

Piotr Siemkowicz

Przestępstwa o charakterze pedofilskim i przeciwko wolności seksualnej popełniane przez internet, w ujęciu polskiego kodeksu karnego

Wraz z rozwojem sieci internet, pojawiły się nowe zagrożenia o charakterze przestępczym, których skala oraz zasięg oddziaływania zyskały, podobnie jak sam internet charakter globalny. Do tego rodzaju zagrożeń należą niewątpliwie przestępstwa związane z prezentowaniem, rozpowszechnianiem oraz uzyskiwaniem treści pornograficznych za pośrednictwem sieci internet, przestępstwo nagabywania dzieci dla celów seksualnych (tzw. *grooming*), a także przestępstwo propagowania lub pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim.

Treści o charakterze pornograficznym w sieci internet prezentowane są zazwyczaj na stronach www (World Wide Web) komercyjnych portali pornograficznych, na niektórych tzw. portalach społecznościowych typu Web 2.0 – udostępnianych użytkownikom w celu zamieszczania własnych filmów i zdjęć, a także na forach internetowych *Usenet*, zwłaszcza w ramach specyficznych grup dyskusyjnych skupiających często osoby o zainteresowaniach związanych z pornografią, w tym także z treściami pedofilskimi. Co więcej, treści o charakterze pornograficznym można czasami otrzymać w ramach tzw. spamów (niezamawianych informacji i reklam sieciowych) na pocztę e-mail i to często wbrew woli adresata¹.

Niepokojącym zjawiskiem jest zwłaszcza wymiana pornografii dziecięcej za pośrednictwem wspomnianych grup dyskusyjnych, skupiających osoby o zainteresowaniach pedofilskich. Bardzo często osoby takie tworzą także specjalne zbiory zdjęć i filmów o charakterze pedofilskim, określając

¹ J. Warylewski, *Pornografia w Internecie – wybrane zagadnienia karnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4, s. 53.

je mianem „kolekcji”, przy czym zazwyczaj warunkiem przyłączenia się do danej grupy dyskusyjnej jest wykazanie się odpowiednim zaangażowaniem w zbieraniu tego rodzaju materiałów, czego wtórnym efektem jest wymiana na forach dyskusyjnych nie pojedynczych i chaotycznych zdjęć o tematyce pornografii dziecięcej, lecz uporządkowanych tematycznie „serii”². Także często pod „niewinnie” brzmiącymi określeniami używanymi w ramach poszczególnych forów dyskusyjnych oraz mieszczących się w adresach stron www, jak np. „lolita”, „lolitka”, „lolitas”, „5, 10, 15”, „młode”, kryją się pedofilskie określenia wskazujące na materiały pornograficzne z udziałem dzieci.

Polski Kodeks karny z 1997 r. przestępstwa dotyczące prezentowania, rozpowszechniania oraz uzyskiwania treści pornograficznych, uregulował w art. 202 § 1–4 b k.k. Wskazane przepisy umożliwiły przy tym ściganie przestępstw dotyczących najbardziej odrażających form tzw. twardej pornografii, a to z udziałem małoletnich – w tym zwłaszcza poniżej 15. roku życia (tzw. pornografii pedofilskiej) oraz z wykorzystaniem zwierzęcia bądź przemocy. Dodatkowo przepisy art. 202 § 1 i 2 k.k. uregulowały kwestie związane ze zwalczaniem publicznej prezentacji treści pornograficznych w sposób, który może narzucić odbiór osobom, które tego sobie nie życzą oraz prezentację lub udostępnianie treści i przedmiotów pornograficznych małoletniemu poniżej 15. roku życia.

Dalsze nowelizacje Kodeksu karnego, dokonane kolejno ustawami z dnia 18 marca 2004 r. (Dz.U. Nr 69, poz. 626), z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz.U. Nr 163, poz. 1363) oraz z dnia 24 października 2008 r. (Dz.U. Nr 214, poz. 1344), są natomiast następstwem dostosowania polskiego prawa karnego do standardów ustawodawstwa Unii Europejskiej oraz wymogów Organizacji Narodów Zjednoczonych. Zwłaszcza chodzi tu o konwencję Rady Europy o cyberprzestępczości z 2001 r.³, o protokół opcjonalny do Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawach dziecka – przyjęty przez Zgromadzenie Ogólne ONZ w dniu 25 maja 2000 r. (*General Assembly Resolution A/Res/54/263*), który wszedł w życie 12 lutego 2002 r., zaś Polska podpisała ten protokół 13 lutego 2002 r.⁴ oraz o konwencję Rady Europy

² K. Gienas, *Zjawisko rozpowszechniania pornografii dziecięcej za pośrednictwem Internetu*, „Palestra” 2004, nr 3/4, s. 132–133.

³ A. Adamski, *Przestępczość w cyberprzestrzeni – prawne środki przeciwdziałania zjawisku w Polsce na tle projektu Konwencji Rady Europy (tekst Konwencji Rady Europy o cyberprzestępczości w języku polskim – aneks do publikacji)*, Toruń 2001.

⁴ A. Adamski, *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, s. 61.

o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, przyjętą przez Komitet Ministrów w dniu 12 lipca 2007 r. w trakcie posiedzenia Zastępców Ministrów nr 1002, a otwartą do podpisu 25 października 2007 r. w Lanzarote, podczas 28 Konferencji Europejskich Ministrów Sprawiedliwości⁵.

Ostatecznie w ramach nowelizacji dokonanej 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. Nr 206, poz. 1589), wprowadzone zostały do polskiego kodeksu karnego nowe przepisy karne dotyczące przestępstw godzących w wolność seksualną, a możliwych do popełnienia także za pośrednictwem sieci internet, przy czym przepisy te weszły w życie w dniu 8 czerwca 2010 r. W szczególności mowa tutaj o przepisie art. 191 a § 1 k.k., sankcjonującym utrwalenie w następstwie przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej oraz rozpowszechnianie takiego wizerunku, a także o przepisach art. 200 a § 1 i 2 k.k., sankcjonujących jako czyn karalny tzw. *grooming* – sprowadzający się w uproszczeniu do uwodzenia dzieci za pośrednictwem systemu teleinformatycznego przez osobę o skłonnościach pedofilskich, w celu popełnienia wobec niej lub z jej udziałem innych czynów przeciwko wolności seksualnej. Ponadto w art. 200 b k.k. usankcjonowano przestępstwo publicznego propagowania lub pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim.

Jak się wydaje, przestępstwa związane z pornografią na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. (określone w art. 202 § 1–4 a i b k.k.), można z grubsza podzielić na przestępstwa wiążące się z samym jedynie wykorzystaniem komputera (także nie podłączonego do sieci), do przechowywania i katalogowania treści o charakterze pornograficznym na twardym dysku, przegrywania na CD-R lub DVD, a następnie zapoznawania się z takimi treściami za pomocą komputera – pełniącego rolę niejako multimedialnego narzędzia o charakterze odtwarzacza, a także na tzw. pornograficzne przestępstwa w cyberprzestrzeni, które nie mogą być popełnione poza środowiskiem sieciowym i wymagają przekazu danych za pośrednictwem sieci internet⁶.

⁵ *Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych z dnia 12 lipca 2007 r.*, dostępne na stronie internetowej: http://www.rownetraktowanie.gov.pl/files/dokumenty/081027_konw.pdf [6 III 2011 r. – data pobrania pliku].

⁶ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 52.

Ustawodawca w art. 202 § 1 k.k. chroni głównie wolność decyzji dorosłych w zakresie woli zapoznawania się lub też nie zapoznawania się z materiałami pornograficznymi oraz zakazuje narzucania publicznego ich odbioru i prezentacji tym, którzy sobie tego nie życzą, a także w art. 202 § 2 k.k. chroni przed prezentacją takich treści wszystkich małoletnim poniżej 15. roku życia⁷. Przepisy te stanowią więc swoistego rodzaju ograniczenia objęte sankcją karną o charakterze moralno-etycznym. Bezwzględny charakter mają natomiast przepisy art. 202 § 3–4 i 4 a i b k.k., które w rzeczywistości penalizują formy produkcji, sprowadzania, posiadania, przechowywania oraz rozpowszechniania pornografii w jej najbardziej wynaturzonych i bestialskich formach, a więc z użyciem przemocy, posługiwaniami się zwierzęciem oraz z udziałem małoletnich (art. 202 § 3 k.k.) oraz małoletnich poniżej 15. roku życia (art. 202 § 4 i 4 a k.k.)⁸.

Po nowelizacji Kodeksu karnego dokonanej ustawą z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 214, poz. 1344) do katalogu tzw. przestępstw „pedofilskich” ustawodawca dodał również art. 202 § 4 b k.k., który sankcjonuje zachowania polegające na produkowaniu, rozpowszechnianiu, prezentowaniu, przechowywaniu lub posiadaniu treści pornograficznych, przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej. Tym samym ustawodawca poddał penalizacji tzw. pozorowaną pornografię dziecięcą – gdzie miejsce rzeczywistego dziecka zajmuje wytwór np. grafiki komputerowej lub też rolę małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej odgrywa pełnoletni aktor ucharakteryzowany w taki sposób, iż stwarza wrażenie, że jest dzieckiem.

W chwili wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. doniosłym zabiegiem legislacyjnym stało się oderwanie pornografii od konieczności istnienia w ramach konkretnego – materialnego nośnika. Tym samym na bazie art. 202 k.k. mamy już do czynienia wyłącznie z pojęciem „treści pornograficznych”⁹, a nie jak pod rządami Kodeksu karnego z 1969 r. – „przedmiotów o charakterze pornograficznym”. Stwarza to możliwość uznania za takie treści także przekazu informacji („cyberprzekazu”), co jest z natury rzeczy charakterystyczne dla przesyłania informacji, filmów i plików JPG poprzez internet. Nie ulega także wątpliwości, że samo prezentowanie treści

⁷ P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawnokarne aspekty pornografii*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 4, s. 35.

⁸ D. Podufalski, *Pornografia z sieci*, „Prokuratura i Prawo” 2005, nr 1, s. 161.

⁹ M. Rodzyński, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości*, w: *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 576.

pornograficznych poprzez internet odbywa się publicznie – o czym stanowi art. 202 § 1 k.k., zaś jakiegokolwiek umieszczanie tych treści w sposób pozwalający na dotarcie do nich innych użytkowników sieci oraz ich pobranie (np. na stronach www), a także wszelkie inne sposoby wprowadzania tych treści do ogólnie dostępnej sieci teleinformatycznej, wyczerpują znamiona rozpowszechniania, prezentowania lub udostępniania, o czym stanowią art. 202 § 2 i 3 k.k.¹⁰

W tym miejscu należy zauważyć, iż w zakresie dotyczącym odpowiedzialności za czyny z art. 202 § 1 i 2 k.k., trudno przypisać realizację znamion tych czynów komukolwiek bezpośrednio za pośrednictwem sieci internet, w ramach prezentacji stron www. W szczególności bowiem autorzy stron www umieszczają zazwyczaj na wstępnej stronie (tytułowej lub reklamowej) informacje, że dalsze strony zawierają treści pornograficzne, a także wymagają dodatkowego potwierdzenia, iż użytkownik który zamierza się załogować na te strony ukończył 18 lat (podczas gdy art. 202 § 2 k.k. w aktualnym brzmieniu stanowi zakaz prezentacji treści pornograficznym jedynie osobom poniżej lat 15). Nie można także nie brać pod uwagę okoliczności, iż aby dostać się na strony o tematyce pornograficznej trzeba podjąć szereg działań, takich jak chociażby wpisanie w wyszukiwarce stosownego słowa-kłucza, odszukania strony po ujawnieniu katalogu stron oraz wejścia na tę stronę poprzez każdorazowe otwieranie kolejnych witryn internetowych. Tym samym wydaje się, iż trudno byłoby w ramach działań poszczególnych osób na gruncie internetu uznać, iż doszło do takiej prezentacji treści pornograficznych w internecie, która narzuciłaby ich odbiór bądź osobie, która sobie tego nie życzy (a podjęła przecież wcześniej działania zmierzające do odszukania i otworzenia takich stron), bądź też małoletniemu poniżej 15. roku życia¹¹.

Natomiast pewne wątpliwości może nasuwać okoliczność, że młodociany, który penetruje internet i natknie się nawet tylko na czołówkę reklamową stron z pornografią, często nawet nie wchodząc na kolejne strony, faktycznie zapoznaje się z treściami pornograficznymi, gdyż zazwyczaj już na tym etapie producenci stron pornograficznych zamieszczają zdjęcia o tematyce pornograficznej, zachęcające potencjalnych użytkowników do odwiedzenia takiej strony¹². Pojawia się więc pytanie, czy takie zetknięcie się małoletniego poniżej 15. roku życia z tego rodzaju wizerunkami, może

¹⁰ J. W a r y l e w s k i, *op. cit.*, s. 54.

¹¹ *Ibid.*, s. 55.

¹² Por. W. S a d u r s k i, *Internet – wolność słowa czy demoralizacja dzieci*, „Rzeczpospolita” 1997, nr 156, s. 19.

stanowią realizację normy art. 202 § 2 k.k. Jak słusznie zauważa Andrzej Adamski, wydaje się jednak, że eksponowanie pornografii na powszechnie dostępnych stronach www implikuje co prawda godzenie się na to, że odbiorcami mogą być także osoby małoletnie, jednakże przepis art. 202 § 2 k.k. nie penalizuje działań skierowanych wobec zbiorowości bliżej nieokreślonych osób małoletnich, lecz sankcjonuje prezentowanie treści pornograficznych konkretnemu, zindywidualizowanemu odbiorcy – konkretnemu małoletniemu poniżej 15. roku życia.

Niewątpliwie będzie można natomiast przypisać sprawstwo z art. 202 § 2 k.k. lub tylko usiłowanie popełnienia czynu z art. 202 § 2 k.k. osobie, która prześle w poczcie elektronicznej na adres e-mail konkretnego małoletniego treści o charakterze pornograficznym¹³. Niezbędnym wymogiem jest jednak, aby sprawca zdawał sobie sprawę, iż osoba, do której takie treści pornograficzne przesyła, nie ukończyła jeszcze 15. roku życia¹⁴.

W obecnej redakcji art. 202 § 1–4 a i b k.k. zupełnie dopuszczalne jest natomiast gromadzenie i rozpowszechnianie, także za pośrednictwem internetu, innych treści pornograficznych o drastycznym często charakterze, jak chociażby pornografii nekrofilskiej lub wiążącej się z szeroką gamą pewnych drastycznych odmian tzw. fetysyzmu lub sadomasochizmu¹⁵. Nieuregulowanie kwestii zakazu prezentacji i posiadania tego rodzaju odmian pornografii uznać należy, jak się wydaje, za błąd legislacyjny, który wymaga korekty.

Kodeks karny w obecnej swojej redakcji rozróżnia trzy rodzaje „przechowywania i posiadania” oraz „sprowadzania” pornografii, przy czym pierwszy typ (art. 202 § 4 a k.k.) wiąże się z samym fizycznym niejako dysponowaniem zakazanymi treściami pornograficznymi, bez woli ich dalszej dystrybucji bądź przekazania z zaznaczeniem, iż muszą dotyczyć one małoletniego poniżej 15. roku życia, zaś dwa kolejne – kwalifikowany (art. 202 § 3 k.k.) oraz dotyczący wytworzonego albo przetworzonego wizerunku małoletniego (art. 202 § 4 b k.k.), wiążą się z dodatkową chęcią sprawcy przekazywania tych treści, a samo przechowywanie i gromadzenie takiej pornografii – z udziałem małoletniego (do 18. roku życia), związanej z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem oraz dotyczącej wytworzonego lub przetworzonego wizerunku małoletniego, jest zazwyczaj etapem pośrednim do jej dalszego rozpowszechniania.

¹³ A. Adamski, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 71.

¹⁴ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 56.

¹⁵ *Ibid.*, s. 56–60.

Dla realizacji znamion czynu z art. 202 § 3 k.k. konieczne jest, aby celem przyświecającym sprawcy produkującemu, utrwalającemu, sprowadzającemu, przechowującemu lub posiadającemu treści pornograficzne z udziałem małoletniego, związane z prezentowaniem przemocy lub zwierzęcia, było „rozpowszechnianie” tych treści pornograficznych (zamiar bezpośredni – kierunkowy). Samo rozpowszechnianie może przy tym nastąpić poprzez czynność jednorazową lub też stanowić szereg czynności. W tym ostatnim wypadku będzie także często dochodzić do zaistnienia czynu ciągłego z art. 12 k.k., gdy sprawca działać będzie w krótkich odstępach czasu oraz w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. Jak się również podkreśla w doktrynie, znamię rozpowszechniania będzie zrealizowane również w przypadku czynności jednorazowej, polegającej na dostarczeniu określonej treści pornograficznej konkretnej osobie, jednakże dokonane ze świadomością, iż treści te zostaną następnie przekazane przez nią innym osobom¹⁶.

Przepis art. 202 § 3 k.k. może jednak w praktyce sprawiać w pewnych sytuacjach trudności interpretacyjne. Co prawda nie sprawia większych trudności określenie konkretnego przejawu treści pornograficznych jako obrazujących działania seksualne z udziałem małoletnich bądź posługiwaniem się zwierzęciem, jednakże pewne wątpliwości w doktrynie wywołało już określenie treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy. Wydaje się, iż za Jarosławem Warylewskim najtrafniej będzie uznać, że kodeksowe sformułowanie „z użyciem przemocy”, należy traktować jako dotyczące autentycznych (a nie inscenizowanych) scen z użyciem przemocy, takich jak np. zapis rzeczywistego gwałtu lub zabójstwa pozostającego w związku z czynnościami seksualnymi lub zgwałceniem (tzw. filmy typu *snuff*). Tym samym nie będzie można uznać za pornografię z udziałem przemocy takich scen, które zostały wyreżyserowane oraz odegrane przez aktorów (tzw. filmy typu *slasher*)¹⁷.

Wątpliwości mogą się także wiązać z oceną zamieszczonego w treści art. 202 § 3 k.k. (a także w treści art. 202 § 4 a k.k.) ustawowego zwrotu „sprowadza”. Bez wątpienia jednak, jak trafnie zauważa Barbara Kunicka-Michalska, znamię „sprowadzania” oznacza także uzyskanie takich treści pornograficznych z internetu¹⁸. W tym też kontekście uznać należy, iż jakie-

¹⁶ K. J. Jakubski, *Rozpowszechnienie pornografii w sieci komputerowej Internet*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 7/8, s. 44.

¹⁷ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 56.

¹⁸ B. Kunicka-Michalska, *Pornografia i wykorzystywanie nieletnich w Internecie. Regulacje polskiego kodeksu karnego*, „Studia Prawnicze – Kwartalnik” 2005, nr 4, s. 95.

kolwiek pozyskiwanie treści pornograficznych o charakterze taksatywnie określonym w treści art. 202 § 4 a k.k., za pośrednictwem internetu i to zarówno z serwera krajowego, jak też zlokalizowanego za granicą – nawet wyłącznie na własny użytek, podlega sankcji karnej. W przypadku zaś art. 202 § 3 k.k. do realizacji znamion przestępstwa konieczne będzie dodatkowe działanie sprawcy z zamiarem rozpowszechniania „sprowadzonych” (lub w inny sposób w rozumieniu art. 202 § 3 k.k. uzyskanych) treści pornograficznych.

Ustawodawca, co wymaga podkreślenia, w art. 202 § 3 k.k. rozszerzył także wiek ochronny osób, co do których zabronione jest produkowanie, utrwalenie lub sprowadzanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z ich udziałem – do granicy lat 18. Wynika to z zamieszczenia w przepisie art. 202 § 3 k.k. określenia „małoletni”, bez elementu „poniżej lat 15”, występującego w treści art. 202 § 2, 4 oraz 4 a k.k. Także w treści art. 202 § 4 b k.k., dodanego nowelizacją z dnia 24 października 2008 r., ustawodawca posługuje się sformułowaniem „wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej” – co również przesuwą granicę wieku chronionego – „wytworzonego albo przetworzonego wizerunku małoletniego” do 18 lat.

Nowelizacja art. 202 k.k., dokonana ustawą z dnia 24 października 2008 r., poprzez dodanie do jego redakcji § 4 b, jest zmianą idącą w dobrym kierunku. W szczególności bowiem przed wskazaną nowelizacją Kodeksu karnego sankcją karną nie były objęte te rodzaje pornografii, będące faktycznie zastępczymi odmianami pornografii pedofilskiej, gdzie w miejscu dzieci występowali dorośli aktorzy ucharakteryzowani na dzieci, oraz pornografii animowanej, tak w formie animacji komputerowych, jak też rysunkowych (często o bardzo wysokim stopniu realności) – popularnych np. w Japonii w formie tzw. *hentai manga* i *hentai anime*¹⁹. Podkreślenia wymaga przy tym okoliczność, że często takie materiały (zwłaszcza pornografia animowana typu manga) – nawet jeżeli nie dokumentują rzeczywistych zdarzeń, w których udział brała osoba małoletnia, mogą być następnie wykorzystywane przez osoby o skłonnościach pedofilskich do przekonywania dzieci, że tego rodzaju zachowania są czymś naturalnym i są rodzajem „zabawy”²⁰. Także w zdecydowany sposób należy odrzucić pojawiające się twierdzenia, a płynące głównie z terenu USA, iż tzw. „porzorzona pornografia dziecięca” wpływa korzystnie na zjawisko pedofilii,

¹⁹ J. W a r y l e w s k i, *op. cit.*, s. 57.

²⁰ A. A d a m s k i, *Karnoprawna...*, *op. cit.*, s. 65.

ponieważ umożliwiałoby rozładowanie napięcia seksualnego u potencjalnych sprawców przestępstw, powstrzymując ich np. od gwałtów. Powoływany przy tym przykład Japonii, w której legalne są materiały w postaci rysunków o zabarwieniu pedofilsko-pornograficznym, a przedstawiające erotyczne treści wiążące się z dziećmi w wieku od 12 do 16 lat (*loli – con*), jest o tyle nietrafny, iż stosunkowo niewielki odsetek przestępstw popełnianych tam na tle seksualnym wynika głównie z uwarunkowań kulturowych i socjologicznych, nie zaś z faktycznej dostępności pewnych form pornografii pedofilskiej dla potencjalnych jej odbiorców²¹.

Niestety nie można nie zauważyć pewnych luk prawnych, które pojawiły się po dokonaniu wskazanej wyżej nowelizacji. W szczególności pojawia się uzasadniona wątpliwość, dlaczego wprowadzając do art. 202 k.k. § 4 b, sankcjonujący produkowanie, rozpowszechnianie, prezentowanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, ustawodawca nie zmienił jednocześnie treści § 4 a wskazanego art. 202 k.k., stanowiącego, iż sankcji karnej podlega sprowadzanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 15. Jak słusznie zauważa Robert Koszut, w aktualnym stanie prawnym doszło więc do zadziwiającej sytuacji gdy karane jest przechowywanie i posiadanie tzw. pozorowanej pornografii z wizerunkami małoletnich poniżej 18. roku życia, zaś sankcji karnej zupełnie nie podlega przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem rzeczywistego małoletniego, który osiągnął już jednak wiek 15 lat²². Dalsze wątpliwości stwarza także okoliczność posługiwania się przez ustawodawcę w redakcji § 4 b art. 202 k.k. sformułowaniem: „treści pornograficzne przedstawiające wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej”. Pojęcie „treść” jest bowiem bytem o charakterze intelektualnym i pozamaterialnym, co oznacza, iż faktycznie nie można ich posiadać. Wskazany przepis § 4 b art. 202 k.k. powinien posługiwać się więc raczej zwrotem „opisującym nośnik takich treści”, co w tym zakresie byłoby unormowaniem zgodnym z art. 1 Decyzji Ramowej Rady Unii Europejskiej 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r., która używa terminu „materiał zawierający treści pornograficzne”²³.

²¹ J. Błachut, *Pozorowana pornografia dziecięca*, „Państwo i Prawo” 2005, nr 4, s. 77–78.

²² R. Koszut, *Cyberpornografia i hacking – wybrane aspekty proponowanej nowelizacji prawa karnego*, „Boston” 2008, nr 5, s. 37.

²³ *Ibid.*

Również Andrzej Adamski, odnosząc się do rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, zawartego w druku nr 458, stwierdzał, że brzmienie art. 202 § 4 b k.k. nie uwzględnia istotnych elementów definicji tzw. wirtualnej pornografii dziecięcej, ani też racji przemawiających za wprowadzeniem tego rodzaju zakazu do ustawodawstwa karnego. W szczególności bowiem nieprzypadkowo art. 1 a iii) decyzji ramowej Rady Unii Europejskiej 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r. posługuje się określeniem: „realistyczne obrazy nieistniejącego dziecka”, co ukierunkowane jest na aktualne możliwości informatyczne, pozwalające na tworzenie za pomocą grafiki komputerowej obrazów perfekcyjnie imitujących rzeczywistość – w tym także w zakresie przedstawień aktów seksualnych z udziałem wytworzonego takimi technikami dziecka. Natomiast w aktualnym brzmieniu art. 202 § 4 b k.k. również wykonane dowolną techniką oraz faktycznie pozbawione cech realizmu wizerunki małoletnich uczestniczących w czynności seksualnej wypełnią ustawowe znamiona tego przestępstwa. Ujęcie takie jest więc zbyt szerokie i pozbawione precyzji²⁴. Nie można także w tym miejscu nie zauważyć, iż tego rodzaju nieostre sformułowania ustawowe na gruncie art. 202 § 4 b k.k., mogą stać się przyczyną trudności w prowadzonych postępowaniach karnych, gdzie konieczność ustalenia, czy dany „wytworzony albo przetworzony wizerunek” dotyczy faktycznie małoletniego, a więc osoby poniżej 18. roku życia, wielokrotnie prowadzi będzie do powołania w sprawie biegłego posiadającego wiadomości specjalne. Może się to przyczynić zarówno do przewlekłości postępowania karnych dotyczących czynów z art. 202 § 4 b k.k., a także znacznie zwiększyć ich koszty. Wielokrotnie, jak się wydaje, wręcz niemożliwe będzie także ustalenie, czy np. konkretny przykład japońskiej mangi – anime, bądź też hentai, ze względu na specyficzne zasady ich tworzenia oraz proporcje takich rysunków (przedstawiających często stylizowaną osobę z twarzą dziecka, lecz posiadającą zarazem w pełni wykształcone narządy płciowe charakterystyczne dla osób dorosłych), stanowi wizerunek jeszcze małoletniego, czy też już osoby dorosłej.

Analizy wymaga także ocena „ostrości” przepisu art. 202 § 4 a k.k. oraz art. 202 § 4 b k.k. w zakresie możliwości przypisania sprawstwa „posiadania” i „przechowywania” pornografii z udziałem osób małoletnich poniżej

²⁴ A. A d a m s k i, *Opinia do projektu ustawy z druku nr 458 Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodek karny oraz niektórych innych ustaw, Biuro Analiz Sejmowych – Opinia zlecona*, Toruń 2008, s. 12–13; do pobrania on-line: [http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/8C3096FB8C026D9AC12574720043B40C/\\$file/i1772_08-.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/8C3096FB8C026D9AC12574720043B40C/$file/i1772_08-.rtf) [6 III 2011 r.].

15. roku życia oraz analogicznie wytworzonego albo przetworzonego wizerunku małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, konkretnemu użytkownikowi internetu oraz innym osobom. Nie ulega wątpliwości, że osoba, która posiada wskazane rodzaje pornografii i gromadzi je np. na twardym dysku swojego komputera w celach nawet tylko osobistego oglądania, w pełni realizuje normę art. 202 § 4 a lub/i art. 202 § 4 b k.k. Problemem jednak staje się na gruncie art. 202 § 4 a k.k. lub art. 202 § 4 b k.k. w ich obecnie obowiązującej formie, wyłączenie kręgu pewnych osób spod odpowiedzialności karnej za przedmiotowy czyn. Nie ulega natomiast wątpliwości, że w ramach np. prowadzonych czynności śledczych bądź postępowań przed sądem, dochodzi do gromadzenia w celach dowodowych i procesowych, a więc zarazem do „przechowywania” podlegających penalizacji treści pornograficznych np. w aktach sprawy, na płytach CD-R do nich dołączonych lub wprost w komputerach techników kryminalistycznych czy też biegłych. Zgodnie jednak z aktualnym brzmieniem przepisów art. 202 § 4 a i b k.k. także wszystkim tym osobom należałoby przedstawić zarzut posiadania i przechowywania takich treści pornograficznych. Bez wątpienia mamy tutaj do czynienia z logicznym błędem ustawodawcy w zakresie stanowienia prawa, który jak najszybciej winien być naprawiony. Jak słusznie sugeruje A. Adamski, aby wyeliminować opisywany błąd logiczny, wystarczyłoby zamieścić w art. 202 § 4 a k.k. (i w art. 202 § 4 b) po zaimku „kto” zwrot „bez uprawnienia” lub też stworzyć w ramach art. 202 k.k. kolejny przepis, który będzie stanowił, iż nie podlega karze za posiadanie, przechowywanie lub też sprowadzenie treści pornograficznych opisywanych w § 4 a i b ten, kto będąc do tego uprawnionym, podejmuje czynności określone w tym przepisie²⁵.

Realność niebezpieczeństwa przypisania na gruncie obecnie obowiązującego art. 202 § 4 a i b k.k. winy w zakresie posiadania i przechowywania treści pornograficznych np. z udziałem małoletnich poniżej 15. roku życia lub wytworzonych i przetworzonych wizerunków małoletniego osobie, która nawet nie musi zdawać sobie sprawy, iż na twardym dysku swojego komputera takie treści posiada, jest niebagatelna. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, gdy w ramach tzw. spamu przesyłane są materiały o treści pedofilskiej z portalu internetowego istniejącego w kraju, w którym posiadanie tego rodzaju pornografii jest legalne (np. Japonia). Materiały te są przy tym przesłane w formie plików zapisujących się na twardym dysku komputera użytkownika, który nieopatrznie taką przesyłkę spamową otwo-

²⁵ A. Adamski, *Karnoprawna...*, op. cit., s. 69.

rzył. W następstwie np. dalszych czynności organów ścigania, polegających na zabezpieczeniu i sprawdzeniu zawartości twardego dysku komputera takiej osoby, np. w związku z innymi czynnościami procesowymi, okazuje się, że osoba taka posiada w swoim komputerze treści pornograficzne o charakterze pedofilskim. Na gruncie obecnego brzmienia art. 202 § 4 a i b k.k. osoba taka ponosi także odpowiedzialność za posiadanie zakazanych treści pornograficznych, mimo iż faktycznie mogła nie zdawać sobie sprawy, że je posiada, a nawet nigdy z nimi się nie zapoznawać. Również R. Koszut na gruncie art. 202 § 4 b k.k. wskazuje, że w praktyce można sobie wyobrazić sytuację, gdy dany użytkownik odwiedzający strony internetowe poświęcone japońskim komiksom manga natknie się również na ich odmianę w postaci hentai, zawierające animizowane sceny pornograficzne z wizerunkami małoletnich. Gdy dodatkowo komputer takiego użytkownika dokona automatycznego zapisu w pamięci niektórych z przeglądanych wizerunków hentai – o czym użytkownik powinien wiedzieć i mieć tego świadomość – dojdzie do zrealizowania literalnego brzmienia art. 202 § 4 b k.k.²⁶

Innym zagadnieniem wymagającym precyzyjnej regulacji, a istotnym z punktu widzenia oceny materiału dowodowego przez organy procesowe jest analiza możliwości przypisania winy oraz sprawstwa osobie, która posiada na twardym dysku swojego komputera treści o charakterze pornografii wskazanej w art. 202 § 4 a i b k.k., przy czym treści te uprzednio zostały umieszczone w tzw. „koszu” systemu operacyjnego oraz usunięte z tzw. plików jawnych. Dla większości użytkowników systemów informatycznych i komputerów zabieg ten jest tożsamy z fizycznym opróżnieniem twardego dysku z zapisów, w rzeczywistości jednak treści takie nadal na twardym dysku się znajdują, jednakże w strefie niedostępnej już dla przeciętnego posiadacza komputera. Niemniej można odzyskać ich zapis za pomocą chociażby specjalistycznych programów komputerowych, wykorzystywanych w technikach kryminalistycznych (np. program encase). Oczywiście jest przy tym, że odpowiedzialność powinien ponieść wyłącznie bezpośredni sprawca, który uprzednio materiały takie umieścił na twardym dysku własnego komputera oraz przez określony czas je posiadał i przeglądał, po czym usunął je z ogólnie dostępnej strefy dysku, aby zrobić miejsce dla innych danych. Ocenne będzie jedynie to, czy sprawstwo posiadania tego rodzaju materiałów pornograficznych można przypisać mu w całym okresie, gdy znajdują się one na twardym dysku komputera, czy też jedynie do momentu ich usunięcia do tzw. kosza i uczynienia niedostępnymi bez specjalnych

²⁶ R. Koszut, *op. cit.*, s. 38.

zabiegów informatycznych. Jak się wydaje, w przypadku gdy omawiany sprawca nie ma możliwości odzyskania uprzednio usuniętych treści pornograficznych, należałoby uznać, iż chwila ich usunięcia z jawnej strefy pamięci twardego dysku będzie zarazem momentem końcowym, do którego możemy wskazanej osobie przypisać zarzut czynu z art. 202 § 4 a k.k. lub/i z art. 202 § 4 b k.k. – przy założeniu, że technikami informatycznymi uda się w sposób pewny ustalić datę początkową uzyskania tych treści pornograficznych oraz datę ich usunięcia za pośrednictwem „kosza”.

W przypadku innego sposobu interpretacji omawianego zagadnienia należałoby bowiem przypisać sprawstwo posiadania takich materiałów pornograficznych również kolejnemu nabywcy komputera (z czym stosunkowo często mamy do czynienia np. poprzez sprzedaż komisową), który faktycznie nie może nawet zdawać sobie sprawy, jakie uprzednio materiały i zapisy mieścił twardego dysku nabytego komputera – pozornie wyczyszczony z uprzednich treści. Osoba taka mogłaby tym samym być narażona na konieczność żmudnego wykazywania w ramach toczącego się procesu karnego – zainicjowanego na skutek zabezpieczenia jej komputera przez organy ścigania – swojej nieświadomości w zakresie posiadania w niejawnym partycjach twardego dysku komputera treści o charakterze pedofilskim, a co więcej, w przypadku braku możliwości przeprowadzenia przekonującego dowodu w tej kwestii ponieść odpowiedzialność karną z art. 202 § 4 a i b k.k. faktycznie za czyny innej osoby. Omawiany problem interpretacyjny można natomiast rozwiązać w drodze prostej zmiany treści art. 202 § 4 a i b k.k. oraz zamieszczenia w redakcji tych przepisów dodatkowo zwrotu: „,kto ... przechowuje lub posiada także na informatycznym nośniku danych w sposób zapewniający każdorazową dostępność treści pornograficzne...”. Brak możliwości odzyskania przez daną osobę usuniętych uprzednio plików zawierających np. pornografię dziecięcą z niejawnym partycji twardego dysku komputera, a więc wykazanie, że użytkownik nie posiadał niezbędnych do tego programów, byłby przy takiej redakcji wskazanych przepisów tożsamy ze skutecznym wyzbyciem się tych treści.

Jako zupełnie nietrafiony zabieg legislacyjny należy potraktować także zamieszczenie w ramach wskazanej wyżej nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 24 października 2008 r. nowego przepisu art. 101 § 4 k.k., stanowiącego, iż przedawnienie karalności przestępstw określonych m.in. w art. 202 § 2 i 4 k.k., jak też w art. 202 § 3 k.k. – w przypadku gdy pokrzywdzonym jest osoba małoletnia, nie może nastąpić przed upływem 5 lat od ukończenia przez pokrzywdzonego 18 lat. Jak się jednak wydaje, dużym problemem

stricte prawnym będzie w wielu sytuacjach ustalenie momentu początkowego, od którego liczyć będzie można w odniesieniu do konkretnego sprawcy przestępstw – w tym w szczególności z art. 202 § 3 k.k., początku biegu dodatkowego – 5. letniego okresu przedawnienia karalności (a więc od chwili ukończenia przez pokrzywdzonego 18 lat). Gdy w odniesieniu do czynu z art. 202 § 2 k.k. oraz art. 202 § 4 k.k. zwykle możliwe będzie ustalenie faktycznego pokrzywdzonego oraz jego wieku w momencie przestępstwa, tak w przypadku czynu z art. 202 § 3 k.k. zazwyczaj będzie to utrudnione lub wręcz niemożliwe. W sytuacji bowiem, gdy u konkretnego sprawcy organy procesowe dokonają zabezpieczenia znacznej liczby nośników zawierających treści pornograficzne, co do których sprawca uprzednio, np. w celu rozpowszechniania, treści te sprowadził, przechowuje lub też posiada, a które dotyczyć będą znacznej liczby (co ma zazwyczaj miejsce) osób małoletnich – w większości także anonimowych bądź trudnych do personalizacji, pojawi się trudność w ustaleniu wieku wskazanych pokrzywdzonych małoletnich w chwili czynu, a tym samym stwierdzenia, kiedy osiągnęły one bądź też osiągną wiek 18 lat. Organy procesowe zmuszone będą w takiej sytuacji tworzyć swoistą fikcję prawną – domyślając się bardziej (wobec braku precyzyjnych danych) kiedy ostatnia (najmłodsza) z np. kilku tysięcy osób małoletnich uwidocznionych na zdjęciach i filmach zabezpieczonych u sprawcy osiągnie pełnoletniość, aby obliczyć okres przedawnienia przestępstwa z art. 202 § 3 k.k. Dodatkowo często pojawiać się będzie także problem z określeniem rzeczywistego czasu, kiedy faktycznie dany film bądź też zdjęcie dotyczące małoletniego zostało wykonane. W praktyce oznaczać to może brak możliwości jednoznacznego określenia końca biegu terminu przedawnienia karalności przestępstwa z art. 202 § 3 k.k.

Warto także zauważyć, iż często zdarzają się w ramach sieci internet zachowania, gdy pedofil podszywa się na forum dyskusyjnym pod osobę małoletnią w celu nawiązania kontaktu z faktycznym małoletnim, a następnie wykorzystywania takiego kontaktu – poprzez wymianę określonego rodzaju korespondencji oraz przesyłanie np. zdjęć o treści pedofilskiej do małoletniego, bądź co gorsza zwabienia takiej osoby żeby bezpośrednio wykorzystać w celach seksualnych. Na niebagatelną skalę takiego zjawiska wskazywała chociażby okoliczność, iż w ramach UNESCO powołane zostały specjalne grupy dla ochrony osób małoletnich przed niebezpieczeństwem kontaktu z pedofilami za pośrednictwem internetu, takie jak np. Narodowy Komitet na rzecz „Zagrożonej Niewinności” (National Action Committee for

„Innocence in Danger”) działający w USA oraz grupa do walki z podobnymi zjawiskami – Cyberangels²⁷.

Dotychczas na gruncie polskiego kodeksu karnego opisywane zjawisko nie było karalne, a ściganiu podlegała wyłącznie faza skutkowa – a więc w ramach art. 200 k.k., dotyczącego już etapu realizacji czynności seksualnych wobec małoletniego, po nawiązaniu z nim kontaktu przez pedofila. Dopiero nowelizacja Kodeksu karnego dokonana ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. uregulowała również ściganie tych czynności sprawczych, które zmierzają do nawiązania przez pedofila kontaktu za pośrednictwem internetu z osobą małoletnią (tzw. *grooming*), w szczególności także poprzez podszycie się pod innego małoletniego – w celu uwiedzenia takiej osoby. Przepis art. 200 a § 1 k.k. stanowi bowiem, iż kto w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2 k.k. (zgwałcenie małoletniego poniżej lat 15) lub art. 200 k.k. (obcowanie płciowe oraz inne czynności seksualne z małoletnim poniżej 15 lat, a także prezentowanie czynności seksualnych w celu zaspokojenia seksualnego małoletniemu poniżej 15 lat), jak również produkowania lub utrwalania treści pornograficznych, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej nawiązuje kontakt z małoletnim poniżej lat 15, zmierzając za pomocą wprowadzenia w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej do spotkania z nim, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. Dodatkowo art. 200 a § 2 k.k. sankcjonuje karą grzywny, karą ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 działanie sprawcy, który za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej małoletniemu poniżej lat 15 składa propozycję obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych i zmierza do jej realizacji.

Niewątpliwie *grooming* jako zjawisko społeczno-kryminalne, znany był także w dobie przedinternetowej, z tym iż nawiązywanie relacji sprawca (pedofil) – ofiara (małoletni) ograniczało się w zasadzie do uwodzenia małoletnich poprzez bezpośredni kontakt i rozmowę dziecka z osobą o skłonnościach pedofilskich. W następstwie tego często dochodzić mogło do nawiązania określonej więzi ofiary z pedofilem, który w zamian za możliwość seksualnego wykorzystywania dziecka w dłuższym okresie

²⁷ M. Kłiś, *Przestępczość w Internecie, zagadnienia podstawowe*, CPKiNP 2000, z. 1, s. 21.

czasu roztaczał nad nim swoiście pojmowaną „opiekę”, wręczając kwoty pieniężne, upominki czy też nawet zapewniając utrzymanie i mieszkanie dla wykorzystywanego dziecka²⁸. Sieć internet stworzyła w tym względzie dodatkowe możliwości nawiązywania kontaktów osób o skłonnościach pedofilskich z małoletnimi ofiarami bezpośrednio poprzez fora dyskusyjne i czaty, a także komunikatory internetowe (np. pospolity komunikator „gadu-gadu”), i *de facto* rozszerzyła niebezpieczeństwa związane z tym zjawiskiem do niewyobrażalnych wprost granic. Pedofil skrywając zazwyczaj swoją tożsamość, a często i wiek, oraz podając się za osobę małoletnią, w sposób praktycznie anonimowy może kontaktować się z określonym dzieckiem w ramach wspomnianych komunikatorów oraz zachęcać dziecko do spotkania w celu doprowadzenia do jednorazowych bądź też wielokrotnych kontaktów o charakterze seksualnym, udziału w nagraniach o charakterze pornograficznym czy też nawet uprowadzenia w celach wykorzystania seksualnego. Pedofil może także nakłaniać małoletniego do przesłania mu własnych zdjęć czy też udostępniać takiemu dziecku treści pornograficzne (np. rysunki z japońskich, pornograficznych komiksów o charakterze manga – hentai), w celu przełamania jego oporu oraz zasugerowania, że intymne kontakty seksualne dziecka z dorosłym „są czymś zupełnie normalnym i akceptowanym”, a nawet są formą zabawy. Warto jedynie wskazać, iż jak wynika z badań ankietowych prowadzonych za pośrednictwem internetu w Polsce w 2004 r. przez fundację „Dzieci Niczyje” na grupie 9000 dzieci w wieku od 12 do 17 lat, 54% ankietowanych dzieci przyznało, iż uprzednio otrzymało propozycję spotkania z inną osobą, którą poznało za pośrednictwem internetu. Z propozycji tej skorzystało przy tym aż 25% ankietowanych dzieci²⁹.

Przepisy art. 200 a § 1 i 2 k.k. są wynikiem dostosowania polskiego prawa karnego do wymogów art. 23 cytowanej na wstępie Konwencji Rady Europy z 2007 r. z Lanzarote o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, zobowiązującego strony konwencji do przyjęcia koniecznych środków ustawodawczych lub innych w celu zapewnienia karalności umyślnego składania dziecku, które nie ukończyło wieku określonego w wyniku zastosowania

²⁸ P. Karlik, *Grooming*, „Edukacja Prawnicza” 2010, nr 1, artykuł dostępny on-line: http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_artykuly&cid=4&id=987 [6 III 2011 r.].

²⁹ P. Karlik, *Wykrywanie przestępstw pedofilii w Internecie*, „Edukacja Prawnicza”, artykuły on-line: http://www.edukacjaprawnicza.pl/index.php?mod=m_aktualnosci&cid=69&id=864&p=1 [6 III 2011 r.].

art. 18 ust. 2, przez osobę dorosłą za pośrednictwem technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych, propozycji spotkania w celu popełnienia przeciwko dziecku któregokolwiek z przestępstw określonych w art. 18 ust. 1 lit. a lub art. 20 ust. 1 lit. a, w sytuacji, gdy za taką propozycją idą faktyczne działania mające na celu doprowadzenie do takiego spotkania. Tym samym tzw. „nagabywanie dzieci dla celów seksualnych” dotyczyć winno zgodnie z uregulowaniami konwencji propozycji spotkań sprawcy z dzieckiem w celu uczestniczenia w czynnościach seksualnych z udziałem dziecka, które zgodnie z prawem krajowym nie osiągnęło wieku umożliwiającego mu wyrażenie zgody na podejmowanie czynności seksualnych (art. 18 ust. 1 a) oraz w celu produkcji pornografii dziecięcej (art. 20 ust. 1 a).

Jak się wydaje, przepisy art. 200 a § 1 i 2 k.k. w pełni realizują zalecenia zawarte w art. 23 konwencji z Lanzarote, dostosowując polskie prawo karne w tym zakresie do wymogów unijnych. Przestępstwa z art. 200 a § 1 i/lub § 2 k.k. są przy tym przestępstwami o charakterze umyślnym, które popełnić można wyłącznie z zamiarem bezpośrednim. W szczególności w przypadku czynu z art. 200 a § 1 k.k. sprawca zachowaniem swoim – działając za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej – bezpośrednio zmierza do uzyskania spotkania z małoletnim poniżej 15 lat w celu popełnienia na jego osobie przestępstw z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub z art. 200 k.k., lub też produkowania czy też utrwalania treści pornograficznych z jego udziałem. Sprawca musi przy tym oddziaływać na psychikę oraz decyzję małoletniego poniżej 15 lat poprzez wprowadzenie go w błąd, wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo też przy użyciu groźby bezprawnej. Jak się wydaje najbardziej prawdopodobne mogą być przy tym sytuacje dotyczące wyzyskania błędu małoletniego, na przykład poprzez przedstawienie się przez pedofila na forum internetowym jako rówieśnik małoletniego w celu nakłonienia go do spotkania. Interpretacja omawianego przepisu prowadzi również do wniosku, że nie jest niezbędny do wypełnienia znamion czynu z art. 200 a § 1 k.k. fakt ostatecznego dojścia do bezpośredniego spotkania z małoletnim poniżej 15. roku życia przez sprawcę, który wcześniej z nim się w celu określonym w tym przepisie kontaktował za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej lub systemu teleinformatycznego. Wystarczającym będzie już samo nawiązanie przez sprawcę kontaktu poprzez sieć internet z małoletnim poniżej 15. roku życia – jednakże z intencją skłonienia go do spotkania. Dodatkowo sprawcy musi przy tym towarzyszyć zamiar wykorzystania wskazanego małoletniego (w przypadku dojścia spotkania do skutku), poprzez popełnienie na

nim określonych w tym przepisie czynów karalnych. Bez wątplenia jednak w praktyce trudno będzie wykazać zamiar realizacji czynu z art. 200 a § 1 k.k. sprawcy w przypadku, gdy został on zatrzymany przez organy ścigania przed faktycznym spotkaniem z małoletnim lub w trakcie tego spotkania, lecz w sytuacji gdy nie rozpoczął jeszcze etapu realizacji np. czynu z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub z art. 200 k.k. W takim wypadku – zakładając, iż sprawca nie przyzna się do winy, a więc do zamiaru wykorzystania małoletniego do określonych zachowań lub czynności o charakterze seksualnym, a zarazem z treści zarejestrowanego przez organy ścigania cyklu zapytań i odpowiedzi w komunikatorze internetowym nie będzie można w sposób jednoznaczny odczytać woli sprawcy „nagabywania małoletniego” w celach seksualnych określonych taksatywnie w art. 200 a § 1 k.k. i dążenia do spotkania z nim, a także brak będzie innych dowodów w postaci podjęcia co najmniej początkowego etapu czynności z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub art. 200 k.k. przez sprawcę, wątpliwą jawi się możliwość postawienia takiej osobie zarzutów z art. 200 a § 1 k.k.

Nieco mniej wątpliwości stwarza natomiast interpretacja art. 200 a § 2 k.k., stanowiącego, iż kto za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej małoletniemu poniżej lat 15 składa propozycję obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych, i zmierza do jej realizacji, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. W tym wypadku już z treści samego zapisu informacji przekazywanych małoletniemu poniżej 15 lat przez sprawcę za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej musi wynikać w sposób jednoznaczny propozycja obcowania płciowego z takim małoletnim, poddania się przez niego lub wykonania na nim innej czynności seksualnej lub propozycja udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych. W szczególności więc, gdy sprawca jednoznacznie nakreśli swoje oczekiwania od małoletniego o charakterze propozycji obcowania płciowego lub innych czynności seksualnych, wskazując przy tym dodatkowe elementy uwiarygodniające jego propozycję (miejsce spotkania, ewentualną rekompensatę pieniężną za wskazane czynności, swój numer telefonu, adres zamieszkania), bądź też będzie się z nim kontaktować w tym celu wielokrotnie, uznać będzie można takie zachowanie za „zmierzanie przez sprawcę do realizacji” złożonej uprzednio małoletniemu propozycji o charakterze seksualnym.

Warto także zauważyć, iż w ślad za nowelizacją Kodeksu karnego w zakresie czynu z art. 200 a § 1 i 2 k.k., dokonano także tą samą ustawą

z dnia 5 listopada 2009 r. nowelizacji ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (tj. Dz.U. z 2007 r., Nr 43, poz. 277 ze zm.), poprzez dodanie do katalogu przestępstw wymienionych w art. 19 ust. 1 pkt 2 ww. ustawy, co do których możliwe jest stosowanie tzw. „prowokacji policyjnej”, czyli czynności operacyjno-rozpoznawczych opartych na podstępnie – także art. 200 a k.k. Oznacza to, iż funkcjonariusze Policji mogą aktualnie na podstawie stosownego postanowienia sądu okręgowego wydanego na piśmie wniosek Komendanta Głównego Policji – złożony po uzyskaniu pisemnej zgody Prokuratora Generalnego albo na pisemny wniosek Komendanta Wojewódzkiego Policji złożony po uzyskaniu pisemnej zgody właściwego miejscowo Prokuratora Okręgowego, stosować tzw. kontrolę operacyjną także w odniesieniu do czynów i sprawców z art. 200 a k.k. w sytuacji, gdy inne środki okazały się bezskuteczne albo zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że będą nieskuteczne lub nieprzydatne. Dodatkowo zgodnie z treścią art. 19 a ust. 1 i 2 ustawy o Policji, w sprawach o przestępstwa określone w art. 19 ust. 1 czynności operacyjno-rozpoznawcze zmierzające do sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa, mogą polegać na dokonaniu w sposób niejawni nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione lub też na złożeniu propozycji takiego nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa – opisanych powyżej, a także przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej.

Przywołując w tym miejscu także spostrzeżenia Piotra Karlika, należy z żalem stwierdzić, iż tzw. „prowokacja policyjna” pomimo włączenia do katalogu art. 19 ust. 1 ustawy o Policji także czynów z art. 200 a k.k., wydaje się w odniesieniu do możliwości wykrywania tych przestępstw za pośrednictwem sieci internet mało przydatna. Trudno sobie bowiem wyobrazić okoliczności związane z możliwością prowadzeniem takich czynności operacyjno-rozpoznawczych, jak „nabycie, zbycie, lub przejęcie przedmiotów pochodzących z przestępstwa, ulegających przypadkowi, albo których wytwarzanie, posiadanie, przewożenie lub obrót są zabronione lub też na złożeniu propozycji takiego nabycia, zbycia lub przejęcia przedmiotów pochodzących z przestępstwa, a także przyjęcia lub wręczenia korzyści majątkowej” – w odniesieniu do czynu z art. 200 a § 1 lub 2 k.k. Dodatkowo – zakładając, iż czynności te mogłyby polegać (co nie znajduje jednak bezpośredniego odniesienia do możliwości działań operacyjno-rozpoznawczych Policji w ramach obowiązujących przepisów ustawy o Policji) na próbie

kontaktu z pedofilem za pośrednictwem sieci internet przez funkcjonariusza Policji udającego dziecko, w celu sprawdzenia uzyskanych wcześniej wiarygodnych informacji o przestępstwie *groomingu* oraz ustalenia sprawców i uzyskania dowodów przestępstwa z art. 200 a k.k., pojawia się problem możliwości wykorzystania takiego dowodu w trakcie postępowania karnego, przy założeniu, iż brak będzie innych bezpośrednich dowodów czynu z art. 200 a k.k. Oczywiście jest bowiem, iż do znamion czynu zarówno z art. 200 a § 1 jak też § 2 k.k. należy kontakt sprawcy za pośrednictwem sieci telekomunikacyjnej lub systemu teleinformatycznego bezpośrednio z małoletnim poniżej 15. roku życia. Tym samym kontakt takiej osoby z udającym dziecko policjantem w żadnym razie nie wyczerpie znamion tego przestępstwa³⁰.

Istotną innowacją dokonaną w ramach nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2009 r. (Dz.U. Nr 206, poz. 1589), jest także wprowadzenie do katalogu tzw. przestępstw „antypedofilskich” przepisu art. 200 b k.k., sankcjonującego karą grzywny, ograniczenia wolności lub pozbawienia wolności do lat 2 publiczne propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim. Przepis ten uznać należy za krok w dobrym kierunku. W szczególności bowiem zjawisko „pedofilii” – godzące w podstawowe dla każdego społeczeństwa wartości i dobra, jakimi jest prawidłowy i niezakłócony rozwój fizyczny i psychiczny dziecka – zasługuje ze wszelkich miar na zwalczanie. Abstrahując także od konieczności zapewnienia przez państwo stosownego leczenia dla osób o psychicznie ukształtowanych skłonnościach pedofilskich – jako schorzenia i zapewnienia im właściwej opieki medycznej i psychiatrycznej, nie można tracić z pola widzenia, iż znaczna część sprawców popełniających przestępstwa o charakterze pedofilskim to tzw. sprawcy okazjonalni (pedofilia zastępcza), którzy poza normalnymi kontaktami seksualnymi z osobami dorosłymi mogą – zachęceni przez określone fora skupiające osoby o skłonnościach pedofilskich umniejszające negatywne strony pedofilii – podjąć także tego rodzaju zachowania.

Cytowana wyżej ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy Kodeks karny wprowadziła także nowy przepis art. 191 a § 1 k.k., stanowiący, iż kto utrwala wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp, albo wizerunek nagiej osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody rozpowszechnia, podlega karze pozbawienia wolności od

³⁰ *Ibid.*

3 miesięcy do lat 5. Co prawda przepis art. 191 a § 1 k.k. nie stanowi wprost o możliwości dokonania przedmiotowego przestępstwa za pośrednictwem sieci teleinformatycznej, w tym zwłaszcza sieci internet, nie mniej nie ulega wątpliwości, iż głównie takich przestępstw art. 191 a § 1 k.k. dotyczy. Rozwój bowiem nowych technologii komunikacji na odległość, w tym zwłaszcza internetu, oraz możliwości techniczne jakie daje ta sieć komputerowa, stwarzają niebezpieczeństwo zamieszczenia na określonych portalach bądź też serwisach internetowych – głównie społecznościowych typu Web 2.0, zdjęć bądź też filmów utrwalonych np. przez jednego z partnerów seksualnych podstępem lub poprzez nadużycie stosunku zaufania w odniesieniu do drugiej osoby. Jak podkreśla się także w doktrynie, często takie bezprawne publikacje nagrań obrazu nagiej osoby bądź też aktów seksualnych pomiędzy partnerami, uzyskanych bez zgody drugiej osoby, stają się narzędziem do popełniania kolejnych czynów karalnych, a w szczególności gróźb bezprawnych czy też wymuszeń³¹.

W przypadku czynu z art. 191 a § 1 k.k. sprawca działać musi umyślnie (poprzez przemoc, groźbę bezprawną lub za pomocą podstępów) oraz z zamiarem bezpośrednim – w celu utrwalenia wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej jak też rozpowszechnienia tego wizerunku. Możemy przy tym wyróżnić trzy sytuacje stanowiące niejako odrębne grupy zachowań możliwe do realizacji na gruncie art. 191 a § 1 k.k. W pierwszym wypadku sprawca wejdzie w posiadanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej wbrew jej woli – utrwalając taki wizerunek oraz używając w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub też podstępów, przy czym w omawianej sytuacji do realizacji znamion czynu z art. 191 a § 1 k.k. nie jest dodatkowo konieczne rozpowszechnienie takiego utrwalonego wizerunku określonej osoby. W drugim natomiast wypadku sprawca wejść może w posiadanie utrwalonego wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej – także za jej zgodą, jednakże następnie wbrew dalszej woli wskazanej osoby wizerunek ten rozpowszechni. Oczywiście możliwa jest także trzecia sytuacja – rozpowszechniania przez sprawcę uprzednio osobiście przez siebie utrwalonego wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, który uzyskał wbrew woli pokrzywdzonego.

Aby podkreślić prawo każdej dorosłej i w pełni sprawnej intelektualnie osoby do samodecydowania o swobodnym, a zarazem niesprzecznym z prawem dysponowaniu swoim ciałem w kontekście czynności seksualnych

³¹ R. Koszut, *op. cit.*, s. 38.

– także w zakresie możliwości utrwalania swojego wizerunku w trakcie czynności seksualnych i jego dalszego rozpowszechniania – ustawodawca pozostawił każdej pokrzywdzonej przestępstwem z art. 191 a § 1 k.k. osobie możliwość podjęcia decyzji o woli ścigania sprawcy przestępstwa, uznając w treści art. 191 a § 2 k.k., iż ściganie przedmiotowego przestępstwa następuje jedynie na wniosek pokrzywdzonego.