

## Bartłomiej Kozłowski

### **Czy wolność słowa w USA jest zagrożona? Refleksja nad niedawnym (maj 2008) orzeczeniem amerykańskiego Sądu Najwyższego**

Tekst opublikowany pierwotnie (pod innym tytułem) w ramach działu [Kartka z kalendarza](#) na portalu [Polska.pl](#).

Czy z wolnością słowa w najbardziej – jak dotychczas – chroniącym ją kraju świata, jakim są Stany Zjednoczone nie zaczyna się dziać coś złego? Takie pytanie nasuwa się na myśl po lekturze wydanego 19 maja 2008 r. orzeczenia Sądu Najwyższego USA w sprawie [United States versus Williams](#).

W sprawie tej siedmioosobowa większość liczącego dziewięciu członków Sądu uznała za zgodny z klauzulą wolności słowa [Pierwszej Poprawki](#) do [Konstytucji](#) i nie naruszający klauzuli „prawidłowego (lub „właściwego” czy „odpowiedniego” – w zależności, jak dokładnie tłumaczyć na polski angielskie słowo „due”) postępowania prawnego” [Piątej Poprawki](#) do tej samej Konstytucji fragment uchwalonej przez Kongres w roku 2003 i podpisanej przez prezydenta Georga W. Busha ustawy, która od swojego angielskiego tytułu *Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003* określana jest efektownym mianem [PROTECT Act of 2003](#). Utrzymany w mocy fragment tego aktu mówi, że:

*„Każda osoba, która świadomie reklamuje, promuje, prezentuje, rozpowszechnia, albo zamawia drogą pocztową lub w jakikolwiek inny sposób obejmujący wymianę międzystanową lub zagraniczną – w tym również przez system komputerowy – jakikolwiek rzeczywisty bądź wyimaginowany materiał w sposób świadczący o przekonaniu lub mający na celu przekonanie innej osoby o tym, że materiał ten jest obscenicznym obrazem osoby nieletniej zaangażowanej w seksualnie wyraziste zachowanie, albo obrazem rzeczywistej osoby nieletniej zaangażowanej w seksualnie wyraziste zachowanie lub, że zawiera on taki obraz, podlega karze pozbawiania wolności od lat 5 do 20”. [1]*

Wspomniane orzeczenie amerykańskiego Sądu Najwyższego jest ostatnim słowem tego trybunału w długiej liście spraw dotyczących tzw. obsceniczności i pornografii dziecięcej. Aby zrozumieć istotę tego orzeczenia przypomnijmy historię traktowania tych kategorii ekspresji przez Sąd Najwyższy USA - w dużym, z konieczności, skrócie.

#### **Co to jest obsceniczność i jak to z nią (dotychczas) było**

Większość sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego uznawała – jak dotąd – że gwarantująca m.in. swobodę wypowiedzi Pierwsza Poprawka do Konstytucji nie chroni przed odpowiedzialnością karną, czy zakazem sądowym dalszych działań (w angielskim języku prawnym nazywa się to „*injunction*” – którego naruszenie traktowane jest jako karalna „obraza sądu”) osób rozpowszechniających, sprzedających czy prezentujących w jakikolwiek inny sposób treści określane mianem obscenicznych. Od czasu pierwszej decyzji w sprawie zgodności praw przeciwko obsceniczności z Konstytucją, jaką amerykański Sąd Najwyższy wydał w 1957 r. [2] definicja „obsceniczności” ulegała pewnym – niewielkim zresztą raczej – zmianom. Według będącego wciąż obowiązującym precedensem orzeczenia w sprawie [Miller versus California](#) z 1973 r. „dzieło” (film, książka, numer czasopisma itp.) ma charakter obsceniczny i nie podlega w związku z tym ochronie ze strony Pierwszej Poprawki, jeśli dzieło to ma trzy, łącznie spełnione, cechy:

- Wzięte pod uwagę jako całość, odwołuje się do sprośnych (*prurient*) zainteresowań
- W sposób oczywście rażący przedstawia lub opisuje zachowanie seksualne specyficznie zdefiniowane przez mające zastosowanie prawo stanowe
- Wzięte pod uwagę jako całość, nie posiada poważnej wartości literackiej, artystycznej, politycznej lub naukowej.

Materiały spełniające tę mglistą w istocie definicję są uznawane za konstytucyjnie niechronione, a karanie osób odpowiedzialnych za ich produkcję, dystrybucję i sprzedaż nie jest uważane przez amerykańskie sądy za naruszenie Pierwszej Poprawki. Tym, którzy chcieliby z tego stwierdzenia wysunąć wniosek, że w Stanach Zjednoczonych pornografia jest zakazana, należy jednak powiedzieć, że w obecnych czasach (inaczej, niż np. kilkadziesiąt lat temu) znakomita większość pornografii z udziałem wyłącznie dorosłych aktorów jest traktowana jako rzecz najzupełniej legalna – o ile nie jest np. sprzedawana czy prezentowana dzieciom.

### **Pornografia dziecięca – kategoria ekspresji wyjęta spod ochrony Pierwszej Poprawki z innych powodów, niż „obsceniczność”**

W wydanym w 1982 r. orzeczeniu w sprawie [New York v. Ferber](#) Sąd Najwyższy USA jednomyślnie (choć przy pewnych zdaniach tzw. zbieżnych) uznał, że pornografia, w której w roli filmowanych aktorów lub fotografowanych modeli wykorzystywane są dzieci, może być zakazana bez naruszenia Pierwszej Poprawki niezależnie od tego, czy ma ona – czy też nie ma – charakter obsceniczny według kryteriów sformułowanych w decyzji w sprawie *Miller przeciwko Kalifornii*. W przeciwieństwie do bardzo tak naprawdę niejasnych i wątpliwych w kontekście pozostałej części orzecznictwa amerykańskiego Sądu Najwyższego w sprawach dotyczących granic swobody wypowiedzi przyczyn wyjęcia „obsceniczności” spod ochrony Pierwszej Poprawki, powód, dla którego ten sam sąd uznał, że pornografia dziecięca może być zakazana, jest całkowicie klarowny: chodzi o ochronę dzieci przed psychiczną – a często i fizyczną – krzywdą, jaką wyrządza im wykorzystywanie ich do celów produkcji pornografii.

Przedstawione w sprawie Febera *ratio legis* wyjęcia pornografii z udziałem dzieci spod ochrony Pierwszej Poprawki było takie, że ściganie i karanie wyłącznie tych osób, które molestują dzieci i produkują pornografię z ich udziałem, nie byłoby efektywną metodą zwalczania takich zachowań – choćby dlatego, że wykrycie osób bezpośrednio odpowiedzialnych za produkcję pornograficznych zdjęć czy filmów z udziałem dzieci jest zazwyczaj bardzo trudne (tego rodzaju zdjęcia czy filmy z oczywistych względów nie zawierają przecież prawdziwych imion i nazwisk ich twórców). Chcąc w sposób skuteczny zwalczać produkcję pornografii dziecięcej należy też zakazać jej dystrybucji – orzekający w tej sprawie sąd rozumował, że związane z tym ryzyko spowoduje, iż motywacja do produkcji pornografii dziecięcej osłabnie (skoro trudniej będzie ją sprzedać) – a dzięki temu zmniejszy się liczba wykorzystywanych w celu produkcji pornografii dzieci. Istotnym motywem wyłączenia pornografii dziecięcej spod ochrony Pierwszej Poprawki była też chęć ochrony prywatności dzieci, która zostaje naruszana poprzez rozpowszechnianie pornograficznych zdjęć czy filmów z ich udziałem (co zazwyczaj dzieje się bez ich zgody) a także zapobiegania psychicznej krzywdzie, jaką u dziecka wykorzystanego dla potrzeb produkcji pornografii wywołuje świadomość, że zdjęcia czy filmy przedstawiające jego seksualne wykorzystanie są rozpowszechniane i oglądane przez innych.

W wydanym osiem lat po decyzji w sprawie *New York v. Ferber* orzeczeniu w sprawie [Osborne v. Ohio](#) Sąd Najwyższy USA (tym razem niejednomyślnie) stwierdził, że

amerykańska Konstytucja nie tylko nie zabrania władzom traktowania produkcji i rozpowszechniania pornografii dziecięcej jako przestępstwa, ale także pozwala im na takie samo traktowanie posiadania pornografii dziecięcej na własny, czysto prywatny użytek. [3]

### **Pornografia dziecięca bez prawdziwych dzieci – chroniona przez Pierwszą Poprawkę**

Pornografia dziecięca jest więc w Stanach Zjednoczonych wyjęta spod ochrony Pierwszej Poprawki i zakazana. Ale z tego, że władze mogą zabronić rozpowszechniania i nawet samego tylko posiadania pornografii dziecięcej nie wynika, że mogą one – bez naruszenia tego fragmentu amerykańskiej ustawy zasadniczej – zakazać rozpowszechniania i posiadania czegoś, co przypomina pornografię dziecięcą, ale w rzeczywistości nią nie jest. Sąd Najwyższy USA bardzo wyraźnie stwierdził to w wydanym w 2002 r. orzeczeniu w sprawie [Ashcroft v. Free Speech Coalition](#), unieważniając – jako sprzeczną z Pierwszą Poprawką – uchwaloną przez Kongres w 1996 r. ustawę [Child Pornography Prevention Act](#), która rozszerzała pojęcie pornografii dziecięcej na te „seksualnie wyraziste” wizerunki nieletnich, które nie są wynikiem filmowania czy fotografowania rzeczywistych osób, lecz wyłącznie efektem fantazji ich twórców.

Zdaniem Sądu Najwyższego USA (którą sformułował [sędzia Anthony Kennedy](#)) „wirtualna” – tworzona np. za pomocą komputera – pornografia dziecięca nie może być zabroniona, gdyż:

*Ratio legis*, uzasadniające zakaz pornografii z udziałem rzeczywistych dzieci – jakim jest ochrona dzieci przed krzywdą wyrządzaną im poprzez wykorzystywanie ich jako modeli i aktorów w pornograficznych zdjęciach i filmach – nie ma w stosunku do „wirtualnej” pornografii dziecięcej żadnego zastosowania. Produkcja takiej pornografii po prostu w żaden sposób nie krzywdzi dzieci.

Wirtualna pornografia dziecięca nie jest *ex definitione* obsceniczna w świetle standardu sformułowanego w sprawie *Miller przeciwko Kalifornii*. „Seksualnie wyraziste” zachowania z udziałem nieletnich, których wizualnego przedstawiania zabraniała ustawa z 1996 r., nie są czymś *per se* rażącym w świetle przyjętych we współczesnym społeczeństwie standardów. Wspomniana ustawa nie uzależniała też ścigania wirtualnej pornografii dziecięcej od wykazania, że pornografia ta – w konkretnym przypadku – pozbawiona jest literackiej, artystycznej, naukowej czy politycznej wartości. Nie było w niej też wymogu, by dzieło inkryminowane jako zawierające wirtualną pornografię dziecięcą oceniane było jako całość.

Za konstytucyjnie niedopuszczalny został uznany argument, że wirtualna pornografia dziecięca może podsycać „apetyty” pedofili i zwiększać prawdopodobieństwo przestępstw przeciwko dzieciom. Jak argumentował bowiem sędzia Kennedy,

*„sama skłonność wypowiedzi do zachęcania do bezprawnych czynów nie jest wystarczającym powodem do tego, aby ich zakazać. Rząd nie może w sposób konstytucyjny opierać legislacji na tym, że czymś pożądanym jest kontrolowanie prywatnych myśli (podległych mu) osób. Zagwarantowane w I Poprawce do Konstytucji swobody są w największym niebezpieczeństwie wówczas, kiedy rząd stara się kontrolować myśli, lub usprawiedliwia stanowione przez siebie prawa dążeniem do tego niedopuszczalnego celu. Prawo do myślenia jest początkiem wolności i mowa musi być chroniona przed rządem, gdyż mowa jest początkiem myśli. Aby chronić te wolności i chronić mowę ze względu na nią samą, Sąd, w rozpoznawanych w oparciu o I Poprawkę sprawach dokonuje zasadniczego rozróżnienia między słowami a czynami, między ideami a zachowaniem. [4]*

*Władze nie mogą zakazywać wypowiedzi z tego powodu, że zwiększają one szanse na to, że bezprawny czyn zostanie dokonany w jakimś bliżej nieokreślonym, przyszłym czasie. Mogą one tłumić wypowiedzi z powodu nawoływania do użycia siły lub łamania prawa jedynie wówczas, gdy „takie nawoływanie ma na celu podburzenie lub wywołanie natychmiastowego bezprawnego zachowania, i jest prawdopodobne, że podburzy lub wywoła takie zachowanie”.*

*To, czego zakazuje zaskarżona ustawa nie jest usiłowaniem, podburzaniem, podżeganiem lub przestępczym spiskiem. Rząd wykazał nie więcej, jak odległy związek między wypowiedzią, która może pobudzać myśli lub popędy, a będącym jej rezultatem wykorzystaniem dziecka. Bez wykazania znacząco mocniejszego, bardziej bezpośredniego związku między tymi zjawiskami, władze nie mogą zakazać wirtualnej pornografii dziecięcej w oparciu o argument, że może ona zachęcać pedofile do popełniania przestępstw”.*

Za konstytucyjnie „nie do przyjęcia” został też uznany argument, że wirtualna pornografia dziecięca może być zabroniona z tego powodu, że pedofile mogą wykorzystywać ją w celu przekonywania dzieci, że seks jest „fajny” i w ten sposób zachęcać je do seksu:

*„Jest wiele rzeczy niewinnych samych w sobie, takich jak komiksy, gry video czy cukierki, które mogą zostać użyte w niemoralnym celu, jednak nie uważamy, by mogły być one zakazane dlatego, że mogą być one nadużyte”*

– pisał sędzia Kennedy w uzasadnieniu orzeczenia.

W sprawie *Ashcroft v. Free Speech Coalition* Sąd Najwyższy USA odrzucił wreszcie argument, że wirtualna pornografia dziecięca może być zakazana z tego powodu, że jej legalne istnienie może utrudniać ściganie osób produkujących, rozpowszechniających i posiadających pornografię z udziałem rzeczywistych dzieci (chodziło o to, że ktoś, kto posiada lub rozpowszechnia pornografię dziecięcą może się bronić przed sądem za pomocą argumentu, że pornografia ta została wyprodukowana wyłącznie za pomocą komputera i zostać uniewinniony w myśl zasady *in dubio, pro reo*). Władze nie mogą bowiem – bez naruszenia konstytucji – zabraniać konstytucyjnie chronionych wypowiedzi po to, by w ten sposób zwalczać także te niechronione. Ponadto – to właśnie legalność wirtualnej pornografii dziecięcej, której produkcja w żaden sposób nie krzywdzi dzieci (a inne negatywne efekty są czymś w najlepszym razie przypuszczalnym) może w jakimś stopniu wyeliminować prawdziwą pornografię dziecięcą – która szkodzi dzieciom w sposób niewątpliwy.

Jeśli rzeczywiście istnieje rynek na „seksualnie wyraziste” wizerunki dzieci – i są ludzie, którzy dzięki istnieniu tego rynku zarabiają pieniądze, kto z nich będzie wykorzystywał dzieci do produkcji pornografii, ryzykując trafieniem na wiele lat do więzienia, jeśli dokładnie taki sam produkt można uzyskać w całkowicie bezpieczny, legalny i tani sposób? [5]

W reakcji na obalenie przez Sąd Najwyższy USA *Child Pornography Prevention Act* z 1996 r. jako niekonstytucyjnej Kongres uchwalił w 2003 roku wspomnianą już na wstępie *PROTECT Act*. Ustawa ta jest obszernym aktem prawnym i bliższe jej omówienie nie mieściłoby się w ramach tego artykułu. Ograniczmy się zatem do zwrócenia uwagi na przepis, który przytoczyłem w trzecim akapicie tego tekstu.

### **Co tu jest przestępstwem?**

Czy zauważyli Państwo, czego ten przepis zabrania? Nie produkcji, rozpowszechniania, prezentowania lub posiadania pornografii dziecięcej – te rzeczy od dawna uznawane są za przestępstwo. Nie reklamowania, czy zamawiania pornografii dziecięcej – to również od dawna jest zakazane. Przepis ten zabrania – pod drakońską karą – reklamowania,

promowania, prezentowania, rozpowszechniania i zamawiania całkowicie legalnych materiałów (bądź materiałów w rzeczywistości nieistniejących) – w sposób świadczący o bądź o błędnym przekonaniu, że materiały te są nielegalną pornografią z udziałem dzieci (albo również zakazaną obscenicznością – która nie musi przedstawiać realnie istniejących osób) – bądź też mający na celu fałszywe przekonanie innej osoby, że dany materiał jest rzeczywistą pornografią, względnie obscenicznością z udziałem dzieci (w tym drugim przypadku niekoniecznie prawdziwych).

Innymi słowy, przepis ten zakazuje całkowicie legalnych czynów – bo produkowanie, rozpowszechnienie, reklamowanie, kupowanie itp. każdej pornografii, która nie ma charakteru obscenicznego lub w której nie są wykorzystywane rzeczywiste dzieci nie tylko nie jest zakazane, ale jest chronione przez Pierwszą Poprawkę – jeśli tylko czynem tym towarzyszą odpowiednio ujawnione i wyrażone myśli, że występuje w nich element, który – gdyby naprawdę w nich występował – czyniłby je przestępstwem, lub towarzyszy im próba błędnego przekonywania innej osoby, że mają one taki charakter, który – gdyby go miały rzeczywiście – wyjmowałby je spod prawa.

Rodzi tu się zatem pytanie: czy w demokratycznym, szanującym wolność jednostki państwie można zabraniać nie wyrządzających nikomu krzywdy i w gruncie rzeczy legalnych czynów z powodu myśli, jakie tym czynom towarzyszą – bądź myśli, jakie sprawcy takich czynów chcą wywołać u innych? Jak ewentualnie można by usprawiedliwić taki zakaz?

### **Nieudolne usiłowanie popełnienia przestępstwo i oszustwo**

Przychodzą tu na myśl dwa znane w prawie karnym pojęcia. Pierwszym z nich jest tzw. nieudolne usiłowanie popełnienia przestępstwa. Polega ono na tym, że ktoś, kto chce dokonać czynu zabronionego prawem karnym w subiektywnym odczuciu bezpośrednio zmierza swym zachowaniem do dokonania takiego czynu, jednak nie uświadamia sobie, że dokonanie takiego czynu jest niemożliwe – bądź to ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, bądź ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia takiego czynu. [6]

Jeśli więc ktoś rozpowszechnia, reklamuje, prezentuje czy zamawia jakiś materiał, który nie jest pornografią dziecięcą w błędnym przekonaniu, że jest on taką pornografią, to w sposób nieudolny usiłuje rozpowszechniać, reklamować, prezentować, czy zamawiać rzeczywistą pornografię dziecięcą.

Drugie pojęcie to oczywiście oszustwo. Formując jego definicję, sięgnijmy do art. 286 § 1 polskiego [kodeksu karnego](#). Według tego przepisu, za oszustwo odpowiada ten, kto, w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, doprowadza inną osobę do niekorzystnego rozporządzenia własnym lub cudzym mieniem za pomocą wprowadzenia jej w błąd albo wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania. W przypadku, gdy do niekorzystnego rozporządzenia mieniem nie dochodzi, mamy do czynienia z usiłowaniem oszustwa. Jeśli więc ktoś – wiedząc, że dany materiał nie jest prawdziwą pornografią dziecięcą – przekonuje kogoś innego, że materiał ten jest taką pornografią, gdyż myśli, że ten ktoś zapłaci mu większe pieniądze, niż zapłaciłby wówczas, gdyby znał jego rzeczywisty charakter – to w istocie rzeczy winny jest usiłowania – a jeśli wprowadzenie w błąd było skuteczne, to dokonania – oszustwa.

### **Jak sędzia Scalia rozumował...**

Czy jednak te generalnie akceptowane w prawie karnym doktryny usprawiedliwiają w sposób przekonujący przepis, który większość sędziów amerykańskiego Sądu Najwyższego uznała za zgodny z Pierwszą Poprawką? Aby uzasadnić, że zakaz rozpowszechniania, prezentowania, reklamowania itp. czegoś, co tak naprawdę nie jest pornografią dziecięcą w sposób świadczący o błędnym przekonaniu, że to coś nią jest nie narusza Konstytucji będący autorem opinii większości [sędzia Antonin Scalia](#) przywołał przykład człowieka, który chcąc sprzedać kokainę, sprzedaje proszek do pieczenia, myśląc, że jest to kokaina.

Sprzedaż proszku do pieczenia jest rzeczą tak samo legalną, jak sprzedaż każdej pornografii, nie będącej obscenicznością lub prawdziwą – nie stworzoną np. wyłącznie przy pomocy komputera – pornografią dziecięcą. Jednak ktoś taki może zgodnie z zasadami prawa karnego i bez żadnego naruszenia konstytucji zostać skazany za usiłowanie sprzedaży kokainy – mimo, że to co sprzedał, nie było *de facto* kokainą. Z rozpowszechnianiem, reklamowaniem, zamawianiem itp. wirtualnej pornografii dziecięcej w sposób świadczący o przekonaniu, że jest to prawdziwa pornografia dziecięca jest – jego zdaniem – tak samo.

### **Sprzedaż proszku do pieczenia nie jest konstytucyjnie chroniona (choć legalna) sprzedaż wirtualnej pornografii dziecięcej jest**

Pewne podobieństwo między tymi sytuacjami jest rzeczą niewątpliwą. Jest jednak między nimi także pewna – istotna – różnica. Sprzedaż proszku do pieczenia – jakkolwiek dozwolona – nie jest czynem, którego dopuszczalność jest w sposób szczególny chroniona przez konstytucję. Zresztą, nie musi być – czy można sobie wyobrazić, by jakiegokolwiek społeczeństwo zabroniło sprzedaży proszku do pieczenia i by prawa do sprzedaży tego produktu trzeba było bronić na drodze sądowej – unieważniając postanowienia przyjęte w drodze demokratycznego głosowania? Tymczasem rozpowszechnianie, zamawianie itp. wirtualnej pornografii dziecięcej jest działaniem nie tylko po prostu nie zakazanym, ale w sposób szczególny chronionym przed prawnym zakazem przez Konstytucję – a konkretnie Pierwszą Poprawkę.

W odróżnieniu od sprzedaży proszku do pieczenia – która, jakkolwiek wielce pożyteczna dla społeczeństwa nie musi być konstytucyjnie chroniona, jako że nikt przy zdrowych zmysłach nie chce jej zakazać – konstytucyjna ochrona wytwarzania, rozpowszechniania, reklamowania, zamawiania itp. wywołującej kontrowersje ekspresji jest niezbędna, gdyż nawet demokratyczne i szanujące – przynajmniej w sposób deklaracyjny – prawa jednostki społeczeństwo usiłuje często wyeliminować z publicznego obiegu treści, które mniejsza czy większa jego część uznaje za obraźliwe, niemoralne lub niebezpieczne – zazwyczaj bez szczególnego zwracania uwagi na uboczne skutki takich zakazów i na to, czy zakazy takie faktycznie są w stanie doprowadzić do rozwiązania takich czy innych problemów, z którymi społeczeństwo się boryka.

We wspomnianej już w tym artykule sprawie *Ashcroft v. Free Speech Coalition* Sąd Najwyższy USA orzekł, że wirtualna pornografia dziecięca nie może być zakazana z tego powodu, że przypomina prawdziwą. Czy nie jest sprzeczne z tym rozumowaniem ściganie kogoś za rozpowszechnianie, prezentowanie itp. wirtualnej pornografii dziecięcej z tego powodu, że pornografia ta tak przypomina mu prawdziwą pornografią dziecięcą, iż wydaje mu się, że faktycznie nią jest?

Pierwsza Poprawka do Konstytucji USA – rozumiana tak, jak interpretuje ją amerykański Sąd Najwyższy – chroni też (warto zauważyć) mówcę (lub autora), który jest błędnie przekonany o tym, że w jego działaniu występuje element, który gdyby występował w nim naprawdę, wyjmowałby jego wypowiedź spod ochrony Pierwszej Poprawki i czynił ją (w przypadku

istnienia odpowiedniego prawa federalnego lub stanowego) przestępstwem: chodzi o kogoś, kto nawołuje do popełniania przestępstwa i subiektywnie wierzy w to, że doprowadzi do jego popełnienia, ale rzeczywiste okoliczności jego wypowiedzi są takie, że nie ma on realnej szansy na bezpośrednie doprowadzenie kogoś z odbiorców do popełnienia czynu zabronionego przez prawo. Jakkolwiek zachowanie takiego człowieka byłoby niewątpliwie moralnie naganne, obowiązujący i wyraźnie akceptowany przez wszystkich sędziów orzekających w sprawie [United States v. Williams](#) precedens, jakim jest decyzja Sądu Najwyższego w sprawie [Brandenburg v. Ohio](#) nie pozwalałaby na uznanie jego wypowiedzi za przestępstwo: według tej decyzji, która zapadła w 1969 r. w sprawie jednego z przywódców rasistowskiego Ku Klux Klanu warunkiem zgodnego z Pierwszą Poprawką traktowania wypowiedzi jako przestępstwa jest nie tylko to, by miała ona na celu skłonienie innych do złamania prawa, ale także to, by obiektywnie mogła osiągnąć taki skutek. [7]

### **Nieudolne usiłowanie popełnienia przestępstwa – problematyczna kategoria zachowań**

Uzasadnienie omawianego tu przepisu poprzez odwołanie się do obowiązującej w prawie karnym zasady, że nie tylko dokonanie, ale również usiłowanie – w tym także nieudolne usiłowanie – dokonania przestępstwa jest karalne jest też strategią problematyczną z tego względu, że karalność tego, co prawnicy określają mianem nieudolnego usiłowania popełnienia przestępstwa sama w sobie jest rzeczą kontrowersyjną. Jakkolwiek karalność pewnych zachowań, które należałoby uznać za nieudolne usiłowanie popełnienia przestępstwa nie jest – nazwijmy to – rzeczą na pewno nie uzasadnioną (weźmy tu przykład kogoś, kto nie popełnia morderstwa tylko dlatego, że pistolet, z którego próbował strzelać był nie nabity albo się zaciął), to są też takie zachowania będące rodzajem nieudolnego usiłowania popełnienia przestępstwa za których faktyczną karalnością nie opowiada się pewnie nikt, poza jakimiś wyjątkowymi rygorystami – weźmy tu kogoś, kto wierząc w czarną magię usiłuje zabić inną osobę, wbijając szpilki w jej zdjęcie.

Czym jednak te dwa przykłady się różnią? Czysto subiektywna intencja spowodowania śmierci innej osoby i wiara w możliwość osiągnięcia takiego skutku może być w obu tych przypadkach taka sama. Czymś różnym są natomiast środki nieudolnie wykorzystane do osiągnięcia takiego celu. W pierwszym przypadku, środek ten tylko w niewielkim stopniu różni się od środka, za pomocą którego naprawdę można popełnić przestępstwo. Próba strzelania do kogoś z nie nabitego pistoletu nie różni się zasadniczo – można by argumentować – od np. strzelania z pistoletu, który jest niecelny – a ktoś, kto bierze do ręki nie nabity pistolet, po to, by kogoś zabić, dowodzi swym zachowaniem, że mógłby wziąć także do ręki pistolet jak najbardziej nabity – czyli krótko mówiąc tego, że jest niebezpieczny dla innych.

Ktoś, kto usiłuje zamordować drugiego człowieka wbijając szpilki w jego zdjęcie i wymawiając zaklęcia, posługuje się środkiem, który do osiągnięcia zamierzonego celu jest zupełnie nieadekwatny. Karanie za takie zachowanie byłoby czymś bardzo już zbliżonym do karania za czyste myśli – a jest rzeczą bezsporną (lub w najgorszym wypadku mało sporną), że w szanującym prawa człowieka państwie same myśli nie mogą być traktowane jako przestępstwo. Nawet zresztą karalność pierwszego z hipotetycznych zachowań – jakim jest próba strzelania z nie nabitego pistoletu – nie jest rzeczą bezdyskusyjną. Jakkolwiek zachowanie takie może świadczyć o tym, że dany człowiek stwarza zagrożenie dla innych, to warto pamiętać, że bycie człowiekiem niebezpiecznym – zdolnym, czy nawet skłonny do popełnienia przestępstwa – nie jest przestępstwem. Tzw. niebezpieczeństwo osobiste sprawcy jest niewątpliwie ważnym czynnikiem przy ustalaniu wymiaru kary za popełnione przestępstwo – a także przy rozważaniu warunkowego zwolnienia z więzienia – nie może być

jednak samo w sobie powodem do posłania człowieka za kraty, jeśli tylko ujawnia się w jakikolwiek objawiony w świecie zewnętrznym sposób (gdyby tak było, można by zamykać niektórych ludzi w więzieniu po prostu za to, że są np. pedofilami – nie czekając na to, kiedy będą próbować wykorzystać jakieś konkretne dziecko).

### **Trzeba udowodnić intencję! (by skazać za nieudolne usiłowanie)**

Lecz nawet, gdyby zasada karania za nieudolne usiłowanie popełniania przestępstwa nie budziła żadnych wątpliwości, to z odwołaniem się do tej zasady w celu uzasadnienia zakazu rozpowszechniania, reklamowania, prezentowania, czy zamawiania legalnych materiałów w sposób świadczący o przekonaniu, że zawierają one zakazaną prawnie obsceniczność czy pornografię dziecięcą jest jeszcze jeden, bardzo zasadniczy, problem.

Problem ten jest taki: aby skazać kogoś za nieudolne usiłowanie przestępstwa trzeba ponad wszelką rozsądną wątpliwość udowodnić, że ten ktoś chciał popełnić rzeczony przestępstwo i w tym celu podjął działanie, które w jego subiektywnym mniemaniu zmierzało bezpośrednio do jego dokonania, a zamierzonego skutku nie osiągnął tylko dlatego, że był on fizycznie niemożliwy do osiągnięcia. Krótko mówiąc – trzeba tu w sposób bezsporny udowodnić przestępczą intencję. (8)

W niektórych przypadkach udowodnienie takiej intencji (przynajmniej teoretycznie rzecz biorąc) jest rzeczą dość prostą: jeśli ktoś we wściekłości chwyta pistolet, celuje nim w inną osobę, naciska cyngiel i nie strzela tylko dlatego, że pistolet był nie nabity (albo się zaciął), to bez specjalnych wątpliwości można powiedzieć, że chciał on popełnić morderstwo. Ale czy taki lub inny tytuł względnie opis reklamowy zawierającego wyłącznie legalne (tylko o takich tu mówimy) treści filmu w sposób nie budzący wątpliwości dowodzi, że osoba rozpowszechniająca lub reklamująca taki film naprawdę myślała, że film ten zawiera zakazaną obsceniczność lub pornografię dziecięcą? Przypisanie ludziom rozpowszechniającym, reklamującym, sprowadzającym i zamawiającym całkowicie legalne i chronione przez Pierwszą Poprawkę treści intencji rozpowszechniania, reklamowania itp. zakazanej pornografii dziecięcej byłoby równoznaczne z założeniem, że ludzie ci są idiotami. Czy ktoś przy zdrowych zmysłach chciałby się znaleźć w obliczu podejrzenia o popełnienie przestępstwa, za które można trafić do więzienia nawet na 20 lat?

### **Czy to może być oszustwo?**

Omawianego w tym artykule przepisu nie można więc w sposób przekonujący tłumaczyć tym, że zabrania on nieudolnego usiłowania popełnienia przestępstwa, jakim jest produkowanie, rozpowszechnianie, reklamowanie, prezentowanie i zamawianie prawdziwej pornografii dziecięcej. Czy można go bronić za pomocą argumentu, że istocie rzeczy zakazuje on oszustw?

Jak była już tu mowa, teoretycznie rzecz biorąc, można wyobrazić sobie kogoś, kto wmawia innej osobie, że produkt zawierający całkowicie legalną wirtualną pornografię dziecięcą zawiera zakazaną przez prawo pornografię z udziałem prawdziwych dzieci, gdyż myśli, że ten ktoś zapłaci mu za ten produkt większe pieniądze, niż zapłaciłby mu wówczas, gdyby wiedział, że znajdujące się w tym produkcie wizerunki nieletnich zostały stworzone wyłącznie za pomocą komputera. Coś takiego byłoby w istocie rzeczy usiłowaniem oszustwa, lub samym oszustwem, gdyby do transakcji wynikłej z wprowadzenia w błąd co do natury danego produktu faktycznie doszło. Generalnie jednak rzecz biorąc, przedstawianie legalnych – choć często przypominających nielegalne – materiałów jako pornografii z udziałem prawdziwych dzieci wydaje się kiepską strategią oszukańczego zarabiania pieniędzy – za



nabywanie i samo usiłowanie nabywania prawdziwej pornografii dziecięcej grożą w USA takie kary, że znakomita większość ludzi – można przypuszczać – woli się od takich spraw trzymać z daleka. Ponadto – klasyczne prawa przeciwko oszustwom uzasadniane są potrzebą ochrony ludzi przed faktycznymi szkodami wynikającymi z transakcji, co do której rzeczywistej natury zostali oni wprowadzeni w błąd. Ktoś, kto sprzedaje pedofilowi wirtualną pornografię dziecięcą jako prawdziwą faktycznie oszukuje go w jakiś sposób. Ale czy ktokolwiek poważnie uważa, że pedofil powinien być chroniony przed „szkodą” doznaną wskutek takiego „oszustwa”?

### **Groźne dziwactwo**

Powyższej argumentacji nie ma co ciągnąć dalej – cały ten utrzymany w mocy przez Sąd Najwyższy USA przepis jest po prostu prawnym dziwactwem. Jest to jednak dziwactwo potencjalnie groźne, gdyż – jak w swoim zdaniu odrębnym zauważył [sędzia David Souter](#) – podkopuje on wypracowaną w orzecznictwie dotyczącym wolności słowa zasadę, według której wyłącznym powodem do uznania pewnych zakazów wypowiedzi za zgodne z Pierwszą Poprawką są konkretne, bezpośrednie i szkodliwe konsekwencje tych wypowiedzi – a nie ich generalne „tendencje” lub prywatne ich rozumienie przez autorów lub odbiorców (wprowadzającym zamęt wyjątkiem od tej zasady jest będąca prawnym anachronizmem kategoria „obsceniczności”). I trzeba też tu powiedzieć, że nie jest dokładnie tak, że przepis ten zakazuje reklamowania, promowania, prezentowania, rozpowszechniania i zamawiania legalnych i chronionych przez Pierwszą Poprawkę materiałów w sposób świadczący o przekonaniu, że materiały te są zabronioną prawnie pornografią lub obscenicznością dziecięcą – bądź mający na celu przekonanie o tym innych. Raczej – czyni on przestępstwem legalne i chronione przez Pierwszą Poprawkę czyny – jeśli tylko jakiemuś gorliwemu prokuratorowi i [dwunastu gniewnych ludzi](#), jacy tworzą ławę przysięgłych (a można się spokojnie założyć, że w stanach tzw. [pasa biblijnego](#) byłiby oni bardzo gniewni) wyda się, że ten, kto dokonuje takich czynów myślał, że mają one takich charakter, że byłyby bezprawne – gdyby naprawdę go miały – lub wyda im się, że fałszywie próbował przekonać innych, że faktycznie mają one taki charakter. Bo przecież myśli innej osoby – póki co – są czymś, czego nie da się udowodnić – można tylko na podstawie jej zachowań z mniejszym lub większym prawdopodobieństwem wnioskować o ich istnieniu. Tymczasem, jak w uzasadnieniu wspomnianego już orzeczenia w sprawie *Ashcroft v. Free Speech Coalition* pisał sędzia Anthony Kennedy

*„zagwarantowane w I Poprawce do Konstytucji swobody są w największym niebezpieczeństwie wówczas, kiedy rząd stara się kontrolować myśli, lub usprawiedliwia stanowione przez siebie prawa dążeniem do tego niedopuszczalnego celu. Prawo do myślenia jest początkiem wolności i mowa musi być chroniona przed rządem, gdyż mowa jest początkiem myśli”.*

Niestety, sędzia Kennedy głosował za utrzymaniem w mocy wspomnianego tu prawa.

Przypisy:

[1] Pojęcie „seksualnie wyraziste zachowanie” (*sexually explicit conduct*) jest w ustawie tej definiowane jako:

„Rzeczywisty lub symulowany:

Stosunek seksualny, wliczając w to genitalno – genitalny, oralno – genitalny, analno – genitalny i oralno – analny, zarówno między osobami tej samej, jak i przeciwnej płci;

Seksualne wykorzystanie zwierzęcia (bestiality);

Masturbacja;

Nadużycie o charakterze sadystycznym lub masochistycznym;

Lubieżna ekspozycja genitaliów bądź okolicy łonowej jakiegokolwiek osoby”.

Jak widać na tym przykładzie, amerykańskie ustawy o pornografii są... bardzo pornograficzne.

[2] Zob. sprawę [Roth v. United States](#)

[3] Pod tym właśnie względem podejście do pornografii dziecięcej różni się wyraźnie od podejścia do obsceniczności, której prywatne posiadanie w domu – zgodnie z decyzją w sprawie [Stanley v. Georgia](#) z 1969 r. – nie może być zakazane.

Jakkolwiek racje przemawiające za zakazem pornografii dziecięcej są bezsprzecznie bardzo mocne, prawa przeciwko pornografii dziecięcej są czymś znacznie bardziej problematycznym z punktu widzenia swobody ekspresji, niż większości ludziom się wydaje. W znakomity sposób wykazała to [Amy Adler](#) (profesorka prawa na Uniwersytecie Nowojorskim) w swych artykułach: [The Perverse Law of Child Pornography](#) i [Inverting the First Amendment](#).

[4] Jak w nawiasie pisał autor tych słów, normalną metodą odstraszenia ludzi od dokonywania bezprawnych czynów jest nakładanie odpowiedniej kary na osobę dokonującą takiego czynu – a nie zakazywanie czy karanie za wypowiedzi, które mogą u niektórych ludzi wywołać lub podsycić myśli i emocje, które mogą niekiedy stać się podłożem przestępczych zachowań.

[5] W kwestii „wirtualnej pornografii dziecięcej” zob. też mój artykuł (po angielsku) [Should virtual child pornography be banned?](#) – będący rodzajem obrony decyzji Sądu Najwyższego USA w sprawie [Ashcroft v. Free Speech Coalition](#) oraz [Apel do polskich posłów do Parlamentu Europejskiego wzywający ich do głosowania przeciwko projektowi dyrektywy w sprawie pornografii dziecięcej i blokowania stron internetowych](#).

[6] Zob. artykuł 13 (§ 1 i 2 ) polskiego [kodeksu karnego](#).

[7] Sędzia Scalia stwierdził, że omówiony w tym artykule przepis nie jest sprzeczny z wymogami ustanowionymi w sprawie [Brandenburg v. Ohio](#), gdyż nie zabrania on w żaden sposób propagowania pornografii dziecięcej (nie można byłoby na jego podstawie skazać kogoś, kto wygłosiłby zdanie typu: „zachęcam was do nabywania pornografii dziecięcej”). Jest z drugiej strony prawdą – co w swej opinii bardzo mocno podkreślał sędzia Scalia – że Pierwsza Poprawka nie chroni prywatnego proponowania nielegalnej transakcji – niezależnie od tego, czy dojście do takiej transakcji jest w danym przypadku prawdopodobne, czy też nie. Problem jest jednak taki, że utrzymana przez Sąd Najwyższy USA ustawa zakazuje transakcji, które w istocie rzeczy są całkowicie legalne – jeśli tylko ktoś zaangażowany w taką transakcję daje wyraz swemu przekonaniu, że ma ona taki charakter, że byłaby faktycznie nielegalna – gdyby naprawdę go miała, lub próbuje przekonać inną osobę o tym, że ma ona charakter, którego rzeczywiste istnienie wyjmowałoby ją spod prawa.

**[8]** Warto tu zwrócić uwagę, że usiłowanie – w tym oczywiście również usiłowanie nieudolne – popełnienia przestępstwa jest karalne (przynajmniej w prawie polskim) tylko wówczas, gdy jest wynikiem bezpośredniego zamiaru dokonania czynu zabronionego prawem karnym; nie może być natomiast karane wówczas, gdy jest wynikiem tej postaci winy umyślnej, którą w nauce prawa karnego określa się mianem zamiaru ewentualnego względnie wynikowego. Taki wniosek wynika z dwóch przepisów kodeksu karnego: art. 13 § 1., stanowiącego, że *„Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”* i art. 9 § 1, zgodnie z którym *„Czyn zabroniony popełniony jest umyślnie, jeżeli sprawca ma zamiar jego popełnienia, to jest chce go popełnić albo przewidując możliwość jego popełnienia, na to się godzi”*. Ponieważ zamiar popełnienia czynu zabronionego, będący niezbędnym warunkiem karalności usiłowania utożsamiany jest w drugim z tych przepisów z chęcią dokonania takiego czynu, logiczne jest, że nie można – w sensie prawnym – usiłować popełnić przestępstwa, jedynie zdając sobie sprawę z możliwych skutków swego działania i godząc się na nie – co jest istotą tzw. zamiaru ewentualnego. Inna rzecz, że stwierdzenie, która z postaci winy występuje w konkretnym przypadku, może być trudne.

[Strona główna](#)