

Marcin Kamiński

Wydział Filozofii Chrześcijańskiej Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego,
Akademia Leona Koźmińskiego

Prawnokarna problematyka sextingu

Criminal Law issues of sexting

Współcześnie zmiany w zakresie moralności oraz obyczajowości powodują, iż pojawiają się nowe zjawiska, nieznane wcześniej. Jednym z takich nowych problemów jest tak zwany sexting, czyli przesyłanie za pomocą SMS-ów, MMS-ów, e-maili itd. wiadomości o treści erotycznej, roznegliżowanych zdjęć, zdjęć w trakcie czynności seksualnych, czy też tego typu filmów. Należy zastanowić się czy zachowania tego typu są penalizowane. W kodeksie karnym znajdują się przepisy, które dotyczą rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody, a także odnoszące się do utrwalania i rozpowszechniania treści pornograficznych z udziałem osoby małoletniej. Mogą one zostać zastosowane w określonych sytuacjach związanych ze zjawiskiem sextingu.

Słowa kluczowe: sexting, pornografia, dziecięca pornografia, grooming

Today, changes in the morals and customs cause that there are new phenomena previously unknown . One of these new problems is the so-called sexting, which is connected with transferring via SMS , MMS , e- mails etc. sexually explicit messages , undressed pictures, images during sexual activities, or this type of movies. The Penal Code contains provisions that apply to the dissemination of the image of a naked person or persons in the course of a sexual act without her consent and also relating to the preservation and dissemination of pornographic material involving a minor. They may be used in certain situations associated with the sexting phenomenon.

Keywords: sexting, pornography, child pornography, grooming

Współczesny rozwój cywilizacji pociąga za sobą również zmiany w obyczajowości i moralności. Nowe środki komunikacji – Internet, wiadomości sms, portale społecznościowe, powodują, iż relacje między ludźmi się spływają, przechodząc z realnego świata do świata wirtualnego, w którym często środki przekazu ograniczone są do 160 znaków w tweecie.

Osoby przebywające w sieci przystosowują się do nowych form porozumiewania oraz ogromnych możliwości, które daje Internet. Sieć pozwala na nawiązywanie znajomości z osobami niemalże z całego globu. Możliwe jest ukrycie się pod pseudonimem, który zapewnia pozorną anonimowość, a następnie korzystanie z szerokiego wyboru chatów, komunikatorów itd., w których odnaleźć można towarzyszy do rozmowy na każdy temat.

Również media społecznościowe wprowadziły nową jakość w komunikacji międzyludzkiej. Zdjęcia, komentarze, statusy na popularnym Facebooku umożliwiają poznanie niemalże każdego aspektu życia innych osób. W pewien sposób korzystanie z tego typu portali przypomina ekshibicjonizm – osoby dokumentują, opisują oraz rozpowszechniają bardzo intymne wydarzenia związane ze swoim życiem.

Rozwój Internetu wiąże się także z coraz szerszym wykorzystaniem go przy popełnianiu przestępstw. Sieć zapewnia pewną anonimowość, umożliwia podszywanie się pod inne osoby, kradzież tożsamości, uzyskiwanie dostępu do systemów teleinformatycznych itd. Wykorzystanie sieci jest tak rozwinięte, iż w doktrynie występuje określenie odnoszące się do przestępczości związanej z tą sferą. Cyberprzestępczość stanowi podkategorię przestępczości komputerowej, w której przestępstwa popełniane są przy użyciu Internetu lub innych sieci komputerowych. Brunon Hołyst dzieli je na dwie kategorie: związane z użyciem przemocy oraz dokonywane bez sięgnięcia po nią. Przestępstwami, które dokonuje się przy użyciu rzeczywistej lub potencjalnej przemocy są według w/w autora: cyberterrorizm, napaść przez zastraszenie, cyberprześladowanie oraz pornografia dziecięca¹. Ta ostatnia kategoria dotyka w szczególnym stopniu rodziny, gdyż godzi w bezpieczeństwo dzieci – sieć wykorzystują również pedofile².

Pedofile przenieśli się z podwórek i palców zabaw do sieci, którą wykorzystują do selekcionowania oraz osaczania swoich ofiar. Działanie takie określa się jako child grooming, który polega na zjednywaniu dziecka przy pomocy Internetu w celu doprowadzenia do wytworzenia między dorosłym a dzieckiem więzi seksualnych³. Pedofile są podnieceni przez dzieci, które nie osiągnęły jeszcze znamion dojrzewania⁴, w związku z czym zagrożenie te dotyczy najmłodszych użytkowników Internetu, a tych ciągle przybywa. Według danych dla 2010 roku przedstawionych przez Andrzeja Garapicha w raporcie „Aktywność dzieci w

¹ B. Hołyst, *Cyberprzestępczość, ochrona informacji i kryptologia*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1, s. 17

² B. Hołyst, *Internet jako miejsce zdarzenia*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 4, s. 12

³ R. Dziembowski, R. Szostak, *Child grooming w świetle polskiego prawa karnego*, „Studia Prawnoustrojowe” 2013, tom 19, s. 42

⁴ K. Pospiszyl, *Przestępstwa seksualne. Resocjalizacja*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2009, s. 54

Internecie”⁵ osoby w wieku 7-12 lat stanowią 9% ogółu internautów, natomiast w wieku 13-15 lat 4% ogółu internautów.

Zgodnie z raportem z badań EU Kids Online II przeprowadzonych między innymi na 1034 polskich rodzinach 25% dzieci z próby w wieku 9-16 lat kontaktowało się online z osobami nie znanymi osobiście, 17% zostało wystawionych na ekspozycję treści związanych z seksem, 8% spotkało się twarzą w twarz z osobami poznanymi w sieci, a 6% padło ofiarą napastowania lub dokuczania przez innych użytkowników. Natomiast 24% dzieci z próby w wieku 11-16 lat zostało wystawione na ekspozycję potencjalnie szkodliwych treści (nienawiść, narkotyki, samobójstwo, samouszkodzenia, anoreksja) wygenerowanych przez innych użytkowników sieci, natomiast 17% otrzymywało wiadomości o treści związanej z seksem⁶.

Działanie pedofila polegać może na występowaniu na internetowych czatach pod przykrywką różnych nicków. Osoba taka prowadzi dialog z wybranym uczestnikiem czatu, podczas którego ustala podstawowe dane, zachęca do wysłania jego zdjęć, a w zamian przesyła cudze fotografie. Zdobyte podstawowych danych pozwala na przejście do kolejnego etapu, którym jest nawiązanie głębszej relacji, wykorzystuje przy tym wcześniej uzyskane informacje. Buduje swój wirtualny wizerunek przy czym wzbudza zaufanie oraz zaciekawienie dziecka. Jego celem jest przywiązanie do siebie dziecka oraz spowodowanie jego uzależnienia psychicznego. Kolejnym etapem jest nawiązanie relacji seksualnej oraz dążenie do spotkania⁷. W skład tego typu działań wchodzi niewątpliwie sexting.

Określeniem tym nazywa się działanie polegające na przesyłaniu sobie multimedialnych wiadomości, które zawierają elementy erotyczne⁸. Mogą to być wiadomości SMS, MMS, bądź inne (e-mail, zdjęcia jako załączniki do wiadomości na portalu społecznościowym itd.), które zawierają podtekst erotyczny lub treści erotyczne, przykładowo nagie zdjęcia lub zdjęcia z podtekstem seksualnym – w bieliźnie/stroju kąpielowym⁹. Możliwe jest również przesyłanie samodzielnie wykonanych materiałów wideo.

Zjawisko to dotyczy wszystkich grup wiekowych, jednakże najczęściej występuje wśród nastolatków, którzy wyróżniają się popularnością oraz umiejętnością wykorzystywania

⁵ Andrzej Garapich, *Aktywność dzieci w Internecie*, w: http://pbi.org.pl/wystapienia/Szkolabezpiecznego_%281%29.pdf [dostęp: 13.01.2015 r.]

⁶ L. Kirwil, *Polskie dzieci w Internecie. Zagrożenia i bezpieczeństwo – część 2. Częściowy raport z badań EU Kids Online II przeprowadzonych wśród dzieci w wieku 9-16 lat i ich rodziców*, SWPS – EU Kids Online – PL, Warszawa 2011, s. 20

⁷ B. Woźniak, *Internetowy czat w świetle prawa karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2011, nr 1, s. 91

⁸ *Jak chronić dzieci przed wykorzystywaniem seksualnym? Poradnik dla rodziców i profesjonalistów*, Fundacja Dzieci Niczyje, Warszawa 2010, s. 16

⁹ *Cyberbullying. Podręcznik dla nauczycieli*, Tabby In Internet 2013, s. 4

nowych technologii oraz zainteresowaniem seksualnością, związanym z okresem dojrzewania¹⁰. Materiały takie mogą być przekazywane z powodu różnych przyczyn – chęci zaistnienia wśród rówieśników, urozmaicenia relacji z inną osobą itd. jednakże związane mogą być również z tak zwaną cyberprostytycją, którą określa się uzyskiwanie korzyści materialnych w zamian za udostępnianie przez Internet materiałów o charakterze erotycznym bądź pornograficznym, które zostały samodzielnie wytworzone¹¹.

Zgodnie z badaniami amerykańskiej organizacji NCTUP (National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy) co piąty nastoletni internauta wysyła swoje nagie zdjęcia innym użytkownikom sieci (18% dziewcząt oraz 22% chłopców). Około połowa badanych przyznała się do przynajmniej jednokrotnego otrzymania cudzych zdjęć tego typu bez odesłania własnych. Połowa dziewcząt wysyłała swoje roznegliżowane zdjęcia pod presją chłopaka, natomiast 18% chłopców uczyniło tak pod presją dziewczyny. Zgodnie z poglądami 40% respondentów wysyłanie innym własnych roznegliżowanych zdjęć ma ułatwiać kontakty rówieśnicze, a nawet pomóc w zdobyciu partnera/partnerki. Około 1/3 respondentów przy pomocy tego typu zachowania udowadnia własną atrakcyjność, 2/3 robi tak „dla zabawy”, 1/2 dopatruje się w takich zdjęciach prezentu dla osoby, w której jest zakochana¹².

Określone sytuacje związane z tym zjawiskiem są penalizowane przez przepisy ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553 ze zm.). Zgodnie z art. 191a § 1 w/w ustawy kto utrwała wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, albo wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody rozpowszechnia podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do 5 lat. Ściganie tego przestępstwa następuje na wniosek pokrzywdzonego.

Wyżej przytoczony przepis chroni jeden z elementów wolności jednostki, jaką jest swoboda jej zachowań oraz fizycznej prezentacji jej osoby w wybranej przez niej formie. Jednostka ma prawo do dokonywania czynności seksualnych zgodnie z jej wolną, w tym zapewnienie, iż przeżywanie ich będzie niedostępne dla osób przez nią niepożądanych. W związku z czym penalizowane jest utrwalanie ich w sposób sprzeczny z wolą jednostki czy też w wypadku dobrowolnego zaprezentowania przez nią takich treści zabronione jest ich rozpowszechnianie bez jej zgody.

¹⁰ *Zagrożenia internetowe. Wybrane zjawiska*, NASK, Warszawa 2013, s. 13

¹¹ *Ibidem*, s. 8

¹² T. Mreńca, *Zagrożenia świata wirtualnego wśród dzieci i młodzieży*, Wydawnictwo Szkoły Policji w Katowicach, Katowice 2009, s. 28-29

Określenie „nagiej osoby” nie posiada legalnej definicji na gruncie polskiego prawa, w doktrynie pojawiają się głosy, iż termin ten odnosi się nie tylko do obrazu człowieka, który w pełni nie posiada jakiegokolwiek zasłony ciała, lecz również do takiego, w którym ukazana jest wyłącznie istotna część nagiego ciała. Nagość może mieć charakter częściowy lub całkowity, przy czym nagością całkowitą jest zupełne pozbawienie odzieży, natomiast nagością częściową jest brak odzieży, która zasłania istotne części ciała – narządy płciowe, pośladki, kobiece piersi¹³. Zachowanie penalizowane art. 191a kodeksu karnego wynikać może w przypadku, gdy w ramach opisanego sextingu osoba pełnoletnia wyśle swój nagi wizerunek innej osobie, a ta następnie bez jej zgody go rozpowszechni.

Rozpowszechnianie polega na zachowaniu sprawcy, który czyni jakieś materiały powszechnie dostępnymi przez kolportaż, użyczenie, powielanie i kopiowanie oraz każde inne udostępnienie ich treści szerszemu oraz bliżej nieokreśloneму kręgowi osób¹⁴.

Kwestia ta jest odmienna w przypadku, kiedy utrwalono wizerunek małoletniego. Zgodnie z art. 202 kodeksu karnego, kto w celu rozpowszechniania produkuje, utrwała 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 (§ 3), kto utrwała treści pornograficzne z udziałem małoletniego, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10 (§ 4), kto przechowuje, posiada lub uzyskuje dostęp do treści pornograficznych z udziałem małoletniego, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 (§ 4a), 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 (§ 4b), kto w celu zaspokojenia seksualnego uczestniczy w prezentacji treści pornograficznych z udziałem małoletniego polega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (§ 4c).

Należy wyjaśnić, czym są treści pornograficzne jako znamię wyżej przytoczonego przestępstwa. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego „można przyjąć, że <treści pornograficzne> w rozumieniu art. 202 k.k., to zawarte w utrwalonej formie (np. film, zdjęcia,

¹³ B. Filek, *Wizerunek nagiej osoby jako znamię przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 7-8, s. 70

¹⁴ T. Pudo, *Pornografia w Internecie – aspekty prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2005, z. 2, s. 117

czasopisma, książki, obrazy) lub nie (np. pokazy na żywo), prezentacje czynności seksualnych człowieka (zwłaszcza ukazywanie organów płciowych człowieka w ich funkcjach seksualnych), i to zarówno w wymiarze niesprzecznym z ich biologicznym ukierunkowaniem, jak i czynności seksualnych człowieka sprzecznych z przyjętymi w społeczeństwie wzorcami zachowań seksualnych”¹⁵. Treściami pornograficznymi z udziałem małoletnich to „wszelkiego rodzaju przekaz pornograficzny przedstawiający czynności seksualne z udziałem rzeczywistej osoby małoletniej, a więc osoby, która nie ukończyła 18 roku życia”¹⁶.

Do dnia 1 maja 2014 roku w treści art. 202 § 3 kodeksu karnego znajdowało się określenie „treści pornograficzne z udziałem małoletniego poniżej lat 15”, obecne sformułowanie dotyczy udziału małoletniego, w związku z czym zakres penalizacji został rozciągnięty na wszystkich małoletnich, czyli wszystkie osoby poniżej 18 roku życia. Rozwiązanie to wydaje się w pewien sposób sprzeczne z treścią art. 200 § 1 kodeksu karnego, zgodnie z którym zabronione jest obcowanie płciowe, dopuszczenie się lub doprowadzanie do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej przez małoletniego poniżej 15 lat. Wynika stąd pewna sprzeczność, zgodnie z którą możliwe jest obcowanie płciowe z osobami w wieku 15-18 lat, natomiast nie jest możliwe utrwalanie treści pornograficznych z ich udziałem.

Dla wystąpienia znamienia rozpowszechniania zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego nie jest istotne ile osób zapoznało się z plikami, natomiast ile osób mogło się z nimi zapoznać – „dla przyjęcia odpowiedzialności karnej za rozpowszechnianie pornografii dziecięcej w sieci internetowej nie ma znaczenia to, jaka konkretnie liczba innych użytkowników zapoznała się z treścią takich plików - i czy tę liczbę można uznać za znaczną - lecz to, że sposób pobierania plików pornograficznych oraz ich udostępniania za pomocą odpowiedniego programu dawał możliwość zapoznania się z nimi nieoznaczonej liczbie osób”.

W przełożeniu na zagadnienia związane z sextingiem oznacza to, iż osoba, która otrzyma materiały erotyczne od małoletniego, a następnie je rozpowszechni ponosi odmienną odpowiedzialność niż gdyby uczyniła tak z wizerunkiem osoby dorosłej, gdzie odpowiedzialność poniosłaby w związku z art. 191a kodeksu karnego.

¹⁵ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 roku IV KK 173/2010, Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych 2010 poz. 2302

¹⁶ *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II komentarz do art. 117-277 k.k.*, red. A. Zoll, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2013, s. 836

Karalne jest również nawiązywanie kontaktu z małoletnimi poniżej lat 15 w celu uzyskania materiałów tego typu. Zgodnie z art. 200a kodeksu karnego, kto w celu popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2 kodeksu karnego lub art. 200 kodeksu karnego, jak również produkowania lub utrwalania treści pornograficznych, za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej nawiązuje kontakt z małoletnim poniżej lat 15, zmierzając, za pomocą wprowadzenia go w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej, do spotkania z nim, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3 (§ 1), a także, kto za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej małoletniemu poniżej lat 15 składa propozycję obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych, i zmierza do jej realizacji, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2 (§ 2).

Wyżej omówione przestępstwo popełnić może osoba powyżej 17 roku życia (co wynika z faktu stosowania kodeksu karnego co do zasady do osób, które ukończyły 17 lat), jednakże w niektórych wypadkach stopień społecznej szkodliwości takiego zachowania może być niższy niż w przypadku innych sprawców, co wynika z małej różnicy wieku między sprawcą a pokrzywdzonym. Odnieść się tu można per analogiam do przykładu zaprezentowanego przez R. Krajewskiego. Zaprezentował on przykład 17-letniego chłopaka, który wysłał wiadomość z propozycją kontaktu seksualnego 14-letniej dziewczynie, z którym łączy go zażyła znajomość oparta na łączącym obie strony uczuciu. W takim przypadku według autora występuje znikoma społeczna szkodliwość takiego czynu. W związku z tym wydaje się, iż można odnieść tę sytuację do sextingu¹⁷.

Podsumowując rozważania dojść można do wniosku, iż o ile samo zjawisko sextingu nie jest karalne, ponieważ utrwalanie własnego nagiego wizerunku znajduje się w zakresie wolności jednostki, która ma prawo samodzielnie dysponować swoją intymnością i seksualnością, o tyle karalne jest dalsze rozpowszechnianie tych treści przez osoby, którym dana jednostka je udostępniła. W przypadku, gdy osobą uwiecznioną na tych treściach ma być osoba małoletnia, karalne jest również nawiązywanie z nią kontaktu, który ukierunkowany jest na doprowadzenie do pozyskania tego typu materiałów. To oznacza, iż wszelkie działania, polegające przykładowo na nakłanianiu za pośrednictwem portali społecznościowych czy też czatów internetowych osób małoletnich do przesyłania rozbieranych zdjęć, są karalne.

¹⁷ R. Krajewski, *Prawnokarne aspekty dobrowolnej aktywności seksualnej małoletnich*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 10, s. 18

Jednakże w przypadku osób pełnoletnich karalne jest wyłącznie rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody.