

Amerykańska polityka karna w sprawach przestępstw związanych z pornografią dziecięcą

Niniejsze opracowanie jest próbą charakterystyki amerykańskiej polityki karnej w sprawach przestępstw związanych z pornografią dziecięcą oraz tkwiących u jej podstaw mechanizmów politycznokryminalnych i koncepcji penologicznych. Jest to zatem tematyka bliska zainteresowaniom naukowym Drogiego Jubilata – Profesora Mariana Filara i to co najmniej podwójnym sensie. Łączy bowiem elementy problematyki przestępczości seksualnej z zagadnieniem kontroli tego zjawiska środkami prawa karnego. Oba te zagadnienia wiążą się również z zainteresowaniami badawczymi piszącego te słowa. W tym jednak przypadku, głównie w aspekcie pytania o przyszłość prawa karnego i kierunki jego rozwoju w warunkach szybkiego postępu technicznego w dziedzinie elektronicznego przetwarzania informacji.

1. ICT i prawo karne

Rozwój technologii informacyjnych, w szczególności Internetu, wywiera silny wpływ na zjawisko przestępczości i metody jej zwalczania, w tym reakcję karną wobec sprawców przestępstw popełnianych przy użyciu komputerów. Obserwowane w tym zakresie tendencje mają w istocie zarówno charakter kryminologiczny jak i politycznokryminalny. Nowe technologie nie tylko umożliwiają popełnianie przestępstw tradycyjnych (np. oszustw) w innowacyjny sposób, lecz pośrednio są także czynnikiem stymulującym organy ustawodawcze współczesnych państw do mnożenia zakazów karnych, o których dwadzieścia, czy trzydzieści lat temu nikomu się nie śniło. Kryminalizacja *hakingu*, *phishingu*, *stalkingu*, *groomingu* i innych zachowań dewiacyjnych o obco brzmiących nazwach jest nierozzerwalnie związana ze społeczeństwem informacyjnym i służy ochronie dóbr prawnych, naruszanych przy wykorzystaniu technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT). Innym kierunkiem ekspansji tych technologii w obszar prawa karnego i wymiaru sprawiedliwości jest sfera karania przestępców i realizowanej wobec nich polityki karnej. Już dziś w niektórych państwach sędziowie wydający wyroki w sprawach karnych rutynowo korzystają z dostępu

do systemów informacyjnych, by przy ich pomocy ustalić wysokość kary, jaką należy wymierzyć przestępcy.

Dzieje się tak przede wszystkim w Stanach Zjednoczonych za sprawą wprowadzonych na szczeblu federalnym w 1987 r. „wytycznych wymiaru kary” (*sentencing guidelines*) - głównego instrumentu polityki karnej, będącego jednocześnie przedmiotem krytyki ze strony przedstawicieli amerykańskiego systemu wymiaru sprawiedliwości, głównie sędziów, oraz tematem wnikliwych i krytycznych analiz wielu penologów i kryminologów, nie tylko amerykańskich.¹ W ostatnich latach ostrze wspomnianej krytyki kieruje się przeciwko realizowanej w oparciu o *sentencing guidelines* niezwykle represyjnej, nawet jak na stosunki amerykańskie, polityce karania sprawców przestępstw seksualnych, w szczególności czynów związanych z pornografią dziecięcą. Dane statystyczne na ten temat są nader wymowne² i wskazują, że w latach 1994-2011 średni wymiar kary pozbawienia wolności w tych sprawach zwiększył się w USA trzykrotnie (z 36 miesięcy w latach 1994-1995 do 119 miesięcy w 2011 r.).³

Nie dziwi więc, że sądy okręgowe Stanów Zjednoczonych coraz częściej wyłamują się z ram narzuconych im przez wytyczne i odstępują od stosowania wynikających z nich zaleceń.⁴ W odróżnieniu od polityków forsujących w Kongresie projekty represyjnych ustaw mających chronić dzieci przed pedofilami, sędziowie federalni są na ogół sceptyczni wobec tego rodzaju inicjatyw legislacyjnych i w większości przeciwni „arytmetyce karania” typowej dla *sentencing guidelines*. Wskazują na to nie tylko ferowane przez nich wyroki, ale i wyniki badań ankietowych, jakie Federalna Komisja ds. Wymiaru Kar (U.S. Sentencing Commission) przeprowadziła wśród sędziów sądów federalnych w 2010 r. Otóż, 75%

¹ Por. K.F. Aas, *Sentencing in the Age of Information: From Faust to Macintosh*, London-Sydney-Portland-Oregon 2005.

² Zwłaszcza, gdy weźmiemy pod uwagę, że w Polsce w 2007 r. 82% skazanych na podstawie art. 202 k.k. wymierzono karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania (dane Ministerstwa Sprawiedliwości dotyczące skazań nieprawomocnych sądów I instancji).

³ J. J. Exum, *Making the Punishment Fit the (Computer) Crime: Rebooting Notions of Possession for the Federal Sentencing of Child Pornography Offenses*, Richmond Journal of Law & Technology 2010, Volume XVI, Issue 3, <http://jolt.richmond.edu/v16i3/article8.pdf>; U.S. Sentencing Commission's, 2011 Sourcebook of Federal Sentencing Statistics. tab.13. Przytoczone w artykule dane dotyczą polityki karnej realizowanej przez sądy federalne i nie obejmują skazań w postępowaniach przed sądami stanowymi.

⁴ Sądy były początkowo zobligowane do wymierzania kar zgodnie z wytycznymi. Ten stan prawny zmienił się w 2005 r., gdy Sąd Najwyższy Stanów Zjednoczonych w sprawie *USA v. Booker* uznał, że bezwzględne związanie sędziów federalnych wytycznymi wymiaru kary narusza prawo obywateli do procesu przed bezstronnym sądem przysięgłych i jest sprzecznie z Szóstą Poprawką do Konstytucji. Jak wynika z badań, sądy federalne coraz częściej skazują na kary odbiegające „in minus” od wytycznych., np. w latach 2007-2008 dotyczyło to (odpowiednio) 27% i 36% skazanych za przestępstwa związane z pornografią dziecięcą (Exum, s. 80). Nie ma to jednak istotnego wpływu na złagodzenie polityki karnej w tych sprawach.

respondentów uznało wytyczne za zbyt surowy instrument karania sprawców posiadania pornografii dziecięcej, 69% ankietowanych wyraziło analogiczną ocenę w odniesieniu do jej uzyskania, a 30% badanych było takiego zdania w przypadku rozpowszechniania.⁵

Potwierdzeniem takiej postawy sędziów jest rosnąca liczba wyroków w sprawach o pornografię dziecięcą, które zapadają z pominięciem aktualizowanych przez U.S. Sentencing Commission wytycznych wymiaru kary. Reprezentatywnym przykładem tej tendencji jest decyzja Sądu Apelacyjnego USA Trzeciego Obwodu w sprawie *United States v. Grober*⁶, którą utrzymano w mocy zaskarżony przez obie strony wyrok sądu okręgowego, skazujący Davida Grobera na karę 5 lat więzienia za uzyskanie i posiadanie 1500 zdjęć i 400 nagrań wideo o treści pornograficznej z udziałem małoletnich. Sąd apelacyjny uznał ten wyrok za właściwy, a rezygnację sądu okręgowego ze stosowania wytycznych wymiaru kary - za należycie uzasadnioną.⁷ Było to rozstrzygnięcie zdecydowanie korzystne dla oskarżonego. W przeciwnym wypadku, przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych sprawy, które w świetle wytycznych powodują zaostrenie wymiaru kary, Grober powinien zostać skazany na bezwzględne pozbawienie wolności w granicach od 19 lat i 7 miesięcy do 24 lat i 5 miesięcy, tj. na karę 38 poziomu w 43-stopniowej skali represji karnej, jaką operują *sentencing guidelines*. Karę w tej wysokości oba sądy uznały za niewspółmiernie surową w stosunku do wagi czynów oskarżonego, polegających na ściąganiu (downloading) pornografii dziecięcej z Internetu, przesyłaniu jej oraz posiadaniu na użytek własny w domowym komputerze. Przy takiej kwalifikacji prawnej czynów, sąd okręgowy, zgodnie z aktem oskarżenia, za podstawę wymiaru kary przyjął czyn o surowszym zagrożeniu ustawowym i za uzyskanie pornografii dziecięcej (kara więzienia od 5 do 20 lat) skazał Grobera na najniższą z możliwych kar, stanowiącą jej obligatoryjne minimum. W obszernym uzasadnieniu wyroku sędzia wyjaśnił powody odstąpienia od zastosowania wytycznych i poddał tę instytucję krytyce. Powołał się przy tym na orzecznictwo innych sądów okręgowych w podobnych sprawach, opinie ekspertów i badania kryminologiczne. Na tej podstawie dowodził, że wytyczne wymiaru kary są nieracjonalnym i pozbawionym podstaw naukowych instrumentem o charakterze stricte politycznym, którego stosowanie prowadzi do niesprawiedliwych wyroków. Odnosząc się do wymierzonej kary dał wyraz przekonaniu, że „skazanie na 5 lat więzienia za uzyskanie pornografii dziecięcej spełnia wymogi odstraszenia

⁵ U.S. Sentencing Commission, Results of Survey of United States District Judges, January 2010 through March 2010, (2010),s. 5, http://www.ussc.gov/Research/Research_Projects/Surveys/20100608_Judge_Survey.pdf

⁶ United States v. Grober, 2010 U.S. App. LEXIS 21980 (3d Cir. N.J., Oct. 26, 2010),

⁷ Sądy są zobowiązane do szczegółowego uzasadnienia decyzji o rezygnacji ze stosowania wytycznych.

indywidualnego i ogólnego, jest też wyraźnym ostrzeżeniem dla osób ściągających pornografię dziecięcą z Internetu przed katastrofalnymi konsekwencjami takiego postępowania”.⁸

Konsekwencje karne ściągania, posiadania, a nawet oglądania internetowej pornografii dziecięcej mogą być jednak o wiele bardziej poważne, i to zarówno z woli ustawodawcy, czyli Kongresu Stanów Zjednoczonych, jak i z inicjatywy Rządu oraz Federalnej Komisji ds. Wymiaru Kar. Oba te zagadnienia wymagają odrębnej analizy, która uwzględnić będzie zarówno aktualny stan regulacji prawnej jak i jej ewolucję

2. Ustawowe ramy wymiaru kary

W ciągu ostatnich 35 lat Kongres znacznie rozszerzył zakres kryminalizacji czynów związanych z pornografią dziecięcą oraz podniósł dolne i górne progi zagrożeń karnych za te przestępstwa w ustawodawstwie federalnym. Aktualny stan regulacji prawnej w tej dziedzinie opiera się na definicji legalnej pojęcia pornografii dziecięcej (child pornography)⁹ i obejmuje kilkanaście rodzajów czynów zabronionych (Tytuł 18 U.S.C. § 2251, § 2252 i § 2252A), które ze względu na wysokość zagrożenia ustawowego karą więzienia można podzielić na trzy podstawowe kategorie.

Do pierwszej, o największym ciężarze gatunkowym, należy zaliczyć produkowanie pornografii dziecięcej w celu jej rozpowszechniania - czyn zagrożony karą więzienia od lat 15

⁸ United States Court of Appeals for the Third Circuit, No. 09-1318, United States of America, Appellant v. Davis Grober No. 09-2120, Appeal from the United States Court for the District of New Jersey (D.C. Crim. No. 2-06-cr-00880-001) District Judge: Honorable Katharine S. Hayden, Argued: June 29, 2010, Before: Sloviter, Barry and Hardiman, Circuit Judges (Opinion Filed: October 26, 2010), <http://www.ca3.uscourts.gov/opinarch/091318p.pdf>

⁹ 18 USC § 2256 (8): “child pornography” means any visual depiction, including any photograph, film, video, picture, or computer or computer-generated image or picture, whether made or produced by electronic, mechanical, or other means, of sexually explicit conduct, where—
(A) the production of such visual depiction involves the use of a minor engaging in sexually explicit conduct;
(B) such visual depiction is a digital image, computer image, or computer-generated image that is, or is indistinguishable from, that of a minor engaging in sexually explicit conduct; or
(C) such visual depiction has been created, adapted, or modified to appear that an identifiable minor is engaging in sexually explicit conduct.

18 USC § 2256 (2B): “sexually explicit conduct” means—

(i) graphic sexual intercourse, including genital-genital, oral-genital, anal-genital, or oral-anal, whether between persons of the same or opposite sex, or lascivious simulated sexual intercourse where the genitals, breast, or pubic area of any person is exhibited;

(ii) graphic or lascivious simulated;

(I) bestiality;

(II) masturbation; or

(III) sadistic or masochistic abuse; or

(iii) graphic or simulated lascivious exhibition of the genitals or pubic area of any person;

(obligatoryjne minimum) do 30. Drugą, stanowią czyny polegające na świadomym rozpowszechnianiu, przesyłaniu, przewożeniu, uzyskiwaniu, kopiowaniu, oferowaniu, sprzedaży lub reklamowaniu tego typu materiałów. Są one zagrożone karą więzienia od lat 5 (obligatoryjne minimum) do 20. Trzecia kategoria obejmuje świadome posiadanie pornografii dziecięcej bez celu jej rozpowszechniania oraz uzyskanie dostępu do pornografii w celu jej oglądania. Są to czyny o łagodniejszym zagrożeniu, tj. karą grzywny i/ lub karą więzienia do lat 10. Zagrożenia ustawowe za posiadanie lub oglądanie pornografii znacznie wzrasta (10 - 20 lat), gdy sprawcą takich czynów jest osoba uprzednio skazana za jedno z przestępstw seksualnych enumeratywnie wymienionych w ustawie. Z tego samego powodu wysokość zagrożenia za rozpowszechnianie pornografii oraz jej przesyłanie, uzyskiwanie, sprzedaż itd. określono w ustawie na poziomie 15 - 40 lat. Natomiast osoby zaangażowane w produkcję pornografii dziecięcej, które były wcześniej co najmniej raz karane za to lub inne przestępstwo seksualne, ryzykują utratę wolności na czas nie krótszy od 35 lat i nie dłuższy od 50 lat. W przypadku większej liczby uprzednich skazań grozi im kara dożywotniego więzienia.

Szczególnie kwalifikowaną formę odpowiedzialności karnej za seksualne wykorzystywanie małoletnich w związku z produkcją pornografii, przewiduje § 2252A(g), który pod groźbą kary co najmniej 20 lat więzienia lub kary dożywotniego więzienia, penalizuje branie udziału w kolektywnej, wieloczynowej i zorganizowanej formie dokonywania tego rodzaju przestępstw w ramach „*child exploitation enterprise*”. Jest to pojęcie, które nie ma odpowiednika w polskim języku prawnym ani prawniczym, zostało natomiast precyzyjnie zdefiniowane w prawie amerykańskim. Chodzi mianowicie o sytuację, w której sprawca narusza przepisy penalizujące seksualne wykorzystanie albo zniewolenie małoletnich będące częścią większej liczby naruszeń dotyczących trzech lub więcej przypadków oraz więcej niż jednego pokrzywdzonego, przy czym są to naruszenia popełnione wspólnie z co najmniej trzema innymi osobami.¹⁰ W praktyce, ten zagadkowo brzmiący przepis, znajduje zastosowanie jako jedna z podstaw prawnych ścigania członków forów internetowych wymieniających między sobą pornografię dziecięcą „własnej produkcji”, czyli będącej dowodem popełnionego przez nich przestępstwa seksualnego na szkodę osoby małoletniej.¹¹

¹⁰ 18 U.S.C. § 2252A(g): A child exploitation enterprise exists if the offender violates certain statutes involving the sexual exploitation or bondage of minors as part of a series of violations involving three or more separate incidents and more than one victim and these violations were committed in concert with three or more persons.

¹¹ Zob. U.S. Department of Justice, Office of Public Affairs, Six Defendants Sentenced for Participation in International Child Exploitation Enterprise, Five Receive Life Terms, April 14, 2009,

3. Ewolucja ustawodawstwa karnego

Obecny stan prawny jest efektem licznych zmian federalnego ustawodawstwa karnego, w którym pierwsze zakazy dotyczące pornografii dziecięcej pojawiły się w 1977 r. wraz z ustawą o ochronie dzieci przed wykorzystywaniem seksualnym (the Protection of Children Against Sexual Exploitation Act). Wprowadzono wówczas sankcje karne za produkcję i rozpowszechnianie materiałów przedstawiających dzieci w wieku poniżej 16 lat w trakcie czynności seksualnych. Były one skierowane głównie przeciwko wydawcom i dystrybutorom czasopism pornograficznych, adresowanych do konsumentów pornografii dziecięcej, która w latach 70-tych trafiła na rynek amerykański i była dostarczana odbiorcom głównie drogą pocztową. Okoliczność ta przesądziła o właściwości jurysdykcji federalnej w ściganiu tego rodzaju czynów i była przesłanką uzasadniająca ich kryminalizację przez Kongres, który zgodnie z konstytucją jest uprawniony do regulowania tzw. międzystanowej wymiany handlowej, w tym usług świadczonych przez Poczta Federalną (U.S. Post Office).¹²

Ustawa została uchwalona cztery lata po ogłoszeniu przez Sąd Najwyższy wyroku w sprawie *Miller v. California*, co nie pozostało bez wpływu na zawarte w niej unormowania. W ustawie nie występuje słowo „pornografia”, a przedmiot wykonawczy stypizowanych w niej przestępstw określono mianem „materiałów wizualnych lub drukowanych o charakterze obscenicznym”. W ten sposób nawiązano do wyroku *Miller v. California* z 1973 r., w którym Sąd Najwyższy ustanowił podwójny standard oceny prawnej pornografii, dzieląc ją (w oparciu o zalecany test¹³) na obsceniczną i pozbawioną tego charakteru, co tej ostatniej zapewniało ochronę Pierwszej Poprawki do Konstytucji, zabraniającej Kongresowi wydawania ustaw ograniczających wolność słowa i prasy. Kwestia dopuszczalności zakazu rozpowszechniania pornografii dziecięcej ze względu na ochronę wolności słowa została rozstrzygnięta przez Sąd Najwyższy w 1982 r. W sprawie *New York v. Ferber*, Sąd jednomyślnie orzekł, że prawo do wolności słowa wynikające z Pierwszej Poprawki nie

<http://www.justice.gov/opa/pr/2009/April/09-crm-348.html> ; U.S. Department of Justice, Office of Public Affairs, Arizona Man Sentenced to 180 Months in Prison for Engaging in a Child Exploitation Enterprise, May 12, 2011, <http://www.justice.gov/opa/pr/2011/May/11-crm-610.html>

¹² M. Motivans, T. Kyckelhahn, Federal Prosecution of Child Sex Exploitation Offenders, Bureau of Justice Statistics, 2006, s.1, <http://bjs.ojp.usdoj.gov/content/pub/pdf/fpcseo06.pdf>.

¹³ Test Millera służy do ustalenia czy określona forma ekspresji może zostać uznana za obsceniczną, tj. nie podlegającą ochronie Pierwszej Poprawki do Konstytucji i w związku z tym możliwą do objęcia zakazem prawnym. Test odwołuje się do standardu „przeciętnego obywatela stosującego aktualne oceny społeczne” i składa się z trzech pytań: 1. Czy ze względu na powyższy standard określone dzieło, jako całość odwołuje się do chorobliwie lubieżnych zainteresowań?; 2. Czy utwór przedstawia w ewidentnie nieprzyzwoity sposób zachowanie seksualne w szczególności określone w obowiązującym ustawodawstwie stanowym?; 3. Czy utwór ten jako całość jest pozbawiony wartości literackich, artystycznych, politycznych lub naukowych? Uznanie utworu za obsceniczny wymaga spełnienia wszystkich trzech warunków.

zabrania władzom stanowym wprowadzenia zakazu sprzedaży materiałów, które przedstawiają dzieci w trakcie czynności seksualnych. Wskazując, że celem tego zakazu jest ochrona małoletnich przed ich wykorzystywaniem seksualnym Sąd uznał, że posługiwanie się testem na obsceniczność pornografii z udziałem dzieci nie ma żadnego uzasadnienia, liczy się bowiem dobro dziecka, które ma wartość nadrzędną nad prawem do swobody wypowiedzi.¹⁴ Kierując się tym orzeczeniem, Kongres w 1984 r. na podstawie *the Child Protection Act* rozszerzył zakaz produkcji i dystrybucji wydawnictw i wizualnych prezentacji o treści pornograficznej z udziałem małoletnich na wszystkie podmioty zajmujące się tego rodzaju działalnością, niezależnie od jej komercyjnego charakteru. Jednocześnie podwyższył granicę wieku ochrony małoletniego przed pornografią do lat 18. Przyznał też FBI prawo do stosowania podsłuchu w sprawach o jej produkowanie i rozpowszechnianie, a inspektorom Poczty Federalnej - uprawnienia do prowadzenia postępowań karnych przeciwko nadawcom i odbiorcom przesyłek pocztowych zawierających pornografię dziecięcą.¹⁵ Kolejna ustawa federalna - *the Child Sexual Abuse and Pornography Act* z 1986 r. przewidywała odszkodowania dla ofiar eksploatacji seksualnej związanej z produkcją i rozpowszechnianiem pornografii dziecięcej. Podniosła też z dwóch do pięciu lat obligatoryjny minimalny wymiar kary dla producentów i dystrybutorów pornografii dziecięcej działających w warunkach powrotu do przestępstwa.¹⁶

Dwa lata później Kongres przyjął ustawę (*the Child Protection and Obscenity Enforcement Act of 1988*), która zabraniała używania komputerów do przesyłania, rozpowszechniania i uzyskiwania wizualnych prezentacji małoletnich zaangażowanych w zachowania seksualne.¹⁷ Wprowadzenie tego zakazu postulował raport specjalnej komisji Prokuratora Generalnego na temat pornografii, który wskazywał, że czasy, kiedy przestępcy-pedofile porozumiewali się ze sobą listownie minęły i obecnie wykorzystują oni w tym celu sieci komputerowe oraz dostępne w nich usługi informacyjne.¹⁸ Raport zawierał też wiele innych zaleceń dotyczących koniecznych zmian prawnych, wśród nich postulat kryminalizacji posiadania pornografii dziecięcej na prywatny użytek. Adresatem tej rekomendacji były

¹⁴ *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982).

¹⁵ Pub. L. No. 98-292, 98 Stat. 204 (codified as amended at 18 U.S.C. §§ 2251-55 (2006)).

¹⁶ *Child Sexual Abuse and Pornography Act of 1986*, Pub. L. No. 99-628, §§ 2-5, 100 Stat. 3510, 3510-12 (1986) (codified as amended at 18 U.S.C. §§ 2251, 2255, 2421-24 (1988 & Supp. IV 1992)).

¹⁷ *Child Protection and Obscenity Enforcement Act of 1988*, Pub. L. No. 100-690, § 751 1(a)-(c), 102 Stat. 4181, 4485 (1988) (codified as amended at 18 U.S.C. §§ 2251(c), 2252(a), 2256 (1988 & Supp. IV 1992)).

¹⁸ Attorney General's Commission on Pornography: Final Report, U.S. Department of Justice, Washington D.C. 20530, July 1986, ("Meese Report"), <http://www.porn-report.com/>, Recommendation 39. Congress should enact legislation to prohibit the exchange of information concerning child pornography or children to be used in child pornography through computer networks.

stanowe organy ustawodawcze, które w odróżnieniu od władz federalnych nie musiały uzależniać odpowiedzialności karnej za posiadanie materiałów pornograficznych od spełnienia warunku, że wiąże się ono z „międzystanową wymianą handlową”.¹⁹ Zasadniczą przeszkodą prawną na drodze do wprowadzenia zalecanego zakazu był wyrok Sądu Najwyższego z 1969 r. w sprawie *Stanley v. Georgia*. Wyrokiem tym Sąd uchylił, jako niezgodny z konstytucją, obowiązujący w stanie Georgia zakaz posiadania materiałów obscenicznych i na podstawie Pierwszej i Czternastej Poprawki unieważnił wszystkie stanowe regulacje prawne zabraniające pod groźbą kary posiadania materiałów obscenicznych w domu. Orzeczenie to przez 20 lat uchodziło za potwierdzenie prawa do posiadania pornografii na własny użytek, traktowało bowiem takie postępowanie jako element prawa do prywatności. W 1990 r. Sąd Najwyższy zajął jednak w tej sprawie całkowicie odmienne stanowisko. Kierując się podobnym tokiem rozumowania do zaprezentowanego w sprawie *New York v. Ferber*, wydał orzeczenie (*Osborne v. Ohio*), w którym uznał prawo stanu Ohio do ustawowej reglamentacji posiadania pornografii dziecięcej, uzasadniając je przewagą interesu publicznego nad indywidualnym prawem do prywatności. Orzeczenie to miało kolosalny wpływ na amerykańską politykę kryminalizacyjną i penalizacyjną zarówno na poziomie stanowym jak i federalnym. Posiadanie pornografii dziecięcej stanowi obecnie nie tylko przestępstwo stanowe, czyn spenalizowany w ustawodawstwie wszystkich 50 stanów²⁰, lecz także przestępstwo federalne. Kongres przyjął to rozwiązanie na postawie the Child Protection Restoration and Penalties Enhancement Act, stanowiącej część ustawy z dnia 29 listopada 1990 r. o Kontroli przestępczości (The Crime Control Act). Tym samym zakaz posiadania pornografii dziecięcej stał się integralną częścią rozdziału 110 U. S. Code („Seksualne wykorzystywanie i inne nadużycia na szkodę dzieci”) jako § 2252A (5).²¹ Przepis ten w obowiązującej obecnie postaci różni się od swego pierwowzoru pod jednym zasadniczym względem. W 2008 r. „posiadanie” uzupełniono o *sui generis* alternatywną postać tego czynu, jaką w warunkach rozwiniętego społeczeństwa informacyjnego jest

¹⁹ A. J. Mazzone, *United States v. Knox: Protecting Children From Sexual Exploitation Through the Federal Child Pornography Laws*, Fordham Intellectual Property, Media and Entertainment Law Journal 1994, vol. 5, issue 1, s. 187.

²⁰ C.B. Hessick, *Disentangling Child Pornography from Child Sex Abuse*, Washington University Law Review 2011, vol. 88, no. 853, s. 5

²¹ Tytuł 18, rozdz. 10 U.S.C. § 2252A (5) (B) [Any person who -] knowingly possesses, or knowingly accesses with intent to view, any book, magazine, periodical, film, videotape, computer disk, or any other material that contains an image of child pornography that has been mailed, or shipped or transported using any means or facility of interstate or foreign commerce or in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer, or that was produced using materials that have been mailed, or shipped or transported in or affecting interstate or foreign commerce by any means, including by computer; [. . . shall be punished as provided in subsection (b)].

„świadome uzyskanie dostępu w zamiarze oglądania” pornografii dziecięcej na monitorze komputera lub wyświetlaczu smartfona.²² Zanim jednak doszło do tak głębokiej ingerencji federalnego ustawodawstwa karnego w sferę życia prywatnego jego adresatów, Rząd (reprezentowany przez Prokuratora Generalnego Johna Ashcrofta), Kongres i Sąd Najwyższy, czyli główne podmioty odpowiedzialne za kształt polityki kryminalnej USA, stoczyły na gruncie konstytucyjnym prawdziwą batalię o *ratio legis* karalności pornografii dziecięcej w jej technologicznie zaawansowanej – „wirtualnej” postaci.

Uchwalona przez Kongres w 1996 r. ustawa the Child Pornography Prevention Act (CPPA) rozszerzyła definicję pornografii dziecięcej obejmując jej zakresem materiały, które „zdają się przedstawiać dzieci”. Wprowadzenie do opisu czynów zabronionych znamion o zabarwieniu subiektywnym „wydaje się być dzieckiem” (*appears to be a child*) oraz „sprawia wrażenie dziecka” (*conveys the impression of a child*) stanowiło zdaniem Rządu odpowiednią formułę prawną, aby na podstawie przepisów rozdz. 110 U.S.C. można było ścigać sprawców określonych tam przestępstw, niezależnie od tego, czy przedmiotem wykonawczym czynu jest utrwalony przy użyciu środków technicznych wycinek rzeczywistości przedstawiający osobę poniżej lat 18 w trakcie czynności seksualnej, czy też – wykreowana przy pomocy komputera i innych środków technicznych imitacja rzeczywistości, w której nie ma realnych dzieci ani faktycznego pokrzywdzenia przestępstwem. Kongres poparł proponowane zmiany przepisów używając wielu argumentów w celu wykazania szkodliwości pornografii kreowanej bez udziału dzieci.²³ Między innymi wskazywał na potrzebę dostosowania prawa do zmieniających się realiów technologicznych po to, by nie dających się rozstrzygnąć wątpliwości faktycznych co do natury *corpus delicti* nie wykorzystywali przestępcy w celu unikania odpowiedzialności karnej za rozpowszechnianie lub posiadanie materiałów

²² Public Law 110–358 110th Congress, An Act to amend title 18, United States Code, to provide for more effective prosecution of cases involving child pornography, and for other purposes, Oct. 8, 2008 (Effective Child Pornography Prosecution Act of 2007), <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/PLAW-110publ358/pdf/PLAW-110publ358.pdf>. Do czasu nowelizacji CPPA w 2008 r., karalność posiadania pornografii dziecięcej wywoływała w praktyce sądowej pewne problemy wynikające z braku definicji legalnej „posiadania”. Część sądów skazywała osoby odwiedzające strony internetowe z pornografią dziecięcą, jeśli oskarżonemu można było udowodnić, że tymczasowe pliki internetowe w jego komputerze zawierają ślady takich odwiedzin. Dla pozostałych sądów taki dowód był niewystarczający do wydania wyroku skazującego za „świadome posiadanie pornografii dziecięcej”, jeżeli w pamięci stałej komputera oskarżonego nie znaleziono plików zawierających tego rodzaju treści. W obecnym stanie prawnym dylemat ten stracił na znaczeniu. Świadomość użytkownika komputera, że automatycznie rejestruje on w folderze cache przeglądarki internetowej odwiedzane przez niego strony nie stanowi już warunku karalności „uzyskania dostępu w zamiarze oglądania” (por. F. S. Monterosso, *Protecting the Children: Challenges that Result in, and Consequences Resulting from, Inconsistent Prosecution of Child Pornography Cases in a Technical World*, Richmond Journal of Law & Technology 2010, vol. XVI, no. 3, s. 14–15).

²³ Congressional Findings, note (13), Section 101(a) [title I, § 121[1]] of Pub. L. 104–208, <http://www.gpo.gov/fdsys/pkg/USCODE-2010-title18/pdf/USCODE-2010-title18-partI-chap110.pdf>

pornograficznych przedstawiających realne dzieci podczas czynności seksualnych.²⁴ Argumenty te nie trafiły do przekonania sędziom Sądu Najwyższego. W wyroku w sprawie *Ashcroft v. Free Speech Coalition* uznali oni większością głosów zaskarżone przepisy ustawy za niezgodne z Pierwszą Poprawką do Konstytucji ze względu na naruszenie zasady proporcjonalności pomiędzy ochroną wolności słowa a ochroną małoletnich przed wykorzystywaniem seksualnym.²⁵ Zdaniem Sądu, wykorzystywanie dzieci do produkcji materiałów pornograficznych z ich udziałem uzasadnia ograniczenie swobód obywatelskich i zaostrenie prawa w celu ochrony małoletnich przed pokrzywdzeniem przestępstwami. Tam jednak, gdzie do takiej sytuacji nie dochodzi (pornografia wirtualna) nie ma podstaw do zastosowania bardziej restrykcyjnych standardów prawnych niż te, które wytyczyły orzeczenia Sądu Najwyższego w sprawach *New York v. Ferber* oraz *Osborne v. Ohio*.

Rok po ogłoszeniu wyroku w sprawie *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, Kongres uchwalił the Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Act of 2003 (the “PROTECT” Act).²⁶ Ustawa była formą reakcji Rządu na to orzeczenie i realizowała nie tylko wcześniej zakładane cele, ale szła znacznie dalej w kierunku rozszerzenia i zaostrenia penalizacji zachowań związanych z pornografią dziecięcą niż CPPA. Ustawa zawierała nową, wolną od wcześniejszych wad, definicję „wirtualnej” pornografii dziecięcej, którą oparto na względnie zobiektywizowanym kryterium „nieodróżnialności” obrazów generowanych komputerowo od zdjęć fotograficznych seksualnie wykorzystywanych dzieci.²⁷ Przewidywała też odpowiedzialność karną za oferowanie i reklamowanie materiałów „w sposób, który wywołuje wrażenie albo daje do zrozumienia”, że zawierają one pornografię dziecięcą.²⁸ W ramach PROTECT Act dokonano

²⁴ Y. Akdeniz, *Internet Child Pornography and the Law. National and International Responses*, Ashgate 2009, s.98.

²⁵ W istocie za niezgodne z konstytucją Sąd Najwyższy uznał dwa z trzech zaskarżonych przepisów CPPA, tj. § 2256(8) (B) i § 2256(8) (D), czyli zakaz posiadania i zakaz rozpowszechniania obrazów o treści pornograficznej, wyprodukowanych bez udziału realnych dzieci. Zob. *Ashcroft v. Free Speech Coalition*, U.S. 234, 122 S. Ct. 1389, 152 L. Ed. 2d 403 (2002), <http://www.law.cornell.edu/supct/html/00-795.ZS.html>

²⁶ Prosecutorial Remedies and Other Tools to End the Exploitation of Children Today (PROTECT) Act of 2003, Pub. L. No. 108-21, 117 Stat. 650

²⁷ Zob. 18 U.S.C. § 2256 (8) (B), przyp. 10 (poniżej). Pojęcie “nierozróżnialności” (“indistinguishable”) zostało zdefiniowane (18 U.S.C. § 2256 (11)) przez odwołanie się do sytuacji, w której przeciętny człowiek, oglądając pornografię dziecięcą będzie twierdził, że przedstawia ona realne dziecko w trakcie czynności seksualnej, podczas gdy tego rodzaju fakty nie będą miały miejsca.

²⁸ 18 U.S.C. § 2252A(a)(3)(B) [Any person who knowingly -] advertises, promotes, presents, distributes, or solicits through the mails, or in interstate or foreign commerce by any means, including by computer, any material or purported material in a manner that reflects the belief, or that is intended to cause another to believe, that the material or purported material is, or contains—(i) an obscene visual depiction of a minor engaging in sexually explicit conduct; or (ii) a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct” commits a criminal offense. W powyższym brzmieniu zakaz dotyczył więc propagowania dostępu do pornografii

również gruntowej nowelizacji przepisów karnych dotyczących materiałów obscenicznych (18 USC § 1466A). Kongres, odwołując się do standardów obsceniczności zdefiniowanych przez Sąd Najwyższy w sprawie *Miller v. California*, zakazał posiadania, produkcji, rozpowszechniania i uzyskiwania “wszelkiego typu prezentacji wizualnych, w tym rysunków, karykatur, rzeźb i obrazów, które przedstawiają zachowania małoletnich o wyraźnie seksualnym charakterze i mają charakter obsceniczny, chyba że posiadają one istotną wartość literacką, artystyczną, polityczną lub naukową”.²⁹ Tym samym, Kongres przywrócił uchylony przez Sąd Najwyższy (*Ashcroft v. Free Speech Coalition*) zakaz dotyczący “wirtualnej” pornografii dziecięcej, wykorzystując w tym celu przepisy o materiałach obscenicznych, które zgodnie z orzeczeniem w sprawie *Miller v. California*, w odróżnieniu od pornografii, nie wymagają dowodu, że są szkodliwe dla małoletnich.³⁰ Należy dodać, że w 2008 r. Kongres skryminalizował również wytwarzanie i rozpowszechnianie pornografii dziecięcej typu morfing.³¹ Obiektywnym warunkiem karalności czynu jest w tym przypadku możliwość ustalenia tożsamości dziecka, którego fotografie wykorzystano do produkcji materiałów pornograficznych.³²

W świetle powyższej analizy ewolucja amerykańskiego ustawodawstwa federalnego w sferze kryminalizacji czynów związanych z pornografią dziecięcą rysuje się wyraziście. W latach 70-tych, gdy omawiane zjawisko uznano za poważny problem, przedmiotem kryminalizacji stała się produkcja i rozpowszechnianie materiałów przedstawiających dzieci w trakcie czynności seksualnych. W latach 80-tych i 90-tych, dramatyczny wzrost dostępności pornografii dziecięcej związany z rozwojem Internetu i fotografii cyfrowej, doprowadził do kryminalizacji jej posiadania. W obu tych sytuacjach wkroczenie prawa karnego w obszar chroniony konstytucyjnymi gwarancjami wolności słowa wymagało interwencji Sądu Najwyższego, który odegrał zasadniczą rolę w utorowaniu drogi Kongresowi do rozszerzenia katalogu zakazów karnych w omawianym zakresie. U genezy doktryn prawnych wypracowanych przez Sąd Najwyższy w sprawach *New York v. Ferber*

i zwalniał oskarżyciela z obowiązku dowodzenia, że przedmiotem wykonawczym przestępstwa jest materiał o charakterze pornograficznym.

²⁹ 18 U.S.C. § 1466A(b)(2)(B).

³⁰ G. Russel, *Pedophiles in Wonderland: Censoring the Sinful Cyberspace*, *The Journal of Criminal Law & Criminology* 2008, vol.98, no.4, s. 1486.

³¹ Metoda polegająca na łączeniu fragmentów zdjęć różnych osób (np. przy pomocy programu Photoshop przeznaczonego do obróbki fotografii cyfrowej) w sposób, który z „niewinnych” fotografii pozwala wykreować kompozycje o treści seksualnej. Synonimem używanego w literaturze tym kontekście określenia morfing (“morphed image”) jest “pseudo-fotografia”.

³² Na podstawie the PROTECT Our Children Act of 2008, do tytułu 18 U.S. Code dodano § 2252A(a)(7), który pod groźbą kary więzienia do lat 15 zabrania „świadomego produkowania z zamiarem rozpowszechniania albo świadomego rozpowszechniania pornografii dziecięcej, która jest przerobionym lub zmodyfikowanym obrazem możliwego do zidentyfikowania małoletniego.”

oraz *Osborne v. Ohio* tkwiło nie tylko przekonanie, że surowa represja karna jest właściwym panaceum na szerzące się zło.³³ Uważano również, że penalizacja zachowań konsumentów pornografii, w szczególności jej posiadania, jest z polityczno kryminalnego punktu widzenia „krokiem we właściwym kierunku”, może bowiem „spowodować spadek popytu na pornografię dziecięcą, a w tym samym zmniejszyć liczbę przypadków seksualnego wykorzystywania małoletnich.”³⁴ Optymistyczne prognozy Kongresu nie wykluczały nawet możliwości „likwidacji rynku na seksualną eksploatację dzieci” wskutek wprowadzenia sankcji karnych za posiadanie i oglądanie materiałów pornograficznych z udziałem małoletnich.³⁵ Tłem dla tego rodzaju oczekiwań była „ekonomiczna teoria prawa karnego” inspirowana „prawem popytu i podaży”, w którym cena (tu: kara) jako regulator dostępności dóbr konsumpcyjnych pozwala zarządzać rynkiem i kształtować na nim pożądaną z punktu widzenia zarządzającego sytuację. O tym, jak silne było przekonanie ustawodawcy federalnego o słuszności założeń tej koncepcji świadczyć może iście drakoński, jak się go określa w literaturze amerykańskiej³⁶ wzrost zagrożeń karnych za podstawowe typy przestępstw związanych z pornografią dziecięcą, w szczególności za jej posiadanie. Ogólnie mówiąc, w latach 1996-2003 w przypadku posiadania - był to wzrost dwukrotny.³⁷ W przypadku przesyłania, rozpowszechniania i uzyskiwania – górne zagrożenie ustawowe wzrosło o 1/3 (z 15 do 20 lat), dolne ustalono na poziomie 5 lat obligatoryjnego minimum. Z kolei górne zagrożenie karą więzienia za produkcję pornografii dziecięcej w celu jej rozpowszechniania, które w 1977 r. sięgało (w zależności od uprzedniej karalności sprawcy) 10 albo 15 lat więzienia, obecnie waha się w granicach od 15 do 30 lat w przypadku pierwszy raz karanych, 35-50 lat, gdy chodzi o skazanych uprzednio co najmniej dwukrotnie za przestępstwo seksualne, oraz dożywocia w przypadku trzech lub większej liczby uprzednich skazań (*three strikes*). Należy przy tym zaznaczyć, że indywidualny wymiar kary orzeczonej przez sędziego za konkretne przestępstwo może przekraczać górny próg zagrożenia

³³ Znamienny w tym aspekcie jest następujący fragment uzasadnienia wyroku w sprawie *New York v. Ferber*: “The most expeditious if not the only practical method of law enforcement may be to dry up the market for this material by imposing severe criminal penalties on persons selling, advertising, or otherwise promoting the product”. (Ferber, 458 U.S. at 760). W późniejszym o cztery lata Raporcie Meese (patrz niżej, przyp. 19) powtórnie zwrócono uwagę na zależność popytu na pornografię dziecięcą od podaży tego rodzaju materiałów na rynku i możliwość jej ograniczenia rygorystycznym stosowaniem prawa: “[i]f the sale or distribution of such pictures is stringently enforced, and if those sanctions are equally stringently enforced, the market may decrease and this may in turn decrease the incentive to produce those pictures.”

³⁴ Zob. *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990), s. 108-110,

<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=495&invol=103>

³⁵ Uzasadnienie projektu CCPA przez Kongres (Section 101(a) [title I, Sec. 121[1]] of Pub. L. 104-208)

³⁶ C. B. Hessick, *Disentangling Child Pornography from Child Sex Abuse*, Washington University Law Review 2011, vol.88. no. 853, s. 3.

³⁷ W 1996 r., za posiadanie trzech lub więcej egzemplarzy materiałów pornograficznych z udziałem małoletnich the Pornography Prevention Act przewidywał karę grzywny i/lub więzienia do lat 5.

ustawowego i w praktyce sytuacje takie nie należą do rzadkości. Jak nietrudno się domyśleć, są one rezultatem stosowania wytycznych wymiaru kary.

4. Wytyczne wymiaru kary

Jednym z głównych celów *sentencing guidelines* było ograniczenie władzy dyskrecjonalnej sędziów oraz zapewnienie przejrzystości i przewidywalności podejmowanych przez nich decyzji w przedmiocie wymiaru kary. Wytyczne miały zmienić dotychczasowy, krytykowany w USA latach 70-tych XX w. system „kar nieokreślonych”, przez zastąpienie go modelem karania opartym na idei proporcjonalności, spójności, racjonalności i jednolitości w stosowaniu represji karnej wobec sprawców przestępstw.³⁸ W szczególności chodziło o wyeliminowanie nieuzasadnionego zróżnicowania surowości wyroków skazujących przestępców o podobnej karierze i profilu kryminologicznym, skazywanych za podobne przestępstwa, popełniane w podobnych okolicznościach - na rzecz uwzględnienia zasady współmierności kary do ciężaru gatunkowego popełnionego przestępstwa jako podstawy sprawiedliwego karania.³⁹ Uchwalona w tym celu przez Kongres w 1984 roku ustawa o reformie polityki karnej (the Sentencing Reform Act - SRA) ustanowiła Federalną Komisję ds. Wymiaru Kar (U.S. Sentencing Commission), zobowiązując ją do wypracowania nowych standardów surowości kar orzekanych za poszczególne przestępstwa federalne, zgodnie z celami wymiaru kary określonymi w 18 U.S.C. § 3553 (a)2.⁴⁰ Efektem dwuletnich prac Komisji były Federalne Wytyczne Wymiaru Kar, które po zatwierdzeniu przez Kongres zostały wprowadzone w życie 1987 r.⁴¹

³⁸ K.J.Aas, *Sentencing*..., s.15.

³⁹ *The History of the Child Pornography Guidelines*, United States Sentencing Commission, Washington, DC, October 2009, s. 3

⁴⁰ Ustawodawstwo federalne (18 U.S.C. § 3553) zobowiązuje sędziego do respektowania zasady, aby kara wymierzona sprawcy przestępstwa była „wystarczająca, lecz nie większa niż to konieczne”. Kara powinna przy tym odpowiadać czterem zasadniczym warunkom : (1) powinna odzwierciedlać wagę przestępstwa, promować poszanowanie prawa i stanowić odpłatę za czyn sprawcy („just punishment”) (2) powinna adekwatnie odstraszać od popełniania określonych czynów (3) powinna chronić społeczeństwo przed kolejnymi przestępstwami skazanego (4) powinna stwarzać skazanemu warunki do zdobywania wiedzy, nauki zawodu, opieki medycznej lub terapii korekcyjnej w najbardziej skutecznym sposób”.

⁴¹ SRA ustaliła procedurę stanowienia federalnych wytycznych wymiaru kar przez Komisję zobowiązując ją do okresowych przeglądów i zmian wytycznych – w odpowiedzi na uwagi i komentarze na ich temat - po przeprowadzeniu konsultacji z organami federalnego systemu wymiaru sprawiedliwości. Niezależnie od uprawnień przyznanych Komisji, decyzja o ostatecznym kształcie wytycznych należy do Kongresu, któremu Komisja powinna, nie później niż 1 maja każdego roku, przedstawić propozycję zmian wytycznych wraz z uzasadnieniem. Zmiany te wchodzi w życie w terminie określonym przez Komisję, nie wcześniej jednak niż 180 dni po przekazaniu informacji na ich temat Kongresowi i nie później niż 1 listopada roku, w którym te zmiany zaproponowano. W tym czasie Kongres może dokonać zmiany wytycznych albo je odrzucić. Jeżeli tego nie zrobi wytyczne wchodzi w życie.

Wytyczne kształtują ramy sędziowskiego wymiaru kary za przestępstwa federalne. Każde z nich w trakcie procesu podlega ocenie kwantytatywnej w aspekcie dwóch kryteriów: wagi przestępstwa (ocenianej w skali od 1 do 43) oraz liczby uprzednich skazań sprawcy (sześć kategorii), które stanowią współrzędne y i x „tabeli skazań”.⁴² Wytyczne określają tzw. rangę podstawową poszczególnych typów przestępstw (*base offence level*) oraz wskazują okoliczności (np. sposób popełnienia czynu, status pokrzywdzonego, gotowość sprawcy do poniesienia odpowiedzialności), które zwiększają bądź zmniejszają rangę przestępstwa wg tabeli skazań. Oba te parametry determinują tym samym surowość wyroku. Sędzia, który trzyma się wytycznych i sprawnie posługuje się tabelą skazań nie ma problemu z wydaniem wyroku. Wystarczy uwzględnić wszystkie zmienne wynikające z wytycznych i prawidłowo je ze sobą skorelować, by odczytać z tabeli, że w przypadku np. skazania za posiadanie pornografii dziecięcej (przestępstwo 15 rangi), przy uwzględnieniu okoliczności zaostrzających karę o 5 rang, oskarżonemu należy wymierzyć karę więzienia przewidzianą dla przestępstwa 20 rangi, tj. w przedziale od 33 do 41 miesięcy.

Wytyczne wymiaru kary w sprawach przestępstw związanych z pornografią dziecięcą są wydawane od 1987 r. Do 1991 r. dotyczyły one skazań za przestępstwa określone w § 2252 (przewożenie, przesyłanie, rozpowszechnianie i uzyskanie pornografii dziecięcej) i § 2251 (produkcja pornografii dziecięcej). Pierwszemu z tych przestępstw Komisja przyznała 13 rangę. Sprawcy należało więc wymierzyć karę więzienia w granicach od 12 do 18 miesięcy. Natomiast produkcję pornografii z udziałem dzieci sklasyfikowano jako przestępstwo 25 rangi (kara więzienia od 57 do 71 miesięcy). Jednocześnie w przypadku każdego z tych przestępstw za okoliczność zaostrzającą karę uznano sytuację, w której materiały pornograficzne przedstawiały dzieci do lat 12 (awans o dwa stopnie w skali wagi przestępstwa). W przypadku rozpowszechniania materiałów pornograficznych z udziałem dzieci (§ 2252) obostrzenie dotyczyło działania w celu zarobkowym i polegało na skazaniu sprawcy za przestępstwo wyższej rangi (maksymalnie o pięć stopni), co oznaczało bezwzględne pozbawienie wolności na okres od 27 do 33 miesięcy.

⁴² Zob. Sentencing Table – http://www.ussc.gov/Guidelines/2011_Guidelines/Manual_PDF/Sentencing_Table.pdf

W 1991 r., po wprowadzeniu do ustawodawstwa federalnego zakazu posiadania pornografii dziecięcej, Komisja nadała temu przestępstwu 10 rangę, związaną ze stosunkowo niskim wymiarem kary (od 6 do 12 miesięcy więzienia). Wytyczne przewidywały też jedno obostrzenie wymiaru kary za to przestępstwo. Gdy posiadane przez sprawcę materiały przedstawiały dzieci poniżej lat 12, sąd powinien wymierzyć mu karę więzienia przewidzianą w tabeli skazań dla przestępstw 12 rangi, tj. od 10 do 16 miesięcy.

W latach 1987-2010, w związku z częstymi zmianami przepisów prawa pod wpływem „paniki moralnej” wywołanej przez amerykańskie media i polityków na tle problemu pedofilii i pornografii dziecięcej⁴³, Komisja dokonała dziesięciu nowelizacji wytycznych dotyczących omawianej kategorii przestępstw. Zmiany miały charakter jednokierunkowy i polegały na zwiększaniu stopnia represyjności systemu przez podnoszenie rangi bazowej poszczególnych typów przestępstw i poszerzanie katalogu okoliczności obciążających. W 2010 r. produkcja (§ 2251), przewożenie, przesyłanie, rozpowszechnianie i uzyskiwanie (§ 2252(1,2)) oraz posiadanie (§ 2252A(5)) pornografii dziecięcej zajmowały (odpowiednio) 32, 17 i 15 pozycję w skali represji. W porównaniu z poziomem wyjściowym był to wzrost o 7, 4 i 5 rang w tabeli skazań, co w przeliczeniu na miesiące izolacji więziennej skazanych oznaczało dwukrotny wzrost surowości standardów wymiaru kary.⁴⁴ Jednocześnie, w wyniku aktywnej postawy Komisji i bezpośredniego zaangażowania Kongresu znacznie wydłużył się katalog okoliczności obciążających, który w 2010 r. składał się z następujących obostrzeń kar, czyli tzw. *enhancements* :

- (+2)⁴⁵ pornografia z udziałem dzieci poniżej lat 12 (1987)⁴⁶,
- (+4) pornografia o charakterze sadomasochistycznym lub z użyciem przemocy (1990),
- (+5) wykorzystanie seksualne dziecka przez sprawcę przestępstwa związanego z pornografią dziecięcą (1991),
- (+2) używanie komputera do przesyłania lub reklamowania materiałów pornograficznych z udziałem dzieci (1996),
- (+5 max.) rozpowszechnianie lub przesyłanie pornografii dziecięcej w celu zarobkowym lub w zamian za rzeczy lub wartości niepieniężne (2000)⁴⁷,

⁴³ Por. J. P. Basbaum, *Inequitable Sentencing for Possession of Child Pornography: A Failure to Distinguish Voyeurs from Pederasts*, Hastings Law Journal 2010, vol.61, s. 1291 i n., http://uchastings.edu/hlj/archive/vol61/Basbaum_61-HLJ-1281.pdf

⁴⁴ Biorąc tylko po uwagę kategorię sprawców pierwszy raz karanych.

⁴⁵ Liczba dodatkowych rang z tytułu obostrzenia kary.

⁴⁶ Rok wprowadzenia obostrzeń kary przez wytyczne.

(+5 max.) rozpowszechnianie lub przesyłanie pornografii dziecięcej wśród lub do dzieci (2000),

(+7) rozpowszechnianie lub przesyłanie pornografii dziecięcej w celu doprowadzenia do spotkania z dzieckiem (2000) ,

(+2) gdy przedmiotem przestępstwa jest co najmniej 10, lecz mniej niż 150 „obrazków”,

(+3) gdy przedmiotem przestępstwa jest co najmniej 150, lecz mniej niż 300 „obrazków”,

(+4) gdy przedmiotem przestępstwa jest co najmniej 300, lecz mniej niż 600 „obrazków”,

(+5) gdy przedmiotem przestępstwa jest 600 lub więcej „obrazków”(2003),

(+2) uzyskanie dostępu do pornografii dziecięcej w celu oglądania (2009).

W sprawach o posiadanie pornografii dziecięcej bardzo często dochodzi do kumulacji obostrzeń wymiaru kary przewidzianych przez wytyczne. W związku z tym nawet w przypadku osób wcześniej nie karnych za przestępstwa seksualne zapadające wyroki oscylują w granicach przewidzianych dla przestępstwa 31 rangi (108-135 miesięcy), tj. powyżej górnego ustawowego zagrożenia za przestępstwo posiadania. Sprawcy, którzy odpowiadają w warunkach powrotu do przestępstwa o charakterze seksualnym stanowią niewielki odsetek ogólnej liczby skazanych za posiadanie pornografii dziecięcej (ok.7% w 2010 r.). Jednak w ich przypadku 10 lat więzienia jest dolną granicą wymiaru kary. Tak więc każda, nawet stosunkowo niewielka kumulacja obostrzeń kary, która praktycznie jest nieuchronna⁴⁸, automatycznie „przenosi” problem wymiaru kary na 41 poziom tabeli skazań, co oznacza, że należy ją wymierzyć w wysokości od 27 lat do 33 lat i 7 miesięcy.

Oczywiście, o jakiegokolwiek współmierności kary do wagi czynu nie może być w tym przypadku mowy. Autorzy amerykańscy rzadko rozpatrują to zagadnienie w aspekcie ustawowo zdefiniowanych celów wymiaru kary (18 U.S.C. § 3553).⁴⁹ Wyjaśnienie celów polityki karnej, której efektem jest kilkudziesięcioletnia⁵⁰ izolacja więzienna za posiadanie

⁴⁷ W praktyce przepis ten jest stosowany w sprawach, w których pornografię dziecięcą rozpowszechnia się przy użyciu systemów wymiany plików typu Kazaa, Morpheus lub Limewire (por. J.P. Basbaum, s. 1299)

⁴⁸ Dane statystyczne wskazują, że w przypadku przestępstw, które nie wiążą się z produkcją pornografii dziecięcej do obostrzenia kar dochodzi najczęściej ze względu na: używanie komputera (97% spraw), liczbę posiadanych „obrazków” (97% spraw), udział dzieci poniżej lat 12 (95% spraw) oraz sadomasochistyczny charakter pornografii (73% spraw). Zob. U.S. Sentencing Commission, Use of Guidelines and Specific Offense Characteristics Fiscal Year 2009, (2010), s. 36-37,

http://www.ussc.gov/Data_and_Statistics/Federal_Sentencing_Statistics/Guideline_Application_Frequencies/2009/09_glinexgline.pdf

⁴⁹ Patrz niżej, przyp. 42.

⁵⁰ Rekordowy wyrok – 200 lat więzienia za posiadanie 20 egzemplarzy materiałów pornograficznych z udziałem dzieci został wydany w 2007 r. przez sąd stanu Arizona, którego ustawodawstwo karne przewiduje

pornografii dziecięcej jest zadaniem karkołomnym na gruncie sprawiedliwościowej racjonalizacji kary. W szczególności na tle statystyk Federalnej Komisji ds. Wymiaru Kar, które wskazują, że w 2010 r. przestępstwa związane z pornografią dziecięcą pod względem średniego wymiaru kary (120,1 miesiący) zajmowały trzecie miejsce w rankingu najsurowiej karanych przestępstw federalnych, wyprzedzając nawet seksualne wykorzystywanie małoletnich.⁵¹

Represyjność systemu karnego może być jednak traktowana jako atrybut wąsko pojętej prewencji indywidualnej i utożsamiana z utrudnianiem albo uniemożliwianiem powrotu do przestępstwa sprawcy czynu zabronionego. W tym kontekście przedmiotem analizy autorów amerykańskich są „konceptje penologiczne” określane mianem zapobiegawczego (preventive sentencing) i zastępczego (proxy sentencing) karania sprawców posiadania pornografii dziecięcej.

5. Karanie prewencyjne i zastępcze

Konceptja karania prewencyjnego nawiązuje do celowych teorii kary i nie jest szczególnie oryginalna. Opiera się ona na założeniu, że posiadanie pornografii dziecięcej jest czynnikiem, który zwiększa prawdopodobieństwo seksualnego wykorzystania dziecka, zatem dłuższe kary więzienia orzekane wobec osób skazanych za posiadanie tego rodzaju materiałów mogą skutecznie przeciwdziałać wiktylizacji seksualnej małoletnich. Zwolennicy tej koncepcji postrzegają pornografię dziecięcą zarówno jako stymulator zachowań seksualnych prowadzący jej posiadacza do popełnienia przestępstwa, jak i narzędzie służące pedofilom do „uwodzenia” małoletnich, tj. przekonywania ich, że angażowanie się w zachowania seksualne z dorosłymi jest społecznie akceptowane i stanowi rodzaj zabawy.

U podstaw koncepcji karania zastępczego tkwi natomiast przekonanie, że osoby, które gromadzą i posiadają pornografię dziecięcą również krzywdzą dzieci i popełniają na ich

karę 10 lat pozbawienia wolności (obligatoryjne minimum) za posiadanie każdego egzemplarza pornografii z udziałem małoletniego poniżej lat 15 (cyt. za C. B. Hessick, *Disentangling Child Pornography...*, s.10).

⁵¹ Średni wymiar kary za morderstwo (284,7 miesiący) i porwanie dla okupu (167 miesiący), plasuje skazania za przestępstwa związane z pornografią dziecięcą na trzecim miejscu, tuż za seksualnym wykorzystywaniem małoletnich (113,1 miesiący), przestępstwami popełnionymi z użyciem broni palnej (90,7 miesiący) i rozbojem (80,3 miesiący). Zob. United States Sentencing Commission, Federal Sentencing Statistics by State, District & Circuit for Fiscal Year 2010

http://www.ussc.gov/Data_and_Statistics/Federal_Sentencing_Statistics/State_District_Circuit/2010/JP2010.cfm

szkodę przestępstwa seksualne, które jednak z różnych powodów pozostają nie ujawnione.⁵² Surowa represja karna za posiadanie pornografii dziecięcej pełni więc w tym przypadku funkcję kompensacyjną. Umożliwia penalizowanie „prawdziwych” przestępstw seksualnych, polegających na kontakcie fizycznym z dzieckiem, które nie zostały wykryte i nie spotkały się z reakcją karną. „Zastępcze” ukaranie pedofila, który krzywdzi dziecko, za posiadanie pornografii dziecięcej znacznie ułatwia pracę organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości. Daje bowiem policji możliwość lokalizacji na podstawie numeru IP używanego przez sprawcę komputera i pozwala na zgromadzenie dowodów naruszenia zakazu posiadania pornografii dziecięcej w wyniku przeszukania mieszkania podejrzanego.⁵³

Należy podkreślić, że obie wyżej wspomniane koncepcje mają charakter spekulatywny i nie zostały potwierdzone przez badania kryminologiczne.⁵⁴ Ponadto druga z nich uważana jest za koncepcję „trudną do obrony” na gruncie zasad gwarancyjnych prawa karnego.⁵⁵ Obie zresztą, z uwagi na ich polityczną proveniencję i typową dla przedstawicieli agencji rządowych i członków Kongresu retorykę, są przedmiotem krytyki penologów i kryminologów amerykańskich, którzy przeciwstawiają im liczne kontrargumenty oparte na badaniach empirycznych. Ten typ argumentacji znajduje z kolei odbicie w uzasadnieniach wyroków sądów federalnych, które odstępując od stosowania wytycznych wymiaru kary w sprawach o posiadanie pornografii dziecięcej wskazują na nienaukowy, na wskroś polityczny charakter tego instrumentu kształtowania polityki karnej. W sprawach tak wrażliwych dla opinii publicznej jak ochrona dzieci przez pedofilami, dowody naukowe i racjonalna argumentacja mają jednak ograniczoną siłę przekonywania. Dotyczy to także sędziów federalnych, którzy z wyjątkiem spraw o posiadanie pornografii wykazują silne przywiązanie do wytycznych i nie cofają się przed orzekaniem drakońskich kar za rozpowszechnianie, uzyskiwanie i produkcję pornografii dziecięcej. Warto odnotować, że coraz twardsza linia polityki karnej nie przynosi pożądanego z politycznego punktu widzenia efektów. Liczba skazań za przestępstwa związane z pornografią dziecięcą wykazuje w USA systematyczny

⁵² Wg raportu na temat seksualnego wykorzystywania dzieci (Bureau of Justice Statistics, *Sexual Assault of Young Children as Reported to Law Enforcement: Victim, Incident, and Offender Characteristics*, 2000), sprawcami 7% tego rodzaju przestępstw są osoby obce (34% sprawców stanowią członkowie rodziny, 59% znajomi). Większość przestępstw (70%) popełnianych jest w domu ofiary, sprawcy lub innej osoby.

⁵³ Por. C.B. Hessick, *Disentangling Child Pornography* ..., s. 30.

⁵⁴ Por. na ten temat: A.R. Beech, I. A. Elliott, A. Birgden, D. Findlater, *The Internet and child sexual offending: A criminological review*, *Aggression and Violent Behavior* 2008, vol. 13, s. 216 i n.; M. Hamilton, *The Efficacy of Severe Child Pornography Sentencing: Empirical Validity or Political Rhetoric?*, *Stanford Law & Policy Review* 2011, vol.22, s. 573 i n.

⁵⁵ C.B. Hessick, *Disentangling Child Pornography* ..., s. 29.

wzrost (1997 - 249, 2006 -1251, 2010 – 1849)⁵⁶, co na tle tendencji kryminalizacyjnych w ustawodawstwie federalnym wydaje się zjawiskiem prawidłowym, lecz dla amerykańskiej opinii publicznej jest nie do końca zrozumiałym i oczekiwanym rezultatem starań władz o zapewnienia bezpieczeństwa dzieciom. Namacalnym rezultatem tych starań są natomiast enuncjacje prasowe o coraz lepszym kamuflażu sieci pedofilskich w Internecie, których użytkownicy dzięki wykorzystaniu zaawansowanych narzędzi kryptograficznych oraz portali społecznościowych swobodnie wymieniają między sobą materiały pornograficzne.⁵⁷ Publikacje naukowe nie pozostawiają tymczasem złudzeń, że instytucja wytycznych wymiaru kary jako sposobu na ujednoczenie polityki karnej w sprawach przestępstw federalnych zawiodła związane z nią oczekiwania.

⁵⁶ Y. Akdeniz, *Internet Child Pornography...*, s.131; United States Sentencing Commission, Federal Sentencing Statistics by State, District & Circuit for Fiscal Year 2010
http://www.uscc.gov/Data_and_Statistics/Federal_Sentencing_Statistics/State_District_Circuit/2010/JP2010.cfm

⁵⁷ S. Vedantam, *Child pornographers use online social networks to foil investigators*, Washington Post, March 23, 2011; http://www.washingtonpost.com/local/child-pornographers-use-online-social-networks-to-foil-investigators/2011/03/18/ABWGfXJB_story.html