

# Marta Romańczuk-Grącka

---

## Uczestnictwo w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego

---

Studia Prawnoustrojowe nr 29, 195-204

---

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](http://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

## **Uczestnictwo w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego**

Seksualne wykorzystywanie małoletnich, zwłaszcza pornografia i prostytutka dziecięca jest poważnym problemem moralnym, społecznym i prawnym. Szereg zachowań tego typu nabiera cech przestępczości globalnej i zorganizowanej. Każdy zaś przypadek ma destrukcyjny wpływ na zdrowie dziecka i jego rozwój psychofizyczny. Zapobieganie temu zjawisku wymaga odpowiednich regulacji prawnych, prowadzenia przez poszczególne państwa równoległych działań w ramach polityki kryminalnej, a także intensyfikacji współpracy międzynarodowej.

Z dniem 26 maja 2014 r. rozszerzył się zakres penalizacji czynów w sferze obyczajności, w tym pornografii. Nowelizacja rozdziału XXV k.k. była konieczna 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/WSiSW<sup>1</sup> (zwanej dalej dyrektywą) 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 cyberprzestępczości<sup>2</sup>.

W ramach nowelizacji art. 202 k.k. dodano § 4c, w myśl którego karze grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2 podlega ten, kto w celu zaspokojenia seksualnego uczestniczy w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Kryminalizacja bezpośredniego uczestnictwa w tego ro-

<sup>1</sup> 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 upływał 18 grudnia 2013 r.

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

dzaju widowiskach wynikała z art. 4 ust. 4 dyrektywy oraz art. 21 ust. 1 lit. c konwencji z Lanzarote<sup>3</sup>.

Redakcja przepisu nasuwa wątpliwości co do znamion ustawowych tego typu przestępstwa, które mogą przekładać się na realne trudności w praktyce organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Celem artykułu jest analiza dogmatyczna znamion ustawowych przestępstwa uczestnictwa w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego i ocena tej stosunkowo nowej regulacji.

Na początku warto zwrócić uwagę na literalne brzmienie omawianego przepisu. Przede wszystkim budzi wątpliwości kluczowe określenie „prezentacja treści pornograficznych”. Należy zaznaczyć, że źródłowe akty prawne posługują się nieco innym pojęciem – „świadomego uczestnictwa (świadomej obecności) w przedstawieniu pornograficznym z udziałem dzieci” (*knowingly attending pornographic performances involving the participation of children*)<sup>4</sup>. Nie ulega wątpliwości, że pomiędzy „prezentacją treści pornograficznych” a „przedstawieniem pornograficznym” zachodzi znaczna różnica. Szczegółowa analiza może zaś doprowadzić do interesujących wniosków.

Zgodnie z art. 2 lit. e dyrektywy, „przedstawienie pornograficzne” (*pornographic performance*) należy rozumieć jako „skierowane do publiczności ukazywanie na żywo, w tym za pośrednictwem technologii informacyjno-komunikacyjnych: dziecka uczestniczącego w rzeczywistym lub symulowanym zachowaniu o wyraźnie seksualnym charakterze; organów płciowych dziecka, w celach głównie seksualnych”<sup>5</sup>. Polski ustawodawca w miejsce określenia „przedstawienie pornograficzne” postanowił jednak użyć sformułowania „prezentacja treści pornograficznych”, uzasadniając to po pierwsze – nieostrością pierwszego z nich, po drugie zaś – chęcią nawiązania do terminów już występujących w kodeksie karnym, zatem z myślą o ułatwieniu jego interpretacji.

Jak już wcześniej zasygnalizowano, zabieg ten nie tylko nie wykluczył wątpliwości, ale wręcz paradoksalnie stał się ich źródłem, wbrew intencjom ustawodawcy. Rzeczywiście pojęcie „treści pornograficzne” jest mocno zakorzenione w doktrynie i orzecznictwie z zakresu prawa karnego, zaś termin „prezentacja” ma silne konotacje ze sposobem określenia czynności sprawczej przestępstw z art. 200 § 3 i 4 k.k. oraz art. 202 § 1, 3 i 4b k.k., tj. „prezentuje”, jak również z cechą treści pornograficznych z art. 202 § 3 k.k., tj. „prezentowaniem przemocy”. Należy zaznaczyć, że wątpliwości nie dotyczą znamienia „treści pornograficznych” (mimo oczywistych trudności w jego praktycznym zastosowaniu), lecz owej „prezentacji”.

Zasady wykładni językowej wymagają m.in. rozumienia znamion ustawowych przestępstw zgodnie z ich znaczeniem przyjętym w dotychczas obowiązujących

<sup>3</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2016), s. 6.

<sup>4</sup> Art. 21 lit. c konwencji z Lanzarote oraz art. 4 ust. 4 dyrektywy.

<sup>5</sup> Art. 2 lit. e dyrektywy.

przepisach prawa, co dotyczy szczególnie tego samego aktu prawnego, a w tym przypadku konkretnie tej samej jednostki. Wprawdzie znamię „prezentuje” nie posiada definicji legalnej, jednak możemy tu mówić o domniemaniu znaczenia specjalnego. Jeżeli określony termin należy do terminów specyficznych w określonej dziedzinie wiedzy, to należy przyjąć, iż termin ten ma takie znaczenie, jak w tych dziedzinach. Termin „prezentuje” należy do nauki prawa karnego i jest często wykorzystywany w zakresie przestępstw seksualnych wobec lub z udziałem małoletnich. Nawiązanie zatem do tego terminu powoduje specyficzne rozumienie nowego typu przestępstwa.

Zdaniem Sławomira Hypsia, „prezentowanie” polega na pokazywaniu treści pornograficznych w jakiegokolwiek formie (filmu, gazety, zdjęcia czy obrazu itd.) oraz w jakiegokolwiek postaci, tj. zarówno publicznej (wystawianie na widok), jak i prywatnej, która pozwala w sposób bezpośredni innym osobom zapoznać się z jej treścią<sup>6</sup>. Jeszcze dokładniej znamię to opisuje Jarosław Warylewski. Jego zdaniem „prezentowanie” to inaczej dokonywanie prezentacji, najczęściej czegoś, innym osobom, zwłaszcza publiczności. Prezentowanie oznacza pokazywanie, przedstawianie, zapoznawanie z czymś. Prezentacja treści pornograficznych umożliwia ich odbiór za pomocą wzroku lub słuchu (obejrzenie, przeczytanie lub usłyszenie)<sup>7</sup>.

Znamię „prezentowania” jest ściśle związane ze znamieniem „treści pornograficznych”. Mimo wcześniejszego ustalenia, że to drugie budzi mniej wątpliwości, w nauce prawa karnego można odnotować dwie główne propozycje co do kryterium, jakim powinien kierować się sąd przy określaniu, czy zachodzi znamię ustawowe „treści pornograficznych”. 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 odbiorców<sup>8</sup>.

Na szczególną uwagę zasługuje druga z wymienionych propozycji. Jej autor – Jarosław Warylewski – aktualizując definicję pojęcia „pornografia” o nowe atrybuty wynikające z technologii cyfrowej, proponuje, by „treści pornograficzne” jako „treści zawarte w dającym się wyodrębnić przekazie informacyjnym (prezentacji) bądź w jego istotnych i odpowiednio spójnych fragmentach w formie materialnej lub zdematerializowanej, utrwalone za pomocą dowolnego nośnika lub nieutrwalone, 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”<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> S. Hypś, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2015, Legalis/el.

<sup>7</sup> J. Warylewski, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis 2015, Legalis/el.

<sup>8</sup> Zob. J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji*, [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia*, Warszawa 2011 s. 26. Por. M. Filar, *Pornografia. Studium z dziedziny polityki kryminalnej*, Toruń 1977, s. 30.

<sup>9</sup> Por. J. Warylewski, *Pornografia...*, s. 25.

Warto też podkreślić, że w ocenie Sądu Najwyższego znamię „treści pornograficzne” to termin prawny, nie zaś medyczny czy seksuologiczny. 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 seksualnych. Zdaniem SN, treści pornograficzne w rozumieniu art. 202 k.k. mogą być zawarte w utrwalonej formie (np. film, zdjęcia, czasopisma, książki, obrazy) lub nie (np. pokazy na żywo)<sup>10</sup>.

Należy zauważyć, że pomimo braku definicji legalnej, znamię „treści pornograficzne” ma ustalony zakres znaczeniowy, w większości przypadków pozwalający na jednoznaczną identyfikację stanu faktycznego będącego przedmiotem oceny. Praktyczne trudności mogą natomiast występować w odniesieniu do prezentacji artystycznych, w związku z którymi pojawiają się problemy z ich oceną w płaszczyźnie prawa karnego. Wówczas należy odwołać się do kryteriów estetycznych, kryterium wartości artystycznej utworu, a także kontekstu jego powstania i prezentacji<sup>11</sup>. W oparciu o powyższe ustalenia można wysunąć wątpliwość, czy obraz przedstawiający wyłącznie organy płciowe dziecka będzie stanowił treść pornograficzną, skoro nie będą one utrwalone w czasie jakiejś funkcji fizjologicznej o kontekście seksualnym. Warto przypomnieć, że zgodnie z art. 2 lit. c dyrektywy, „pornografia dziecięca” to:

- a) wszelkie materiały ukazujące dziecko uczestniczące w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze;
- b) wszelkie przedstawienia organów płciowych dziecka w celach głównie seksualnych;
- c) wszelkie materiały ukazujące osobę wyglądającą na dziecko uczestniczącą w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze oraz przedstawienia organów płciowych osób wyglądających jak dziecko, w celach głównie seksualnych;
- d) realistyczne obrazy dziecka uczestniczącego w zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze lub realistyczne obrazy organów płciowych dziecka, w celach głównie seksualnych.

Jak wynika z definicji, samo przedstawienie organów dziecka stanowi pornografię. W związku z tym, że definicja „treści pornograficznych” w polskim prawie karnym nie ma regulacji ustawowej, a jest wypadkową poglądów doktryny i orzecznictwa, należy uznać wyżej przedstawioną definicję unijną za istotny kierunek wykładni celowościowej omawianego przepisu.

<sup>10</sup> Wyrok SN z 23 listopada 2010 r., sygn. akt IV KK 173/10, Legalis/el.

<sup>11</sup> Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości (z upoważnienia ministra) na interpelację nr 9190 w sprawie braku jasnych regulacji prawnych dotyczących rozumienia pojęcia ustawowego „treści pornograficzne”, stanowiącego znamię przestępstwa z art. 202 § 1 i 2 k.k., zob. [online] <<http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/2FDA6513>>.

W zakresie strony przedmiotowej należy zwrócić uwagę na znamię czasownikowe czynności sprawczej „uczestniczyć”. Zgodnie ze *Słownikiem języka polskiego*, „uczestniczyć” oznacza „1. brać udział w czymś; brać współudział w jakiejś akcji; 2. brać udział w zyskach i wydatkach przedsięwzięcia”<sup>12</sup>. Jak wynika z uzasadnienia, zakresem przepisu objęte są zarówno czyny polegające na biernym (przyglądanie się), jak i czynnym (prezentowanie) uczestnictwie w prezentacji<sup>13</sup>. Przepisy pornograficzne zwykle są popełniane w formie działania. O ile prezentowanie oznacza jakąś aktywność sprawcy, jakieś starania z jego strony, by ktoś zapoznał się z rzeczami przez niego prezentowanymi<sup>14</sup>, tak przyglądanie się zbyt dużej aktywności nie wymaga. Jeśli potencjalny sprawca, szukając w sieci pornografii „dorosłej”, napotka przypadkowo materiał zawierający pornografię dziecięcą i mimo takiej świadomości, natychmiast nie przerwie łączenia, można by próbować zakwalifikować ten czyn jako zaniechanie. W tym miejscu należy zwrócić uwagę nie tyle na to, czy sytuacja ta znajdzie takie, a nie inne rozwiązanie – pozostaje w końcu jeszcze specyficzna strona podmiotowa – ile na specyfikę terminu „uczestnictwo bierne” i niezręczność określenia go jako formy działania. Znamię czasownikowe „uczestniczyć” jest raczej nowym określeniem czynności sprawczej, w odróżnieniu od często używanego w kodeksie karnym synonimu „bierze udział”. W związku z tym warto dłużej się zastanowić nad jego wykładnią, co przekracza jednak ramy tego opracowania.

Znamię czynności sprawczej „uczestniczyć” może budzić wątpliwości, czy poza zakresem odpowiedzialności karnej nie znajduje się organizator prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego, jeżeli ma ona charakter zamknięty, a on sam w organizowanej przez siebie prezentacji nie uczestniczy. Zgodnie bowiem z art. 202 § 3 k.k., kryminalizacji podlega wyłącznie produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego w celu ich rozpowszechniania oraz rozpowszechnianie lub publiczne prezentowanie takich treści. Zdaniem Andrzeja Sakowicza, jeśli pokaz taki będzie miał charakter zamknięty, adresowany do ograniczonego kręgu osób, odpowiedzialności karnej z art. 200 § 3 k.k. nie poniesie jej organizator, albowiem nie będzie on treści tych prezentować publicznie. Nie odnosi się to jednak do treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej. Jak słusznie zauważa wyżej wymieniony autor, prezentowanie takich treści, nie tylko publiczne, podlega bowiem penalizacji na podstawie art. 202 § 4b k.k. Nie sposób więc zrozumieć braku odpowiedzialności organizatora prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego, jeżeli ma ona charakter zamknięty, skoro uczestnik prezentacji treści pornograficznych

<sup>12</sup> Zob. [online] <<http://sjp.pl/uczestniczyc>>.

<sup>13</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2016), s. 8.

<sup>14</sup> T. Pudo, *Pornografia w Internecie – aspekty prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 2, s. 99.

z udziałem małoletniego, bez względu czy ma ona charakter publiczny, czy prywatny, będzie ponosił odpowiedzialność karną<sup>15</sup>.

Wprawdzie organizator takiej prezentacji może być pociągnięty do odpowiedzialności jako sprawca kierowniczy, polecający lub pomocnik, jednak pominięcie go *expressis verbis* w implementowanych regulacjach upoważnia do twierdzenia, że źródłowa dyrektywa i postanowienia konwencyjne zostały wdrożone w sposób niezupełny. Zgodnie z art. 4 ust. 2 dyrektywy, państwa członkowskie oprócz kryminalizacji uczestnictwa w przedstawieniu pornograficznym powinny podjąć środki niezbędne do zapewnienia karalności umyślnego czynu polegającego na doprowadzeniu lub nakłanianiu dziecka do udziału w przedstawieniach pornograficznych lub czerpaniu z tego korzyści, bądź innym wykorzystywaniu dziecka do takich celów. Za tak określone zachowania powinien odpowiadać organizator widowiska. Należy zgodzić się z Joanną Mierzwińską-Lorencką, że zwalczanie pornografii dziecięcej stanowi jedno z najważniejszych wyzwań stawianych przed organami ścigania i wymiarem sprawiedliwości, choć wykrycie wszystkich osób współdziałających (finansujących, wytwórców, dystrybutorów) jest procesem żmudnym i nie zawsze przynoszącym spodziewane rezultaty<sup>16</sup>. Brak objęcia karalnością *expressis verbis* organizatora przedstawienia pornograficznego stanowi znaczne utrudnienie w ściganiu tego typu karygodnych zachowań.

Wobec tego, co wyżej ustalono, „uczestnictwo w prezentacji treści pornograficznych”, zgodnie z wykładnią literalną, jak również ze względu na podmiot stosujący – doktrynalną i sądową, będzie polegało na braniu udziału w prezentacji (zarówno pokazywaniu, jak i zapoznawaniu się) treści pornograficznych w formie nieutrwalonej (na żywo) lub utrwalonej (np. film, zdjęcia, czasopisma, książki, obrazy). Należy zwrócić uwagę na ten drugi sposób, który jasno wynika z podstawowych zasad ustalania znaczenia przepisu prawnego. Pojawia się tu zasadnicze pytanie, czy aby na pewno można w granicach omawianego typu przestępstwa mówić o uczestnictwie w prezentacji treści pornograficznych utrwalonych wcześniej. Zgodnie bowiem z intencją ustawodawcy i zaleceniami wdrażanej dyrektywy, chodziło o kryminalizację „przedstawienia pornograficznego”, którego cechą konstytutywną jest „skierowane do publiczności ukazywanie na żywo” przedmiotowych treści. Przy zastosowaniu wykładni funkcjonalnej, zarówno celowościowej, jak i genetycznej, można więc zupełnie odmiennie dekodować normę prawną. Jednak według dyrektyw wykładni znaczenie językowe ma zdecydowane pierwszeństwo przed funkcjonalnym. Należy zatem interpretować omawiany zakres znamion w ten sposób, że prezentacja treści, w której sprawca uczestniczy, mogła być wcześniej utrwalona. Dodatkowym argumentem za takim rozumieniem znamion jest brak w ich zespoleniu

<sup>15</sup> A. Sakowicz, *Opinia prawna na temat projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw* (druk sejmowy nr 2016), Warszawa dnia 4 lutego 2014 r., s. 8–9.

<sup>16</sup> J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Lex/el.

znamienia czasu w postaci określenia „na żywo”, które mogłoby się w nim znaleźć, gdyby ustawodawca tego chciał.

Według projektu omawiany przepis brzmiał następująco: „§ 4c. Tej samej karze podlega, kto w celu zaspokojenia seksualnego bezpośrednio uczestniczy w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego”. W stosunku do uchwalonego brzmienia zmiana dotyczy bardziej precyzyjnego i poprawnego z punktu widzenia techniki legislacyjnej określenia sankcji „Karze określonej w § 4b podlega, kto...”. W tym miejscu należy jednak zwrócić większą uwagę na to, że propozycja regulacji zawierała dodatkowe znamię strony przedmiotowej, określając sposób czynności wykonawczej, mianowicie uczestniczenia „bezpośrednio” w przedmiotowej prezentacji. Zgodnie z uzasadnieniem, znamię to (w dyrektywie określone jako „świadoma obecność”) wyrażałoby się osobistą obecnością na tego rodzaju widowisku<sup>17</sup>. W toku prac legislacyjnych, a dokładnie w wyniku zmian przyjętych na posiedzeniu podkomisji sejmowej, znamię to zostało usunięte<sup>18</sup>. Zaznaczyć należy, że owa „bezpośredniość” nie dotyczy czasu popełnienia czynu, ale wyłącznie jego sposobu i jako taka byłaby zbędnym zawężeniem kryminalizacji do zachowań podejmowanych wyłącznie w miejscu odbywanej na żywo prezentacji, bez możliwości korzystania z narzędzi komunikacji zapośredniczonej przez komputer i inne urządzenia umożliwiające jej transmisję.

Ze względu na stronę podmiotową omawiany przepis dotyczy tylko takiej sytuacji, w której sprawca, uczestnicząc w prezentacji pornograficznej, ma na celu wyłącznie własne zaspokojenie seksualne i nie obejmuje takiego zaspokojenia innych osób. Warto przy tym podkreślić, że nie jest konieczne ustalenie, czy sprawca faktycznie doznał takiego zaspokojenia. Do ukarania wystarczy bowiem stwierdzenie samego podjęcia takiego działania w celu zaspokojenia seksualnego (*dolus directus coloratus*), natomiast rzeczywiste osiągnięcie tego celu dla bytu komentowanego przestępstwa nie ma znaczenia<sup>19</sup>.

Ograniczenie karalności uczestnictwa w przedstawieniach pornograficznych z udziałem dziecka jedynie do osób biorących udział „w celu zaspokojenia seksualnego” budzi pewne kontrowersje. Wbrew intencjom ustawodawcy, który podkreślał w uzasadnieniu, że karalne jest również uczestnictwo czynne (prezentowanie), wątpliwe jest, by *dolus coloratus* można było przypisać osobom prezentującym dane treści. W wielu sytuacjach faktycznych motyw z pewnością będzie mieć charakter finansowy bądź inny. Wówczas należy sądzić, że uczestnik czynny najczęściej będzie ponosić odpowiedzialność z art. 202 § 3 k.k., pod warunkiem spełnienia dodat-

<sup>17</sup> Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2016), s. 6.

<sup>18</sup> Podkomisja nadzwyczajna do rozpatrzenia rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk nr 2016) – zapis posiedzenia z dnia 13 lutego 2014 r., [online] <[www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/transmisje\\_arch.xsp?unid=766F83DCDEF616BEC1257C7B002E2F2D](http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/transmisje_arch.xsp?unid=766F83DCDEF616BEC1257C7B002E2F2D)> (dostęp 15.07.2015).

<sup>19</sup> S. Hypś, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), op. cit.



kowych znamion wymaganych tym przepisem, szczególnie publicznego charakteru prezentowania przedmiotowych treści.

Ustalone wyżej znaczenie uczestnictwa w prezentacji treści pornograficznych prowadzi do dalszych rozważań na temat krzyżowania się znamion ustawowych poszczególnych typów przestępstwa karalnej pornografii i możliwości zastosowania zbiegu przepisów. Należy zaznaczyć, że w przypadku, gdy treści pornograficzne, o których mowa w art. 202 § 4c k.k., sprowadzać się będą do podejmowania przez małoletnich czynności seksualnych, zachowanie sprawcy wyczerpywało będzie, w zależności od konkretnej sytuacji, znamiona art. 197, 198 lub 200 k.k.<sup>20</sup>

Coraz częściej się zdarza, że dostawcami tego typu treści są same dzieci. Utrwalają je za pośrednictwem ogólnodostępnych kamer internetowych, aparatów cyfrowych i przekazują pod wpływem manipulacji i gratyfikacji osób dorosłych poznanych w sieci<sup>21</sup>. Badania przeprowadzone przez NASK wspólnie z portalem nk.pl na próbie 1000 nastolatków w wieku od 13 do 16 lat wykazały, że 8% respondentów widziało, jak ich rówieśnicy robierali się podczas wideorozmów, zaś 2%, czyli około 20 osób, przyznało się, że same robieraly się w zamian za różnego rodzaju gratyfikacje. Otrzymywali nie tylko pieniądze, ale też zapłatę w postaci bonów do sklepu, doładowania do telefonu komórkowego czy jakiejś serwisowej waluty (np. *bitcoin*), którą można wymienić na pieniądze lub inne usługi w sieci<sup>22</sup>. Należy tu zaznaczyć, że dla karalności przestępstwa z art. 202 § 4c nie ma znaczenia zgoda osoby małoletniej czy też jej stosunek do utrwalania jej nagiego wizerunku – w świetle prawa jest to przestępstwo<sup>23</sup>. Wiek przyzwolenia na czynności seksualne małoletnich w polskim prawie karnym kształtuje się na granicy 15 roku życia, natomiast pornografia dziecięca obejmuje wizerunek osoby poniżej 18 roku życia. Nawet jeśli zgoda została faktycznie wyrażona przez osobę, która osiągnęła wiek przyzwolenia, nie ma to wpływu na odpowiedzialność karną uczestnika prezentacji.

Zgodnie z art. 4 ust. 4 dyrektywy, obecność na przedstawieniach pornograficznych (ang. *pornographic performances*) z udziałem dziecka podlega sankcji karnej w maksymalnym wymiarze co najmniej dwóch lat pozbawienia wolności, jeżeli dziecko nie osiągnęło wieku przyzwolenia, i co najmniej roku pozbawienia wolno-

---

<sup>20</sup> Por. [online] <<http://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/78321/78330/170574/78331/dokument54959.pdf>>; P. Kluz, *Opinia prawna o projekcie ustawy o zmianie ustawy – kodeks karny oraz niektórych innych ustaw*, Warszawa, 10 lutego 2014 r., s. 6–7.

<sup>21</sup> J. Mierzwińska-Lorencka, op. cit.

<sup>22</sup> R. Gębura, *Nastolatki za doładowanie komórki robierają się przed internetową kamerką*, [online] <<http://polska.newsweek.pl/nastolatki-seks-przed-kamera-newsweek-pl,artykuly,270670,1.html>>; B. Janiszewski, *Pornodzieci za 25 złotych*, [online] <<http://polska.newsweek.pl/pornodzieci-za-25-zlotych,78685,1,1.html>>; R.P. Szymański, *Sexting czyli młode ciałko na sprzedaż*, [online] <<http://blogi.newsweek.pl/Tekst/spoleczenstwo/673029,seksing-czyli-mlode-cialko-na-sprzedaz.html>>.

<sup>23</sup> Por. Ł. Wojtasik, *Seksting wśród dzieci i młodzieży*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria. Badania. Praktyka” 2014, t. 13, nr 2, s. 92.

ści, jeżeli dziecko osiągnęło ten wiek<sup>24</sup>. Przewidziane w art. 202 § 4c k.k. sankcje zostały określone na poziomie identycznym jak dla przestępstwa produkcji pornografii zawierającej wytworzony lub przetworzony wizerunek małoletniego i odpowiadają wymaganiom dyrektywy. Przestępstwo jest zatem zagrożone karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat dwóch.

Przestępcy, którzy wykorzystują seksualnie dzieci, w Internecie posługują się coraz bardziej zaawansowanymi technologiami i osiągają korzyści finansowe. Raport Europolu<sup>25</sup> dowodzi, iż transmitowanie aktów wykorzystywania seksualnego dzieci na żywo w Internecie (*live streaming*) albo za pośrednictwem komunikatorów takich jak Skype jest znacznie trudniej wykrywalne, niż gdy odbywa się np. za pomocą strony internetowej. Autorzy raportu ostrzegają, że transmitowanie bezpośrednio aktów pedofilii z udziałem dzieci w zamian za opłaty jest coraz częstsze. Sprawcy wykorzystują na żywo przed kamerami dzieci bezdomne lub dzieci ze swoich własnych rodzin i dzieje się to zarówno w krajach Unii Europejskiej, jak i państwach rozwijających się<sup>26</sup>. Rozszerzenie kryminalizacji o czyn z art. 202 § 4c wynikało zatem z realnej potrzeby przeciwdziałania temu zjawisku.

Decyzja ustawodawcy w tym względzie była jak najbardziej słuszna. Trudno jednak nie zauważyć licznych wątpliwości, jakie nasuwa redakcja przepisu. Ustawodawca zrezygnował z posługiwania się pojęciem „przedstawienie pornograficzne” na rzecz sformułowania „prezentacja treści pornograficznych” z tego powodu, że to pierwsze nie należy do polskiej tradycji karnistycznej. Tym samym doprowadził do rozszerzenia kryminalizacji względem zaleceń dyrektywy o prezentacje utrwalone wcześniej (nie na żywo), wywołując w ten sposób liczne sytuacje kwalifikowane za pomocą realnego zbiegu przepisów. Na tym przykładzie można stwierdzić, że czasami lepiej wprowadzić nowy termin do ustawy karnej, pozwalając, by doktryna i praktyka nadała mu funkcjonalne znaczenie niejako „od początku”, niż nowe zjawiska społeczne i kulturowe włączać w ramy pojęć już istniejących w polskiej tradycji karnistycznej, częściowo nieadekwatnych do tych zjawisk.

Budzi wątpliwości także zamiar kierunkowy w stronie podmiotowej, który trudno będzie przypisać nie tylko organizatorom czy osobom bezpośrednio dokonującym prezentacji jako uczestnikom czynnym, ale również osobom biernie przyglądającym się prezentowanym treściom. W tym przypadku wydaje się, że zawężenie kryminalizacji do osób podejmujących zachowanie w celu zaspokojenia seksualne-

<sup>24</sup> Dyrektywa 2011/93/UE Parlamentu Europejskiego i Rady 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 335 z 17 grudnia 2011).

<sup>25</sup> Raport został opracowany przez wydział Europolu ds. cyberprzestępczości z udziałem unijnej agencji ds. współpracy wymiarów sprawiedliwości Eurojust, organizacji pozarządowych, a także wydawców kart kredytowych czy firm takich jak Google i Microsoft.

<sup>26</sup> The European Financial Coalition against Commercial Sexual Exploitation of Children Online (EFC), A Strategic Assessment Prepared by the European Cybercrime Centre (EC3) – Europol Public Version Update 2015, s. 22, [online] <[www.europeanfinancialcoalition.eu/private10/images/news/pdf/65.pdf](http://www.europeanfinancialcoalition.eu/private10/images/news/pdf/65.pdf)>.

go jest nieuzasadnione, tym bardziej że przestępstwo ma charakter formalny i nie wyłącza jego bezprawności zgoda małoletniego pokrzywdzonego. Konsekwentnie w stosunku do tych własności przestępstwa odpowiedzialność powinna wynikać z obiektywnie nadającego się stwierdzić w nim uczestnictwa.

## Summary

### *Taking part in the presentation of pornographic contents in which a minor participates*

Key words: crime, statutory criteria, child pornography, presentation, pornographic performance.

The objective of the article is a dogmatic analysis of the statutory criteria of the crime related to taking part in the presentation of pornographic contents in which a minor participates (Art. 202 § 4c of the Penal Code). The provision raises certain doubts when it comes to the statutory criteria of the new type of crime, which may result in real difficulties in the activities of enforcement agencies and the judicial system. Particular attention was placed on the differences between the notion “presentation of pornographic contents” used in the Polish Penal Code and the definition of “pornographic performance” understood according to the provisions of Directive 2011/93/EU of the European Parliament and of the Council of 13 December 2011 on combating sexual abuse and sexual exploitation of children, and child pornography, replacing the Council Framework-Decision 2004/68/JHA. The analysis was conducted on the basis of the principles of linguistic interpretation and the interpretation of the objectives of the provisions. The authoress provides examples of potential factual circumstances where there is a doubt whether they can be qualified as the discusses type of crime.