

Marta Romańczuk-Grącka

Zakaz reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15 (art. 200 § 5 k.k.)

Studia Prawnoustrojowe nr 27, 215-225

2015

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.

Marta Romańczuk-Grącka

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

**Zakaz reklamy lub promocji działalności polegającej
na rozpowszechnianiu treści pornograficznych
w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi
małoletniemu poniżej lat 15
(art. 200 § 5 k.k.)**

Z dniem 26 maja 2014 r. rozszerzył się zakres penalizacji czynów w sferze obyczajności na szkodę małoletnich poniżej lat 15. Pośród znowelizowanych przepisów znalazł się czyn, który można określić jako zakaz reklamy lub promocji rozpowszechniania treści pornograficznych względem tej kategorii osób. Ustawodawca usytuował go w art. 200 § 5 k.k. w ramach większej nowelizacji Rozdziału XXV Kodeksu karnego, w wyniku której systematyka przestępstw w nim zawartych ma inny, nieco bardziej przejrzysty kształt. Warto podkreślić, że aby zapewnić tożsamość przedmiotu ich ochrony, część dotychczas obowiązujących przepisów zmieniła swoje usytuowanie, część zaś pojawiła się w polskim porządku prawnym po raz pierwszy i tak w art. 200 skreślono § 2, dodano natomiast § 3 stanowiący powtórzenie dotychczasowego brzmienia przepisu art. 202 § 2 k.k. przy jednoczesnym zastrzeżeniu sankcji do 3 lat pozbawienia wolności. W § 4 tej jednostki ustawodawca określił czyn polegający na prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby. W § 5 zaś wskazał znamiona czynu będącego przedmiotem niniejszego artykułu. Celem opracowania jest możliwie wnikliwa ich analiza oraz omówienie powodów uzasadniających kryminalizację tego czynu.

Nowelizacja Rozdziału XXV Kodeksu karnego stanowiła wyjęcie przed nawias z przewidywanej ogólnej reformy prawa karnego grupy przepisów przeciwko wolności seksualnej i obyczajności ze względu na upływający termin do wdrożenia Dyrektywy 2011/93/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady

2004/68/WSiSW¹ oraz podpisanej przez Polskę 25 października 2007 r. Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych (tzw. Konwencja z Lanzarote), jak również – w zakresie dotyczącym zwalczania przestępstw związanych z pornografią dziecięcą – podpisanej przez Polskę 23 listopada 2001 r. Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości².

Zakaz reklamy pornografii nie był jednak przedmiotem projektu przygotowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego ani pierwotnego projektu rządowego nowelizacji ustawy – Kodeks karny. Został zaproponowany przez stronę rządową dopiero na etapie pracy w podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2016) i uwzględniony w sprawozdaniu tejże (druk 2146). Po zaproponowaniu przez Senat zmiany redakcyjnej przedmiotowego przepisu (druk 2233) i przyjęciu jej przez Komisję Sprawiedliwości i Praw Człowieka (druk 2268) art. 200 § 5 k.k. zyskał brzmienie: „Karze określonej w § 3 podlega, kto prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15”.

Złożenie propozycji rozszerzenia zakresu kryminalizacji o art. 200 § 5 k.k. na tak zaawansowanym etapie procesu legislacyjnego spowodowało, iż brak jest dla niej oficjalnego uzasadnienia. Uzasadnienie do projektu ustawy wprowadzającej nie wskazuje motywów ustawodawcy, gdyż w czasie jego formułowania nie istniała jeszcze bliżej zarysowana koncepcja zakazu reklamy pornografii. Z innych źródeł wiadomo, że przepis ten został wprowadzony w wyniku kampanii społecznej zorganizowanej przez Stowarzyszenie „Twoja Sprawa”. Według informacji prasowych kilkanaście tysięcy konsumentów wysłało listy do Ministra Sprawiedliwości oraz do przewodniczącego parlamentarnej Komisji ds. Kodyfikacji. Ministerstwo Sprawiedliwości zdecydowało się zaproponować stosowne zmiany do kodeksu, które następnie zostały (niemal jednogłośnie) przyjęte przez Sejm i Senat jako część większej nowelizacji³.

Skuteczność akcji społecznej z pewnością wynika z faktu masowego rozprzestrzeniania pornografii. Zgodnie z badaniami firmy Megapanel PBI/Gemius, szacuje się, że tylko we wrześniu 2013 r. na jedną z reklamowanych stron pornograficznych weszło ponad 140 tys. dzieci w wieku od 7 do 14 lat. Natomiast liczba dzieci odwiedzających ogółem strony tego typu została w tym czasie oszacowana na ponad 720 tys.⁴

¹ Dz. Urz. UE L 335 z 17 grudnia 2011 r., s. 1; Dz. Urz. UE L 18 z 21 stycznia 2012 r., s. 7. Termin wdrożenia Dyrektywy miał upłynąć 18 grudnia 2013 r.

² Ustawa z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 538).

³ A. Łukaszewicz, *Za ukrytą reklamę pornografii do więzienia*, „Rzeczpospolita” 2014, [online] <<http://prawo.rp.pl/arttykul/1095908.html>> (dostęp: 7.07.2014).

⁴ Ibidem.

Przyczyną takiego stanu rzeczy jest brak właściwych zabezpieczeń uniemożliwiających wejście małoletniego na strony zawierające treści pornograficzne. Możliwości skorzystania z takiej oferty jest wiele. Małoletni może wpisać numer karty kredytowej rodziców, może również zapoznać się z taką treścią u pełnoletniego kolegi. Także w przypadku korzystania z telefonu nie zawsze uda się ustalić, że kod dostępu do strony próbuje wpisać osoba małoletnia⁵. Istnieją również strony, które w ogóle nie przewidują szczególnych zabezpieczeń i wystarcza kliknięcie na ikonkę mam „18 lat”. W wielu przypadkach usługodawcy umożliwiają ponadto nieodpłatne zaznajomienie się z dostępnymi ofertami. Przykładowo: odwiedzający (*visitor*) ma możliwość, często bez kontroli wieku, skorzystać z tzw. *visitingtour* lub też *Kostproben*, dających możliwość dostępu do części udostępnianych materiałów pornograficznych⁶.

Istotnym czynnikiem wpływającym na dużą liczbę małoletnich konsumentów pornografii ma reklama. Głośne były przede wszystkim działania serwisu z sekskamerkami ShowUp.tv, który reklamował się na billboardach w największych miastach. Niewinne wyglądające billboardy reklamujące linki z pornografią bardzo często usytuowane były w okolicy szkół. Na pierwszej reklamie widać dwie kobiety, z których jedną wystylizowano na anioła, a drugą na diabła, natomiast na drugiej widać kobietę-diablicę i mężczyznę w garniturze. Oba billboardy wieńczyło hasło: „Bo wszystkie diabllice są twoje po pracy”. Komisja Etyki Reklamy stwierdziła, że billboardy serwisu Showup.tv przekraczają granice obyczajowości i zawierają treści dyskryminujące kobiety. Ponadto reklama jest skrajnie niebezpieczna i szkodliwa dla dzieci, ponieważ znajduje się w przestrzeni publicznej, gdzie mogą ją one łatwo zauważyć⁷.

Wspomniany serwis stanowi tylko przykład tego typu działalności reklamowej. Zjawisko ma znacznie szerszy zakres. Obejmuje nie tylko serwisy internetowe, lecz również inne media, szczególnie kolorową prasę. Reklamy ostrej pornografii zamieszczane są w magazynach telewizyjnych, z którymi małoletni zazwyczaj styka się we własnym domu. W ten sposób każde dziecko, które ma komórkę, może bez jakiegokolwiek kontroli kupić i ściągnąć na telefon treści pornograficzne za drobną kwotę, np. 1 zł + VAT lub za niewiele więcej. Rodzice zaś nie są w stanie takiego zakupu nawet wychwycić. Na tych samych stronach gazet, gdzie widnieją reklamy filmów porno, znajdują się także reklamy produktów dla dzieci. Mimo że reklamy te są częściowo zasłonięte, każdy jest w stanie zidentyfikować reklamowaną treść. Wprawdzie zwykle zawierają ostrzeżenie, że ich treści są przeznaczone tylko dla dorosłych, jednak nie ma realnej weryfikacji wieku kupującego. Po ściągnięciu filmu zaczynają przychodzić wulgarne i obsceniczne sms-y zachęcające do dalszych

⁵ T. Pudo, *Pornografia w Internecie – aspekty prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 2, s. 112.

⁶ M. Siwicki, *Nielegalna i szkodliwa treść w Internecie. Aspekty prawnokarne*, Lex 2011.

⁷ Zob. [online] <www.wirtualnemedi.pl/artukul/ker-krytykuje-billboardy-showup-tv-nieobyczajne-i-dyskryminuja-kobiety> (dostęp: 7.07.2014).

zakupów. Każde dziecko, które kupiło tego typu film, staje się przedmiotem działań marketingowych branży pornograficznej⁸.

Nie budzi wątpliwości, że należało podjąć kroki przeciwdziałania temu zjawisku. Wszak negatywne konsekwencje pornografii dotyczą tak sfery społecznej, psychologicznej, moralnej, jak i zdrowotnej, co szczególnie dotyka młodych ludzi w okresie pokwitania⁹. Inicjatywa ustawodawcza korespondowała jednocześnie z art. 21 Dyrektywy zatytułowanym „Środki zapobiegające reklamowaniu okazji do niegodziwego traktowania oraz turystyki seksualnej”. Zgodnie z nim państwa członkowskie zobowiązane są m.in. do podjęcia odpowiednich środków w celu zapobiegania lub zakazania rozpowszechniania materiałów reklamujących możliwość popełnienia jakiegokolwiek przestępstwa, o którym mowa w art. 3–6 Dyrektywy, czyli przestępstw związanych z niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, z wykorzystywaniem seksualnym oraz związanych z pornografią dziecięcą¹⁰.

Zasadność wprowadzenia przepisu nie wyłącza jego nieuchronnej wady, jaką jest nieostrość wynikająca z nagromadzenia zwrotów trudnych do jednoznacznego zdefiniowania. Aby je wskazać, należy poddać analizie poszczególne znamiona ustawowe art. 200 § 5 k.k.

Podmiotem przestępstwa jest każda osoba zdolna do odpowiedzialności karnej, bowiem do prowadzenia reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych nie są wymagane żadne kwalifikacje, stanowisko czy jakiegokolwiek szczególne cechy osoby. Nie budzi zatem wątpliwości, że podmiot przestępstwa ma charakter powszechny.

Należy się zastanowić nad tym, komu najczęściej mogą być stawiane zarzuty popełnienia tego przestępstwa, czy nie dotyczy to w szczególności dostawców dostępu do Internetu oraz innych operatorów usług internetowych odpowiedzialnych za przesyłanie lub rozpowszechnianie informacji zakazanych przez prawo. Ze względu na specyfikę podmiotów prowadzących działalność gospodarczą na rynku internetowym należałoby zadać pytanie, na jakich zasadach powinni odpowiadać ci operatorzy usług internetowych uczestniczący w udostępnianiu lub rozpowszechnianiu zakazanych przez prawo reklam, którzy pełnią w istocie rolę wyłącznie pośredników w odniesieniu do działań inicjowanych przez osoby trzecie. Zgodnie z obowiązującym w Polsce prawem, powinni oni odpowiadać według ogólnych reguł odpowiedzialności za współsprawstwo lub pomocnictwo, również popełniane przez zaniechanie polegające na ułatwianiu innej osobie dokonania czynu zabronionego¹¹.

⁸ Zob. [online] <<http://wiadomosci.onet.pl/kraj/prokuratura-zbada-reklamy-pornografii-w-prasie/8w00p>> (dostęp: 7.07.2014).

⁹ Por. M. Budyn-Kulik, *Psychologiczne i społeczne następstwa konsumpcji pornografii*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 193-196.

¹⁰ Art. 21 pkt a) Dyrektywy 2011/93/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępującej decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW.

¹¹ M. Siwicki, op. cit.

W grę mogą wchodzić: dostawca treści jako podmiot, który zamieszcza informacje; operator sieci telekomunikacyjnej jako podmiot umożliwiający transmisję danych zapewniając dostęp do Internetu; dostawca dostępu do sieci i dysponent sieci telekomunikacyjnej jako podmiot oferujący dostęp do obcych źródeł Internetu w ten sposób, że zapewnia jedynie „techniczny transport” danych; dostawca usług internetowych jako podmiot, który dostarcza i przechowuje gotowe do przywołania obce oferty i usługi. Należy przy tym podkreślić, że niejednokrotnie ten sam podmiot może pełnić różne role. Istnieją również inne funkcje w obrocie informacją cyfrową. Niejednokrotnie pojawiają się trudności w ścisłym zdefiniowaniu określonych usługodawców, co wynika z jednej strony z braku utrwalonej (także w warstwie językowej) terminologii prawniczej, a z drugiej – z dynamicznego i wielostronnego rozwoju środków technicznych umożliwiających świadczenie różnego rodzaju zaawansowanych usług z wykorzystaniem Internetu¹².

Wobec usługodawców stanowiących podmiot zbiorowy w rozumieniu art. 3 ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary¹³ ma zastosowanie art. 16 ust. 1 pkt 7, zgodnie z którym podmiot ten odpowiada za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, określone w art. 199–200b i art. 202–204 k.k., a więc również za zakaz reklamy pornografii¹⁴.

Zakaz reklamy pornografii jest przestępstwem umyślnym, możliwym do popełnienia w obu postaciach zamiaru – zarówno bezpośrednim, jak i ewentualnym. Do zaistnienia tego typu przestępstwa wystarczy, że sprawca przewiduje możliwość, że reklamowana przez niego działalność polega na rozpowszechnianiu treści pornograficznych, albo że są one rozpowszechniane w sposób umożliwiający małoletniemu poniżej lat 15 zapoznanie się z nimi i z taką możliwością się godzi. W związku z mylącymi nieraz nazwami reklamowanej działalności należy podkreślić, że nieumyślne lub obarczone istotnym błędem zachowanie sprawcy wyłącza przestępczość faktycznie popełnionego czynu.

Wokół przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 200 § 5 k.k. toczą się aktualnie spory. Tytuł Rozdziału XXV, do którego przestępstwo to jest przypisane, brzmi „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Przeciwdziałanie pornografii należy wprawdzie do sfery obyczajności, jednak po nowelizacji obowiązującej od 26 maja 2014 r. przestępstwa pornograficzne na szkodę osób małoletnich znalazły się w jednostce dotyczącej ich wykorzystywania seksualnego. Nie oznacza to, że dobrem prawnie chronionym jest w tym przypadku wolność seksualna małoletniego, gdyż ze względu na swój wiek nie jest on zdolny do wyrażenia zgody

¹² Ibidem.

¹³ Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (Dz.U. poz. 768, z późn. zm.).

¹⁴ Artykuł ten został znowelizowany tą samą ustawą, która wprowadziła typ przestępstwa polegający na zakazie reklamy pornografii. Zob. art. 4 Ustawy z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2014, poz. 538).

dotyczącej swojego życia seksualnego¹⁵. W toku prac nad nowelizacją pojawiła się koncepcja inaczej określonego dobra prawnego, oddającego specyfikę pokrzywdzenia małoletniego, mianowicie jego rozwoju psychoseksualnego. Mimo licznych argumentów przeciwko wprowadzeniu tego pojęcia do języka prawnego¹⁶, należy przyjąć, że w przypadku całego art. 200 jest to najbardziej trafne określenie dla zindywidualizowanego przedmiotu ochrony.

Pośród znamion strony przedmiotowej najistotniejsze jest określenie formy czynu. W zakresie przestępstwa z art. 200 § 5 k.k. należy przyjąć, że czynność sprawcza przyjmuje postać działania. Prowadzenie reklamy lub promocji oznacza bowiem publiczne rozpowszechnianie znaków towarowych lub symboli graficznych i innych oznaczeń z nimi związanych, a także nazw i symboli graficznych podmiotów prowadzących działalność w określonym zakresie¹⁷. Znamię prowadzenia reklamy nie jest obce polskiemu prawu karnemu, gdyż występuje w art. 110a k.k.s.¹⁸ odnoszącym się do gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych lub gier na automatach. Przepis ten kryminalizacją obejmuje również czerpanie korzyści z zakazanej reklamy, czego brakuje w regulacji art. 200 § 5 k.k.

W przypadku omawianego artykułu reklamowana działalność ma polegać na rozpowszechnianiu treści pornograficznych. Zaniechanie nie jest tu możliwe. Można co najwyżej rozważyć możliwość zastosowania konstrukcji z art. 18 § 3 zdanie drugie, umożliwiającej pociągnięcie do odpowiedzialności za zaniechanie polegające na ułatwianiu innej osobie dokonania czynu zabronionego. Gwarantem bezpieczeństwa treści zamieszczanych w Internecie może być przykładowo administrator sieci mający możliwość przeglądania danych umieszczanych przez użytkowników na zarządzanym przez niego serwerze. Może też usuwać dane w przypadku złamania regulaminu udostępniania na nim miejsca¹⁹. W związku z zakazem reklamy pornografii należy domniemywać istnienie obowiązku po stronie administratora co najmniej zawiadomienia właściwych organów o popełnieniu przestępstwa w przypadku, gdy reklama taka znajdzie się wśród treści zamieszczanych na obsługiwanym serwerze. Pojawia się pytanie, czy w ramach zwykłych kompetencji do usuwania

¹⁵ Por. J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 367; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, nr 2, Warszawa 1997, s. 30; A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 144; M. Rodzyńkiewicz, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277 Kodeksu karnego*, Kraków 1999, s. 553; M. Bielski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, t. II: *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 648.

¹⁶ Szerzej na ten temat M. Romańczuk-Grącka, *Rozwój psychoseksualny małoletnich jako dobro prawne*, [w:] I. Sepioło-Jankowska (red.), *Reforma prawa karnego*, Warszawa 2014.

¹⁷ Por. komentarz do art. 110a k.k.s. [w:] P. Kardas, G. Łabuda, T. Razowski, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.

¹⁸ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r., poz. 186).

¹⁹ Zob. T. Pudo, op. cit., s. 105–106.

danych administrator bez stosownej denuncjacji może usunąć reklamę bez narażania się z kolei na zarzut poplecznictwa. Jego zachowanie może być przecież analizowane z punktu widzenia art. 239 k.k. i stanowić zacieranie śladów przestępstwa. Na przytoczonym przykładzie widać kolizję obowiązków administratora sieci, który z jednej strony powinien treść usunąć, żeby nie narazić się na zarzut pomocnictwa przez zaniechanie, z drugiej strony nie powinien tego czynić, by uniknąć zarzutu poplecznictwa w postaci zacierania śladów przestępstwa. Ten paradoks powstaje na płaszczyźnie teoretycznej, natomiast praktyka powinna rozwiązać go w kierunku wzmocnienia obowiązku informowania organów ścigania o popełnionym przestępstwie. Większość właścicieli znanych sieci, starając się zapobiec zamieszczeniu reklam działalności pornograficznych na ich stronach, wystosowała listy do firm z tej branży z oświadczeniem o braku możliwości zamieszczenia reklam o takim charakterze²⁰.

Istotą rozpowszechniania jest czynienie określonych treści powszechnie dostępnymi²¹. Do zaistnienia przestępstwa z art. 200 § 5 k.k. istotne jest, by to rozpowszechnianie odbyło się w sposób umożliwiający małoletniemu poniżej lat 15 zapoznanie się z reklamowanymi treściami. Sformułowane w przepisie znamię tego sposobu działania nie jest obce naszemu prawu. Występowało bowiem już w art. 202 § 2 k.k., a obecnie w art. 200 § 3 k.k. W odniesieniu do przestępstwa rozpowszechniania pornografii należy je rozumieć jako taki sposób, który nie wyeliminuje możliwości zapoznania się z nią przez małoletniego²². W obecnym stanie prawnym i faktycznym oznacza to możliwość zapoznania się z takimi treściami przez wspomnianą kategorię użytkowników w każdym przypadku, gdyż małoletni są w stanie łatwo pokonać istniejące zabezpieczenia, zwłaszcza gdy są przedmiotem zabiegów marketingowych. Inicjatorzy nowelizacji pragną, aby operatorzy ustawili domyślną blokadę antypornograficzną, usuwalną wyłącznie przez osoby pełnoletnie. Jako wzór podaje system, który działa w Wielkiej Brytanii, a uniemożliwia dostęp do kontentu pornograficznego i innych treści przeznaczonych dla osób dorosłych. Kłasyfikację dokonuje organizacja British Board of Film Classification (BBFC)²³.

Bezpośrednią czynność wykonawczą stanowi reklama i promocja. Definicje reklamy są na ogół nieostre ze względu na różnorodność postaci reklam i środki, którymi się ona posługuje, a także ze względu na specyfikę określonych produktów, będących przedmiotem reklamy²⁴. Niezależnie od ustawowych definicji reklamy, z punktu widzenia psychologii jest ona typowym procesem komunikacji o charakte-

²⁰ Uczynił tak m.in. koncern Google w odniesieniu do sieci AdWords, [online] <<http://tvn24bis.pl/informacje,187/google-zakazuje-pornografii-w-reklamach-online,446232.html>> (dostęp: 7.07.2014).

²¹ M. Mozgawa, P. Kozłowska-Kalisz, *Analiza dogmatyczna przestępstw związanych z pornografią (zagadnienia podstawowe)*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, s. 70.

²² T. Pudo, op. cit., s. 112.

²³ A. Łukaszewicz, op. cit.

²⁴ K. Grzybczyk, M. Jagielska, *Obowiązek informacyjny wobec konsumenta a reklama*, [w:] M. Namysłowska (red.), *Reklama. Aspekty prawne*, Wolters Kluwer business, Warszawa 2012.

rze perswazyjnym²⁵. Regulacje prawne dotyczące reklamy zmierzają nie tyle w kierunku zdefiniowania i określenia, co jest reklamą, a co nie, ile w kierunku wprowadzenia ograniczeń w zakresie prowadzenia działalności reklamowej na określonym obszarze. Powody takich ograniczeń są różne, najczęściej jednak uzasadnione bywają koniecznością ochrony określonych wartości lub poszanowania praw innych²⁶. Co jest reklamą w kontekście art. 200 § 5 k.k., trzeba będzie każdorazowo oznaczać w kontekście pozostałych znamion ustawowych tego przestępstwa. Z uwagi na potrzebę zgodności systemowej należy uważać za aktualne komentarze i wyniki praktyki oparte na wspomnianym wyżej art. 110a k.k.s. oraz art. 29 ust. 6 ustawy o grach hazardowych²⁷.

Promocję natomiast w powszechnym użyciu można zdefiniować jako różnego rodzaju zabiegi i środki, za pomocą których doprowadza się do świadomości ludzi informacje i oceny dotyczące produktów (towarów lub usług) albo idei (koncepcji, nauk, programów wyborczych itd.). Cele te realizuje się m.in. poprzez informowanie, demonstrowanie, przekonywanie, zachęcanie, powtarzanie itp.²⁸ Jak widać, trudno odróżnić promocję od reklamy i można sądzić, że pierwsza jest po prostu częścią drugiej. Pomocniczo należy sięgnąć do art 29 ust. 7 ustawy o grach hazardowych, który zawiera definicję legalną promocji gier cylindrycznych, gier w karty, gier w kości, zakładów wzajemnych lub gier na automatach. Analogicznie do tej regulacji działalność promocyjna w odniesieniu do rozpowszechniania pornografii może odbywać się w szczególności poprzez publiczną prezentację działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznej oraz wręczanie żetonów (umożliwianie bezpłatnego dostępu do tych treści). Reklama i promocja jako przedmiot wykonawczy może przyjąć postać plakatu, ulotki, zapisu informatycznego bądź gadżetu związanego z prowadzoną działalnością.

Do znamion przedmiotowej zaliczyć należy w końcu rozpowszechnianie „treści pornograficznych” mających charakter ocenny. W nauce prawa karnego można odnotować dwie propozycje co do kryterium, jakim powinien kierować się sąd przy określaniu, czy zachodzi wspomniane znamię ustawowe. Pierwsze kryterium (subiektywne) odnosi się do słusznej oceny osoby przeciętnie wrażliwej, zintegrowanej społecznie oraz świadomej powszechnie akceptowanych wartości. Drugie kryterium (obiektywne) odrywa zakres przedmiotowy pornografii od jakichkolwiek ocen jej odbiorców²⁹. Na szczególną uwagę zasługuje druga z wymienionych propozycji. Jej autor – Jarosław Warylewski – aktualizując definicję pojęcia „pornografia” o nowe jej atrybuty wynikające z technologii cyfrowej, proponuje, by „treści

²⁵ A. Jachnis, J.F. Terelak, *Psychologia konsumenta i reklamy*, Bydgoszcz 1998, s. 220.

²⁶ K. Grzybczyk, M. Jagielska, op. cit.

²⁷ Ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz. U. nr 201, poz. 1540).

²⁸ Zob. [online] <<http://ardeum.pl/roznice-miedzy-marketingiem-promocja-i-reklama/>> (dostęp: 7.07.2014).

²⁹ Zob. J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, s. 26. Por. M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 30.

pornograficzne” oraz synonimiczną do nich „pornografię” w rozumieniu wąskim (normatywnym) określać jako „treści zawarte w dającym się wyodrębnić przekazie informacyjnym (prezentacji) bądź w jego istotnych i odpowiednio spójnych fragmentach w formie materialnej lub zdematerializowanej utwalone za pomocą dowolnego nośnika lub nieutwalone, charakteryzujące się tym, iż przedstawiają w jakiegokolwiek formie autentyczne lub tylko wyobrażone (wykreowane) przejawy płciowości lub życia seksualnego człowieka w wymiarze ograniczonym (sprowadzonym) do funkcji fizjologicznych oraz aspektów techniczno-biologicznych”³⁰. Definicja ta w sposób widoczny abstrahuje od intencji twórcy takich treści, jak również od subiektywnych ocen odbiorców, gdyż te mogą być całkowicie od siebie dalekie. Autor podkreśla jednak, że pominięte elementy mogą i powinny być uwzględnione przy ocenie stopnia szkodliwości społecznej czynu, jego strony podmiotowej bądź niekiedy sytuacji kontratypowej³¹.

Najczęściej przywoływane w literaturze kryteria oceny, czy mamy do czynienia z pornografią, to występujące łącznie następujące przesłanki: 1) treścią prezentacji jest przedstawienie przejawów płciowości i życia seksualnego człowieka, 2) przedstawienie to koncentruje się wyłącznie na zaprezentowaniu jego techniczno-biologicznych aspektów z pominięciem wszelkiej warstwy intelektualno-personalistycznej, 3) jako kryterium pomocnicze przy ocenie treści pornograficznej należy wziąć pod uwagę walor estetyczny – im jest on niższy, tym bardziej wskazuje, że mamy do czynienia z treścią pornograficzną³².

Podnoszony w literaturze pogląd, że do ustalenia pornograficznego charakteru danej treści obligatoryjne jest jej przedstawienie w sposób sugerujący, że jedyną lub główną intencją twórcy było wywołanie u odbiorcy podniecenia seksualnego³³, należy uznać za niezwykle trudny do obiektywnego potwierdzenia ze względu na skrajnie różną wrażliwość jednostek na bodźce o charakterze seksualnym. Mimo wszelkich wątpliwości w tym względzie, zdaniem Sądu Najwyższego znamię „treści pornograficznych” określone jest terminem prawnym, nie zaś medycznym czy seksuologicznym. Ocena jego zaistnienia należy wyłącznie do sądu, nie zaś biegłego seksuologa, który posiada wiadomości specjalne jedynie w zakresie ustalenia hipotetycznego wpływu danej prezentacji na potencjalnego odbiorcę w płaszczyźnie jego reakcji emocjonalnych, w tym seksualnych³⁴.

W literaturze przedmiotu panuje powszechne przekonanie, że przestępstwa pornograficzne mają charakter bezskutkowy³⁵. Tak jest również w przypadku art. 200

³⁰ Por. J. Warylewski, op. cit., s. 25.

³¹ Ibidem, s. 26.

³² Por. M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 1017–1018.

³³ W tym sensie posługujemy się tym terminem w języku potocznym. Zob. J. Tokarski (red.), *Słownik wyrazów obcych PWN*, Warszawa 1972, s. 592; M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 1979, s. 823; B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1998, s. 106.

³⁴ Wyrok SN z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt IV KK 173/10 (niepubl.).

³⁵ T. Pudo, op. cit., s. 105.

§ 5 k.k. Zakazane jest prowadzenie reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób obiektywnie umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15. Obojętne prawnie jest rzeczywiste zapoznanie się małoletniego z zakazanymi treściami.

Przestępstwo to jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat trzech, czyli sankcją zrównaną z pozostałymi typami przestępstw dodanymi do art. 200 k.k., tak jak określonym w § 3 prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15 treści pornograficznych lub udostępnianiu mu przedmiotów mających taki charakter albo rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi; oraz określonym w § 4 prezentowaniu małoletniemu poniżej lat 15 w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby wykonania czynności seksualnej. Należy też zaznaczyć, że w związku z tym, iż przestępstwo zostało popełnione na szkodę małoletniego, adekwatny jest również środek karny określony w art. 41 § 1a k.k., zgodnie z którym sąd może orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi.

Podsumowując należy stwierdzić, że kryminalizacja zakazu reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15 co do idei jest słusznym krokiem w trosce o rozwój psychoseksualny, a także społeczny dzieci. Norma prawna powołana do przeciwdziałania temu poważnemu zjawisku jest jednak sformułowana w sposób dość niewyraźny ze względu na dość duże nagromadzenie w niej zwrotów ocennych. Jak każde przestępstwo zakazane na przedpolu czynu, także i to może w pewnych środowiskach budzić wątpliwości co do wystarczających podstaw ograniczania wolności w obszarze słowa, myśli, światopoglądu, ekspresji artystycznej czy po prostu rynku finansowego. Należy jednak przypomnieć, że *ius puniendi* jest wykorzystywane w sytuacjach koniecznych, a w tym przypadku warunki ku temu były spełnione. Co do nieostrości znamion natomiast należy sądzić, że w krótkim czasie sposób ich rozumienia zostanie doprecyzowany w wykładni sądowej i doktrynalnej. Należy również przypuszczać, że o ile dla praktyka i teoretyka prawa subsumpcja w konkretnych przypadkach może budzić pewne trudności, o tyle dla licznych rzesz adresatów omawianej normy przepis ten może być całkiem jasny, choć w dużej mierze oparty na intuicji. Świadczy o tym dość dynamiczna reakcja firm internetowych zamieszczających na swych stronach informacje o takim zakazie. Być może jest to wyraz skuteczności pozytywnej prewencji ogólnej omawianej regulacji.

Summary

The ban on advertising or promoting activities consisting in spread of pornographic materials in a way that makes them available to a minor below the age of 15 (art. 200 § 5 of the Penal Code)

Key words: pornography, minor, advertisement, promotion, responsibility.

The objective of the article was to present legislative reasons for introducing the ban on advertising or promoting activities consisting in spread of pornographic materials in a way that makes them available to a minor below the age of 15, which is found in Art. 200 § 5 of the Penal Code, to the scope of pornographic crimes. The evaluation of this amendment is included in a detailed analysis of statutory elements of this type of crime. The authoress expresses a positive opinion on making the ban on advertising pornography a criminal act, however, she calls into question the sense of some expressions, which due to not being strict enough may lead to low effectiveness of this regulation.