

Παιδική πορνογραφία

ΑΝΤΩΝΗΣ Δ.ΜΑΓΓΑΝΑΣ
ΟΜΟΤΙΜΟΣ ΚΑΘΗΓΗΤΗΣ ΕΓΚΛΗΜΑΤΟΛΟΓΙΑΣ ΠΑΝΤΕΙΟΥ
ΠΑΝΕΠΙΣΤΗΜΙΟΥ

ΑΝΩΤΑΤΟ ΔΙΚΑΣΤΗΡΙΟ ΚΑΝΑΔΑ

R.. Sharpe, απόφαση Νο 27376 της 26 Ιανουαρίου 2001

Πηγή [2001]1 SCR 45

Διατάξεις: άρθρα 163.1 και 163.1(4) και Καν.Π.Κ. Άρθρο 7 και 1 του Χάρτη των Δικαιωμάτων του Καναδά

Παιδική πορνογραφία. Η απλή κατοχή δεν συνιστά πάντοτε αδίκημα. Ελευθερία της έκφρασης.

Η απλή κατοχή παιδικής πορνογραφίας συνιστά αδίκημα όταν δημιουργεί ένα εύλογο κίνδυνο βλάβης για τα παιδιά. Η υπάρχουσα νομοθεσία χρειάζεται περιοριστική ερμηνεία σε ορισμένες οριακές περιπτώσεις. Η κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας αποτελεί μορφή έκφρασης που προστατεύεται από το Σύνταγμα, όμως η προστασία των παιδιών υπερτερεί της αρχής της ελευθερίας της έκφρασης.

1. Πραγματικά περιστατικά. Ιστορικό¹

Κατά του κ. Sharpe απαγγέλθηκαν δύο κατηγορίες για κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας με σκοπό να το διακινήσει και δύο κατηγορίες για απλή κατοχή τέτοιου υλικού.² Ειδικός ντετέκτιβ της αστυνομίας του Vancouver που ερεύνησε την υπόθεση κατέθεσε κατά τη διάρκεια ενός voirdire³ ότι το κατασχεθέν υλικό περιελάμβανε ένα μεγάλο αριθμό πορνογραφικών, βιβλίων και χειρογράφων καθώς και 10 δισκέτες υπολογιστή που περιείχαν πορνογραφικές σκηνές με νέα αγόρια. Τα νέα παιδιά έδειχναν, στην πλειοψηφία τους να είναι κάτω των 18 χρόνων και ορισμένα σε προεφηβική ηλικία. Εκτός από λίγες εξαιρέσεις, όλα ήταν γυμνά ή σχεδόν γυμνά και είχαν φωτογραφηθεί με τρόπο που να τονίζονται τα γεννητικά τους όργανα. Μερικές φωτογραφίες απεικόνιζαν αγόρια σε στύση ενώ σε άλλες ένα αγόρι φαινόταν να αυτοϊκανοποιείται. Ορισμένες έδειχναν δύο νέα παιδιά να αγκαλιάζονται και να φιλιούνται, ενώ μία φωτογραφία αποτύπωνε δύο αγόρια που έκαναν πεολεϊχία το ένα στο άλλο.

Ο ντετέκτιβ κατέθεσε, ακόμη, 17 χειρόγραφα που είχε συντάξει ο κατηγορούμενος, δηλώνοντας τα εξής: «Πρόκειται για εξαιρετικά βίαιες αφηγήσεις που στην πλειοψηφία τους

¹ Πηγή: Α., Μαγγανάς (2004). Το Εγκληματικό φαινόμενο στην πράξη, Αθήνα: εκδόσεις Νομική Βιβλιοθήκη, <https://www.nb.org/greek/to-egklimatiko-fainomeno-stin-praxi.html>

² Άρθ. 163.1(4) Καν. ΠΚ

³ Δίκη στο εσωτερικό της κύριας δίκης

περιλαμβάνουν σεξουαλικές πράξεις με πολύ νέα παιδιά, κάτω των 10 ετών, που επιτελούν σαδομαζοχιστικές πράξεις με ενήλικους και παιδιά ή μόνο με παιδιά και των δύο φύλων [...].

Είναι συγκλονιστικά λόγω των περιγραφών των σεξουαλικών πράξεων με παιδιά, ιδίως όσον αφορά την περιτομή. Συχνά, μάλιστα, το θέμα περιστρέφεται γύρω από το ότι το παιδί ευχαριστείται και όταν το χτυπούν ή χρησιμοποιούν επάνω του σεξουαλική βία.

Ο πρωτοβάθμιος δικαστής διέταξε μεν την κατάσχεση του υλικού, αποφάσισε, όμως, ότι το άρθρο του Ποινικού Κώδικα⁴ που αφορά την απλή κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας προσβάλλει τη συνταγματικά κατοχυρωμένη ελευθερία της έκφρασης⁵. Κατά συνέπεια, οι δύο κατηγορίες για απλή κατοχή απορρίφθηκαν. Όσο για τις άλλες δύο, που αφορούσαν τη διακίνηση και πώληση αναβλήθηκαν μέχρι να εκδοθεί οριστική απόφαση για την κατοχή.

Το Εφετείο επικύρωσε την πρωτοβάθμια απόφαση και η εισαγγελία κατέθεσε αίτηση αναιρέσης στο Ανώτατο Δικαστήριο του Καναδά.

2. Σκεπτικό

Σύμφωνα με μια νέα πρακτική των δικαστών του Ανωτάτου Δικαστηρίου του Καναδά, στην αρχή της απόφασης παρουσιάζονται συνοπτικά τα συμπεράσματα στα οποία θα καταλήξουν προτού προβούν στην ανάλυση της υπόθεσης. Το ρόλο αυτό ανέλαβε η επικεφαλής δικαστής *McLahlin* η οποία θεωρεί ως συνταγματική τη διάταξη που απαγορεύει την κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας, πλην δύο οριακών περιπτώσεων όταν ο κατηγορούμενος είναι δημιουργός των υλικών και το διατηρεί για προσωπική χρήση.

Το 1993, η Καναδική Βουλή ψήφισε το άρθρο 163.1 του Ποινικού Κώδικα σχετικού με την παιδική πορνογραφία. Η διάταξη αυτή προστέθηκε στο ήδη υπάρχον άρθρο 163 που αφορά την παραγωγή, εκτύπωση, δημοσίευση και διακίνηση άσεμνου υλικού. Η ισχύουσα νομοθεσία καλύπτει, πλέον, τις περισσότερες περιπτώσεις παιδικής πορνογραφίας. Το άρθρο 163.1(2) και (3) ασχολείται με την κατοχή προς δημοσίευση ή διακίνηση, ενώ το άρθρο 163.1(4) αφορά την απλή κατοχή.

Ο κ. *Sharpe*, προσβάλλει τη συνταγματικότητα της παραγράφου που αφορά την απλή κατοχή ως αντιβαίνουσας προς την αρχή της ελευθερίας της έκφρασης η οποία προστατεύεται από το Σύνταγμα⁶. Η Εισαγγελία παραδέχεται, πράγματι, ότι η διάταξη προσβάλλει την παραπάνω αρχή. Το ερώτημα που τίθεται είναι αν αυτός ο περιορισμός δικαιολογείται από το άρθρο 1 του Χάρτη που ορίζει ότι πρέπει να εξετασθεί αν ο περιορισμός είναι αποδεκτός σε μια ελεύθερη δημοκρατική κοινωνία δεδομένης της βλάβης που μπορεί να προκληθεί στα παιδιά από αυτό το είδος της πορνογραφίας.

Η δικαστής *McLahlin*, τονίζει τη σημασία της αρχής της ελευθερίας της έκφρασης. Πάνω σ' αυτή στηρίζονται η ελευθερία η δημιουργικότητα και η ίδια η δημοκρατία μέσω της προστασίας της έκφρασης όχι μόνον όταν είναι «καλή» και δημοφιλής, αλλά και όταν είναι απωθητική, ακόμη και προσβλητική. Η αρχή αυτή στηρίζεται στην πεποίθηση ότι η ελεύθερη κυκλοφορία των ιδεών και των εικόνων είναι ο καλλίτερος δρόμος προς την αλήθεια, την προσωπική ανάπτυξη και την ειρηνική συνύπαρξη σε μία κοινωνία ετερογενή που απαρτίζεται από άτομα με διαφορετικές ή αντίθετες απόψεις. Αν δεν μας αρέσει μία ιδέα ή μία εικόνα είμαστε ελεύθεροι να εκδηλώσουμε την αντίθεσή μας ή να την προσπεράσουμε. Πάντως, εν απουσία συνταγματικής επιταγής, κανείς δεν μπορεί να εμποδίσει κάποιον άλλο από του να τις εκφράσει ή να τις παρουσιάσει.

Όμως, η ελευθερία της έκφρασης δεν είναι απόλυτη. Το Καναδικό Σύνταγμα αναγνωρίζει ότι η νομοθεσία ή το Κοινοβούλιο μπορούν, ενίοτε, να παραμερίσουν μερικές μορφές έκφρασης. Για παράδειγμα η προσπάθεια θέσης φραγμού στο φυλετικό μίσος⁷ ή πρόκληση βλάβης σε

⁴ Άρθ. 163.1(4) Καν. ΠΚ

⁵ Άρθ. 2β) του Χάρτη των Δικαιωμάτων

⁶ Άρθ. 2β) του Χάρτη των Δικαιωμάτων

⁷ *R. v. Keegstra*, [1990]3 SCR 697

ορισμένα ευάλωτα μέλη της κοινωνίας⁸ μπορούν να δικαιολογήσουν την απαγόρευση ορισμένων μορφών έκφρασης κάτω από συγκεκριμένες προϋποθέσεις. Πάντως λόγω της μεγάλης σημασίας της αρχής της ελευθερίας της έκφρασης τα μέτρα περιορισμού πρέπει να περνούν από αυστηρό έλεγχο.

Οι αξίες που βρίσκονται πίσω από την αρχή της ελευθερίας της έκφρασης είναι η προσωπική ανάπτυξη ή έρευνα της αλήθειας μέσω της ανοιχτής ανταλλαγής των ιδεών και ο πολιτικός διάλογος στοιχεία σημαντικά για μία δημοκρατία. Αν και ορισμένες μορφές έκφρασης, όπως η πολιτική, βρίσκονται πιο κοντά στο κέντρο της αξίας, όλες οι μορφές έκφρασης είναι ζωτικής σημασίας σε μία ελεύθερη και δημοκρατική κοινωνία.

Όσον αφορά το αν η κατοχή αυτού του υλικού αφορά την ελευθερία της έκφρασης, η δικαστής απαντά καταφατικά εφ' όσον η κατοχή τέτοιου υλικού μας επιτρέπει να γνωρίσουμε τις σκέψεις των άλλων και να προσδιορίσουμε καλύτερα τη δική μας σκέψη. Η αξία που αντιπαραβάλλεται προς την ελευθερία της έκφρασης ώστε να επιτραπεί ο περιορισμός της τελευταίας, είναι το συμφέρον της κοινωνίας να προστατευθούν τα παιδιά από τη βλάβη που συνδέεται με την κατοχή πορνογραφικού υλικού. Όπως, κανείς δεν αμφισβητεί την αξία του δικαιώματος στην ελευθερία της έκφρασης κανείς δεν μπορεί να αρνηθεί ότι η παιδική πορνογραφία συνεπάγεται τη σεξουαλική εκμετάλλευση των παιδιών. Αν και η βλάβη, που προκαλείται στα παιδιά από την απλή κατοχή φαίνεται μικρότερη απ' ό,τι όταν πρόκειται για παραγωγή και διακίνηση πορνογραφικού υλικού, υφίσταται εν τούτοις. Η απλή κατοχή συντελεί στην αυξημένη ζήτηση, τέτοιων προϊόντων που με τη σειρά της ενισχύει μια μεγαλύτερη παραγωγή η οποία προϋποθέτει τη σεξουαλική εκμετάλλευση παιδιών. Η κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας μπορεί να διευκολύνει την προσέλκυση νέων παιδιών καθώς και την επιθυμία για μία νέα εμπειρία, να κάμψει τις ηθικές αντιστάσεις και να ωθήσει πιθανά στην τέλεση αδικημάτων.

Ο κατηγορούμενος δεν υποστηρίζει ότι, σε καμία περίπτωση, η πρόληψη της βλάβης στα παιδιά δεν μπορεί να δικαιολογήσει τον περιορισμό της ελευθερίας της έκφρασης. Απλά η νομοθετική διάταξη αφορά και περιπτώσεις που δεν προκαλούν βλάβη. Για να δοθεί απάντηση στον ισχυρισμό αυτό πρέπει πρώτον να προσδιορισθεί το υλικό που στοχεύει η επίμαχη διάταξη και δεύτερον αν οι περιορισμοί στην ελευθερία της έκφρασης είναι δικαιολογημένοι.

Για να προσδιορισθεί η φύση και ο στόχος του περιορισμού πρέπει να ερμηνευθεί το άρθρο 163.1(4) με τρόπο τέτοιο ώστε να οριοθετηθεί το ακριβές περιεχόμενό του καθώς και η έκταση εφαρμογής του. Ο κύριος σκοπός του Κοινοβουλίου ήταν να προλάβει τις βλάβες στα παιδιά τιμωρώντας την παραγωγή και διακίνηση παιδικής πορνογραφίας και να στείλει το ακόλουθο μήνυμα στους канаδοούς πολίτες: «Τα παιδιά πρέπει να προστατευθούν από τις ολέθριες συνέπειες της σεξουαλικής κατάχρησης και εκμετάλλευσης. Δεν είναι δυνατό να υπολογίζουμε στους ανήλικους ως πιθανούς ερωτικούς συντρόφους».

Το άρθρο 163.1(1) θεωρεί ως παιδική πορνογραφία τις αποτυπώσεις εικόνες σεξουαλικής δραστηριότητας με παιδιά και την αποτύπωση των σεξουαλικών τους οργάνων και της περιοχής του πρωκτού καθώς και το υλικό που προτρέπει στην τέλεση σεξουαλικών εγκλημάτων με παιδιά. Το Κοινοβούλιο, εξ άλλου προσδιόρισε ότι δεν σκόπευε να περιλάβει όλο το υλικό που θα μπορούσε να προξενήσει βλάβη στα παιδιά, αλλά μόνο εκείνο που δημιουργεί ένα λογικό κίνδυνο βλάβης.

Το άρθρο 163.1(1) χωρίζει σε δύο κατηγορίες την παιδική πορνογραφία: α) στις οπτικές αναπαραστάσεις, β) στην γραπτή ή οπτική ενθάρρυνση και παρότρυνση τέλεσης εγκλημάτων με παιδιά. Μια οπτική αναπαράσταση συνιστά παιδική πορνογραφία: i) Όταν απεικονίζεται ένα άτομο κάτω των 18 χρόνων ή που φαίνεται να έχει αυτή την ηλικία, το οποίο επιδίδεται η εμφανίζεται να επιδίδεται σε μία κατάδηλη σεξουαλική δραστηριότητα, ii) Όταν κύριο χαρακτηριστικό της αναπαράστασης είναι η έκθεση, με σεξουαλική πρόθεση των σεξουαλικών οργάνων ή της περιοχής του πρωκτού ενός ατόμου κάτω των 18 ετών, iii) Όταν η αναπαράσταση ενθαρρύνει ή προτρέπει στην τέλεση μιας σεξουαλικής δραστηριότητας με πρόσωπο κάτω των 18 χρόνων.

⁸ *R.v. Butter*, [1992]1 SCR 452

Ο όρος παιδική πορνογραφία εκτείνεται και σε φανταστικά όντα δημιουργημένα και διατηρημένα σε ιδιωτικό χώρο από τον κάτοχο. Ο ιδιωτικός χαρακτήρας αυτού του υλικού καθώς και το ότι είναι μάλλον απίθανο να προξενήσει βλάβη σε παιδιά, θέτει προβλήματα συνταγματικότητας. Ζήτημα γεννάται, επίσης, αν ο όρος παιδική πορνογραφία περιλαμβάνει και τις αναπαραστάσεις του ίδιου του ατόμου (π.χ. φωτογραφίες που τράβηξε το ίδιο) και τις οποίες διατηρεί αποκλειστικά για προσωπική του χρήση. Η δικαστής πιστεύει ότι, πράγματι, η νομοθετική διάταξη περιλαμβάνει και αυτή την περίπτωση.

Ως προς τον όρο «αναπαριστά», η δικαστής θεωρεί ότι το κριτήριο πρέπει να είναι αντικειμενικό και να στηρίζεται σ' αυτό που, πράγματι, απεικονίζεται και όχι σ' αυτό που πιστεύει ο κάτοχος ότι αναπαριστά. Το ερώτημα που πρέπει να απαντηθεί είναι: Ένας αντικειμενικός παρατηρητής θα θεωρήσει ότι το πρόσωπο που απεικονίζεται είναι κάτω των 18 ετών και επιδιέχεται σε μία κατάδηλη σεξουαλική δραστηριότητα;

Πράγματι το άρθρο 163.1(1) α) i), στοχεύει τις απεικονίσεις κατάδηλης σεξουαλικής δραστηριότητας. Η σεξουαλική πράξη περιλαμβάνει ένα σύνολο συμπεριφορών από το προκλητικό βλέμμα μέχρι τη σεξουαλική επαφή, από την ψαύση των γεννητικών οργάνων και της περιοχής του πρωκτού μέχρι τα χέρια του σώματος που έχουν δευτερεύοντα σεξουαλικό χαρακτήρα, όπως στα μαλλιά, τα χείλη ή το στήθος. Πρέπει να βρούμε, επομένως, που χάραξε τη γραμμή ο νομοθέτης ως προς το χαρακτήρα του υλικού του οποίου η κατοχή είναι νόμιμη και εκείνο του οποίου είναι παράνομη. Διάφορα σημεία καταδεικνύουν ότι η διαχωριστική γραμμή τοποθετείται στο απώτατο σημείο της δραστηριότητας πράγμα που αντιστοιχεί προς μία λεπτομερή και όχι διφορούμενη απεικόνιση μιας προσωπικής σεξουαλικής σχέσης.

Η δικαστής καταλήγει στο ότι οι κατάδηλες σεξουαλικές συμπεριφορές σημαίνει τις συμπεριφορές οι οποίες, αντικειμενικά ιδωμένες, τοποθετούνται στο απώτατο όριο των σεξουαλικών δραστηριοτήτων ή άλλων, τις συμπεριφορές με γυμνά σώματα ή τις προσωπικές σεξουαλικές σχέσεις μ' ένα ανήλικο κάτω των 18 ετών που δίνονται με λεπτομέρεια και όχι διφορούμενα.

Η διάταξη δεν απαγορεύει την κατοχή οπτικού υλικού που αναπαριστά αθώες σεξουαλικές επαφές όπως το χέδι, το φιλί ή το αγκάλιασμα, δεδομένου ότι δεν υπάρχει γυμνό ούτε προσωπικές σεξουαλικές σχέσεις. Η φωτογραφία ενός νέου που ανταλλάσσει ένα φιλί στην κατασκήνωση δεν περιλαμβάνει στη διάταξη. Στο άλλο άκρο μπορεί να περιληφθεί η περίπτωση μιας κασέτας video όπου εμφανίζεται το γυμνό στήθος μιας νεαρής κοπέλας που το χαϊδεύουν, εφ' όσον η δραστηριότητα απεικονίζεται με λεπτομέρειες και ενέχει, αναμφίβολο σεξουαλικό χαρακτήρα.

Η διάταξη του νόμου απαιτεί ακόμη όπως το κύριο χαρακτηριστικό του υλικού υπό κατοχή να είναι η αναπαράσταση με σεξουαλική πρόθεση των σεξουαλικών οργάνων ενός παιδιού. Το κριτήριο είναι αν ένας λογικός άνθρωπος κοιτάζοντας, αντικειμενικά και στο γενικό πλαίσιο το υλικό, θα έκρινε ότι το κύριο χαρακτηριστικό είναι, πράγματι, αυτό που αναφέρθηκε πιο πάνω. Όσο για την έκφραση «με σεξουαλική πρόθεση» σημαίνει αυτό που λογικά, θεωρείται ότι διεγείρει σεξουαλικά ορισμένα άτομα.

Αντικειμενικά ιδωμένος ο κυρίαρχος χαρακτήρας των οικογενειακών φωτογραφιών που απεικονίζουν γυμνά παιδιά, δεν αποτελεί μία τέτοια αναπαράσταση. Το να μπει, όμως, αυτή η φωτογραφία σ' ένα λεύκωμα με σεξουαλικό περιεχόμενο όπου θα προστεθεί και ένα σχόλιο με σεξουαλική απόχρωση, μπορεί να αλλάξει τα πράγματα και ο αντικειμενικός παρατηρητής να προσδώσει στη φωτογραφία τον κυρίαρχο σεξουαλικό χαρακτήρα. Αν δεν υπάρχουν στοιχεία μιας σεξουαλικής πρόθεσης, η φωτογραφία ενός παιδιού στη μανιέρα δεν είναι στόχος του νόμου.

Η δεύτερη κατηγορία παιδικής πορνογραφίας που περιλαμβάνεται στο άρθρο 163.1 είναι οι γραπτές ή άλλου είδους αναπαραστάσεις που προτρέπουν ή ενθαρρύνουν μία σεξουαλική δραστηριότητα μ' ένα παιδί κάτω των 18 ετών. Η δραστηριότητα αυτή πρέπει να συνιστά έγκλημα βάσει του νόμου. Φαίνεται ότι η διάταξη αυτή στοχεύει να πατάξει τα γραπτά ή τις οπτικές αναπαραστάσεις που ενθαρρύνουν τη διάπραξη σεξουαλικών εγκλημάτων με παιδιά. Και εν προκειμένω, δεν μας ενδιαφέρει η πρόθεση του παραγωγού ή του κατόχου αλλά αν,

αντικειμενικά ιδωμένο το υλικό προτρέπει ή ενθαρρύνει. Στόχος δεν είναι η απλή περιγραφή μιας εγκληματικής πράξης αλλά το υλικό συνολικά που, ιδωμένο αντικειμενικά προτρέπει ή ενθαρρύνει.

3. Λόγοι που αίρουν τον άδικο χαρακτήρα της πράξης

Όπως στις περισσότερες χώρες του κόσμου, όταν πρόκειται για άσεμνο ή πορνογραφικό υλικό υπάρχουν ορισμένοι λόγοι που αίρουν τον άδικο χαρακτήρα της πράξης, όπως, όταν εξυπηρετείται η τέχνη η εκπαίδευση, η ιατρική έρευνα και, γενικότερα το δημόσιο συμφέρον. Ο πρώτος λόγος αφορά το αν πρόκειται για έργο τέχνης πράγμα που θα αποτιμηθεί αντικειμενικά με βάση το λογικό κριτήριο. Στο σημείο αυτό υπάρχουν δύο δυνατότητες. Ή θα αναφερθούμε στην ποιότητα δουλείας σύμφωνα με αντικειμενικούς παρατηρητές πράγμα που περιορίζει τόσο την έννοια της καλλιτεχνικής αξίας «όσο και την ελευθερία της έκφρασης». Ή θα ψάξουμε για το αν έχει την ιδιότητα ενός έργου τέχνης. Σύμφωνα με αυτή τη δεύτερη εκδοχή κάθε καλλιτέχνης προστατεύεται ακόμη και εάν οι δημιουργίες του είναι ανώριμες ή άξεστες. Η άποψη αυτή φαίνεται περισσότερο σύμφωνη με την πρόθεση του νομοθέτη.

Σύμφωνα με την δικαστή, όταν υπάρχει καλλιτεχνική αξία με βάση αντικειμενικά κριτήρια, όσο μικρή και αν είναι αποτελεί λόγο άρσης του αδικού. Ο καλλιτέχνης όταν δημιουργεί τέχνη δεν έχει να φοβηθεί την εφαρμογή του άρθρου 163.1(4).

Στην πράξη δεν είναι εύκολο να εφαρμοσθούν τα παραπάνω. Θεωρητικά, τέχνη είναι η σύμφωνα με τους κανόνες της αισθητικής παραγωγή έργων που προέρχονται από τη φαντασία του δημιουργού, αντίγραφα ή πρωτότυπα. Όμως, αν ένα συγκεκριμένο σχέδιο φιλμ ή κείμενο αποτελεί έργο τέχνης, θα κριθεί από το δικαστή της ουσίας ο οποίος πρέπει να λάβει υπ' όψιν του διάφορες παραμέτρους, όπως την πρόθεση του δημιουργού, τη μορφή και το ύψος του έργου, τις σχέσεις του με τις παραδόσεις και τα διάφορα καλλιτεχνικά ρεύματα, τη γνώμη κάποιου ειδικού καθώς και τον τρόπο παραγωγής, παρουσίασης και διακίνησης του έργου.

Στην περίπτωση της παιδικής πορνογραφίας το κριτήριο της ανοχής της κοινωνίας συνίσταται στο να μη προκληθεί βλάβη στα παιδιά. Το να περιορισθεί όμως ο λόγος της «καλλιτεχνικής αξίας» στις περιπτώσεις που δεν θα προκληθεί βλάβη, είναι αντίθετο προς το στόχο αυτού του μέσου υπεράσπισης. Ο νομοθέτης θέλει να προστατεύσει ορισμένα καλλιτεχνικά έργα, έστω και αν είναι επιβλαβή.

Ο εκπαιδευτικός, επιστημονικός ή ιατρικός στόχος αποτελεί, επίσης, λόγο που αίρει τον άδικο χαρακτήρα. Το υλικό θα αποτιμηθεί με αντικειμενικά κριτήρια και το μέσο αυτό υπεράσπισης πρέπει να ερμηνευθεί με τρόπο ευρύ και υπέρ του κατηγορουμένου.

Το «δημόσιο συμφέρον» από την πλευρά του, περικλείει περιπτώσεις όπως την κατοχή τέτοιου υλικού από τους λειτουργούς της δικαιοσύνης για την καταδίωξη ή τη στοιχειοθέτηση μιας καταγγελίας ή από επιστημονικούς ερευνητές που διερευνούν τις συνέπειες της έκθεσης κάποιου στην παιδική πορνογραφία.

Η δικαστής *McLahlin*, καταλήγει στο συμπέρασμα ότι πρέπει να απορριφθεί το επιχείρημα ότι οι περιορισμοί στην κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας δεν μπορούν να αιτιολογηθούν ως συνιστώντες προσβολή της ελευθερίας της έκφρασης. Κάθε περίπτωση πρέπει να εξετασθεί ατομικά αν η παραβίαση αυτή θεωρείται λογική και δικαιολογημένη σε μία ελεύθερη και δημοκρατική κοινωνία σύμφωνα με το άρθρο 1 του Χάρτη των Δικαιωμάτων.

Κατ' αρχάς, πρέπει να εξετασθεί αν ο αντικειμενικός στόχος που επιδίωξε ο νομοθέτης με αυτή τη διάταξη, ήταν πραγματικά επείγον και ουσιαστικός. Η προστασία των παιδιών αποτελεί, ασφαλώς, ένα τέτοιο στόχο. Εκτός από την πάταξη του φαινομένου της εκμετάλλευσης των παιδιών, ο νομοθέτης στοχεύει μια γενική αλλαγή στη νοοτροπία των πολιτών αντιπαρατάσσοντας και διακηρύσσοντας την αξία των παιδιών απέναντι στη χειροτέρευση των κοινωνικών συμπεριφορών που τα αφορούν.

Υπάρχει, όμως, αντιστοιχία μεταξύ του στόχου της προστασίας των παιδιών και της προσβολής της ελευθερίας της έκφρασης; Η εισαγγελία υποστηρίζει ότι η απαγόρευση κατοχής υλικού παιδικής πορνογραφίας μπορεί να περιορίσει το φαινόμενο της εκμετάλλευσης παιδιών. Η εκμετάλλευση αυτή μπορεί να προκαλέσει βλάβη με 5 τρόπους.

α) Προκαλώντας γνωστικές διαστρεβλώσεις. Μπορείς για παράδειγμα να αλλάξεις τη συμπεριφορά του κατόχου ο οποίος θα δει με πιο ευνοϊκό τρόπο τη σεξουαλική εκμετάλλευση παιδιών. Οι πολίτες μπορούν να συμπεράνουν ότι οι σεξουαλικές σχέσεις με παιδιά είναι φυσιολογικές και πιθανόν να κάνουν και καλό. Άνθρωποι που δεν θα είχαν την πρόθεση να έχουν σεξουαλικές σχέσεις με παιδιά μπορούν να δουν τις ηθικές τους αντιστάσεις να μειώνονται ιδιαίτερα οι παιδόφιλοι. Η δικαστής πιστεύει ότι κοινοποιώντας το ακατανόμαστο και ησυχάζοντας τις συνειδήσεις, η έκθεση σε υλικό παιδικής πορνογραφίας μπορεί να εμφανίσει ως φυσιολογικό το αφύσικο και παραδεκτό το ανήθικο.

β) Ο δεύτερος τρόπος είναι ότι η κατοχή τροφοδοτεί τις φαντασιώσεις ωθώντας τους παιδόφιλους να τελέσουν περισσότερα εγκλήματα. Σύμφωνα με τη δικαστή, επιστημονικές μελέτες καταδεικνύουν μια σχέση ανάμεσα στην κατοχή και την τέλεση εγκλημάτων. Ακόμη και αν άλλες μελέτες δείχνουν ότι η κατοχή ερωτικού υλικού μπορεί να αποτελέσει ένα υποκατάστατο της ικανοποίησης περιορίζοντας την εγκληματικότητα, η δικαστής θεωρεί ως εύλογη την ανησυχία πρόκλησης βλάβης.

γ) Ο τρίτος τρόπος αφορά το ότι η ποινικοποίηση της κατοχής βοηθά στην πάταξη του φαινομένου. Αν και η γνώση αμερικανών δικηγόρων θεωρεί ως επικίνδυνη την αιτιολόγηση της παραβίασης με μόνο λόγο ότι διευκολύνει την ανακάλυψη και δίωξη άλλων εγκλημάτων, η δικαστής, χωρίς να πάρει θέση, κρίνει αρκετό να τονίσει ότι πράγματι, η δημιουργία του αδικήματος της κατοχής βοηθά τη δίωξη αυτών που παράγουν και διακινούν το υλικό.

δ) Η παιδική πορνογραφία μπορεί να χρησιμοποιηθεί για «εκμάθηση» ή για να προσελκύσει τα παιδιά πράγμα που ούτε ο κατηγορούμενος αρνείται. Συχνά οι παιδόφιλοι χρησιμοποιούν αυτό το υλικό για να προσεγγίσουν τα παιδιά.

ε) Απαγορεύοντας την κατοχή στοχεύουμε να πατάξουμε την εκμετάλλευση των παιδιών που χρησιμοποιούνται για την παραγωγή του πορνογραφικού υλικού. Η παραγωγή τροφοδοτείται από την αγορά που με τη σειρά της τροφοδοτείται από αυτούς που επιθυμούν να το έχουν στην κατοχή τους. Καθιστώντας έγκλημα την κατοχή περιορίζουμε την αγορά και την εκμετάλλευση των παιδιών που χρησιμοποιούνται για την παραγωγή. Δεν πρέπει να ξεχνάμε ότι ο τραυματισμός και η προσβολή της αξιοπρέπειας που υφίστανται αυτά τα παιδιά μπορεί να τα σημαδέψει για όλη τους τη ζωή, και συμβαίνει συχνά, τα παιδιά αυτά να βρεθούν στο πεζοδρόμιο. Αλλά ακόμη και αν δεν καταλήξουν εκεί θα ζήσουν τα επόμενα χρόνια γνωρίζοντας ότι η εξευτελιστική φωτογραφία τους ή το φιλμ με την αναπαράσταση εξακολουθεί να υπάρχει και ο οποιοσδήποτε μπορεί να το δει όποτε θέλει για την ικανοποίησή του.

Η δικαστής συμπεραίνει ότι όλα αυτά τα στοιχεία την οδηγούν στο να πιστεύει ότι υφίστανται, πράγματι, σύνδεσμος ανάμεσα στον αντικειμενικό στόχο που επιδίωξε ο νομοθέτης και στα μέσα που χρησιμοποίησε για να τον επιτύχει. Η κατοχή αυξάνει τον κίνδυνο σεξουαλικής εκμετάλλευσης παιδιών. Η διάταξη που ποινικοποιεί την κατοχή εξυπηρετεί στόχους που οι διατάξεις που αφορούν τη δημοσίευση και την διακίνηση δεν μπορούν να εξυπηρετήσουν. Πράγματι οι διατάξεις αυτές δεν μπορούν να εφαρμοσθούν στην ιδιωτική προβολή παιδικής πορνογραφίας ή στην περίπτωση προσέλευσης των παιδιών.

Το επόμενο ζήτημα για το οποίο πρέπει να αποφανθεί η δικαστής είναι αν η νομοθεσία προσβάλλει το δικαίωμα της ελευθερίας της έκφρασης κατά τον ελάχιστο δυνατό τρόπο. Πρέπει, δηλαδή να εξετασθεί αν η διάταξη αφορά και υλικό που σχετίζεται πολύ λίγο ή και καθόλου με την πρόληψη της βλάβης στα παιδιά λαμβανομένου υπ' όψιν ότι, εν προκειμένω πρόκειται για ποινικό δίκαιο με σοβαρές συνέπειες για τη ζωή και την ελευθερία του ατόμου.

Είναι γεγονός ότι είναι εξαιρετικά δύσκολο να μην περιληφθεί και κάποιο υλικό μη επιζήμιο για τα παιδιά. Ο κατηγορούμενος υποστηρίζει ότι η νομοθετική διάταξη περικλείει τέτοιο υλικό. Αν και η δικαστής θεωρεί ότι με την κατάλληλη ερμηνεία, οι δικαστές θα αποκλείσουν τέτοιο ανώδυνο υλικό από την εφαρμογή του νόμου παραδέχεται εν τούτοις ότι σε δύο περιπτώσεις που αφορούν την κατοχή η βλάβη είναι ανύπαρκτη ή πολύ μικρή. Όταν δηλαδή, πρόκειται α) για γραπτά ή αναπαραστάσεις που το ίδιο το άτομο δημιούργησε και διατηρεί για την προσωπική του χρήση και β) για οπτικές αναπαραστάσεις που δημιούργησε ο κατηγορούμενος ή στις οποίες εμφανίζεται ο ίδιος, δεν απεικονίζουν κάποια παράνομη δραστηριότητα και

διατηρούνται αποκλειστικά για προσωπική χρήση. Η κατοχή τέτοιου υλικού συνδέεται πολύ λιγότερο με τη βλάβη που μπορεί να προκληθεί στα παιδιά απ' ό,τι η μεγάλη πλειοψηφία των περιπτώσεων που αφορά την επίμαχη διάταξη, αν και σε εξαιρετικές περιστάσεις μπορεί το υλικό αυτό να βρεθεί στην κατοχή προσώπων που θα το χρησιμοποιήσουν με τρόπο διαστρεβλωμένο.

Το τελευταίο ερώτημα είναι αν τα οφέλη από τη διάταξη αυτή (πρόληψη της βλάβης για τα παιδιά) υπερτερεί σε σχέση με τις διάφορες συνέπειες που μπορεί να έχει εφαρμογή της νομοθεσίας στην ελευθερία της έκφρασης. Πράγματι, στη μεγάλη πλειοψηφία των περιπτώσεων το όφελος υπερτερεί. Το πρόβλημα είναι περιορισμένης έκτασης και προκύπτει για τις δύο περιπτώσεις που αναφέρουμε πιο πάνω. Για παράδειγμα το προσωπικό ημερολόγιο ή οι φωτογραφίες σεξουαλικής φύσης ενός νέου μπορεί να του είναι χρήσιμες για την ανάπτυξη της προσωπικότητάς του. Το να εφαρμοσθεί το άρθρο 163.1(4) στις περιπτώσεις αυτές πλησιάζει επικίνδυνα στο να θεωρηθεί έγκλημα η προσωπική σκέψη δεδομένου ότι δεν είναι εύκολο να γίνει η διάκριση μεταξύ σκέψης και έκφρασης. Η προσβολή της ελευθερίας της έκφρασης υπερτερεί εν προκειμένω.

Συμπερασματικά οι περιορισμοί που θέτει το άρθρο 163.1(4) Καν. ΠΚ στην ελευθερία της έκφρασης είναι αποδεκτοί πλην των δύο προαναφερθεισών περιπτώσεων.

Τι πρέπει να γίνεται, λοιπόν, μπροστά σε μία διάταξη συνταγματική στο μεγαλύτερο μέρος της και μόνον οριακά προβληματική; Υπάρχει, βέβαια, η λύση η οποία έχει εφαρμοσθεί και στο παρελθόν να κριθεί, δηλαδή, ολόκληρη η διάταξη αντισυνταγματική. Για ποιο λόγο, όμως, πρέπει να ακυρωθεί ολόκληρη η διάταξη επειδή ο κατηγορούμενος ανακάλυψε ορισμένες υποθετικές περιπτώσεις οι οποίες, μάλιστα, δεν αφορούν τη δική του υπόθεση;

Η δικαστής προτιμά την εξής λύση. Μέσω της κατάλληλης ερμηνείας να αποκλεισθεί η εφαρμογή της διάταξης για τις δύο προβληματικές περιπτώσεις:

A) Για το υλικό που δημιούργησε ο κατηγορούμενος ή τις αναπαραστάσεις που διατηρεί ο ίδιος αποκλειστικά για προσωπική του χρήση.

B) Για τις ιδιωτικές απεικονίσεις μιας νόμιμης σεξουαλικής δραστηριότητας.

Η διάταξη επομένως, κρίνεται αντισυνταγματική με τις δύο προσθήκες που ανέφερε η δικαστής *McLahlin* στις επιφυλάξεις της και ορίζεται νέα δίκη του κατηγορουμένου για να απαντήσει στις κατηγορίες εναντίον του.

4. Παρατηρήσεις

Σε προηγούμενη περίπτωση που είχαμε αναλύσει⁹ στη Μασαχουσέτη των ΗΠΑ ένας πατριός καταδικάστηκε σε κάθειρξη 10 χρόνων, διότι τράβηξε φωτογραφίες της προγονής του 14 χρόνων, η οποία φοιτούσε σε σχολή μοντέλου, σε ημίγυμνες στάσεις. Η νομοθεσία της Πολιτείας απαγόρευε τη φωτογράφιση ανηλικού εν γνώσει της ηλικίας του χωρίς να απαιτεί οποιαδήποτε άλλη (σεξουαλική) πρόθεση. Ο Καναδάς με βάση αυτές τις εμπειρίες δημιούργησε ειδικές διατάξεις για την πάταξη της παιδικής πορνογραφίας οι οποίες απαιτούν ρητά, την ύπαρξη σεξουαλικής πρόθεσης.

Ο κατηγορούμενος στην περίπτωση που αναλύσαμε προσέβαλε την συνταγματικότητα της διάταξης που αφορά την κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας. Αν και ο ίδιος κατηγορείτο και για διακίνηση τέτοιου υλικού, χρησιμοποίησε δύο υποθετικές «ανώδυνες» περιπτώσεις με την ελπίδα ότι αν κηρυχθεί το άρθρο αντισυνταγματικό θα το εκμεταλλευθεί και για την περίπτωση της διακίνησης. Πράγματι, συχνά, στο παρελθόν, τα καναδικά δικαστήρια κήρυσαν αντισυνταγματικές διατάξεις που αντέβαιναν σε ουσιαστικά δικαιώματα αναγνωρισμένα από το Χάρτη των Δικαιωμάτων. Φαινόταν, τότε υπερβολικό να κριθεί ολόκληρη η διάταξη αντισυνταγματική επειδή ο νομοθέτης δεν είχε προβλέψει ότι μία (πολλές φορές υποθετικά) οριακή περίπτωση θα έπρεπε να εξαιρεθεί από την εφαρμογή της διάταξης. Η δικαστής *McLahlin* αρνείται να δεχθεί αυτή τη λογική. Δεν μπορεί ένας συγγενός έμπορος υλικού παιδικής

⁹ *Mass. v. Oakes* 491 US 109, SCR 2633(1989) βλ. Α. Μαγγανά, Ειδικά Θέματα που αφορούν την κακοποίηση παιδιών, Αθήνα, Σάκκουλας 1996, σελ. 96. Πρέπει να τονισθεί ότι η νομοθεσία άλλαξε εκ των υστέρων.

πορνογραφίας να επικαλεσθεί την περίπτωση ενός νέου που διατηρεί το προσωπικό του ημερολόγιο με ερωτικές εμπειρίες για να ζητήσει να κηρυχθεί αντισυνταγματική η διάταξη που προβλέπει την κατοχή υλικού παιδικής πορνογραφίας. Υπάρχουν τρόποι που διαθέτει το δίκαιο για να αντιμετωπίσει παρόμοιες καταστάσεις με τη χρησιμοποίηση των ερμηνευτικών μεθόδων και την έρευνα για τον προσδιορισμό της πρόθεσης του νομοθέτη.

Ένας πρόσθετος λόγος που εξηγεί τη στάση της δικαστού *McLahlin* είναι ότι, τα τελευταία χρόνια ιδίως σε περιπτώσεις σεξουαλικών αδικημάτων, οι δικαστές ερευνούν την ουσία της υπόθεσης και όχι τους τύπους.¹⁰

Η απόφαση αυτή, εν κατακλείδι, πρέπει να χαιρετιστεί ως μία προσπάθεια επιλογής της εφαρμογής της ποινικής νομοθεσίας, ώστε να μπει ένα φρένο στη χρησιμοποίηση δικονομικών «τεχνασμάτων» από ωμούς εγκληματίες, ιδιαίτερα στον ευαίσθητο τομέα της παιδικής πορνογραφίας.

¹⁰ *Jomas. v. R.* [1994]2 RCS 229. Παρόμοια στάση είχε υιοθετήσει η δικαστής *McLahlin* και στην υπόθεση *Stillman v. R.* [1997]1 R.C.S. σ. 7, βλ. (2001)5 ΠοινΔικ 522.