

TOMASZ PUDO

PORNOGRAFIA W INTERNECIE — ASPEKTY PRAWNOKARNE

Pornografia jest jednym z tych, zapewne niezbyt licznych, tematów związanych z prawem karnym, które znacznie bardziej interesują nieprawników niż prawników. Ilość skazań za „pornografię” jest niezwykle niska i rzadko przekracza liczbę 100 rocznie. Nadto są to na ogół przypadki nie budzące wątpliwości, w związku z czym nie mają okazji pojawić się w toku procesu istotne zagadnienia prawne, które mogłyby zainteresować doktrynę. Że problemy istnieją, dowodzi jednak niezwykle niska liczba stwierdzonych „przestępstw pornograficznych” — zaledwie 74 w okresie od 1 września 1998 do 31 stycznia 2000¹ (z których połowa zakończyła się aktem oskarżenia)² — oraz to, że każda nieomal sprawa kończy się skazaniem (z 16 zakończonych, skazaniem zakończyło się 13)³. W społecznym odczuciu policja i prokuratura zajmują się sprawami oczywistymi, nie angażując się w bardziej zawiłe kwestie. Trudności powiększa jeszcze fakt szybkiego rozwoju technicznego, w szczególności w zakresie technik komputerowych. Należy bowiem pamiętać, że większość pojęć używanych przez nasz Kodeks karny ma swój rodowód w kodeksach jeszcze XIX-wiecznych, kodeksie austriackim z 1852 r. i niemieckim z 1871 r., i obecnie mogą one „nie przystawać” do nowych zjawisk spowodowanych szybkim rozwojem techniki.

Nie będę tu rozważał, co to jest pornografia, bowiem na ten temat powiedziano już wystarczająco dużo⁴. Nie będę się zajmował także całością

¹ M. Mozgawa, P. Kozłowska, *Prawnokarne aspekty rozpowszechniania pornografii (analiza dogmatyczna i praktyka ścigania)*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 3, s. 23.

² *Ibidem*.

³ *Ibidem*, s. 36.

⁴ M. Filar, *Pornografia*, PUG 1993, nr 8–9.

materii z nią związanej; skupię się tylko na kwestiach dotyczących popełnienia przestępstw „pornograficznych” za pomocą sieci Internet.

I

Umieszczenie treści pornograficznych na stronie WWW (a także inne formy pornografii internetowej) może, w zależności od konkretnego stanu faktycznego, stanowić przestępstwo z art. 202 § 1, § 2 i § 3 k.k.

Artykuł 202 § 1, od którego chciałbym zacząć niniejsze rozważania, zakazuje publicznego prezentowania treści pornograficznych w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która sobie tego nie życzy. W kontekście strony WWW należy więc rozważyć trzy elementy konieczne do zaistnienia tego przestępstwa:

1) czy umieszczenie strony WWW w sieci jest publicznym prezentowaniem;

2) czy sposób umieszczenia owej strony jest taki, że treści na niej zawarte mogą zostać narzucone, ale tylko temu, kto:

3) sobie tego nie życzy.

Co do punktu 1), to moim zdaniem teza J. Warylewskiego, że „prezentacja treści pornograficznych w Internecie bez wątplenia odbywa się publicznie”⁵ nie może się ostać przy bliższej analizie. Według komentarza⁶ do Kodeksu karnego pod redakcją Andrzeja Zolla, prezentowanie treści pornograficznych można uznać za publiczne, gdy przekaz dociera albo może dotrzeć do szerszego, bliżej nie określonego (anonimowego) kręgu osób. Z kolei Patrycja Kozłowska i Marzena Kucharska⁷ są zdania, że chodzi tu o „wszelkie formy prezentowania, które dają możliwość zapoznania się z takimi treściami każdemu potencjalnemu odbiorcy bez konieczności pokonywania jakichkolwiek przeszkód czy spełniania szczególnych wymogów”. Jak się wydaje, obie te definicje się uzupełniają, tak że przez ogólne sformułowanie „przekaz

⁵ J. Warylewski, *Pornografia w Internecie — wybrane zagadnienia karnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4, s. 52; w doktrynie pojawiają się głosy jeszcze dalej idące, i tak np. K. Gienas (*Pornografia w Internecie — zarys problematyki*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 4, s. 18) uważa, że już samo umieszczenie stron na serwerze jest ich publiczną prezentacją i rozpowszechnianiem.

⁶ M. Rodzyńkiewicz, w: *Komentarz do Kodeksu karnego — część szczególna*, red. A. Zoll, Kraków 1999, s. 572.

⁷ P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawnokarne aspekty pornografii*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 4, s. 25.

może dotrzeć do szerszego, bliżej nie określonego kręgu osób” z pierwszej definicji, trzeba rozumieć sytuację, gdy odbiorca nie musi pokonywać żadnych przeszkód czy spełniać określonych warunków, by zapoznać się z przekazem. W przypadku Internetu, z publicznym „prezentowaniem” będziemy mieli do czynienia zatem tylko wtedy, gdy nie ma żadnych przeszkód w zapoznaniu się z treścią strony WWW. Jeżeli hasło, umożliwiające dostęp do strony, może otrzymać tylko oznaczona, zindywidualizowana osoba, nie będziemy mieli do czynienia z działaniem „publicznym”. Czy przeszkodą taką jest jednak hasło zabezpieczające dostęp do strony, które każdy może nabyć za odpowiednią opłatą? Wymagałoby to szczegółowej analizy, której z przyczyn, o których będzie mowa dalej, nie ma sensu tu przeprowadzać. Ciekawszy od „publicznego charakteru” jest zwrot „prezentuje”. Słowo to oznacza bowiem w zasadzie jakąś aktywność sprawcy, jakieś starania z jego strony, by ktoś zapoznał się z rzeczami przez niego prezentowanymi. Czy w przypadku strony internetowej, na którą wchodzi się z własnej woli, przez swoje działanie, możemy mówić o aktywności sprawcy? Jeśli strona jest prawidłowo oznaczona, wskazane jest wyraźnie, że na stronie znajdują się materiały pornograficzne, to tylko i wyłącznie od uznania użytkownika Internetu zależy, czy zapozna się z tymi treściami. W przypadku działania jedynie użytkownika Internetu, nie można więc mówić o „prezentowaniu” mu takich materiałów. Prezentowanie będzie miało miejsce tylko wtedy, gdy w skutek czyichś zabiegów inna osoba wejdzie w kontakt z treściami pornograficznymi, w innym przypadku możemy mieć co najwyżej do czynienia z udostępnianiem, niekaralnym na gruncie paragrafu pierwszego omawianego artykułu. Wydaje się, że prezentowanie będzie polegać na swoistym „przymuszeniu” kogoś, najczęściej poprzez zaskakujące działanie, do wejścia w kontakt z określonymi treściami, co nie oznacza jednak bynajmniej, że do takiego kontaktu doszło lub choćby mogło dojść. Przykładowo, pokazywanie gazet pornograficznych osobie niewidomej jest już prezentowaniem, choć taka osoba nie ma możliwości zapoznania się z tymi treściami.

Jak natomiast sytuacja wygląda z wysyłaniem wiadomości e-mail? Czy można je uznać za „publiczne prezentowanie”⁸ w rozumieniu omawianego artykułu? Oczywiście, nie chodzi tu o wysyłanie zindywidualizowanej wiadomości jakiemuś konkretnemu, nawet nie znanemu sobie adresatowi, lecz o masowe wysyłanie takich samych, najczęściej będących reklamą,

⁸ Wg A. Adamskiego odpowiedź na to pytanie jest negatywna, gdyż poczta elektroniczna jest formą przekazu skierowaną do indywidualnego odbiorcy, A. A d a m s k i, *Karnoprawna ochrona dziecka w sieci Internet*, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 9, s. 71.

wiadomości przypadkowo wybranym osobom. Wiadomość taka dociera do szerokiego grona odbiorców, wprawdzie skonkretyzowanego przez swoje adresy e-mail, ale skonkretyzowanie to nastąpiło poprzez przypadkowy wybór. „Publiczne prezentowanie”, jak już wcześniej pisałem, to według Mateusza Rodzynkiewicza takie prezentowanie, poprzez które treści pornograficzne docierają albo mogą dotrzeć do szerszego, bliżej nie określonego (anonimowego) kręgu osób, natomiast zdaniem Patrycji Kozłowskiej i Marzeny Kucharskiej chodzi tu o prezentowanie, które daje możliwość zapoznania się z przekazem każdemu potencjalnemu odbiorcy bez konieczności pokonywania jakichkolwiek przeszkód czy spełniania szczególnych wymogów. Według obu definicji, do uznania prezentowania za „publiczne” wystarczająca jest sama możliwość dotarcia przekazu do nieoznaczonego kręgu odbiorców, przy czym nie ma znaczenia ilość osób, które rzeczywiście z przekazem się zapoznały. Oczywiście, możliwość dotarcia do nieoznaczonej publiczności zależy przede wszystkim od sposobu prezentowania (na co wprost zwracają uwagę P. Kozłowska i M. Kucharska). Tak więc sposób, a nie np. liczba obserwatorów danego zachowania decyduje o uznaniu prezentowania za publiczne. Podobnie zdaje się uważać, co prawda na gruncie art. 196 k.k. (publiczne znieważenie) Rafał Paprzycki⁹, którego zdaniem nie będzie miało charakteru publicznego działanie podjęte we własnym domu, nawet jeśli jego drzwi są otwarte dla wszystkich. W naszym przypadku, żeby móc uznać wysyłanie wiadomości e-mail w sposób podany wyżej, za publiczne prezentowanie, stwierdzić trzeba nie tyle, że z daną treścią zapoznała się pewna znaczna liczba osób, ale że sposób prezentacji treści daje nieoznaczonej liczbie osób możliwość zapoznania się z nią. Skoro więc adresatów „masowych maili” wybiera się w sposób przypadkowy, spośród ogromnej liczby dostępnych adresów, to znaczenie ma to, że potencjalnie każdy adres mógł zostać wybrany, mamy tu zatem do czynienia z nieoznaczoną, znaczną liczbą potencjalnych adresatów wiadomości e-mail. To, że wiadomość dotrze już do konkretnych adresatów, których zapewne będzie znacznie mniej niż dostępnych wysyłającemu adresów, nie ma już znaczenia dla uznania takiego zachowania, w myśl przytoczonych wyżej definicji, za publiczne.

By odpowiedzieć na pytanie, czy wysyłanie wiadomości e-mail w sposób, o którym była mowa wyżej, można uznać za prezentowanie, trzeba rozważyć jeszcze trzy kwestie. Po pierwsze, jaki jest cel omawianego artykułu, po drugie, dlaczego ma on taką a nie inną konstrukcję i, po trzecie, czy

⁹ R. Paprzycki, *Graj, szatanie*, „Rzeczpospolita” 2000, nr 9, s. 21.

ewentualne zaproponowane rozumienie tego artykułu nie wykracza poza jego językową treść.

Celem omawianego przepisu jest ochrona jednostki przed dyskomfortem psychicznym wywołanym kontaktem z treściami, z którymi nie chce się ona zapoznawać. Oczywiście, z dyskomfortem takim mamy do czynienia także w przypadku przesłania wiadomości e-mail, zawierającej treści pornograficzne. Dlaczego jednak karalne jest tylko prezentowanie publiczne? Czy jest to pozostałość po koncepcji „naruszenia moralności publicznej”, jaka istniała w poprzednich kodeksach karnych, czy może jest jakieś inne uzasadnienie niekaralności „prywatnej” prezentacji? Moim zdaniem, różnica między publiczną a prywatną prezentacją tkwi przede wszystkim w możliwości uchylenia się od wejścia w kontakt z prezentowanymi treściami. W przypadku prywatnego prezentowanie można stosunkowo łatwo uchylić się od takiego kontaktu. Przesądza o tym zarówno bezpośrednia relacja, w jaką można wejść z osobą prezentującą (i poprosić ją o zaprzestanie), jak i warunki przestrzenne, takie jak np. inny pokój w mieszkaniu, w którym nie będzie się już miało kontaktu z treściami pornograficznymi. Gdy na przyjęciu u znajomych ktoś włączy film pornograficzny, możemy albo poprosić o wyłączenie go, albo w ostateczności przejść do innego pomieszczenia. Natomiast na koncercie rockowym, znajdując się na wielkiej, zatłoczonej sali, nie można uniknąć kontaktu z prezentowanymi na scenie treściami inaczej niż zamykając oczy, nie da się przecież ani wyjść, ani poprosić o zaprzestanie. W przypadku publicznej prezentacji, w przeciwieństwie do „prywatnej”, możliwość uniknięcia kontaktu z niepożądanymi treściami jest więc bardzo ograniczona i to, w moim przekonaniu, jest główny powód zakazu wyłącznie publicznego prezentowania treści pornograficznych.

W przypadku wiadomości e-mail, możliwość uchronienia się przed nimi jest w zasadzie żadna, podobnie jak w przypadku publicznego prezentowania, tak więc cel, dla którego spenalizowano publiczne prezentowanie zaistnieje i w tym przypadku. Jednakże należy jeszcze rozważyć kwestię, w zasadzie najistotniejszą, czy wykładnia językowa, brzmienie przepisu, pozwala na przyjęcie interpretacji, że wysyłanie listów (bo tym w istocie są wiadomości e-mail) do prywatnych przecież osób może być uznane za „publiczne”. I choć wydaje się, że ze względu na cel art. 202 § 1 k.k. słuszne byłoby objęcie nim także wysyłania wiadomości, o których tu mowa, to jednak wykładnia językowa nie pozwala na objęcie takich zachowań jego hipotezą. Trudne byłoby bowiem do zrozumienia przez przeciętnego człowieka, że wysłanie czegoś tak prywatnego jak list jest publicznym prezentowaniem, doszło by tu nie tyle do interpretacji rozszerzającej, co do wykładni *contra legem*.

Warto się zastanowić nad jeszcze jedną interesującą kwestią. Otóż, ustawodawca czasami posługuje się sformułowaniem: „jeżeli sprawca dopuszcza się czynu za pomocą środków masowego komunikowania” (art. 212 § 2 k.k., art. 216 § 2 k.k.), oznaczającym coś innego niż „publicznie” i (przynajmniej w kontekście art. 216 k.k., czyli znieważenia) jednocześnie coś bardziej karygodnego (w art. 216 znieważenie publicznie jest zagrożone niższą karą niż znieważenie za pomocą wspomnianych środków masowego komunikowania). Środkiem masowego komunikowania jest więc coś, co daje możliwość dotarcia przekazu do nieograniczonego, bardzo dużego kręgu odbiorców, niezależnie od tego, gdzie się oni znajdują. W stosunku do powyższej definicji, „publicznie” oznaczałoby sytuację, gdy przekaz ma możliwość dotarcia do mniejszej publiczności (choć w wyjątkowych wypadkach mogącej liczyć nawet kilkaset tysięcy osób, jak np. podczas ceremonii otwarcia igrzysk olimpijskich), której liczba jest ograniczona przez warunki przestrzenne, jak np. wielkość placu czy pojemność stadionu. Jeżeli uznalibyśmy, że powyższe rozróżnienie jest trafne, to Internet można uznać za środek masowego komunikowania, posiada on bowiem wymienione wyżej cechy, tzn. możliwość dotarcia do nieograniczonej publiczności i brak ograniczenia wielkości publiczności ze względu na warunki przestrzenne. Oczywiście znamię „publicznie” jest szersze, zawiera w sobie także „za pomocą środków masowego komunikowania”, ale to ostatnie lepiej opisuje to, czym jest Internet i chyba stanowi większy problem społeczny. Być może słusznie byłoby dodać w art. 202 k.k. typ kwalifikowany, na wzór art. 216 k.k., gdzie byłaby mowa o prezentowaniu czy rozpowszechnianiu za pomocą środków masowego komunikowania. Takie rozwiązanie jest już stosowane w niektórych krajach, np. we Francji w art. 227-23 franc.k.k. jest mowa o surowszej odpowiedzialności sprawcy za rozpowszechnianie pornografii z udziałem małoletniego przy pomocy sieci telekomunikacyjnej, dostępnej nieograniczonej publiczności.

2) Należy podkreślić, że faktyczne narzucenie treści pornograficznych nie musi nastąpić, ważna jest tylko sama możliwość takiego narzucenia¹⁰. Umieszczenie więc w Internecie strony zawierającej treści pornograficzne, zabezpieczonej jednak hasłem, nawet takim, które można nabyć za opłatą [patrz punkt 1)] lub zawierającej ostrzeżenie, że na stronie znajdują się treści pornograficzne, nie jest ich narzucaniem¹¹ (niezależnie od tego, w przypadku

¹⁰ P. Kozłowska, M. Kucharska, *op. cit.*, s. 25.

¹¹ Tak m.in. K. Gienas, *op. cit.*, s. 18.

takich stron WWW nie mamy do czynienia z prezentowaniem, o czym była mowa wyżej). Jest tak, ponieważ z treściami tymi nie zapozna się nikt, kto sobie tego nie życzy, nie ma po prostu możliwości ich narzucenia, oczywiście przy założeniu, że sam ekran informujący o zawartości strony nie zawiera treści pornograficznych. Z narzucaniem treści pornograficznych za pomocą stron WWW mamy w praktyce do czynienia głównie poprzez „samouaktywnianie” się stron, najczęściej będących reklamą płatnych serwisów pornograficznych, poprzez mylące oznaczanie stron oraz przekierowywanie połączeń. To drugie ma miejsce w sytuacji, gdy strona jest oznaczona w sposób, który nie sugeruje, że znajdują się na niej treści pornograficzne, z trzecim będziemy mieć do czynienia w sytuacji, gdy link (element strony WWW, który po kliknięciu w niego łączy nas z inną stroną WWW) kieruje nas w inne miejsce niż sugeruje nazwa strony lub opis znajdujący się obok linku¹². Z narzucaniem treści pornograficznych możemy mieć także do czynienia w przypadku wysłania myląco oznaczonej wiadomości e-mail, w rzeczywistości zawierającej treści pornograficzne.

3) Ostatnim warunkiem odpowiedzialności za omawiane przestępstwo jest to, by publicznie prezentowane treści pornograficzne mogły zostać narzucone komuś, kto nie chce ich oglądać.

Warunek ten w przypadku Internetu będzie w zasadzie zawsze spełniony, gdyż liczba jego użytkowników jest tak duża, iż niemożliwym jest, by wśród nich nie było chociaż jednej osoby, która nie życzyłaby sobie oglądania treści pornograficznych. W szczególności samouaktywniające się i myląco oznaczone strony są skierowane przede wszystkim do osób, które nie życzą sobie oglądania treści pornograficznych, lub nie są na to zdecydowane. Moim zdaniem, nie jest więc konieczne¹³ znalezienie osoby, której „wolność od” została naruszona poprzez narzucenie treści pornograficznych, w pewnych bowiem sytuacjach, przy pewnych sposobach prezentacji, należy przyjąć, że urzeczywistniła się możliwość narzucenia treści osobie, która tego nie chce. W przeciwnym wypadku doszlibyśmy do konkluzji, że co prawda wystarczy tylko możliwość naruszenia czyjejś „wolności od”, ale zawsze trzeba znaleźć

¹² Wg K. Gienasa, *op. cit.*, s. 19, z narzucaniem w przypadku przekierowania połączenia będziemy mieć do czynienia tylko wtedy, gdy strona, z której następuje przekierowanie nie ma charakteru pornograficznego, stanowisko to chyba niesłusznie przyjmuje domniemanie, że ten, kto ogląda treści pornograficzne zawsze będzie sobie życzył kontaktu z nimi.

¹³ Wg M. Rodzyńkiewicza (*op. cit.*, s. 573) zawsze trzeba wykazać, że istniała chociaż jedna osoba, która nie życzyła sobie odbioru treści pornograficznych.

kogoś, kogo wolność została naruszona. Innymi słowy, mielibyśmy jednocześnie do czynienia z przestępstwem z narażenia (na naruszenie wolności) i naruszenia (wolności).

Omawiane przestępstwo jest przestępstwem umyślnym, możliwym do popełnienia tak z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym¹⁴. Do zaistnienia tego przestępstwa wystarczy, że sprawca przewiduje, iż na myląco oznaczoną przez niego stronę może wejść osoba, która nie chce oglądać treści pornograficznych. Przewidując to, sprawca jednocześnie na to się godzi, gdyż jest nieprawdopodobne, by uważał, że na myląco oznaczoną przez niego stronę (np. „wszystko dla fanów gier”), trafią wyłącznie osoby chcące oglądać treści pornograficzne. Podobnie rzecz się ma z samouaktywniającymi się stronami zawierającymi treści pornograficzne. Nie będziemy natomiast mieli do czynienia z tym przestępstwem, jeśli wiadomość taka została wysłana osobie znanej sprawcy, o której ten sądzi, że nie będzie jej przeszkadzał kontakt z treściami pornograficznymi. Jest tak, gdyż zamiar sprawcy musi odnosić się do wszystkich znamion czynu zabronionego, w tym przypadku także do „osoby, która nie życzy sobie kontaktu z treściami pornograficznymi”, jeśli więc sprawca przypuszcza (nawet błędnie), że adresatowi nie przeszkadza kontakt z przedmiotowymi treściami, to w rezultacie nie mamy do czynienia z zachowaniem umyślnym, co w związku z tym, że omawiane przestępstwo nie posiada typu nieumyślnego, powoduje brak odpowiedzialności karnej.

Przestępstwo to jest przestępstwem bezskutkowym, czyli jest dokonane z chwilą, gdy sprawca wykonuje określone czynności i poza tymi czynnościami nie musi zaistnieć już nic więcej, by przestępstwo zostało popełnione. Z prezentowaniem mamy już do czynienia nawet wtedy, gdy osoba, której treści są prezentowane nie ma możliwości ich spostrzeżenia (sprawca może np. prezentować coś osobie niewidomej, jeśli oczywiście nie wie, że jest ona niewidoma). Sprawca musi prezentować treści pornograficzne, w sposób umożliwiający narzucenie ich, tak więc dokonanie nastąpiło nie dlatego, że wolność konkretnej osoby została naruszona, lecz dlatego że treść była prezentowana w sposób, przez który sprawca miał w ogóle możliwość dotrzeć do pewnego kręgu osób, wśród których mogła się znajdować osoba nie życząca sobie kontaktu z takimi treściami. Nie jest więc konieczne ustalenie, że wśród publiczności znajdowała się osoba, która nie chciała mieć kontaktu z pornografią, ale że gdyby tam była, to treści pornograficzne zostałyby jej narzucone.

¹⁴ *Ibidem*, s. 580.

II

Skutkowość, czy też bezskutkowość przestępstwa ma znaczenie o tyle, że w zasadzie tylko w tym pierwszym przypadku możemy rozważać, czy być może, w danej konkretnej sytuacji, nie było jakiegoś gwaranta, który winien był zapobiec skutkowi stanowiącemu znamię przestępstwa. Jeśli istnienie gwaranta możemy stwierdzić przy zastosowaniu konstrukcji z art. 2 k.k., i jeśli mamy do czynienia z przestępstwem skutkowym, możemy gwarantowi, w przypadku jego zaniechania, przypisać odpowiedzialność karną za powstały skutek. W naszym jednak przypadku mamy do czynienia z przestępstwami bezskutkowymi i właśnie tu powstaje problem. O ile bowiem w przypadku przestępstw skutkowych, można się, jak już pisałem, łatwo odwołać do art. 2 k.k., mówiącego o odpowiedzialności za przestępstwa skutkowe popełnione przez zaniechanie, to w przypadku przestępstw bezskutkowych sytuacja jest bardziej skomplikowana. Problem jest istotny, gdyż wszystkie „przestępstwa pornograficzne” są przestępstwami bezskutkowymi, gwarant nie może odpowiadać za ich popełnienie przez zaniechanie na podstawie wspomnianego art. 2 k.k., ponieważ ten dotyczy tylko przestępstw materialnych. Rozwiązaniem mogłoby być ewentualnie odwołanie się do konstrukcji pomocnictwa przez zaniechanie, uregulowanej w art. 18 § 3 zd. drugie k.k. Według tego artykułu, za pomocnictwo odpowiada także ten, kto wbrew prawemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie. Posłużenie się tą konstrukcją jest jednak o tyle wątpliwe, że ustawodawca, gdy chce wprowadzić odpowiedzialność gwaranta za jego zaniechanie przy przestępstwach formalnych, posługuje się konstrukcją „kto dopuszcza do...” (np. art. 183 § 3 k.k., art. 184 § 2 k.k.). Szczegółowe rozważanie tej kwestii, niewątpliwie istotnej, przekraczałoby ramy tego artykułu, tak więc pozostawię tę kwestię na boku, przyjmując, że w omawianym przypadku może mieć zastosowanie konstrukcja pomocnictwa przez zaniechanie.

W przypadku Internetu gwarantem, którego istnienie jest wymagane na gruncie art. 18 § 3 k.k., mógłby być administrator sieci. Należy pamiętać, że Internet jest tylko sposobem komunikowania się, natomiast to, co jest dostępne w sieci, znajduje się w postaci danych na serwerach stanowiących czyjąś własność i przez kogoś zarządzanych. Bieżącym zarządzaniem zajmuje się właśnie administrator sieci, przy czym przez sieć, którą ten administruje, należy rozumieć dane zgromadzone na jego serwerze, umieszczone tam przez użytkowników sieci, korzystających z usług danego serwera. Administrator jest uprawniony do przeglądania zawartości zgromadzonych w podległej

mu sieci stron WWW i, gdy znajdzie taka potrzeba, najczęściej w przypadku złamania regulaminu udostępniania miejsca na serwerze, także do natychmiastowego ich z niej usuwania. Ma więc możliwość zapobiegnięcia narzucaniu treści pornograficznych, ale czy ma taki obowiązek?

Obowiązek gwaranta może wynikać¹⁵ z ustawy lub z dobrowolnego przyjęcia pieczy nad danym dobrem. Pozostawmy na chwilę ewentualne źródła ustawowe i zastanówmy się nad dobrowolnym przyjęciem na siebie przez administratora zobowiązania do ochrony użytkowników sieci przed możliwością narzucenia im treści pornograficznych.

Wobec kogo to zobowiązanie miałyby być podjęte i czy jego moc miałyby być aż taka, by móc nazwać administratora sieci gwarantem nienarażania dobra na uszczerbek? Status gwaranta może wynikać z umowy o pracę, przy czym nie zawsze dobro chronione należy do osoby, która zawarła z gwarantem umowę, przykładem może tu być ochroniarz na dyskotece, który chronić ma przede wszystkim bezpieczeństwo uczestników dyskoteki, a nie osoby, która zawarła z nim umowę. Status gwaranta wynika więc z zobowiązania się do ochrony zdrowia uczestników dyskoteki, jakie ten podjął względem nie jej uczestników, ale pracodawcy. Czy z podobną sytuacją moglibyśmy mieć do czynienia w przypadku Internetu? Czy firma, do której należy sieć internetowa, mogłaby zobowiązać zatrudnionego przez siebie administratora do chronienia dóbr prawnych jej użytkowników i zobowiązanie to kreowałoby po jego stronie, w razie niewywiązywania się z niego, odpowiedzialność karną? Warto zauważyć, że w przypadku dyskoteki mamy do czynienia tylko z przeniesieniem statusu gwaranta z właściciela (organizatora) dyskoteki na zatrudnionego ochroniarza. Właściciel (organizator) dyskoteki jest zobowiązany do zapewnienia bezpieczeństwa jej uczestnikom i realizuje to m.in. poprzez wynajęcie ochrony, czyli niejako przenosi z siebie obowiązek gwarancyjny (poprzez należyte wynajęcie ochrony) na zatrudnionych ochroniarzy, którzy teraz w miejsce właściciela są odpowiedzialni za bezpieczeństwo uczestników dyskoteki.

Czy więc, analogicznie, w przypadku Internetu odpowiedzialność administratora sieci mogłaby istnieć tylko, gdyby istniało zobowiązanie właściciela sieci komputerowej do ochrony jej użytkowników przed narzucaniem im treści pornograficznych? Jeżeli więc zobowiązanie takie nie istniałoby, to ewentualna odpowiedzialność karna gwaranta zależałaby wyłącznie od woli właściciela sieci, przedstawiającego kandydatowi na administratora

¹⁵ A. Zołł, *Komentarz do Kodeksu karnego — część ogólna*, Kraków 1999, s. 55.

umowę określonej treści. Warto jeszcze raz podkreślić, że właściciel sieci nie byłby zobowiązany do takiego konstruowania umowy, by chronić dobra prawne użytkowników sieci. Mogłoby dojść do sytuacji, gdy za to samo zachowanie, mając te same możliwości działania, jedna osoba odpowiada karnie (bo zawarła umowę określonej treści, więc jest gwarantem) a inna nie odpowiada w ogóle (bo jej umowa nie przewiduje zobowiązania do zwalczania rozpowszechniania pornografii, więc nie jest gwarantem). W praktyce, umowy między właścicielem sieci a administratorem nie zawierają klauzul zobowiązujących administratora do usuwania treści pornograficznych z sieci i nie ma możliwości prawnych by zmusić właścicieli sieci do wprowadzania do umów z administratorami takich klauzul. Tak więc, choć mimo wielu wątpliwości z tym związanych, dałoby się wywieść z umowy szczególny obowiązek administratora sieci do ochrony jej użytkowników przed treściami pornograficznymi, to w praktyce, w skutek zawierania umów nie przewidujących takiego obowiązku i braku zobowiązania po stronie właściciela sieci do umieszczenia w umowie takiego zobowiązania, należy przyjąć, że umowa, o której tu mowa, nie jest, przynajmniej w chwili obecnej, podstawą odpowiedzialności karnej administratora sieci za dopuszczanie do rozpowszechniania w niej pornografii.

Powyższe rozważania, dotyczące ewentualnego umownego źródła szczególnego obowiązku, w sytuacji braku ustawy nakazującej ochronę użytkowników sieci przed kontaktem z treściami pornograficznymi, zostały przeze mnie przedstawione przed próbą poszukiwania ustawy, która ewentualnie kreowałaby taki obowiązek. Niedawno powstała jednak ustawa, która przynajmniej na pierwszy rzut oka, tworzy podstawę odpowiedzialności właściciela sieci za rozpowszechnianie w niej treści pornograficznych. Tą ustawą jest uchwalona 18 lipca 2002 r. ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną, i choć wprawdzie dotyczy ona kwestii cywilnoprawnych, to właśnie jako taka może być źródłem szczególnego prawnego obowiązku, relewantnego na gruncie prawa karnego. Na szczególną uwagę, z punktu widzenia omawianego tu zagadnienia, zasługuje jej rozdział 3, noszący tytuł „Wyłączenie odpowiedzialności usługodawcy z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną”. Skupię się tu na analizie art. 14 i 15 tej ustawy, jakkolwiek istotne dla omawianego zagadnienia są także art. 12 i 13.

Artykuł 14 ma następującą treść:

„1. Nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto udostępniając zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia

lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalnościami niezwłocznie uniemożliwi dostęp do tych danych.

2. Usługodawca, który otrzymał urzędowe zawiadomienie o bezprawnym charakterze przechowywanych danych dostarczonych przez usługobiorcę i uniemożliwił dostęp do tych danych, nie ponosi odpowiedzialności względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych.

3. Usługodawca, który uzyskał wiarygodną wiadomość o bezprawnym charakterze przechowywanych danych dostarczonych przez usługobiorcę i uniemożliwił dostęp do tych danych, nie odpowiada względem tego usługobiorcy za szkodę powstałą w wyniku uniemożliwienia dostępu do tych danych, jeżeli niezwłocznie zawiadomił usługobiorcę o zamiarze uniemożliwienia do nich dostępu.

4. Przepisów ust. 1–3 nie stosuje się, jeżeli usługodawca przejął kontrolę nad usługobiorcą w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Dz.U. Nr 122, poz. 1319, z 2001 r. Nr 110, poz. 1189 i Nr 154, poz. 1800 oraz z 2002 r. Nr 129, poz. 1102)”.

Artykuł 15:

„Podmiot, który świadczy usługi określone w art. 12–14, nie jest obowiązany do sprawdzania przekazywanych, przechowywanych lub udostępnianych przez niego danych, o których mowa w art. 12–14”.

„Zasobami teleinformatycznymi”, o których mowa w art. 14.1, jest miejsce na serwerze, udostępniającym jest natomiast właściciel sieci. Tak więc, w myśl art. 14.1 właściciel sieci nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane, jeżeli nie wie o ich bezprawnym charakterze, a w przypadku otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o takim ich charakterze niezwłocznie uniemożliwi dostęp do nich. Należy więc przyjąć, że odpowiedzialność taka istnieje, jeżeli właściciel sieci wie o ich charakterze lub związanej z nimi działalności oraz w razie uzyskania informacji, o których mowa powyżej. Wydaje się, że owymi bezprawnymi danymi, o których tu mowa, mogą być kwalifikowane treści pornograficzne, gdyż one już ze swej istoty są bezprawne, nawet jeżeli znajdują się tylko w czyichś prywatnych, nieudostępnianych nikomu zasobach. Z kolei „związana z nimi działalność” może odnosić się do rozpowszechniania, czy prezentowania zwykłych treści pornograficznych, które same z siebie nie są bezprawne, a tylko sposób ich rozpowszechniania czyni je takimi. Wydawałoby się więc, że nie ma żadnych wątpliwości co do możliwości oparcia

odpowiedzialności właściciela sieci za rozpowszechnianie pornografii w sieci na tym przepisie. Zamieszanie wprowadza tu jednak ustęp 4 omawianego artykułu, wg którego ustępów 1–3 nie stosuje się jeżeli usługodawca przejął kontrolę nad usługobiorcą. Jeżeli nie stosujemy tego artykułu, to co w takim razie stosujemy i o jakiej odpowiedzialności jest mowa w tym artykule, względem kogo? Wydaje się, że w szczególności w kontekście art. 14 ust. 2 i 3, nie chodzi tu o odpowiedzialność usługodawcy (właściciela sieci) w stosunku do usługobiorcy, czyli za zobowiązanie umowne, ale o odpowiedzialność deliktową usługodawcy względem osoby trzeciej. Artykuł 14.1 stanowi zawężenie odpowiedzialności deliktowej właściciela sieci, w stosunku do reguł ogólnych wynikających z Kodeksu cywilnego, jeśli więc nie stosujemy tego przepisu, wracamy do reguł tam zawartych, przede wszystkim do uregulowań księgi trzeciej tytuł VI pt. „Czyny niedozwolone”, gdzie jest mowa o odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną osobie trzeciej.

Należy tu podkreślić, że za przechowywane dane usługobiorca odpowiada na zasadach ogólnych. W tym kontekście art. 14.4 stanowi, moim zdaniem, domniemanie, że jeżeli usługodawca przejmie kontrolę nad usługobiorcą, uzyska też informacje jakie ten posiadał co do charakteru przechowywanych przez niego danych i związanej z nimi działalności, w związku z czym jego sytuacja nie powinna się różnić od sytuacji usługobiorcy i nie ma już potrzeby ograniczania jego odpowiedzialności. Warto zauważyć, że w przypadku, o którym mowa w art. 14.4, skoro ust. 1, z którego wywodziliśmy odpowiedzialność właściciela sieci za rozpowszechnianie treści pornograficznych, nie ma zastosowania, nie będzie też (w zasadzie) istnieć ta odpowiedzialność. Kodeks cywilny nie daje bowiem żadnych podstaw do kreowania odpowiedzialności właściciela sieci za rozpowszechnianie w niej treści pornograficznych. Dochodzimy więc do absurdalnej konkluzji, że przynajmniej w zakresie interesującego nas tu zagadnienia, wzmocniona odpowiedzialność właściciela sieci (bo taką jest w istocie powrót do uregulowań Kodeksu cywilnego), skutkować będzie zawężeniem (tj. brakiem) odpowiedzialności za rozpowszechnianie w sieci treści pornograficznych. Rozwiązanie tego paradoksu może być tylko jedno. Należy przyjąć, że przepis 14.1 jest tylko normą blankietową, nie tworzącą samodzielnej przesłanki odpowiedzialności, a tylko odsyłającą w tym zakresie do Kodeksu cywilnego, który jak już wspomniałem nie daje żadnych podstaw do konstruowania odpowiedzialności właściciela (w konsekwencji także administratora) sieci, za rozpowszechnianie w niej treści pornograficzne.

Odpowiedzialność administratora, w formie „zwykłego” pomocnictwa, może powstać, gdy ten chce lub co najmniej godzi się na to, iż w podległej

mu sieci będą narzucane użytkownikom treści pornograficzne. Jednakże w tym przypadku nie wystarczy samo nieprzeszkadzanie, administrator musi działać w sposób, który ułatwia innej osobie prezentowanie pornografii. W praktyce taka sytuacja, tzn. pozytywnego działania administratora, raczej nigdy nie wystąpi, może on bowiem w wystarczającym stopniu ułatwić rozpowszechnianie czy prezentowanie pornografii poprzez zaniechanie.

Kwietniowa nowelizacja Kodeksu karnego wprowadziła, choć z pewnością nie było to zamierzeniem ustawodawcy, jeszcze jedną konstrukcję mogącą być podstawą odpowiedzialności administratora sieci, choć tylko w zakresie „kwalifikowanych” treści pornograficznych. Chodzi tu o karalność przechowywania lub posiadania treści pornograficznych. Przechowywanie oznacza¹⁶ działanie, które polega na chronieniu przez pewien okres czasu rzeczy przed zaginięciem, zepsuciem lub pogorszeniem jej dotychczasowego stanu, a więc staraniu o zachowanie jej na przyszłość. Posiadanie, to¹⁷ każde, choćby krótkotrwałe, faktyczne władztwo nad rzeczą. Ponieważ na ogół każde przechowywanie jest też posiadaniem, w dalszych rozważaniach będą pisał tylko o posiadaniu, a rozważania te będą się odnosić odpowiednio do przechowywania.

Faktyczne władztwo oznacza możliwość swobodnego dysponowania rzeczą (czy też, jak w naszym przypadku, treścią), czyli uczynienia z nią, o ile nie wykluczają tego jej właściwości, tego, czego życzy sobie posiadacz. Żeby posiadać trzeba mieć świadomość, że ma się treści pornograficzne i co najmniej godzić się na to. W przypadku sieci, jak już pisałem, dane tam umieszczone znajdują się na serwerze i są zarządzane przez administratora. Administrator może te dane usuwać, blokować do nich dostęp itp., można więc powiedzieć, że swobodnie nimi dysponuje, chodzi tu bowiem o „fizyczne”, a nie prawne, możliwości rozporządzania rzeczą czy treścią. Nie budzi przecież wątpliwości, że nawet złodziej jest posiadaczem rzeczy, którą ukradł. Jeśli administrator ponadto wie, że posiada takie treści, bo np. niedawno zezwolił na ich umieszczenie w sieci, i pozwala by wciąż się tam znajdowały, oznacza to, że godzi się na to, wyczerpując znamiona art. 202 § 4 k.k.

Nie będzie natomiast można mówić o swobodnym władaniu danymi w sytuacji, gdy ich ilość zgromadzona na serwerze jest bardzo duża i trudne jest zlokalizowanie konkretnych danych, w związku z czym administrator nie

¹⁶ Uchwała SN z 15 II 1984 r., VI KZP 50/83, OSNKW 1984, nr 7–8, poz. 73.

¹⁷ *Ibidem*.

może swobodnie nimi władać. W konsekwencji, mając na względzie podaną wyżej definicję, należy uznać, że nie jest ich posiadaczem. Administrator nie ma obowiązku lokalizowania danych będących treściami pornograficznymi, o posiadaniu więc ich przez niego można, moim zdaniem, mówić tylko w sytuacji gdy, z jakichkolwiek źródeł wie, że w podległej mu sieci są takie treści, potrafi je odnaleźć na serwerze i nie podejmuje, po uzyskaniu tych informacji, kroków mających na celu usunięcie bądź zablokowanie dostępu do nich. To ostatnie podkreśla konieczny dla omawianego przestępstwa aspekt „godzenia się”. Najczęściej taka sytuacja będzie miała miejsce, gdy administrator wyrazi zgodę na umieszczenie treści pornograficznych w sieci, wie wtedy co umieszcza, godzi się, że treści te będą na podległym mu serwerze i potrafi je, w tym przynajmniej momencie, zlokalizować. W takiej sytuacji możemy mówić o popełnieniu przez administratora sieci przestępstwa z art. 202 § 4 k.k.

Konkludując, brak jest obecnie podstaw ustawowych, będących źródłem szczególnego prawnego obowiązku administratora sieci do usuwania z niej pornografii, źródłem takim może być obecnie tylko umowa między administratorem a właścicielem sieci, przewidująca obowiązek tego pierwszego do usuwania treści pornograficznych i uniemożliwiania ich rozpowszechniania. Źródło to jest jednak tylko teoretyczne, gdyż w praktyce nie konstruuje się takich umów. Administrator sieci może, w pewnych wypadkach, odpowiadać karnie tylko za przechowywanie lub posiadanie „kwalifikowanych” treści pornograficznych.

III

W przypadku prezentowania treści pornograficznych w Internecie, pojawia się pytanie, czy mamy tu do czynienia z naruszeniem zakazu z § 1 art. 202, czy może z § 2 tego artykułu, mówiącego o prezentowaniu treści pornograficznych małoletniemu poniżej lat 15. Oczywiście jest przecież, że z Internetu korzysta bardzo dużo takich osób i są one równie, a może nawet bardziej niż dorośli, narażone na kontakt z treściami pornograficznymi. Niektórzy autorzy¹⁸ są zdania, że § 2 dotyczy wyłącznie konkretnego małoletniego, prezentowanie więc treści pornograficznych w Internecie (nie skierowanych wprost do konkretnego małoletniego) powinno być kwalifikowane z § 1 art. 202 k.k.; inni autorzy¹⁹ uważają z kolei, że ze względu na prewencję

¹⁸ A. Adamski, *op. cit.*, s. 71; J. Warylewski, *op. cit.*, s. 55 i n.

¹⁹ P. Kozłowska, M. Kucharska, *op. cit.*, s. 35.

generalną i wystarczający w tym przypadku zamiar ewentualny, prezentowanie treści pornograficznych w Internecie powinno być kwalifikowane z § 2 art. 202 k.k. Ten ostatni pogląd uzyskał mocne uzasadnienie po kwietniowej nowelizacji omawianego paragrafu, w którym mówi się obecnie między innymi o „rozpowszechnianiu pornografii w sposób umożliwiający małoletniemu zapoznanie się z nią”. Z przytoczonego sformułowania Kodeksu zdaje się wynikać, że sprawca zrealizuje znamiona tego przestępstwa, gdy będzie rozpowszechniał pornografię w sposób, który nie wyeliminuje możliwości zapoznania się z nią przez takiego małoletniego (w dalszej części rozważań osobę, o której mowa w tym paragrafie, będę określał jako „małoletniego”). Jednakże wydaje się, że uniemożliwienie małoletniemu, przynajmniej w przypadku Internetu, zapoznania się z pornografią jest bardzo trudne, o ile nie niemożliwe. Jeśli bowiem nawet zabezpieczymy stronę hasłem, które można nabyć za opłatą (po podaniu numeru karty kredytowej), to małoletni może zawsze spisać numer karty kredytowej rodziców i uzyskać dostęp do stron pornograficznych. Nawet w przypadku uzyskania hasła przez telefon nie zawsze uda się ustalić, że kod dostępu do strony zamierza uzyskać osoba małoletnia. A co w przypadku, gdy małoletni zapoznaje się z treścią strony pornograficznej u pełnoletniego (tu i w dalszej części tego wyводу, rozumiem przez to osobę, która ukończyła już 15 lat) kolegi? Czy możemy uznać, że „właściciele” strony rozpowszechniają pornografię w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią osobom małoletnim? A może to kolega rozpowszechnia pornografię w ten sposób? Co do odpowiedzi na drugie pytanie, mamy tu do czynienia tylko z prezentowaniem (także karalnym), rozpowszechnianiem wymaga bowiem „czynienia powszechnie dostępnym”, co w tym przypadku oczywiście nie zachodzi. Rozstrzygnięcie pierwszej kwestii jest trudniejsze, ale niezwykle istotne, gdyż daje odpowiedź na pytanie, czy zawsze jeśli małoletni ma możliwość zapoznania się z rozpowszechnianymi treściami pornograficznymi będziemy mieli do czynienia z odpowiedzialnością rozpowszechniającego (z omawianego paragrafu). Jeśli odpowiedź na to pytanie byłaby twierdząca, to w zasadzie nie byłoby takich środków ostrożności, które osoba rozpowszechniająca pornografię mogłaby podjąć, by uniemożliwić małoletniemu zapoznanie się z nią. Zawsze bowiem małoletni mógłby je jakoś obejść, sam lub poprzez „pośrednictwo” osoby pełnoletniej, która prezentowałaby mu takie treści. W związku z tym pojawia się jeszcze jedna kwestia: czy hipoteza omawianego przepisu obejmuje też sytuacje, gdy małoletni sam szuka kontaktu z treściami pornograficznymi, czy tylko takie, gdy zostaje on niejako zmuszony do kontaktu z nimi.

Omawiane przestępstwo jest przestępstwem umyślnym, możliwym do popełnienia z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym, z czym wiązać się będą pewne konsekwencje dla jego strony przedmiotowej. Umyślność bowiem powinna odnosić się do wszystkich znamion czynu zabronionego, tak więc w naszym przypadku „rozpowszechniający” musi co najmniej gościć się (zamiar ewentualny) na taki sposób „rozprowadzania” przez niego treści pornograficznych, przez który osoby małoletnie mogą się z nimi zapoznać, oraz przewidywać, że będą oni mieli możliwość zapoznania się nimi. W doktrynie często podkreśla się cienką granicę między zamiarem ewentualnym a świadomą nieumyślnością, zwracając uwagę, że podstawowa różnica między nimi zachodzi w ocenie prawdopodobieństwa zaistnienia danego zdarzenia będącego wynikiem działania sprawcy. Przy zamiarze ewentualnym prawdopodobieństwo to jest większe, przy świadomej nieumyślności mniejsze, przy czym znaczenie ma tu ocena samego sprawcy. Tak więc, jeśli zgodzimy się, że omawiane przestępstwo jest przestępstwem umyślnym, to musimy przyjąć, że wszelkie przypadki, w których „sprawca” zminimalizował ryzyko zapoznania się małoletniego z przedmiotowymi treściami (nie eliminując go jednak zupełnie) w takim stopniu, że możemy uznać, że w jego świadomości ryzyko to jawiło się jako nieznaczne, to jednocześnie musimy przyjąć, że po stronie sprawcy mieliśmy do czynienia jedynie ze świadomą nieumyślnością, co dekompletuje znamiona omawianego przestępstwa. Sytuacja będzie wyglądała podobnie w przypadku prezentowania przez pełnoletniego małoletniemu treści pornograficznych, do których uzyskał on dostęp z płatnego (dostępnego tylko dla dorosłych) serwisu. Nie można sensownie powiedzieć, że „właściciel” serwisu „przewiduje i godzi się” na to, że inna osoba udostępni małoletniemu treści pornograficzne, tym bardziej, że nie może temu w żaden sposób zapobiec ani zwiększyć prawdopodobieństwo takiego zdarzenia. Należy więc przyjąć, że nie w każdym przypadku, gdy małoletni ma możliwość zapoznania się z rozpowszechnianymi przez kogoś treściami pornograficznymi, będziemy mieć do czynienia z omawianym przestępstwem. Dalej, ze sformułowania „daje możliwość” wynika, że wystarczające jest tylko „danie szansy” małoletniemu na kontakt z pornografią, nie musi nastąpić żadne narzucenie mu tych treści. Z przestępstwem tym będziemy więc mieli do czynienia także wówczas, gdy to małoletni poszukuje kontaktu z treściami pornograficznymi, a treści te są rozpowszechniane w taki sposób, że może on się z nimi zapoznać bez pokonywania nałożonych (przez rozpowszechniającego pornografię) na te treści zabezpieczeń. Zabezpieczenia te muszą być jednak realnym utrudnieniem. Przykładowo, ostrzeżenie, że na danej stronie znajdują się treści pornograficzne, w żaden

sposób nie będzie utrudniać zapoznania się z tą stroną. Utrudnieniem natomiast będzie założenie hasła, które może otrzymać tylko osoba pełnoletnia lub istnieje domniemanie, że otrzymać je może tylko taka osoba. To ostatnie będzie miało miejsce w sytuacji, gdy dostęp do strony pornograficznej jest płatny poprzez podanie numeru karty kredytowej, gdyż w zasadzie osoby, o których mowa w omawianym przepisie, nie posiadają własnych kart kredytowych. Z przestępstwem z omawianego paragrafu (a nie poprzedniego) będziemy mieli do czynienia także w przypadku „samouaktywniających”²⁰ się stron pornograficznych, za wyjątkiem tylko sytuacji, gdy ma to miejsce w zamkniętej sieci, do której dostęp mają teoretycznie tylko osoby pełnoletnie (np. wewnętrzna sieć uniwersytecka czy zakładowa, a nawet licealna). Natomiast w przypadku myląco oznaczonych stron pornograficznych, sytuacja jest bardziej skomplikowana. Tam wprawdzie nie mamy żadnych specjalnych zabezpieczeń, które mogłyby uniemożliwić małoletniemu zapoznanie się z treścią strony, ale sama zasugerowana w jej tytule i opisie tematyka może być taka, że szansa na to, że małoletni będzie chciał odwiedzić tę stronę jest minimalna. Przykładowo, jeśli strona jest oznaczona jako „wszystko dla fanów gier sportowych”, szansa, że małoletni będzie chciał zapoznać się z jej treścią jest znaczna (o czym „sprawca” zapewne wiedział i godził się na to), jeśli natomiast jest oznaczona jako „sposoby rozliczania podatku od wartości dodanej dla przedsiębiorstw zajmujących się handlem zagranicznym” szansa ta niewielka (co prawdopodobnie było wiadome „sprawcy”). Według mnie, w tym drugim przypadku nie powinniśmy przyjmować popełnienia przestępstwa z omawianego paragrafu.

Jak wynika z powyższego, w przypadku Internetu dużo częściej będziemy mieli do czynienia z art. 202 § 2 niż z art. 202 § 1 k.k. Z paragrafem pierwszym będziemy mieli do czynienia przede wszystkim w przypadku zamkniętych sieci, przeznaczonych w zasadzie wyłącznie dla osób dorosłych oraz w przypadku stron pornograficznych oznaczonych w ten sposób, że można z dużą dozą prawdopodobieństwa przypuszczać, że ich tematyka nie zainteresuje osób małoletnich. Warto zwrócić uwagę, że zaprezentowane rozumienie art. 202 § 2 k.k. powoduje delegalizację stron zawierających treści pornograficzne nie zabezpieczonych hasłem.

Weryfikacja wieku, którą postulują niektórzy autorzy²¹, a której przepro-

²⁰ Wg M. Rodzyńkiewicza, (*op. cit.*, s. 574), każde publiczne prezentowanie jest rozpowszechnianiem.

²¹ M. Sowa, *Ogólna charakterystyka przestępczości internetowej*, „Palestra” 2001, nr 5–6, s. 25.

wadzenie miałyby uwolnić sprawcę od odpowiedzialności karnej z paragrafu drugiego omawianego artykułu, może moim zdaniem mieć znaczenie o tyle, że jej brak umożliwia odpowiedzialność z omawianego paragrafu, ale tylko wtedy, gdy sprawca mógł względnie łatwo zweryfikować wiek adresata prezentacji, czego jednak nie uczynił. Zaniechanie weryfikacji pozwala przypuszczać, że podejrzewał małoletniość adresata, ale nie przejmował się tym; godził się więc na to, że małoletni zapozna się z treściami pornograficznymi. Omawiane przestępstwo jest przestępstwem umyślnym: umyślność musi dotyczyć każdego znamienia, także wieku adresata; nie wystarcza tu zatem nie zachowanie wymaganej ostrożności, z czym mielibyśmy do czynienia w przypadku przestępstwa nieumyślnego. Podkreślić jednak należy, że w przypadku Internetu weryfikacja wieku, o której tu mowa, jest trudna i rzadko możliwa do przeprowadzenia.

Rozważania powyższe odnoszą się także do wysyłania wiadomości e-mail zawierających treści pornograficzne. Do niedawna (do nowelizacji Kodeksu karnego w kwietniu 2004 r.), jeśli oczywiście nie mieliśmy do czynienia z mylącym oznaczeniem wiadomości e-mail, nie można było mówić o popełnieniu przestępstwa z art. 202 § 2 k.k., wbrew temu, co twierdził Mateusz Rodzynkiewicz²² i Andrzej Adamski²³. Było tak, gdyż małoletni, wiedząc co znajduje się w wiadomości e-mail, mógł jej nie otwierać, jeśli tego nie chciał, a nawet gdy ją jednak otworzył, trudno byłoby przyjąć, że została mu ona zaprezentowana przez sprawcę. Faktycznie mamy tu więc do czynienia nie z prezentowaniem, lecz z udostępnianiem treści pornograficznych, także karalnym w myśl omawianego paragrafu. I tu właśnie pojawia się problem: otóż paragraf ten nie mówi o udostępnianiu treści pornograficznych, lecz przedmiotów mających taki charakter, a wiadomość e-mail nie jest „przedmiotem” mającym charakter pornograficzny, jest tylko i wyłącznie treścią o charakterze pornograficznym. Tak więc pierwotna treść art. 202 § 2 k.k. nie pozwalała „pociągnąć do odpowiedzialności” osoby „kolportującej” w omawiany sposób treści pornograficzne. Jednakże kwietniowa nowelizacja dodała do art. 202 § 2 k.k. zwrot: „Kto rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający małoletniemu poniżej lat 15 zapoznanie się z nimi”. Na podstawie tej nowej regulacji osoba, która wysłała małoletniemu „maile” o treści pornograficznej, zarówno myląco, jak i nawet prawidłowo oznaczone, będzie mogła ponosić odpowiedzialność za rozpowszechnianie treści pornograficznych w taki sposób, że może zapoznać się z nimi małoletni,

²² M. Rodzynkiewicz, *op. cit.*, s. 578 i n.

²³ A. Adamski, *op. cit.*, s. 71.

ale tylko²⁴ w przypadku „masowo” wysyłanych wiadomości. Tylko bowiem wysyłanie takich wiadomości można uznać za „rozpowszechnianie”, czyli udostępnienie szerszemu i bliżej nie określönemu kręgowi osób²⁵ (wynika to z moich wcześniejszych rozważań dotyczących wiadomości e-mail). W przypadku bowiem wysłania pojedynczej wiadomości, do konkretnego adresata, nie mamy do czynienia z ich rozpowszechnianiem, przecież wiadomość od początku ma być skierowana tylko do jednej, wybranej osoby, i nikt inny nie musi się z tą wiadomością zapoznać. Skoro więc nie jest to rozpowszechnianie, to w tym zakresie powracamy do sytuacji, jaka istniała przed kwietniową nowelizacją Kodeksu karnego.

Artykuł 202 § 3 k.k. penalizuje także prezentowanie tzw. twardej pornografii, czyli pornografii z udziałem małoletnich, związanej z prezentowaniem przemocy lub z posługiwaniem się zwierzęciem. Prezentowanie to nie musi być połączone z narzucaniem, wystarczy jakiegokolwiek prezentowanie, nawet osobie, która sobie tego życzy, jednakże znów konieczna jest aktywność sprawcy wykraczająca poza samo umieszczenie takich treści w sieci. W związku z tym przestępstwo to w zakresie Internetu można popełnić tylko w taki sposób, żeby kontakt z treściami pornograficznymi nie zależał wyłącznie od użytkownika sieci. Jeśli sprawca tylko umieścił w sieci stronę WWW zawierającą takie treści, to może odpowiadać za jej rozpowszechnianie, ale nie za prezentowanie. Z prezentowaniem będziemy mieli do czynienia w przypadku niejako „narzucania” się tych treści użytkownikowi sieci, czyli dojdzie do niego w takich przypadkach, o których już była mowa przy omawianiu paragrafu pierwszego niniejszego artykułu. Przy okazji można tu zauważyć, jak bardzo paragraf ten (w tym zakresie) nie jest dostosowany do działania sprawcy za pomocą Internetu, brak tu bowiem różnic w sposobie popełnienia tego przestępstwa z mającym przecież bardziej rozbudowaną treść paragrafem pierwszym.

IV

Chciałbym się teraz bliżej przyjrzeć przestępstwu rozpowszechniania „twardej pornografii” za pomocą sieci Internet, ale skupię się tu tylko na pornografii z udziałem małoletnich, unormowanej w art. 202 § 3 k.k., oraz posiadaniu i przechowywaniu takich treści, zabronionym przez art. 202 § 4 k.k.

²⁴ Inaczej A. Adamski, wg którego rozsyłanie wiadomości e-mail zawierających treści pornograficzne jest ich rozpowszechnianiem, *ibidem*.

²⁵ Wyrok SN z 16 II 1987 r., WR 28/87, OSNKW 1987, nr 9–10, poz. 85.

Rozpowszechnianie, według jednej z definicji, oznacza ciągłą działalność sprawcy²⁶ (co bynajmniej nie oznacza, że długotrwałą), przez którą umożliwia on zapoznanie się z danym przedmiotem nieoznaczonemu przez niego z góry, szerszemu kręgowi odbiorców.

Umieszczenie strony pornograficznej w Internecie nie jest działalnością ciągłą, wystarczy przecież tylko raz umieścić ją w globalnej sieci, by każdy mógł mieć do niej ciągły dostęp, definicja powyższa nie nadaje się więc do uznania, że umieszczenie strony pornograficznej w Internecie jest rozpowszechnianiem, chyba że przyjmiemy dyskusyjne założenie, że wystarczy ciągłość skutków jednorazowego zachowania sprawcy.

Jednak według innej, nowszej definicji²⁷, rozpowszechnianie to zachowanie sprawcy, które polega na czynieniu jakichś materiałów powszechnie dostępnymi przez kolportaż, użyczenie, powielanie, kopiowanie i innego rodzaju udostępnienie ich treści szerszemu i bliżej nie określönemu kręgowi osób (definicja ta powstała na gruncie art. 173 k.k. z 1969 r., stąd mowa tu nie o treściach, lecz o rzeczach mających pornograficzny charakter). W tej definicji nic się już nie mówi o tym, że działania podejmowane przez sprawcę muszą mieć charakter ciągły, wystarczy więc jednorazowe zachowanie sprawcy. W przypadku stron WWW mamy do czynienia z kilkoma możliwościami ich „ulokowania” w sieci. Pierwsza to umieszczenie strony w sieci w ten sposób, że każdy może ją znaleźć poprzez wpisanie pytania wyszukiwawczego odpowiadającego treści strony (np. sex), a następnie „wejść” na stronę WWW w celu zapoznania się z jej treścią. Druga możliwość to umieszczenie strony w sieci w ten sposób, że co prawda stronę można znaleźć poprzez pytanie wyszukiwawcze, lecz z zawartością strony nie można się zapoznać nie znając hasła. W pierwszym przypadku z zawartością strony zapoznać się może każdy, krąg jej odbiorców jest nieograniczony i w żaden sposób nieskonkretyzowany; niewątpliwie możemy tu więc mówić o rozpowszechnianiu pornografii. W drugim, jeżeli hasło można otrzymać po wpłaceniu określonej kwoty na dane konto lub konkretnej osobie to nadal mamy do czynienia z nieograniczonym i nieskonkretyzowanym kręgiem podmiotów mogących zapoznać się z treścią strony, gdyż każdy może wyrazić wolę obejrzenia strony i zostanie mu to umożliwione. Sytuacja ta nie różni się niczym od sprzedaży np. czasopism pornograficznych w kioskach. Możemy tu więc mówić o rozpowszechnianiu pornografii.

²⁶ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, 1973, s. 513.

²⁷ Wyrok SN z 16 II 1987 r., *op. cit.*

Jednakże możemy tu mieć do czynienia z inną, bardziej skomplikowaną sytuacją. Otóż, może się zdarzyć tak, i zapewne się zdarza, że hasła do strony zawierającej treści pedofilskie, nie otrzyma każdy, lecz tylko konkretne osoby wybrane przez „właściciela” strony oraz osoby już z niej korzystające. Hasło udostępniane będzie zatem tylko konkretnym osobom, których grono będzie nieznaczne i które może, ale nie musi się powiększać. Użytkownik takiej strony tylko ogląda zawarte tam treści, co przestępstwem nie jest, ani tych treści bowiem nie rozpowszechnia, ani (co okaże się dalej) nie posiada, czy tym bardziej przechowuje. Może być też tak, że każdy z uczestników strony zamieszcza tu znalezione przez siebie treści pedofilskie, dając możliwość zapoznania się z nimi pozostałym użytkownikom. Oczywiście, można powiedzieć, że osoba taka wcześniej posiadała te treści (wypełniła więc znamiona przestępstwa z art. 202 § 4), ale jeśli po umieszczeniu na stronie WWW skasuje je ze swojego komputera, mając jednak wciąż do nich dostęp przez stronę WWW, to już ich nie posiada, pozbywając się ich dobrowolnie (art. 15 k.k.?). A jeśli uda się udowodnić (np. w skutek „monitorowania” przez policję), że taka osoba umieszczała na stronie treści pedofilskie, to czy w tym przypadku możemy mówić o rozpowszechnianiu takich treści? Krąg osób mogących się zapoznać z jej treścią nie musi być przecież szeroki, nadto są to osoby znane jej „właścicielowi”, lub osoby polecane mu przez jego znajomych, prawie na pewno posiadające pedofilskie skłonności, krąg odbiorców jest więc ograniczony i skonkretyzowany. Według poprzednio zastosowanej definicji nie jest to rozpowszechnianie, gdyż mamy tu do czynienia z zamkniętym kręgiem podmiotów. Nawet w przypadku, gdyby krąg ten ulegał nieznacznemu rozszerzeniu o osoby dopuszczone do użytkowania strony przez dotychczasowych użytkowników, to nadal nie mielibyśmy do czynienia z „rozpowszechnianiem” w rozumieniu poprzednio zaprezentowanych definicji. Możliwe są dwa wyjaśnienia takiego stanu rzeczy.

Pierwsze wyjaśnienie jest takie, że w przedstawionym wyżej zachowaniu uczestników i właściciela strony nie ma niczego nagannego, osoby nie mające skłonności pedofilskich ani inne przypadkowe osoby raczej nie zapoznają się z jej treścią, wszystko dzieje się jakby w „zamknięciu”, „uczestnicy” strony korzystają z przedmiotowych treści tylko na swój użytek. Tak chyba jednak nie jest. Według Kodeksu, karalne jest bowiem nie tylko „rozprowadzanie” pedofilskiej pornografii w taki sposób, że może się z nią zapoznać osoba o innych preferencjach seksualnych (co stanowiłoby odpowiednik art. 202 § 1 k.k. w zakresie pornografii pedofilskiej), karalne jest także prezentowanie takiej pornografii osobom, które sobie tego życzą (bo przecież wśród nich także można rozpowszechniać takie treści), mało tego, karalne jest nawet

przechowywanie czy posiadanie takich treści (art. 202 § 4 k.k.), a więc prezentowanie ich samemu sobie (a nawet nie prezentowanie ich nikomu, łącznie z sobą samym)! Widać więc, że w optyce Kodeksu karnego niewątpliwie naganne jest „rozprowadzanie” przedmiotowej pornografii nawet wśród zamkniętego, niezbyt dużego kręgu osób o skłonnościach pedofilskich.

Drugie wyjaśnienie może być takie, że omawiane zachowanie nie może być uznane za rozpowszechnianie (a więc i stanowić przestępstwa z art. 202 § 3 k.k.), w skutek „nienadażenia” ustawodawcy (jak i doktryny) za rozwojem technicznym. W tej sytuacji należałoby „rozszerzyć” przyjętą w doktrynie definicję rozpowszechniania, zaakceptować lukę prawną (przynajmniej czasowo) albo spróbować zakwalifikować w inny sposób zachowanie „uczestników” takiej strony WWW. Jeśli nie godzimy się na nadmierne rozszerzenie znamienia „rozpowszechnia”, a nie chcemy uznać wymienionej wcześniej działalności za legalną, musimy poszukać jakichś innych przepisów ustawy, za pomocą których moglibyśmy ją ścigać. Od razu nasuwa się tu wspomniany już wcześniej art. 202 § 4 k.k., zakazujący przechowywania, sprowadzania i posiadania przedmiotowych treści. Posiadanie, jak już pisałem, to każde, choćby krótkotrwałe, faktyczne władztwo nad rzeczą. Faktyczne władztwo oznacza możliwość swobodnego dysponowania rzeczą (czy też, jak w naszym przypadku, treścią), czyli uczynienia z nią, o ile nie wykluczają tego jej właściwości, tego, czego życzy sobie posiadacz. Jak to się ma do opisanego na wstępie stanu faktycznego? Otóż, spośród np. stu „uczestników” strony na ogół tylko jeden („właściciel” strony) ma możliwość swobodnego władania jej zawartością, usuwania jej wybranych elementów, modyfikowania ich, a nawet zlikwidowania całej strony, czy też ograniczenia dostępu do niej za pomocą (nowego, nie znanego dotychczasowym użytkownikom) hasła. Pozostali użytkownicy mogą tylko wchodzić na stronę, oglądać jej zawartość i kopiować jej elementy, nie mogą natomiast nic na niej modyfikować, za wyjątkiem, w pewnych wypadkach, dodawania tam określonych przez właściciela strony elementów. Czy więc można powiedzieć, że „swobodnie władają” zawartymi na stronie treściami, a więc są ich faktycznymi posiadaczami? Zdecydowanie nie. Jedynym posiadaczem tych treści jest osoba, która daną stronę stworzyła i tylko ona może odpowiadać karnie za posiadanie umieszczonych na stronie WWW treści pornograficznych. W przypadku „przechowywania” treści pornograficznych sytuacja jest identyczna. Przechowywanie to działanie, które polega na chronieniu przez pewien okres czasu rzeczy przed zaginięciem, zepsuciem lub pogorszeniem jej dotychczasowego stanu, a więc staraniu o zachowanie jej na przyszłość. Już więc na pierwszy rzut oka widać, że „przechowuje” treści pornograficzne tylko „właściciel”

strony WWW i tylko on może ponosić za to odpowiedzialność karną. Wynika z tego, że wchodzenie na stronę z dziecięcą pornografią i oglądanie jej zawartości nie stanowi przestępstwa z art. 202 § 4 k.k., co w kontekście tego, że zakazane jest posiadanie i przechowywanie — po to przecież by oglądać — takiej pornografii, stanowi lukę prawną.

Warto się też zastanowić nad użytym w paragrafie czwartym omawianego artykułu zwrotem „sprowadza”. Zwrot ten moim zdaniem powinien odnosić się tylko do sytuacji, gdy treść pornograficzna, niedostępna wcześniej w kraju, pojawia się w skutek działania sprawcy na jego terytorium²⁸. Wprawdzie Jarosław Warylewski²⁹ słusznie zauważa, że według słownika języka polskiego termin ten oznacza przyczynienie się do znalezienia się czegoś w określonym miejscu, lecz takie rozumienie w kontekście omawianego przepisu nie miałyby sensu kryminalnopolitycznego. Czemu bowiem sprawca miałby odpowiadać za sprowadzenie „twardej pornografii” np. z Krakowa do Warszawy? Albo z Mokotowa do Pragi? Co w takim zachowaniu jest naganego? Nie ma żadnego uzasadnienia dla karalności takiego „sprowadzania”. Ponadto zazwyczaj w przypadku sprowadzania będziemy mieli do czynienia z posiadaniem, więc sprawca i tak będzie odpowiadał na podstawie omawianego przepisu. Trochę inaczej będzie w przypadku pobierania treści pornograficznych z zagranicznych stron internetowych, wtedy sprawca sprowadza przedmiotowe treści uprzednio ich nie posiadając, co nie zmienia faktu, że zaraz po sprowadzeniu już je posiada i może za to odpowiadać karnie. Jak z tego wynika, w sytuacji karalności posiadania „twardej pornografii” nie ma sensu zakaz sprowadzania takich treści, z jednym może wyjątkiem. Jeżeli bowiem przyjmiemy, że osoba, która sprowadzała treści pornograficzne z zagranicznych serwisów, następnie przekaze je komu innemu, kasując je ze swojego komputera, ale wciąż mając do nich dostęp, np. przez stronę WWW (przykład podany nieco wyżej) i, jeśli zdecydujemy się na przyjęcie w tym przypadku „czynnego żalu” z art. 15 k.k., to sprawca wciąż może odpowiadać za sprowadzanie takich treści. W pozostałym zakresie pozostawienie w Kodeksie znamienia „sprowadza”, które miało może uzasadnienie na gruncie poprzedniego stanu prawnego (do kwietniowej nowelizacji) straciło sens wobec wprowadzenia do Kodeksu karnego karalności posiadania treści zawierających „pornografię dziecięcą”.

²⁸ Wg D. Poduflaskiego, *Pornografia w sieci*, „Gazeta Sądowa” 2000, nr 10, s. 55, termin „sprowadza” nie odnosi się tylko do importu, ale także do „przemieszczania” wewnątrz krajowego.

²⁹ J. Warylewski, *Nie wiadomo, gdzie przebiega granica*, „Rzeczpospolita” 1998, nr 3, s. 20.

Poruszone tutaj problemy są tylko niewielkim fragmentem wątpliwości, jakie nasuwają się w związku z „pornografią internetową” i, choć część tych problemów wydać się może czysto teoretyczna, to jednak, moim zdaniem, przestałaby taka być, gdyby „organy ścigania” uznały szkodliwość pornografii w takim przynajmniej zakresie, w jakim zrobił to ustawodawca i w jakim czyni to społeczeństwo.

