

Wojciech Łuniewski

O kryminalizacji przejawów pedofilii

Palestra 48/5-6(545-546), 91-102

2003

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

O KRYMINALIZACJI PRZEJAWÓW PEDOFILII

Ostatnie miesiące przyniosły w Polsce ogromny wzrost zainteresowania problemem pedofilii. Stacje telewizyjne i różnego rodzaju pisma niezwykle intensywnie zaczęły zajmować się tą tematyką, głównie z uwagi na jej medialną atrakcyjność. Ukazano zjawisko społeczne, z którym walka polegać powinna przede wszystkim na uświadamianiu jego szkodliwości. Należy w tym miejscu z przykrością zauważyć, iż mimo teoretycznie powszechnego potępienia czynów, w wyniku których dochodzi do seksualnego wykorzystania małoletnich, szacunkowe dane zawierają liczbę 10 000 dzieci padających corocznie ofiarą pedofilii w Polsce¹ uprawdopodobniają, iż jakiś procent społeczeństwa prezentuje dwoistą postawę. Z jednej strony występuje demonstracyjne potępienie dla sprawców tego rodzaju czynów „gdzieś tam, na świecie” – z drugiej, całkowita ignorancja wobec podobnych zachowań z własnego podwórka. Dlatego też, można pokusić się o twierdzenie, iż mamy do czynienia z poważnym problemem, którego istnienie musi powodować także stosowną reakcję prawa. Społeczne i medialne akcje² jakkolwiek niezwykle pozytywne, powinny znaleźć wsparcie w naukowych opracowaniach i ewentualnych postulatach *de lege ferenda*. W związku z powyższym, celowe wydaje się naświetlenie i przeanalizowanie wybranych zagadnień tej problematyki z punktu widzenia prawa karnego.

Kryminalizowane kontakty seksualne z małoletnim powszechnie określa się w orzecznictwie i doktrynie jako „czyn lubieżny”³. Pojęciem tym posługiwał się kodeks karny z 1969 r. (art. 176). Z terminu tego zrezygnowali natomiast twórcy kodeksu z 1997 r. W tym akcie prawnym, większość przestępstw umiejscowionych w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości” oparto na konstrukcji „obcowania płciowego” i „innej czynności seksualnej”. Niniejsze opracowanie nie jest jednak miejscem rozważań nad wyższością jednych norma-

¹ K. Romanowska, *Zły Dotyk*, Newsweek Polska, 14 kwietnia 2002, s. 82.

² M.in. akcja „Zły Dotyk” TVN, Newsweek’a i Super Expressu.

³ Z uwagi na silne zakorzenienie pojęcia „czynu lubieżnego” w polskiej literaturze karnistycznej, zostanie ono wykorzystane także w niniejszym opracowaniu.

tywnych określeń nad innymi. O sposobie ich rozumienia wypowiadał się kilkakrotnie Sąd Najwyższy⁴.

Niezwyczajnie ważne jest natomiast wyjaśnienie relacji występującej między pedofilią a czynem lubieżnym. Utożsamianie tych pojęć jest powszechnie spotykane jako swego rodzaju skrót myślowy, lecz musi razić swą niepoprawnością. Pedofilia jest dewiacją seksualną polegającą na ukierunkowaniu popędu płciowego na dzieci. Bycie pedofilem, samo w sobie, przestępstwem nie jest. Wynika to z powszechnie przyjętej zasady odpowiedzialności karnej za czyn, a nie za poglądy, myśli, właściwości fizyczne i psychiczne – w tym np. preferencje seksualne⁵. Kryminalizowane są dopiero uzewnętrznione zachowania dewianta (sprawcy), który swój popęd płciowy realizuje wypełniając w ten sposób znamiona przestępstwa. Co więcej, medycyna definiując pedofilię mówi o „zaburzeniach preferencji seksualnej polegających na życiu płciowym z dzieckiem lub dziećmi. Przez dzieci rozumie się tutaj osoby przed wiekiem pokwitania”⁶. Wynika z tego, iż zakres czynów lubieżnych i aktów pedofilii nie musi się pokrywać. Działanie, które z punktu widzenia medycyny uważane będzie za przejaw opisywanej dewiacji, może być indyferentne prawnie. Możliwa jest też sytuacja odwrotna – czyn lubieżny wcale nie musi być zakwalifikowany jako akt pedofilii. Wynikać to będzie głównie z różnych metod określania wieku wykorzystanego seksualnie małoletniego przez medycynę i prawo karne. O ile ustawodawca przyjął sztywną, bezwzględną granicę wyrażoną w latach, medycyna posługuje się pojęciem w jakimś sensie ocennym, lecz poddających się naukowej weryfikacji.

Należy podkreślić, iż chociaż tylko jakaś część czynów lubieżnych ma swe źródło w pedofilii⁷, to jednak gdyby w społeczeństwie nie występowały dość powszechnie tego rodzaju dewiacyjne zachowania (w formie właściwej lub jako tzw. praktyki zastępcze), zasadność penalizacji kontaktów seksualnych z małoletnimi poniżej 15 roku życia byłaby dyskusyjna i temat ten mógłby stanowić – jak pisał niedługo M. Fi-

⁴ M.in. uchwała SN z 19 maja 1999 r. I KZP 17/99, Wyrok SN z 30 lipca 1986 r., sygn. Rw 530/86.

⁵ Godne rozważenia natomiast byłoby wypracowanie mechanizmów prawnych, dzięki którym pedofil znalazłby się pod administracyjną kontrolą powstrzymującą go od dokonywania czynów lubieżnych.

⁶ M. Krzystanek: www.poradnikmedyczny.pl.

⁷ M. Filar wyodrębniła trzy grupy sprawców dopuszczających się czynów lubieżnych. Pierwsza z nich to klasyczne przypadki pedofilii, kiedy sprawca dla zrealizowania swego libido musi mieć za partnera dziecko lub osobę bardzo młodą, gdyż żaden inny wariant partnerski nie zaspakaja go seksualnie. Drugi, coraz bardziej rozpowszechniony, stanowi w istocie wariant tzw. praktyk zastępczych. Dorośli mężczyźni o normalnie funkcjonującym popędzie w związku z problemami natury psychologicznej, emocjonalnej i seksualnej w kontaktach z dojrzałymi kobietami, podejmują czynności także z małoletnimi partnerkami, co pozwala im uniknąć powyżej opisanych problemów. Trzecia grupa to osoby bardzo młode wzajemnie podejmujące wobec siebie kontakty seksualne na płaszczyźnie budzącej się ciekawości w połączeniu z wzajemnym zaangażowaniem emocjonalnym i uczuciowym. *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*. „Palestra” 1995, nr 7–8, s. 25–26.

lar o kazirodstwie – przedmiot zainteresowania psychiatrów i literatów⁸. Tak więc przyczyn kryminalizacji czynu lubieżnego upatrywać należy w skali zjawiska będącego konsekwencją licznych zachowań pedofilskich.

Powody kryminalizacji czynów seksualnych z małoletnim są kwestią zasadniczą dla prawidłowego zrozumienia tej problematyki. Racjonalny ustawodawca musi odpowiedzieć sobie najpierw na pytanie „Co i dlaczego chcę ochronić?”, aby móc w ogóle rozważać kwestię „Jak chronić?”. Sytuacja przy spojrzeniu od strony czysto racjonalnej zdaje się oczywista. Zbyt wczesne rozpoczęcie aktywności seksualnej przez człowieka negatywnie wpływa na jego rozwój psychiczny, fizyczny, a oprócz tego niesie za sobą ryzyko konsekwencji nierozzerwalnie związanych z kontaktami płciowymi, takich jak niechciana ciąża, choroba weneryczna, zakażenie wirusem HIV itp. Od powyższych zagrożeń osoba małoletniego powinna zostać zabezpieczona sankcją karną.

Podstawowym przepisem chroniącym dzieci przed uczestnictwem w czynności seksualnej z inną osobą jest obecnie art. 200 § 1 k.k. w brzmieniu „Kto doprowadza małoletniego poniżej lat 15 do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej, albo do wykonania takiej czynności podlega karze (...)”⁹. W paragrafie drugim tegoż artykułu spenalizowane zostało „utrwalanie treści pornograficznych z udziałem takiej osoby”.

Na tym właściwie można by zaprzestać dalszych rozważań, gdyby nie okoliczność, iż art. 200 § 1 penalizujący czyn lubieżny umieszczono w rozdziale XXV k.k. pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Gdzież więc jest dobro chronione? Czy jest nim zdrowie psychiczne i fizyczne małoletniego¹⁰, czy też jego „wolność seksualna” i „obyczajność”? Należy z całą stanowczością stwierdzić, iż penalizacja czynu lubieżnego paradoksalnie ma charakter „antywolnościowy”, gdyż (pośrednio) zakazuje osobie małoletniej utrzymywania kontaktów seksualnych pod groźbą narażenia jej partnera na sankcję karną. Przedstawiając sprawę bardziej obrazowo twierdzę, że postępując w analogiczny sposób ustawodawca mógłby np. przepis zakazujący rozpijania małoletniego umieścić w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko wolności spożywania alkoholu”. Paradoks takiego uregulowania jest chyba, aż nazbyt widoczny.

Duża grupa autorów opisujących niniejsze zagadnienie z dużą swobodą wydobywa się z tych rozważań tłumacząc, iż „osoba małoletnia pozbawiona jest możliwości sensownej autodeterminacji w sferze zachowań i przyzwolenia seksualnego.

⁸ M. Filar, *W sprawie reformy przepisów dotyczących tzw. przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 1991, z. 7, s. 87.

⁹ K.k. z 1969 r. stanowił w art. 176, iż „Kto dopuszcza się czynu lubieżnego względem osoby poniżej lat 15, podlega karze (...)”. Przepis ten umieszczony był w Rozdziale XXIII pt. „Przestępstwa przeciwko obyczajności”.

¹⁰ W dalszej części niniejszego opracowania określenia „osoba małoletnia”, „małoletni” będą używane głównie dla oznaczenia osoby poniżej 15 roku życia.

(...) nie jest w stanie podjąć uznawalnej socjalnie decyzji w kwestii dyspozycji seksualnej¹¹. Ujmując to bardziej lakonicznie powiemy, iż osobie takiej odbiera się prawo skutecznego wyrażania woli w kwestii utrzymywania kontaktów płciowych, a więc nie ma ona swobody w dysponowaniu swą cielesnością i seksualnością. Co więcej, nikt nie jest kompetentny tymi „składnikami” małoletniego dysponować. Ustawodawca przyjął tu bowiem domniemanie absolutne, iż osoba poniżej 15 roku życia nie jest w stanie podjąć, mającej walor prawny, decyzji odnośnie do przyzwolenia na podjęcie z nią pewnych czynności seksualnych, gdyż „nie rozoznaje bowiem jeszcze należycie wszelkich realiów i implikacji”¹². Sprawca, który z osobą taką czynności podejmuje – zdaniem M. Filara – „narusza tym samym jej wolność seksualną nie dlatego, iż narusza jej wolę w tym względzie (co jest typowe dla innych przestępstw przeciwko wolności seksualnej), lecz dlatego, iż ofiara takiego czynu nie jest w stanie wyrazić prawnie relewantnej decyzji (...)”¹³. Jak więc łatwo zauważyć domniemuje się, iż w każdym przypadku małoletni „nie wie, co robi”¹⁴. Co więcej – wszystko, czego osoba poniżej 15 roku życia dokonuje na tym polu, prowadzi do jej wykorzystania i skrzywdzenia. Czy w takim razie, art. 200 § 1 k.k. służy ochronie wolności seksualnej małoletniego? Jeśli przyjmiemy, że przepis ten zapewnia mu generalną wolność od seksu, który zawsze jest wobec niego nadużyciem, to tak. Jak wspomniał niegdyś M. Filar „wolności do” musi towarzyszyć dialektyczna „wolności od”¹⁵. Problem jednak tkwi w tym, iż na płaszczyźnie czynu lubieżnego elementu „wolności do” nie znajdziemy.

Wszystkie te rozważania nie zmieniają, moim zdaniem, faktu, iż jedynym przedmiotem ochrony przy przestępstwie z art. 200 § 1 k.k. winien być – jak zasugerował Sąd Najwyższy – „normalny rozwój psychofizyczny osoby, która nie ukończyła 15 roku życia”¹⁶. Jeśli czyn lubieżny znajduje się w rozdziale pt. „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, daje się to uzasadnić jedynie względami racjonalnej systematyki kodeksu, ale na pewno nie tożsamością dóbr chronionych przez znajdujące się tam przepisy¹⁷. Wszystkie przestępstwa z XXV rozdziału k.k. łączy obecnie tylko jeden wspólny element – mniejszy lub większy związek z ży-

¹¹ M. Rodzyńkiewicz, *K.K. Część szczególna. Komentarz*, t. 2, red. A. Zoll, Zakamycze 1999, s. 553.

¹² M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym (w:) Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 2, Warszawa 1997, s. 30.

¹³ *Op. cit.*

¹⁴ Podejście takie zdaje się wynikać jeszcze z tradycji k.k. z 1932 r., gdzie małoletni i niepoczytalni byli pod tym względem równani i chronieni przed seksualnym nadużyciem przez ten sam art. 203.

¹⁵ *Op. cit.*, M. Filar, *W sprawie reformy...*, s. 85.

¹⁶ II KR 163/88, OSNKW 1988, nr 11–12, poz. 83.

¹⁷ Gdyby pominąć aspekt związku z seksualizmem człowieka i zająć się jedynie przedmiotem ochrony w art. 200 k.k., można byłoby ten przepis umieścić w rozdziale XXVI „Przestępstwa przeciwko rodzinie i opiece”. Rzuca się w oczy analogia czynu lubieżnego do przestępstwa z art. 211 k.k. (wola pokrzywdzonego nie ma najmniejszego znaczenia dla bytu obu tych przestępstw, taka sama granica wieku).

ciem płciowym człowieka. Tytuł rozdziału nie może być bezwzględny i bezkrytycznie przyjmowanym oznaczeniem rodzajowego przedmiotu ochrony, gdyż bardzo często ustawodawca określając go lawiruje pomiędzy wymogami poprawnej kodeksowej systematyki a względami natury praktycznej¹⁸. Tak też było najpewniej w przypadku Rozdziału XXV obecnego k.k. Powyższe niejasności powinny spowodować zastosowanie w przyszłości nazwy „Przestępstwa seksualne”¹⁹. Nigdzie nie jest przecież powiedziane, że w tytule kodeksowego rozdziału musi być określony rodzajowy przedmiot ochrony.

Uważam, iż zdecydowanie należy odrzucić wszelkie koncepcje zakładające, iż przy czynie lubieżnym (w czystej postaci, tj. bez multikwalifikacji) dochodzi do naruszenia wolności seksualnej. W prawnym rozumieniu wolność seksualna to nakładające się na siebie „wolność do” i „wolność od”. Przy najpopularniejszym przestępstwie gwałtu, mamy do czynienia z naruszeniem „wolności do” – tj. wolności do świadomego utrzymywania kontaktów seksualnych z osobą, która otrzymała naszą zgodę. Jednocześnie jest to zamach na wolność od takich kontaktów z osobą, która zgody nie otrzymała. Tak więc wolność seksualna jest wolnością wyboru między tym, czy w ogóle dana osoba chce kontaktów seksualnych, a jeśli tak, to z kim. Ustawowo narzucona *pseudo* „wolność” przy przestępstwie czynu lubieżnego nie chroni swobody dokonania wyboru i podjęcia suwerennej decyzji. Trudno nawet mówić o pogwałceniu wolności seksualnej małoletniego w sytuacji, gdy został on jej ustawowo pozbawiony. Dlatego też, nie można zgodzić się z krytycznym stanowiskiem J. Warylewskiego, który przytaczając wspomniany wyrok²⁰ pisze: „SN niepotrzebnie wywiódł tezę, z której mogłoby wynikać, że w przypadku art. 176 k.k. (czyn lubieżny z k.k. z 1969 r. – przyp. W.Ł.) przedmiotem ochrony nigdy nie może

¹⁸ Ciekawą ewolucję, jeśli chodzi o przedmiot ochrony przy przestępstwie czynu lubieżnego, przeszły poglądy M. Filara. Autor ten pisał o art. 176 d.k.k. następująco: „rodzajowym przedmiotem ochrony jest wprawdzie obyczajowość płciowa (...), niemniej równie ważnym przedmiotem ochrony (którego nie sposób nazwać dodatkowym) jest tu zapewnienie prawidłowego rozwoju moralnego i fizycznego młodzieży”. *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*. Rozprawy UMK Toruń 1985, s. 95. Czyn z art. 200 § 1 nowego k.k. M. Filara zaliczył już do przestępstw „których przedmiotem ochrony rodzajowej jest wolność seksualna rozumiana jako wolność indywidualnej, konkretnie oznaczonej jednostki od wszelkich form i przymusu i koercji seksualnej. Naruszenie tak rozumianej wolności oznacza równocześnie naruszenie dobra ogólnego, o ponadindywidualnym wymiarze, jakim jest obyczajność seksualna, której jednym ze składników jest wolność od przymusu seksualnego”. *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym* (w:) „Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze”, z. 2, Warszawa 1997, s. 17.

Stwarza to wrażenie, iż niektórzy autorzy ustalając przedmiot ochrony przepisów art. 176 dawnego i art. 200 obecnego k.k. idą po najmniejszej linii oporu, dokonując tego głównie wg tytułu rozdziału, w którym przepisy te się znajdują. Jest to taktyka o tyle wygodna, iż zawsze można się podeprzeć „wołą ustawodawcy”.

¹⁹ J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 1992 r., z. 2, s. 81.

²⁰ Zob. przypis 16.

być wolność seksualna”²¹. Jak utrzymuje dalej tenże Autor: „*in concreto*, w odniesieniu do popełnionego już czynu, tak zapewne może się zdarzyć, jednak w płaszczyźnie abstrakcyjnej, z punktu widzenia ustawodawcy (...) art. 200 § 1 k.k. przewiduje ochronę więcej niż jednego tylko dobra prawnego”²². J. Warylewski niestety nie pisze wyraźnie jakich jeszcze dóbr prawnych powinien ponadto bronić wymieniony przepis. Można z lektury dalszego tekstu jedynie domniemywać, iż byłyby to „wolność seksualna i obyczajność”. Rzeczywiście – w kontekście czynu lubieżnego trudno oprzeć się wrażeniu, że weszliśmy na płaszczyznę daleko idącej abstrakcji.

Muszę w tym miejscu zauważyć, iż tego rodzaju wolność, gdy nie jest naruszana wola ofiary, da się niezwykle łatwo sprowadzić do obyczajności. Nosicielem „wolności”, o której pisał M. Filar²³ nie jest bowiem w istocie pokrzywdzony małoletni, lecz ustawodawca. Tak rozumiana wolność, istnieje tylko i wyłącznie w świadomości ustawodawcy i wynika wprost z przyjętej przez niego obyczajności. Tak więc wolność w kontekście czynu lubieżnego nie jest w istocie niczym innym jak pochodną obyczajności reprezentowanej przez ustawodawcę.

Skrytykować należy także tezę, iż priorytetowym przedmiotem ochrony przy przestępstwie z art. 200 § 1 k.k. może być „obyczajność”. Swego czasu M. Filar zdecydowanie protestował przeciwko wprowadzeniu takiego pojęcia do tytułu rozdziału dotyczącego tzw. przestępstw seksualnych, co skończyło się burzliwą polemiką z J. Leszczyńskim²⁴. Uważam, iż wszędzie tam, gdzie w grę wchodzi sankcja karna, nie ma miejsca na równie niedookreślone byty jak „obyczajność” (obyczaj) ²⁵. Oczywiście można zgodzić się z J. Leszczyńskim, iż „przestępstwa tzw. seksualne (...) nie dadzą się sprowadzić do czynów, które naruszają wolność seksualną człowieka”²⁶, ale wymienianie moralności i obyczajności jako przedmiotów ochrony w kontekście czynu lubieżnego, musi budzić poważne wątpliwości. Należy pamiętać, iż wymienione dobra są bytami samoistnymi, których instalowanie *expressis verbis* w ustawie spowodować powinno zdecydowane opory. Dobra te wyposaża

²¹ J. Warylewski, *Karnoprawna ochrona małoletniego przed wykorzystaniem seksualnym w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, Prokuratura i Prawo 9, 1999, s. 97.

²² *Op. cit.*

²³ Zob. przypis 13.

²⁴ M. Filar określił J. Leszczyńskiego „ostatnim Mohikaninem”, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*. „Palestra” 1995, nr 7–8, s. 32 (przypisy), zarzucając mu prezentowanie archaicznych poglądów, na co ten replikował, iż „ostatni Mohikanin w odróżnieniu od swych adversarzy był człowiekiem szlachetnym”. *Przestępczość tzw. seksualna a reforma prawa karnego w Polsce*, „Palestra” 1996, Nr 3–4, s. 98.

²⁵ Przykładowo obyczajność (obyczaj) romskie dopuszczają rozpoczęcie życia seksualnego przez małoletnich poniżej 15 roku życia. Warto też zauważyć, iż dla jakiejś (znaczej) części społeczeństwa nieobyczajny będzie seks przedmałżeński, pozamałżeński, korzystanie z materiałów pornograficznych, ekshibicjonizm etc., co nie jest jednak dostateczną przesłanką kryminalizowania wymienionych czynów.

²⁶ *Op. cit.*, J. Leszczyński, *Przestępczość tzw. seksualna...*, s. 98.

zione są we własne, integralne mechanizmy obronne. Naruszanie norm *stricte* obyczajowych powinno rodzić sankcję społeczną lub ewentualnie administracyjną, nigdy zaś karną²⁷. Czyn lubieżny spenalizowany został po to, aby chronić małoletnich przed nadużyciem (wykorzystaniem)²⁸ seksualnym prowadzącym do szkód w ich rozwoju, a nie po to, aby uspokajać czyjąś (subiektywną) moralność i wrażliwość.

Trzeba też zaznaczyć, iż u źródeł tworzenia norm obyczajowych, często leżały racjonalne przesłanki. Dana społeczność widziała szkodliwość jakiegoś postępowania, ale z uwagi na to, iż jej poziom edukacyjny i kulturowy był niski, nie potrafiła jeszcze sprecyzować jej powszechnie zrozumiałych podstaw. Wytwarzały się wówczas normy obyczajowe przyjmowane „jako takie, które są”, intuicyjnie, a nie rozumowo. To takim normom przypisać możemy działanie w myśl zasady „nie wolno, bo nie wolno”. Dzisiaj, gdy poziom nauki i edukacji jest nieporównywalnie wyższy niż np. jeszcze na początku ubiegłego wieku, nie ma najmniejszej potrzeby odwoływać się do obyczajności jako samodzielnego i priorytetowego przedmiotu ochrony przepisów karnych. Racjonalny ustawodawca powinien kierować się dziś zasadą „nie wolno, gdyż taki czyn zagraża następującym racjonalnym dobrom...”. W czasach, gdy twierdzenie o szkodliwości czynu lubieżnego dla rozwoju psychofizycznego małoletniego nie powinno budzić niczych wątpliwości²⁹, z pełnym spokojem możemy odesłać „obyczajność” do karnoprawnego lamusa.

Ponadto uznać należy, iż tytuł rozdziału XXV określony został niewłaściwie. Jako przedmioty ochrony wymienione zostały „wolność seksualna” i „obyczajność”. Sugeruje to, iż ustawodawcy chodziło o obyczajność ogólną, abstrakcyjną a nie tylko tę, która dotyczy zachowań płciowych człowieka. Jeśli byłoby inaczej, tytuł powinien brzmieć „Przestępstwa przeciwko wolności i obyczajności seksualnej”. Tak się jednak nie stało. Jeśli taka ogólna, abstrakcyjna „obyczajność” została wymieniona jako rodzajowy przedmiot ochrony przepisów z Rozdziału XXV a pominięto ją przy ustalaniu nazw innych rozdziałów, należałoby konsekwentnie przyjęć (przeprowadzając rozumowanie *a contrario*), że pozostałe czyny opisane w części szczególnej

²⁷ Doskonałym przykładem depenalizacji czynu wymierzonego w obyczajność jest ten opisany w art. 177 dawnego k.k. Polegał on na „dopuszczaniu się czynu nierządowego w obecności osoby poniżej lat 15 albo publicznie”. Obecnie zachowanie takie – przynajmniej w części dotyczącej odbywania stosunków seksualnych publicznie – może być ścigane jedynie na podstawie przepisów kodeksu wykroczeń, chociaż dużo dolegliwsze dla sprawcy będzie z pewnością napiętnowanie takich zachowań przez najbliższe środowisko – znajomych, sąsiadów, współpracowników itp.

²⁸ Wprowadzenie terminu „wykorzystanie” przy penalizacji czynu lubieżnego domagał się M. Filar, *Problemy reformy prawa...*, *op. cit.*, s. 26.

²⁹ M. Filar zauważa jednakże, iż „w piśmiennictwie kryminologiczno-seksuologicznym podkreśla się (...), iż szczególnie traumatyzujący wpływ takich czynów seksualnych z nieletnimi, przy których nie występowały elementy zmuszania, nie został nigdy przekonująco udowodniony i ma raczej charakter tezy intuicyjnej”. *Problemy reformy prawa...*, *op. cit.*, s. 26.

k.k. są obyczajne. Obyczajnymi byłyby np. kradzież, zabójstwo, oszustwo, znęcanie się, wzięcie zakładnika etc. Wywody powyższe prowadzą do, co najmniej absurdalnych wniosków i mogą jedynie potwierdzać, iż ustawodawca zatytułował Rozdział XXV dość niefortunnie. „Obyczajność” równie dobrze może być przedmiotem ochrony w przypadku czynu lubieżnego, jak i niemal każdego innego przestępstwa z części szczególnej k.k. Przemawia to za ostateczną rezygnacją z tego – nieco już archaicznego – pojęcia.

Te teoretyczne na pierwszy rzut oka rozważania mają jednak swój silny aspekt praktyczny, gdyż dokładne określenie przedmiotu ochrony jest podstawowym problemem przy kryminalizacji określonych zachowań seksualnych. Ma też swoje niebagatelne znaczenie przy określaniu stopnia społecznej szkodliwości czynu – szczególnie przy wyjątkowych przypadkach przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.

Przypadki te można podzielić na dwie grupy. Sprawcy z grupy pierwszej to osoby młode (przynajmniej 15-letnie³⁰), które kierowane zaangażowaniem emocjonalnym i ciekawością decydują się na kontakty seksualne z osobą nieco młodszą od siebie, która nie ukończyła 15 roku życia. Jak można sobie bez trudu wyobrazić, samo uruchomienie w takiej sytuacji maszyny karnoprocesowej (lub postępowania w sprawach nieletnich), musi spowodować wysoce negatywne skutki w psychice zarówno osoby „pokrzywdzonej” jak i „sprawcy”. Obie strony, niezależnie od sposobu zakończenia postępowania, mogą w swym dorosłym życiu uznawać seksualizm za „brudną”, zakazaną dziedzinę życia, w którą wejście prowadzi do nieuchronnej kary. Ingerencja prawna może spowodować, iż to, co wydawało się piękne, radosne i integrujące dla młodych ludzi, okaże się być przyczyną wysoce traumatycznych przeżyć. Nie polemizując z tezą o możliwych negatywnych skutkach, jakie niosą ze sobą stosunki płciowe niedojrzałych małoletnich, muszę jednocześnie zauważyć, iż prawo karne, jako *ultima ratio* nie powinno zastępować rodziców, opiekunów i nauczycieli w wykonywaniu ich wychowawczych obowiązków oraz być traktowane jako panaceum na wciąż jeszcze niski poziom seksualnej edukacji.

Sprawcy z grupy drugiej nie wyróżniają się niczym szczególnym, natomiast ich ofiary to małoletni wysoce zdemoralizowani i przedwcześnie dojrzały, np. 14-letnia prostytutka³¹. Można założyć, iż dla takiej osoby odbycie kogoś z kolei stosunku

³⁰ Część autorów np. L. Garodcki, *Prawo karne, op. cit.*, s. 247 uważa – co, jak sądzę, powinno spotkać się z aprobatą – iż stosunek seksualny dwojga np. 14-latków nie stanowi przestępstwa opisanego w art. 200 § 1 k.k. Podobnie M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim...*, Rozprawy UMK, s. 100–101; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 554. Odmiennie J. Warylewski, *Karnoprawna ochrona małoletniego...*, *op. cit.*, s. 99.

³¹ Możliwe są także inne warianty „wyjątkowości” konkretnego czynu lubieżnego np. osoba pokrzywdzona może być wcześniej dojrzała z uwagi na przynależność do innej rasy, kultury i religii. Ustawodawca nie może pozostawać obojętny wobec tego rodzaju różnic w sytuacji, gdy Polska staje się docelowym punktem migracji obywateli różnych państw.

w życiu, nie doprowadzi już do przeżyć traumatycznych i nie pogłębi demoralizacji. Oczywiście zjawisko takie budzi silny społeczny sprzeciw, jednak powinien on być ukierunkowany głównie w stronę represji karnej wobec sutenera i stręczyciela opisanej małoletniej. Nacisk musi zostać położony na walkę z przyczynami, a nie ze skutkami. Opisuując niegdyś kwestię błędu co do faktu – co, moim zdaniem, odnosi się też po części do opisanego wyżej przypadku – M. Filar stwierdził: „trzeba widzieć różnicę między pedofilem wywabiającym dzieci z piaskownicy za pomocą obietnicy kupienia lizaka, a lekkomyślnym amatorem wdzięków młodych dziewcząt, który uległ nagabywaniom (...)”³².

W opisanych sytuacjach, jeśli precyzyjnie ustalimy przedmiot ochrony jako prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego, dojdziemy do nieuniknionego wniosku, iż czyny lubieżne popełnione z „pokrzywdzeniem” wyżej opisanych osób, nie będą stwarzały najczęściej nawet abstrakcyjnego zagrożenia dla takiego dobra. Oczywiście nie będzie to miało wpływu na kwestię wyczerpania znamion przestępstwa z art. 200 § 1 k.k., ale powinno skutkować uznaniem braku społecznej szkodliwości w czynie sprawcy – ewentualnie stwierdzeniem jej znikomego stopnia. *Quasi* definicję tego pojęcia zawiera art. 115 § 2 k.k., według którego „przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody (...)”. Jak stwierdza natomiast art. 1 § 2 k.k. „nie stanowi przestępstwa czyn, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”. Co więcej, zgodnie z art. 53 § 1 k.k. „Sąd wymierza karę (...) uwzględniając stopień społecznej szkodliwości czynu (...)”.

To, że czyn lubieżny należy do przestępstw „abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego”³³, nie zmienia faktu, iż głębokiej weryfikacji powinna podlegać kwestia, czy do takiego narażenia w ogóle doszło, czy mieliśmy do czynienia z jakimkolwiek niebezpieczeństwem dla dobra prawnie chronionego³⁴. Przyjęcie innej tezy przy tego rodzaju przestępstwach spowodowałoby, że organy procesowe stałyby się bezduszną machiną działającą na zasadzie automatu, którego rola byłaby ograniczona jedynie do prostej subsumpcji. Naturalną konsekwencją akceptacji takiego stanu rzeczy byłoby twierdzenie, iż przy tego rodzaju przestępstwach „abstrakcyjnego narażenia” szkodliwości społecznej nie bada się. Z wywodami takimi, rzecz jasna, nie wolno się jednak w żaden sposób zgodzić. Badanie stopnia naruszenia przedmiotu ochrony („rozmiarów wyrządzonej lub grożącej szkody”) i, co za tym idzie, społecznej szkodliwości czynu powinno mieć miejsce zawsze. Obliguje do tego art. 1 § 2 k.k.

Warto też zauważyć, iż w przypadku uznania, że przedmiotem ochrony przepisu z art. 200 § 1 k.k. jest – jak w tytule rozdziału – „wolność seksualna”, odbierzemy

³² *Op. cit.*, M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym...*, s. 33.

³³ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1998, s. 84. Podobnie również SN V K.K.N. 306/97.

³⁴ *Op. cit.*, J. Warylewski, *Karnoprawna ochrona małoletniego...*, s. 94.

organom procesowym możliwość orzeczenia o znikomym stopniu szkodliwości społecznej czynu, gdyż wysoce utrudnione będzie wtedy stwierdzenie braku zagrożenia dla tego dobra prawnego. Stanie się tak dlatego, iż „wolność seksualna”, na płaszczyźnie czynu lubieżnego, wykazuje cechę niemożliwości określenia stopnia jej zagrożenia, a co gorsza, wyklucza przyjęcie, iż w wypadku wyczerpania znamion z art. 200 § 1 k.k. mogłoby w ogóle nie dojść do jej naruszenia. Możemy oczywiście wywodzić, że czyn seksualny z osobą 5-letnią bardziej zagraża jej wolności niż takowy czyn z osobą 14-letnią i w dodatku kupczącą swym ciałem, ale zachwieje to konstrukcją „absolutnego domniemania”, na której oparty jest przepis z art. 200 § 1 k.k. W tym miejscu wypada jedynie powtórzyć za M. Filarem, iż „seksualizm jest taką dziedziną życia, gdzie wszelkie domniemania, tym bardziej absolutne, sprawdzają się z najwyższym trudem”³⁵.

Niezwykle ważną kwestią jest granica wieku małoletniego jaką wyznaczył ustawodawca określając znamiona czynu lubieżnego. W przypadku art. 200 k.k. stanowi ona nerw całego przepisu. Należy zadać sobie pytanie, czy została ona zbudowana na naukowych podstawach i czy da się racjonalnie uzasadnić. Aby jednak udzielić satysfakcjonującej odpowiedzi, musimy wpieryw precyzyjnie ustalić przedmiot ochrony wymienionego przepisu. Dopiero wówczas gotowi będziemy do rozważań nad zasadnością wyznaczenia akurat takiej, a nie innej granicy wieku. Trzeba bowiem założyć, iż ustawodawca przyjął, że pewne dobra chronione zostają naruszone w przypadku kontaktów seksualnych z małoletnim poniżej 15 roku życia. Rozumując *a contrario* w przypadku takowych kontaktów z osobą powyżej 15 roku życia dobra te – zdaniem ustawodawcy – naruszone już nie będą. Jeśli zgodnie z wcześniejszymi rozważeniami przyjmiamo, iż jedynym przedmiotem ochrony jest prawidłowy rozwój psychofizyczny małoletniego, wtedy jako granica powinien zostać przyjęty moment osiągnięcia dojrzałości płciowej (fizycznej i psychicznej), a więc czas kiedy wspomniany rozwój jest już w jakimś sensie zakończony. Jest sprawą oczywistą, iż rozwój ten przebiega u każdej jednostki indywidualnie a ustalanie sztywnych granic wieku – jak czyni to prawo karne – nieraz budzić będzie wątpliwości. Teoretycznie tylko jeden dzień różnicy w wieku osoby małoletniej może zadecydować o bycie przestępstwa i wymierzeniu sprawcy kary nawet do 10 lat pozbawienia wolności. Z drugiej strony trzeba podkreślić, iż tylko bezwzględne, liczbowe określenie znamienia wieku małoletniego realizować będzie funkcję gwarancyjną prawa karnego i nie naruszy zasady *nullum crimen sine lege certa*. W innym przypadku (np. określenia granicy wieku przy wykorzystaniu medycznej definicji pedofilii), każdy kto decydowałby się na kontakty seksualne z osobą nawet 18-letnią nie miałby pewności, czy nie zostanie ukarany, gdyż o zaistnieniu przestępstwa decydowałby w istocie nie organ procesowy, lecz biegli.

³⁵ Op. cit., M. Filar, *Problemy reformy...*, s. 25.

Warto także – choćby pobieżnie – zastanowić się nad konsekwencjami ewentualnych przesunięć bezwzględnej granicy wieku małoletniego. Obnażając ją, spowodujemy dekryminalizację szeregu czynów, jednak dopuścimy jednocześnie do narażenia jakiejś liczby małoletnich niedojrzałych płciowo na niebezpieczeństwo zakłócenia ich prawidłowego rozwoju. Oczywiście możemy też przyjąć odmienną postawę i podwyższyć granicę wiekową do lat np. 17, co wykluczy, iż dojdzie do naruszenia wspomnianego dobra u np. wyjątkowo niedojrzałej szesnastoletniej osoby. To z kolei rozwiązanie z miejsca narazi się na zarzut nieżyciowości, wyalienowania od realiów codzienności i funkcjonujących postaw społecznych. Należy zauważyć, iż seksualizm z roku na rok zajmuje coraz ważniejszą pozycję w życiu człowieka, rośnie poziom edukacji seksualnej, powszechnie przyjmowane są postawy hedonistyczne, które z utrzymywania kontaktów seksualnych uczyniły źródło rozrywki i przyjemności. Całkowicie – szczególnie wśród młodych ludzi – zmarginalizowana została rola seksu jako narzędzia prokreacji³⁶. Takie wzorce rozpowszechnione w mediach i kulturze masowej powodują, iż coraz niższy jest wiek inicjacji seksualnej, a modę na „zachowanie cnoty” zastąpiła moda na jak najszybsze się jej pozbycie. Tego rodzaju łatwo dostrzegalne zjawiska nie mogą być ignorowane przez ustawodawcę. Mają one przede wszystkim swój wymiar obyczajowy, ale zdają się powodować przyspieszenie procesu seksualnego dojrzewania małoletnich³⁷.

Wydaje się więc, iż granica 15 roku życia jest swego rodzaju złotym środkiem głęboko zakorzenionym w polskiej myśli karnistycznej i mającym swe racjonalne medyczne podstawy³⁸. Została ona wyznaczona jeszcze przez twórców kodeksu z 1932 r. i przetrwała do dzisiaj, co świadczyć może o ponadczasowości uregulowań *Lex Makarewicz*. Należy też zauważyć, iż jeśli kiedykolwiek dojdzie do przesuwania górnej granicy wieku małoletniego chronionego przez obecny art. 200 k.k. to przesunięcie takie może – w obliczu opisanych tendencji – zasadnie nastąpić jedynie „w dół”, nigdy zaś „w górę”.

Oderwanie się od racjonalnego przedmiotu ochrony, jakim jest rozwój psychofizyczny małoletniego i wejście na grunt głębokiej abstrakcji wolnościowej, skrępuje ręce prawnikom w codziennej praktyce funkcjonowania wymiaru sprawiedliwości. Co więcej, do minimum zredukuje możliwość właściwej oceny przypadków wyjątkowych, gdzie uruchamianie mechanizmów karnoprosesowych będzie nieakcep-

³⁶ Do podobnych wniosków doszedł M. Filar, *Problemy reformy prawa...*, op. cit., s. 14 i n.

³⁷ Piśmiennictwo seksuologiczne używa nawet pojęcia „akceleracja seksualnego dojrzewania cieleśniego” K. Imieliński, *Człowiek i seks*, Warszawa 1986, s. 136. Tenże Autor uważa, iż dojrzewanie płciowe kobiet i mężczyzn zostało w ciągu ostatnich 80 lat przyspieszone o 2 lata.

³⁸ J. Godlewski, *Życie płciowe człowieka*, Warszawa 1968, s. 14, pisze „W naszej szerokości geograficznej, a więc i w naszym umiarkowanym klimacie chłopcy osiągają dojrzałość płciową przeciętnie pomiędzy 14 i 16 rokiem życia, dziewczęta – pomiędzy 12 i 14 rokiem życia. Od tych przeciętnych bywają nierzadko dość znaczne odstępstwa (...)”.

towane społecznie i doprowadzić może do faktycznej i jaskrawej wiktyimizacji osoby „pokrzywdzonej”. Problemem obecnych uregulowań jest fakt, iż nie rozróżniają one aktu seksualnego zadurzonych w sobie nastolatków od najbardziej nawet rażących czynów wykorzystania małoletniego przez w pełni dojrzałego sprawcę-lubieżnika. Oczywistym środkiem zaradczym byłoby wprowadzenie wspomnianego wcześniej pojęcia „wykorzystania”³⁹ lub „nadużycia”. Nie sądzę, aby tego rodzaju znamię sprawiło organom procesowym wiele kłopotów interpretacyjnych, natomiast wprowadziłoby z pewnością możliwość pełnej, nieskrępowanej i racjonalnej oceny czynu. Materia życia seksualnego człowieka jest na tyle delikatna, iż organy procesowe powinny postępować z niezwykłą rozwagą i wyczuciem. Chciałbym jednak wyraźnie podkreślić, iż powyższe rozważania dotyczą sytuacji wyjątkowych, nie zaś „dobrego wujka” zwabiającego pięciolatka do piwnicy, ojca zakradającego się co noc do łóżka 10-letniej córki czy dorosłego, dojrzałego mężczyzny, który z całym rozmysłem uwodzi naiwną 14-letnią dziewczynkę. Takie przypadki zawierają w sobie silny element wykorzystania, najczęściej poważnie naruszają rozwój psychofizyczny małoletniego i muszą spotkać się ze zdecydowanym odporem prawa karnego.

³⁹ *Op. cit.*, M. Filar, *Problemy reformy prawa...*, s. 26.