

**ANALIZA ISTNIEJĄCYCH
PRZEPISÓW PRAWNYCH
POD KĄTEM OCHRONY
DZIECI I MŁODZIEŻY
PRZED ZBYT ŁATWYM DOSTĘPEM
DO TREŚCI SEKSUALIZUJĄCYCH
I PORNOGRAFICZNYCH
W 2016 ROKU**

**ANALIZA ISTNIEJĄCYCH
PRZEPISÓW PRAWNYCH
POD KĄTEM OCHRONY
DZIECI I MŁODZIEŻY
PRZED ZBYT ŁATWYM DOSTĘPEM
DO TREŚCI SEKSUALIZUJĄCYCH
I PORNOGRAFICZNYCH
W 2016 ROKU**

Warszawa, grudzień 2016

Analiza prawna wykonana przez Stowarzyszenie Twoja Sprawa w ramach zlecenia zadania z zakresu zdrowia publicznego w rozumieniu art. 2 ustawy o zdrowiu publicznym określonego w NPZ w ramach celu operacyjnego nr 3 pn. „Profilaktyka problemów zdrowia psychicznego i poprawa dobrostanu psychicznego społeczeństwa w zakresie punktu »Analiza istniejących zapisów prawnych pod kątem ochrony dzieci i młodzieży przed zbyt łatwym dostępem do treści seksualizujących i pornograficznych w 2016 roku«”, finansowanego z części 46 – Zdrowie, działu 851 – Ochrona zdrowia, rozdziału 85195 – Pozostała działalność, zgodnie z ofertą złożoną przez Realizatora.

Realizator:

Stowarzyszenie Twoja Sprawa
ul. Olesińska 21, pok. 308
02-548 Warszawa
www.twojasprawa.org.pl

Wszelkie prawa do niniejszej Analizy posiada:

Ministerstwo Zdrowia
ul. Miodowa 15
00-952 Warszawa

**Zadanie finansowane ze środków Narodowego Programu Zdrowia
na lata 2016–2020**

Skróty użyte w tekście:

k.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny
u.r.t. – ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji
u.z.n.k. – ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji
u.o.k.i.k. – ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów
u.ś.u.d.e. – ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną
UOKiK – Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów
KRRiT – Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji

Spis treści

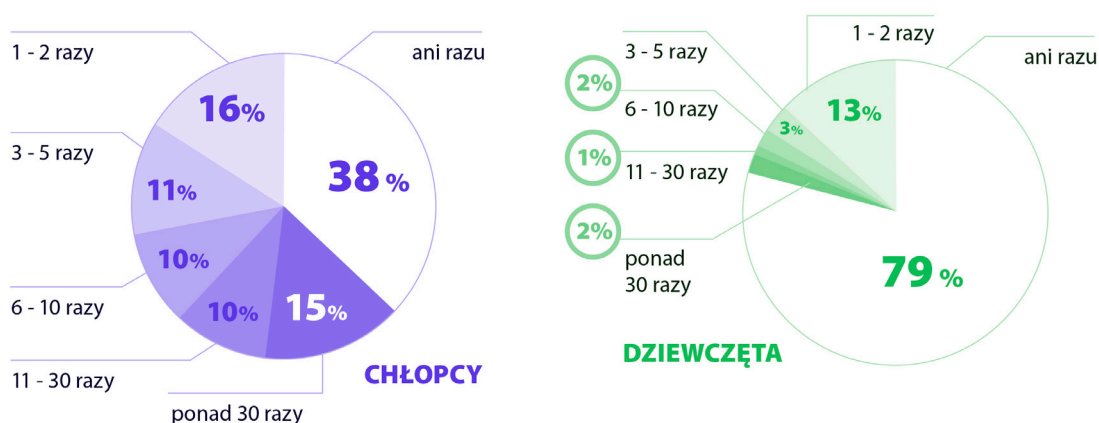
1. Wprowadzenie	/ 7
1.1. Powszechność dostępu do pornografii przez dzieci i młodzież	/ 7
1.2. Charakter treści pornograficznych	/ 8
1.3. Wpływ pornografii na zdrowie	/ 9
1.4. Społeczne konsekwencje konsumpcji pornografii	/ 11
1.5. Pojęcie pornografii	/ 12
1.6. Pojęcie seksualizacji	/ 15
2. Cele analizy	/ 17
3. Analiza źródeł prawa krajowego oraz funkcjonalności istniejących przepisów	/ 18
3.1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.	/ 18
3.2. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny	/ 31
3.3. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji	/ 35
3.4. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji	/ 42
3.5. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów	/ 45
3.6. Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń	/ 47
3.7. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne i przepisy wykonawcze	/ 48
3.8. Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną	/ 49
4. Analiza źródeł prawa międzynarodowego publicznego	/ 55
4.1. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.	/ 55
4.2. Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r.	/ 57
4.3. Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego	/ 59
4.4. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniające Dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także Rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Rozporządzenie 2015/2120)	/ 59
5. Rekomendacje	/ 62
5.1. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji	/ 62
5.2. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów	/ 62
5.3. Kodeks wykroczeń	/ 63
5.4. Prawo telekomunikacyjne	/ 63
5.5. Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną	/ 65
5.6. Ustawa o systemie oświaty	/ 65

1. Wprowadzenie

1.1. Powszechność dostępu do pornografii przez dzieci i młodzież

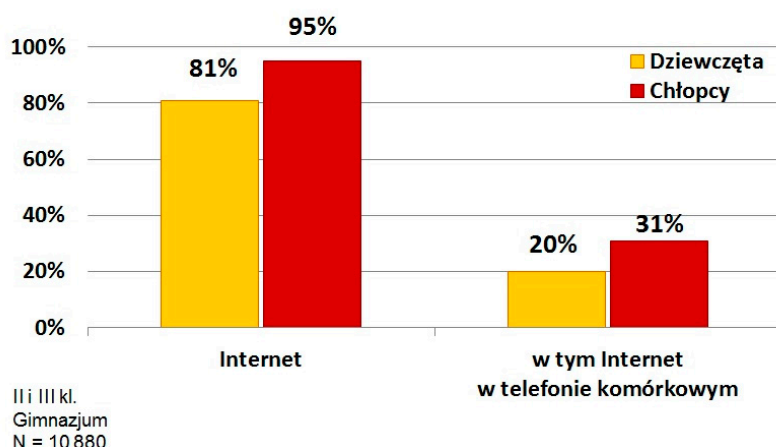
Zanim upowszechnił się szerokopasmowy dostęp do Internetu, dostępność do treści pornograficznych przez dzieci i młodzież była znacząco ograniczona. Nawet jeśli część wydawnictw pornograficznych w formie pism drukowanych lub filmów na nośnikach VHS lub DVD trafiała w ich ręce, to w porównaniu z dzisiejszą dostępnością pornografii skala zjawiska miała marginalny, a zatem zupełnie nieporównywalny do obecnych czasów charakter.

Dane dotyczące konsumpcji pornografii przez dzieci w Polsce są szokujące. Najszerze badania na ten temat przeprowadził Instytut Profilaktyki Zintegrowanej¹. Były nim objęte szkoły gimnazjalne w dziesięciu województwach w latach 2010–2014. Większość chłopców (61%) i dziewcząt (42%) pierwszy raz zapoznała się z pornografią, zanim ukończyła 12. rok życia. Blisko połowa chłopców ogląda pornografię częściej niż kilka razy w miesiącu, a aż 15% z nich czyni to raz dziennie lub częściej.



Podstawowym źródłem dostępu do pornografii jest oczywiście Internet (81% u dziewcząt i 95% u chłopców). Co ciekawe, aż 31% badanych chłopców wskazuje telefon komórkowy jako kanał dotarcia do tych treści. Jeszcze dwa lata wcześniej procent dzieci i młodzieży, która wskazywała telefon komórkowy jako narzędzie umożliwiające dostęp do pornografii, wynosił 19%, co pokazuje znaczący dynamizm wzrostu tego sposobu docierania do treści pornograficznych.

¹ Raport z badań przeprowadzonych przez Instytut Profilaktyki Zintegrowanej w ramach projektu „Zachowania ryzykowne i problemy młodzieży a polityka lokalna jednostki samorządu terytorialnego w zakresie profilaktyki”. Badania przeprowadzone na grupie N=10 880 (79% – II klasa gimnazjum, 21% – III klasa gimnazjum). Województwa objęte badaniem: mazowieckie, dolnośląskie, lubelskie, małopolskie, pomorskie, kujawsko-pomorskie, świętokrzyskie, podkarpackie, wielkopolskie. Wielkość miejscowości: <50 tys. – 9% próby, 50 tys. – 200 tys. – 23% próby, >200 tys. – 68% próby. Próba nie dobierana losowo. Metoda badań: audytoryjne, ankietowe, anonimowe. Instytut Profilaktyki Zintegrowanej, 2014.



Równocześnie ogromna większość gimnazjalistów (92,4% dziewcząt i 81,2% chłopców) stwierdziła, że dostęp do pornografii jest zbyt łatwy.

Z kolei, zgodnie z wynikami badań przeprowadzonych przez Fundację Dajemy Dzieciom Siłę (dawniej: Fundacja Dzieci Niczyje) w ramach europejskiego projektu EU NET ADB², 67,3% młodzieży w Polsce w wieku od 14 do 17 lat zetknęło się z pornografią w Internecie. Jest to wynik wyższy niż w innych krajach Europy, w której średnio do takiego kontaktu przyznaje się 58,8% respondentów.

1.2. Charakter treści pornograficznych

Współczesna pornografia charakteryzuje się wysokim stopniem obsceniczności, wulgarności i brutalności. Według badań przeprowadzonych przez R. Wosnitzer i A. Bridges³ większość scen z pięćdziesięciu najchętniej wypożyczanych filmów pornograficznych pokazywała nie tylko fizyczne, ale i werbalne znęcanie się nad występującymi w nich kobietami. Agresja fizyczna, tj. np. policzkowanie z otwartej ręki i gagging (seks oralny skutkujący tym, że kobieta dławi się, a nawet wymiotuje), pojawiła się w ponad 88% scen, zaś wyrazy werbalnej agresji, tj. obrzucanie kobiet wyzwiskami takimi jak „suka” lub „zdzira”, odnotowano w 48% scen. Badacze stwierdzili, że prawie 90% scen zawierało przynajmniej jedną agresywną praktykę seksualną skierowaną wobec kobiet. Do innych praktyk pokazywanych we współczesnej pornografii należy brutalny seks analny, brutalna penetracja jednej kobiety przez kilku mężczyzn równocześnie, a nawet celowe znęcanie się nad kobietami. To, co kiedyś było uważane za ekstremum, jest obecnie głównym i najpopularniejszym nurtem biznesu pornograficznego. Najchętniej wyszukiwanym słowem w Internecie w kontekście pornografii jest „teen”, czyli nastolatka. 18-letnie lub 19-letnie aktorki, wystylizowane na dziewczynki, są poddawane przed kamerą

² <http://programbadawczy.fdn.pl/eu-net-adb>, dostęp z dnia 15.12.2016.

³ R. Wosnitzer, A. Bridges, *Aggression and Sexual Behavior in Best-Selling Pornography: A Content Analysis Update* (artykuł zaprezentowany na 67 Annual Meeting of the International Communication Association, San Francisco, 24-28 maja 2007).

najbardziej obscenicznym i brutalnym praktykom, co oczywiście nie pozostaje bez wpływu na postrzeganie młodych dziewcząt przez konsumentów. Pornografia, o której mowa powyżej, nie jest nigdzie ukryta. Są to treści wysoko pozycjonowane w wyszukiwarkach internetowych, dostępne bez jakiejkolwiek realnej weryfikacji wieku użytkownika. Nawet 12-latek, bez karty kredytowej, za pomocą kilku kliknięć trafia na stronę z najbrutalniejszym porno. Wiele młodszych dzieci bez intencjonalnego wyszukiwania pornografii z dużym prawdopodobieństwem trafi na nią, wpisując niewinnie brzmiące hasło w wyszukiwarkę lub klikając w jakąś przykuwającą uwagę reklamę.

1.3. Wpływ pornografii na zdrowie

Seks i orgazm jest wyjątkowo silnym i atrakcyjnym bodźcem, który sam w sobie jest czymś niezwykle pozytywnym i ludzkim. Na poziomie mózgowych procesów chemicznych zostaje uaktywniony tzw. „układ nagrody”, który jest siecią neuronalną, obejmującą część układu limbicznego. Jest on zaangażowany we wszystkie ważne dla przeżycia organizmu zachowania, tj. przyjmowanie pokarmu czy płynów, ale także zachowania seksualne. Podczas tych czynności wzrasta poziom dopaminy, co odczuwane jest jako przyjemność i satysfakcja. Seks powoduje skok dopaminowy o 200%, co jest porównywalne z podaniem człowiekowi morfiny. Takie też procesy uruchamiają się przy oglądaniu pornografii połączonej z masturbacją. Konsument pornografii pragnie powtarzać czynności, które doprowadzają do tak intensywnego wydzielania się dopaminy.

Jednak natura uzależnienia oraz sposób, w jaki funkcjonuje mózg, powoduje, że to, co wcześniej było podniecające, bardzo szybko przestaje takim być. Konsument pornografii – niezależnie od wieku – szuka coraz mocniejszych, ekstremalnych i wulgarnych treści. Na forach internetowych związanych z uzależnieniem od pornografii osoby uzależnione często mówią, że treści, jakie oglądały po kilku zaledwie miesiącach od rozpoczęcia „przygody” z pornografią, były tak wulgarne, że jeszcze parę miesięcy wcześniej czuły do nich prawdziwe obrzydzenie i nigdy nie przypuszczalyby, że będzie je coś takiego wkrótce podniecać, a nawet nie być już wystarczające.

Uzależnienie jest przewlekłym, nawracającym zespołem zaburzeń psychicznych i somatycznych o zróżnicowanym pochodzeniu i obrazie klinicznym. U podstaw uzależnienia leżą złożone zmiany neuroadaptacyjne, prowadzące do trwałych zmian funkcji ośrodkowego układu nerwowego, zarówno w sferze emocjonalnej, motywacyjnej, jak i w zakresie procesów uczenia się i pamięci.

Problem pojawia się, gdy mechanizm układu nagrody zostaje rozregulowany na skutek jego nadmiernego stymulowania bezpośredniego (np. poprzez zażywanie substancji psychoaktywnych) lub pośredniego, czyli za pomocą bodźców, które wywołują określoną reakcję ze strony mózgu (np. oglądanie pornografii i masturbacja).

Zachowanie takie staje się tzw. wzmocnieniem, które podtrzymuje i wzmacnia zachowania mające na celu jego realizację. Początkowo jest to wzmocnienie pozytywne, wywołujące pożądane zmiany nastroju. Jednak przewlekłe zachowanie uzależniające staje się wzmocnieniem negatywnym, co oznacza pojawienie się zespołu abstynencyjnego oraz łagodzenie dolegliwości poprzez powrót do wzmocnienia.

Mózg, szukając „nowej” równowagi, podnosi tolerancję na dany środek lub zachowanie. W konsekwencji dochodzi do zmniejszenia produkcji neuroprzekaźnika (np. dopaminy) lub zwiększenia liczby receptorów neuroprzekaźnika po stronie neuronów przekazujących sygnał dalej. Innymi słowy, potrzebna jest większa ilość neuroprzekaźnika, aby pobudzić kolejny neuron do działania.

Na poziomie zachowań oznacza to coraz częstsze oglądanie pornografii i masturbowanie się przy niej. A ponieważ treści, które wcześniej były podniecające, zaczynają być nudne, użytkownik sięga po coś nowego, bardziej ekstremalnego. Uzależnienie może być na tyle silne, że przestaje mieć znaczenie, kiedy i gdzie ma się kontakt z pornografią – dochodzi do oglądania jej w ciągu dnia, w pracy, w domu, nawet wtedy, gdy obecni są inni domownicy.

Ludzki mózg jest neuroplastyczny, to znaczy, że podlega zmianie przez cały okres życia człowieka, a nie – jak w przeszłości uważano – tylko do czasu osiągnięcia dojrzałości. Oznacza to, że mózg z jednej strony jest źródłem zachowania, ale także, że zachowania (których jest źródłem) zmieniają strukturę mózgu.

Mózgowy układ nagrody działa w oparciu o informację zwrotną. Dopamina, poprzez mezokortykalny szlak dopaminergiczny, projektowana jest m.in. do przedczołowej kory mózgowej, która jest odpowiedzialna za tzw. czynności wyższe, czyli myślenie, percepcję, pamięć, rozumienie konsekwencji własnych działań. Gdy komórki doświadczają nadmiaru dopaminy, w „obronie własnej” zaczynają się kurczyć.

Warto również wspomnieć, że komórki przedczołowej kory mózgowej stają się dojrzałe dopiero około 25. roku życia, a zatem użytkownik pornografii, który nie osiągnął jeszcze tego wieku, narażony jest na zmniejszanie się komórek płata czołowego, zanim miały one szansę w ogóle się w pełni rozwinąć.

Oprócz zmian fizycznych zachodzą także zmiany w funkcjonowaniu mózgu. W 2014 r. dr Valerie Voon z Uniwersytetu Cambridge przyjrzała się, za pomocą rezonansu magnetycznego, sposobowi funkcjonowania mózgu osób uzależnionych od pornografii i odkryła, że ich wyniki były niemal identyczne jak te obserwowane u osób uzależnionych od kokainy⁴.

⁴ V. Voon, T.B. Mole, P. Banca, L. Porter, L. Morris, S. Mitchell, T.R. Lapa, M.N. Potenza, M. Irvine (2014). *Neural Correlates of Sexual cue Reactivity In Individuals with and without Compulsive Sexual Behaviors*. Plos One, July 11, 2014; DOI: 10.1371/journal.pone.012419

1.4. Społeczne konsekwencje konsumpcji pornografii

Równie ważnym aspektem są społeczne konsekwencje pornografii. Chłopiec, który obcuje z nią w wieku kilku czy kilkunastu lat, wdrukowuje sobie w mózg pewien określony wzorzec, dzięki któremu jest w stanie się podniecić. Następnie, będąc dorosłym, oczekuje jego realizacji od swojej partnerki. Tymczasem kobieta albo nie chce, albo nie potrafi i nie może takiemu wzorcowi sprostać. Według jednego z publicystów⁵ dla osób uzależnionych od pornografii seks z prawdziwą kobietą staje się „kiepskim porno”, dlatego wielu mężczyzn ucieka w pornografię, bo tylko ona potrafi spełnić ich oczekiwania.

Ofiarami nieadekwatnych do rzeczywistości oczekiwań stają się także sami chłopcy, którzy – co oczywiste – nie będą w stanie sprostać wyobrażeniu mężczyzn przedstawianych w tego typu filmach, choćby dlatego, że mężczyźni ci używają w trakcie kręcenia scen wspomagaczy utrzymujących erekcję. Mocniejszy ucisk na członek przy masturbacji powoduje, że późniejszy normalny seks z kobietą nie jest w stanie dostarczyć takiego samego bodźca fizycznego. W związku z tym pojawiają się problemy z wytryskiem w trakcie normalnego, zdrowego seksu.

Pornografia potrafi szybko doprowadzić do niepokojących konkluzji samego jej konsumenta (kłopoty ze współżyciem, niemożność osiągnięcia satysfakcji, oznaki uzależnienia, kompulsywna konieczność masturbacji). W normalnym związku w obliczu trudności szuka się pomocy u najbliższej osoby – u męża, żony czy też partnera. Uzależnienie od pornografii powoduje odwrotny skutek. Mąż unika żony, nie mówi jej, na czym polega problem, i zaczyna się od niej oddalać.

Według terapeutów rodzinnych pornografia jest częstym problemem w związkach, którym grozi rozwód⁶. Potwierdzają to też szersze badania przeprowadzone w Stanach Zjednoczonych⁷. Pornografia zwiększa więc ryzyko niepowodzenia małżeństwa i w konsekwencji ryzyko rozwodu i rozpadu rodziny. Oczywiście samo dziecko nie jest w stanie ocenić tak długofalowych skutków obcowania z pornografią.

Kontakt z pornografią może powodować kolejne niebezpieczne zachowania:

– wcześniejszą inicjację seksualną u dzieci. Według badań Instytutu Profilaktyki Zintegrowanej u młodzieży, dla której źródłem wiedzy o seksualności jest Internet,

⁵ N. Wolf, The Porn Myth, „New York Magazine”, 20.10.2003.

⁶ Stowarzyszenie Twoja Sprawa, Warszawa, *Wezwanie do działania*, 2015, Wyd. III, s. 18.

⁷ S. Stack, I. Wasserman, R. Kern, *Adult Social Bonds and Use of Internet Pornography*, „Social Science Quarterly” 85 (2004), s. 75-88.

występuje trzy razy większy odsetek wczesnej inicjacji seksualnej niż u młodzieży, u której źródłem tej wiedzy są rodzice i nauczyciele⁸;

– dążenie do korzystania z usług prostytutek, gdyż mężczyzna szuka w rzeczywistym świecie kobiet, które robią to, co pokazywane jest w filmach pornograficznych, a z kolei żona czy partnerka nie jest na taki seks gotowa; zachowania takie są potwierdzane przez polskich lekarzy seksuologów⁹;

– efekt prowadzi do zapoznawania się z treściami nielegalnymi, takimi jak treści pedofilne. Może to nastąpić nawet bez szczególnej woli ze strony internauty – po prostu treści takie może ściągnąć, myśląc, że ściąga „normalną” pornografię z 18- lub 19-latkami. Przez to osoba taka wchodzi w konflikt z prawem, gdyż 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”.

Negatywne psychiczne, zdrowotne i rozwojowe konsekwencje dostępu dzieci i młodzieży do pornografii dotyczą całego pokolenia chłopców, którzy w dorosłe życie wchodzi z wieloletnim i regularnym kontaktem z brutalną pornografią. Zachowania te przyjmują często formę uzależnienia. Zbyt łatwa i masowa dostępność do treści pornograficznych przez dzieci i młodzież staje się już istotnym problemem zdrowia publicznego.

1.5. Pojęcie pornografii

Rzekoma płynność i niejasność pojęcia pornografii jest podawana jako argument przeciwko jej prawnemu ograniczaniu. Jest to argument mało przekonujący. Prawo karne, podobnie jak prawo administracyjne zawierają szereg pojęć, które wymagają dekodowania na drodze wykładni, czy to przez stosowne organy wymiaru sprawiedliwości, czy to przez organy administracji publicznej. Równocześnie trzeba zaznaczyć, że w zdecydowanej większości przypadków sami producenci pornografii oznaczają ją i promują właśnie jako pornografię, opatrując ją dodatkowymi oznaczeniami (teen, sado-maso, hard, amateur, etc). Wątpliwości dotyczące zakwalifikowania danej treści jako pornografii pojawiają się w praktyce niezwykle rzadko. Zbudowanie pełnej definicji „pornografii” może nastroczać pewnych trudności, ale równocześnie, w związku z brutalizacją oraz znacznie zwiększonym w ostatniej dekadzie poziomem obsceniczności treści pornograficznych, nie powoduje zazwyczaj żadnych kłopotów stwierdzenie, czy dana treść jest pornografią, czy nie.

⁸ Prezentacja Sz. Grzelaka podczas konferencji *Odebrana niewinność. Seksualizacja kobiet i dziewcząt w mediach i reklamie* zorganizowanej przez Stowarzyszenie Twoja Sprawa, Sala Kolumnowa Sejmu RP, Warszawa, 19 marca 2013. <https://youtu.be/lDEmtoXwGd0>

⁹ Prezentacja B. Stelmacha podczas konferencji *Społeczne i rozwojowe konsekwencje pornografii* zorganizowanej przez Stowarzyszenie Twoja Sprawa, Sala Kolumnowa Sejmu RP, Warszawa, 22 czerwca 2015; <https://youtu.be/oezYmqZJ9dc>

Ani Kodeks karny, ani ustawa o radiofonii i telewizji, które używają pojęć pornografia i treści pornograficzne, nie definiują ich. Następuje pewnych trudności sformułowanie opisowej definicji pornografii, która mogłaby zawsze znaleźć zastosowanie do określonych stanów faktycznych. Uznanie, czy dana treść jest treścią pornograficzną, wymaga każdorazowo wartościowania danej treści i indywidualnej oceny. Znamię to ma bowiem na gruncie art. 200 k.k. charakter ocenny. Dla ułatwienia wydaje się jednak, że ocena ta powinna opierać się na dwóch kryteriach: subiektywnym – zamiar twórcy wywołania podniecenia seksualnego u odbiorcy oraz obiektywnym – tkwiącym w samej treści¹⁰. Kryteria te powinny służyć odróżnieniu treści pornograficznych od treści erotycznych, które na gruncie prawno-karnym są irrelevantne. Zasadne jest odwoływanie się przy ocenie, czy przekaz zawiera treść pornograficzną, do konstrukcji tzw. normatywnego wzorca osobowego, tj. do oceny prezentowanej treści z punktu widzenia osoby przeciętnie wrażliwej, zintegrowanej społecznie i świadomej powszechnie akceptowanych wartości społecznych w tym zakresie¹¹.

Definicję treści pornograficznych proponuje J. Warylewski, uznając je za „[...] takie treści, które właściwe są przekazowi informacyjnemu, w formie materialnej lub zdematerializowanej i charakteryzują się tym, że przedstawiają w jakiejkolwiek formie autentyczne lub tylko wyobrażone przejawy życia seksualnego człowieka w wymiarze ograniczonym do funkcji fizjologicznych. Przekaz informacyjny może być zarejestrowany (utrwalony) np. w formie filmu, zdjęć, książki, nagrania fonicznego lub nie (pokazy na żywo, wykład)”¹².

M. Filar zaś wskazuje jedynie cechy, które powinny wystąpić łącznie, aby móc mówić o treściach o charakterze pornograficznym, tj.:

- 1) treścią prezentacji jest przedstawienie przejawów płciowości i życia seksualnego człowieka;
- 2) przedstawienie to koncentruje się wyłącznie na zaprezentowaniu jego techniczno-biologicznych aspektów z pominięciem wszelkiej warstwy intelektualno-personalitycznej;
- 3) przedstawienie to zawiera ukazanie narządów płciowych w ich seksualnych funkcjach, w szczególności w ich bezpośrednim zetknięciu się podczas stosunków seksualnych, przez co zyskuje ono postać całkowicie zdepersonalizowanej i zdehumanizowanej rejestracji „technologii seksu”;
- 4) przedmiotowe aspekty prezentacji wykazują jednoznacznie, że jedyną lub główną intencją jej twórcy było wywołanie u odbiorcy podniecenia seksualnego;

¹⁰ Kodeks karny. Komentarz, M. Mozgawa (red.), Warszawa, Wolter Kluwers 2015, s. 555.

¹¹ M. Bielski, w: Kodeks karny. Część szczególna, t. II, komentarz do art. 117-277 k.k., A. Zoll (red.), Lex 2013, komentarz do art. 202 k.k.

¹² J. Warylewski, w: Kodeks karny. Część szczególna, t. I, komentarz, A. Wąsek (red.), Wydawnictwo C.H.Beck, Warszawa 2006, s. 961.

- 5) kryterium pomocniczym może tu być walor estetyczny danej prezentacji; im jest on niższy, tym bardziej sugerować może ocenę danej prezentacji jako pornograficznej¹³.

Odwołując się zaś do orzecznictwa Sądu Najwyższego na gruncie dawnego art. 202 k.k. (obecnie art. 200 k.k.), należy zwrócić uwagę na wyrok z dnia 23 listopada 2010 r., w którym Sąd Najwyższy wskazał, iż: „»[t]reści pornograficzne« w rozumieniu art. 202 k.k. to zawarte w utrwalonej formie (np. film, zdjęcia, 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. [...] Istotą pornografii jest przekaz określonej idei (treści), a nie jedynie udokumentalizowanej rejestracji określonego wydarzenia faktycznego”¹⁴.

W przytoczonym orzeczeniu Sąd Najwyższy zwrócił uwagę na istotną kwestię, albowiem stwierdził, że: „[z]namię »treści pornograficzne« użyte w dyspozycji art. 202 § 3 k.k. **jest pojęciem prawnym**, a nie medycznym czy seksuologicznym, zaś biegły seksuolog posiada wiadomości specjalne jedynie w zakresie ustalenia hipotetycznego wpływu danej prezentacji na potencjalnego odbiorcę w płaszczyźnie jego reakcji emocjonalnych, w tym seksualnych. Żaden biegły, w tym i biegły seksuolog, **nie jest w stanie zastąpić Sądu w ocenie istnienia tego znamienia w danej prezentacji**”.

Z powyższego wynika, że pomimo podjętych w doktrynie prób trudnym jest proponowanie jednej satysfakcjonującej definicji pornografii. Posłużenie się pewnymi kryteriami może pomóc w kwalifikacji danych treści jako treści pornograficznych. Intuicyjnie jesteśmy w stanie rozpoznać, czy w danym przypadku możemy mówić o pornografii. Stworzenie zaś kompletnej definicji wydaje się znacznie utrudnione, jeśli nie niemożliwe. Równocześnie rozróżnienie, czy dana konkretna treść jest pornografią nie stanowi zazwyczaj żadnego praktycznego problemu. Ostateczna ocena powinna należeć do sądu orzekającego w danej sprawie.

¹³ M. Filar, w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Wolter Kluwers, 2016, komentarz do art. 202 k.k.

¹⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt 173/10, Lex 667510.

1.6. Pojęcie seksualizacji

Zdrowa seksualność jest ważnym składnikiem zarówno zdrowia fizycznego, jak i psychicznego, sprzyja bliskości, budowaniu więzi międzyludzkich, zaufaniu oraz odczuwaniu przyjemności przez oboje partnerów. Trzeba jednak podkreślić, że owa zdrowa seksualność budowana jest na przestrzeni lat, począwszy od wieku niemowlęcego, poprzez wczesne dzieciństwo, wiek zabaw, wiek szkolny i adolescencję, aż po dorosłość. Z rozwojowego punktu widzenia na każdym z tych etapów budują się wokół seksualności człowieka zarówno odpowiednie do przeżywanego doświadczenia emocje, jak i struktura poznawcza.

W opozycji do rozwijania zdrowego obrazu własnej osoby, w tym jej seksualności i ról płciowych, stoi coraz częściej obecne w życiu dzieci i młodzieży zjawisko **seksualizacji (uprzedmiotowienia)**, która ma miejsce, gdy:

- 1) wartość osoby wynika tylko z jej atrakcyjności seksualnej lub zachowania, do tego stopnia, że wyklucza inne cechy;
- 2) osoba jest dopasowywana do normy, według której atrakcyjność fizyczna (wąsko zdefiniowana) oznacza bycie seksownym;
- 3) osoba jest uprzedmiotowiona pod względem seksualnym, czyli staje się dla innych raczej przedmiotem seksualnego wykorzystania niż osobą zdolną do podejmowania niezależnych działań i decyzji;
- 4) seksualność jest narzucona osobie w niewłaściwy sposób¹⁵.

Według autorów powyższej definicji wystarczy, by tylko jeden z jej elementów został spełniony, aby mówić o zjawisku seksualizacji.

Uprzedmiotowienie powoduje, że wąsko pojęte kryteria bycia „seksownym” stają się głównym źródłem wartości człowieka. Taka informacja, przyswojona i zakodowana w umyśle już kilkuletniego dziecka, niesie ze sobą bardzo poważne skutki dla jego dalszego rozwoju poznawczego, duchowego, fizycznego, emocjonalnego i społecznego, szczególnie w okresie kształtowania się tożsamości zarówno dziewcząt, jak i chłopców, czyli w okresie dorastania.

Zdrowy rozwój tożsamości oznacza harmonijne dojrzewanie we wszystkich aspektach bycia człowiekiem – intelektualnym, duchowym, emocjonalnym, społecznym, a także fizycznym. Pod wpływem wszechobecnych przekazów seksualizujących odpowiedź na kluczowe dla okresu dorastania pytanie: „Kim jestem?” zostaje

¹⁵ E.L. Zurbriggen, *Report of the APA Task Force on the Sexualization of girls*, American Psychological Association, 2010.
Tłumaczenie na polski w: Odebrana niewinność. Raporty o seksualizacji kobiet i dziewcząt we współczesnej kulturze, Stowarzyszenie Twoja Sprawa, 2013, s. 12.

zredukowana jedynie do sfery cielesnej, w dodatku zdefiniowanej w bardzo wąskim zakresie¹⁶.

Amerykańskie Towarzystwo Psychologiczne wyróżnia trzy powiązane ze sobą wymiary, w których odbywa się seksualizacja dziewcząt, choć życie podpowiada, że jej ofiarami stają się także chłopcy – jako druga strona tego samego medalu:

- 1) wymiar społeczny – tzn. normy kulturowe, oczekiwania oraz wartości przekazywane różnymi drogami, także poprzez media. Kultura może być przepełniona zseksualizowanymi obrazami kobiet i dziewcząt, sugerując, że seksualizacja jest zjawiskiem dobrym i normalnym;
- 2) wymiar interpersonalny – rodzina, rówieśnicy oraz inne osoby mogą zachęcać dziewczęta do bycia obiektami seksualnymi i jako takie je traktować;
- 3) samoseksualizacja – dziewczęta mogą traktować się jak obiekty seksualne i odczuwać, że nimi są. Jeżeli dziewczęta nauczą się, że społeczeństwo i osoby, których opinia się dla nich liczy najbardziej (np. rówieśnicy), uznają i nagradzają zseksualizowane zachowanie i wygląd, to prawdopodobnie te normy zinternalizują, co będzie przejawem ich samoseksualizacji¹⁷.

¹⁶ *Vademecum skutecznej profilaktyki problemów młodzieży*, Sz. Grzelak (red.), Warszawa, Ośrodek Rozwoju Edukacji, 2015, s. 88.

¹⁷ E.L. Zurbriggen, op.cit.

2. Cele analizy

Celami niniejszej analizy są:

- 1) kompleksowa analiza obowiązującego w Polsce prawa krajowego i europejskiego w zakresie ochrony dzieci i młodzieży przed zbyt łatwym dostępem do treści seksualizujących i pornograficznych w Polsce;
- 2) analiza obowiązujących przepisów prawnych w Polsce pod kątem zgodności ze standardami międzynarodowych konwencji, rekomendacji, zaleceń, programami instytucji międzynarodowych;
- 3) analiza funkcjonalności istniejących przepisów prawa oraz ich spójności z zaznaczeniem luk i barier prawnych;
- 4) sformułowanie rekomendacji stanowiących podstawę do podjęcia dalszych działań w zakresie wykorzystania już istniejących przepisów, jak również dostosowania przepisów prawnych.

3. Analiza źródeł prawa krajowego oraz funkcjonalności istniejących przepisów

3.1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.

3.1.1. Omówienie i analiza przepisów konstytucyjnych dotyczących rodziny i dziecka

Należy zastanowić się, czy opisany powyżej stan rzeczywistości społecznej i jednocześnie brak regulacji prawnych lub samoregulacji rynku w zakresie dostępu do pornografii jest zgodny ze stanem oczekiwanym, wyrażonym w Konstytucji RP. Nie ma bowiem wątpliwości, że w Konstytucji wyrażono nie tylko oczekiwania wobec systemu prawa, ale może nawet przede wszystkim wobec stanu spraw społecznych, które tylko w pewnej mierze poddają się regulacji prawnej. Tak jest też w odniesieniu do ochrony dzieci, młodzieży i rodziny. Prawo w pewnej tylko mierze może stanowić zabezpieczenie przed patologiami i nadużyciami. Nie jest jednak w stanie nakazać miłości wewnątrz rodziny i takiej opieki nad dziećmi, na które zasługują ze względu na swoją przyrodzoną i niezbywalną godność (art. 31 ust. 1 Konstytucji RP). Nie oznacza to jednak, że z punktu widzenia państwa obojętnym jest, czy dzieci otoczone są właściwą troską. Z Konstytucji wynikają w tym obszarze pewne postulaty i zobowiązania wobec władzy, które dotyczą zatem i stanu prawa, i zarazem wsparcia dzieci i rodziny. Jaki zatem obraz ułożenia spraw społecznych w ogóle wyłania się w omawianym zakresie z Konstytucji? Odpowiedź zawarta jest przede wszystkim w trzech przepisach. Należą do nich artykuły 18, 71 i 72 Konstytucji RP. Treść każdego z nich zostanie poniżej przybliżona w celu odniesienia zawartych w nich oczekiwań do podstawowego celu niniejszej analizy.

Art. 18 Konstytucji RP

Małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej.

Artykuł 18 Konstytucji RP, stanowiący, iż małżeństwo jako związek kobiety i mężczyzny, rodzina, macierzyństwo i rodzicielstwo znajdują się pod ochroną i opieką Rzeczypospolitej Polskiej, jest konstytucyjną zasadą naczelną. Wynika to z jego umiejscowienia w rozdziale I Konstytucji RP, zawierającym normy określające podstawowe zasady ustrojowe. Artykuł 18 Konstytucji posiada charakter *lex generalis* w stosunku do szczegółowych rozwiązań wyrażonych przez ustrojodawcę w innych

przepisach Konstytucji RP, regulujących relacje rodzinne¹⁸. Adresatem obowiązków z art. 18 Konstytucji RP są wszystkie władze publiczne. Dokonując wykładni tego przepisu, należy – w związku z celami niniejszej analizy – zwrócić uwagę na pojęcia rodziny i rodzicielstwa, a także ochrony i opieki.

Pojęcie rodziny nie zostało zdefiniowane ani w Konstytucji RP, ani w ustawodawstwie zwykłym, nie ulega jednak wątpliwości, że pojęcie rodziny obejmuje rodziców i dzieci. Konstytucja zawiera postulat ochrony życia rodzinnego, jako ochrony całej rodziny oraz dobra wszystkich jej członków. Mówiąc zaś o dobru rodziny, czyli rodziców i dzieci, należy przez to rozumieć także prawo do prawidłowego rozwoju emocjonalnego dzieci¹⁹.

Przez pojęcie ochrony należy rozumieć obowiązek władz publicznych podejmowania działań w stosunku do podmiotów zewnętrznych wobec rodziców i dzieci, mających na celu niedopuszczenie do zagrożenia wspomnianych wartości przez owe podmioty. Ochrona powinna być tak ukształtowana, aby zapewnić „harmoonijne ukształtowanie stosunków rodzinnych dla dobra wszystkich jej członków”²⁰.

Pojęcie opieka ma natomiast szersze znaczenie niż ochrona. Oznacza ono obowiązek podejmowania przez władze publiczne działań zmierzających do umocnienia rodziny i rodzicielstwa, przez co należy rozumieć stworzenie warunków, które chronią przed zagrożeniami dla dobra rodziny, a zatem łącznego dobra rodziców i dzieci.

Ochrona i opieka państwa nad dobrami określonymi w art. 18 Konstytucji RP, a zwłaszcza rodziny, mogą być przyjmowane w ustawodawstwie zwykłym w sposób prowadzący do ograniczenia praw i wolności osób trzecich²¹. Zakres wkroczenia w ich prawa ograniczony jest każdorazowo wymogiem zachowania proporcjonalności²².

Art. 71 ust. 1 Konstytucji RP

Państwo w swojej polityce społecznej i gospodarczej uwzględnia dobro rodziny. Rodziny znajdujące się w trudnej sytuacji materialnej i społecznej, zwłaszcza wielodzietne i niepełne, mają prawo do szczególnej pomocy ze strony władz publicznych.

Artykuł 71 Konstytucji RP stanowi dopełnienie ogólnej zasady ochrony i opieki Rzeczypospolitej Polskiej nad rodziną i rodzicielstwem, zawartej w art. 18 Konstytucji RP. W przepisie tym pojawia się pojęcie dobra rodziny, co potwierdza poprawność powyższego wywodu na podstawie art. 18 Konstytucji. Artykuł 71 Konstytucji statuuje wprost obowiązek Państwa uwzględniania w polityce społecznej i gospodarczej

¹⁸ W. Borysiak, w: *Konstytucja RP. Tom I. Komentarz*, M. Safjan (red.), L. Bosek (red.), Wydawnictwo C.H. Beck 2016, s. 466.

¹⁹ Ibidem, s. 493.

²⁰ Por. A. Mączyński, *Konstytucyjne podstawy prawa rodzinnego*, s. 774.

²¹ Uzasadnienie wyroku TK z 4.05.2004 r., K 8/03, OTK-A 2004, nr 5, poz. 37.

²² W. Borysiak, op.cit., s. 494.

„dobra rodziny”²³. Biorąc pod uwagę łącznie oba przepisy, tj. art. 18 i art. 71 Konstytucji RP, wyprowadzić można nakaz ochrony rodziny na wszystkich płaszczyznach życia społecznego, a nie tylko w sferze gospodarczej polityki państwa²⁴.

Zgadzając się z powyższym poglądem, należy go poprzeć stanowiskiem doktryny. Zdaniem A. Grzejdziak pojęcie dobra rodziny „obejmuje zarówno aspekt materialny, duchowy, jak i moralny jej istnienia i funkcjonowania”²⁵. Przyjmując natomiast, że przez pojęcie polityki społecznej należy rozumieć przyjęty i realizowany przez władzę publiczną zespół długofalowych działań na rzecz nie tylko zaspokajania potrzeb, ale i rozwiązywania problemów społecznych, należy stwierdzić, że rozwiązywanie problemów determinuje obowiązek ich identyfikacji przez władzę państwową.

„Uwzględnianie dobra rodziny” wymaga w sferze legislacji badania skutków projektowanych regulacji prawnych, jakie mogą one mieć dla integralności, dobrobytu i kondycji duchowej rodziny.

Art. 72 ust. 1 Konstytucji RP

Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją.

Artykuł 72 Konstytucji RP stanowi, iż Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka i że każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją. Funkcjonalne powiązanie art. 18 z art. 72 Konstytucji RP każe dojść do wniosku, że ustawa zasadnicza nie pozwala na ryzykowanie dobrem dziecka nawet w wypadku dążeń w innych okolicznościach zasługujących na ochronę. W świetle całokształtu norm, zasad i wartości konstytucyjnych można wymienić przykładowe i – jak się wydaje – najważniejsze prawa dziecka: prawo do życia i do ochrony zdrowia, prawo do wychowania w rodzinie, prawo do nauki i prawo do czasu wolnego, w tym zabawy pod kontrolą rodziców proporcjonalną do wieku i stopnia dojrzałości dziecka²⁶.

Artykuł 72 Konstytucji RP może być uznany za klauzulę zabezpieczającą prawidłowe wychowanie dziecka przez rodziców oraz dobro dziecka w procesie wychowawczym. Tam, gdzie rodzice nie mogą sami sprostać zadaniu o dobro dziecka, prawodawca przewidział obowiązek państwa zapewnienia opieki i ochrony dzieci. Przepis ten zatem ustala prawo do żądania ochrony dziecka przed szczególnie drastycznymi naruszeniami jego praw, w tym przed demoralizacją. Przez demoralizację

²³ Wyrok TK z 10.07.2000 r., SK 21/99, OTK 2000, Nr 5, poz. 144, pkt 8.

²⁴ Wyrok TK z 8.07.2014 r., P 33/13, OTK-A 2014, Nr 7, poz. 70.

²⁵ A. Grzejdziak, *Prawo do wychowania w rodzinie*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, B. Banaszak i A. Preisner (red.), Warszawa 2002, s. 471, LexisNexis, 2014.

²⁶ W. Skrzydło, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. VII, LEX 2013.

należy rozumieć wszelkie działania antywychowawcze, w szczególności prowadzące do lekceważenia norm społecznych, w tym prawnych i moralnych²⁷. W tym zakresie mieści się także każda postać wykorzystania seksualnego²⁸.

W zakresie pomocy udzielanej rodzinie przez państwo niewątpliwie szczególne miejsce zajmuje dziecko. Konstytucja nie ogranicza się do zapewnienia dziecku ochrony, ale wprowadza też prawo każdego (może to zatem czynić każda osoba) do żądania od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, ale także wyzyskiem i demoralizacją. Zatem zakres obowiązków władz w zakresie pomocy został zakreślony szeroko. Chodzi wszak o to, by zapewnić dziecku wychowanie właściwe zarówno w sensie fizycznym, jak i moralnym²⁹. W doktrynie wskazuje się, że ochrona dzieci przed ww. zdarzeniami, w tym przed demoralizacją, może uzasadniać wprowadzenie ograniczeń wolności wyrażania poglądów (zwłaszcza w środkach masowego przekazu) czy wolności działalności gospodarczej. Przykładowo ochrona dzieci przed demoralizacją oznaczać będzie zakaz udostępniania im w środkach masowego przekazu treści odnoszących się do pornografii czy drastycznej przemocy. Rodzice w tym zakresie mogą żądać od państwa wprowadzenia regulacji ustawowych zakazujących upowszechniania określonych treści w mediach, w tym w Internecie³⁰.

Podsumowując, obraz, jaki został ukształtowany w przepisach Konstytucji, nie budzi wątpliwości, że dobro rodziny i dziecka stanowią zasadę konstytucyjną, która jak każda zasada ma charakter optymalizacyjny, co znaczy, że może być ona urzeczywistniona w mniejszym lub większym stopniu. Zarazem stanowi ona postulat ułożenia stosunków społecznych tak, aby dobro rodziny i dziecka było szczególnie brane pod uwagę nie tylko przez władze publiczne, ale także przez inne podmioty, występujące wobec rodziców i dziecka w relacji horyzontalnej, w tym przez przedsiębiorców.

W świetle powyżej przedstawionego zrębu regulacji konstytucyjnych dotyczących dobra rodziny i dziecka nie ma wątpliwości, że obecny stan, w którym dziecko ma nieograniczony dostęp do pornografii w Internecie przy bierności władzy publicznej i niekiedy przychylności niektórych przedsiębiorców, jest wręcz „skandalem ustrojowym”. W Konstytucji zawarto regulacje traktujące o dobru rodziny i ochronie dziecka przed demoralizacją. Tymczasem cytowane badania wskazują, że dobro dziecka i przyszłych rodzin jest powszechnie naruszane. Zdrowie emocjonalne dziecka, jego rozwój związany z płciowością są obecnie poważnie zagrożone. Stan ten jest raczej wynikiem zaniedbania władzy państwowej

²⁷ W. Borysiak, op.cit., s. 1665.

²⁸ W. Skrzydło, op.cit.

²⁹ W. Skrzydło, op.cit.

³⁰ Ibidem.

i przedsiębiorców niż konkretnych regulacji prawnych. Nie ma zatem wątpliwości, że obecny stan spraw nie tylko nie jest niepożądany z punktu widzenia Konstytucji, ale jest z nią po prostu niezgodny.

3.1.2. **Możliwość wprowadzenia rozwiązań chroniących dobro dzieci w perspektywie konstytucyjnej**

Wprowadzanie rozwiązań chroniących dzieci przed dostępem do pornografii może mieć zasadniczo dwojaki charakter:

- 1) albo władczy przez rozwiązania prawne nakazujące i sankcjonujące pewne zachowania przedsiębiorców;
- 2) albo przez środki tzw. samoregulacji, a więc przez reguły przyjmowane przez samych przedsiębiorców przy prawdopodobnej przychylności władz państwowych ze względu na dobra chronione konstytucyjnie.

Bez względu na to, jaka forma ochrony dzieci i młodzieży będzie miała w przyszłości miejsce, będzie się ona wiązała z ograniczeniami lub zobowiązaniami do działania po stronie konsumentów lub przedsiębiorców. Może ona być uznana za ograniczenie niektórych praw bądź wolności konstytucyjnych. Należy zatem w tym miejscu zastanowić się, jakie prawa mogłyby być ograniczone lub które z nich mogłyby być zagrożone. Do wchodzących w rachubę należą następujące: wolność prasy i wolność słowa (art. 14 i art. 54), wolność działalności gospodarczej (art. 20) oraz prawo do prywatności (art. 47). Jednocześnie należałoby ocenić, czy określone rozwiązanie spełnia test proporcjonalności, nie narusza istoty danego prawa bądź wolności i ma za podstawę jedną z przesłanek materialnych z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Art. 14 Konstytucji RP

Rzeczpospolita Polska zapewnia wolność prasy i innych środków społecznego przekazu.

Art. 54 Konstytucji RP

1. Każdemu zapewnia się wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji.
2. Cenzura prewencyjna środków społecznego przekazu oraz koncesjonowanie prasy są zakazane. Ustawa może wprowadzić obowiązek uprzedniego uzyskania koncesji na prowadzenie stacji radiowej lub telewizyjnej.

Wolność prasy i innych środków społecznego przekazu jest zasadą ustrojową³¹, co świadczy o szczególnej randze nadanej wolności mediów przez Konstytucję. Z kolei wolność słowa stanowi prawo człowieka (art. 54 Konstytucji). Analizując

³¹ Por. L. Garlicki, P. Sarnecki, komentarz do art. 14 Konstytucji, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom V*, w: L. Garlicki (red.), Warszawa 2007, s. 9.

rozwiązania utrudniające dzieciom dostęp do pornografii, należy wziąć pod uwagę zarówno zasadę ustrojową – wolność prasy, jak i prawo człowieka – wolność słowa. Jak słusznie wskazuje się w literaturze, wolność prasy stanowi „papierek lakmuszowy” społeczeństwa obywatelskiego³². Funkcją wolności prasy jest zapewnienie zwierzchnictwa narodu³³. Wolność prasy obejmuje również dostarczanie rozrywki. Można zatem wyobrazić sobie pogląd, zgodnie z którym ograniczenia w dostępie do pornografii to nadmierny paternalizm państwa lub świadczących usługi elektro-niczne w Internecie, a nawet że kontrolowanie treści przekazu oznaczałoby cenzurę prewencyjną wobec treści legalnych, do jakich należy w dużej części pornografia.

Art. 47 Konstytucji RP

Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym.

Artykuł 47 Konstytucji stanowi o ochronie prawnej życia prywatnego. Naruszenie prawa do prywatności należałoby rozważać w przypadku, gdyby rozwiązania legislacyjne prowadziły do zbierania danych o osobach, które zdecydowałyby się na utrzymanie lub uzyskanie dostępu do pornografii³⁴.

Przy okazji rozważań na temat ochrony prawnej życia prywatnego należy wskazać również na przepisy dotyczące ochrony danych osobowych, w szczególności ustawę z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych oraz Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE. Kwestia przetwarzania danych osobowych może mieć głównie miejsce w przypadku korzystania przez użytkowników z narzędzi ochrony rodzicielskiej uruchamianej na poziomie infrastruktury podmiotów umożliwiających dostęp do Internetu. Niezależnie od tego, czy do zbierania danych osobowych w niezbędnym zakresie dochodziłoby przy okazji włączania narzędzi ochrony rodzicielskiej na wniosek użytkownika (opt-in), czy wyłączenia ich na jego wniosek (opt-out), podstawą takiego zbierania danych powinna być zgoda osoby, której dane dotyczą. W opinii autorów niniejszej analizy zbieranie takich zgód powinno być dokonywane zgodnie z odpowiednimi przepisami ustawodawstwa Unii Europejskiej oraz prawa krajowego.

Art. 20 Konstytucji RP

Społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej.

³² A. Szafrąński, *O ograniczenie dostępu dzieci do pornografii w Internecie*, w: *O wolność słowa i religii. Praktyka i Teoria*, F. Longchamps de Berier (red.), K. Szczucki (red.), Warszawa, Wydawnictwo Sejmowe, 2016, s. 146-170.

³³ Z. Zawadzka, *Wolność prasy o ochrona prywatności osób wykonujących działalność publiczną*, Warszawa 2013, s. 85.

³⁴ A. Szafrąński, op.cit.

Wolność działalności gospodarczej wypowiedziana od strony pozytywnej w art. 20 Konstytucji jako element społecznej gospodarki rynkowej, będącej podstawą ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej, może być ograniczona ze względu na ważny interes publiczny zgodnie z art. 22 Konstytucji. Niewątpliwie podmioty świadczące usługi drogą elektroniczną, jak i przedsiębiorcy telekomunikacyjni są przedsiębiorcami cieszącymi się wolnością działalności gospodarczej, w tym także swobodą przedmiotu prowadzonej działalności. Ograniczenie przedmiotu prowadzenia działalności przez szczególne potraktowanie przekazu pornograficznego mogłoby być zatem uznane za ograniczenie wolności działalności gospodarczej czy to co do przedmiotu działalności, czy też nadmiernego obciążenia obowiązkami związanymi ze zorganizowaniem kontroli przekazu treści.

3.1.3. Możliwość wprowadzenia ograniczeń wolności słowa, wolności prasy, prawa do prywatności i wolności działalności gospodarczej

Możliwość ograniczenia powyżej opisanych praw i wolności czy też ograniczenie realizacji konstytucyjnej zasady wolności prasy i innych środków społecznego przekazu zostanie rozpatrzone łącznie przede wszystkim ze względu na jeden cel tego ograniczenia, jakim jest dobro dziecka i jego ochrona przed demoralizacją. Podstawą prawną dla zbiorczego potraktowania opisanych powyżej praw jest ogólność sformułowania przepisu art. 31 ust. 3 Konstytucji, pomimo odrębnego potraktowania możliwości wprowadzania ograniczeń w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej w art. 22 Konstytucji. W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego zwyciężył pogląd o możliwości łącznego rozpatrywania art. 22 i art. 31 ust. 3 Konstytucji w odniesieniu do wolności działalności gospodarczej, o czym szerzej mowa poniżej.

Art. 31 ust. 3 Konstytucji RP

Ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw.

Art. 22 Konstytucji RP

Ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny.

Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji ograniczenia wolności i praw powinny poza kryterium formalnym wymogu ustawy:

- 1) być konieczne w demokratycznym państwie prawnym, powinny być zatem proporcjonalne, czy też inaczej – być zgodne z zasadą proporcjonalności;

- 2) nie mogą naruszać istoty praw i wolności (*Wesensgehalt*);
- 3) muszą spełniać jedną z przesłanek materialnych ograniczeń (bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i prawa innych osób).

Zgodnie z powyżej wskazaną systematyką należy najpierw przyjrzeć się wymogowi zachowania proporcjonalności we wprowadzaniu ewentualnych ograniczeń.

Problem tzw. konieczności, wspomnianej w art. 31 ust. 3 Konstytucji, był przedmiotem orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego, a jego dogłębna analiza wykracza poza ramy niniejszej analizy. Można jednak wyróżnić trzy warunki, które powinny być spełnione, aby ograniczenie danych wolności i praw było uznane za proporcjonalne. Po pierwsze, dane rozwiązanie legislacyjne powinno być przydatne, tj. powinno prowadzić do zamierzonych celów. Po drugie, muszą to być rozwiązania niezbędne dla ochrony interesu publicznego wyrażonego w przesłankach materialnych art. 31 ust. 3 Konstytucji. Po trzecie, ich efekty powinny pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywateli³⁵.

Zastosowanie zasady proporcjonalności w odniesieniu do przydatności (relacji środka do celu) wymaga przybliżenia celu proponowanego ograniczenia dostępu do pornografii w Internecie. Celem sugerowanych rozwiązań jest ochrona dzieci przed zbyt łatwym dostępem w Internecie do pornografii przy założeniu, że całkowite ograniczenie dostępności nie jest możliwe. Należy z całą stanowczością stwierdzić, że rozwiązania legislacyjne i idące za nimi rozwiązania technologiczne, jeżeli takowe zostaną zastosowane przez przedsiębiorców, nie wyeliminują każdego przypadku, w którym dzieci i młodzież zetkną się z pornografią. Nie taki jest cel proponowanych rozwiązań. Celem tym jest po pierwsze opóźnienie wieku pierwszego kontaktu z pornografią, po drugie zmniejszenie ryzyka przypadkowego kontaktu z pornografią, po trzecie ochrona dzieci, które nie dążą do obchodzenia zabezpieczeń albo nie mają wystarczających kompetencji technologicznych. Chodzi o zmianę paradygmatu, który polega w praktyce na tym, że bardziej chroni się model biznesowy przemysłu pornograficznego, jak również możliwość zarabiania na nim przez innych przedsiębiorców nie tworzących treści pornograficznych (np. przez firmy telekomunikacyjne) kosztem interesu dzieci i młodzieży. Należy więc promować takie rozwiązania legislacyjne, które po pierwsze będą sprzyjać tworzeniu rozwiązań technologicznych, łatwości ich zastosowania, będą ograniczały agresywne działania przemysłu pornograficznego oraz spowodują, że przedsiębiorcy wdrożą skuteczniejsze procedury weryfikacji wieku odbiorców usług. Jest to tym bardziej istotne, iż dotychczasowa praktyka nie doprowadziła do zadowalających rezultatów. Po stronie podmiotów dotkniętych nowymi rozwiązaniami mogą być po pierwsze wydawcy pornografii, po drugie podmioty świadczące usługi drogą elektroniczną,

³⁵ M. Szydło, w: *Konstytucja RP, t. I, komentarz*, M. Safjan (red.), L. Bosek (red.), Wydawnictwo C.H. Beck 2016, s. 791.

po trzecie dorośli konsumenci pornografii. Jeżeli chodzi o producentów pornografii, proponowane zmiany nie tworzą nowych ograniczeń, a jedynie mają na celu egzekwowanie istniejących rozwiązań polegających głównie na tym, iż producenci nie mogą rozpowszechniać pornografii w sposób, który umożliwia zapoznanie się z nią przez osoby poniżej 15. roku życia. Jak pokazuje doświadczenie, dotychczasowe przepisy są nągminnie łamane przez wydawców pornografii, a w związku z tym prawodawca może poszukiwać nowych rozwiązań. Jeżeli chodzi o podmioty świadczące usługi drogą elektroniczną, to zaproponowane rozwiązania co do zasady nie wprowadzają nowych obowiązków, a jedynie tworzą warunki do samoregulacji lub dążą do stanu, w którym określone podmioty nie będące same przedstawicielami przemysłu pornograficznego nie uzyskiwałyby dochodów z naruszania prawa przez wydawców pornografii. Z kolei dostęp do pornografii przez osoby dorosłe będzie nadal szeroki i łatwy, a więc należy uznać, że prawa dorosłych obywateli nie będą ograniczane.

Przesłanka niezbędności wiąże się z uznaniem, że zastosowany środek jest najłagodniejszym z możliwych i że nie ma innego, który w mniejszym stopniu prowadziłby do ograniczenia przedmiotowych wolności i praw. Wprowadzenie ograniczeń w dostępie do pornografii w sugerowany w niniejszej analizie sposób wydaje się środkiem ochrony dzieci pozwalającym uzyskać lepszą skuteczność. Zastosowanie go nie przeczy stosowaniu innych środków, takich jak uwrażliwianie dzieci na uzależnienia i ich konsekwencje czy negatywne skutki, o których mowa w części pierwszej niniejszej analizy. Innym dostępnym środkiem polityki społecznej jest szkolenie rodziców i upowszechnianie wiedzy w omawianym obszarze. Wreszcie upowszechnianie narzędzi ochrony rodzicielskiej udostępnianych czy to na urządzeniach domowych, czy w infrastrukturze operatorów telekomunikacyjnych oraz podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną stanowi również środek do realizacji wskazanego celu. Te wszystkie środki obecnie stosowane wobec wskazanych wyżej badań są niewystarczające, a przede wszystkim nie realizują we właściwym stopniu celu ograniczenia dostępu do pornografii dzieciom i młodzieży. Poszukiwanie nowych rozwiązań staje się zatem zatem współcześnie niezbędne.

Co do trzeciego elementu zasady proporcjonalności, jakim jest tzw. proporcjonalność *sensu stricto* to wymaga ona zbadania, czy ograniczane prawa pozostają we właściwej proporcji do ograniczanego dobra. Tu na szali z jednej strony pozostaje ograniczenie w pewnym zakresie wolności słowa, prawa do prywatności i wolności działalności gospodarczej przemysłu pornograficznego i ewentualnie czerpiących korzyści finansowe z przekazu tych treści przedsiębiorców telekomunikacyjnych oraz podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną. Z drugiej zaś strony dobrem chronionym jest rozwój emocjonalny dziecka, umożliwiający mu start w dorosłe życie bez obciążeń związanych z zaburzonymi zachowaniami seksualnymi. Ważenie dóbr nie pozostawia wątpliwości, że przesłanka proporcjonalności *sensu stricto* w przypadku wprowadzenia rozwiązań legislacyjnych będzie wysoce prawdopodobnie spełniona.

Przyglądając się kryteriom materialnym wprowadzania ograniczeń wolności i praw w przypadku przyjęcia rozwiązań ograniczających dostęp do pornografii, należy wziąć przede wszystkim pod uwagę moralność publiczną. W literaturze wskazuje się, w ślad za orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w Strasburgu, że przesłanka moralności publicznej znajduje zastosowanie do zakazu pornografii oraz powoływana jest dla ochrony dzieci przed negatywnymi wpływami wychowawczymi³⁶. Skoro Konstytucja RP wskazuje, że ograniczenie wolności i praw jest możliwe ze względu na moralność publiczną, którą należy odnosić do zakazów dotyczących pornografii, to w pierwszej kolejności trzeba się zastanowić nad treścią tej przesłanki. Jakkolwiek należy zauważyć, że w przypadku ochrony dzieci przed wpływem pornografii nie chodzi już tylko o moralność, lecz także o zdrowie. Powyżej opisane skutki dostępu do pornografii nie tylko prowadzą do demoralizacji, a więc zachwiania wrażliwości dzieci na to, co dobre i złe, wrażliwości na wyrażone w preambule do Konstytucji wartości, takie jak prawda, dobro, piękno i sprawiedliwość, ale także mogą powodować znaczny uszczerbek na zdrowiu. Zaburzenia emocjonalnego rozwoju, zaburzenia zachowań seksualnych, niezdolność do zawarcia trwałych relacji, leczony seksoholizm to obecnie zagadnienia bardziej zdrowia niż moralności. Pozostając jednak w utartym torze przekonań, że ograniczenia dostępu do pornografii stanowią ograniczenia wolności i praw ze względu na moralność publiczną, należy przyjrzeć się przede wszystkim tej przesłance materialnej z art. 31 ust. 3 Konstytucji.

Przesłanka „moralności publicznej” budzi zawsze największe kontrowersje³⁷. Jak wskazuje A. Szafrąński, należy do niej podchodzić z ostrożnością, gdyż społeczeństwo nie jest jednolite, zarówno pod względem światopoglądu, kultury czy religii. Nawet oceny moralne mogą nie być jednolite. Choć interpretując Konstytucję nie należy opierać wyroku wyłącznie na przesłance moralności publicznej, to może ona stanowić samodzielną podstawę do ograniczenia praw i wolności gwarantowanych w Konstytucji³⁸. K. Wojtyczek odwołuje się do konieczności wykazania dwóch okoliczności w przypadku ograniczania praw i wolności ze względu na moralność publiczną. W pierwszej kolejności moralność publiczna musi opierać się na poglądach akceptowanych przez społeczeństwo. Po drugie, należy odwoływać się tylko do tych zasad moralnych, które „regulują stosunki międzyludzkie, w przeciwieństwie do zasad moralnych określających indywidualne wzorce moralności”³⁹. Co więcej, normy moralne „dotyczą nie tylko życia publicznego i zachowań publicznych, ale również stosunków międzyludzkich należących do sfery prywatności”⁴⁰.

³⁶ K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999 r., s. 194; orzeczenie w sprawie Müller i in. z 24 maja 1988 r., A 133, § 30 oraz orzeczenie w sprawie Dudgeon z 22 października 1988 r., A 45, § 46.

³⁷ L. Garlicki, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom IV*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2005, komentarz do art. 31 Konstytucji, s. 26.

³⁸ A. Szafrąński, op.cit.

³⁹ Krzysztof Wojtyczek, op.cit., s. 195.

⁴⁰ Ibidem, s. 196.

A. Szafrński⁴¹ podsumowuje tę kwestię w sposób następujący: „Rozpatrując dany przypadek ograniczenia, należy wziąć pod uwagę powszechność negatywnej oceny moralnej jakiegoś zachowania oraz wymiar społeczny moralności, a nie indywidualny”. Odpowiadając na pytanie, czy moralność publiczna usprawiedliwia wprowadzenie rozwiązań ograniczających dostęp nieletnich do pornografii, A. Szafrński mówi, że zależy to „od stwierdzenia powszechnej negatywnej oceny wpływu pornografii na rozwój dzieci. Druga bowiem ze wskazanych przez Wojtyczka okoliczności nie wymaga pogłębionych rozważań. W omawianym przypadku niewątpliwie chodzi o relacje międzyludzkie, a nie o »indywidualny wzorzec moralności«. Nie nakazuje się dzieciom »nieoglądania pornografii« przez narzucenie indywidualnego wzorca moralnego, lecz utrudnia się im łatwy i nieograniczony do niej dostęp w przestrzeni publicznej relacji międzyludzkich – relacji między konsumentem usług internetowych i usługodawcą”.

Z kolei L. Garlicki twierdzi, że: „(...) przesłanka moralności publicznej pozwala natomiast na samoistne ingerencje prawne tylko wobec takich działań czy zachowań, które powszechnie uznaje się za przynoszące szkody społeczne. Konstytucja nie może być traktowana jako dokument narzucający taki czy inny kodeks moralny, bo nie jest to jej zadaniem. Innymi słowy, dla powołania przesłanki »moralności publicznej« nie wystarcza, by dane działanie czy zachowanie powodowało dyskomfort pojedynczych obywateli (wtedy można jedynie powołać przesłankę »ochrony wolności i praw innych osób«). Konieczny jest, dodatkowo, społeczny wymiar takiego działania jako przynoszącego negatywne skutki dla ogółu i powszechnie za takie uznane (przykładem może być rozpowszechnianie tzw. twardej pornografii, ale wskazuje on zarazem, jak trudne jest ustalenie społecznie akceptowanych kryteriów »moralności«). Nie da się przy tym uniknąć subiektywnego wartościowania, zwłaszcza że pojmowanie kwestii moralnych jest nie tylko różne w różnych państwach, ale podlega też stałej ewolucji”⁴².

Nie ma żadnej wątpliwości, że społeczeństwo krytycznie ocenia wpływ pornografii na dzieci. Dorośli mogą nie znać wszystkich negatywnych konsekwencji pornografii, ale mało kto uzna, że są to treści pozostające bez szkodliwego wpływu na dzieci i młodzież. Warto nie tylko wskazać na badania opinii publicznej, choćby te wykonane na zlecenie Stowarzyszenia Twoja Sprawa, z których wynika, że 99% rodziców w Polsce jest zaniepokojonych dostępem dzieci do pornografii⁴³. A. Szafrński słusznie wskazuje⁴⁴ na to, że: „negatywna ocena wpływu pornografii na dzieci została wyrażona w 2014 roku w Sejmie podczas głosowania w sprawie nowelizacji Kodeksu karnego. Za wprowadzeniem przepisu penalizującego reklamowanie i promowanie działalności polegającej na rozpowszechnianiu pornografii w sposób niebezpieczny

⁴¹ A. Szafrński, op.cit.

⁴² L. Garlicki, op.cit.

⁴³ Badania zrealizowane przez Grupę IQS w listopadzie 2013 r. na próbie N=300 metodologią CAWI.

⁴⁴ A. Szafrński, op.cit.

dla dzieci i młodzieży do 15. roku życia opowiedziało się 433 posłów z 437 obecnych podczas głosowania⁴⁵. Wśród głosujących byli obecni posłowie ze wszystkich klubów parlamentarnych. Tak niemal jednomyślna zmiana polskiego prawa w celu ochrony małoletnich przed pornografią stanowi o »zakotwiczeniu« w porządku prawnym wartości ochrony dzieci przed treściami pornograficznymi i jest wyrazem negatywnej oceny jej wpływu na nich”.

Ze względu na zbiorcze potraktowanie wchodzących w rachubę wolności i praw należy w tym miejscu poświęcić każdej i każdemu z nich nieco uwagi.

Należy zauważyć, że skoro rozpowszechnianie treści pornograficznych pod pewnymi warunkami jest legalne, ograniczanie dostępu do treści pornograficznych rozpowszechnianych przez Internet należałoby uznać za ograniczenie wolności słowa. Uzasadnieniem wprowadzenia tego rodzaju ograniczenia wolności słowa jest dobro dzieci w związku z moralnością publiczną. Art. 72 Konstytucji stanowi bowiem, że „Rzeczpospolita Polska zapewnia ochronę praw dziecka. Każdy ma prawo żądać od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją”. Skoro w przepisie tym państwo zobowiązało się do ochrony najmłodszych przed demoralizacją, to oczywiste jest, że wszelkie działania, które prowadzą do demoralizacji, są działaniami przeciw moralności publicznej.

Należy zgodzić się z A. Szafrąńskim, iż „ochrona dzieci przed demoralizacją w związku z przesłanką wskazaną w art. 31 ust. 3 Konstytucji – moralnością publiczną – stanowi dostateczne uzasadnienie dla wprowadzenia rozwiązań ograniczających małoletnim dostęp do treści pornograficznych. P. Sarnecki w komentarzu do art. 54 Konstytucji zauważył, że »oczywiście ona [wolność pozyskiwania informacji] również może być ograniczona na ogólnych warunkach art. 31 ust. 3«⁴⁶. Ograniczenie wolności słowa przy odwołaniu do przesłanki moralności publicznej w związku z ochroną dziecka jako wartością konstytucyjną może zatem zostać uznane za uzasadnione. Z pewnością trudno uznać, aby w zasadzie wolności prasy mieściło się rozpowszechnianie pornografii wśród dzieci i młodzieży. Jeśli społeczeństwo w ogóle dopuszcza produkcję i dystrybucję pornografii, to raczej jako tolerowalną aberrację, którą należy w przestrzeni publicznej kanalizować”⁴⁷.

Gdy chodzi o prawo do prywatności, to proponowane rozwiązania, o których mowa w niniejszej analizie, nie przewidują gromadzenia danych o osobach korzystających z dostępu do pornografii przez organy państwa. Jest możliwe, iż dane takie posiadałyby podmioty, które oferują narzędzia ochrony rodzicielskiej, na przykład podmioty świadczące usługi drogą elektroniczną (m.in. w ramach zwykłego

⁴⁵ Druk sejmowy nr 2011 Sejmu V kadencji.

⁴⁶ P. Sarnecki, komentarz do art. 54 Konstytucji, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz. Tom III*, L. Garlicki (red.), Warszawa 2003, s. 5.

⁴⁷ A. Szafrąński, op.cit.

przekazu lub hostingu), przy czym zakres takich informacji miałby być ograniczony tylko do celu, jakim jest wyłączenie lub włączenie wspomnianych narzędzi. Warto jednak w tym miejscu zauważyć, że podmioty takie już w tej chwili posiadają możliwości techniczne uzyskania informacji o zachowaniach użytkowników nie tylko w zakresie włączania lub wyłączania narzędzi ochrony rodzicielskiej, ale nawet na temat konkretnych stron odwiedzanych przez klientów. Każda osoba korzystająca z Internetu, mimo iluzji anonimowości, musi liczyć się z tym, że jej zachowania są obserwowane. Potencjalna możliwość sprawdzenia, kto stosuje albo kto nie stosuje narzędzi ochrony rodzicielskiej, jest tak samo prawdopodobna jak obecna możliwość sprawdzenia, kto jakie strony internetowe odwiedza.

Według A. Kustry Konstytucja może stanowić podstawę do ograniczenia wolności działalności gospodarczej z powodu ochrony moralności publicznej⁴⁸. Z kolei według M. Szydło art. 22 Konstytucji wyłącza możliwość powoływania się bezpośrednio na art. 31 ust. 3 w części dotyczącej dóbr usprawiedliwiających państwową ingerencję. Pozostałe przesłanki – tj. zasada proporcjonalności oraz zakaz naruszania istoty praw i wolności – są aktualne w przypadku ograniczania wolności gospodarczej. Nawet jeżeli jednak ustawodawca nie mógłby powoływać się na postulat ochrony moralności publicznej, to ochrona dzieci przed łatwym dostępem do pornografii mieści się w pojęciu ważnego interesu publicznego, o którym mowa w art. 22 Konstytucji⁴⁹. Warto choćby przypomnieć, że konieczność ograniczania takiego dostępu wynika z Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016-2020, który realizuje interes publiczny w zakresie ochrony zdrowia publicznego.

Reasumując, zdaniem autorów niniejszej analizy, pod warunkiem zachowania zasady proporcjonalności, przesłanki moralności publicznej oraz ważnego interesu publicznego mogą być podstawą do ograniczenia wolności i praw, w tym wolności słowa, prywatności oraz wolności gospodarczej. Zgodnie z art. 31 ust. 3 Konstytucji wprowadzenie takich ograniczeń powinno być „konieczne w demokratycznym państwie prawnym”.

3.1.4. Ocena rozwiązań przewidzianych Konstytucją RP

Przepisy Konstytucji RP umożliwiają wprowadzanie rozwiązań chroniących dzieci i młodzież przed dostępem do treści seksualizujących i pornograficznych. W przypadku konfliktu między wartościami konstytucyjnymi rozwiązania takie wymagają stwierdzenia, że są one proporcjonalne oraz konieczne w demokratycznym państwie prawnym. Nie ma w związku z tym potrzeby dokonywania korekt ustawy zasadniczej.

⁴⁸ A. Kustra, *Przesłanki dopuszczalności ograniczeń wolności działalności gospodarczej w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Przegląd Prawa Publicznego 9/2010”, s. 23-33.

⁴⁹ M. Szydło, *op.cit.*, s. 620.

3.2. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny

3.2.1. Omówienie i analiza przepisów Kodeksu karnego

Art. 200 Kodeksu karnego

- § 1. Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.
- § 2. (uchylony).
- § 3. Kto małoletniemu poniżej lat 15 prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter albo rozpowszechnia treści pornograficzne w sposób umożliwiający takiemu małoletniemu zapoznanie się z nimi, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.
- § 4. Karze określonej w § 3 podlega, kto w celu swojego zaspokojenia seksualnego lub zaspokojenia seksualnego innej osoby prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej.
- § 5. Karze określonej w § 3 podlega, kto prowadzi reklamę lub promocję działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15.

Artykuł 200 k.k. umieszczono w Rozdziale XXV kodeksu, który reguluje przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Obok obcowania płciowego z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszczenia się albo doprowadzenia do poddania się lub do wykonania innej czynności seksualnej (art. 200 §1 k.k.) w art. 200 §3 k.k. spenalizowane są także czyny prezentowania treści pornograficznych, udostępniania przedmiotów o charakterze pornograficznym oraz rozpowszechniania treści pornograficznych w sposób umożliwiający małoletniemu poniżej 15 lat zapoznanie się z nimi. W art. 200 § 4 k.k. spenalizowane zostały natomiast czyn prezentacji czynności seksualnej małoletniemu poniżej 15 lat i wykonanie czynności seksualnej w celu własnego zaspokojenia seksualnego lub osoby trzeciej, zaś w art. 200 § 5 k.k. – czyn prowadzenia reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej 15 lat.

Biorąc pod uwagę cel niniejszej analizy, należy odnieść się do ww. pojęć w celu ich rozróżnienia. Prezentowanie treści pornograficznych to zaznajamianie z takimi treściami przez pokazywanie lub przekazywanie werbalne określonych treści, np. przez odtwarzanie filmów czy innych nośników obrazu lub dźwięku, inscenizację na żywo, pokazywanie zdjęć, rysunków, obrazów, czytanie tekstów o treści pornograficznej. Prezentacja treści pornograficznych charakteryzuje się tym, że polega ona na bezpośrednim przekazie określonych treści w formie gotowej do ich natychmiastowego odbioru przez inną osobę bez specjalnych starań

(czynności) z jej strony⁵⁰. Przy typie przestępstwa określonego w art. 200 § 3 k.k. adresatem prezentowanych treści pornograficznych jest dziecko, treści te są bowiem prezentowane małoletniemu (w wieku poniżej lat 15).

Druga z czynności wykonawczych penalizowana przez przepis art. 200 § 3 k.k. w postaci udostępniania małoletniemu (w wieku poniżej lat 15) przedmiotów o charakterze pornograficznym polega na umożliwianiu skorzystania z różnych wytworów materialnych, które same w sobie są pornograficzne lub zawierają pornograficzne treści (np. filmy, czasopisma, fotografie). Udostępniać przedmioty o charakterze pornograficznym można w różny sposób, np. przez ich sprzedaż, nieodpłatne przekazanie do dyspozycji (w tym drogą mailową lub przez wysłanie MMS), a także przez pozostawienie w widocznym miejscu, co pozwala na swobodny dostęp do takich przedmiotów i na skorzystanie z nich. Udostępnianie dziecku przedmiotów pornograficznych tym różni się od prezentowania treści pornograficznych, że przy udostępnianiu sprawca jedynie umożliwia dziecku skorzystanie na własną rękę z przedmiotów o charakterze pornograficznym. Przy udostępnianiu sprawca nie zaznajamia własnoręcznie dziecka z treściami pornograficznymi, jak to ma miejsce przy prezentowaniu takich treści⁵¹.

Trzecia i najważniejsza z punktu widzenia niniejszej analizy czynność wykonawcza penalizowana przez przepis art. 200 § 3 k.k. to **rozpowszechnianie treści pornograficznych w pewien szczególny sposób, mianowicie taki, który umożliwia małoletniemu do lat 15 zapoznanie się z nimi**. Rozpowszechnianie to czynienie określonej treści (w tym wypadku treści pornograficznej) powszechnie dostępną, czyli umożliwienie zapoznania się z nią szerszej, bliżej nieokreślonej liczbie osób⁵². W przepisie art. 200 § 3 k.k. **penalizowane jest jednak nie rzeczywiste dotarcie z treścią pornograficzną do małoletniego, ale określony sposób rozpowszechniania, który umożliwia małoletniemu (w wieku poniżej lat 15) zapoznanie się z treściami pornograficznymi**. Chodzi o każdy sposób rozpowszechniania, który stwarza realną lub choćby tylko potencjalną możliwość odbioru treści pornograficznych bez potrzeby podejmowania przez osobę małoletnią jakichś specjalnych zabiegów ukierunkowanych na zapoznanie się z nimi, np. przez wyłożenie pism pornograficznych na ogólnodostępne półki, **wprowadzanie treści pornograficznych do Internetu bez rzeczywistego ograniczenia dostępu dla dzieci**. Dla realizacji znamion tego typu czynu nie jest wymagane, aby jakiś konkretny małoletni rzeczywiście zapoznał się z treściami pornograficznymi rozpowszechnianymi w taki nieodpowiedni sposób⁵³. Rozpowszechnianie będzie przestępne w rozumieniu art. 200 § 3 wówczas, gdy

⁵⁰ V. Konarska-Wrzošek, w: *Kodeks Karny. Komentarz*, V. Konarska-Wrzošek (red.), Wolters Kluwer, 2016, komentarz do art. 200 k.k.

⁵¹ Ibidem.

⁵² Wyrok SN z dnia 16 lutego 1987 r., WR 28/87, OSNKW 1987, nr 9-10, poz. 85.

⁵³ M. Filar, w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Wydawnictwo LexisNexis, 2008, s. 837; M. Bielski, op.cit.; V. Konarska-Wrzošek, op.cit.

prowadzone będzie w taki sposób, że małoletni bez stosowania środków i procedur nadzwyczajnych, a jedynie przy stosowaniu środków i procedur typowych będzie mógł zapoznać się z określonymi treściami. Podobnie poniesie odpowiedzialność osoba wprowadzająca treści pornograficzne do Internetu w sposób niekodowany i umożliwiający małoletniemu zapoznanie się z nimi za pomocą prostych czynności. Dla bytu przestępstwa nie jest konieczne, aby jakkolwiek małoletni faktycznie zapoznał się z takimi treściami, gdyż dla wyczerpania jego znamion wystarcza sam sposób upowszechniania. W tym sensie jest to więc przestępstwo z narażenia⁵⁴.

W świetle powyższego należy uznać, że **rozpowszechnianie treści pornograficznych bez jakichkolwiek rzeczywistych, a nie tylko pozornych, ograniczeń lub zabezpieczeń, które uniemożliwiałyby małoletniemu poniżej 15 lat zapoznanie się z nimi, jest w Polsce penalizowane**. Czyn taki może być popełniony w zamiarze ewentualnym, gdy sprawca przewiduje taką możliwość i godzi się z tym. Co do wieku małoletniej ofiary też wystarczy przewidywanie i godzenie się na to, że może ona być w wieku seksualnej niedojrzałości, czyli nie mieć ukończonych lat 15 (zamiar ewentualny)⁵⁵.

Z kolei przestępstwo stypizowane w art. 200 § 5 k.k. jest zupełnie nowym typem przestępstwa, wprowadzonym do systemu polskiego prawa nowelą z dnia 4 kwietnia 2014 r., która weszła w życie dnia 26 maja 2014 r. Zachowaniem penalizowanym jest prowadzenie reklamy lub promocji działalności polegającej na rozpowszechnianiu treści pornograficznych w sposób umożliwiający zapoznanie się z nimi małoletniemu poniżej lat 15. Legalność rozpowszechniania pornografii upoważnia do reklamowania i promowania tego typu działalności, jednak pod warunkiem, że rozpowszechnianie pornografii nie **stwarza możliwości, chociażby tylko potencjalnej, odbioru treści pornograficznych przez małoletniego poniżej 15. roku życia**.

Przepisy Kodeksu karnego nie definiują określeń: „reklamowanie” i „promowanie”. Według M. Mozgawy reklama jest informacją połączoną z komunikatem perswazyjnym, która zazwyczaj ma na celu skłonienie do nabycia określonych towarów czy usług lub korzystania z nich. Z kolei promocją jest oddziaływanie na odbiorców produktów danej firmy, polegające na przekazaniu im informacji, które mają w odpowiednim stopniu zwiększyć wiedzę na temat produktów lub usług oraz samej firmy w celu stworzenia dla nich preferencji na rynku⁵⁶. Zdaniem autorów niniejszej analizy, należy odwołać się również do dorobku doktryny na gruncie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą reklamą jest każda zachęta do nabywania towarów lub usług⁵⁷.

⁵⁴ M. Filar, w: *Kodeks karny. Komentarz*, M. Filar (red.), Wolters Kluwer 2016, komentarz do art. 200 k.k.

⁵⁵ Ibidem.

⁵⁶ M. Mozgawa, op.cit., s. 549.

⁵⁷ J. Dudzik, R. Skubisz, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, J. Szwaja (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 661.

Art. 202 § 3

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.

Artykuł 202 § 3 k.k. jest istotny dla ochrony dzieci i młodzieży szczególnie z uwagi na penalizację rozpowszechniania treści pornograficznych związanych z prezentowaniem przemocy. Analiza głównego nurtu pornografii, o czym wspomniano powyżej, w części pierwszej analizy, prowadzi do wniosku, że przemysł pornograficzny coraz bardziej brutalizuje swoje produkty. Coś, co jeszcze 10 lat temu (nie mówiąc już o okresie, w którym omawiane przepisy Kodeksu karnego weszły w życie) było oceniane jako zbyt brutalne nawet przez przemysł pornograficzny, jest obecnie głównym nurtem pornografii. Z tego też względu istotną część treści pornograficznych można oceniać na gruncie art. 202 § 3 k.k., co powoduje, że dystrybucja takich treści jest nie tylko karalna, jeżeli dostęp do nich mają małoletni do 15. roku życia, ale zakazana jest jakakolwiek dystrybucja tego typu treści. Art. 202 § 3 k.k. wprowadza bowiem całkowitą prohibicję patologicznej pornografii oddziałującej w sposób szczególnie destrukcyjny na rozwój psychofizyczny małoletnich.

Zachowaniami penalizowanymi przez art. 202 § 3 k.k. są wszystkie zachowania mające na celu rozpowszechnianie tzw. twardej pornografii bez względu na osobę adresata. Bezwzględny zakaz w świetle powyższego przepisu zostały objęte następujące formy pornografii: z uczestnictwem małoletniego (pedopornografia), prezentujące pozorowaną lub rzeczywistą przemoc wobec partnera seksualnego oraz obrazujące posługiwanie się zwierzęciem w celu zaspokojenia potrzeb seksualnych (pornografia zoofilna). Należy wskazać, że art. 202 § 3 k.k. nie zawiera definicji twardej pornografii. Przepis ten przewiduje jedynie pewne jej przejawy.

Nagane czynności sprawcze wskazanego przestępstwa zostały ujęte bardzo szeroko, tj.: produkowanie, utrwalanie, sprowadzanie, przechowywanie, posiadanie, rozpowszechnianie oraz prezentowanie treści o charakterze treści twardej pornografii⁵⁸. Ustawodawca w sposób kompletny ujął wszelkie możliwe zachowania nad treściami pornograficznymi, o których mowa w analizowanym przepisie. **Wynika stąd, że każda czynność, której przedmiotem jest twarda pornografia, jest penalizowana przez ustawę karną⁵⁹.** Jakkolwiek nie powinno budzić wątpliwości, na czym polegają wskazane czynności sprawcze wobec zgodności doktryny i judykatury w tym zakresie, w odniesieniu do czynności wykonawczej rozpowszechniania na szczególną uwagę zasługuje postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września

⁵⁸ V. Konarska-Wrzosek, op.cit.

⁵⁹ Dla uściślenia i rzetelności należy wskazać pogląd wysunięty przez J. Warylewskiego, według którego prowadzenie rozmów telefonicznych z abonentem po wybraniu numeru telefonicznego nie stanowi czynności wykonawczej rozpowszechniania art. 202 § 3 k.k. dopóty, dopóki treści pornograficzne z udziałem dzieci lub zwierząt nie zostaną utrwalone na nośniku informacji umożliwiającym ich odtworzenie (vide J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, A. Wąsek (red.), Warszawa 2006 r., s. 968).

2011 r. Jak trafnie stwierdził Sąd Najwyższy: „[d]la przyjęcia odpowiedzialności karnej za rozpowszechnianie pornografii dziecięcej w sieci internetowej nie ma znaczenia to, jaka konkretna 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”⁶⁰.

Podkreślić należy, iż w obecnie obowiązującym stanie prawnym nie są karalne zachowania polegające na produkowaniu, utrwalaniu lub sprowadzaniu, a także przechowywaniu lub posiadaniu twardej pornografii **do użytku prywatnego**, z wyjątkiem pornografii z udziałem małoletniego poniżej lat 15, co wynika z art. 202 § 4 i 4a k.k., jak również z wyjątkiem pozorowanej pornografii dziecięcej, co wynika z art. 202 § 4b⁶¹.

3.2.2. Ocena rozwiązań przewidzianych w Kodeksie karnym

Przepisy Kodeksu karnego, w szczególności po ich nowelizacji w 2014 r., przewidują stosunkowo wysoki standard ochrony małoletnich do lat 15. Nie ma w związku z tym potrzeby dokonywania zmian przepisów ustawy. Problemem jednak jest stosowanie przepisów w praktyce. Z doświadczenia Stowarzyszenia Twoja Sprawa wynika, że przepisy Kodeksu karnego, o których mowa powyżej, są stosowane niezwykle rzadko, a w przypadku składania zawiadomień o popełnieniu przestępstwa postępowania są najczęściej umarzane, nawet w sytuacji, gdy przemysł pornograficzny aktywnie dociera do małoletnich.

3.3. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji

3.3.1. Omówienie i analiza właściwych przepisów ustawy o radiofonii i telewizji

Art. 18

1. Audycje lub inne przekazy nie mogą propagować działań sprzecznych z prawem, z polską racją stanu oraz postaw i poglądów sprzecznych z moralnością i dobrem społecznym, w szczególności nie mogą zawierać treści nawołujących do nienawiści lub dyskryminujących ze względu na rasę, niepełnosprawność, płeć, wyznanie lub narodowość.

(...)

4. Zabronione jest rozpowszechnianie audycji lub innych przekazów zagrażających fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich, w szczególności zawierających treści pornograficzne lub w sposób nieuzasadniony eksponujących przemoc.

⁶⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r., sygn. akt V K.K. 43/11, Legalis nr 400908.

⁶¹ M. Bielski, op.cit.

5. Audycje lub inne przekazy, zawierające sceny lub treści mogące mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich, inne niż te, o których mowa w ust. 4, mogą być rozpowszechniane wyłącznie w godzinach od 23 do 6.
- 5a. Nadawcy są zobowiązani do oznaczania audycji lub innych przekazów, o których mowa w ust. 5, odpowiednim symbolem graficznym przez cały czas ich emisji telewizyjnej lub zapowiedzią słowną, informującą o zagrożeniach wynikających z treści emisji radiowej.
- 5b. Nadawcy są zobowiązani do oznaczania audycji i innych przekazów, innych niż te, o których mowa w ust. 5, z wyłączeniem serwisów informacyjnych, reklam, telesprzedaży, transmisji sportowych i przekazów tekstowych, odpowiednim symbolem graficznym przez cały czas ich emisji telewizyjnej, uwzględniając stopień szkodliwości danej audycji lub przekazu dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych.
6. Krajowa Rada określi, w drodze rozporządzenia:
 - 1) cechy oraz szczegółowe warunki kwalifikowania, rozpowszechniania i sposób zapowiadania audycji lub innych przekazów, o których mowa w ust. 5;
 - 2) podział małoletnich na kategorie wiekowe oraz szczegółowe warunki kwalifikowania i rozpowszechniania audycji lub innych przekazów, o których mowa w ust. 5b, z uwzględnieniem godzin nadawania audycji lub innych przekazów przeznaczonych dla danej kategorii wiekowej;
 - 3) wzory symboli graficznych i formuł zapowiedzi, o których mowa w ust. 5a i 5b, oraz sposób ich prezentacji – uwzględniając stopień szkodliwości audycji dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych.
7. Nadawcy dbają o poprawność języka swoich programów i przeciwdziałają jego wulgaryzacji.

W zakresie reżimu prawnego odnoszącego się do radiofonii i telewizji ustawodawca realizuje cel ochrony dzieci i młodzieży przede wszystkim poprzez zakazy określone w art. 18 ustawy o radiofonii i telewizji (u.r.t.). Artykuł 18 ust. 4 u.r.t. stanowi, że zabronione jest rozpowszechnianie audycji lub innych przekazów zagrażających fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich, w szczególności zawierających treści pornograficzne lub w sposób nieuzasadniony eksponujących przemoc. **Warto zauważyć, że z treści powyższego przepisu wynika, iż polski ustawodawca uznał jednoznacznie i wprost, że treści pornograficzne zagrażają fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich.** Ponadto w art. 18 ust. 5 u.r.t. wskazano, że audycje lub inne przekazy, zawierające sceny lub treści mogące mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich, inne niż te, o których mowa w ust. 4, mogą być rozpowszechniane wyłącznie w godzinach od 23 do 6, zaś w ust. 5a nałożony został na nadawców obowiązek oznaczania audycji lub innych przekazów, o których mowa w ust. 5, odpowiednim symbolem graficznym przez cały czas ich emisji telewizyjnej lub zapowiedzią słowną, informującą o zagrożeniach wynikających z treści emisji radiowej. Nadto, zgodnie z ust. 5b, nadawcy są zobowiązani do oznaczania audycji i innych przekazów odpowiednim symbolem graficznym przez cały czas ich emisji telewizyjnej, uwzględniając stopień szkodliwości danej audycji lub przekazu dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych.

Powyższe oznacza, że w Polsce obowiązuje zakaz rozpowszechniania w radiu i telewizji audycji lub innych przekazów zagrażających fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich, w szczególności zawierających treści pornograficzne lub w sposób nieuzasadniony eksponujących przemoc, zaś co do przekazów innych treści mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich ustawodawca wprowadził pewne ograniczenia w celu ochrony dobra dzieci.

Powyższa analiza powinna być uzupełniona odnotowaniem art. 16 ust. 3 u.r.t., który stanowi, że przekaz handlowy prezentowany przez radio i telewizję nie może naruszać godności ludzkiej (art. 16 ust. 3 punkt 1 u.r.t.) oraz zagrażać fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich (art. 16 ust. 3 punkt 4 u.r.t.).

Na straży przestrzegania przepisów u.r.t. stoi Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (KRRiT). W kompetencji Przewodniczącego KRRiT leży m.in. nakładanie kar pieniężnych określonych w art. 53 u.r.t. w wysokości do 50% rocznej opłaty za prawo do dysponowania częstotliwością przeznaczoną do nadawania programu, a w przypadku, gdy nadawca nie uiszcza opłaty za prawo do dysponowania częstotliwością, karę pieniężną w wysokości do 10% przychodu nadawcy, osiągniętego w poprzednim roku podatkowym, uwzględniając zakres i stopień szkodliwości naruszenia, dotychczasową działalność nadawcy oraz jego możliwości finansowe. Z punktu widzenia organizacyjnego kwestią monitorowania treści audycji i przekazów handlowych zajmuje się Departament Monitoringu KRRiT.

Należy podkreślić, że art. 18 ust. 5 u.r.t. obejmuje swoim zastosowaniem również treści seksualizujące, choć wydaje się, że nie są one zabronione wprost na podstawie art. 18 ust. 4 u.r.t. W tym kontekście warto odnotować Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 23 czerwca 2005 r. w sprawie kwalifikowania audycji lub innych przekazów mogących mieć negatywny wpływ na prawidłowy fizyczny, psychiczny lub moralny rozwój małoletnich oraz audycji lub innych przekazów przeznaczonych dla danej kategorii wiekowej małoletnich, stosowania wzorów symboli graficznych i formuł zapowiedzi⁶². Z punktu widzenia treści seksualizujących Rozporządzenie stanowi m.in., co następuje:

- 1) Małoletni poniżej lat 7 nie powinni oglądać audycji lub innych przekazów ukazujących obrazy o charakterze seksualnym (nagość, gesty seksualne itp.), których istoty małoletni nie może jeszcze zrozumieć, jak również nie powinni oglądać audycji zawierających treści zastrzeżonych dla wyższych grup wiekowych (punkty 2) – 4) poniżej).
- 2) Małoletni poniżej lat 12 nie powinni oglądać audycji lub innych przekazów:

⁶² Dz.U. z 2005 r., Nr 130, poz. 1089.

- a) pokazujących sceny przemocy i seksu, które w filmie obrazują jakąś ideę, której dziecko nie jest w stanie zrozumieć, gdyż spostrzega nie ogólne przesłanie, ale poszczególne sceny agresji, seksu i wulgarności;
 - b) powodujących silne podniecenie, związane z obrazami przemocy i niebezpiecznych rozrywek, a także rozbudzających zainteresowanie seksem, a więc obrazów nagości i zbliżeń intymnych, a zwłaszcza takich, które ukazują seks w oderwaniu od uczuć wyższych i stanowią wadliwe wzorce zachowań seksualnych;
 - c) obejmujących treści zastrzeżone dla wyższych grup wiekowych (punkty 3)–4) poniżej).
- 3) Małoletni poniżej lat 16 nie powinni oglądać audycji lub innych przekazów:
- a) pokazujących wypaczone formy współżycia społecznego (albo koegzystencji ludzi) i sprowadzających wizję świata do przemocy i erotyki, a zwłaszcza prezentujących je w sposób prymitywny i brutalny oraz ukazujący obrazy aktywności seksualnej w oderwaniu od uczuć wyższych;
 - b) dostarczających silnych wrażeń i emocji związanych z przemocą i seksem, a zwłaszcza przedstawiających obrazy agresji i okrucieństwa;
 - c) obejmujących treści zastrzeżonych dla wyższych grup wiekowych (punkt 3) poniżej).
- 4) Małoletni poniżej lat 18 nie powinni oglądać audycji lub innych przekazów zawierających sceny lub treści:
- a) pokazujące seks, agresję i łamanie norm moralnych jako źródło sukcesu życiowego;
 - b) prezentujące obrazy naturalistycznego seksu, zwłaszcza połączonego z przemocą i przymusem, patologicznych form życia seksualnego, a także obrazy agresji, zwłaszcza przedstawionej w sposób naturalistyczny i brutalny.

Warto również wskazać, że Przewodniczący KRRiT, na podstawie art. 10 ust. 3 i 4 w związku z art. 10 ust. 5, może wezwać nadawcę programów radiowych i telewizyjnych do zaniechania nadawania audycji, które naruszają przepisy ustawy, jak również – na podstawie uchwały KRRiT – może wydać decyzję nakazującą zaniechanie takich działań naruszających ustawę.

Art. 47e

1. Zabronione jest publiczne udostępnianie audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, w ramach której są dostępne w katalogu audycje lub inne przekazy, o których mowa w art. 18 ust. 4, bez stosowania zabezpieczeń technicznych lub innych odpowiednich środków, mających na celu ochronę małoletnich przed ich odbiorem.

2. Podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie, uwzględniając stopień szkodliwości audycji lub innego przekazu dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych, jest obowiązany do odpowiedniego kwalifikowania i oznaczania audycji i innych przekazów w taki sposób, aby użytkownik mógł z łatwością zapoznać się z oznaczeniem zarówno w chwili wyboru audycji, jak i w trakcie jej trwania.
3. Krajowa Rada w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw informatyzacji może określić, w drodze rozporządzenia, szczegółowe warunki, jakim odpowiadać muszą zabezpieczenia techniczne lub inne odpowiednie środki, mające na celu ochronę małoletnich przed odbiorem audycji lub innych przekazów, o których mowa w art. 18 ust. 4, kierując się potrzebą zapewnienia skutecznej ochrony małoletnich przed szkodliwymi dla nich treściami, uwzględniając możliwości techniczne i stopień szkodliwości audycji lub innych przekazów dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych oraz specyfikę audiowizualnych usług medialnych na żądanie.
4. Krajowa Rada określi, w drodze rozporządzenia, cechy oraz szczegółowe warunki kwalifikowania i oznaczania audycji i innych przekazów oraz wzory odpowiednich symboli graficznych, uwzględniając stopień szkodliwości audycji dla małoletnich w poszczególnych kategoriach wiekowych oraz specyfikę audiowizualnych usług medialnych na żądanie.

Regulacje dotyczące audiowizualnej usługi medialnej na żądanie (Video on Demand, VoD) różnią się od rozwiązań przewidzianych dla tradycyjnej radiofonii i telewizji. Przepis art. 47e u.r.t. nie zabrania rozpowszechniania treści pornograficznych, ale nakłada na podmioty świadczące audiowizualną usługę medialną na żądanie, aby stosowały określone zabezpieczenia techniczne chroniące dzieci przed odbiorem pornografii za pośrednictwem wspomnianych usług.

Zgodnie z treścią art. 12 Dyrektywy 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych), państwa członkowskie podejmują odpowiednie środki w celu zapewnienia, by audiowizualne usługi medialne na żądanie świadczone przez dostawców usług medialnych podlegających ich jurysdykcji, które mogą poważnie zaszkodzić fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich, były udostępniane jedynie w taki sposób by małoletni w zwykłych okolicznościach nie mogli słuchać ani oglądać przekazów zawartych w takich audiowizualnych usługach medialnych na żądanie.

Ponieważ art. 47e ust. 2 u.r.t. nakazuje podmiotom świadczącym audiowizualne usługi medialne na żądania, aby kwalifikowały i oznaczały treści przez nich rozpowszechniane, określono zasady dokonywania takiej kwalifikacji i oznaczania. Sprawę tę reguluje Rozporządzenie KRRiT z dnia 5 lutego 2013 roku w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie⁶³. Powyższe Rozporządzenie powtarza w dużej mierze wcześniej wzmiankowane rozporządzenie z 23 czerwca 2005.

⁶³ Dz.U. 2013/209.

Należy także zwrócić uwagę, że Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, pomimo upoważnienia ustawowego w art. 47e ust. 3 u.r.t., nie określiła w drodze rozporządzenia szczegółowych warunków, jakim muszą odpowiadać zabezpieczenia techniczne lub inne środki, mające na celu ochronę małoletnich przed odbiorem audycji lub innych przekazów, o których mowa w art. 18 ust. 4 u.r.t. Pomocne w określeniu treści stosownego rozporządzenia mogłoby okazać się odwołanie się do Kodeksu dobrych praktyk w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie z dnia 26 czerwca 2014 r., opracowanego przez Związek Pracodawców Branży Internetowej IAB Polska⁶⁴.

Zgodnie ze wspomnianym Kodeksem publiczne udostępnianie audiowizualnej usługi medialnej na żądanie, w ramach której są dostępne w katalogu treści nieodpowiednie (tj. te, o których mowa w art. 18 u.r.t.), może odbywać się tylko i wyłącznie przy zastosowaniu następujących zabezpieczeń technicznych lub innych odpowiednich środków, mających na celu ochronę małoletnich przed odbiorem wyżej wymienionych treści:

- 1) systemu, w ramach którego treść nieodpowiednia będzie mogła zostać udostępniona usługobiorcom dopiero po weryfikacji ich pełnoletności poprzez:
 - a) podanie przez usługobiorcę danych karty kredytowej w celu np. sprawdzenia jej ważności, pre-autoryzacji lub tymczasowego zablokowania symbolicznej kwoty środków (np. jednorazowo na etapie rejestracji usługobiorcy lub każdorazowo na etapie logowania się lub zapoznawania się przez usługobiorcę z daną treścią nieodpowiednią) i/lub
 - b) uiszczenie płatności (np. jednorazowych, abonamentowych, przy pierwszej próbie dostępu do treści nieodpowiednich przez danego usługobiorcę) za dostęp do treści nieodpowiednich (za pomocą karty kredytowej, bankowego przelewu elektronicznego lub innego równoważnego rozwiązania np. PayPal)

lub

- 2) innego systemu, który uzależni uzyskanie przez usługobiorcę dostępu do treści nieodpowiednich od skutecznej weryfikacji pełnoletności usługobiorcy. W przypadku stosowania przez dostawcę systemu innego, niż opisany w punkcie 1) powyżej, dostawca powiadomi o tym zamiarze/fakcie IAB Polska.

Przewodniczący KRRiT uznał w praktyce, że zastosowanie środków technicznych określonych w Kodeksie będzie równoznaczne z dopełnieniem obowiązku określonego w art. 47e u.r.t.

Zgodnie z art. 53c ust. 1 u.r.t., jeżeli podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie narusza przepisy art. 47e ust. 1 i 2, w ciągu 14 dni od dnia doręczenia

⁶⁴ http://iab.org.pl/wp-content/uploads/2014/07/iab_kdp_vod_maloletni_2014.pdf

mu wezwania nie zaniechał działań naruszających ten przepis, Przewodniczący KRRiT wydaje decyzję nakładającą na niego karę pieniężną w wysokości do dwudziestokrotności przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw, włącznie z wypłatami z zysku, w kwartale poprzedzającym wydanie decyzji nakładającej karę, ogłaszanego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”. Określając wysokość nałożonej kary, uwzględnia się zakres i stopień szkodliwości naruszenia oraz dotychczasową działalność podmiotu dostarczającego audiowizualną usługę medialną na żądanie. Ponadto kara może być ponownie nałożona po upływie 30 dni od upływu terminu na zapłatę poprzedniej kary w przypadku nieusunięcia naruszeń przez podmiot dostarczający audiowizualną usługę medialną na żądanie.

Podobnie jak w przypadku audycji radiowych i telewizyjnych, Przewodniczący KRRiT, na podstawie art. 10 ust. 3 i 4 u.r.t., może wezwać nadawcę programów radiowych i telewizyjnych do zaniechania dostarczania usług medialnych, które naruszają przepisy ustawy, jak również – na podstawie uchwały KRRiT – może wydać decyzję nakazującą zaniechanie świadczenia takich usług. Jeżeli osoba kierująca działalnością dostawcy usługi medialnej nie wykonuje decyzji wydanych na podstawie art. 10 ust. 4, Przewodniczący KRRiT może wydać decyzję nakładającą na nią karę pieniężną, nieprzekraczającą jednak jej sześciomiesięcznego wynagrodzenia.

3.3.2. Ocena rozwiązań przewidzianych w u.r.t.

Omawiana ustawa jest jednym z niewielu przykładów aktów prawnych, które w kontekście ochrony dzieci przed pornografią są w praktyce i aktywnie stosowane przez odpowiednie organy państwa, tj. w tym przypadku Przewodniczącego KRRiT. Warto zauważyć w szczególności aktywne działania KRRiT w odniesieniu do nadawców VoD oferujących treści pornograficzne, którzy kwalifikują się jako podmioty świadczące audiowizualną usługę medialną na żądanie. Nietrudno przypuszczać, że to właśnie aktywność KRRiT przyczyniła się w istotny sposób do powstania Kodeksu dobrych praktyk w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie. Nie sposób przecenić wartości tego Kodeksu dla kreowania rozwiązań służących ochronie małoletnich. Według sprawozdania Przewodniczącego KRRiT za rok 2015⁶⁵ przeprowadzono kontrolę 193 serwisów pornograficznych, których adres IP przypisano do terytorium Polski oraz które były zarejestrowane, administrowane lub hostowane przez polski podmiot. W żadnym z kontrolowanych serwisów pornograficznych VoD nie były stosowane skuteczne zabezpieczenia techniczne. Według sprawozdania Przewodniczący KRRiT wezwał 47 podmiotów do niezwłocznego zaniechania działań sprzecznych z prawem, jak również złożył zawiadomienie o możliwości popełnienia

⁶⁵ http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/komunikaty/spr-info-krrit-2015/sprawozdanie--krrit-z-dzialalnosci-w-2015-r..pdf

przestępstwa z art. 200 § 3 i 5 k.k. Jak czytamy w sprawozdaniu, na skutek wezwania „25 podmiotów odpowiedzialnych za 110 serwisów pornograficznych (tj. ponad połowa ze 193 skontrolowanych serwisów VoD) zaprzestało działalności. Wobec siedmiu dostawców VoD, którzy pozostawili bez odpowiedzi wezwania Przewodniczącego KRRiT, zostały wszczęte postępowania administracyjne zmierzające do nałożenia kar finansowych”⁶⁶.

Zdaniem autorów niniejszej analizy uregulowania u.r.t. przewidują wysoki standard ochrony małoletnich i nie ma potrzeby wprowadzania zmian do ustawy. Należy jednak stwierdzić, że kompetencje Przewodniczącego KRRiT ograniczają się jedynie do podmiotów określonych w art. 2 ust. 2 u.r.t., tj. jednostek publicznej radiofonii i telewizji oraz osób fizycznych, osób prawnych i spółek handlowych, które uzyskały koncesję na taką działalność, albo – w przypadku programów telewizyjnych rozpowszechnianych wyłącznie w systemach teleinformatycznych – wpis do rejestru takich programów, jak również do audiowizualnych dostawców usług medialnych na żądanie ustanowionych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Zakres podmiotowy takich dostawców określa szczegółowo art. 1a u.r.t.

3.4. Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

3.4.1. Omówienie i analiza przepisów ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Art. 3. ust. 1

Czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta.

Art. 16 ust. 1 pkt. 1

Czynem nieuczciwej konkurencji w zakresie reklamy jest w szczególności reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka.

Z punktu widzenia ochrony dzieci i młodzieży ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera niezwykle ważne przepisy dotyczące reklamy. Przepisy te znajdują zastosowanie do każdego rodzaju przekazu reklamowego, a w związku z tym odnoszą się nie tylko do radia i telewizji, ale również do reklamy internetowej, zewnętrznej i innej.

⁶⁶ http://www.krrit.gov.pl/Data/Files/_public/Portals/0/komunikaty/spr-info-krrit-2015/sprawozdanie--krrit-z-dzialalnosci-w-2015-r..pdf

Zgodnie z art. 3 u.z.n.k. czynem nieuczciwej konkurencji jest działanie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami, jeżeli zagraża lub narusza interes innego przedsiębiorcy lub klienta. Równocześnie do czynów nieuczciwej konkurencji zalicza się, zgodnie z art. 16 u.z.n.k. reklamę sprzeczną z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiającą godności człowieka. Przedmiotem dyskusji w doktrynie i orzecznictwie była kwestia relacji między art. 3 a art. 16 u.z.n.k. Zaprezentowano dwa główne stanowiska, tj. że art. 16 u.z.n.k. stanowi samodzielną podstawę do ustalenia, czy doszło do czynów nieuczciwej konkurencji i stanowi sam w sobie swoistą „małą klauzulę generalną” bez konieczności ustalenia, czy – zgodnie z art. 3 u.z.n.k. – doszło do stanu, w którym interes innego przedsiębiorcy lub klienta jest zagrożony⁶⁷. Według drugiego, dominującego, poglądu art. 3 uzupełnia treść art. 16 u.z.n.k., co oznacza konieczność wykazania, że doszło do naruszenia interesu przedsiębiorcy lub klienta⁶⁸.

Zgodnie z Dyrektywą 2006/114/WE w sprawie reklamy wprowadzającej w błąd i reklamy porównawczej przez reklamę rozumie się każdą wypowiedź, której celem jest promocja towarów lub usług, związana z prowadzoną działalnością przemysłową, handlową, rzemieślniczą i z wolnymi zawodami⁶⁹. Istnieją również definicje pojęcia reklama w przepisach szczegółowych, jak na przykład w ustawie z dnia 6 lipca 2001 r. Prawo farmaceutyczne, u.r.t. i innych. Analiza tych przepisów nie jest istotna z punktu widzenia celów niniejszego dokumentu. Każda pośrednia zachęta do nabywania towaru stanowi reklamę⁷⁰.

Z punktu widzenia ochrony dzieci i młodzieży przed treściami seksualizującymi oraz pornograficznymi kluczowym przepisem jest art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k., który za czyn nieuczciwej konkurencji uznaje reklamę sprzeczną z dobrymi obyczajami i uchybiającą godności człowieka. Jako uchybiającą godności człowieka należy zdaniem autorów niniejszej analizy uznać również reklamę **zawierającą lub promującą** treści pornograficzne oraz seksualizujące szczególnie, jeżeli promowana działalność wypełnia znamiona przestępstwa z art. 200 § 3 k.k.

Warto zwrócić uwagę, że dobre obyczaje w dziedzinie reklamy są często dekodowane przez organizacje branżowe, a szczególnie przez Związek Stowarzyszeń Rada Reklamy, który wydał Kodeks Etyki Reklamy. Zgodnie z wieloma orzeczeniami Rady Reklamy do reklamy naruszającej Kodeks należy zaliczyć również reklamy zawierające treści seksualizujące i uprzedmiotawiające człowieka⁷¹. Również

⁶⁷ Wyrok SN z dnia 28 października 2010 r. II CSK 191/10.

⁶⁸ Wyrok SN z dnia 4 listopada 2011 r. I CSK 796/10SA w Białymstoku z dnia 13 listopada 2014 r. I ACa 479/14, wyrok SA w Krakowie z dnia 10 stycznia 2014 r. I ACa 1370/13, wyrok SA w Poznaniu z dnia 14 września 2012 r. I ACa 600/12.

⁶⁹ J. Dudzik, R. Skubisz, w: *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, J. Szwaja (red.), Wydawnictwo C.H. Beck, Warszawa 2013, s. 661.

⁷⁰ Zobacz: uchwała nr ZO 52/12 z dnia 23 kwietnia 2012 r. (www.radareklamy.pl).

⁷¹ Zobacz: uchwała nr ZO 65/14 z dnia 2 września 2014 r. (www.radareklamy.pl).

nieuzasadnione wykorzystywanie seksualności oraz nagości w reklamie zostało uznane za niezgodne z dobrymi obyczajami w reklamie⁷².

Zgodnie z art. 18 i 19 u.z.n.k. legitymacja czynna umożliwiająca dochodzenie roszczeń z u.z.n.k. została przyznana jedynie przedsiębiorcom oraz organizacjom przedsiębiorców.

3.4.2. Ocena rozwiązań przewidzianych w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Pomimo potencjalnie szerokiego zastosowania art. 3 i art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. w zakresie praktyk naruszających dobre obyczaje, w tym reklam naruszających godność człowieka, przepisy u.z.n.k. nie stanowią w praktyce skutecznego narzędzia ochrony dzieci i młodzieży. Wynika to z dwóch okoliczności.

Po pierwsze, ani konsumentom, ani organizacjom konsumenckim nie przysługuje legitymacja czynna. Możliwość podnoszenia roszczeń przez organizacje konsumenckie została usunięta ustawą z dnia 5 lipca 2002 r., a polski ustawodawca przyjął założenie, że praktyki przedsiębiorców godzące w interesy konsumentów powinny zostać uregulowane odrębnie, co miało swój wyraz w uchwaleniu ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Jednak zgodnie z art. 4 ust. 1 tejże ustawy praktyka rynkowa stosowana przez przedsiębiorców wobec konsumentów jest nieuczciwa, jeżeli jest sprzeczna z dobrymi obyczajami i w istotny sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Oznacza to, że ustawa o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym chroni konsumentów przed naruszeniami dobrych obyczajów, ale jedynie wtedy, gdy takie naruszenie zniekształca decyzje zakupowe konsumentów. Praktyka pokazuje, że przedsiębiorcy – jak również organizacje ich reprezentujące – nie są skłonni do podnoszenia roszczeń określonych w u.z.n.k. z powodu naruszania dobrych obyczajów ze szkodą dla konsumentów. Jest to oczywiste, gdyż przedsiębiorcy nie prowadzą działalności społecznej.

Drugim powodem, dla którego u.z.n.k. nie odgrywa praktycznej roli w ochronie dzieci i młodzieży przed treściami seksualizującymi lub pornograficznymi, jest wymóg wykazania zagrożenia lub naruszenia interesu klienta. W praktyce orzeczniczej dominuje pogląd, że zagrożenie lub naruszenie interesu przedsiębiorcy lub klienta nie mogą mieć charakteru abstrakcyjnego, ale muszą być konkretne, w tym co do wskazania podmiotu, którego interes jest zagrożony lub naruszony. Z punktu widzenia art. 16 ust. 1 pkt 1 u.z.n.k. niezwykle trudne będzie wskazanie, że dana reklama naruszająca dobre obyczaje lub uchybiająca godności człowieka powoduje bezpośrednie i skonkretyzowane

⁷² M. Sieradzka, Glosa do wyroku SN z dnia 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14, Teza nr 1.

negatywne konsekwencje u odbiorcy reklamy, skoro konsekwencje te nie polegają na przykład na zakupie towaru lub usługi, czy też nie prowadzą bezpośrednio do szkody na osobie. Ogólny wpływ reklam seksualizujących lub promujących treści pornograficzne jest w krótkim okresie trudny do wykazania w odniesieniu do konkretnego konsumenta, który był narażony na taką reklamę.

3.5. Ustawa z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów

3.5.1. Omówienie i analiza wybranych przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów określa warunki rozwoju i ochrony konkurencji oraz zasady podejmowanej w interesie publicznym ochrony interesów przedsiębiorców i konsumentów. Jednym z narzędzi ochrony interesów konsumentów są przepisy dotyczące tzw. zbiorowych interesów konsumentów. Zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy przez praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów rozumie się godzące w nie sprzeczne z prawem lub dobrymi obyczajami zachowanie przedsiębiorcy, w szczególności (...) czyny nieuczciwej konkurencji. Według M. Sieradzkiej naruszenie dobrych obyczajów stanowi samoistną przesłankę kwalifikacji zachowania przedsiębiorcy jako praktyki naruszającej zbiorowe interesy konsumentów⁷³. Zgodnie z orzecznictwem Sądu Najwyższego dobre obyczaje, o których stanowi art. 4 ust. 1 ustawy z 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym, należy traktować jako normy moralne i zwyczajowe, jakimi przedsiębiorca powinien kierować się w swojej działalności gospodarczej. W relacjach z konsumentami naruszenie dobrych obyczajów następuje na skutek nierzetelnych lub nieuczciwych zachowań przedsiębiorców odbiegających od powszechnie przyjmowanych zasad. Wydaje się, że podobną tezę można sformułować na gruncie pojęcia dobrych obyczajów uregulowanych w u.z.n.k., do których również odwołuje się art. 24 ust. 2 u.o.k.i.k. Zdaniem autorów niniejszej analizy rozpowszechnianie pornografii bez stosowania skutecznych zabezpieczeń czy też seksualizująca lub uprzedmiotawiająca reklama stanowią praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów. Po pierwsze dlatego, że dochodzi do działań przedsiębiorców niezgodnych z prawem lub co najmniej z dobrymi obyczajami. Po drugie dlatego, że działania takie godzą w istotną grupę konsumentów, jakimi są małoletni oraz ich rodzice. Według M. Sieradzkiej jako praktykę naruszającą zbiorowe interesy konsumentów należy kwalifikować bezprawne działanie (zachowanie) przedsiębiorcy skierowane do z góry nieoznaczonego kręgu konsumentów, jak również praktykę mającą określonego adresata – grupę konsumentów, której członków można wyodrębnić spośród ogółu konsumentów za pomocą wspólnej cechy (kryterium)⁷⁴.

⁷³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 kwietnia 2015 r., III SK 24/14.

⁷⁴ M. Sieradzka, Glosa do wyroku s. apel. z dnia 2 czerwca 2010 r., VI ACA 1323/09, Teza nr 4.

Z praktyki Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie ulega wątpliwości, że do praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów należy zaliczyć na przykład reklamę wprowadzającą w błąd. Zgodnie jednak ze stanowiskiem Urzędu⁷⁵, które zdaniem autorów niniejszej analizy nie znajduje jednak podstawy w ustawie, zbiorowe interesy konsumentów są ograniczone jedynie do interesów mających wymiar ekonomiczny. W swoich stanowiskach UOKiK powołuje się głównie na pogląd zaprezentowany przez E. Nowińską i M. du Vall⁷⁶. Należy jednak podkreślić, że po pierwsze autorzy ci przedstawiają swoją opinię na gruncie u.z.n.k., a nie u.o.k.i.k. Po drugie, sami dochodzą do wniosku, że niektóre reklamy, na przykład reklamy farmaceutyków, mogą „negatywnie wpływać na stan zdrowia szerokich rzesz społeczeństwa i niewątpliwie [mogą] zostać zakwalifikowane jako naruszające zbiorowe interesy konsumentów”. Sami więc autorzy, na których powołuje się UOKiK w swojej praktyce, dostrzegają interes publiczny w zwalczaniu praktyk naruszających interesy zdrowotne obywateli.

Należy zauważyć, w tym kontekście, że ustawa z dnia 11 września 2015 r. o zdrowiu publicznym stanowiła podstawę do wydania Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016–2020⁷⁷. W dokumencie tym wyraźnie wskazuje się uzależnienie od pornografii jako jedno z zagrożeń dla zdrowia publicznego. Trudno wyjaśnić, dlaczego walka z zagrożeniami „zdrowia publicznego” nie miałaby realizować „interesu publicznego konsumentów”. Trudno więc uznać zaprezentowane powyżej stanowisko UOKiK za przekonujące.

3.5.2. Ocena rozwiązań przewidzianych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów

Przepisy u.o.k.i.k. mogą stanowić potencjalnie niezwykle istotne narzędzie w kontekście ochrony interesu dzieci i młodzieży przed dostępem do pornografii oraz przed reklamą seksualizującą. Niestety, stanowisko Prezesa UOKiK, które zdaniem autorów niniejszej analizy nie znajduje podstaw w ustawie, wyklucza możliwość stosowania tychże przepisów w powyższym celu.

⁷⁵ Por. np. pismo z dnia 31 lipca 2009 r. z Departamentu Polityki Konsumenckiej UOKiK do Stowarzyszenia Twoja Sprawa (sygn. DDK-60-58/09/PL).

⁷⁶ *Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz*, C. Banasiński i E. Piontek (red.) Lexis Nexis 2009, s. 29 oraz E. Nowińska, M. du Vall, *Dualizm trybu postępowania w przypadku czynów nieuczciwej konkurencji godzących w zbiorowe interesy konsumentów*, „Monitor Prawniczy 2003/21”, dodatek: „10 lat ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji”.

⁷⁷ Dz.U. 2016, poz. 1492.

3.6. Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń

3.6.1. Omówienia i analiza wybranych przepisów Kodeksu wykroczeń

Art. 141

Kto w miejscu publicznym umieszcza nieprzyzwoite ogłoszenie, napis lub rysunek albo używa słów nieprzyzwoitych, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany.

Artykuł 141 Kodeksu wykroczeń może znajdować zastosowanie szczególnie w przypadku nagminnej ekspozycji prasy pornograficznej w kioskach i innych punktach sprzedaży. Bardzo często trudno jest jednoznacznie zakwalifikować treści umieszczone na okładkach pism pornograficznych jako pornograficzne. Zazwyczaj są one bardziej stonowane niż treści umieszczone w środku danego czasopisma. Niemniej jednak nie zmienia to faktu, iż napisy, zdjęcia i rysunki umieszczone na okładkach są często wulgarne, obsceniczne i nieprzyzwoite. Razi to szczególnie w sytuacji ich ekspozycji w miejscach publicznych, gdyż nawet małe dzieci są narażone na styczność z nimi.

Przepis art. 141 k.w. nie używa pojęcia zdjęcie. Podkreśla się jednak, że technika, w jakiej wykonano nieprzyzwoitą treść (materiał wizualny), nie ma znaczenia⁷⁸. Okładki pism pornograficznych są bez wątpienia poddane ingerencji człowieka i komputera, co powoduje, że pierwotne zdjęcie zrobione przez fotografa (które samo w sobie również podlega art. 141 Kodeksu wykroczeń) zostaje przetworzone, stając się swego rodzaju rysunkiem wykonanym techniką komputerową. Materiały podlegające penalizacji na podstawie art. 141 Kodeksu wykroczeń mogą być zarówno czymś narysowanym techniką tradycyjną, jak i przetworzonym komputerowo i umieszczonym na okładce pisma prezentowanego w miejscu publicznym. Według B. Kurzępy „rysunek odnosi się do wizerunku czegoś”⁷⁹.

Według wypowiedzi doktryny prawa ustawowe znamię „nieprzyzwoitość” zależy od panujących w społeczeństwie, w danym czasie i miejscu, poglądów na to, co jest nieprzyzwoite. Są to w szczególności treści, które mają charakter bezwstydnego. W literaturze podnosi się, że: „nieprzyzwoity to bezwstydnny, nieskromny (...), nieobyczajny”⁸⁰. Dla zakwalifikowania danej treści jako nieprzyzwoitej nie trzeba wykazywać, że treści te mają charakter pornograficzny. Gdyby taki miały, należałoby zastosować art. 200 § 3 k.k. Ponieważ przepis chroni m.in. dzieci i młodzież, które są narażone na oglądanie obscenicznych (nieprzyzwoitych) materiałów, oceniając daną treść, należy kierować się poziomem wrażliwości dzieci i młodzieży.

⁷⁸ M. Mozgawa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa, Wolters Kluwer, 2007, s. 480.

⁷⁹ B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń, Komentarz*, Wydawnictwo Lexis Nexis Polska, Warszawa, 2008, s. 476.

⁸⁰ Ibidem.

3.6.2. Ocena rozwiązań przewidzianych w Kodeksie wykroczeń

Rozwiązania przewidziane w art. 141 k.w. zdają się być przydatne do ograniczania w przestrzeni publicznej treści skrajnie seksualizujących. Ich szersze zastosowanie wymagałoby zapewne lekkich korekt legislacyjnych oraz przekonania stosownych organów do walki z praktykami przedsiębiorców naruszającymi art. 141 k.w.

3.7. Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne i przepisy wykonawcze

3.7.1. Omówienie i analiza wybranych przepisów Prawa telekomunikacyjnego

Z punktu widzenia ochrony dzieci i młodzieży na uwagę zasługują przepisy art. 64 i następnych Prawa telekomunikacyjnego. Przepisy te określają obowiązki związane z usługami telekomunikacyjnymi z tzw. dodatkowym świadczeniem, które to świadczenie może być realizowane przez samego dostawcę publicznie dostępnej usługi telekomunikacyjnej, ale również przez podmiot trzeci. Dostawcy usługi o podwyższonej opłacie uzyskują swoje wynagrodzenie dzięki temu, iż odbiorcy takiej usługi wysyłają wiadomości o podwyższonej opłacie (zwanej również tzw. SMS-ami Premium). **Dostawcami dodatkowych świadczeń o podwyższonej opłacie są często podmioty rozpowszechniające pornografię w sposób sprzeczny z art. 200 § 3 k.k. oraz art. 47e u.r.t.**

W scenariuszu, o którym mowa powyżej, występują najczęściej trzy podmioty: dostawca treści pornograficznych, przedsiębiorca telekomunikacyjny oraz użytkownik końcowy. Najczęściej w bezpośredniej relacji z przedsiębiorcą telekomunikacyjnym nie jest sam dostawca pornografii, ale integrator usług SMS Premium, który udostępnia możliwość pozyskiwania płatności za pomocą SMS Premium swoim klientom (w tym dostawcom treści pornograficznych), działając jako pośrednik.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny udostępnia usługę SMS Premium dostawcy pornografii, umożliwiając mu pobieranie wynagrodzenia za pomocą tej formy rozliczeń. Dzięki takiemu rozwiązaniu użytkownik (również potencjalnie małoletni korzystający np. z usług *prepaid*) może wysłać wiadomości o podwyższonej opłacie i dzięki temu uzyskać za pomocą sieci operatora komórkowego dostęp do pornografii. Użytkownik płaci bezpośrednio przedsiębiorcy telekomunikacyjnemu opłatę należną za wiadomość o podwyższonej opłacie, a ten rozlicza się z dostawcą treści. Dostawca pornografii, który pobiera wynagrodzenie za pomocą SMS-ów Premium, powinien zgłosić numery wykorzystywane do świadczenia tego typu usług (tj. dystrybucji pornografii) do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, który prowadzi odpowiedni rejestr (<http://www.uke.gov.pl/tablice/NumerUpolist.do?execution=e1s1>).

Trzeba pamiętać, że informacje zgłaszane przez dostawców treści do UKE, są często bardzo ogólnikowe i z samego rejestru trudno się zorientować, czy dana usługa polega na dystrybucji pornografii, czy też nie. Niekoniecznie o dystrybucji pornografii musi wiedzieć sam przedsiębiorca telekomunikacyjny.

3.7.2. Ocena rozwiązań przewidzianych w Prawie telekomunikacyjnym

Prawo telekomunikacyjne zawiera przepisy, które nakładają na podmioty realizujące dodatkowe świadczenie określone obowiązki. Obowiązki te nie przyczyniają się do ochrony dzieci i młodzieży przed dostępem do treści pornograficznych, pomimo że świadczenie usług o podwyższonej opłacie polega powszechnie na dostarczaniu treści pornograficznych z naruszeniem art. 200 § 3 k.k. oraz art. 47e u.r.t.

3.8. Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną

Jakiegokolwiek rozwiązania ochrony rodzicielskiej w Internecie, czy to uregulowane na poziomie powszechnie obowiązującego prawa, czy poprzez samoregulację, wymagają odniesienia do treści art. 12 i 15 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną.

Art. 12

1. Usługodawca, który świadczy usługi drogą elektroniczną obejmujące transmisję w sieci telekomunikacyjnej danych przekazywanych przez odbiorcę usługi lub zapewnienie dostępu do sieci telekomunikacyjnej w rozumieniu ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. – Prawo telekomunikacyjne, nie ponosi odpowiedzialności za treść tych danych, jeżeli:
 - 1) nie jest inicjatorem przekazu danych,
 - 2) nie wybiera odbiorcy przekazu danych,
 - 3) nie wybiera oraz nie modyfikuje informacji zawartych w przekazie.
2. Wyłączenie odpowiedzialności, o którym mowa w ust. 1, obejmuje także automatyczne i krótkotrwałe pośrednie przechowywanie transmitowanych danych, jeżeli działanie to ma wyłącznie na celu przeprowadzenie transmisji, a dane nie są przechowywane dłużej, niż jest to w zwykłych warunkach konieczne dla zrealizowania transmisji.

Art. 15

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

Zgodnie z wyżej wskazanymi przepisami podmiot umożliwiający dostęp do Internetu jest „przezroczysty” w sensie prawnym, to znaczy nie ponosi odpowiedzialności za treści przez siebie przekazywane ani też nie jest obowiązany do sprawdzania przekazywanych treści, *lege non distinguente* legalnych bądź nielegalnych. Cytowane

przepisy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną są rezultatem wdrożenia przepisów dyrektywy *e-commerce*⁸¹.

Art. 12 [zwykły przekaz]

1. Państwa Członkowskie zapewniają, żeby w przypadku świadczenia usługi społeczeństwa informacyjnego polegającej na transmisji w sieci telekomunikacyjnej informacji przekazanych przez usługobiorcę lub na zapewnianiu dostępu do sieci telekomunikacyjnej usługodawca nie był odpowiedzialny za przekazywane informacje, jeżeli:
 - a) nie jest inicjatorem przekazu,
 - b) nie wybiera odbiorcy przekazu oraz
 - c) nie wybiera oraz nie modyfikuje informacji zawartych w przekazie.
2. Czynności polegające na transmisji oraz zapewnianiu dostępu określone w ust. 1 obejmują automatyczne, pośrednie i krótkotrwałe przechowywanie przekazywanych informacji w zakresie, w jakim służy to wyłącznie wykonywaniu transmisji w sieci telekomunikacyjnej, oraz że okres przechowywania nie przekracza czasu rozsądnie koniecznego do transmisji.
3. Niniejszy artykuł nie ma wpływu na możliwość wymagania od usługodawcy przez sąd lub organ administracyjny, zgodnie z systemem prawnym Państw Członkowskich, żeby przerwał on naruszenia prawa lub im zapobiegł.

Art. 15 [Brak ogólnego obowiązku w zakresie nadzoru]

1. Państwa Członkowskie nie nakładają na usługodawców świadczących usługi określone w art. 12, 13 i 14 ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują, ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność.
2. Państwa Członkowskie mogą ustanowić w stosunku do usługodawców świadczących usługi społeczeństwa informacyjnego obowiązek niezwłocznego powiadamiania właściwych władz publicznych o rzekomych bezprawnych działaniach podjętych przez ich usługobiorców lub przez nich przekazanych informacjach lub obowiązek przekazywania właściwym władzom, na ich żądanie, informacji pozwalających na ustalenie tożsamości ich usługobiorców, z którymi mają umowy o przechowywanie.

Celem regulacji unijnych i polskiej ustawy było „uwolnienie” dostawców usług internetowych od odpowiedzialności, której nie mogą ponosić, jeśli Internet ma być wolną przestrzenią wymiany myśli, usług i sprzedaży produktów. Ponadto podkreśla się, że „przyczyną wprowadzenia przez prawodawcę wspólnotowego, a za nim przez ustawodawcę polskiego, powyższej regulacji jest niezmiernie duża ilość danych, jakie są przekazywane” drogą elektroniczną. Twierdzi się przy tym, że filtrowanie przekazywanych danych wiązałoby się ze znacznymi kosztami, co mogłoby czynić daną działalność nieopłacalną. Ostatecznie zatem ramy prawne UE i prawa krajowego wskazują wyraźnie, że dostawcy usług internetowych

⁸¹ Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym).

nie są odpowiedzialni pod pewnymi warunkami za przekaz i nie można ich zobowiązać do kontrolowania treści tego przekazu.

W kontekście przywołanych przepisów należy zatem zadać pytanie o możliwość

- a) samoregulacji lub też
- b) ustawowego nałożenia obowiązku dostarczenia narzędzi ochrony rodzicielskiej w infrastrukturze podmiotu świadczącego usługi drogą elektroniczną.

Wobec dyspozycji art. 15 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną oraz art. 15 dyrektywy *e-commerce* o zakazie nakładania ogólnego obowiązku nadzorowania przekazywanych informacji ewentualna samoregulacja nie pozostawałaby w sprzeczności z cytowanymi przepisami. Wyraźnie bowiem sformułowano w dyrektywie zakaz w odniesieniu do państw członkowskich. Operatorzy jednak mogą jako podmioty wolności gospodarczej, których nie dotyczy zasada legalizmu, sami zaproponować narzędzia kontroli rodzicielskiej. Narzędzia te mogą być stosowane jako domyślne i nie pozbawiające nikogo jego praw. Samoregulacja nie stoi zatem w sprzeczności z regulacjami określonymi w ustawie o świadczeniu usług elektronicznych i dyrektywy *e-commerce*.

Kwestia natomiast nałożenia na dostawców usług internetowych obowiązku ustawowego kontrolowania przekazywanych treści wobec zakazu wyrażonego w art. 15 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną i art. 15 dyrektywy *e-commerce* pozostaje problematyczna. Zmiany legislacyjne w prawie krajowym wprowadzić wchodzi w rachubę, musiałyby one jednak pozostać w zgodzie z prawem wyższego rzędu, a więc z treścią dyrektywy *e-commerce*. Dla wyjaśnienia zagadnienia kluczowa jest zatem interpretacja przepisu dyrektywy, a nie ustawy.

Interpretacja przepisu art. 15 dyrektywy *e-commerce* wymaga w pierwszej kolejności odwołania się do orzecznictwa. Najczęściej przy tym cytowanym orzeczeniem jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie *Scarlet Extended S.A. przeciwko Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*⁸². We wskazanej sprawie Belgijskie Stowarzyszenie Autorów, Kompozytorów i Wydawców (*Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL – SABAM*) doprowadziło do wydania orzeczenia przez belgijski sąd pierwszej instancji (*tribunal de première instance de Bruxelles*), w którym nakazano, aby *Scarlet* (dostawca usług internetowych) doprowadziła pod groźbą okresowej kary pieniężnej do zaprzestania naruszeń praw autorskich poprzez uniemożliwienie przesyłania

⁸² Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 24 listopada 2011 r. w sprawie C-70/10 *Scarlet Extended S.A. przeciwko Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*. Na wyrok ten powołał się Trybunał w orzeczeniu dotyczącym usługi hostingu, podtrzymując swój pogląd dotyczący filtrowania: Wyrok Trybunału Sprawiedliwości UE z dnia 16 lutego 2012 r. w sprawie C-360/10 *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) przeciwko Netlog NV*.

lub odbierania przez jej klientów, w jakiejkolwiek formie, za pomocą programów *peer-to-peer*, plików elektronicznych zawierających utwory muzyczne z repertorium SABAM. W odpowiedzi na pytanie prejudycjalne sądu drugiej instancji Trybunał Sprawiedliwości UE stwierdził, że „nadzór w celach zapobiegawczych wymagałby aktywnej obserwacji ogółu połączeń elektronicznych realizowanych w sieci danego dostawcy usług internetowych i w konsekwencji obejmowałby wszystkie informacje, jakie mają zostać przekazane, i wszystkich klientów korzystających z tej sieci”. Tym samym nakaz taki powinien zostać uznany za niezgodny z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym, mimo że dotyczył wyłącznie wybranych treści.

Kontrolowanie wybranych treści – w omawianej analizie treści pornograficznych – w świetle sprawy *Scarlet Extended* wydaje się być zatem wprowadzeniem ogólnego obowiązku nadzorowania. Taką też tezę w swojej opinii dotyczącej filtrowania treści pornograficznych postawiła Agnieszka Grzelak, stwierdzając, że: „nałożenie przepisami prawa obowiązku na [...] dostawcę dokonywania blokady, czyli filtrowania wszelkich treści o charakterze pornograficznym, jako wprowadzenie ogólnego obowiązku nadzorowania przekazywanych informacji, może zostać uznane za niezgodne z prawem UE”⁸³.

W odniesieniu do ustawowo nakazanej kontroli rodzicielskiej sprawa *Scarlet* nie znajduje jednak w pełni zastosowania. Belgijski sąd pierwszej instancji uczynił w swoim orzeczeniu spółkę *Scarlet* odpowiedzialną za naruszenia praw autorskich, czyniąc ją zobowiązaną do uniemożliwienia bezprawnych działań przekazującym treści. W przypadku zaś filtrowania treści pornograficznych cel jest odmienny – chodzi nie o nielegalność treści, lecz o ochronę części usługobiorców przed treściami w większości przypadków legalnymi. Ogólny zaś nakaz nadzorowania w przypadku narzędzi ochrony rodzicielskiej nie jest nakazem porównywalnym z orzeczeniem sądu o obowiązku kontrolowania wszystkich treści, o czym niżej.

W opozycji do wyroku w sprawie *Scarlet* wydaje się pozostawać wypowiedź doktrynalna. Witold Chomiczewski stwierdził, że: „przepis art. 15 ustawy o świadczeniu usług elektronicznych należy więc rozumieć w ten sposób, że odnosi się on jedynie do ogólnego obowiązku monitorowania przekazywanych lub przechowywanych danych. Art. 15 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną nie stoi zatem na przeszkodzie nakładaniu na usługodawców, o których mowa w art. 12–14 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, obowiązków monitorowania konkretnych danych (...) Podstawą prawną dla takiego obowiązku mogą być zarówno przepisy prawa krajowego, jak i orzeczenia organów administracyjnych lub sądów”⁸⁴.

⁸³ A. Grzelak, *Opinia prawna z dnia 9 października 2013 r. dotycząca zgodności poselskiego projektu uchwały wzywającej Ministra Administracji i Cyfryzacji do zagwarantowania rodzicom prawa do Internetu bez pornografii (druk nr 1664) z prawem Unii Europejskiej*, Biuro Analiz Sejmowych, s. 5.

⁸⁴ W. Chomiczewski, w: *Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw*, D. Lubasz (red.), M. Namysławska (red.), Wydawnictwo Lexis Nexis, Warszawa 2011, s. 250.

Warto podkreślić, że zasadniczym celem regulacji dyrektywy, tak jak polskiego przepisu, który ją wdrożył, jest – jak zauważył Xawery Konarski – „brak obowiązku sprawdzania informacji pod kątem faktów lub okoliczności wskazujących na bezprawny charakter samych danych lub związanej z nimi działalności”⁸⁵. W proponowanej regulacji nie chodzi o kontrolowanie przepływu informacji pod kątem ich bezprawności, lecz ograniczenie dostępu przez wybraną grupę usługobiorców do wybranych treści, z których większość jest legalna. Raz jeszcze warto podkreślić odmiennność celów: ochrona dzieci z jednej strony oraz powstrzymanie wszelkich bezprawnych działań z drugiej.

Na koniec rozważań poświęconych dyrektywie *e-commerce* należy przywołać tok rozumowania Trybunału Sprawiedliwości UE w sprawie *Scarlet*. Otóż w sprawie tej niezależnie od stwierdzenia naruszenia art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym, Trybunał doszukał się także naruszeń Karty Praw Podstawowych – wolności otrzymywania informacji i wolności działalności gospodarczej. Trybunał wyraźnie stwierdził, że przepisy dyrektywy należy interpretować w „świecie wymogów wynikających z ochrony mających zastosowanie praw podstawowych”. Podążając tym tropem, warto podkreślić, że wprowadzenie narzędzi ochrony rodzicielskiej stanowiłoby realizację Karty Praw Podstawowych przez wprowadzenie jednego z instrumentów ochrony dzieci i młodzieży. W art. 24 ust. 2 Karty Praw Podstawowych postanowiono: „we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka”. Interpretując zatem art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym, należy wziąć pod uwagę gwarantowaną w Karcie Praw Podstawowych ochronę dziecka. Co więcej, interpretacja przeciwna przeczyłaby tej ochronie, a więc powinna była zostać uznana za niezgodną z prawem pierwotnym, które w hierarchicznym porządku prawnym stoi ponad dyrektywami.

Ostatecznie dopuszczalna jest naszym zdaniem argumentacja, zgodnie z którą wprowadzenie narzędzi ochrony rodzicielskiej w formie zobowiązania prawnego nie przeczyłoby polskim zobowiązaniom, wynikającym z prawa Unii Europejskiej. Co więcej, stanowiłoby wyraz realizacji jednego z praw człowieka, gwarantowanych w Karcie Praw Podstawowych. Na marginesie należy zauważyć, że ewentualna regulacja prawna powinna pozostać wierna treści art. 12 dyrektywy *e-commerce*, a więc powinna zwalniać dostawców usług internetowych od odpowiedzialności za przekazywane treści, niezależnie od ustawowo określonej kontroli rodzicielskiej.

Fakt, że proponowane w niniejszej analizie rozwiązania nie przewidują nałożenia obowiązku na podmioty, o których mowa w art. 12 u.ś.u.d.e., nie oznacza, że podmioty korzystające z dostępu do Internetu nie mogą zostać zobowiązane w niektórych szczególnych przypadkach do wdrażania narzędzi ochrony rodzicielskiej.

⁸⁵ X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Difin, Warszawa 2004, s. 146.

W szczególności obowiązkiem takim powinny być objęte podmioty prowadzące w ramach systemu oświaty szkoły i placówki oświatowe, o których mowa w art. 2 ustawy z dnia 7 września 1991 r. o systemie oświaty. Do obowiązków dyrektorów szkół i placówek, które w sposób ogólny są uregulowane w art. 39 ustawy o systemie oświaty, należy między innymi sprawowanie opieki nad uczniami oraz stwarzanie warunków do harmonijnego rozwoju psychofizycznego poprzez aktywne działania prozdrowotne, jak również wykonywanie zadań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa uczniom w czasie zajęć organizowanych przez szkołę lub placówkę.

4. Analiza źródeł prawa międzynarodowego publicznego

4.1. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r.

Przedmiotem Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności z dnia 4 listopada 1950 r. („Konwencja”) są m.in. prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego (art. 8), wolność myśli, sumienia i wyznania (art. 9) oraz wolność wyrażania opinii (art. 10). Korzystanie z tych praw i wolności, zgodnie z Konwencją, może podlegać jednak ograniczeniom, które wynikają z różnych przesłanek, jakkolwiek tylko jedna przesłanka jest wspólna ograniczeniu korzystania z wyżej wymienionych dóbr prawnych. Jest nią ochrona zdrowia i moralności. Zasadna wydaje się zatem teza, że zdrowie i moralność to wartości o szczególnym znaczeniu w uznaniu państw-stron Konwencji. Na marginesie należy dodać, że przesłanki te uzasadniają ograniczenie korzystania także z innych praw i wolności, jak np. prawo do swobodnego poruszania się (art. 2), wolność zgromadzania się i stowarzyszania się (art. 11).

Prawa człowieka w konfrontacji z interesami i wymogami ogółu nie mogą zawsze i *a priori* przeważać i dlatego wiele z nich zostało w traktatach międzynarodowych opatrzonych klauzulami limitacyjnymi, wskazującymi okoliczności i zakres dopuszczalnego ograniczenia jednostki w korzystaniu z odnośnego prawa lub wolności. Jedną z przesłanek uprawniających władzę państwową do dokonania ingerencji w prawa i wolności jednostki gwarantowane Konwencją jest ochrona zdrowia i moralności⁸⁶.

W myśl Konwencji każdy środek limitacyjny musi spełniać **test legalności**, czyli podejmowane przez państwo akty władcze stanowiące ingerencję w prawa człowieka muszą być „zgodne z prawem” (ang. *in accordance with law*, franc. *prévüe par la loi*). Warunek ten jest ściśle powiązany z **zasadą rządów prawa** (ang. *rule of law*), zgodnie z którą podstawą działania organów władzy publicznej jest prawo. Niedopuszczalne jest zatem podjęcie przez organ władzy państwowej działania, jeśli przepisy prawa nie czynią go kompetentnym w danym zakresie (w myśl zasady: tylko to jest dozwolone, na co pozwalają przepisy prawa; jest to odwrotność zasady odnoszącej się do jednostki: co nie jest zabronione, jest dozwolone). Podstawą praworządności jest zatem legalność podejmowanych przez władze państwowe działań i przedsięwziętych przez nie środków.

W ramach klauzuli limitacyjnej niezmiernie istotną jest kwestia zakresu i stopnia konkretyzacji przesłanek mogących stanowić ich podstawę, czyli **celu prawnego**,

⁸⁶ M. Szuniewicz, *Ochrona bezpieczeństwa państwa jako przesłanka ograniczenia praw i wolności jednostki w świetle Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, Wydawnictwo C.H. Beck 2016.

w imię ochrony którego dopuszczalna jest ingerencja w prawa i wolności jednostki. Konwencja przewiduje szereg dóbr prawnych, dla ochrony których jednostka może być ograniczona w korzystaniu z gwarantowanych jej praw i wolności w ramach limitacji. Jak już wspomniano wyżej, wśród przesłanek limitacji Konwencja wymienia właśnie ochronę zdrowia i moralności.

Ostatnim, a zarazem kluczowym elementem klauzuli limitacyjnej jest wymóg konieczności ingerencji w demokratycznym społeczeństwie⁸⁷. Odnosząc się do polskiej Konstytucji, należy uznać, że „test konieczności w demokratycznym społeczeństwie” jest znaczeniowo tożsamy z pojęciem zasady proporcjonalności i testu proporcjonalności.

Dookreślenie zakresu formuły „konieczności” przedstawił Europejski Trybunał Praw Człowieka w wyroku w sprawie *Silver i inni v. Zjednoczone Królestwo*, stwierdzając, że określenie „konieczne w demokratycznym społeczeństwie” oznacza, że ingerencja musi odpowiadać **„naglącej potrzebie społecznej”** (ang. *pressing social need*) oraz być „proporcjonalna w stosunku do realizowanego celu prawowitego”. Tym samym ETPC połączył „niezbędność” z istnieniem „pilnej potrzeby społecznej”, uznając, że ustalenie, czy ingerencja ma charakter konieczny (tzn. była „konieczna w demokratycznym społeczeństwie”), zależy w pierwszej kolejności od stwierdzenia, że stała za nią „pilna potrzeba społeczna”, odpowiadająca któremuś z celów prawowitych⁸⁸.

Trafna zatem wydaje się konkluzja, że w tradycji demokratycznych państw zdrowie i moralność publiczna są wyjątkowymi wartościami, których ochrona jest istotniejsza niż prawa i wolności państwa uważane w demokracji za podstawowe. Powyższe zdaje się potwierdzać zasadność tez dotyczących ograniczeń korzystania z praw i wolności określonych polską Konstytucją w wypadku przeciwdziałania powszechnemu dostępowi przez dzieci do treści pornograficznych, zważywszy, że treści te, narażając małoletnich na demoralizację, jak i stanowiąc zagrożenie dla zdrowia psychicznego wskutek zaburzeń emocjonalnych i rozwojowych, niewątpliwie stanowią problem społeczny, który można jednocześnie nazwać „pilną potrzebą społeczną”. Biorąc pod uwagę powyższe, niewątpliwie wprowadzenie w krajowym porządku prawnym rozwiązań legislacyjnych, które miałyby przeciwdziałać zbyt łatwej dostępności małoletnich do treści pornograficznych, byłoby zgodne z Konwencją.

Wyrok w sprawie *Handyside*⁸⁹ jest kluczowym z punktu widzenia rozważań na temat ograniczania dostępu do pornografii. W przedmiotowym wyroku chodziło o całkowite zakazanie, tj. wycofanie z obiegu, książki adresowanej do uczniów powyżej 12. roku życia. Skarżący powoływał się na ochronę wolności słowa, ale Europejski

⁸⁷ Ibidem.

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie nr 5493/72 *Handyside przeciwko Wielkiej Brytanii*.

Trybunał Praw Człowieka uznał, że nie doszło do naruszenia art. 10 Konwencji. Wielka Brytania miała prawo ograniczyć dystrybucję książki ze względu na ochronę dzieci, a więc przesłankę moralności publicznej. Trybunał uznał, że ochrona moralności młodych ludzi to cel w pełni uprawniony na gruncie konwencyjnym. Wyrok w sprawie *Handyside* jest niezwykle istotnym odniesieniem dla analizy rozwiązań polegających na ograniczeniu dostępu małoletnich do pornografii.

4.2. Konwencja o prawach dziecka z dnia 20 listopada 1989 r.

W 1924 r. Zgromadzenie Ligi Narodów przyjęło Deklarację Praw Dziecka, zwaną Genewską. *Ludzkość powinna dać dziecku wszystko, co najlepsze* – stwierdzili sygnatariusze Deklaracji, formułując pięć postulatów. 20 listopada 1959 r. Zgromadzenie Ogólne ONZ proklamowało Deklarację Praw Dziecka, będącą rozszerzeniem Deklaracji Genewskiej i zawierającą podstawowe zasady ochrony praw dziecka. Przypomnienie to ma istotne znaczenie z uwagi na to, że w preambule Konwencji o ochronie praw dziecka z 20 listopada 1989 r. („Konwencja”) postulaty obu deklaracji zostały przywołane: postulat potrzeby otoczenia dziecka szczególną troską (Deklaracja Genewska) oraz teza, iż „dziecko z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej, zarówno przed, jak i po urodzeniu”.

W Konwencji zostało spisanych szereg praw dziecka. Jest to szczególna umowa międzynarodowa ze względu na to, że została podpisana przez niemal wszystkie państwa świata (196 ratyfikacji). Na marginesie należy dodać, że uchwalenie Konwencji jest jednym z ważniejszych osiągnięć Polski w dziedzinie ochrony praw dziecka. W roku 1978 Polska zaproponowała Komisji Praw Człowieka ONZ jej uchwalenie i przedstawiła pierwszy projekt tego aktu.

Konwencja nakłada na państwa-strony obowiązek przyjęcia, że we wszystkich działaniach podejmowanych przez publiczne i prywatne instytucje opieki społecznej, sądy, władze administracyjne lub ciała ustawodawcze sprawą nadrzędną będzie najlepsze zabezpieczenie interesów dziecka (art. 3 ust. 1). Państwa-strony mają obowiązek działać na rzecz zapewnienia dziecku ochrony i opieki w takim stopniu, w jakim jest to niezbędne dla jego dobra (art. 3 ust. 2).

Art. 4 Konwencji przewiduje, że państwa-strony podejmą wszelkie właściwe działania ustawodawczo-administracyjne oraz inne dla realizacji praw uznanych w Konwencji. W art. 6 sygnatariusze Konwencji zobowiązują się do zapewnienia w możliwie maksymalnym zakresie warunki życia i rozwoju dziecka.

Art. 27 ust. 1 stanowi, że państwa-strony uznają prawo każdego dziecka do poziomu życia odpowiadającego jego rozwojowi fizycznemu, psychicznemu, duchowemu, moralnemu i społecznemu. Powyższe oznacza, że sygnatariusze Konwencji szczególną

uwagę poświęcili kwestii prawidłowego rozwoju emocjonalnego dzieci. Tezę potwierdza także treść art. 34 ust. 1, który nakłada na państwa-strony zobowiązanie do ochrony dzieci przed wszelkimi formami wyzysku seksualnego i nadużyć seksualnych.

Warto zwrócić uwagę, że Konwencja w art. 13 ust. 1 przewiduje swobodę dzieci w zakresie poszukiwania, otrzymywania i przekazywania informacji oraz idei wszelkiego rodzaju, bez względu na granice (...) z wykorzystaniem każdego (...) środka przekazu według wyboru dzieci. Prawo to podlega ograniczeniom (art. 13 ust. 2), które są przewidziane przez prawo i które są konieczne m.in. do ochrony zdrowia albo moralności społecznej.

Państwa-strony Konwencji – w kontekście wyżej wymienionych ograniczeń – zwróciły także uwagę na znaczenie środków masowego przekazu (art. 17), wskazując m.in., że państwa-strony są zobowiązane do zachęcania środków masowego przekazu do rozwijania odpowiednich kierunków działalności dla ochrony dzieci przed informacjami i materiałami szkodliwymi z punktu widzenia ich dobra, mając na względzie także treść art. 13, a zatem – zgodnie z powyższym – iż wykonywanie prawa do poszukiwania, otrzymywania i przekazywania informacji oraz idei wszelkiego rodzaju z wykorzystaniem każdego innego środka przekazu może podlegać pewnym ograniczeniom, lecz tylko takim, które są przewidziane przez prawo i które są konieczne do m.in. ochrony zdrowia albo moralności społecznej.

Konkludując, pomimo że Konwencja została sporządzona i sygnowana w 1989 r., a zatem w czasie, kiedy nie istniał jeszcze Internet w formie znanej obecnie, stanowiący niewątpliwie nowy środek masowego przekazu, to jednak Konwencja jest na tyle uniwersalna, że przywołane wyżej jej postanowienia znajdują zastosowanie do dzisiejszych czasów, w których powszechna dostępność do treści pornograficznych przez dzieci w Internecie stanowi problem społeczny.

Drugą zasadniczą konkluzją płynącą z analizy Konwencji jest to, że państwa-strony traktują dobro dziecka jako podlegające szczególnej, a zatem ponadprzeciętnej trosce, stoją na stanowisku, że zabezpieczenie interesów dziecka jest sprawą nadrzędną i że priorytetem wszelkich działań państw jest zapewnienie dziecku ochrony i opieki w stopniu najwyższym, jeśli jest to niezbędne dla jego dobra, włącznie z maksymalnym zapewnieniem właściwych warunków rozwoju dziecka – także w sferze duchowej, moralnej i psychicznej. I mimo że Konwencja mówi o przeciwdziałaniu wyzyskowi seksualnemu w znaczeniu bezpośrednim, to jednak wykładnia celowościowa pojęcia wszelkiego wyzysku seksualnego pozwala za cel Konwencji uznać także wyzysk w formie pośredniej w postaci uzależnienia dzieci od treści pornograficznych udostępnianych w Internecie.

W kontekście zmian legislacyjnych rozważanych i proponowanych w niniejszej analizie należy stwierdzić, że realizowałyby one cele Konwencji.

4.3. Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego

Analiza Dyrektywy 2000/31/WE została dokonana już przy okazji analizy ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną (patrz punkt 3.8. powyżej).

4.4. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r. ustanawiające środki dotyczące dostępu do otwartego Internetu oraz zmieniające Dyrektywę 2002/22/WE w sprawie usługi powszechnej i związanych z sieciami i usługami łączności elektronicznej praw użytkowników, a także Rozporządzenie (UE) nr 531/2012 w sprawie roamingu w publicznych sieciach łączności ruchomej wewnątrz Unii (Rozporządzenie 2015/2120)

Rozporządzenie 2015/2120 ma na celu ustanowienie wspólnych zasad obowiązujących w ramach Unii Europejskiej, mających na celu zagwarantowanie równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych w ramach świadczenia usług dostępu do Internetu oraz związanych z tym praw użytkowników końcowych.

Według punktu 11. preambuły Rozporządzenia 2015/2120 wszelkie praktyki zarządzania ruchem, które blokują, spowalniają, zmieniają, ograniczają, faworyzują lub ingerują w określone treści, aplikacje lub usługi, lub określone kategorie treści, aplikacji lub usług, lub też pogarszają ich jakość, powinny zostać zakazane, z zastrzeżeniem uzasadnionych i określonych wyłączeń ustanowionych w przedmiotowym rozporządzeniu.

Dążąc do postulatu tzw. neutralności sieci, prawodawca unijny przewidział w art. 3 ust. 3 Rozporządzenia 2015/2120 nakaz, aby dostawcy usług dostępu do Internetu w czasie świadczenia usług dostępu do Internetu traktowali wszystkie transmisje danych równo, bez dyskryminacji, ograniczania czy ingerencji, bez względu na nadawcę i odbiorcę, konsultowane lub rozpowszechniane treści, wykorzystywane lub udostępniane aplikacje lub usługi, lub też na wykorzystywane urządzenia końcowe.

W konsekwencji, zgodnie z art. 3 Rozporządzenia 2015/2120, dostawcy nie mogą stosować środków, które blokowałyby, spowalniały, zmieniały, ograniczały, pogarszały lub faworyzowały określone treści, aplikacje lub usługi, lub szczególne ich kategorie. **Jednakże nie dotyczy to przypadków, w których jest to konieczne, aby, między**

innymi, zapewnić zgodność z aktami prawodawczymi Unii lub zgodnymi z prawem Unii przepisami aktów prawodawczych Unii lub przepisów krajowych, w tym orzeczeniami sądowymi, którym podlega dostawca usług dostępu do Internetu.

Należy się zastanowić, czy przepisy Rozporządzenia 2015/2120 uniemożliwiają wdrażanie narzędzi ochrony rodzicielskiej przez przedsiębiorców, w tym dostawców treści, podmioty świadczące usługi hostingu, jak również podmioty, których usługi polegają na zapewnieniu dostępu do Internetu. W pierwszym rzędzie należy stwierdzić, że pomijając tymczasem treść Dyrektywy 2000/31/WE, samo Rozporządzenie 2015/2120 nie wprowadza ograniczeń w zakresie możliwości wprowadzania określonych obowiązków na dostawców treści (w tym wydawców pornografii) oraz na podmioty świadczące usługę hostingu. Pojawia się jednak pytanie, czy art. 3 Rozporządzenia 2015/210 stanowi przeszkodę w oferowaniu narzędzi ochrony rodzicielskiej przez podmioty, które zapewniają zwykły przekaz, o którym mowa w art. 12 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Chodzi w szczególności o narzędzia ochrony rodzicielskiej działające w infrastrukturze takiego przedsiębiorcy, np. na serwerach, z którymi łączą się użytkownicy.

Przypomnijmy, że samo Rozporządzenie zezwala na stosowanie środków blokujących lub ograniczających określonej treści lub usługi, jeżeli jest to konieczne, aby zapewnić zgodność z przepisami krajowymi, którym podlega dostawca usług dostępu do Internetu. Sformułowanie „przepisy krajowe, którym podlega dostawca usług dostępu do Internetu” nie wskazuje, aby owe przepisy musiały zawierać **obowiązek** stosowania środków blokujących lub ograniczających dostęp do treści pornograficznych przez małoletnich. W opinii autorów niniejszej analizy wystarczy, aby przepisy krajowe przyznawały **prawo** do wprowadzenia takich rozwiązań, czy to poprzez decyzję danego przedsiębiorcy, czy to na gruncie rozwiązań samoregulacyjnych.

Poszukując przepisów prawa krajowego, którym „podlega dostawca usług dostępu do Internetu” i które mogą kreować obowiązek lub możliwość stosowania środków ochrony rodzicielskiej, należy przeanalizować art. 200 § 3 k.k., który zakazuje rozpowszechniania treści pornograficznych w sposób, który umożliwia małoletnim do lat 15 zapoznanie się z nimi. Usługi podmiotu, który umożliwia dostęp do Internetu, polegają m.in. na transmisji danych w sieci telekomunikacyjnej. Jeżeli takie dane zawierają treści pornograficzne, ich transmisję można uznać za rozpowszechnianie treści pornograficznych. Co prawda na podstawie art. 12 u.ś.u.d.e. odpowiedzialność podmiotu transmitującego jest pod określonymi warunkami wyłączona, nie zmienia to jednak faktu, że do samej czynności rozpowszechniania dochodzi. Jest to jednak pogląd, który oznaczałby, że co prawda przepis art. 200 § 3 k.k. zawiera zakaz określonych zachowań również w odniesieniu do podmiotów umożliwiających dostęp do Internetu, ale odpowiedzialność tych podmiotów została wyłączona na gruncie art. 12 u.ś.u.d.e. Nie jest w związku z tym pewne, czy

art. 200 § 3 k.k. byłby „przepisem krajowym, któremu **podlega** dostawca usług dostępu do Internetu”. Podobnie należy uznać, że do działalności polegającej na umożliwianiu dostępu do Internetu nie znajduje zastosowanie art. 47e u.r.t., który ogranicza możliwość świadczenia audiowizualnych usług medialnych na żądanie, jeżeli treści medialne stanowią pornografię. Przepis art. 47e u.r.t. skierowany jest do podmiotów, które świadczą audiowizualne usługi medialne na żądanie.

Biorąc więc pod uwagę przepisy Rozporządzenia 2015/2120, istotne jest wprowadzenie przepisu, któremu podlegałyby podmioty oferujące dostęp do Internetu, a który umożliwiałby zastosowanie wyjątku, o którym mowa w art. 3 ust. 3 a) *in fine* Rozporządzenia 2015/2120. Jeżeli przepis taki zostałby wprowadzony, dostawcy dostępu do Internetu mogliby stosować lub oferować narzędzia ochrony rodzicielskiej na rzecz użytkowników sieci.

Powyższe rozumowanie byłoby zgodne z poglądem zaprezentowanym przez przedstawicieli Komisji Europejskiej, którzy uznają, iż stosowanie narzędzi polegających na filtrowaniu pornografii jest możliwe na gruncie Rozporządzenia 2015/2120, jeżeli prawo krajowe nakłada na dostawców treści obowiązek oferowania narzędzi ochrony rodzicielskiej⁹⁰. W przekonaniu autorów niniejszej opinii podobny skutek zajdzie, jeżeli przepis prawa krajowego będzie przewidywał jedynie możliwość stosowania takich narzędzi, a więc przepis będzie miał charakter upoważniający.

W przypadku wprowadzenia sugerowanych zmian oferowanie usług ochrony rodzicielskiej na podstawie przepisu prawa krajowego, któremu podlega dostawca Internetu, będzie wyłączone spod zakazu stosowania ograniczeń w dostępie do Internetu, wynikających z Rozporządzenia 2015/2120.

⁹⁰ Stanowisko wyrażone w liście z dnia 27 czerwca 2016 r. do F. Frinchi podpisane przez M. Hagera.

5. Rekomendacje

Autorzy analizy proponują rozważyć zmiany legislacyjne w następujących obszarach:

5.1. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Aby ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji stała się narzędziem, które skutecznie przeciwdziała zarówno działaniom związanym z niebezpiecznymi dla dzieci i młodzieży formami dystrybucji pornografii, jak również działaniom polegającym na rozpowszechnianiu seksualizujących reklam w przestrzeni publicznej, konieczne jest przyznanie w art. 19 u.z.n.k. organizacjom chroniącym interesy konsumentów legitymacji czynnej w zakresie roszczeń określonych w art. 18 ust. 1 pkt 1–3 oraz 6 u.z.n.k., podobnie jak legitymację taką mają organizacje chroniące interesy przedsiębiorców.

Alternatywnie można rozważyć wprowadzenie określonych przepisów do ustawy z dnia 23 sierpnia 2007 r. o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym. Za nieuczciwe praktyki rynkowe należałoby uznać reklamę zabronioną obecnie na gruncie art. 16 ust. 1 pkt 1 oraz 3 u.z.n.k. oraz praktyki polegające na niezgodnym z prawem (art. 200 § 3 oraz art. 47e u.r.t.) rozpowszechnianiem pornografii. W zakresie określonym w zdaniu poprzednim nie można równocześnie wymagać, aby – jak nakazuje art. 4 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu nieuczciwym praktykom rynkowym – opisane praktyki musiały również w istotny sposób zniekształcać zachowanie rynkowe przeciętnego konsumenta przed zawarciem umowy dotyczącej produktu, w trakcie jej zawierania lub po jej zawarciu. Byłoby to trudne do wykazania przez konsumentów lub organizacje konsumenckie, tym bardziej że ochrona dzieci i młodzieży opiera się na innych postulatach niż ograniczanie ryzyka doprowadzenia konsumenta do podjęcia zniekształconej decyzji zakupowej.

Z kolei w przypadku dokonania zmian w przepisach u.z.n.k., o których mowa powyżej, konieczne byłoby również przyjęcie rozwiązania, które nie nakazywałoby dowodzenia przed sądem, iż działania naruszają lub zagrażają interesom konkretnego klienta (konsumenta), ale że naruszają one ogólny interes publiczny, który można zdefiniować w ustawie lub pozostawić interpretacji sądów.

Wreszcie postulaty, o których mowa powyżej, można osiągnąć, doprowadzając do uchwalenia odrębnej ustawy.

5.2. Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów

Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów może stanowić niezwykle skuteczne narzędzie ochrony dzieci i młodzieży przed treściami seksualizującymi lub pornograficznymi. Aby to osiągnąć, należy rozwiązać wątpliwości pojawiające się

w doktrynie, zgodnie z którymi odmawia się uznania, że ochrona dzieci i młodzieży przed wyżej wymienionymi treściami nie jest wyrazem ochrony interesu publicznego. Dlatego też interwencja ustawodawcy powinna skupić się na uszczegółowieniu art. 24 u.o.k.i.k. poprzez dodanie w przykładowym katalogu praktyk naruszających zbiorowe interesy konsumentów działań polegających na dystrybucji pornografii w sposób, który umożliwia, bez stosowania skutecznych zabezpieczeń, dostęp osób małoletnich do dystrybuowanych treści pornograficznych. Równocześnie można opowiedzieć się za rozwiązaniami zaproponowanymi w Kodeksie dobrych praktyk w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie z dnia 26 czerwca 2014 r., opracowanym przez Związek Pracodawców Branży Internetowej IAB Polska. Jeżeli więc przedsiębiorcy stosowaliby rozwiązania podobne do proponowanych w Kodeksie, należałoby uznać, że nie dochodzi do naruszenia zbiorowych interesów konsumentów.

5.3. Kodeks wykroczeń

W Kodeksie wykroczeń należy rozważyć przystosowanie treści art. 141 k.w. do aktualnych form naruszeń interesu dzieci i młodzieży w przestrzeni publicznej. Dla uniknięcia wątpliwości interwencja ustawodawcy mogłaby polegać na uznaniu, że podlegające karze grzywny jest nie tylko umieszczenie w miejscu publicznym nieprzystoitego ogłoszenia, napisu lub rysunku, ale również rzeczy, zdjęcia lub innej treści. Można również rozważyć podwyższenie wysokości grzywny w przypadkach rażących naruszeń, na przykład gdy polegają one na prowadzeniu kampanii reklamowych zawierających treści nieprzystoite.

5.4. Prawo telekomunikacyjne

Sugerowane zmiany w Prawie telekomunikacyjnym powinny dotyczyć przede wszystkim systemu płatności za treści pornograficzne za pomocą wiadomości o podwyższonej opłacie. Należy uznać, że niedopuszczalne jest finansowanie poprzez SMS-y Premium działalności, która stanowi naruszenie określone w art. 200 § 3 k.k. oraz art. 47e u.r.t.

W związku z powyższym można rozważyć dwa rozwiązania, z których pierwsze zapewnia lepszą ochronę dzieci i młodzieży.

Pierwszy model zakłada, co następuje:

- a) Udostępniając dostawcy pornografii usługę umożliwiającą płaćenie za treści pornograficzne za pomocą SMS-ów Premium, przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien wymagać, a dostawca treści powinien być zobowiązany na podstawie Prawa telekomunikacyjnego do wyodrębnienia tych numerów, które służą do dystrybucji treści pornograficznych. Jest również możliwe, aby za pośrednictwem

tego samego numeru opłacane były zarówno treści pornograficzne, jak i inne, pod warunkiem że dostawca treści jest w stanie wyodrębnić je w inny sposób niż jedynie poprzez wskazanie numeru. Czynności takiej powinien dokonać dostawca jako podmiot odpowiedzialny za treści. Już obecnie w Prawie telekomunikacyjnym są przepisy nakładające na dostawców treści określone obowiązki (patrz art. 65 ustawy Prawo telekomunikacyjne).

- b) Ponadto dostawca pornografii powinien wyraźnie wskazać w zgłoszeniu do Urzędu Komunikacji Elektronicznej, że dany numer służy do udostępniania treści wyłącznie dla dorosłych.
- c) Znając zakres numerów lub numerów powiązanych z innymi informacjami identyfikującymi, służących do udostępniania pornografii, przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien przyjąć zasadę opt-in, czyli powinien uniemożliwić dokonywanie płatności za takie treści poprzez SMS-y Premium tym osobom, których wiek nie został skutecznie zweryfikowany przez operatora. Sposoby weryfikacji wieku mogą zostać poddane samoregulacji przedsiębiorców telekomunikacyjnych i powinny być jak najmniej uciążliwe. Już obecnie w dużej mierze operatorzy mają sposoby na weryfikację telefoniczną części abonentów, gdyż używają takich sposobów dla celów weryfikacji tożsamości abonenta przy zmianie umów o świadczenie usług telekomunikacyjnych (wystarczy szczegółowa weryfikacja określonych danych z umowy). Należy poszukiwać dodatkowych rozwiązań w zakresie weryfikacji wieku osób korzystających z usług *prepaid*. Samo opieranie się na numerze PESEL pozyskanym przy okazji rejestracji numerów *prepaid* nie będzie w żadnej mierze wystarczające. Tylko po potwierdzeniu, że dany numer jest używany przez osobę pełnoletnią, przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien umożliwiać dokonywanie płatności za pomocą SMS-ów Premium. **Numery służące do udostępniania innych usług nie powinny być w żaden sposób blokowane.**

Warto wskazać, że postulaty określone w punktach a) – c) można uzyskać również w drodze samoregulacji.

Drugim możliwym rozwiązaniem byłoby nałożenie obowiązków na dostawców treści pornograficznych. I tak:

- a) Podmiot, który realizuje świadczenie dodatkowe w ramach usługi o podwyższonej opłacie, jeżeli świadczenie takie polega na rozpowszechnianiu treści pornograficznych, powinien zastosować narzędzia weryfikujące wiek odbiorcy usługi, na przykład w sposób praktykowany przez dostawców VoD w zgodzie z przepisami u.r.t. oraz Kodeksem dobrych praktyk w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie. Przedsiębiorca telekomunikacyjny powinien mieć obowiązek zakończenia dostarczania usług SMS-ów Premium na rzecz tych dostawców treści, o których poweźmie wiadomości, iż rozpowszechniają oni pornografię bez skutecznej weryfikacji wieku.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny nie musi mieć obowiązku aktywnego monitorowania sposobu świadczenia usług, a jego obowiązki mogą ograniczać się do: (i) wprowadzenia odpowiednich postanowień umownych wiążących dostawców treści lub ich pośredników oraz (ii) wypowiedania umów po powzięciu stosownej wiedzy o niewłaściwej formie dystrybucji treści pornograficznych.

- b) Obowiązki określone powyżej należy w stosownym zakresie rozciągnąć na podmioty pośredniczące między przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi a dostawcami treści pornograficznych.

W przypadku wprowadzenia rozwiązań legislacyjnych właściwe będzie przewidzenie odpowiednich sankcji na podmioty naruszające wyżej wskazane rozwiązania.

5.5. Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną

W ramach proponowanych w niniejszej analizie rozwiązań nie ma potrzeby wprowadzania dodatkowych obowiązków po stronie podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną. Ustawa ta jest jednak właściwym miejscem, aby zaadresować konieczność wynikającą z Rozporządzenia 2015/2120. Dlatego też należy wprowadzić przepis, który w sposób wyraźny przewidzi prawo podmiotów określonych w art. 12 u.ś.u.d.e. do oferowania narzędzi ochrony rodzicielskiej, w tym na poziomie swojej infrastruktury telekomunikacyjnej. Podobnie przepisy u.ś.u.d.e. powinny przewidywać możliwość podejmowania przez usługodawców inicjatyw samoregulacyjnych.

Kolejnym rozwiązaniem, jakie należy rozważyć, jest wzmocnienie ochrony tych przedsiębiorców określonych w art. 12 u.ś.u.d.e., którzy dostarczają narzędzia ochrony rodzicielskiej. Właściwym wydaje się usunięcie wątpliwości w zakresie ewentualnej utraty możliwości powoływania się na wyłączenie odpowiedzialności zgodnie z art. 12 u.ś.u.d.e. Choć zdaniem autorów niniejszej analizy podmioty oferujące narzędzia ochrony rodzicielskiej mogą nadal powoływać się na wyłączenie odpowiedzialności, to jednak dodatkowa wyraźna gwarancja ustawodawcy byłaby pożądana.

Wprowadzanie dalej idących obowiązków podmiotów świadczących usługi drogą elektroniczną należy rozważyć dopiero w przypadku braku skuteczności rozwiązań samoregulacyjnych.

5.6. Ustawa o systemie oświaty

Co oczywiste, szkoły i placówki oświatowe umożliwiają swoim podopiecznym dostęp do Internetu. Dzieje się tak albo w pracowniach komputerowych, albo poprzez sieci wi-fi, do których uczniowie mają często dostęp, choć nie zawsze jest to dostęp świadomie przyznawany przez dyrektorów szkół i placówek.

Jak wspomniano wcześniej, zgodnie z art. 39 ustawy o systemie oświaty do obowiązków dyrektorów szkół i placówek należy między innymi sprawowanie opieki nad uczniami oraz stwarzanie warunków do ich harmonijnego rozwoju psychofizycznego poprzez aktywne działania prozdrowotne, jak również wykonywanie zadań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa uczniom w czasie zajęć organizowanych przez szkołę lub placówkę.

Należy rozważyć wprowadzenie do art. 39 ustawy o systemie oświaty bardziej szczegółowo określonego obowiązku po stronie dyrektorów szkół i placówek stosowania narzędzi ochrony rodzicielskiej w ramach sieci umożliwiającej dostęp do Internetu. Z uwagi na częste funkcjonowanie sieci wi-fi zastosowanie takich narzędzi nie powinno być ograniczane do urządzeń końcowych (w ramach pracowni komputerowych), ale powinno być wdrażane na poziomie routerów dostępnych w szkołach i placówkach oświatowych. Oczywiście jest, że nałożeniu takiego obowiązku powinno towarzyszyć wsparcie organizacyjne i budżetowe ze strony państwa.