



DZIECIŃSTWO WOLNE OD PORNOGRAFII

Ochrona małoletnich przed dostępem do treści
pornograficznych w Internecie – ocena dotychczasowego
stanu prawnego i propozycje rozwiązań.



Opracowanie
Instytutu na rzecz
Kultury Prawnej *Ordo Iuris*

Listopad 2018

AUTORZY:

Rafał Dorosiński,
Nikodem Bernaciak,
Marta Kowalczyk,
Kamil Jesiołowski,
Janusz Roszkiewicz,

Instytut na rzecz
Kultury Prawnej *Ordo Iuris*

ul. Górnośląska 20 lok. 6,
00-484 Warszawa
e-mail: biuro@ordoiuris.pl
tel. (22) 404 38 50
www.ordoiuris.pl

SPIS TREŚCI

1. Cel opracowania	3
2. Najważniejsze wnioski	4
3. Konstytucyjne prawa i wolności a dostęp do treści pornograficznych	6
4. Społeczne działania na rzecz ograniczenia dostępu do treści pornograficznych	9
5. Nowoczesny, skuteczny mechanizm ochrony dzieci przed treściami pornograficznymi: brytyjska Ustawa o Gospodarce Cyfrowej a dotychczasowe praktyki samoregulacji	10
5.1. Tło historyczne	10
5.2. Główne założenia	11
5.3. Age-verification regulator	13
6. Próby przeszczepienia rozwiązań brytyjskich: projekty izraelskie	14
6.1. Izraelska ustawa Prawo telekomunikacyjne z 1982 r.	14
6.2. Sześć projektów nowelizacji	15
7. Dotychczasowe regulacje dostępu do treści pornograficznych w polskim porządku prawnym	17
7. 1. Pojęcie „treści pornograficznych”	17
7.2. Międzynarodowa Konwencja w sprawie zwalczania obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi	19
7. 3. Dawny i obecny stan prawny – regulacje prawnokarne	19
7. 4. Projekty ustaw nowelizujących art. 202 K.K. i projekt uchwały wzywającej do zagwarantowania rodzicom prawa do internetu bez pornografii	20
7. 4. 1. Projekt ustawy z 1998 r.	20
7. 4. 2. Projekt ustawy z 2007 r.	21
7. 4. 3. Projekt uchwały z 2013 r.	21
8. Propozycja dla Polski	23
8. 1. Model I	23
8. 2. Model II	25
8. 3. Zgodność z prawem Unii Europejskiej	26

1. CEL OPRACOWANIA

Przed dwoma laty, na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 4 sierpnia 2016 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016-2020¹, określono kolejny już NPZ w historii współczesnej Polski (poprzednie uchwalano w latach 1987, 1990, 1993, 1996 i 2006). **Po raz pierwszy dostrzeżono w nim zagrożenia zdrowotne związane z treściami pornograficznymi i seksualizującymi.** W definicji „uzależnienia behawioralnego” wśród zaburzeń zachowania o charakterze nałogowym uwzględniono między innymi uzależnienie od seksu oraz pornografii. Samo korzystanie z pornografii zostało umieszczone w katalogu zachowań ryzykownych.

Z opublikowanych w 2017 r. badań przeprowadzonych przez Instytut Profilaktyki Zintegrowanej wynika, że **ponad połowa chłopców i dziewcząt w Polsce ma kontakt z pornografią przed ukończeniem 12. roku życia.** Podstawowym źródłem dostępu do pornografii jest Internet (81% u dziewcząt i 95% u chłopców). Aż 43% chłopców w gimnazjum wskazuje telefon komórkowy jako kanał dotarcia do tych treści; w 2014 r. odsetek ten wśród młodzieży gimnazjalnej wynosił 30%, a w roku 2013 – 19%, co pokazuje **niebezpieczną tendencję wzrostową w docieraniu do treści pornograficznych przy pomocy smartfona**², który w znacznie mniejszym stopniu niż komputer domowy jest zależny od kontroli rodzicielskiej.

Na gruncie polskim o istotnym problemie **zbyt łatwego dostępu małoletnich do treści pornograficznych w Polsce** przypomnieli również uczestnicy konferencji pt. „Porno-kokaina na kliknięcie. Medyczne, psychologiczne i prawne uwarunkowania współczesnej pandemii”³ zorganizowanej w dniu 4 czerwca 2018 r. przy wsparciu Parlamentarnego Zespołu ds. Rozwiązywania Problemów Uzależnień oraz Parlamentarnego Zespołu na rzecz Polityki i Kultury Prorodzinnej. **Rodzice często nie są świadomi, że problem ten może dotyczyć również ich dzieci,** a jeżeli nawet zdają sobie z tego sprawę, to często

bagatelizują sytuację, nie znając faktycznych skutków uzależnienia od pornografii.

Już dwa tygodnie później, 18 czerwca 2018 r., problem został oficjalnie wskazany przez Światową Organizację Zdrowia (WHO), która umieściła kompulsywne zachowania seksualne (*compulsive sexual behaviour disorder*) w nowej, zaktualizowanej Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-11) pod osobnym numerem 6C72⁴. Nowa klasyfikacja ma zostać przyjęta w maju 2019 r. przez Światowe Zgromadzenie Zdrowia. Zgodnie z definicją WHO **kompulsywne zachowania seksualne to: „stała tendencja niepowodzenia w kontrolowaniu intensywnych, powtarzających się impulsów seksualnych lub popędów powodujących powtarzające się zachowania seksualne.** Objawy mogą obejmować powtarzające się czynności seksualne, które stają się centralnym punktem życia danej osoby, aż do zaniedbywania opieki zdrowotnej i osobistej lub innych interesów, czynności i obowiązków; liczne nieudane wysiłki w kierunku znacznego ograniczenia powtarzających się zachowań seksualnych; powtarzające się zachowania seksualne pomimo niekorzystnych konsekwencji lub czerpania z nich niewielkiej lub żadnej satysfakcji. Wzorec niepowodzenia w kontrolowaniu intensywnych seksualnych impulsów lub popędów oraz wynikających z nich powtarzających się zachowań seksualnych przejawia się przez dłuższy okres (np. 6 miesięcy lub więcej) i **powoduje wyrażnie cierpienie lub znaczne upośledzenie w osobistych, rodzinnych, społecznych, edukacyjnych, zawodowych lub innych ważnych obszarach funkcjonowania**”. WHO zaznacza ponadto, że definicja ta jest niezależna od osądów moralnych lub dezaprobaty.

Istotny udział we włączeniu kompulsywnych zachowań seksualnych do ICD-11 mieli polscy naukowcy. Jedną z podstaw wyróżnienia nowego rodzaju zaburzenia stanowiły wyniki badań prowadzonych w ramach projektu *Hiperseksualność.pl* przez zespół dr. hab. Mateusza Goli z Instytutu Psychologii Polskiej

1 Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 sierpnia 2016 r. w sprawie Narodowego Programu Zdrowia na lata 2016–2020, Dz. U. 2016 poz. 1492.

2 Podsumowanie literatury i badań naukowych wskazujących na negatywne konsekwencje korzystania z pornografii w kontekście ochrony dzieci i młodzieży, <https://www.bezpornografii.pl/wp-content/uploads/2017/12/Raport-STs-z-bada%C5%84-naukowych.pdf> (dostęp: 07.11.2018), s. 7.

3 Konferencja 4 czerwca 2018 Porno-kokaina na kliknięcie – video, <http://edukacja-zdrowotna.pl/konferencja-4-czerwca-2018-porno-kokaina-na-klikniecie-video/> (dostęp: 07.11.2018).

4 6C72 Compulsive sexual behaviour disorder, <https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2fcd%2f6C72> (dostęp: 07.11.2018).

Akademii Nauk⁵, opublikowane 14 kwietnia 2017 r. na łamach prestiżowego czasopisma naukowego „Neuropsychopharmacology”⁶. Prof. Gola twierdzi, że w grupie wiekowej 18-30 lat z pornografii raz w tygodniu korzysta przynajmniej 80% mężczyzn i ok. 30% kobiet, natomiast średni wiek pierwszego zetknięcia się z pornografią jest szacowany na 10 lat. **„To, co widzimy w mózgu osób kompulsywnie korzystających z pornografii, to dokładnie ten sam mechanizm, który widzimy np. w uzależnieniu od hazardu czy uzależnieniu od substancji.** To mechanizm zwiększonej reaktywności układu nagrody na bodźce, które kojarzą się np. z korzystaniem z pornografii” – ostrzega profesor tych, którzy chcieliby bagatelizować problem.

Nie ulega już zatem wątpliwości, że **zbyt łatwy dostęp do treści pornograficznych, szczególnie osób małoletnich, stanowi istotny problem nie tylko dla moralności publicznej, ale także dla zdrowia publicznego.** Skala tego problemu i jego ranga jako uderzającego najmocniej we wczesny, kluczowy etap rozwoju młodego człowieka, nie pozostawia wątpliwości, że **koniecznością jest uregulowanie polityki systemowego przeciwdziałania nowemu uzależnieniu już na poziomie ustawowym.**

Instytut na rzecz Kultury Prawnej *Ordo Iuris* przygotował wstępną analizę obecnego stanu prawnego na poziomie krajowym i międzynarodowym w zakresie ograniczania dostępu do treści pornograficznych oraz założenia do projektu **zmian prawnych, które wzmocniłyby pozycję rodziców w ochronie ich dzieci przed nowym uzależnieniem i demoralizacją, skutecznie chronić małoletnich przed dostępem do treści pornograficznych tam, gdzie jest on obecnie najszerzy i najłatwiejszy: w Internecie.**

Liczne organizacje pozarządowe działające na rzecz ochrony dzieci i rodzin przed seksualizacją i zagrożeniami pornograficznymi od lat starają się nagłośnić temat koniecznych ograniczeń wśród społeczeństwa, w szczególności wśród rodziców, nauczycieli i wychowawców oraz przedsiębiorców świadczących usługi telekomunikacyjne. Najwyższy czas sięgnąć również po propozycje legislacyjne, które dla prowadzonej od dawna w różnych państwach akcji

społecznej mogą stanowić istotny punkt odniesienia oraz wyznaczyć pole do konstruktywnej dyskusji.

2. NAJWAŻNIEJSZE WNIOSKI

- Zbyt łatwy dostęp do treści pornograficznych, szczególnie osób małoletnich, pozostaje w zdecydowanej sprzeczności z preambułą Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, w której ustrojodawca wzywa wszystkie stosujące ją podmioty do dbania o **zachowanie przyrodzonej godności człowieka**, z art. 18 ustawy zasadniczej, który ustanawia **zasadę ochrony i opieki nad małżeństwem, rodziną, macierzyństwem i rodzicielstwem**, z art. 48, który gwarantuje **prawo rodziców do wychowania dzieci zgodnie z własnymi przekonaniem**, oraz z art. 72, który deklaruje **zasadę ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją.**
- Zbyt łatwy dostęp do treści pornograficznych, szczególnie osób małoletnich, stanowi istotny problem dla zdrowia publicznego oraz jako jeden z elementów szerszego problemu seksualizacji.
- Szeroki dostęp do treści pornograficznych narusza również przepisy **Międzynarodowej Konwencji w sprawie zwalczania obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi**, którą Rzeczpospolita Polska ratyfikowała 13 stycznia 1927 r. i która nigdy nie została przez Polskę wypowiedziana, jest dokumentem wciąż obowiązującym i nakłada na państwo polskie liczne obowiązki w zakresie ograniczania dostępu do treści pornograficznych.
- **Udostępnianie treści pornograficznych zawsze było w Polsce przestępstwem**, aż do 1 września 1998 r., kiedy wszedł w życie nowy kodeks karny, zaprojektowany przez rząd Józefa Oleksego i uchwalony przez większość parlamentarną koalicji SLD-PSL. Jeszcze przedtem, w czerwcu 1998 r., postowie AWS zgłosili projekt nowelizacji, która przywróciłaby dawną karalność udostępniania treści pornograficznych. Ustawa została uchwalona

⁵ Ludwika Tomala, *Kompulsywne zachowania seksualne w klasyfikacji WHO dzięki m.in. polskim badaniom*, <http://naukawpolsce.pap.pl/aktualnosci/news%2C30854%2Ckompulsywne-zachowania-seksualne-w-klasyfikacji-who-dzieki-min-polskim> (dostęp: 07.11.2018).

⁶ Mateusz Gola et al., *Can Pornography be Addictive? An fMRI Study of Men Seeking Treatment for Problematic Pornography Use*, „Neuropsychopharmacology” vol. 42 (2017), s. 2021–2031, <https://www.nature.com/articles/npp201778> (dostęp: 07.11.2018).

przez Sejm III kadencji w marcu 2000 r., jednak została zawetowana przez prezydenta Aleksandra Kwaśniewskiego, co uniemożliwiło jej wejście w życie. Przeprowadzone w tym samym czasie badania CBOS wskazywały, że **przywrócenie wypróbowanych rozwiązań popierało aż 58% Polaków**.

- Ochrona młodych Polaków przed negatywnym wpływem treści pornograficznych już od przynajmniej 20 lat stanowi jeden z priorytetowych celów ugrupowań, z których wywodzi się obecna (od listopada 2015 r.) większość parlamentarna. Ochrona przed pornografią i demoralizacją występowała w programach politycznych PiS z 2001, 2005 i 2011 r.
- Treści pornograficzne mają negatywny wpływ nie tylko na dorastające dzieci i młodzież, ale na wszystkie osoby niezależnie od ich wieku lub płci. Proponowane regulacje nie powinny zatem traktować dostępu do treści pornograficznych jako uprawnienia co do zasady prawnie chronionego, ograniczanego jedynie dolną granicą wiekową odbiorcy, ale ograniczać ten dostęp w najszerszym możliwym zakresie.
- Biorąc pod uwagę, że współcześnie głównym źródłem treści pornograficznych jest Internet, niezależnie od regulacji prawnych należy dążyć przede wszystkim do **ograniczenia dostępu do tych treści przez Internet**. W 2017 r. dostęp do Internetu posiadało 81,9 proc. polskich gospodarstw domowych (77,6 proc. do Internetu szerokopasmowego). Udział ten nieustannie wzrasta, a dostęp do Internetu częściej posiadają gospodarstwa domowe z dziećmi niż bez nich.
- Wśród antypornograficznych regulacji różnych państw wyróżnia się kilka modeli: m.in. model autokontroli użytkownika (m.in. narzędzia kontroli rodzicielskiej), model samoregulacji (dobrowolne inicjatywy podmiotów gospodarczych), model dedykowanej infrastruktury i związanej z nią procedury blokowania dostępu do treści/usług oraz model oparty na procedurze warunkowego braku odpowiedzialności (*notice and takedown*). Rozwiązania znane z dwóch pierwszych modeli są już w Polsce stosowane na coraz szerszą skalę, jednak niewystarczająco chronią małoletnich przed dostępem do treści pornograficznych, natomiast pozostałe dwa wciąż oczekują na wdrożenie ich rozwiązań w Polsce.
- Przykładem regulacji nowoczesnej, skutecznie ograniczającej dostęp do treści pornograficznych w Internecie przy poszanowaniu zasady pomocniczości i wolności słowa, jest uchwalona w 2017 r. w Wielkiej Brytanii Ustawa o Gospodarce Cyfrowej (*Digital Economy Act*), która weszła w życie w kwietniu 2018 r. Zgodnie z sekcją 14 ustawy, za najważniejszy cel ustanowionych przepisów uznać należy wprowadzenie generalnego **zakazu czynienia dostępnymi (udostępniania; making available), na zasadach komercyjnych, materiałów pornograficznych w Internecie, dla osób znajdujących się w Zjednoczonym Królestwie, w sposób inny, niż zapewniający, że materiały te normalnie nie są dostępne dla osób poniżej 18 roku życia**.
- Przykład brytyjski zainspirował parlamentarzystów z Izraela, którzy już od 6 lat zgłaszają projekty nowelizacji izraelskiego Prawa telekomunikacyjnego, by dostawcy usług internetowych mieli **obowiązek wprowadzenia poszerzonego obowiązku informacyjnego lub domyślnego filtrowania treści pornograficznych**. Najnowszy z 6 projektów, złożony w styczniu 2016 r., otrzymał poparcie rządowych legislatorów i trafił do I czytania w Komisji do Spraw Gospodarczych, przez którą został pozytywnie rozpatrzony 9 lipca 2018 r. 26 listopada Komisja planuje przekazać projekt do czytania plenarnego.
- Na gruncie prawa kontynentalnego jako inspirację można potraktować przede wszystkim polski projekt rządowy z listopada 2009 r., który zakładał utworzenie Rejestru Stron i Usług Niedozwolonych, prowadzonego przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej, a także obowiązującą w latach 2010-2011 niemiecką ustawę o blokowaniu dostępu do pornografii dziecięcej (*Zugangserschwerungsgesetz*), która zobowiązywała dostawców usług internetowych obsługujących powyżej 10 tysięcy klientów, by blokowali użytkownikom dostęp do stron związanych z pornografią dziecięcą umieszczonych w rejestrze prowadzonym przez Federalny Urząd Policji Kryminalnej.
- Bezpośrednim i najbardziej współczesnym punktem odniesienia pozostaje ustawa z dnia 15 grudnia

2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw. Częściowo nawiązuje ona do porzuconego projektu z 2009 r. Na mocy przepisów tej ustawy, które weszły w życie w lipcu 2017 r., minister właściwy do spraw finansów publicznych prowadzi w systemie teleinformatycznym Rejestr domen służących do oferowania gier hazardowych niezgodnie z ustawą. Umieszczenie takiej domeny w Rejestrze nakłada na przedsiębiorcę telekomunikacyjnego obowiązek nieodpłatnego uniemożliwienia dostępu do niej swoim klientom, ale nie nakłada żadnych nowych obowiązków na właścicieli stron internetowych ani na abonentów, którzy z nich korzystają.

3. KONSTYTUCYJNE PRAWA I WOLNOŚCI A DOSTĘP DO TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH

Konstytucja RP przewiduje – co stanowi zasadę polityki państwa – ochronę i opiekę Rzeczypospolitej nad rodziną. Postanowienia, stanowiącego o tym art. 18, określają cele działalności organów władzy publicznej i są normami programowymi dla państwa.⁷ Jego uzupełnieniem jest art. 71 Konstytucji nakazujący uwzględnianie przez państwo w polityce społecznej i gospodarczej dobra rodziny. Wynikający z tych przepisów nakaz ochrony rodziny na wszystkich płaszczyznach życia społecznego, a nie tylko w sferze gospodarczej polityki państwa, w połączeniu z art. 72 Konstytucji – przewidującym ochronę praw dziecka przez Rzeczpospolitą oraz przyznający każdemu prawo żądania od organów władzy publicznej ochrony dziecka przed przemocą, okrucieństwem, wyzyskiem i demoralizacją – pozwala oczekiwać adekwatnej reakcji wspólnoty politycznej na ewidentne zagrożenie dla dobra dziecka jakim jest bezprecedensowo łatwy i w konsekwencji częsty kontakt dzieci z internetową pornografią.

Wobec jawnej nieskuteczności alternatywnych rozwiązań, jedynym realnym sposobem ochrony przed nią najmłodszych (za pierwszym razem często stykających się z nią w sposób przypadkowy) wydaje się być, po pierwsze, prawne zobowiązanie podmiotów udostępniających treści pornograficzne na zasadach komercyjnych do wprowadzenia skutecznego mechanizmu weryfikującego pełnoletność odbiorcy

końcowego (rozwiązanie oparte na wzmiankowanym wyżej modelu *notice and takedown*). Po drugie, alternatywnie lub uzupełniająco, wprowadzenie domyślnego blokowania serwisów pornograficznych przez dostawców usług internetowych przy zachowaniu możliwości nieodpłatnej rezygnacji z blokady w dowolnym momencie przez dorosłego abonenta (model dedykowanej infrastruktury).

Niewątpliwie wprowadzenie realnych, ustawowo gwarantowanych mechanizmów chroniących dzieci przed pornografią będzie wiązało się z pewnymi ograniczeniami lub obowiązkami. Wobec prób wprowadzenia tego rodzaju rozwiązań wysuwany jest nieraz zarzut naruszania przez nie konstytucyjnych praw i wolności. Przeanalizowania wymaga więc na ile, dobrowolne w przypadku dorosłych abonentów, blokowanie serwisów pornograficznych (skupmy się na tym z wymienionych modeli, jako dalej idącym) ogranicza konstytucyjnie chronione: wolność prasy i słowa (art. 14 oraz 54), prawo do prywatności (art. 47) oraz wolność gospodarczą (art. 20 i 22) czyli te prawami i wolnościami, które mogłyby zostać uznane za naruszone w konsekwencji wprowadzenia proponowanych tu rozwiązań.

Punktem wyjścia powinno być przypomnienie, iż, z jednej strony, prawa te, choć fundamentalne, nie mają charakteru absolutnego, z drugiej zaś, istnieją przesłanki, wskazane w art. 31 ust. 3 Konstytucji, których spełnienie jest niezbędnym warunkiem uznania jakiegokolwiek rozwiązania ograniczającego konstytucyjne prawo lub wolność za zgodne z Konstytucją. Przepis ten stanowi iż: „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. 31 ust. 3 kreuje zatem, obok wymogu formy ustawowej, trzy warunki jakie muszą spełniać każde ograniczenia wolności i praw by zostały uznane za dopuszczalne w świetle Konstytucji:

⁷ M. Szydło, *Instytucjonalizacja związków partnerskich w świetle art. 18 i 32 Konstytucji RP*, „Zeszyty Prawnicze” nr 4(56) 2017.

- muszą być konieczne w demokratycznym państwie prawnym, (tzw. test proporcjonalności),
- nie mogą naruszać istoty praw i wolności,
- muszą spełniać jedną z przesłanek materialnych ograniczeń (bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i prawa innych osób).

Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, „wymóg »konieczności« jest spełniony, jeżeli ustanowione ograniczenia są zgodne z zasadą proporcjonalności. Oznacza to, że: 1) środki zastosowane przez prawodawcę muszą być w stanie doprowadzić do zamierzonych celów; 2) muszą one być niezbędne dla ochrony interesu, z którym są powiązane; 3) ich efekty muszą pozostawać w proporcji do ciężarów nakładanych na obywatela”⁸

Ustosunkowując się do tak rozwiniętego wymogu konieczności (proporcjonalności) wypada zauważyć co następuje. Po pierwsze, skoro celem proponowanych regulacji jest, jak już była o tym mowa, ograniczenie dzieciom dostępu do internetowej pornografii i ograniczenie ryzyka ich przypadkowego kontaktu ze szkodliwymi dla nich treściami, to wprowadzenie postulowanych zmian prawnych z pewnością cel ten w istotnej mierze zrealizuje.

Po drugie, w świetle przytoczonych na wstępie badań obrazujących skalę zjawiska niewątpliwym jest iż, oceniane globalnie, ani filtry rodzinne instalowane indywidualnie na urządzeniach domowych ani ewentualne inne próby bronięcia dzieci przed treściami dla nich nieodpowiednimi nie są skuteczne. Istnieje zatem uzasadniona potrzeba zaangażowanie dostawców usług internetowych oraz wprowadzenia ustawowego obowiązku weryfikacji wieku przez serwisy pornograficzne.

Po trzecie, sprawdzenie, czy efekty proponowanej regulacji pozostają w odpowiedniej proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela (zakaz nadmiernej ingerencji, zasada proporcjonalności

w ścisłym tego słowa znaczeniu) wymaga dokonania „swoistego rachunku aksjologicznego, sprawdzając – mówiąc w pewnym uproszczeniu – czy zalety badanej regulacji przeważają nad jej wadami.”⁹ Dokonując takiego rachunku, po jednej stronie umieścić możemy konieczność weryfikacji pełnoletności użytkowników przez podmiot udostępniający treści pornograficzne (ewentualnie, uzależnioną od decyzji dorosłego abonenta, blokadę serwisów pornograficznych) stanowiącą w tym zakresie ograniczenie wolności działalności gospodarczej i słowa oraz prawa do prywatności¹⁰. Po drugiej – dobro polegające na ochronie emocjonalnego rozwoju dziecka mającego kluczowe znaczenie dla jego prawidłowego funkcjonowania w życiu dorosłym. Wynik takiego rachunku wydaje się jednoznacznie wskazywać na spełnienie wymogu proporcjonalności w ścisłym tego słowa znaczeniu. Tym samym pierwszy z trzech warunków wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji możemy uznać za spełniony.

Kolejnym jest wymóg, by ograniczenie nie naruszało istoty praw i wolności. By zweryfikować jego spełnienie trzeba wprawdzie zdefiniować samo pojęcie „istoty praw i wolności”. Jak podkreśla Trybunał Konstytucyjny, istota danego konstytucyjnego prawa lub wolności jest pewnym nienaruszalnym rdzeniem tego prawa lub wolności, który powinien pozostawać w stanie wolnym od ingerencji prawodawcy nawet w sytuacji gdy działa on w celu ochrony wartości wskazanych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Naruszenie omawianej istoty konstytucyjnego prawa lub wolności następuje zaś w wypadku gdy wprowadzone ograniczenia dotyczą podstawowych uprawnień składających się na treść danego prawa lub wolności i uniemożliwiają realizowanie przez to prawo lub wolność funkcji, jaką ma ono spełniać w porządku prawnym opartym na założeniach konstytucyjnych. Inaczej mówiąc, istota danego konstytucyjnego prawa lub wolności jest pewnym elementem podstawowym (rdzeniem, jądrem), bez którego takie prawo lub wolność w ogóle nie może istnieć i który to element decyduje o tożsamości wchodzącego w grę prawa lub wolności.” Odnosząc te uwagi do naszych rozważań trzeba stwierdzić, że nie sposób uznać, by proponowane rozwiązania w jakikolwiek sposób naruszały rdzeń ograniczanych

8 Wyroki Trybunału Konstytucyjnego z: 9.6.1998 r., K 28/97, 26.4.1999 r., K 33/98, 2.6.1999 r., K 34/98, 21.4.2004 r., K 33/03.

9 wyr. TK z 23.11.2009 r., [P 61/o8](#).

10 Pamiętając, iż na straży prawa do prywatności stoją rozbudowane przepisy chroniących dane osobowe, z którymi zgodne powinny być wszelkie proponowane tu rozwiązania.

11 wyr. TK z 12.1.1999 r., [P 2/98](#).

praw i wolności, lub żeby ich wprowadzenie oznaczało, że owe prawa i wolności w ogóle nie mogą istnieć. Zatem bez wątpienia drugi z warunków także wypada uznać za spełniony.

Wreszcie trzeci warunek - spełnienie jednej z przesłanek materialnych (bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i prawa innych osób) ze względu na które miałyby zostać wprowadzone ograniczenie praw i wolności.

Spośród wymienionych, najbardziej adekwatną do proponowanego rozwiązania wydaje się **przesłanka moralności publicznej**. Za znajdującą zastosowanie do ograniczeń w dostępie do pornografii uznaje ją także Europejski Trybunał Praw Człowieka. Nie zmienia to faktu, że przesłanka ta uważana jest za najbardziej niejednoznaczna ze względu na zróżnicowanie światopoglądowe i kulturowe społeczeństwa. Dlatego **stosując ją należy odwołać się do poglądów szeroko uznanych w społeczeństwie**. Tym bardziej, że, jak zauważają komentatorzy, „[p]rzesłanka »moralności publicznej« pozwala 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. Inaczej mówiąc, 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 uznanego. 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.”¹²

Próbując ustalić, czy możemy mówić o wyraźnej, podzielanej przez społeczeństwo ocenie moralnej wpływu pornografii na dzieci nie sposób nie zwrócić uwagi na:

- badania opinii publicznej wykazujące zgodną, krytyczną ocenę społeczeństwa co do wpływu pornografii na dzieci. Przykładowo, z badań z 2013 r. wynika, że 99 proc rodziców w Polsce jest zaniepokojonych dostępem dzieci do pornografii¹³;
- negatywną ocenę tego wpływu wyrażoną przez w Sejmie w 2014 r. podczas głosowania w sprawie nowelizacji kodeksu karnego. Jak trafnie podkreśla A. Szafrński, „za wprowadzeniem przepisu penalizującego reklamowanie i promowanie działalności polegającej na rozpowszechnianiu pornografii w sposób niebezpieczny dla dzieci i młodzieży do 15. roku życia opowiedziało się 433 posłów z 437 obecnych podczas głosowania (Druk sejmowy nr 2011 Sejmu V kadencji). 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”¹⁴.
- podstawy naukowe tak wysokiego odsetka zaniepokojonych rodziców i reprezentantów Narodu sygnalizowane w rozdziale drugim niniejszego opracowania.

Mamy zatem do czynienia z jednoznacznie negatywną społeczną oceną wpływu pornografii na dzieci i potrzeby ich ochrony przed szkodliwymi dla nich treściami. W konsekwencji możemy uznać moralność publiczną za przesłankę ograniczenia konstytucyjnych praw i wolności w omawianym obszarze, co, w połączeniu z wykazanym wyżej spełnieniem warunków określonych w art. 31 ust. 3 Konstytucji pozwala uznać proponowaną regulację za należyście realizującą podstawowe normy konstytucyjne.

¹² red. L. Garlicki, red. M. Zubik, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, 2016.

¹³ Badania zrealizowane przez Grupę IQS w listopadzie 2013 r. na próbie N=300 metodologią CAWI

¹⁴ A. Szafrński, O ograniczeniu dostępu dzieci do pornografii w internecie, [w:] O wolność słowa i religii. Praktyka i Teoria, red. F. Longchamps de Berier, red.K. Szczucki, 2016.

4. SPOŁECZNE DZIAŁANIA NA RZECZ OGRANICZENIA DOSTĘPU DO TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH

W Stanach Zjednoczonych od 1962 r. działa międzywyznaniowa organizacja pozarządowa „Morality in Media” (Moralność w Mediach), która od 2015 r. funkcjonuje pod zmienioną nazwą National Center on Sexual Exploitation (NCOSE). Jej założycielami byli jezuita Morton A. Hill (przewodniczący MiM aż do swojej śmierci w 1985 r.), rabin Julius Neumann oraz luterański pastor Robert Wiltenburg, do których wkrótce dołączył prawosławny duchowny Constantine Volaitis.

W 2017 r. powołano Narodową Koalicję na rzecz Przyzwoitości (National Decency Coalition), która lobbuje w poszczególnych amerykańskich stanach na rzecz przyjmowania aktów prawnych ograniczających dostęp do treści pornograficznych. Są to w szczególności:

1. Rezolucja potwierdzająca, że pornografia stanowi zagrożenie dla zdrowia publicznego (przyjęta, jak dotąd, przez legislatury 10 stanów: Arkansas, Florydy, Idaho, Kansas, Kentucky, Luizjany, Pensylwanii, Dakoty Południowej, Tennessee, Utah)¹⁵,
2. Prawo nakazujące instalację filtrów antypornograficznych w szkołach i bibliotekach publicznych (przyjęte, jak dotąd, przez 15 stanów: Arizone, Arkansas, Kolorado, Georgię, Idaho, Kentucky, Kansas, Minnesotę, Missouri, Pensylwanię, Rhode Island, Dakotę Południową, Tennessee, Utah oraz Wirginię)¹⁶,
3. Prawo nakazujące szkołom informowanie rodziców ucznia o zagrożeniach wynikających z pornografii (przyjęte, jak dotąd, przez 1 stan: Luizjanę)¹⁷.

Dokument uznający pornografię za zagrożenie dla zdrowia publicznego był również procedowany w parlamencie Kanady¹⁸.

W 2009 r. powołano ruch społeczny „Fight The New Drug” (Zwalczaj Nowy Narkotyk), który prowadzi kampanię uświadamiającą negatywny wpływ pornografii na zdrowie publiczne. Akcję wspierają popularni amerykańscy aktorzy i celebryci, tacy jak Terry Crews, Elaine Bradley, Josh Radnor czy Elizabeth Smart. Organizacja deklaruje się jako niezwiązana z żadną religią; swoje tezy stara się każdorazowo uzasadniać wynikami istniejących badań¹⁹.

W Wielkiej Brytanii działają m.in. międzynarodowe organizacje: Family Online Safety Institute oraz Mothers’ Union, której byłym liderem, Reg Bailey, został w lutym 2016 r. członkiem Advertising Standards Authority – organizacji zajmującej się monitoringiem reklam.

6 grudnia 2010 r. Bailey został wyznaczony przez rząd do zbadania kwestii „komercjalizacji i seksualizacji dzieciństwa”. Dokument końcowy z przeprowadzonych badań został opublikowany 6 czerwca 2011 r. i znany jest jako „raport Baileya”²⁰. Tezy nr 39 i 50 raportu dotyczą wprowadzenia zaawansowanego mechanizmu weryfikacji wieku i filtrowania treści pornograficznych w Internecie.

W Polsce od 2008 r. funkcjonuje Stowarzyszenie Twoja Sprawa (STS)²¹, zajmujące się ochroną dzieci i młodzieży przed niekontrolowanym i zbyt łatwym dostępem do pornografii. W ramach tych działań prowadzi ono akcje edukacyjne, kampanie, jak również szkolenia rodziców, aby potrafili rozmawiać ze swoimi dziećmi o problemie pornografii. Podejmuje też działania eliminujące z przestrzeni publicznej wszelkie przejawy obsceniczności, seksualizacji i uprzedmiotowienia kobiet, wulgarności oraz szeroko rozumianego naruszenia dobrych obyczajów w reklamie i mediach,

15 Pornography is a Public Health Crisis Resolution, <http://nationaldecencycoalition.org/updates/> (dostęp: 07.11.2018).

16 Adequate Online Filtering in Schools and Libraries Law, <http://nationaldecencycoalition.org/schools-libraries-filtering/> (dostęp: 07.11.2018).

17 Notify Parents of Harms of Pornography Law, <http://nationaldecencycoalition.org/notify-parents-on-harms-of-pornography-law/> (dostęp: 07.11.2018).

18 PUBLIC HEALTH EFFECTS OF ONLINE VIOLENT AND DEGRADING SEXUALLY EXPLICIT MATERIAL ON CHILDREN, WOMEN AND MEN (M-47), <https://www.ourcommons.ca/Committees/en/HESA/StudyActivity?studyActivityId=9311761> (dostęp: 07.11.2018).

19 Common Questions, <https://fightthenewdrug.org/about/> (dostęp: 07.11.2018).

20 Reg Bailey, *Letting Children be Children. Report of an Independent Review of the Commercialisation and Sexualisation of Childhood*, https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/175418/Bailey_Review.pdf (dostęp: 07.11.2018).

21 Informacje podstawowe, <https://www.twojasprawa.org.pl/o-nas/informacje-podstawowe/> (dostęp: 07.11.2018).

edukując i popularyzując aktualne badania naukowe na temat szkodliwego wpływu seksualizacji na dzieci i młodzież. Organizuje również akcje konsumenckie, umożliwiając rodzicom i wszystkim innym osobom wyrażenie opinii na temat reklam i innych przekazów obecnych w przestrzeni publicznej. Prowadzi także działania chroniące interesy przedsiębiorców w całej Polsce, którym zależy na tym, aby reklamy i działania marketingowe podmiotów gospodarczych nie naruszały obowiązujących w Polsce przepisów z dziedziny reklamy.

Od 2013 roku w centrum zainteresowania STS znajduje się zagrożenie dzieci przez pornografię. 19 marca 2013 r. w Sejmie odbyła się konferencja STS pt. „Odebrana niewinność – seksualizacja kobiet i dziewcząt w mediach i reklamie – przyczyny, skutki, możliwe scenariusze”²². Uzyskała ona patronat Rzecznika Praw Obywatelskich prof. Ireny Lipowicz, która była także jednym z prelegentów. Efektem konferencji jest obszerna publikacja, gromadząca w jednym miejscu przetłumaczone na język polski raport Amerykańskiego Towarzystwa Psychologicznego na temat seksualizacji oraz wspomniany wyżej Raport Bailey²³. 22 czerwca 2015 r. odbyła się kolejna konferencja w Sejmie, pt. „Społeczne i rozwojowe konsekwencje pornografii”²⁴. Obie konferencje zgromadziły wybitnych specjalistów o renomie międzynarodowej lub praktyków z wieloletnim doświadczeniem, wśród których znaleźli się m.in. prof. Eileen Zurbriggen, Reg Bailey, Rafał Porzeziński, dr Szymon Grzelak, dr Gail Dines, dr Donald Hilton, dr Bogdan Stelmach, dr Andrzej Garapich, Anna Bućkowska, Lesław Sierocki oraz Barbara Turowska.

W 2018 roku STS w ramach wykonywania zadania publicznego współfinansowanego ze środków Ministerstwa Sprawiedliwości stworzyło specjalny portal internetowy oPornografii.pl, mający na celu popularyzację tematyki ochrony dzieci i młodzież przed zbyt łatwym dostępem do pornografii²⁵.

5. NOWOCZESNY, SKUTECZNY MECHANIZM OCHRONY DZIECI PRZED TREŚCIAMI PORNOGRAFICZNYMI: BRYTYJSKA USTAWA O GOSPODARCE CYFROWEJ A DOTYCHCZASOWE PRAKTYKI SAMOREGULACJI

5.1. TŁO HISTORYCZNE

Pierwszą znaczącą próbą wprowadzenia regulacji chroniącej dzieci przed pornografią był *Online Safety Bill*, który w poprzedniej kadencji parlamentu (2010 – 2015) był wnoszony pod obrady Izby Lordów aż czterokrotnie (w marcu i w maju 2012 r., w maju 2013 r. oraz w czerwcu 2014 r.)²⁶. Wnioskodawczynią za każdym razem była baronessa Elspeth Howe, wdowa po Geoffreyu Howe – byłym wicepremierze i jednym z najbliższych współpracowników Margaret Thatcher. Projekt nigdy nie został jednak przyjęty ze względu na sprzeciw ówczesnego koalicjanta rządzącej Partii Konserwatywnej – Liberalnych Demokratów (pomimo jednogłośniego poparcia ze strony Izby Lordów²⁷).

Niezależnie od tego, 22 lipca 2013 r. ówczesny premier David Cameron zapowiedział działania zmierzające do całkowitego zablokowania dostępu do internetowej pornografii²⁸. W ramach porozumienia z największymi na brytyjskim rynku dostawcami usług internetowych i zgody na udział w przedsięwzięciu samoregulacyjnym do końca 2013 r. przedsiębiorcy telekomunikacyjni uczestniczący w porozumieniu skontaktowali się z 19 milionami podłączonych do Internetu gospodarstw domowych w Wielkiej Brytanii i zwrócili się do nich z pytaniem o chęć aktywowania w stosunku do nich z filtrów blokujących treści pornograficzne. **Jeżeli zapytane gospodarstwa domowe (usługobiorcy) wyraziły chęć włączenia filtrów, ale również w takim przypadku, w którym nie udzieliły żadnej odpowiedzi, wówczas dostawca usług automatycznie włączał filtrowanie Sieci dla takiego gospodarstwa domowego z dniem od 1 stycznia 2014 r. (opcja tzw. *unavoidable***

22 Konferencja „Odebrana niewinność”, <https://www.twojasprawa.org.pl/konferencja-odebrana-niewinnosc/> (dostęp: 07.11.2018).

23 Odebrana niewinność – o seksualizacji kobiet i dziewcząt we współczesnej kulturze, <http://twojasprawa.org.pl/wp-content/uploads/2013/11/Raport-STO-Odebrana-Niewinnosc.pdf> (dostęp: 07.11.2018).

24 Konferencja „Społeczne i rozwojowe konsekwencje pornografii”, <https://www.twojasprawa.org.pl/konferencja-spoleczne-i-rozwojowe-konsekwencje-pornografii/> (dostęp: 07.11.2018).

25 oPornografii.pl, <https://opornografii.pl/> (dostęp: 07.11.2018).

26 *Online Safety Bill*, https://wiki.openrightsgroup.org/wiki/Online_Safety_Bill [dostęp: 13.03.2018].

27 *Strong support for Online Safety Bill but Government fails to give its support*, <https://www.care.org.uk/news/latest-news/strong-support-online-safety-bill-government-fails-give-its-support> [dostęp: 13.03.2018].

28 David Cameron, *The internet and pornography: Prime Minister calls for action*, <https://www.gov.uk/government/speeches/the-internet-and-pornography-prime-minister-calls-for-action> [dostęp: 13.03.2018].

choice – „nieuniknionego wyboru”)²⁹. **Najwięksi spośród brytyjskich ISPs** (BT, Sky, Virgin Media, TalkTalk – obejmujący łącznie 95% rynku) w grudniu 2013 r. **wprowadzili filtr dobrowolnie, mimo braku oficjalnej regulacji**. Cameron podkreślał, że sprawę traktuje niezwykle poważnie, nie tylko jako premier Wielkiej Brytanii, ale także jako ojciec trójki dzieci. „Dla mnie, fakt, że tak wiele dzieci odwiedza najczarniejsze miejsca internetu, to nie jest kwestia zaniepokojenia – to jest absolutnie przerażające. W naszym kraju trwa dzisiaj cichy atak na niewinność, ale ja jestem zdeterminowany, aby przeciwdziałać mu z wykorzystaniem wszelkich narzędzi, jakimi dysponujemy”³⁰.

Wyniki wyborów z 2015 r. pozwoliły Partii Konserwatywnej na samodzielne rządy, co pozwoliło na wznowienie działań na rzecz ochrony przed pornografią (opozycyjni laburzyści już w 2014 r. również zapowiedzieli poparcie dla domyślnej blokady pornografii³¹). Już dzień po inauguracji parlamentu, projekt *Online Safety Bill* został ponownie wniesiony przez baronessę Howe. Zgodnie z projektem, dostawcy usług internetowych mieliby zapewniać swoim użytkownikom (abonentom) dostęp do Internetu z wyłączeniem treści pornograficznych, chyba, spełnione zostałyby jednocześnie wszystkie poniższe warunki:

- abonent „zaznaczył” (*opts in*) chęć korzystania z Internetu obejmującego treści pornograficzne,
- abonent ma co najmniej 18 lat,
- dostawca usług internetowych stosuje weryfikację pełnoletności abonenta spełniającą standardy Urzędu Komunikacji (*Office of Communication*).

Projekt wzbudził krytykę Rady Unii Europejskiej³², która rekomendowała raczej opcję domyślnej niezgody na filtr (*opt-in*) zamiast domyślnej zgody (*opt-out*).

W 2016 r. zaprezentowany został projekt rządowy, *Digital Economy Bill*, którego podstawowe założenia oparte były nie tyle o dobrowolną blokadę treści pornograficznych przez ISP, co na obowiązku wprowadzenia przez podmioty udostępniające na zasadach komercyjnych treści pornograficznych mechanizmu skutecznej weryfikacji pełnoletności odbiorcy. Cieszący się poparciem premiera Camerona jak i jego następczyni premier Theresy May projekt przeszedłszy pomyślnie całą ścieżkę legislacyjną. 27 kwietnia 2017 r. ustawa (*Digital Economy Act*) otrzymała asygnatę królewską (*Royal Assent*), a pełne wdrożenie ustanowionych w niej rozwiązań ma nastąpić do końca 2018³³ r.

5.2. GŁÓWNE ZAŁOŻENIA

Problematyka internetowej pornografii ujęta została w części trzeciej *Digital Economy Act 2017*, w sekcjach (artykułach) od 14 do 30. Celem ustanowionych przepisów jest wprowadzenie generalnego zakazu udostępniania (*making available*) na terenie Zjednoczonego Królestwa, na zasadach komercyjnych, materiałów pornograficznych w Internecie, w sposób, który umożliwia zapoznanie się z nimi osobom poniżej 18 roku życia. Do weryfikacji pełnoletności odwiedzających serwisy z pornografią zobowiązane są te serwisy (ich właściciele udostępniający w sposób komercyjny treści pornograficzne). Ustawa wprowadza jednocześnie zakaz udostępniania komukolwiek ekstremalnej pornografii (*extreme pornographic content*).

Tym samym zakaz udostępniania pornografii narusza osoba (*person*) która jednocześnie:

- udostępnia materiały pornograficzne w Internecie w sposób, który pozwala na zapoznanie się z nimi osobom przebywającym na terenie Zjednoczonego Królestwa, które nie ukończyły 18 roku życia,
- robi to na zasadach komercyjnych.

29 Piotr Wąglowski, *Rozwiązania prawne regulujące dostęp do bezpiecznego Internetu, wolnego od pornografii na przykładzie wybranych krajów Unii Europejskiej* (BAS-2319/13), https://panoptykon.org/sites/default/files/bas_bezp.internet_w_ue.doc (dostęp: 07.11.2018).

30 Rząd Wielkiej Brytanii walczy z dostępem dzieci do pornografii, <https://www.twojasprawa.org.pl/aktualnosci/rzad-wielkiej-brytanii-walczy-z-dostepem-dzieci-do-pornografii/> [dostęp: 13.03.2018].

31 Gerri Peev, *Lib Dems vow to block porn filters: Fury over threat to Cameron's online safety plans*, <http://www.dailymail.co.uk/news/article-2537489/Lib-Dems-vow-block-porn-filters-Fury-threat-Camerons-online-safety-plans.html> [dostęp: 13.03.2018].

32 Loulla-Mae Eleftheriou-Smith, *EU to block David Cameron's plans on internet porn crackdown*, <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/eu-poses-threat-to-camerons-plans-to-crack-down-on-internet-porn-leaked-document-suggests-10273328.html> [dostęp 13.03.2018].

33 Data wejścia w życie jest odmienna dla różnych przepisów, o czym mowa w sekcji 118 ustawy. Por: www.legislation.gov.uk/uksi/2017/765/contents/made

Warto nadmienić, iż pojęcie *person* odnosi się w prawie brytyjskim nie tylko do osób fizycznych³⁴, co oznacza, że wprowadzony zakaz dotyczy także przedsiębiorstw i jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej.

O tym czy udostępnianie treści pornograficznych odbywa się na zasadach komercyjnych rozstrzygają kryteria wskazane w rozporządzeniu The Online Pornography (Commercial Basis) Regulations 2018³⁵. Zgodnie z nim, treści pornograficzne są udostępniane na zasadach komercyjnych gdy:

- są dostępne wyłącznie odpłatnie, albo gdy
- są udostępniane nieodpłatnie, a osoba, która je udostępnia otrzymuje (albo zasadnie oczekuje otrzymywać) korzyści w związku z udostępnianiem tych treści w internecie.

Digital Economy Act 2017 definiuje **treści pornograficzne** (*pornographic material*) w sekcji 15, zawierającej aż 9 punktów precyzujących, jakie materiały mogą zostać uznane w świetle ustawy za pornograficzne. Zasadniczo definicje materiałów pornograficznych powiązane zostały z klasyfikacją R18, wydawaną przez British Board of Film Classification, i oznaczającą "primarily for explicit works of consenting sex or strong fetish material involving adults. Films may only be shown to adults in specially licensed cinemas, and video works may be supplied to adults only in licensed sex shops. R18 video works may not be supplied by mail order"³⁶. W ten sposób brytyjski ustawodawca poniekąd omija uniwersalny problem prawnej definicji pornografii jako takiej, obecny także w polskiej debacie dotyczącej tej materii³⁷. Ponadto materiał uznawany jest w świetle DEA za pornograficzny, jeżeli został

wyprodukowany wyłącznie lub głównie do celu wzbudzenia podniecenia seksualnego³⁸

Obok treści pornograficznych, DEA wyróżnia, jak wspomniano, „**ekstremalne treści pornograficzne**” (*extreme pornographic material*) czyli takie, których w ogóle nie można udostępniać na zasadach komercyjnych (nikomu, także osobom pełnoletnim). Zgodnie z sekcją 22 DEA, treści pornograficzne są ekstremalne gdy ich natura pozwala na uzasadnione założenie, iż zostały wyprodukowane wyłącznie lub głównie w celu wzbudzenia podniecenia seksualnego i jednocześnie:

1. odpowiadają opisowi (znakom) z sekcji 63 (7) lub (7A)³⁹ *Criminal Justice and Immigration Act 2008*, lub
2. są rażąco obraźliwe, obrzydliwe lub w inny sposób obsceniczne.

Jednocześnie Digital Economy Act nie reguluje sposobu, w jaki nastąpić powinna weryfikacja wieku na platformach udostępniających pornografię online. Podmioty odpowiedzialne za przestrzeganie wyżej opisanego zakazu mają zatem swobodę we wprowadzaniu środków przewidzianych przez ustawę. Możliwym rozwiązaniem w tym przypadku jest stworzenie na potrzeby strony internetowej specjalnego oprogramowania pozwalającego na weryfikację ukończenia osiemnastego roku życia przez użytkownika albo skorzystanie z już obecnych na brytyjskim rynku narzędzi stosowanych w usłudze wideo na żądanie (*video on demand*) lub w internetowym hazardzie, zakładach bukmacherskich bądź innych usługach ograniczanych restrykcjami wiekowymi.

34 Por. Interpretation Act 1978, F44: „Person” includes a body of persons corporate or unincorporate.”

35 Dokument został przedłożony do aprobaty obu izbom brytyjskiego parlamentu. Jego, niezatwierdzona w momencie powstawania niniejszego opracowania wersja znajduje się pod adresem https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/747184/Commercial_basis_regulations_DRAFT_20_Sept_2018.pdf

36 Zob.: <http://www.bbfc.co.uk/what-classification/r18> (dostęp: 07.11.2018).

37 Zob: rozdz. 7.1.

38 Sekcja 15 (1) (i) (ii) DEA.

39 Sekcja 63 (7): An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, any of the following:

(a) an act which threatens a person's life,

(b) an act which results, or is likely to result, in serious injury to a person's anus, breasts or genitals,

(c) an act which involves sexual interference with a human corpse,

or (d) a person performing an act of intercourse or oral sex with an animal (whether dead or alive);

Sekcja 63 (7A): An image falls within this subsection if it portrays, in an explicit and realistic way, either of the following:

(a) an act which involves the non-consensual penetration of a person's vagina, anus or mouth by another with the other person's penis, or (b) an act which involves the non-consensual sexual penetration of a person's vagina or anus by another with a part of the other person's body or anything else,

- and a reasonable person looking at the image would think that the persons were real.

5.3. AGE-VERIFICATION REGULATOR

Newralgiczną rolę w stworzonym przez DEA systemie odgrywa „age-verification regulator” – ustanowiony przez ustawę organ nadzorujący realizację jej postanowień. Do pełnienia tej funkcji powołuje Sekretarz Stanu za zgodą obu izb parlamentu. Do zadań organu należy

- zapewnianie by podmioty udostępniające komercyjnie treści pornograficzne robiły to w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z tymi treściami osobom niepełnoletnim.
- wskazywanie wymogów dotyczących narzędzi do weryfikowania pełnoletności których spełnienie jest warunkiem uznania, że strona internetowa (serwis, platforma) udostępniająca treści pornograficzne nie łamie prawa,
- podejmowanie kroków prawnych przeciwko serwisom pornograficznym, które nie stosują skutecznej weryfikacji pełnoletności.

W lutym 2018 r., funkcję regulatora formalnie powierzono British Board of Film Classification (BBFC) – organizacji założonej przez przedsiębiorstwa z branży filmowej już w 1912 r., odpowiedzialnej za nadawanie oznaczeń wiekowych m.in. filmom, grom komputerowym i programom telewizyjnym.

Uprawnienia regulatora – oprócz możliwości żądania⁴⁰ wszelkich niezbędnych informacji od dostawców internetu i podmiotów zaangażowanych w udostępnianie treści pornograficznych – obejmują:

1) nakładanie kar finansowych

AVR może nakładać kary finansowe w wysokości nie większej niż 250 000 funtów albo 5 proc. obrotu handlowego, w zależności od tego, która suma jest wyższa, gdy dany podmiot: -

- naruszył lub narusza zakaz udostępniania treści pornograficzne w sposób pozwalający na zapoznanie się z nimi osobom poniżej 18 roku życia,

- nie udzielił informacji, których żądał AVR,
- nie zastosował się do wydanego przez AVR nakazu (*enforcement notice*) zaprzestania naruszania przepisów sekcji 14 DEA.

2) nakazanie dostawcy internetowemu zablokowanie serwisu pornograficznego

Gdy strona internetowa lub inny serwis udostępnia treści pornograficznych bez weryfikacji pełnoletności użytkowników lub gdy udostępnia ekstremalne treści pornograficznych, AVR może także złożyć zawiadomienie do dowolnego dostawcy usług internetowych żądając aby dostawca podjął określone kroki w celu uniemożliwienia dostępu do sprecyzowanych w zawiadomieniu treści.

Co więcej, ustawodawca *explicite* wprowadza spoczywający na dostawcy usług internetowych obowiązek wypełniania wszelkich wymogów zawartych w wydanych wobec niego zawiadomieniach. Obowiązek ten jest egzekwowalny w postępowaniu cywilnym⁴¹.

3) powiadomienie dostawcy usług płatniczych lub dostawcy usług pomocniczych.

AVR może także wystosować powiadomienie skierowane do dostawcy usług płatniczych lub dostawcy usług pomocniczych informujące o niestosowaniu się przez dany podmiot do wymogów ustawy.

Wyjaśnijmy, dostawcą usług płatniczych (*payment-services providers*) w rozumieniu ustawy jest podmiot, który w ramach prowadzonej działalności gospodarczej umożliwia transfer środków pieniężnych w związku z płatnością za dostęp do materiałów pornograficznych lub ekstremalnych materiałów pornograficznych, uczynionych dostępnymi przez osobę nieprzestrzegającą ustawowych wymogów (*the non-complying person*).

⁴⁰ Sekcja 18 DEA 2017.

⁴¹ Sekcja 23 (9) DEA 2017.

Natomiast dostawca usług pomocniczych (*ancillary service providers*) to podmiot, który wypełnia choć jeden z poniższych warunków:

a) w ramach prowadzonej działalności gospodarczej świadczy usługi, które umożliwiają lub ułatwiają *non-complying person* udostępnianie treści pornograficznych lub ekstremalnych treści pornograficznych w Internecie,

b) reklamuje towary lub usługi świadczone w ramach swej działalności gospodarczej na stronie internetowej prowadzonej przez *non-complying person*.

Dostawcami usług pomocniczych są, przykładowo, media społecznościowe i wyszukiwarki internetowe.

Ustawa nie wymaga jednak podjęcia przez dostawców usług płatniczych i pomocniczych żadnych konkretnych działań w związku z otrzymanym powiadomieniem (regulator nie może niczego na nich wymóc). Oczekuje się natomiast, że dostawcy ci dobrowolnie zrezygnują ze świadczenia swoich usług wobec osób nieprzestrzegających wymogów ustawowych do czasu zaprzestania przez nie łamania ustawy.

W uzupełnieniu powyższych informacji warto odnotować, iż zgodnie z sekcją 25 (1) ustawy, regulator zobowiązany jest do opublikowania przewodnika⁴² wyjaśniającego kryteria, którymi kierować się będzie przy ocenie, czy dany podmiot spełnia wymogi ustawy i skutecznie nie dopuszcza osób nieletnich do kontaktu z treściami pornograficznymi. Bazując na wydanym zgodnie z tym przepisem dokumencie⁴³ warto podkreślić, że:

- blokowanie stron nie jest celem regulatora, a jedynie sankcją stosowaną wobec podmiotów, które nie stosują się do wymogów ustawy.
- stosowanie weryfikacji wieku w przypadku sprzedaży usług lub towarów objętych restrykcjami wiekowymi jest utrwaloną praktyką, realizowaną zazwyczaj za pośrednictwem

podmiotów trzecich. BBFC zapowiada badanie skuteczności mechanizmów weryfikujących pełnoletność użytkownika.

- weryfikator zobowiązany jest działać w sposób proporcjonalny, stąd w pierwszej kolejności podejmuje działania wobec największych serwisów, stopniowo przechodząc do pomniejszych, także tych zgłaszanych przez organizacje, instytucje czy osoby prywatne.
- Weryfikator publikuje na swojej stronie internetowej szczegółową listę podjętych interwencji.
- Dbając o najwyższe standardy ochrony danych osobowych BBFC wdroży adekwatny system certyfikacji narzędzi weryfikujących pełnoletność użytkowników.

6. PRÓBY PRZESZCZEPIENIA ROZWIĄZAŃ BRYTYJSKICH: PROJEKTY IZRAELSKIE

6.1. IZRAELSKA USTAWA PRAWO TELEKOMUNIKACYJNE Z 1982 R.

Próby wprowadzenia w Izraelu ustawowych ograniczeń dostępu małoletnich do treści pornograficznych w Internecie są podejmowane już od wielu lat. Kolejne zgłaszane projekty oparte są na koncepcji nowelizacji izraelskiej ustawy z dnia 22 sierpnia 1982 r. Prawo telekomunikacyjne⁴⁴ – dalej: IUPT.

Art. 41 IUPT poświęcony jest „stronom obraźliwym oraz treściom w Internecie”. W ust. A, zawierającym definicje, „strona obraźliwa” definiowana jest jako „strona internetowa, której główną zawartość stanowią treści obraźliwe”, natomiast „treści obraźliwe” podzielono w obecnym brzmieniu ustawy na cztery kategorie:

1. „publikacje nieprzyzwoite” (*obscene publication*) w rozumieniu prawa karnego – w tym a) przedstawianie stosunków płciowych

⁴² BBFC, *Guidance on Age-verification Arrangements*. Submitted to the Secretary of State pursuant to section 25 of the Digital Economy Act 2017, październik 2018.

⁴³ Tamże.

⁴⁴ Ustawa z dnia 22 sierpnia 1982 r. Prawo telekomunikacyjne, http://fs.knesset.gov.il/10/law/10_lsr_208164.PDF, wersja angielskojęzyczna ujednolicona, stan na 2012 r.: <http://www.wipo.int/wipolex/en/details.jsp?id=15170> (dostęp: 07.11.2018).

zawierających przemoc, molestowanie, poniżanie, deprecjację lub wykorzystywanie, b) przedstawianie stosunków płciowych z osobą małoletnią lub której małoletniość jest domniemana, c) przedstawianie osoby lub któregośkolwiek z jej narządów jako przedmiotu seksualnego – których charakter w sposób oczywisty nie jest artystyczny, naukowy, informacyjny, edukacyjny lub uzasadniony społecznie i nie usprawiedliwia przedstawiania ich w danych okolicznościach,

2. podżeganie rasowe lub narodowościowe,
3. hazard,
4. gry zawierające akty przemocy.

Zdefiniowano także dostawcę usług internetowych (*Internet Access Provider*) jako każdy podmiot, który zgodnie z ustawą otrzymał licencję lub na podstawie zezwolenia ogólnego dostarcza usługę dostępu do Internetu, w tym posiadacze licencji ogólnej na świadczenie usług telefonii komórkowej.

Ust. B zawiera przepis kompetencyjny, nakazujący Ministrowi Komunikacji nałożenie na dostawcę usług internetowych – w formie osobnej regulacji lub w samej licencji dostawcy – obowiązku informacyjnego wobec abonentów w zakresie poinformowania ich 1) o stronach obraźliwych i treściach obraźliwych oraz o sposobach ochrony przed nimi, w tym o środkach technologicznych przeznaczonych do filtrowania wspomnianych stron lub treści oraz 2) o dodatkowych zagrożeniach wynikających z korzystania z Internetu i o możliwej ochronie przed nimi.

Zgodnie z ust. C dostawca usług internetowych jest zobowiązany do realizacji postanowień ust. B na wszystkie cztery sposoby:

1. przesłanie abonentowi wydrukowanej broszury informacyjnej po zawarciu umowy o świadczenie usługi dostępu do Internetu i po jej odnowieniu,

a także co najmniej raz w roku, w okresie obowiązywania umowy,

2. publikacja informacji na swojej stronie internetowej,
3. zawarcie informacji w umowie podpisanej z abonentem,
4. przekazanie informacji abonentowi za pośrednictwem przedstawiciela biura obsługi klienta.

Ust. D nakłada na dostawcę usług internetowych obowiązek dostarczenia abonentowi usługi skutecznego filtrowania obraźliwych stron i treści zgodnie z praktykami przyjętymi w tej dziedzinie; filtrowanie to w żadnym wypadku nie może być obciążone dodatkową opłatą.

6.2. SZEŚĆ PROJEKTÓW NOWELIZACJI

Pierwszy projekt ustawy nowelizującej IUPT w interesującym nas zakresie został złożony 9 lipca 2012 r. w Knesecie XVIII kadencji (P/4457/18)⁴⁵. W uzasadnieniu projektodawca przywołał wyniki badań, z których wynika, że **60% izraelskich dzieci w wieku od 9 do 15 lat przegląda strony udostępniające treści pornograficzne, a 47% dzieci korzysta z Internetu we własnych pokojach, bez kontroli i nadzoru rodzicielskiego**. Dostrzeżono, że wielu rodziców nie zdaje sobie sprawy z istnienia problemu, w związku z czym zaproponowano wprowadzenie **domyślnego filtrowania stron udostępniających treści pornograficzne, z możliwością fakultatywnego wyłączenia tej usługi**. Projekt nie został rozpatrzony do końca kadencji.

W XIX kadencji Knesetu projekt w identycznym brzmieniu został złożony pod numerem P/1111/19⁴⁶ w dniu 22 kwietnia 2013 r. Ponieważ dwukrotnie nie został poddany pod obrady Knesetu, wniesiono kolejny projekt 14 października 2013 r. (nr P/1733/19)⁴⁷. Obowiązek informacyjny dostawcy

45 Projekt ustawy nr P/4457/18, 9.07.2012, <http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=470393> (dostęp: 07.11.2018).

46 Projekt ustawy nr P/1111/19, 22.04.2013, <http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=479480> (dostęp: 07.11.2018).

47 Projekt ustawy nr P/1733/19, 14.10.2013, <http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=487997> (dostęp: 07.11.2018).

usług internetowych z ust. B zastępowano w nim **obowiązkiem bezpośredniego filtrowania**, od którego można odstąpić wyłącznie po otrzymaniu oświadczenia woli od abonenta. Zgodnie z ust. C skuteczne złożenie tego typu oświadczenia przez pełnoletniego abonenta może nastąpić tylko na trzy sposoby: 1) w drodze pisemnej lub ustnej w rozmowie z pracownikiem dostawcy, 2) za pośrednictwem biura obsługi klienta, 3) za pośrednictwem strony internetowej dostawcy. Merytorycznie uzasadnienie projektu nie różniło się zbytnio od projektu z 2012 r.

Ponadto 4 listopada 2013 r. złożono kolejny projekt, autorstwa posłanki Tamanu-Szata, nr P/1770/19⁴⁸. *Novum* stanowiło poszerzone uzasadnienie, w którym wolność słowa została skonfrontowana z innymi dobrami: **dobrem kobiet**, które w treściach pornograficznych są przedstawiane jako grupa obiektów służących seksualnemu wykorzystaniu i zaspokojeniu (**według cytowanego przez projektodawcę prof. Aharona Baraka, byłego prezesa izraelskiego Sądu Najwyższego, treści pornograficzne naruszają konstytucyjną zasadę równości kobiet i mężczyzn**), oraz **dobrem małoletnich**, na których treści te mają szkodliwy wpływ, zaburzając ich postrzeganie relacji z płcią przeciwną oraz właściwego statusu kobiet i mężczyzn.

Dwa ostatnie z wymienionych projektów zostały wstępnie zaakceptowane w Knesecie, gdzie w dniu 19 maja 2014 r. jako jeden połączony dokument stały się przedmiotem debaty Komisji do spraw Gospodarczych. Tamanu-Szata przyznała w trakcie dyskusji, że **opierała się wprost na rozwiązaniach brytyjskich**, funkcjonujących wówczas jeszcze nie w ramach ustawy, a na mocy porozumienia premiera Davida Camerona z największymi dostawcami usług internetowych w Wielkiej Brytanii, którzy wprowadzili je dobrowolnie, jako wewnętrzne regulacje. **W posiedzeniu Komisji uczestniczył Minister Komunikacji Gilad Erdan**, który przyznał, że jeszcze w 2007 r. był przeciwny ograniczeniom w dostępie do treści pornograficznych, utożsamiając je z prawodawstwem takich państw jak Chiny czy Iran, jednak od tamtej pory zmienił zdanie

po tym, jak został ojcem kilkorga dorastających dzieci i poznał licznych parlamentarzystów państw Zachodu, zwracających uwagę na niebezpieczeństwa, płynące z zapoznawania się przez małoletnich z treściami udostępnianymi w Internecie. Sprzeciwił się jednak modyfikowaniu istniejącej w ustawie definicji treści obraźliwych, uznając, że jest ona elementem konsensusu uznawanego przez wszystkie siły polityczne. Zaproponował natomiast program rządowego wsparcia dla tych dostawców usług internetowych, którzy zechcą wprowadzić domyślne filtrowanie jako wewnętrzną regulację. Projekt nie został rozpatrzony do końca XIX, skróconej kadencji Knesetu.

W Knesecie XX kadencji (od 2015 r.) złożono jak dotąd dwa projekty ustaw ograniczających dostęp do treści pornograficznych w Internecie. Pierwszy z nich, opatrzony numerem P/2435/20⁴⁹, został złożony w dniu 4 stycznia 2016 r. przez posła Mikiego Zohara – ojca czworga dzieci, reprezentującego centroprawicową partię *Likud*, której liderem jest obecny premier Izraela Benjamin Netanjahu. Oprócz powtórzenia dotychczasowych koncepcji projekt **regulował kwestię filtrowania wobec dotychczasowych abonentów, już związanych umowami z dostawcami – miało ono nastąpić w ciągu 3 miesięcy od wejście w życie ustawy, o ile abonent się temu nie sprzeciwi**. Projekt nie został rozpatrzony.

Drugi projekt, opatrzony numerem P/2522/20⁵⁰, został złożony w dniu 25 stycznia 2016 r. Pod wnioskiem podpisało się łącznie 26 parlamentarzystów z licznych ugrupowań od prawicy do lewicy z wyjątkiem skrajnie lewicowej partii Razem (*Merec*), której przedstawiciele odmówili wsparcia inicjatywy⁵¹. Projekt nakłada na dostawców usług internetowych **obowiązek wprowadzenia mechanizmów domyślnego filtrowania zgodnie z praktykami przyjętymi w tej dziedzinie oraz z instrukcjami Ministra Komunikacji**. Podobnie jak w projekcie z 2013 r., **skuteczne złożenie oświadczenia o sprzeciwie przez pełnoletniego abonenta może nastąpić tylko na trzy sposoby: 1) w drodze pisemnej lub ustnej w rozmowie z pracownikiem dostawcy,**

48 Projekt ustawy nr P/1770/19, 04.11.2013, <http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=488037> (dostęp: 07.11.2018).

49 Projekt ustawy nr P/2435/20, 04.01.2016, <http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=572811> (dostęp: 07.11.2018).

50 Projekt ustawy nr P/2522/20, 25.01.2016, <http://main.knesset.gov.il/Activity/Legislation/Laws/Pages/LawBill.aspx?t=lawsuggestionssearch&lawitemid=572152> (dostęp: 07.11.2018).

51 Jonathan Lis, *Israeli Ministers Vote to Keep Lists of Users Who Access Porn Online*, <https://www.haaretz.com/israel-news/ministers-vote-to-keep-lists-of-users-who-access-porn-online-1.5455056> (dostęp: 07.11.2018).

- 2) za pośrednictwem biura obsługi klienta, 3) za pośrednictwem strony internetowej dostawcy.

W dniu 30 października 2016 r. izraelski Komitet Rady Ministrów do spraw Ustawodawczych udzielił jednogłośnie poparcia projektowi Mualem⁵², zastępując jednak obowiązek domyślnego filtrowania poszerzonym obowiązkiem informacyjnym dostawcy wobec abonenta. Pierwsze czytanie projektu odbyło się na posiedzeniu plenarnym Knesetu w dniu 2 listopada 2016 r. W imieniu rządu projektowi udzielił poparcia Minister Turystyki Jariw Lewin. W głosowaniu plenarnym wzięło udział 66 posłów. 50 głosowało za przekazaniem projektu Komisji do Spraw Gospodarczych.

Komisja nie zajęła się projektem przez kolejne półtora roku, w związku z czym (po wejściu w życie ustawy brytyjskiej) poseł Zohar jako przewodniczący komisji porządkowej Knesetu w dniu 25 czerwca 2018 r. wyznaczył Komisji 9 lipca jako ostateczny termin rozpatrzenia projektu pod rygorem przeniesienia go do Komisji Nauki i Technologii. W dniu 9 lipca 2018 r. projekt został rozpatrzony przez Komisję Spraw Gospodarczych izraelskiego parlamentu. Przekazanie projektu do czytania plenarnego jest planowane na 26 listopada 2018 r. Jest to, jak dotąd, najbardziej zaawansowany stan prac legislacyjnych spośród wszystkich dotychczasowych izraelskich projektów ustaw ograniczających dostęp do treści pornograficznych w Internecie, posiadający wsparcie nie tylko parlamentarzystów koalicji rządowej, ale też licznych ugrupowań opozycyjnych, co pozwala przypuszczać, że do końca XX kadencji Knesetu (2020 r.) zostanie on przyjęty przez bezwzględną większość posłów i stanie się obowiązującym prawem, a Państwo Izrael – drugim po Wielkiej Brytanii państwem na świecie ze skutecznymi regulacjami antypornograficznymi.

7. DOTYCHCZASOWE REGULACJE DOSTĘPU DO TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH W POLSKIM PORZĄDKU PRAWNYM

7. 1. POJĘCIE „TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH”

Próbowi wprowadzenia ograniczeń wiekowych w dostępie do treści pornograficznych zawsze towarzyszył spór dotyczący samego pojęcia treści pornograficznych rozgrywający się wokół zarzutu jego niedookreśloności i niejasności. Jeden ze sposobów poradzenia sobie z tym problemem prezentuje, przybliżone powyżej, ustawodawstwo brytyjskie, które zadanie klasyfikowania treści jako pornograficznych delegowało niezależnej organizacji.

Odkładając jednak zagraniczne rozwiązania chwilowo na bok, warto zrekapitulować polską debatę dotyczącą tego zagadnienia. Odnosząc się zatem do podniesionych obiekcji wypada zauważyć, że pojęcie treści pornograficznych⁵³, choć nie posiada swojej definicji legalnej, to stanowi znamię przestępstwa opisanego w art. 202 KK, które w nauce prawa karnego „ma ustalony zakres znaczeniowy. Według przeważających poglądów decydujące są dwa elementy – treść prezentacji oraz jej społeczny odbiór⁵⁴. Wskazuje się przy tym, że treściami pornograficznymi jest każdy przekaz informacji, który przedstawia autentyczne lub tylko wyobrażone przejawy życia seksualnego człowieka w wymiarze ograniczonym do funkcji fizjologicznych z całkowitym wyabstrahowaniem od warstwy intelektualnej. Należy więc podkreślić, że pomimo braku definicji legalnej znamię «treści pornograficzne» ma ustalony zakres znaczeniowy, w większości przypadków pozwalający na jednoznaczną identyfikację stanu faktycznego będącego przedmiotem oceny.”⁵⁵

52 Decyzja Komitetu Rady Ministrów do Spraw Ustawodawczych nr 1427 z dnia 30 października 2016 r., https://www.gov.il/he/departments/policies/2016_dec2054 (dostęp: 07.11.2018).

53 Kodeksy karne z 1932 i 1969 r. posługiwały się sformułowaniem „treści o charakterze pornograficznym”. W aktualnie obowiązującym kodeksie z 1997 r. zastąpiono je pojęciem „treści pornograficzne”, które, jak zauważa Jarosław Warylewski, „w porównaniu z poprzednią kodyfikacją karną stanowi novum, co spotkało się z jednogłośnie akceptacją w piśmiennictwie” [za:] J. Warylewski, *Pornografia w Internecie – wybrane zagadnienia karnoprawne*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 4, s. 53-54;

54 M. Rodzyńkiewicz w: *Kodeks karny, część szczególna - komentarz*, A. Zoll (red.), Zakamycze 2006; J. Warylewski, *Pornografia w Internecie – wybrane zagadnienia karnoprawne*, Prok. i Pr, 2002 r. nr 4; P. Kozłowska, M. Kucharska, *Prawokarne aspekty pornografii*, Prok. i Pr, 1999 r., nr 4; M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, M. Możgawa (red.), Oficyna 2007 r.; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Lex 2007 r.; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym Kodeksie karnym. Krótkie komentarze*, z. 2.

55 Odpowiedź podsekretarza stanu w Ministerstwie Sprawiedliwości – z upoważnienia ministra – na interpelację nr 9190 w sprawie braku jasnych regulacji prawnych dotyczących rozumienia pojęcia ustawowego „treści pornograficzne” stanowiącego znamię

Z tego płynie wniosek, że „skoro w prawie karnym możliwe jest określenie znamion przestępstw związanych z rozpowszechnianiem treści pornograficznych, to tym bardziej wydaje się możliwe, gdy chodzi o tworzenie filtrów (i to nie pod groźbą kary wobec kogokolwiek)”⁵⁶

Biorąc powyższe pod uwagę oraz opierając się na dorobku orzecznictwa Sądu Najwyższego i doktryny można, przynajmniej roboczo, uznać, że **treściami pornograficznymi** jest każdy przekaz informacji, w szczególności pisma, druki, filmy, wizerunki, który przedstawia autentyczne lub tylko wyobrażone, wytworzone, przetworzone lub pozorowane przejawy życia seksualnego człowieka w wymiarze ograniczonym do funkcji fizjologicznych, odhumanizowanym, abstrahującym od warstwy intelektualnej, czynności zarówno niesprzecznych z ich biologicznym ukierunkowaniem, jak i czynności seksualnych człowieka sprzecznych z przyjętymi w społeczeństwie wzorcami zachowań seksualnych, wykonany, przechowywany lub rozpowszechniany w celu wywołania u odbiorcy określonych biologicznie reakcji psychoseksualnych (podniecenia seksualnego);

Wskazując na definicje źródłowe powyższego ujęcia wypada wymienić w pierwszym rzędzie wymienione przez M. Filara okoliczności, które mogą decydować (rozpatrywane łącznie) o uznaniu prezentacji pewnych treści za pornografię. Zaliczył on do nich⁵⁷:

1. charakter prezentowanych czynności seksualnych, które stają się pornograficznymi, jeżeli w sposób zdecydowany odbiegają od uznawanych standardów społecznych w tym zakresie;
2. sposób prezentowania ludzkiego ciała i zachowań seksualnych – im bardziej odhumanizowany i techniczny charakter prezentacji (ukazywanie wyłącznie funkcji płciowych i budowy ginekologiczno-anatomicznej narządów płciowych), tym większa skłonność do kwalifikacji prezentacji jako pornografii;

3. motywację autora prezentacji, w szczególności dążenie do ukazania technologii seksu w celu wywołania podniecenia płciowego u odbiorcy;
4. poziom techniczny i estetyczny prezentacji (im jest on niższy, tym bliżej do oceny dzieła jako pornografii).

Inna propozycję sformułował J. Warylewski: „Treści pornograficzne to takie treści, które właściwe są przekazowi informacyjnemu, w formie materialnej lub zdematerializowanej i charakteryzują się tym, że przedstawiają w jakiegokolwiek 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)”⁵⁸

Sąd najwyższy wskazał z kolei, iż „Treści pornograficzne» w rozumieniu art. 202 KK 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. Dzieła artystyczne, a także dzieła naukowe mogą jednocześnie zwierać treści pornograficzne, zaś brak karalności produkcji, prezentacji i rozpowszechniania takich dzieł, wynika, jak się wydaje, z istnienia pozaustawowego kontratypu sztuki i nauki. Istotą pornografii jest przekaz określonej idei (treści), a nie jedynie udokumentalizowanej rejestracji określonego wydarzenia faktycznego.”⁵⁹

Nadmienić także trzeba, iż nowelizacja⁶⁰ Kodeksu karnego dokonana 24 października 2008 r. rozstrzygnęła jednoznacznie, że w zakresie pojęciowym „treści pornograficznych” mieści się również wizerunek „wytworzony albo przetworzony”,

przestępstwa z art. 202 § 1 i 2 Kodeksu karnego, 19 maja 2009 r., <http://orka2.sejm.gov.pl/IZ6.nsf/main/2FDA6513>.

56 A. Szafrński

57 M. Filar, *Pornografia*, 1993, s. 24

58 J. Warylewski, *Komentarz do art. 202 KK*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. Stefański, Warszawa 2017.

59 Wyrok SN z dnia 23 listopada 2010 r., sygn. akt IV KK 173/10.

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

rozwiązując wątpliwości co do charakteru tzw. pornografii wirtualnej, co przyznał także projektodawca w uzasadnieniu⁶¹.

7.2. MIĘDZYNARODOWA KONWENCJA W SPRAWIE ZWALCZANIA OBIEGU I HANDLU WYDAWNICTWAMI PORNOGRAFICZNYMI

Pierwszym obowiązującym na terenie Polski aktem prawnym odnoszącym się do zjawiska pornografii była, podpisana dnia 12 września 1923 r. w Genewie, **Międzynarodowa Konwencja w sprawie zwalczania obiegu i handlu wydawnictwami pornograficznymi**, ratyfikowana przez Rzeczpospolitą Polską 13 stycznia 1927 r., *Dz.U. 1927 nr 71 poz. 621*. Jej stroną – o czym niesłusznie, a często dziś się zapomina – jesteśmy do dziś. W myśl umowy czynami karalnymi są:

1. sporządzanie lub przechowywanie pism, rysunków, rycin, malowideł, druków, wizerunków, afiszów, emblematów, fotografii, filmów kinematograficznych lub innych pornograficznych przedmiotów, w celu handlowania lub rozpowszechniania bądź publicznego ich wystawiania;
2. wwóz, wywóz, przewóz bądź zlecenie wwozu, wywozu, przewozu lub puszczenie w obieg powyższych przedmiotów;
3. handel, nawet nie publiczny, powyższymi przedmiotami i wszelkie transakcje nimi, rozpowszechnianie, wystawianie publiczne, zawodowe zajmowanie się lub wypożyczanie;
4. ogłaszanie w celu karalnego ułatwienia obiegu lub handlu⁶².

karze aresztu do lat 2. § 2. Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechnienia takie pisma, druki, wizerunki lub przedmioty sporządza, przechowuje lub przewozi⁶³.

W Kodeksie karnym z dnia 19 kwietnia 1969 r., *Dz.U. 1969 nr 13 poz. 94*, kwestię treści o charakterze pornograficznym regulował, umiejscowiony w rozdziale XXIII („**Przestępstwa przeciwko obyczajności**”), art. 173 zgodnie z którym: „§ 1. Kto rozpowszechnia pisma, druki, fotografie lub inne przedmioty, mające charakter pornograficzny, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny. § 2. Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechniania takie pisma, druki, fotografie lub przedmioty sporządza, przechowuje, przenosi, przesyła lub przewozi⁶⁴”.

Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r., *Dz.U. z 2018 r. poz. 1600*, stosowne przepisy zawiera w rozdziale XXV („**Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności**”) z których wymienić trzeba:

- art. 200 § 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.
- Art. 200 § 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.
- Art. 202 § 1. Kto publicznie prezentuje treści pornograficzne w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.

7.3. DAWNY I OBECNY STAN PRAWNY – REGULACJE PRAWNOKARNE

Z kolei pierwszym aktem prawa krajowego regulującym omawiane zagadnienia był Kodeks karny z 11 lipca 1932 r., *Dz.U. 1932 nr 60 poz. 571*, którego art. 214, umieszczony w rozdziale XXXII („**Nierząd**”), stanowił: „§ 1. Kto rozpowszechnia pisma, druki, wizerunki lub inne przedmioty, mające charakter pornograficzny, podlega

⁶¹ Druk nr 458, dostęp: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/o/BD484FF08B72D63CC12574360036FDBB/\\$file/458.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/o/BD484FF08B72D63CC12574360036FDBB/$file/458.pdf).

7. 4. PROJEKTY USTAW NOWELIZUJĄCYCH ART. 202 K.K. I PROJEKT UCHWAŁY WZYWAJĄCEJ DO ZAGWARANTOWANIA RODZICOM PRAWA DO INTERNETU BEZ PORNOGRAFII

7. 4. 1. Projekt ustawy z 1998 r.

W dniu 3 czerwca 1998 r. grupa 42 posłów złożyła do Marszałka Sejmu III kadencji projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 416), zmierzający m.in. do nowelizacji art. 202 Kodeksu, przywracając mu brzmienie zbliżone do odpowiadających mu przepisów z obu poprzednich Kodeksów karnych (z 1932 i 1969 r.). Projektodawcy podnosili wobec obowiązującej

regulacji zarzut, iż art. 202 § 1 „jest z definicji przepisem martwym z punktu widzenia jego praktycznego zastosowania” zauważając jednocześnie wysoką szkodliwość społeczną pornografii.

Projekt pomyślnie przeszedł dwa czytania i w dniu 16 grudnia 1999 r. został przyjęty przez Sejm III kadencji głosami 233 posłów „za” (AWS – m.in. Jerzy Buzek, PSL, część UW – m.in. Tadeusz Mazowiecki, PP, KPN, ROP) przy 156 „przeciw” (SLD, część UW) i 12 wstrzymujących (część UW).

W dniu 15 stycznia 2000 r. Senat IV kadencji wprowadził poprawki, między innymi w treści postulowanych zmian w art. 202.

Art. 202 KK z 6 czerwca 1997 r. (tekst ogłoszony)	Projekt nowelizacji	Projekt nowelizacji po poprawkach Senatu
§ 1. Kto publicznie prezentuje treści pornograficzne w taki sposób, że może to narzucić ich odbiór osobie, która tego sobie nie życzy, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku. § 2. Kto małoletniemu poniżej lat 15 prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia mu przedmioty mające taki charakter, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 3. Kto produkuje w celu rozpowszechniania lub sprowadza albo rozpowszechnia treści pornograficzne z udziałem małoletniego poniżej lat 15 albo związane z użyciem przemocy lub postępowaniem się zwierzęciem, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.	§ 1. Kto rozpowszechnia pisma, druki, fotografie, inne treści lub inne przedmioty mające charakter pornograficzny, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2 lub ograniczenia wolności. § 2. Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechnienia takie pisma, druki, fotografie, inne treści lub przedmioty sporządza, przechowuje, przenosi, przesyła lub przewozi. § 3. Kto małoletniemu do lat 18 prezentuje lub udostępnia pisma, druki, fotografie, inne treści lub inne przedmioty mające charakter pornograficzny, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3. § 4. Kto produkuje w celu rozpowszechniania lub sprowadza albo rozpowszechnia albo przechowuje, przenosi, przesyła lub przewozi w celu rozpowszechnienia pisma, druki, fotografie, inne treści lub inne przedmioty o charakterze pornograficznym zawierające drastyczne formy patologii seksualnych a w szczególności z udziałem małoletniego do lat 18 albo związane z użyciem przemocy lub postępowaniem się zwierzęciem, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5.	§ 1. Kto rozpowszechnia treści pornograficzne, w szczególności w formie pism, druków lub wizerunków, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 2. Karze określonej w § 1 podlega, kto w celu rozpowszechnienia takie treści, w szczególności w formie pism, druków lub wizerunków produkuje, sprowadza, przechowuje, przenosi, przesyła lub przewozi. § 3. Kto małoletniemu prezentuje treści pornograficzne lub udostępnia przedmioty mające taki charakter, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. § 4. Jeżeli czyn określony w § 1 lub 2 dotyczy treści pornograficznych z udziałem małoletniego, związanych z użyciem przemocy lub postępowaniem się zwierzęciem, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 5.

W dniu 3 marca 2000 r. Sejm głosami 400 posłów odrzucił poprawkę Senatu i przekazał ustawę do podpisu Prezydentowi. W tym samym miesiącu CBOS opublikował wyniki badań, zgodnie z którymi według 30% Polaków prawo „raczej powinno”, a według 28% – „zdecydowanie powinno” zakazywać rozpowszechniania pornografii⁶². Mimo to prezydent w dniu 27 marca 2000 r. zawetował projekt.

7. 4. 2. Projekt ustawy z 2007 r.

W dniu 12 stycznia 2007 r. grupa 25 posłów złożyła do Marszałka Sejmu V kadencji projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 1494), zmierzający do wprowadzenia następujących zmian w art. 202:

- nadania § 1 brzmienia: „§ 1. Kto rozpowszechnia treści mające charakter pornograficzny, podlega karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do roku”,
- dodania § 1a w brzmieniu: „§ 1a. Tej samej karze podlega, kto treści określone w § 1 w celu rozpowszechniania tworzy, przechowuje, przesyła, przenosi albo przewozi.”
- dodania § 1b w brzmieniu: „§ 1b. Jeżeli sprawca przestępstwa opisanego w § 1 albo § 1a działa w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, podlega karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2.”

Biuro Analiz Sejmowych uznało, że **projekt nie narusza prawa wspólnotowego**: „W zakresie dotyczącym możliwości wprowadzenia przez państwo członkowskie zakazu przywozu z innych państw członkowskich materiałów o charakterze pornograficznym wskazane w punkcie 2 opinii wyroki TS [Wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 1979 r. nr 34/79 w sprawie Darby, ECR 1979 str. 3795 oraz wyrok Trybunału z dnia 11 marca 1986 r. nr 121/85 w sprawie Conegate, ECR 1986 str. 1007] wskazują, że państwo członkowskie może powołać się na klauzulę moralności publicznej jako podstawę zakazu przywozu z innych państw członkowskich materiałów pornograficznych, o ile na swoim terytorium wprowadziło zakaz wytwarzania i wprowadzania do obrotu takich materiałów. Ponieważ w projekcie ustawy wprowadza się taki zakaz, wobec tego **zakaz**

importu z innych państw treści o charakterze pornograficznym nie będzie naruszał art. 28 TWE, w zw. z art. 30 TWE”.

13 marca projekt został skierowany do I czytania, jednak 28 marca część wnioskodawców wycofała swoje podpisy, przez co nie był już rozpatrywany. 24 maja 2007 r. grupa 20 posłów ponownie złożyła do Marszałka Sejmu V kadencji projekt w identycznym brzmieniu (druk nr 1951). 18 lipca Krajowa Rada Sądownictwa wydała opinię, w której negatywnie zaopiniowała przedstawiony projekt stwierdzając, że „brak racjonalnych przesłanek do zmiany Kodeksu karnego w projektowanym zakresie”.

14 sierpnia Sąd Najwyższy przedstawił własne uwagi do projektu, w których uwypuklił kontrowersje wokół pojęcia „treści pornograficzne” oraz polemikę z tezą wnioskodawców o konieczności ochrony społeczeństwa przed pornografią. **SN powołał się przy tym wyłącznie na publikacje z lat 70. i 80. XX wieku, kiedy negatywny wpływ pornografii na psychikę i relacje społeczne nie był jeszcze tak dobrze udokumentowany, jak obecnie. W tym zakresie należy zatem uznać stanowisko za nieaktualne.** 29 sierpnia stanowisko krytyczne wobec projektu przedstawiła Rada Ministrów. Projekt nie był dalej procedowany aż do końca skróconej V kadencji Sejmu.

7. 4. 3. Projekt uchwały z 2013 r.

W dniu 29 lipca 2013 r. grupa 15 posłów złożyła do Marszałka Sejmu VII kadencji projekt uchwały wzywającej Ministra Administracji i Cyfryzacji do zagwarantowania rodzicom prawa do Internetu bez pornografii (druk nr 1664). **W uzasadnieniu otwarcie dystansowano się od przyjętego w Wielkiej Brytanii rozwiązania opt-in (opcjonalnej zgody na dostęp, domyślnej rezygnacji z dostępu), podkreślając wybór modelu opt-out (opcjonalnej rezygnacji z dostępu, domyślnej zgody na dostęp):**

„W przeciwieństwie do rozwiązań proponowanych przez premiera Wlk. Brytanii Davida Camerona, który chce, by każdy deklarował chęć dostępu do treści pornograficznych, wnioskodawcy proponują, aby każdy użytkownik Internetu mógł zażądać od swojego dostawcy usług internetowych zablokowania dostępu

⁶² Centrum Badań Opinii Społecznej, *Społeczeństwo o pornografii. Komunikat z badań* (BS/44/2000), http://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2000/K_044_00.PDF [dostęp 13.03.2018].

do treści pornograficznych. W ten sposób rodzice będą mieli możliwość uchronienia swoich dzieci przed łatwym dostępem do pornografii, w tym tej najtwardszej”.

26 listopada 2014 r. podczas posiedzenia komisji, podsekretarz stanu w Ministerstwie Administracji i Cyfryzacji Roman Dmowski zauważył, że „po niezakończonym pierwszym czytaniu, MAiC 30 września 2013 r. rozpoczęło **serię spotkań z przedstawicielami organizacji pozarządowych, z przedstawicielami instytucji telekomunikacyjnych, firm, których celem było znalezienie sposobu ochrony dzieci i młodzieży właśnie przed dostępem do treści pornograficznych w Internecie**. Można ująć to szerzej – generalnie, wszystkich treści szkodliwych dla młodzieży i dla dzieci. W ramach tych spotkań dyskutowano na temat podejmowanych i koniecznych do podjęcia działań w zakresie edukacji w tym obszarze, a także omawiano dostępne na rynku rozwiązania techniczne, takie jak np. **filtry oferowane przez dostawców usług internetowych, które instaluje się na urządzeniach końcowych użytkownika**”.

Na uwagę zasługują dwa problemy podniesione przez podsekretarza stanu. Stwierdził on:

1. „Należy również zdawać sobie sprawę, że **stworzenie takiego wydajnego i skutecznego systemu jest działaniem bardzo kosztownym. Podnosi koszty działania dostawców Internetu. Myślę, że w przypadku wielkich firm to nie jest kłopot. Na pewno uderzy to w małych dostawców Internetu obecnych w małych miejscowościach.** Dla nich mógłby to być bardzo poważny problem pod względem technologicznym i finansowym”.

W odpowiedzi wypada wskazać, że w 2016 r. 10 największych (tj. posiadających więcej niż 2 proc.) dostawców usług internetowych w Polsce posiadało łącznie 82,6 proc. udziału w rynku pod względem liczby użytkowników⁶³. Sytuacja nie jest zatem znacząco odmienna od rynku brytyjskiego, gdzie w 2017 r. 6 największych dostawców posiadało zbliżoną większość udziału w rynku⁶⁴. Podnoszone wątpliwości

co do wysokości wydatków poszczególnych dostawców usług internetowych dla zdecydowanej większości rynku są zatem bezzasadne.

Ponadto, argumentacji ekonomicznej nie można rozpatrywać w zupełnym oderwaniu od innych chronionych konstytucyjnie wartości, o czym szerzej piszemy w rozdz. 3 powyżej.

2. „Komisja Administracji i Cyfryzacji zwróciła się do Biura Analiz Sejmowych z wnioskiem o zbadanie zgodności z prawem europejskim i tutaj rzeczywiście istnieje wiele wątpliwości związanych z tym, że pewne rozwiązania prawne zaproponowane w poselskim projekcie uchwały mogą być sprzeczne z przepisami prawa europejskiego. Tu szczególnie chciałbym zwrócić uwagę na to, że jednym z mechanizmów, który leży jak gdyby u podstaw wprowadzania filtrowania, jest **mechanizm ogólnego obowiązku nadzorowania informacji**. Tutaj mówimy o art. 15 Dyrektywy o handlu elektronicznym, gdzie ten przepis w ust. 1 mówi, że **państwa członkowskie nie nakładają na usługodawców świadczących usługi określone w art. 12 ogólnego obowiązku nadzorowania informacji**. Tutaj można nawet przytoczyć pewne orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, gdzie trybunał uznał, że przepisy Dyrektywy o handlu elektronicznym stoją w sprzeczności z zaproponowanym systemem filtrowania połączeń. Trzeba sobie zdawać sprawę, że **wprowadzenie mechanizmów filtrowania wiąże się z wprowadzeniem mechanizmu monitorowania treści**, które są przesyłane, które są wykorzystywane przez użytkowników”.

Powyższa perspektywa jest, mówiąc najkrócej, błędna. Zagadnienie to omawia rozdział 8.3. poniżej.

Swoje poparcie dla projektu zadeklarowali przedstawiciele Solidarnej Polski, Sojuszu Lewicy Demokratycznej, Polskiego Stronnictwa Ludowego i Platformy Obywatelskiej⁶⁵. Komisja jednogłośnie opowiedziała się za jego przyjęciem, jednak 3 grudnia 2014 r. projekt uchwały został wycofany, a następnie

⁶³ Są to odpowiednio: Orange (32,2 proc.), Polkomtel (8,9 proc.), UPC (7,7 proc.), P4 (7,2 proc.), T-Mobile (6,9 proc.), Aero 2 (4,8 proc.), Cyfrowy Polsat (4,4 proc.), Vectra (3,9 proc.), Netia (3,6 proc.), Mutimedia (3,0 proc.). Za: Urząd Komunikacji Elektronicznej, *Raport o stanie rynku telekomunikacyjnego w 2016 roku*, https://archiwum.uke.gov.pl/files/?id_plik=27751, s. 10 [dostęp: 13.03.2018].

⁶⁴ *Which Internet Service Provider (ISP) does your household currently use as its MAIN supplier at home?* (2017), <https://www.statista.com/statistics/387678/uk-market-share-of-internet-service-providers/> [dostęp: 13.03.2018].

⁶⁵ http://wyborcza.biz/biznes/1,147881,17130418,Polska_siec_bez_pornografii_Uchwala_w_parlamentcie.html [dostęp 30.11.2016].

złożony ponownie w identycznej treści w dniu 20 stycznia 2015 r. (druk nr 3113), wycofany w dniu 4 lutego i złożony po raz trzeci w dniu 6 lutego 2015 r. (druk nr 3140). Do końca kadencji nie podjęto już prac nad tym projektem.

8. PROPOZYCJA DLA POLSKI

Pierwszym dylematem wobec którego stajemy rozważając wprowadzenie skutecznej prawnej ochrony dzieci przed internetową pornografią jest wybór między zasadniczo dwiema metodami (modelami). Pierwsza polega na domyślnej blokadzie stron pornograficznych przez dostawców usług internetowych, możliwe do „zdjęcia” przez dorosłego abonenta tych usług. Druga zobowiązuje wprost podmioty udostępniające pornografię (serwisy pornograficzne) do skutecznej weryfikacji pełnoletności użytkowników. W Wielkiej Brytanii, która, stanowi podstawowy punkt odniesienia dla prezentowanych tu rozwiązań funkcjonują obie te metody. Co charakterystyczne, pierwsza z nich realizowana jest na zasadzie samoregulacji tzn. bez udziału państwowych regulacji prawnych i instytucji, a w oparciu o zasady przyjęte przez samych dostawców usług internetowych. Ponieważ nic nie wskazuje by tego rodzaju samoregulacja miała nastąpić z inicjatywy samych operatorów działających w Polsce warto rozważyć realizację tego modelu w drodze ustawowej.

8.1. MODEL I

[oparty na obowiązku filtrowania treści przez dostawców usług internetowych]

Model I oparty jest na mechanizmie dedykowanej infrastruktury, który to mechanizm sprowadza się do zobowiązania dostawców usług internetowych do blokowania dostępu do określonej kategorii stron internetowych umieszczonych w określonym rejestrze. W omawianym tu przypadku chodzi o strony udostępniające w sposób komercyjny treści pornograficzne, umieszczone w rejestrze prowadzonym przez niezależny podmiot (organizację pozarządową) przy czym blokada ta może zostać nieodpłatnie i bezwarunkowo zdjęta na życzenie dorosłego abonenta.

Aktualnie funkcjonujące rozwiązania oparte na modelu dedykowanej infrastruktury

W dniu 13 listopada 2009 r. Ministerstwo Finansów opublikowało projekt nowelizacji ustawy z dnia 16 lipca 2004 r. Prawo telekomunikacyjne (Dz.U. 2004 nr 171 poz. 1800), w której przewidywano utworzenie **Rejestru Stron i Usług Niedozwolonych**, prowadzonego przez **Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej**⁶⁶. Stanowiłby on **realizację modelu dedykowanej infrastruktury**. Przedsiębiorca telekomunikacyjny byłby zobowiązany zablokować użytkownikom dostęp do czterech rodzajów treści:

- treści propagujące faszystowski lub inny totalitarny ustrój państwa;
- treści pornograficzne z udziałem małoletniego, treści pornograficzne związane z prezentowaniem przemocy lub posługiwaniem się zwierzęciem, treści pornograficzne zawierające wytworzony lub przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej;
- treści, których prezentowanie umożliwia podstępne wprowadzenie w błąd, w celu osiągnięcia korzyści majątkowych, poprzez wyłudzenie informacji mogących służyć do dokonania operacji finansowych bez zgody dysponenta środków finansowych;
- treści stanowiące niedozwoloną reklamę lub promocję albo informowanie o sponsorowaniu w rozumieniu ustawy z dnia o grach hazardowych lub umożliwiające urządzenie gier hazardowych bez udzielonego zezwolenia lub uczestniczenie w tych grach.

Ostatecznie w marcu 2010 r. koncepcja Rejestru została usunięta z projektu rządowego. Punkt odniesienia dla domyślnego zablokowania stron pornograficznych może stanowić jednak czerpiąca częściowo z doświadczeń projektu z 2009 r. ustawa z dnia 15 grudnia 2016 r. o zmianie ustawy o grach hazardowych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2017 poz. 88), nowelizująca ustawę z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych (Dz.U. 2009 nr 201 poz. 1540), dodając m.in. art. 15f-h.

⁶⁶ Projekt nowelizacji – wersja z dnia 13.11.2009 r. oprac. w trybie § 6 ust. 1b Regulaminu pracy Rady Ministrów, http://www.archbip.mf.gov.pl/bip/_files/_bip/_bip_projekty_aktow_prawnych/oc/2009/ustawa_gry_13.11/projekt___nowelizacji_z_13.11.09_-_2__2_.pdf [dostęp: 13.03.2018].

Na podstawie nowych przepisów, które weszły w życie w dniu 1 lipca 2017 r., **minister właściwy do spraw finansów publicznych** prowadzi **Rejestr domen służących do oferowania gier hazardowych niezgodnie z ustawą**, zwany dalej „Rejestrem”. Jest on jawny i każdy ma prawo dostępu do zawartych w nim danych. Rejestr jest prowadzony w systemie teleinformatycznym, umożliwiającym automatyczne przekazywanie informacji do systemów teleinformatycznych przedsiębiorców telekomunikacyjnych i dostawców usług płatniczych. Wpisowi do Rejestru podlega nazwa domeny internetowej, data i godzina dokonania wpisu, jego zmiany lub wykreślenia.

Przedsiębiorca telekomunikacyjny świadczący usługi dostępu do sieci Internet jest obowiązany m.in. do nieodpłatnego uniemożliwienia dostępu do stron internetowych wykorzystujących nazwy domen internetowych wpisanych do Rejestru poprzez ich usunięcie z systemów teleinformatycznych przedsiębiorców telekomunikacyjnych, służących do zamiany nazw domen internetowych na adresy IP, nie później niż w ciągu 48 godzin od dokonania wpisu do Rejestru oraz do nieodpłatnego przekierowania połączeń odwołujących się do nazw domen internetowych wpisanych do Rejestru do strony internetowej prowadzonej przez ministra właściwego do spraw finansów publicznych, zawierającej stosowny komunikat i powiadomienie o odpowiedzialności za naruszenie przepisów ustawy.

WSTĘPNE ZAŁOŻENIA DO PROJEKTU USTAWY O OCHRONIE DZIECI PRZED PORNOGRAFIĄ - MODEL I

1. Podmiot monitorujący, odpowiedzialny za kategoryzację domen

- Zostanie wyłoniony niezależny podmiot monitorujący, odpowiedzialny za rozstrzyganie co do charakteru udostępnianych treści i umieszczania domen służących ich komercyjnemu rozpowszechnianiu na liście stron objętych domyślnym filtrowaniem przez dostawców usług internetowych zwanych dalej, za ustawą prawo telekomunikacyjne, przedsiębiorcami telekomunikacyjnymi. Może być nim jedna z cieszących się uznaniem społecznym organizacji pozarządowych.

- Podmiot monitorujący opublikuje dokument prezentujący kryteria rozstrzygające o umieszczeniu domeny internetowej w Rejestrze.

2. Rejestr Domen Służących do Rozpowszechniania Treści Pornograficznych

- Wyłoniony podmiot monitorujący prowadzić będzie Rejestr Domen Służących do Rozpowszechniania Treści Pornograficznych, zawierający nazwy domen internetowych wykorzystywanych do rozpowszechniania treści pornograficznych.
- Lista domen wpisanych do Rejestru zamieszczana zostanie na stronie internetowej prowadzonej przez podmiot monitorujący i będzie prowadzona w sposób jawny i ogólnodostępny.
- Podmiot monitorujący niezwłocznie przekaze podmiotowi udostępniającemu treści pornograficzne decyzję o umieszczeniu jego domeny internetowej w Rejestrze wraz z uzasadnieniem oraz informacją o warunkach wykreślenia domeny z Rejestru (usunięcie treści pornograficznych).

3. Domyślna blokada

- Przedsiębiorcy telekomunikacyjni zostaną zobowiązani do blokowania dostępu do stron internetowych wykorzystujących nazwy domen umieszczonych w Rejestrze. Informacja o wprowadzeniu lub wykreśleniu domeny z Rejestru będzie natychmiastowo przekazywana przedsiębiorcom telekomunikacyjnym.
- Brak obowiązku blokowania domen spoza Rejestru.

4. Notyfikowanie o wprowadzeniu domyślnego filtrowania

Przedsiębiorcy telekomunikacyjni poinformują swoich użytkowników o dacie wprowadzenia domyślnego filtrowania treści pornograficznych oraz o możliwości rezygnacji z tej usługi. Brak odpowiedzi zostanie uznany za zgodę na rzeczoną usługę.

5. Rezygnacji z blokady

- Każdy abonent, w każdym czasie, nieodpłatnie i bez żadnych warunków wstępnych będzie mógł zrezygnować z blokady dostępu do stron umieszczonych w Rejestrze poprzez dokonanie zmiany w umowie o świadczenie usług telekomunikacyjnych.
- Nie będzie to możliwe w przypadku osoby która nie jest stroną tej umowy, w tym małoletniego, ucznia lub innego dziecka mającego dostęp do komputera w gospodarstwie domowym, w szkole czy w bibliotece.

6. Rozstrzyganie sporów

Podmiot, którego domena internetowa została wpisana do Rejestru będzie mógł wnieść sprzeciw do Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w terminie miesiąca od dnia umieszczenia domeny w Rejestrze. Prezes UKE będzie zobowiązany do rozpatrzenia sprzeciwu w terminie 14 dni od dnia jego otrzymania.

8. 2. MODEL II

[oparty na obowiązku weryfikacji pełnoletności przez podmioty udostępniające treści pornograficzne]:

Model II oparty jest na procedurze *notice and takedown* zgodnie z którą przedsiębiorca telekomunikacyjny nie mogą być pociągnięte do odpowiedzialności, jeśli nie miały wiarygodnych wiadomości o bezprawnym charakterze takiej działalności, lub też z całości okoliczności można wywnioskować, że po uzyskaniu wiedzy bezzwłocznie usunęły dane lub uniemożliwiły do nich dostęp. W prezentowanej tu propozycji (Model II) procedura *notice and takedown* zostaje zmodyfikowana w ten sposób, że zostaje odniesiona:

- po pierwsze, nie do przedsiębiorców telekomunikacyjnych ale bezpośrednio do, korzystających z ich usług, podmiotów udostępniających, na zasadach komercyjnych, treści objęte zakazem (czyli najczęściej do właścicieli stron pornograficznych).

- po drugie, nie do treści bezprawnych ale do treści pornograficznych, w większości legalnych, które zostają objęte zakazem udostępniania w sposób,

Aktualnie funkcjonujące rozwiązania oparte na modelu dedykowanej infrastruktury

Art. 47e ustawy o radiofonii i telewizji [obowiązujący od 2013 r.]

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.

Konsekwencją wprowadzenia powyższego przepisu do ustawy o radiofonii i telewizji było m.in. przyjęcie przez IAB Polska – Związek Pracodawców Branży Internetowej Interactive Advertising Bureau Polska w dniu 26 czerwca 2014 r. „Kodeksu dobrych praktyk w sprawie szczegółowych zasad ochrony małoletnich w audiowizualnych usługach medialnych na żądanie”.

WSTĘPNE ZAŁOŻENIA DO PROJEKTU USTAWY O OCHRONIE DZIECI PRZED PORNOGRAFIĄ - MODEL II

1. Cel projektu

- Celem projektu jest wprowadzenie generalnego zakazu udostępniania na terenie Polski, na zasadach komercyjnych, materiałów pornograficznych w Internecie, w sposób, który umożliwia zapoznanie się z nimi osobom niepełnoletnim.
- Podmioty udostępniające treści pornograficzne zostaną zobowiązane do wprowadzenia skutecznego mechanizmu pozwalającego na weryfikację pełnoletności użytkownika.
- Celem projektu nie jest blokowanie stron ale realna ochrona dzieci.

2. Podmiot weryfikujący

- Zostanie ustanowiony organ nadzorujący realizację postanowień ustawy (podmiot

weryfikujący). Powołanie do pełnienia tej funkcji będzie odbywało się za zgodą obu izb parlamentu. Może być nim jedna z cieszących się uznaniem społecznym organizacji pozarządowych. Do zadań podmiotu weryfikującego będzie należało:

- ✓ zapewnianie by podmioty udostępniające komercyjnie treści pornograficzne robiły to w sposób uniemożliwiający zapoznanie się z tymi treściami osobom niepełnoletnim.
- ✓ wskazywanie wymogów dotyczących narzędzi do weryfikowania pełnoletności których spełnienie jest warunkiem uznania, że strona internetowa (serwis, platforma) udostępniająca treści pornograficzne nie łamie prawa,
- ✓ podejmowanie kroków prawnych przeciwko serwisom pornograficznym, które nie stosują skutecznej weryfikacji pełnoletności.
- ✓ badanie skuteczności mechanizmów weryfikujących pełnoletność użytkownika.

- Podmiot weryfikujący opublikuje dokument prezentujący kryteria, którymi kierować się będzie przy ocenie, czy dany podmiot spełnia wymogi ustawy i skutecznie uniemożliwia kontakt osób nieletnich z treściami pornograficznymi.
- Podmiot weryfikujący będzie analizował każdy przypadek indywidualnie rozpoczynając od stron internetowych o największym zasięgu.

3. Definicja komercyjnego udostępniania treści pornograficznych

Treści pornograficzne będą uznawane za udostępniane na zasadach komercyjnych gdy:

- są dostępne wyłącznie odpłatnie, albo gdy
- są udostępniane nieodpłatnie, a osoba, która je udostępnia otrzymuje (albo zasadnie oczekuje otrzymywać) korzyści w związku z udostępnianiem tych treści w internecie.

4. Kryteria uznawania określonych treści za pornograficzne

Kryteria uznawania określonych treści za pornograficzne zostaną zaprezentowane przez organ monitorujący i będą uwzględniały relewantny dorobek judykatury i orzecznictwa wspomniany w rozdz. 7.1. niniejszego opracowania.

5. Sposób weryfikacji pełnoletności

Ustawa nie będzie narzucała sposobu weryfikacji pełnoletności użytkownika. Podmioty odpowiedzialne za przestrzeganie wyżej opisanego zakazu mają zatem swobodę we wprowadzaniu środków przewidzianych przez ustawę.

6. Uprawnienia podmiotu monitorującego

Uprawnienia podmiotu weryfikującego – oprócz możliwości żądania wszelkich niezbędnych informacji od przedsiębiorców telekomunikacyjnych i podmiotów zaangażowanych w udostępnianie treści pornograficznych – będą obejmować:

- nakładanie kar finansowych, gdy dany podmiot:
 - ✓ naruszył lub narusza zakaz komercyjnego udostępniania treści pornograficzne w sposób pozwalający na zapoznanie się z nimi osobom poniżej 18 roku życia,,
 - ✓ nie udzielił informacji, których żądał podmiot weryfikujący,
 - ✓ nie zastosował się do wydanego przez podmiot weryfikujący nakazu zaprzestania naruszania przepisów ustawy.
- zobowiązanie przedsiębiorcy telekomunikacyjnego do zablokowania dostępu do serwisu pornograficznego, gdy dany podmiot:
 - ✓ udostępnia treści pornograficznych w sposób komercyjny bez weryfikacji pełnoletności użytkowników,
 - ✓ nie zastosował się do wydanego przez podmiot weryfikujący nakazu zaprzestania naruszania przepisów ustawy.

7. Ochrona danych osobowych

Dokonujący weryfikacji pełnoletności zobowiązani będą do działania zgodnie z przepisami dotyczącymi ochrony danych osobowych.

8. 3. ZGODNOŚĆ Z PRAWEM UNII EUROPEJSKIEJ

Relevantne przepisy regulujące materię prezentowanych propozycji to

- art. 15 **Dyrektywy 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** (dalej: „Dyrektywa”, „Dyrektywa 2000/31/WE” lub „Dyrektywa o handlu elektronicznym”),
- art. 3 ust. 3 **rozporządzenia 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).

Dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r.

Dyrektywa została wdrożona do polskiego systemu prawnego ustawą z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz.U. z 2017 r. poz. 1219 (dalej: „ustawa”). Zgodnie z art. 12 tejże ustawy,

usługodawca, który świadczy usługi drogą elektroniczną obejmujące transmisję w sieci telekomunikacyjnej danych przekazywanych przez odbiorcę usługi lub zapewnienie dostępu do sieci telekomunikacyjnej nie ponosi odpowiedzialności za treść tych danych, jeżeli nie jest inicjatorem przekazu danych, nie wybiera odbiorcy przekazu danych lub nie wybiera oraz nie modyfikuje informacji zawartych w przekazie.

Z kolei, newralgiczny z punktu widzenia niniejszego projektu, art. 15 ustawy stanowi, iż 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. W doktrynie prawa dominuje stanowisko zgodnie z którym przepis ten – wdrażający odpowiadający mu art. 15 Dyrektywy – należy rozumieć w ten sposób, że odnosi się on jedynie do ogólnego obowiązku monitorowania przekazywanych lub przechowywanych danych. **Nie stoi on zatem na przeszkodzie nakładaniu na usługodawców, o których mowa w przepisach art. 12–14 ustawy, obowiązków monitorowania konkretnych danych.**⁶⁷ Zauważa się, że podstawą prawną dla takiego obowiązku mogą być zarówno przepisy prawa krajowego, jak i orzeczenia organów administracyjnych lub sądów.⁶⁸ Analogiczne stanowisko zajął Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 18 kwietnia 2018 r.⁶⁹, opierając je na przepisach Dyrektywy o handlu elektronicznym.

Sąd najwyższy zauważył bowiem, iż „[j]ak wynika z pkt 47 preambuły dyrektywy 2000/31/WE nie ma ona na celu wyłączenia możliwości nakładania na usługodawców świadczących usługi *mere conduit*, *cachingu* oraz *hostingu* obowiązków monitorowania danych odnoszących się do konkretnego rodzaju danych. Omawiany punkt preambuły precyzuje także, że celem dyrektywy 2000/31/WE nie jest wyłączenie możliwości nakładania na usługodawców, o których mowa w przepisach art. 12–14 tej dyrektywy obowiązków monitorowania danych w odpowiednich orzeczeniach.”⁷⁰ Stąd Sąd Najwyższy wywiódł,

⁶⁷ X. Konarski, *Komentarz do ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną*, Warszawa 2004, s. 146. Podobnie: W. Chomiczewski, zob: przypis poniżej.

⁶⁸ W. Chomiczewski, *Komentarz do art. 15 ustawy o świadczeniach usług drogą elektroniczną [w:] D. Lubasz (red.), M. Namysłowska (red.), Świadczenie usług drogą elektroniczną oraz dostęp warunkowy. Komentarz do ustaw*, 2011.

⁶⁹ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn.. I CSK 753/17. Sąd Najwyższy stwierdził: „Przepis art. 15 ŚwiadUstElektU należy więc rozumieć w ten sposób, że odnosi się on jedynie do ogólnego obowiązku monitorowania przekazywanych lub przechowywanych danych. Art. 15 ŚwiadUstElektU nie stoi zatem na przeszkodzie nakładaniu na usługodawców, o których mowa w przepisach art. 12–14 ŚwiadUstElektU, obowiązków monitorowania konkretnych danych.”

⁷⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 kwietnia 2018 r., sygn.. I CSK 753/17.

iż nakładanie na usługodawców obowiązków monitorowania konkretnych danych jest zgodne z art. 15 Dyrektywy.

Taką ocenę potwierdza analiza orzecznictwa dot. art. 15 dyrektywy. Najczęściej przywoływanym w tym kontekście orzeczeniem jest wyrok Trybunału Sprawiedliwości w sprawie *Scarlet Extended S.A. przeciwko Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*⁷¹. W sprawie tej Belgijskie Stowarzyszenie Autorów, Kompozytorów i Wydawców (SABAM) doprowadziło do wydania orzeczenia przez belgijski sąd pierwszej instancji nakazującego spółce *Scarlet* (dostawca internetu) zaprzestanie naruszania praw autorskich poprzez uniemożliwienie przesyłania lub odbierania przez jej klientów, w jakiejkolwiek formie, za pomocą programów *peer-to-peer*, plików elektronicznych zawierających utwory muzyczne z repertorium SABAM.

Trybunał podkreślił, że zakaz o którym mowa w art. 15 dyrektywy „obejmuje w szczególności przepisy krajowe, które zobowiązywałyby usługodawcę będącego pośrednikiem, takiego jak ISP, do prowadzenia aktywnego nadzoru nad *wszystkimi* danymi *każdego* z *jego* klientów w celu zapobieżenia wszelkim przyszłym naruszeniom praw własności intelektualnej [kursywa moja].”⁷² Taki nakaz Trybunał uznał za niezgodny z art. 15 ust. 1 dyrektywy. Innymi słowy, „nadzór w celach zapobiegawczych” do którego odnosi się wyrok w sprawie *Scarlet* to taki nadzór, który „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”⁷³. Tymczasem proponowane rozwiązania **nie nakładają na operatorów usług internetowych konieczności filtrowania wszystkich połączeń elektronicznych** przekazywanych za pośrednictwem jego usług, w szczególności przy zastosowaniu programów *peer-to-peer*. Ograniczają się jedynie do domyślnego (w modelu I) lub subsydiarnego (w modelu II) blokowania dostępu do **adresów** stron internetowych znajdujących się w rejestrze prowadzonym przez podmiot trzeci.

Ponadto, jak zauważa A. Szafrński, sprawa *Scarlet* nie znajduje w pełni zastosowania w odniesieniu do ustawowo nakazanej kontroli rodzicielskiej także z tego względu, że belgijski sąd pierwszej instancji zobowiązał pozwaną spółkę 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**. Celem projektu nie jest powstrzymanie bezprawnych działań. Jest nim ochrona dzieci przed treściami zazwyczaj legalnymi ale, z powodów opisanych wyżej, szkodliwymi.⁷⁴

Za zgodnością proponowanych rozwiązań przemawia także okoliczność, że ustanawiany w art. 15 Dyrektywy zakaz nakładania obowiązku nadzorowania treści odnosi się do **całkowitych** ograniczeń i blokad. Tymczasem prezentowane założenia przewidują domyślną lub subsydiarną blokadę, którą każda dorosła osoba może w każdym czasie, bezpłatnie i bezwarunkowo zdjąć. Trudno zatem w tej sytuacji mówić o faktycznej blokadzie, raczej o **propozycji**, którą każda osoba mająca pełną zdolność do czynności prawnej może odrzucić.

Wreszcie podnieść trzeba, iż przepisy dyrektywy należy – jak podkreślił Trybunał – interpretować w „świecie wymogów wynikających z ochrony mających zastosowanie praw podstawowych”⁷⁵. W tym świetle wprowadzenie proponowanych założeń stanowiłoby realizację Karty Praw Podstawowych, której art. 24 ust. 2 stanowi, iż „we wszystkich działaniach dotyczących dzieci, zarówno podejmowanych przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy przede wszystkim uwzględnić najlepszy interes dziecka”.

Należy odnotować, że zaprezentowaną w wyroku *Scarlet* linię argumentacyjną Trybunał powtórzył w kolejnym swoim wyroku: w sprawie 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*.

⁷¹ 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)*.

⁷² Wyrok pkt 36

⁷³ Odpowiedź Trybunału Sprawiedliwości UE na pytanie prejudycjalne belgijskiego sądu drugiej instancji.

⁷⁴ A. Szafrński, dz. cyt.

⁷⁵ Wyrok, pkt 54

Uzupełniając powyższe uwagi, trafnie zauważa M. Niedźwiedź: „Dyrektywa stoi na stanowisku, że dostawca usług internetowych nie może ponosić odpowiedzialności za treść przekazu ani też nie może być zobowiązany do ogólnego obowiązku nadzorowania informacji. Zwolnienie to ma jednak charakter warunkowy i dostawca nie jest zwolniony z odpowiedzialności za udostępniane treści w sytuacji, gdy był w posiadaniu wiarygodnych informacji o bezprawnym charakterze działalności lub informacji. Powzięcie takich informacji obliguje usługodawcę do podjęcia odpowiednich działań w celu usunięcia lub uniemożliwienia dostępu do informacji. Z uwagi na penalizację działań związanych z pornografią dziecięcą⁷⁶ oraz tzw. twardą pornografią⁷⁷ podmioty świadczące usługi internetowe nie mogą uchylać się od obowiązku blokowania tego typu treści. Problem dotyczy natomiast innych treści o charakterze pornograficznym, które jako takie nie są nielegalne. Ewentualna penalizacja dostarczania wszelkich treści pornograficznych małoletnim także w internecie (tzw. demoralizacji małoletnich) mogłaby poszerzyć zakres przedmiotowy bezprawnych treści pornograficznych, o których powzięcie informacji obligowałoby dostawcę usług internetowych do podjęcia odpowiednich działań w celu weryfikacji wieku użytkownika.”

Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/2120 z dnia 25 listopada 2015 r.

W przeciwieństwie do europejskich dyrektyw, rozporządzenia – według zasad wynikających z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej z 2009 r.¹² – wiążą w całości i są bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich. Rozporządzenie bezpośrednio staje się częścią krajowego porządku prawnego, co do zasady bez potrzeby dokonywania transpozycji, i wywiera skutki bezpośrednio w stosunku do wszystkich jego adresatów.

Zgodnie z motywem pierwszym rozporządzenia 2015/2120, ma ono na celu ustanowienie wspólnych zasad mających na celu zagwarantowanie równego i niedyskryminacyjnego traktowania transmisji danych

w ramach świadczenia usług dostępu do internetu oraz związanych z tym praw użytkowników końcowych.

Dążąc do postulatu tzw. neutralności sieci, art. 3 ust. 3 rozporządzenia nakazuje dostawcom usług dostępu do internetu traktować 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, dostawcy nie mogą stosować środków zarządzania ruchem wykraczających poza środki określone w akapicie drugim, a w szczególności nie mogą blokować, spowalniać, zmieniać, ograniczać, pogarszać jakości ani faworyzować określonych treści, aplikacji lub usług, lub szczególnych ich kategorii, ani też ingerować w nie. Od tej zasady istnieją jednak wyjątki. Należą do nich **przypadki, w których jest to konieczne aby zapewnić zgodność z aktami prawodawczymi Unii lub zgodnymi z prawem Unii przepisami prawa krajowego, którym podlega dostawca, w tym orzeczeniami sądowymi.**

Jednocześnie, rozporządzenie, o czym wprost stanowi jego motyw szósty, nie ma na celu uregulowania zgodności z prawem treści, aplikacji lub usług ani też uregulowania związanych z nim procedur, wymogów i gwarancji. Kwestie te pozostają zatem objęte prawem Unii lub zgodnymi z prawem Unii przepisami prawa krajowego.

Tym samym ustawa realizująca prezentowane założenia i wprowadzająca przepis, któremu podlegałby podmiot oferujący dostęp do internetu mieściłaby się w granicach wyjątku o którym mowa w art. 3 ust. 3a rozporządzenia. Podkreślają to także komentatorzy, zauważając: **„W ramach pierwszego wyjątku rozporządzenie 2015/2120 nie określa, jakie treści dostępne w Internecie – pod kątem ich rodzaju czy charakteru – powinny być uznawane za bezprawne, podkreślając w tym zakresie kompetencje posiadane przez państwa członkowskie (por. art. 3 ust. 1 akapit 2). W praktyce narzędzia objęte pierwszym wyjątkiem**

⁷⁶ Zob. regulację art. 202 § 4–4c k.k. wprowadzoną na mocy ustawy z dnia 4 kwietnia 2014 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. poz. 538, w celu implementacji postanowień dyrektywy Rady i Parlamentu Europejskiego 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej.

⁷⁷ Zob. regulację art. 202 § 3 k.k.

wykorzystuje się w wielu celach – rozpoczynając od walki z pornografią, kończąc na zwalczaniu naruszeń praw autorskich.”⁷⁸ Potwierdzeniem takiej oceny jest motyw 13 rozporządzenia, w którym prawodawca unijny wskazuje, że „mogą pojawić się sytuacje, w których dostawcy usług dostępu do internetu podlegają aktom prawodawczym Unii lub zgodnym z prawem Unii przepisom krajowym (na przykład dotyczącym zgodności z prawem treści, aplikacji lub usług, lub bezpieczeństwa publicznego), w tym prawu karnemu nakazującemu, na przykład, blokowanie określonych treści, aplikacji lub usług.”

Z powyższą oceną, uznającą zgodność proponowanych rozwiązań z rozporządzeniem 2015/2120, spójne jest stanowisko 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 rodzicielskiej.⁷⁹

⁷⁸ K. Araczeńska, Ł. Wroński Rozporządzenie o otwartym Internecie z perspektywy ochrony konsumentów – główne postanowienia i wybrane problemy, PME 2017, Nr 2, 2017.

⁷⁹ Stanowisko wyrażone w liście z dnia 27 czerwca 2016 r. do F. Frinchi podpisane przez M. Hagera.