

Monika Niedźwiedź*

**PROBLEMATYKA PRAWNA OGRANICZENIA
DOSTĘPU DO TREŚCI PORNOGRAFICZNYCH
W INTERNECIE ZE WZGLĘDU NA OCHRONĘ DZIECI
Z PERSPEKTYWY PRAWA UNIJNEGO**

1. Wstęp

Innowacyjna gospodarka to m.in. gospodarka wykorzystująca nowe technologie. W dobie globalizacji internet stał się powszechnie dostępnym medium wykorzystywanym także przez przedsiębiorców, stwarzającym im nowe możliwości rozwoju gospodarczego, szybszego i łatwiejszego dostępu do rynku i docierania do nowych kategorii klientów. Odbiorcami usług internetowych są także dzieci. Okoliczność ta stwarza nowe możliwości rozwoju rynku (pojawia się nowa kategoria klientów), ale jednocześnie z uwagi na wiek i wrażliwość najmłodszych skutkuje koniecznością podjęcia odpowiedzialnych działań na rzecz bezpiecznego korzystania przez dzieci z internetu i ochrony ich przed niepożądanymi treściami, które mogłyby im wyrządzić krzywdę¹. Dlatego pojawia się pytanie, czy i w jakim zakresie odpowiedzią na te zagrożenia powinny być powszechnie obowiązujące przepisy prawa, na ile zaś należy pozostawić ten obszar tzw. samoregulacji (tj. stanowieniu przez przedsiębiorców, stowarzyszenia, organizację pozarządowe czy partnerów społecznych pewnych reguł postępowania na zasadzie samozwiązania)². W niniejszym artykule kwestia ta zostanie rozważona z perspektywy prawa unijnego na tle istniejących w tym zakresie regulacji prawa międzynarodowego oraz doświadczeń niektórych państw członkowskich.

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Katedrze Prawa Europejskiego, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego.

¹ Do podjęcia niniejszej tematyki skłoniła mnie pewna obserwacja z życia codziennego. Otóż, jadąc tramwajem, zaobserwowałam dwóch chłopców w wieku lat około 12, którzy na wyciszonym smartfonie oglądali film pornograficzny, a przyglądał się temu inny pasażer – kilkuletni chłopiec.

² Szerzej zob. pkt 5 niniejszego artykułu.

Dyskusja w powyższej kwestii wpisuje się w trudny nurt debat nad regulacją prawną zjawisk kwalifikowanych moralnie³.

2. Uzasadnienie potrzeby regulacji ograniczającej dostęp do treści pornograficznych ze względu na ochronę dzieci

Chociaż „obsceniczne obrazy towarzyszą ludzkości od wieków (...) pornografia jako odrębne zjawisko narodziła się wraz z nowożytnością. Równolegle z globalnym rozwojem Internetu uzyskała doskonałe środowisko do ekspansji”⁴. O ile można się spierać o szkodliwy wpływ pornografii na osoby dorosłe i obcowanie z nią traktować w kategorii wolności osobistej, to wydaje się, że wśród badaczy panuje zgoda co do szkodliwości oglądania pornografii przez małoletnich⁵.

Badania społeczne pokazują, że dostęp dzieci do treści pornograficznych ma szkodliwy wpływ na ich rozwój, w sposób niewłaściwy kształtuje ich postawy i zachowania oraz może zaburzyć w sposób istotny rozwój ich osobowości⁶. Chodzi tu nie tylko o wypaczenie fizycznych relacji między kobietą i mężczyzną, ale także inne następstwa obcowania z pornografią, jak potęgowanie zachowań agresywnych, a nawet samobójstwa małoletnich⁷.

Łatwy dostęp do treści pornograficznych w internecie (do 2014 roku popularne strony internetowe zawierały odniesienia do stron pornograficznych)⁸ powoduje zwielokrotnienie negatywnych skutków dostępu do treści o charakterze pornograficznym⁹. Dzięki urządzeniom mobilnym z dostępem do internetu najmłodszy korzystają z niego nie tylko w domu czy szkole pod czujnym okiem opiekunów lub nauczycieli,

³ Szerzej na temat regulacji prawnej zjawisk kwalifikowanych moralnie zob. D. Bunikowski, *Ingerencja prawa w sferę moralności w trudnych przypadkach*, [http://www.ipsir.uw.edu.pl/UserFiles/File/Katedra_Socjologii_Norm/TEKSTY/kk4621\(1\).pdf](http://www.ipsir.uw.edu.pl/UserFiles/File/Katedra_Socjologii_Norm/TEKSTY/kk4621(1).pdf). W odniesieniu do pornografii z perspektywy prawa amerykańskiego zob. G.V. Bradley, *Pornografia – moralne podstawy regulacji prawnej*, *Prawo i Więź* 2016, nr 3, s. 57 i n.

⁴ L.M. Nijakowski, *Pornografia – historia, znaczenie, gatunki*, Warszawa 2010, s. 9.

⁵ Zob. M. Budyn-Kulik, *Psychologiczne i społeczne następstwa konsumpcji pornografii* [w:] M. Mozgawa, *Pornografia*, Warszawa 2011, s. 190–196.

⁶ M. Budyn-Kulik, *Psychologiczne i społeczne następstwa...*, s. 194.

⁷ Skutki te na podstawie badań prowadzonych w USA opisywał dwie dekady temu D.A. Scott, *Pornografia. Jej wpływ na rodzinę, społeczeństwo, kulturę*, tłum. K. Ostrowska, Gdańsk 1995, s. 16–28. Zob. również M. Siwicki, *Nielegalna i szkodliwa treść w Internecie. Aspekty prawnokarne*, Warszawa 2011, s. 148–149. Zob. także *Chronmy dzieci przed pornobiznesem. Wezwanie do działania* autorstwa Stowarzyszenia „Twoja Sprawa”, s. 11–18, <http://twojasprawa.org.pl/wp-content/uploads/2015/01/Chronmy-dzieci-przed-pornobiznesem-wezwanie-do-dzia%C5%82ania-v.1.pdf>.

⁸ Zob. <https://www.twojasprawa.org.pl/slide-view/onet-i-wirtualna-polska-wyrzucaja-linki-do-stron-z-ostrea-pornografia/#.WXXGldSLTGg>.

⁹ M. Siwicki, *op. cit.*, s. 44–45. Zob. także S. Bębas, E. Jasiuk, *Pedofilia i pornografia w Internecie – wybrane aspekty pedagogiczne i prawnomiędzynarodowe* [w:] J. Bukala, K. Wątorrek, *Stop pedofilii. Materiały pokonferencyjne II Ogólnopolskiej Konferencji Naukowej*, Kielce 2012, s. 90–92; A. Szafranski, *O ograniczeniu dostępu dzieci do pornografii w internecie* [w:] Ks. F. Longschamps de Bérier, K. Szczucki (red.), *O wolności słowa i religii. Praktyka i teoria*, Warszawa 2016, s. 146–150.

ale także poza tymi miejscami. Do zetknięcia z pornografią dochodzi nie tylko w wyniku świadomie podjętych przez dzieci poszukiwań, ale także przez poszukiwania innych treści. Istnieje kilka metod wprowadzania w błąd internauty, który wcale nie poszukuje treści pornograficznych (np. oszukiwanie systemu nazw domen tzw. DNS lub stosowanie wprowadzających w błąd opisów w metatagach)¹⁰. Ponadto Stowarzyszenie „Twoja Sprawa” wskazuje, że znaczna część dostępnej pornografii jest sprzedawana za pomocą SMS-ów Premium bezpośrednio na telefony komórkowe, bez stosowania zabezpieczeń technicznych pozwalających na weryfikację wieku użytkownika¹¹.

Podkreślić należy, że walka z dostępem dzieci do treści pornograficznych jest prowadzona na wielu obszarach – m.in. za pomocą tzw. filtrów rodzinnych instalowanych na domowych urządzeniach przez podmioty indywidualne oraz w oparciu o normy prawa karnego. W sektorze usług medialnych obowiązuje m.in. dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/13/UE z dnia 10 marca 2010 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich dotyczących świadczenia audiowizualnych usług medialnych (dyrektywa o audiowizualnych usługach medialnych)¹². W preambule do tej dyrektywy wskazano, że „dostępność szkodliwych treści w audiowizualnych usługach medialnych stanowi źródło niepokoju dla prawodawców, przedsiębiorstw branżowych i rodziców. Pojawia się również nowe problemy, związane zwłaszcza z nowymi platformami i nowymi produktami. Przepisy służące ochronie fizycznego, umysłowego i moralnego rozwoju małoletnich oraz ochronie godności ludzkiej we wszystkich audiowizualnych usługach medialnych, w tym także w handlowych przekazach audiowizualnych, są zatem niezbędne”¹³. Dlatego też w art. 12 dyrektywy 2010/13/UE, implementowanym w art. 47e ustawy z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji¹⁴, państwa członkowskie zostały zobowiązane do podjęcia odpowiednich środków w celu zapewnienia, by te audiowizualne usługi medialne na żądanie, świadczone przez dostawców usług medialnych podlegających ich jurysdykcji, które mogą poważnie zaszkodzić fizycznemu, psychicznemu lub moralnemu rozwojowi małoletnich, były udostępniane jedynie w sposób zapewniający, że małoletni w zwykłych okolicznościach nie będą mogli słuchać ani oglądać przekazów zawartych w takich audiowizualnych usługach medialnych na żądanie¹⁵.

¹⁰ Szerzej na ten temat zob. F. Radoniewicz, *Pornografia w Internecie (aspekty wybrane)* [w:] M. Mozgawa, *Pornografia, op. cit.*, s. 235–237.

¹¹ Zob. informacje dostępne na stronie Stowarzyszenia „Twoja Sprawa”, <http://twojasprawa.org.pl/zakonczone-akcje/najwieksze-sieci-komorkowe-zarabiaja-dzieki-pornobiznesowi/#.VwQubI9OJMt>.

¹² Dz. Urz. UE L 95, s. 1.

¹³ Motyw 59 preambuły do dyrektywy 2010/13/UE.

¹⁴ Tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1414.

¹⁵ O wątpliwej skuteczności tych środków przyjętych przez polskiego prawodawcę można przeczytać na stronie <http://twojasprawa.org.pl/zakonczone-akcje/najwieksze-sieci-komorkowe-zarabiaja-dzieki-pornobiznesowi/#.VwQubI9OJMt>.

Jednak środki te z uwagi na potrzebę działań zakrojonych na szeroką skalę oraz działań prewencyjnych nie dają oczekiwanego rezultatu. Potrzeba rozwiązania problemu w drodze odpowiedniej kompleksowej regulacji jest kwestią odpowiedzialności za rozwój przyszłych pokoleń. Jest to nie tylko odpowiedzialność rodziców i opiekunów, ale także operatorów ekonomicznych, bowiem korzyści, jakie czerpią przedsiębiorcy z możliwości kierowania swojej odpowiedniej oferty do dzieci, sprawiają, że powinni stać się oni odpowiedzialni za treści, które im udostępniają.

Potrzeba ochrony dzieci przed szkodliwym wpływem internetu znajduje także uzasadnienie normatywne. W preambule do ratyfikowanej przez ponad 190 państw Konwencji o prawach dziecka¹⁶ z dnia 20 listopada 1989 r. wskazano, że „dziecko, z uwagi na swoją niedojrzałość fizyczną oraz umysłową, wymaga szczególnej opieki i troski, w tym właściwej ochrony prawnej”. Zgodnie z art. 34 tej konwencji „Państwa-Strony zobowiązują się do ochrony dzieci przed wszelkimi formami wyzysku seksualnego i nadużyć seksualnych, Dla osiągnięcia tych celów Państwa-Strony podejmą w szczególności wszelkie właściwe kroki o zasięgu krajowym, dwustronnym oraz wielostronnym dla przeciwdziałania: nakłanianiu lub zmuszaniu dziecka do jakichkolwiek nielegalnych działań seksualnych; wykorzystywaniu dzieci do prostytucji lub innych nielegalnych praktyk seksualnych; wykorzystywaniu dzieci w pornograficznych przedstawieniach i materiałach”.

Konwencja Rady Europy z dnia 23 listopada 2001 r. o cyberprzestępczości¹⁷ zawiera listę zachowań związanych z pornografią dziecięcą, które wymagają kryminalizacji. Zgodnie z art. 9 ust. 1 tej konwencji każda strona podejmie takie środki prawne i inne, jakie okażą się niezbędne do uznania za przestępstwa w jej prawie wewnętrznym, umyślnego i bezprawnego: produkowania pornografii dziecięcej dla celów jej rozpowszechniania za pomocą systemu informatycznego, oferowania lub udostępniania pornografii dziecięcej za pomocą systemu informatycznego, rozpowszechniania lub transmitowania pornografii dziecięcej za pomocą systemu informatycznego, pozyskiwania pornografii dziecięcej za pomocą systemu informatycznego dla siebie lub innej osoby, posiadania pornografii dziecięcej w ramach systemu informatycznego lub na środkach do przechowywania danych informatycznych.

Na związek wzrostu dostępności nowych technologii z powszechnością zjawiska związanego z seksualnym i niegodziwym traktowaniem dzieci w celach seksualnych zwrócono uwagę w preambule do Konwencji Rady Europy z dnia 25 października 2007 r. o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych¹⁸. W art. 22 tej konwencji wskazano, że każda ze

¹⁶ Dz. U z 1991 r. Nr 120, poz. 526 ze zm.

¹⁷ Dz. U. z 2015 r. poz. 728.

¹⁸ Dz. U. z 2015 r. poz. 608. W preambule do Konwencji wskazano, że „seksualne wykorzystywanie dzieci i niegodziwe traktowanie dzieci w celach seksualnych przybrało niepokojące rozmiary, tak na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym, **w szczególności jeśli chodzi o wzrost korzystania z technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych zarówno przez dzieci, jak i sprawców przestępstw przeciwko nim** [podkr. M.N.], oraz że zapobieganie i zwalczanie takiego seksualnego wykorzystywania dzieci i niegodziwego traktowania dzieci w celach seksualnych wymaga współpracy na szczeblu międzynarodowym”.

stron konwencji podjęcie w celu zapewnienia karalności umyślnego powodowania sytuacji w celach seksualnych, w której dziecko, które nie osiągnęło wieku określonego w art. 18 ust. 2, jest świadkiem obcowania seksualnego lub czynności seksualnych, nawet jeżeli nie jest zmuszone do uczestniczenia w nich. Takie zachowania konwencja określa jako „demoralizację dzieci,” co w powiązaniu z preambułą do konwencji pozwala objąć nią także przypadki rozpowszechniania pornografii wśród dzieci. Z powyższego wynika, że konwencja jest także ukierunkowana na zwalczanie dostępu dzieci do treści o charakterze pornograficznym. Z kolei zgodnie z art. 24 ust. 1 Karty praw podstawowych UE „dzieci mają prawo do ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra, zaś zgodnie z art. 24 ust. 2 wszystkie działania dotyczące dzieci, zarówno podejmowane przez władze publiczne, jak i instytucje prywatne, należy podporządkować najlepszym interesom dziecka”.

Z powyższego wynika, że instrumenty prawa międzynarodowego są ukierunkowane na ochronę dzieci przed szkodliwym wpływem treści pornograficznych¹⁹. Koncentrują się jednak głównie na zwalczaniu pornografii dziecięcej przy pomocy instrumentów karnoprawnych. Na szczególną uwagę zasługuje konwencja Rady Europy z dnia 25 października 2007 r., która stwarza normatywne podstawy do walki z rozpowszechnianiem treści pornograficznych wśród dzieci, a nie tylko pornografii dziecięcej. Regulacje o charakterze karnoprawnym, jakkolwiek pożądane, nie chronią jednak dzieci przed szkodą, jakiej mogą doznać, obcując z treściami pornograficznymi. Dlatego, aby skutecznie chronić dzieci przed szkodliwym wpływem pornografii, nie tylko dziecięcej, konieczne jest uzupełnienie istniejących instrumentów ochrony, takich jak indywidualne środki ochrony rodzicielskiej, instrumenty karnoprawne, o dodatkowe metody regulacji blokujące dostęp dzieci do treści o charakterze pornograficznym, a zatem o środki o charakterze prewencyjnym.

3. Problemy powstające w związku z decyzją o wprowadzeniu blokady dostępu dzieci do treści o charakterze pornograficznym

Decyzja o blokowaniu dzieciom dostępu do treści o charakterze pornograficznym wiąże się już na wstępie z szeregiem problemów. Pierwszym jest rozstrzygnięcie w przedmiocie metody regulacji – tj. czy ograniczać dostęp w drodze regulacji prawa stanowionego, czy w drodze tzw. samoregulacji. Po drugie, decyzja o wprowadzeniu takich ograniczeń nieuchronnie wiąże się z powstaniem kolizji praw człowieka i praw ekonomicznych²⁰. Z jednej bowiem strony występuje prawo dzieci do ochrony i opieki, jaka jest konieczna dla ich dobra, z drugiej strony na szali pojawiają się ekonomiczne swobody podmiotów świadczących usługi internetowe oraz prawa człowieka w postaci zagwarantowanej w art. 10 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności (EKPC) swobody wypowiedzi, która obejmuje

¹⁹ Zob. także A. Przyborowska-Klimczak, *Zapobieganie i zwalczanie pornografii w świetle dokumentów międzynarodowych* [w:] M. Mozgawa, *Pornografia*, op. cit., s. 43–58.

²⁰ W świetle Konstytucji RP problem ten rozważa A. Szafranski, *O ograniczenie dostępu dzieci...*, op. cit., s. 155–162.

wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych oraz bez względu na granice państwowe²¹. Podkreśla się, że zabezpieczenie dzieci i młodzieży przed dostępem do pornografii nie powinno obciążać operatora telekomunikacyjnego, który jest jedynie przekazicielem danych i nie powinien ponosić odpowiedzialności za przekazywaną treść. W tym kontekście wskazać należy, że ani wolności ekonomiczne, ani swoboda wypowiedzi nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom z zachowaniem normatywnych przesłanek dopuszczalnych ograniczeń ze względu na inne wartości, które także podlegają ochronie normatywnej²². Po trzecie, pojawia się problem definicji treści podlegających filtrowaniu i blokowaniu. Przyznać należy, że nie jest łatwo zdefiniować pornografię czy treści o charakterze pornograficznym²³. W ujęciu globalnym państwa różnią się w podejściu do „niestosowności” pornografii²⁴. Jednak zdefiniowanie „treści o charakterze pornograficznym” nie jest niemożliwe²⁵, zaś okoliczność, że ustawodawca posługuje się pojęciami niedookreślonymi, bynajmniej nie wyklucza normatywnej regulacji. Po czwarte, pojawią się problemy techniczne dotyczące już samego „wykonawstwa” polegającego na filtrowaniu i blokowaniu treści internetowych uznanych za nieodpowiednie dla dzieci. Tu jednak podnieść należy, że w dobie zaawansowanych technologii problemy techniczne nie powinny być postrzegane jako nierozwiązywalne, a oparcie się na koncepcji najlepszych dostępnych rozwiązań technicznych powinno uchronić wprowadzane rozwiązania od zarzutu naruszenia zasady proporcjonalności²⁶. Wreszcie po piąte, decyzja o blokowaniu treści pornograficznych wiązać się będzie z koniecznością pokonania oporu środowisk biznesowych oraz części społeczeństwa postrzegających takie regulacje jako zagrożenie dla ich wolności ekonomicznych i praw człowieka. Niejednokrotnie blokady takie są postrzegane jako formy cenzury oraz wyrażane są obawy, że stosowane mechanizmy blokujące będą wykorzystywane w innych celach.

Zidentyfikowane problemy nie powinny jednak skutkować porzuceniem zmagania z problemem społecznym, jakim jest zagrożenie dzieci, którego źródłem jest nieograniczony dostęp do treści pornograficznych w internecie.

²¹ Zob. M.A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, LEX 2013, komentarz do art. 10.

²² Zob. np. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999; A. Szafrąński, *O ograniczenie dostępu dzieci..., op. cit.*, s. 161.

²³ Zob. M. Siwicki, *op. cit.*, s. 132–145; J. Warylewski, *Pornografia – próba definicji* [w:] M. Mozgawa (red.), *Pornografia, op. cit.*, s. 11–27.

²⁴ P. Wąglowski, *Rozwiązania prawne regulujące dostęp do bezpiecznego Internetu, wolnego od pornografii na przykładzie wybranych krajów Unii Europejskiej*, Biuro Analiz Sejmowych, opinia z dnia 4 listopada 2013 r., BAS-2319/13, s. 3–4.

²⁵ Np. pojęcie treści o charakterze pornograficznym stanowi treść znamion czynów zabronionych z art. 202 kodeksu karnego i w związku z tym jest możliwe jej sprecyzowanie. Zob. także G. Maroń, *Pornografia – próba sprecyzowania znaczenia terminu*, *Ius et Administratio* 2005/4, vol. 8, s. 157 i n.; M. Siwicki, *op. cit.*, s. 210–226; K. Gienas, *Pornografia w Internecie – zarys problematyki*, *Prawo Mediów Elektronicznych* 2004, nr 1. Zob. także wyrok SN z dnia 23 listopada 2010 r., IV KK 173/2010, LEX nr 667510.

²⁶ Zob. pkt 4.2.

4. Modele regulacji ograniczających dostęp dzieci do treści o charakterze pornograficznym

4.1. Uwagi ogólne

Obecnie w Unii Europejskiej brak jest regulacji, która w sposób kompleksowy (tj. w ramach całego rynku wewnętrznego) regulowałaby to zagadnienie. Poszczególne państwa członkowskie wypracowały własne rozwiązania prawne, niektóre z nich oceniane są jako społecznie skuteczne i pozwalające pogodzić potrzebę ochrony dzieci z ograniczeniami swobód ekonomicznych (za taką uchodzi metoda samoregulacji w Wielkiej Brytanii)²⁷. Najbardziej burzliwe dzieje przechodziły regulacje prawa stanowionego m.in. we Francji i w Niemczech. We Francji falę krytyki wywołała regulacja upoważniająca organy administracji do powiadamiania hostprovidersów o zaobserwowanych przypadkach rozpowszechniania pornografii dziecięcej, w związku z czym świadczący usługi byliby zobowiązani do niezwłocznego uniemożliwienia dostępu do takich treści. Z kolei w Niemczech w ustawie o utrudnieniach dostępu do pornografii dziecięcej w sieciach telekomunikacyjnych, która weszła w życie w 2010 r., dostawcy usług internetowych obsługujący powyżej 10 tys. klientów zostali zobowiązani do zablokowania dostępu do nazw domen umieszczonych w specjalnym rejestrze na poziomie serwerów, a klienci byli informowani o blokadzie za pomocą znaku „stop”²⁸. Dostawcy usług zobowiązani byli do przekazywania Federalnemu Urzędowi Policji Kryminalnej informacji o próbach uzyskania dostępu do blokowanych stron. Ostatecznie jednak ustawa została uchylona w 2011 r.²⁹

W dalszej części niniejszego artykułu przedstawione zostaną dwa modele regulacji dyskutowanego tu zagadnienia: samoregulacji na przykładzie rozwiązań wypracowanych w Wielkiej Brytanii oraz regulacji przy pomocy prawa stanowionego w związku z zamiarem wprowadzenia takich rozwiązań w prawie polskim. Ponadto przedstawione zostanie podejście Unii Europejskiej do tej problematyki. Rozważania ograniczone zostaną wyłącznie do regulacji polegającej na blokowaniu dostępu w internecie do treści o charakterze pornograficznym z punktu widzenia unijnych swobód rynku wewnętrznego, z pominięciem aspektów karnoprawnych oraz związanych z problematyką ochrony danych osobowych.

4.2. Ochrona dzieci przed dostępem do treści pornograficznych w Wielkiej Brytanii

Rozwiązania przyjęte w Wielkiej Brytanii³⁰ są postrzegane w doktrynie jako najbardziej zaawansowane, a zarazem skuteczne społecznie, pozostające przy tym

²⁷ P. Waglowski, *op. cit.*, s. 14.

²⁸ *Ibidem*, s. 19–21.

²⁹ *Ibidem*, s. 21–22.

³⁰ Rozwiązania te szczegółowo zostały omówione w materiałach *Chrońmy dzieci przed pornobiznesem. Wezwanie do działania* autorstwa Stowarzyszenia „Twoja Sprawa”, s. 11–18 oraz 23–27,

w zgodzie z prawem Unii Europejskiej³¹. Centralnym punktem tego systemu jest działalność organizacji utworzonej w 1996 r. pod nazwą Internet Watch Foundation (IWF) założonej przez brytyjską policję i prokuraturę oraz wiodących operatorów rynku dostarczających usługi internetowe, którzy podjęli się na zasadzie samoregulacji do przestrzegania standardów wypracowanych przez IWF³². Zadaniem IWF jest kontrola internetu we współpracy z policją, prokuraturą oraz dostawcami usług internetowych³³. Efektem współpracy przedsiębiorców z IWF było uruchomienie tzw. Cleanfeed Content Blocking System, tj. działającego od 2004 r. filtru blokującego treści określone jako szkodliwe przez IWF. W 2014 r. wiodący brytyjscy operatorzy telekomunikacyjni podjęli inicjatywę na rzecz ograniczania dostępu dzieci do treści pornograficznych w internecie, przy wsparciu politycznym premiera Davida Camerona³⁴. System obejmuje wszystkie urządzenia odbierające internet – domowe komputery, a także urządzenia mobilne (telefony komórkowe, tablety itp.). W ramach samoregulacji główni operatorzy sieci publicznych podjęli decyzję o wprowadzeniu ochrony przed treściami pornograficznymi w publicznych sieciach wi-fi w miejscach dostępnych dla dzieci, a działania takie podejmuje także wiele sieci gastronomicznych³⁵. Głównym założeniem systemu jest domyślne wyłączenie dostępu do treści pornograficznych (określanych jako 18+). Blokada może być zdjęta na wyraźne żądanie klienta³⁶. System taki, choć postrzegany jako efektywny, nie jest wolny od niedoskonałości. Organizacje pozarządowe informują o licznych przypadkach blokowania przez filtry także stron niemających nic wspólnego z pornografią. Jednak skala tego zjawiska nie jest duża, a istniejące rozwiązania techniczne dają gwarancję, że w ciągu 24–48 godzin dojdzie do uwolnienia omyłkowo zablokowanych treści.

4.3. Model regulacji w drodze prawa stanowionego. Idea regulacji w Polsce

W Polsce podjęto działania mające na celu wprowadzenie regulacji ustawowej w omawianym zakresie. W 2013 r. pojawił się projekt uchwały wzywający Ministra Administracji i Cyfryzacji do zagwarantowania rodzicom prawa do internetu bez pornografii³⁷. W projekcie uchwały sejmowej wskazano wytyczne co do rozwiązań prawnych i technicznych, które już konkretnie powinny być uwzględniane. Po pierw-

<http://twojasprawa.org.pl/wp-content/uploads/2015/01/Chronmy-dzieci-przed-pornobiznesem-wezwanie-do-dzia%C5%82ania-v.1.pdf>.

³¹ A. Szafrąński, *O ograniczenie dostępu dzieci...*, *op. cit.*, s. 151 oraz 153; P. Wagłowski, *op. cit.*, s. 14.

³² P. Wagłowski, *op. cit.*, s. 15. Zob. www.iwf.org.uk.

³³ P. Wagłowski, *op. cit.*, s. 16.

³⁴ Zob. <https://www.gov.uk/government/speeches/the-internet-and-pornography-prime-minister-calls-for-action>.

³⁵ *Chronmy dzieci przed pornobiznesem. Wezwanie do działania* autorstwa Stowarzyszenia „Twoja Sprawa”, <http://twojasprawa.org.pl/wp-content/uploads/2015/01/Chronmy-dzieci-przed-pornobiznesem-wezwanie-do-dzia%C5%82ania-v.1.pdf>, s. 25–27.

³⁶ P. Wagłowski, *op. cit.*, s. 17.

³⁷ Druk sejmowy nr 1664 z dnia 29 lipca 2013 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/107F92BAF489D5EAC1257BD500319B54/\\$File/1664.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki7ka.nsf/0/107F92BAF489D5EAC1257BD500319B54/$File/1664.pdf).

sze, każda osoba powinna mieć prawo żądania od dostawcy usług internetowych blokowania przesyłania treści o charakterze pornograficznym. Po drugie, dostawca usług internetowych powinien być odpowiedzialny za opracowanie skutecznych filtrów, które umożliwią blokowanie przesyłania treści o charakterze pornograficznym. Po trzecie, dostawca usług internetowych jest zobowiązany do zapewnienia prawa do internetu bez pornografii nieodpłatnie.

Wybór modelu regulacji w drodze prawa stanowionego skutkuje pojawieniem się szeregu problemów prawnych. Po pierwsze, jak już wspomniano na wstępie, istnieje kwestia zgodności proponowanych rozwiązań ze swobodami rynku wewnętrznego, w szczególności swobodą świadczenia usług, oraz prawami podstawowymi i prawami człowieka, zwłaszcza ze swobodą wypowiedzi. W tym kontekście warto wspomnieć, że prawa te (zarówno ekonomiczne, jak i osobiste) nie mają charakteru absolutnego i zarówno konstytucje krajowe³⁸, EKPC³⁹, prawo pierwotne UE⁴⁰, jak i inne traktaty ekonomiczne⁴¹ zawierają standardy dopuszczalnych ograniczeń tych praw ze względu na ochronę innych wartości (w tym moralności publicznej czy porządku publicznego). Tak więc sama idea wprowadzenia ograniczeń w dostępie dzieci do treści pornograficznych ze względu na dobro dzieci nie powinna budzić wątpliwości. Natomiast kluczowe jest nadanie regulacji normatywnej takiego kształtu, by czyniła ona zadość pewnym standardom, jakim muszą odpowiadać ograniczenia praw i wolności ekonomicznych lub osobistych, m.in. muszą one być konieczne i proporcjonalne⁴².

4.3.1. Blokowanie dostępu do treści pornograficznych w internecie ze względu na ochronę dzieci a prawo pierwotne UE

W świetle art. 52 w zw. z art. 62 TFUE ograniczenia swobody świadczenia usług polegające na odejściu od zakazu dyskryminacji są dopuszczalne, jeśli są uzasadnione względami porządku publicznego, bezpieczeństwa publicznego lub zdrowia publicznego. Powyższe derogacje traktatowe nie mają jednak zastosowania, gdy prawo pochodne przewiduje pełną harmonizację w danej dziedzinie⁴³.

³⁸ Zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.

³⁹ Zob. art. 10 ust. 2 EKPC.

⁴⁰ Zob. art. 52 w zw. z art. 62 TFUE.

⁴¹ Zob. art. XIV układu ogólnego w sprawie handlu usługami (GATS), stanowiącego załącznik 1B do porozumienia ustanawiającego Światową Organizację Handlu, Dz. U. z 1998 r. Nr 34, poz. 195.

⁴² Zob. art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, art. 10 ust. 2 EKPC oraz United Nations, Human Rights Council, Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression, Frank La Rue (Document A/HRC/17/27), of 16 May 2011, art. XIV układu ogólnego w sprawie handlu usługami (GATS).

⁴³ Szerzej na temat derogacji w dziedzinie swobody świadczenia usług zob. m.in. E. Skrzydło-Tefelska, komentarz do art. 62 TFUE oraz M. Szwarz-Kuczer, komentarz do art. 52 TFUE [w:] D. Miąsik, N. Półtorak (red.), *Komentarz do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej*, t. I, Warszawa 2012, odpowiednio: s. 888–889 i s. 970–973; A. Cieśliński, *Wspólnotowe prawo gospodarcze*, t. I, *Swobody rynku wewnętrznego*, Warszawa 2009, rozdział 12; C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford 2007, rozdział 16; A. Cieśliński, *Konstrukcja*

Ponadto w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TS UE) sformułowano ogólną zasadę, zgodnie z którą ograniczenia swobód traktatowych niemające charakteru dyskryminacyjnego muszą czynić zadość następującym wymaganiom: są uzasadnione obiektywnie ze względu na interes ogólny o charakterze publicznym⁴⁴, są konieczne (tj. nadają się w rzeczywistości do osiągnięcia zamierzonego celu) oraz proporcjonalne (tj. nie wykraczają poza to, co niezbędne do realizacji zamierzonego celu, a cel ten nie może być osiągnięty przy pomocy mniej restrykcyjnych środków)⁴⁵. Regulacja nakładająca na podmioty świadczące usługi internetowe obowiązek filtrowania i blokowania treści o charakterze pornograficznym należałaby do tej drugiej kategorii ograniczeń ze względu na interes ogólny o charakterze publicznym. W świetle orzecznictwa TS UE względy natury moralnej, w tym szkodliwe następstwa zarówno dla jednostek, jak i całego społeczeństwa, mieszczą się w kategorii interesu ogólnego⁴⁶.

Pierwsza problematyczna kwestia, która się pojawiłaby się w związku ze stosowaniem tego wyjątku, to kwestia definicji „moralności publicznej”. W tym miejscu należy przywołać wyrok Trybunału Sprawiedliwości odnoszący się wprost do ograniczenia przywozu materiałów pornograficznych w kontekście jednej ze swobód traktatowych⁴⁷. Trybunał wskazał, że co do zasady do państwa członkowskiego powołującego się na względy moralności publicznej należy określenie, zgodnie z własnym systemem wartości i w formie przyjętej w tym państwie, wymogów moralności publicznej⁴⁸. I o ile można się spierać co do szkodliwego wpływu pornografii w ogóle, to wydaje się, że ocena szkodliwości przedwczesnej konsumpcji pornografii nie powinna budzić wątpliwości.

Kolejna problematyczna kwestia to definicja pojęcia „treści o charakterze pornograficznym”. Zauważyć należy, że pojęcie treści pornograficznych stanowi znamię czynów zabronionych określonych w prawie karnym⁴⁹, bez trudu też treści takie

prawna swobód rynku wewnętrznego Unii Europejskiej, Wrocław 2013, cz. II, rozdział drugi, <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/docmetadata?id=41144&from=publication>.

⁴⁴ A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, *op. cit.*, s. 212–218.

⁴⁵ Pkt 36–38 wyroku z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH przeciwko Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Zb. Orz. 2004, s. I-9609, ECLI:EU:C:2004:614. Zob. także A. Cieśliński, *Konstrukcja prawna...*, *op. cit.*, cz. II, rozdział 3.

⁴⁶ Zob. wyrok z dnia 24 marca 1994 r. w sprawie C-275/92, *Her Majesty's Customs and Excise przeciwko G. i J. Schindlerom*, Zb. Orz. 1994, s. I-1039, ECLI:EU:C:1994:119, pkt 60–61; wyrok z dnia 6 listopada 2003 r. w sprawie C-243/01, *postępowanie karne przeciwko Gambellemu i in.*, Zb. Orz. 2003, s. I-13031, ECLI:EU:C:2003:597, pkt 63.

⁴⁷ Wyrok Trybunału z dnia 14 grudnia 1979 r. w sprawie 34/79, *Regina przeciwko Maurice'owi Donaldowi Hennowi i Johnowi Frederickowi Ernestowi Darby'emu*, Zb. Orz. 1979, s. 3795, ECLI:EU:C:1979:295.

⁴⁸ *Ibidem*, pkt 15. Zob. także pkt 31 wyroku z dnia 14 października 2004 r. w sprawie C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH przeciwko Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, Zb. Orz. 2004, s. I-9609, ECLI:EU:C:2004:614.

⁴⁹ Zob. m.in. art. 202 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, tekst jedn.: Dz. U. z 2016 r. poz. 1137 ze zm. Zob. M. Mozgawa (red.), M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2017, komentarz do art. 202.

są identyfikowane przez społeczeństwo. Wydaje się zatem, że skonstruowanie na potrzeby dyskutowanej regulacji definicji „treści o charakterze pornograficznym” nie jest niemożliwe, choć w orzecznictwie i doktrynie odnaleźć można propozycje takiej definicji⁵⁰. A. Szafrąński słusznie zauważa, że skoro w prawie karnym możliwe jest określenie znamion przestępstw związanych z rozpowszechnianiem treści pornograficznych, tym bardziej wydaje się to możliwe dla potrzeb innych mechanizmów prawnych ograniczania dostępu do treści pornograficznych⁵¹.

W kontekście dyskusji nad tym, czy wprowadzana regulacja czyni zadość wymogom proporcjonalności, pojawia się problem niedoskonałości systemu filtrowania i związane z tym ryzyko blokowania czegoś więcej niż treści o charakterze pornograficznym oraz obciążenia operatorów telekomunikacyjnych kosztami funkcjonowania takiego systemu. Wydaje się, że w dobie nowoczesnych technologii niedoskonałości techniczne nie powinny stać na przeszkodzie regulacji. Należy liczyć się z tym, że rozwiązania techniczne, które są stosowane, mogą okazać się niedoskonałe, ale jeżeli w danym momencie są stosowane najlepsze dostępne rozwiązania techniczne, uniemożliwiłoby to skuteczne podniesienie zarzutu nieproporcjonalności środków⁵².

W kontekście proporcjonalności należy także przedyskutować kwestię, czy należy wprowadzić ogólny obowiązek blokowania treści pornograficznych, czy też przedmiotowo i podmiotowo ograniczony obowiązek filtrowania i blokowania treści⁵³. Celem wprowadzonej regulacji jest ochrona dzieci przed szkodliwym działaniem treści pornograficznych, a nie całkowity zakaz rozpowszechniania tych treści w internecie. Oczywiście całkowity zakaz rozpowszechniania treści pornograficznych w internecie byłby najbardziej skutecznym środkiem pozbawienia dzieci dostępu do treści pornograficznych, ale nie ulega wątpliwości, że zostałby zakwestionowany

⁵⁰ J. Warylewski definiuje treści pornograficzne jako „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) w formie przekazu zdjęć, książki, nagrania fonicznego lub nie (pokazy na żywo, wykłady)”, J. Warylewski, *Pornografia. Próba definicji...*, *op. cit.*, s. 11. Z kolei w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 23 listopada 2010 r., IV KK 173/10, wskazano, że „treści pornograficzne w rozumieniu art. 202 k.k. to zawarte w utrwalonej formie (np. film, zdjęcia, czasopisma, książki, obrazy) lub nie (np. pokazy na żywo), prezentacje czynności seksualnych człowieka (zwłaszcza ukazywanie organów płciowych człowieka w ich funkcjach seksualnych), i to zarówno w wymiarze niesprzecznym z ich biologicznym ukierunkowaniem, jak i czynności seksualnych człowieka sprzecznych z przyjętymi w społeczeństwie wzorcami zachowań seksualnych”.

⁵¹ A. Szafrąński, *O ograniczenie dostępu dzieci...*, *op. cit.*, s. 169.

⁵² Takie metody są stosowane np. w ochronie środowiska w celu określenia najlepszych dostępnych technik (*best available technology* – BAT) w odniesieniu do zapobiegania zanieczyszczeniom środowiska. Najlepsze dostępne techniki są określane w tej dziedzinie na poziomie unijnym i w zakresie zintegrowanego zapobiegania zanieczyszczeniom przyjmują postać wytycznych ujętych w decyzji Komisji Europejskiej (zob. art. 13 ust. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2010/75/UE z dnia 24 listopada 2010 r. w sprawie emisji przemysłowych (zintegrowane zapobieganie zanieczyszczeniom i ich kontrola), Dz. Urz. UE L 334, s. 17.

⁵³ Przedmiotowo jest on już ograniczony właśnie do treści o charakterze pornograficznym.

jako niezgodny z zasadą proporcjonalności „zakaz ogólny”⁵⁴. Podkreślić należy, że dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2000/31/WE z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego⁵⁵, zwana dyrektywą o handlu elektronicznym, w art. 15 zakazuje nakładania przez państwa członkowskie na usługodawców świadczących usługi internetowe ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują, ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność. W kontekście zasady proporcjonalności należałoby zatem zastanowić się nad wprowadzeniem środka selektywnego np. w postaci blokady możliwej do wyłączenia na żądanie klienta, ewentualnie możliwości włączenia blokady na życzenie klienta. W czasach współczesnych opracowanie systemów filtrowania i klasyfikacji oraz oprogramowania służącego do weryfikacji wieku nie stanowi problemu⁵⁶.

Kwestia kosztów regulacji prawa stanowionego powinna oczywiście być brana pod uwagę przy ocenie zasady proporcjonalności, ale uznać należy, że tylko w przypadku obciążenia podmiotów świadczących usługi internetowe nadmiernymi kosztami wymóg ten nie będzie spełniony. Nierzadko zdarza się przecież, że ustawodawca wprowadza rozwiązania, które generują koszty po stronie obywateli, co z góry nie wyklucza tego typu regulacji.

4.3.2. Blokowanie dostępu do treści pornograficznych w internecie a prawo pochodne UE

Wątpliwości co do zgodności projektowanej regulacji z prawem UE powstają także w związku ze wspomnianą już tzw. dyrektywą o handlu elektronicznym⁵⁷. Sporną kwestią jest zgodność rozwiązań prawnych polegających na nałożeniu na operatorów telekomunikacyjnych obowiązku blokowania treści o charakterze pornograficznym z art. 15 dyrektywy 2000/31/WE. Artykuł ten stanowi, że państwa członkowskie nie nakładają na usługodawców świadczących usługi określone w art. 12,

⁵⁴ Im bardziej selektywny środek, tym większe prawdopodobieństwo uznania, że czyni on zadość zasadzie proporcjonalności. Zob. np. pkt 39 wyroku w sprawie C-36/02, *Omega*, oraz pkt 27 wyroku z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98, *Tanja Kreil przeciwko Bundesrepublik Deutschland*, Zb. Orz 2000, s. I-69, ECLI:EU:C:2000:2.

⁵⁵ Dz. Urz. UE L 178, s. 1, Polskie Wydanie Specjalne rozdz. 13, t. 25, s. 399.

⁵⁶ Zob. sprawozdanie Komisji z dnia 13 września 2011 r. dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie stosowania zalecenia Rady z dnia 24 września 1998 r. dotyczącego ochrony małoletnich i poszanowania godności ludzkiej oraz zalecenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie ochrony małoletnich, godności ludzkiej oraz prawa do odpowiedzi w odniesieniu do konkurencyjności europejskiego przemysłu audiowizualnego oraz internetowych usług informacyjnych, zatytułowane „Ochrona dzieci w świecie cyfrowym”, KOM (2011) 556 wersja ostateczna, pkt 2.7.2.

⁵⁷ Dyrektywa ta została implementowana do polskiego porządku prawnego na mocy ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, tekst jedn.: Dz. U. z 2017 r. poz. 1219.

13 i 14⁵⁸ ogólnego obowiązku nadzorowania informacji, które przekazują lub przechowują ani ogólnego obowiązku aktywnego poszukiwania faktów i okoliczności wskazujących na bezprawną działalność. W doktrynie zarysowały się odmienne stanowiska odnośnie do zgodności wprowadzenia ustawowego obowiązku filtrowania i blokowania treści o charakterze pornograficznym z art. 15 dyrektywy o handlu elektronicznym. Według pierwszego⁵⁹ z nich nałożenie przepisami prawa obowiązku blokady czy filtrowania i w konsekwencji blokady wszelkich treści o charakterze pornograficznym mogłoby być uznane za niezgodne z art. 15, w szczególności także w świetle orzecznictwa TS UE, m.in. orzeczenia w sprawie C-70/10, *Scarlet przeciwko SABAM*⁶⁰, w którym Trybunał wskazał, że zakaz, o którym mowa w art. 15, obejmuje przepisy krajowe, które zobowiązywałyby usługodawcę do prowadzenia aktywnego nadzoru nad wszystkimi danymi każdego z jego klientów celem realizacji wskazanego celu. Zgodnie z drugim z wyrażonych poglądów zakaz z art. 15 odnosi się do ogólnego obowiązku monitorowania przekazywanych czy przechowywanych danych⁶¹. Tymczasem obowiązek filtrowania i blokowania treści o charakterze pornograficznym ma ograniczony zakres, odnosi się do monitorowania konkretnych danych i ze względu na ochronę określonej kategorii podmiotów⁶².

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 dziecięcą⁶³ oraz tzw. twardą pornografią⁶⁴ podmioty świadczące usługi internetowe nie mogą uchylać

⁵⁸ Przepisy te regulują wyłączenie odpowiedzialności w przypadku odpowiednio prostego przekazu danych, czasowego automatycznego przechowywania danych (*caching*) oraz trwałego przechowywania danych (*hosting*).

⁵⁹ A. Grzelak, *Opinia prawna dotycząca zgodności poselskiego projektu uchwały wzywającej Ministra Administracji i Cyfryzacji do zagwarantowania rodzicom prawa do Internetu bez pornografii* (druk 1664) z prawem Unii Europejskiej z 9 października 2013 r., Biuro Analiz Sejmowych, s. 7.

⁶⁰ Wyrok TSUE z dnia 24 listopada 2011 r. w sprawie C-70/10, *Scarlet Extended SA przeciwko Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, Zb. Orz. 2011, s. I-11959, ECLI:EU:C:2011:771.

⁶¹ A. Szafranski, *O ograniczenie dostępu dzieci...*, *op. cit.*, s. 163–164; P. Wąglowski, *op. cit.*, s. 14.

⁶² Zob. *ibidem*, s. 165–166.

⁶³ 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.

⁶⁴ Zob. regulację art. 202 § 3 k.k.

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.

Jak wynika z powyższego, w świetle art. 15 ust. 2 dyrektywy 2000/31/WE oraz w świetle motywów 45 i 47 tej dyrektywy nie jest wykluczone filtrowanie określonych danych pod względem ich rodzaju⁶⁵. Można rozważyć rozwiązanie na wzór niemiecki, w którym blokowaniu podlegałyby nazwy domen wskazane w specjalnym rejestrze nadzorowanym przez organ policyjny. Jednak w takim wypadku kwestią problematyczną są przesłanki umieszczenia określonych domen w takim rejestrze. W tym miejscu na marginesie warto odnotować próby utworzenia w 2009 r. w Polsce przy okazji nowelizacji ustawy hazardowej Rejestru Stron i Usług Niedozwolonych w ramach nowelizacji ustawy – Prawo telekomunikacyjne⁶⁶. Rejestr miał być prowadzony przez Prezesa Urzędu Komunikacji Elektronicznej w systemie informatycznym i miał służyć do blokowania m.in. określonych treści pornograficznych. Wpis w rejestrze miał następować na żądanie uprawnionego podmiotu, np. Policji, Straży Granicznej czy służby celnej, CBA czy wywiadu skarbowego i miał powstać na koszt przedsiębiorstw telekomunikacyjnych⁶⁷. Pod wpływem krytyki opinii publicznej i zainteresowanych organizacji pozarządowych projekt upadł w 2010 r.⁶⁸ Istnieje jednak infrastruktura do blokowania stron wdrożona na potrzeby kontrowersyjnej ustawy o grach hazardowych, choć funkcjonowanie tego systemu wydaje się pod względem technicznym dalekie od doskonałości⁶⁹.

Jeszcze innym rozwiązaniem byłoby przyjęcie modelu brytyjskiego, wzmocnionego ustawowym obowiązkiem podmiotów świadczących usługi internetowe do filtrowania i blokowania treści o charakterze pornograficznym oraz odblokowywania tych treści na żądanie klienta będącego osobą pełnoletnią. Takie rozwiązanie pozostaje w zgodzie z zasadą proporcjonalności. Z jednej bowiem strony jest to konieczne do osiągnięcia celu, jakim jest ochrona dzieci przed pornografią, z drugiej nie pozbawia dostępu do tych treści osoby zainteresowane. Okoliczność, że niektórzy dorośli postrzegają możliwość dostępu do treści pornograficznych w internecie jako przejaw szeroko rozumianej wolności słowa (prawa do wyrażania, ale i otrzymywania określonych informacji), nie może skutkować narażaniem dzieci na przedwczesną konsumpcję pornografii. Nie jest też tak, że wszyscy członkowie społeczeństwa są

⁶⁵ D.K. Gęsicka, *Wyłączenie odpowiedzialności cywilnoprawnej dostawców usług sieciowych za treści użytkowników*, Warszawa 2014.

⁶⁶ Zob. A. Wagłowski, *op. cit.*, s. 8.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 9.

⁶⁸ *Ibidem*, s. 10.

⁶⁹ System blokowania stron ruszył w 2017 r. Zob. <https://hazard.mf.gov.pl/>. Z opinii internautów wynika jednak, że udaje się uzyskać dostęp do zablokowanych stron, <https://bezwprawnik.pl/operatorzy-blokuja-strony/>.

zainteresowani dostępem do takich treści. Jednak osoby zainteresowane mogłyby w każdej chwili i nieodpłatnie dostęp taki uzyskać.

Jak wynika z powyższego, w świetle prawa pochodnego dopuszczalność wprowadzenia regulacji ograniczającej dostęp dzieci do treści pornograficznych nie budzi wątpliwości. Mogą one natomiast powstawać wokół kwestii związanych z nadaniem takiej regulacji określonego kształtu oraz technicznych aspektów wprowadzenia takiej regulacji (konstruowania i stosowania odpowiednich filtrów pozwalających na selekcjonowanie treści, kategoryzowanie odbiorców określonych treści).

5. Stanowisko Unii Europejskiej wobec konieczności ograniczania dostępu dzieci do treści o charakterze pornograficznym

Unia Europejska już końcem lat 90. XX w. dostrzegła potrzebę ochrony najmłodszych przed zagrożeniami płynącymi z internetu. W 1999 r. uruchomiony został program „Bezpieczniejszy Internet”, dedykowany właśnie bezpiecznemu korzystaniu z nowych technologii i internetu wśród dzieci i młodzieży. Na poziomie unijnym brak jest jednak kompleksowej regulacji tego zagadnienia. W odniesieniu do pornografii dziecięcej przyjęto dyrektywę 2011/93/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej⁷⁰. Ponadto, wprowadzając na poziomie prawa krajowego regulacje dotyczące tego zagadnienia, należałoby mieć na uwadze następujące akty prawa pochodnego UE: dyrektywę 2000/31/WE o handlu elektronicznym z uwagi na zawarty w niej zakaz ogólnego filtrowania treści przez operatorów internetowych; dyrektywę 95/46/WE z dnia 24 października 1995 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w zakresie przetwarzania danych osobowych i swobodnego przepływu tych danych⁷¹ oraz dyrektywę 2002/58/WE z dnia 12 lipca 2002 r. dotyczącą przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej, w razie nałożenia na usługodawców internetowych obowiązku gromadzenia i identyfikacji adresów IP użytkowników, od których treści takie pochodzą.

Stan faktyczny i prawny w odniesieniu do bezpieczeństwa dzieci w sieci został przedstawiony w raporcie KE „Ochrona dzieci w świecie cyfrowym” z 2011 r.⁷²

⁷⁰ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/92/UE z dnia 13 grudnia 2011 r. w sprawie zwalczania niegodziwego traktowania w celach seksualnych i wykorzystywania seksualnego dzieci oraz pornografii dziecięcej, zastępująca decyzję ramową Rady 2004/68/WSiSW, Dz. Urz. UE L 335, s. 1.

⁷¹ Dyrektywa ta traci moc z dniem 24 maja 2018 r. i zostaje zastąpiona przez rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119, s. 1 (na podstawie art. 94 tego rozporządzenia).

⁷² Sprawozdanie Komisji z dnia 13 września 2011 r. dla Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie stosowania zalecenia Rady z dnia 24 września 1998 r. dotyczącego ochrony małoletnich i poszanowania godności ludzkiej oraz zalecenia Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 20 grudnia 2006 r. w sprawie ochrony małoletnich, godności ludzkiej oraz prawa do odpowiedzi w odniesieniu do konkurencyj-

Komisja przedstawiła rozwiązania występujące w poszczególnych państwach członkowskich, wskazując na ich różnorodność oraz na takie rozwiązania, jak kodeksy postępowania w ramach samoregulacji przyjmowane przez podmioty świadczące usługi internetowe, oferowanie darmowego oprogramowania w ramach kontroli rodzicielskiej oraz mechanizmy informujące właściwe podmioty o dostrzeżonych treściach nieodpowiednich dla dzieci⁷³. Zwykle w poszczególnych państwach członkowskich występuje kombinacja stosowanych metod i środków. Jednak w ocenie KE stan prawny w tym zakresie nie jest wystarczający. Ponieważ ostatecznie to państwa członkowskie decydują o sposobie regulacji tego zagadnienia, prowadzi to do fragmentacji rynku, podmioty świadczące usługi internetowe muszą angażować własne środki, aby stawić czoła wymaganiom różnych systemów prawnych, a drugą stroną medalu jest okoliczność, że dzieci w UE nie korzystają z jednakowego poziomu ochrony. Z tego – zdawałoby się – płynie wniosek, że UE zamierza wykorzystać swój potencjał regulacyjny i zmierza do harmonizacji przepisów prawnych państw członkowskich w tym zakresie. Tymczasem KE wskazuje, że owszem, rozwiązania legislacyjne nie są wykluczone, ale przyznaje pierwszeństwo metodzie samoregulacji, gdyż w jej opinii jest to instrument znacznie bardziej elastyczny, pozwalający na osiągnięcie widocznych rezultatów⁷⁴. W tym miejscu przypomnieć należy, że w 2003 r. w ramach porozumienia międzyinstytucjonalnego na temat stanowienia lepszego prawa samoregulacja została zdefiniowana jako możliwość przyjęcia na poziomie europejskim przez przedsiębiorców, stowarzyszenia, organizacje pozarządowe czy partnerów społecznych pewnych reguł postępowania na zasadzie samowiązania. Do Komisji Europejskiej należy monitorowanie przestrzegania podjętych zobowiązań pod kątem ich zgodności z prawem pierwotnym, a także zaproponowanie działań legislacyjnych w sytuacji nieprzestrzegania tych praktyk. Ciężar rozwiązania kwestii bezpieczeństwa dzieci w internecie spoczywa zatem na podmiotach świadczących usługi internetowe. Przykładem takiej inicjatywy samoregulacyjnej są europejskie ramy na rzecz bezpieczniejszego używania telefonów komórkowych przez dzieci i młodzież. Na bazie tego dokumentu powstają kodeksy postępowania przyjęte także m.in. przez polskich operatorów (P4 sp. z o.o., Polkomtel S.A., Polska Telefonia Cyfrowa sp. z o.o., Polska Telefonia Komórkowa sp. z o.o., Wirtualna Polska S.A. i Orange Polska S.A.). Analizując podjęte zobowiązania w ramach samoregulacji przez polskich operatorów, stwierdzić należy, że nie dają one gwarancji skutecznej ochrony dzieci przed nieodpowiednimi treściami. Wprawdzie podmioty te zobowiązują się do klasyfikowania i identyfikowania treści nieodpowiednich dla osób poniżej 18. roku życia, udzielania rodzicom i opiekunom informacji na temat bezpiecznego korzystania z sieci oraz informowania właściwych władz o nielegalnej zawartości, jednak bez możliwości blokowania dostępu. Warto także w tym miejscu wspomnieć o nowym produkcie Orange „Chroń dzieci w sieci”. Jest to pierwsze na

ności europejskiego przemysłu audiowizualnego oraz internetowych usług informacyjnych, zatytułowane „Ochrona dzieci w świecie cyfrowym”, KOM (2011) 556 wersja ostateczna.

⁷³ Zob. pkt 2 sprawozdania KE z dnia 13 września 2011 r.

⁷⁴ Zob. pkt 3 sprawozdania KE z dnia 13 września 2011 r.

polskim rynku kompleksowe rozwiązanie, które jest istotnym krokiem w kierunku realizacji jednego z postulatów Stowarzyszenia „Twoja Sprawa”, tj. ochrony przed dostępem do treści pornograficznych na poziomie serwerów⁷⁵.

Problem bezpieczeństwa dzieci w internecie był przedmiotem strategii UE na rzecz lepszego Internetu dla dzieci z 2012 r.⁷⁶ Z dokumentu tego wynika, że preferowanym przez UE podejściem jest kombinacja różnych sposobów zwalczania zagrożeń dla dzieci w internecie, wiodąca rola ma przypadać samoregulacji uzupełnianej przez rozwijanie mechanizmów informowania o dostrzeżonych treściach szkodliwych lub nielegalnych, uczenie bezpieczeństwa w sieci oraz wsparcie finansowe dla programów mających na celu jego zagwarantowanie⁷⁷.

Kompleksowe podejście UE do zagadnienia zasługuje na aprobatę, jednak wydaje się, że położenie nacisku na samoregulację nie zlikwiduje fragmentacji rynku, gdyż nadal państwa członkowskie zasadniczo zachowują kompetencję do wprowadzania regulacji na podstawie wyjątków od swobód traktatowych z uwagi na ochronę moralności publicznej.

Natomiast przedstawiona w powołanych dokumentach wizja UE odnośnie do podejścia do kwestii bezpieczeństwa dzieci w internecie pokazuje, że w istocie nie stajemy przed dylematem, czy w ogóle kwestię tę regulować, lecz jaką metodę regulacji wybrać, tj. ile powinno być regulacji w drodze prawa stanowionego, a ile w drodze samoregulacji.

6. Podsumowanie

Przedstawione wyżej modele podejścia do omawianej problematyki mają swoje zalety i wady. Najbardziej skuteczny i zarazem społecznie akceptowalny model jest gdzieś pośrodku. Należy się zgodzić, że model brytyjski, chociaż niepozbawiony mankamentów, jest przykładem godnym naśladowania. Zaangażowanie organów policji i prokuratury w definiowanie treści podlegających zablokowaniu przy aktywnej roli operatorów sieci pozwala na pewno na optymalizację rezultatów. Wydaje się jednak, że model ten jest także pewnym (pozytywnym) ewenementem, a jego skuteczność w dużej mierze wynika także z dużego zaangażowania władzy publicznej w realizowanie tego projektu. Nie wszędzie, w ramach samoregulacji, operatorzy są i będą gotowi do podjęcia tak daleko idących kroków, dlatego w niniejszym artykule zaproponowano wzorowanie się, gdy chodzi o rozwiązania techniczne, na modelu brytyjskim, wzmocnionym jednak regulacją ustawową. Przeprowadzona w niniejszym artykule analiza prowadzi do wniosku, że prawo UE nie stoi na przeszkodzie wprowadzeniu odpowiednich regulacji, przy czym prawdziwość tej tezy w dużej mierze uzależniona jest od precyzji konstrukcji legislacyjnej, poszanowania

⁷⁵ Zob. www.chrondzieciwsielni.pl.

⁷⁶ Komunikat Komisji z dnia 2 maja 2012 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejska strategia na rzecz lepszego Internetu dla dzieci”, KOM (2012) 196, wersja ostateczna.

⁷⁷ Zob. s. 2, 7 i 20 komunikatu Komisji z dnia 2 maja 2012 r.

zasady proporcjonalności i wykorzystania najlepszych dostępnych praktyk, gdy chodzi o rozwiązania techniczne.

Podsumowując, istnieje potrzeba regulacji w omawianym zakresie. Nie wygląda na to, aby w najbliższym czasie kwestia ta miała być unormowana na poziomie unijnym. Obecnie zagadnienie to pozostaje zatem w gestii prawodawcy krajowego. Pojawiające się trudności związane z nadaniem regulacji kształtu zgodnego z prawem Unii Europejskiej, zarówno w aspekcie swobód rynku wewnętrznego, jak i praw podstawowych, nie mają charakteru nieusuwalnego. Problemy te nie powinny jednak odstraszać, zwłaszcza że chodzi tu o odpowiedzialność za rozwój przyszłych pokoleń.

SUMMARY

RESTRICTIONS ON THE INTERNET ACCESS TO PORNOGRAPHY IN THE INTEREST OF CHILDREN – LEGAL ISSUES FROM THE PERSPECTIVE OF EU LAW

It shall not be doubtful that pornography is very detrimental particularly for children. As a consequence children shall be protected against pornography in the Internet. However, introduction of the legal provisions on blocking the Internet access to pornography in the interest of children results in a number of problematic issues, such as collision with economic rights (EU internal market freedoms) or freedom of speech. The analysis carried out in the article results in a conclusion that introduction of such restrictions is nevertheless legally possible and reasoned. It is also pointed out that because at the time being the EU does not intend to adopt appropriate legally binding measures, it is for national legislators to confront the problem. The question is therefore not if access shall be restricted, but how to do it, in particular, whether it shall be restricted on the basis of normative regulation or on the basis of self-regulation.

Słowa kluczowe: pornograficzne treści, ochrona dzieci, blokowanie dostępu, filtrowanie

Key words: pornography, children's protection, content blocking, filtering