

ARKADIUSZ LACH

POJĘCIE POSIADANIA PORNOGRAFII DZIECIĘCEJ W ART. 202 § 4A KODEKSU KARNEGO W ODNIESIENIU DO DANYCH INFORMATYCZNYCH

Jednym z rodzajów przestępstw komputerowych są tzw. przestępstwa związane z treścią (*content-related crimes*). Do grupy tej zaliczamy posiadanie pornografii dziecięcej. Jak się jednak okazuje, interpretacja znamienia czasownikowego „posiada” w prawie karnym w odniesieniu do danych informatycznych nie jest prosta. Warto zatem przeanalizować to zagadnienie w kontekście pornografii dziecięcej¹, choć w części uwagi te będą aktualne także w odniesieniu do innych przestępstw polegających na nielegalnym posiadaniu.

Słowniki języka polskiego definiują czasownik „posiadać” w podstawowym znaczeniu jako „mieć coś jako swoją własność”², „być właścicielem czegoś”³, „mieć jakąś cenną rzecz (ziemię, nieruchomości, pieniądze, wartościowy przedmiot) jako swoją własność”, „być właścicielem czegoś”; „mieć”⁴. Jak widać „posiadanie” w języku potocznym używane jest najczęściej dla określenia własności, ale także dla określenia stanu faktycznego.

Analizę terminu „posiadanie” w języku prawnym należy zacząć od jego znaczenia w prawie cywilnym. J. Ignatowicz⁵ określa posiadanie jako rodzaj władztwa nad rzeczą, które może być formą wykonywania prawa albo nie być związane z tym prawem. Zgodnie z art. 336 k.c., posiadaczem rzeczy jest zarówno ten, kto nią faktycznie włada jako właściciel (posiadacz samoistny), jak i ten, kto nią faktycznie włada jako użytkownik, zastawnik, najemca, dzierżawca lub mający inne prawo, z którym łączy się określone władztwo nad cudzą rzeczą (posiadacz zależny). Tradycyjnie przyjmuje się, że posiadanie charakteryzują dwa elementy: *corpus* i *animus*, czyli zewnętrzna i wewnętrzna strona posiadania. *Corpus* to znajdowanie się w takiej sytuacji, w której można czynić z rzeczą to, co mogą czynić osoby posiadające do niej określone prawo. Natomiast *animus* jest elementem woli, stanu psychicznego i oznacza wolę wykonywania względem rzeczy pewnego prawa dla siebie (w swoim imieniu)⁶.

¹ W opracowaniu skupiono się na analizie art. 202 §4a k.k. Należy wszakże wskazać również na art. 202 §3 k.k. oraz art. 202 §4b k.k.

² W. Doroszewski (red.), *Słownik języka polskiego*, t. VI, Warszawa 1964, s. 1101.

³ M. Bańko, *Inny słownik języka polskiego*, t. II, Warszawa 2000, s. 197.

⁴ E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2002, s. 721.

⁵ J. Ignatowicz, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 1998, s. 283.

⁶ *Ibidem*, s. 286.

Jak zauważa się w doktrynie prawa cywilnego⁷, nie jest to jednak pojęcie jednoznaczne i w zależności od sytuacji może oznaczać wolę władania rzeczą, wolę wykonywania prawa czy też „określonego prawa” lub też wolę współposiadania. Od posiadania odróżnia się dzierżenie, czyli – w myśl art. 338 k.c. – faktyczne władanie rzeczą za kogoś innego (np. władztwo przechowawcy czy przewoźnika). Elementem odróżniającym jest tu czynnik woli, dzierżyciel bowiem ma wolę posiadania w imieniu innej osoby⁸. Powyższe koncepcje mają oczywiście w kontekście analizowanego zagadnienia charakter pomocniczy, zważywszy na fakt, że dane informatyczne prezentujące pornografię nie mają przymiotu rzeczy na gruncie prawa cywilnego. Stanowią one jednak punkt wyjścia do zdefiniowania posiadania w kontekście art. 202 §4a k.k.

Analizę wykładni znamienia czasownikowego „posiada” w prawie karnym można przeprowadzić opierając się na dorobku orzecznictwa i doktryny na kanwie przepisów wprowadzonych wcześniej niż art. 202 §4a k.k., które mają lub miały w opisie ustawowych znamion „posiadanie”.

Zacznijmy od posiadania broni palnej. W orzecznictwie wyraża się pogląd, że „posiadaniem jest każde władanie bronią bez wymaganego zezwolenia, co wyczerpuje znamiona posiadania, zaś czasokres jej posiadania wpływa na ocenę stopnia szkodliwości społecznej takiego czynu”⁹ oraz, że „pojęciem posiadania, w rozumieniu przepisu 263 §2 k.k., objęte jest również krótkotrwałe władanie bronią palną lub amunicją, bez wymaganego zezwolenia, nawet bez chęci zatrzymania tych rzeczy na własność”¹⁰. W jednym z wyroków SA w Krakowie stanął na stanowisku, że „Nielegalne posiadanie broni (art. 263 §2 k.k.) obejmuje nie tylko posiadanie samoistne, ale i posiadanie zależne, m.in. przechowywanie broni z upoważnienia innej osoby, a nawet jej krótkotrwałe noszenie”¹¹. Wskazywano jednak, że nielegalnym posiadaniem nie zawsze jest przypadkowy lub krótkotrwały kontakt z bronią (polegający np. na przekazywaniu jej sobie)”¹². W orzecznictwie wskazano też na odmienne od cywilistycznego pojmowanie posiadania w prawie karnym, którym jest „każde faktyczne władanie rzeczą lub mieniem”¹³.

Na gruncie k.k. z 1969 r. SN przyjął, że posiadaniem broni lub amunicji jest „każde władanie nimi, bez względu na to, czy sprawca ma je przy sobie lub u siebie (np. w swoim lub cudzym mieszkaniu, gospodarstwie itp.), jeśli towarzyszy mu taki zamiar, nawet bez chęci zatrzymania tych rzeczy na własność”¹⁴.

Pojęcie „posiadania” było przedmiotem pogłębionej analizy w kontekście art. 22 ustawy o oznaczaniu wyrobów znakami akcyzy. W uchwale z 18 grudnia 1997 r.¹⁵ SN stwierdził, że „Pojęcie posiadania jako znamię przestępstwa

⁷ J. Gołaczyński, *Posiadanie*, w: E. Gniewek (red.) *System prawa prywatnego. Prawo rzeczowe*, t. IV, Warszawa 2005, s. 5-6.

⁸ *Ibidem*, s. 14-15.

⁹ Wyrok SA w Katowicach z 21 czerwca 2007 r., II AKa 55/07, LEX nr 331785.

¹⁰ Wyrok SA w Katowicach z 29 czerwca 2006 r., II AKa 128/06, LEX nr 196098.

¹¹ Wyrok SA w Krakowie z 2 listopada 2004 r., II AKa 119/04, LEX nr 150557.

¹² Wyrok SA w Katowicach z 18 marca 2004 r., II AKa 21/04, LEX nr 142865.

¹³ Wyrok SA w Krakowie z 27 czerwca 2002 r., II AKa 149/02, LEX nr 57031.

¹⁴ Wyrok SN z 13 sierpnia 1993 r., WR 107/93, LEX nr 20628.

¹⁵ I KZP 34/97, OSNKW 1998, nr 1-2, poz. 4.

przewidzianego w art. 22 ustawy z dnia 2 grudnia 1993 r. o oznaczaniu wyrobów znakami skarbowymi akcyzy (Dz. U. Nr 127, poz. 584) jest równoznaczne z posiadaniem w rozumieniu art. 336 k.c., nie obejmuje natomiast innych form władania rzeczą”. Przyjęto zatem węższe rozumienie pojęcia „posiadanie”, niż w przypadku broni palnej. SN odwołał się tu do *ratio legis* przepisu oraz wykładni systemowej. Głosy krytyczne do powyższej uchwały¹⁶ spowodowały, że SN raz jeszcze zajął się problemem posiadania, podejmując w powiększonym składzie uchwałę o odstąpieniu od swojego wcześniejszego stanowiska poprzez stwierdzenie, że „Zakres pojęcia posiadania, stanowiącego znamię przestępstwa określonego w art. 22 ust. 1 ustawy z dnia 2 grudnia 1993 r. o oznaczaniu wyrobów znakami skarbowymi akcyzy (Dz. U. Nr 127, poz. 584 ze zm.), nie jest ograniczony do posiadania samoistnego lub zależnego w rozumieniu art. 336 k.c., lecz obejmuje każde faktyczne władanie wyrobami, w tym również wykonywane za kogo innego”¹⁷. Pogląd przyjęty w uchwale został później powołany w wyroku SN z 10 maja 2002 r.¹⁸

Pojęciem posiadania sądy karne zajmowały się także w kontekście środków odurzających. W ocenie SA w Lublinie, pojęcie posiadania jest oderwane od długości dzierżenia i polega na każdym, choćby krótkotrwałym władztwie nad rzeczą, co odróżnia – zdaniem tego sądu – posiadanie od przechowywania, które zakłada dysponowanie przez określony czas¹⁹. Natomiast zdaniem SA we Wrocławiu, „Samo chwilowe posiadanie środka odurzającego lub substancji psychotropowej w związku z jej użyciem nie jest czynem karalnym w rozumieniu ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii”²⁰.

Nadawanie znamieniu „posiadanie” autonomicznego znaczenia można zaobserwować również w piśmiennictwie²¹. W kontekście broni palnej poglądy SN, uznające za posiadanie każde władanie bronią, aprobują m.in. E. Pływaczewski²² i M. Kalitowski²³. Zdaniem D. Wysockiego²⁴, w prawie karnym pojęcie posiadania jako znamię czasownikowe występuje w znaczeniu powszechnym („mieć”), chyba że coś innego wynika z treści aktu prawnego lub relacji z innymi przepisami.

Podsumowując dotychczasowe rozważania należy stwierdzić, że:

- 1) wykładnia pojęcia „posiadanie” nie jest w prawie karnym dokonywana w sposób jednolity nawet w odniesieniu do tego samego czynu zabronionego,
- 2) widoczna jest tendencja do odstępowania od cywilistycznej koncepcji posiadania,
- 3) przeważa obecnie pogląd, że posiadanie w rozumieniu prawa karnego jest szersze niż w prawie cywilnym i oznacza po prostu faktyczne władztwo.

¹⁶ S. Łagodziński, w: „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 9, s. 91-93; O. Górniok, w: OSP 1998, nr 7-8, s. 409.

¹⁷ Uchwała z 14 października 1999 r., I KZP 32/99, OSNKW 1999, nr 11-12, poz. 68.

¹⁸ III KKN 400/99, LEX nr 53323.

¹⁹ Wyrok SA w Lublinie z 13 marca 2007 r., II AKa 28/07, LEX nr 314613.

²⁰ Wyrok SA we Wrocławiu z 17 listopada 2005 r., II AKa 288/05, OSA 2006/5/26.

²¹ Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 546.

²² E. Pływaczewski, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. II, Warszawa 2005, s. 420.

²³ M. Kalitowski, w: M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 987.

²⁴ D. Wysocki, *Pojęcie „posiadania” w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 2, s. 14.

Zaznaczyć jednak należy, że pojęcie posiadania będzie musiało być w prawie karnym interpretowane tak jak w cywilnym w sytuacji, kiedy nie stanowi ono znamienia przestępstwa. Z tego względu np. przy kwalifikowaniu czynu jako przywłaszczenia nie można odmiennie niż w prawie cywilnym przyjąć, że możliwe jest posiadanie prawa majątkowego²⁵.

Polskie prawo karne penalizuje posiadanie pornografii dziecięcej w art. 202 §4a k.k., zgodnie z którym „Kto sprowadza, przechowuje lub posiada treści pornograficzne z udziałem małoletniego poniżej lat 15, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”. Wskazać też należy na art. 202 §4 b k.k., penalizujący posiadanie treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej, oraz art. 202 §3 k.k., odnoszący się do posiadania treści pornograficznych z udziałem małoletniego w celu rozpowszechniania.

Podkreślić trzeba, że powyższy przepis nie przewiduje wyjątków, inaczej niż art. 263 §2 k.k. używający określenia „bez wymaganego zezwolenia” oraz art. 62 ust. 1 ustawy z 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii²⁶ posługujący się zastrzeżeniem „wbrew przepisom” ustawy. Trafnie zatem w doktrynie prawa karnego podnosi się, że w rezultacie znamiona przestępstwa wyczerpuje np. policjant prowadzący dochodzenie, czy prowadzący badania seksuolog, co zmusza do odwoływania się do kryteriów społecznej szkodliwości czynu²⁷. Opiernie się na przesłance z art. 17 §1 pkt 3 k.p.k. nie jest jednak rozwiązaniem dobrym.

Z kolei, jak wskazuje M. Filar²⁸, przepis art. 202 §4a jest nieściśle terminologicznie, ponieważ nie można posiadać treści pornograficznych jako bytów pozamaterialnych, lecz jedynie materialny nośnik treści. Zakładając jednak racjonalność ustawodawcy, należy przyjąć, że świadomie odwołał się on do posiadania treści, a nie nośnika, co pozwala na kryminalizację takich zachowań, w których sprawca posiada treść nie posiadając nośnika (np. umieszczając pornografię na cudzym serwerze)²⁹.

Zdaniem M. Bielskiego³⁰, posiadanie treści pornograficznych oznacza fizyczne dysponowanie takimi treściami chociażby przez krótki czas. Autor proponuje, aby poprzez posiadanie takie rozumieć nie tylko posiadanie samoistne i niesamoistne, lecz również dzierżenie i dysponowanie treściami pornograficznymi zapisanymi na nośniku. Za punkt wyjścia autor przyjął tu definicję cywilistyczną, rozszerzając ją jednak w istotny sposób. Trzeba wszakże zwrócić uwagę na dokonane przez ustawodawcę rozróżnienie pomiędzy „posiadaniem” i „przechowywaniem”³¹. W znamionach przestępstwa z art. 202 §4a k.k., oprócz posiadania wymieniono bowiem także przechowywanie.

²⁵ Zob. postanowienie SN z 12 lutego 2009 r., IV KK 3/09, „Biuletyn Prawa Karnego” 2009, nr 5, s. 31-32.

²⁶ Dz. U. Nr 179, poz. 1485 ze zm.

²⁷ A. Adamski, *Prawne problemy przeciwdziałania pornografii dziecięcej i pedofilii w Internecie*, w: J. Kosiński (red.), *Przestępczość teleinformatyczna. Materiały seminaryjne*, Szczytno 2004, s. 27-29. Odmiennie M. Bielski, w: A. Zoll (red.), *Komentarz do kodeksu karnego*, t. II, Kraków 2008, s. 682-683.

²⁸ M. Filar, w: M. Filar (red.), op. cit., Warszawa 2008, s. 839-840.

²⁹ M. Bielski w: A. Zoll (red.), op. cit., s. 681.

³⁰ Ibidem, s. 680-681.

³¹ Por. M. Rodzynekiewicz, w: A. Zoll (red.), s. 682.

Zakładając racjonalność ustawodawcy, trzeba nadać tym pojęciom różne znaczenia, uwzględniając z jednej strony konstrukcje cywilistyczne, z drugiej zaś specyfikę środowiska komputerowego. Jeśli więc nawet przyjąć, że posiadanie oznacza tylko faktyczne władztwo, to dlaczego ustawodawca odróżnia je od przechowywania? Trudno się zgodzić zarówno z Sądem Apelacyjnym w Lublinie, że przechowanie od posiadania różnicuje długość władztwa, jak i z wskazanym wyżej poglądem zacierającym różnice pomiędzy posiadaniem a przechowywaniem. Trzeba się tutaj raczej odwołać do treści art. 835 k.c. w myśl którego „Przez umowę przechowania przechowawca zobowiązuje się zachować w stanie nie pogorszonym rzecz ruchomą oddaną mu na przechowanie”. Właśnie owo oddanie na przechowanie (np. hosting) pozwala zidentyfikować rodzaj władztwa. Przyjąć można, że sprawca przechowuje pornografię wtedy, kiedy nie może nią swobodnie dysponować w swoim imieniu, lecz udostępnia miejsce na swoim nośniku dla jej przechowania przez kogoś innego. Ustawa o świadczeniu usług drogą elektroniczną z 18 lipca 2002 r.³² przewiduje jednak w art. 14 ust. 1, że nie ponosi odpowiedzialności za przechowywane dane ten, kto udostępniając zasoby systemu teleinformatycznego w celu przechowywania danych przez usługobiorcę nie wie o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności, a w razie otrzymania urzędowego zawiadomienia lub uzyskania wiarygodnej wiadomości o bezprawnym charakterze danych lub związanej z nimi działalności niezwłocznie uniemożliwi dostęp do tych danych. Usługodawca nie ma przy tym obowiązku sprawdzania przekazywanych, przechowywanych lub udostępnianych przez niego danych (art. 15 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną). Świadomość przechowywania pornografii dziecięcej jest kluczowa dla pociągnięcia usługodawcy do odpowiedzialności karnej.

Specyfika posiadania danych informatycznych i pornografii zapisanej na nośniku informatycznym powoduje szereg problemów w orzecznictwie sądów zagranicznych. Najbardziej jest to widoczne w USA i Zjednoczonym Królestwie.

W Stanach Zjednoczonych sądy przyjęły różne podejście do problemu posiadania. Niektóre z nich oparły się na koncepcji władztwa i kontroli, zakładającej możliwość podejmowania na plikach takich działań, jak powiększenie, wydrukowanie, usunięcie. Jest to zatem tradycyjne pojmowanie posiadania³³. Innym razem zwrócono uwagę na fakt poszukiwania pornografii i jej ściągania jako przejaw woli posiadania³⁴. Za ważny czynnik uznawano wiedzę na temat posiadania pornografii oraz działania oprogramowania zapisującego pliki tymczasowe³⁵. Za świadomym posiadaniem przemawia też okoliczność ręcznego usunięcia plików przez oskarżonego³⁶. Sądy opierają się także na połączeniu tych okoliczności. Kombinowany test władania i kontroli oraz poszukiwania pornografii zaproponowano także w piśmiennictwie³⁷.

³² Dz. U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.

³³ G. Marin, *Possession of Child pornography: Should You Be Convicted when the Computer Cache Does the Saving for You?*, „Florida Law Review” 2008, 60, s. 1215-1216.

³⁴ Ibidem, s. 1216-1217.

³⁵ Ibidem, s. 1217.

³⁶ Ibidem, s. 1217-1218.

³⁷ Ibidem, s. 1215-1216 i 1231.

Przejdźmy teraz do systemu polskiego. Pierwszym zagadnieniem jest to, czy posiadanie na nośniku danych cyfrowych z informacją w postaci pornografii można nazwać posiadaniem samej pornografii. Oskarżony może bowiem argumentować, że posiadał jedynie zapis binarny, który sam w sobie jest tylko ciągiem znaków, a więc niejako „półproduktem” wymagającym dalszej obróbki (wyświetlenia, wydrukowania). Ten punkt widzenia należy zdecydowanie odrzucić. Posiadanie pornografii w postaci cyfrowej nie zmienia jej charakteru.

Trzeba jednak mieć na uwadze, że posiadanie pornografii dziecięcej jest przestępstwem umyślnym. W związku z tym sprawca musi obejmować świadomością, że dane, które posiada, zawierają pornografię dziecięcą. Świadomość musi tu dotyczyć zarówno istnienia samego zapisu, jak i faktu, że chodzi o pornografię dziecięcą.

Skoro sprawca musi wiedzieć, że znajduje się w posiadaniu danych zawierających pornografię dziecięcą, to jeśli w pamięci komputera zostały utrwalone obrazy z pornografią, o których oskarżony nie wiedział, nie można mu przypisać umyślnego posiadania³⁸. Ponieważ ustawa nie zna nieumyślnego posiadania, czyn taki pozostaje bezkarny. Tak będzie chociażby w sytuacji, kiedy użytkownik ściąga pocztę i nie otwiera pewnych plików uznanych za spamy lub jeśli użytkownik zgrał foldery z plikami otrzymanymi od kogoś innego, nie sprawdzając ich zawartości i przyjmując, że znajdują się w nich np. zwykle zdjęcia. Podobnie będzie w przypadku, gdy oskarżony zakupił używany nośnik nie sprawdzając jego zawartości.

Pornografia dziecięca może być przysyłana w formie spamu. Jeśli nieświadomy zawartości odbiorca otwiera je, trudno go ścigać za posiadanie, chyba że po otwarciu załącznika pozostawi go w skrzynce pocztowej lub zgra na nośnik³⁹. Sytuację taką przewidział ustawodawca angielski stanowiąc w art. 160 ust. 2 pkt c Criminal Justice Act 1988, że oskarżony o posiadanie pornografii dziecięcej może się bronić tym, że pornografię przesłano bez wcześniejszej prośby jego lub w jego imieniu i nie trzymał on jej przez nieuzasadniony (*unreasonable*) czas.

Kolejnym problemem aktualizującym się często przy przestępstwie posiadania pornografii dziecięcej jest to, czy z posiadaniem mamy do czynienia w sytuacji, kiedy pliki zostały usunięte lub dostęp do nich został utrudniony lub

³⁸ Zagadnienie to pojawiło się w USA w sprawie *United States v. Kuchinski*. U oskarżonego ujawniono pliki z pornografią z których 16 było w katalogu, 94 w koszu, 106 w folderze plików tymczasowych, natomiast przeszło 13 tysięcy w folderze usuniętych plików tymczasowych. Zdaniem sądu apelacyjnego, samo ujawnienie plików tymczasowych nie powoduje odpowiedzialności za posiadanie, jeśli oskarżony nie wiedział, że pliki takie znajdują się w pamięci komputera. W takiej sytuacji nie uzyskuje on bowiem do nich dostępu i nie sprawuje kontroli. Wyrok ten zawęził karalność za posiadanie pornografii; zob. *United States v. Kuchinski*, 469 F.3d 853 (9th Cir. 2006). We wcześniejszej sprawie inny oskarżony został skazany za posiadanie 40 zdjęć z pornografią usuniętych z pamięci internetowej i 2 zdjęć usuniętych z dysku. Zdaniem sądu apelacyjnego, inny oskarżony mógł odpowiadać za posiadanie pornografii, ponieważ wyświetlając ją na ekranie mógł sprawować nad nią kontrolę (zapisywać, drukować, wysyłać do innych osób). Poza tym sprawował kontrolę nad plikami znajdującymi się w cache, co pozwoliło na przyjęcie umyślnego posiadania; zob. *United States v. Romm*, 455 F.3d 990, 1001 (9th Cir. 2006).

³⁹ Por. K. Gienas, *Pseudopornografia dziecięca oraz posiadanie treści pornograficznych z udziałem małoletnich z punktu widzenia funkcjonowania Internetu – dylematy ustawodawcy*, w: J. Kosiński (red.), op. cit., s. 54.

uniemożliwiony. Specyfika informacji w formie elektronicznej powoduje, że ustalenie odpowiedzialności karnej będzie nasuwać szereg problemów.

Przystąpienie do analizy tego zagadnienia wymaga wcześniejszego przybliżenia niektórych kwestii technicznych. Jeśli użytkownik chce obejrzeć jakąś stronę internetową, „ściąga” ją na komputer, gdzie jest ona wyświetlana i jednocześnie przechowywana w pamięci operacyjnej. Dla przyspieszenia wyświetlania stron (przy założeniu, że użytkownik będzie z nich korzystał więcej niż jeden raz) przeglądarki internetowe zapisują dane tworzące stronę internetową w folderze plików tymczasowych. W takiej sytuacji, jeśli użytkownik chce obejrzeć stronę raz jeszcze, nie ma konieczności ściągania jej z zewnątrz. Tworzenie plików tymczasowych nie wymaga udziału użytkownika, gdyż dzieje się automatycznie. Jest też niezależne od jego woli, choć użytkownik może w opcjach przeglądarki wyłączyć tworzenie plików tymczasowych lub wyczyścić folder z zapisanymi plikami. Folder ten ma określoną pojemność, a jeśli zostanie ona przekroczona, znajdujące się w nim pliki są nadpisywane przez nowe.

W orzecznictwie i piśmiennictwie zagranicznym przeważa pogląd, że posiadaniem pornografii dziecięcej jest także posiadanie plików tymczasowych zawierających taką pornografię. Nastręcza to jednak szereg problemów. Najważniejszym z nich jest wykazanie świadomości posiadania. Jeśli bowiem użytkownik nie wiedział o mechanizmie tworzenia plików tymczasowych, nie można przyjąć popełnienia przestępstwa umyślnego. Poza tym możliwe jest, że obraz zostanie wyświetlony, a tym samym zapisany automatycznie, bez woli jego ściągnięcia bez użytkownika, co w przypadku pornografii odbywa się często przez tzw. *pop-ups*.

Dla rozwiązania tego problemu w literaturze amerykańskiej zaproponowano, aby rejestry plików tymczasowych traktować jedynie jako dowód przestępstwa, analogicznie jak nagranie kamery⁴⁰. W takim ujęciu obecność plików tymczasowych nie oznacza ich posiadania, lecz jest jedynie dowodem wcześniejszego posiadania w postaci obrazu wyświetlonego na ekranie. Koncepcja ta niewątpliwie ma szereg zalet. W szczególności usuwa problem wykazania znajomości systemu tworzenia plików tymczasowych, a usunięcie takich plików nie świadczy o władaniu nimi i nie prowadzi do przyjęcia ich posiadania.

Koncepcja ta ma również jeden słaby punkt. Osoba ściągająca pornografię mogłaby bowiem w celu zapewnienia sobie bezkarności od razu ją definitywnie kasować, pozostawiając pliki tymczasowe, z których korzystałaby bez przeszkód. Dlatego nie można wykluczyć prowadzenia postępowania o posiadanie pornografii dziecięcej w postaci plików tymczasowych.

Przejdźmy do zagadnienia plików usuniętych. Trzeba tu przypomnieć, że wydanie polecenia „usuń” w systemie Windows nie powoduje definitywnego usunięcia pliku. Oznacza to, że znika on z katalogu plików i staje się widoczny

⁴⁰ T. E. Howard, *Don't Cache Out Your Case: Prosecuting Child Pornography Possession Laws Based on Images Located in Temporary Internet Files*, „Berkeley Technology Law Journal” 19, 2004, nr 4, s. 1227-1273.

w koszu, skąd można go bez problemu przywrócić. Polecenie „opróżnij kosz” powoduje niemożność przywrócenia. Jednak plik można odzyskać przy pomocy programów do odzyskiwania danych, do momentu kiedy nie zostanie nadpisany przez inne pliki (przestrzeń dysku zajmowana przez plik po jego usunięciu jest traktowana przez system jako wolna). Formatowanie dysku w zależności od poziomu mniej lub bardziej narusza integralność pliku, jednak nie musi skutkować niemożnością jego odtworzenia. Definitywne zniszczenie plików ma zatem miejsce właściwie w trzech sytuacjach: fizycznego zniszczenia nośnika, wielokrotnego nadpisania danych lub poddania nośnika promieniowaniu.

Nawet definitywne usunięcie danych nie przekreśla bezprawności wcześniejszego posiadania, chyba że w okresie, kiedy doszło do usunięcia posiadanie pornografii dziecięcej, nie było karalne. Usunięcie takie powoduje zakończenie czynu wytyczając jego opis. Dlatego rozważania na temat posiadania mają znaczenie nie tylko dla bytu przestępstwa, ale również dla sformułowania zarzutu i wytyczenia ram czasowych posiadania.

Przyjąć należy, że przypisania posiadania nie wyklucza także samo umieszczenie plików w koszu. Biorąc pod uwagę łatwość przywrócenia plików, można sobie wyobrazić, że właśnie w ten sposób sprawca mógłby je przechowywać i bez większego problemu korzystać z nich. Jeśli jednak użytkownik komputera nie jest świadomy tego, że komenda „usuń” nie spowodowała definitywnego usunięcia pliku, nie można mu przypisać umyślności w okresie po usunięciu. Otwarta pozostaje zaś kwestia odpowiedzialności za posiadanie przed usunięciem.

Pojawia się tu pytanie, czy przez posiadanie rozumieć należy już samo wyświetlenie obrazu na ekranie, czy też musi dojść do zapisania. Podejście do tego problemu jest bardzo różne. W orzecznictwie amerykańskim uznawano wyświetlenie za posiadanie, natomiast w angielskim – umyślne ściągnięcie z Internetu strony na ekran komputera uznano za wytworzenie pornografii⁴¹. Należy opowiedzieć się za traktowaniem takiego zachowania raczej jako sprowadzania pornografii. Wątpliwe jest bowiem, czy ściągnięcie można potraktować jako wytworzenie⁴². Dopiero gdy sprawca zapisze sprowadzony plik, aktualizuje się możliwość przypisania posiadania. Trudno bowiem przypuszczać, że sprawca przez dłuższy czas będzie „posiadał” pornografię w formie wyświetlenia jej na ekranie. Niektóre sądy stoją jednak na stanowisku, że w takiej sytuacji bardziej adekwatne byłoby przypisanie posiadania⁴³.

⁴¹ Zob. sprawę Bowden, 2 [2000] 2 All E. R. 418 oraz Y. Akdeniz, *Possession and Dispossession: a Critical Assessment of Defences in Cases of Possession of Indecent Photographs of Children*, „Criminal Law Review” 2007, s. 285-287.

⁴² Por. jednak uwagi A. A. Gillespie. Autor ten na gruncie rozwiązań angielskich zauważa, że choć kryminalizując wytwarzanie pornografii parlament myślał raczej o tworzeniu czegoś nowego, to jednak przy załadowaniu strony powstaje jeden nowy obraz na ekranie, drugi zaś w plikach tymczasowych. To zaś, zdaniem autora, jest w środowisku komputerowym przykładem wytworzenia; zob. A. A. Gillespie, *Child Pornography: Balancing Substantive and Evidential Law to Safeguard Children Effectively from Abuse*, „International Journal of Evidence and Proof” 9, 2005, January, nr 1, s. 29-49.

⁴³ W amerykańskiej sprawie Tucker sąd apelacyjny wyraził pogląd, że ponieważ oskarżony wiedział, że jego system zapisuje obrazy w cache podczas ich oglądania, każdorazowe wyświetlenie zdjęcia na

Należy tu odnotować pogląd⁴⁴, że nie stanowi przestępstwa z art. 202 § 4a oglądanie zawartości stron WWW z dziecięcą pornografią, gdyż uznanie takiego zachowania za sprowadzanie byłoby niedozwoloną wykładnią rozszerzającą na niekorzyść. Trzeba jednak zauważyć, że oglądanie pornografii poprzez Internet wiąże się z jej wcześniejszym sprowadzeniem, co odróżnia tę sytuację np. od oglądania pornografii w sklepie czy u innej osoby. Nadmienić też można, że w niektórych stanach USA kryminalizowane jest oglądanie (*viewing*) pornografii dziecięcej, co rozwiewa wątpliwości co do karalności wyświetlenia pornografii na ekranie.

Jak wskazano, opróżnienie kosza powoduje konieczność użycia do odzyskania danych specjalnego oprogramowania. Najprostsze programy do odzyskiwania są dostępne nieodpłatnie w sieci, natomiast bardziej wyrafinowane wymagają wykupienia licencji za kilka tysięcy złotych. Pojawia się zatem pytanie, czy w przypadku konieczności użycia tego typu narzędzi możemy w dalszym ciągu mówić o posiadaniu? Odpowiedź nie jest prosta. Z jednej strony dane ciągle istnieją na dysku, z drugiej zaś po pewnym czasie od usunięcia nie zawsze udaje się odtworzyć usunięte pliki ze względu na ich nadpisanie. Podobnie wygląda sprawa z nośnikami sformatowanymi. Jeżeli formatowanie nie usunęło danego pliku, jego część dalej istnieje. Możliwe zatem będzie odzyskanie części danych.

Powyższe dylematy skłaniają do przypomnienia, że karalne jest posiadanie treści pornograficznych. Dlatego, jeśli odzyskane częściowo dane nie tworzą obrazu, nie można mówić o istnieniu pornografii. Co najwyżej stanowią one dowód wcześniejszego posiadania. Odmiennie trzeba ocenić sytuację, kiedy odzyskano dane pozwalające na wyświetlenie obrazu.

Pojawia się jednak pytanie, czy oskarżony może odpowiadać za posiadanie pornografii dziecięcej w sytuacji, kiedy przy użyciu specjalistycznego sprzętu możliwe okazuje się odzyskanie danych. Prowadzi to nas także niechybnie do problemu, czy przypisanie posiadania pornografii powinno być uzależnione od czasu i środków potrzebnych do odtworzenia plików.

Problemem takim zajmował się angielski Sąd Apelacyjny w sprawie *R. v. Porter*⁴⁵. W sprawie tej oskarżonemu postawiono zarzut posiadania pornografii dziecięcej w koszu, usuniętej z kosza oraz miniaturek usuniętych wcześniej zdjęć znajdujących się w rejestrze programu do przeglądania zdjęć. Ich odzyskanie było możliwe przy użyciu oprogramowania, którego oskarżony nie posiadał na komputerach. Sąd pierwszej instancji uznał go za winnego przyjmując, że pliki usunięte też są plikami, które można posiadać. Przyjęto zatem kryterium obiektywne. W postępowaniu przed Sądem Apelacyjnym obrona zaproponowała posłużenie się kryterium łatwego dostępu do plików bez potrzeby posiadania specjalistycznego oprogramowania i przyjęcie, że przedsięwzięcie racjonalnych kroków w celu usunięcia pornografii poprzez (np. umieszczenie jej w koszu) skutkuje niemożnością przypisania posiadania.

ekranie implikuje jego uzyskanie i posiadanie; zob wyrok z 16 września 2002 r. w sprawie *US v. Tucker*, 305 F.3d 1193, 10th Cir.

⁴⁴ M. Filar, op. cit., s. 839-840.

⁴⁵ Wyrok z 16 marca 2006 r. [2006] 1 WLR 2633.

Z kolei oskarżenie argumentowało, że tak dopóki pliki znajdują się na nośniku i mogą być odzyskane i przeglądane, dopóty, można mówić o posiadaniu. Z szerokim interpretowaniem terminu „posiadanie” nie zgodził się Sąd Apelacyjny stwierdzając, że byłoby to nadanie pojęciu posiadania znaczenia niezamierzonego przez ustawodawcę. Zdaniem Sądu Apelacyjnego, przy decydowaniu o odpowiedzialności za posiadanie pornografii należy posłużyć się kryterium subiektywnym. Dla ustalenia, czy pliki znajdowały się pod kontrolą danej osoby, a więc w jej posiadaniu, trzeba określić, czy osoba ta miała możliwość dysponowania plikami, a więc oglądania ich lub przesyłania innym osobom. Jeśli oskarżony dysponuje wiedzą i oprogramowaniem umożliwiającym taką kontrolę, można mówić o posiadaniu, natomiast jeśli nie ma on niezbędnej wiedzy i środków, nie sprawuje on kontroli nad plikami, a tym samym nie wyczerpuje znamienia posiadania. Przy ocenie sprawowania kontroli należy – zdaniem Sądu Apelacyjnego – wziąć pod uwagę wszelkie okoliczności, w tym postępek techniczny. Sąd zaznaczył także, że zarzut posiadania obejmował nie okres pomiędzy zapoznaniem się z pornografią a jej usunięciem, lecz moment zatrzymania komputerów. Zapewne spowodowane to było trudnościami dowodowymi.

Po rozważeniu wszystkich argumentów, na gruncie prawa polskiego przyjąć należy, że – co do zasady – z posiadaniem pornografii dziecięcej po usunięciu danych nie mamy do czynienia, jeśli dane nie zostały odzyskane, i to w stopniu umożliwiającym zapoznanie się z treścią, chyba że zostanie wykazane, że oskarżony sprawował władztwo nad treściami pornograficznymi poprzez usuwanie danych i ich późniejsze odzyskiwanie. Zabiegi takie mogłyby być dokonywane w celu ukrycia pornografii. Osobną rzeczą jest dowodowe wykorzystanie tych danych dla wykazania posiadania przed usunięciem. W przeciwnym razie posiadanie pornografii należałoby oceniać przez pryzmat obiektywnych lub subiektywnych możliwości jej odzyskania. Zachodzić tu mógłby błąd co do znamienia, czyli *de facto* bezkarność oskarżonego, jeśli mylnie uważałby on, że usuniętych danych nie można odtworzyć. Takie stanowisko razi jednak nadmierną represyjnością.

Jeśli zaś oskarżony próbował bezskutecznie odzyskać dane zawierające pornografię dziecięcą, usuniętą przez wcześniejszego posiadacza nośnika, teoretycznie może odpowiadać za usiłowanie. Przerwania odzyskiwania danych z powodu niemożności ich uzyskania nie można potraktować jako dobrowolnego odstąpienia od usiłowania. Co najwyżej można tu mówić o usiłowaniu nieudolnym ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego (zbyt uszkodzone dane) lub użycie niewłaściwego środka (nieodpowiednie oprogramowanie). Ustalenie popełnienia przestępstwa w takiej sytuacji byłoby jednak bardzo trudne pod względem dowodowym. Poza tym nasuwa się wątpliwość, czy społeczna szkodliwość takiego zachowania uzasadnia jego ściganie.

Powyższa analiza pokazuje, że na gruncie prawa karnego posiadanie jest interpretowane często nieco inaczej niż w prawie cywilnym. Analiza poglądów oraz regulacji polskich i zagranicznych prowadzi do konstatacji, że jeśli nadamy pojęciu posiadania szerokie znaczenie, tj. faktyczne władztwo, wówczas penalizacją zostaną objęte stany faktyczne, które z punktu widzenia polityki

karnej nie zasługują na ściganie. Jeśli więc ktoś otworzy przesłany mu załącznik, nie znając jego zawartości, można byłoby uznać, że wyczerpał znamiona posiadania z chwilą jej poznania, a stan ten trwał aż do definitywnego usunięcia pliku. Problem ten dostrzegł ustawodawca angielski wyłączając wprost penalizację za krótkotrwale posiadanie niezamówionego materiału. Na gruncie prawa polskiego sytuację taką trzeba byłoby rozstrzygać kierując się oceną społecznej szkodliwości czynu.

Alternatywą jest nadanie pojęciu posiadania znaczenia zbliżonego do występującego w prawie cywilnym. Mogą tu od razu pojawić się zarzuty, że zakres kryminalizacji byłby wtedy zbyt wąski. Jeżeli jednak weźmiemy pod uwagę, że oprócz posiadania odpowiedzialności karnej podlega się na podstawie art. 202 § 4a także za przechowywanie i sprowadzanie, obawy te tracą na znaczeniu. Zauważmy zarazem, że w odniesieniu do broni palnej art. 263 § 2 penalizuje tylko posiadanie, co wydaje się powodem nadania temu przepisowi szerokiego znaczenia. Podobnie wyglądała sprawa z art. 22 ustawy o oznaczaniu wyrobów znakami akcyzy. Kłopoty z wykładnią znamienia „posiadanie” doprowadziły zapewne do tego, że ustawodawca zrezygnował z tego znamienia w art. 65 k.k.s. Biorąc pod uwagę te różnice, można, a wręcz należy nadać pojęciu posiadania na gruncie art. 202 § 4a k.k. węższe znaczenie, niż w innych przepisach. Nie zawsze zatem samo władztwo nad plikiem powinno być kwalifikowane jako posiadanie.

W konsekwencji zasadne staje się przyjęcie, że w odniesieniu do pornografii dziecięcej należy brać pod uwagę nie tylko *corpus*, ale także *animus*, czyli wolę posiadania. Jeśli przyjęlibyśmy pogląd odmienny, musielibyśmy przypadki braku woli posiadania rozpatrywać przez pryzmat art. 1 § 2 k.k. i 17 § 1 pkt 3 k.p.k., czyli przy uwzględnieniu społecznej szkodliwości czynu.

Oczywiście, nadawanie tym samym pojęciom różnego znaczenia w tym samym akcie prawnym, czy w tej samej gałęzi prawa, nie jest zabiegiem pożądanym. Niemniej porównanie znamion zawartych w powołanych wyżej przepisach oraz specyfika posiadania pornografii dziecięcej wydają się uzasadniać taką propozycję.

W przypadku usunięcia danych, z posiadaniem będziemy mieli do czynienia dopiero po odzyskaniu danych przez sprawcę („ponowne posiadanie”) lub w sytuacji, kiedy – nie mając zamiaru definitywnego wyzbycia się danych w ten sposób – sprawuje nad nimi władztwo (posiadanie nie zostaje przerwane). W innym przypadku dane usunięte mogą mieć znaczenie dowodowe dla wykazania wcześniejszego posiadania. Z kolei pliki tymczasowe i rejestry zawierające zdjęcia powinno się traktować w zasadzie tylko jako dowody posiadania, a nie sam przedmiot czynności wykonawczej, chyba że zostanie wykazane, że oskarżony właśnie w ten sposób korzystał z pornografii.

THE CONCEPT OF POSSESSING CHILD PORNOGRAPHY REFERRED TO
IN ARTICLE 202 PARA. 4A OF THE PENAL CODE CONCERNING DIGITAL DATA

Summary

The article discusses the meaning of "possession" as an element of crime in relation to child pornography in a digital form. The author first analyses the differences in the interpretation of the term in civil and criminal law and refers to different decisions of English and American courts concerning the matter. Next, he attempts to interpret the term taking into account the specific features of computer data and information systems. This brings him to the conclusion that in the case of digital child pornography, if a certain term is given a broad meaning, the result may be hard to accept. This concerns in particular deleted computer data.