

ARTYKUŁY

Możliwość orzeczenia zakazu zajmowania stanowiska (stanowisk), wykonywania zawodu (zawodów) lub prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub opieką nad nimi za przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego – analiza empiryczna i formalno-dogmatyczna

DOI: 10.53024/1.4.52.2023

OSKAR KWASIŃSKI*, JACEK POTULSKI**

STRESZCZENIE

Zadaniem niniejszego opracowania jest odpowiedź na pytanie, czy orzeczenie zakazu zajmowania stanowiska (stanowisk), wykonywania zawodu (zawodów) lub prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub opieką nad nimi za przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego, jest *de lege lata* normatywnie uzasadnione. Autorzy przedstawiają swoje stanowisko na podstawie szczegółowej analizy elementów środków karnych z art. 39 pkt 2 i 2a polskiego Kodeksu karnego i warunków orzekania tych środków znanych z kolei z art. 41 § 1 i § 1a k.k. W tym celu dokonany zostaje przegląd badań kanadyjskich, amerykańskich, szwajcarskich, niemieckich i czeskich dotyczących korelacji pomiędzy przestępstwami, których przedmiotem czynności wykonawczej jest pornografia dziecięca, a fizycznym wykorzystaniem seksualnym małoletnich. Na dalszym etapie podjęta zostaje formalno-dogmatyczna egzegeza: dóbr chronionych przez typy czynów zabronionych kryminalizujące posiadanie lub przechowywanie pornografii dziecięcej, pojęcia „szkody małoletniego” oraz kolidująco stosowania art. 41 § 1 oraz art. 41 § 1a zd. 2 k.k. Konkluzja, jaka wyłania się zarówno z dotychczasowego dorobku badań empirycznych, jak i odpowiednio poczynionej analizy formalno-dogmatycznej, wskazuje, że obecnie nie ma podstaw prawnych do orzekania przedmiotowego zakazu karnego w przypadku posiadanej lub przechowywanej, a nie stworzonej samodzielnie pornografii dziecięcej. Wyjście jednak naprzeciw ewentualnym niepokojom społecznym związanym z faktem

* Magister, Szkoła Doktorska Nauk Humanistycznych i Społecznych Uniwersytetu Gdańskiego; ORCID: 0000-0002-8463-3280.

** Doktor hab. prof. ucz., adwokat, Kierownik Zakładu Kryminologii, Katedra Prawa Karnego Materialnego i Kryminologii Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego, Wykładowca KSSiP; ORCID: 0000-0002-0796-0093.

zawodowego obcowania z dziećmi przez osoby posiadające lub przechowujące tego typu materiały, może zostać uczynione przez prostą nowelizację 41 § 1a zd. 2 k.k., którą proponują autorzy.

Słowa kluczowe: zakaz wykonywania zawodu lub pełnienia stanowiska, pornografia dziecięca, posiadanie pornografii, małoletni, analiza empiryczna, analiza formalno-dogmatyczna

1. WSTĘP

Odziaływanie karnoprawne ma charakter wielopłaszczyznowy – oczywiście poza karą legislacja zna szereg instrumentów związanych z karą, których celem jest nie tylko oddziaływanie na skazanego, ale również realizacja celów społecznych szeroko związanych z bezpieczeństwem społeczeństwa czy tworzących go jednostek. Z pewnością taką rolę też odgrywają ciągle modyfikowane i zmieniane środki karne. W niniejszym artykule autorzy, wychodząc z praktycznego doświadczenia postępowań karnych, prowadzą rozważania dotyczące możliwości procesowych oddziaływania na sprawców przestępstw związanych z posiadaniem tzw. pornografii dziecięcej. W szczególności chodzi tutaj o czynny z art. 202 § 3 i 202 § 4 k.k. Środkami karnymi, jakie można byłoby, na pierwszy rzut oka, zastosować wobec sprawcy przestępstwa z art. 202 § 3 k.k., polegającego m.in. na przechowywaniu lub posiadaniu treści pornograficznych z udziałem małoletniego¹ bądź przestępstwa z art. 202 § 4a k.k. zasadzającego się na „prostym” (a więc pozbawionym kierunkowości zamiaru znanego z ww. art. 202 § 3 k.k.) przechowywaniu tych samych treści², są te wymienione kolejno w art. 39 pkt 2 i 2a k.k. Pierwszy ze środków dotyczy zakazu zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu³. Drugi z nich zaś – zakazu prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi⁴. Autorzy opracowania skupili się na tej części zakazu karnego z art. 202 § 3 k.k., która wiąże się z szeroko rozumianym posiadaniem treści pornograficznych i prawnokarnych konsekwencji tego czynu zabronionego. Ograniczenie też co do zasady dotyczy posiadania zakazanych treści pornograficznych w takim zakresie, w jakim dotyczą one udziału małoletniego lub wizerunku tegoż, niezależnie od tego, czy jest ono „czystym” posiadaniem czy w określonym celu – np. rozpowszechniania.

¹ Art. 202 § 3 k.k. w pełnym brzmieniu: „Kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwala lub sprowadza, przechowuje lub posiada albo rozpowszechnia lub prezentuje treści pornograficzne z udziałem małoletniego albo treści pornograficzne związane z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.” – Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.

² Art. 202 § 4a k.k. w pełnym brzmieniu: „Kto przechowuje, posiada lub uzyskuje dostęp do treści pornograficznych z udziałem małoletniego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5” – *ibidem*.

³ Zob. *ibidem*.

⁴ Zob. *ibidem*.

Warunki użycia wymienionych środków, w takim zakresie, w jakim mogłyby one zostać hipotetycznie wykorzystane przez sąd wobec osoby, która przechowywała lub posiadała treści pornograficzne z udziałem małoletniego, określają z kolei art. 41 § 1 oraz § 1a k.k. Przepis pierwszy stanowi, iż „Sąd może orzec zakaz zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu, jeżeli sprawca nadużył przy popełnieniu przestępstwa stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazał, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem”⁵, natomiast następujący po nim, w obszarze odnośnym do treści niniejszego opracowania, głosi, iż: „Sąd orzeka zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego”⁶. Mamy więc do czynienia w pierwszym przypadku z konsekwencją fakultatywną, w drugim – z obligatoryjną.

Przedmiotowa analiza dotyczyła będzie stanu faktycznego, w którym osoba wykonująca zawód, pełniąca stanowisko bądź prowadząca działalność związaną z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich bądź opieką nad nimi, dopuszcza się czynu polegającego na przechowywaniu (w celu rozpowszechniania bądź nie) lub posiadaniu treści pornograficznych z udziałem małoletniego. Chodzić tutaj będzie więc przede wszystkim o osoby, takie jak nauczyciele (w tym świeccy i duchowni katecheci), wychowawcy, lekarze pediatrzy czy trudniące się działalnością polegającą na organizacji kolonii i wycieczek, w ramach których podejmują się one opieki nad dziećmi i młodzieżą szkolną. Dla potrzeb opracowania za „treści pornograficzne z udziałem małoletnich” uznane będą wszelkie materiały przedstawiające małoletnich wykonujących bądź poddających się czynnościom seksualnym, a więc przyjąwszy, że w przypadku utrwalania wizerunku małoletnich w tych sytuacjach, zbędne jest dywagowanie na temat „jeszcze erotycznego czy już pornograficznego” charakteru rzeczonych treści – co zdecydowanie byłoby uzasadnione w przypadku podobnych materiałów z udziałem osób pełnoletnich⁷. Definicja „treści pornograficznych” bowiem, jak się wkrótce okaże, nie jest zagadnieniem

⁵ Zob. *ibidem*.

⁶ Art. 41 § 1a k.k. *in extenso*: „Sąd może orzec zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania na karę pozbawienia wolności za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu na szkodę małoletniego. Sąd orzeka zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego.” – *ibidem*.

⁷ Na temat definicji „treści pornograficznych” i związanych z tym kontrowersji bliżej np. M. Filar, M. Berent, *Art. 202, teza 5.*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, LEX 2016.

węzłowym dla podejmowanego tutaj problemu. Zdając sobie jednocześnie sprawę z tego, że również w przypadku małoletnich ocena charakteru treści przedstawiających wizerunek owych małoletnich, w pewnych przypadkach mogłaby nie być jednoznaczna, z ww. powodu oraz biorąc pod uwagę naturalnie ograniczoną objętość pracy, nierozwijanie tej kwestii wydaje się uzasadnione. Trzeba również zaznaczyć, że poniżej przedstawiona egzegeza odnosi się nie tyle do przypadku sprawców, którzy przechowują bądź weszli w posiadanie pornografii dziecięcej poprzez nadużycie swojego zawodu, stanowiska bądź działalności, lecz przede wszystkim do sytuacji, w której osoba, ogólnie rzecz biorąc, trudniąca się profesją kontaktu z małoletnimi, w sposób określony w ustawie karnej, przechowując lub posiadając treści pornograficzne z udziałem małoletnich, potencjalnie zagraża dobrom prawnym tych osób. Innymi słowy chodzi tutaj o sytuację, w której do wejścia w posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego lub jego wizerunku doszło poza okolicznościami związanymi z wykonywaniem zawodu.

2. MOŻLIWOŚĆ ZASTOSOWANIA WOBEC SPRAWCÓW POSIADANIA LUB PRZECHOWYWANIA TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH Z UDZIAŁEM MAŁOLETNIICH, ŚRODKÓW KARNYCH Z ART. 39 PKT 2 I 2A K.K.

2.1. POSIADANIE ALBO PRZECHOWYWANIE PORNOGRAFII DZIECIĘCEJ A ZAGROŻENIE „KONTAKTOWYM WYKORZYSTANIEM SEKSUALNYM”⁸ MAŁOLETNIEGO

By odpowiedzieć na pytanie, czy w przypadku, do którego odnosi się niniejsze opracowanie, można byłoby zastosować art. 41 § 1 k.k., należałoby się zastanowić, czy posiadanie albo przechowywanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego przez osobę wykonującą zawód, pełniącą stanowisko bądź prowadzącą działalność związaną z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich bądź opieką nad nimi, zagraża dobrom prawnym, a jeżeli tak, jakie są to konkretnie dobra i czy są one istotne.

W miejscu tym należy zauważyć dwa potencjalne rodzaje sytuacji, w których dobra prawne mogą być zagrożone bądź naruszone w związku z posiadaniem bądź przechowywaniem przez kogoś pornografii dziecięcej. Po pierwsze – chodzi przede wszystkim o to, że posiadanie czy przechowywanie rzeczonych materiałów, tak jak korzystanie z każdego innego towaru lub usługi, napędza popyt na nie. Innymi słowy – wchodzenie w posiadanie pornografii dziecięcej przez kogoś (przy oczywistym założeniu, że chodzi tu o filmy czy zdjęcia o tym charakterze przedstawiające realne dziecko a nie wytworzony wizerunek) napędza sam proceder tworzenia takiego

⁸ Chodzi tutaj o czynności seksualne podejmowane fizycznie pomiędzy osobą pełnoletnią a małoletnią.

rodzaju treści przez inne osoby, nawet jeżeli osoba posiadająca taką pornografię nabyła ją, samemu wcześniej nie będąc jej twórcą, np. za pomocą serwisów *peer-to-peer*. W przedstawionym tutaj znaczeniu dokonanie czy nawet wykrywalne dla twórców lub dystrybutorów pornografii dziecięcej usiłowanie dokonania czynu zabronionego z art. 202 § 3 lub 4a k.k., jako stanowiące znak, że na treści te jest zapotrzebowanie, zagraża małoletnim, którzy mogą znów bądź po raz pierwszy stać się ofiarami wykorzystania seksualnego. Wydaje się z kolei, w szczególności biorąc pod uwagę dane płynące z badań empirycznych na ten temat, że dobra prawne zagrożone w tej sytuacji są istotne – chodzi wszak tutaj o prawidłowy rozwój psychospołeczny małoletnich czy nawet ich życie (w drastycznych przypadkach dojść może bowiem do samobójstwa dziecka)⁹. Ze względu jednak na specyficzną konstrukcję art. 41 § 1 k.k. możemy domniemywać, że w przypadku posiadania lub przechowywania treści pornograficznych z udziałem małoletnich przepis ten odnosi się raczej do drugiego rodzaju sytuacji, w której dobra prawne dzieci mogą być zagrożone. Pamiętać należy bowiem o tym, że ww. regulacja daje sądowi możliwość orzeczenia zakazu zajmowania określonego stanowiska bądź wykonywania danego zawodu w przypadku nadużycia przez sprawcę przestępstwa pełnionego przez siebie stanowiska lub wykonywanego zawodu albo okazania, że dalsze zajmowanie stanowiska lub wykonywanie zawodu zagraża istotnym dobrom chronionym prawem. Chodzić tutaj będzie zatem o wszelkie przypadki, w których posiadanie lub przechowywanie pornografii dziecięcej zagrażać będzie fizycznym tj. bezpośrednim wykorzystaniem seksualnym dziecka, ze względu na fakt, iż dźwierzyciel takich materiałów, ze względu na profesję, którą się trudni, ma ułatwiony dostęp do osób małoletnich, a jednocześnie będąc „po wpływem” przekazu zawartego w pornografii dziecięcej, może być bardziej podatny na działania seksualne skierowane ku dzieciom. Dane empiryczne dotyczące możliwej korelacji pomiędzy posiadaniem lub przechowywaniem treści pornograficznych, w których uwieczniono wizerunek małoletniego, a występowaniem przypadków kontaktowego wykorzystania seksualnego dzieci, są bardzo niejednoznaczne oraz obarczone wieloma ograniczeniami. Należy również zaznaczyć, że opierają się one na jednostkach badawczych w postaci osób o generalnie rzecz biorąc, niewyszczególnionym statusie zawodowym tj. o nieokreślonych konkretnie profesjach. Możliwość orzeczenia stosownego zakazu nie wydaje się więc jednoznaczna.

Według badań kanadyjskich przeprowadzonych na próbie 685 mężczyzn, z których: 100 postawiono zarzuty popełnienia przestępstwa związanego z pornografią

⁹ Szczególnie zasługująca na uwagę jest tutaj metaanaliza poczyniona przez malezyjskie badaczki Nurul Farhana Zainudin i Zakiah Mohamad Ashari, które, na podstawie 20 innych publikacji, wykazały, że małoletnie ofiary wykorzystania seksualnego mają obniżoną samoregulację emocjonalną w porównaniu z dziećmi, które nie były ofiarami takich czynów, mają problemy behawioralne, zmagają się z traumami oraz wykazują tendencje samobójcze – zob. N.F. Zainudin i Z.M. Ashari, *A Meta-Analysis: The Effects of Child Sexual Abuse Towards Children*, „Asian Social Science” 2018, no. 14(11), pp. 70-72.

dziecięcą (wśród nich 57 nie było nigdy podejrzanych o popełnienie przestępstwa polegającego na fizycznym wykorzystaniu seksualnym dziecka, a 43 tak); 178 nie było nigdy podejrzanych o popełnienie przestępstwa dotyczącego treści pornograficznych z udziałem małoletniego, ale było skazanych za jedno lub więcej kontaktowych przestępstw seksualnych przeciwko dzieciom w wieku równym lub mniejszym od lat 14; 216 nie było nigdy podejrzanych o popełnienie przestępstwa dotyczącego treści pornograficznych z udziałem małoletniego, ale było skazanych za jedno lub więcej przestępstw seksualnych przeciwko osobom w wieku równym lub większym od lat 17, a pozostałych 191 badanych nie była nigdy podejrzana, oskarżona czy tym bardziej skazana za jakiegokolwiek przestępstwo seksualne z udziałem osoby małoletniej, ale miała ogólnie ujęte problemy seksuologiczne, większość z nich (w szczególności w pierwszej grupie) posiada tzw. profil pedofilski w badaniu fallometrycznym¹⁰. Oznacza to, że grupa ta zareagowała podnieceniem seksualnym mierzonym przepływem krwi do prącia w odpowiedzi na bodziec sensoryczny¹¹, tutaj konkretnie – oglądając slajdy przedstawiające nagie dzieci w różnym wieku¹². Choć przy opisie składowych próby nie określono, w przypadku 1. podpróby, o jakie przestępstwa związane z pornografią dziecięcą (w sensie formy sprawczej) chodzi, to badacze, na podstawie powyższych danych, wysunęli wniosek, iż zarzuty kryminalne o tej treści stanowią istotny czynnik przewidujący profil pedofilski. Oznacza to, że uczeni zauważają korelację pomiędzy popełnieniem przestępstwa związanego z pornografią dziecięcą a podnieceniem na widok roznegliżowanego małoletniego, co uprawdopodobnia (choć nie udowadnia), iż przestępstwa o tym charakterze popełniane są w głównej mierze przez osoby odczuwające pociąg seksualny do małoletnich, a nie np. przynajmniej wyłącznie po to, by te treści dalej rozpowszechnić w zamian za korzyści majątkowe. Choć nie jesteśmy w stanie jednoznacznie ustalić, o jakie konkretnie przestępstwa w zakresie formy wykonawczej, związane z pornografią dziecięcą, chodziło Michaelowi C. Seto, Jamesowi M. Cantorowi i Rayowi Blanchardowi, to można przyjąć, że analiza kanadyjskich badaczy dotyczyła prawdopodobnie głównie tego, co na gruncie polskiej ustawy karnej można byłoby określić mianem „posiadania, przechowywania, sprowadzania lub uzyskiwania dostępu do treści pornograficznych”. Autorzy do tego typu przestępstw zdają się nie kwalifikować w ogóle fizycznego wykorzystania seksualnego dziecka, jednak zaliczają do tego

¹⁰ Zob. M.C. Seto, J.M. Cantor, R. Blanchard, *Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia*, „Journal of Abnormal Psychology” 2006, no.115(3), p. 611.

¹¹ Badanie fallometryczne (nazywane również pletyzmografią prącia) opiera się na pomiarze obwodu penisa za pomocą rtęci wskaźnikowej w gumie na niego zakładanej, tensometru elektromechanicznego albo na pomiarze objętości penisa za pomocą hermetycznego cylindra i nadmuchiwanego mankieta u nasady członka – zob. D.R. Laws, *Penile Plethysmography: The Search for the Gold Standard*, s. 113–128 [w:] *idem, A History of the Assessment of Sex Offenders: 1830–2020*, Bingley 2020.

¹² Zob. M.C. Seto, J.M. Cantor, R. Blanchard, *Child pornography offenses...*, s. 611.

kręgu *grooming*¹³–34 % badanych z jednej z przywoływanych przez badaczy publikacji usiłowało umówić się z osobą małoletnią w celu przeprowadzenia czynności seksualnej z jej udziałem¹⁴. Jakkolwiek więc można wskazać na związek pomiędzy popełnieniem niekontaktowego przestępstwa związanego z pornografią dziecięcą a podnieceniem na widok nagiego dziecka, tak wysuwanie wniosku o zagrożeniu bezpośrednim wykorzystaniem seksualnym dziecka przez osoby, które posiadały, przechowywały czy nawet uzyskiwały dostęp do przedmiotowego rodzaju treści, jest już nieuprawniony – szczególnie że, o czym będzie bliżej mowa później, uzyskiwanie zaspokożenia seksualnego przez osoby o skłonnościach pedofilskich, za pomocą takich materiałów, może zapobiegać poddawaniu dzieci aktom seksualnym przez dorosłych.

Jednocześnie w 2000 r. przeprowadzono badanie w ramach *The Sex Offender Treatment Program* w Karolinie Północnej, na próbie 90 osadzonych skazanych za różne przestępstwa seksualne, w tym w przeważającej mierze skazanych za czyny zabronione związane z pornografią dziecięcą oraz *groomingiem* i podróżami międzystanowymi w celu seksualnego wykorzystania małoletnich (62 osoby)¹⁵. Do grupy tej zaliczono zachowania polegające na: produkcji, dystrybucji, przyjmowaniu, posiadaniu treści pornograficznych rzeczonego rodzaju, jak również samo „uwodzenie” dziecka w zamiarze jego seksualnej eksploatacji oraz przemieszczanie się osób skazanych (rzecz jasna przed skazaniem) w celu podjęcia wobec dziecka czynności seksualnej¹⁶. Jak stanowią wyniki – aż 76% osób z omawianej podpróby było również sprawcami kontaktowych przestępstw seksualnych wobec małoletnich. Formułowanie na tej podstawie wniosków istotnych z punktu widzenia celu niniejszej pracy wydaje się jednak problematyczne. Dzieje się tak dlatego, że po pierwsze – przedmiotowe studium podjęte zostało w oparciu o bardzo mało liczną i niereprezentatywną próbę (choćby przez wzgląd na to, że jednostki badawcze zostały pozyskane w sposób czysto woluntatywny); po drugie – przede wszystkim kategoria czynów zabronionych w podpróbie interesującej nas najbardziej, jest tak pojemna, że nie wiemy, jaki udział w sprawstwie kontaktowych przestępstw seksualnych mieli sami posiadacze treści pornograficznych z udziałem małoletnich, a jaki sprawcy pozostałych przestępstw¹⁷;

¹³ *Child grooming* – zjawisko polegające na stopniowym nawiązaniu przez dorosłego więzi emocjonalnej z dzieckiem, po to, aby wykorzystać je seksualnie – zob. np. Ost S., *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*. United Kingdom: Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 32.

¹⁴ *Ibidem*, za: M.C. Seto, A.W. Eke, *The criminal histories and later offending of child pornography offenders. Sexual Abuse*, „A Journal of Research and Treatment” 2005, no. 17, pp. 201–210.

¹⁵ Zob. E. Hernandez, *Self-Reported Contact Sexual Offenses by Participants in the Federal Bureau of Prison's Sex Offender Treatment Program: Implications for Internet Sex Offenders* (2000), prezentacja przedstawiona podczas Konferencji „Badania i Praktyka”, zorganizowanej przez Stowarzyszenie na Rzecz Terapii Sprawców Wykorzystywania Seksualnego (ATSA), listopad 2000, San Diego, USA – <https://ccoso.org/sites/default/files/import/Hernandez-et-al-ATSA-2000.pdf> [dostęp: 11.05.2023].

¹⁶ *Ibidem*, s. 3.

¹⁷ Tutaj można wysunąć nawet bardzo prawdopodobną hipotezę, że przytłaczająco większościowy udział w wspomnianym odsetku (76%) będą mieli sami groomerzy oraz „turyści seksualni”.

po trzecie – nawet gdyby posiadacze rzeczony pornografii w dużej, wykazanej w badaniu mierze byli bezpośrednimi sprawcami seksualnego wykorzystania dzieci, to nie można dać się zwieść błędowi *cum hoc ergo propter hoc* – ewentualna koincydencja nie oznacza tutaj związku przyczynowego. Nie można oczywiście zapomnieć o realnej niemożliwości budowania związku przyczynowego na poziomie fizykalnym pomiędzy posiadaniem jakiejś treści a konkretnym działaniem.

W 1999 r. w wyniku zmasowanej akcji służb amerykańskich pod kryptonimem operacyjnym *Avalanche* doprowadzono do aresztowania Thomasa i Janice Reedych – właścicieli teksańskiej spółki *Landslide Productions Inc.*, która była, jak się okazało, dystrybutorem pornografii dziecięcej na 3 kontynentach¹⁸. W wyniku śledztwa, dzięki kooperacji sił szwajcarskich działających pod kryptonimem *Genesis*, w 2002 r. aresztowano następnie około 1300 obywateli szwajcarskich, z czego 38 zamieszkałych w kantonie Lucerna¹⁹. Na podstawie próby z tego właśnie regionu przeprowadzono badanie mające na celu weryfikację, czy istnieje związek pomiędzy charakterystyką sprawców kontaktowych przestępstw seksualnych z udziałem małoletnich (np. niskie IQ, niski status zawodowy, czy życie wg specyficznych wzorców relacji społecznych) a osobami, które uzyskiwały dostęp do pornografii z udziałem osób małoletnich; alternatywnie – czy łatwa dostępność do tego rodzaju treści może zwiększać prawdopodobieństwo podejmowania przez ludzi kontaktowych przestępstw seksualnych wobec dzieci²⁰. W tymże celu przeanalizowano akta policyjne dotyczące 33 z 38 sprawców²¹ pod kątem zmiennych socjodemograficznych: wieku, pochodzenia, zawodu, stanu cywilnego, ewentualnej liczby potomstwa oraz zmiennych kryminologicznych: motywu, historii kryminalnej, zastosowanego środka reakcji karnej wobec czynu, a także 10-stopniowej skali zaawansowania pobranych przez sprawców treści pornograficznych (od materiałów niewskazujących na ich erotyczny, a tym bardziej pornograficzny charakter, przedstawiających np. dzieci w strojach kąpielowych pływające na basenie aż po najbardziej sadystyczne treści ukazujące przemoc fizyczną), jak również czasu spędzonego przez sprawców na pobieraniu takich filmów bądź zdjęć²². Wyniki dostarczyły informacji, iż 1/3 sprawców posiada wysoki status zawodowy (sprawuje funkcje kierownicze bądź ma nawet stopnie naukowe), a tylko 1 osoba w próbie jest bezrobotna. Według danych uchodzących dla autorów omawianej pracy za porównawcze – (61%) sprawców kontaktowych

¹⁸ Zob. np. BBC News, *Operation Avalanche: Tracking child porn*, 11.11.2002, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/2445065.stm [dostęp: 12.05.2023].

¹⁹ A. Frei N. Erenay, V. Dittmann, M. Graf, *Paedophilia on the Internet – a study of 33 convicted offenders in the Canton of Lucerne*, "Swiss Med Wkly." 2005, no. 135 (33–34), pp. 488–489.

²⁰ *Ibidem*, s. 490.

²¹ 3 przypadki zostały zakwalifikowane do postępowań toczących się poza kantonem Lucerna, a w 2 przypadkach doszło do oczyszczenia potencjalnych sprawców z zarzutów, ze względu na brak dowodów – *ibidem*.

²² *Ibidem*, s. 490–491.

przestępstw seksualnych wobec małoletnich wykazuje dochód mniejszy niż 25 tys. USD rocznie²³. Wreszcie – sprawcy kontaktowego wykorzystania seksualnego małoletnich odznaczają się średnim ilorazem inteligencji na poziomie 85 pkt (sprawcy przestępstw seksualnych tego typu, których ofiarami padły dzieci do 12 r.ż. łącznie) oraz na poziomie 89 pkt (sprawcy analogicznych czynów zabronionych podjętych wobec małoletnich od 13 do 17 r.ż.)²⁴. Rezultaty te znajdują się więc trochę poniżej średniej populacyjnej, która, jak wiadomo, dla IQ wynosi 100 pkt. Jakkolwiek autorzy omawianej publikacji wysuwają na tej podstawie wnioski, iż osoby, ogólnie rzecz biorąc, korzystające z pornografii dziecięcej znacząco różnią się od sprawców kontaktowych przestępstw seksualnych, nie można odniesieniu do tej konkluzji popadać w przesadną aprobatę. Po pierwsze – zmienną uwzględnianą w przypadku szwajcarskiego badania jest wyłącznie status zawodowy sprawców (akademy/ osoby sprawujące funkcje kierownicze; pracownicy fizyczni; pracownicy niefizyczni; samozatrudnieni; bezrobotni)²⁵. W badaniu brakuje danych o zarobkach oraz ilorazie inteligencji przedstawicieli tychże grup, a więc porównywanie wartości zupełnie innych zmiennych, które mogą, ale nie muszą być ze sobą skorelowane, nie jest do końca zasadne (choć biorąc pod uwagę, że 1/3 osób badanych pracowała w kadrach zarządzających lub na uniwersytetach, faktycznie domniemanie zwiększa to prawdopodobieństwo, że średnia IQ tej próby byłaby wyższa od średniej populacyjnej, a więc inaczej niż w przypadku sprawców kontaktowych przestępstw seksualnych wobec dzieci). Po drugie – warto odnotować, że w danych zebranych przez Setha C. Kalichmana nt. ilorazu inteligencji sprawców kontaktowych przestępstw seksualnych wobec dzieci, wyraźnie zaznaczono, że w przypadku pierwszej grupy sprawców co prawda średnia IQ wynosi 85 pkt, ale odchylenie standardowe aż 17 pkt (co oznacza, że przeciętny uczestnik badania mógłby mieć tak wynik plasujący się na poziomie 68 pkt, jak i na poziomie 102 pkt, a więc minimalnie powyżej średniej populacyjnej). W przypadku zaś sprawców z drugiej grupy – średnia wynosiła 89 pkt, a odchylenie standardowe 14 pkt (co oznacza, że przeciętny uczestnik badania mógłby mieć wynik na poziomie tak 75 pkt, jak i na poziomie 103 pkt, a więc również nieco powyżej średniej populacyjnej). Z dużą ostrożnością więc należy podejść do wniosku, zgodnie z którym posiadacze treści pornograficznych z udziałem małoletnich mieliby wykazywać znacząco inne cechy niż sprawcy przestępstw kontaktowych skierowanych względem dzieci (szczególnie że próba 33 jednostek badawczych

²³ Zob. G.G. Abela, A. Jordand, C.G. Handa, L.A. Hollanda, A. Phipps, *Classification models of child molesters utilizing the Abel Assessment for sexual interest*, "Child Abuse & Neglect" 2001, no. 25, p. 707.

²⁴ Zob. Kalichman S.C. *Psychopathology and personality characteristics of criminal sexual offenders as a function of victim age*, "Archives of Sexual Behaviour" 1991, no. 20 (2), p. 190.

²⁵ Należy uprzedzić, że autorzy posługują się rozróżnieniem na *blue-collar workers* i *employee*, co sugeruje, że linia semantycznego podziału tych terminów przebiega właśnie w oparciu o kryterium fizycznego lub umysłowego charakteru wykonywanej pracy – zob. A. Frei *et al.*, *Paedophilia on the Internet...*, s. 491. Oczywiście takie podejście jest pewnym uproszczeniem nieoddającym relacji klasowych i przypisywaniem pozycji społecznej wyłącznie pozycji zawodowej.

jest dość niewielka, a przez wzgląd chociażby na jej nielosowy dobór – niereprezentatywna). Z drugiej zaś strony należy zwrócić uwagę na fakt, iż wyłącznie jedna z osób, której akta zostały poddane analizie, została wcześniej skazana za kontaktowe przestępstwo seksualne (brak jest jednak informacji, czy chodziło o przestępstwo wymierzone w dobra prawne osoby dorosłej, czy dziecka), co tym bardziej wskazuje na brak korelacji pomiędzy uzyskiwaniem dostępu czy posiadaniem pornografii dziecięcej, a fizycznym wykorzystywaniem seksualnym małoletnich. Słuszność ostatniej z konkluzji uprawdopodobnia jeszcze okoliczność, iż większość materiałów pobranych z Internetu przez sprawców plasowała się na 9. i 10., a więc ostatnich poziomach skali drastyczności przygotowanej na użytek badania, 2 osoby wskazały na motyw seksualny swoich działań, 1 na motyw związany z fascynacją tego typu materiałami, 1 – na zaspokojenie w ten sposób swoich potrzeb związanych z przemocą, a aż 17 na „zwykłą” ciekawość, 3 – na nudę i 3 na swoistą koincydencję (prawdopodobnie chodziło o umyślne bądź nie pobranie rzeczonych materiałów wraz z materiałami pornograficznymi z udziałem osób dorosłych). Po uwzględnieniu szeregu wyżej zaprezentowanych zastrzeżeń oraz pamiętając, że chodzi o próbę szwajcarską, w której udział osób dobrze wykształconych i zamożnych może być naturalnie zawyżony względem prób amerykańskich, otrzymujemy pewną bardzo mglistą poszlakę nt. braku związku pomiędzy wchodzeniem w posiadanie pornografii dziecięcej a popełnianiem kontaktowych przestępstw seksualnych wobec małoletnich.

Za najbardziej wiarygodne w rozwikłaniu problemu związku pomiędzy konsumpcją pornografii dziecięcej a ryzykiem bezpośredniego wykorzystania seksualnego małoletniego, mogą być uważane te badania, które oparte są na wieloletnich obserwacjach poczynań osób, które uprzednio zostały skazane za posiadanie pornografii z udziałem dzieci. Obecnie znane są jednak w zasadzie wyłącznie dwie tego typu analizy. Pierwsza z nich należy docytowanego już tutaj M.C. Seto, który wraz z Angelą W. Eke próbowali odpowiedzieć na pytanie, jak często osoby, uznane niegdyś za winne posiadania, produkcji czy dystrybucji pornografii dziecięcej, były później notowane za popełnienie kontaktowych przestępstw seksualnych wymierzonych wobec małoletnich²⁶. Na podstawie danych uzyskanych z *Ontario Sex Offender Registry* oraz *Violent Crime Linkage Analysis System*, zbadano próbę 201 osób uprzednio skazanych za przestępstwa związane z pornografią dziecięcą w ww. sensie sprawczym, z czego 76 sprawców zostało uznanych winnymi popełnienia wyłącznie tego rodzaju przestępstw, 49 również innych przestępstw o charakterze nieseksualnym, a dalsze 76 również o kontaktowe przestępstwa seksualne, w zakresie tego, ile z tych osób w okresie do maksymalnie 6,2 roku popełniło ponownie przestępstwo określonego gatunku (średni czas tak potocznie rozumianej recydywy wyniósł 2,5 roku)²⁷. Wynik

²⁶ M.C. Seto, A.W. Eke, *The Criminal Histories and Later Offending of Child Pornography Offenders*, "Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment" 2005, t. 17, no. 2, p. 202.

²⁷ *Ibidem*, s. 205, 207.

nie potwierdził hipotezy, jakoby zaangażowanie w procesy związane z pornografią dziecięcą było czynnikiem ryzyka kontaktowych przestępstw seksualnych wobec małoletnich, ponieważ z całej podpróby osób, które były skazane wyłącznie za posiadanie, dystrybucję czy nawet produkcję pornografii dziecięcej – wyłącznie jedna później została sprawcą bezpośredniego przestępstwa seksualnego i w dodatku nie wiadomo, czy było to przestępstwo seksualne, którego pokrzywdzonym był małoletni czy dorosły. Co więcej – można z pewnym powodzeniem założyć więc, że wśród osób, które wyłącznie posiadały takiego rodzaju treści, żadna nie popełniła później przestępstwa seksualnego bezpośrednio nie tylko wobec dziecka, ale także wobec osoby dorosłej. Co ciekawe jednak – wskaźnik ten jest wyraźnie wyższy w przypadku osób, które uprzednio zostały skazane nie tylko za przestępstwo związane z pornografią dziecięcą, ale również za kontaktowe przestępstwa seksualne (na 76 takich osób, w przedziale czasowym objętym badaniem, 7 popełniło kontaktowe przestępstwo seksualne²⁸). Konkludując – przestępstwa, których przedmiotem czynności wykonawczej były same materiały pornograficzne z udziałem osób małoletnich, nie stanowią samodzielnie czynnika ryzyka popełniania kontaktowych przestępstw seksualnych wobec małoletnich, a więc w tym sensie – nie zagrażają małoletnim.

Drugim z najbardziej wymiernych badań jest zaś to przeprowadzone przez naukowców z Niemiec i Szwajcarii na próbie 231 osób podejrzanych o posiadanie pornografii dziecięcej w 2002 r.²⁹ Zespół ten starał się odpowiedzieć na pytanie o to, ilu z tych ludzi w ciągu następnych 6 lat (a więc na 2008 r.) od wszczęcia wobec nich postępowania przygotowawczego z 2002 r.³⁰ zostało skazanych za kontaktowe przestępstwo seksualne wobec małoletnich. Jednocześnie przyjęto dwie definicje operacyjne *recydywy*. Pierwsza z nich – *recydywa sensu stricto* – oznaczała ponowne skazanie za kontaktowe i niekontaktowe przestępstwa seksualne oraz inne przestępstwa z użyciem przemocy; *recydywa sensu largo* natomiast oznaczała również trwające postępowania przygotowawcze na czas 2008 r. niezakończone jeszcze ewentualnym uznaniem winy domniemanego sprawcy w sensie procesowym³¹. I tak oto, w przypadku ściślejszego rozumienia tego terminu, żaden z posiadaczy pornografii dziecięcej nie został skazany w przeciągu następnych 6 lat, za jakiegokolwiek

²⁸ Badacze określają recydywę wskaźnikiem procentowym – dla wyszczególnionej tutaj podpróby 76 osób wynosi on 9,2%, co po zaokrągleniu daje 7 jednostek – zob. *ibidem*.

²⁹ Zob. J. Endrass, F. Urbaniok, L.C. Hammermeister, Ch. Benz, T. Elbert, A. Laubacher, A. Rossegger, *The Consumption of Internet Child Pornography and Violent and Sex Offending*, "BMC Psychiatry" 2009, no. 9, p. 43.

³⁰ Z 231 osób, do posiadania treści pornograficznych z udziałem małoletnich przyznało się 217 osób. Do skazania doszło jednak wyłącznie w 127 przypadkach (55% całości próby), a resztę osób oczyszczono z zarzutów ze względu na fakt, iż jedynymi dowodami (oprócz, w przeważającej mierze, przyznania się do winy) były pliki *cache* z komputerów podejrzanych, które w świetle szwajcarskiego prawa nie mogą stanowić dowodu (co, nawiasem mówiąc, świadczy o sporym ucywilizowaniu szwajcarskich standardów dowodowych w przeciwieństwie do tych znanych nad Wisłą) – zob. *ibidem*, s. 46.

³¹ *Ibidem*, s. 45.

kontaktowe przestępstwo seksualne względem dziecka. W przypadku zaś szerszego rozumienia recydywy, wobec 2 z 231 posiadaczy pornografii dziecięcej (0,8 %) toczyło się w 2008 r. postępowanie dotyczące potencjalnego fizycznego wykorzystania seksualnego dziecka³².

Wreszcie – pośród osób zajmujących się naukowo problematyką związku pomiędzy wchodzeniem w posiadanie czy też szeroko rozumianym korzystaniem z pornografii dziecięcej a bezpośrednią fizyczną interakcją seksualną pomiędzy osobą dorosłą a małoletnim, pojawiają się głosy, iż dostęp do takich treści nie tylko nie jest czynnikiem sprzyjającym obcowaniu płciowemu pomiędzy pełnoletnimi osobami a dziećmi, a wręcz przeciwnie – że dostęp do nich zwiększa prawdopodobieństwo niewykorzystania fizycznego dziecka przez osobę konsumującą takie materiały. Stanowiska te uzasadnione są, rzecz jasna, przypuszczeniem, że tak niskie wskaźniki fizycznego wykorzystania małoletnich przez osoby użytkujące pornografię dziecięcą są spowodowane tym, iż potrzeby (w tym, w szczególności, seksualne) osób dorosłych ukierunkowane wobec dzieci, są zaspokajane w bezpośrednio bezpieczny tj. „nieinwazyjny” sposób za pomocą rzeczonych treści. Co więcej – pojawiają się w oparciu o to również kontrowersyjne propozycje utrzymania legalności posiadania pornografii z udziałem sztucznie wytworzonego wizerunku małoletniego bądź dekryminalizacji takich czynów³³, jako swoistego „wentyla bezpieczeństwa” dla dewiacji seksualnych. Według Milтона Diamonda z Uniwersytetu Hawajskiego, Ewy Jozifkovej z Uniwersytetu Jana Evangelisty Purkiniego w Uściu nad Łabą oraz Petra Weissa z Uniwersytetu Karola w Pradze – legalizacja pornografii dziecięcej jest związana ze zmniejszeniem poziomu seksualnego wykorzystania fizycznego dzieci (przez osoby wyłącznie wchodzące w posiadanie takich materiałów, a nie je produkujące), co według uczonych miały wykazać już nie tylko badania czeskie, ale również te prowadzone na próbach kanadyjskich, chorwackich, niemieckich, fińskich, chińskich, szwedzkich czy amerykańskich³⁴. Badacze sugerują więc, że legalny dostęp do mediów zawierających sztucznie wytworzony wizerunek małoletniego poddawanej czynności seksualnej mógłby zmniejszyć poziom procederu fizycznego wykorzystywania seksualnego dzieci³⁵.

Reasumując – dostępne, przedstawione wyżej dane empiryczne wykazują, że pomiędzy posiadaniem czy przechowywaniem nawet drastycznych treści pornograficznych z udziałem osób małoletnich a wykorzystywaniem seksualnym

³² *Ibidem*, s. 47.

³³ W polskim prawie karnym funkcjonuje typ czynu zabronionego z art. 202 § 4b, polegający na „produkowaniu, rozpowszechnianiu, prezentowaniu, przechowywaniu lub posiadaniu treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej” – zob. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.).

³⁴ M. Diamond, E. Jozifkova, P. Weiss, *Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic*, „Arch Sex Behav” 2011, no. 40, pp. 1038-1040.

³⁵ *Ibidem*, s. 1042.

dzieci nie istnieje żadna bądź istnieje wyłącznie minimalna korelacja. Ryzyko podjęcia przez osobę dorosłą władającą takimi materiałami, a jednocześnie wykonującą zawód polegający na codziennym kontakcie z dziećmi, zachowań, które mogłyby doprowadzić do przedmiotowej przestępnej relacji seksualnej, jest prawdopodobnie bliskie zeru. Mimo że niektóre z przytoczonych badań dostarczają informacji o pojedynczych przypadkach mogących na taką korelację wskazywać, całokształt zgromadzonych informacji uprawnia do sformułowania tezy, iż posiadanie bądź przechowywanie treści pornograficznych z udziałem osób niepełnoletnich samo w sobie nie rodzi niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych tych osób w zakresie relewantnym dla art. 41 § 1 k.k., a w konsekwencji, iż stosowanie tego przepisu w takich przypadkach byłoby bezpodstawne. Należy jednak z ostrożnością podchodzić do przypadków osób, które podejrzane bądź oskarżone o posiadanie czy przechowywanie przedmiotowych treści, były uprzednio skazane za kontaktowe przestępstwa seksualne względem osób małoletnich – tutaj ryzyko ponownego wykorzystania dziecka w charakterze obiektu seksualnego zaspokojenia jest wyraźnie większe i przynajmniej uzasadnia rozważenie możliwości zastosowania środka karnego zakazującego sprawcy wykonywania zawodu, piastowania stanowiska bądź prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub opieką nad nimi.

2.2. POSIADANIE ALBO PRZECHOWYWANIE TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH Z UDZIAŁEM MAŁOLETNIEGO JAKO CZYN GODZĄCY W WOLNOŚĆ SEKSUALNĄ LUB OBYCZAJNOŚĆ ORAZ SZKODZĄCY MAŁOLETNIEMU

2.2.1. WOLNOŚĆ SEKSUALNA LUB OBYCZAJNOŚĆ JAKO DOBRA CHRONIONE PRZEPISÓW TYPIZUJĄCYCH POSIADANIE ALBO PRZECHOWYWANIE TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH Z UDZIAŁEM MAŁOLETNIEGO

Jak wynika z art. 41 § 1a zd. 2 k.k. – w przypadku skazania sprawcy przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego, sąd obligatoryjnie orzeka zakaz pełnienia wszelkich albo określonych stanowisk, wykonywania wszelkich albo określonych zawodów albo prowadzenia działalności związanej z edukacją, wychowaniem, leczeniem małoletnich lub opieką nad nimi. Aby stwierdzić zatem, czy zachodzi konieczność orzeczenia przedmiotowego zakazu, należy ustalić przede wszystkim, czy sprawca popełnił przestępstwo wymierzone w dobro prawne, jakim jest wolność seksualna lub obyczajność, albo w jedno i drugie. Poza tym niezbędne do konstatacji, iż sąd zobowiązany jest to wymierzenia sprawcy rzezczonego środka karnego, jest wystąpienie przesłanki szkody małoletniego, która musi

wystąpić koniunkcyjnie z godzeniem przez szkodzący czyn w wolność seksualną lub obyczajność. Z tej perspektywy małoletni musi być pokrzywdzonym przestępstwem. Niekoniecznie musi to być ustalona osoba, aczkolwiek nie musi budzić wątpliwości, iż musimy mieć do czynienia z osobą małoletnią. W k.p.k. przyjęto jednak zasadę, iż „Jeżeli wątpliwości co do wieku pokrzywdzonego nie da się usunąć, a zachodzi uzasadnione przypuszczenie, że jest on małoletni, stosuje się do niego przepisy niniejszego kodeksu dotyczące małoletnich pokrzywdzonych” – art. 49 b k.p.k. Jest to jednak domniemanie wzruszalne na każdym etapie postępowania³⁶. Jednocześnie w wyroku Sądu Najwyższego z 08.07.2021 r., III KK 109/21³⁷ przyjęto, iż

ustalenie wieku rozwojowego wiąże się z oceną wielu elementów budowy ciała, tj. stopnia rozwoju kości, uzębienia, funkcji organizmu (wiek fizjologiczny) oraz stanu rozwoju cech somatycznych, czyli rozmiarów i proporcji (wiek morfologiczny) i jest zadaniem antropologii, a ściślej rzecz ujmując, jej działu określanego antropologią ontogenetyczną lub auksologią.

Sąd Najwyższy w wyroku z 12.01.2022 r. stanął na stanowisku, iż: „W razie skazania za czyn kwalifikowany z art. 200 § 3 k.k. orzeczenie określonego w art. 41 § 1a k.k. środka karnego jest obligatoryjne”³⁸. Jednakże tutaj czyn jest skierowany w stronę konkretnego małoletniego a treści, które są mu przekazywane, mogą same w sobie, w relacji pomiędzy dorosłymi, być legalne.

W nauce prawa karnego można zidentyfikować kilka stanowisk odnoszących się do przedmiotu ochrony przepisów art. 202 k.k. Wedle jednego z nich, ustawodawca, formułując wspomniane typy przestępstw, opowiedział się po prostu za ochroną wolności seksualnej człowieka (tak sądził np. Marian Filar³⁹). Inni autorzy, tacy jak Andrzej Marek czy Marek Mozgawa, wyrażają pogląd o niejednolitym dobru chronionym w jednostkach art. 202 k.k., zgodnie z którym art. 202§1 k.k. chroni wolność seksualną w postaci wolności od odczuwania tzw. wstydu seksualnego, natomiast reszta z wymienionych w tym artykule typów powzięła w protekcję samą obyczajność seksualną⁴⁰. Lech Gardocki⁴¹, Joanna Piórkowska-Flieger⁴² czy Konrad

³⁶ Zob. K. Eichstaedt, *Komentarz do artykułu 49b k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Lex/el. 2022 r., nb 6.

³⁷ Wyrok SN z 08.07.2021 r., III KK 109/21, LEX 3342484.

³⁸ Wyrok SN z 12.01.2022 r., II KK 600/21, LEX nr 3369505.

³⁹ M. Filar, *Art. 202, teza 1*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do art. 117-221*, red. O. Górniok, Warszawa 2004, s. 659.

⁴⁰ Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 393; M. Mozgawa, *Art. 202, teza 3*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 390; por. M. Mozgawa, *Art. 202. Prezentowanie treści pornograficznych, teza 1*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2023.

⁴¹ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 278.

⁴² Zob. J. Piórkowska-Flieger, *Art. 202, teza 2*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 390,

Lipiński⁴³ uważają z kolei, iż przedmiotem ochrony wszystkich typów czynów zabronionych z art. 202 k.k. jest wyłącznie obyczajność. Jarosław Warylewski wskazał, iż:

W tym zakresie (pornografia dziecięca) zakaz ten chroni wolność seksualną małoletnich. Pornografia dziecięca (...) jest społecznie szkodliwa z trzech zasadniczych powodów. Po pierwsze, może być używana przez sprawców dla ułatwienia sobie seksualnego wykorzystywania dzieci. Sugeruje bowiem, że kontakty pedofilskie są czymś normalnym i powszechnie występującym. Po drugie, jeżeli jej produkcja odbywa się z udziałem małoletnich, to dochodzi do seksualnego wykorzystania dziecka i obojętna jest w takim przypadku zgoda małoletniego lub jego rodziców, a następstwem takiego czynu jest często ogromne pokrzywdzenie, trwające bardzo długo i mające swoje korzenie w rozpowszechnianej przez lata pornografii z jego udziałem. Po trzecie, pornografia dziecięca propaguje i afirmuje zachowania, które są czynami kryminalnie bezprawnymi⁴⁴.

Podkreślić należy, że Jarosław Warylewski jako konkretnych pokrzywdzonym przestępstwem związanym z pornografią dziecięcą wskazuje osoby uczestników takich treści. Wreszcie – można spotkać się i z takim stanowiskiem, jak to, na którym stoi Violetta Konarska-Wrzosek, jakoby przedmiotem ochrony art. 202 § 1 k.k. była wyłącznie wolność seksualna, natomiast reszty z wyszczególnionych w tym artykule typów – zarówno wolność seksualna „przed jej wykorzystaniem do celów pornografii”, jak i obyczajność przeciwstawiająca się pornografii dziecięcej⁴⁵.

Jeżeli, za L. Gardockim, J. Piórkowską-Flieger czy K. Lipińskim uznamy, że czyny opisane w art. 202 § 3 i § 4a k.k. wymierzone są wyłącznie w obyczajność (seksualną), czyli pewną, szeroko rozumianą seksualną normatywność społeczną jako ogólnospołeczne dobro prawne, to wedle tego stanowiska, czyny znamienne dla ww. przepisów trudno uznać za szkodzące konkretnym małoletnim. Co za tym idzie – orzeczenie środka karnego będącego przedmiotem niniejszej analizy, za czyny z art. 202 § 3 i § 4a k.k. nie byłoby możliwe.

Czy można stwierdzić jednak, że przechowywanie lub posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletnich atakuje nie obyczajność (nie tylko obyczajność), ale również wolność seksualną? Ta kwestia jest bodaj najbardziej wielopłaszczyznowa ze wszystkich dotychczas tutaj przedstawionych i rodzi największą wątpliwość. Jednocześnie, przeciwnie niż w przypadku obyczajności, twierdząca odpowiedź potencjalnie otwiera drogę do uznania, iż rzeczone zachowanie szkodziło małoletniemu – tym bardziej więc jest to zagadnienie kluczowe. Po pierwsze – trzeba odpowiedzieć sobie na pytanie, czym właściwie jest wolność seksualna w jej karnoprawnym rozumieniu. Tak jak trudno o ostre, niebudzące wątpliwości,

⁴³ Zob. K. Lipiński, *Art. 202, teza 6*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2021.

⁴⁴ J. Warylewski, *Art. 202, teza 13*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A.R. Stefański, Legalis 2020.

⁴⁵ Zob. V. Konarska-Wrzosek, *Art. 202. Publiczne prezentowanie treści pornograficznych, teza 1*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, LEX 2020.

powszechnie uznane definicje takich fundamentalnych wartości, jak wolność czy nawet zdrowie ludzkie (a przecież je również chroni prawo karne), tak równie niełatwo o wyjaśnienie znaczenia wolności seksualnej (szczególnie w pragmatycznym celu, z jakim mamy do czynienia właśnie tutaj). Z pomocą przychodzi jednak kilka źródeł. Ze znamion strony przedmiotowej, w szczególności odnoszących się do sposobu popełnienia wielu typów przestępstw sklasyfikowanych w rozdziale XXV k.k., wynika, że przepisy tam zawarte chronią przede wszystkim wolność seksualną człowieka i to w znaczeniu wolności do szeroko pojętego samodecydowania w zakresie podejmowania lub niepodejmowania czynności seksualnych z wybranymi osobami, w wybranym miejscu i czasie etc. – co można niekontrowersyjnie stwierdzić w przypadku zdecydowanej większości typów czynów zabronionych z otwierającego rozdział XXV k.k. art. 197⁴⁶ a także art. 199 § 1 k.k.⁴⁷ czy art. 203 k.k.⁴⁸ Jednocześnie wypada nadmienić, iż w literaturze na temat przedmiotu ochrony przepisów typizujących tzw. przestępstwa seksualne, pojawia się również przejaw, ukutej przez brytyjskiego filozofa Isaiaha Berlina, koncepcji wolności negatywnej (inaczej zwanej „wolnością od”)⁴⁹. Dla przykładu – M. Mozgawa czy V. Konarska-Wrzosek, w kontekście art. 202 § 1 k.k. kryminalizującego publiczną prezentację treści pornograficznych w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy, wolność seksualną zdają się rozumieć również jako wolność od tzw. wstydu seksualnego⁵⁰. Konrad Lipiński z kolei ww. wartości nie kwalifikuje jako negatywnie ujętej wolności seksualnej, a jako, po prostu, obyczajność⁵¹. Ostatnia autorka także, co ciekawe, ekstrapoluje swoje stanowisko w swoisty sposób na inne typy przestępstw wymienione w art. 202 k.k., konstatując, jak się wydaje, że chodzi w nich o ochronę wolności seksualnej osób małoletnich od jej wykorzystania do celów pornograficznych, a więc w dość osobliwy i szeroki sposób traktując wolność seksualną⁵².

Jak widać więc – istnieją w doktrynie prawa karnego głosy sugerujące konieczność ekstensywnego interpretowania znaczenia omawianego dobra prawnego, tzn. nieograniczającego go tylko do seksualnej swobody decyzyjnej w znaczeniu związanym

⁴⁶ Zob. np. M. Mozgawa, *Art. 197, teza 1*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2023; K. Lipiński, *Art. 197, teza 7*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2021

⁴⁷ Zob. np. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Art. 199 KK, II. Rodzajowy i indywidualny przedmiot ochrony*, [w:] *Kodeks karny, t. 2, Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis 2023.

⁴⁸ Zob. np. J. Warylewski, A. Nazar, *Art. 203 KK, II. Przedmiot ochrony*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis 2023

⁴⁹ Zob. I. Berlin, *Dwie koncepcje wolności i inne eseje*, Warszawa 1991.

⁵⁰ Zob. M. Mozgawa, *Art. 202. Prezentowanie treści pornograficznych, teza 1*, [w:] *Kodeks karny, Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2023; por. V. Konarska-Wrzosek, *Art. 202. Publiczne..., teza 1...*

⁵¹ Zob. Lipiński K., *Art. 202. Publiczne prezentowanie treści pornograficznych, teza 6*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2021.

⁵² Zob. V. Konarska-Wrzosek, *Art. 202. Publiczne...*

z czynnością seksualną bezpośrednio wykonywaną z udziałem drugiego człowieka. Pytanie brzmi jednak, czy jest to kierunek prawidłowy? By na nie odpowiedzieć, należy wpięrow zauważyć i omówić dwie kwestie – pierwszą – odnoszącą się do panującego od lat w rodzimej karnistyce przekonania o wyrażonej przez ustawodawcę redukcji wolności seksualnej do osób, które co do zasady osiągnęły 15 lat, oraz drugą – dotyczącą właściwego karnoprawnie modelu wykładni terminu „wolność seksualna”.

Kodeks karny w art. 200 § 1 kryminalizuje obcowanie płciowe z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszczenie się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadzenie jej do poddania takim czynnościom lub ich wykonania. W nauce prawa karnego podnoszone są głosy, iż z tego właśnie względu przyjmuje się, że małoletni, który nie osiągnął 15. roku życia pozbawiony jest autodeterminacji seksualnej i że w związku z tym jego zgoda nie odnosi żadnych skutków legalizujących np. podjęte z nim wespół obcowanie płciowe⁵³ – zgoda dziecka na kontakt seksualny nie wyklucza tego, że jest ono pokrzywdzonym takim kontaktem. Zgoda ta jest bowiem wadliwa, jako że udzielona przez osobę, która potencjalnie jest nieświadoma szkodliwości takiej relacji. Ustawa karna, pod pojęciem „wolności seksualnej” chroni człowieka przed wszelkimi wyraźnie lub potencjalnie nawet niechcianymi bezpośrednimi aktywnościami seksualnymi. Naturalnie więc chodziłoby tutaj także o ochronę osób małoletnich poniżej 15. roku życia przed obcowaniem seksualnym, na zasadzie domniemania, że z powodu braku autodeterminacji seksualnej, wola takich osób w tym zakresie nie jest (całkiem) wolna. To również tłumaczyłoby kryminalizację np. spółkowania z 15-letnią osobą, do którego doszło wskutek nadużycia zaufania (art. 199 § 3 k.k.) – wszak wola tej osoby również nie była w pełni swobodna. Konstatacja, jaka wyłania się z tego rozumowania, stanowi, iż wolność seksualna jest szeroko pojętą autodeterminacją odnoszącą się do bezpośrednich aktywności seksualnych tzn. wykonywanych li tylko na ciele lub ciałem osoby, której wolność takowa przysługuje. Autodeterminacja ta odnosi się zaś tak do rzeczywiście, jak i potencjalnie niechcianych czynności seksualnych – przysługuje więc tak osobom pełnoletnim, jak i osobom małoletnim (w drugim przypadku także w oparciu o założenie, że te ostatnie nie zdają sobie w pełni sprawy ze znaczenia czynu, a więc, że gdyby zdawały sobie sprawę, to temu czynowi albo by się nie poddały albo by go nie wykonały).

Podążając za J. Warylewskim, musimy wskazać, iż rodzajowe dobra prawne uznawane są w literaturze, jako istotne społecznie wartości chronione przez pewien zbiór typów czynów zabronionych zgrupowanych przez wzgląd na to w jednym rozdziale Kodeksu karnego⁵⁴. I tak, przykładowo, we wszystkich zakazach karnych roz-

⁵³ Zob. np. M. Filar, M. Berent, *Art. 200, teza 2*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, LEX 2016; M. Bielski, *Art. 200, teza 9*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117-211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, LEX 2017.

⁵⁴ Zob. np. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 379.

działu XIX k.k. ochronie podlegać miałyby życie i zdrowie (ludzkie), a w rozdziale XXV k.k., w którego obrębie cały czas tutaj się poruszamy, wolność seksualna oraz obyczajność. Jednocześnie wg słownika języka polskiego, „wolność”, w rozumieniu indywidualistycznym, a więc takim o jakie chodzi w ustawie karnej, oznacza „możliwość podejmowania decyzji zgodnie z własną wolą”⁵⁵. Jeżeli dodać do tego epitet „seksualna”, to z powodzeniem można przyjąć, że „wolność seksualna” w gramatycznym sensie oznacza nic innego jak „możliwość podejmowania decyzji zgodnie z własną wolą w zakresie swojej seksualności” bądź „możliwość podejmowania decyzji o charakterze seksualnym zgodnie z własną wolą”. Przy próbach podjęcia wykładni przepisów karnych (nie tylko znamion typów czynów zabronionych) należy pamiętać o obowiązującym w demokratycznych państwach prawnych zakazie stosowania wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy. Wobec tego uzasadnionym będzie sformułowanie, że traktowanie wolności seksualnej w takim zakresie, w jakim miałyby ona odnosić się (aż) do domniemanego braku zezwolenia małoletniego na posiadanie lub przechowywanie treści pornograficznych z jego udziałem, stanowi jawny przykład ekstensywnie rozumianej „seksualności”. W takim bowiem sensie „seksualność” to nie tylko kontekst bezpośrednich interakcji pomiędzy ludźmi, w których przynajmniej jedno dąży do zaspokojenia swojego popędu seksualnego za pomocą innego bądź innych stron tej relacji, ale również zjawisko związane z bardzo ogólnie rozumianymi zachowaniami seksualnymi niewystępującymi bezpośrednio pomiędzy ludźmi⁵⁶. To natomiast, że dobro prawne kwalifikowane jest jako rodzajowe, nie oznacza wszak wcale, że może być rozumiane względnie dowolnie – wolność seksualna nie oznacza tutaj szeroko rozumianej seksualności człowieka, nawet jeżeli, bez odpowiedniej egzegezy formalno-dogmatycznej, mogłaby być tak kojarzona. Na tej podstawie należy stwierdzić, że wolność seksualna człowieka chroniona jest w prawie karnym wszędzie i tylko tam, gdzie dane zachowania mogłyby godzić w szeroko rozumianą (a więc również potencjalnie) swobodę decyzyjną człowieka w zakresie podejmowanych z jego ciałem (w sensie fizycznym) czynności seksualnych (i tylko seksualnych).

Konkludując – na tym etapie jedynym wnioskiem możliwym do sformułowania na podstawie wyżej ujawnionej argumentacji, jest ten, iż czyn polegający wyłącznie na posiadaniu czy przechowywaniu treści pornograficznych z udziałem małoletniego nie godzi w wolność seksualną takiego małoletniego. To

⁵⁵ <https://sjp.pwn.pl/sjp/wolnosc;2537405.html> [dostęp: 17.04.2023].

⁵⁶ Trzeba zauważyć tutaj bardzo interesujące zjawisko. Jeżeli, mianowicie, uznamy, że typ przestępstwa polegającego na przechowywaniu lub posiadaniu treści pornograficznych z udziałem małoletniego chroni jego wolność seksualną, to idąc tym tropem, należałoby również uznać, że powinien istnieć typ czynu zabronionego analogicznie chroniący wolność seksualną osób pełnoletnich przed przechowywaniem lub posiadaniem treści pornograficznych z ich udziałem, utrwalonych bez zgody tych osób (przy założeniu nieróżnicowania wagi autodeterminacji seksualnej osób mało- i pełnoletnich). Takiego typu jednak brak. W związku z tym trudno uznać, iż art. 202 § 3 lub §4a k.k. w tym zakresie chronią wolność seksualną małoletniego, a nie, najprawdopodobniej, obyczajność.

z kolei przywodzi wniosek, iż orzeczenie środka karnego, którego warunki orzeczenia zostały określone w art. 41 § 1a zd. 2 k.k., jest w tym przypadku niemożliwe. Wniosek jednak naturalnie będzie inny, jeżeli sprawca np. wszedł w posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletniego wskutek uprzedniego utrwalenia takiej treści (tutaj jednak możliwość orzeczenia środka z art. 41 § 1a zd. 2 k.k. nastąpi za czyn popełniony wykonawczo w postaci „utrwalania” a nie „posiadania” czy „przechowywania”).

2.2.2. SZKODA MAŁOLETNIEGO

Możliwość udzielenia odpowiedzi na pytanie wynikające z tytułu niniejszego opracowania wydaje się napotykać na jeszcze jedną, kluczową trudność, którą jest zagadnienie szkody małoletniego. W doktrynie przeważająco, i na dodatek wciąż dość enigmatycznie, przyjmuje się, że szkoda małoletniego, w przypadku przestępstw przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności stypizowanych w rozdziale XXV Kodeksu karnego, zachodzi nie tylko wtedy, gdy pokrzywdzonym bezpośrednio jest osoba małoletnia, lecz również wówczas, kiedy małoletni jest jedynie świadkiem czynu⁵⁷. Eksplikacja ta, jakkolwiek niedostatecznie wiele wyjaśnia, to naprowadza na sprecyzowanie poczynione przez Agatę Ziółkowską, która pisze, iż:

Dyskusyjne jest określenie zakresu znaczeniowego sformułowania „na szkodę małoletniego”. Z jednej strony odnosi się je do sytuacji, w której małoletni został bezpośrednio pokrzywdzony popełnionym przestępstwem (małoletni występuje wówczas jako przedmiot czynności wykonawczej) co wynika z położenia akcentu na małoletniego jako osobę pokrzywdzoną przestępstwem przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności⁵⁸,

jak również:

„Z drugiej zaś podkreśla się, że szkoda małoletniego wystąpi również w sytuacji, w której przedmiotem czynności wykonawczej jest inna osoba (którą może być osoba pełnoletnia), zaś samo przestępstwo popełnione zostało jedynie w obecności małoletniego”⁵⁹.

Wedle tej interpretacji działanie na szkodę małoletniego przy popełnieniu przestępstwa przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności może zachodzić już przy realizacji znamion takiego czynu zabronionego wobec nie tyle samego małoletniego,

⁵⁷ Tak np. J. Mierzińska-Lorencka, [w:] *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym Kodeksie karnym*, red. P. Daniluk, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 87; M. Kulik, *Art. 41. Zakazy związane z wykonywaniem pracy zarobkowej, teza 7*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2023.

⁵⁸ A. Ziółkowska, *Art. 41. Zakazy związane z wykonywaniem pracy zarobkowej, teza 14*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, LEX 2020.

⁵⁹ *Ibidem*; zob. M. Budyń-Kulik, [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2007, s. 108–109.

co również w stosunku do osoby pełnoletniej (przedmiotu czynności wykonawczej), gdy małoletni jest świadkiem tego zachowania; tym bardziej więc wtedy, gdy małoletni sam stanowi przedmiot czynności wykonawczej⁶⁰. Idąc w ślad za omawianym w tym miejscu dominującym i skonkretyzowanym w doktrynie stanowiskiem – małoletni odnieść szkodę, w wyniku popełnienia przestępstwa stypizowanego w rozdziale XXV Kodeksu karnego, może jedynie wtedy, gdy albo sam (jego ciało) jest przedmiotem czynności sprawczej bądź gdy jest świadkiem popełnienia przestępstwa na innej osobie (jej ciele). W konsekwencji więc, nawet jeżeli uznać, pomimo wcześniej poczynionej eksplikacji nt. sytuacji, w której wolność seksualna małoletniego może być naruszona, iż posiadanie czy przechowywanie materiałów pornograficznych z udziałem małoletnich, godzi w wolność seksualną tych ostatnich bądź obyczajność – nie sposób stwierdzić, iż małoletni są przedmiotami wykonawczymi przestępstwa z art. 202 § 3 lub 4a k.k. (o ile chodzi o posiadanie czy przechowywanie samych treści pornograficznych), skoro przedmiotami tymi są wyłącznie materiały pornograficzne z udziałem małoletnich (nośniki takie jak np. filmy czy zdjęcia). Co za tym idzie – wedle tej interpretacji małoletni również nie są pokrzywdzonymi czynami zabronionymi stypizowanymi w tych przepisach, o ile chodzi o czynność sprawczą polegającą na posiadaniu lub przechowywaniu wymienionych tam materiałów, a nie np. utrwalanie wizerunku małoletniego w trakcie czynności seksualnej. To z kolei prowadzi do wniosku, iż orzeczenie zakazu z art. 41 § 1a k.k. wobec osoby skazanej za przestępstwo z art. 202 § 3 lub 4a k.k., polegające na przechowywaniu lub posiadaniu materiałów pornograficznych z udziałem małoletniego, po raz kolejny jest normatywnie nieuzasadnione.

2.3. KOLIZYJNOŚĆ ART. 41 § 1 K.K. ORAZ ART. 41 § 1A ZD. 2. K.K.

Nowelizacje prawa karnego materialnego – ich liczba, konteksty społeczne wprowadzania czy konieczność wprowadzania regulacji międzynarodowych powodują chaos a często i brak logiki. Za przykład takiej niespójnej regulacji może służyć pewna „równoległość” zakazów orzekanych w oparciu o art. 41 § 1 k.k. oraz z art. 41 § 1a zd. 2 k.k. Zdecydowanie jest bowiem możliwe w tym samym stanie faktycznym orzeczenie każde z tych środków karnych. Żeby nie tworzyć wyjątkowych stanów faktycznych – nauczyciel obcujący ze swoją 14-letnią uczennicą z pewnością popełnia czyn przeciwko wolności seksualnej na szkodę małoletniej oraz nadużywa swojego stanowiska czy zawodu. W konsekwencji mogą być więc orzeczone oba pokrywające się środki. Środki te mogą być wykonywane równolegle i nie mogą zostać połączone. Zgodnie z treścią art. 90 § 1 k.k. – środki karne, przepadek, środki kompensacyjne, środki zabezpieczające oraz dozór stosuje się, chociażby orzeczono je tylko co do jednego ze zbiegających się przestępstw. § 2 W razie orzeczenia za zbiegające się

⁶⁰ Por. *ibidem*.

przestępstwa pozbawienia praw publicznych, zakazów lub obowiązku tego samego rodzaju, sąd stosuje odpowiednio przepisy o karze łącznej. Omówione i przedstawione wyżej środki karne, pomimo swojego podobieństwa, nie mogą być uznane za środki tego samego rodzaju. Sformułowanie „zakazy tego samego rodzaju” należy interpretować zgodnie z jego literalną treścią – możliwe jest łączenie zakazów tożsamyh rodzajowo. Tomasz Razowski pisał tutaj o rodzajowej i zakresowej tożsamości⁶¹. Z tej perspektywy niemożliwe jest połączenie wskazanych wyżej środków karnych. Muszą być więc one wykonywane równolegle.

3. WNIOSKI

Podsumowując powyższe rozważania, trzeba wskazać, iż na obecnym poziomie legislacji karnej co do zasady niemożliwe jest stosowanie środków karnych związanych z ograniczeniami w wykonywaniu zawodu lub pełnieniu funkcji związanych z edukacją, wychowaniem czy leczeniem małoletnich w stosunku do osoby posiadającej pornografię dziecięcą wykonaną przez inną osobę. Zarówno bowiem art. 41 § 1 k.k. jak i art. 41 § 1a zd. 2. k.k. nie przewidują takiej konsekwencji samoistnie. Oczywiście możliwe są inne konfiguracje procesowe, które pozwolą na zastosowanie tego typu środków, ale sam fakt posiadania wskazanych treści co do zasady nie daje możliwości ich orzeczenia. Nie budzi większej wątpliwości, że teza naszego opracowania kłóci się z oczekiwaniami społecznymi, które opierają się na intuicji, iż osoba posiadająca treści pornograficzne z wykorzystaniem dziecka nie może w sposób bezpieczny i odpowiedzialny zajmować się dzieckiem. Jednakże realizacja tychże oczekiwań wymagałaby stosunkowo prostej zmiany treści art. 41 § 1a zd. 2 k.k. – proponowana przez nas treść przepisu jest następująca:

Sąd orzeka zakaz zajmowania wszelkich lub określonych stanowisk, wykonywania wszelkich lub określonych zawodów albo działalności, związanych z wychowaniem, edukacją, leczeniem małoletnich lub z opieką nad nimi na czas określony albo dożywotnio w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego lub w za czyn opisany w art. 202 § 4a-4c⁶².

⁶¹ Zob. T. Razowski, *Orzekanie zakazu prowadzenia pojazdów w wyroku łącznym*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4, s. 67.

⁶² Z zastrzeżeniem, że w obliczu wyżej przedstawionych wyników płynących z badań empirycznych, zastosowanie rozwiązania legislacyjnego sprzecznego z rezultatami badań naukowych, li tylko motywowanego chęcią uczynienia zadość oczekiwanom społecznym, może uchodzić za sprzeczne z wytycznymi normatywnej nauki o kryminalizacji – zob. choćby: L. Gardocki, *Prawo...*, s. 28-29.

BIBLIOGRAFIA

AKTY NORMATYWNE:

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1138 ze zm.).

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 1375 ze zm.).

LITERATURA:

Abela G.G., Jordand A., Handa C.G., Hollanda L.A., Phipps A., *Classification models of child molesters utilizing the Abel Assessment for sexual interest*, “Child Abuse & Neglect” 2001, no. 25.

Berlin I., *Dwie koncepcje wolności i inne eseje*, Warszawa 1991.

Bielski M., *Art. 200, teza 9*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, LEX 2017.

Budyn-Kulik M., [w:] *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2007.

Budyn-Kulik M., Kulik M., *Art. 199 KK, II. Rodzajowy i indywidualny przedmiot ochrony*, [w:] *Kodeks karny*, t. 2, *Część szczególna. Komentarz do art. 117–221*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Legalis 2023.

Diamond M., Jozifkova E., Weiss P., *Pornography and Sex Crimes in the Czech Republic*. “Arch Sex Behav” 2011, no. 40.

Eichstaedt K., *Komentarz do artykułu 49b k.p.k.*, [w:] *Kodeks postępowania karnego*, t. 1, *Komentarz aktualizowany*, red. D. Świecki, Lex/el. 2022 r., nb 6.

Endrass J., Urbaniok F., Hammermeister L.C., Benz Ch., Elbert T., Laubacher A., Rossegger A., “The Consumption of Internet Child Pornography and Violent and Sex Offending, BMC Psychiatry” 2009, no. 9.

Filar M., *Art. 202, teza 1*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 1, *Komentarz do art. 117–221*, red. O. Górniok, Warszawa 2004.

Filar M., Berent M., *Art. 200, teza 2*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, LEX 2016.

Filar M., Berent M., *Art. 202, teza 5*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, LEX 2016.

Frei A., Erenay N., Dittmann V., Graf M., *Paedophilia on the Internet – a study of 33 convicted offenders in the Canton of Lucerne*, “Swiss Med Wkly” 2005, no. 135(33–34).

Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2015.

Kalichman S.C. *Psychopathology and personality characteristics of criminal sexual offenders as a function of victim age*, “Archives of Sexual Behaviour” 1991, no. 20.

Konarska-Wrzosek V., *Art. 202. Publiczne prezentowanie treści pornograficznych, teza 1*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, LEX 2020.

Kulik M., *Art. 41. Zakazy związane z wykonywaniem pracy zarobkowej, teza 7*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2023.

Laws, D.R., *Penile Plethysmography: The Search for the Gold Standard*, [w:] *idem, A History of the Assessment of Sex Offenders: 1830–2020*, Bingley 2020.

Lipiński K., *Art. 197, teza 7*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2021

Lipiński K., *Art. 202, teza 6*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2021.

Lipiński K., *Art. 202. Publiczne prezentowanie treści pornograficznych, teza 6*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX 2021.

Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.

Mierzwińska-Lorencka J., [w:] *Środki karne, przepadek i środki kompensacyjne w znowelizowanym Kodeksie karnym*, red. P. Daniluk, Warszawa 2017.

Mozgawa M., *Art. 197, teza 1*, [w:] *Kodeks karny, Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX 2023.

Mozgawa M., *Art. 202, teza 3*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2010.

Mozgawa M., *Art. 202. Prezentowanie treści pornograficznych, teza 1*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, M. Mozgawa, LEX 2023.

Ost S., *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*, United Kingdom: Cambridge University Press, Cambridge 2009.

Piórkowska-Flieger J., *Art. 202, teza 2*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016.

Razowski T., *Orzekanie zakazu prowadzenia pojazdów w wyroku łącznym*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 4.

Seto M.C., Cantor J.M., Blanchard R., *Child pornography offenses are a valid diagnostic indicator of pedophilia*, “Journal of Abnormal Psychology” 2006, Art. 202, teza 3 no. 115(3).

Seto M.C., Eke A.W., *The Criminal Histories and Later Offending of Child Pornography Offenders*, “Sexual Abuse: A Journal of Research and Treatment” 2005, vol. 17, no. 2.

Warylewski J., Nazar A., *Art. 203 KK, II. Przedmiot ochrony*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis 2023.

Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020.

Warylewski J., *Art. 202, teza 13*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Legalis 2020.

Zainudin N.F., Ashari Z.M., *A Meta-Analysis: The Effects of Child Sexual Abuse Towards Children*, “Asian Social Science” 2018, no. 14(11).

Ziółkowska A., *Art. 41. Zakazy związane z wykonywaniem pracy zarobkowej, teza 14*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, wyd. 3, LEX 2020.

ORZECZNICTWO:

Wyrok SN z 08.07.2021 r., III KK 109/21, LEX 3342484.

Wyrok SN z 12.01.2022 r., II KK 600/21, LEX nr 3369505.

INNE ŹRÓDŁA:

<https://ccoso.org/sites/default/files/import/Hernandez-et-al-ATSA-2000.pdf> *Art. 203 KK, II. Przedmiot ochrony* [dostęp: 11.05.2023].

http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/2445065.stm [dostęp: 12.05.2023].

<https://sjp.pwn.pl/sjp/wolnosc;2537405.html>, [dostęp: 17.04.2023].

The Possibility of Adjudicating a Ban on Holding a Position (or Positions), Practicing a Profession (or Professions) or Conducting Activities Related to the Upbringing, Treatment, Education or Care of Minors for Storing or Possessing Pornographic Content with the Participation of a Minor Child: Empirical and Formal-Dogmatic Analysis

SUMMARY

The objective of this study is to answer the question whether adjudicating a ban on holding a position (or positions), practicing a profession (or professions) or conducting activities related to the upbringing, treatment, education or care of minors for storing or possessing pornographic content with the participation of a minor child is legally justified *de lege lata*. The authors present their standpoint on the basis of a detailed analysis of the elements of penal measures under Articles 39(2) and 39(2a) of the Polish Criminal Code and the conditions for adjudicating these measures provided for in Articles 41(\$1) and 41(\$1a) of the Criminal Code. For this purpose, a review of Canadian, American, Swiss, German and Czech studies on the correlation between crimes involving child pornography and physical sexual abuse of minors has been conducted. At a later stage, a formal-dogmatic exegesis of rights protected by the types of prohibited acts criminalizing the possession or storage of child pornography, the concept of ‘damage to a minor’ and the collision arising from the application of Article 41(\$1) and Article 41(\$1a, sentence 2) of the Criminal Code has been undertaken. The conclusion that emerges from both the hitherto achievements of empirical research and the appropriately made formal-dogmatic analysis indicates that at present there are no legal grounds to adjudicate the said criminal ban in the case of possessed or stored, and not self-created, child pornography. Nonetheless, a possible social unrest arising from the fact of a professional contact with children by persons having or storing such materials may be accommodated by a simple amendment to the Article 41(\$1a, sentence 2) of the Criminal Code, as proposed by the authors.

Keywords: ban on practicing a profession or holding a position, child pornography, pornography possession, minor, empirical analysis, formal-dogmatic analysis