

Jan Kluza, dr nauk prawnych, asesor sądowy w Sądzie Rejonowym w Kielcach, absolwent studiów doktoranckich w Katedrze Postępowania Karnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego. Autor publikacji z zakresu prawa karnego, postępowania karnego oraz konstytucyjnego m.in. w: „Prokuraturze i Prawie”, „Zeszytach Prawniczych”, „Ruchu Prawniczym, Ekonomicznym i Socjologicznym”, „Przeglądzie Prawa Konstytucyjnego”, „Nowej Kodyfikacji Prawa Karnego”, „Przeglądzie Legislacyjnym”, „Palestrze”; ORCID: 0000-0002-0929-6093.

ARTYKUŁY

Znamie „małoletniości”
w kontekście czynów
zabronionych z art. 202
§ 4a i 4b k.k. a regulacje
prawa międzynarodowego

Jan Kluza

1. Wstęp

W rozdziale XXV Kodeksu karnego dotyczącym przestępstw przeciwko wolności seksualnej funkcjonuje wiele przestępstw odnoszących się do szeroko rozumianego wykorzystywania seksualnego małoletnich. W grupie tej, oprócz oczywistych czynów zabronionych związanych z czynnościami seksualnymi czy też propagowaniem pedofilii, w art. 202 k.k. zawarto szereg występków kryminalizującym treści pornograficzne z udziałem małoletnich. I to właśnie w zakresie tych występków ustawodawca przewidział w art. 202 § 4a i 4b k.k. karalność czynów zabronionych polegających na przechowywaniu, posiadaniu lub uzyskiwaniu dostępu do materiałów pornograficznych z udziałem małoletniego. Charakter tych występków, w szczególności ich strona podmiotowa, nastrocza jednak trudności ze stosowaniem tych przepisów, co stwarza wątpliwości w zakresie *ratio legis* ich funkcjonowania. W szczególności należy bowiem wskazać, że „samo spełnienie formalnego warunku «małoletności», w ujęciu określonym dyspozycją art. 10 k.c., nie daje jeszcze możliwości przypisania wyżej wymienionego kwalifikowanego typu przestępstwa, a dla przyjęcia odpowiedzialności z tego przepisu ustawy karnej niezbędnym jest wykazanie, że sprawca, który poszczególne akty czynności wykonawczej przewidziane z tego przepisu ustawy kieruje na osobę lub grupę osób, jest świadomy co do ich małoletności, bowiem albo posiada pełną wiedzę co do ich wieku, albo też w oparciu o towarzyszące okoliczności przewiduje taką możliwość i godzi się na to”¹. Jest to element strony przedmiotowej czynu i jako taki musi być udowodniony na zasadach ogólnych. Rodzi się też pytanie, czy penalizowanie

1 Wyr. SA w Katowicach z dnia 24 października 2013 r., (II AKa 300/13, Lex nr 1422289).

niektórych czynności dotyczących małoletnich, podczas gdy w innych miejscach Kodeksu karnego ustawodawca uznaje za karalne czynności jedynie wobec małoletnich poniżej 15. roku życia, stanowi element racjonalnej polityki karnej, czy też wynika z przeoczenia ustawodawcy. W praktyce stosowania przepisów Kodeksu karnego okoliczność ta była już podnoszona m.in. przez Sąd Apelacyjny w Poznaniu, który w niedawnym orzeczeniu wyraźnie wskazał, że „pomimo użycia w art. 199 § 3 k.k. znamienia «małoletni», rzeczywisty obszar penalizacji wyznaczony tym przepisem dotyczy wyłącznie tych małoletnich, którzy ukończyli lat 15, ale nie ukończyli lat 18, ponieważ art. 200 § 1 k.k. wyłącza stosowanie art. 199 § 3 k.k. w zakresie małoletnich poniżej lat 15”². Wskazać jednak należy, że na tle użytych sformułowań w art. 200 k.k. kwestia ta nie stanowi przeoczenia ustawodawcy, lecz wynika z dostosowania polskiego ustawodawcy do wiążących norm prawa międzynarodowego.

2. Charakter czynów z art. 202 § 4a i 4b k.k.

Zgodnie z art. 202 § 4a k.k. kto przechowuje, posiada lub uzyskuje dostęp do treści pornograficznych z udziałem małoletniego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5. Z kolei art. 202 § 4b k.k. przewiduje, że kto produkuje, rozpowszechnia, prezentuje, przechowuje lub posiada treści pornograficzne przedstawiające wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Oznacza to, że każde z tych przestępstw ma charakter wieloodmianowy, gdyż może zostać popełnione przez każdą z czynności wykonawczych określonych w tych przepisach³. Nie skupiając się na poszczególnych znamionach tych typów, gdyż nie jest to przedmiotem tego artykułu, wskazać jedynie należy, że w zakresie czynu z § 4a jako czynność wykonawczą określono przechowywanie, posiadanie lub uzyskiwanie dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Na marginesie należy wskazać, że „znamię posiadania zostaje spełnione, jeśli sprawca w jakikolwiek sposób realnie włada przedmiotem (nośnikiem) zawierającym

2 Wyr. Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 22 grudnia 2021 r., (II AKa 214/21, Lex nr 3308407).

3 Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 291.

treści pornograficzne, tj. decyduje o jego losie, nawet jeśli nie byłyby jego własnością [...]. Przechowywanie jest formą posiadania, z tą jednak różnicą, że najczęściej jest to związane z przyjęciem zlecenia przetrzymania określonych treści pornograficznych od innej osoby”⁴. Z kolei uzyskiwanie dostępu należy rozumieć jako zachowanie polegające na umożliwieniu zapoznania się z tymi treściami, które nie wymaga posiadania tych treści – będą to więc w szczególności wszelakie sposoby odtwarzania tych treści na stronach pornograficznych. Uszczegółowić jednak należy, że „przez uzyskiwanie dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego należy rozumieć zachowania, które sprowadzają się do umożliwienia sprawcy zapoznania się z tego rodzaju treściami, ale nie wiążą się z przeniesieniem i utrwalaniem treści pornograficznej uzyskiwanej za pośrednictwem systemów teleinformatycznych (w szczególności sieci Internet) na urządzeniu umożliwiającym dostęp do tych treści (np. komputerze). W szczególności dochodzić będzie do uzyskiwania dostępu do treści pornograficznych z udziałem małoletniego w wypadku transmisji streamingowej, polegającej na przesyłaniu plików multimedialnych przez sieć teleinformatyczną do urządzenia odbiorczego i odtwarzanie tego przekazu na tym urządzeniu w czasie rzeczywistym bez ściągania i zapisywania plików multimedialnych w pamięci trwałej urządzenia, na którym doszło do ich odtworzenia”⁵. W świetle tego kontrowersyjne jest stanowisko Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu, który stwierdził, że „zachowanie ograniczone do wchodzenia na stronę internetową i zapoznawania się zawartymi tam przekazami pornograficznymi z udziałem małoletniego poniżej 15 lat nie stanowi sprowadzania treści, o jakich mowa w art. 202 § 4a k.k.”⁶. W uzasadnieniu tego wyroku wskazano, że „biegły z zakresu komputerów i informatyki tłumaczy (k. 545v), że przy przeglądaniu stron internetowych na dysku twardym komputera w folderach tymczasowych odkładają się pliki związane z oglądanymi stronami. Także te graficzne czy video. Ścieżka lokalizacji pliku jest ściśle określona, co pozwala określić, czy zapisał się on automatycznie przy oglądaniu stron, czy został zapisany celowo. Wyjątek dotyczy sytuacji, gdy plik został odzyskany z danych. Wówczas określenie katalogu w którym uprzednio się znajdował nie jest możliwe [...]. W rezultacie nie można więc na podstawie dostępnych dowodów

4 S. Hypś [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, s. 1215.

5 *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. M. Bielski, W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 802.

6 Wyr. SA we Wrocławiu z dnia 27 września 2012 r., (II AKa 171/12, Lex nr 1238629).

wykluczyć (art. 5 § 2 k.p.k.), że dane, o których mowa, zostały zapisane automatycznie w folderach tymczasowych na dysku twardym (oznaczony w opinii laboratorium kryminalistycznego i w opinii komputera oznaczonego jako (k. 172, 177, 183) przez przeglądarki internetowe, z których korzystał oskarżony, zapoznając się ze stronami internetowymi, na których te prezentacje się znajdowały. Przysnaje przecież, że «wchodził» na strony o tematyce erotycznej, przecząc, by poszukiwał prezentacji dzieci, choć wtedy przypadkowo otwierały się «różne strony» (k. 509v, 595)⁷. Czym innym jest bowiem kwestia świadomości i zamiaru, a czym innym realizacja znamion strony przedmiotowej. Rozróżnianie tego, czy zapoznanie się z daną treścią pornograficzną miało miejsce w postaci odtwarzania filmu umieszczonego na serwerze, czy też przez relację na żywo, nie znajduje uzasadnienia w treści przepisu.

Na gruncie § 4b jako czynność wykonawczą określono produkowanie, rozpowszechnianie, prezentowanie, przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej. Na tym tle należy zaznaczyć, że „rozpowszechnianie już ze swej istoty zakłada udostępnianie treści pornograficznych innym osobom. Rozpowszechniać tzn. czynić powszechnie dostępnymi”⁸. Produkowanie zaś „to zespół działań technicznych i organizacyjnych potrzebnych do wytworzenia treści pornograficznej z reguły utrwalanej na przedmiocie materialnym, stanowiącym nośnik takiej treści. W tak rozumianej produkcji mieszczą się zachowania polegające m.in. na finansowaniu produkcji, pisaniu scenariusza, reżyserowaniu, robieniu zdjęć, dokonaniu montażu, powielaniu materiału, zapewnianiu obsługi technicznej przedsięwzięcia, aż w końcu udziale w spektaklu pornograficznym w charakterze aktora”⁹.

Pojęcie treści pornograficznych nie zostało zdefiniowane w kodeksie. Tożsamy przedmiot czynności wykonawczej, czyli treści pornograficzne, został także określony w art. 202 § 1 k.k. Z zakazu wykładni homonimicznej należy przyjąć, że ustawodawca ma na myśli te same treści w obu przepisach¹⁰. Treści pornograficzne z § 4a i 4b różnić mają się jedynie tym, że dotyczą małoletnich. W Kodeksie karnym z 1969 r.¹¹, w art. 173 § 1, funkcjo-

7 Wyr. SA we Wrocławiu z dnia 27 września 2012 r., (II AKa 171/12, Lex nr 1238629).

8 J. Warylewski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020, s. 1387.

9 M. Bielski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 799–800.

10 Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 120.

11 Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94).

nowało przestępstwo dotyczące szeroko rozumianego rozpowszechnienia przedmiotów mających charakter pornograficzny¹². Nie jest więc to pojęcie nowe w polskim prawie karnym. Jednak, jak zauważa Piotr Siemkowicz, pojęcie treści pornograficznej zrywa z materialnym nośnikiem, gdyż zastąpiło wcześniejsze sformułowanie „przedmiot”¹³. W ówczesnej doktrynie wskazywano, że charakter pornograficzny mają przedmioty „obliczone na wywołanie podniecenia seksualnego”¹⁴. Choć współczesny Kodeks karny zmienił kształt przestępstw przeciwko obyczajności, wskazana prosta definicja pozostaje w zasadzie aktualna. Niemniej jednak obecnie wskazuje się, że pornograficzny charakter mają treści przedstawiające czynności seksualne „w sposób koncentrujący się wyłącznie na technicznych aspektach, w oderwaniu od warstwy intelektualnej i osobistej, ukazywanie ludzkich organów płciowych w ich funkcjach seksualnych, sprowadzających się wyłącznie do rejestracji odhumanizowanej technologii seksu”¹⁵. Sformułowanie „treści pornograficzne” z art. 202 § 4a k.k. zatem „oznacza m.in. wszelkie materiały ukazujące dziecko uczestniczące w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze, a także wszelkie przedstawianie organów płciowych dziecka w celach głównie seksualnych”¹⁶. W innym z kolei orzeczeniu Sądu Najwyższego stwierdzono, że „pojęcie «pornografia dziecięca» oznacza jakikolwiek materiał, który wizualnie przedstawia dziecko uczestniczące w rzeczywistej lub udawanej czynności wyraźnie seksualnej lub jakiegokolwiek przedstawianie narządów płciowych dziecka głównie w celach seksualnych”¹⁷. Tak samo należy też wyklądać to pojęcie na gruncie czynu z art. 202 § 4b k.k., z tą jedynie różnicą, że nie przedstawiają one rzeczywiście małoletniego, a wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej. Pod pojęciem tzw. pozorowanej pornografii dziecięcej należy rozumieć

12 Art. 173 § 1 k.k. z 1969 r. stanowił, że „kto rozpowszechnia pisma, druki, fotografie lub inne przedmioty mające charakter pornograficzny, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny”.

13 Zob. P. Siemkowicz, *Przestępstwa o charakterze pedofilskim i przeciwko wolności seksualnej popełniane przez Internet, w ujęciu polskiego kodeksu karnego*, „Z czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1, s. 62.

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

15 A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 460–461; zob. szerzej J. Warylewski, *Pornografia dziecięca w świetle prawa krajowego, międzynarodowego i unijnego*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 9, s. 119–122.

16 Post. SN z dnia 18 stycznia 2021 r., (IV KK 251/20, Lex nr 3111703).

17 Post. SN z dnia 15 stycznia 2020 r., (V KK 655/19, Lex nr 2777419).

„treści pornograficzne przedstawiające wytworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, a więc treści przedstawiające wirtualne (nierzeczywiste) obrazy osób małoletnich, np. narysowanych lub wygenerowanych komputerowo, oraz treści pornograficzne przedstawiające przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, tj. treści pornograficzne przedstawiające rzeczywiście istniejące osoby pełnoletnie ucharakteryzowane na osoby małoletnie”¹⁸. Z punktu widzenia realizacji znamion czynu zabronionego nie ma też znaczenia, w jaki sposób sprawca wszedł w posiadanie takich treści, chociażby zostały one dobrowolnie udostępnione przez małoletniego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, „doprowadzenie małoletniego poniżej lat 15 do wykonania czynności seksualnej i do przesłania jej zapisu na profil internetowy sprawcy, który uprzednio złożył pokrzywdzonemu za pośrednictwem systemu teleinformatycznego propozycję w tym zakresie i zmierzał do jej realizacji, w konsekwencji czego uzyskał dostęp do treści pornograficznej z udziałem dziecka – stanowi przestępstwo określone w art. 200a § 2 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zb. z art. 202 § 4a k.k. w zw. z art. 11 § 2 k.k., najczęściej popełniane w warunkach czynu ciągłego z art. 12 k.k.”¹⁹. W niedawnym zaś orzeczeniu Sąd Najwyższy, odnosząc się do argumentacji kasacji co do zbiegu pomijalnego art. 202 § 4a k.k., wskazał, że „w świetle materiału dowodowego zgromadzonego w niniejszej sprawie, nie można tracić z pola widzenia, że nagie zdjęcia przedstawiające czternastoletnią pokrzywdzoną A.W. zostały zrobione i wysłane za namową skazanego. Nakłonienie pokrzywdzonej do tych czynności składało się na całą sekwencję działań skazanego, dążącego od samego początku i w konsekwencji realizującego zamiar nawiązania z pokrzywdzoną kontaktu seksualnego. Propozycja takiego kontaktu została przez skazanego skierowana do pokrzywdzonej po raz pierwszy w dniu, w którym otrzymał przedmiotowe zdjęcia”²⁰. Istotnym jednak zagadnieniem jest to, że typy czynów zabronionych odnoszących się do pornografii dziecięcej mogą być popełnione jedynie umyślnie. Sprawca musi więc działać co najmniej z zamiarem ewentualnym co do każdego z elementów wchodzących w skład znamion czynu zabronionego, a więc w konsekwencji musi co najmniej się godzić na to, że treści pornograficzne dotyczą małoletniego. Sąd Najwyższy

18 M. Bielski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 802–803.

19 Post. SN z dnia 4 lipca 2019 r., (III KK 166/18, Lex nr 2692672).

20 Post. SN z dnia 18 stycznia 2021 r., (IV KK 251/20, Lex nr 3111703).

na kanwie jednej ze spraw zauważył, że „sąd odwoławczy rozważył potrzebę powołania w sprawie biegłego z zakresu antropologii (s. 2–3 uzasadnienia), w pełni zasadnie uznając, że przeprowadzenie tego dowodu było w realiach faktycznych sprawy zbędne. Wskazał przede wszystkim, że z zeznań pokrzywdzonej wynika, iż na początku kontaktów ze skazanym przedstawiła mu się jako dziewczynka 12-letnia i chociaż faktycznie miała ona wówczas jedynie 10 lat, to ta okoliczność nie stanowiła dla P.D. przeszkody do złożenia małoletniej M.S. propozycji obcowania płciowego oraz poddania się innej czynności seksualnej i dążenia do realizacji tych propozycji. Jak trafnie zauważył Sąd *ad quem*, także sam skazany, dysponując nagimi zdjęciami pokrzywdzonej, dostrzegł, że ma ona mniej niż 15 lat (k. 261). Okoliczności te w sposób jednoznaczny wskazują, że powołanie w sprawie biegłego antropologa byłoby całkowicie zbyteczne, albowiem o żadnym błędzie w świadomości skazanego co do tego, że pokrzywdzona ma ukończone 15 lat, nie mogło być mowy”²¹. *A contrario* zatem skorzystanie z takiej opinii niejednokrotnie będzie nieodzowne dla ustalenia, czy sprawca przewidywał, że wskazane treści dotyczą małoletnich. W szczególności problematyczne będzie ustalenie tego, czy dana treść dotyczy małoletniego w sytuacji tzw. pornografii pozorowanej.

3. Małoletni jako przedmiot czynności wykonawczej

Na gruncie rozdziału XXV Kodeksu karnego, w szeregu czynów zabronionych jako przedmiot czynności wykonawczych wymienia się małoletniego poniżej lat 15 – zob. art. 197 § 3 pkt 2 k.k., art. 200 § 1, § 3, § 4, § 5 k.k., art. 200a § 1 i 2 k.k. Jednak na gruncie przestępstw pornograficznych w art. 202 § 3–4c k.k., podobnie zresztą jak w art. 199 § 2 i 3 k.k., jako przedmiot tych czynności wymienia się małoletniego. Małoletnim jest zaś osoba, która nie ukończyła lat 18 (art. 10 § 1 k.c. *a contrario*). Problematyczne jest, jaki wpływ na wskazane regulacje Kodeksu karnego ma art. 10 § 2 k.c., który przewiduje, że przez zawarcie małżeństwa małoletni uzyskuje pełnoletniość. Z przepisów Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego wynika, że z ważnych powodów, za zgodą

21 Post. SN z dnia 15 stycznia 2020 r., (V KK 655/19, Lex nr 2777419).

sądu opiekuńczego, kobieta, która ukończyła 16 lat, może zawrzeć małżeństwo. Zatem osoba taka uzyskuje pełnoletniość w rozumieniu Kodeksu cywilnego, co rodzi wątpliwość, czy mają do niej zastosowanie przepisy Kodeksu karnego dotyczące małoletnich. Wśród przedstawicieli doktryny kwestia tego, czy w rozumieniu Kodeksu karnego małoletnim jest osoba, co do której ma zastosowanie art. 10 § 2 k.c., jest sporna²². Wskazana jednak regulacja stanowi wyjątek co do sposobu uzyskania pełnoletniości i jako regulacja wyjątkowa nie powinna być rozszerzana na inne dziedziny prawa. W szczególności istotne jest także to, że ewentualny sprawca nie musi mieć wszak wiedzy co do „upełnoletnienia się” małoletniej przez zawarcie małżeństwa, tym bardziej w odniesieniu do przestępstw pornograficznych.

Dla pełnego oddania tego, jaki był cel ustawodawcy, należy prześledzić proces legislacyjny dotyczący przestępstw pornograficznych związanych z małoletnimi. Warto jest w tym miejscu zauważyć, że ogólne *ratio legis* przestępstw zawartych w rozdziale XXV Kodeksu karnego było co do zasady powszechnie akceptowane w doktrynie prawa karnego, która zwracała uwagę na odejście od moralistycznej polityki karnej²³.

Pierwotne brzmienie Kodeksu karnego w zakresie czynów z art. 202 k.k. przewidywało w § 2 i 3 penalizowanie udostępnienia małoletniemu poniżej lat 15 treści pornograficznych oraz ich produkowanie w celu rozpowszechniania lub rozpowszechnianie ich i sprowadzanie. Dopiero w 2004 r.²⁴ w zakresie czynu z art. 202 § 3 k.k. dokonano zmiany poprzez określenie, że dotyczy on każdego małoletniego, jednocześnie w § 2 i w nowo dodanym § 4 pozostawiając małoletniego poniżej lat 15. Z kolei czyn z art. 202 § 4a k.k. został do Kodeksu karnego wprowadzony na mocy nowelizacji z 2005 r.²⁵ – w pierwotnej wersji przewidywał on również, że dotyczy treści pornograficznych z udziałem małoletniego poniżej lat 15. Tempo tych zmian dokonywanych jedna po drugiej i ich zakres były w doktrynie krytykowane²⁶.

22 Na ten temat zob.: A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 469; J. Jodłowski, M. Szewczyk [w:] *Kodeks karny. Część szczególna...*, s. 893–895 i przywołana tam literatura.

23 Zob. M. Filar, *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12, s. 21.

24 Ustawa z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626).

25 Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz. U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1363).

26 Zob. M. Filar, „*Druga*” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3, s. 39–40.

Występek z art. 202 § 4b k.k. został dodany zaś w 2008 r.²⁷ i już w swej pierwotnej wersji przewidywał, że dotyczy on każdego małoletniego, jednak jednocześnie nie dokonano zmian w art. 202 § 4 i 4a k.k., które w dalszym ciągu dotyczyły jedynie małoletnich poniżej 15 lat. Doprowadziło to więc do paradoksalnej sytuacji – karalne było posiadanie treści pornograficznych przedstawiających sztuczny wizerunek osoby w wieku lat 17, a na gruncie § 4 i 4a niekaralne było utrwalanie treści pornograficznych z taką osobą ani ich posiadanie. Dopiero w 2014 r.²⁸ ujednotaczono zakres karalności tych czynów poprzez wskazanie, że w § 4 i 4a dotyczy on każdego małoletniego.

W uzasadnieniu ustawy z 2004 r., która dokonała zmian w art. 202 § 3 k.k., wskazano, że „uznając za konieczne zwiększenie ochrony dzieci, które nie ukończyły 15 roku życia, przed wpływem materiałów o charakterze pornograficznym, rozpowszechnianych w szczególności w sieciach informatycznych, rozszerzono zakres karalności rozpowszechniania takich treści w sposób niezabezpieczony, a więc umożliwiający małoletniemu zapoznanie się z nimi. Dokonano tego przez stosowną zmianę w opisie czynu zabronionego z art. 202 § 2 k.k. (art. 1 pkt 6 ustawy). Nawiązując do regulacji prawnomiędzynarodowych, a także uznając za wysoce naganne wykorzystywanie osób małoletnich nawet powyżej 15 roku życia do profesjonalnej produkcji materiałów pornograficznych, rozszerzono zakres penalizacji w art. 202 § 3 k.k. na szereg działań podejmowanych w celu rozpowszechniania tego typu treści pornograficznych”²⁹. Z kolei pierwotna wersja projektu³⁰ ustawy z 2005 r., która finalnie wprowadziła art. 202 § 4a k.k., nie przewidywała oryginalnie zmian w tym zakresie. Zostały one dodane dopiero na etapie prac w komisji³¹.

27 Ustawa z dnia 24 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2008 r. Nr 214, poz. 1344).

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

29 Druk sejmowy nr 2031, Sejm IV kadencji, s. 30.

30 Druk sejmowy nr 2693, Sejm IV kadencji.

31 Druk sejmowy nr 3912, Sejm IV kadencji, sprawozdanie komisji nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o poselskim projekcie ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny i Kodeks karny wykonawczy (druk nr 2693).

4. Wpływ prawa międzynarodowego na kształt przestępstw pornograficznych

Regulacje prawnomiędzynarodowe, o jakich tu mowa, to przede wszystkim Międzynarodowa konwencja w sprawie zwalczania obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi³². Art. I tej konwencji jako czyny karalne wskazywał [pisownia oryginalna – J.K.]:

- „1) sporządzanie lub przechowywanie pism, rysunków, rycin, malowideł, druków, wizerunków, afiszów, emblematów, fotografii, filmów kinematograficznych lub innych pornograficznych przedmiotów, w celu handlowania nimi lub rozpowszechniania, bądź publicznego ich wystawiania;
- 2) wwóz, przewóz, wywóz, bądź zlecenie wwozu, przewozu lub wywozu dla powyższych celów pomienionych pism, rysunków, rycin, malowideł, druków, wizerunków, afiszów, emblematów, fotografii, filmów kinematograficznych lub innych pornograficznych przedmiotów, lub puszczanie tychże w obieg w jakikolwiek sposób;
- 3) handel nawet niepubliczny powyższymi przedmiotami, wszelkie transakcje dotyczące ich w jakikolwiek sposób, rozpowszechnianie ich, wystawianie ich publiczne lub zawodowe zajmowanie się ich wypożyczeniem;
- 4) ogłaszanie lub oznajmianie w jakikolwiek sposób w celu ułatwienia wyżej wzmiankowanego, karalnego obiegu lub handlu, że pewna osoba uprawia którykolwiek z czynów karalnych powyżej wymienionych; ogłaszanie lub oznajmianie w jaki sposób i przez kogo wspomniane pisma, rysunki, ryciny, malowidła, druki, wizerunki, afisze, emblematy, fotografie, filmy kinematograficzne lub inne pornograficzne przedmioty mogą być dostarczone bądź wprost, bądź pośrednio”.

Jak zatem wynika z powyższego, konwencja ta ma na celu zwalczanie wszelkiego rodzaju pornografii. W myśl obecnych przepisów Kodeksu karnego Polska nie wypełnia w całości zobowiązań z niej wynikających, co wynika z ograniczenia karalności rozpowszechnienia pornografii w art. 200 § 1 k.k.³³.

32 Międzynarodowa konwencja w sprawie zwalczania obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi podpisana dnia 12 września 1923 r. w Genewie (Dz. U. z 1927 r. Nr 71, poz. 621).

33 Zob. M. Budyn-Kulik, M. Kulik [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 773.

Ponadto Polska w 2001 r. przystąpiła do Konwencji o zwalczaniu cyberprzestępczości³⁴, a ustawa z 2004 r. miała stanowić jej wykonanie³⁵.

Konwencja w art. 9 ust. 1 zobowiązywała państwa do uznania za przestępstwo umyślne:

- a. produkowanie pornografii dziecięcej dla celów jej rozpowszechniania za pomocą systemu informatycznego;
- b. oferowanie lub udostępniania pornografii dziecięcej za pomocą systemu informatycznego;
- c. rozpowszechnianie lub transmitowanie pornografii dziecięcej za pomocą systemu informatycznego;
- d. pozyskiwanie pornografii dziecięcej za pomocą systemu informatycznego dla siebie lub innej osoby;
- e. posiadanie pornografii dziecięcej w ramach systemu informatycznego lub na środkach do przechowywania danych informatycznych.

W art. 9 ust. 2 tej konwencji zawarto definicję pornografii dziecięcej, poprzez wskazanie, że obejmuje ona materiał pornograficzny, który w sposób widoczny przedstawia:

- a. osobę małoletnią w trakcie czynności wyraźnie seksualnej;
- b. osobę, która wydaje się być małoletnią, w trakcie czynności wyraźnie seksualnej;
- c. realistyczny obraz przedstawiający osobę małoletnią w trakcie czynności wyraźnie seksualnej.

Odnosnie do pornografii dziecięcej Polska jest ponadto sygnatariuszem protokołu fakultatywnego do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii³⁶. W preambule protokołu określono jeden z motywów jej przyjęcia jako „poważnie zaniepokojone znaczącym i wciąż rozwijającym się międzynarodowym obrotem dziećmi mającym na celu handel dziećmi, dziecięcą prostytucję i dziecięcą pornografię”. W art. 2 lit. c protokołu wskazano, że dziecięca pornografia oznacza jakiegokolwiek pokazywanie, za pomocą dowolnych środków, dziecka

34 Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, sporządzona w Budapeszcie dnia 23 listopada 2001 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 728).

35 Zob. W. Grzeszczyk, *Zmiany prawa karnego wprowadzone ustawą z dnia 18 marca 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7, s. 78–79.

36 Protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka w sprawie handlu dziećmi, dziecięcej prostytucji i dziecięcej pornografii, przyjęty w Nowym Jorku dnia 25 maja 2000 r. (Dz. U. z 2007 r. Nr 76, poz. 494).

uczestniczącego w rzeczywistych lub symulowanych czynnościach ewidentnie seksualnych lub też jakiegokolwiek pokazywanie organów płciowych w celach przede wszystkim seksualnych. Na podstawie art. 3 ust. 1 lit c tego protokołu każde z państw-stron zostało zobowiązane do wdrożenia, jako minimum, prawa kryminalnego, i to bez względu na miejsce popełnienia czynu, mającego na celu zwalczanie produkcji, dystrybucji, rozpowszechniania, importu, eksportu, oferowania, handlu lub posiadania dla wyżej wymienionych celów dziecięcej pornografii, zgodnie z definicją zawartą w art. 2. Protokół przy tym nie określa pojęcia dziecka, jednak z racji tego, że jest to protokół dodatkowy do Konwencji o prawach dziecka³⁷, to należy stosować wprost art. 1 tej konwencji, zgodnie z którym w rozumieniu niniejszej konwencji „dziecko” oznacza każdą istotę ludzką w wieku poniżej 18. lat, chyba że zgodnie z prawem odnoszącym się do dziecka uzyska ono wcześniej pełnoletność.

W przypadku ustawy z 2008 r. wprost wskazano, że ma ona za zadanie wykonać prawo unijne, w tym m.in. decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r.³⁸ o zwalczaniu seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej. W uzasadnieniu projektu ustawy³⁹ bezpośrednio odwołano się do art. 2 i 3 decyzji, podnosząc, że decyzja ta „penalizuje zachowania polegające na zmuszaniu, rekrutacji małoletnich do prostytucji i do udziału w prezentacjach pornograficznych, czerpaniu z tego zysków, uczestnictwie w czynnościach seksualnych z udziałem małoletniego z wykorzystaniem przemocy, groźby, w zamian za korzyść, przez wykorzystanie stosunku zaufania lub zależności. Czynom tym odpowiadają zachowania określone w art. 197–200, art. 202 § 2 i 4, art. 203 i art. 204 § 1–3 K.k. W zakresie dotyczącym materiałów pornograficznych Decyzja ramowa penalizuje czyny polegające na produkcji, dystrybucji, rozpowszechnianiu, przekazywaniu, dostarczaniu, udostępnianiu, nabywaniu lub posiadaniu takich materiałów”. W art. 1 lit. a zdefiniowano, że „dziecko” oznacza każdą osobę w wieku poniżej 18 lat. Ponadto w art. 1 lit. b decyzja ramowa zawiera definicję legalną pornografii dziecięcej, w myśl której „pornografia dziecięca” oznacza materiał zawierający treści pornograficzne, który przedstawia lub prezentuje:

37 Konwencja o Prawach Dziecka przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r. (Dz. U. z 1991 r. Nr 120, poz. 526).

38 Decyzja Ramowa Rady 2004/68/WSiSW z dnia 22 grudnia 2003 r. dotycząca zwalczania seksualnego wykorzystywania dzieci i pornografii dziecięcej (Dz. U. UE. L z 2004 r. Nr 13, poz. 44).

39 Druk sejmowy nr 458, Sejm V kadencji, s. 2.

- I. rzeczywiste dziecko uczestniczące w czynności wyraźnie seksualnej lub poddające się takiej czynności, w tym lubieżne okazywanie narządów płciowych lub miejsc intymnych dziecka; lub
- II. rzeczywistą osobę, która sprawia wrażenie, że jest dzieckiem, uczestniczącą lub poddającą się czynności określonej w ppkt I.; lub
- III. realistyczne obrazy nieistniejącego dziecka, uczestniczącego lub poddającego się czynności określonej w ppkt I.

Podobnie zatem jak w przypadku protokołu dodatkowego do Konwencji Praw Dziecka, wspomniana decyzja ramowa penalizuje również pozorowaną pornografię dziecięcą. Co jednak istotne, w art. 3 ust. 2 tej decyzji przewidziano możliwość odstąpienia od penalizacji przestępstw pornograficznych:

- a. określonych w art. 1 lit. b. ppkt II, gdy osoba rzeczywista, która sprawia wrażenie, że jest dzieckiem w chwili prezentacji, miała 18 lub więcej lat;
- b. określonych w art. 1 lit. b. ppkt I i II, w przypadku produkcji i posiadania, gdy wizerunki dzieci, które osiągnęły wiek wystarczający do wyrażenia zgody na swój udział w czynnościach o charakterze seksualnym, są produkowane lub znajdują się w posiadaniu za ich zgodą i wyłącznie dla ich prywatnych celów. Nawet jeżeli wyrażenie zgody zostało potwierdzone, nie zostanie ona uznana za ważną, jeżeli dla jej uzyskania sprawca wykorzystał np.: przewagę wiekową, dojrzałość, pozycję, status, doświadczenie lub zależność pokrzywdzonego;
- c. określonych w art. 1 lit. b. ppkt III, gdy zostało stwierdzone, że materiały pornograficzne są produkowane lub znajdują się w posiadaniu osoby je produkującej wyłącznie dla jej prywatnego użytku, w takim zakresie, w jakim materiały pornograficzne określone w art. 1 lit. b. ppkt I i II nie zostały wykorzystane do celów ich produkcji, a także pod warunkiem, że czyn ten nie stwarza ryzyka rozpowszechnienia takich materiałów.

W powyższym zakresie zatem decyzja ramowa nie przewiduje obligatoryjnego obowiązku penalizowania takich czynności, umożliwiając państwu członkowskim możliwość odstąpienia od karalności tych czynów. Polski ustawodawca nie zdecydował się jednak z tego wyjątku skorzystać. Decyzja ramowa 2004/68/WSiSW została zastąpiona dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE⁴⁰, która w art. 2 lit. c definiuje pornografię dziecięcą jako: wszelkie materiały ukazujące dziecko uczestniczące

40 Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania sek-

w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze;

- II. wszelkie przedstawienia organów płciowych dziecka w celach głównie seksualnych;
- III. wszelkie materiały ukazujące osobę wyglądającą na dziecko uczestniczącą w rzeczywistych lub symulowanych zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze oraz przedstawienia organów płciowych osób wyglądających jak dziecko, w celach głównie seksualnych; lub
- IV. realistyczne obrazy dziecka uczestniczącego w zachowaniach o wyraźnie seksualnym charakterze lub realistyczne obrazy organów płciowych dziecka, w celach głównie seksualnych.

Również w art. 5 ust. 7 i 8 tej dyrektywy przewidziano możliwość odstąpienia od penalizacji czynów dotyczących pozorowanej pornografii, z którego jednak Polska nie skorzystała. Konsekwencją tej właśnie dyrektywy były kolejne zmiany w zakresie art. 202 § 4 i 4a k.k. dokonane ustawą z 2014 r. W uzasadnieniu projektu tej ustawy wskazano, że „projektodawca zdecydował się nie wprowadzać wprost tego rodzaju wyłączenia do ustawy, gdyż tak kazuistyczne ukształtowanie norm kodeksowych prowadziłoby do osłabienia ich czytelności, a tym samym istotnych problemów w ich stosowaniu (np. opisanie warunków i sposobu wyrażenia zgody, konsekwencji jej cofnięcia). Za niecelowością takiego rozwiązania przemawia również możliwość posłużenia się przy karno-prawnej ocenie konkretnego czynu instytucjami części ogólnej Kodeksu karnego, a w szczególności oceną stopnia społecznej szkodliwości takiego czynu, jak również odwołania się do pozaustawowego kontratypu zgody dysponenta dobrem (małoletniego, który osiągnął wiek przyzwolenia), wskazywanego w doktrynie prawa karnego”⁴¹.

Zwraca więc uwagę, że we wszystkich wspomnianych wyżej aktach prawa międzynarodowego definicja dziecka jest spójna i dotyczy osoby poniżej 18. roku życia, jak również, że pornografia dziecięca jest w tych aktach definiowana w sposób zbieżny⁴². Jak wskazuje jednak Jarosław Warylewski, „definicje te nie są identyczne, różne są co do treści i zakresu. W pewnym sensie

sualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW (Dz. U. UE. L. z 2011 r. Nr 335, poz. 1).

41 Druk sejmowy nr 2016, Sejm VII kadencji, s. 5.

42 Zob. M. Skórzewska-Amberg, *Zwalczanie niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej (na tle dyrektywy 2011/92/UE)*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 8, s. 33.

konkurują ze sobą, co prowadzi do sytuacji, że istnieje kilka różniących się definicji legalnych pornografii dziecięcej. W płaszczyźnie teoretycznej to bogactwo jest korzystne i możliwe w całości do wykorzystania, jednak na gruncie konkretnej sprawy, gdy decyduje się o odpowiedzialności karnej sprawcy zarzucanego czynu, a różnice w definicjach pornografii dziecięcej powodują, że wykorzystanie ich przy interpretacji znamienia «treści pornograficzne z udziałem małoletniego» decydują tak naprawdę o zakresie kryminalizacji, o tym, co jest zachowaniem objętym znamionami czynu zabronionego i *a contrario*, co tymi znamionami objęte nie jest, konieczne jest wskazanie, która z tych definicji zostanie wykorzystana. Należy to zrobić zgodnie z regulami zawartymi w art. 4 § 1 k.k.⁴³. Różnice te jednak dotyczą niuansów, gdyż zarówno Konwencja o cyberprzestępczości, protokół dodatkowy do Konwencji Praw Dziecka, decyzja ramowa i zastępująca ją dyrektywa w sposób mniej lub bardziej precyzyjny uznają za pornografię dziecięcą tzw. pornografię pozorowaną, w której rzeczywiście występują osoby dorosłe. Przyjęte więc rozwiązania w art. 202 § 4a i 4b k.k. odpowiadają zobowiązaniom wynikającym z tych aktów, gdyż niezależnie od wieku przyzwolenia osoby małoletnie podlegają szczególnej ochronie przed wykorzystaniem seksualnym⁴⁴.

Rozwiązania przewidziane przez polski Kodeks karny nie odbiegają przy tym od innych rozwiązań przewidzianych w ustawodawcach karnych państw europejskich. Przykładowo, duński Kodeks karny⁴⁵ penalizuje wykonywanie fotografii, filmów lub innych podobnych z udziałem osoby poniżej 18 lat w celu sprzedaży lub rozpowszechnienia, jak również posiadanie takich materiałów, jednakże § 235 ust. 3 wyłącza karalność posiadania takich materiałów, jeśli małoletni powyżej 15 lat wyraził na nie zgodę⁴⁶. Z kolei estoński Kodeks karny⁴⁷ penalizuje m.in. wytwarzanie i sprzedawanie materiałów pornograficznych i erotycznych z udziałem osób poniżej 18. roku życia, jednak nie jest zabronione posiadanie takich treści⁴⁸. W przypadku czeskiego

43 J. Warylewski, *Pornografia dziecięca w świetle prawa krajowego, międzynarodowego i unijnego*, s. 124.

44 Zob. M. Skórzewska-Amberg, *op. cit.*, s. 56.

45 Zob. <https://www.globalwps.org/data/DNK/files/Danish%20Criminal%20Code.pdf> (dostęp: 23 października 2022 r.).

46 Zob. M. Kulik, *Przestępstwa „pornograficzne” w ujęciu porównawczym* [w:] *Pornografia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2011, s. 94–95.

47 Zob. <https://www.riigiteataja.ee/en/eli/522012015002/consolide> (dostęp: 23 października 2022 r.).

48 Zob. M. Kulik, *op. cit.*, s. 96.

Kodeksu karnego⁴⁹ penalizowane jest już samo posiadanie pornografii dziecięcej⁵⁰. Interesująco na tym tle przedstawia się ustawodawstwo irlandzkie, gdzie kwestie pornografii dziecięcej zostały zawarte w odrębnej ustawie, która definiuje pornografię dziecięcą jako wykorzystującą dziecko lub osobę mogącą być uznaną za dziecko w sytuacji seksualnej⁵¹. Francuski Kodeks karny⁵² z kolei penalizuje rozpowszechnienie pornografii z udziałem małoletniego poniżej 18. roku życia, jak również samo posiadanie takich materiałów, przy czym karane jest również posiadanie takich materiałów przedstawiających osobę powyżej 18 lat, jeżeli jej wygląd wskazuje na niższy wiek, jednakże jednocześnie przewidziano klauzulę niekaralności, jeśli dowiedzione zostanie, że w czasie zapisu obrazu osoba była dorosła⁵³. Niemiecki Kodeks karny zaś zakazuje rozpowszechnienia, nagrywania i posiadania pornografii dziecięcej i obejmuje również materiały mogące uchodzić za realistyczne lub prawdziwe⁵⁴. Z kolei rozwiązania przewidziane we włoskim Kodeksie karnym również przewidują wykorzystanie małoletnich w pornografii, rekrutowanie ich, w tym kryminalizowanie tzw. pozorowanej pornografii⁵⁵. Kwestia zwalczania pornografii dziecięcej jest również szeroko rozwinięta w amerykańskim stanie prawnym, gdzie na kanwie sprawy *Miller vs. Kalifornia* wypracowano trzy kryteria uznania treści za pornograficzne: czy obiektywnie dana rzecz może zostać uznana za lubieżną, czy przedstawia zachowania seksualne, czy nie odwołuje się do nauki lub sztuki⁵⁶. Następnie uchwalono *Protection of Children Against Sexual Exploitation Act of 1977*, na mocy którego penalizowane było kolportowanie pornografii przedstawiającej dzieci poniżej 16. roku życia.

49 Zob. <https://www.ejtn.eu/PageFiles/6533/Criminal%20Code%20of%20the%20Czech%20Republic.pdf> (dostęp: 23 października 2022 r.).

50 Zob. M. Kulik, *op. cit.*, s. 98.

51 Zob. *ibidem*, s. 99.

52 Zob. https://sherloc.unodc.org/cld/uploads/res/document/french_penal_code_html/french_penal_code.pdf (dostęp: 23 października 2022 r.).

53 Zob. *ibidem*, s. 100–101.

54 Zob. *ibidem*, s. 104.

55 Zob. *Compilation of extracts: A Study on national measures for combating child pornography – How countries implement international standards. Reports extracted from the full 'ELSA for Children' report: "How does legislation protect child victims from sexual violence in the national legal framework in Europe?", s. 36–37, <https://www.coe.int/t/dg3/children/news/ELSADocument.pdf> (dostęp: 23 października 2022 r.).*

56 Zob. J.V. Eggstein, K.J. Knapp, *Fighting Child Pornography: A Review of Legal and Technological Developments*, „*Journal of Digital Forensics, Security and Law*” 2014, vol. 9, nr 4, s. 32.

5. Zakończenie

Podsumowując powyższe rozważania, należy wskazać, że obecne uregulowanie przestępstw dotyczących pornografii dziecięcej, w szczególności czynów określonych w art. 202 § 4a i 4b k.k., po szeregu nowelizacji w końcu stały się regulacją spójną, gdyż w każdym z przypadków określonych w art. 202 k.k. dotyczą małoletniego, a nie, jak uprzednio, raz małoletniego, a raz małoletniego do lat 15. Potrzeba wprowadzenia omawianych typów czynów zabronionych uzasadniona jest przede wszystkim zawartymi przez Polskę umowami międzynarodowymi dotyczącymi zwalczania pornografii dziecięcej. Współczesne regulacje międzynarodowe, tj. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/93/UE, protokół fakultatywny do Konwencji o prawach dziecka i Konwencja Rady Europy o cyberprzestępczości, są w tym zakresie spójne i definiują dziecko jako osobę poniżej 18 lat. Dlatego też w przestępstwach pornograficznych z art. 202 k.k. doszło do ujednoczenia znamion zawartych tam czynów poprzez określenie, że dotyczą one każdego małoletniego. Przywołane akty zobowiązują również państwa-strony do penalizowania tzw. pornografii pozorowanej, tj. nieprzedstawiającej w rzeczywistości dziecka, lecz stwarzającej taki pozór. Jednocześnie jednak wszystkie te akty pozostawiają w tym zakresie pewien luz decyzyjny. Ustawodawca polski nie zdecydował się na skorzystanie z tego trybu, co jednak rodzi pewne wątpliwości. Jak wskazano wyżej, w uzasadnieniu ostatniej nowelizacji Kodeksu karnego w tym zakresie wskazano, że byłoby to zbyt kazuistyczne, a niekaralność czynów formalnie realizujących znamiona można uzyskać przez ocenę stopnia społecznej szkodliwości lub kontratyp zgody. Po pierwsze, należy wskazać, że kazuistyka nie stanowiła przeszkody dla kolejnych zmian w Kodeksie karnym odnośnie do przestępstw seksualnych (dokonane i projektowane zmiany w art. 197 k.k.). Przyjęcie zaś możliwości skorzystania z kontratypu zgody, który sam w sobie już jest kontrowersyjny, lub znikomej społecznej szkodliwości czynu wydaje się wątpliwe, ponieważ czyny te dotyczą bardzo delikatnych kwestii, które wywołują społeczne oburzenie. Ustawodawca nie powinien przerzucać na organy wymiaru sprawiedliwości odpowiedzialności za tworzenie prawa za pomocą niepewnych instrumentów prawnych. Oczekiwane byłoby więc dokonanie w tym zakresie kolejnej nowelizacji, która w sposób wyraźny określiłaby, kiedy treści pornograficzne dotyczące osób małoletnich można posiadać zgodnie z prawem. W szczególności byłoby to oczekiwane w sytuacjach osób powyżej

15 lat, kiedy posiadane treści wynikają np. z pozostawiania w związku takiej osoby z równolatkiem czy nawet osobą pełnoletnią. *De lege lata* bowiem osoba powyżej 15 lat może współżyć seksualnie z 18-latką, jednak kiedy doszłoby pomiędzy takimi osobami do wymiany nagrań czy zdjęć o seksualnym kontekście, osoba pełnoletnia zrealizowałaby znamiona czynu zabronionego z art. 202 § 4a k.k.

Jan Kluza

Bibliografia

- ANDREJEW I., ŚWIDA W., WOLTER W., *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973.
- BIELSKI M., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- BUDYN-KULIK M., KULIK M., [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017.
- Compilation of extracts: A Study on national measures for combating child pornography – How countries implement international standards. Reports extracted from the full ‘ELSA for Children’ report: “How does legislation protect child victims from sexual violence in the national legal framework in Europe?”, <https://www.coe.int/t/dg3/children/news/ELSADocument.pdf> (dostęp: 23 października 2022 r.).*
- EGGESTEIN J.V., KNAPP K.J., *Fighting Child Pornography: A Review of Legal and Technological Developments*, „Journal of Digital Forensics, Security and Law” 2014, vol. 9, nr 4.
- FILAR M., „Druga” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3.
- FILAR M., *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12.
- GRZESZCZYK W., *Zmiany prawa karnego wprowadzone ustawą z dnia 18 marca 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7.
- HYPŚ S., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grzeškowiak, K. Wiak, Warszawa 2021.
- KULIK M., *Przestępstwa „pornograficzne” w ujęciu porównawczym* [w:] *Pornografia*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2011.
- MAREK A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2004.
- MORAWSKI L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010.

- SIEMKOWICZ P., *Przestępstwa o charakterze pedofilskim i przeciwko wolności seksualnej popełniane przez Internet, w ujęciu polskiego kodeksu karnego*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1.
- SKÓRZEWSKA-AMBERG M., *Zwalczanie niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej (na tle dyrektywy 2011/92/UE)*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 8.
- WARYLEWSKI J., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2020.
- WARYLEWSKI J., *Pornografia dziecięca w świetle prawa krajowego, międzynarodowego i unijnego*, „Państwo i Prawo” 2019, nr 9.
- WRÓBEL W., ZOLLA A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013.

SUMMARY

The “minority” mark within the context of prohibited acts under articles 202 § 4a and 4b Penal Code and the regulations of international law

The subject of the article is the discussion of prohibited acts concerning child pornography consisted in the possession and production of materials including that content and a minor participation. Criminal provisions penalizing these activities were introduced into the Penal Code in 2004 and have been amended many times since then. Currently, the Criminal Code refers to these crimes as the “minority” mark which refers to every person under the age of 18. In this area, however, for a number of years, the possession of such content was punishable only in relation to a minor under 15 years of age, which justifies a closer look at prohibited acts.

Jan Kluza, PhD, assessor at the District Court in Kielce, graduate of doctoral studies at the Department of Criminal Procedure at the Faculty of Law and Administration of the Jagiellonian University. Author of publications in the field of criminal law, criminal and constitutional proceedings, included in: „Prosecution and Law”, „Legal Notebooks”, „Legal, Economic and Sociological Movement”, „Review of Constitutional Law”, „New Codification of Criminal Law”, „Legislative Review”, „Palestra”;
ORCID: 0000-0002-0929-6093.