

MAŁGORZATA SKÓRZEWSKA-AMBERG¹

Odpowiedzialność karna za tzw. *cyber rape* na gruncie art. 191a k.k.

Streszczenie

W dobie globalnych sieci teleinformatycznych działania podejmowane w cyberprzestrzeni nie są ograniczone przestrzenią i czasem, a udostępniane treści mogą docierać do potencjalnie nieograniczonego grona odbiorców. Nawet jeśli dostęp do nich uzależniony jest od wypełnienia dodatkowych warunków, to na ogół ich spełnienie nie jest na tyle kłopotliwe, aby taki dostęp utrudniało. Łatwość udostępniania oraz złudne poczucie całkowitej anonimowości wpływają na udostępnianie materiałów multimedialnych zawierających także treści prawem zakazane. Niezwykle niepokojącym i, niestety, coraz częstszym zjawiskiem jest udostępnianie w sieci zdjęć osób nagich bądź osób w trakcie czynności seksualnych – dokonywane bez ich wiedzy i zgody. Polskie prawo karne dostrzega wagę problemu, penalizując zachowania związane z utrwalaniem i upublicznianiem wizerunku osoby nagiej lub w trakcie czynności seksualnych, jednak wydaje się, że kategoria czynów karalnych ujęta jest zbyt wąsko, co należy ocenić krytycznie. Celem przedstawionych rozważań jest próba analizy zakresu kryminalizacji regulowanej w art. 191a k.k. oraz sformułowania postulatów *de lege ferenda*.

Słowa kluczowe: *sexting*, *cyber rape*, czynności seksualne, nagość, utrwalanie wizerunku, upublicznianie wizerunku

¹ Dr Małgorzata Skórzewska-Amberg – Katedra Teorii, Filozofii i Historii Prawa Akademii Leona Koźmińskiego; e-mail: mskorzewska@kozminski.edu.pl; ORCID: 0000-0002-8498-833X.

MAŁGORZATA SKÓRZEWSKA-AMBERG

Criminal Liability for So-Called *Cyber Rape* on the Grounds of Article 191a of the Criminal Code

Abstract

In the times of global ICT networks, activities pursued online are not limited by space and time, and the content shared in cyberspace may reach a potentially unlimited audience. Even if access to this content requires some additional conditions to be fulfilled, it is usually not as problematic as to make this access more restricted. The ease of sharing and the illusory sense of complete anonymity online contributes to sharing multimedia materials also featuring content prohibited by law. A highly disturbing and, unfortunately, increasingly common phenomenon is the online sharing of images of people engaged in a sexual intercourse – with these images being shared without their knowledge and consent. Polish criminal law is aware of the significance of the problem, penalising behaviour involving recording and publishing images of nude persons engaged in sexual activity. It seems, however, that the category of punishable acts is too narrow, which shall be subject to criticism. The objective of the discussion presented herein is to make an attempt to analyse the scope of criminalisation regulated under Article 191a of the Criminal Code (hereinafter: the CC) and formulate a set of *de lege ferenda* demands.

Keywords: sexting, cyber rape, sexual activity, nudity, image recording, image publishing

W dobie globalnych sieci teleinformatycznych treści udostępniane w cyberprzestrzeni na ogół stają się dla każdego dostępne bez ograniczeń związanych z przestrzenią i czasem. Nawet jeśli dostęp do takich treści uzależniony jest od wypełnienia dodatkowych warunków (np. rejestracji na stronie www), to *de facto* ich spełnienie nie jest na tyle kłopotliwe, aby taki dostęp utrudniało. Łatwość udostępniania wszelkich materiałów w sieci (zwykle wystarcza jedno kliknięcie, aby wiadomość, także multimedialną, przesłać do wszystkich osób znajdujących się na liście kontaktów nadawcy) oraz złudne poczucie całkowitej anonimowości wpływają na udostępnianie materiałów multimedialnych zawierających także treści prawem zakazane. Niezwykle niepokojącym i, niestety, coraz częstszym zjawiskiem jest udostępnianie w sieci zdjęć osób nagich bądź osób w trakcie czynności seksualnych dokonywane bez ich wiedzy i zgody. Skutki takich działań, w szczególności jeśli ich następstwem jest cyberprzemoc i nękanie, mogą być katastrofalne, a nawet prowadzić do śmierci osoby, której intymny wizerunek został upubliczniony.

Polskie prawo karne dostrzega wagę problemu, penalizując zachowania związane z utrwalaniem i upublicznianiem wizerunku osoby nagiej lub w trakcie czynności seksualnych, jednak wydaje się, że kategoria czynów karalnych ujęta jest zbyt wąsko, co należy ocenić krytycznie. Celem dalszych rozważań jest próba analizy zakresu kryminalizacji regulowanej w art. 191a k.k. oraz sformułowania postulatów *de lege ferenda*.

Wraz z rozwojem i upowszechnieniem telefonów komórkowych, a ściślej pojawieniem się możliwości wysyłania wiadomości tekstowych (SMS, *short message service*) obserwowane zaczęło być zjawisko przesyłania seksualnie sugestywnych wiadomości tekstowych – określane jako *sexting* (od połączenia dwóch angielskich słów: *sex* i *texting*, tj. wysyłanie wiadomości SMS). W miarę rozwoju technologii, a przede wszystkim wraz z pojawieniem się możliwości przesyłania wiadomości multimedialnych (MMS, *multimedia messaging service*) poszerzała się także definicja *sextingu*. Obecnie określenie to obejmuje wszelkie formy elektronicznego przekazu treści o charakterze seksualnym – transmitowane za pomocą mediów teleinformatycznych, w tym telefonów komórkowych (SMS, MMS, iMessage), e-maili, komunikatorów internetowych i portali społecznościowych². Choć *sexting* jest przede

² Ł. Wojtasik, *Seksting wśród dzieci i młodzieży*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2014, 13(2), s. 80–81; K.V. Açar, *Sexual Extortion of Children in Cyberspace*, „International Journal of

wszystkim domeną nastolatków, to badania wskazują, że wprawdzie odsetek ludzi zaangażowanych w *sexting* znacząco maleje wraz z wiekiem, to jednak zjawisko to nie ogranicza się do wyłącznie ludzi młodych³.

Sexting jako zjawisko, choć może być różnie oceniany, dopóki jest w pełni konsensualny, a przesłane treści pozostają w wyłącznym posiadaniu ich odbiorcy, nie pozostaje w sferze zainteresowania prawa karnego. Jednak w chwili, gdy multimedialna zawartość elektronicznego przekazu (zdjęcia, filmy) zostaje udostępniona przez odbiorcę innym osobom, następuje co najmniej naruszenie wyłącznego prawa osoby, której wizerunek został utrwalony, do dysponowania tym wizerunkiem. Biorąc pod uwagę, jak ściśle prywatnej sfery dotyczą wszelkie treści o charakterze seksualnym dotyczące osoby, której wizerunek został utrwalony, skutki upublicznienia takich treści daleko wykraczają poza naruszenie prawa do dysponowania wizerunkiem.

Upublicznienie seksualnego wizerunku osoby, obejmującego zarówno jej roznieglizowane zdjęcia (oraz inne rodzaje wizualnego przekazu), jak i zarejestrowane czynności seksualne z udziałem tej osoby (zwykle konsensualne i utrwalane w celach prywatnych), określane jest w piśmiennictwie jako cyberzgwalcenie (*cyber rape*, często także pornografia odwetowa – *revenge pornography*, *non-consensual pornography*)⁴.

Cyber Criminology” 2016, 10(2), s. 112; M. Kamiński, *Prawnokarna problematyka sextingu*, „Poznańskie Zeszyty Humanistyczne” 2015, 25, s. 38, http://www.pomost.net.pl/tom_25/prawnokarna_problematyka_sextingu.pdf (dostęp: 16.07.2018); W.S. DeKeseredy, M.D. Schwartz, *Thinking Sociologically about Image-Based Sexual Abuse: The Contribution of Male Peer Support Theory*, „Sexualization, Media, & Society” 2016, 2(4), s. 3.

³ R. Espejo, *Introduction*, [w:] idem (red.), *Sexting*, Farmington Hills, MI 2015, s. 7; Power to Decide (dawniej The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy), *Sex and Tech. Results from a Survey of Teens and Young Adults*, Washington DC, 2008, s. 1–5, <https://powertodecide.org/sites/default/files/resources/primary-download/sex-and-tech.pdf> (dostęp: 25.07.2018); K.J. Mitchell, D. Finkelhor, L.M. Jones, J. Wolak, *Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study*, „Pediatrics” 2012, 129(1), s. 3, 5–8, <http://pediatrics.aappublications.org/content/early/2011/11/30/peds.2011-1730> (dostęp: 26.07.2018); raport YISS-3, s. 55–57 (table 28, 29); N. Stanley, Ch. Barter, M. Wood, N. Aghtaie, C. Larkins. A. Lanau, C. Överlien, *Pornography, Sexual Coercion and Abuse and Sexting in Young People's Intimate Relationships: A European Study*, „Journal of Interpersonal Violence” 2016, s. 13–15; Sz. Wójcik, K. Makaruk, *Seksting wśród polskiej młodzieży. Wyniki badania ilościowego*, Fundacja Dzieci Niczyje, 2014, s. 6–13, http://fdds.pl/wp-content/uploads/2016/05/Wojcik_Makaruk_Seksting_wsrod_pol-skiej_mlodziyzy.pdf (dostęp: 28.07.2018); J. Ringrose, R. Gill, S. Livingstone, L. Harvey, *A Qualitative Study of Children, Young People and "Sexting": A Report Prepared for the NSPCC*, London 2012, s. 53–54; A. Phippen, *Sexting: An Exploration of Practices, Attitudes and Influences*, London 2012, s. 2–3, <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/sexting-exploration-practices-attitudes-influences-report-2012.pdf> (dostęp: 25.07.2018).

⁴ Por. D.K. Citron, M.A. Franks, *Criminalizing Revenge Porn*, „Wake Forest Law Review” 2014, 49, s. 345–391, <https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2424&context=lawreview>

Na świecie zaczyna być obserwowana tendencja do usystematyzowanego udostępniania seksualnego wizerunku osoby bez jej zgody, w tym w szczególności filmów obrazujących te osoby w trakcie czynności seksualnych. Obecnie szacuje się, że istnieje więcej niż 3000 stron internetowych służących do rozpowszechniania tego rodzaju treści. Zwykle materiały te zawierają także linki do elektronicznych profili osób (Facebook, Twitter etc.), których wizerunek został utrwalony, co umożliwia natychmiastową i pełną identyfikację tych osób. Wiele z takich stron umożliwia też swoisty handel prezentowanymi treściami – najczęściej z użyciem kryptowaluty⁵.

Choć określenia „cyberzgwałcenie” czy „pornografia odwetowa” są bez wątpienia chwytliwe, to jednak nie do końca oddają istotę zjawiska. Stąd postuluje się, aby zachowania takie określać znaczeniowo pojemniejszym od dotychczasowych, określeniem wykorzystania seksualnego z użyciem wizerunku (*image-based sexual abuse*). Wykorzystanie takie oznacza zatem dokonane z naruszeniem prywatności: wytworzenie lub dystrybucję (albo jedno i drugie) seksualnego wizerunku osoby⁶. Nie ma znaczenia, czy wizerunek ten został zarejestrowany za zgodą czy bez zgody uwiecznionej osoby, jeśli jego udostępnienie następuje bez zgody tej osoby.

Wykorzystanie seksualne z użyciem wizerunku jest kryminalizowane w polskim prawie karnym. Kodeks karny w art. 191a określa dwa zachowania karalne: jedno dotyczy utrwalania wizerunku osoby nagiej lub w trakcie czynności seksualnej⁷, jeśli utrwalanie to zostało dokonane z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem („kto utrwała wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności

text= fac_pubs (dostęp: 14.08.2018). Podkreślić należy, że określenie cyberzgwałcenie nie powinno być utożsamiane ze zgwałceniem w cyberprzestrzeni.

⁵ Por. W.S. DeKeseredy, M.D. Schwartz, op. cit., s. 2. Jedna ze stron oferujących możliwość udostępniania treści zawierających seksualny wizerunek osoby (wraz z linkami do informacji identyfikujących te osoby), miała ponad 30 milionów odwiedzających miesięcznie, co jasno pokazuje skalę zainteresowania tego rodzaju treściami (R.D. Lamphere, K.T. Pikciunas, *Sexting, sextortion, and other Internet sexual offenses*, [w:] J.N. Navarro, S. Clevenger, C.D. Marcum (red.), *The Intersection Between Intimate Partner Abuse, Technology, and Cybercrime: Examining the Virtual Enemy*, s. 148, cyt. za: W.S. DeKeseredy, M.D. Schwartz, op. cit., s. 2).

⁶ Por. C. McGlynn, F. Rackley, *Image-Based Sexual Abuse*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2017, 37(3), s. 534–538.

⁷ Czynności seksualne w rozumieniu polskiego Kodeksu karnego obejmują zarówno obcowanie płciowe, jak i tzw. inne czynności seksualne. Obcowanie płciowe oznacza kontakt fizyczny charakteryzujący się fizyczną penetracją ciała jednej osoby z wykorzystaniem części ciała innej osoby lub przedmiotów martwych (przy czym penetracja ta dotyczy wyłącznie narządów płciowych lub ich surogatów). Inne czynności seksualne są to czynności seksualne nienależące do kategorii obcowania seksualnego, tj. niezwiązane z penetracją ciała, dokonywane w celu wywołania bądź zaspokojenia popędu płciowego. Szerzej: M. Bielski, *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, 1, s. 223–226.

seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny”), drugie – rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody (kto wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody rozpowszechnia).

Art. 191a do Kodeksu karnego wprowadzony został ustawą z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589). Przyjęcie tego uregulowania na ogół zostało przyjęte z aprobatą. Zwracano przede wszystkim uwagę na coraz większą powszechność i nagminność zachowań objętych kryminalizacją przy niewystarczającej w tym względzie ochronie prawa, na co odpowiedzią była wspomniana nowelizacja⁸.

W doktrynie panuje powszechna zgoda co do tego, że osoba naga jest to osoba pozbawiona odzieży. Jednak zarysowały się wątpliwości co do tego, czy powinna być traktowana jako naga osoba, która jest wprawdzie jest częściowo ubrana, ale jej strefy intymne (tj. narządy płciowe, pośladki, kobiece piersi) pozostają nieosłonięte⁹. Wydaje się, że słuszny jest pogląd, wedle którego nagość może być zupełna (całkowity brak odzieży) lub częściowa (nagość częściowa oznacza odsłonięcie stref intymnych człowieka)¹⁰. Trudno byłoby uzasadnić tezę, że szczególnie chroniony będzie wizerunek osoby, która wprawdzie jest całkowicie naga, ale np. leży w sposób, który powoduje, że jej miejsca intymne nie są widoczne, natomiast ochrony takiej prawo karne nie będzie zapewniać osobie ubranej, której jedynie miejsca intymne zostały obnażone i wyeksponowane¹¹. Warunkiem koniecznym uznania utrwalonego obrazu za wizerunek osoby pozostaje możliwość zidentyfikowania tej osoby, przy czym nie jest niezbędne, aby identyfikacja dokonywana była wyłącznie

⁸ Por. M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawno-karna i praktyka ścigania)*, „Prawo w Działaniu” 2014, 19, s. 7–8; M. Mozgawa, *Kilka uwag na temat przestępstwa utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a k.k.)*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012, s. 415–416, s. 430; A. Michalska-Warias, T. Bojarski, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 469; R. Krajewski, *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, „Prokuratura i Prawo” 2012, 5, s. 22; odmiennie: M. Filar, [w:] idem (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 921.

⁹ Por. J. Lachowski, [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 873.

¹⁰ M. Mozgawa, [w:] idem (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 582; A. Zoll, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211 k.k.*, Warszawa 2017, s. 609; M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, op. cit., s. 9–10; M. Mozgawa, *Kilka uwag...*, s. 418–419; B. Filek, *Wizerunek nagiej osoby jako znamię przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2012, 7–8, s. 72–73; R. Krajewski, op. cit., s. 20–40.

¹¹ Szerzej B. Filek, op. cit., s. 70–75.

w oparciu o twarz pokrzywdzonego. Wystarczy, aby utrwalona treść obejmowała szczegóły, na podstawie których osoba, której wizerunek został utrwalony, może zostać rozpoznana przez osoby trzecie¹².

Utrwalanie w języku polskim oznacza rejestrowanie dźwięków i obrazów, w tym na taśmach, płytach i w pamięci komputera – w celu ich późniejszego odtworzenia¹³. W piśmiennictwie zarysowała się jednak pewna rozbieżność poglądów co do sposobu utrwalania. Z jednej strony podnoszone jest, że utrwalanie może być dokonane wyłącznie przy użyciu technicznych środków rejestracji obrazu (np. film, zdjęcie)¹⁴, z drugiej dopuszcza się także utrwalenie wizerunku przy użyciu ołówka, pędzla etc. (jako portret, szkic, grafika)¹⁵. Wydaje się, że słuszny jest ten drugi pogląd, nie wydaje się bowiem zasadne uznanie, że wizerunek osoby nagiej, bądź w trakcie czynności seksualnych, utrwalony np. na szkicu czy grafice jest czym istotnie różnym od utrwalonego na zdjęciu. Podkreślenia wymaga, że utrwalanie częściowo (np. topless), a nawet całkowicie nagich osób, które znajdują się w miejscach, gdzie mogą zobaczyć je inni ludzie, np. na plaży, nie wypełnia znamion czynu z art. 191a kk, natomiast rozpowszechnianie ich wizerunku dokonywane bez zgody tych osób – już tak¹⁶.

Nie ulega wątpliwości, że kryminalizacja czynów ujętych w art. 191a kk jest ze wszech miar słuszna, jednak nie można pominąć pewnych kwestii, które mogą budzić zastrzeżenia, w szczególności ze względu na to, że *de facto* zawężają zakres zachowań, które nie powinny być dozwolone. Rozważenia wymagają dwie sprawy. Po pierwsze ograniczenie karalnego utrwalania wyłącznie do sytuacji użycia przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. Po wtóre zniesienie odpowiedzialności sprawcy, który jedynie udostępnił utrwalony wizerunek, bez jego rozpowszechniania.

Utrwalanie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej kryminalizowane jest wyłącznie wtedy, jeśli sprawca posługuje się przemocą skierowaną przeciwko pokrzywdzonemu, groźbą bezprawną lub podstępem w celu dokonania rejestracji wizerunku pokrzywdzonego i jeśli dodatkowo. Przemoc oznacza użycie siły w stosunku do osoby pokrzywdzonego. Groźbą bezprawną będzie zarówno groźba popełnienia przestępstwa na szkodę pokrzywdzonego (jeśli groźba wzbudza w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona),

¹² Więcej ibidem, s. 63–70; A. Zoll, op. cit., s. 608–609; R. Krajewski, op. cit., s. 26; M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, op. cit., s. 9–10.

¹³ M. Szymczak (red.), *Słownik Języka Polskiego*, Warszawa 1988, t. 3, s. 633; <https://sjp.pwn.pl/szukaj/utrwalac.html>; por. też M. Bielski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), op. cit., s. 800.

¹⁴ M. Mozgawa, [w:] idem (red.), op. cit., s. 584; A. Zoll, op. cit., s. 608.

¹⁵ J. Lachowski, op. cit., s. 874; M. Filar, M. Berent, [w:] M. Filar (red.), op. cit., s. 1188.

¹⁶ M. Mozgawa, [w:] idem (red.), op. cit., s. 583.

jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego – przy czym niebezpieczeństwo realizacji groźby nie musi obiektywnie istnieć. Podstęp polega na wprowadzeniu w błąd lub wykorzystaniu błędu pokrzywdzonego co do okoliczności stanowiących podstawę lub mających wpływ na podejmowaną przez niego decyzję (podstęp obejmuje stosowanie wszelkich środków eliminujących opór bądź wyłączających świadome podjęcie decyzji, w tym podanie pokrzywdzonemu bez jego wiedzy środków odurzających). Nie jest przy tym konieczne, aby przemoc, groźba lub podstęp były jednoczesne z czynnością utrwalania.

Odmienne niż w art. 197 k.k., który używa określenia „kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego” (§ 1) lub „do poddania się innej czynności seksualnej albo [jej] wykonania” (§ 2), w art. 191a użyto określenia „kto utrwała wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej, używając w tym celu wobec niej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu”.

Stąd o ile w przypadku czynu z art. 197 kk przemoc oznacza użycie siły w stosunku do osoby pokrzywdzonego, względnie innej osoby, którą pokrzywdzony stara się chronić, bądź zwierzęcia lub rzeczy – w celu oddziaływania na proces decyzyjny ofiary¹⁷, o tyle w przypadku czynu z art. 191a k.k. przemoc może być użyta wyłącznie wobec osoby pokrzywdzonej, z wyłączeniem możliwości przyjęcia, aby przemoc ta była nakierowana na inną osobę albo też na osobę za pośrednictwem rzeczy¹⁸.

Uznać należy, że istniejące *de lege lata* unormowanie w sposób niepotrzebny zawęży krąg czynów karalnych opisanych w art. 191a kk i zasadne byłoby co najmniej usunięcie określenia „wobec niej” w odniesieniu do przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu (przepis mógłby przyjąć postać „Kto z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu utrwała....”)¹⁹. Rozważenia wymaga, czy w przy-

¹⁷ Por. ibidem, s. 607; M. Bielski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), op. cit., s. 679; V. Konarska-Wrzosek, [w:] eadem (red.), op. cit., s. 894–895; J. Piórkowska-Flieger, [w:] T. Bojarski (red.), op. cit., s. 564; A. Michalska-Warias, *Wybrane problemy przestępstwa zgwałcenia*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), op. cit., s. 402; por. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 14 września 2016 roku (II AKa 99/16, KZS nr 11/2016, poz. 55), w którym wskazane zostało, że przemoc może być skierowana bezpośrednio na ofiarę lub inną, bliską jej osobę; także w wyroku z 8 kwietnia 2009 roku (II AKa 294/16, LEX nr 2341089) Sąd Apelacyjny w Gdańsku wskazał, że „zabieranie użytkowanych przez pokrzywdzoną laptopa i telefonu, zamykanie jej w domu, odbieranie dostępu do telewizji”, to działania będące przemocą nakierowaną na przełamanie oporu pokrzywdzonej i zmuszenie jej do poddania się woli oskarżonego.

¹⁸ M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, op. cit., s. 11–12.

¹⁹ Podobnie ibidem, s. 12, przypis 25; J. Kosonoga, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1146.

padku utrwalania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej w ogóle powinny być wprowadzane dodatkowe znamiona, które decydują o karalności takiego działania. Wydaje się, że jedynym wyznacznikiem uchylającym karalność takiego utrwalania powinna być zgoda osoby, której utrwalanie dotyczy. Nie ma bowiem uzasadnienia wyjęcie z zakresu zachowań karalnych utrwalania intymnego wizerunku osoby – w tym w szczególności osoby w trakcie czynności seksualnej – bez jej wiedzy i zgody, nawet jeśli nie jest dokonywane z użyciem przymusu, groźby bezprawnej lub podstępem (a np. z użyciem teleobiektywu). Zgoda dysponenta dobrem w tym wypadku powinna być szczególnie istotna i wymagana, zaś ograniczenie kryminalizacji utrwalania intymnego wizerunku osoby wyłącznie do ściśle określonych zachowań, w dodatku skierowanych wyłącznie wobec pokrzywdzonego, może być odbierana jako swoiste przyzwolenie na utrwalanie takiego wizerunku w inny, nieujęty w znamionach art. 191a k.k. sposób.

Rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez zgody tej osoby jest penalizowane niezależnie od tego, w jaki sposób jej wizerunek został utrwalony. Nie jest też istotne, czy osoba ta wyraziła zgodę na utrwalanie czy też nie. Jedynym istotnym czynnikiem z punktu widzenia karalności sprawcy jest istnienie bądź brak zgody osoby, której wizerunek został utrwalony, na jego rozpowszechnianie. Takiej zgody nie można domniemywać, brak sprzeciwu nie może być traktowany jako zgoda na rozpowszechnianie.

Na gruncie poglądów doktryny i przyjętej w orzecznictwie wykładni przez rozpowszechnianie rozumie się uczynienie czegoś dostępnym dla nieokreślonego kręgu osób²⁰. Można wprawdzie spotkać w doktrynie pogląd, wedle którego „rozpowszechnianie, o którym mowa w art. 191 a k.k., nie może być tylko utożsamiane z czynieniem wizerunku powszechnie dostępnym, choć właśnie tak pojęcie rozpowszechniania jest rozumiane na tle art. 202 k.k., który dotyczy prezentowania, produkcji i rozpowszechniania treści pornograficznych. (...) rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby lub osoby w czasie czynności seksualnej to także udostępnienie go nawet jednej osobie lub wąskiej grupie osób. (...) Odmienne interpretacja pojęcia rozpowszechniania jest zatem nieuprawniona, gdyż stanowiłaby ona przejaw wykładni zwięzającej dokonanej wbrew *ratio legis* przepisu, który ma przecież w jak najszerszym zakresie chronić ludzi przed nadużyciami w przedmiotowym zakresie. Wydaje się wręcz, że gdyby ustawodawca chciał takiego zawężenia, to by to wprost wyraził, tak jak uczynił to choćby w art. 241 k.k., w którym zabrania rozpowszechniania publicznie wiadomości z postępowania przygotowawczego,

²⁰ Por. J. Kosonoga, op. cit., s. 1145; M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, op. cit., s. 14; M. Królikowski, A. Sakowicz, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, Tom I, Komentarz, Art. 117–221*, Warszawa 2017, s. 610; J. Lachowski, op. cit., s. 875.

a zatem zaznaczył, że nie chodzi o jakiegokolwiek rozpowszechnianie, ale jedynie o uczynione publicznie. Jeżeli zatem w art. 191 a k.k. tego nie zrobił, to przyjąć należy, że chodzi tu o wszelkie formy rozpowszechniania²¹. Trudno jest jednak zgodzić się z tym poglądem. Przytoczona interpretacja stanowi bowiem przejaw wykładni rozszerzającej dokonanej wbrew przyjętej na gruncie polskiego prawa karnego interpretacji pojęcia „rozpowszechnianie”. Także w powoływanym na wzór art. 241 kk mowa jest o rozpowszechnianiu publicznym („kto bez zezwolenia rozpowszechnia publicznie”), zatem „publicznie” stanowi wyłącznie dookreślenie rozpowszechniania, nie determinuje zaś zakresu osób, do których rozpowszechniana treść dochodzi. Rozpowszechnianie rozumiane jest jako czynienie wiadomości ogólnie dostępnymi, umożliwienie zapoznania się z nimi większej i nieoznaczonej z góry liczbie osób, zaś „publiczne” opisuje niejako miejsce zachowania. Rozpowszechnianie jest publiczne, gdy ze względu na miejsce działania albo okoliczności i sposób działania sprawcy jego zachowanie się jest lub może być dostępne (dostrzegalne) dla nieokreślonej liczby osób²².

W przypadku udostępniania wizerunku osoby nagiej lub osoby w trakcie czynności seksualnej jedynym istotnym czynnikiem powinno być naruszenie prywatności osoby, której wizerunek został utrwalony. Podkreślić przy tym należy, że kategoria prywatności w tym przypadku dotyczy sfery szczególnie wrażliwej, związanej z seksualnością człowieka i nie powinno mieć żadnego znaczenia, ile osób trzecich z takim wizerunkiem się zapozna. Wszakże w przypadku udostępnienia przedmiotowego wizerunku w cyberprzestrzeni, o ile nie jest on zabezpieczony i dostępny wyłącznie dla ściśle określonej liczby osób, udostępnianie takie zawsze będzie jednocześnie rozpowszechnianiem, jednak jeśli sprawca np. prześle utrwalone treści kilku innym osobom – jego działanie nie będzie mogło być klasyfikowane jako rozpowszechnianie. Wydaje się jednak, że *ratio legis* art. 191a przemawiałoby za tym, aby zastąpić znamię rozpowszechniania przez „udostępnianie”, co rozwiązałoby wątpliwości co do zakresu ochrony zapewnianej przez art. 191a kk.

De lege ferenda można także rozważyć wprowadzenie typu kwalifikowanego – jeśli następstwem czynu z art. 191a jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie²³.

²¹ R. Krajewski, op. cit., s. 27–28.

²² Por. M. Mozgawa, [w:] idem (red.), op. cit., s. 746; A. Herzog, [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 1539–1540; R.A. Stefański, *Przestępstwo rozpowszechniania wiadomości z postępowania karnego (art. 241 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2001, 5, s. 15.

²³ Podobnie R. Krajewski, op. cit., s. 39; A. Kilińska-Pękacz, *Karnoprawna ochrona dziecka przed rozpowszechnianiem jego nagiego wizerunku podczas czynności seksualnych na podstawie art. 191a kk*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2014, 13(2), s. 51. Na świecie rejestrowane są dość liczne przypadki prób samobójczych (w większości udanych) w następstwie upublicznienia treści za-

Znowelizowany art. 191a mógłby zatem przyjąć brzmienie:

- „§ 1. Kto wizerunek nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez zgody tej osoby utrwała lub udostępnia, podlega karze pozbawienia wolności od ... do
- § 2. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od ... do ...
- § 3. Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego.”

W doktrynie istnieje spór co do umiejscowienia art. 191a w Kodeksie. Z jednej strony pojawiają się opinie akceptujące umieszczenie tego przepisu w rozdziale XXIII dotyczącym przestępstw przeciwko wolności²⁴, z drugiej wskazujące raczej na rozdział XXV dotyczący przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności jako miejsce bardziej zasadne²⁵.

Wizerunek osoby nagiej, nawet częściowo, zwykle ma zabarwienie seksualne (choć oczywiście można wskazać przykłady przeciwne – choćby antyczne czy renesansowe rzeźby). Jednak w omawianej kategorii przypadków mówimy o nagości polegającej na ukazaniu przede wszystkim stref płciowych człowieka, a więc koncentrujących się na jego seksualności, a wtedy ochrona takiego wizerunku należy raczej do sfery ochrony wolności seksualnej i obyczajności niż ochrony wolności. Podobnie jest w przypadku wizerunku osoby w trakcie czynności seksualnej, który raczej bez wątplenia dotyczy sfery seksualnej strony człowieka, a co za tym idzie, prawo do decydowania o tym, czy, jak i komu taki wizerunek można ujawnić, należy do sfery wolności seksualnej i obyczajności.

Mimo tego, że w przypadku utrwalania wizerunku nagiej osoby dobrem atakowanym jest wolność osoby od znoszenia stanu spowodowanego zachowaniem drugiej osoby używającej przemocy, groźby bezprawnej lub podstępnej godzącego rażąco w sferę życia prywatnego i intymnego, to w większości przypadków dobro

wierających seksualny wizerunek osoby – dotyczące zarówno małoletnich, jak i osób dorosłych, por. C. Schilling, *Women commit suicide over horrific 'cyber rape' trend*, 2016, <https://www.wnd.com/2016/09/women-commit-suicide-over-horrific-cyber-rape-trend/#WHfZXXwtuKwv7tPP.99>; <https://www.cbsnews.com/news/corey-walgren-suicide-sex-tape-dilemma-for-schools-chicago/>; <https://www.connectsafely.org/teens-suicide-over-sexting/>; <https://protectyoungeyes.com/snapchat-suicide-social-media-killing-our-kids/>; <http://www.puresight.com/Real-Life-Stories/hope-witsell.html>; <http://www.amandatodlegacy.org/about-amanda.html> (dostęp: 13.08.2018).

²⁴ Por. A. Zoll, op. cit., s. 607; J. Lachowski, op. cit., s. 872–873; M. Filar, M. Berent, op. cit., s. 1187–1188; R. Krajewski, op. cit., s. 39.

²⁵ J. Kosonoga, op. cit.; M. Mozgawa, K. Nazar-Gutowska, op. cit., s. 14; M. Mozgawa, *Kilka uwag...*, s. 417–418; idem, [w:] idem (red.), op. cit., s. 582.

atakowane należy jednak do kategorii wolności seksualnej i obyczajności, nakazujących między innymi poszanowanie prawa jednostki i społeczeństwa do ochrony prywatności w sferze seksualnej. Zatem wydaje się, że przedmiotowy przepis powinien raczej zostać umieszczony w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności niż przestępstw przeciwko wolności.

Bibliografia

- Açar K.V., *Sexual Extortion of Children in Cyberspace*, „International Journal of Cyber Criminology” 2016, 10(2), s. 110–126, DOI: 10.5281/zenodo.163398/.
- Bielski M., *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, 1, s. 211–229.
- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, 2012.
- Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, 2016.
- Citron D.K., Franks M.A., *Criminalizing Revenge Porn*, „Wake Forest Law Review” 2014, 49, s. 345–391, https://digitalcommons.law.umaryland.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2424&context=fac_pubs (dostęp: 16.07.2018).
- DeKeseredy W.S., Schwartz M.D., *Thinking Sociologically about Image-Based Sexual Abuse: The Contribution of Male Peer Support Theory*, „Sexualization, Media, & Society” 2016, 2(4), s. 1–8, DOI: 10.1177/2374623816684692.
- Espejo R., *Introduction*, [w:] Espejo R. (red.), *Sexting*, Farmington Hills, MI 2015, s. 7–9.
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LexisNexis, 2010.
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, 2016.
- Filek B., *Wizerunek nagiej osoby jako znamię przestępstwa z art. 191a § 1 k.k.*, „Prokuratura i Prawo” 2012, 7–8, s. 61–77.
- Kamiński M., *Prawnokarna problematyka sextingu*, „Poznańskie Zeszyty Humanistyczne” 2015, 25, s. 38–45, http://www.pomost.net.pl/tom_25/prawnokarna_problematyka_sextingu.pdf (dostęp: 16.07.2018).
- Kilińska-Pękacz A., *Karnoprawna ochrona dziecka przed rozpowszechnianiem jego nagiego wizerunku podczas czynności seksualnych na podstawie art. 191a kk*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka” 2014, 13(2), s. 40–54.
- Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer 2016.
- Krajewski R., *Przestępstwo utrwalania i rozpowszechniania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej*, „Prokuratura i Prawo” 2012, 5, s. 20–40.
- Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 1, Komentarz, Art. 117–221*, C.H. Beck 2017.
- McGlynn C., Rackley E., *Image-Based Sexual Abuse*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2017, 37(3), s. 534–561.

- Michalska-Warias A., *Wybrane problemy przestępstwa zgwałcenia*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012, s. 400–413.
- Mitchell K.J., Finkelhor D., Jones L.M., Wolak J., *Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study*, „*Pediatrics*” 2012, 129(1), <http://pediatrics.aappublications.org/content/pediatrics/early/2011/11/30/peds.2011-1730.full.pdf> (dostęp: 26.07.2018).
- Mozgawa M., *Kilka uwag na temat przestępstwa utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej (art. 191a k.k.)*, [w:] A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak (red.), *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara*, t. 1, Toruń 2012, s. 414–430.
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer 2016.
- Mozgawa M., Nazar-Gutowska K., *Utrwalanie lub rozpowszechnianie wizerunku nagiej osoby – art. 191a k.k. (analiza prawnokarna i praktyka ścigania)*, „*Prawo w Działaniu*” 2014, 19, s. 7–40.
- Phippen A., *Sexting: An Exploration of Practices, Attitudes and Influences*, UK Safer Internet Centre, National Society for the Prevention of Cruelty to Children, 2012, s. 2–3, <https://www.nspcc.org.uk/globalassets/documents/research-reports/sexting-exploration-practices-attitudes-influences-report-2012.pdf> (dostęp: 25.07.2018).
- Ringrose J., Gill R., Livingstone S., Harvey L., *A qualitative study of children, young people and „sexting”: a report prepared for the NSPCC*, National Society for the Prevention of Cruelty to Children, London 2012.
- Schilling C., *Women commit suicide over horrific ‘cyber rape’ trend*, 2016, <https://www.wnd.com/2016/09/women-commit-suicide-over-horrific-cyber-rape-trend/#WHfZXWtuKwv7tPP.99> (dostęp: 13.08.2018).
- Sex and Tech. Results from a Survey of Teens and Young Adults*, Power to Decide [dawniej The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy], Washington DC 2008, <https://powertodecide.org/sites/default/files/resources/primary-download/sex-and-tech.pdf> (25.07.2018).
- Stefański R. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, 2017.
- Stefański R.A., *Przestępstwo rozpowszechniania wiadomości z postępowania karnego (art. 241 k.k.)*, „*Prokuratura i Prawo*” 2001, 5, s. 15–33.
- Wojtasik Ł., *Seksting wśród dzieci i młodzieży*, „*Dziecko Krzywdzone. Teoria, Badania, Praktyka*” 2014, 13(2), s. 79–98.
- Wójcik Sz., Makaruk K., *Seksting wśród polskiej młodzieży. Wyniki badania ilościowego*, Fundacja Dzieci Niczyje, 2014, http://fdds.pl/wp-content/uploads/2016/05/Wojcik_Makaruk_Seksting_wsrod_polskiej_mlodziy.pdf (dostęp: 28.07.2018).
- Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 117–211 k.k.*, Wolters Kluwer 2017.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, *Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Zakamycze 2006.