

Agnieszka Kilińska-Pękacz

Karnoprawna ochrona dziecka przed rozpowszechnianiem jego nagiego wizerunku lub wizerunku podczas czynności seksualnych na podstawie art. 191a kk

Dziecko Krzywdzone : teoria, badania, praktyka 13/2, 40-54

2014

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

Karnoprawna ochrona dziecka przed rozpowszechnianiem jego nagiego wizerunku lub wizerunku podczas czynności seksualnych na podstawie art. 191a kk

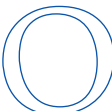
AGNIESZKA KILIŃSKA-PĘKACZ

*Institut Prawa, Administracji i Zarządzania
Uniwersytetu Kazimierza Wielkiego w Bydgoszczy*

Artykuł dotyczy analizy prawnej art. 191a kk wprowadzonego ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw. Ten przepis dotyczy utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, przy użyciu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu, albo rozpowszechnia bez jej zgody wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. Zachowania takie mają miejsce także wobec małoletnich, a ich sprawcami bywają rówieśnicy pokrzywdzonych.

SŁOWA KLUCZOWE:

OCHRONA DZIECI, NAGOŚĆ, WIZERUNEK, CZYNNOŚCI SEKSUALNE

 ochrona dzieci na gruncie prawa karnego jest niezwykle istotna, zwłaszcza w tych przypadkach, gdy inne przewidziane prawem środki są niewystarczające do zapewnienia małoletnim szeroko pojętego bezpieczeństwa i ochrony przed nadużyciami i ich – niekiedy bardzo poważnymi – konsekwencjami. Do kodeksu karnego z dnia 6 czerwca 1997 r. (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.) ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy,

ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2009 r. Nr 206 poz. 1589.) wprowadzono art. 191a. Ten przepis penalizuje utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, gdy sprawca używa w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu, jak też rozpowszechnianie bez jej zgody jej nagiego wizerunku lub wizerunku w trakcie czynności seksualnej.

Tylko *prima facie* mogłoby się wydawać, że ofiarami tego przestępstwa są tylko lub przede wszystkim dorośli. Założenie takie byłoby jednak błędne, bowiem ofiarami zachowań objętych przedmiotową kryminalizacją mogą być także dzieci i to zarówno w wyniku nadużyć ze strony dorosłych, jak i na skutek zachowań rówieśniczych. Zdarza się bowiem, że wśród młodzieży dochodzi do rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby – zarówno w internecie, jak i przy wykorzystaniu sieci komórkowych, gdy coraz nowocześniejsze telefony, tablety i inne urządzenia stają się przedmiotami służącymi nie tylko do komunikacji i szukania informacji, ale także do różnych nadużyć, w tym dotyczących wizerunku człowieka i jego sfery seksualnej.

Ochronę wizerunku osoby zapewniają w pierwszej kolejności przepisy prawa cywilnego. Zgodnie z art. 23 kodeksu cywilnego z dnia 23 kwietnia 1964 r. (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.) wizerunek zaliczany jest do dóbr osobistych, obok takich dóbr, jak zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania i twórczości. Zdaniem Księżaka wizerunek to dostrzegalne fizycznie cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród innych ludzi. Elementem obligatoryjnym wizerunku jest to, aby zawsze było możliwe rozpoznanie osoby (Pyziak-Szafnicka, 2009). W takim właśnie rozumieniu wizerunek i jego rozpowszechnianie musi być interpretowane także w prawie karnym.

Odpowiedzialność na gruncie kodeksu karnego na podstawie art. 191a kk zostanie poniesiona, jeżeli sprawca utrwała wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu, albo wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody rozpowszechnia. Ten artykuł znajduje się w rozdziale XXIII *Przestępstwa przeciwko wolności*.

Wprowadzenie tego artykułu jest różnie oceniane przez przedstawicieli nauki prawa karnego. Zdaniem Filara (2012) jego wprowadzenie narusza zasadę minimalizmu prawnokarnego, bowiem zachowania przypisane art. 191a kk można zakwalifikować jako czyn m.in. z art. 191 kk dotyczący przestępstwa zmuszania oraz ochrony dóbr na gruncie kodeksu cywilnego. Podobnie uważa Zoll (2013),

którego zdaniem zachowania wskazane w art. 191a kk wcześniej można było zakwalifikować jako jeden z typów art. 202 kk. Sceptycznie do brzmienia tego artykułu podchodzi także Marek (2010), twierdząc, że jest on źle sformułowany, zbyt ogólnikowy i przysporzy problemów praktyce wymiaru sprawiedliwości, co uzasadnia brakiem jasnego sformułowania o utrwalaniu wizerunku nagiej osoby przy użyciu przemocy lub groźby bezprawnej, a tym bardziej o utrwalaniu czynności seksualnej wykonywanej przez tę osobę.

Natomiast zdaniem T. Bojarskiego (2012) powstanie treści tej normy prawnej wynika z rozpowszechniających się zjawisk patologicznych, spowodowanych osłabieniem reguł przyzwoitości w stosunkach międzyludzkich i zasad poszanowania istoty człowieczeństwa. Pozytywny aspekt bytu art. 191a kk opisuje Krajewski (2012), według którego powstanie takiej normy prawnej umożliwia osobom, których nagi wizerunek został nadużyty wybór drogi dochodzenia swoich roszczeń, czy to na podstawie przepisów prawa cywilnego, czy w procesie karnym. I chociaż dostrzega możliwość licznych nadużyć dotyczących bezpodstawnego oskarżenia, to jednak podkreśla pozytywny charakter wprowadzonego artykułu. Również Mozgawa (2012a) aprobuje byt art. 191a kk i przekonuje, że daje on możliwość skorzystania ze środków karnych za popełnienie takiego czynu, choć również dostrzega jednocześnie trudności interpretacyjne, które może powodować ten przepis. Także Joachimowicz (2012) zaznacza pozytywny wymiar wprowadzonej regulacji. Jego zdaniem wcześniej kodeks karny nie chronił dostatecznie partnerów seksualnych przed nadużyciem ich zaufania przez drugiego uczestnika tych kontaktów, a polegającym na potajemnym utrwaleniu przebiegu kontaktu lub obrazu nagiego ciała partnera.

Wprowadzenie tego artykułu jest istotne, ponieważ dzięki temu została zwiększona ochrona wynikająca z naruszenia wolności – zwłaszcza związanej z intymnością człowieka, a w szczególności dziecka. Wydaje się, że wypełnia on pewną lukę między odpowiedzialnością z art. 191 kk dotyczącą stosowania przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia a z art. 202 kk dotyczącą chociażby utrwalania lub rozpowszechniania treści pornograficznych. Art. 191a kk jest o tyle cenny, że kryminalizuje czyny, które naruszają wolność do decydowania o utrwalaniu lub rozpowszechnianiu wizerunku nagiej osoby lub wizerunku w trakcie czynności seksualnych dziecka, które nie mają charakteru treści pornograficznej. Zdaniem Filara (1997) na treści pornograficzne składają się następujące cechy: a) przedstawienie przejawów płciowości i życia seksualnego człowieka koncentrujące się wyłącznie na prezentowaniu jego techniczno-biologicznych aspektów

z pominięciem wszelkiej warstwy intelektualno-personalistycznej; b) przedstawienie to zawiera ukazanie narządów płciowych w ich seksualnych funkcjach, w szczególności w ich bezpośrednim zetknięciu się podczas stosunków seksualnych, przez co zyskuje ono postać całkowicie zdepersonalizowanej i zdehumanizowanej rejestracji „technologii seksu”; c) przedmiotowe aspekty prezentacji wykazują jednocześnie, że jedyną lub główną intencją jej twórcy było wywołanie u odbiorcy podniecenia seksualnego, a kryterium pomocniczym może być tu walor estetyczny danej prezentacji, im niższy, tym bardziej sugerujący jej ocenę jako pornograficznej. W rezultacie byt art. 191a w kodeksie karnym ma znaczenie w ochronie małoletnich przed nadużyciami w tym obszarze, co jest istotne dla ich prawidłowego rozwoju.

Odnośnie przedmiotu ochrony, jaką zapewnia analizowany przepis to, jak słusznie wskazuje Filar, takim indywidualnym przedmiotem jest wolność decyzyjna człowieka związana ze sferą intymności, seksualności, która przede wszystkim może się przejawiać prawem do rezygnacji z tej intymności w związku z eksponowaniem utrwalonych jej przejawów na zewnątrz. Filar (2012) wyraźnie akcentuje, że art. 191a kk nie stanowi klasycznego przestępstwa seksualnego, jedynie przestępstwo podobne. Natomiast Michalska-Warias i T. Bojarski podkreślają, że w tym artykule chroniona jest szeroko rozumiana wolność jednostki w swobodzie zachowań i fizycznej prezentacji swojej osoby w wybranej formie i w określonych warunkach, zwłaszcza wolność w zakresie życia seksualnego (T. Bojarski, 2012). Tymczasem Krajewski (2012) zwraca uwagę, że celem omawianego przepisu jest ochrona przed nielegalnym wykorzystaniem wizerunku osoby, co ma szczególne znaczenie w odniesieniu do dzieci, bowiem nader często nie są one w stanie w pełni rozpoznać znaczenia takich ekspozycji i związanych z nimi niebezpieczeństw, jak też są w tym zakresie szczególnie narażone na nadużycia ze strony dorosłych.

Zoll i Królikowski zauważają brak jednolitości co do indywidualnego dobra chronionego. Ich zdaniem, w przypadku utrwalenia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, z użyciem w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, przedmiotem ochrony jest emanacja wolności osobistej rozumianej jako pozostawanie w stanie wolnym od gróźb, przymusu czy podstępny w przypadku uzyskania obrazu intymnego wbrew jego zgodzie. Natomiast w drugiej części art. 191a kk, dotyczącej rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody, dobrem chronionym jest wolność jako prawo dysponowania swoim intymnym obrazem i prawo do wyrażenia zgody na jego rozpowszechnianie (Wąsek, Zawłocki, 2010).

W tym kontekście należy zauważyć, że dziecko nie może wyrazić ważnej zgody na takie utrwalenie lub rozpowszechnianie, albo przynajmniej mogą zachodzić co do tego poważne wątpliwości. Może to być szczególnie kłopotliwe w przypadkach, gdy do wyczerpania znamion przestępstwa doszło w relacjach między małoletnimi, z których domniemany sprawca powoływałby się na zgodę domniemanego pokrzywdzonego, której nie można by opierać na kontratypie zgody dysponenta dobrem.

W art. 191a kk można wyróżnić dwa typy przestępstwa: przestępstwo umyślnego utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, dokonane z użyciem w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny oraz przestępstwo umyślnego rozpowszechnienia wizerunku o powyższych właściwościach bez zgody przedstawionej osoby. Oznacza to, że przepis reguluje zamknięty katalog zachowań sprawcy polegających na utrwaleniu wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnych. W rezultacie, gdy cel ten zostanie zrealizowany np. przez nadużycie stosunku zależności, nie będą one zakwalifikowane jako czyn z art. 191a kk (Joachimowicz, 2012). Niemniej należy zwrócić uwagę, że może dojść do utrwaleniu wizerunku nagiego dziecka lub dziecka w trakcie czynności seksualnych przez wykorzystanie seksualne czy gwałt. W takim przypadku czyn sprawcy powinien być zakwalifikowany jako zbieg kumulatywny np. art. 197 § 3 pkt. 2 w zw. z art. 191a kk w zw. z art. 11 § 2 kk (Joachimowicz, 2012). W praktyce mogą zdarzyć się sprawy, gdy dojdzie do gwałtu na osobie małoletniej poniżej 15 lat, w których sprawca jednocześnie nagrywał film lub robił zdjęcia z wykonywania czynności seksualnych ofiary.

Interpretując pojęcie „wizerunek nagiej osoby”, Mozgawa wyróżnił nagość całkowitą (mamy z nią do czynienia wówczas, gdy osoba jest pozbawiona wszelkiej odzieży) i częściową (gdy osoba ma na sobie ubranie, ale widoczne są narządy płciowe czy pośladki lub piersi u kobiety). Wyeksponował on również podział na nagość naturalną (np. w czasie zmiany ubrania czy w czasie porodu), dobrowolną (np. podczas kąpieli lub w czasie dobrowolnego pobytu na plaży naturystycznej) oraz przymusową, czyli wynikającą z działań bezprawnych. Mozgawa uważa, że każdy z tych rodzajów nagości wypełnia znamiona nagiego wizerunku z art. 191a kk (Warylewski, 2012). Królikowski i Sakowicz również zwracają uwagę, że nagość nie oznacza tylko i wyłącznie braku jakiegokolwiek ubrania, ale także uwidocznienie części nagiego ciała u osoby ubranej (Królikowski, Zawłocki, 2013). Zdecydowanym przeciwnikiem tak szerokiej interpretacji nagiego wizerunku jest Filek (2012), którego zdaniem częściowa nagość nie wypełnia znamion omawianego czynu zabronionego. Filar (2012) wyjaśnia zaś, że wizerunek nagiej

osoby pozwala na wyróżnienie części płciowych, nawet, gdyby nie były one zbyt eksponowane. Dla klasyfikacji takiego wizerunku ma znaczenie „topografia” i jej kontekst. Krajewski (2012) uważa natomiast, że utrwalenie wizerunku nagiej osoby może polegać zarówno na uwidocznieniu twarzy tej osoby i jej nagiego ciała, jak i zamazanej twarzy, ale z widocznymi pewnymi charakterystycznymi znakami na ciele, które umożliwiają jej identyfikację. Wydaje się, że zdecydowanie krzywdzące byłoby wyłączenie spod kryminalizacji czynu polegającego na częściowym przedstawieniu wizerunku nagiego dziecka, na którym widocznie byłyby intymne części ciała. Jakakolwiek prezentacja nagich okolic narządów płciowych powinna podlegać sankcji, z uwagi na to, że narusza jedną z najbardziej wstydlivych sfer życia człowieka, co w odniesieniu do małoletnich ma znaczenie szczególne.

Tymczasem do czynności seksualnej można zaliczyć zarówno obcowanie płciowe, jak i inną czynność seksualną (Warylewski, 2012). Obcowanie płciowe interpretowane jest głównie jako stosunek płciowy, który przede wszystkim polega na wprowadzeniu członka do pochwy oraz innych odpowiednikach klasycznych stosunków płciowych (Zoll, 2008), a więc stosunkach analnych lub oralnych (Warylewski, 2012). Zdaniem Koziulewicza (2012) obcowanie płciowe jest pojęciem szerszym niż spółkowanie z uwagi na zaliczenie do niego również kontaktów bardzo zbliżonych do spółkowania. Z kolei do znamion „innej czynności seksualnej” można chociażby zaliczyć wprowadzenie palca do pochwy (Stefański, 2004), dotykane narządów płciowych przez bieliznę lub odzież, pocałunki, pieszczoty (Ostrowski, 2012) i dotykane piersi ofiary (Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2008 roku, sygn. VKK 139/08, LEX nr 435319). Utrwalenie czynności seksualnych na podstawie art. 191a kk będzie podlegało sankcji, gdy sprawca dokona takich czynów stosując przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, jak również karalne jest rozpowszechnianie utrwalenia tych czynności. Przestępstwo to zostanie popełnione również, gdy osoba w trakcie czynności seksualnych nie jest naga (Mozgawa, 2012a). W rezultacie, przykładowo, utrwalenie przez kolegów z klasy w podstępny sposób innych czynności seksualnych, polegających na dotykaniu piersi koleżanki, będzie wyczerpywało znamiona tego przestępstwa.

Zasadnie wskazuje Filar (2012), że utrwalenie może nastąpić za pomocą dowolnej techniki pozwalającej na konfrontację z tym wizerunkiem w przyszłości, także wtedy, gdy do takiej konfrontacji będzie potrzebny określony sprzęt. Zalicza on do sposobów utrwalenia fotografie, ryciny, obraz, nagranie na taśmie filmowej czy zapis na nośniku cyfrowym. Zastrzega również, że utrwalenie musi

dotyczyć osoby występującej realnie, którą można zidentyfikować. Natomiast Mozgawa (2012b) interpretuje pojęcie „utrwalenie wizerunku” wąsko. Jego zdaniem celem owego utrwalenia jest możliwość odtworzenia tego, co zostało zarejestrowane, czyli np. obrazu czy dźwięku. W konsekwencji uważa, że utrwalenie nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej za pomocą pędzla czy ołówka zdecydowanie nie wypełnia przestępstwa uregulowanego w art. 191a kk. Przeciwnego zdania jest Krajewski (2012), który twierdzi, że chociaż w rzeczywistości może dochodzić głównie do nagrań na nośnikach, to nie można wykluczać karalności sprawcy, który namalował nagi wizerunek kobiety, bezspornie umożliwiając zidentyfikowanie osoby namalowanej. Królikowski natomiast zalicza do pojęcia „utrwalanie” nawet usługi streamingowe, które polegają na zapewnieniu użytkownikom sieci możliwości odbioru obrazu i dźwięku i w których następuje czasowe zachowanie kopii w celu umożliwienia odbioru z pewnym przesunięciem czasowym (Królikowski, Zawłocki, 2013). Wydaje się, że wąskie traktowanie na podstawie art. 191a kk wykładni pojęcia „utrwalania wizerunku” nie jest zasadne z uwagi na różnorodne możliwości stworzenia nagiego wizerunku osoby, zwłaszcza gdy bezsporne jest zidentyfikowanie osoby widniejącej na tym wizerunku w trakcie czynności seksualnej czy będącej nago. Ograniczenie formy zapisu jedynie do nośników, z których można później odtworzyć ten wizerunek byłoby sprzeczne z celem ochrony prawa do wolności w zakresie rozpowszechniania lub utrwalania swojego nagiego wizerunku oraz przeżyć związanych z udziałem w różnych czynnościach seksualnych, co jest również istotne w przypadku ochrony dzieci przed nadużyciami w tej sferze.

Jeśli zaś chodzi o pojęcia „przemocy”, „groźby bezprawnej” oraz „podstępu”, to na gruncie art. 191a kk przemocą będzie użycie siły, aby w szczególności zmusić drugą osobę do rozebrania się, zdjęcie siłą ubrania czy zabranie ubrania np. osobie kąpiącej się w jeziorze (Zoll, 2013). Mogą się zdarzać także sytuacje, gdy wobec dziecka będzie stosowana przemoc psychiczna lub fizyczna np. bicie czy poniżanie w celu zmuszenia do rozebrania się, gdzie sprawca następnie dokonuje utrwalenia oraz rozpowszechnienia nagiego wizerunku małoletniego. Z kolei groźbą bezprawną będzie zaś np. groźba spowodowania krzywdy czy poinformowania innej osoby o kwestiach, które mogłyby narazić ofiarę na odpowiedzialność. Natomiast podstęp w tym konkretnym przepisie interpretuje się jako uzyskanie wizerunku nagiej osoby bez jej zgody np. przez wprowadzenie jej w stan odurzenia czy pozorowanie czynności lekarskich lub artystycznych (Królikowski, Zawłocki, 2013). Przykładowo podczas zabawy urodzinowej nastolatki mogą wprowadzić w stan

odurzenia kolegę lub koleżankę, a następnie taką nieświadomą swojego zachowania osobę zmusić do wykonywania różnych czynności seksualnych lub rozebrać ją i utrwalić jej nagi wizerunek.

Analiza utrwalenia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej z użyciem w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem w myśl art. 191a kk wymaga podkreślenia, że wszelkie zachowania małoletnich, które naruszają prawo do ochrony wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej wypełniają definicję przemocy rówieśniczej. W kontekście analizowanego artykułu wydaje się, że najgroźniejszym przejawem przemocy rówieśniczej jest cyberprzemoc, która oznacza przemoc z użyciem technologii informacyjnych i komunikacyjnych, czyli SMS-ów, MMS-ów, komunikatorów, stron WWW czy forów internetowych (Wojtasik, 2009). Do takiej formy przemocy rówieśniczej zdecydowanie będzie zaliczane utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, z użyciem w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem, albo rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody, bowiem utrwalenie bądź rozpowszechnienie takiego wizerunku lub czynności seksualnych będzie następowało za pomocą wskazanych wyżej środków, czyli np. MMS-a, wiadomości tekstowej wysłanej do wielu osób lub wpisu na portalu społecznościowym.

Odnosząc się do formy zgody na rozpowszechnienie nagiego wizerunku osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej należy wskazać, że przedstawiciele nauki prawa karnego analizując znamię rozpowszechniania, głównie odnoszą się do zgromadzonego dorobku doktryny na podstawie art. 202 kk, tj. dotyczącego rozpowszechniania treści pornograficznych – chociaż Krajewski uważa, że nie można utożsamiać znaczenia pojęcia rozpowszechniania z art. 191a kk oraz z art. 202 kk. Według niego przesłanki przestępstwa zostaną spełnione, gdy ten wizerunek zostanie udostępniony tylko jednej osobie lub nielicznej grupie osób. Królikowski i Sakowicz interpretują zaś rozpowszechnianie jako czynienie danego wizerunku powszechnie dostępnym lub stworzenie możliwości publicznego dostępu (np. strona internetowa, sieć komputerowa). Znamię rozpowszechniania publicznego nie musi oznaczać publicznej prezentacji owych treści (Królikowski, Zawłocki, 2013). Z kolei zdaniem Krajewskiego (2012) wąska wykładnia omawianego pojęcia jest zdecydowanie sprzeczna z *ratio legis* wprowadzonego przepisu, gdyż celem ustawodawcy jest ochrona jak najszerszego grona osób. Wydaje się, że nie można zbyt wąsko interpretować pojęcia rozpowszechniania, czego przykładem może być bowiem ukazanie zdjęcia z nagim wizerunkiem ucznia kolegom

z jego 15-osobowej klasy. Takie grono osób można zdecydowanie zaliczyć do niewielkiego, co oznaczałoby zdaniem niektórych reprezentantów doktryny prawa karnego, że czyn ten nie stanowiłby przestępstwa, co nie byłoby zasadne. Szkodliwość społeczna takiego zachowania wśród grona najbliższych osób jest bowiem wysoka i wcale nie mniejsza niż umieszczenie takiej treści na ogólnodostępnym portalu internetowym, do którego mają dostęp przypadkowe osoby, co wiąże się z większą anonimowością. W rezultacie nie powinno się zawęzać grona osób objętych rozpowszechnianiem nagiego wizerunku lub czynności seksualnej osoby, zwłaszcza w stosunku do małoletnich, którzy są szczególnie wrażliwi na takie zachowania i w przypadku których nawet rozpowszechnienie wśród stosunkowo wąskiego kręgu osób, np. znajomych, uczniów z klasy lub szkoły, z reguły będzie bardzo dotkliwie.

Zgoda na udostępnienie nagiego wizerunku musi oznaczać wiedzę, co do zakresu i formy owego udostępnienia, co wiąże się z tym, że zgoda ogólna pokrzywdzonego jest niewystarczająca (Królikowski, Zawłocki, 2013). W rezultacie brak owej zgody może stanowić działanie, które zostało podjęte wbrew sprzeciwu ofiary oraz gdy jest brak wyraźnej zgody na takie rozpowszechnianie (Filar, 2012), co odnośnie do małoletnich jest kwestią szczególnie istotną, bowiem ich ewentualna zgoda na przedmiotowe utrwalenie lub rozpowszechnienie może nie wynikać, a wręcz z reguły nie wynika, z odpowiedniej oceny następstw takich działań.

Koniecznym warunkiem przypisania sprawcy winy jest wykazanie umyślności jego działania. Przyjmuje się, że czyn dotyczący samego utrwalenia będzie musiał być dokonany z zamiarem bezpośrednim (T. Bojarski, 2012), natomiast, gdy zachowanie polega na rozpowszechnianiu, karalne jest działanie zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym (Zoll, 2013).

Ważną kwestię związaną z analizowanym zagadnieniem podejmuje T. Bojarski (2012), a mianowicie od jakiego wieku można mówić, że człowiek w stanie nagości jest już przedmiotem czynu wskazanego w tym przepisie, co ma szczególne znaczenie w kontekście ochrony dzieci. Wskazuje on na dwa czynniki określenia takiego wieku, tj. obiektywny (czy ochrona dotyczy niemowlęcia, którego wizerunek udostępniono bez zgody przedstawiciela ustawowego) oraz subiektywny (należałoby wskazać wiek, kiedy młoda osoba jest w stanie podjąć decyzję co do zgody na utrwalenie jej nagiego wizerunku). Odpowiedzi w tym zakresie próbuje udzielić Filek (2012), twierdząc, że nie należy wprowadzać dodatkowego ograniczenia związanego z wiekiem osoby, której nagi wizerunek rozpowszechniono, ponieważ sam ustawodawca takiego określenia nie dokonał. Na brak ograniczeń ze względu na wiek wskazuje również Zoll (Filar, 2012).

Natomiast Mozgawa twierdzi, że w przypadku niemowlęcia żadna z tych sfer nie jest jeszcze wykształcona, co prowadzi do wniosku, że publikacja zdjęcia nagiego małego dziecka może jedynie naruszać prywatność rodziców. Ponadto, Mozgawa eksponuje granicę 15 lat jako moment, kiedy dziecko może wyrazić skuteczną zgodę na utrwalenie lub rozpowszechnienie swojego nagiego wizerunku. Uzasadnia to wskazaną w art. 202 § 4 kk granicą właśnie 15 lat, która zezwala na utrwalanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Mozgawa (2012a) porównał nagi wizerunek z treścią pornograficzną, ustalając tym samym granicę 15 lat jako moment, kiedy małoletni jest świadomy wydanej zgody na dysponowanie swoim nagim wizerunkiem. Wydaje się, że taka granica może być uznana za moment podejmowania przez małoletnich ważnych decyzji w przedmiotowym zakresie. Wymaga jednak podkreślenia, że ustawodawca niedawno dokonał nowelizacji kodeksu karnego ustawą z dnia 4 kwietnia 2014 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2014 poz. 538), zwiększając wskazaną powyżej granicę z 15 do 18 lat. Być może stanowi to pewną ingerencję w życie seksualne małoletnich, gdyż w rezultacie 17-latek nie miałby możliwości skutecznie zadecydować, czy można rozpowszechnić jego nagi wizerunek, co przy obecnym rozwoju emocjonalnym i seksualnym małoletnich wydaje się być pewnym ograniczeniem.

Krajewski (2012) zasadnie zastanawia się, czy rodzice w ramach atrybutów władzy rodzicielskiej są uprawnieni do rozpowszechniania takich zdjęć oraz czy mogą wyrazić zgodę osobie trzeciej na rozpowszechnianie takiego wizerunku. W rezultacie uznaje, że w obu przypadkach rodzice nie mają takich uprawnień, jednak należy ich zachowanie ocenić jako cechujące się niską społeczną szkodliwością i w rezultacie umorzyć postępowanie lub w ogóle go nie wszczynać. Jest to w pełni zasadne, gdyż przeciwna interpretacja musiałaby prowadzić do nieuzasadnionego wniosku, że należałoby karać rodziców choćby za to, że umieszczają takie zdjęcia na portalach społecznościowych, jak nk.pl lub Facebook.

Przestępstwo z art. 191a kk jest ścigane na wniosek pokrzywdzonego (M. Bojarski, 2012). Sankcja przewidziana za popełnienie tego czynu to kara pozbawienia wolności od trzech miesięcy do pięciu lat. W związku z tym, że to przestępstwo może popełnić również rówieśnik, należy wskazać, iż zgodnie z ustawą z dnia 26 października 1982 roku o postępowaniu w sprawach nieletnich sprawcy, który jest nieletnim sąd rodzinny może wymierzyć jeden ze środków przewidzianych przez tę ustawę. Wydaje się, że z bogatego katalogu takich środków sąd mógłby orzec zobowiązanie nieletniego do określonego zachowania, czyli np. usunięcia zdjęć czy filmu z nagim wizerunkiem z portalu internetowego, jak też może zobligować nieletniego do przeproszenia pokrzywdzonego.

Należy się także zastanowić nad oceną przypadku, gdyby kolega z klasy filmował przebierające się w szatni przed lekcją wychowania fizycznego dziewczyny ubrane w stringi i stanik. Mozgawa (2012a) twierdzi, że nie można mówić o nagoci, gdy ktoś zostanie przyłapany bez spodni, ale w bieliźnie. Podobnie sądzi Krajewski (2012), przy czym zwraca uwagę, że karalność powinna być również oceniana pod względem czynników dotyczących konkretnej osoby, w szczególności jej wieku oraz pozycji społecznej. Mimo naganności takiego zachowania należy przyjąć, że nie wyczerpuje ono znamion przestępstwa, ponieważ nie mamy do czynienia z nagim wizerunkiem, co jest konieczne do objęcia penalizacją owego zachowania. Ponieważ jednak nie powinno ono pozostać bezkarne, w tej konkretnej sytuacji należałoby zastosować interpretację w kierunku zachowania wyczerpującego znamiona czynu zabronionego.

Kolejny przypadek dotyczy sytuacji, gdyby para nastolatków zrobiła sobie erotyczną sesję zdjęciową, po której chłopak chcąc się pochwalić przyjacielowi wysłał mu MMS-em fotografie swojej nagiej dziewczyny, który następnie rozpowszechnił je publicznie na portalu społecznościowym. W związku z zaistniałą sytuacją powstaje wątpliwość, czy również chłopak tej dziewczyny może ponieść konsekwencje na gruncie prawa karnego, bowiem odpowiedzialność karna przyjaciela jest bezsporna. Wydaje się, że tak właśnie jest, o ile przyjąć, że takie przesłanie jest już rozpowszechnianiem.

W kontekście ochrony dzieci przed rozpowszechnianiem ich nagiego wizerunku należałoby rozważyć jeszcze dwie ważne sytuacje. Mianowicie, gdy podczas imprezy do drinków jest dodawana tzw. pigułka gwałtu lub afrodyzjak i w wyniku działania tych substancji pokrzywdzony wykonuje różne czynności seksualne, które zostają utrwalone. Mozgawa (2012a) różnicuje karalność za ten czyn w zależności od podanego środka. Jego zdaniem stosowanie afrodyzjaków nie wyłącza możliwości podjęcia decyzji woli co do zachowań w sferze intymnej, natomiast zastosowanie „randkowego narkotyku gwałtu” wyłącza świadomość, co stanowi podstęp w rozumieniu art. 191a kk. Interpretację tę należy uznać za zbyt zawężającą, a w konsekwencji przyjąć, że także podanie afrodyzjaków jest podstępem, którego użycie wyczerpuje znamiona analizowanego przestępstwa.

Należy zwrócić uwagę, że sporadycznie mogą mieć miejsce sytuacje, w których nastolatki dokonują samobójstwa lub co najmniej podejmują jego próbę w sytuacji, gdy rozpowszechniono ich nagi wizerunek, czy to za pomocą systemu informacyjnego, czy przez rozpowszechnienie takich zdjęć w inny sposób. Art. 191a kk penalizuje jedynie sam fakt rozpowszechnienia nagiego wizerunku, nie przewidując

kwalifikowanej postaci w związku z następstwem w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie.

Rozważać można, czy zachowanie takie nie rodzi odpowiedzialności z art. 51 kk penalizującego doprowadzenie do samobójstwa. Według Michalskiego doprowadzenie do samobójstwa stanowi każda czynność, która wywołuje w psychice innej osoby nieistniejącą wcześniej wolę zamachu na własne życie, ale też, już po wywołaniu u niej zamiaru popełnienia samobójstwa, utwierdzanie jej w tym zamiarze (Wąsek, Zawłocki, 2010). Gdyby tę interpretację odnieść do wskazanego przypadku, to wówczas analizowanie zachowanie nastolatka, który rozpowszechnia nagi wizerunek swojego rówieśnika należałoby zakwalifikować jako przestępstwo pomocy samobójstwa z art. 151 kk. Zgodnie jednak z przyjętym w doktrynie stanowiskiem, namowa do popełnienia samobójstwa może wystąpić tylko i wyłącznie z zamiarem bezpośrednim (T. Bojarski, 2012). Zawężenie odpowiedzialności sprawcy uzależnione od działania umyślnego w zamiarze bezpośrednim może się okazać niezwykle trudne, czy wręcz niemożliwe, do udowodnienia. W rezultacie nie jest możliwe zakwalifikowanie działania nastolatka, który rozpowszechnia nagi wizerunek swojego rówieśnika, co tego drugiego pchnęło do targnięcia się na własne życie, jako przestępstwa z art. 151 kk.

Istnieje zatem luka prawna, którą koniecznie należy wypełnić. Chodzi tu bowiem o życie konkretnego nastolatka, który został w swojej ocenie tak bardzo upokorzony, że targnął się na swoje życie. Konieczne jest zatem poparcie postulatu *de lege ferenda* Krajewskiego (2012), który zwraca uwagę na potrzebę wprowadzenia kwalifikowanej postaci art. 191a kk regulującego właśnie targnięcie się na własne życie pokrzywdzonego na skutek przestępstwa z art. 191a kk. Byłoby to rozwiązanie analogiczne do odpowiedzialności za doprowadzenie do targnięcia się na własne życie pokrzywdzonego przestępstwem stalkingu z art. 190a kk.

Podsumowując należy wyraźnie podkreślić słuszność wprowadzenia art. 191a kk. Nie został on jednak do końca prawidłowo sformułowany, a jego interpretacja przez przedstawicieli nauki prawa karnego jest niejednolita. Pomijając kwestie związane z umieszczeniem tego przepisu w rozdziale poświęconym przestępstwom przeciwko wolności czy z przedmiotem ochrony tego artykułu, ważne jest wskazanie wątpliwości, co do zasadniczego pojęcia jakim jest nagość. Krzywdzące jest traktowanie nagości tylko i wyłącznie jako nagości całkowitej, bowiem rozpowszechnianie wizerunku osoby częściowo ubranej, gdzie widać część narządów płciowych może zdecydowanie godzić w jej prawo do wolności oraz poczucia wstydu, co jest szczególnie ważne z perspektywy ochrony dzieci. Wątpliwości istnieją także co do pojęcia rozpowszechniania, które przez

część przedstawicieli nauki prawa karnego uzależnione jest od liczby adresatów, a co może być krzywdzące i sprawiać, że ochroną mogą nie być objęte wszystkie osoby, w tym małoletni, których wizerunek może być rozpowszechniany wśród stosunkowo wąskiego grona, a co i tak może łączyć się z ich pokrzywdzeniem. Konieczne jest wprowadzenie regulacji przewidującej odpowiedzialność za targnięcie się na własne życie pokrzywdzonego w związku z zachowaniem przewidzianym w art. 191a kk, co miałyby szczególne znaczenie wobec dzieci i młodzieży.

Bibliografia

- Bojarski, M. (red.). (2012). *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Bojarski, T. (red.). (2012). *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Filar, M. (1997). Przepisy seksualne w nowym kodeksie karnym. W: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 2 (str. 7–64). Warszawa.
- Filar, M. (red.). (2012). *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: LexisNexis Polska.
- Filek, B. (2012). Wizerunek nagiej osoby jako znamię przestępstwa z art. 191a kk. *Prokuratura i Prawo*, 7–8, 61–77.
- Grześkowiak, A. (red.). (2012). *Prawo karne*. Warszawa: C. H. Beck.
- Joachimowicz, M. (2012). Przepisy utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a kk). *Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Prokuratury*, 2012, 2(5), 19–40.
- Kozielewicz, W. (2012). Pojęcia „czyn nierządny”, „czyn lubieżny”, „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w orzecznictwie Sądu Najwyższego. W: M. Mozgawa (red.), *Przepisy zgwałcenia*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Krajewski, R. (2012). Przepisy utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej. *Prokuratura i Prawo*, 5, 20–40.
- Królikowski, M. (red.), Zawłocki, R. (red.). (2013). *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*. Warszawa: C. H. Beck.
- Marek, A. (2010). *Kodeks karny. Komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Mozgawa, M. (2012a). Kilka uwag na temat przestępstwa utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a kk). W: A. Adamski (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara. Tom I*. Toruń: Wydawnictwo Adam Marszałek.

- Mozgawa, M. (red.). (2012b). *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Ostrowski, M. (red.). (2012). *Prawo karne. Część szczególna. Orzecznictwo*. Warszawa: C. H. Beck.
- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 21 maja 2008 roku, sygn. VKK 139/08, LEX nr 435319.
- Pyziak-Szafnicka, M. (red.). (2009). *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Stefański, R. A. (2004). *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*. Toruń: TNOiK „Dom Organizatora”.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – kodeks cywilny (Dz. U. z 1964 r. Nr 16, poz. 93 z późn. zm.).
- Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2014 poz. 538).
- Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2009 r. Nr 206 poz. 1589).
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (Dz. U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.)
- Warylewski, J. (red.). (2012). *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*. Warszawa: C. H. Beck.
- Wąsek, A. (red.), Zawłocki, R. (red.) (2010). *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*. Warszawa: C. H. Beck.
- Wojtasik, L. (2009). Przemoc rówieśnicza z użyciem mediów. *Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka*, 8(1), 7–11.
- Zoll, A. (red.). (2008). *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–277 kk*. Warszawa: Wolters Kluwer.
- Zoll, A. (red.). (2013). *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363 kk*. Warszawa: Wolters Kluwer.

Criminal law protection of the child against the dissemination of his naked image, or the image during sexual activity pursuant to Art. 191a KK

This paper presents a legal analysis of Article 191a of the Penal Code, included in the Act of 5 Nov 2009 on amending the following acts: the Penal Code, the Code of Criminal Procedure, the Executive Penal Code, the Fiscal Penal Code, and several other laws. This regulation concerns recording images of a naked person or a person engaging in a sexual act, by use of violence, unlawful threat or deceit, or disseminating images of a naked person or a person engaging in a sexual act without his or her permission. Such behaviours affect minors, too, and some of the perpetrators are the victims' peers.

KEYWORDS:

PROTECTION OF CHILDREN, NUDITY, PICTURE, SEXUAL ACTIVITY

Cytowanie:

Kilińska-Pękacz, A. (2014). Karnoprawna ochrona dziecka przed rozpowszechniania jego nagiego wizerunku lub wizerunku podczas czynności seksualnych na podstawie art. 191a kk. *Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka*, 13(2).



Artykuł jest dostępny na licencji Creative Commons Uznanie autorstwa–Użycie niekomercyjne–Bez utworów zależnych 3.0 Polska.