power to grant a pardon, respite, substitution or remission of any sentence or punishment imposed on any person. For Article 121 to apply, there must be a conviction or an imposition of punishment.’

⁵⁰ *Uganda v Ojwiya Santo & 4 Others* (Criminal Appeal 12 of 2017) [2020] UGHC 140 (14 August 2020) para 12 (the court used this phrase in the context of retrial).

⁵¹ Trial on Indictments Act, Chapter 23.

⁵² Magistrates Courts Act, Chapter 16.

⁵³ *Professor Isaac Newton Ojok v Uganda* (Criminal Appeal 33 of 91) [1993] UGSC 32 (18 June 1993), p. 3.

⁵⁴ *Brigadier Smith Opon Acak, Ahmed Ogeny v Uganda* [1993] UGSC 10 (4 November 1993).

⁵⁵ However, this should be understood in the light of the fact that under Article 73 of the 1967 Constitution, the President could “grant to any person concerned in or con-

she was pardoned should adduce evidence, on a balance of probabilities, to prove that claim. He could do so by adducing an instrument of pardon or calling witnesses to confirm that he was pardoned.⁵⁶ This is meant to, amongst other things, ensure that people do not escape prosecution by relying on false documents claiming that they were pardoned. This happened, for example, in the case of *Professor Isaac Newton Ojok v Uganda*⁵⁷ where the Court found that the appellant had adduced false documents as ‘proof’ that he had been pardoned by the President. The Supreme Court relied on English case law to hold that ‘a proclamation promising a pardon does not have a legal effect of a pardon, but following such a proclamation the court could defer execution of sentence and so allow time for the prisoner to apply for a pardon.’⁵⁸ In *Thomas Kwoyelo alias Latoni v Uganda*⁵⁹ the Constitutional Court referred to Article 28(10) and held that:

Pardon is therefore a constitutional protected right which the DPP has not complained about in respect of his independent powers to determine whom to prosecute or not prosecute. This pardon is general in nature and it applies to all criminal offences under the statute books. It operates as a bar in criminal prosecution. It is a constitutional command which has to be obeyed by everyone the DPP and the courts inclusive. The article does not state who can grant a pardon or under what circumstances the pardon may be granted. There is no dispute that under Article 79(1) of the Constitution Parliament is clothed with powers “to make laws of any matter for the peace, order, development and good governance of Uganda.” When Parliament enacted the Amnesty Act which came into force on 21st January 2000, it was exercising the powers conferred by the article.⁶⁰

In the Constitution Court’s view, the pardon under Article 28(10) can also be granted by the legislature through legislation. On appeal, the

victed of any offence a pardon, either free or subject to lawful conditions.” The Court interpreted Articles 15(6) and 73 of the Constitution to mean that a pardon granted under Article 15(6) had to be ‘either free or subject to lawful conditions.’ This had to be clarified in the instrument of pardon.

⁵⁶ *Brigadier Smith Opon Acak, Ahmed Ogeny v Uganda* [1993] UGSC 10 (4 November 1993), p. 14.

⁵⁷ *Professor Isaac Newton Ojok v Uganda* (Criminal Appeal 33 of 91) [1993] UGSC 32 (18 June 1993).

⁵⁸ *Brigadier Smith Opon Acak, Ahmed Ogeny v Uganda* [1993] UGSC 10 (4 November 1993), p. 14.

⁵⁹ *Thomas Kwoyelo alias Latoni v Uganda* (Constitutional Petition No. 36 of 2011) [2011] UGCC 10 (22 September 2011).

⁶⁰ *Ibidem*, p. 14.

Supreme Court came to the same conclusion that Parliament can grant pardon. It also held that amnesty has the same meaning and effect as pardon under Article 28(10).⁶¹ Since, as a general rule, an Act passed by Parliament has to be assented to by the President before it becomes law,⁶² it can be argued that in this case Parliament granted the pardon with the consent of the President. In other words, the pardon was indirectly granted by the President. It is unconstitutional and a violation of the right to a fair trial to prosecute a person for offences over which he had been granted a pardon (amnesty).⁶³ Likewise, it is unlawful for the law enforcement officer to arrest a person for an offence over which he/she has been pardoned.⁶⁴ In *Muzanyi & 3 Others v Attorney General*,⁶⁵ the Constitutional Court held correctly that the prosecution's decision to withdraw charges against the accused does not amount to a pardon within the meaning of Article 28(10). The Supreme Court held that amnesty or pardon cannot be granted to a person who committed grave breaches of the Geneva Conventions. This is so because Uganda has an international obligation to prosecute such offences.⁶⁶ The same principle applies to all crimes under international law – that is all war crimes, crimes against human, genocide and aggression. Case law from the International Criminal Court supports this position.⁶⁷ Likewise, a pardon should not be granted to a person who has committed international crimes such as torture. It is against that background that section 23 of the Prevention and Prohibition of Torture Act⁶⁸ provides that '[n]otwithstanding the provisions of the Amnesty Act, a person accused of torture shall not be granted amnesty.' Thus, the President's power to pardon a person before he/she has been prosecuted for an offence is not absolute. It is limited by international law and can be reviewed and set aside by a court if it is illegal – contrary to international law or domestic law (which prohibits the grant of pardons in respect of specific offences).

⁶¹ *Uganda v Kwoyelo* [2015] UGSC 5 (8 April 2015).

⁶² See Article 91 of the Constitution which provides for circumstances in which an Act passed by Parliament can become law without presidential assent.

⁶³ *Uganda v Wakwaya* (HCT-00-ICD-CR-SC 1 of 2022) [2023] UGHICID 2 (13 April 2023).

⁶⁴ *Ogil v Attorney General* (Civil Suit No. 94 of 2004) [2009] UGHC 57 (30 April 2009).

⁶⁵ *Muzanyi & 3 Others v Attorney General* (Constitutional Petition 42 of 2015) [2024] UGCC 6 (21 February 2024).

⁶⁶ *Uganda v Kwoyelo* [2015] UGSC 5 (8 April 2015).

⁶⁷ See, for example, *Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi* (ICC-01/11-01/11-695-AnxI; 21 April 2020) (Appeals Chamber).

⁶⁸ Prevention and Prohibition of Torture Act, Act 3 of 2012.

4.2. Article 121: prerogative of mercy

Article 121 of the Constitution deals with two categories of offenders: those sentenced to death and those who are not sentenced to death. Article 121(5) of the Constitution provides that:

Where a person is sentenced to death for an offence, a written report of the case from the trial judge or judges or person presiding over the court or tribunal, together with such other information derived from the record of the case or elsewhere as may be necessary, shall be submitted to the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy.

As illustrated above, the drafting history of Article 121(5) shows that it was not debated. Article 121(5) was neither included in the Constitutional Commission report nor in the Draft Constitution. It was an amendment introduced by the Legal and Drafting Committee. The rationale behind its inclusion in the Constitution is not clear. However, section 102 of the Trial on Indictments Act suggests that the Committee assesses the report to decide whether or not to advise the President to take any of the actions under Article 121(1).⁶⁹ Under section 72 of the Prisons Act, any prisoner may also petition the President, through the Commissioner of Prisons, to take any action. The effectiveness of the prerogative of mercy with regards to offenders sentenced to death was raised in the Constitutional

⁶⁹ Section 102 of the Trial on Indictment Act provides that '(1) As soon as conveniently may be after sentence of death has been pronounced by the court, if no appeal is preferred, or if an appeal is preferred and the sentence is upheld by the Court of Appeal, then as soon as conveniently may be after the determination of the appeal, the High Court shall forward to the Minister a copy of the judgment of the court and of the notes of evidence taken at the trial, with a report in writing signed by the judge who presided at the trial containing any recommendations or observations on the case which he or she may think fit to make.

(2) The Minister shall communicate to the High Court the terms of any decision that has been reached by the President with regard to the exercise of the prerogative of mercy in respect of the case to which the report mentioned in subsection (1) relates, and the court shall give directions for the tenor and substance of the terms of the decision of the President to be entered in the records of the court.

(3) The President shall issue a death warrant, or an order for the sentence of death to be commuted or a pardon, under his or her hand and the public seal to give effect to the decision. If the sentence is commuted to any other punishment, the order shall specify that punishment. If the person sentenced is pardoned, the pardon shall state whether it is free, or to what conditions, if any, it is subject.

(4) The warrant, or order or pardon of the President shall be sufficient authority in law to all persons to whom it is directed to execute the sentence of death or other punishment awarded and to carry out the directions given in it in accordance with its terms.'

Court case of *Susan Kigula & 416 Others v Attorney General*.⁷⁰ The petitioners argued, amongst other things, that the mandatory death penalty and the death row phenomena were unconstitutional because they amounted to cruel and inhuman treatment. In response, the state argued, *inter alia*, that:

Article 121 sets out an Advisory Committee on Prerogative of Mercy to advise the President on when to grant a pardon etc or to remit part of the sentence imposed. This article also does not prescribe or set a time frame within which to exercise those powers. Had the framers of the Constitution wanted, they would have expressly set the time frame within which a sentence of death should be executed: Courts have no powers to legislate on time limit. The President must be given a chance to exercise his discretion unhindered.⁷¹

The Court referred to Article 121 of the Constitution and to sections 102 and 72 of the Trial on Indictments Act and Prisons Act respectively and held that:

They provide procedure to be followed to seek prerogative of mercy. Neither the Constitution, nor those statutory provisions have set up a time frame within which the prerogative of mercy process should be completed. The prerogative of mercy is an executive process that comes after the judicial process is concluded. The evidence available shows that the average delays on death row among the petitioners who have exhausted their appeal process is between 5 and 6 years. The uncontradicted [sic] evidence ... shows that from 1989 to 1999, there had been executions ...after every three years. A good numbers of the petitioners [sic] had already been on the death row after their sentences had been confirmed by the highest appellate court, but the Advisory Committee did not consider their cases. It is important that; the procedure for seeking pardon or commutation of the sentence should guarantee transparency and safeguard against delay. The spirit of our Constitution is that whatever is to be done under it affecting the Fundamental Rights and Freedoms must be done without unreasonable delay.⁷²

The Court also held that the President is not bound by the Committee's advice under Article 121.⁷³ The Court also held that the executive powers

⁷⁰ *Susan Kigula & 416 Others v Attorney General* (Constitutional Petition No. 6 of 2003) [2005] UGCC 8 (10 June 2005).

⁷¹ *Ibidem*, p. 48.

⁷² *Ibidem*, p. 59–60.

⁷³ *Ibidem*, p. 88.

under Article 121 are subject to various (unknown) considerations.⁷⁴ The Court highlighted the fact that offenders who petitioned the President to exercise his powers under Article 121 had to wait for years before they could get a response.⁷⁵ This is because the President and the Attorney General have very busy schedules.⁷⁶ The Court added that:

After the appeal process is completed the condemned prisoner has a right to apply to the Committee on the Prerogative of Mercy which advises the President on the exercise of his powers under Article 121 of the Constitution. Section 102 of the Trial on Indictments Act and Section [72] of the Prisons Act provide the procedure to be followed when a prisoner desires to seek pardon from the President. Both sections are worded in such a manner that it is difficult to tell when the process of seeking pardon ought to begin. Obviously it ought to commence soon after the judicial process is complete.⁷⁷

In the above decision, the Constitutional Court held that a combined reading of Article 121 and sections 102 of the Trial on Indictments Act and 72 of the Prisons Act respectively provides for the prisoners' 'right' to apply to the Committee on the Prerogative of Mercy. This interpretation stretches the meaning of these provisions. The drafting history of Article 121 and its literal interpretation do not provide for this right. It is not a constitutional right. Likewise, section 102 of the Trial on Indictments Act does not contemplate the role of a prisoner in the process. This means the prisoner's 'right' in question is not provided for under section 102. Under section 72 of the Prisons Act, any '[a]ny prisoner may petition the President, but in exercising that right, shall address the President through the Commissioner General.' Section 72 provides the right to petition the President through the Commissioner and not through the Committee on the Prerogative of Mercy.⁷⁸ The petition in question does not necessarily have to deal with a request for the President to exercise any of his powers under Article 121. Thus, a combined reading of Article 121 with section 72 of the Prisons Act shows that a prisoner does not have a right to petition the Committee on the Prerogative of Mercy to advise the President to

⁷⁴ Ibidem, p. 129.

⁷⁵ Ibidem, p. 166.

⁷⁶ Ibidem, p. 168.

⁷⁷ Ibidem, p. 211.

⁷⁸ In practice, annually, the prison authorities submit names of prisoners who 'qualify for presidential pardon' to the Attorney-General's office. See Pride Mudoola "President Museveni Pardons Sharma Kooky", The New Vision, 27 March 2012, accessed September 1, 2024, https://www.newvision.co.ug/new_vision/news/1300482/president-museveni-pardons-sharma-kooky

take any of the actions under Article 121. This could explain why some people have reportedly petitioned the President directly, as opposed to the Committee on the Prerogative of Mercy, to pardon some prisoners.⁷⁹

Related to the above is the constitutionality of sections 102(1) and (2) of the Trial on Indictments Act. It is evident that sections 102(1) and (2) of the Trial on Indictments Act are contrary to Article 121(5) of the Constitution. Under 121(5) of the Constitution, a judge(s) who sentence(s) a person to death is obliged to send the report in question to the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy. However, under sections 102(1) and (2) of the Trial on Indictments Act, the judge is supposed to send such a report to the Minister and it is the Minister to approach the President on the issue of prerogative of mercy. In the light of this contradiction, Article 274 of the Constitution may have to be invoked for section 102 of the Trial on Indictments Act to be interpreted to bring it in conformity with Article 121 of the Constitution.⁸⁰ Otherwise, it has to be declared unconstitutional. The Constitutional Court rightly observed that the manner in which the President exercises the prerogative of mercy is not transparent. Had the Court considered the drafting history of Article 121, it would have appreciated the reason why the drafters of the Constitution chose to shroud the process in secrecy.

On appeal to the Supreme Court by the Attorney General in *Attorney General v Susan Kigula & 417 Others*,⁸¹ the Supreme Court dismissed the appeal and did not take issue with any of the above observations by the Constitutional Court. This means that the above principles are still sound and thus the criticisms against them are still valid. However, the Supreme

⁷⁹ For example, it is reported that the lawyers of one of the prisoners wrote a letter to the President requesting him to pardon his client and he was subsequently pardoned. See “Confirmed: President Museveni pardons ex-NSSF MD Jamwa, 12 others” 18 January 2024, *The Independent*, accessed July 18, 2024 <https://www.independent.co.ug/confirmed-president-museveni-pardons-ex-nssf-md-jamwa-12-others/>

⁸⁰ Article 274 of the Constitution provides that ‘(1) Subject to the provisions of this article, the operation of the existing law after the coming into force of this Constitution shall not be affected by the coming into force of this Constitution but the existing law shall be construed with such modifications, adaptations, qualifications and exceptions as may be necessary to bring it into conformity with this Constitution.

(2) For the purposes of this article, the expression „existing law” means the written and unwritten law of Uganda or any part of it as existed immediately before the coming into force of this Constitution, including any Act of Parliament or Statute or statutory instrument enacted or made before that date which is to come into force on or after that date.’ For a detailed discussion of cases in which Article 274 has been invoked, see Jamil Ddamulira Mujuzi, ‘Construing Pre-1995 Laws to Bring Them in Conformity with the Constitution of Uganda: Courts’ Reliance on Article 274 of the Constitution to Protect Human Rights’ *African Human Rights Law Journal*, vol. 22, no. 2 (2022): 520–547.

⁸¹ *Attorney General v Susan Kigula & 417 Others* [2009] UGSC 6 (21 January 2009).

Court also made some important observations on the issue of prerogative of mercy that should be highlighted here. The Court referred to case law from the United States and explained the importance of the President's powers of prerogative of mercy.⁸² It held that in the case of offenders sentenced to death, they need to know as soon as possible whether or not they have been granted pardon or their sentences have been commuted. Thus, it rejected the argument that Article 121 does not impose a duty on the President to make his decision on the prerogative of mercy within a specified period.⁸³ It held that:

The right to fair hearing provided for in Article 28 envisages a fair, speedy and public trial. The right to liberty in Article 23 envisages that one's liberty may be compromised in execution of a court order. In our view, these provisions mean that a person who has had a speedy trial should only have his liberty compromised in execution of a sentence of court without delay. The person would thereby serve his due sentence and regain his liberty. In the case of a sentence of death it would mean that after the trial, the processes provided for under Article 121 should be put in motion as quickly as possible so that the person knows his fate, i.e., whether he is pardoned, given a respite or remission or whether the sentence is to be carried out. It could not have been envisaged by the Constitution makers that article 121 could be used to keep persons on death row for an indefinite period. This in effect makes them serve a long period of imprisonment which they were not sentenced to in the first place.⁸⁴

Against that background, the Court held that the President has, without unreasonable delay, to decide on the prerogative of mercy in the case of offenders sentenced to death.⁸⁵ It agreed with the Constitutional Court that 'to hold a person beyond three years after the confirmation of sentence is unreasonable.'⁸⁶ The Court concluded that:

At the end of a period of three years after the highest appellate court confirmed the sentence, and if the President shall not have exercised his prerogative one way or the other, the death sentence shall be deemed to be commuted to life imprisonment without remission.⁸⁷

⁸² Ibidem, p. 51–52.

⁸³ Ibidem, p. 53.

⁸⁴ Ibidem, p. 53.

⁸⁵ Ibidem, p. 53–54.

⁸⁶ Ibidem, p. 55.

⁸⁷ Ibidem, p. 55.

The drafting history of Article 121(5) shows that it was not debated. The delegates also did not raise the issue of the period within which the President has to decide on whether to take any action with regards to offenders sentenced to death. The Court's decision means, *inter alia*, that in the case of offenders sentenced to death, the President has three years to decide whether or not to invoke any of his powers under Article 121. If he does not do so, the sentence of death is commuted to one of life imprisonment. This amounts to substituting a less severe form of punishment for a punishment imposed on the offender.⁸⁸ However, the three-year deadline does not apply to other categories of offenders. Thus, the President could take longer than three years to make a decision under Article 121 in case of the offenders not sentenced to death.

The issue of whether Article 121 is applicable to a person who has been sentenced to death by the field court martial arose in the case of *Uganda Law Society and Another v Attorney General*.⁸⁹ In this case, during a disarmament operation in one part of the country, two soldiers 'sneaked' out of their barracks, staged an illegal roadblock and murdered three civilians in the course of an armed robbery.⁹⁰ They were prosecuted for murder before a field court martial, which had been established by the President for the disarmament operation, and on the same day of the trial, they were convicted, sentenced to death and executed by a firing squad.⁹¹ The issue before the Constitutional Court was whether their constitutional right to a fair trial had been violated. In answering this issue in the affirmative, the Court also dealt with the issue of prerogative of mercy. It first referred to the then section 92 of the Uganda Peoples Defence Act which allowed the President to exercise the prerogative of mercy pursuant to the advice of the High Command.⁹² It held that the effect of section 92 was to replace the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy with the High Command 'in cases decided by military courts.'⁹³ The Court reproduced Article 121 of the Constitution and held that:

This procedure, however, does not apply where the punishment, penalty, sentence or forfeiture has been imposed by a Field Court Martial.

⁸⁸ Sections 6 and 7 of the Law Revision (Penalties in Criminal Matters) (Miscellaneous Amendments) Act, Act 19 of 2021 give effect to the Court's judgement.

⁸⁹ *Uganda Law Society and Another v Attorney general* (Constitutional Petition 2 of 2002; Constitutional Petition 8 of 2002) [2009] UGCC 4 (5 February 2009).

⁹⁰ *Ibidem*, p. 33.

⁹¹ *Ibidem*, p. 2.

⁹² *Ibidem*, p. 42. Section 92 provided that "The President shall, while exercising his powers under article 121 of the constitution, be advised by members of the High Command in cases falling under this Act."

⁹³ *Ibidem*, p. 42.

This does not mean that the President does not exercise the prerogative of mercy in those cases handled by the Field Courts Martial. He can definitely exercise it but without the intervention of the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy.⁹⁴

In the above decision, the Constitutional Court held that Article 121 is applicable to cases where the offenders were convicted by a field court martial. This reasoning is contrary to the drafting history of Article 121(6). However, as discussed above, the drafting history of Article 121(6) shows that the field martial court exception is only applicable where there is a war. On the facts before the Court, there was no armed conflict. It was a disarmament operation. Therefore, there was still time to 'save' the accused and prosecute them before other military courts or civil courts for the offence of murder. Secondly, the accused's conduct did not endanger the operation as contemplated by the drafters of the Constitution. They should not have been court martialled before the field court martial. It is worth noting that the UPDF Act which contained section 92 to which the Court referred has since been repealed. The applicable provision is now section 243 of the 2005 UPDF Act which states that '[n]othing in this Act shall be construed as restricting or regulating the exercise of the prerogative of mercy conferred on the President by article 121 of the Constitution.'⁹⁵ This implies that even in cases where people are convicted by military courts, their cases have to go through the Advisory Committee on the Prerogative of Mercy. However, this does not change the position that Article 121 does not apply to cases where soldiers have been convicted and by a field court martial during an armed conflict.

In all the above cases, Ugandan courts have dealt with Article 121 after the offenders had been convicted and sentenced by courts. The debates of the Constituent Assembly show, *inter alia*, that the delegates were of the view that the President can only pardon a person once his/her sentence has become final. This means that if courts are to interpret Article 121(4)(a) in the light of its drafting history, they are likely to conclude that the President can only pardon a person who has been sentenced by a court and the sentence is final. However, literally interpreted, Article 121(4)(a) creates room for the argument that the President can also pardon a person who has been convicted before he/she has been sentenced. This is because Article 121(4)(a) provides that the President may 'grant pardon to any person convicted of an offence.' It does not say that the President may 'grant pardon to any person convicted of and sentenced for an offence.' This literal interpretation would be in line with the approach taken

⁹⁴ Ibidem, p. 41–42. See also p. 61.

⁹⁵ Uganda Peoples' Defence Forces Act, Act 7 of 2005 (Cap 330).

by the Supreme Court of Ghana. Article 72(1)(a) of the Constitution of Ghana (1992), like Article 121(4)(a) of the Constitution of Uganda, provides that '[t]he President may, acting in consultation with the Council of State – grant to a person convicted of an offence a pardon either free or subject to lawful conditions.' In *Agbemava, Tuah-Yeboah, Bediatuo v Attorney General*,⁹⁶ the Supreme Court of Ghana referred to Article 72(1)(a) of the Constitution and held that '[t]he power of pardon may thus be exercised even before sentence is imposed by the court, once a conviction has been pronounced' and that '[i]t is only in matters of remission of sentence that will depend on the imposition of a sentence.'⁹⁷ Since Ugandan courts find decisions of Ghanaian courts persuasive,⁹⁸ they could rely on the above Supreme Court decision in interpreting Article 121(4)(a) of the Constitution. Another important issue relates to the effect of a free pardon. It is to this issue that we turn.

5. Effect of a free pardon on the conviction and sentence

Article 121(4)(a) provides for two types of pardons – a free pardon and a pardon with lawful conditions. Ugandan legislation and case law are silent on the differences between these two types of pardons and the criteria that should be in place for the president to grant one of them. Practice shows that the President has often granted pardons on humanitarian grounds.⁹⁹ However, the reports on these pardons do not explain whether the offenders are granted free or conditional pardons. In cases where the President has pardoned the offenders, they are released from prison immediately. The prison authorities refer to this as a 'total pardon.'¹⁰⁰

⁹⁶ *Agbemava, Tuah-Yeboah, Bediatuo v Attorney General* [2018] GHASC 52 (21 November 2018).

⁹⁷ *Ibidem*, p. 12.

⁹⁸ Cases in which the Ugandan Court of Appeal, Constitutional Court and Supreme Court have relied on the decisions of the Supreme Court of Ghana include: *Kiiza Besigye v Attorney General* (Constitutional Petition No. 13 of 2009) [2016] UGCC 1 (29 January 2016); *Uganda Post Limited v Mukadisi* [2023] UGSC 58 (29 November 2023); *Bank of Uganda v Betty Tinkamanyire* [2008] UGSC 21 (16 December 2008); and *Mabirizi Kiwanuka v Attorney General* (Civil Application No. 549 of 2022) [2022] UGCA 226 (19 August 2022).

⁹⁹ See for example, Chris Kiwawulo, "Museveni Pardons 79 prisoners" *The New Vision*, 17 January 2022, accessed September 1, 2024 https://www.newvision.co.ug/category/news/museveni-pardons-79-prisoners-NV_124592; TRT Africa, "Ugandan President Museveni pardons 200 inmates" 28 August 2023, accessed September 1, 2024 <https://trtafrica.com/africa/ugandan-president-museveni-pardons-200-inmates-14723561>

¹⁰⁰ Kenneth Kazibwe, 'Over 1600 prisoners miss out on Museveni pardon' *Nile Post*, 28 August 2023, accessed September 1, 2024 <https://nilepost.co.ug/news/169923/over-1600-prisoners-miss-out-on-museveni-pardon>

Therefore, since no conditions are imposed on these pardons, they can be classified as free pardons. Free pardons have also been used as a means of decongesting prisons.¹⁰¹ There are also instances in which the President has commuted the sentences of some offenders.¹⁰² In cases of conditional pardons, there is no doubt that it does not expunge the conviction. Its effect is to reduce the length or severity of the sentence if the offender meets the conditions imposed. Ugandan legislation and case law are also silent on the legal effect of a free pardon. In particular, legislation does not specify whether a free pardon expunges a conviction.

Practice from some countries shows that a free pardon can only be granted in exceptional circumstances. For example, in South Africa, legislation provides that the president can grant a free pardon to a convicted person if ‘evidence has since become available which materially affects his conviction.’¹⁰³ Likewise, in Canada¹⁰⁴ and Australia,¹⁰⁵ a free person can only be granted to a person who was wrongfully convicted. In the United Kingdom, a free pardon is ‘reserved for cases where it can be established that the convicted person was morally and technically innocent.’¹⁰⁶ In other words, it ‘may relate to miscarriages of justice.’¹⁰⁷ Legislation in some countries, such as South Africa,¹⁰⁸ Canada,¹⁰⁹ and New Zealand¹¹⁰

¹⁰¹ Kenneth Kazibwe, “Prisons list 680 inmates for Museveni pardon” *Nile Post*, 26 July 2021” accessed September 1, 2024 <https://nilepost.co.ug/news/111179/prisons-list-680-inmates-for-museveni-pardon>

¹⁰² It is reported that the President commuted death sentences to life imprisonment. See William Tayeebwa, “Uganda: 16 Prisoners Escape Death Museveni Pardons 520” 15 July 2000, accessed September 1, 2024 <https://allafrica.com/stories/200007170002.html>

¹⁰³ Section 327 of the Criminal Procedure Act, 51 of 1977.

¹⁰⁴ Section 748(3) of the Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46) provides that ‘Where the Governor in Council grants a free pardon to a person, that person shall be deemed thereafter never to have committed the offence in respect of which the pardon is granted.’ In *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini* (C.A.), 2001 FCA 311 (CanLII), [2002] 1 FC 200, para 40, the Federal Court of Appeal held that, ‘a free pardon can only be granted by the Governor in Council where a person has been wrongly convicted, and even then, there are established procedures that must be followed.’

¹⁰⁵ Section 85ZR of the Crimes Act, 1914 (pardons for persons wrongfully convicted).

¹⁰⁶ *R v Secretary of State for the Home Department ex p. Bentley* [1993] EWHC Admin 2 (07 July 1993).

¹⁰⁷ *Shields, R (on the application of) v Secretary of State for Justice* [2008] EWHC 3102 (Admin) (17 December 2008) para 19.

¹⁰⁸ Section 327 of the Criminal Procedure Act, 51 of 1977.

¹⁰⁹ Section 748(3) of the Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46) provides that ‘Where the Governor in Council grants a free pardon to a person, that person shall be deemed thereafter never to have committed the offence in respect of which the pardon is granted.’

¹¹⁰ Section 407 of the Crimes Act (1961) provides that ‘Where any person convicted of any offence is granted a free pardon by the Sovereign, or by the Governor-General in

provides that a free pardon expunges a conviction and sentence. This is explained by the fact that a free pardon in those countries can only be granted to a person who was wrongfully convicted. In other words, to a person who should not have been convicted in the first place. Likewise, in Slovakia, legislation provides that an individual pardon expunges a conviction.¹¹¹

In some countries where legislation is silent on whether a free pardon expunges a conviction, courts have held that it does not. This has been the case in countries such as the United Kingdom,¹¹² Barbados,¹¹³ Fiji,¹¹⁴ Australia,¹¹⁵ Swaziland¹¹⁶ and Pakistan.¹¹⁷ Since a free pardon does not quash a conviction in these countries, courts have held that at common law, only a court can quash the conviction through an acquittal.¹¹⁸ In Australia¹¹⁹ legislation provides that a free pardon can only be granted in cases where a person was wrongfully convicted. Legislation also provides for the procedure which a person to whom a free pardon has been granted has to follow and ask the court to quash the conviction.¹²⁰ In *Eastman v Director of Public Prosecutions*,¹²¹ the High Court of Australia referred to case law from England and Australia and explained the reason why a free pardon does not automatically quash a conviction:

At common law the pardon “is in no sense equivalent to an acquittal. It contains no notion that the man to whom the pardon is extended never did in fact commit the crime, but merely from the date of the pardon gives him a new credit and capacity.” In England it has been held that at

the exercise of any powers vested in him or her in that behalf, that person shall be deemed never to have committed that offence: provided that the granting of a free pardon shall not affect anything lawfully done or the consequences of anything unlawfully done before it is granted.’

¹¹¹ *Čačko v Slovakia* (Application no. 49905/08)(22 July 2014) para 32.

¹¹² *R v Secretary of State for the Home Department ex p. Bentley* [1993] EWHC Admin 2 (07 July 1993).

¹¹³ *Boyce and Joseph v The Queen* [2002] BBSC 16 (27 March 2002).

¹¹⁴ *Commissioner of Prisons v Raikali* [1998] FJHC 219; HBC0376.1998 (1 September 1998).

¹¹⁵ *Armstrong v R* [2021] NSWCCA 311 (16 December 2021).

¹¹⁶ *Mabila v The Director of Public Prosecutions and Others* (1531 of 2016) [2021] SZHC 108 (12 July 2021).

¹¹⁷ *Mian Muhammad Nawaz Sharif v. Federation of Pakistan* (CP No. 200/2009) [2009] PKSC 7 (17 July 2009) para 13.

¹¹⁸ *Boyce and Joseph v The Queen* [2002] BBSC 16 (27 March 2002) (Barbados).

¹¹⁹ Section 85ZR of the Crimes Act, 1914 (pardons for persons wrongfully convicted).

¹²⁰ See generally, *Armstrong v R* [2021] NSWCCA 311 (16 December 2021).

¹²¹ *Eastman v Director of Public Prosecutions* (ACT) [2003] HCA 28; 214 CLR 318; 198 ALR 1; 77 ALJR 1122 (28 May 2003).

common law, “the effect of a free pardon is such as, in the words of the pardon itself, to remove from the subject of the pardon, ‘all pains penalties and punishments whatsoever that from the said conviction may ensue,’ but not to eliminate the conviction itself”....The common law conception of a conviction is that, by it, the convicted person receives justice; the common law conception of a pardon is that, by it, the convicted person receives mercy, notwithstanding the demands of justice. Once it is apparent that the conviction is unjust, the convicted person should receive something different from a pardon, which grants mercy but assumes the validity of the conviction. Only a court can quash a conviction. “At the heart of the pardoning power there is a paradox. To pardon implies to forgive: if the convicted person is innocent there is nothing to forgive.”¹²²

In the light of the above jurisprudence, it is argued that in Uganda, since a free pardon is not granted to a person who was wrongfully convicted, it does not expunge a conviction. Although Ugandan legislation is silent on whether a free pardon expunges a conviction, some pieces of legislation create room for the argument that once a free pardon has been granted, the person’s rights or status prior to the conviction are restored. For example, section 52 of the Uganda Citizenship and Immigration Control Act¹²³ includes a list of persons who are prohibited immigrants and whose entry or presence in Uganda is unlawful. Section 52(h) provides that such persons include:

any person who, not having received a free pardon, has been convicted in any country, for murder, or any offence for which a sentence of imprisonment has been passed for any term, and who by reason of the circumstances connected with the offence is declared by the Minister to be an undesirable immigrant; except that this paragraph shall not apply to offences of a political character not involving moral turpitude.

The above section shows that a person who was convicted of any of the above offences but granted a free pardon is not a prohibited immigrant in Uganda. This is the case whether or not that person’s conviction was quashed in the foreign state (in countries where a separate procedure has to be followed to have the conviction quashed after a person has been granted a free pardon). What matters is that he or she was granted a free pardon. Likewise, section 4(1) of the Armed Forces Pensions Act¹²⁴ provides that:

¹²² Ibidem, para 98 (references removed).

¹²³ Uganda Citizenship and Immigration Control Act, (2015) Chapter 66.

¹²⁴ Armed Forces Pensions Act, Chapter 295.

Where any person to or in respect of whom a pension, gratuity or allowance may be or has been awarded under this Act (hereafter referred to as “the pensioner”) — (a) is serving a term of imprisonment or detention, or is detained in an approved school or a remand home under a sentence or order of any competent court, whether within or without Uganda, for any crime or offence;[T]he President may withhold the pension, gratuity or allowance or, if it has been awarded, direct that it shall be forfeited as from such date, including any past date, as he or she may think fit; but the pension, gratuity or allowance shall be restored with retrospective effect in the case of a person who after conviction at any time receives a free pardon.

The use of the word ‘shall’ means that once the person in question has been granted a free pardon, his/her benefits must be restored. However, a different approach is taken in the Advocates Act.¹²⁵ Section 12(1)(h) of this Act provides that the

[R]egistrar shall refuse to issue or renew a practising certificate of any advocate who, on the date of his or her application for the certificate — has been convicted of a criminal offence involving moral turpitude and sentenced to imprisonment for a term of one year or more, without the option of a fine.

Section 12(2) of the same Act provides that ‘[n]otwithstanding anything contained in subsection (1), in the case of an advocate falling under paragraph (h), the chief registrar may, if the advocate has been granted free pardon, issue or renew his or her practising certificate.’ The use of the word ‘may’ implies that the Chief Registrar has the discretion whether or not to issue or renew a practicing licence of an advocate who has received a free pardon. If the effect of a free pardon is to expunge a conviction and the person in question is, in the eyes of the law, taken to never have committed the offence, the word ‘may’ under section 12(2) should be interpreted as shall. However, since Ugandan law does not provide that a free pardon expunges a conviction, the Chief Registrar’s discretion under section 12(2) remains valid. At common law, a pardon restores the rights of its beneficiary from the time it is granted. The Court of Appeal of Vanuatu referred to case law from the United Kingdom and the United States and held that ‘a pardon does not undo events that have already happened, or remove rights that have become vested in a third party.’¹²⁶

Another important issue that relates to pardons is the time at which they can be granted. In many cases, pardons, especially conditional par-

¹²⁵ Advocates Act, Chapter 267.

¹²⁶ *Sope Maautamate v Speaker of Parliament* [2003] VUCA 5 (9 May 2003), p. 4.

dons, are granted before a person has completed serving the sentence. This explains why, for example, the Canadian Supreme Court held, a conditional ‘pardon only removes the disqualifications resulting from a conviction, and does not erase the conviction itself.’¹²⁷ Thus, jurisprudence from the Canadian Supreme Court shows that conditional pardons in that country include: ‘(1) the ordinary and partial pardon...which consists of the remission, in whole or in part, of a sentence without reviewing the issue of the person’s guilt; [and] (2) the conditional pardon...which can amend the initial sentence imposed by the court and make it subject to certain conditions.’¹²⁸ Likewise, the Federal Court of Australia held that one of the examples of a conditional pardon is ‘where a convicted person is relieved from the penalty imposed on condition that he or she undergo some lesser penalty.’¹²⁹ The Federal Court of Australia held that ‘the fact that the sentence imposed after conviction has been carried into effect or served in full does not mean that either a free or conditional pardon cannot be granted.’¹³⁰ In countries such as New Zealand¹³¹ and the United Kingdom, free pardons can even be granted posthumously.¹³² The same approach has been followed in Uganda where the President pardoned a person who had been sentenced to imprisonment for corruption and also ordered to compensate the state for loss it incurred because of his corrupt activities.¹³³

It has been demonstrated above that when a person is granted a free pardon, he/she is released from prison. However, the pardon does not expunge his/her conviction. This raises the question of whether a free pardon can also exonerate an offender from compensating his/her victim in case where the court ordered him/her to compensate them in addition to serving a prison sentence or another form of sentence.¹³⁴ It is argued

¹²⁷ *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini* (C.A.), 2001 FCA 311 (CanLII), [2002] 1 FC 200, (Federal Court of Appeal) para 40.

¹²⁸ *Therrien (Re)*, 2001 SCC 35 (CanLII), [2001] 2 SCR 3 para 114.

¹²⁹ *Ogawa v Minister for Immigration and Border Protection* [2018] FCA 62 (9 February 2018) para 85.

¹³⁰ *Ibidem*, para 85.

¹³¹ See Mokomoko (Restoration of Character, Mana, and Reputation) Act 2013.

¹³² See for example, *R v Secretary of State for the Home Department ex p. Bentley* [1993] EWHC Admin 2 (07 July 1993).

¹³³ Charles Etukuri, ‘Museveni Pardons Former PS Kashaka’ 05 October 2024. Available at https://www.newvision.co.ug/category/news/museveni-pardons-former-ps-kashaka-NV_197176

¹³⁴ For example, section 197 of the Magistrates Courts Act (Chapter 16) provides that ‘(1) When any accused person is convicted by a magistrate’s court of any offence and it appears from the evidence that some other person, whether or not he or she is the prosecutor or a witness in the case, has suffered material loss or personal injury in consequence of the offence committed and that substantial compensation is, in the opinion of the court,

that in case where the court ordered the offender to compensate his/her victims, the amount of compensation is the victim's property or interest in property which is protected under Article 26 of the Constitution.¹³⁵ Thus, the pardoned offender must compensate the victim. Alternatively, the state should compensate him/her. Otherwise, the victim would have been deprived of his/her property unlawfully. It is also important to remember that a compensation order is not a form of penalty. It is an ancillary order. Article 126(2)(c) of the Constitution obligates courts, in both civil and criminal matters, to ensure that 'adequate compensation' is 'awarded to victims of wrongs.' The pardon does not affect the victim's right to property. Related to the above is whether a pardon can exonerate a person from compensating the state if the court ordered him or her to do so. Article 164 of the Constitution provides that:

(1) The Permanent Secretary or the accounting officer in charge of a Ministry or department shall be accountable to Parliament for the funds in that Ministry or department.

(2) Any person holding a political or public office who directs or concurs in the use of public funds contrary to existing instructions shall be accountable for any loss arising from that use and shall be required to make good the loss even if he or she has ceased to hold that office.

recoverable by that person by civil suit, the court may, in its discretion and in addition to any other lawful punishment, order the convicted person to pay to that other person such compensation as the court deems fair and reasonable.

(2) When any person is convicted of any offence under Chapters XXV to XXX, both inclusive, of the Penal Code Act, the power conferred by subsection (1) shall be deemed to include a power to award compensation to any bona fide purchaser of any property in relation to which the offence was committed for the loss of that property if the property is restored to the possession of the person entitled to it.

(3) Any order for compensation under this section shall be subject to appeal, and no payment of compensation shall be made before the period allowed for presenting the appeal has elapsed or, if an appeal is presented, before the determination of the appeal.

(4) At the time of awarding any compensation in any subsequent civil suit relating to the same matter, the court hearing the civil suit shall take into account any sum paid or recovered as compensation under this section.'

¹³⁵ Article 26 of the Constitution provides that '(1) Every person has a right to own property either individually or in association with others.

(2) No person shall be compulsorily deprived of property or any interest in or right over property of any description except where the following conditions are satisfied – (a) the taking of possession or acquisition is necessary for public use or in the interest of defence, public safety, public order, public morality or public health; and (b) the compulsory taking of possession or acquisition of property is made under a law which makes provision for (i) prompt payment of fair and adequate compensation, prior to the taking of possession or acquisition of the property; and (ii) a right of access to a court of law by any person who has an interest or right over the property.'

The drafting history of Article 164 shows that it was meant to ensure that political and public officials are held accountable for misusing public funds. In its report, the Constitutional Commission wrote that:

[W]e have sought to ensure leaders do not escape liability for corrupt misuse of public funds or property. It has been recommended that both ministers and permanent secretaries to ministries or departments should be accountable for management of public funds. If either of them directs misuse of funds both may be required to account for or make good the resulting loss.¹³⁶

Hence, Clause 191(2) of the Draft Constitution provided that:

A Minister or any person holding a public office who directs an accounting officer or any other officer to apply or use public funds contrary to law or to existing instructions shall be accountable for any loss arising from such directions and may be required to render an account or to make good the loss even if he has ceased to be a Minister or to hold public office.

After a lengthy debate, which is not necessary to reproduce here, the Constituent Assembly delegates amended Clause 191 and, for example, replaced the word ‘minister’ with ‘a person holding a political office’ and deleted the words ‘contrary to law.’¹³⁷ Although the delegates deleted the words ‘contrary to law’ from Clause 191, they understood ‘contrary to existing instructions’ to include instances where the misuse of the public funds amounted to the commission of an offence. That is why some of the them suggested if, after leaving office, any person holding a political (for example, a minister) or public (for example, a permanent secretary) office who had a role to play in the misuse of public funds should be ‘charged after he is no longer in office’¹³⁸ because he/she ‘is an accomplice in that offence.’¹³⁹ In other words, he/she should be held ‘personally responsible’ for the loss.¹⁴⁰ It was explained that in cases where any political or public official spent money ‘contrary to law’, he/she was to be personally responsible for that ‘illegality.’¹⁴¹ This meant that he/she was liable

¹³⁶ *Report of the Uganda Constitutional Commission: Analysis and Recommendations* (1993), para 20.42.

¹³⁷ *Proceedings of the Constituent Assembly* (1995), 2718–2725.

¹³⁸ *Ibidem*, at 2716 (Mr Karuhanga).

¹³⁹ *Ibidem*, at 2716 (Mr Rwomushana).

¹⁴⁰ *Ibidem*, at 2717 (Dr Mugenyi).

¹⁴¹ *Ibidem*, at 2717 (Mr Mulenga).

to ‘be in jail’ for such conduct.¹⁴² It was added that political and public officials involved in embezzling public funds should all be ‘held accountable because in most cases, they are eating [the money] together.’¹⁴³ The provision was meant to ensure that Cabinet Ministers and other public officials who misappropriate public funds or play any role in the misuse of public funds are aware of the ‘consequences after committing whatever crimes they have committed.’¹⁴⁴ Thus, it would deter political and public officials from misappropriating public funds and also from instructing others to commit such ‘a wrong’ leading to ‘public loss.’¹⁴⁵ The drafting history of Article 164 shows, inter alia, that the delegates contemplated two ways in which political or public officials who misuse public funds are to make good the loss in question. First, by refunding that money to the state (without a conviction); and second, in the event of a conviction, by compensating the state. Thus, a political or public officer who has been convicted of an offence involving the misuse of public funds and ordered to compensate the state for the loss incurred because of his/her crime, has a constitutional obligation to ‘make good the loss.’ This means, inter alia, that the presidential pardon does not exonerate him or her from compensating the state. This is a constitutional obligation.

However, there appears to be a tension between Articles 164(2) and 121(4)(d). Under Article 121(4)(d), the President is empowered to ‘remit the whole or part of a punishment imposed on a person or of a penalty or forfeiture otherwise due to Government on account of any offence.’ Interpreted in isolation, Article 121(4)(d) creates room for the argument that the President can ‘exempt’ a person from making good the loss he/she caused to the government. However, one of the rules of constitutional interpretation is that of constitutional ‘harmony.’ As the Supreme Court held in *Attorney General v Nakibuule*,¹⁴⁶ ‘the entire Constitution has to be read as an integrated whole and no one particular provision destroying the other but each sustaining the other. This is the rule of harmony, rule of completeness and exhaustiveness and the rule of paramountcy of the written Constitution.’¹⁴⁷ The Court added that ‘both purpose and effect are relevant in interpreting the provisions.’¹⁴⁸ Article 164(2) is meant to,

¹⁴² Ibidem, at 2718 (Mr Karuhanga).

¹⁴³ Ibidem, at 2718 (Dr Byaruhanga). See also 2720 where the delegate, Mr. Kaijuka, dealt with misappropriation of government funds.

¹⁴⁴ Ibidem, at 2723 (Mr Bageya). See also 2724–2725.

¹⁴⁵ Ibidem, at 2725 (Prof. Kanyeihamba).

¹⁴⁶ *Attorney General v Nakibuule* (Constitutional Appeal 2 of 2016) [2018] UGSC 62 (11 July 2018).

¹⁴⁷ Ibidem, 20.

¹⁴⁸ Ibidem, 20.

inter alia, combat corruption. There are different constitutional provisions which require the government¹⁴⁹ and citizens¹⁵⁰ to put in place effect measures to combat corruption. Thus, exonerating a person from making good the loss he/she caused to the government is an indirect way of encouraging corruption hence undermining various constitutional provisions. Therefore, Article 121(4)(d) should not be interpreted as empowering the President to render Article 164(2) superfluous. As mentioned above, a compensation order is not a form of penalty. Therefore, Article 121(4)(d) does not apply.

6. Conclusion

In this article, the author has discussed the drafting history of Article 121 of the Constitution of Uganda and the circumstances in which the President can grant pardons to people who have been convicted of offences. The author has also dealt with the circumstances in which the President can pardon a person before he/she is convicted of an offence under Article 28(10) of the Constitution. The author has also discussed the limitations on the president's powers under both Articles 28(10) and 121 of the Constitution. Cases in which courts have interpreted or relied on Articles 28(10) and 121 of the Constitution and the legal effects of a free pardon have also been discussed. It has also been demonstrated that Article 121 does not apply to sentences imposed by the Field Court Martial and that Ugandan legislation does not provide the circumstances in which a prisoner can apply for a presidential pardon. It is recommended that Uganda may have to amend its legislation to provide for clear circumstances in which a person can apply for a presidential pardon¹⁵¹ and

¹⁴⁹ For example, National Directive and Objective Principle of State Policy XXVII(iii) provides that 'All lawful measures shall be taken to expose, combat and eradicate corruption and abuse or misuse of power by those holding political and other public offices.' Article 225(1)(b) provides that one of the functions of the Inspectorate of Government is 'to eliminate and foster the elimination of corruption, abuse of authority and of public office.' See also Article 232(2)(e) (Parliament to establish a special court for combating corruption); and Article 233(2)(b)(ii) which provides that the Leadership Code of Conduct shall prohibit conduct 'likely to lead to corruption in public affairs.'

¹⁵⁰ Article 17(1)(i) provides that it is the duty of every citizen 'to combat corruption and misuse or wastage of public property.'

¹⁵¹ The right to seek pardon, for those sentenced to death, is provided for under Article 6(4) of the International Covenant on Civil and Political Rights (1966) which provides that 'Anyone sentenced to death shall have the right to seek pardon or commutation of the sentence. Amnesty, pardon or commutation of the sentence of death may be granted in all cases.'

also for the circumstances in which the President can refuse or grant pardons. This enables the applicant to know whether or not he/she qualifies to apply and could prevent the President from abusing his/her prerogative powers. It also enables offenders to know whether the President was justified in rejecting their application(s) for a pardon. A similar approach has been followed in some countries such as Lithuania,¹⁵² Hungary,¹⁵³ the Netherlands¹⁵⁴ and Georgia.¹⁵⁵ Legislation should also be enacted to expressly provide whether a free pardon expunges a conviction. In many cases where the President has granted pardons, it is not always clear whether it is a free pardon or a conditional pardon. This has to be clarified.

Bibliography

- Agbemava, Tuah-Yeboah, *Bediatuo v Attorney General* [2018] GHASC 52 (21 November 2018).
 Armed Forces Pensions Act, Chapter 295.
 Armstrong v R [2021] NSWCCA 311 (16 December 2021).
 Assanidze v. Georgia (Application no. 71503/01)(8 April 2004).
 Attorney General v Susan Kigula & 417 Others [2009] UGSC 6 (21 January 2009).
 Bank of Uganda v Betty Tinkamanyire [2008] UGSC 21 (16 December 2008).
 Boyce and Joseph v The Queen [2002] BBSC 16 (27 March 2002).
 Brigadier Smith Opon Acak, Ahmed Ogeny v Uganda [1993] UGSC 10 (4 November 1993).
 Čačko v. Slovakia (Application no. 49905/08)(22 July 2014).
 Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Saini (C.A.), 2001 FCA 311 (CanLII), [2002] 1 FC 200.
 Commissioner of Prisons v Raikali [1998] FJHC 219; HBC0376.1998 (1 September 1998).
 Crimes Act (1961).
 Crimes Act, 1914.
 Criminal Code (R.S.C., 1985, c. C-46).
 Criminal Procedure Act, Act 51 of 1977.
 Eastman v Director of Public Prosecutions (ACT) [2003] HCA 28; 214 CLR 318; 198 ALR 1; 77 ALJR 1122 (28 May 2003).
 Electoral Commission of South Africa v uMkhonto WeSizwe Political Party and Others (CCT 97/24) [2024] ZACC 6 (20 May 2024).

¹⁵² *Matiošaitis and Others v Lithuania* (Applications nos. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 and 72824/13)(23 May 2017).

¹⁵³ *T.P. and A.T. v. Hungary* (Applications nos. 37871/14 and 73986/14)(4 October 2016).

¹⁵⁴ *Murray v. The Netherlands* (Application no. 10511/10)(26 April 2016).

¹⁵⁵ *Assanidze v. Georgia* (Application no. 71503/01)(8 April 2004).

- Harold J. Krent, "Conditioning the President's Conditional Pardon Power" *California Law Review*, vol. 89, no. 6 (2001): 1665–1720.
- International Covenant on Civil and Political Rights (1966).
- Jamil Ddamulira Mujuzi, 'Construing Pre-1995 Laws to Bring Them in Conformity with the Constitution of Uganda: Courts' Reliance on Article 274 of the Constitution to Protect Human Rights' *African Human Rights Law Journal*, vol. 22, no. 2 (2022): 520–547.
- Kiiza Besigye v Attorney General (Constitutional Petition No. 13 of 2009) [2016] UGCC 1 (29 January 2016).
- Mabila v The Director of Public Prosecutions and Others (1531 of 2016) [2021] SZHC 108 (12 July 2021).
- Mabirizi Kiwanuka v Attorney General (Civil Application No. 549 of 2022) [2022] UGCA 226 (19 August 2022).
- Magistrates Courts Act, Chapter 16.
- Matiošaitis and Others v Lithuania (Applications nos. 22662/13, 51059/13, 58823/13, 59692/13, 59700/13, 60115/13, 69425/13 and 72824/13) (23 May 2017).
- Mian Muhammad Nawaz Sharif v. Federation of Pakistan (CP No. 200/2009) [2009] PKSC 7 (17 July 2009).
- Mokomoko (Restoration of Character, Mana, and Reputation) Act 2013.
- Murray v. The Netherlands (Application no. 10511/10) (26 April 2016).
- Muzanyi & 3 Others v Attorney General (Constitutional Petition 42 of 2015) [2024] UGCC 6 (21 February 2024).
- Note "The President's Conditional Pardon Power" *Harvard Law Review*, vol. 134 (2021): 2833–2854.
- Ogawa v Minister for Immigration and Border Protection [2018] FCA 62 (9 February 2018).
- Ogil v Attorney General (Civil Suit No. 94 of 2004) [2009] UGHC 57 (30 April 2009).
- Prevention and Prohibition of Torture Act, Act 3 of 2012.
- Proceedings of the Constituent Assembly (1995).
- Professor Isaac Newton Ojok v Uganda* (Criminal Appeal 33 of 91) [1993] UGSC 32 (18 June 1993).
- Prosecutor v Saif Al-Islam Gaddafi (ICC-01/11-01/11-695-AnxI; 21 April 2020) (Appeals Chamber).
- R v Secretary of State for the Home Department ex p. Bentley [1993] EWHC Admin 2 (07 July 1993).
- Report of the Uganda Constitutional Commission: Analysis and Recommendations (1993).
- Shields, R (on the application of) v Secretary of State for Justice [2008] EWHC 3102 (Admin) (17 December 2008).
- Sope Maautamate v Speaker of Parliament [2003] VUCA 5 (9 May 2003).
- Susan Kigula & 416 Others v Attorney General (Constitutional Petition No. 6 of 2003) [2005] UGCC 8 (10 June 2005).

T.P. and A.T. v. Hungary (Applications nos. 37871/14 and 73986/14) (4 October 2016).
Therrien (Re), 2001 SCC 35 (CanLII), [2001] 2 SCR 3.
Thomas Kwoyelo alias Latoni v Uganda (Constitutional Petition No. 36 of 2011) [2011] UGCC 10 (22 September 2011).
Trial on Indictments Act, Chapter 23.
Uganda Citizenship and Immigration Control Act, (2015) Chapter 66.
Uganda Law Society and Another v Attorney general (Constitutional Petition 2 of 2002; Constitutional Petition 8 of 2002) [2009] UGCC 4 (5 February 2009).
Uganda Peoples' Defence Forces Act, Act 7 of 2005.
Uganda Post Limited v Mukadisi [2023] UGSC 58 (29 November 2023).
Uganda v Kwoyelo [2015] UGSC 5 (8 April 2015).
Uganda v Ojwiya Santo & 4 Others (Criminal Appeal 12 of 2017) [2020] UGHC 140 (14 August 2020).
Uganda v Wakwaya (HCT-00-ICD-CR-SC 1 of 2022) [2023] UGHCI CD 2 (13 April 2023).



OSKAR PEČE
University of Maribor,
Slovenia

 <https://orcid.org/0009-0003-6682-4643>

MIHA ŠEPEC
University of Maribor,
Slovenia

 <https://orcid.org/0000-0002-3220-8901>

The dilemma of the location of digital evidence

Abstract: Determining the legally relevant location of digital evidence requires an analysis of the technical and legal aspects of obtaining such evidence by law enforcement. The problem relates to the complexity of determining the location of digital evidence, especially in the case of cloud storage, where data is often stored in various locations worldwide. The associated uncertainty regarding the location of digital evidence poses a significant legal challenge in cross-border evidence collection. This article acknowledges that the technical location of digital evidence is tied to the physical location of the storage unit. However, it also explores alternative ways to define the location of digital evidence based on existing regulations for cross-border collection of digital evidence. The problem of the location of digital evidence is analysed from the perspective of the concept of territorial jurisdiction in the digital age.

Keywords: cloud storage, cross-border investigations, digital evidence, jurisdiction, the location of evidence

1. Introduction

The discussion on the location of digital evidence involves a theoretical examination of the legal aspects related to law enforcement's acquisition of such evidence. It addresses the ambiguity of the location of digital data when using online storage solutions (cloud storage) and the related jurisdictional issues faced by law enforcement agencies in obtaining this sort of evidence. Digital data must always be stored on a physical storage media, and in the case of cloud storage, investigators often do not know

where this physical media (in this case, the server) are located.¹ Cloud service providers frequently use servers located in various cities, countries, and even continents with user data often being stored simultaneously on multiple servers for protection in case one of them fails.² This means that not only can the user or the person investigating the content of a cloud not be certain of the location where the data is stored, but they may also not know how many duplicates exist on how many servers, where those servers are located, and from which one they are accessing the data at any given moment. Online services can be provided from anywhere, meaning that in the country where the provider offers the service, there is no need for physical infrastructure, premises, or staff.³ The problem relates to the investigation of remote, internet-connected devices, for example servers, that store email not yet downloaded to the user's computer. When an investigator accesses a foreign internet server, they effectively leave their local jurisdiction and enter a foreign jurisdiction, raising questions about the legality of their actions and the appropriateness of a national judge's search order, which serves as the legal basis for investigating the device.⁴

While the use of digital evidence used to be limited mainly to cases of cybercrime, these days this type of evidence is common in cases involving all types of crimes.⁵ The gathering of digital evidence presents certain opportunities (for example, it can be obtained with relative ease) as well as challenges, especially concerning the reluctance of governments to allow foreign law enforcement to gather evidence across borders, even in cyberspace.⁶ The problem pertains to the concept of territorial jurisdiction in the

¹ NIST, "Digital Evidence Preservation. Considerations for Evidence Handlers," September 2022, <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2022/NIST.IR.8387.pdf>, 1.

² Michalas Antonis and Yigzaw Kassaye Yitbarek: "LocLess: Do you Really Care Where Your Cloud Files Are?," IEEE International Conference on Cloud Computing Technology and Science, Luxembourg: The Institute of Electrical and Electronics Engineers (2016): 515.

³ Recital 7 of Regulation (EU) 2023/1543 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 on the European Production Order and the European Preservation Order for electronic evidence in criminal proceedings and on the execution of custodial sentences following criminal proceedings.

⁴ Janja Bernard, "Problematika pregona računalniškega kriminala in uporabe digitalnih dokazov z vidika državnega tožilstva," in *Digitalna forenzika v kazenskih postopkih*, ed. Liljana Selinšek (Ljubljana: GV Založba, 2008), 77.

⁵ Alberto R. Gonzales, Regina B. Schofield and David W. Hagy, "Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors," Washington: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, 2007, <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/211314.pdf>, xi.

⁶ Robert J. Currie, "Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft Ireland Case the 'Next Frontier'?", *Canadian Yearbook of international Law*, vol. 54 (2017): 66.

digital age, where national borders become blurred from the perspective of daily interactions of information-savvy individuals. An investigator may have full access to a crucial piece of evidence, but the question arises whether obtaining this evidence is permissible, as it is located on a device situated abroad. In such a situation, the investigator may not feel like they are conducting an investigative action in a foreign country, as they are physically operating their own computer within their jurisdiction. However, they are still accessing an IT system on a device located outside their jurisdiction.

The investigation of data obtained online can raise sovereignty issues if it involves accessing data located abroad or stored on electronic devices located in a foreign country. This brings into question the infringement of the sovereignty of other states. Analysing these problems requires a consideration of both technical and normative aspects. If the data being accessed (and consequently obtained) is located on servers in another country, the investigating state undertakes a sovereign act within another state.⁷ Territorial sovereignty is therefore violated when foreign investigators access foreign IT systems without permission (even if this is done to investigate or stop a cyberattack originating from that country).⁸ Accessing digital evidence is often complicated by (according to some) outdated territorial rules and the involvement of foreign IT service providers. As a result, cross-border acquisition of digital evidence frequently necessitates the use of time-consuming instruments of international mutual legal assistance.⁹ Whether such a stringent system is necessary, impractical or a downright thorn in the heel of criminal investigators is up for debate and it certainly concerns the question of where digital evidence is actually located.

Compared to criminal offenders, law enforcement agencies are significantly limited in their investigations when it requires obtaining and analysing digital evidence, especially when such evidence is stored remotely. In addition to national legislative restrictions, their work is hindered by international borders, as accessing data content on remote de-

⁷ Ulrich Sieber and Carl-Wendelin Neubert, „Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty,” *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 20, no.1 (2017): 254–255.

⁸ “Sovereignty and jurisdiction,” E4J University Module Series: Cybercrime, Module 7: International Cooperation against Cybercrime, United Nations Office on Drugs and Crime, accessed May 25, 2024, <https://www.unodc.org/e4j/en/cybercrime/module-7/key-issues/sovereignty-and-jurisdiction.html#:~:text=Cybercrime%20jurisdiction%20is%20established%20by,interests%20and%20security%20of%20the>.

⁹ Athina Sachoulidou, “Cross-border access to electronic evidence in criminal matters: The new EU legislation and the consolidation of a paradigm shift in the area of ‘judicial’ cooperation,” *New Journal of European Criminal Law*, vol. 0, no. 2 (2023): 2.

vices raises questions about respecting the sovereignty of the countries where these devices are located.¹⁰ These types of reservations are certainly not absurd. They serve an important purpose, not only from the standpoint of protecting national sovereignty but also national security. Accessing various types of digital data is critical for preventing and effectively combating modern criminal activity, but limited by legislation in the jurisdiction where electronic data is stored, and the existence of bilateral or international agreements on cross-border access to digital data or evidence.¹¹

In cross-border acquisition of digital evidence, it is always necessary to consider territorial sovereignty, as defined by the Court of International Justice in the *Lotus* case.¹² Stemming from this ruling, states must not exercise their jurisdiction over the territory of other states.¹³ The prosecution of criminal offenses and related investigative actions fall within the jurisdiction of the state, meaning that conducting such actions on the territory of other states constitutes an infringement of their territorial sovereignty. Due to the nature of digital evidence (it can be located anywhere in the world and accessed from practically anywhere), it is often questionable where this type of evidence is actually located and which copy of identical data a person is actually accessing.¹⁴

The purpose of this article is to categorically define the types of determining the location of digital evidence that are currently established in the international legal order, with a focus on the European Union, and to identify the essential aspects of these types of determining the location of digital evidence. In it, we highlight that the location of digital evidence is primarily tied to the location of storage units, while taking into the account that in international law, legally fictitious alternative approaches to determining the location of digital evidence have been developed. In line with these developments, considering the issue of the location of digital evidence from the perspective of state sovereignty and the jurisdiction of law enforcement authorities, as well as the need for international coop-

¹⁰ Sieber and Neubert, „Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty,” 244–245.

¹¹ Stanislaw Tosza, “Gathering Electronic Evidence for Administrative Investigations. Exploring an Under-the-Radar Area”, *eucrim*, no. 0 (2024): 2.

¹² Permanent Court of International Justice, “Affaire Du “Lotus” ... = The Case of the S.S. “Lotus,” accessed 12.8.2024, https://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm.

¹³ Sieber and Neubert, „Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty,” 253.

¹⁴ Identical copies of a file can be located in different locations. This is particularly common and relevant in case of multiple backups, which, by their very nature, often exist in multiple locations for security reasons.

eration among law enforcement agencies to effectively combat crime, we can expect the development of some form of a shared digital investigative territory.

2. Where is the data?

The issue discussed here pertains to stored files rather than the content that is being created. When we talk about cross-border acquisition of digital evidence, we refer to stored and existing data content.¹⁵ The issue pertains to the specific difference between acquiring existing files and real-time surveillance. In the realm of digital evidence, we can encounter borderline situations where accessing a remote device in relation to a specific file blurs the practical distinction between acquiring stored files for investigative analysis and conducting direct real-time surveillance of an individual's activities. This involves scenarios where the user of a remote device is still creating or modifying a specific file at the time of access, highlighting the important distinction between an investigation of an electronic device and real-time surveillance. This distinction is crucial due to the different legal assumptions underpinning the lawful execution of each investigative action. It presents a particularly specific situation in remote investigation of electronic devices, compared to conventional investigations where a device is initially seized, and a static identical copy of data is created and later examined. In remote investigations, the user often or at least potentially retains access to the device during law enforcement's access. Even with this distinction, it would be necessary to analyse when a file is considered stored in the context of the boundary between investigating an electronic device and remotely monitoring its use. Is the acquisition of an open file (a file available to an application on the operating system for reading and/or writing)¹⁶ questionable from this perspective? The crucial difference needs to be defined not purely from a technical standpoint (the method or status of how the file is stored) but from the user's activity at the time of the investigative action concerning the specific file. In other words, did the user interact with the file in any way at the time of remote access and securing of the file? In line with this

¹⁵ Eurojust, "Trans-Border Access to Stored Computer Data under Article 32 of the Budapest Convention on Cybercrime and Extraterritorial Powers." accessed January 23, 2024, <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/trans-border-access-to-stored-computer-data-under-article-32-of-the-budapest-convention-on-cybercrime-and-extraterritorial-powers-23-01-2024.pdf>: 2.

¹⁶ "open file," Encyclopedia, PCmag, accessed April 30, 2024, <https://www.pcmag.com/encyclopedia/term/open-file>

explanation, the essential distinction would be the user's actual engagement with the file at the time of access, rather than the technical status of the file.¹⁷ This is both a theoretical and practical issue of remote device investigations, which could be the subject of its own paper as it deserves a detailed analysis. For the purposes of this specific paper, it is essential that it pertains to files statically stored on a specific storage medium, which are not being accessed or modified by anyone (at least as a general rule or to the knowledge of the investigative authority) at the time of their securing.

The question of the location of a certain piece of digital evidence primarily relates to distinguishing between the informational content of the evidence and its stored shape. From a technical perspective, digital evidence is merely a series of electronic impulses, stored in a more or less permanent form.¹⁸ When we talk about informational content, we refer to the information or data presented or stored within the digital evidence. This can relate directly to the contained information or the file itself (for example a video of a committed crime), information that can be extracted from the content of such evidence (such as bank transaction data from a spreadsheet file), as well as information about the file itself (metadata). Thus, digital evidence can contain developed information or merely data from which information can be extracted through analysis and comparison with other data. The storage unit as a carrier of digital data represents the physical manifestation of digital evidence, much like a piece of paper for a written document or a photograph. Information itself can be located in many places simultaneously, and ultimately, it can exist in the memory of any person. Even though certain information can be found in various accessible places, the appropriateness of obtaining or accessing specific information is tied to its' actual accessed source. In the modern digital age, accessing data and information stored on devices worldwide has become so effortless that the physical location of these devices is often not even considered. As a result, many question the rationale behind rigidly assessing the legality of obtained digital evidence with regard to the location of accessed devices. However, the assessment of the legality of obtaining specific digital evidence in relation to the particular source or device from which the evidence was acquired becomes undoubtedly necessary when compared to other sources of evidence. A defendant cannot be compelled to provide a defense or disclose information solely because another person knows that information, re-

¹⁷ The difference is significant, as a computer user can leave a file open for an extended period of time without making any changes to it.

¹⁸ Liljana Selinšek, "Digitalna forenzika v kazenskih postopkih." In *Digitalna forenzika v kazenskih postopkih*, ed. Liljana Selinšek (Ljubljana: GV Založba, 2008), 31.

ardless of whether the identity of that person is known and they are otherwise obliged to testify. To this, one must sensibly add the extremely important aspect of state sovereignty and the associated prohibition of cross-border investigative actions, which substantiate the linking of the location of digital evidence to a physical storage unit as a legal fact of international public law.

When dealing with digital evidence, we must also consider the intermediate stage between the physical storage medium and the contained data or information, namely, the computer file. »A file is a container in a computer system for storing information.«¹⁹ Files represent the digital equivalent of physical information and data carriers in the domain of documentary evidence, such as a piece of paper, a printed photograph, or an audio recording on a magnetic tape. In the context of an actual investigation, it is primarily the files that are acquired or secured. The reason for this is that files serve as a medium through which data can be presented or information can be conveyed to an individual in an understandable manner. Therefore, to access their content, these files need to be opened using a program that supports the specific file format.²⁰ If an investigator were to only acquire data contained within a file, it would mean copying the data from an open file into another file, or creating a completely different file to replicate the source data being acquired. An example of this would be an investigator opening a text file on a computer using a text editor and taking a screenshot of the displayed text. A comparable scenario in the physical domain would be a police officer photographing a relevant document found during a house search instead of seizing it. From this, we can deduce that such copying of the digital representation of files is not the most trustworthy method of obtaining evidence in criminal proceedings, as it merely provides an assumed replica or approximation of the original evidence. In criminal proceedings, to satisfy the requirement of evidence authenticity, we strive to obtain the original, which in the digital domain can only be represented by the original file containing the relevant data. This distinction is important as defining the file as the actual form of digital evidence theoretically provides an answer to the location of digital evidence as tied to the location where the specific file with relevant evidentiary content is stored.

When dealing with the process of obtaining evidence in criminal law, we are foremost concerned with the sources of information rather than the

¹⁹ Margaret Rouse, "File," Technopedia, accessed June 26, 2024, <https://www.techopedia.com/definition/7199/file>

²⁰ The file format is the structure of a file that tells a program how to display its contents.« Computer Hope, Dictionary, "File format," accessed June 26, 2024, <https://www.computerhope.com/jargon/f/file-format.htm>.

content itself. Legislation (typically) regulates the seizure of objects and documents, the interrogation of witnesses, house searches, the examination of electronic devices, etc. Thus, the process, as it relates to obtaining information from these sources, is determined by the form of the source themselves. The content or anticipated content of the evidence is however also important as investigative actions aim to obtain evidence related to the specific investigated crime. The content of the examined electronic device is crucial in assessing the appropriateness of the investigative measure in terms of the proportionality test between the means used and the goal of the investigation, as stipulated by the European Court of Human Rights in the case of *Kruglov and Others v. Russia*.²¹

Similarly, we find prohibitions on conducting certain types of evidence collection based on the content of the evidence. An example of this is the interrogation or other investigative actions involving a lawyer in connection with their client. This is a special situation where such intrusion into privacy is specifically limited due to attorney-client privilege. It is one of the oldest recognized privileges for confidential communications²² which, despite extensive practice, often encounters new legal questions and violations in the realm of electronic evidence and the investigation of electronic devices. Superficially, it may seem that this condition pertains to the means, such as the lawyer, their office, documentation, and electronic devices. However, it is actually a substantive prohibition on collecting evidence containing content that the defendant has shared with the lawyer or that the lawyer has gathered for their client's case. When conducting investigative actions, where the means involve a lawyer or objects and items related to their work, there are often restrictions. The European Court of Human Rights has explicitly emphasized that the persecution and harassment of members of the legal profession strike at the very heart of the Convention²³ system, and therefore, the searching of lawyers' premises should be subject to especially strict scrutiny.²⁴ This restriction also applies to the presence of legal advice from a lawyer to a client found in the data content of the investigated device.²⁵ The EU Regulation on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial

²¹ European Court of Human Rights, *Kruglov and others v. Russia*, case 11264/04.

²² Adjoa Linyz, "The Attorney-Client Privilege and Discovery of Electronically-Stored Information." *Duke Law & Technology Review*, vol. 10, no. 1 (2011): 12.

²³ Council of Europe: *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series 005. Strasbourg, 1950.

²⁴ European Court of Human Rights, *Kolesnichenko v. Russia*, case 1956/04, par. 31

²⁵ European Court of Human Rights, *Visy v. Slovakia*, case 70288/13

sentences following criminal proceedings²⁶ (hereinafter referred to as the E-evidence Regulation) also considers certain immunities and privileges that may apply to categories of persons, such as diplomats, or specially protected relationships, such as the aforementioned confidentiality between a lawyer and client, or the right of journalists not to disclose their sources, as mentioned in other mutual recognition instruments.²⁷

In Slovenia, it is legally required²⁸ to create an identical copy of the data content for the purpose of investigating a seized device, thereby creating a new medium to be examined. The investigation is conducted on this identical copy, not the seized device. This is an established forensic practice aimed at ensuring the integrity of the investigated data. In the case of *Kruglov and Others v. Russia* the ECHR also highlighted that for electronic devices which are not tools or products of a crime, prolonged retention is not justified if there are no legitimate reasons why the content of the device could not be copied. The Budapest Convention²⁹ similarly anticipates this procedure in the third paragraph of Article 19, stating that each Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to empower its competent authorities to seize or similarly secure computer data, including the power to make and retain a copy of those computer data and to maintain the integrity of the relevant stored computer data. In the expert analysis of digital evidence, particularly the process of obtaining and investigating it, their volatility must be considered.³⁰ Digital evidence is extremely volatile, both in terms of changes and deletion. This aspect is particularly problematic in cases where services are moderated by service providers.³¹ Consequently, if the procedure is

²⁶ Regulation (EU) 2023/1543 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial sentences following criminal proceedings

²⁷ Recital 47 – 48 of the E-evidence Regulation (Regulation (EU) 2023/1543)

²⁸ Paragraph 1 of Article 223.a of the Slovenian Criminal Procedure Act stipulates that if an electronic device is seized for the purpose of investigation, the electronic data must be preserved by storing it on another suitable data carrier in such a manner that the identity and integrity of the data are maintained, and its use in subsequent proceedings is ensured, or an identical copy of the entire data carrier is made, ensuring the integrity of the copy of the data.

²⁹ Council of Europe: *Convention on Cybercrime*. European Treaty Series – No. 185, Budapest 2001.

³⁰ Recital 41 of the E-evidence Regulation (Regulation (EU) 2023/1543).

³¹ Elizabeth White, “Closing cases with open-source: Facilitating the use of user-generated open-source evidence in international criminal investigations through the creation of a standing investigative mechanism,” *Leiden Journal of International Law*, vol. 37, no. 1 (2024): 228–250, accessed April 19, 2024. <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/closing-cases-with-opensource-facilitating->

correctly executed to ensure data integrity, we are addressing the issue of the location during the preservation or securement phase. The evidentiary value of digital evidence is significantly dependent on the procedure used to secure it. This evidentiary value can primarily be assessed based on three attributes: authenticity, integrity, and accountability.³² All three attributes are crucially linked to the precise identification of the actual source of the data and ensuring the consistency of the data content stored at the source with the data that was investigated.

Since the medium for evidentiary content in the form of digital data is the storage unit, it is logical to consider the location of the digital evidence during the acquisition phase as being tied to the location of this storage unit. This concept is not contentious in cases where digital evidence or data content is found on individual smaller electronic devices or memory units, which the data holder likely physically had in his possession. These are devices that will be physically seized for the purpose of investigation. In most cases, they require direct possession to access their data content. For these devices, the location of digital evidence is not problematic, as it is entirely tied to the physical device on which it is stored. Since the investigation of this data is inseparably linked to the seizure of these devices, the limitation of law enforcement's jurisdiction regarding seizure, which can only be directly carried out within their area of jurisdiction, is evident. The concept of the location of digital evidence becomes somewhat blurred in the case of remote access to digital evidence stored in the cloud or on other remote devices. The question is where the police are actually acting in this case. Physically, they do not go abroad, but instead use a computer within their jurisdiction for the purpose of the investigation. Nevertheless, their actions interfere with a device located in a foreign country.

3. The problem of international infringement on individual rights

An important aspect of the contentious nature of cross-border investigative actions and the acquisition of digital evidence is that such investigative actions constitute an infringement on the rights of individuals. In the context of cross-border infringements, we primarily talk about the administrators of information systems or digital services and the users of these services whose data is stored on the servers hosting these serv-

the-use-of-usergenerated-opensource-evidence-in-international-criminal-investigations-through-the-creation-of-a-standing-investigative.

³² Selinšek, "Digitalna forenzika v kazenskih postopkih." 31.

ices. Such actions may very well represent unlawful infringements on the rights of these individuals (and legal entities). For the purposes of criminal prosecution, the illegality of such infringements by authorities is usually excluded if it is legally determined and based on a judicial act or an act of another competent authority (usually a type of search order).³³ This means that the actions of the competent authorities are bound by compliance with national legislation and individual decisions of the competent national authorities. This results in a strong limitation to the territory of the state police, as the reach of the validity of national legal acts, in the absence of existing international agreements or specific recognitions, is only within the territory of that state. Such infringements on the rights of individuals are problematic in the context of cross-border investigative actions from the perspective of both involved states. On one hand, such actions in a foreign country are illegal by the concept of territorial sovereignty, as the legal acts of the state conducting the investigation do not exclude the illegality of investigative measures in another country. On the other hand, the other country, where the investigated devices are actually located, is obliged to protect the rights of individuals on its territory, the property located on its territory, and, generally, act so as to prevent unlawful actions on its territory.

Cross-border intrusions into information systems by foreign investigators constitute illegal access to an informational system if they are not conducted in accordance with national legislation and an existing international agreement. The criminalization of illegal access to an informational system is required by the Budapest Convention and the Directive on attacks against information systems³⁴ The Budapest Convention, in Article 2, states that “each party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as criminal offenses under its domestic law, when committed intentionally, the access to the whole or any part of a computer system without right.” It also mentions that this may require the offense to be committed by infringing security measures, with the intent of obtaining computer data or other dishonest intent, or in relation to a computer system connected to another computer system. Directive 2013/40/EU, in Article 3, states that member states of the EU must take the necessary measures to ensure that, when committed intentionally, unauthorized access to the whole or any part of an information system is punishable as a criminal offense when committed by infringing a security measure, at least for cases that are not minor. The described

³³ Such is the case in Slovenia.

³⁴ Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA.

criminal offense does not pertain to physical access to computer hardware (any manipulation with computer components), but to access the information content stored on an electronic device. It pertains to causing damage, abuse of confidentiality of information, or abuse of the system itself through unauthorized access to the information system or its data content. The purpose of criminalizing such unauthorized access is to protect the uninterrupted operation and integrity of information systems.³⁵

At this point, it is important to highlight the distinction between the two forms of criminalization of such intrusions into an information system, as required by the Budapest Convention. The first is the criminalization of the access to the whole or any part of a computer system without right, and the second is the criminalization of the first form, when committed by infringing security measures in relation to a computer system that is connected to another computer system.³⁶ This distinction refers to the difference between cases where investigators access an online service from a device that is already logged into the service (or they know the password³⁷ and simply log into the user account) and cases where investigators access an information system or user account by “hacking it” and infringing on its security measures. If the country where the device hosting the information system is located only criminalizes the aforementioned qualified form of access,³⁸ cross-border investigative accesses that do not involve circumventing the target information system’s security measures using special technical means³⁹ would not, in themselves, be illegal in the absence of international limitations on police jurisdiction. This distinction could be an important condition or limitation in the future, in the case of the formation of international agreements that would allow such cross-border investigative accesses. It would conceptually limit the intrusion to the sphere of the investigated persons and restrict the interference

³⁵ Miha Špec, *Kibernetski kriminal, kazniva dejanja in kazenskoppravna analiza* (Maribor: Univerzitetna založba Univerze v Mariboru, 2018), 62.

³⁶ The qualified form of illegal access also includes the intent of obtaining computer data or other dishonest intent, but for the purposes of the discussed topic, this addition is not as essential since obtaining computer data is the very purpose of the investigative actions conducted by the police.

³⁷ The fact that the police know the password of a user account, even if obtained from the service user, does not mean that the police have obtained the user’s consent to search their account.

³⁸ Špec, *Kibernetski kriminal, kazniva dejanja in kazenskoppravna analiza*, 64.

³⁹ The question arises whether this condition would be met in the case of social hacking. On one hand, such actions do not involve the use of special technical means to bypass the security measures of the information system in a technical way, but often exploit the users use of certain services and technical support. Here we stumble upon a question of the extent of the interpretation of the system’s security measures.

with the information system itself. This would be particularly reasonable if such international investigative measures were limited to user accounts of persons who are in a meaningful way connected to the country conducting the investigation.⁴⁰ However, even such a legal framework would undoubtedly require appropriate safeguards as two issues remain evident even with this limited approach. The first issue is that, even in investigations limited solely to a specific user account or the accounts of a particular individual, it is necessary to ensure that the rights of that individual are adequately respected. States must not allow other states to violate the rights of individuals within their territory, even if those individuals are citizens of the infringing state. The second issue is that limiting investigations to individual user account does not prevent the potential abuse of initiating an exceptional number of “individual” investigations into user accounts. If the legal thresholds for investigating a single user account in the country conducting the investigation are too low, restricting investigations to individual user accounts does not provide effective protection against indiscriminate and large-scale surveillance of user accounts. This reveals the need for a certain level of harmonization of conditions for investigating remote devices among countries potentially adopting an agreement permitting such cross-border investigations.

This brings us to another highly contentious infringement on individual rights, namely the infringement on the privacy of individuals. Under Article 8 of the European Convention on Human Rights⁴¹ (hereinafter referred to as ECHR), everyone has the right to respect for their private and family life, their home, and their correspondence. Interference by a public authority with the exercise of this right is acceptable only if it is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others.⁴² It is well established through case law of the European Court of Human Rights, among them in the case of *Ivaschenko v. Russia*,⁴³ that the search and seizure of electronic data constitutes an infringement on the right to privacy of correspondence, as specified in Article 8 of the ECHR.

While an intrusion carried out within the framework of investigative actions pursues a legitimate aim (the prevention of crime), it is always questionable whether it is conducted in accordance with the law and is

⁴⁰ Such as citizens, residents, legal entities with a registered office in that country, etc.

⁴¹ Council of Europe: *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*. Council of Europe Treaty Series 005. Strasbourg 1950.

⁴² Article 8 of the European Convention on Human Rights.

⁴³ European Court of Human Rights, *Ivashchenko v. Russia*, case 61064/10.

necessary in a democratic society. The condition of being necessary in a democratic society must be assessed in the context of the individual case, focusing on the person whose privacy is being infringed upon and the crime being investigated. The crucial question regarding the topic at hand arises concerning the condition of the investigative task being in accordance with the law. While a cross-border investigative measure may comply with the conditions and procedures stipulated in national legislation, the legality of such an action under international law is questionable, as international law generally prohibits the arbitrary intervention of national authorities into foreign territories. Ultimately, actions contrary to the provisions of international conventions which the signatory states have ratified, such as the Budapest Convention, which specifically regulates various forms of cross-border acquisition of digital evidence, cannot be considered actions in accordance with the law.

Up until this point, we have discussed the negative obligation of the state to refrain from infringing on the right to privacy. Now, we must also consider the positive obligation. The right to privacy requires not only that national authorities abstain from unjustified intrusions into privacy but also that they protect individuals from such intrusions by taking appropriate measures to ensure respect for their right to privacy.⁴⁴ Accordingly, states must act to prevent unjustified intrusions into privacy within their territory.⁴⁵ In the context of investigative actions by other states, several questions arise, including where the intrusion into an individual's privacy actually occurs (whether it is linked to the location where their data is stored). Here, the primary guiding principle can be the conditions for establishing jurisdiction for prosecuting cybercrime. According to the first paragraph of Article 22 of the Budapest Convention, each party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish jurisdiction over crimes established in this convention, when they are committed in its territory. However, determining whether a crime occurred within the territory of a particular state is often difficult if the crime was committed in cyberspace. Therefore, jurisdiction for prosecuting cybercrime often needs to be determined based on other factors, such as the nationality of the perpetrator and the victim, as well as the impact of the cybercrime on the interests and security of the state.⁴⁶ This

⁴⁴ European Court of Human Rights, "Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights," accessed 9.4.2024, https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng.

⁴⁵ Similarly, Directive 2013/40/EU of 12 August 2013 stipulates this as well, with the addition that it was committed by their citizen.

⁴⁶ "Sovereignty and jurisdiction," E4J University Module Series: Cybercrime, Module 7: International Cooperation against Cybercrime.

last factor is perhaps the most important, as the security and integrity of information systems within a state are certainly in its interest, especially from the economic perspective of trust in locally based digital services and the protection of national security from the perspective of state information systems.

4. The legal fiction of the location of evidence

From a purely technical standpoint, the location of digital evidence is clear as it shares the location with the medium on which it is stored. This position is confirmed by international legal instruments which regulate special types of cross-border acquisition due to the recognition of the problem related to the technical location of digital evidence. The logical basis for such regulation, founded on international consensus, is the acknowledgment that the issue in conducting such investigations pertains to state jurisdiction. Nonetheless, we discuss the concept of remote access which inherently recognizes the source (another device) and thus the location of the evidence on that remote device. By acknowledging the technical location of the evidence and the related jurisdictional aspect, the focus shifts from whether law enforcement agencies can obtain evidence abroad to when and how they can do so. Addressing this question can clarify the legal pathway for legitimate acquisition and allow for constructive critiques to improve these procedures while respecting the rights of the accused and the territorial sovereignty of individual states while pursuing the goal of effective prosecution of crime.

Based on the aforementioned points and a review of various methods of international acquisition of digital evidence, we can identify three types of digital evidence locations, as sensibly defined through the lens of jurisdiction and the process of their acquisition. The location of digital evidence as tied to the location of the storage unit where the sought data is stored, the location of the provider of the digital service within which the data is stored, and the location from which the data content can be accessed.

5. The location of digital evidence as tied to the location of the storage unit

The determination of the location of digital evidence based on the location of the device on which it is stored is accurate from a strictly technical perspective, as it is based on the only actual physical manifestation

of digital content in the form of a “record” on a physical medium. This approach is practical from the standpoint of pure determinability, as tying the location of digital evidence to a physical, tangible object limits the ambiguous nature of digital evidence and its associated problems. By linking the evidence location to a specific physical device, we assign a temporally and spatially stable location to the data content based on which we can ascertain the specific jurisdiction or lack thereof of the authority obtaining the evidence, which consequently allows us to determine who is actually authorized to obtain a certain piece of evidence. This subordinates the acquisition of digital evidence to the rules of seizure, requests for cooperation, and investigations of objects and information abroad, which are largely adequately defined by the laws of international police, prosecutorial, and judicial assistance. Although the flow of data in the digital domain is largely territorially unrestricted, criminal prosecution is still limited to national borders according to the aforementioned judgment in the *Lotus* case.⁴⁷ This makes the acquisition of data, which is often stored abroad, significantly constrained by other states’ territorial sovereignty.⁴⁸ Therefore, various instruments of cross-border cooperation represent an extremely reliable solution, as they help avoid potential jurisdictional conflicts. For this reason, such a determination of location, and, consequently, international cooperation in obtaining digital evidence, can be considered a ‘safe bet.’

The Budapest Convention on Cybercrime sensibly addresses the location of digital evidence. In the first paragraph of Article 19, which regulates the search and seizure of stored computer data, it is clearly stipulated that each state must adopt legislative and other measures to enable its law enforcement authorities to search or similarly access a computer system or part of it, as well as computer data stored therein and a computer-data storage medium in which computer data may be stored in its territory. The addition that such powers are defined for the territory of each state seems self-evident and unnecessary at first glance due to the general understanding of the territorial jurisdiction of law enforcement authorities. However, from the perspective of the convention’s purpose, clearly outlined in the preamble,⁴⁹ which highlights the need for international cooperation and a joint fight due to the very nature of cybercrime and the consequently related nature of digital evidence, the provisions of this

⁴⁷ Sachoulidou, “Cross-border access to electronic evidence in criminal matters: The new EU legislation and the consolidation of a paradigm shift in the area of ‘judicial’ cooperation,” 70.

⁴⁸ Sieber and Neubert, “Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty,” 252–253.

⁴⁹ ???????????

convention addressing specific prosecutorial actions, in the absence of the added limitation “in its territory,” could lead to interpretations of cross-border jurisdiction of law enforcement authorities of individual states. It is difficult to imagine a legal order that would allow law enforcement authorities of one country to cross the border into another country and, for the purpose of criminal proceedings, seize an electronic device from an individual and secure its data content on the territory of the other country. This provision in question does not only refer to the physical seizure of an electronic device and the consequent securing and examination of its data content but must also be understood in the context of remote access.

The addition of “in its territory” clearly limits the jurisdiction of each state’s law enforcement authorities within the confines of their territory. This not only promotes and sensibly enables actual and effective international cooperation but also appropriately defines the location of digital evidence as tied to the physical device on which the data is stored. Anchoring the location to the physical storage medium and its location establishes the concept of a “true source” of the obtained evidence, which, due to international cooperation and the consequent agreement on the actual location of the evidence by the law enforcement authorities of both countries, attains a certain institutional level of authenticity. The physical location of the acquisition or discovery of the evidence is now clearly known, which (at least theoretically) allows for a satisfactory level of examination of the legality and acquisition of the evidence and its probative value.

The notion of location, as tied to the storage unit, is further emphasized in the second paragraph of Article 19 of the Budapest Convention, which stipulates the investigation of a remote device that is lawfully accessible from the initially investigated device and contains the content sought. This type of investigation is also limited by the condition that the other, albeit remote, device, which the police would access via the initially investigated (and seized) device, is located within the territory of the investigating authority. In this case, the concretization of the location of digital data in accordance with the location of the storage device is even more evident, as it directly addresses remote access.

6. Doubt about the location

When considering the technical location of digital evidence, that is, the location of the storage unit, we encounter an important question: what is the appropriate procedure in situations where investigators do not

exactly know where the remotely accessed storage unit (e.g., a server) is located. The situation in which the investigators do not know the location of the storage unit is referred to as “loss of location” or “loss of knowledge of location”. Such situations raise the question of whether the investigative authority should refrain from obtaining and examining digital evidence if it is in doubt about whether it can obtain it due to territorial jurisdiction or because it does not know which country would have jurisdiction for obtaining it within the framework of international assistance.

⁵⁰ In line with the posed question, contentious cases arise where the police would not know whether they have the jurisdiction to obtain certain digital evidence due to the lack of knowledge of its location but would obtain it nonetheless. This is an extremely problematic situation as it is often difficult to determine the location of remote devices on which data is actually stored.

If the police obtained evidence outside their territory, they obtained it illegally. This conclusion is based on the general understanding of the national jurisdiction of investigative authorities and the consequent prohibition of infringing on the sovereign jurisdiction of other states, as derived from the previously mentioned *Lotus* case. Within the given assessment, police conduct in doubtful situations must be analysed from the perspective of the Exclusionary Rule. We will not determine here whether evidence obtained by the police from devices located in other countries without proper legal basis must necessarily be excluded from proceedings as this issue is regulated differently in various countries. The need to exclude evidence is assessed based on rules developed in different countries according to their specific historical, cultural, and institutional values.⁵¹ The European Court of Human Rights (ECHR), in its decisions, also does not assess whether evidence obtained illegally under domestic law is admissible but whether the overall procedure, including the method of obtaining evidence, was fair. In doing so, it considers not only the illegality of obtaining the evidence but also the nature of the violation of any convention rights. In this context, the court also examines whether the defence was given the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use, as well as the quality of the evidence.⁵²

⁵⁰ Sieber and Neubert, “Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty,” 246–247.

⁵¹ Michele Panzavolta, Elise Maes and Anna Mosna. “Streamlining the exclusion of illegally obtained evidence in criminal justice,” 4, accessed April 25, 2024, https://www.law.kuleuven.be/linc/english/research/Panzavolta_Streamlining_The_Exclusion_Of_Illegally_Obtained_Evidence_In_Criminal_Justice.

⁵² European Court of Human Rights, *Bykov v. Russia*, case 4378/02, par. 89–90.

The question at hand is how an investigator should act when they are not sure where the remote device is located. Considering that the problem of illegally obtained evidence is (if necessary and appropriate) resolved using the Exclusionary Rule, it is only reasonable to examine this problem from the standpoint of this rule. The Exclusionary Rule is meant to prevent, not to repair, legal shortcomings in the process of a criminal investigation by compelling law enforcement to act according to the law and by removing the incentive to disregard it.⁵³ The exclusion of illegally obtained evidence in such a manner could be examined from the standpoint of the reliability principle (whether the manner in which the evidence was gathered has tainted its reliability), the deterrence principle (preventing investigators from committing improprieties by prohibiting the use of the fruits of these acts to secure a conviction), the protective rationale (exclusion serves as a remedy for the violation of defendants' rights), and moral legitimacy (in accordance with the need to appear legitimate in the eyes of the public).⁵⁴ It is only reasonable to consider the deterrence principle applicable in cases when law enforcement does not know if the actions they are about to execute are in fact legal. Infringements on individual rights and territorial privacy constitute illegal actions, which are only lawful under specific conditions. If law enforcement authorities are not certain that their actions meet the necessary conditions, they must assume that their actions are illegal based on the presumption of conditional legality. This stance is valid because, under this principle, we aim to prevent arbitrary and inappropriate behaviour of law enforcement. Accordingly, we can also refer to the protective rationale under which we seek to protect individuals' rights against unjustified intrusions since, when law enforcement is unsure of the justification of their actions, a higher number of rights violations can reasonably be expected. From the standpoint of moral legitimacy, we can also argue that reckless and dubious behaviour by law enforcement, when unsure of the legality of their actions, cannot inspire public confidence in the criminal justice system. Perhaps, the most problematic aspect of the discussed topic is the reliability principle. As previously mentioned, the proper determination of the source, which reasonably includes its location, is crucial for assessing the evidentiary value of digital evidence. There is a legitimate argument to be made that the reliability of the obtained evidence can be reformed by the subsequent determination of the source's location. However, it is entirely possible that

⁵³ Justia, "The Foundations of the Exclusionary Rule," accessed May 25, 2024, <https://law.justia.com/constitution/us/amendment-04/34-the-foundations-of-the-exclusionary-rule.html>

⁵⁴ Panzavolta, Maes and Mosna. "Streamlining the exclusion of illegally obtained evidence in criminal justice," 79–82.

the subsequent determination will be dubious or that its credibility will be compromised. Nonetheless, taking into account various aspects of the exclusionary rule, we can certainly conclude that it would be appropriate for law enforcement authorities to refrain from investigating remote electronic devices if they do not know in which state they are located

Regardless of the credibility of the subsequently determined location of the evidence source (or its location), it is problematic for law enforcement to determine the legality of their actions only after they have already been carried out as they have already infringed on individual rights and the territorial sovereignty of another state. Furthermore, the subsequent determination of the legality of the obtained evidence is problematic because the timely exclusion of illegal evidence is essential to prevent it from being deeply embedded in the investigation, making its negative effects impossible to fully remove later in proceedings. It becomes impossible to trace what later obtained evidence was gathered as a result of it.⁵⁵ If the location of the source was not known beforehand, it is questionable whether proper subsequent verification is even possible. In the “overall fairness” test of the ECHR, within the assessment of whether the applicant was given an opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use, it is unfortunately often overlooked whether the defence and the court had sufficient information about the circumstances of the evidence’s acquisition to assess whether it was obtained legally.⁵⁶ It is certainly difficult to support the position that the defendant (in most cases) is effectively capable of challenging the legality of the obtained evidence from the perspective of its location, if determining the location of storage devices poses a significant challenge for law enforcement authorities. In line with this, it is certainly essential that, from the perspective of the principle *in dubio pro reo*, the burden of proof regarding the location of storage devices falls on the shoulders of law enforcement authorities. However, this raises questions about the actual technical ability to prove the location of the accessed device beyond a reasonable doubt in cases where a digital piece of evidence is located on multiple storage devices in different locations. This is just one of the reasons why tying the location of digital evidence to the location of the storage device is not always practical, especially in cases of cloud storage solutions and other digital services that use multiple servers but give the impression of a unified ac-

⁵⁵ Fair Trials, “Unlawful evidence in Europe’s courts: principles, practice and remedies,” accessed June 25, 2024, <https://www.fairtrials.org/app/uploads/2021/11/DREP-report.pdf>, 42.

⁵⁶ Fair Trials, “Unlawful evidence in Europe’s courts: principles, practice and remedies,” 43–44.

cess point. This logically leads us to the next approach to determining the location of digital evidence.

7. Location of the Storage Service Provider

Another definition of the location of digital evidence from the perspective of its acquisition is tying the location of the evidence to the location of the provider of a service, within which the data is stored on a device remote from the user, typically a server. This approach departs from recognizing the actual physical location of data as electrical impulses on a physical medium, moving towards a concept that ties the location to the possibility or legitimacy of accessing the device where the data is stored. This concept acknowledges that storage units or, predominantly, servers where the data sought is located are not necessarily in the same location or under the same jurisdiction as the service providers operating on these servers. However, it focuses on providers' technical capability and, more importantly, their legal right to access these systems and consequently obtain the data. By conditioning the acquisition of evidence on the location of the service providers, the actual location of the data or servers becomes irrelevant, since law enforcement authorities do not intrude into these remote systems. This approach skilfully exploits a unique characteristic of digital evidence: the possibility of obtaining it through a third party, the digital service provider.⁵⁷

A clear example of tying the location of digital evidence to the location of the service provider is the request for the preservation and production of electronic evidence in accordance with the E-evidence Regulation. This regulation, together with The Directive on harmonised rules for the designation of establishments and appointment of legal representatives for electronic evidence⁵⁸, represents the "EU e-evidence package," which establishes a framework within which EU member states can directly request digital evidence from digital service providers in other member states, thereby bypassing traditional channels of mutual legal assistance.⁵⁹

⁵⁷ Sachoulidou, "Cross-border access to electronic evidence in criminal matters: The new EU legislation and the consolidation of a paradigm shift in the area of 'judicial' cooperation," 83.

⁵⁸ Directive (EU) 2023/1544 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 laying down harmonised rules on the designation of designated establishments and the appointment of legal representatives for the purpose of gathering electronic evidence in criminal proceedings.

⁵⁹ Anže Erbežnik, "A new EU system on cross-border gathering of e-evidence - analysis and open questions," *Digitas*, no. 98 (2023): 47.

The Regulation on Production and Preservation Orders for electronic evidence establishes rules under which a competent judicial authority in the Union, in criminal proceedings including criminal investigations or for the execution of a custodial sentence or a security measure involving deprivation of liberty following a criminal procedure, can, in accordance with this regulation, require a service provider offering services in the Union to produce or preserve digital evidence based on a European Production Order or a European Preservation Order.⁶⁰ This constitutes an important instrument for obtaining digital evidence related to online services when the service provider has a designated business unit or legal representative in another member state. Besides the location restriction, the use of this regulation is also limited to data related to the service provided by the service provider within the Union.⁶¹ Offering services in the Union relates to enabling the use of the service by both individuals and legal entities in one or more member states, where mere accessibility of the interface in the Union is not sufficient. To satisfy the condition of “offering services in the Union,” there must also be a significant connection to the Union, which exists when the provider has a business unit in a member state or is based on other specific factual criteria, such as having a significant number of users in one or more member states or targeting the service⁶² towards one or more member states.⁶³

While the previously adopted Directive on the European Investigation Order⁶⁴ is based on the principle of mutual recognition of judgments and judicial decisions, the acquisition of electronic evidence has, up until the adoption of the E-evidence regulation, relied on voluntary and direct cooperation between foreign service providers, national law enforcement and judicial authorities. This method of obtaining evidence represented a faster and less bureaucratic alternative compared to international legal assistance, which is why it became a popular practice. Despite its general effectiveness, this method did not always guarantee successful outcomes

⁶⁰ Recital 18 of the E-evidence Regulation (Regulation (EU) 2023/1543).

⁶¹ Recital 26 of the E-evidence Regulation (Regulation (EU) 2023/1543).

⁶² Whether a provider targets their service at one or more Member States can be assessed based on whether the service includes localization of the language for individual Member States, uses the currency of the Member States, enables the ordering of goods or services in the Member States, has an application related to the service available in app stores of a specific Member State, advertises the service in a specific Member State in the language of that Member State, and offers customer support in a specific Member State.

⁶³ Recital 29 and 30 of the E-evidence Regulation (Regulation (EU) 2023/1543).

⁶⁴ Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters.

for cooperation requests.⁶⁵ Before the E-evidence regulation, direct cooperation with foreign service providers was not formally regulated in most member states.⁶⁶ The formal regulation of this method of cross-border acquisition of digital evidence represents a critical shift towards transforming informal cooperation into formalized cooperation, thereby providing a predictable and reliable instrument for cross-border evidence acquisition. This method of obtaining evidence through direct cooperation with service providers does significantly limit the national sovereignty of the state where the service provider is located. However, such a limitation of sovereignty, due to its formal regulation by an internationally valid act or regulation, aligns with the principle of international sovereignty as described in the aforementioned *Lotus* case regarding the cross-border exercise of state authority.⁶⁷ Despite its formal regulation and compliance with established aspects of international law, it is important to emphasize that this method of evidence acquisition raises significant questions regarding the sovereignty and territoriality of the involved states, as well as the protection of human rights, particularly in terms of privacy and data protection.⁶⁸ This kind of intrusion into human rights without the knowledge or objection of the state where the service provider is located, through the introduction of extraterritorial application of legislation, redefines the national and territorial sovereignty of the involved states.⁶⁹

This approach of tying the location of digital evidence and, thus, the jurisdiction for obtaining it to service providers is also present in the U.S. Cloud Act⁷⁰, which was enacted in 2018, prior to the E-evidence regulation, with the explicit aim of reducing delays associated with MLAT⁷¹ requests for obtaining digital evidence. This law primarily enables U.S. law enforcement authorities to access data held by communications service providers in the USA regardless of where the data is actually stored. Additionally,

⁶⁵ Tosza, "Gathering Electronic Evidence for Administrative Investigations. Exploring an Under-the-Radar Area" 2–3.

⁶⁶ Tosza, "Gathering Electronic Evidence for Administrative Investigations. Exploring an Under-the-Radar Area" 3.

⁶⁷ Tosza, "Gathering Electronic Evidence for Administrative Investigations. Exploring an Under-the-Radar Area" 10.

⁶⁸ Erbežnik, "A new EU system on cross-border gathering of e-evidence - analysis and open questions," 47.

⁶⁹ Erbežnik, "A new EU system on cross-border gathering of e-evidence - analysis and open questions," 50.

⁷⁰ Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (The CLOUD Act), Pub. L. 115-141, div. V, Mar. 23, 2018, 132 Stat. 1213.

⁷¹ An MLAT or mutual legal assistance treaty is an agreement between two or more countries for the purpose of gathering and exchanging information for the purpose of enforcing public or criminal laws.

the Cloud Act establishes a framework for bilateral international agreements with other countries under which they can mutually request and obtain digital evidence from service providers located in the territories of the signatory states. The first such agreement was concluded by the USA with the United Kingdom in 2019, under which U.S. and British law enforcement authorities, having obtained the appropriate authorization, can request digital evidence related to serious crimes, such as terrorism, child sexual abuse, and cybercrime, from technology companies located in the other signatory state.⁷² The content of this agreement, regarding the essential concept of cross-border evidence acquisition from digital service providers, is therefore largely similar to the E-evidence regulation, but functionally much more limited.

8. The location of access

There is an idea to resolve the issue of the legality of remote access to a device (in some cases) through the reasonable application of procedural provisions and practices related to the lawful entry of the police into a private residence without a prior court order, provided that the resident invites the police into their premises or consents to it.⁷³ This involves considering reasonably the voluntary surrender of the username and password as an invitation for the police to enter a private space.⁷⁴

The legality of police access to a remote device and the subsequent investigation, when based on the consent of the user of that remote service, is reasonable as it excludes two grounds for disputing such an investigation. The first stems from the perspective of communication privacy as it is not violated if the individual, who reasonably expects privacy over the data content in question, consents to disclose this data content to the police, thereby indirectly revealing it to this limited extent and consequently relinquishing their privacy over specific content. The second reason concerns the legality or illegality of the access or entry into the system itself. Unauthorized access is not an issue if the person accessing the system has

⁷² Evand Norris and Morgan J. Cohen, "How US Authorities Obtain Foreign Evidence in Cross-Border Investigations." *New Global Investigations Review*, (2020), accessed June 27, 2024. <https://globalinvestigationsreview.com/review/the-investigations-review-of-the-americas/2021/article/how-us-authorities-obtain-foreign-evidence-in-cross-border-investigations>.

⁷³ In accordance with Article 218 of the Slovenian Criminal Procedural Code, police officers may enter another person's apartment and other premises and, if necessary, conduct a search without a court order, if the occupant of the apartment consents to it.

⁷⁴ Bernard, "Problematika pregona računalniškega kriminala in uporabe digitalnih dokazov z vidika državnega tožilstva," 77.

the permission of the owner or user.⁷⁵ Since access to the system in this case is based on the permission or consent of the user, it inherently justifies the police's investigative authority in the sense of legally safeguarding their actions or excluding illegality.

The solution, which justifies the location of digital evidence based on the location of access to the data, is also addressed in Article 32 of the Budapest Convention, which allows trans-border access to stored computer data with consent or where publicly available. This article represents the most important provision regarding cross-border evidence collection in the Budapest Convention.⁷⁶ It allows a Party to unilaterally access computer data stored in another Party without seeking mutual assistance or without the authorization, thereby remotely investigating data content located on a device in another country. This is permitted in two cases: first, where the data being accessed is publicly available, and second, where the Party has accessed or received data located outside of its territory through a computer system in its territory, and it has obtained the lawful and voluntary consent of the person who has lawful authority to disclose the data to the Party through that system. When drafting the Budapest Convention, the authors were aware that it was too early to establish a comprehensive system for unilateral cross-border acquisition of digital evidence. This decision was based on the understanding that, due to the lack of concrete experience and the recognition that appropriate solutions often depend on specific circumstances, it is difficult to formulate general rules. Therefore, they limited this method of free cross-border acquisition of digital evidence to the aforementioned situations and refrained from regulating other situations until concrete experience was gained and further debates were conducted.⁷⁷ The complexity and contentious nature of this regulatory area is evidenced by the fact that since the adoption of the Budapest Convention, two additional protocols have been adopted: the Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems⁷⁸ in 2003, and the Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced co-operation and dis-

⁷⁵ Šepec, Kibernetski kriminal, kazniva dejanja in kazenskoppravna analiza, 63.

⁷⁶ Eurojust, "Trans-Border Access to Stored Computer Data under Article 32 of the Budapest Convention on Cybercrime and Extraterritorial Powers." 1.

⁷⁷ Council of Europe: *Explanatory Report to the Convention on Cybercrime*. European Treaty Series – No. 185, 2001, <https://rm.coe.int/16800cce5b> (accessed 27.7.2024), p. 53.

⁷⁸ Council of Europe: *Additional Protocol to the Convention on Cybercrime, concerning the criminalization of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems* (ETS No. 189).

closure of electronic evidence (ETS No. 215)⁷⁹ in 2022. However, neither of these protocols added additional cases in which such free or unauthorized acquisition of digital evidence by another state on its territory would be allowed.

First, we must address the cross-border acquisition of digital evidence based on consent. Under this provision of the Budapest Convention, law enforcement authorities of one Party can access and obtain evidence located in another Party, meaning, it is stored on a device in that country, provided they have obtained prior consent from the data owner or processor. Such access to the device located in another country does not require notification of the competent authorities of that country, however the Budapest Convention does not exclude such voluntary notifications.⁸⁰ We must consider the key location condition, namely, that such cross-border evidence acquisition is permitted only when the location of the data (where it is stored) is known and is within another Party of the Budapest Convention. This provision does not cover situations where the data is stored in a third country or where the location of the accessed data is unknown or questionable.⁸¹ Based on this, we can assess that this is only a partial approach to tying the location of digital evidence to the access location. In this case, one could say that the jurisdiction as tied to the access location is only functional, not legal. It allows law enforcement authorities (under the condition of consent) remote cross-border access but limits this based on the technical location of the data in certain countries. From a legal perspective, it still completely ties the location of evidence to the location of the storage device, with precise, limited, and reciprocal extension of the investigative territorial jurisdiction under the Budapest Convention. In terms of our legal understanding of where the digital evidence is located, such access in no way affects the conventional unification of the legal and technical location of digital evidence as consistent with the location of the storage unit. This is most evident from the previously described problem of the uncertainty regarding the actual storage location of the data.

The acquisition of evidence in this manner theoretically does not require the use of special law enforcement powers, which, through the concept of consent, suggests that such acquisition does not initially ap-

⁷⁹ Council of Europe: *Second Additional Protocol to the Convention on Cybercrime on enhanced cooperation and disclosure of electronic evidence* (ETS No. 215).

⁸⁰ Even though such notification is not required, the development of this kind of good faith practice would represent a positive step in promoting mutual trust between countries, thereby strengthening cross-border cooperation in criminal prosecution.

⁸¹ Eurojust, "Trans-Border Access to Stored Computer Data under Article 32 of the Budapest Convention on Cybercrime and Extraterritorial Powers." 13.

pear to constitute repressive state action. This does not mean that the contentiousness of cross-border police actions is excluded. It all relies on the assumption that the obtained consent is genuinely voluntary, making it crucial that the individual giving consent is truly aware that they are not obligated to do so. The question arises as to whether the consent is voluntary if it was obtained during the course of another investigation, such as a house search. It is necessary to consider whether an individual unversed in law understands in such a specific situation that they do not have to provide “consent,” or whether other circumstances (such as fear of potential additional costs associated with obtaining the desired data content) influence their will. It is clear that consent for such cooperation in a criminal investigation must be explicit, as a general consent to the terms of use of an online service, allowing access to data by law enforcement, is not sufficient.⁸² Service providers of digital services are opposed to such methods of data acquisition for criminal proceedings. For example, Facebook (or Meta) suggests that when law enforcement seeks data related to a user account on the social media platform. If the user has given consent for law enforcement to obtain this data, the user should provide the data to the police themselves using the data transfer function.⁸³ This is an extremely practical method of obtaining evidence as it excludes the aspect of cross-border investigative actions. Such acquisition might be problematic in terms of ensuring the actual data provided by the user matches that on the specific user account, but this issue could likely be resolved with specific technical verification measures or merely through the formalization of the process, such as the presence of a police officer during the user’s data retrieval and the creation of an appropriate record. This could perhaps be conducted within the framework of data preservation or securing procedures, in which the data holder (at least in Slovenia⁸⁴) has the right to be present.

⁸² Eurojust, “Trans-Border Access to Stored Computer Data under Article 32 of the Budapest Convention on Cybercrime and Extraterritorial Powers.” 13.

⁸³ Facebook, Help Center, “Information for law enforcement,” accessed April 30, 2024, <https://www.facebook.com/help/494561080557017>.

⁸⁴ In accordance with paragraph 4 of Article 223.a of the Slovenian Criminal Procedure Act, the owner and any known and reachable user of the device are invited to be present themselves, through their representative, lawyer, or expert during the preservation of the data.

9. Open source evidence

With the increasing use of digital evidence, the application of open-source investigations (OSINT) or investigations based entirely or partially on publicly accessible information or digital evidence, is coming to the forefront. Such information represents a new and unregulated, yet critical, form of evidence in modern criminal proceedings.⁸⁵ In these procedures, open-source information is obtained or collected for evidentiary purposes. This information is accessible to the general public or available for purchase or request by anyone. Open-source information in a digital form is predominantly accessible via the internet and encompasses both user-generated and machine-generated data.⁸⁶ It is necessary to clarify the term user-generated data or content. Although the term itself, when directly explained, is understood as content created by users of a particular service, which can be interpreted as evidentiary content not merely resulting as a byproduct of users' actions but intentionally created content published to inform the broader public, in the era of popular discussions about generative artificial intelligence, it is important to emphasize that this does not (or does not only) refer to the content created using such generative AI systems. This emphasis is important because the use of generative AI is currently a frequently highlighted topic in the media, and within the legal community, discussions on digital topics often encounter the misuse of popular terms and awkward, non-substantive translations.

Open-source information encompasses data that anyone can access without a special legal status or the use of an unauthorized access. It contrasts with closed-source information where access is restricted or legally protected and is available through private channels. A good indicator of the type of content is that open-source content does not require interaction with or the obtaining of information from individual internet users.⁸⁷ This distinction becomes somewhat questionable in the case of interest groups on social networks which are formally of a closed nature but effectively accept anyone upon a request to join that requires only the press of a button without substantive interaction with another person. On one

⁸⁵ White, "Closing cases with open-source: Facilitating the use of user-generated open-source evidence in international criminal investigations through the creation of a standing investigative mechanism,"

⁸⁶ The Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Human Rights Center at the University of California, Berkeley, School of Law, "*Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigations*," accessed July 15, 2024, https://www.ohchr.org/sites/default/files/2024-01/OHCHR_BerkeleyProtocol.pdf, 3.

⁸⁷ Berkeley, School of Law, *Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigations*, p. 6.

hand, some authorization is required, but it is of such a nature that it does not effectively exclude the condition that anyone can access its content. This represents a form of apparent selection or limitation. In such cases, the acquisition of data by law enforcement should be assessed based on whether the investigator used a fake profile created for this purpose, and the assessment of such cases should also consider national rules on covert investigative measures.

A major problem with the use of open-source evidence is the lack of consistent mechanisms for their collection. Standardized mechanisms or the standardization of the use of specific evidence improve the quality of investigations by including the verification of the authenticity and reliability of the evidence as well as its integrity. To verify the authenticity of open-source evidence, both internal indicators such as geolocation and metadata, as well as external indicators such as the source and chain of custody, are often examined.⁸⁸

The acquisition of open-source evidence is already permitted by the Budapest Convention which in Article 32 stipulates that a Party may, without the authorization of another Party, access publicly available (open-source) stored computer data, regardless of where the data is located geographically. This represents an important exception, in addition to obtaining data located in another signatory state based on the consent, as it ties the location of digital evidence to the location of access. This method of acquiring digital evidence, therefore, pertains to any publicly accessible data that, from a technical perspective, is located on foreign territory. In this context, law enforcement authorities can subscribe to services available to the public and download, mirror, or otherwise secure the accessed data, without needing the permission of the country where the electronic device storing the data is located.⁸⁹ An important difference from the previously mentioned acquisition based on consent is the absence of the condition that the accessed data content must be stored on a device located in another signatory state of the Budapest Convention. This represents an absolute realization of the concept of tying the location of digital evidence to the location from which the data content is accessed, while entirely disregarding the location where the storage device is located and the associated aspect of jurisdiction. The acquisition of such evidence in itself does not constitute an act that would otherwise be unlawful unless exceptionally permitted in criminal proceedings. This provision of

⁸⁸ White, "Closing cases with open-source: Facilitating the use of user-generated open-source evidence in international criminal investigations through the creation of a standing investigative mechanism,"

⁸⁹ Eurojust, "Trans-Border Access to Stored Computer Data under Article 32 of the Budapest Convention on Cybercrime and Extraterritorial Powers." 2–3.

the Budapest Convention simply allows law enforcement authorities to engage in actions that are not contentious when performed by civilians, with this provision further excluding the unlawfulness of cross-border law enforcement investigative actions.

The acquisition and use of open-source evidence can represent an intrusion into the right to privacy, which is why it is recommended that investigators obtain the consent of the author of the content that constitutes such evidence. However, this is often extremely difficult due to the challenge of determining the true identity of the author.⁹⁰ The prevailing view aligns with the established idea that people enjoy a certain level of privacy even regarding publicly accessible material they have published themselves. Perhaps the most recognized example of this approach is the restricted use of photographs from social networks for facial recognition. Interpol's evidence recognition system, for instance, is based on comparing facial profiles that are pre-stored in their system.⁹¹ Similarly, the use of the Face Trace system by the Slovenian police is limited to comparing photographs and composite sketches from the police database of photographed persons, as confirmed by the Information Commissioner of the Republic of Slovenia in an inspection procedure.⁹²

The use of open-source evidence is established in the international criminal law, with the ICC taking the position that although Article 69(7) of the Rome Statute of the International Criminal Court⁹³ stipulates that evidence obtained in violation of human rights, such as the right to privacy, may be inadmissible, such a violation affects the reliability of the evidence only if respecting the violated right would have influenced the content of the evidence. In the case of evidence obtained from open sources, the intrusion into privacy in most cases, from the perspective of ICC practice, would likely not affect its admissibility.⁹⁴

⁹⁰ White, "Closing cases with open-source: Facilitating the use of user-generated open-source evidence in international criminal investigations through the creation of a standing investigative mechanism,"

⁹¹ Forensics, Interpol, "Facial Recognition," accessed April 26, 2024 <https://www.interpol.int/en/How-we-work/Forensics/Facial-Recognition>.

⁹² Although the Face Trace police system is based on biometric processing of personal data, it does not enable identification. Informacijski pooblaščenec, "Policijski sistem Face Trace," accessed August 1, 2024, <https://www.ip-rs.si/novice/policijski-sistem-face-trace-sicer-temelji-na-biometrični-obdelavi-osebnih-podatkov-a-ne-omogoča-identifikacije>.

⁹³ International Criminal Court, *Rome Statute of the International Criminal Court*, 1998.

⁹⁴ White, "Closing cases with open-source: Facilitating the use of user-generated open-source evidence in international criminal investigations through the creation of a standing investigative mechanism,"

This raises the question of when a violation of the right to privacy affects the content of the evidence. In the case of a photograph or video recording that itself demonstrates an important fact and has intrinsic evidentiary value, and is, therefore, used independently in the evidentiary process, a potential intrusion into privacy does not alter its content. However, when certain photographs lack independent evidentiary value and do not independently demonstrate a relevant fact but are used solely for analytical purposes, such as in the case of facial recognition systems, this type of intrusion into the right to privacy certainly alters their content as it creates their evidentiary significance through the analysis itself.

10. Conclusion – the development of a shared digital investigative territory

The location of digital evidence is a critical aspect in determining the legality of the procurement of such evidence as it determines the jurisdiction of law enforcement authorities to exercise state power in the context of criminal proceedings by infringing upon the rights of individuals and organizations. The boundless nature of the digital world, due to established international legal concepts of territorial jurisdiction and the related prohibition on exercising state power beyond national borders, significantly complicates the acquisition of crucial evidence. Successful prosecution of crime (especially cybercrime) increasingly requires close cooperation not only among cybersecurity experts, digital forensic experts, and legal professionals but also among law enforcement agencies of different countries as this is the only way to prevent the exploitation of jurisdictional gaps by criminals.⁹⁵

While direct and unilateral investigative measures in foreign countries constitute clear violations of international law, accessing digital evidence via an internet connection presents a more complex situation. The global and intangible nature of the internet reduces the significance of national territories.⁹⁶ The elusive and often changing location of digital evidence poses not only a significant problem for modern criminal investigations but also challenges the practicality and rigidity of traditional concepts of

⁹⁵ O. Oladipupo Amoo, A. Akoh Abrahams, T. Oluwaseun Farayola, O. Ajoke, O. Femi, A. Benjamin Samson: *The legal landscape of cybercrime: A review of contemporary issues in the criminal justice system*. "World Journal of Advanced Research and Reviews" 2011, no. 2, p. 213.

⁹⁶ Sieber and Neubert, "Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty," 249.

strict territorial jurisdiction. However, these concepts remain valid and for good reason. It is difficult to imagine a practice where states would partially relinquish their sovereignty over law enforcement within their own territories. Instead, we see a rapid development of mechanisms for international cooperation that more or less solve the problems of cross-border acquisition of digital evidence without (at least theoretically) infringing on the territorial sovereignty of another state. While these cooperation systems provide a partial solution to the described problems, they are often slow, and their use depends on investigators knowing where the evidence is located. Additionally, the prosecuting state must either have an agreement with the state where the evidence is located, or both must be members of the same international organization that governs such measures.

With the growing consensus among countries regarding international cooperation in criminal prosecution and the gradual acceptance of certain direct cross-border investigative actions, the development of some sort of »shared digital territory« can be expected in the future. Although this idea currently seems rather fantastical and difficult to achieve from both legal and political perspectives, it is not entirely impossible. Before the terrorist attack in the United States on September 11, 2001, achieving consensus among EU member states in the field of criminal law was difficult, and efforts were predominantly focused on protecting the financial interests of the Union in connection with organized crime. However, after the mentioned attack, willingness among the member states to reach consensus on unified or joint measures emerged, aiming for swift, effective, and repressive action.⁹⁷ The introduction of the European Arrest Warrant abolished specific criminal law protectionism for citizens of individual member states within the EU by removing the prohibition on extraditing their own citizens.⁹⁸ Following this gradual development of cross-border criminal action, both the adoption of the Budapest Convention and the recent EU Digital Evidence Package have opened the door to the concept of a shared digital territory. By recognizing the issues of cross-border evidence acquisition in connection with the specific properties of digital evidence, these measures have regulated or permitted certain cross-border police investigative actions.

Based on the aforementioned, it is, of course, questionable how (if at all) international criminal cooperation or perhaps even a shared digital territory will continue to develop. It might move towards an ac-

⁹⁷ Katja Šugman Stubbs and Primož Gorkič, *Evropski nalog za prijete in predajo: teoretični in praktični vidiki* (Ljubljana: GV Založba, 2010), 21–22.

⁹⁸ Šugman Stubbs and Gorkič, *Evropski nalog za prijete in predajo: teoretični in praktični vidiki*, 28–29.

tual shared territory, following the principle of location tied to the access point whereby law enforcement within this territory could freely (with the appropriate legal basis and in accordance with prescribed procedures) obtain digital evidence, just as they would within their own country. This direction would be ideal for the efficiency of law enforcement, however, it is the most problematic. It would certainly require consistent harmonization of such investigative procedures and key safeguards against the abuse of individual rights. For the proper functioning of such a territory and the maintenance of mutual trust, it would likely be necessary to prohibit cross-border investigations of electronic devices used by state authorities, institutions, companies, or other managers of critical state infrastructure.⁹⁹ Realistically, through international agreements, such as those based on the previously mentioned American Cloud Act, we can expect an increasing recognition of the concept of the location of digital evidence as being tied to the service provider, and thereby an agreement on the direct cross-border acquisition of evidence from these providers. Given that such evidence acquisition is now regulated within the EU among member states, and that the USA has MLATs signed with more than 70 countries, including all EU members,¹⁰⁰ it is expected that this method of cross-border digital evidence acquisition will be regulated in the relatively near future at least between the USA and EU member states. How, if at all, broader global coordination of cross-border cooperation in criminal prosecution will proceed, only time will tell. Such coordination will be subject to the alignment of different legal traditions, cultural values, and political systems.¹⁰¹ On the other hand, we can expect the exact opposite: the development of practices where countries, disregarding the existing concept of territorial sovereignty, arbitrarily acquire digital evidence located in other countries.

⁹⁹ It is difficult to imagine, for example, a regulation that would allow law enforcement agencies of one country to legally access the information system of another country's ministry remotely and obtain stored data content there, based on an order from a judge in their own country, for the purpose of their own criminal investigation.

¹⁰⁰ Norris and. Cohen, "How US Authorities Obtain Foreign Evidence in Cross-Border Investigations."

¹⁰¹ Olukunle Oladipupo Amoo, Akoh Atadoga, Temitayo Oluwaseun Abrahams, Oluwatoyin Ajoke Farayola, Femi Osasona and Benjamin Samson Ayinla, "The legal landscape of cybercrime: A review of contemporary issues in the criminal justice system." *World Journal of Advanced Research and Reviews*, vol. 21, no. 2 (2011): 212.

Bibliography

- Amoo, Olukunle Oladipupo, Atadoga, Akoh , Abrahams , Temitayo Oluwaseun, Farayola, Oluwatoyin Ajoke, Osasona, Femi and Ayinla, Benjamin Samson. "The legal landscape of cybercrime: A review of contemporary issues in the criminal justice system." *World Journal of Advanced Research and Reviews*, vol. 21, no. 2 (2011): 205-217.
- Tosza, Stanislaw, "Gathering Electronic Evidence for Administrative Investigations. Exploring an Under-the-Radar Area", *eu crim*, no. 0 (2024): 1-19.
- Berkeley Protocol on Digital Open Source Investigations*. New York and Geneva: the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) and the Human Rights Center at the University of California, Berkeley, School of Law, 2022. https://www.ohchr.org/sites/default/files/2024-01/OHCHR_BerkeleyProtocol.pdf
- Bernard, Janja. "Problematika pregona računalniškega kriminala in uporabe digitalnih dokazov z vidika državnega tožilstva," In *Digitalna forenzika v kazenskih postopkih*, edited by Liljana Selinšek, 65-86. Ljubljana: GV Založba, 2008.
- Council of Europe, "Explanatory Report to the Convention on Cybercrime." European Treaty Series – No. 185. November 23, 2001. <https://rm.coe.int/16800cce5b>
- Currie, Robert J. "Cross-Border Evidence Gathering in Transnational Criminal Investigation: Is the Microsoft Ireland Case the 'Next Frontier'?" *Canadian Yearbook of international Law*, vol. 54 (2017): 63-97.
- White, Elizabeth. "Closing cases with open-source: Facilitating the use of user-generated open-source evidence in international criminal investigations through the creation of a standing investigative mechanism," *Leiden Journal of International Law*, vol. 37, no. 1 (2024): 228-250, accessed April 19, 2024. <https://www.cambridge.org/core/journals/leiden-journal-of-international-law/article/closing-cases-with-opensource-facilitating-the-use-of-usergenerated-opensource-evidence-in-international-criminal-investigations-through-the-creation-of-a-standing-investigative>.
- Erbežnik, Anže, "A new EU system on cross-border gathering of e-evidence - analysis and open questions," *Digitas*, no. 98 (2023): 47-72.
- Eurojust, "Trans-Border Access to Stored Computer Data under Article 32 of the Budapest Convention on Cybercrime and Extraterritorial Powers." January 23, 2024. <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/trans-border-access-to-stored-computer-data-under-article-32-of-the-budapest-convention-on-cybercrime-and-extraterritorial-powers-23-01-2024.pdf>
- European Court of Human Rights, "Guide on Article 8 of the European Convention on Human Rights". Accessed April 9, 2024. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/guide_art_8_eng
- Evan Norris and Morgan J Cohen, "How US Authorities Obtain Foreign Evidence in Cross-Border Investigations," *Global Investigations Review*, (2023). Accessed May 28, 2024, <https://globalinvestigationsreview.com/review/>

- the-investigations-review-of-the-americas/2021/article/how-us-authorities-obtain-foreign-evidence-in-cross-border-investigations
- Gonzales, Alberto R., Schofield, Regina B. and Hagy, David W. "Digital Evidence in the Courtroom: A Guide for Law Enforcement and Prosecutors." Washington: U.S. Department of Justice, Office of Justice Programs, 2007. <https://www.ojp.gov/pdffiles1/nij/211314.pdf>
- Linyz, Adjoa. "The Attorney–Client Privilege and Discovery of Electronically-Stored Information." *Duke Law & Technology Review*, vol. 10, no. 1 (2011): 1-18.
- Antonis, Michalas and Kassaye Yitbarek, Yigzaw, "LocLess: Do you Really Care Where Your Cloud Files Are?." IEEE International Conference on Cloud Computing Technology and Science, Luxembourg: The Institute of Electrical and Electronics Engineers (2016): 515-520.
- NIST, "Digital Evidence Preservation. Considerations for Evidence Handlers," September 2022, <https://nvlpubs.nist.gov/nistpubs/ir/2022/NIST.IR.8387.pdf>.
- Norris, Evand and Cohen, Morgan J. "How US Authorities Obtain Foreign Evidence in Cross-Border Investigations." *New Global Investigations Review*, (2020). Accessed June 27, 2024. <https://globalinvestigationsreview.com/review/the-investigations-review-of-the-americas/2021/article/how-us-authorities-obtain-foreign-evidence-in-cross-border-investigations>.
- Panzavolta, Michele, Maes, Elise and Anna Mosna. "Streamlining the exclusion of illegally obtained evidence in criminal justice." Accessed April 25, 2024. https://www.law.kuleuven.be/linc/english/research/Panzavolta_Streamlining_The_Exclusion_Of_Illegally_Obtained_Evidence_In_Criminal_Justice.
- Policijski sistem Face Trace sicer temelji na biometrični obdelavi osebnih podatkov, a ne omogoča identifikacije*. Informacijski pooblaščenec, 2021. <https://www.ip-rs.si/novice/policijski-sistem-face-trace-sicer-temelji-na-biometrični-obdelavi-osebnih-podatkov-a-ne-omogoča-identifikacije>
- Selinšek, Liljana. "Digitalna forenzika v kazenskih postopkih." In *Digitalna forenzika v kazenskih postopkih*, edited by Liljana Selinšek, 13-64. Ljubljana: GV Založba, 2008.
- Sieber, Ulrich, and Neubert, Carl-Wendelin. "Transnational Criminal Investigations in Cyberspace: Challenges to National Sovereignty". *Max Planck Yearbook of United Nations Law Online*, vol. 20, no.1 (2017): 239-321.
- Sachoulidou, Athina, "Cross-border access to electronic evidence in criminal matters: The new EU legislation and the consolidation of a paradigm shift in the area of 'judicial' cooperation," *New Journal of European Criminal Law*, vol. 0, no. 2 (2023): 216-222.
- Šepec, Miha. *Kibernetski kriminal, kazniva dejanja in kazenskopravna analiza*. Maribor: Univerzitetna založba Univerze v Mariboru, 2018.
- Šugman Stubbs, Katja, Gorkič, Primož. *Evropski nalog za prijete in predajo : teoretični in praktični vidiki*. Ljubljana: GV Založba, 2010.
- Unlawful evidence in Europe's courts: principles, practice and remedies*. Fair Trials, 2021, Accessed May 25, 2024 .<https://www.fairtrials.org/app/uploads/2021/11/DREP-report.pdf>

Legal Acts

- Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (The CLOUD Act), Pub. L. 115-141, div. V, Mar. 23, 2018, 132 Stat. 1213
- Council of Europe. 1950. "Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms." Council of Europe Treaty Series 005. Strasbourg: Council of Europe.
- Council of Europe. Convention on Cybercrime. Budapest, 23 November 2001. European Treaty Series - No. 185.
- Directive (EU) 2023/1544 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 laying down harmonised rules on the designation of designated establishments and the appointment of legal representatives for the purpose of gathering electronic evidence in criminal proceedings
- Directive 2013/40/EU of the European Parliament and of the Council of 12 August 2013 on attacks against information systems and replacing Council Framework Decision 2005/222/JHA
- Directive 2014/41/EU of the European Parliament and of the Council of 3 April 2014 regarding the European Investigation Order in criminal matters
- Regulation (EU) 2023/1543 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial sentences following criminal proceedings
- Zakon o kazenskem postopku (Uradni list RS, št. 176/21 – uradno prečiščeno besedilo in 96/22 – odl. US

Case law

- Kruglov and others v. Russia. Application No. 11264/04. ECLI:CE:ECHR:2020:0204JUD001126404
- Visy v. Slovakia. Application No. 70288/13. ECLI:CE:ECHR:2018:1016JUD007028813
- Ivashchenko v. Russia. Application No. 61064/10. ECLI:CE:ECHR:2018:0213JUD006106410
- Bykov v. Russia, Application No. 4378/02. ECLI:CE:ECHR:2009:0310JUD000437802
- Permanent Court of International Justice. Affaire Du »Lotus« ... = The Case of the S.S. »Lotus«. Leyde :Société d'éditions A.W. Sijthoff, 1927.
- Kolesnichenko v. Russia. Application No. 1956/04. ECLI:CE:ECHR:2009:0409JUD001985604

Internet sources

- "Facial Recognition," How we work, Forensics, Interpol, accessed April 26, 2024, <https://www.interpol.int/en/How-we-work/Forensics/Facial-Recognition>.
- "File format," Dictionary, Computer Hope, accessed June 26, 2024, <https://www.computerhope.com/jargon/f/file-format.htm>.
- "open file," Encyclopedia, PCmag, accessed April 30, 2024, <https://www.pcmag.com/encyclopedia/term/open-file>

- “Sovereignty and jurisdiction,” E4J University Module Series: Cybercrime, Module 7: International Cooperation against Cybercrime, United Nations Office on Drugs and Crime, accessed May 25, 2024, <https://www.unodc.org/e4j/en/cybercrime/module-7/key-issues/sovereignty-and-jurisdiction.html#:~:text=Cybercrime%20jurisdiction%20is%20established%20by,interests%20and%20security%20of%20the>.
- Facebook, “Information for law enforcement,” Help Center, accessed April 30, 2024, <https://www.facebook.com/help/494561080557017>.
- Justia. “The Foundations of the Exclusionary Rule.” Accessed May 25, 2024. <https://law.justia.com/constitution/us/amendment-04/34-the-foundations-of-the-exclusionary-rule.html>
- Rouse, Margaret. “File,” Technopedia, accessed June 26, 2024, <https://www.technopedia.com/definition/7199/file>

ARTYKUŁY PROBLEMOWE



TOMASZ BOJANOWSKI

 <https://orcid.org/0000-0001-8294-0968>

Szkoła Doktorska Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie

Wybrane aspekty czynności sądowych na tle modelu postępowania przygotowawczego w polskim prawie karnym

Selected issues of court actions based on the model of pre-trial proceedings in Polish criminal law

Abstract: The subject of the article is the analysis of court actions in based on the model of court pre-trial proceedings in Polish criminal law. Considerations begins with introduction on the issue of stages of the model of criminal process. Then, the elements of the Polish model of judicial control of pre-trial proceedings between the years 1918–1997. Next, the role of court actions in pre-trial proceedings resulting from current wording of the Act of 6 June 1997 the Code of Criminal Procedure is analysed. In the final part of the article, the Author comes to *de lege lata* and *de lege ferenda* conclusions which indicates that Polish criminal proceedings needs to be changing by introducing a new investigative body – independent judge for pre-trial proceedings and identifying the proper role of such body.

Keywords: criminal process, criminal proceedings, pre-trial proceedings, court, examining magistrate, judge for pre-trial proceedings, prosecutor

1. Uwagi wprowadzające

Immanentną cechą procesu karnego jest etapowość czy też sekwencyjność¹. Oznacza to, że w poszczególnych stadiach postępowania karnego,

¹ B. Janusz-Pohl: *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. A. Mickiewicza, Poznań 2017, s. 57 i nast.

które następują po sobie, dokonywane są określone czynności procesowe. Co do zasady przedmiotowe czynności są przypisane do konkretnego etapu, w którym powinny zostać wykonane, lecz istnieją pewne odstępstwa.

Podstawowy podział wyznacza następujące etapy postępowania karnego: a) postępowanie przygotowawcze, b) postępowanie główne (jurysdykcyjne), c) postępowanie odwoławcze (apelacyjne) oraz d) postępowanie wykonawcze. Przedstawiciele teorii procesu karnego, dokonując głębszej analizy, wyróżniają także następujące etapy: a) postępowanie sprawdzające, b) postępowanie przejściowe, c) postępowanie ulaskawieniowe (abolicyjne)².

W tym kontekście warto wskazać na zagadnienie tzw. przedprocesu karnego, który nie jest *stricto* etapem postępowania karnego. Jest to jednak materia silnie związana z procesem karnym z uwagi na realizację zarówno celów procesu karnego (art. 2 § 1 Kodeksu postępowania karnego³), jak i postępowania przygotowawczego (art. 297 k.p.k.). Przedproces karny zasadza się na niejawnej, tajnej, zorganizowanej i wewnętrznie skondensowanej dywersyfikacji kompetencji dochodzeniowo-śledczych oraz operacyjno-rozpoznawczych Policji i innych organów (posiadających uprawnienia operacyjne lub dochodzeniowo-śledcze), nakierowanej na rozpoznawanie, wykrywanie, gromadzenie i przetwarzanie danych informacyjnych oraz na ich analizowanie w kontekście zdarzeń, czynów i zjawisk społecznych, które mogą posiadać znamiona czynów zabronionych oraz karalnych, ale także wobec wszelkich naruszeń porządku publicznego oraz prawnego⁴.

Niezależnie od powyższego poszczególne etapy postępowania karnego (w tym niewyodrębniony *sensu stricto* przedproces karny) są ze sobą powiązane, oddziałują na siebie i wchodzą ze sobą w interakcje⁵. Co więcej, jak zauważył Cezary Kulesza, zachodzą pomiędzy nimi wzajemne sprzężenia⁶.

² M. Cieślak: *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984, s. 54–55; S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny – zarys systemu*. Wyd. 15. Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 505.

³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 2022, poz. 1375 z późn. zm. [dalej: k.p.k.].

⁴ F. Prusak: *Dywersyfikacja kompetencji dochodzeniowo-śledczych oraz operacyjno-rozpoznawczych Policji i służb specjalnych w przedprocesie karnym*. W: *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*. Red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka. Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno 2015, s. 437–438; F. Prusak: *Karno-procesowe miscellanea dydaktyczne*. Przedsiębiorstwo Poligraficzno-Wydawnicze „Tongraf”, Warszawa–Piła 2013, s. 89.

⁵ Zob. J. Zagrodnik: *Model interakcji postępowania przygotowawczego oraz postępowania głównego w procesie karnym*. C.H.Beck, Warszawa 2013, s. 238–276.

⁶ C. Kulesza: *Przemodelowanie postępowania karnego*. <https://www.gov.pl/attachment/063450d5-7475-4306-bdc6-3c70c0138f43> [dostęp: 12.06.2024], s. 35–41.

W związku z tym każdy etap i każda czynność podjęta w toku procesu są istotne i mogą mieć kluczowy wpływ na wydanie wyroku oraz zakończenie postępowania.

Za stadium postępowania karnego, którego znaczenie i rola wydają się niesłusznie deprecjonowane, należy uznać postępowanie przygotowawcze⁷. Analizując wskazany obszar badawczy, można dostrzec, że literatura niejednogłośnie wskazuje na prymat postępowania przygotowawczego względem postępowania jurysdykcyjnego. Występuje on przynajmniej w zakresie gromadzenia i utrwalania materiału dowodowego⁸. Na tym etapie zapadają kluczowe decyzje oraz podejmowane są czynności, które mają wpływ na prawa i obowiązki człowieka (zarówno pokrzywdzonego, jak i podejrzanego) przy incydentalnym udziale sądu⁹ oraz – co do zasady – inkwizycyjnym i tajnym charakterze tego stadium postępowania¹⁰. Do tych czynności należy zaliczyć m.in. stosowanie środków zapobiegawczych oraz problematykę czynności operacyjno-rozpoznawczych¹¹. Udział sądu na tym etapie procesu karnego od uchwalenia Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. jest ciągle przedmiotem dyskusji, która do tej pory nie została zakończona¹².

Z przedstawionymi kwestiami ściśle związane jest zagadnienie modelu postępowania karnego, a w szczególności postępowania przygotowaw-

⁷ Zob. System prawa karnego procesowego. T. 10: *Postępowanie przygotowawcze*. Red. R.A. Stefański. Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 89–107; J. Zagrodnik: *Model interakcji...*, s. 238–276.

⁸ A. Baj: *Cele postępowania przygotowawczego*. „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 12, s. 73; A. Węklar: *Instytucja sędziego do spraw postępowania przygotowawczego na tle uwańkowań polskiego systemu prawnego – rozważania de lege ferenda*. Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2019, s. 46; P. Kruszyński: *Sędzia śledczy na tle modeli postępowania przygotowawczego – uwagi de lege ferenda*. W: *Konferencja. Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy*. Warszawa, 22 marca 2010 r. Red. P. Zieliński. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 31–32.

⁹ A. Staszak: *Komentarz do art. 329 Kodeksu Postępowania Karnego*. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*. Red. D. Szumiło-Kulczycka. Wolters Kluwer, Warszawa 2022, LEX; R.A. Stefański: *Glosa do postanowienia SN z 27.02.2007 r., I KZP 38/06*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 2, s. 138–142.

¹⁰ M. Rusinek: *O dostępie do akt postępowania przygotowawczego de lege ferenda*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, R. 12, z. 2, s. 97–105.

¹¹ Zob. T. Bojanowski: *Istota i przeznaczenie karnoprosesowe czynności operacyjno-rozpoznawczych*. Wydawnictwo Episteme, Lublin 2023.

¹² K. Dudka, H. Paluszkiwicz: *Postępowanie karne*. Wyd. 5. Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 453–492; T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne*. Wyd. 10. Wolters Kluwer, Warszawa 2022, s. 807–922; J. Zagrodnik: *Proces karny*. Wyd. 3. Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 507–512; J. Skorupka: *Proces karny*. Wyd. 4. Wolters Kluwer, Warszawa 2022, s. 589–593; S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny...*, s. 505–534; T. Boratyńska, Ł. Chojniak, W. Jasiński: *Postępowanie karne*. Wyd. 3. C.H.Beck, Warszawa 2018, s. 395–460.

czego. Należy wskazać, że od 1918 r. w Polsce występowały różne modele procesu karnego, w tym postępowania przygotowawczego, które w pewien sposób były odwzorowaniem aktualnej myśli politycznej i prawnej. W związku z tym przez lata polski proces karny ulegał i nadal ulega przeobrażeniom, a doktryna i przedstawiciele praktyki prawa do tej pory nie zdołali wypracować jednolitego stanowiska czy też wizji co do jego optymalnego modelu¹³.

Pojęcie modelu postępowania karnego należy dekodować na podstawie dorobku doktryny jako zbiór podstawowych elementów określonego układu, pozwalający na wyodrębnienie i odróżnienie od innych tego typu zbiorów¹⁴. Jeśli ograniczymy wskazane pojęcie do obszaru postępowania przygotowawczego, to będziemy mieli styczność z pojęciem modelu postępowania przygotowawczego. Idąc dalej, jeśli ograniczymy to pojęcie do czynności sądowych w tym stadium postępowania, to będziemy mieć do czynienia z pojęciem modelu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego.

Przedmiotem niniejszego artykułu będzie omówienie wybranych aspektów czynności podejmowanych przez sąd w postępowaniu przygotowawczym na tle aktualnego modelu tego stadium postępowania. W celu zbadania zakresłego segmentu przedstawione zostaną wybrane aspekty prawno-historyczne, tj. charakterystyczne cechy modelu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego w Kodeksie postępowania karnego z 1928¹⁵ oraz 1969 r.¹⁶ i ich wpływ na obecny model. Następnie przeanalizowane i ocenione zostaną rola oraz pozycja sądu w postępowaniu przygotowawczym na podstawie obecnie obowiązującego Kodeksu postępowania karnego z 1997 r. Na podstawie tak ujętej materii badawczej zaproponowane zostaną wnioski *de lege ferenda*, które zdaniem autora mogłyby usprawnić model postępowania przygotowawczego i jeszcze bardziej przybliżyć go do standardów zachodnich.

¹³ M. Siewierski: *Dyskusja nad projektem kodeksu karnego*. „Palestra” 1956, nr 2, s. 36–46.

¹⁴ K. Eichstaedt: *Rola sądu w postępowaniu przygotowawczym a instytucja sędziego śledczego*. Wydawnictwo Difin, Warszawa 2009, s. 13; S. Waltoś: *Model postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1968, s. 9; C. Kulesza: *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*. Dział Wydawnictw Filii UW w Białymstoku, Białystok 1991, s. 15; A. Kaftal: *Model postępowania przygotowawczego de lege ferenda w prawie Polskim*. „Studia Prawnicze” 1989, nr 1, s. 53.

¹⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 1928, nr 33, poz. 313 z późn. zm.

¹⁶ Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 1969, nr 13, poz. 96.

Artykuł zostanie zbudowany wokół tezy, w myśl której w polskim postępowaniu przygotowawczym zauważalny jest niedostatek czynnika sądowego. Co więcej, obecny model charakteryzuje się jedynie incydentalnym nadzorem oraz kontrolą. Należy zauważyć, że przez lata rola czynnika sądowego na tym etapie postępowania została zauważalnie zwiększona, lecz nadal nie jest wystarczająca¹⁷. Ponadto, sam model jest uważany za niewydolny i anachroniczny¹⁸. Jednym z elementów, który mógłby zaradzić dysfunkcjom tego stadium postępowania karnego, jest permanentna obecność operatywnego organu sądowego na wzór instytucji, które występują w państwach zachodnich, tj. sędziego ds. postępowania przygotowawczego, sędziego ds. śledztwa (dochodzenia) czy też sędziego śledczego¹⁹.

2. Wybrane aspekty sądowej kontroli postępowania przygotowawczego w ujęciu historycznym

Kodeks postępowania karnego z 1928 r. szeroko odwoływał się do regulacji państw zaborczych, tj.: niemieckiej ustawy postępowania karnego z 2 lutego 1877 r., austriackiej ustawy postępowania karnego z 23 maja 1873 r. oraz rosyjskiej ustawy postępowania karnego z 20 listopada 1864 r. zmienionej nowelami, zwłaszcza przepisami przechodnimi z 1917 r.²⁰. Kodeks ten wprowadzał mieszany model procesu karnego – inkwizycyjno-kontradiktoryjny. Widoczne były w nim wpływy Kodeksu postępowania karnego Napoleona z 1808 r., czego przykład stanowił podział postępowania przygotowawczego na śledztwo sądowe i dochodzenie prokuratorско-policyjne²¹.

Dochodzenie prowadzone było przez prokuratora lub Policję i miało na celu wyjaśnienie, czy zostało popełnione przestępstwo, kogo można o nie podejrzewać oraz czy zachodzą przesłanki warunkujące wszczęcie postępowania sądowego²². Co do zasady z czynności podejmowanych

¹⁷ J. Zagrodnik: *Model interakcji...*, s. 238–276.

¹⁸ P. Kruszyński, M. Zbrojewska: *Nowy model postępowania karnego ukształtowany nowelą do k.p.k. z 27 września 2013 r.* „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 55 i nast.

¹⁹ J. Głębocka: *Model francuskiego postępowania przygotowawczego w ujęciu porównawczym*. Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2023, s. 19.

²⁰ J. Bardach, B. Leśnodorski, M. Pietrzak: *Historia ustroju i prawa polskiego*. Wyd. 6. Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 599.

²¹ M. Kościelniak-Marszał: *Sędzia śledczy w ujęciu prawnohistorycznym*. W: *Węzłowe problemy procesu karnego*. Red. P. Hofmański. Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 167; K. Eichstaedt: *Instytucja sędziego śledczego w okresie międzywojennym*. „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2014, T. 17, s. 183–184.

²² *System prawa karnego procesowego...*

w czasie dochodzenia nie sporządzano protokołu (w literaturze przedmiotu wskazana forma postępowania przygotowawczego była zwana „dochodzeniem zapiskowym”²³). Ewentualne wyjątki wynikały z art. 254 k.p.k. z 1928 r. oraz art. 20 przepisów wprowadzających Kodeks postępowania karnego²⁴.

Z kolei śledztwo było prowadzone przez niezawisły organ sądowy, tj. sędziego śledczego, sędziego śledczego ds. wyjątkowego znaczenia²⁵ lub sąd grodzki. Wskazana forma postępowania przygotowawczego była odpowiednia dla spraw należących do właściwości sądu przysięgłych lub sądu okręgowego. Jej celem było wykrycie sprawców przestępstwa, wszechstronne wyjaśnienie sprawy, zebranie informacji dotyczących podejrzanego oraz pobudek jego działania i sposobu życia, ale przede wszystkim utrwalenie dowodów dla sądu orzekającego w sprawie na etapie postępowania jurysdykcyjnego. Śledztwo było uważane już za postępowanie sądowe²⁶.

Sędzia śledczy brał czynny udział w postępowaniu przygotowawczym, w tym w postępowaniu dowodowym. Jego rola była znacznie ograniczona przez pozycję prokuratora, tj. sędzia śledczy nie mógł odmówić wykonania szeregu prawnych wniosków przez niego złożonych. Co więcej, prokurator (oraz Policja na polecenie prokuratora) mógł w toku dochodzenia, ilekroć uznał to za potrzebne, dokonywać poszczególnych czynności, które miały moc czynności sądowych, a protokoły moc protokołów sądowych²⁷. Doprowadziło to do zastąpienia dochodzenia prokuratorsko-policyjnego dochodzeniem prokuratorskim oraz zwiększenia wpływu protokołów policyjnych na rozprawę główną.

Już w okresie międzywojennym rozgorzała dyskusja na temat zasadności funkcjonowania instytucji sędziego śledczego. Pojawiały się głosy krytyczne, lecz nie zakładały one likwidacji tej instytucji wraz z drastycznym ograniczeniem czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym²⁸,

²³ M. Materniak-Pawłowska: *Instytucja sędziego śledczego w II Rzeczypospolitej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, T. 65, z. 1, s. 290.

²⁴ K. Eichstaedt: *Rola sądu...*, s. 58–80.

²⁵ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 15 lipca 1927 r. o sędziach śledczych do spraw wyjątkowego znaczenia. Dz.U. 1927, nr 69, poz. 611.

²⁶ *System prawa karnego procesowego...*

²⁷ *Kodeks postępowania karnego z komentarzem i orzecznictwem Sądu Najwyższego*. Oprac. J. Nisenson, M. Siewierski. Gazeta Administracji Policji Państwowej, Warszawa 1936, s. 143–144.

²⁸ M. Siewierski: *Uwagi krytyczne nad śledztwem i dochodzeniem według k.p.k.*, „Archiwum Kryminologiczne” 1933, z. 1, s. 95–110; Idem: *O reformę postępowania przygotowawczego*, „Archiwum Kryminologiczne” 1933, z. 2, s. 247–253; *Zagadnienia postępowania przygotowawczego*. (Dyskusja w Seminarium Prawa Karnego I.J.P.). „Archiwum Kryminologiczne” 1937, z. 3–4, s. 536–537; K. Łada-Bieńkowski: *Postulaty reformy pro-*

a wskazywały na dysfunkcje i wynaturzenia wynikające z dekompozycji modelu postępowania przygotowawczego. Stanowisko sędziego śledczego utrzymało się ostatecznie do 1949 r., kiedy zostało zlikwidowane w toku procesu stalinizacji i sowietyzacji prawa.

Po II wojnie światowej postępowanie karne (w tym postępowanie przygotowawcze), oparte co do zasady na regulacjach przedwojennych, zostało szybko dostosowane do realiów nowego ustroju. Pierwsze zmiany zostały wprowadzone już w latach 1944–1948²⁹, następne w latach 1949³⁰ i 1950³¹ oraz w 1955 r.³²

W 1949 r. poza likwidacją instytucji sędziego śledczego zrezygnowano także z podziału postępowania przygotowawczego na śledztwo i dochodzenie oraz wprowadzono jednolitą formę – śledztwo, które było prowadzone przez prokuratora lub Milicję Obywatelską³³ oraz funkcjonariuszy Urzędu Bezpieczeństwa pod nadzorem prokuratora. Kompetencje sędziego śledczego zostały scedowane na prokuratora, który stosował środki zapobiegawcze m.in. w postaci: tymczasowego aresztowania, kaucji, dozoru.

W 1950 r. wprowadzono kolejne reformy oparte na wzorach funkcjonowania procesu karnego w Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich³⁴, co polegało przede wszystkim na wyodrębnieniu prokura-

cesu karnego. (*Referat sprawozdawczy na III Zjazd Prawników Polskich Katowice–Kraków 5–8 listopad 1936 r.*). Drukarnia Związku Zawodowego Pracowników Samorządu Terytorialnego R.P. Warszawa Al. Jerozolimskie 85, Warszawa 1936, s. 3–4; K. Eichstaedt: *Rola sądu...*, s. 73.

²⁹ Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 1 grudnia 1944 r. o częściowej zmianie kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1944, nr 13, poz. 70; dekret z dnia 6 czerwca 1945 r. o zmianie przepisów kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1945, nr 25, poz. 148; dekret z dnia 19 sierpnia 1946 r. o zmianie niektórych przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1946, nr 43, poz. 249; dekret z dnia 23 stycznia 1947 r. o opłatach sądowych w sprawach karnych. Dz.U. 1947, nr 19, poz. 73; dekret z dnia 3 kwietnia 1948 r. o zmianie kwot pieniężnych w przepisach kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1948, nr 20, poz. 136.

³⁰ Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1949, nr 32, poz. 238.

³¹ Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1950, nr 38, poz. 348; ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 1950, nr 38, poz. 346.

³² Dekret z dnia 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1955, nr 46, poz. 309.

³³ Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 7 października 1944 r. o Milicji Obywatelskiej. Dz.U. 1944, nr 7, poz. 33.

³⁴ H. Świątkowski: *Doniosłe reformy wymiaru sprawiedliwości*. „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1950, nr 8–9, s. 3.

tury ze struktur Ministerstwa Sprawiedliwości i podporządkowaniu władzy wykonawczej, tj. Radzie Państwa³⁵.

W 1955 r. przywrócono podział postępowania karnego na śledztwo i dochodzenie³⁶. Co do zasady obie formy miały równorzędne znaczenie prawne i spełniały tożsame funkcje, ale różniły je organy prowadzące postępowanie oraz rodzaj przestępstw, które są przedmiotem postępowania. Do postępowania przygotowawczego wprowadzono instytucję przedstawienia zarzutów³⁷, a zlikwidowano tzw. areszt obligatoryjny³⁸. Należy stwierdzić, że zmiany wprowadzone w 1955 r. wzmocniły nadzór prokuratora nad postępowaniem przygotowawczym i uczyniły go odpowiedzialnym za jego prawidłowy przebieg.

Z kolei w 1958 r. wprowadzono możliwość ustanowienia dla oskarżonego, już w toku śledztwa lub dochodzenia, obrońcy z urzędu, gdy nie posiada obrońcy z wyboru³⁹.

Omawiane zmiany przyczyniły się do niemalże całkowitej eliminacji czynnika sądowego z postępowania przygotowawczego (czynności sędziów śledczych i sędziów śledczych ds. wyjątkowego znaczenia zostały przekazane prokuratorom, co charakteryzowało sowiecki model postępowania przygotowawczego). Zdaniem Mieczysława Siewierskiego „obecny (po reformach w 1958 r.) model postępowania przygotowawczego zdał egzamin życiowy i stworzył zarówno korzystne warunki do ścigania przestępstw, jak i dostateczne gwarancje dla stron”⁴⁰. Niniejszą tezę należy odnosić do realiów sowieckiego modelu postępowania karnego.

W 1969 r. uchwalono nowy Kodeks postępowania karnego, który petryfikował zmiany wprowadzone w duchu sowieckim⁴¹. Niemniej za-

³⁵ Ustawa Konstytucyjna z dnia 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 1947, nr 18, poz. 71.

³⁶ Dekret z dnia 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1955, nr 46, poz. 309.

³⁷ Zob. L. Penner: *O zmianie przepisów kpk.* „Nowe Prawo” 1956, nr 2, s. 43–44; L. Schaff: *Nowa reforma postępowania przygotowawczego.* „Państwo i Prawo” 1956, z. 3, s. 505–506.

³⁸ J. Haber: *Rozwój prawa karnego procesowego w Polsce Ludowej.* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, nr 26, z. 4, s. 135–142.

³⁹ Ustawa z dnia 28 marca 1958 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1958, nr 18, poz. 76.

⁴⁰ Zob. M. Siewierski: *Koncepcja kodyfikacyjna postępowania przygotowawczego.* „Problemy Kryminalistyki” 1961, nr 29, s. 11.

⁴¹ B. Bieńkowska i in.: *Wykład prawa karnego procesowego.* Temida 2, Białystok 2012, s. 19; P. Kruszyński, M. Warchoł: *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (część 2).* „Palestra” 2008, nr 5–6, s. 45–46; J. Koredczuk: *Kształtowanie się modelu polskiego procesu karnego w latach 1918–1955.* W: *System prawa karnego procesowego.* T. 1. Red. P. Hofmański. Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 357–364.

pewniono w postępowaniu przygotowawczym, w limitowanym zakresie, czynnik sądowy, tj. kontrola sądowa ograniczała się w zasadzie do rozpatrywania środków odwoławczych (zażaleń) od niektórych decyzji procesowych organów postępowania przygotowawczego, a więc do badania tych rozstrzygnięć od strony prawidłowości oraz wszechstronności wyników śledztwa i dochodzenia⁴². Nie było nadzoru sądu nad postępowaniem przygotowawczym, ponieważ wskazana kompetencja należała do prokuratora. Rola sądu ograniczała się w istocie do nielicznych czynności decyzyjnych i kontrolnych.

Do zadań sądu w zakresie decyzyjnym należało: przedłużanie (przez sąd wojewódzki) na wniosek prokuratora wojewódzkiego tymczasowego aresztowania w przypadku, gdy trwało ono łącznie dłużej niż 6 miesięcy; orzekanie o przepadku poręczenia lub o ściągnięciu sumy poręczenia; orzekanie o wydaniu listu żelaznego. Jeżeli chodzi o czynności kontrolne, to do sądu należało rozpoznawanie zażaleń na postanowienia prokuratora o: przeprowadzeniu obserwacji psychiatrycznej oraz jej przedłużeniu; zastosowaniu tymczasowego aresztowania i jego przedłużeniu na okres do 6 miesięcy; warunkowym umorzeniu postępowania w zakresie warunków umorzenia.

Koncepcja czynności sądowych w PRL zaczęła przechodzić ewolucję przed uchwaleniem Kodeksu postępowania karnego w 1997 r. Ich rozszerzenie nastąpiło nowelami odpowiednio w 1989⁴³, 1990⁴⁴ i 1995 r.⁴⁵. Na uwagę zasługują w szczególności te ostatnie, które wprowadzały namiastkę dochodzenia uproszczonego, zmiany w zakresie tymczasowego aresztowania i instytucję świadka incognito⁴⁶.

⁴² J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Wolters Kluwer, Kraków 2006, s. 893.

⁴³ Ustawa z dnia 29 maja 1989 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego, prawa o wykroczeniach oraz innych ustaw. Dz.U. 1989, nr 34, poz. 180.

⁴⁴ Ustawa z dnia 13 lipca 1990 r. o powołaniu sądów apelacyjnych oraz o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Kodeks postępowania cywilnego, Kodeks postępowania karnego, o Sądzie Najwyższym, o Naczelnym Sądzie Administracyjnym i o Krajowej Radzie Sądownictwa. Dz.U. 1990, nr 53, poz. 306.

⁴⁵ Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Dz.U. 1995, nr 89, poz. 443; ustawa z dnia 6 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1995, nr 89, poz. 444.

⁴⁶ T. Grzegorzczuk, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 816.

3. Charakterystyka czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym w Kodeksie postępowania karnego z 1997 r.

Obecny model sądowej kontroli postępowania przygotowawczego nawiązuje zarówno do rozwiązań z II RP, jak i PRL. Stanowi jednak odrębny model posiadający swoją specyfikę, uwzględniający standardy rzetelnego procesu⁴⁷. Kodeks postępowania karnego z 1997 r. nie powrócił do instytucji sędziego śledczego, ale udział czynnika sądowego został zdecydowanie zwiększony. Warto wskazać, że kodeks ten był kilkakrotnie obszernie nowelizowany (zmiany istotnie wpływały na model postępowania przygotowawczego), m.in. w: 2003⁴⁸, 2007⁴⁹, 2013⁵⁰, 2016⁵¹, 2019⁵², a także 2023 r.⁵³. Finalnie jego zręby, w szczególności w zakresie modelu postępowania przygotowawczego, pozostały bliskie oryginalnej wersji z 1997 r., lecz co do zasady katalog czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym uległ zdecydowanemu poszerzeniu.

W nowym Kodeksie postępowania karnego w pierwszym rzędzie o modelu decydują cele postępowania przygotowawczego określone w art. 297 § 1 k.p.k., do których należy zaliczyć: 1) ustalenie, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo; 2) wykrycie i w razie potrzeby ujęcie sprawcy; 3) zebranie danych stosownie do art. 213 i 214 k.p.k.; 4) wyjaśnienie okoliczności sprawy, w tym ustalenie osób pokrzywdzonych i rozmiarów szkody; 5) zebranie, zabezpieczenie i w niezbędnym zakresie utrwalenie dowodów dla sądu. Przedmiotowe cele powinny być realizowane przez pryzmat głównych celów procesu (art. 2 § 1 k.p.k.)⁵⁴ oraz zasadę prawdy materialnej (art. 2 § 2 k.p.k.). Tak nakreślony „ustrój postępowania przygotowawczego” determinuje rolę i zakres

⁴⁷ A. Skowron: *Rzetelny proces karny w ujęciu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11, s. 5–34.

⁴⁸ Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych. Dz.U. 2003, nr 17, poz. 155.

⁴⁹ Ustawa z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2007, nr 64, poz. 432.

⁵⁰ Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2013, poz. 1247.

⁵¹ Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2016, poz. 437.

⁵² Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2019, poz. 1694.

⁵³ Ustawa z dnia 13 stycznia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. T.j. Dz.U. 2023, poz. 289 ze zm.

⁵⁴ T. Grzegorzcyk, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 820.

czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym⁵⁵. W Kodeksach postępowania karnego z 1928 i 1969 r. cele postępowania przygotowawczego nie były wyodrębnione w oddzielnej jednostce redakcyjnej.

Przechodząc dalej, należy wskazać na art. 329 § 1 k.p.k., który stanowi, że w postępowaniu przygotowawczym sąd (co do zasady sąd powołany do rozpoznania sprawy w I instancji, jednak przepisy szczególne mogą przewidywać właściwość innego sądu (np. sądu okręgowego)⁵⁶) dokonuje czynności zarówno decyzyjnych, kontrolnych, jak i dowodowych jednoosobowo, chyba że ustawa stanowi inaczej⁵⁷. Ponadto, w tym stadium postępowania sąd nie podlega wyłączeniu⁵⁸. Literatura przewiduje także inny podział tych czynności⁵⁹, ale wydaje się, że ten zaproponowany powyżej najlepiej oddaje istotę czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym.

Czynności decyzyjne zakładają bezpośrednie podejmowanie decyzji procesowych jako wynik uprzedniej kontroli postępowania przygotowawczego pod względem prawnym i merytorycznym⁶⁰. Z kolei czynności kontrolne polegają na sprawowaniu kontroli instancyjnej nad określonymi decyzjami organów postępowania przygotowawczego, czyli ich badaniu w zakresie prawidłowości i wszechstronności rezultatów podjętych czynności⁶¹. Natomiast czynności dowodowe to podejmowanie określonych czynności procesowych (dowodowych) zastrzeżonych dla organu sądowego⁶².

Katalog czynności decyzyjnych (względem Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.) został zdecydowanie poszerzony. W tym stadium postępowania sąd zezwala m.in. na przesłuchanie osoby zobowiązanej do zachowania określonej tajemnicy, tj.: notarialnej, adwokackiej, radcy prawnego, doradcy podatkowego, lekarskiej, dziennikarskiej lub statystycznej i tajemnicy Prokuratora Generalnego (art. 180 § 2 k.p.k.). Ponadto, decyduje o zatrzymaniu pism i innych dokumentów związanych z wykonywa-

⁵⁵ *System prawa karnego procesowego...*

⁵⁶ S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny...*, s. 530.

⁵⁷ *System prawa karnego procesowego...*

⁵⁸ K. Eichstaedt: *Rola sądu...*, s. 98; S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny...*, s. 529.

⁵⁹ M. Kurowski i P. Sydor proponują podział czynności sądowych w postępowaniu przygotowawczym na: kontrolno-decyzyjne, decyzyjno-śledcze i śledcze. Zob. Idem: „Śledcze” czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym w aspekcie praktycznym. „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 101.

⁶⁰ K. Malinowska-Krutul: *Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym*. „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 65–66.

⁶¹ C. Kulesza: *Postępowanie przygotowawcze. Rozwiązania modelowe*. W: *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.* Red. P. Kruszyński. Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997, s. 269–270.

⁶² J. Grajewski, L.K. Paprzycki, S. Steinborn: *Kodeks postępowania karnego...*, s. 893.

niem funkcji obrońcy w procesie (art. 225 § 3 k.p.k.) oraz o zniszczeniu przedmiotów i substancji niebezpiecznych (art. 232a § 2 k.p.k.), a także orzeka o badaniach psychiatrycznych podejrzanego związanych z obserwacją w zakładzie leczniczym (art. 203 § 2 k.p.k.). Zarządza podsłuch procesowy (kontrola oraz utrwalanie rozmów) i zatwierdza go na wniosek prokuratora oraz zarządza zniszczenie kontrolowanych rozmów (art. 237 § 1 i 2 k.p.k.). Wydaje również szereg istotnych postanowień dotyczących aresztowania, tj.: 1) o zarządzeniu tymczasowego aresztowania (art. 250 i 263 k.p.k.); 2) o przedłużeniu tymczasowego aresztowania (art. 263 § 2 k.p.k.); 3) wydanie europejskiego nakazu aresztowania (art. 607a k.p.k.); 4) wykonanie europejskiego nakazu aresztowania (art. 607k k.p.k.); 5) stosuje aresztowanie jako karę porządkową (art. 290 § 1 k.p.k.). Stosuje też inne środki zabezpieczające. Sąd I instancji orzeka o przepadku przedmiotu poręczenia majątkowego (art. 270 § 1 k.p.k.) oraz ściągnięciu sumy poręczenia (art. 268 § 2 k.p.k.). Orzeka o pieniężnej karze porządkowej wobec obrońcy (pełnomocnika) (art. 285 § 1a k.p.k.), wydaje i odwołuje list żelazny (art. 281 i 282 § 2 k.p.k.), a także decyduje o dopuszczeniu dowodu z zeznań świadka koronnego (art. 5 ustawy o świadku koronnym⁶³).

Względem Kodeksu postępowania karnego z 1969 r. za szeroki należy uznać również zakres czynności kontrolnych dokonywanych przez sąd. Zasada się on na rozpoznaniu zażaleń od postanowień wydanych przez prokuratora⁶⁴. Mogą one dotyczyć następujących kwestii: 1) nałożenia kary pieniężnej na kierownika organu zobowiązanego do udzielenia wyjaśnień (art. 19 § 4 k.p.k.); 2) odmowy wszczęcia śledztwa lub dochodzenia (art. 306 § 1 i art. 325e § 4 w zw. z art. 465 § 2 k.p.k.); 3) umorzenia śledztwa i dochodzenia (art. 306 § 1a i art. 325e § 4 w zw. z art. 465 § 2 k.p.k.); 4) zastosowanych przez prokuratora nieizolacyjnych środków zapobiegawczych (art. 252 § 2 k.p.k.); 5) ukarania dziekana właściwej rady (art. 20 § 1b k.p.k.); 6) zachowania w tajemnicy okoliczności umożliwiających ujawnienie tożsamości świadka (art. 184 § 5 k.p.k.); 7) kontroli i utrwalania rozmów w przypadkach niecierpiących zwłoki (art. 240 k.p.k.); 8) zatrzymania osoby podejrzanego w wymiarze legalności, zasadności i prawidłowości (art. 246 i 247 § 1–3 w zw. z art. 247 § 6 k.p.k.); 9) zatrzymania i doprowadzenia świadka, biegłego tłumacza i specjalisty oraz ukarania go karą (art. 285 k.p.k.); 10) zabezpieczenia majątkowego (art. 293 § 3 k.p.k.); 11) wystąpienia do państwa członkowskiego UE o wykonanie postanowienia o zatrzymaniu dowodów lub mającego na

⁶³ Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym. Tj. Dz.U. 2016, poz. 1197.

⁶⁴ A. Gaberle: *Funkcje kontroli instancyjnej w procesie karnym (zagadnienia podstawowe)*. W: *Środki zaskarżania w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody*. Red. A. Gaberle, S. Waltoś. Wolters Kluwer, Kraków 2000, s. 23–46.

celu zabezpieczenie mienia (art. 589j § 1 k.p.k.); 12) kosztów w postępowaniu przygotowawczym (art. 626a k.p.k.).

Za nowość w Kodeksie postępowania karnego z 1997 r. należy uznać wyposażenie sądu w możliwość przeprowadzania czynności dowodowych. Na wąski katalog tych czynności składają się: 1) przesłuchanie małoletniego pokrzywdzonego w charakterze świadka w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej albo określone w rozdziałach XXIII, XXV i XXVI Kodeksu karnego (art. 185a § 1 k.p.k.); 2) przesłuchanie małoletniego świadka w sprawach o przestępstwa popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej albo określone w rozdziałach XXV i XXVI Kodeksu karnego (art. 185b § 1 k.p.k.); 3) przesłuchanie pokrzywdzonego w charakterze świadka w sprawach o przestępstwa określone w art. 197–199 Kodeksu karnego (art. 185c § 1a i 2 k.p.k.); 4) przesłuchanie świadka, jeżeli zachodzi niebezpieczeństwo, że nie będzie można go przesłuchać na rozprawie, na żądanie strony lub prokuratora albo innego organu prowadzącego postępowanie (art. 316 § 3 k.p.k.). Czynności wymienione w punktach 1–3 przeprowadza się tylko w przypadku, gdy zeznania tego świadka mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy.

Należy wskazać, że ustawodawca ostatnią nowelą Kodeksu postępowania karnego (tzw. ustawa antyprzemocowa 2.0) dodał kolejną czynność dowodową sądu w postępowaniu przygotowawczym, tzw. przyjazny tryb przesłuchania⁶⁵ dla osób, u których występują zaburzenia psychiczne lub rozwojowe albo zakłócenia zdolności postrzegania bądź odtwarzania postrzeżeń, i co do których zachodzi uzasadniona obawa, że przesłuchanie w innych warunkach, zwykłych, mogłoby wpłynąć negatywnie na ich stan psychiczny lub byłoby znacznie utrudnione (art. 185e k.p.k.)⁶⁶.

Z przytoczonych czynności wynika bezpośredni udział sądu w stadium przygotowawczym procedury karnej. Jednak sąd może oddziaływać na ten etap procedury karnej także w sposób pośredni, np. poprzez ocenę pozyskanego materiału dowodowego⁶⁷. Obecnie polski model postępowania przygotowawczego co do zasady wypełnia standardy rzetelnego procesu, ale w zakresie obecności czynnika sądowego nie dorównuje standardom

⁶⁵ M. Wielec, T. Bojanowski: *Przesłuchanie świadka w procesie karnym w trybie art. 185e Kodeksu postępowania karnego*. „Prawo w Działaniu” 2024, nr 57, s. 147–163.

⁶⁶ Ustawa z dnia 13 stycznia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. Tj. Dz.U. 2023, poz. 289, 535.

⁶⁷ S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny...*, s. 529–530; *System prawa karnego procesowego...*

zachodnim (np. model francuski⁶⁸, niemiecki⁶⁹, włoski⁷⁰, austriacki⁷¹ czy hiszpański⁷²). Mimo zwiększenia jego udziału względem minionych okresów nadal nie jest on wystarczający.

Obecny model można określić mianem kompromisowego. Wynika z tego, że ustawodawca miał problem z wyborem skonkretyzowanej formy i właściwego zakresu obecności czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym. Zaproponowanych i aktualnie funkcjonujących rozwiązań nie należy oceniać negatywnie, ponieważ to nie wybór lub odrzucenie instytucji decyduje o charakterystyce modelu, a konkretne rozwiązania merytoryczne⁷³. Nie oznacza to jednak, że nie można postulować jego zmian.

Zasadne wydają się tezy, że obecny model jest pokłosiem uchwalonego w duchu sowieckim Kodeksu postępowania karnego z 1969 r., co wymusił zorganizowany przez PRL i przejęty przez III RP rozbudowany aparat ścigania, tj. prokuratury i służb (Policji oraz innych organów posiadających uprawnienia dochodzeniowo-śledcze). Ustawodawca nie chciał odstępować od wcześniej funkcjonujących i sprawdzonych rozwiązań. Ponadto, nie zdecydował się na zwiększenie udziału czynnika sądowego do poziomu państw Europy Zachodniej. Wśród przedstawicieli tzw. prawnictwa widoczny jest pewien sentyment do prostoty i szybkości postępowania, które oferował model z Kodeksu postępowania karnego z 1969 r.⁷⁴.

⁶⁸ Zob. J. Głębocka: *Model francuskiego postępowania...*; M. Czajka: *Procedura karna*. W: *Prawo francuskie*. T. 1. Red. A. Machowska, K. Wojtyczek. Zakamycze, Kraków 2004, s. 528; K. Eichstaedt: *Rola sądu...*

⁶⁹ Zob. P. Girdwoyń: *Zarys niemieckiego procesu karnego*. Temida 2, Białystok 2006; C. Kulesza: *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego...*; P. Girdwoyń: *Pozycja i zadania prokuratury w procesie karnym Republiki Federalnej Niemiec*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, nr 3, s. 3–12.

⁷⁰ Zob. C. Kulesza: *Rola prokuratora w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*. „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 4, s. 5–33; S. Ruggeri: *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*. „Revista Brasileira de Direito Processual Penal” 2018, vol. 4, no. 2, s. 559–603.

⁷¹ Zob. E. Fabrizy: *Die Österreichische Strafprozessordnung mit dem neuen Vorverfahren und dem wichtigsten Nebengesetzen*. Kurzkomentar. 10 Auflage. MANZ, Wien 2008.

⁷² Zob. S. Tosza: *Postępowanie przyspieszone w hiszpańskiej procedurze karnej*. Wybrane zagadnienia. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, R. 11, z. 2, s. 235–269; M. Pustuła: *Pozycja prokuratora w postępowaniu przygotowawczym w Hiszpanii*. „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11, s. 154–169; B. Kunicka-Michalska: *Zarys prawa karnego Hiszpanii*. Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2009.

⁷³ T. Grzegorzcyk, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 922.

⁷⁴ R.A. Stefański: *Model postępowania przygotowawczego; dotychczasowe zmiany i wnioski de lege ferenda*. „Ius Novum” 2014, T. 8, nr 5, s. 82; A. Kaftal: *Model postępowania przygotowawczego...*, s. 51–84.

Niemniej jednak mimo wprowadzonych zmian i zgodności z fundamentami, które zostały wypracowane na szczeblu międzynarodowym, polski model postępowania przygotowawczego należy uznać za anachroniczny oraz posiadający cechy postsowieckie, co objawia się w szerokich uprawnieniach prokuratury i Policji oraz ograniczonej roli sądu. Co więcej, cechuje je szereg dysfunkcji, m.in. dublowanie postępowania dowodowego. Od 1997 r. tylko raz zdecydowano się na zerwanie (co prawda nieudane) z modelem postsowieckim poprzez wprowadzenie kontrydiktoryjnej reformy procedury karnej, z której szybko się wycofano⁷⁵. Na niniejsze wady nakłada się także kwestia czynnika ludzkiego, który odgrywa kluczową rolę w kontekście funkcjonowania instytucji postępowania karnego, a mianowicie – przywiązanie do dawnych rozwiązań, które już co do zasady nie występują, np. w przypadku tzw. kontrydiktoryjnej reformy Kodeksu postępowania karnego⁷⁶.

W szczególności negatywnie należy ocenić zakres czynności dowodowych, tj. przesłuchiwanie przez sąd w postępowaniu przygotowawczym, a raczej jego brak. Pierwotnie sąd miał mieć szersze uprawnienia w omawianym zakresie, jednak ostatecznie zrezygnowano z tego rozwiązania⁷⁷. Z uwagi na rolę gwarancyjną sąd powinien dokonywać przesłuchań w postępowaniu przygotowawczym. Miałoby to także pozytywny wpływ na szybkość postępowania – nie byłoby konieczności dokonywania kolejnego przesłuchania w toku rozprawy głównej. Co więcej, w modelach zachodnich, np. francuskim, niemieckim, włoskim lub austriackim, sąd jest uprawniony do dokonywania przesłuchania podejrzanego, a w Polsce nie jest to prawnie zagwarantowane⁷⁸.

Obecnie utrwalanie dowodów w formie protokołów spoczywa na organach ścigania, tj. prokuraturze i Policji. Są one następnie odtwarzane na rozprawie, co wydłuża całe postępowanie. Podstawą materiałów dowodowych stają się protokoły policyjne, w oparciu o które wyrokuje sąd.

Zasadne byłoby wprowadzenie do postępowania przygotowawczego nowej instytucji – sądowego organu operatywnego, tj. niezależnego sędziego, który na bieżąco zajmowałby się konkretnym postępowaniem przygotowawczym i byłby zaznajomiony z aktami sprawy (teraz obecność sądu jest incydentalna i ogranicza się co do zasady do rozpoznawania zażaleń na postanowienia wydane w toku postępowania). Jednocześnie

⁷⁵ M. Porwisz: *Postępowanie kontrydiktoryjno-inkwizycyjne – rozważania w przedmiocie modelu procesu karnego na przykładzie wybranych regulacji*. „Przegląd Policyjny” 2016, nr 1 (121), s. 182–186.

⁷⁶ Zob. M. Wielec i in.: *Przyczyny przewlekłości postępowania sądowego w sprawach karnych*. Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2019.

⁷⁷ T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 921.

⁷⁸ C. Kulesza: *Przemodelowanie postępowania karnego...*

należałoby usystematyzować katalog czynności sądu. O ile czynności decyzyjne i kontrolne nie wymagałyby wielkich zmian (uprawnienia sądów w postępowaniu przygotowawczym zostałyby przekazane sędziemu ds. postępowania przygotowawczego), o tyle katalog czynności dowodowych należałoby racjonalnie poszerzyć.

Co więcej, sędzia właściwy ds. postępowania przygotowawczego mógłby rozwiązać problem z czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi. Obecnie za nadzór nad tymi czynnościami odpowiedzialny jest właściwy sąd okręgowy⁷⁹. Sędzia ds. postępowania przygotowawczego byłby organem odpowiedzialnym za zarządzanie kontroli operacyjnej oraz nadzór nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi⁸⁰, które są silnie związane z postępowaniem przygotowawczym. Należy zauważyć, że wpływ czynności operacyjno-rozpoznawczych na postępowanie karne jest coraz większy⁸¹. Za tym musi podążać odpowiednia kontrola tych czynności, tj. sprawowana przez niezawisłe sądy. Wydaje się, że najlepiej za niniejsze kwestie odpowiadałby właśnie sędzia ds. postępowania przygotowawczego jako gwarant praworządnego procesu karnego⁸². Niemniej istnieje możliwość poszerzenia zakresu czynności sądowych bez wprowadzenia wspomnianej instytucji wzorem modelu austriackiego⁸³.

Nie należy uznać za konieczne przywrócenia sędziego śledczego⁸⁴. Wskazana instytucja ma swoje plusy i minusy, co szeroko omówiono w literaturze⁸⁵. Co więcej, przy wprowadzaniu nowej instytucji należy pa-

⁷⁹ W przypadku czynności operacyjnych stosowanych przez Policję reguluje to art. 19 ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. T.j. Dz.U. 2023, poz. 171 z późn. zm.

⁸⁰ J. Stępień: *Sędzia śledczy – gwarant praworządnego procesu karnego*. W: *Konferencja...*, s. 9–14.

⁸¹ A. Taracha: *Sądowa kontrola czynności operacyjno-rozpoznawczych*. „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2013, nr 2, s. 29–42.

⁸² J. Stępień: *Sędzia śledczy...*, s. 9–14.

⁸³ C. Kulesza: *Przemodelowanie postępowania karnego...*

⁸⁴ S. Waltoś: *Wizja procesu karnego XXI wieku*. „*Prokuratura i Prawo*” 2002, nr 1, s. 15.

⁸⁵ P. Kruszyński, M. Warchoł: *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (część 1)*. „*Palestra*” 2008, nr 3–4, s. 49–61; Idem: *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (część 2)*..., s. 45–46; S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny...*, s. 120–121; J. Koredczuk: *Kształtowanie się modelu polskiego procesu karnego...*, s. 357–364; K. Eichstaedt: *Rola sądu...*; Idem: *Ponownie na temat sędziego śledczego*. „*Prokuratura i Prawo*” 2005, nr 1, s. 100–105; C. Kulesza: *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego...*; Idem: *Sędzia śledczy a współczesny proces karny (na tle prawnoporównawczym)*. „*Państwo i Prawo*” 2008, z. 7, s. 20 i nast.; J. Tylman: *Uwagi o modelu postępowania przygotowawczego*. W: *Węzłowe problemy...*, s. 91 i nast.; T. Grzegorzczak: *Kilka refleksji na temat sugestii wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*. W: *Węzłowe problemy...*, s. 105 i nast.; P. Kruszyński, M. Warchoł: *Sędzia śledczy. Argumenty za i przeciw*. W: *Węzłowe problemy...*, s. 115 i nast.; C. Kulesza: *Sędzia śledczy na tle zmian europejskich modeli postępowania przygotowawczego*. W: *Węzłowe problemy...*, s. 124 i nast.; R.A. Stefański: *Krytycznie o obecnym modelu postępowania przygotowawczego*.

miętać o blaskach i cieniach instytucji sędziego śledczego w okresie międzywojennym tak, aby „nie wylać dziecka z kąpielą”, jak zrobiono to przy okazji reformy procedury karnej z 2013 r.⁸⁶. Ponadto, nawet w państwach, gdzie niniejsza instytucja występuje, np. we Francji i w Hiszpanii, podejmowane są debaty na temat przemodelowania postępowania przygotowawczego, ze szczególnym uwzględnieniem zastąpienia sędziego śledczego organem decyzyjno-kontrolnym skupionym na funkcji gwarancyjnej.

W przypadku przyjęcia tak nakreślonych zmian wydają się także konieczne rezygnacja z archaicznego podziału postępowania przygotowawczego na śledztwo i dochodzenie oraz wprowadzenie jednolitej formy (np. dochodzenia). W tak przyjętym modelu postępowanie służyłoby przede wszystkim oskarżycielowi do wniesienia aktu oskarżenia do sądu lub innego zakończenia postępowania, względnie zaniechania ścigania. Co więcej, wydaje się, że obecny podział na formy postępowania w dzisiejszych realiach nie ma merytorycznego uzasadnienia⁸⁷. Zachowanie go musi się wiązać z wprowadzeniem szerszego rozróżnienia tych form postępowania przygotowawczego.

Reasumując, za zasadne należy uznać postulaty zawierające tezy wzmocnienia roli czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym⁸⁸. Wydaje się, że najlepiej niniejszą ideę oddaje propozycja wprowadzenia instytucji sędziego ds. postępowania przygotowawczego jako gwaranta sądowej ochrony praw człowieka, praworządności i obiektywizmu w tym stadium procesu karnego. Połączenie wprowadzenia tej instytucji z odpowiednim określeniem katalogu czynności sądowych mogłoby sprostać standardom zachodnim co do obecności czynnika sądowego w postępowaniu przygotowawczym.

Nie można zgodzić się ze stanowiskiem praktyków, jakoby zakres udziału sądu w postępowaniu przygotowawczym był zbyt szeroki i należałoby go ograniczyć⁸⁹. Takie działanie byłoby sprzeczne z zasadami rzetelnego procesu oraz niezgodne z kulturą prawną kręgu cywilizacyjnego, w jakim znajduje się nasze państwo⁹⁰.

W: *Węzłowe problemy...*, s. 146 i nast.; M. Kościelniak-Marszał: *Sędzia śledczy...*, s. 167 i nast.; M. Materniak-Pawłowska: *Instytucja sędziego śledczego...*, s. 290; K. Eichstaedt: *Instytucja sędziego śledczego...*, s. 183–194.

⁸⁶ M. Porwisz: *Postępowanie kontradiktoryjno-inkwizycyjne...*, s. 182–186.

⁸⁷ J. Głębocka: *Model francuskiego postępowania...*, s. 190.

⁸⁸ J. Zagrodnik: *Model interakcji...*, s. 238–276; *System prawa karnego procesowego...*

⁸⁹ T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne...*, s. 922.

⁹⁰ P. Kruszyński, M. Warchoł: *Sądowa kontrola postępowania przygotowawczego w Polsce i za granicą – uwagi praktyczne na tle instytucji sędziego śledczego*. W: *Konferencja...*, s. 71–72.

4. Zakończenie

Od 1918 r. w Polsce funkcjonowało kilka modeli sądowej kontroli postępowania przygotowawczego. Model II RP szeroko odwoływał się do wzorców francuskich i jego integralnym elementem było śledztwo sądowe prowadzone przez sędziego śledczego. Wraz z przejściem władzy przez komunistów wprowadzono rozwiązanie charakterystyczne dla Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich, co wiązało się z ograniczeniem roli sądu oraz przejściem kompetencji przez organy władzy wykonawczej, tj. prokuraturę, Milicję Obywatelską oraz funkcjonariuszy Urzędu Bezpieczeństwa (później Służby Bezpieczeństwa). Organem nadzorującym miała być prokuratura, ale jej nadzór nad MO i UB (SB) był iluzoryczny⁹¹.

Kodeks postępowania karnego z 1969 r. spetryfikował zmiany okresu 1944–1958, ale w ograniczonym zakresie wprowadził fasadowy czynnik sądowy. W latach 90. XX w. rozpoczęto przywracanie sądu do postępowania przygotowawczego, co sfinalizował Kodeks postępowania karnego z 1997 r.

Obecnie obowiązujący Kodeks postępowania karnego realizuje standardy międzynarodowe w porównaniu z rozwiązaniami z lat 1944–1989. W związku z tym należy ocenić go pozytywnie. Trzeba jednak dostrzec szereg dysfunkcji i wad, nad którymi ustawodawca w ciągu ostatnich 28 lat nie pochylił się z należytą uwagą. Co prawda, dokonywano reform postępowania karnego, ale z wyjątkiem wcześniej omawianej tzw. wielkiej reformy, z której szybko się wycofano, nie zdecydowano się na znaczącą przebudowę procedury karnej. Ponadto, nie poruszono newralgicznych kwestii dotyczących modelu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego, nadzoru nad czynnościami operacyjno-rozpoznawczymi i zakresu czynności sądu w stadium przygotowawczym.

W związku z tym w Polsce występuje hybrydalny, dysfunkcjonalny i anachroniczny model postępowania przygotowawczego, odwołujący się do rozwiązań charakterystycznych dla modelu francuskiego, niemieckiego i sowieckiego⁹².

Reforma Kodeksu postępowania karnego z 2019 r. nie wprowadziła zmian w omawianym zakresie. Z przeprowadzonej analizy wynika, że ustawodawca powinien przeanalizować obowiązujące rozwiązania w zakresie modelu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego. Jednym z elementów reformy procedury karnej powinno być wprowadzenie sędziego właściwego ds. postępowania przygotowawczego, który poprzez

⁹¹ K. Eichstaedt: *Rola sądu...*, s. 58–80.

⁹² B. Bienkowska i in.: *Wykład prawa karnego procesowego...*, s. 312–314.

odpowiednie usytuowanie w modelu postępowania przygotowawczego zwiększyłby udział czynnika sądowego w tym stadium. Byłby w pełni odpowiedzialny za czynności sądu w postępowaniu przygotowawczym oraz nadzorowałby czynności operacyjno-rozpoznawcze prowadzone przez Policję i inne uprawnione do tego organy.

Samo wprowadzenie omawianego organu nie zmieni modelu i podejścia do postępowania karnego. Konieczne jest także właściwe określenie czynności sądu, za które będzie w pełni odpowiedzialny. Należy pochylić się również nad koncepcją współpracy organów postępowania przygotowawczego, tj. sąd – prokurator – Policja i inne organy posiadające uprawnienia dochodzeniowo-śledcze⁹³. To niezawisły sędzia powinien nadzorować zarówno prokuraturę, jak i Policję.

Proponowane rozwiązanie przybliżyłoby nasz model do standardów zachodnich, gdzie sąd odgrywa zdecydowanie większą rolę, i jednocześnie ostatecznie zerwałoby z cechami modelu postsowieckiego. Co więcej, wprowadzałoby operatywny organ sądowy, który byłby gwarantem przestrzegania praw i wolności człowieka, ponieważ to właśnie w niezawisłym czynniku sądowym upatruje się tych gwarancji, a nie w niezależnej prokuraturze⁹⁴.

Zaproponowanych zmian nie należy traktować jako rewolucyjne, a ewolucyjne – wpisujące się w dążenie do optymalnego modelu procedury karnej. Jednocześnie jest to swoisty powrót do tradycji i korzeni polskiego procesu karnego⁹⁵. Wymagałyby one szerokiego przemodelowania procedury karnej. Jednakże, zauważając problemy, musimy szukać odpowiednich rozwiązań i środków, które zagwarantują sprawne funkcjonowanie organów procesowych oraz zapewnią stronom postępowania realizację ich praw i wolności w rozsądnych terminach. Dlatego niezbędne jest dokonanie gruntownej rewizji procedury karnej, w tym modelu sądowej kontroli postępowania przygotowawczego, w duchu praworządności, obiektywizmu i sądowej ochrony praw człowieka.

Bibliografia

Literatura

Baj A.: *Cele postępowania przygotowawczego*. „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 12, s. 63–74.

⁹³ J. Stępień: *Sędzia śledczy...*, s. 9–14.

⁹⁴ S. Waltoś: *Sędzia śledczy – rys historyczny*. W: *Konferencja...*, s. 15–22.

⁹⁵ Uchwała Nr 177/2007 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie potrzeby zmian w organizacji prokuratury i przywrócenia instytucji sędziego śledczego.

- Bardach J., Leśnodorski B., Pietrzak M.: *Historia ustroju i prawa polskiego*. Wyd. 6. Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Bieńkowska B. i in.: *Wykład prawa karnego procesowego*. Temida 2, Białystok 2012.
- Bojanowski T.: *Istota i przeznaczenie karnoprosesowe czynności operacyjno-rozpoznawczych*. Wydawnictwo Episteme, Lublin 2023.
- Boratyńska T., Chojniak Ł., Jasiński W.: *Postępowanie karne*. Wyd. 3. C.H.Beck, Warszawa 2018.
- Cieślak M.: *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1984.
- Czajka M.: *Procedura karna. W: Prawo francuskie*. T. 1. Red. A. Machowska, K. Wojtyczek. Zakamycze, Kraków 2004, s. 528–540.
- Dudka K., Paluszkiwicz H.: *Postępowanie karne*. Wyd. 5. Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Eichstaedt K.: *Instytucja sędziego śledczego w okresie międzywojennym*. „Studia z Dziejów Państwa i Prawa Polskiego” 2014, T. 17, s. 183–194.
- Eichstaedt K.: *Ponownie na temat sędziego śledczego*. „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 1, s. 98–115.
- Eichstaedt K.: *Rola sądu w postępowaniu przygotowawczym a instytucja sędziego śledczego*. Wydawnictwo Difin, Warszawa 2009.
- Fabrizy E.: *Die Österreichische Strafprozessordnung mit dem neuen Vorverfahren und dem wichtigsten Nebengesetzen. Kurzkommentar*. 10 Auflage. MANZ, Wien 2008.
- Gaberle A.: *Funkcje kontroli instancyjnej w procesie karnym (zagadnienia podstawowe)*. W: *Środki zaskarżania w procesie karnym. Księga pamiątkowa ku czci prof. Z. Dody*. Red. A. Gaberle, S. Waltoś. Wolters Kluwer, Kraków 2000, s. 23–46.
- Girdwoyń P.: *Pozycja i zadania prokuratury w procesie karnym Republiki Federalnej Niemiec*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2004, nr 3, s. 3–12.
- Girdwoyń P.: *Zarys niemieckiego procesu karnego*. Temida 2, Białystok 2006.
- Głębocka J.: *Model francuskiego postępowania przygotowawczego w ujęciu prawnoporównawczym*. Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2023.
- Grajewski J., Paprzycki L.K., Steinborn S.: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1. Wolters Kluwer, Kraków 2006.
- Grzegorzczak T.: *Kilka refleksji na temat sugestii wprowadzenia instytucji sędziego śledczego*. W: *Węzłowe problemy procesu karnego*. Red. P. Hofmański. Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 105–114.
- Grzegorzczak T., Tylman J.: *Polskie postępowanie karne*. Wyd. 10. Wolters Kluwer, Warszawa 2022.
- Haber J.: *Rozwój prawa karnego procesowego w Polsce Ludowej*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1964, nr 26, z. 4, s. 135–142.
- Janusz-Pohl B.: *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*. Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu im. A. Mickiewicza, Poznań 2017.

- Kaftal A.: *Model postępowania przygotowawczego de lege ferenda w prawie Polski*. „Studia Prawnicze” 1989, nr 1, s. 51–84.
- Kodeks postępowania karnego z komentarzem i orzecznictwem Sądu Najwyższego. Oprac. J. Nisenson, M. Siewierski. Gazeta Administracji Policji Państwowej, Warszawa 1936.
- Koredczuk J.: *Kształtowanie się modelu polskiego procesu karnego w latach 1918–1955*. W: *System prawa karnego procesowego*. T. 1. Red. P. Hofmański. Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 329–367.
- Kościelniak-Marszał M.: *Sędzia śledczy w ujęciu prawnohistorycznym*. W: *Węzłowe problemy procesu karnego*. Red. P. Hofmański. Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 167–174.
- Kruszyński P.: *Sędzia śledczy na tle modeli postępowania przygotowawczego – uwagi de lege ferenda*. W: *Konferencja. Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy*. Warszawa, 22 marca 2010 r. Red. P. Zieliński. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 31–34.
- Kruszyński P., Warchoń M.: *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (część 1)*. „Palestra” 2008, nr 3–4, s. 49–61.
- Kruszyński P., Warchoń M.: *Pozycja sędziego śledczego na tle modeli postępowania przygotowawczego (część 2)*. „Palestra” 2008, nr 5–6, s. 44–53.
- Kruszyński P., Warchoń M.: *Sądowa kontrola postępowania przygotowawczego w Polsce i za granicą – uwagi praktyczne na tle instytucji sędziego śledczego*. W: *Konferencja. Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy*. Warszawa, 22 marca 2010 r. Red. P. Zieliński. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 71–80.
- Kruszyński P., Warchoń M.: *Sędzia śledczy. Argumenty za i przeciw*. W: *Węzłowe problemy procesu karnego*. Red. P. Hofmański. Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 115–123.
- Kruszyński P., Zbrojewska M.: *Nowy model postępowania karnego ukształtowany nowelą do k.p.k. z 27 września 2013 r.* „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 55–69.
- Kulesza C.: *Postępowanie przygotowawcze. Rozwiązania modelowe*. W: *Nowe uregulowania prawne w kodeksie postępowania karnego z 1997 r.* Red. P. Kruszyński. Dom Wydawniczy ABC, Warszawa 1997, s. 260–272.
- Kulesza C.: *Rola prokuratora w znowelizowanym kodeksie postępowania karnego*. „Prokuratura i Prawo” 2014, nr 4, s. 5–33.
- Kulesza C.: *Sędzia śledczy a współczesny proces karny (na tle prawnoporównawczym)*. „Państwo i Prawo” 2008, z. 7, s. 20–34.
- Kulesza C.: *Sędzia śledczy na tle zmian europejskich modeli postępowania przygotowawczego*. W: *Węzłowe problemy procesu karnego*. Red. P. Hofmański. Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 124–145.
- Kulesza C.: *Sędzia śledczy w modelu postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*. Dział Wydawnictw Filii UW w Białymstoku, Białystok 1991.
- Kunicka-Michalska B.: *Zarys prawa karnego Hiszpanii*. Wydawnictwo Naukowe SCHOLAR, Warszawa 2009.
- Kurowski M., Sydor P.: *„Śledcze” czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym w aspekcie praktycznym*. „Przegląd Sądowy” 2011, nr 1, s. 98–108.

- Łada-Bieńkowski K.: *Postulaty reformy procesu karnego. (Referat sprawozdawczy na III Zjazd Prawników Polskich Katowice–Kraków 5–8 listopad 1936 r.)*. Drukarnia Związku Zawodowego Pracowników Samorządu Terytorialnego R.P. Warszawa Al. Jerozolimskie 85, Warszawa 1936.
- Malinowska-Krutul K.: *Czynności sądowe w postępowaniu przygotowawczym*. „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 10, s. 63–79.
- Materniak-Pawłowska M.: *Instytucja sędziego śledczego w II Rzeczypospolitej*. „Czasopismo Prawno-Historyczne” 2013, T. 65, z. 1, s. 271–294.
- Penner L.: *O zmianie przepisów kpk*. „Nowe Prawo” 1956, nr 2.
- Porwisz M.: *Postępowanie kontradyktoryjno-inkwizycyjne – rozważania w przedmiocie modelu procesu karnego na przykładzie wybranych regulacji*. „Przegląd Policyjny” 2016, nr 1 (121), s. 172–186.
- Prusak F.: *Dywersyfikacja kompetencji dochodzeniowo-śledczych oraz operacyjno-rozpoznawczych Policji i służb specjalnych w przedprocesie karnym*. W: *Meandry prawa karnego i kryminalistyki. Księga jubileuszowa prof. zw. dra hab. Stanisława Pikulskiego*. Red. J. Kasprzak, W. Cieślak, I. Nowicka. Wydawnictwo Wyższej Szkoły Policji w Szczytnie, Szczytno 2015, s. 433–444.
- Prusak F.: *Karno-procesowe miscellanea dydaktyczne*. Przedsiębiorstwo Poligraficzno-Wydawnicze „Tongraf”, Warszawa–Piła 2013.
- Pustuła M.: *Pozycja prokuratora w postępowaniu przygotowawczym w Hiszpanii*. „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11, s. 154–169.
- Ruggeri S.: *Equality of arms, impartiality of the judiciary and the role of the parties in the pre-trial inquiry: the perspective of Italian criminal justice*. “Revista Brasileira de Direito Processual Penal” 2018, vol. 4, no. 2, s. 559–603.
- Rusinek M.: *O dostępie do akt postępowania przygotowawczego de lege ferenda*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, R. 12, z. 2, s. 97–105.
- Schaff L.: *Nowa reforma postępowania przygotowawczego*. „Państwo i Prawo” 1956, z. 3.
- Siewierski M.: *Dyskusja nad projektem kodeksu karnego*. „Palestra” 1956, nr 2, s. 36–46.
- Siewierski M.: *Koncepcja kodyfikacyjna postępowania przygotowawczego*. „Problemy Kryminalistyki” 1961, nr 29, LEX.
- Siewierski M.: *O reformę postępowania przygotowawczego*. „Archiwum Kryminologiczne” 1933, z. 2, s. 247–253.
- Siewierski M.: *Uwagi krytyczne nad śledztwem i dochodzeniem według k.p.k.* „Archiwum Kryminologiczne” 1933, z. 1, s. 95–110.
- Skorupka J.: *Proces karny*. Wyd. 4. Wolters Kluwer, Warszawa 2022.
- Skowron A.: *Rzetelny proces karny w ujęciu Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej oraz Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności*. „Prokuratura i Prawo” 2017, nr 11, s. 5–34.
- Staszak A.: *Komentarz do art. 329 Kodeksu Postępowania Karnego*. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do wybranych przepisów*. Red. D. Szumiło-Kulczycka. Wolters Kluwer, Warszawa 2022, LEX.
- Stefański R.A.: *Glosa do postanowienia SN z 27.02.2007 r., I KZP 38/06*. „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2008, nr 2, s. 135–143.

- Stefański R.A.: *Krytycznie o obecnym modelu postępowania przygotowawczego*. W: *Węzłowe problemy procesu karnego*. Red. P. Hofmański. Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 146–166.
- Stefański R.A.: *Model postępowania przygotowawczego; dotychczasowe zmiany i wnioski de lege ferenda*. „Ius Novum” 2014, T. 8, nr 5, s. 81–92.
- Stępień J.: *Sędzia śledczy – gwarant praworządnego procesu karnego*. W: *Konferencja. Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy*. Warszawa, 22 marca 2010 r. Red. P. Zieliński. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 9–15.
- System prawa karnego procesowego*. T. 10: *Postępowanie przygotowawcze*. Red. R.A. Stefański. Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Świątkowski H.: *Doniosłe reformy wymiaru sprawiedliwości*. „Demokratyczny Przegląd Prawniczy” 1950, nr 8–9, s. 3–12.
- Taracha A.: *Sądowa kontrola czynności operacyjno-rozpoznawczych*. „Studia Iuridica Lublinensia” 2013, nr 2, s. 29–42.
- Tosza S.: *Postępowanie przyspieszone w hiszpańskiej procedurze karnej*. Wybrane zagadnienia. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2007, R. 11, z. 2, s. 235–269.
- Tylman J.: *Uwagi o modelu postępowania przygotowawczego*. W: *Węzłowe problemy procesu karnego*. Red. P. Hofmański. Oficyna a Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 91–104.
- Waltoś S.: *Model postępowania przygotowawczego na tle porównawczym*. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1968.
- Waltoś S.: *Sędzia śledczy – rys historyczny*. W: *Konferencja. Nowy model postępowania przygotowawczego – sędzia śledczy*. Warszawa, 22 marca 2010 r. Red. P. Zieliński. Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2010, s. 15–22.
- Waltoś S.: *Wizja procesu karnego XXI wieku*. „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 1, s. 7–27.
- Waltoś S., Hofmański P.: *Proces karny – zarys systemu*. Wyd. 15. Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Węklar A.: *Instytucja sędziego do spraw postępowania przygotowawczego na tle uwarunkowań polskiego systemu prawnego – rozważania de lege ferenda*. Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2019.
- Wielec M., Bojanowski T.: *Przesłuchanie świadka w procesie karnym w trybie art. 185e Kodeksu postępowania karnego*. „Prawo w Działaniu” 2024, nr 57, s. 147–163.
- Wielec M. i in.: *Przyczyny przewlekłości postępowania sądowego w sprawach karnych*. Wydawnictwo Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości, Warszawa 2019.
- Zagadnienia postępowania przygotowawczego. (Dyskusja w Seminarium Prawa Karnego I.J.P.)*. „Archiwum Kryminologiczne” 1937, z. 3–4, s. 536–548.
- Zagrodnik J.: *Model interakcji postępowania przygotowawczego oraz postępowania głównego w procesie karnym*. C.H.Beck, Warszawa 2013.
- Zagrodnik J.: *Proces karny*. Wyd. 3. Wolters Kluwer, Warszawa 2021.

Akty prawne

- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 7 października 1944 r. o Milicji Obywatelskiej. Dz.U. 1944, nr 7, poz. 33.
- Dekret Polskiego Komitetu Wyzwolenia Narodowego z dnia 1 grudnia 1944 r. o częściowej zmianie kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1944, nr 13, poz. 70.
- Dekret z dnia 6 czerwca 1945 r. o zmianie przepisów kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1945, nr 25, poz. 148.
- Dekret z dnia 19 sierpnia 1946 r. o zmianie niektórych przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1946, nr 43, poz. 249.
- Dekret z dnia 23 stycznia 1947 r. o opłatach sądowych w sprawach karnych. Dz.U. 1947, nr 19, poz. 73.
- Dekret z dnia 3 kwietnia 1948 r. o zmianie kwot pieniężnych w przepisach kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1948, nr 20, poz. 136.
- Dekret z dnia 21 grudnia 1955 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1955, nr 46, poz. 309.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 15 lipca 1927 r. o sędziach śledczych do spraw wyjątkowego znaczenia. Dz.U. 1927, nr 69, poz. 611.
- Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 19 marca 1928 r. Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 1928, nr 33, poz. 313 z późn. zm.
- Ustawa Konstytucyjna z dnia 19 lutego 1947 r. o ustroju i zakresie działania najwyższych organów Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 1947, nr 18, poz. 71.
- Ustawa z dnia 27 kwietnia 1949 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1949, nr 32, poz. 238.
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o Prokuraturze Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 1950, nr 38, poz. 346.
- Ustawa z dnia 20 lipca 1950 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1950, nr 38, poz. 348.
- Ustawa z dnia 28 marca 1958 r. o zmianie przepisów postępowania karnego. Dz.U. 1958, nr 18, poz. 76.
- Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 1969, nr 13, poz. 96.
- Ustawa z dnia 29 maja 1989 r. o zmianie niektórych przepisów prawa karnego, prawa o wykroczeniach oraz innych ustaw. Dz.U. 1989, nr 34, poz. 180.
- Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji. T.j. Dz.U. 2023, poz. 171 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 13 lipca 1990 r. o powołaniu sądów apelacyjnych oraz o zmianie ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, Kodeks postępowania cywilnego, Kodeks postępowania karnego, o Sądzie Najwyższym, o Naczelnym Sądzie Administracyjnym i o Krajowej Radzie Sądownictwa. Dz.U. 1990, nr 53, poz. 306.
- Ustawa z dnia 29 czerwca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego, ustawy o ustroju sądów wojskowych, ustawy o opłatach w sprawach karnych i ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich. Dz.U. 1995, nr 89, poz. 443.
- Ustawa z dnia 6 lipca 1995 r. o zmianie Kodeksu postępowania karnego. Dz.U. 1995, nr 89, poz. 444.

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 2022, poz. 1375 z późn. zm.
- Ustawa z dnia 25 czerwca 1997 r. o świadku koronnym. T.j. Dz.U. 2016, poz. 1197.
- Ustawa z dnia 10 stycznia 2003 r. o zmianie ustawy – kodeks postępowania karnego, ustawy – Przepisy wprowadzające Kodeks postępowania karnego, ustawy o świadku koronnym oraz ustawy o ochronie informacji niejawnych. Dz.U. 2003, nr 17, poz. 155.
- Ustawa z dnia 29 marca 2007 r. o zmianie ustawy o prokuraturze, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2007, nr 64, poz. 432.
- Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2013, poz. 1247.
- Ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2016, poz. 437.
- Ustawa z dnia 19 lipca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2019, poz. 1694.
- Ustawa z dnia 13 stycznia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw. T.j. Dz.U. 2023, poz. 289, 535.
- Uchwała Nr 177/2007 Krajowej Rady Sądownictwa z dnia 7 listopada 2007 r. w sprawie potrzeby zmian w organizacji prokuratury i przywrócenia instytucji sędziego śledczego.

Źródła internetowe

Kulesza C.: *Przemodelowanie postępowania karnego*. <https://www.gov.pl/attachment/063450d5-7475-4306-bdc6-3c70c0138f43> [dostęp: 12.06.2024].



ZSOLT GÁSPÁR
University of Pécs,
Hungary

 <https://orcid.org/0000-0003-3889-9560>

The criminalization of cryptojacking in Hungary

Abstract: The study deals with the illegal abuse of cryptocurrency-mining, the phenomenon of the so-called ‘cryptojacking’, which is such an unknown crime that it has not even had a Hungarian name so far. The aim of the study is to examine the illegal mining of cryptocurrencies – as an abstract act – giving a detailed description about their characteristics and their place in the present Hungarian criminal law system. A further aim of the study is to make suggestions to the legislature and law enforcement bodies for the criminal assessment of the illegal mining of cryptocurrencies, based on the review of the relevant legal acts and the related cases.

Keywords: *cryptocurrencies, mining, criminal law, criminology*

1. Introduction

With the continuous expansion of the user base of the cryptocurrencies, the possibilities for their criminal use have significantly expanded. Due to this, we can encounter two types of cases in the practice. On the one hand, they can be the objects and the means of classic crimes (for example, fraud, money laundering), but, on the other hand, completely new, still unknown crimes can emerge, for which both the legislators and the law enforcement authorities must be prepared.

With the entry into force of the Act CXIX. of 2019¹, the legislators implemented a part of the rules of Directive 2018/843/EU², which ex-

¹ Act CXIX. of 2019 on the Prevention of Money Laundering and Terrorist Financing and on the Modification of Act LIII of 2017 on the Prevention and Combating of Money Laundering and Terrorist Financing.

² Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial sys-

tended the scope of Act LIII. of 2017³ to virtual currencies, exchange service providers between virtual currencies, and to custodian wallet providers⁴, in addition, it introduced new definitions to the provisions of the ML Act.⁵

As a result, the concept of “virtual currency” has been defined in Section 3 (47) of the Act:

‘A digital display of value not issued or guaranteed by a central bank or any public administration; does not have the legal status of a legal tender; it is electronically stored, accepted as an exchange, and in particular, it is electronically transferable and suitable for electronic trading.’

Regarding cryptocurrencies, there are often doubts about their legal classification and categorization.⁶ It is so because the domestic legal system rarely contains detailed rules, definitions, or provisions (likewise in the EU legislation). Ideally, the legal classification should be clear, comprehensible and beyond dispute, as differences of professional opinion during the application of the law, and the time spent on research and disputes between individual bodies can significantly prolong the legal procedures, not to mention that in such cases there is also the possibility of false justification.

The technological basis for cryptocurrencies is the blockchain, in which newer blocks of data are added individually to each previous block

tem for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU

³ Act LIII of 2017 on the Prevention and Combating of Money Laundering and Terrorist Financing

⁴ Act CXIX. of 2019, 1. § (1) n) - o)

⁵ See further: Gál István László, ‘A pénzmosás új magyar szabályozása 2021-től’ (2021) 1 Büntetőjogi Szemle and Gál István László, ‘A pénzmosás új elkövetési tárgya’ in Bujtár, Zsolt; Szívós, Alexander Roland; Gáspár, Zsolt; Szilovics, Csaba; Breszkovics, Botond (eds.), Kriptoeszközök világa a jog és a gazdaság szemszögéből: konferenciakötet: 2021. március 19. Kriptoeszközök világa a jog és gazdaság szemszögéből konferencia válogatott tanulmányok (Pécs, Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, 2021)

⁶ See further from the perspective of financial law: Szívós Alexander Roland, A kriptoeszközökkel kapcsolatos adózási kérdések áttekintése in Bujtár, Zsolt; Szívós, Alexander Roland; Gáspár, Zsolt; Szilovics, Csaba; Breszkovics, Botond (eds.), Kriptoeszközök világa a jog és a gazdaság szemszögéből: konferenciakötet: 2021. március 19. Kriptoeszközök világa a jog és gazdaság szemszögéből konferencia válogatott tanulmányok (Pécs, Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, 2021) and

Szívós Alexander Roland, ‘A kriptoeszközök és az adózás’ in Bujtár, Zsolt; Szívós, Alexander Roland; Gáspár, Zsolt; Szilovics, Csaba; Breszkovics, Botond (eds.), Kriptoeszközök világa a jog és gazdaság szemszögéből: Konferenciakötet – Válogatott tanulmányok (Pécs, Pécsi Tudományegyetem, Állam-és Jogtudományi Kar, 2021)

of data, resulting in a decentralized system.⁷ From the user's point of view, the most important elements are the wallet and the private key. The two definitions are extremely closely related because to initiate or receive transactions in the cryptocurrency ecosystem, the user needs a wallet that he/she can create for any cryptocurrency. During this process, the service provider creates a series of data for the user, the so-called a private key, which is essentially a series of codes. This private key provides control over the user's cryptocurrencies.

The Section 315 (2) of the Hungarian Criminal Procedure Code⁸ provides a method of enforcing the seizure of *“the electronic data used for payments”* in which *“an operation is performed on the electronic data that prevents the subjected person from disposing of the value of the data expressed by the electronic data”*. The provision is particularly relevant to the private keys mentioned above, as the Criminal Procedure⁹ Code thus allows the seizure of the private keys of a given cryptocurrency.¹⁰

According to the Criminal Procedure Code and its commentary, we can deduct the legal category of cryptocurrencies to which the law uses the term ‘property value’. In terms of the European Union regulations, cryptocurrencies can also be classified as “property”.¹¹ After reviewing the concept and legal quality of cryptocurrencies, it is worth addressing the so-far mentioned with the concept of mining. For a given transaction to be considered final, it is necessary to verify the operations. In the cryptocurrency systems, these processes are mostly performed by specified users using the computational capability of their computer gear to convert the transactions collected in each block into code sequences (hash) us-

⁷ Kecskés András; Bujtár Zsolt, ‘Felvetések a kriptó eszközök szabályozása terén’ (2019) 2 Controller Info 49, 49

⁸ Act XC of 2017 on the Criminal Procedure

⁹ See further: Herke Csongor, ‘Magyar büntető eljárásjog’ Pécs, (Baufirma, 2021) and Herke Csongor, ‘Hungarian criminal procedure law’ Pécs, (Baufirma, 2021) and Herke Csongor; Antonio Silva Sánchez; Alejandro Platero Alcón, ‘Proceso penal en Hungría’ Sevilla, (McGraw-Hill, 2020)

¹⁰ Czine Ágnes, ‘A kényszerintézkedések’ in Belegi József (ed.), Büntetőeljárás jog: kommentár a gyakorlat számára – harmadik kiadás, (Budapest, HVG-ORAC, 2018), 693

¹¹ Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC fixes in (3) of Article 3 the definition of ‘property’ as: assets of any kind, whether corporeal or incorporeal, movable or immovable, tangible or intangible, and legal documents or instruments in any form including electronic or digital, evidencing title to or an interest in such assets.

ing mathematical formulas.¹² Because the former process is quite energy-demanding, the system generates new cryptocurrencies for the miners as compensation, which are added to the cryptocurrency wallets predefined by the miner. In fact, this process can also be considered as the original way of obtaining cryptocurrencies. As more and more transactions take place in the system of each cryptocurrency, computers must solve increasingly complex mathematical formulas. As a result, mining a given unit of cryptocurrency costs a lot more energy, and the process damages the computer hardware in a more severe way.

2. Possible occurrences of illegal crypto-mining

After reviewing the above-mentioned conceptual fundamentals, it can be concluded that cryptocurrency mining is based entirely on the principle of voluntariness, so ideally the user is free to consider the expected costs, revenues, and other benefits of the operation. However, there are more and more cases when offenders pass on the negative consequences of mining to another person and use the computing capacity of that person to carry out the process. This act could take place in several ways, and it is worrying that we are finding examples of more and more cases of organized crime.¹³

2.1. Illegal cryptocurrency mining exceeding the scope of authorization

One possible (and perhaps the easiest) way to carry out illegal mining is when the perpetrator uses computer tools that are already available to him/her even without prior acts. In this case, the computer equipment is often in the possession of the perpetrator or is easily accessible to him/her. This could be done, for example, when the perpetrator illegally uses a portable computer device entrusted to him or her by the employer, for mining purposes. Thus, although the perpetrator has the right of access

¹² Mátyás Szabolcs; Frigyer László; Prilenszky Géza, 'A virtuális fizetőeszközök szerepe és jelentősége a vagyoni viszályok során' (2021) 3 Belügyi Szemle, 423

¹³ See further on organized crime: Kóhalmi László, 'Szervezett bűnözés' in Barabás A. Tünde (ed.), *Alkalmazott kriminológia*. (Budapest, Ludovika Egyetemi Kiadó, 2020) and Tóth Mihály; Kóhalmi László, 'A szervezett bűnözés' in Borbó Andrea; Gönczöl Katalin; Kerezi Klára; Lévy Miklós (eds.), *Kriminológia*. (Budapest, Wolters Kluwer Kft., 2016) and Tóth Dávid; Gál István László; Kóhalmi László, 'Organized Crime in Hungary' (2015) 1 *Journal Of Eastern-European Criminal Law*

to the given information system, going beyond the scope of this right, he/she carries out the process to gain material benefits for him/herself or for a third party with the device concerned. This act – if no other violation occurs – may be suitable for committing a ‘*violation of the information system (data)*’ defined in Section 423 (1) of the Criminal Code¹⁴, but this must be separated from the crime of ‘*information system fraud*’ pursuant to Section 375 of the Criminal Code.

Section 375 (1) of the Criminal Code defines the information system fraud as the following:

‘Any person who, for unlawful financial gain, introduces data into an information system, or alters or deletes data processed therein, or renders data inaccessible, or otherwise interferes with the functioning of the information system, and thereby causes damage, is guilty of a felony punishable by imprisonment not exceeding three years.’

Basically, the distinction between the two offenses is based on the fact of the damage, so in the case of illegal cryptocurrency mining, since the damage is an essential element of the offense, it follows that the crime of information system fraud should be established in such cases. This is because the two offenses cannot constitute a set of offenses, as the breach of information systems or data are the necessary means of committing the offense of information system fraud.¹⁵ In this case, there is an apparent material set between the two crimes. In the case of the example mentioned above, it should be noted that the quality of the job or workplace is also an important condition. Pursuant to Paragraph 423 (4) of the Criminal Code, the above-mentioned act – if the violation of the information system (data) is committed against a public interest enterprise¹⁶ – is classified a criminal offense, which is punished with imprisonment for two to eight years. If this qualifying circumstance exists, then, referring to the merger doctrine, an apparent formal set should be established, since in this case the act constitutes a more serious violation of the law, so the legal system must also respond to it with an adequate sanction. Accordingly, if the illegal cryptocurrency min-

¹⁴ Act C of 2012 on the Criminal Code

¹⁵ Akác József, ‘A vagyoni elleni bűncselekmények’ in Kónya István (ed.), Magyar Büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára, (Budapest, HVG-ORAC, 2015) 1378, 1415

¹⁶ According to Paragraph 459. § (1) 21. of the Hungarian Criminal Code, a public interest enterprise means a public utility, a public transport operation, an electronic communications network; a logistic, payment or information center or operation operated to carry out the public interest tasks of a universal postal service provider, a plant manufacturing war materials or military equipment, and plants producing power or raw materials intended to be used in a plant.

ing is committed to the detriment of a public interest enterprise, in my opinion the crime of violating an information system or data (*Paragraph 423 (1) and (4) of the Criminal Code*) must be established, as the act completely exhausts the facts prescribed by the paragraph mentioned above. The significance of this can be illustrated by an incident in Russia, which happened in 2018. In that case, a group of nuclear researchers were arrested, and they were accused of illegally trying to mine Bitcoin in a top-secret nuclear assembly plant. According to the media reports, the perpetrators were employees of the Federal Nuclear Center in Sarov, western Russia, where they attempted cryptocurrency mining with the facility's supercomputer. The incident was also confirmed by the press service of the center concerned. The perpetrators were prosecuted after they were handed over to the Federal Security Service by the nuclear department's security department.¹⁷

2.2. Cyber-attacks launched for the purpose of illegal cryptocurrency mining (the so-called 'cryptojacking')

Another possible form of illegal cryptocurrency mining is referred to as 'cryptojacking' in the Anglo-Saxon literature. The point is that the perpetrator gains unauthorized access to the victims' computer equipment and then, using their computing capacity, the offender mines cryptocurrency for him/herself or third party. In practice, this is usually carried out by installing a malicious program (containing scripts) on the victim's computer that allows the perpetrator to access the device. This most often happens by clicking on links in e-mails of unknown origin or by visiting 'infected' websites.¹⁸ Compared to the previous scenario, this form of illegal cryptocurrency mining therefore requires significantly more preparation on the part of the perpetrator, as in this case he/she does not have the concerned computer device at his/her disposal. The first phase of the offense is to place the program containing the malicious scripts in e-mail messages or on web pages, which always happens in a disguised form. It is common for the offenders to copy the 'image' of public service providers, banks or other service providers who are considered authentic by the average users, typically by using promotional letters, fee requests, invoices or other e-mails that are more common in everyday life, with the aim to build trust in the victims regarding their fake web surfaces and e-mails. Some e-mail

¹⁷ 'Russian nuclear scientists arrested for, Bitcoin mining plot' <https://www.bbc.com/news/world-europe-43003740> accessed 6 March 2022

¹⁸ '<https://www.interpol.int/Crimes/Cybercrime/Cryptojacking>' accessed 19 December 2021

service providers can distinguish these messages with relatively high accuracy and identify them as spams, but (especially) weaker e-mail programs require special care when opening these types of messages.

As in the other scenario, this type of illegal cryptocurrency mining also involves the perpetrator's intent to make a profit. One of the key elements of the ecosystem is that the mining users receive a so-called 'compensation' for making his/her computing capacity available to the system, but it should be noted that this compensation is rather low for the more valuable cryptocurrencies used by most users and for less frequently used cryptocurrencies, it means less money due to the lower value of the cryptocurrency. For the mining of more valuable cryptocurrencies, the computing capacity of the simple personal computers is usually not sufficient, therefore the so-called 'mining computers' or complete servers are usually used for this task. Based on this, the perpetrator, as most users have less powerful personal computers, can make quite a small profit per victim. Concerning this, during the investigation of such crimes, special attention should be paid to the detection of the full range of the victims, as for the above-mentioned reason, in most of the cases, perpetrators try to reach a layer as wide as possible. Thus, this form of illegal cryptocurrency mining, when examined in terms of proportionality, does not necessarily favor criminals.

A good example for the above-mentioned case can be the Japanese lawsuit alleging that a 24-year-old perpetrator, called Yoshida Shinkaru illegally used a program called Coinhive for mining Monero, which is one of the most infamous cryptocurrencies. To conduct this activity, he/she encrypted the script in a program that is used in computer games to 'facilitate' the participation in the game, more directly, to cheat. The program was posted by the perpetrator on his own online blog for free access and download. As the installation was successful, the program started to mine Monero for the offender from the devices of the unsuspecting downloaders. To highlight the disproportionate and unfavorable nature of the conditions, it is worth noting that despite the fact that the program made available by the perpetrator has been downloaded more than 90 times, Yoshida Shinkaru has only made a total profit of 5,000 Japanese yen, which is around 14,000 HUF calculated at the exchange rate of 25th February, 2022, however, the offender has been sentenced by the Sendai District Court to one year in prison, the execution of which sentence was suspended for three years.¹⁹

¹⁹ Charlie Osborne, 'Japan issues first-ever prison sentence in cryptojacking case' https://www.zdnet.com/google-amp/article/for-the-first-time-remote-cryptojacker-sentenced-for-exploiting-coinhive/?fbclid=IwAR00OIs2mLn5akKQKdoSZ0_lySM6Y2KeQ4_vlD2tfaKdQlRjPH0RMU86qfo accessed 25 February 2022

In such cases, the determination of the number of victims is of paramount importance, as the scope of the circle of victims is also essential for the specific definition of the crime. As detailed above, the commission of a crime does not necessarily cause significant material damage, however, the fact of the damage is obvious. According to the current Criminal Code in force, if the legal requirement establishes the crime of information system fraud in these cases, however, taking into account the fact that the damage is insignificant in relation to the number of victims and again referring to the merger doctrine, the correct step should be the establishment of the offense of violating a significant number of information systems or data dealt under Paragraph 423 (2) of the Criminal Code, in order to enforce the objectives of the law and trigger a law enforcement response best suited to the crime committed.

In addition to increasing the number of victims, perpetrators try to find solutions to the above-dealt problem in other ways, too. One good solution to that is to focus on the quality instead of the quantity. It is therefore appropriate to target victims who use high-performance machines that are more powerful than the simple computers of the average users. These machines can be found especially in large enterprise environments; therefore, such enterprises are more exposed to the risk of illegal cryptocurrency mining. In February 2018, for example, the vulnerability of the ‘Kubernetes’ open source application management software used by the automotive company Tesla was exploited²⁰ by the perpetrators for illegal mining, but so was the multinational insurance company, Aviva and the international digital security company, Gemalto.²¹ RedLock’s report on security trends on cloud services for 2018 found that 25% of the large enterprises experienced illegal cryptocurrency mining for their cloud services, which shows a significant increase from the 8% that they measured the year before.²² For companies with such significant technological resources, there is a risk of much more significant damage than for ordinary users. This is perfectly supported by the case of two Iranian citizens who are alleged to have hacked cloud services²³ used by a Missouri-based

²⁰ Charlie Osborne, ‘Tesla cloud systems exploited by hackers to mine cryptocurrency’ <https://www.zdnet.com/article/tesla-systems-used-by-hackers-to-mine-cryptocurrency/> accessed 25 February 2022

²¹ Warwick Ashford, ‘Unprotected Kubernetes consoles expose firms to cryptojacking’ <https://www.computerweekly.com/news/252435544/Unprotected-Kubernetes-consoles-expose-firms-to-cryptojacking> accessed 25 February 2022

²² ‘<https://redlock.io/news/redlock-cloud-security-trends-report-highlights-lack-of-compliance-with-industry-standards>’ accessed 28 February 2022

²³ See further on the topic: Klein Tamás, ‘A felhőszolgáltatások egyes jogi kérdései – különös tekintettel az Európai Unió szabályozására’ in Klein Tamás (ed.), *Tanulmányok a technológia-és cyberjog néhány aktuális kérdéséről*. (Budapest, Média tudományi Intézet,

company for illegal cryptocurrency mining, resulting in the cloud provider billing the company \$ 760,000.²⁴ As in the previous case, the protection of critical infrastructures is of paramount importance, so that attacks against such objects, whether internal or external, should be adequately sanctioned by the criminal law. It should be emphasized that similar incidents have already taken place within Europe, where the perpetrators have broken into the IT system of the public utility plant with the intention of mining cryptocurrency.²⁵

2.3. Other methods of illegal crypto mining

In addition to the two scenarios mentioned above, there are also more difficult-to-judge cases of illegal cryptocurrency mining. Typically, this is the case if the offender commits the act by means located in certain community spaces (libraries, internet cafes, universities, schools). If services are available in the relevant community area, within the framework of which the service provider makes the given devices and the Internet access available to the users of the service for a limited period of time – unless otherwise provided by the internal regulations of the service provider – I consider that the violation can only be established beyond the timeframe paid by the users, more precisely the information system fraud, due to the fact of the damage. However, this applies only in the case of the offense described in the first scenario, since if the offender acts as mentioned in the second case, he/she did not have any right to the service provided nor did he give even a partial compensation for the service providers, so in these cases the information system fraud can be identified for the full time-interval.

In cases where we cannot talk about a specific time limit (typically cryptocurrency mining in schools, universities, some libraries), it is less clear how to judge such acts. It should be emphasized, however, that in these cases a distinction must also be made between the types of offense detailed above. Similarly to the previous conditions, the place of the as-

2018) and Máté István Zsolt, 'A felhőszolgáltatások igazságügyi informatikai szakértői vizsgálata' (2015) Infokommunikáció és Jog

²⁴ https://www.justice.gov/usao-edmo/pr/two-iranian-nationals-indicted-local-cryptojacking-case?fbclid=IwAR0fNFkcbq1qXDXDLD5o3Ill9RVBjetXK78VhBb3YB5Dg7oS-LKYk8b_KsoM accessed 6 March 2022

²⁵ A good example for the above-mentioned situation is the case of a water plant. See further: Lily Hay Newman, 'Now Cryptojacking Threatens Critical Infrastructure, too' <https://www.wired.com/story/cryptojacking-critical-infrastructure/> accessed 6 March 2022

assessment of the crime is a key issue. The reason for this is that it is not always possible to establish a criminal offense, since – if the given service provider has made its devices and Internet access available to users without restrictions - the act does not exhaust any of the crimes prescribed by the Criminal Code. If such a situation arises, in my viewpoint, it is the responsibility of the service providers to limit the use of their resources within the framework of their own internal regulations, which should draw the attention of the users to the possible criminal and civil law consequences for the non-compliance with their regulations. If this happens, in my opinion, in the case of subsequent incidents, it is already possible to refer to the exceeding of the right of access, which justifies the violation of the information system or data. Internal regulations would not be necessary to establish the offense of information system fraud, however, the essential factual element of establishing this crime is the damage taken, which is quite difficult to find in those cases where users have unrestricted access to the service provider's resources, let it be the Internet access or the use of specific devices (e.g., computers, tablets, smartphones²⁶). The damages in these acts can usually manifest in increased power consumption or the shorter lifespan of the hardware, but none of these factors can be measured exactly, and it would not be viable, neither expected of the victims to prove these facts in accurate numbers. Based on these, I believe that it is more appropriate and effective to supplement the internal regulations to have a simpler legal assessment.

Of course, in addition to the detailed crime patterns, illegal cryptocurrency mining can occur in multiple ways and even extremely abstract legal cases can appear. A good example of this is the so-called Siacoin-case, which took place in China in 2017. A group of hackers have made a conspiratorial agreement with several Chinese Internet cafe maintenance companies that a program developed by them for cryptocurrency mining, called Siacoin will be placed on the devices of the Internet cafes as part of a system upgrade. The perpetrators used hundred thousands of computers for unauthorized cryptocurrency mining, earning more than 5 million Chinese yuan (approximately \$800,000 at the exchange rate of the time concerned).^{27 28}

²⁶ See further on the dangers of smartphones: Kraut Andrea; Kóhalmi László; Tóth Dávid, 'Digital Dangers of Smartphones' (2020) 1 Journal of Eastern-European Criminal Law.

²⁷ Wolfie Zhao, 'Internet Cafes Hacked to Mine \$800k in Siacoin Cryptocurrency' <https://www.coindesk.com/markets/2018/06/19/internet-cafes-hacked-to-mine-800k-in-siacoin-cryptocurrency/> accessed 2 March 2022

²⁸ The case was still being investigated while this study was written. See further: https://hznews.hangzhou.com.cn/shehui/content/2018-06/16/content_7020998_2.htm accessed 2 March 2022

3. The investigation of the crime

It is a common problem in Hungary that the investigation of crimes involving cryptocurrencies is hampered since in many cases the staff of the investigating authorities and the district prosecutor's offices competent to supervise the investigation do not have the necessary IT skills to solve such crimes. Certain forms²⁹ of cybercrime³⁰, whether they involve cryptocurrencies or not – after decades of their first appearance – are still a phenomenon that the investigating authorities cannot solve or do not want to deal with due to their complexity and the cumbersome investigative tasks that they require.³¹ However, it should be emphasized, that these tools, especially but not exclusively among the younger age groups, seem to be becoming more widespread, with more and more investors, companies, and in some cases, entire countries.³² The material gravity of the certain crimes committed in connection with cryptocurrencies also requires that the cases should not be closed by a termination decision based on the unidentifiable identity of the offender or lack of jurisdiction. It is a fact that this type of crime almost without exception affects several jurisdictions, and in most cases the perpetrators are non-Hungarian citizens living abroad, however, the relevant EU and domestic legislation implementing them fully establishes jurisdiction, even in cases when the crime was only partially committed in Hungary.³³

²⁹ Just like the cases of online identity theft. See further on the topic in more details: Tóth Dávid, 'Identity crimes on the darknet and the social media' (2021) KSZ. Büntetőjogi Szemle and Tóth Dávid, 'Személyiséglopás az interneten' (2020) 1 Büntetőjogi Szemle

³⁰ See: Herke Csongor, 'A kiberbűnözés és a teljesen önvezető járművek' in Barabás Andrea Tünde; Christián László (eds.), Ünnepi tanulmányok a 75 éves Németh Zsolt tiszteletére: Navigare necesse est. (Budapest, Ludovika Egyetemi Kiadó, 2021)

³¹ Mátyás Szabolcs, Frigyer László and Prilenszky Géza have also highlighted in their study that the investigating authorities should need more detailed courses on the topic of cryptocurrencies to facilitate their practice. See: Mátyás; Frigyer; Prilenszky, Op. Cit. 427.

³² A good example can be the case of El Salvador, where the world's best-known cryptocurrency, Bitcoin, was adopted for the first time as a legal tender. With this milestone, the country's economic actors also had to adapt to financial services and challenges augmented by cryptocurrencies. See further: Kate Linthicum, 'El Salvador's president buys bitcoins 'naked,' he boasts. His experiment is costing his nation millions' <https://www.latimes.com/world-nation/story/2022-02-23/el-salvador-bitcoin-experiment> accessed 19 March 2022 and Marco Quiroz-Gutierrez, 'El Salvador says tourism is up 30% since it made Bitcoin legal, but the country is still on the brink of economic disaster' <https://fortune.com/2022/02/23/el-salvador-bitcoin-law-tourism-up-30-percent-imf-senate/> accessed 19 March 2022

³³ See further: Tóth Dávid; Gáspár Zsolt, 'Nemzetközi bűnügyi együttműködéssel összefüggő nehézségek a kiberbűnözés területén' (2020) 2 Büntetőjogi Szemle.

Thanks to innovations in the Anti-Money Laundering Act and the Criminal Procedure Code, the investigative authorities have also been given a legal basis to take measures in the field of asset recovery.³⁴ The SIRIUS project³⁵, which operates within the framework of Europol, is a great help in this process. A list has been drawn up at the request of the investigating authorities to contact the major cryptocurrency service providers, which – based on the practical experience – contains details such as the additional requirements that are expected for data release (such as a prosecutorial license or a judicial license). Evidently, the list does not cover all cryptocurrency service providers, but in most cases, it can help to identify the perpetrator and conduct the investigation.

4. Conclusions

Based on the above, it can be concluded that the illegal mining of cryptocurrencies poses a potential threat that affects not only ordinary users, but also larger players in the corporate sector, and even utilities classified as critical infrastructures, therefore the danger of the act to the society is an indisputable fact. In this very diverse crime, as highlighted above, the quantity and quality of the victims is a key factor, so great emphasis should be placed on exploring the circle of victims as fully as possible during the investigation.

The other element of the crime is the fact of the damage, which, according to the analyzed legal cases, can range from the insignificant value to the significant or particularly significant value. Therefore, largely due to the need for an individual assessment in each case, it will be a very difficult task to develop a uniform law enforcement practice.

Although the ‘closure’ of Coinhive in 2019³⁶ reduced the amount of these crimes relatively significantly, the problem cannot be considered resolved as illegal cryptocurrency mining has not disappeared, this crime is still often committed by the perpetrators to seek financial gain and it is also a matter of time that a similar program like Coinhive spreads among users which will instantly multiply the number of such cases.

In my opinion – keeping in mind the remarks made in the study – according to the provisions of the current Hungarian Criminal Code, it is

³⁴ See: Szathmáry Zoltán, ‘Az elektronikus pénz és a bitcoin biztosítása a büntetőeljárásban’ (2015) 11 Magyar Jog

³⁵ <https://www.europol.europa.eu/operations-services-innovation/sirius-project> accessed 15 March 2022

³⁶ Michal Salat, ‘The End of Coinhive; The end of cryptojacking?’ <https://blog.avast.com/coinhive-shuts-down> accessed 14 March 2022

rather difficult to classify the different occurrences of illegal cryptocurrency mining in the practical application of the law, because of which it is almost impossible to develop a uniform practice. In many cases it is necessary to go back to the principles of criminal law for the purpose of the law to be enforced by the law enforcement body, and eventually the subjective legal position of the judicial employee will appear in the case instead of an objective legal regulation. Regarding cybercrime, the Criminal Code sets out rather just broad facts, which in the practice is only partially a solution, as they cover a significant part of the ways in which crimes can be committed, but it must be highlighted that the technological development has reached a level that this type of legislation will not necessarily be sustainable.

In the present case, since the reviewed criminal offenses can be classified according to the Criminal Code in force, instead of amending the act, it would be sufficient to address the relevant issues in the commentary of the Criminal Code, possibly in the form of a legal unity decision, which would highly facilitate the activities of the investigating authorities, the prosecution, and the court.

I also consider it necessary to organize professional trainings for investigative authorities and judicial staff about the cryptocurrencies to prepare the professionals, during which, after the overview of the minimum IT knowledge concerned, the practical law enforcement issues and certain related procedural acts, the classification of criminal offenses and the possibilities for asset recovery should be emphasized.

It is equally important to accentuate the need for university courses that focus on the technological innovations of the past decade. In general, the prevailing view in law schools is that the greatest emphasis should be placed on the teaching of classical legal subjects, however, the challenges of the present age are often pushed into the background as a result. The same can be stated for law enforcement training. It is an indisputable fact that future new professionals must practice in this changed world surrounded by technological innovations³⁷, and as a result, in addition to respecting classical legal subjects, new challenging phenomena³⁸ such as cryptocurrencies must be included in legal and law enforcement training.³⁹

³⁷ See more further on the relationship between the technological development and criminal tendencies: Korinek László, 'Tendenciák korunk bűnözésében és bűnüldözésében' (2014) 1 Jura

³⁸ See for example: Miskolczi Barna; Szathmáry Zoltán, 'Büntetőjogi kérdések az információk korában: Mesterséges intelligencia, Big Data, Profilozás' (Budapest, HVG-ORAC, 2018) and Szathmáry Zoltán, 'Etikus és nem etikus hacking – a kérértlen sérülékenységvizsgálat büntetőjogi kérdései' (2020) 6 Magyar Jog

³⁹ See further: Polt Péter, 'Rendészeti képzés – az alkalmazható tudásra fókuszálva' in Boda József; Tóth Nikolett Ágnes (eds.), 50 éves a rendészeti felsőoktatás. (Budapest, Ludovika Egyetemi Kiadó, 2021)

Bibliography

- AkácZ József, 'A vagyron elleni bűncselekmények' in Kónya István (ed.), *Magyar Büntetőjog. Kommentár a gyakorlat számára*, (Budapest, HVG-ORAC, 2015) 1378, 1415
- Charlie Osborne, 'Japan issues first-ever prison sentence in cryptojacking case' https://www.zdnet.com/google-amp/article/for-the-first-time-remote-crypto-jacker-sentenced-for-exploiting-coinhive/?fbclid=IwAR00OIs2mLn5akKQKdoSZ0_lySM6Y2KeQ4_vlD2tfaKdQlRjPH0RMU86qfo accessed 25 February 2022
- Charlie Osborne, 'Tesla cloud systems exploited by hackers to mine cryptocurrency' <https://www.zdnet.com/article/tesla-systems-used-by-hackers-to-mine-cryptocurrency/> accessed 25 February 2022
- Czine Ágnes, 'A kényszerintézkedések' in Belegi József (ed.), *Büntetőeljárás jog: kommentár a gyakorlat számára – harmadik kiadás*, (Budapest, HVG-ORAC, 2018), 693
- Gál István László, 'A pénzmosás új elkövetési tárgya' in Bujtár, Zsolt; Szívós, Alexander Roland; Gáspár, Zsolt; Szilovics, Csaba; Breszkovics, Botond (eds.), *Kriptoeszközök világa a jog és a gazdaság szemszögéből: konferenciakötet: 2021. március 19. Kriptoeszközök világa a jog és gazdaság szemszögéből konferencia válogatott tanulmányok* (Pécs, Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, 2021)
- Gál István László, 'A pénzmosás új magyar szabályozása 2021-től' (2021) 1 *Büntetőjogi Szemle*
- Herke Csongor, 'A kiberbűnözés és a teljesen önvezető járművek' in Barabás Andrea Tünde; Christián László (eds.), *Ünnepi tanulmányok a 75 éves Németh Zsolt tiszteletére: Navigare necesse est*. (Budapest, Ludovika Egyetemi Kiadó, 2021)
- Herke Csongor, 'Magyar büntető eljárásjog' Pécs, (Baufirma, 2021)
- Herke Csongor, 'Hungarian criminal procedure law' Pécs, (Baufirma, 2021)
- Herke Csongor; Antonio Silva Sánchez; Alejandro Platero Alcón, 'Proceso penal en Hungría' Sevilla, (McGraw-Hill, 2020)
- <https://www.europol.europa.eu/operations-services-innovation/sirius-project> accessed 15 March 2022
- https://hznews.hangzhou.com.cn/shehui/content/2018-06/16/content_7020998_2.htm accessed 2 March 2022
- <https://www.interpol.int/Crimes/Cybercrime/Cryptojacking> accessed 19 December 2021
- 'https://www.justice.gov/usao-edmo/pr/two-iranian-nationals-indicted-local-cryptojacking-case?fbclid=IwAR0fNFkcbq1qXDXDLD5o3Ill9RVBjetXK78VhBb3YB5Dg7oSLKYk8b_KsoM' accessed 6 March 2022
- <https://redlock.io/news/redlock-cloud-security-trends-report-highlights-lack-of-compliance-with-industry-standards> accessed 28 February 2022
- Kate Linthicum, 'El Salvador's president buys bitcoins 'naked,' he boasts. His experiment is costing his nation millions'

- <https://www.latimes.com/world-nation/story/2022-02-23/el-salvador-bitcoin-experiment> accessed 19 March 2022
- Kecskés András; Bujtár Zsolt, 'Felvetések a kriptó eszközök szabályozása terén' (2019) 2 Controller Info 49, 49
- Klein Tamás, 'A felhőszolgáltatások egyes jogi kérdései - különös tekintettel az Európai Unió szabályozására' in Klein Tamás (ed.), Tanulmányok a technológia- és cyberjog néhány aktuális kérdéséről. (Budapest, Médiatudományi Intézet, 2018)
- Korinek László, 'Tendenciák korunk bűnözésében és bűnüldözésében' (2014) 1 Jura
- Kőhalmi László, 'Szervezett bűnözés' in Barabás A. Tünde (ed.), Alkalmazott kriminológia. (Budapest, Ludovika Egyetemi Kiadó, 2020)
- Kraut Andrea; Kőhalmi László; Tóth Dávid, 'Digital Dangers of Smartphones' (2020) 1 Journal of Eastern-European Criminal Law
- Lily Hay Newman, 'Now Cryptojacking Threatens Critical Infrastructure, too' <https://www.wired.com/story/cryptojacking-critical-infrastructure/> accessed 6 March 2022
- Máté István Zsolt, 'A felhőszolgáltatások igazságügyi informatikai szakértői vizsgálata' (2015) Infokommunikáció és Jog
- Marco Quiroz-Gutierrez, 'El Salvador says tourism is up 30% since it made Bitcoin legal, but the country is still on the brink of economic disaster' <https://fortune.com/2022/02/23/el-salvador-bitcoin-law-tourism-up-30-percent-imf-senate/> accessed 19 March 2022
- Mátyás Szabolcs; Frigyer László; Prilenszky Géza, 'A virtuális fizetőeszközök szerepe és jelentősége a vagyonvisszaszerzés során' (2021) 3 Belügyi Szemle, 423
- Michal Salat, 'The End of Coinhive; The end of cryptojacking?' <https://blog.avast.com/coinhive-shuts-down> accessed 14 March 2022
- Miskolczi Barna; Szathmáry Zoltán, 'Büntetőjogi kérdések az információk korában: Mesterséges intelligencia, Big Data, Profilozás' (Budapest, HVG-ORAC, 2018)
- Polt Péter, 'Rendészeti képzés – az alkalmazható tudásra fókuszálva' in Boda József; Tóth Nikolett Ágnes (eds.), 50 éves a rendészeti felsőoktatás. (Budapest, Ludovika Egyetemi Kiadó, 2021)
- 'Russian nuclear scientists arrested for ,Bitcoin mining plot' <https://www.bbc.com/news/world-europe-43003740> accessed 6 March 2022
- Szathmáry Zoltán, 'Az elektronikus pénz és a bitcoin biztosítása a büntetőeljárában' (2015) 11 Magyar Jog
- Szathmáry Zoltán, 'Etikus és nem etikus hacking – a kérértlen sérülékenységvizsgálat büntetőjogi kérdései' (2020) 6 Magyar Jog
- Szívós Alexander Roland, A kriptoeszközökkel kapcsolatos adózási kérdések áttekintése in Bujtár, Zsolt; Szívós, Alexander Roland; Gáspár, Zsolt; Szilovics, Csaba; Breszkovics, Botond (eds.), Kriptoeszközök világa a jog és a gazdaság szemszögéből: konferenciakötet: 2021. március 19. Kriptoeszközök világa a jog és gazdaság szemszögéből konferencia válogatott tanulmányok (Pécs, Pécsi Tudományegyetem Állam-és Jogtudományi Kar, 2021)

- Szívós Alexander Roland, 'A kriptoeszközök és az adózás' in Bujtár, Zsolt; Szívós, Alexander Roland; Gáspár, Zsolt; Szilovics, Csaba; Breszkovics, Botond (eds.), Kriptoeszközök világa a jog és gazdaság szemszögéből: Konferenciakötet – Válogatott tanulmányok (Pécs, Pécsi Tudományegyetem, Állam-és Jogtudományi Kar, 2021)
- Tóth Dávid, 'Identity crimes on the darknet and the social media' (2021) KSZ. Büntetőjogi Szemle
- Tóth Dávid, 'Személyiséglopás az interneten' (2020) 1 Büntetőjogi Szemle Tóth Dávid; Gáspár Zsolt, 'Nemzetközi bűnügyi együttműködéssel összefüggő nehézségek a kiberbűnözés területén' (2020) 2 Büntetőjogi Szemle
- Tóth Dávid; Gál István László; Kőhalmi László, 'Organized Crime in Hungary' (2015) 1 Journal Of Eastern-European Criminal Law
- Tóth Mihály; Kőhalmi László, 'A szervezett bűnözés' in Borbíró Andrea; Gönczöl Katalin; Kerecsi Klára; Lévy Miklós (eds.), Kriminológia. (Budapest, Wolters Kluwer Kft., 2016)
- Warwick Ashford, 'Unprotected Kubernetes consoles expose firms to cryptojacking' <https://www.computerweekly.com/news/252435544/Unprotected-Kubernetes-consoles-expose-firms-to-cryptojacking> accessed 25 February 2022
- Wolfie Zhao, 'Internet Cafes Hacked to Mine \$800k in Siacoin Cryptocurrency' <https://www.coindesk.com/markets/2018/06/19/internet-cafes-hacked-to-mine-800k-in-siacoin-cryptocurrency/> accessed 2 March 2022

Regulations and Documents

- Directive (EU) 2018/843 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2018 amending Directive (EU) 2015/849 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, and amending Directives 2009/138/EC and 2013/36/EU
- Directive (EU) 2015/849 of the European Parliament and of the Council of 20 May 2015 on the prevention of the use of the financial system for the purposes of money laundering or terrorist financing, amending Regulation (EU) No 648/2012 of the European Parliament and of the Council, and repealing Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council and Commission Directive 2006/70/EC
- Act CXIX. of 2019 on the Prevention of Money Laundering and Terrorist Financing and on the Modification of Act LIII of 2017 on the Prevention and Combating of Money Laundering and Terrorist Financing
- Act LIII of 2017 on the Prevention and Combating of Money Laundering and Terrorist Financing
- Act XC of 2017 on the Criminal Procedure
- Act C of 2012 on the Criminal Code



BARBARA MAŁGORZATA KAŁDON
Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego
w Warszawie

 <https://orcid.org/0000-0001-5920-9130>

Penalizacja pornografii dziecięcej w badaniu opinii społecznej studentów

Criminalization of child pornography in student's public opinion survey

Abstract: The article is of a theoretical and empirical nature, presenting the main problems of child pornography and the assumptions of the amendment to the Penal Code of July 7, 2022 in the scope of Art. 202 of the Penal Code, hereinafter referred to as "Zmkk2022". In addition, the study presents the results of a public opinion survey regarding the penalties for the crime of child pornography and their comparison with legally applicable regulations, as well as the statistics of penalties imposed by courts. The survey was carried out in March 2024 based on an original survey questionnaire of a group of 236 respondents – students.

Keywords: child pornography, amendment, punishment, public opinion, court statistics

1. Wstęp

Artykuł ma charakter teoretyczno-empiryczny. Jego przedmiotem są przestępstwa z art. 202 k.k.¹, w tym regulacje zmienione w ramach nowelizacji Kodeksu karnego z 7 lipca 2022 r. t.j.² (dalej jako: Zmkk2022). Część teoretyczna obejmuje problematykę pornografii dziecięcej.

Celem badania opisanego w części empirycznej było ustalenie opinii studentów w zakresie hipotetycznych kar, jakie powinny być wymierzane

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2024, poz. 17.

² Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2022, poz. 2600.

za przestępstwa określone w art. 202 k.k., oraz porównanie ich z prawnie obowiązującymi regulacjami.

Problem główny badań zawiera się w pytaniach: jakie kary powinny być wymierzane sprawcom przestępstw określonych w art. 202 k.k., czy obecne sankcje karne dotyczące tego zagadnienia są zbieżne z opiniami ankietowanych?, czy respondenci opowiedzieliby się za wprowadzeniem do ustawodawstwa polskiego kary śmierci za omawiane przestępstwa?, czy nowelizacja Zmkk2022 w stopniu wystarczającym chroni ofiary czynów zabronionych określonych w art. 202 k.k.? Zgodnie z tezą przyjętą w artykule opinie na temat karalności przestępstw związanych z pornografią dziecięcą są znacznie surowsze niż obowiązujące regulacje kodeksowe oraz kary wymierzane w praktyce sądowej.

Autorka w swoim badaniu zastosowała metodę sondażową i metodologię interpretacyjno-opisową. W artykule posłużono się techniką analizy dokumentów, a jako narzędzie badawcze zastosowano autorski kwestionariusz ankiety.

2. Część teoretyczna

2.1. Problematyka pornografii w zarysie

Przedmiotem ochrony określonym w art. 202 k.k. jest w dużej mierze wolność seksualna dziecka, które ze względu na swój wiek najczęściej nie potrafi w sposób racjonalny tą wolnością dysponować³. Twierdzenie o szkodliwym wpływie pornografii na dzieci jest niekwestionowane i nie może podlegać dyskusji⁴.

W art. 202 k.k. ustawodawca zawarł typy czynów zabronionych, które są wyrazem przeciwdziałania pornografii. Istotą artykułu jest m.in. wytwarzanie oraz obrót materiałami przedstawiającymi inne osoby w trakcie czynności seksualnych lub osoby pozbawione okrycia intymnych części swojego ciała. Celem materiałów pornograficznych jest wywołanie u oglądającego podniecenia seksualnego i tym samym pewnego rodzaju zadowolenia w owej sferze życia. Pornografia jest bez wątpienia zjawiskiem szkodliwym społecznie, wiąże się bowiem z poważnym naruszeniem ludzkiej godności. Zwraca się przy tym uwagę, że może prowadzić do wielu przestępstw o charakterze seksualnym lub związanych z wykorzystaniem drugiego człowieka dla chęci zysku, np. w ramach handlu

³ J. Warylewski, K. Nazar: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. R.A. Stefański. Wyd. 6. C.H.Beck, Warszawa 2023, s. 1423.

⁴ Ibidem.

ludźmi⁵. Ustawodawca odnośnie do dzieci oparł się na bezwzględnym zakazie ich udziału w procesie wytwarzania treści pornograficznych. Poza tym celem ochrony przy tych zakazach jest obyczajność, a w jej ramach – prawidłowy rozwój dziecka, mogący doznać poważnych zaburzeń w trakcie uczestniczenia w zakazanym procederze⁶.

2.2. Szkodliwość pornografii dziecięcej – kontekst społeczny

Przestępstwa związane z pornografią dziecięcą mają katastrofalne skutki dla ich ofiar. Można tu wymienić różnego rodzaju zaburzenia i choroby psychiczne, obniżone poczucie własnej wartości, problemy w nawiązywaniu relacji międzyludzkich, ryzyko powtórnej wiktymizacji.

Zrozumienie istoty tego problemu oraz wdrożenie odpowiednich środków w aspekcie prawnym są kluczowe dla zapewnienia dzieciom prawidłowego procesu dorastania i uniknięcia w przyszłości: obniżonej samooceny, depresji, lęków, różnego rodzaju zaburzeń. Wskazane okoliczności mają długotrwałe konsekwencje dla zdrowia psychicznego. Ofiar mogą dotyczyć: problem reintegracji społecznej i dysfunkcje w nawiązywaniu relacji międzyludzkich, ryzyko wzrostu liczby podobnych przestępstw popełnianych w przyszłości przez dawne ofiary, a także obniżenie zaufania do dorosłych i kryzys zaufania do instytucji państwowych.

Określenie poziomu zagrożenia wykorzystywaniem seksualnym dzieci korzystających z Internetu nie jest łatwym zadaniem. Statystyki policyjne i inne tego typu dane nie są w stanie oddać pełnego poziomu zagrożenia, gdyż zawsze pozostaje tzw. ciemna liczba przestępstw. W Polsce pierwszą ogólnokrajową akcją związaną z bezpieczeństwem dzieci w Internecie była kampania społeczna „Dziecko w Sieci”, zorganizowana w 2004 r. przez Fundację „Dzieci Niczyje” (obecnie: Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę). Działania podejmowane w zakresie kampanii poprzedzone zostały sondażem przeprowadzonym wśród blisko 9000 dzieci korzystających z Internetu⁷. Na podstawie wskazanych badań można zauważyć, że dzieci korzystające w Polsce z Internetu bardzo często zaniedbują podstawo-

⁵ M. Rodzynekiewicz: *Rozdział XXV k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*. T. 2. Red. A. Zoll. Zakamycze, Kraków 2006, s. 666–667.

⁶ J. Piórkowska-Flieger: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. T. Bojarski. Wyd. 7. Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 585–591.

⁷ Ł. Wojtasik: *Pedofilia i pornografia dziecięca w Internecie*. W: *Wykorzystywanie seksualne dzieci. Teoria, badania, praktyka*. Red. M. Sajkowska. Fundacja „Dzieci Niczyje”, Warszawa 2003, s. 184.

we środki bezpieczeństwa, przez co są narażone na niebezpieczeństwa związane z obecnością w sieci środowisk pedofilskich. Duża dostępność materiałów pornograficznych może mieć częstokroć zły wpływ na rozwój dziecka i świadczy niewątpliwie o braku odpowiedniej kontroli tego typu zasobów internetowych⁸. Analiza przywołanych badań nasunęła takie postulaty, jak: konieczność działań edukacyjnych, skierowanych do dzieci, a mówiących o zagrożeniach i zasadach bezpiecznego korzystania z Internetu; objęcie działaniami edukacyjnymi dotyczącymi zasad bezpieczeństwa i kontroli poczynąń dzieci w Internecie także rodziców oraz pracowników placówek oświatowych; podjęcie kroków na rzecz ograniczenia dostępności materiałów pornograficznych dla najmłodszych użytkowników Internetu (oprogramowanie filtrujące, kontrola zasobów sieci)⁹.

2.3. Pornografia dziecięca – główne aspekty

Konwencja o cyberprzestępczości wprowadziła w art. 9 ust. 2 definicję pojęcia „pornografia dziecięca” jako materiału pornograficznego, który w sposób widoczny przedstawia: osobę małoletnią w trakcie czynności wyraźnie seksualnej; osobę, która wydaje się być małoletnią, w trakcie czynności wyraźnie seksualnej; realistyczny obraz prezentujący osobę małoletnią w trakcie czynności wyraźnie seksualnej¹⁰.

Jak słusznie wskazał Sąd Najwyższy: „Pojęcie pornografia dziecięca oznacza jakiegokolwiek materiał, który wizualnie przedstawia dziecko uczestniczące w rzeczywistej lub udawanej czynności wyraźnie seksualnej lub jakiegokolwiek przedstawianie narządów płciowych dziecka głównie w celach seksualnych”¹¹. W wyroku z 23 listopada 2010 r. Sąd Najwyższy zaznaczył, że: „Znamię treści pornograficzne użyte w dyspozycji art. 202 § 3 k.k. jest pojęciem prawnym, a nie medycznym czy seksuologicznym, zaś biegły seksuolog posiada wiadomości specjalne jedynie w zakresie ustalenia hipotetycznego wpływu danej prezentacji na potencjalnego odbiorcę w płaszczyźnie jego reakcji emocjonalnych, w tym seksualnych. Żaden biegły, w tym biegły seksuolog, nie jest w stanie zastąpić Sądu w ocenie istnienia tego znamienia w danej prezentacji. Treści pornograficzne w rozumieniu art. 202 k.k. to zawarte w utrwalonej formie (np. film, zdjęcia, czasopisma, książki, obrazy) lub nie (np. pokazy na

⁸ Ibidem, s. 188.

⁹ Ibidem.

¹⁰ Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. Dz.U. 2015, poz. 728.

¹¹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2020 r. V KK 655/19 [Legalis]; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2021 r. IV KK 251/20 [Legalis].

żywo), prezentacje czynności seksualnych człowieka (zwłaszcza ukazywanie organów płciowych człowieka w ich funkcjach seksualnych), i to zarówno w wymiarze niesprzecznym z ich biologicznym ukierunkowaniem, jak i czynności seksualnych człowieka sprzecznych z przyjętymi w społeczeństwie wzorcami zachowań seksualnych”¹².

Artykuł 202 § 3, 4, 4a, 4b oraz 4c k.k. zakazuje m.in. tzw. pornografii dziecięcej. Jego paragrafy stanowią szczególną ochronę dzieci przed omawianym zjawiskiem, mają bowiem na celu chronić obyczajność w dziedzinie seksualnej, rozumianą jako potrzebę ochrony dziecka przed destrukcyjnym wpływem pornografii na jego rozwój psychofizyczny¹³. Przedstawione uregulowania chronią wolność seksualną małoletnich. Z pewnością są to słuszne przepisy, albowiem pornografia dziecięca jest szczególnie społecznie szkodliwa i stanowi wykorzystywanie dzieci. Poza tym w sytuacji, gdy jej produkcja odbywa się z udziałem małoletniego, to dochodzi do jego seksualnego wykorzystania i obojętna jest w takim przypadku zgoda małoletniego/jego rodziców. Następstwem takiego zachowania jest z kolei zazwyczaj bardzo duże pokrzywdzenie ofiary, trwające długo i mające źródło w rozpowszechnianej przez lata pornografii z jego udziałem¹⁴. Ponadto, pornografia dziecięca propaguje i afirmuje zachowania będące czynami kryminalnie bezprawnymi¹⁵.

W art. 202 § 3 k.k. ustawodawca wprowadził typ przestępstwa mający na celu przede wszystkim przeciwdziałanie powstawaniu i rozpowszechnianiu materiałów pornograficznych objętych bezwzględnym zakazem, związanym z treściami pedofilskimi, epatującymi przemocą i prezentującymi posługiwanie się zwierzęciem. Czynność sprawcza tego przestępstwa polega na tym, że sprawca celem rozpowszechniania produkuje, utrwała lub sprowadza, przechowuje lub posiada albo rozpowszechnia lub prezentuje treści pornograficzne z udziałem małoletniego lub treści pornograficzne odnoszące się do prezentowania przemocy lub posługiwania się zwierzęciem. Przez **produkowanie** w takim ujęciu należy rozumieć czynności polegające na działaniach zmierzających do wytworzenia materiału, jakim jest powstanie treści pornograficznej¹⁶. Odpowiedzialności karnej w powyższym aspekcie będzie podlegał każdy uczestnik działań technicznych i organizacyjnych niezbędnych do wykonania takich treści,

¹² IV KK 173/10. OSNwSK 2010, nr 1, poz. 2302.

¹³ S. Hyps: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. Wyd. 5. C.H.Beck, Warszawa 2018, s. 1045.

¹⁴ J. Warylewski, K. Nazar: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 1423–1424.

¹⁵ Ibidem.

¹⁶ B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska: *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*. Rozdział XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz. C.H.Beck, Warszawa 2001, s. 125.

np. reżyser, scenarzysta, aktorzy, wydawca czasopisma¹⁷. Natomiast **rozpowszechnianiem** treści pornograficznych jest m.in. kolportaż, publikacja, użyczenie czy kopiowanie oraz innego rodzaju udostępnianie takich treści szerszemu i niedookreślonemu kręgowi osób. Nie będzie przy tym rozpowszechnianiem działanie polegające na udostępnieniu treści pornograficznych niewielkiej i ściśle określonej grupie osób¹⁸. Z kolei **utrwalaniem** jest zapis na jakimkolwiek nadającym się do tego nośniku, nadawanie trwałości, zachowywanie na przyszłość, np. poprzez filmowanie, fotografowanie, a skutkiem takiego utrwalania jest powstanie nowego produktu¹⁹. Przez **sprowadzanie** należy rozumieć jakąkolwiek formę uzyskania materiału zawierającego treści pornograficzne. Może ono polegać np. na zakupie, ściągnięciu z Internetu na własny dysk lub na realizacji zamówienia od innej osoby. Źródło, z którego tutaj sprawca korzysta, jest obojętne dla jego odpowiedzialności karnej²⁰. Zgodnie z wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z 27 września 2012 r. zachowanie ograniczone do wchodzenia na stronę internetową i zapoznawania się z zawartymi tam treściami pornograficznymi z udziałem małoletniego nie stanowi sprowadzania treści pornograficznych²¹. W omawianym zakresie znamię **posiadania** zostaje spełnione, jeżeli sprawca w jakikolwiek sposób realnie włada przedmiotem zawierającym przekazy pornograficzne, tzn. decyduje o jego losie, nawet jeśli nie byłoby jego własnością, zaś **przechowywanie** jest formą posiadania, z tą różnicą, że najczęściej jest związane z przyjęciem zlecenia przetrzymania określonych treści pornograficznych dla kogoś innego²². **Prezentowanie**, jako jedna z ostatnich czynności sprawczych, zdaniem Sławomira Hypsia polega na pokazywaniu treści pornograficznych w jakiejkolwiek formie oraz postaci, tj. zarówno publicznej, jak i prywatnej, która pozwala w sposób bezpośredni innym osobom zapoznać się z jej treścią²³.

Treści pornograficzne z udziałem dzieci, związane z użyciem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem zaliczane są do tzw. twardej pornografii. Artykuł 202 § 3 k.k. nie uwzględnia jednak wszystkich przejawów

¹⁷ M. Rodzyńkiewicz: *Rozdział XXV k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 679.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1987 r. WR 28/87. OSNKW 1987, nr 9–10, poz. 85.

¹⁹ J. Warylewski: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz*. C.H.Beck, Warszawa 2001, s. 911.

²⁰ B. Kunicka-Michalska: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełniane za pośrednictwem systemu informatycznego*. Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków 2004, s. 81 i nast.

²¹ II AKa 171/12 [Legalis].

²² S. Hyps: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 1047.

²³ Ibidem.

tw. twardej pornografii, np. pornografii nekrofilnej czy sadomasochistycznej, która nie może być kwalifikowana jako pornografia z użyciem przemocy z uwagi na zgodę masochisty na zadawane mu ból i cierpienie²⁴. Należy przy tym wspomnieć, że sformułowanie: „z użyciem przemocy”, w pierwotnym brzmieniu art. 202 k.k. nie pozostawiało wątpliwości, że chodziło tu o autentyczne sceny użycia siły²⁵.

Z dniem 26 maja 2014 r. znamię „małoletni poniżej lat 15” zostało zastąpione znamieniem „małoletni”, które oznacza każdego, kto nie ukończył 18. roku życia. Od wspomnianego dnia art. 200 § 3 k.k. zakazuje prezentowania treści pornograficznych małoletniemu lub udostępniania mu przedmiotów mających taki charakter albo rozpowszechniania treści pornograficznych w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi. Określenie „prezentowanie treści pornograficznych” odpowiada temu samemu sformułowaniu, które zostało użyte w § 1, i może polegać na okazywaniu małoletniemu zdjęć pornograficznych czy też projekcji filmu pornograficznego.

Uzupełnieniem normy z § 3 omawianego artykułu jest kolejny typ kwalifikowany przestępstwa, zawarty w art. 202 § 4 k.k., wyrażający zakaz utrwalania treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Regulacja ta wprowadza bezwzględny zakaz produkcji pornografii, chociażby na własny użytek, jeśli dotyczy dziecka, które nie osiągnęło 18 lat. Ustawodawca obejmuje także zakresem kryminalizacji odbiorców omawianego zagadnienia, albowiem zgodnie z kolejnym typem kwalifikowanym, określonym w art. 202 § 4a k.k. – odpowiedzialności karnej podlega sprawca, który przechowuje, posiada lub uzyskuje dostęp do treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 18. Zakaz ten odnosi się do jakiegokolwiek formy dostępu do wskazanych treści, również uzyskanych drogą internetową²⁶.

Warto zauważyć, że z dniem 18 grudnia 2008 r. w art. 202 k.k. dodano § 4b, penalizujący produkcję, rozpowszechnianie, prezentowanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej. Przepis ten posiada indywidualny przedmiot ochrony – obyczajność w sferze życia seksualnego. Odnosnie do tzw. pozorowanej pornografii dziecięcej trudno mówić o ochronie jakiegokolwiek zindywidualizowanego dobra prawnego w postaci wolności seksualnej, w rzeczywistości nie dochodzi bowiem do zaangażowania dziecka w tworzenie treści pornograficznej.

²⁴ J. Warylewski, K. Nazar: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 1429.

²⁵ Ibidem.

²⁶ S. Hyps: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 1047.

Uzasadnieniem prawnym dla istnienia tego zakazu jest dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW²⁷.

Poza tym wraz z nowelizacją Kodeksu karnego dokonaną ustawą z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw²⁸, obowiązującą od 26 maja 2014 r., ustawodawca w art. 202 § 4c k.k. wprowadził nowy typ czynu zabronionego, polegający na zakazie uczestniczenia w celu zaspokojenia seksualnego w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Istotą tego przestępstwa jest kryminalizacja zachowań patologicznych, które polegają na uzyskaniu zaspokojenia seksualnego za pomocą kontaktu z pornografią dziecięcą. Przepis ten dotyczy wyłącznie sytuacji, w której sprawca, uczestnicząc w prezentacji pornograficznej, ma na celu jedynie własne zaspokojenie seksualne, i nie obejmuje takiego zaspokojenia innych osób. Do ukarania sprawcy w tym przypadku wystarczy stwierdzenie samego podjęcia takiego działania, które ma na celu zaspokojenie seksualne, natomiast rzeczywiste osiągnięcie tego celu dla bytu owego przestępstwa nie ma znaczenia²⁹.

Także od dnia 26 maja 2014 r. żaden skutek w postaci zapoznania się z pornograficzną treścią przez małoletniego nie jest wymagany, albowiem dla odpowiedzialności z art. 202 § 3 k.k. wystarcza sama prezentacja treści pornograficznych lub udostępnienie przedmiotów o takim charakterze. Jak zauważa Oktawia Górniok, „Przestępstwo jest dokonane w momencie podejmowania jakiegokolwiek czynności składającej się na proces produkowania w celu rozpowszechniania, sprowadzania czy rozpowszechniania, przy produkowaniu w szczególności na tym etapie, na jakim można już rozpoznać wymagany rodzaj pornograficznych treści”³⁰. Przestępstwa z art. 202 § 4, 4a, 4b, 4c k.k. mają również charakter formalny i powszechny.

Strona podmiotowa wyróżnionych występów obejmuje zawsze zamiar bezpośredni, a w niektórych przypadkach także ewentualny, gdyż sprawca musi co najmniej godzić się z tym, że prezentowane lub udostępniane przez niego treści mają charakter pornograficzny. Odnosnie do art. 202 § 3, 4, 4a i 4b k.k. zamiar ewentualny może głównie dotyczyć

²⁷ Dz.Urz. UE L nr 335 z 2011 r., s. 1 ze zm.

²⁸ Dz.U. 2014, poz. 538.

²⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 1988 r. V KRn 247/88. OSNKW 1989, nr 1, poz. 12.

³⁰ O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 3: (art. 117–363). Wydawnictwo ARCHE, Gdańsk 1999, s. 185–186.

tego, czy w ogóle chodzi o małoletniego, czy też o osobę dorosłą, która ukończyła 18 lat. Wart zasygnalizowania jest ponadto fakt, że jeśli chodzi o art. 202 § 3 k.k., to zamiar ewentualny jest w zasadzie wykluczony przy produkcji celem rozpowszechniania, zaś w przypadku art. 202 § 4c k.k. wymagany jest zamiar bezpośredni w postaci zamiaru kierunkowego, o czym decyduje znamię: „w celu zaspokojenia seksualnego”³¹.

2.4. Założenia nowelizacji Kodeksu karnego z 7 lipca 2022 r. odnośnie do art. 202 k.k.

W wyniku nowelizacji Zmkk2022 ustawodawca zmienił ustawowe zagrożenie wymiaru kary charakteryzowanego przepisem. Dotychczasowe słowa: „od lat 2 do 12”, zastąpił sankcją: „od lat 2 do 15”, zwiększając górną granicę ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności. W związku z wyeliminowaniem z systemu sankcji kary 25 lat pozbawienia wolności konieczne okazało się dokonanie zmian o charakterze dostosowawczym, polegających na usunięciu kary 25 lat pozbawienia wolności z treści tych przepisów, na gruncie których pojawia się ona jako odrębny od zwykłego terminowego pozbawienia wolności rodzaj kary. Z uwagi na wprowadzoną w przepisie art. 37 k.k. zmianę w postaci określenia nowego wymiaru górnej granicy kary pozbawienia wolności (do 30 lat) ustanowiono nowe granice ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności z art. 202 § 3 k.k. Za przestępstwo popełnione w warunkach wskazanego artykułu – tj. jeżeli dana osoba w celu rozpowszechniania produkuje, utrwała lub sprowadza, przechowuje lub posiada albo rozpowszechnia lub prezentuje treści pornograficzne z udziałem małoletniego albo treści pornograficzne związane z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem – sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 2 do 15 lat.

Warto także zwrócić uwagę na zmianę wynikającą z art. 41a § 1 k.k. Rozszerza ona zakres stosowania środków reakcji prawnokarnej względem sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej. W dodanym § 1a zmieniono podstawę orzekania przedmiotowego środka z fakultatywnej na obligatoryjną, jeżeli wniosek taki złoży pokrzywdzony. Możliwość orzeczenia zakazu lub nakazu ze wskazanego paragrafu nie jest przy tym w dalszym ciągu uzależniona od rodzaju wymierzonej kary, wystarczające jest już bowiem samo skazanie na jakąkolwiek karę za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej.

³¹ J. Warylewski, K. Nazar: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 1430.

3. Część empiryczna

3.1. Charakterystyka grupy badawczej

Respondentami była grupa 236 studentów uczelni wyższych w Polsce. Wśród ankietowanych przeważali studenci Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie (ok. 41%) oraz Uniwersytetu Warszawskiego (ok. 14%). Grupa badawcza składała się w 35% z mężczyzn i 65% z kobiet. Wiek ankietowanych mieścił się w przedziale od 18 do 52 lat. Przy czym mediana wieku wynosiła 21 lat, zaś średnia wieku – 22 lata.

Deklarowane przez respondentów kierunki studiów były różnorodne. Należały do nich m.in.: kierunki psychologiczno-pedagogiczne, kierunki informatyczne, kierunki językowe, kierunki ekonomiczne, kierunki medyczne, kierunki inżynieryjne, bezpieczeństwo wewnętrzne oraz prawo.

Znaczna część ankietowanych nie udzieliła odpowiedzi na pytanie o wykonywany zawód lub zadeklarowała brak zatrudnienia. Wśród osób, które wskazały sposób zarabkowania, popularne były m.in.: doradca klienta, sprzedawca, recepcjonista, funkcjonariusz służb mundurowych, prawnik, pracownik biurowy, pracownik gastronomii, barista. Różnorodność respondentów wynika z dążenia do zebrania jak najszerzej grupy badawczej. Poza tym ankietowanie studentów różnych kierunków sprzyja zbadaniu tego środowiska jako całości, zamiast np. jedynie studentów prawa.

3.2. Metodyka badania

Dane do niniejszego opracowania zostały zebrane za pomocą formularza ankietowego w aplikacji Microsoft Forms. Link do formularza został przesłany do losowo wybranych grup studentów.

Ankieta zawierała kafeterię pytań i składała się z dwóch segmentów. Pierwszy z nich odnosił się do informacji o respondencie, takich jak: płeć, wiek, uczelnia i kierunek studiów. Druga część formularza zawierała pytania o opinię ankietowanych co do tego, jakie powinny być najniższe i najwyższe możliwe do wymierzenia ustawowe kary za czyny określone w art. 202 k.k.

Formularz umożliwiał wybór odpowiedzi spośród zamkniętego zestawu możliwości. Uwzględniono w nim także karę śmierci, która nie występuje obecnie w polskim porządku prawnym. Uzasadnieniem powyższego było sprawdzenie opinii respondentów w zakresie hipotetycznej możli-

wości wprowadzenia do katalogu kar tak surowej sankcji za przestępstwa określone w art. 202 k.k. na szkodę dzieci.

Wyniki badania zostały zaprezentowane w dalszej części artykułu w formie tabel oraz wykresów.

3.3. Wyniki badań sondażowych

Na początku badania respondentów poproszono o wskazanie preferencji w zakresie najniższej i najwyższej możliwej do wymierzenia kary z art. 202 § 3, 4, 4a k.k. (por. tab. 1).

Tabela 1. Przestępstwo z art. 202 § 3, 4, 4a k.k. zgodnie z opiniami respondentów (w %)

Rodzaj przestępstwa Wymiar kary	Przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. – produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, przechowywanie lub posiadanie w celu rozpowszechniania treści pornograficznych z udziałem małoletniego		Przestępstwo z art. 202 § 4 k.k. – utrwalanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego		Przestępstwo z art. 202 § 4a k.k. – przechowywanie, posiadanie lub uzyskiwanie dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego	
	najniższa	najwyższa	najniższa	najwyższa	najniższa	najwyższa
1 mies. pw	0,87	0,00	0,44	0,00	2,17	0,00
3 mies. pw	1,31	0,00	0,88	0,00	3,04	0,00
6 mies. pw	4,37	0,44	2,63	0,00	9,13	0,43
rok pw	6,99	0,87	8,33	1,75	9,13	2,17
2 lata pw	7,42	2,18	7,89	0,44	8,26	1,74
3 lata pw	11,35	3,49	8,33	3,07	5,65	3,91
5 lat pw	10,04	5,24	14,91	5,26	15,22	8,70
8 lat pw	7,86	4,80	9,65	7,02	10,43	8,70
10 lat pw	20,96	10,04	12,72	8,33	14,78	10,87
15 lat pw	13,10	12,66	16,67	13,60	9,57	13,48
20 lat pw	6,11	13,97	7,46	10,09	6,96	11,30
25 lat pw	6,99	12,66	7,46	16,67	3,91	12,61
30 lat pw	0,87	9,61	1,32	7,46	0,00	10,00
dożywotnie pw	1,75	20,96	1,32	22,37	1,74	13,48
kara śmierci	0,00	3,06	0,00	3,95	0,00	2,61

Źródło: Opracowanie własne na podstawie autorskiego kwestionariusza ankiety.

W zakresie pierwszego wskazanego w tabeli 1 przestępstwa najwięcej ankietowanych opowiedziało się za karą 10 i 15 lat pozbawienia wolności jako najniższą do wymierzenia za wskazany czyn oraz karą dożywotniego pozbawienia wolności jako najwyższą. Co do kolejnego czynu zabronionego – największa liczba badanych opowiedziało się za karą 15 lat pozbawienia wolności jako najniższą możliwą do wymierzenia i karą dożywotniego pozbawienia wolności jako najwyższą. Odnośnie do § 4a najwięcej zwolenników uzyskała kara 5 lat pozbawienia wolności jako najniższa do wymierzenia i na równi w 13,48% alternatywnie kara 15 lat oraz dożywotniego pozbawienia wolności jako najwyższe z opcji do wymierzenia za ten czyn zabroniony.

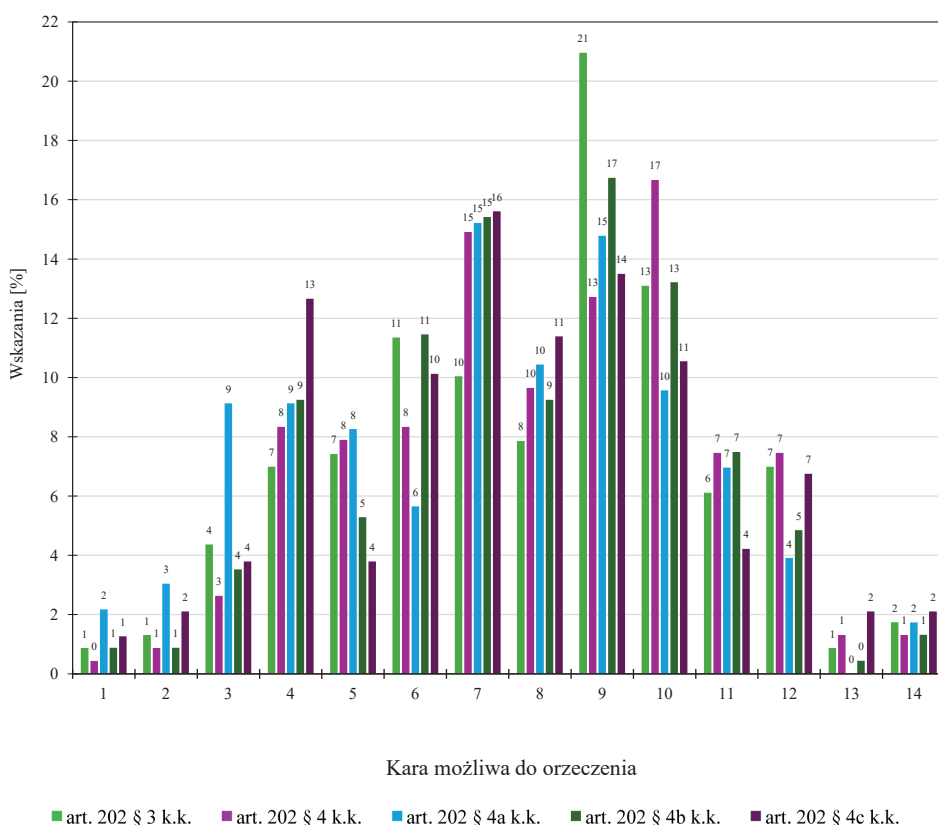
Tabela 2. Przestępstwo z art. 202 § 4b, 4c k.k. na podstawie opinii badanych (w %)

Rodzaj przestępstwa	Przestępstwo z art. 202 § 4b k.k. – produktowanie, rozpowszechnianie, prezentowanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej		Przestępstwo z art. 202 § 4c k.k. – uczestniczenie w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego w celu zaspokojenia seksualnego	
	najniższa	najwyższa	najniższa	najwyższa
Wymiar kary				
1 mies. pw	0,88	0,00	1,27	0,00
3 mies. pw	0,88	0,00	2,11	0,00
6 mies. pw	3,52	0,00	3,80	0,00
rok pw	9,25	0,00	12,66	1,71
2 lata pw	5,29	2,20	3,80	2,56
3 lata pw	11,45	3,08	10,13	2,99
5 lat pw	15,42	5,29	15,61	6,84
8 lat pw	9,25	7,49	11,39	5,98
10 lat pw	16,74	11,01	13,50	9,40
15 lat pw	13,22	14,10	10,55	16,67
20 lat pw	7,49	15,86	4,22	15,38
25 lat pw	4,85	11,89	6,75	9,83
30 lat pw	0,44	8,37	2,11	9,83
dożywotnie pw	1,32	18,06	2,11	15,81
kara śmierci	0,00	2,64	0,00	2,99

Źródło: Opracowanie własne na podstawie autorskiego kwestionariusza ankiety.

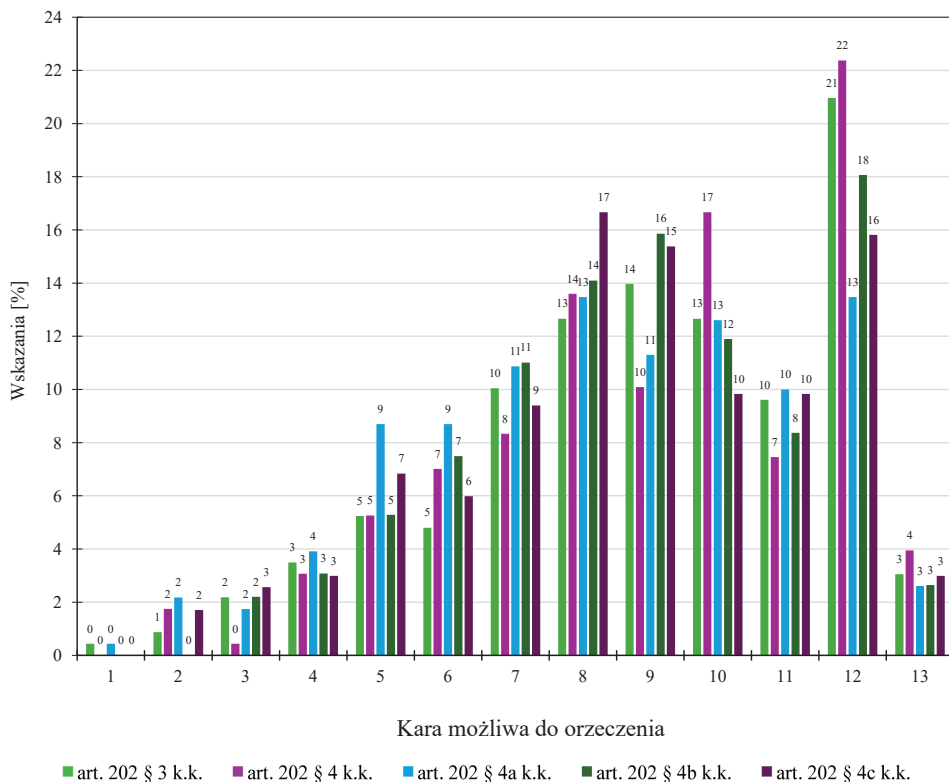
W kolejnym pytaniu ankietowani zostali zapytani o preferencje w zakresie najniższego i najwyższego wymiaru kary z art. 202 § 4b i § 4c k.k. (por. tab. 2). Odnośnie do pierwszego z przestępstw grupa badawcza wyraziła największą aprobatę dla kary 10 lat pozbawienia wolności jako najniższej za wskazany czyn zabroniony i kary dożywotniego pozbawienia wolności jako najwyższej. Co do § 4c – większość podzieliła pogląd za możliwością wymierzenia kary 5 lat pozbawienia wolności jako najniższej za to przestępstwo i kary dożywotniego pozbawienia wolności w opcji najwyższej. Jak widać, preferencje respondentów w zakresie karania sprawców wskazanych przestępstw znacznie wybiegają poza obecnie możliwe do zasądzenia sankcje.

Wykres 1. Najniższa kara za przestępstwa z art. 202 § 3, § 4, § 4a, § 4b i § 4c k.k.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie autorskiego kwestionariusza ankiety.

Wykres 2. Najwyższa kara za przestępstwa z art. 202 § 3, § 4, § 4a, § 4b i § 4c k.k.



Źródło: Opracowanie własne na podstawie autorskiego kwestionariusza ankiety.

Tabela 3. Zmiana granicy ochrony (w %)

Zmiana granicy ochrony z art. 202 k.k.	§ 3	§ 4	§ 4a	§ 4b	§ 4c
Nie, 18 lat to właściwa granica	86,38	87,66	88,09	87,76	89,08
Tak, do 17 lat	3,40	3,83	3,40	2,95	2,52
Tak, do 16 lat	6,38	4,68	5,53	5,91	5,04
Tak, do 15 lat	3,83	3,83	2,98	3,38	3,36

Źródło: Opracowanie własne na podstawie autorskiego kwestionariusza ankiety.

Respondenci zapytani w ankiecie o możliwość zmiany granicy wieku ofiar pokrzywdzonych przestępstwami określonymi w art. 202 k.k. bezwzględną większością opowiedzieli się za utrzymaniem obecnej granicy 18 lat (por. tab. 3). Między 4,68% a 6,38% ankietowanych wskazało, że wiek ochronny dzieci pokrzywdzonych wskazanymi czynami zabronionymi można by zmniejszyć do 16 lat. Zbliżone wyniki uzyskano co do opcji zmiany granicy ochronnej wieku w kontekście lat 15 i 17.

3.4. Badania statystyczne kar wymierzanych przez sądy

W tym podrozdziale przedstawiono statystykę kar wymierzanych przez sądy za przestępstwa z art. 202 k.k. w latach 2016–2020.

Przedstawione dane pochodzą z opracowania Ministerstwa Sprawiedliwości *Prawomocnie skazani dorośli wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary – czyn główny w latach 2008–2020*.

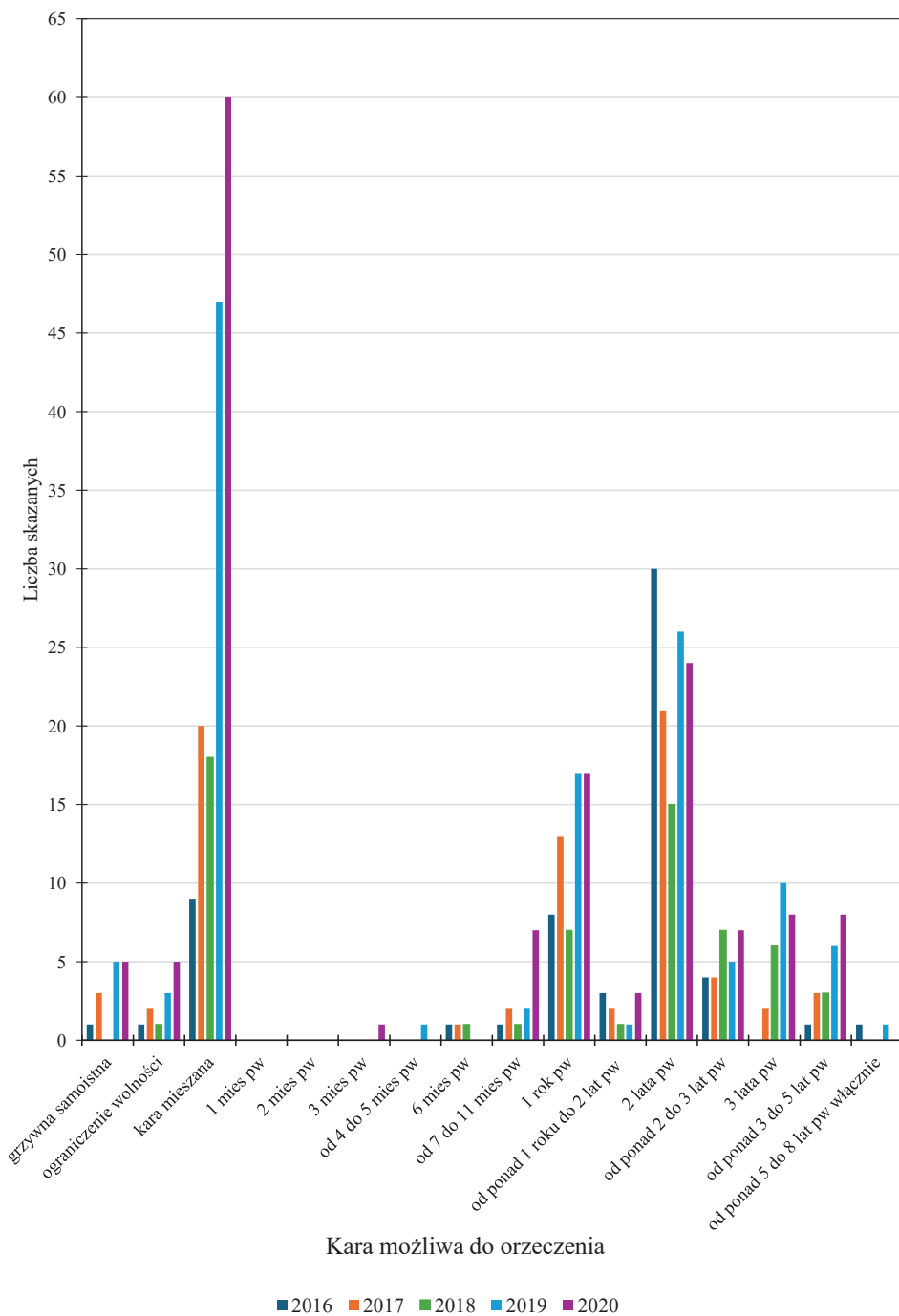
Tabela 4. Liczba skazanych za przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. według rodzaju kary

Wymierzona kara	Art. 202 § 3 k.k.				
	Rok 2016	Rok 2017	Rok 2018	Rok 2019	Rok 2020
grzywna samoistna	1	3	0	5	5
ograniczenie wolności	1	2	1	3	5
kara mieszana	9	20	18	47	60
1 mies. pw	0	0	0	0	0
2 mies. pw	0	0	0	0	0
3 mies. pw	0	0	0	0	1
od 4 do 5 mies. pw	0	0	0	1	0
6 mies. pw	1	1	1	0	0
od 7 do 11 mies. pw	1	2	1	2	7
1 rok pw	8	13	7	17	17
od ponad 1 roku do 2 lat pw	3	2	1	1	3
2 lata pw	30	21	15	26	24
od ponad 2 do 3 lat pw	4	4	7	5	7
3 lata pw	0	2	6	10	8
od ponad 3 do 5 lat pw	1	3	3	6	8
od ponad 5 do 8 lat pw włącznie	1	0	0	1	0

Źródło: *Opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości. Prawomocnie skazani dorośli wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary – czyn główny w latach 2008–2020*. Pobrano z: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> [dostęp: 13.06.2024].

Na podstawie art. 202 § 3 k.k. najwięcej skazań w 2016 r. – 30, było na karę 2 lat pozbawienia wolności; w 2017 r. – 21 także na 2 lata i 20 na kary mieszane. W latach 2018–2020 również najwięcej skazań było na kary mieszane. W dwóch ostatnich z prezentowanych lat można ogółem zaobserwować znacznie większą liczbę skazań w porównaniu z latami wcześniejszymi (por. tab. 4).

Wykres 3. Liczba skazanych za przestępstwo z art. 202 § 3 k.k. według rodzaju kary



Źródło: Opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości. Prawomocnie skazani dorośli...

Tabela 5. Liczba skazanych za przestępstwo z art. 202 § 4 k.k. według rodzaju kary

Wymierzona kara	Art. 202 § 4 k.k.				
	Rok 2016	Rok 2017	Rok 2018	Rok 2019	Rok 2020
grzywna samoistna	0	0	1	0	2
ograniczenie wolności	0	0	1	0	0
kara mieszana	0	0	2	2	2
1 mies. pw	0	0	0	0	0
2 mies. pw	0	0	0	0	0
3 mies. pw	0	0	0	0	0
od 4 do 5 mies. pw	0	0	0	0	0
6 mies. pw	0	0	0	0	0
od 7 do 11 mies. pw	0	0	0	2	0
1 rok pw	2	6	9	11	8
od ponad 1 roku do 2 lat pw	4	1	3	1	4
2 lata pw	1	0	0	0	1
od ponad 2 do 3 lat pw	0	0	0	0	0
3 lata pw	0	0	1	2	1
od ponad 3 do 5 lat pw	0	0	0	1	1

Źródło: Opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości. Prawomocnie skazani dorośli...

Patrząc na liczbę skazań na gruncie art. 202 § 4 k.k. w latach 2016–2020, można zauważyć ich minimalną liczbę – po 7, 17 i 19 w skali roku. Najwięcej ich ogółem było w 2018 i 2019 r. na karę 1 roku pozbawienia wolności (por. tab. 5).

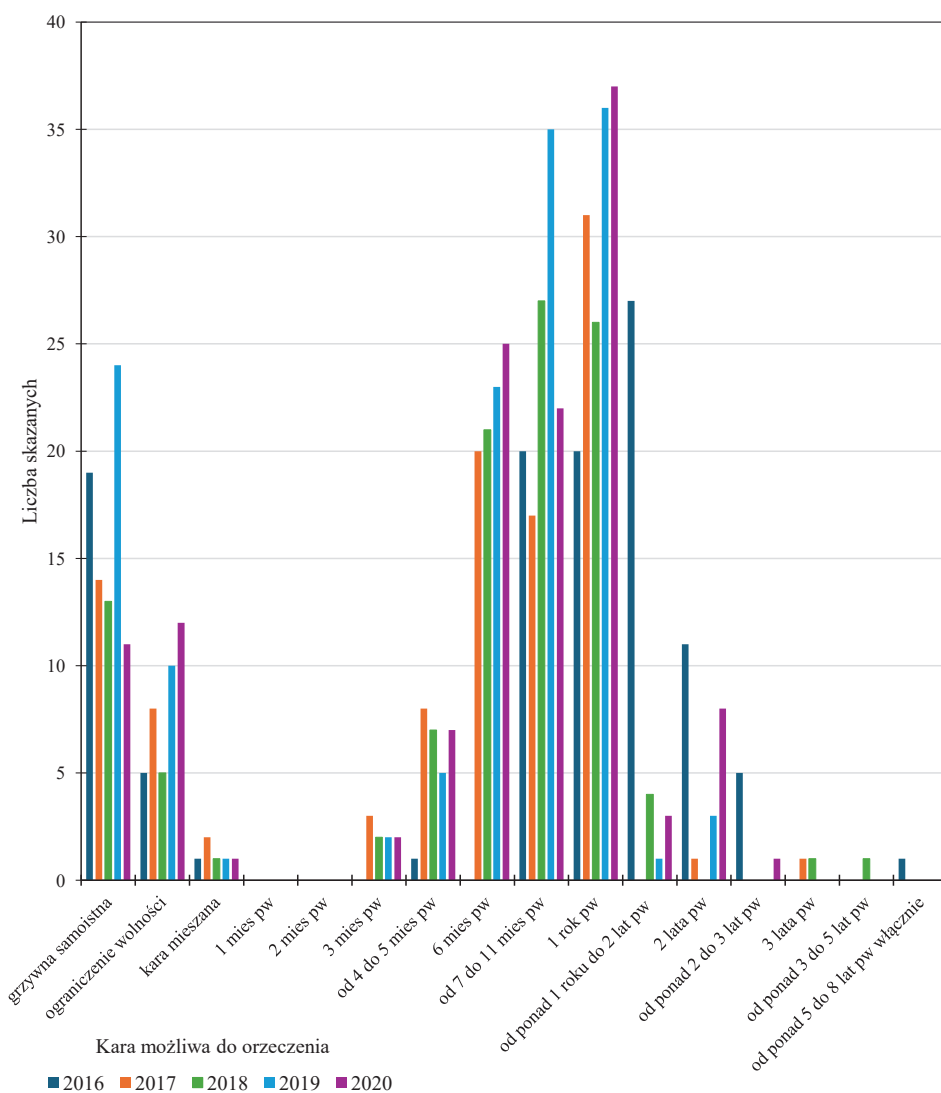
Tabela 6. Liczba skazanych za przestępstwo z art. 202 § 4a k.k. według rodzaju kary

Wymierzona kara	Art. 202 § 4a k.k.				
	Rok 2016	Rok 2017	Rok 2018	Rok 2019	Rok 2020
grzywna samoistna	19	14	13	24	11
ograniczenie wolności	5	8	5	10	12
kara mieszana	1	2	1	1	1
1 mies. pw	0	0	0	0	0
2 mies. pw	0	0	0	0	0
3 mies. pw	0	3	2	2	2
od 4 do 5 mies. pw	1	8	7	5	7
6 mies. pw	0	20	21	23	25
od 7 do 11 mies. pw	20	17	27	35	22
1 rok pw	20	31	26	36	37
od ponad 1 roku do 2 lat pw	27	0	4	1	3
2 lata pw	11	1	0	3	8
od ponad 2 do 3 lat pw	5	0	0	0	1
3 lata pw	0	1	1	0	0
od ponad 3 do 5 lat pw	0	0	1	0	0
od ponad 5 do 8 lat pw włącznie	1	0	0	0	0

Źródło: Opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości. Prawomocnie skazani dorośli...

Na podstawie zestawienia przedstawionego w tabeli 6 można stwierdzić, że największa liczba skazań z art. 202 § 4a k.k. w 2016 r. była w zakresie kary od ponad 1 roku do 2 lat pozbawienia wolności. W kolejnym roku najwięcej skazań – 31 – było na karę 1 roku pozbawienia wolności; podobnie w dwóch ostatnich z prezentowanych lat. Natomiast w 2018 r. przeważała kara od 7 do 11 miesięcy pozbawienia wolności.

Wykres 4. Liczba skazanych za przestępstwo z art. 202 § 4a k.k. według rodzaju kary



Źródło: Opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości. Prawomocnie skazani dorośli...

W zakresie przestępstwa określonego w art. 202 § 4b k.k. w 2017 r. wystąpiło tylko 1 skazanie na grzywnę samoistną, w 2018 r. 2 skazania na grzywnę samoistną, w 2019 r. 1 skazanie na karę od 4 do 5 miesięcy pozbawienia wolności i w kolejnym roku: 1 skazanie na karę od ponad 1 roku do 2 lat pozbawienia wolności, 1 skazanie na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności, 3 skazania na karę ograniczenia wolności i 2 razy orzeczono grzywnę samoistną³². Z kolei odnośnie do art. 202 § 4c k.k. było tylko 1 skazanie w 2019 r. na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności³³.

4. Podsumowanie

Pornografia dziecięca jest wykorzystywana celem osiągnięcia odpowiedniego poziomu podniecenia i zapewnienia gratyfikacji seksualnej. Dla wielu sprawców tego przestępstwa oglądanie pornografii dziecięcej i fantazje z tym związane stanowią jedynie wstęp do prawdziwej aktywności seksualnej, która może być źródłem dużych korzyści majątkowych.

Rozwój Internetu i mediów społecznościowych, dostępnych szeroko dzięki posiadanym przez większość ludzi smartfonom, wpływa niewątpliwie na skalę wykorzystywania seksualnego dzieci. W związku z tym Policja oraz różnego rodzaju organizacje krajowe i międzynarodowe prowadzą działania operacyjne mające na celu zwalczanie pornografii dziecięcej. Walka z tym zjawiskiem powinna być jednym z ważniejszych kierunków polityki kryminalnej. Przestępczość internetowa kusi sprawców przestępstw seksualnych dostępnością, złudną anonimowością i poczuciem bezkarności. Internet staje się miejscem nieakceptowanych społecznie form aktywności seksualnej, dlatego tak ważna jest profilaktyka, aby zapobiec temu zjawisku, a na pewno zminimalizować je.

Celem przeprowadzonego badania było poznanie światopoglądu opinii publicznej odnoszącego się do preferencji co do wymiaru najniższej i najwyższej kary pozbawienia wolności w zakresie przestępstw określonych w art. 202 k.k. Wskazane przez ankietowanych opinie o karalności za przywołane czyny zabronione znacznie odbiegają od granic określonych w kodeksie oraz od kar orzekanych przez sądy w praktyce.

Jednoznacznie widać, że poglądy respondentów charakteryzowały się dużą surowością, co szczególnie można zauważyć w tym, że odnośnie do górnej granicy kary jako najwyższej ze wskazanych do wymierzenia

³² *Opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości. Prawomocnie skazani dorośli wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary – czyn główny w latach 2008–2020*. Pobrano z: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> [dostęp: 13.06.2024].

³³ *Ibidem*.

z art. 202 § 3, § 4, § 4 a–c k.k. zaznaczali oni przede wszystkim karę dożywotniego pozbawienia wolności, co znacznie przekracza dostępne obecnie sankcje.

Z pewnością określenie nowych granic ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności z art. 202 § 3 k.k. należy ocenić pozytywnie, jednakże patrząc na wyniki ankiety opracowanej na rzecz niniejszego artykułu, wskazane sankcje są i tak za niskie. Preferowane przez badanych były długoterminowe kary pozbawienia wolności, a nawet sporadycznie wprowadzenie kary śmierci, której obecnie nie ma w ustawodawstwie polskim. Przeprowadzona ankieta miała także na celu zbadanie opinii ankietowanych właśnie odnośnie do wprowadzenia do ustawodawstwa polskiego kary śmierci za omawiane przestępstwa. A w związku z tym, że zdarzało się, iż respondenci zaznaczali tę opcję, uzasadniona została celowość umieszczenia tej opcji w kafeterii pytań.

Z kolei na podstawie badań przeprowadzonych przez Aleksandrę Szymanowską można stwierdzić, że największy wpływ na stosunek do wykorzystywania dzieci w zakresie produkcji materiałów pornograficznych mają: wiek, poziom wykształcenia oraz stosunek do wiary i praktyk religijnych³⁴. Jak wynika z badań przedstawionych w niniejszym artykule, wykorzystywanie dzieci do produkcji zdjęć i filmów pornograficznych potępiło 98% badanych, w tym zdecydowane potępienie wyraziło ok. 91%³⁵. Częściej zdecydowane potępienie wyrażały osoby starsze, zwłaszcza w wieku 60 i więcej lat (96%), będące emerytami (94%), żyjące w związkach małżeńskich (94%), zaś istotnie rzadziej omawiany czyn spotkał się ze zdecydowanym potępieniem osób w wieku 20–29 lat (85%), będących pannami i kawalerami (86%) oraz uczniami i studentami (86%), legitymujących się wykształceniem na poziomie zasadniczego zawodowego (88%) oraz określających się jako niewierzące i niepraktykujące (87%)³⁶. Zaprezentowane kwestie z pewnością wymagają dalszych, pogłębionych interdyscyplinarnych badań naukowych.

Bibliografia

Literatura

Górniok O., Hoc S., Przyjemski S.M.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 3: (art. 117–363). Wydawnictwo ARCHE, Gdańsk 1999.

³⁴ Por. A. Szymanowska: *Polacy wobec przestępstw i karania*. Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008, s. 181.

³⁵ Ibidem, s. 180.

³⁶ Ibidem, s. 180–181.

- Hypś S.: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. Wyd. 5. C.H.Beck, Warszawa 2018, s. 1006–1054.
- Kunicka-Michalska B.: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełniane za pośrednictwem systemu informatycznego*. Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław–Warszawa–Kraków 2004.
- Kunicka-Michalska B., Wojciechowska J.: *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej*. Rozdział XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz. C.H.Beck, Warszawa 2001.
- Piórkowska-Flieger J.: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. T. Bojarski. Wyd. 7. Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 560–595.
- Rodzinkiewicz M.: *Rozdział XXV k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*. T. 2. Red. A. Zoll. Zakamycze, Kraków 2006, s. 645–679.
- Szymanowska A.: *Polacy wobec przestępstw i karan*. Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2008.
- Warylewski J.: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. Rozdział XXV kodeksu karnego. Komentarz. C.H.Beck, Warszawa 2001.
- Warylewski J., Nazar K.: *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. R.A. Stefański. Wyd. 6. C.H.Beck, Warszawa 2023, s. 1360–1438.
- Wojtasik Ł.: *Pedofilia i pornografia dziecięca w Internecie*. W: *Wykorzystywanie seksualne dzieci. Teoria, badania, praktyka*. Red. M. Sajkowska. Fundacja „Dzieci Niczyje”, Warszawa 2003, s. 54–71.

Akty prawne

- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW. Dz.Urz. UE L nr 335 z 2011 r.
- Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. Dz.U. 2015, poz. 728.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2024, poz. 17.
- Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2014, poz. 538.
- Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2022, poz. 2600.

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 1987 r. WR 28/87. OSNKW 1987, nr 9–10, poz. 85.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 1988 r. V KRN 247/88. OSNKW 1989, nr 1, poz. 12.

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 r. IV KK 173/10. OSNwSK 2010, nr 1, poz. 2302.

Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 września 2012 r. II AKa 171/12 [Legalis].

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 15 stycznia 2020 r. V KK 655/19 [Legalis].

Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 stycznia 2021 r. IV KK 251/20 [Legalis].

Źródła internetowe

Opracowanie Ministerstwa Sprawiedliwości. Prawomocnie skazani dorośli wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary – czyn główny w latach 2008–2020. Pobrano z: <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie> [dostęp: 13.06.2024].



RYSZARD A. STEFAŃSKI
Uczelnia Łazarskiego
w Warszawie

 <https://orcid.org/0000-0003-0995-9499>

Dopalacze jako substancje szkodliwe dla zdrowia, stanowiące znamię przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

Legal highs as substances harmful to health constituting a feature of the crime of Article 165 § 1 item 2 of the Penal Code

Abstract: The article analyses “legal highs” in the context of recognising this substance as a substance harmful to health, covered by the crime of causing a threat to the life or health of many people (Article 165 § 1 item 2 of the Penal Code). Legal highs fall within the definition of both a substitute (Article 4 item 27 of the Act of 29 July 2005 on Counteracting Drug Addiction) and a new psychoactive substance (Article 4 item 11a of the Act on Drug Addiction). Nevertheless, the greatest axiological justification is to recognise them as a substitute. This already determines from the normative point of view their harmfulness to health. Not every legal high contains, by its nature, substances so harmful to humans that its use always results in a threat to the life or health of many people.

Keywords: legal highs, danger to life or health, new psychoactive substance, crime, substitute

1. Wprowadzenie

Artykuł ma charakter naukowo-badawczy, a jego przedmiotem jest ocena dopalaczy jako środka sprowadzającego niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób w kontekście znamion przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.¹. Podstawowy cel naukowy to określenie właści-

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. Dz.U. 2024, poz. 17 ze zm.

wości dopalaczy i ich ocena w aspekcie możliwości uznania ich za substancję szkodliwą dla zdrowia. Tezę badawczą stanowi stwierdzenie, że dopalacze zawierają składniki szczególnie niebezpieczne dla zdrowia człowieka i w związku z tym są zdolne do spowodowania niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób, a tym samym objęte są znamionami wymienionego przestępstwa. W rozważaniach zostały wykorzystane metody dogmatyczna i normatywna. Wyniki badania mają oryginalny charakter, gdyż ich wnioski kategorycznie potwierdzają, że dopalacze mieszczą się w znamieniu środka szkodliwego dla zdrowia. Badania mają przede wszystkim zasięg krajowy, ale ze względu na to, że dopalacze są też rozpowszechnione w innych państwach, gdzie także powstają wątpliwości co do prawnokarnej oceny wyrobienia i wprowadzenia ich do obrotu, badania te mogą być przydatne również tam. Artykuł zawiera duży ładunek myśli teoretycznej oraz istotne wskazówki praktyczne, określając kierunki interpretacji pojęcia „środek szkodliwy dla zdrowia”, a tym samym może przyczynić się do jednolitego stosowania powołanego wyżej przepisu.

2. Pojęcie „dopalacze”

Pojęcie „dopalacze” (ang. *legal highs, smarts, designer drugs, research chemicals*) nie jest pojęciem normatywnym zarówno w prawie krajowym, jak i międzynarodowym, a stanowi termin przejęty z języka potocznego oraz powszechnie używany w literaturze prawniczej i medycznej². To potoczne określenie substancji psychoaktywnych, które mają m.in. silnie aktywować („dopalać”) ośrodkowy układ nerwowy (OUN)³. Słowo „dopalacz” wywodzi się z terminologii lotniczej i oznacza urządzenie stosowane w samolotach, służące zwiększeniu ciągu silnika poprzez spalenie dodatkowego paliwa⁴. Na określenie tych substancji psychoaktywnych używa się różnych terminów. Nazywane są: „legalnymi narkotykami”, „nowymi narkotykami”, paranarkotykami, narkotykami rekreacyjnymi, narkoty-

² P. Jabłoński, A. Malczewski: *Dopalacze. Skala zjawiska i przeciwdziałanie*. Krajowe Biuro ds. Przeciwdziałania Narkomanii, Warszawa 2014, s. 4; L. Kapka-Skrzypczak i in.: *Dopalacze – stan aktualny i wytyczne na przyszłość*. „Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu” 2011, T. 17, nr 4, s. 207; A. Stańczak: *Dopalacze – problem zdrowia jednostki i zdrowia publicznego. Przestanki działań profilaktycznych*. „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2015, nr 1, s. 8.

³ E. Pieprzycza, R. Skowronek, C. Chowaniec: *Problemy analityczne i interpretacyjne związane z diagnostyką zatruc „dopalaczami”*. „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 3, s. 116–117; W. Piekoszewski, E. Florek: *Dopalacze*. „Przegląd Lekarski” 2009, nr 10, s. 861.

⁴ *Nowa encyklopedia powszechna PWN*. T. 2: D–H. Red. B. Petrozolin-Skowrońska. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1995, s. 106.

kami projektowymi, „środkami zastępczymi”⁵, „substancjami imitującymi narkotyki”⁶, „mieszkami ziołowymi”, „substancjami chemicznymi w fazie badań”, „solami do kąpiei”⁷ lub „nawozami do roślin”⁸.

W literaturze definiuje się je jako:

- „grupę substancji wykazujących działanie pobudzające, stymulujące ośrodkowy układ nerwowy, relaksujące, czasami halucynogenne lub psychodeliczne”⁹;
- „substancje psychoaktywne, mające na celu imitować działanie nielegalnych narkotyków, produkowane w celu ominięcia ograniczeń prawnych”¹⁰;
- „grupę wielu substancji pochodzenia naturalnego, syntetycznego lub półsyntetycznego, których zażywanie ma na celu wywołanie określonych efektów, najczęściej zbliżonych do efektów wywoływanych przez określone narkotyki (amfetaminę czy ecstasy) bądź efekty podobne”¹¹;
- „substancje pochodzenia naturalnego lub syntetycznego wykazujące działanie psychostymulujące”¹²;
- heterogenną grupę substancji o rzekomym bądź faktycznym działaniu psychoaktywnym, pochodzenia naturalnego lub syntetycznego, których spożycie ma na celu wywołanie w organizmie jak najwierniejszego efektu narkotycznego substancji zdelegalizowanych (głównie marihuany, opium bądź ecstasy)¹³.

Europejskie Centrum Monitorowania Narkotyków i Narkomanii (EMCDDA) tak określa dopalacze: to „nowa substancja psychoaktywna [new psychoactive substances – NPS], to nowy narkotyk lub związek

⁵ A. Stańczak: *Dopalacze...*, s. 8; G. Krzyśko: *Ocena stanu wiedzy licealistów na temat dopalaczy*. „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas. Pedagogika” 2018, nr 16, s. 225.

⁶ L. Kapka-Skrzypczak i in.: *Dopalacze...*, s. 206.

⁷ M.R. Mazurkiewicz i in.: *Ocena rozpowszechniania, powodów i form użycia tak zwanych „dopalaczy” przez uczestników ankiety internetowej*. „Psychiatria Polska” 2013, nr 6, s. 1144.

⁸ E. Pieprzycza, R. Skowronek, C. Chowaniec: *Problemy...*, s. 117.

⁹ J. Morawska-Siudak i in.: *Dopalacze jako problem diagnostyczny, psychologiczny i prawny*. „Przegląd Lekarski” 2010, nr 67, s. 598; M. Kidawa: *Dopalacze – przejściowa moda czy realne zagrożenie?* „Serwis Informacyjny. Narkomania” 2009, nr 1, s. 3; A. Kolbowska: *Dopalacze*. „Serwis Informacyjny. Narkomania” 2009, nr 1, s. 6; W. Kruk i in.: *Problem stosowania substancji uzależniających (dopalacze, narkotyki, napoje energetyzujące) wśród studentów wybranych uczelni rzeszowskich*. „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2014, nr 95, s. 882.

¹⁰ A. Stańczak: *Dopalacze...*, s. 9.

¹¹ L. Kapka-Skrzypczak i in.: *Dopalacze...*, s. 206.

¹² W. Żukiewicz-Sobczak i in.: „Dopalacze” – eksperyment wysokiego ryzyka, w ujęciu przepisów nowej ustawy. „Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu” 2012, T. 18, nr 2, s. 137.

¹³ K. Kierus i in.: *Dopalacze – nowe zagrożenie zdrowia młodzieży*. „Pediatria i Medycyna Rodzinna” 2011, nr 4, s. 356.

psychotropowy w formie czystej lub w postaci produktu, który nie jest kontrolowany przez Konwencje Narodów Zjednoczonych dotyczące leków/zwiazzków psychotropowych, a który może wywoływać szkody zdrowotne porównywalne do tych, które są skutkiem stosowania substancji wymienionych w przywołanych konwencjach”¹⁴.

Są to substancje chemiczne, które działają na organizm ludzki, powodując euforię oraz uczucie przyjemności w podobny sposób, jak dotychczas znane narkotyki. Mają silnie aktywować („dopalać”) ośrodkowy układ nerwowy i najczęściej powstają poprzez modyfikację podstawowej struktury kontrolowanego narkotyku w celu uzyskania analogu nieobjętego kontrolą prawną¹⁵. Są one dostępne w postaci suszu palonego w fajkach i skrętach lub wdychanego pod postacią dymu z kadzidełek, mającego powodować efekt podobny do palenia opium czy marihuany, oraz pod postacią tabletek albo proszku w torebkach, mających działanie pobudzające, podobne do kokainy czy amfetaminy¹⁶, jak również kryształów, cieczy, kartoników¹⁷. Przyjmuje się je donosowo, doustnie (tabletki, kapsułki, roztwory), poprzez palenie, dożylnie, domięśniowo, a czasem także doodbytniczo¹⁸.

Dopalacze – ze względu na efekty kliniczne – dzieli się na: 1) stymulanty (substancje pobudzające funkcje OUN); 2) depresanty (substancje działające hamująco na OUN); 3) psychodeliki, substancje halucynogenne. Chodzi m.in. o pochodne benzylopiperazyny i fenylopiperazyny, materiał roślinny z zawartością związków chemicznych o działaniu psychoaktywnym (np. powój hawajski, pieprz metystynowy, czułek, poganek rutowaty, szałwia wieszczą), pochodne metkatynonu, syntetyczne kannabinoidy oraz substancje o zróżnicowanej strukturze¹⁹.

¹⁴ The European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA): *Annual report 2011: the state of the drugs problem in Europe*. Publications Office of the European Union, Luxembourg 2011. https://www.drugsandalcohol.ie/16288/1/EMCDDA_AR2011_EN.pdf [dostęp: 09.01.2025], cytat podano w tłum. własnym; K. Mruczyk i in.: *Chemical analysis of substitute drugs of abuse – “legal highs” from Lubuskie province, Poland*. “Journal of Medical Science” 2014, vol. 83, no. 2, s. 101–107; S. Matyjek: „Dopalacze” – nieprzewidywalne narkotyki. *Problem społeczno-prawny*. „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2019, nr 1, s. 256.

¹⁵ S. Matyjek: „Dopalacze”..., s. 253, 255; K. Simonienko, N. Waszkiewicz, A. Szulc: *Roślinne środki odurzające – aktualnie obowiązująca lista w Polsce*. „Psychiatria Polska” 2013, T. 47, nr 3, s. 499–500.

¹⁶ M.R. Mazurkiewicz i in.: *Ocena...*, s. 1145.

¹⁷ E. Pieprzycza, R. Skowronek, C. Chowaniec: *Problemy...*, s. 117.

¹⁸ J.B. Zawilska: “Legal Highs” – *an emerging epidemic of novel psychoactive substances*. “International Review of Neurobiology” 2015, vol. 120, s. 273–300.

¹⁹ D. Błachut, B. Szukalski: *Dopalacze – właściwości chemiczne, skala zagrożeń i przeciwdziałanie rozpowszechnianiu*. „Przegląd Bezpieczeństwa” 2012, nr 6, s. 113–131.

Podjmując próbę zakwalifikowania dopalaczy jako środków szkodliwych dla zdrowia, należy odwołać się do definicji środka zastępczego zawartej w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii²⁰. Ustawa ta w pierwotnym brzmieniu określała środek zastępczy jako substancję w każdym stanie fizycznym, która jest trucizną lub środkiem szkodliwym, używaną zamiast lub w takich samych celach, innych niż medyczne, jak środek odurzający albo substancja psychotropowa (art. 4 pkt 27²¹). Zakres tej definicji nie pozwalał na objęcie nią dopalaczy. Z tego też powodu ustawodawca podjął próbę objęcia dopalaczy reglamentacją poprzez modyfikację definicji środka zastępczego.

Ustawą z dnia 8 października 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej²² została zmieniona definicja pojęcia „środek zastępczy”, według której chodzi o „substancję pochodzenia naturalnego lub syntetycznego w każdym stanie fizycznym lub produkt, roślinę, grzyba lub ich część, zawierające taką substancję, używane zamiast środka odurzającego lub substancji psychotropowej lub w takich samych celach jak środek odurzający lub substancja psychotropowa” (art. 4 pkt 27 u. o n.). W uzasadnieniu projektu tej ustawy podkreśla się, że jej opracowanie jest związane „z dynamicznym rozwojem zjawiska wprowadzania do legalnego obrotu nowych substancji posiadających działanie psychoaktywne. Substancje te są często nazywane potocznie »dopalaczami«”²³. Tym samym zakresem tej definicji zostały objęte dopalacze.

Ustawą z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw²⁴ definicja została kolejny raz zmieniona i określała środek zastępczy jako „produkt zawierający co najmniej jedną nową substancję psychoaktywną lub inną substancję o podobnym działaniu na ośrodkowy układ nerwowy, który może być użyty zamiast środka odurzającego lub substancji psychotropowej lub w takich samych celach jak środek odurzający lub substancja psychotro-

²⁰ Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 sierpnia 2023 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Dz.U. 2023, poz. 1939 ze zm. (dalej jako: u. o n.).

²¹ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Dz.U. 2005, nr 179, poz. 1485.

²² Ustawa z dnia 8 października 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Dz.U. 2010, nr 213, poz. 1396.

²³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 5 października 2010 r. Druk sejmowy nr 3442. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3442> [dostęp: 03.03.2025].

²⁴ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2015, poz. 875.

pową, których wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu nie jest regulowane na podstawie przepisów odrębnych; do środków zastępczych nie stosuje się przepisów o ogólnym bezpieczeństwie produktów ” (art. 4 pkt 27).

Jednocześnie ustawą tą została dodana definicja nowej substancji psychoaktywnej, obejmująca substancję pochodzenia naturalnego lub syntetycznego w każdym stanie fizycznym, o działaniu na ośrodkowy układ nerwowy, określoną w wykazie nowych substancji psychoaktywnych, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia (art. 4 pkt 11a²⁵). W uzasadnieniu do projektu tej ustawy wskazuje się, że została ona „opracowana ze względu na potrzebę objęcia kontrolą ustawową substancji chemicznych, które w 2010 r. były przedmiotem obrotu handlowego w sklepach z tzw. dopalaczami”²⁶.

Definicja środka zastępczego została jeszcze raz zmodyfikowana – ustawą z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej²⁷. Według niej jest nim „produkt zawierający substancję o działaniu na ośrodkowy układ nerwowy, który może być użyty w takich samych celach jak środek odurzający, substancja psychotropowa lub nowa substancja psychoaktywna, których wytwarzanie i wprowadzanie do obrotu nie jest regulowane na podstawie przepisów odrębnych; do środków zastępczych nie stosuje się przepisów o ogólnym bezpieczeństwie produktów” (art. 4 pkt 27).

Ustawa ta zmieniła też definicję nowej substancji psychoaktywnej, według której jest to każda substancja lub grupa substancji pochodzenia naturalnego albo syntetycznego, w formie czystej bądź w formie preparatu, działająca na ośrodkowy układ nerwowy, inna niż substancja psychotropowa i środek odurzający, stwarzająca – zgodnie z rekomendacją Zespołu do spraw oceny ryzyka zagrożeń dla zdrowia lub życia ludzi związanych z używaniem nowych substancji psychoaktywnych – zagrożenia dla zdrowia lub zagrożenia społeczne porównywalne do zagrożeń stwarzanych przez substancję psychotropową lub środek odurzający, lub które naśladują działanie tych substancji zawartych w wykazie nowych substancji psychoaktywnych stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Zdrowia. Aktualny wykaz tych środków zawiera rozporządzenie Ministra

²⁵ Były to: rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 27 listopada 2015 r. w sprawie wykazu nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2015, poz. 2017; rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 24 sierpnia 2016 r. w sprawie wykazu nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2016, poz. 1393; rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 sierpnia 2017 r. w sprawie wykazu nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2017, poz. 1582.

²⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw. Druk sejmowy nr 3107. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3107> [dostęp: 08.01.2025].

²⁷ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Dz.U. 2018, poz. 1490.

Zdrowia z dnia 17 sierpnia 2018 r. w sprawie wykazu substancji psychotropowych, środków odurzających oraz nowych substancji psychoaktywnych²⁸. W uzasadnieniu projektu tej ustawy wskazuje się, że „Projekt ustawy został opracowany ze względu na pilną potrzebę wdrożenia kolejnych działań ograniczających zjawisko wytwarzania i wprowadzania do obrotu środków zastępczych i nowych substancji psychoaktywnych, w tym wynikających z przyjęcia na poziomie Unii Europejskiej nowych rozwiązań prawnych umożliwiających objęcie nowych substancji psychoaktywnych procedurą oceny zagrożeń na poziomie Unii Europejskiej i procedurą poddania danej substancji środkom kontroli i sankcjom karnym takim samym, jak przewidziane w prawie krajowym wobec substancji psychotropowych (narkotyków)”²⁹. Chodzi o substancje wywołujące zagrożenie dla zdrowia lub zagrożenie społeczne porównywalne do zagrożeń stwarzanych przez substancje psychotropowe lub środki odurzające.

Obecnie środki nazywane potocznie dopalaczami mieszczą się zarówno w definicjach środka zastępczego, jak i nowej substancji psychoaktywnej. Niemniej większe uzasadnienie aksjologiczne ma zaliczenie ich do środków zastępczych. Tak też są postrzegane w orzecznictwie³⁰ i literaturze³¹. Za takim traktowaniem tych środków przemawia przede wszyst-

²⁸ Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 czerwca 2024 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu substancji psychotropowych, środków odurzających oraz nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2024, poz. 1139.

²⁹ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 16 lipca 2018 r. Druk sejmowy nr 2746. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2746> [dostęp: 09.01.2025].

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2022 r. V KK 441/21. LEX nr 3405196; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2020 r. V KK 374/19. LEX nr 3270722; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 2013 r. II AKz 483/13. LEX nr 1402863; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 22 listopada 2017 r. II AKa 170/17. LEX nr 2461389; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 6 kwietnia 2017 r. IV SA/Wr 526/16. LEX nr 2275904; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 26 października 2016 r. II SA/Sz 821/16. LEX nr 2165572; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 10 października 2018 r. II AKz 474/18. „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 5, poz. 34 (wkładka); wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 grudnia 2019 r. II AKa 375/19. LEX nr 3066114; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2020 r. II AKa 273/19. „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 10, poz. 38 (wkładka); wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 października 2020 r. II AKa 303/20. LEX nr 3123485.

³¹ K. Tkaczyk-Rymanowska: *Problem tzw. dopalaczy i nowych narkotyków w świetle zmian normatywnych do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*. „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 9, s. 139–140; R.A. Stefański: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. R.A. Stefański. C.H.Beck, Warszawa 2025, s. 1108; D. Gruszecka: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 353.

kim to, że definicja środka zastępczego ma charakter ogólny i pozwala na indywidualną jego ocenę, podczas gdy zaliczenie określonego środka do nowych substancji psychoaktywnych wymaga rekomendacji Zespołu do spraw oceny ryzyka zagrożeń dla zdrowia lub życia ludzi związanych z używaniem nowych substancji psychoaktywnych, że powoduje zagrożenia dla zdrowia lub zagrożenia społeczne porównywalne do zagrożeń stwarzanych przez substancję psychotropową. „Środek zastępczy” jest terminem szerszym od pojęcia „nowa substancja psychoaktywna”³². Słusznie w judykaturze podkreśla się, że „Środki zastępcze są środkami chemicznymi, które powstają właśnie po reakcji rządów państw zakazujących udzielania czy posiadania konkretnych substancji odurzających, czy psychoaktywnych. Wówczas to producenci w miejsce środków umieszczanych na listach czy załącznikach do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii (bądź ich odpowiednikach), syntezują środki o podobnej budowie i działaniu, nadając im najczęściej nieco zmienioną nazwę i tym sposobem środki te przestają być objęte zakazem. Wszystkie deklaracje oskarżonych dotyczące rzekomej legalności wprowadzanej przez nich substancji, czy możliwości ich sprzedaży na forach internetowych w sposób zgodny z prawem, są jedynie dowodem na to, jak doskonałą mieli oni świadomość szkodliwości sprzedawanych substancji oraz tego że środki te powstają niejako »na bieżąco« w celu ominięcia wydawanych przez poszczególne państwa zakazów ich sprzedaży, bez uprzedniej kontroli ich wpływu na organizm ludzki”³³.

3. Dopalacze jako środki popełnienia przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

3.1. Istota przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.

W art. 165 § 1 pkt 2 k.k. stypizowane jest przestępstwo spowodowania niebezpieczeństwa powszechnego, tj. niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia wielu osób albo dla mienia w wielkich rozmiarach, przez wyrabianie lub wprowadzanie do obrotu szkodliwych dla zdrowia: 1) substancji; 2) środków spożywczych; 3) innych artykułów powszechnego użytku, a także środków farmaceutycznych nieodpowiadających obowiązującym warunkom jakości.

³² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2019 r. III SA/Kr 1161/18. LEX nr 2657378.

³³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2020 r. II AKa 348/20. LEX nr 3358986.

3.2. Dopalacze jako szkodliwe dla zdrowia substancje

Spśród środków wymienionych w art. 165 § 1 pkt 2 k.k. dopalacze mieszczą się w pojęciu substancji szkodliwych dla zdrowia, gdyż – jak wskazywano – definicja środka zastępczego obejmuje te substancje.

Substancjami zaś są pierwiastki chemiczne lub ich związki w stanie, w jakim występują w przyrodzie lub zostają uzyskane za pomocą procesu produkcyjnego, z wszelkimi dodatkami wymaganymi do zachowania ich trwałości oraz wszelkimi zanieczyszczeniami powstałymi w wyniku zastosowanego procesu, wyłączając rozpuszczalniki, które można oddzielić bez wpływu na stabilność i skład substancji (art. 3 pkt 1 i 2 rozporządzenia (WE) Nr 1907/2006 Parlamentu Europejskiego i Rady z 18 grudnia 2006 r. w sprawie rejestracji, oceny, udzielania zezwoleń i stosowanych ograniczeń w zakresie chemikaliów (REACH) i utworzenia Europejskiej Agencji Chemikaliów, zmieniającego dyrektywę 1999/45/WE oraz uchylającego rozporządzenie Rady (EWG) nr 793/93 i rozporządzenie Komisji (WE) nr 1488/94, jak również dyrektywę Rady 76/769/EWG i dyrektywy Komisji 91/155/EWG, 93/67/EWG, 93/105/WE i 2000/21/WE³⁴)³⁵.

Nie ulega wątpliwości, że dopalacze nie mogą być uznane za żaden z pozostałych środków wymienionych w art. 165 § 1 pkt 2 k.k., gdyż:

- środkiem spożywczym jest każda substancja lub produkt przetworzony, częściowo przetworzony albo nieprzetworzony, przeznaczony do spożycia przez ludzi lub którego spożycia przez ludzi można się spodziewać (art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia³⁶ w zw. z art. 2 rozporządzenia (WE) nr 178/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 28 stycznia 2002 r. ustanawiającego ogólne zasady i wymagania prawa żywnościowego, powołującego Europejski Urząd ds. Bezpieczeństwa Żywności oraz ustanawiającego procedury w zakresie bezpieczeństwa żywności³⁷). W piśmiennictwie dopalacze błędnie zalicza się do środków spożywczych niespełniających norm jakościowych³⁸;

³⁴ Dz. Urz. UE z 29 maja 2007 r. L 136/3. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/HTML/?uri=OJ:L:2007:136:FULL> [dostęp: 09.01.2025].

³⁵ Zob. art. 1 pkt 1 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach. Dz.U. 2022, poz. 1816.

³⁶ Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 25 maja 2023 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Dz.U. 2023, poz. 1448.

³⁷ Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Dz. Urz. WE L 31 z 01.02.2002. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=celex:32002R0178> [dostęp: 09.01.2025].

³⁸ D. Zajac: *Karalność obrotu dopalaczami w świetle art. 165 k.k. (analiza dogmatyczna)*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, nr 4, s. 57–58.

- innymi artykułami powszechnego użytku są wszelkie substancje i środki, których człowiek używa w codziennym życiu w celu utrzymania czystości, higieny osobistej itp. Chodzi m.in. o kosmetyki, proszki do prania, dobra użytku kulturalnego, sprzęt elektroniczny, naczynia stołowe i kuchenne itp.³⁹;
- środkiem farmaceutycznym jest produkt leczniczy, zdefiniowany w ustawie z dnia 6 września 2001 r. – Prawo farmaceutyczne⁴⁰. W myśl art. 2 pkt 32 tej ustawy produktem leczniczym jest „substancja lub mieszanina substancji, przedstawiana jako posiadająca właściwości zapobiegania lub leczenia chorób występujących u ludzi lub zwierząt lub podawana w celu postawienia diagnozy lub w celu przywrócenia, poprawienia lub modyfikacji fizjologicznych funkcji organizmu poprzez działanie farmakologiczne, immunologiczne lub metaboliczne”.

W doktrynie oraz judykaturze kontrowersje wywołuje uznanie dopalaczy za szkodliwe dla zdrowia substancje w rozumieniu art. 165 § 1 pkt 2 k.k., a spór wynika ze sposobu rozumienia ich szkodliwości dla zdrowia. Przyjmuje się, że w przepisie tym:

- 1) nie chodzi o substancje szkodliwe ze swej istoty, lecz jedynie o takie, które nabrały cech szkodliwości wskutek np. wadliwego wytworzenia lub składowania⁴¹. W judykaturze twierdzi się, że:
 - „Nie wyczerpuje znamion art. 165 § 1 pkt 2 k.k. wyrabianie czy sprzedaż środków zastępczych jako tzw. dopalaczy, tak jak nie wyczerpuje ich wytwarzanie i obrót bez koncesji środkami odurzającymi, czy psychotropowymi, jako takimi. Nie ma zatem jakichkolwiek podstaw do przyjmowania, że obrót jakimikolwiek narkotykami, nawet w ilości stwarzającej zagrożenie dla życia lub zdrowia wielu osób, może być czynem zabronionym kwalifikowanym z art. 165 § 1 pkt 2 k.k.”⁴²;

³⁹ Ibidem, s. 54; G. Bogdan: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–211a*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. T. 2. Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 447.

⁴⁰ Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 12 kwietnia 2024 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo farmaceutyczne. Dz.U. 2024, poz. 686 ze zm.

⁴¹ K. Buchała: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Wolters Kluwer, Kraków 1999, s. 340; G. Bogdan: *Przestępstwa...*, s. 447; P. Petasz: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 117–221*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. T. 1. C.H.Beck, Warszawa 2017, s. 387; G. Hałas, Z. Gądzik: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. C.H.Beck, Warszawa 2019, s. 943.

⁴² Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r. I KZP 5/17. OSNKW 2017, nr 7, poz. 40. Tak też: T. Oczkowski: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. V. Konarska-Wrzošek. Wolters Kluwer, Warszawa 2023, s. 943.

- „Przepis art. 165 § 1 pkt 2 k.k. nie dotyczy substancji ze swej natury niebezpiecznych, którymi obrót jest zakazany”⁴³;
- „Przepis art. 165 § 1 pkt 2 k.k. nie dotyczy substancji ze swej natury niebezpiecznych, którymi obrót jest zakazany, lecz ochrony życia i zdrowia wielu osób, w sytuacji zetknięcia się ze środkami ogólnie dostępnymi, co do których mają prawo być przekonane, że ich »normalne« użycie będzie bezpieczne. Wynika to wyraźnie z desygnatów tego przepisu. Należy zatem przyjąć, że nie wyczerpuje znamion tego przestępstwa obrót »dopalaczami« jako takimi, podobnie jak nie wyczerpuje dyspozycji tego przepisu wytwarzanie i obrót bez koncesji środkami odurzającymi czy psychotropowymi”⁴⁴. Pogląd ten jest o tyle istotny, gdyż zakazane jest wytwarzanie, przywóz i wprowadzanie do obrotu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej środków zastępczych (art. 44b ust. 1 pkt 1 u. o n.), które – jak wcześniej wskazano – obejmują dopalacze.

Sąd Najwyższy uznał, że „jeżeli w wyniku wadliwej produkcji artykułu (środka, substancji itp.), odstąpienia od deklarowanej normy jakości, wadliwego przechowywania lub transportowania, czy też wprowadzania do obrotu towaru, który faktycznie jest innym produktem, niż wynikałoby to z jego opisu na opakowaniu, nazwy itp., przy jednoczesnym spełnieniu warunku, że produkt ten jest szkodliwy dla zdrowia w stopniu stanowiącym niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia wielu osób – to jego wyprodukowanie lub wprowadzenie do obrotu wyczerpuje dyspozycję art. 165 § 1 pkt 2 k.k.”⁴⁵;

- 2) chodzi o takie substancje, które stanowić mogą zagrożenie dla stanu zdrowia w przypadku zetknięcia się z nimi⁴⁶. W orzecznictwie zauważa się, że szkodliwe dla zdrowia substancje to nie tylko takie, które cech szkodliwości nabrały wskutek wadliwego wytworzenia czy przetworzenia, ale także te, które są szkodliwe ze swej istoty. Dopapalacze mogą być uznane za szkodliwe dla zdrowia substancje, o ile stwarzają konkretne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób⁴⁷. Rację

⁴³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 11 stycznia 2018 r. II AKa 266/17. LEX nr 2455116.

⁴⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 listopada 2018 r. II AKa 395/18. LEX nr 2625091.

⁴⁵ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r. I KZP 5/17. OSNKW 2017, nr 7, poz. 40.

⁴⁶ P. Petasz: *Przestępstwa...*, s. 387; G. Hałas, Z. Gądzik: *Przestępstwa...*, s. 949; B. Gadecki: *Glosa do postanowienia SN z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 5/17.* „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017, nr 11, s. 141.

⁴⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 stycznia 2019 r. II AKa 573/18. LEX nr 2753232; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 kwietnia 2019 r. II AKa 19/19. LEX nr 2775721; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 grudnia

ma Sąd Najwyższy, stwierdzając, że „Wyrabianie lub wprowadzenie do obrotu tzw. dopalaczy może wyczerpywać znamiona przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k., o ile ze względu na ich skład chemiczny i ilość stwarzają realne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób. W przepisie tym chodzi o zagrożenie zdrowia mające charakter niebezpieczeństwa powszechnego, a nie szkodliwość dla zdrowia w nieznacznym stopniu, powodującą tylko przejściowe i niegroźne zakłócenie czynności organizmu”⁴⁸.

Opowiedzenie się za pierwszym stanowiskiem prowadziłoby do wniosku *ad absurdum*, gdyż karalności podlegałoby wprowadzanie do obrotu nieomal wszystkich produktów pochodzenia chemicznego, np. rozpuszczalników. Na aprobatę zasługuje drugie stanowisko, gdyż nie jest istotna przyczyna szkodliwości, a ważne jest, czy środki są zdolne do wywołania zagrożenia dla życia lub zdrowia wielu osób⁴⁹. U podstaw kryminalizacji wytworzenia i wprowadzania do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji leży niebezpieczeństwo, jakie może spowodować obrót tymi substancjami na szeroką skalę⁵⁰. W orzecznictwie wskazuje się, że:

- „Dla stwierdzenia, że doszło do wyczerpania znamion czynu zabronionego z art. 165 § 1 pkt 2 k.k. konieczne jest ustalenie, że spożycie określonego środka mogło prowadzić do następstw wykraczających poza te wskazane, akceptowane przez konsumenta skutki »uboczne«, które to następstwa wiązałyby się z zaistnieniem konkretnego niebezpieczeństwa dla życia lub zdrowia konsumenta”⁵¹;
- „Nie każdy środek zastępczy, o którym mowa w art. 4 ust. 27 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, zawierać musi bowiem, niejako z natury rzeczy, substancje na tyle szkodliwe dla człowieka, że jego użycie w konsekwencji zawsze będzie powodowało niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia w rozumieniu hipotezy normy określonej w art. 165 § 1

2019 r. II AKa 375/19. LEX nr 3066114; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 listopada 2019 r. II AKa 97/19. LEX nr 2758148.

⁴⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1977 r. IV KR 84/77. OSNPG 1977, nr 11, poz. 104.

⁴⁹ R.A. Stefański: *Przestępstwa...*, s. 1106.

⁵⁰ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 lipca 2018 r. II AKa 143/18. LEX nr 2601867.

⁵¹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2022 r. II KK 216/21. OSNK 2022, nr 9 poz. 33; tak postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 10 października 2018 r. II AKz 474/18. „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 5, poz. 34 (wkładka); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2018 r. V KS 21/18. LEX nr 2583824; wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 maja 2019 r. II AKa 54/19. LEX nr 2758424.

- pkt 2 k.k., a więc skutkujące konkretnym i realnym zagrożeniem dla życia lub zdrowia ludzkiego w poważnym stopniu”⁵²;
- „Sprzedaż dopalaczy stanowi zatem przestępstwo z art. 165 § 1 pkt 2 k.k., przy spełnieniu warunku, że produkt ten jest szkodliwy dla zdrowia w stopniu stanowiącym niebezpieczeństwo dla zdrowia lub życia wielu osób i to niezależnie od tego jaka informacja jest umieszczona na opakowaniu takiego produktu”⁵³.

Mając na uwadze, że zwrot „szkodliwe dla zdrowia substancje” obejmuje również substancje szkodliwe ze swej istoty, nie sposób dopalaczy nie zaliczyć do tych środków, o ile są szkodliwe dla zdrowia w stopniu stanowiącym zagrożenie dla zdrowia lub życia wielu osób. Nie są zatem takimi środkami te dopalacze, które spełniają zwykłe normy jakościowe stosowane w procesie ich wytwarzania i obrotu, w rezultacie czego ich zażycie nie prowadzi do skutków dalej idących aniżeli typowe odurzenie i związane z nim typowe skutki uboczne⁵⁴. Trafnie w orzecznictwie zauważa się, że „Nie stanowi przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k. sam tylko obrót tzw. dopalaczami, o ile spełniają one zwykłe normy jakościowe przyjęte w praktyce ich wytwarzania i obrotu”⁵⁵.

Nie ma znaczenia, jaka informacja jest umieszczona na opakowaniu takiego środka⁵⁶. Słusznie w judykaturze zwraca się uwagę, że „Zamieszczenie na produkcie stanowiącym tzw. dopalacz informacji, iż nie nadaje się lub nie jest przeznaczony do spożycia przez ludzi nie ma znaczenia dla realizacji znamion czynu zabronionego z art. 165 § 1 pkt 2 k.k. z tej przyczyny, że chociaż jej treść wskazywała, iż produkt nie jest przeznaczony do spożycia, to nabywcy i tak wiedzieli i byli przekonani, że jest to tzw. dopalacz – służący do zażycia – i wyłącznie w tym celu dokonywali jego nabycia”⁵⁷. Nie jest możliwe *a priori* wskazanie, które dopalacze stwarzają takie zagrożenie. Brak jest bowiem pogłębionych badań dotyczących oddziaływania tych środków na zdrowie człowieka, a zwłaszcza brak rzetelnych i pełnych informacji odnośnie do ryzyka zdrowotnego, efek-

⁵² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 22 listopada 2017 r. II AKa 170/17. LEX nr 2461389; postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 2013 r. II AKz 483/13. LEX nr 1402863.

⁵³ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 grudnia 2019 r. II AKa 375/19. LEX nr 3066114.

⁵⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 maja 2019 r. II AKa 54/19. LEX nr 2758424; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 listopada 2018 r. II AKa 395/18. LEX nr 2625091.

⁵⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 22 listopada 2017 r. II AKa 170/17. LEX nr 2461389.

⁵⁶ B. Gadecki: *Glosa...*, s. 142.

⁵⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 grudnia 2022 r. II AKa 406/22. LEX nr 3616899.

tów ubocznych i skutków przedawkowania czy długotrwałego stosowania tych substancji psychoaktywnych⁵⁸. Nasilają one aktywność układu katecholaminoergicznego i dopaminergicznego w mózgu oraz hamują wychwyt zwrotny serotoniny, powodując nadmierne pobudzenie psychofizyczne, wzrost koncentracji, euforię, rzadziej uczucie dysforii, upośledzenie łaknienia. Po zażyciu większych dawek dopalaczy mogą wystąpić objawy psychotyczne: omamy słuchowe, wzrokowe, przypominające endogenne psychozy schizofreniczne. Obwodowe działanie związane jest głównie z wpływem na układ krążenia oraz proces termoregulacji. Mogą wystąpić: wzrost ciśnienia tętniczego, tachykardia, zaburzenia rytmu serca oraz hipertermia⁵⁹. Wskazuje się, że środki te są przyczyną ostrych stanów psychotycznych, zaburzeń świadomości, a czasem zgonów wśród pacjentów, którzy ulegli ostremu zatruciu bądź stosują je długotrwanie⁶⁰. Skład dopalaczy ciągle się zmienia, a proces ich produkcji nie podlega jakiegokolwiek kontroli farmaceutycznej. Sprzedawane są one jako wyroby kolekcjonerskie nienadające się do spożywania przez ludzi, przyjmują postać ozdoby choinkowej, mieszanki do ozdabiania akwarium czy choćby kaddidel⁶¹. Dopalmace nie są komponowane w warunkach laboratoryjnych, są więc źle oczyszczone i wadliwie zestawione, a przez to bardziej toksyczne⁶². Nie przestaną być niebezpieczne, gdyż inwencja twórcza chemików wyprzedza proces legislacyjny. Nie budzi jednak wątpliwości, że dopalmace mają wpływ na zdrowie człowieka, a ich użycie może nawet prowadzić do zgonu⁶³.

Pomocne dla oceny szkodliwości dopalmaczy mogą być raporty Europejskiego Centrum Monitorowania Narkotyków i Narkomanii (EMCDDA), będącego agencją Unii Europejskiej, której zadaniem jest m.in. publikowanie raportów na temat nowych substancji psychoaktywnych, w tym dotyczących ich szkodliwości⁶⁴.

⁵⁸ L. Kapka-Skrzypczak i in.: *Dopalacze...*, s. 210.

⁵⁹ W. Żukiewicz-Sobczak i in.: „*Dopalacze*”..., s. 137–138.

⁶⁰ B. Lubecka, M. Lubecki, R. Pudło: „*Dopalacze*” — co wiemy o nowych substancjach psychoaktywnych? „*Psychiatria*” 2018, T. 15, nr 2, s. 99.

⁶¹ K. Kierus i in.: *Dopalacze...*, s. 359.

⁶² K. Łuczarsz, A. Muszyńska: *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*. Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 207.

⁶³ M.R. Mazurkiewicz i in.: *Ocena...*, s. 1145; E. Pieprzycza, R. Skowronek, C. Chowaniec: *Problemy...*, s. 122.

⁶⁴ *European Drug Report 2024: Trends and Developments*. https://www.euda.europa.eu/publications/european-drug-report/2024_en [dostęp: 09.01.2025].

4. Zachowanie sprawcze

Zachowaniem sprawczym przestępstwa określonego w art. 165 § 1 pkt 2 k.k. jest wyrabianie lub wprowadzenie do obrotu m.in. szkodliwych dla zdrowia substancji. Wyrabianiem są wszelkie czynności polegające na wytwarzaniu wymienionych środków. Niesie ono za sobą abstrakcyjne narażenie na niebezpieczeństwo, które ulega konkretyzacji z chwilą wprowadzenia do obrotu⁶⁵. Jego znaczenie nie budzi wątpliwości.

Kontrowersje pojawiają się w kwestii rozumienia pojęcia wprowadzenia substancji do obrotu. Dotyczą one tego, czy pojęcie to należy rozumieć tak, jak jest zdefiniowane w art. 4 pkt 34 u. o n., czy też na gruncie art. 165 § 1 pkt 2 k.k. ma ono autonomiczne znaczenie. Różnica sprowadza się do tego, czy wprowadzeniem do obrotu jest także udostępnienie takiego środka konsumentowi. Wynika ona z odmiennej interpretacji zawartego w tej definicji zwrotu „udostępnienie osobom trzecim”. W myśl bowiem art. 4 pkt 34 u. o n. wprowadzaniem do obrotu jest udostępnienie osobom trzecim, odpłatnie lub nieodpłatnie, środków odurzających, substancji psychotropowych, prekursorów, środków zastępczych lub nowych substancji psychoaktywnych.

Sąd Najwyższy przyjął, że „Zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 4 pkt 34 ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 852), wprowadzaniem do obrotu jest udostępnienie osobom trzecim, odpłatnie lub nieodpłatnie, środków odurzających, substancji psychotropowych, prekursorów, środków zastępczych lub nowych substancji psychoaktywnych. Przy czym nie budzi wątpliwości, tak w orzecznictwie, jak i doktrynie, że dla przyjęcia, iż zachowanie oskarżonego stanowi »wprowadzenie do obrotu« przykładowo środka odurzającego, odbiorcą tegoż środka nie może być konsument narkotyku. W przypadku, gdy odbiorcą jest konsument o przestępstwie polegającym na »wprowadzeniu do obrotu« mowy być nie może, lecz należy w takiej sytuacji przyjmować udzielenie środka psychoaktywnego innej osobie”⁶⁶. Pogląd ten został wyrażony na podstawie przepisów karnych ustawy

⁶⁵ K. Buchała: *Przestępstwa...*, s. 340.

⁶⁶ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2020 r. II KK 302/19. LEX nr 3221541; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2008 r. III KK 36/08. LEX nr 448971; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r. V KK 341/15. LEX nr 1923856; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 kwietnia 2016 r. II AKa 58/16. KZS 2016, nr 9, poz. 96; wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 24 maja 2016 r. II AKa 72/16. LEX nr 2067981; wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2015 r. II AKa 61/15. LEX nr 1771062; wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 21 lipca 2009 r. II AKa 123/09. KZS 2011, nr 3, poz. 67; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 października 2006 r. II AKa 177/06. KZS 2006, nr 12, poz. 31.

o zapobieganiu narkomanii, w których odrębnie jest penalizowane „wprowadzenie do obrotu” środka odurzającego (art. 56 ust. 1 u. o n.) oraz „udzielanie” środka odurzającego (art. 58 ust. 1). Daje to podstawę do zawężającej wykładni zawartego w art. 4 pkt 34 u. o n. pojęcia „wprowadzenie do obrotu” w odniesieniu do przepisów karnych z tej ustawy.

Takiego zawężenia tej definicji nie uzasadnia treść art. 165 § 2 pkt 2 k.k., w którym nie ma mowy o udostępnieniu środka. Nie ma racji Sąd Najwyższy, że definicja ta nie może stanowić podstawy takiej samej, jak na ich kanwie, wykładni tego znamienia, ponieważ różny jest zakres ochrony norm wynikających z tej ustawy oraz z Kodeksu karnego⁶⁷. Nie sposób aprobować poglądu, że na podstawie art. 165 § 1 pkt 2 k.k. odpowiedzialność karną ponieść będą mogły wyłącznie te podmioty, które dokonują pierwotnego wprowadzenia do obrotu, co jest argumentowane tym, że taka interpretacja tego znamienia pozostaje w zgodzie ze wskazaniem języka naturalnego oraz z dyrektywami wykładni systemowej, nie dochodzi do niedopuszczalnego zawężenia zakresu zastosowania art. 165 k.k.⁶⁸.

Trzeba zatem przyjąć, że wprowadzaniem do obrotu w rozumieniu tego przepisu jest udostępnienie w jakiejkolwiek formie i jakimkolwiek celu, odpłatnie lub nieodpłatnie, takich środków osobom trzecim, zarówno niebędącym ich konsumentami, jak i nabywającym je w celu własnego spożycia⁶⁹.

⁶⁷ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2019 r. III KK 190/18. LEX nr 3363791; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2020 r. V KK 478/19. LEX nr 3180918.

⁶⁸ D. Zając: *Karalność...*, s. 68–69.

⁶⁹ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 kwietnia 2021 r. II OSK 2112/18. LEX nr 3190436; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 października 2020 r. II OSK 2099/18. LEX nr 3280513; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 kwietnia 2020 r. II OSK 2307/19. LEX nr 3020279; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2020 r. II OSK 1123/19. LEX nr 3009454; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 grudnia 2019 r. II OSK 3232/18. LEX nr 2782216; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 lutego 2019 r. II OSK 768/17. LEX nr 2629569; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 1 sierpnia 2019 r. III SA/Kr 236/19. LEX nr 2716152; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 26 marca 2019 r. III SA/Kr 990/18. LEX nr 2647363; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 marca 2019 r. III SA/Kr 988/18. LEX nr 2644165; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2018 r. III SA/Kr 1463/17. LEX nr 2486979; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 marca 2018 r. III SA/Kr 1336/17. LEX nr 2495307; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 marca 2018 r. II OSK 1287/16. LEX nr 2495512; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 stycznia 2017 r. II OSK 996/15. LEX nr 2288767; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 października 2017 r. II OSK 194/16. LEX nr 2408856; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2015 r. II OSK 703/14. LEX nr 2002227; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 czerwca 2015 r. II OSK 2684/13. LEX nr 178053.

Może to być sprzedaż detaliczna takich środków⁷⁰, udostępnienie środka pierwotne lub kolejny etap wprowadzenia do obrotu⁷¹. Rację ma Naczelny Sąd Administracyjny, twierdząc, że:

- „Zakresem pojęcia udostępnienia osobom trzecim środków odurzających, substancji psychotropowych, prekursorów, środków zastępczych lub nowych substancji psychoaktywnych, należy objąć stworzenie możliwości faktycznych dostępu osób trzecich do tych środków. Nie można do takiej ustawowej definicji wprowadzenia do obrotu przyjąć elementów stanu faktycznego w niej nie zapisanego, a zatem przyjąć, że wymaga ustalenia fakt sprzedaży tych substancji, aby przypisać status strony”⁷². Udostępnianiem jest także samo „stwarzanie możliwości” nabycia takich środków w danym miejscu, np. w lokalu⁷³.

Wprowadzenie do obrotu dopalaczy obejmuje zarówno hurtowe „puszczenie” w obieg takiego produktu, jak i przekazanie go konsumentowi w ramach obrotu detalicznego⁷⁴. Chodzi o każde zachowanie prowadzące się do „puszczania” w obieg substancji poprzez ich sprzedaż bądź przekazanie nieodpłatne, o każdą tego typu czynność podejmowaną w ramach obrotu pierwotnego lub wtórnego, w wyniku której dopalacze zaistnieją na rynku⁷⁵. „Zgoda konsumentów na spożywanie tzw. dopalaczy, a ściśle rzecz mówiąc zażywanie, bo przecież do organizmu można było je wprowadzić w różnoraki sposób – jak zasadnie podkreśla się w orzecznictwie – nie wpływa tak na zakres, jak i charakter odpowiedzialności prawnokarnej oskarżonych. Posiadali oni świadomość celów przedsięwzięcia, w które się uwikłali i środków, które do ich realizacji miały służyć. Jakkolwiek stanowiące przedmiot obrotu dopalacze były opatrywane zastrzeżeniem, że nie nadają się one do spożycia, tym nie-

⁷⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 maja 2020 r. II OSK 2566/19. LEX nr 3040897; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 stycznia 2020 r. II OSK 3606/18. LEX nr 3041109; wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 czerwca 2019 r. II OSK 2080/17. LEX nr 2728276.

⁷¹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2018 r. II SA/Po 740/17. LEX nr 2445866.

⁷² Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 czerwca 2020 r. II OSK 3492/19. LEX nr 3045700.

⁷³ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 28 czerwca 2016 r. II SA/Lu 276/16. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 6, s. 93–96; wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 26 czerwca 2018 r. III SA/Kr 80/18. LEX nr 2523732.

⁷⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2022 r. V KK 441/21. LEX nr 3405196.

⁷⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2020 r. V KK 374/19. LEX nr 3270722.

mniej było ono fikcyjne, a oskarżeni traktowali je jako podstawę do uniknięcia odpowiedzialności”⁷⁶.

5. Skutki zachowania sprawcy

Dla przypisania odpowiedzialności karnej przewidzianej przez art. 165 § 1 pkt 2 k.k. nie wystarczy samo wyprodukowanie lub wprowadzenie do obrotu dopalaczy szkodliwych dla zdrowia, a konieczne jest, by sprowadziło to niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób. Nie jest wymagane ustalenie naruszenia dóbr prawnych w postaci życia lub zdrowia u pokrzywdzonych, którzy zażyli dopalacze. Istotne jest wykazanie, że te substancje były niebezpieczne dla życia lub zdrowia wielu osób⁷⁷.

Dla bytu przestępstwa z art. 165 § 1 pkt 2 k.k. konieczne jest: po pierwsze, ustalenie, że substancja jest szkodliwa, czyli negatywnie działa na zdrowie lub życie konsumenta; po drugie, wykazanie, że jej użycie stanowiło realne i faktyczne niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób⁷⁸. Skutkiem jest zarówno samo zdarzenie, wymienione w tym przepisie, jak i stan niebezpieczeństwa powszechnego stworzony zachowaniem sprawcy. Brak ujawnionych konkretnych skutków dla zdrowia lub życia nie może zostać zrównany z brakiem skutku w postaci narażenia na niebezpieczeństwo. Nie jest wymagane, aby niebezpieczeństwo to miało charakter bezpośredni, lecz aby przybrało charakter realny i konkretny. Nie chodzi o sprowadzenie „bezpośredniego niebezpieczeństwa”, lecz „niebezpieczeństwa”. Wprowadzenie do obrotu szkodliwych dla zdrowia substancji tylko wtedy wypełnia dyspozycje z art. 165 § 1 pkt 2 k.k., gdy zostanie wykazane, że szkodliwość substancji ma taki charakter i wagę, iż czyni konkretnym i realnym zagrożenie dla życia lub zdrowia ludzkiego w poważnym stopniu oraz ma charakter niebezpieczeństwa powszechnego⁷⁹. Sprowadzenie niebezpieczeństwa nie musi więc łączyć się z nieuchronnością zaistnienia zdarzenia, którego niebezpieczeństwo sprawca miał sprowadzić, i nie jest warunkiem

⁷⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 27 stycznia 2022 r. II AKa 12/21. LEX nr 3391956.

⁷⁷ K. Grabowski: *Kryminalizacja czynów mających za przedmiot dopalacze*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 129.

⁷⁸ A. Wolska, Ł. Bagiński: *Problematyka prawna obrotu tzw. dopalaczami*. „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2016, nr 2, s. 23.

⁷⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 2013 r. II AKz 483/13. LEX nr 1402863; wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 11 stycznia 2018 r. II AKa 266/17. LEX nr 2455116.

bytu tego przestępstwa bliska nieuchronność zagrożenia o charakterze powszechnym⁸⁰.

W związku z tym nie każdy dopalacz musi zawierać, niejako z natury rzeczy, substancje na tyle szkodliwe dla człowieka, że jego użycie w konsekwencji zawsze powoduje niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób. Jeśli substancje zawarte w dopalaczu są dla zdrowia człowieka szkodliwe tylko w stopniu nieznacznym, a zatem, gdy użycie go powoduje jedynie przejściowe i niegroźne zakłócenia czynności ludzkiego organizmu, to owe skutki nie są objęte wskazanym znamieniem czynu określonego w art. 165 § 1 pkt 2 k.k.⁸¹. Okolicznościami irrelewantnymi z punktu widzenia odpowiedzialności na gruncie art. 165 § 1 pkt 2 k.k. są takie skutki zdrowotne, jak: przejściowe stany odurzenia, ograniczona kontrola ruchów ciała, przejściowa utrata świadomości, senność, przyspieszenie akcji serca, nudności, bełkotliwa mowa, których nawet mogą oczekiwać osoby zażywające dopalacze, podobnie jak jest to w przypadku spożywania alkoholu czy zażywania narkotyków. Są to typowe następstwa związane z przyjmowaniem substancji odurzających, spodziewane przez konsumentów, biorących niejako ryzyko ich wystąpienia na siebie i godzących się na nie, a więc takie, które nie będą prowadziły do odpowiedzialności karnej na gruncie art. 165 § 1 pkt 2 k.k.⁸².

Prima vista mogłoby się wydawać, że wyrobienie lub wprowadzenie dopalaczy należy kwalifikować jako działanie w inny sposób w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych, o których mowa w art. 165 § 1 pkt 5 k.k. Możliwość taką należy odrzucić, gdyż „działanie w inny sposób” ma mieć miejsce w okolicznościach szczególnie niebezpiecznych, których nie można utożsamiać ze szczególnym niebezpieczeństwem samej substancji.

6. Wnioski

1. Określenie „dopalacz” nie jest pojęciem normatywnym, a terminem przejętym z języka potocznego oraz powszechnie używanym w literaturze prawniczej i medycznej. Wywodzi się z terminologii lotniczej,

⁸⁰ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2020 r. V KK 478/19. LEX nr 3180918; wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 października 2013 r. II AKa 138/13. LEX nr 1396859.

⁸¹ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 22 listopada 2017 r. II AKa 170/17. LEX nr 2461389.

⁸² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2019 r. II AKa 273/19. LEX nr 2977366.

- gdzie oznacza urządzenie stosowane w samolotach, służące zwiększeniu ciągu silnika poprzez spalanie dodatkowego paliwa.
2. Dopalaczami są substancje chemiczne, które działają na organizm ludzki, powodując euforię oraz uczucie przyjemności w podobny sposób, jak dotychczas znane narkotyki. Mają silnie aktywować („dopalać”) ośrodkowy układ nerwowy i najczęściej powstają poprzez modyfikację podstawowej struktury kontrolowanego narkotyku w celu uzyskania analogu nieobjętego kontrolą prawną. W skład dopalaczy wchodzi substancje pochodzenia naturalnego (roślinnego) lub syntetycznego, obdarzone własnościami psychostymulującymi w związku z ich wpływem na system neurotransmiterów.
 3. Wraz z nasileniem się stosowania omawianych środków podejmowano próby objęcia ich przepisami ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii, modyfikując w niej definicję środka zastępczego (art. 4 pkt 27) oraz wyprowadzając definicję nowej substancji psychoaktywnej (art. 4 pkt 11a), w desygnatach której mieszczą się także dopalacze. Niemniej większe uzasadnienie aksjologiczne ma zaliczenie ich do środków zastępczych. Przemawia za tym przede wszystkim to, że definicja środka zastępczego ma charakter ogólny i pozwala na indywidualną jego ocenę, podczas gdy zaliczenie określonego środka do nowych substancji psychoaktywnych wymaga rekomendacji Zespołu do spraw oceny ryzyka zagrożeń dla zdrowia lub życia ludzi związanych z używaniem nowych substancji psychoaktywnych, że powoduje zagrożenia dla zdrowia lub zagrożenia społeczne porównywalne do zagrożeń stwarzanych przez substancję psychotropową. „Środek zastępczy” to pojęcie szersze od terminu „nowa substancja psychoaktywna”.
 4. Dopalacze mogą być środkiem popełnienia przestępstwa spowodowania niebezpieczeństwa powszechnego przez wyrabianie lub wprowadzanie do obrotu szkodliwych dla zdrowia środków (art. 165 § 1 pkt 2 k.k.), mieszczą się bowiem w znamieniu tego przestępstwa „substancje szkodliwe dla zdrowia”, a środek zastępczy jest taką substancją. Nie są jednak takimi środkami te dopalacze, które spełniają zwykłe normy jakościowe stosowane w procesie ich wytwarzania i obrotu, w rezultacie czego ich zażycie nie prowadzi do skutków dalej idących aniżeli typowe odurzenie i związane z nim typowe skutki uboczne.
 5. Dla przypisania odpowiedzialności karnej przewidzianej przez art. 165 § 1 pkt 2 k.k. nie wystarczy wyprodukowanie lub wprowadzenie do obrotu dopalaczy szkodliwych dla zdrowia, a konieczne jest, by ich wprowadzenie na rynek spowodowało niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia wielu osób.

Bibliografia

Literatura

- Błachut D., Szukalski B.: *Dopalacze – właściwości chemiczne, skala zagrożeń i przeciwdziałanie rozpowszechnianiu*. „Przegląd Bezpieczeństwa” 2012, nr 6, s. 111–135.
- Bogdan G.: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–211a*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. T. 2. Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 433–470.
- Buchała K.: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Wolters Kluwer, Kraków 1999, s. 325–360.
- Gadecki B.: *Glosa do postanowienia SN z dnia 31 maja 2017 r., I KZP 5/17*. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017, nr 11, s. 137–143.
- Grabowski K.: *Kryminalizacja czynów mających za przedmiot dopalacze*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 119–138.
- Gruszecka D.: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*. Red. J. Giezek. Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 325–401.
- Hałas G., Gądzik Z.: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. C.H.Beck, Warszawa 2019, s. 937–963.
- Jabłoński P., Malczewski A.: *Dopalacze. Skala zjawiska i przeciwdziałanie*. Krajowe Biuro ds. Przeciwdziałania Narkomanii, Warszawa 2014.
- Kapka-Skrzypczak L. i in.: *Dopalacze – stan aktualny i wytyczne na przyszłość*. „Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu” 2011, T. 17, nr 4, s. 206–210.
- Kidawa M.: *Dopalacze – przejściowa moda czy realne zagrożenie?* „Serwis Informacyjny. Narkomania” 2009, nr 1, s. 2–5.
- Kierus K. i in.: *Dopalacze – nowe zagrożenie zdrowia młodzieży*. „Pediatria i Medycyna Rodzinna” 2011, nr 4, s. 356–360.
- Kolbowska A.: *Dopalacze*. „Serwis Informacyjny. Narkomania” 2009, nr 1, s. 6–9.
- Kruk W. i in.: *Problem stosowania substancji uzależniających (dopalacze, narkotyki, napoje energetyzujące) wśród studentów wybranych uczelni rzeszowskich*. „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2014, nr 95, s. 880–888.
- Krzyśko G.: *Ocena stanu wiedzy licealistów na temat dopalaczy*. „Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas. Pedagogika” 2018, nr 16, s. 225–234.
- Lubecka B., Lubecki M., Pudło R.: „Dopalacze” — co wiemy o nowych substancjach psychoaktywnych? „Psychiatria” 2018, T. 15, nr 2, s. 99–109.
- Łuczarsz K., Muszyńska A.: *Ustawa o przeciwdziałaniu narkomanii. Komentarz*. Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Matyjek S.: „Dopalacze” – nieprzewidywalne narkotyki. *Problem społeczno-prawny*. „Filozofia Publiczna i Edukacja Demokratyczna” 2019, nr 1, s. 251–273.

- Mazurkiewicz M.R. i in.: *Ocena rozpowszechniania, powodów i form użycia tak zwanych „dopalaczy” przez uczestników ankiety internetowej*. „Psychiatria Polska” 2013, nr 6, s. 1143–1155.
- Morawska-Siudak J. i in.: *Dopalacze jako problem diagnostyczny, psychologiczny i prawny*. „Przegląd Lekarski” 2010, nr 67, s. 598–601.
- Mruczyk K. i in.: *Chemical analysis of substitute drugs of abuse – “legal highs” from Lubuskie province, Poland*. “Journal of Medical Science” 2014, vol. 83, no. 2, s. 101–107.
- Nowa encyklopedia powszechna PWN*. T. 2: D–H. Red. B. Petrozolin-Skowrońska. Państwowe Wydawnictwo Naukowe, Warszawa 1995.
- Oczkowski T.: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. V. Konarska-Wrzošek. Wolters Kluwer, Warszawa 2023, s. 932–956.
- Petasz P.: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Art. 117–221*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. T. 1. C.H.Beck, Warszawa 2017, s. 360–428.
- Piekoszewski W., Florek E.: *Dopalacze*. „Przegląd Lekarski” 2009, nr 10, s. 861–865.
- Pieprzycza E., Skowronek R., Chowaniec C.: *Problemy analityczne i interpretacyjne związane z diagnostyką zatruc „dopalaczami”*. „Prokuratura i Prawo” 2018, nr 3, s. 116–124.
- Simonienko K., Waszkiewicz N., Szulc A.: *Roślinne środki odurzające – aktualnie obowiązująca lista w Polsce*. „Psychiatria Polska” 2013, T. 47, nr 3, s. 499–510.
- Stańczak A.: *Dopalacze – problem zdrowia jednostki i zdrowia publicznego. Przestanki działań profilaktycznych*. „Problemy Higieny i Epidemiologii” 2015, nr 1, s. 8–16.
- Stefański R.A.: *Przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. R.A. Stefański. C.H.Beck, Warszawa 2025, s. 1085–1139.
- Tkaczyk-Rymanowska K.: *Problem tzw. dopalaczy i nowych narkotyków w świetle zmian normatywnych do ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii*. „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 9, s. 131–145.
- Wolska A., Bagiński Ł.: *Problematyka prawna obrotu tzw. dopalaczami*. „Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury” 2016, nr 2, s. 14–25.
- Zajac D.: *Karalność obrotu dopalaczami w świetle art. 165 k.k. (analiza dogmatyczna)*. „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2017, nr 4, s. 51–105.
- Zawilska J.B.: *“Legal Highs” – an emerging epidemic of novel psychoactive substances*. “International Review of Neurobiology” 2015, vol. 120, s. 273–300.
- Żukiewicz-Sobczak W. i in.: *„Dopalacze” – eksperyment wysokiego ryzyka, w ujęciu przepisów nowej ustawy*. „Medycyna Ogólna i Nauki o Zdrowiu” 2012, T. 18, nr 2, s. 137–140.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. Dz.U. 2024, poz. 17 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Dz.U. 2005, nr 179, poz. 1485.

Ustawa z dnia 25 sierpnia 2006 r. o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Dz. Urz. WE L 31 z 01.02.2002.

Ustawa z dnia 8 października 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Dz.U. 2010, nr 213, poz. 1396.

Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o substancjach chemicznych i ich mieszaninach. Dz.U. 2022, poz. 1816.

Ustawa z dnia 24 kwietnia 2015 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2015, poz. 875.

Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej. Dz.U. 2018, poz. 1490.

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 25 maja 2023 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o bezpieczeństwie żywności i żywienia. Dz.U. 2023, poz. 1448.

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 17 sierpnia 2023 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii. Dz.U. 2023, poz. 1939 ze zm.

Obwieszczenie Marszałka Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 12 kwietnia 2024 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu ustawy – Prawo farmaceutyczne. Dz.U. 2024, poz. 686 ze zm.

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz niektórych innych ustaw. Druk sejmowy nr 3107. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/druk.xsp?nr=3107> [dostęp: 08.01.2025].

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 5 października 2010 r. Druk sejmowy nr 3442. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3442> [dostęp: 03.03.2025].

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii oraz ustawy o Państwowej Inspekcji Sanitarnej z 16 lipca 2018 r. Druk sejmowy nr 2746. <https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/druk.xsp?nr=2746> [dostęp: 09.01.2025].

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 27 listopada 2015 r. w sprawie wykazu nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2015, poz. 2017.

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 24 sierpnia 2016 r. w sprawie wykazu nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2016, poz. 1393.

Rozporządzenie Ministra Zdrowia z dnia 7 sierpnia 2017 r. w sprawie wykazu nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2017, poz. 1582.

Obwieszczenie Ministra Zdrowia z dnia 17 czerwca 2024 r. w sprawie ogłoszenia jednolitego tekstu rozporządzenia Ministra Zdrowia w sprawie wykazu substancji psychotropowych, środków odurzających oraz nowych substancji psychoaktywnych. Dz.U. 2024, poz. 1139.

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 30 maja 1977 r. IV KR 84/77. OSNPG 1977, nr 11, poz. 104.

- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 lipca 2008 r. III KK 36/08. LEX nr 448971.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2018 r. V KS 21/18. LEX nr 2583824.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 sierpnia 2020 r. V KK 478/19. LEX nr 3180918.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 grudnia 2020 r. V KK 374/19. LEX nr 3270722.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 kwietnia 2022 r. II KK 216/21. OSNK 2022, nr 9, poz. 33.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 listopada 2015 r. V KK 341/15. LEX nr 1923856.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 31 maja 2017 r. I KZP 5/17. OSNKW 2017, nr 7, poz. 40.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 16 lipca 2019 r. III KK 190/18. LEX nr 3363791.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 19 lutego 2020 r. II KK 302/19. LEX nr 3221541.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 2022 r. V KK 441/21. LEX nr 3405196.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 2 czerwca 2015 r. II OSK 2684/13. LEX nr 178053.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 24 listopada 2015 r. II OSK 703/14. LEX nr 2002227.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 26 stycznia 2017 r. II OSK 996/15. LEX nr 2288767.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 4 października 2017 r. II OSK 194/16. LEX nr 2408856.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 14 marca 2018 r. II OSK 1287/16. LEX nr 2495512.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 15 lutego 2019 r. II OSK 768/17. LEX nr 2629569.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 czerwca 2019 r. II OSK 2080/17. LEX nr 2728276.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 grudnia 2019 r. II OSK 3232/18. LEX nr 2782216.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 stycznia 2020 r. II OSK 3606/18. LEX nr 3041109.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 kwietnia 2020 r. II OSK 1123/19. LEX nr 3009454.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 29 kwietnia 2020 r. II OSK 2307/19. LEX nr 3020279.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 maja 2020 r. II OSK 2566/19. LEX nr 3040897.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 23 czerwca 2020 r. II OSK 3492/19. LEX nr 3045700.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 7 października 2020 r. II OSK 2099/18. LEX nr 3280513.

- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 21 kwietnia 2021 r. II OSK 2112/18. LEX nr 3190436.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 31 października 2006 r. II AKa 177/06. KZS 2006, nr 12, poz. 31.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 21 lipca 2009 r. II AKa 123/09. KZS 2011, nr 3, poz. 67.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 17 października 2013 r. II AKa 138/13. LEX nr 1396859.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 14 maja 2015 r. II AKa 61/15. LEX nr 1771062.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 15 kwietnia 2016 r. II AKa 58/16. KZS 2016, nr 9, poz. 96.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 24 maja 2016 r. II AKa 72/16. LEX nr 2067981.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 22 listopada 2017 r. II AKa 170/17. LEX nr 2461389.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 11 stycznia 2018 r. II AKa 266/17. LEX nr 2455116.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z dnia 10 lipca 2018 r. II AKa 143/18. LEX nr 2601867.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 listopada 2018 r. II AKa 395/18. LEX nr 2625091.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 stycznia 2019 r. II AKa 573/18. LEX nr 2753232.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 18 kwietnia 2019 r. II AKa 19/19. LEX nr 2775721.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 23 maja 2019 r. II AKa 54/19. LEX nr 2758424.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2019 r. II AKa 273/19. LEX nr 2977366.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 27 listopada 2019 r. II AKa 97/19. LEX nr 2758148.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 11 grudnia 2019 r. II AKa 375/19. LEX nr 3066114.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2020 r. II AKa 273/19. „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 10, poz. 38 (wkładka).
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 29 października 2020 r. II AKa 303/20. LEX nr 3123485.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 grudnia 2020 r. II AKa 348/20. LEX nr 3358986.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 27 stycznia 2022 r. II AKa 12/21. LEX nr 3391956.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 6 grudnia 2022 r. II AKa 406/22. LEX nr 3616899.

- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 11 grudnia 2013 r. II AKz 483/13. LEX nr 1402863.
- Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 10 października 2018 r. II AKz 474/18. „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 5, poz. 34 (wkładka).
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 28 czerwca 2016 r. II SA/Lu 276/16. „Zeszyty Naukowe Sądownictwa Administracyjnego” 2017, nr 6, s. 93–96.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Szczecinie z dnia 26 października 2016 r. II SA/Sz 821/16. LEX nr 2165572.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu z dnia 6 kwietnia 2017 r. IV SA/Wr 526/16. LEX nr 2275904.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Poznaniu z dnia 17 stycznia 2018 r. II SA/Po 740/17. LEX nr 2445866.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 marca 2018 r. III SA/Kr 1336/17. LEX nr 2495307.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2018 r. III SA/Kr 1463/17. LEX nr 2486979.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 26 czerwca 2018 r. III SA/Kr 80/18. LEX nr 2523732.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 21 marca 2019 r. III SA/Kr 988/18. LEX nr 2644165.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 26 marca 2019 r. III SA/Kr 990/18. LEX nr 2647363.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 12 kwietnia 2019 r. III SA/Kr 1161/18. LEX nr 2657378.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Krakowie z dnia 1 sierpnia 2019 r. III SA/Kr 236/19. LEX nr 2716152.

Źródła internetowe

- European Drug Report 2024: Trends and Developments*. https://www.euda.europa.eu/publications/european-drug-report/2024_en [dostęp: 09.01.2025].
- The European Monitoring Centre for Drugs and Drug Addiction (EMCDDA): *Annual report 2011: the state of the drugs problem in Europe*. Publications Office of the European Union, Luxembourg 2011. https://www.drugsandalcohol.ie/16288/1/EMCDDA_AR2011_EN.pdf [dostęp: 09.01.2025].

Redakcja
AGNIESZKA PLUTECKA (teksty polskie)
MARZENA WYSOCKA-NAREWSKA (teksty angielskie)

Przygotowanie okładki do druku
MAGDALENA PACHE

Korekta
MARZENA MARCZYK

Skład i łamanie
MAREK ZAGNIŃSKI

ISSN 2353-9712

Uznanie Autorstwa-Na tych samych warunkach 4.0
Międzynarodowe (CC BY-SA.4.0)



Czasopismo elektroniczne, dystrybuowane bezpłatnie
Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej,
z identyfikatorem ISSN 0208-5577

Wydawca
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice
<https://wydawnictwo.us.edu.pl>
e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Ark. druk. 11,25. Ark. wyd. 12,5.

Egzemplarz bezpłatny

ISSN 2353-9712



Więcej o książce

