

Marian Filar

Pojęcie "czynu nierządneho" w kodeksie karnym

Palestra 17/2(182), 3-16

1973

Artykuł został zdigitalizowany i 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.

Pojęcie „czynu nierządno” w kodeksie karnym

Autor poddaje krytyce użycie w nowym k.k. pojęcia „czyn nierządno”, zarzucając mu nieostrość i nieprecyzyjność, jak również odnosi się krytycznie do przyjętych interpretacji, proponując ze swej strony wykładnię znacznie ściślejną. Poddaje też krytyce panujący pogląd o konieczności stwierdzenia — dla ustalenia bytu „czynu nierządno” — tzw. zamiaru lubieżnego. Na zakończenie autor podejmuje próbę przedstawienia własnych postulatów de lege ferenda w poruszonych kwestiach.

1. W zakresie przestępstw seksualnych nowy kodeks karny posługuje się trzema terminami. Tak więc czyn stanowiący istotę zgwałcenia (art. 168 k.k.) określa jako „czyn nierządno” (analogicznego pojęcia używa też w art. 169, 170 i 177 k.k.), a oprócz tego używa terminów „czyn lubieżno” i „obcowanie płciowe”. Powstaje więc konieczność ustalenia ścisłego zakresu pojęciowego tych terminów, rozgraniczenia tych zakresów oraz ewentualnego ustalenia stosunków między nimi, gdyż tylko takie ustalenie może pozwolić na prawidłową subsumpcję określonego zachowania się pod określony przepis, a co za tym idzie — na ich prawidłową ocenę prawnokarną.

Zadanie to jednak nie jest łatwe, zwłaszcza gdy chodzi o termin „czyn nierządno”. Jest on bowiem klasycznym znamieniem nieostrym, wartościującym, opierającym się na ocenie etyczno-moralno-społecznej, która właśnie w dziedzinie seksualnej wykazuje największą plastyczność i dynamizm. Chociaż więc termin ten znany jest w polskim prawie od blisko 100 lat i był on wielokrotnie interpretowany, wykładnia ta może być co najwyżej tylko pomocna dla wykładni aktualnej, ale nigdy nie może jej zastąpić.

2. W okresie prac kodyfikacyjnych nad kodeksem karnym z 1932 r., wbrew tradycji odziedziczonej po ustawodawstwach zaborczych, dość szybko zwyciężyła koncepcja szerokiego ujmowania zgwałcenia jako doprowadzenia do „czynu nierządno”, przez który rozumiałyby się zarówno normalne spółkowanie mężczyzny z kobietą jak i wszystkie inne czynności płciowe. Połączono zatem w ramach jednego przepisu stany faktyczne, które w dotychczasowych ustawodawstwach ujmowano w dwu odrębnych przepisach, mianowicie zmuszanie do spółkowania i zmuszanie do innych czynności płciowych¹. Termin „czyn nierządno” stano-

¹ Na marginesie należy zaznaczyć, że takie właśnie ujmowanie wymuszonego zachowania się seksualnego (tj. podział na zgwałcenie *sensu stricto* i zmuszanie do innych, nie będących spółkowaniem czynów seksualnych) jest także dziś najbardziej typowe w prawie porównawczym. Por. np. k.k. francuski z 1810 r., k.k. belgijski z 1867 r., a z nowszych k.k. węgierski z 1961 r., k.k. bułgarski z 1968 r. i k.k. NRD z 1968 r. oraz wiele innych.

wił — jak się wydaje — dosłowne przetłumaczenie zawartego w k.k. Rzeszy Niemieckiej terminu *unzüchtliche Handlungen*, który użyty był w tej ustawie dla określenia zgwałcenia *sensu largo*, tj. wymuszenia innych czynności seksualnych nie będących spółkowaniem.

To, bez wątpienia nowatorskie, rozwiązanie nie spotkało się z większym zainteresowaniem ówczesnej doktryny. Jedyńie W. Grzywo-Dąbrowski, podkreślając walor syntetyczności, jakim się ono odznaczało, zwracał jednocześnie uwagę na jego zbyt ogólnikowe ujęcie, które stawiło na jednym szczeblu zmuszanie do spółkowania oraz zmuszanie do innych czynów seksualnych nie będących spółkowaniem, przez co zacierano się oczywiste społeczne różnice między tymi dwoma stanami².

Pojęcie „czyn nierządny” zostało użyte niewątpliwie w tym celu, by na potrzeby teorii i praktyki dać określenie syntetyczne, nazwowe, które by swym zakresem mogło objąć możliwie wielki zakres ludzkich zachowań się seksualnych, tak typowych jak i nietypowych, tak normalnych jak i nienormalnych. Ponieważ jednak nie zawierało ono żadnego elementu obiektywno-biologicznego, na którym można by było oprzeć jego zakres, natomiast odwoływało się jedynie do oceny moralno-społecznej, powstała więc pilna potrzeba jego zdefiniowania, gdyż od tego zależała sfera penalizacji, m.in. przepisu o zgwałceniu.

Niewiele, a właściwie nic nie wyjaśniały w tej kwestii motywy Komisji Kodyfikacyjnej, odwołujące się do oceny sędziowskiej i „zwyczajów towarzyskich” danej sfery społecznej, oraz powielający tę myśl Peiper³, a także Glaser i Mogilnicki⁴. Pogląd ten stanowił w gruncie rzeczy zmodyfikowaną tezę Liszta⁵ i był absolutnie nie do przyjęcia, jako sprzeczny z legalistycznym modelem praworządności.

Orzecznictwo międzywojennego Sądu Najwyższego nie podtrzymywało tego poglądu i przy określeniu pojęcia „czynu nierządnego” kładło zasadniczy nacisk na element tzw. zamiaru lubieżnego i celu działania sprawcy. „Nierządny jest każdy czyn, mający na celu podniesienie pobudliwości lub zaspokojenie popędu płciowego przez zetknięcie się z ciałem innej osoby. W razie zachodzącej wątpliwości, czy działanie sprawcy polegające na zetknięciu się z ciałem innej osoby miało charakter czynu nierządnego w powyższym znaczeniu, rozstrzygać ją należy przy ustaleniu zamiaru oskarżonego podniecenia tym czynem pobudliwości lub zaspokojenia popędu płciowego. Nie jest konieczne dla uznania czynu nierządnego, by w zachowaniu się sprawcy charakter seksualny wystąpił zupełnie wyraźnie na zewnątrz”⁶.

W podobnym tonie utrzymane było orzeczenie z dnia 21.IV.1933: „(...) w pojęciu czynu nierządnego mieści się między innymi wszelki surogat stosunku płciowego i w ogóle wszelkie działanie mające na celu cho-

² W. Grzywo-Dąbrowski: Uwagi lekarza sądowego do projektu k.k., „Głos Sądownictwa”, 10/29.

³ L. Peiper: Komentarz do kodeksu karnego i przepisów wprowadzających, Kraków 1933, s. 560.

⁴ S. Glaser i A. Mogilnicki: Kodeks karny — Komentarz, Kraków 1934, s. 660.

⁵ Tezę tę wysunął Liszt w klasycznym swym podręczniku: Lehrbuch des Strafrechts, Berlin 1914, s. 375.

⁶ Orzeczenie SN z dnia 21.I.1937 r. I K 936/36, „Głos Sądownictwa” 9/37.

ciażby tylko samo fizyczne podniecenie żądzы płciowej z użyciem do tego osoby drugiej”⁷.

Według Gläsera i Mogilnickiego o nierządności czynu decydowało wystąpienie kumulatywne dwu elementów: subiektywnego (zamiar lubieżny) i obiektywnego (naruszenie poczucia wstydlivości i obyczajowości)⁸.

Najszerszą jednak definicję czynu nierządnego dał Makarewicz pisząc, co następuje: „Przez czyn nierządny należy rozumieć wszelkie działania skierowane na zaspokojenie popędu płciowego w sposób inny niż ten, którego wymaga społeczeństwo dobrze pod względem czystości obyczajów zorganizowane, a więc przez spółkowanie małżeńskie”⁹.

Równie szeroką definicją posługiwał się Makowski, według którego „(...) w pojęciu czynu nierządnego mieścić się zatem będzie zarówno wypadek pozamałżeńskiego spółkowania pomiędzy osobami płci odmiennej, jak też wszelkie surogaty stosunku płciowego oraz inne sposoby zadowolenia żądzы płciowej (...), a nawet wypadki działań polegających na samym tylko fizycznym podniecaniu żądzы płciowej”¹⁰.

Jak więc widać z powyższego, brak było jakiegokolwiek sprecyzowania i uściślenia tego terminu. Orzecznictwo i doktryna bezskutecznie błękały się po krętych ścieżkach paternalistycznego i moralistycznego pojęcia „czynu nierządnego”, by w końcu dojść do wniosku, że czynem nierządnym jest w zasadzie każde ludzkie zachowanie się seksualne, wyjąwszy jedynie małżeńskie, prawidłowe spółkowanie niepubliczne, co nawet jak na owe czasy było tezą szokująco anachroniczną.

Orzecznictwo i literatura powojenna na gruncie k.k. z 1932 r. też nie wniosły w zasadzie nic nowego do omawianego problemu. Sąd Najwyższy w dość licznych orzeczeniach niezmiennie i konsekwentnie powtarzał dawną tezę, że czyn nierządny przewidziany w art. 204 d.k.k. może polegać zarówno na akcie spółkowania, jak i na wszelkich innych czynnościach mających na celu zaspokojenie lub pobudzenie popędu płciowego w zetknięciu się z ciałem innej osoby¹¹. Teza ta powtarzana była również przez komentatorów¹². Niektórzy z autorów definiowali jednak to pojęcie jeszcze szerzej, na wzór klasycznej definicji niemieckiej, jako każde zachowanie się zmierzające do zaspokojenia lub pobudzenia popędu płciowego w sposób naruszający istniejące w danym społeczeństwie powszechne poczucie obyczajowości seksualnej¹³.

Nie tłumaczyły też istoty zjawiska próby definicji podejmowane przez mećyków sądowych: Grzywo-Dąbrowskiego¹⁴, Popielskiego¹⁵ i Manczar-

⁷ Sygn. akt IV K 199/33 (nie publikowane).

⁸ S. Gläser i A. Mogilnicki: op. cit., s. 657–8. Znać tu wyraźny wpływ doktryny niemieckiej.

⁹ J. Makarewicz: Kodeks karny z komentarzem, Lwów, wyd. V, s. 484.

¹⁰ W. Makowski: Kodeks karny — Komentarz, Warszawa 1933, s. 473.

¹¹ Por. np. wyroki SN: z dnia 10.II.1955 r. I K 922/55 (nie publikowany), z dnia 22.I.1962 r. V K 738/61 (nie publikowany) i szereg innych.

¹² Por. np. M. Siewierski: Kodeks karny i prawo o wykroczeniach — Komentarz, Warszawa 1965, s. 242.

¹³ H. Rajzman: Nierząd między małżonkami, PiP 1/48; S. Kalinowski: Odpowiedź na pytanie prawne, PiP 9/47.

¹⁴ W. Grzywo-Dąbrowski: Medycyna sądowa dla prawników, Warszawa 1952, s. 252.

¹⁵ B. Popielski: Przepęstwa seksualne, ich istota i dochodzenie, „Problemy Kryminalistyki”, 59/1966.

skiego¹⁶. Według W. Woltera w pojęciu „czyn nierządny” tkwi ukryte znamię podmiotowe, tzn. że jest to czyn mający na celu zaspokojenie lub podniecenie pobudliwości płciowej¹⁷.

Z globalną krytyką szerokich ram nadawanych pojęciu czynu nierządno-ego na gruncie art. 204 d.k.k. wystąpił dopiero Wizelberg¹⁸. W szczególności zwalczał on ugruntowany pogląd, że do przyjęcia czynu nierządno-ego wystarcza, iż sprawca podjął czynności zmierzające jedynie do pobudzenia, a nie do zaspokojenia popędu płciowego w zetknięciu z ciałem innej osoby. Opierając się na panujących zwyczajach i konwencjach w stosunkach między płciami dowodził, że takie rozumienie czynu nierządno-ego stanowi oczywiste i niepożądane społecznie rozszerzenie sfery penalizacji tych stosunków. Ostatecznie postulował on, żeby rozumienie pojęcia „czyn nierządny” na gruncie art. 204 d.k.k. ograniczyć jedynie do aktów spółkowania lub aktów ekwiwalentnych spółkowaniu. Jeżeli — zdaniem autora — po stronie sprawcy nie ustalono zamiaru spółkowania z ofiarą lub dokonania surogatu spółkowania, to o stosowaniu art. 204 d.k.k. nie może być mowy.

Pewne ożywienie w zakresie rozważań nad wymienionym wyżej problemem spowodowały prace nad nowym kodeksem karnym. Wszystkie bowiem projekty konsekwentnie odrzucały pojęcie czynu nierządno-ego, zastępując je innymi, zobiektywizowanymi znamionami (zaspokojenie popędu płciowego, obcowanie płciowe). W uzasadnieniu do projektów z r. 1966 i 1968 czytamy, że mimo sprzeciwów części Komisji ze względu na słuszne zarzuty stawiane pojęciu „czyn nierządny” zastąpiono je m. in. w przepisie o zgwałceniu pojęciem „obcowanie płciowe”. Motywy nie mówiły wprost, jak należy rozumieć to pojęcie, jednakże z ich kontekstu, a w szczególności z porównania ze znaczeniem, jakie motywy nadawały użytemu w projekcie pojęciu „czyn lubieżny” (dla określenia niedozwolonych zamachów seksualnych na nieletnich), wynikało niedwuznacznie, iż przez pojęcie „obcowanie płciowe” projektodawca rozumiał jedynie naturalne spółkowanie i czynności mu ekwiwalentne¹⁹. Ujęcie takie stanowiło więc oczywiste zwięzienie ram penalizacji wymuszonego zachowania się seksualnego między dorosłymi. Można wnosić, że spotykało się to z aprobatą doktryny, choć także i ona zobiektywizowanym — jakby się wydawało — terminom „obcowanie płciowe” i „zaspokojenie popędu płciowego” nadawała dość różnorodną treść²⁰.

3. Gdy sprawa ostatecznego wyeliminowania pojęcia „czyn nierządny” z nowego kodeksu karnego wydawała się być już ostatecznie przesądzona, Sejmowa Komisja Wymiaru Sprawiedliwości na przełomie lat

¹⁶ S. Manczarski: *Medycyna sądowa w zarysie*, Warszawa 1962, s. 269.

¹⁷ W. Wolter: *Prawo karne — Zarys wykładu systematycznego*, Warszawa 1947, s. 136—137.

¹⁸ Wizelberg: *Praktyka sądowa w sprawach o przestępstwa z art. 203—204 k.k.*, „Palestra” 1/68.

¹⁹ Projekt kodeksu karnego z 1966 r., Warszawa 1966 (Uzasadnienie). Uzasadnienie projektu z 1968 r. było niemal identyczne (s. 140—141).

²⁰ Por. np. B. Popielski: *Przestępstwa seksualne w świetle kodeksu karnego i medycyny sądowej*, „Problemy Kryminalistyki” 4/56; H. Rajzman: *Przestępstwa przeciwko wolności i godności człowieka*, NP 3/62; J. Giza: *Uwagi do rozdziału XXIV projektu k.k.*, NP 7—8/63; I. Andrejew: *Nowy kodeks karny — Z rozważań nad projektem*, Warszawa 1963, s. 52; J. Skupiński: *Problematyka kodyfikacji przestępstw nierządu*, „Palestra” 10/60.

1968 i 1969 wniosła do rządowego projektu k.k. poprawkę, przywracając termin „czyn nierządny” zamiast użytego w projekcie (co do zgwałcenia) stosunku z osobą niepoczytalną, wykorzystania stosunku zależności oraz obcowania publicznego — terminu „obcowanie płciowe”²¹. Termin „obcowanie płciowe” zachowano w projekcie jedynie dla kazirodztwa, a dla określenia zabronionych zamachów seksualnych na osobę nieletnią utrzymano termin „czyn lubieżny”. W tym też brzmieniu projekt został uchwalony jako nowy kodeks karny PRL.

Ze zdziwieniem należy stwierdzić, że doktryna dość „bezboleśnie” (z wyjątkiem jedynie Leszczyńskiego²²) przyjęła ten niespodziewany nawrót do krytykowanego niegdyś ostro terminu „czyn nierządny”. Niezwykle charakterystyczne jest jednak, że niemal wszyscy wypowiadający się w tym względzie autorzy nadają mu węższe, znacznie odbiegające od tradycyjnego znaczenie. I tak według L. Hochberga należy przez ten termin rozumieć jedynie działanie zmierzające do zaspokojenia popędu płciowego²³. Zdaniem Leszczyńskiego, należy przezeń rozumieć jedynie tego rodzaju zachowanie się sprawcy wobec ofiary, które mając na celu zaspokojenie popędu płciowego, polega na bezpośrednim kontakcie cielesnym z osobą pokrzywdzoną²⁴. Jeszcze dalej idą I. Andrejew i L. Falandysz. Według Andrejewa czynem tym jest jedynie spółkowanie lub jego namiastka polegająca na fizycznym zetknięciu się organu płciowego sprawcy z ciałem ofiary celem zaspokojenia popędu płciowego²⁵. Falandysz zaś jest zdania, że w grę wchodzi tu jedynie naturalne spółkowanie oraz jego namiastki mające na celu zaspokojenie popędu płciowego²⁶.

Na starych natomiast pozycjach zdają się pozostawać jedynie. O. Chybiński („czynem nierządnym jest czyn sprzeczny z normami moralnymi społeczeństwa w dziedzinie płciowej”)²⁷ oraz M. Siewierski, według którego pojęcie to „obejmuje zarówno normalny akt spółkowania, jak i inne czyny mające na celu zaspokojenie popędu płciowego lub podniecenie pobudliwości w zetknięciu się z ciałem innej osoby”²⁸. Teza ta jest wynikiem niezwykle interesującego i oryginalnego, lecz — jak się wydaje — zupełnie dowolnego poglądu autora, że tak szeroka interpretacja czynu nierządnego odnosi się jedynie do § 1 art. 168 k.k., natomiast dla bytu przestępstwa z § 2 (w jego części dotyczącej zgwałcenia zbiorowego) niezbędne jest ustalenie, iż ofiara zmuszona została do kopulacji. Innymi słowy, Siewierski stawiał tezę, że na gruncie art. 168 k.k. mamy do czynienia w zasadzie z dwoma odrębnymi przestępstwami o różnych zakresach czynności wykonawczych: z doprowadzeniem do czynu nierząd-

²¹ Sejm PRL, IX kadencja. Druk nr 151. Sprawozdanie Komisji Wymiaru Sprawiedliwości.

²² J. Leszczyński: Spór o definicję, GSiP 17/70.

²³ L. Hochberg: Przestępstwa przeciwko życiu, wolności, obyczajowości i czci według nowego kodeksu karnego, Warszawa, 1968, s. 33.

²⁴ J. Leszczyński: op. cit., GSiP 17/70.

²⁵ J. Andrejew: Polskie prawo karne w zarysie, Warszawa 1970, s. 358.

²⁶ L. Lernell, K. Krukowski (red.): Prawo karne — Część szczególna, Warszawa 1970.

²⁷ O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda: Prawo karne — Część szczególna, Wrocław 1971, s. 169 i 187.

²⁸ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski: Kodeks karny — Komentarz, Warszawa 1971, s. 392.

nego (§ 1 art. 168 k.k. i § 2 w formie szczególnego okrucieństwa) i ze zgwałceniem (§ 2 art. 168 k.k. w części dotyczącej zgwałcenia zbiorowego)²⁶. Pogląd ten podzielał początkowo Sąd Najwyższy³⁰, wnet jednak został on przezeń stanowczo odrzucony³¹. Również w literaturze spotkał się on ze słuszną krytyką³².

Jeśli chodzi o interpretację pojęcia „czyn nierządny”, to Sąd Najwyższy nie zajął tu jak na razie ostatecznego stanowiska. W jedynym bodaj poświęconym temu zagadnieniu orzeczeniu wyraża on pogląd, że pojęcie to obejmuje „zarówno normalny akt spółkowania, jak i inne czyny mające na celu zaspokojenie popędu płciowego w zetknięciu się z ciałem innej osoby”³³. Stanowi on w gruncie rzeczy kontynuację konsekwentnie utrzymywanej, tradycyjnej linii orzecznictwa SN w tym przedmiocie³⁴.

1. Podejmiemy obecnie próbę przedstawienia własnego punktu widzenia w omawianej kwestii.

Jak już wspomniano wyżej, analizę pojęcia „czyn nierządny” można przeprowadzić jedynie na tle innych pokrewnych mu pojęć zawartych w kodeksie karnym. Sprawą najprostszą jest, jak się wydaje, ustalenie zakresu zachowanego jedynie w art. 175 k.k. (kazirodztwo) terminu „obcowanie płciowe”. W kontekście, w jakim ten termin występuje, należy przezeń rozumieć jedynie prawidłowy stosunek heteroseksualny (kopulację). Zdaje się bowiem, że wskazuje na to chociażby wyraźne rozróżnienie i przeciwstawienie płci stron („z bratem i lub siostrą”). Niewątpliwie również inne czyny seksualne między osobami bliskimi są sprzeczne z obyczajowością seksualną, jednakże głównym celem przepisu art. 175 k.k. jest zapewnienie eugenicznej prawidłowości prokreacji, przy czym dobro to stanowi tu główny przedmiot ochrony, gdy tymczasem obyczajowość seksualna jest jedynie przedmiotem dodatkowym, wobec czego czyny takie muszą pozostać poza sferą penalizacji tego przepisu³⁵.

Wszelka jednak wykładnia gramatyczna i logiczna staje bezradna wobec odrodzonego w nowym k.k. — niczym feniks z popiołów — pojęcia „czyn nierządny”. Jako pewnik w zakresie jego interpretacji przyjąć jedynie możemy, że na jego treść składają się dwa czynniki: biologiczny i ocenny. W sensie biologicznym jest to, mówiąc najogólniej, czyn o charakterze seksualnym, w sensie ocennym zaś — czyn sprzeczny z obyczajowością seksualną. Składnik ocenny (jak to słusznie podkreślił Skupiński³⁶) jest w zasadzie pustą frazeologią, gdyż o tym, że czyn ten jest

²⁶ Które, zdaniem autora tego poglądu, mogło być osiągnięte jedynie przemocą lub groźbą, a z wyłączeniem podstępem.

³⁰ Por. wyrok SN z dnia 19.VII.1971 r. III KR 103/71 (nie publikowany): „Pojęcie zgwałcenia jest węższe w porównaniu z pojęciem doprowadzenia do poddania się lub wykonania czynu nierządnego”.

³¹ Por. wyrok SN z dnia 11.X.1971 r. III KR 144/71 (nie publikowany) oraz w szczególności uchwałę składu siedmiu sędziów z dnia 20.I.1971 r. VI KZP 68/71, wydaną w trybie odpowiedzi na pytania prawne i wpisaną do księgi zasad prawnych.

³² W. R a d e c k i: Zbrodnie zgwałcenia, GSiP 17/71.

³³ Por. wyrok SN z dnia 11.X.1971 r. III KR 144/71, „Biuletyn SN” nr 11/71.

³⁴ Aczkolwiek z tendencją do pewnego zwężenia ram tego pojęcia, mowa tu bowiem jedynie o czynach zmierzających do zaspokojenia, a nie — jak dawniej — także do pobudzenia popędu płciowego.

³⁵ Co nie oznacza oczywiście, że zawsze pozostają bezkarnie. Przy istnieniu bowiem dodatkowych okoliczności mogą one powodować odpowiedzialność z art. 170 lub 176 k.k.

³⁶ J. S k u p i ń s k i: Problematyka kodyfikacji przestępstw nierządu, „Palestra” 10/60.

sprzeczny z obyczajowością seksualną, a co za tym idzie z ogólnym porządkiem życia społecznego, dowiadujemy się z samego faktu umieszczenia go w kodeksie karnym, gdzie skupione są wyłącznie czyny o takim charakterze. Tak więc czyn jest „nierządny”, gdyż znajduje się w kodeksie karnym, a w kodeksie karnym znalazł się dlatego, że jest „nierządny”!

Trudno o „jaśniejsze” postawienie sprawy! „Na placu boju” pozostaje więc jedynie czynnik biologiczny: jest to czyn związany ze sferą życia seksualnego człowieka. Sfera ta jest jednak niezwykle bogata. Jaka więc jej część wchodzi w zakres pojęcia „czynu nierządny”? Wiadomo na pewno, że wejdzie w ten zakres normalny stosunek heteroseksualny (kopulacja), skoro stanowi treść odrębnego, węższego pojęcia „obcowanie płciowe” (art. 175 k.k.). Co jednak dalej? Zważając interpretacje tego pojęcia dokonane przez Andrejewa i Falandysza, aczkolwiek wynikają z uzupełniczej realiami kryminologiczno-społecznymi chęci nadania mu na gruncie nowego k.k. rozsądnych ram, w świetle wykładni gramatycznej i logicznej są jednak, niestety, dowolne i jako takie pozostają poza zakresem wszelkiej (poza celowością) uznanej w prawie wykładni. Jak bowiem udowodnić (opierając się na powyższych rodzajach wykładni), że „czyn nierządny” na gruncie art. 168 k.k. ogranicza się jedynie do kontaktu cielesnego partnerów w formie spółkowania lub jego ekwiwalentu, skoro np. identycznego sformułowania (tzn. „czyn nierządny”) używa kodeks w art. 177, a w dotychczasowej praktyce na gruncie tego przepisu (a także analogicznego mu art. 213 d.k.k.) nie ulegało przecież najmniejszej wątpliwości, że do jego zastosowania wcale nie jest wymagany kontakt cielesny dwu osób i że odpowiadają w jego ramach także np. ekshibicjoniści (wypadki takiej odpowiedzialności były nawet częstsze i można je było uznać za wręcz typowe dla tego przepisu)? Czyżby więc nowy ustawodawca używał terminu „czyn nierządny” w dwu znaczeniach: raz węższym — na użytek art. 168 k.k., a raz szerszym — na użytek art. 177 k.k.? Stanowisko takie z punktu widzenia logiki byłoby niekonsekwencją, o którą trudno ustawodawcę posądzić.

Nie można też — opierając się na wykładni gramatycznej czy logicznej — ustalić merytorycznej różnicy między zakresami pojęcia „czyn nierządny” i „czyn lubieżny” i dlatego należy się zgodzić z Leszczyńskim, że jedyną różnicą jest tu wiek ofiary, tj., mówiąc lapidarnie, czynem lubieżnym jest każdy czyn nierządny dokonany w stosunku do osoby nieletniej³⁷.

Należy więc stwierdzić, że użycie w nowym k.k. dla określenia istoty zgwałcenia terminu „czyn nierządny” wydaje się być po prostu błędne. Błądność ta zdaje się przejawiać w dwu aspektach: a) ogólno-ontologicznym i b) interpretacyjno-zakresowym.

Ad a. Termin „czyn nierządny” oznacza, że zawarte w nim zachowania się seksualne są niejako z góry, *a priori*, z zasady nierządne, a więc niemoralne, nieetyczne, sprzeczne z zasadami życia seksualnego. Co prawda nie zawsze są one karalne, nie zmienia to jednak faktu, że termin ten generalizuje zdecydowanie pejoratywną ich ocenę z punktu widzenia etyczno-moralnego. Tak więc nie spierając się o zakres tego pojęcia i przyj-

³⁷ J. Leszczyński: Spór o definicję, GSiP 17/70.

mując nawet najwęższą jego interpretację, należałoby stwierdzić, że „czynem nierządnym” jest zawsze spółkowanie (z wyjątkiem małżeńskiego, gdyż jest ono zalegalizowane przez prawo). Teza ta już w czasach Makarewicza „trafiła myszką”, w dobie zaś obecnej obyczajowości można ją właściwie pozostawić bez komentarza.

Zaspokojenie potrzeby seksualnej należy do normalnych, podstawowych funkcji organizmu ludzkiego, nie może więc być niemoralne, naganne, „nierządne” to, co jest normalne. Naganny jest jedynie sposób, w jaki zmierza się do realizacji tej potrzeby, a nie sama potrzeba.

Ad b. Termin „czyn nierządny” nie jest pojęciem obiektywnym, lecz ocenym. Wszelka ocena wymaga ustalenia punktu odniesienia i osoby oceniającego. Bez względu na to, jak ustaliłoby się te kryteria, będą one zawsze dowolne i niestabilne. Podstawową cechą demokratyczno-legalistycznego systemu prawa karnego powinna być jego określoność. Znamiona przestępstw powinny być określone obiektywnie, tak by każdy wiedział, co jest zabronione i za co grozi kara. Współczesne prawo nie może aprobować znamion nieostrych, ocennych³⁸. Nie można aprobować takiej sytuacji, żeby o bycie tak poważnego przestępstwa, jakim jest zgwałcenie, oraz o treści jego znamion decydował ktokolwiek inny poza ustawodawcą. Oznaczałoby to bowiem w istocie złamanie zasady *nullum crimen sine lege* i faktyczny oportunizm. Dążność do syntetyki przepisu zasługuje na aprobatę, ma jednak swoje granice.

Użycie przez ustawodawcę niefortunnego terminu nie zwalnia jednak od obowiązku dokonania takiej wykładni ustawy, która by odpowiadała jej społecznej roli. Trzeba sobie jednak jasno powiedzieć, że podjęta tu próba takiej interpretacji prowadzona będzie wyłącznie na podstawie wykładni celowościowej, gdyż taką jedynie drogę pozostawił kodeks.

Podstawowym wyznacznikiem takiej wykładni powinien być postulat zgodności z aktualnym stanem kryminologicznym zgwałcenia, przydatności z punktu widzenia prawidłowej polityki karnej i kryminalnej, a przede wszystkim warunek, by określenie „czyn nierządny” jako istota zgwałcenia zbieżne było z socjologiczno-społecznym rozumieniem tego przestępstwa i by współgrało z jego przedmiotem ochrony. Podstawą bowiem prawidłowego funkcjonowania normy prawnej jest jej zgodność z aktualnym stanem stosunków społecznych, wyjątkowo więc niekorzystnym zjawiskiem jest rozkoordynowanie treści i zakresu normy określającej dane zjawisko ze społecznym rozumieniem i oceną tego zjawiska. W rozumieniu społecznym zgwałcenie jest rozumiane powszechnie i jednoznacznie jako wymuszenie stosunku seksualnego. Przedmiotem zamachu przestępstwa zgwałcenia jest wolność konkretnej osoby od przymusu seksualnego w zakresie dyspozycyjności płciowej (pozostająca w obrębie szerszej wartości, jaką jest obyczajowość płciowa). Dyspozycyjność ta przejawia się w rozporządzeniu swym ciałem — a dokładniej tymi jego częściami, które biologicznie realizują funkcje płciowe — do celów seksu-

³⁸ Przeciwno używaniu takich znamion w zakresie przestępstw seksualnych ostro wypowiedziała się na XIV sesji w Genewie w 1958 r. Europejska Grupa Doradcza ONZ do spraw zapobiegania przestępczości (por.: Dokument Roboczy nr 5 — opracowanie sekretariatu).

alnych. Tak rozumiana dyspozycyjność płciowa jednego z partnerów jest jednak naturalną równoległością postawy drugiego partnera w zakresie realizacji przez niego czynności seksualnej, tzn. że partner ten angażuje do nich także swój organizm, dokładniej — jego płciowe części. Tak więc obiektywno-biologicznymi ramami zgwałcenia powinien być w zasadzie kontakt części płciowych organizmu sprawcy i ofiary. Nie ulega wątpliwości, że w ramach tych mieścić się będzie normalne spółkowanie heteroseksualne i ono też będzie tu najbardziej typowe. Może się jednak zdarzyć, że ze względu na obiektywny stan rzeczy lub perwersyjne upodobania sprawcy stosunek taki (tj. wprowadzenie członka do pochwy) nie nastąpi. Partner aktywny, ze względu na powyższe okoliczności przeniósł bowiem swe zainteresowanie na części ciała ofiary, które wprawdzie obiektywnie genitalnymi nie są, są jednak przez niego jako takie traktowane, bądź też na odmienne od spółkowania sposoby zaangażowania części genitalnych. Czyn traktowany jest jednak przez sprawcę jako równoważny i ekwiwalentny spółkowaniu³⁹. Szczegółowe wyliczanie poszczególnych, znanych seksuologii rodzajów takiego zachowania się, wobec złożoności seksualizmu, miałyby się z celem.

Uzupełniając więc podaną powyżej definicję należy stwierdzić, że wchodzi tu w grę jedynie takie czyny, które polegają na bezpośrednim kontakcie płciowym części ciała sprawcy z płciowymi częściami ciała ofiary lub też z tymi częściami ciała, które traktowane są przez sprawcę subiektywnie jako organy, na których lub za pomocą których wyładowuje on swe *libido* (organy *quasi*-płciowe). Czynem nierządnym w rozumieniu art. 168 k.k. jest zatem spółkowanie i jego surogaty, traktowane przez sprawcę jako równoważne i ekwiwalentne spółkowaniu (w rozumieniu i w zakresie przedmiotowym opisanym wyżej).

Wszelkie pozostałe czynności o charakterze seksualnym, chociażby nawet polegały na bezpośrednim zetknięciu się ciał ofiary i sprawcy, nie powinny być traktowane jako znamiona zgwałcenia, gdyż nie są zbieżne z jego merytoryczną treścią: nie wypełniają funkcji czasownikowej normy art. 168 k.k., nie są „zgwałceniem”. Nie można bowiem uważać na równi za gwalcicieli sprawcę, który stosując brutalne środki zmuszania doprowadza ofiarę do spółkowania, oraz sprawcę, który np. złapał ofiarę niespodziewanie za kolano, a nawet za części płciowe; nie można również uznać na równi za zgwałcenie ofiary obu tych czynów⁴⁰. Stanowiłoby to bowiem jaskrawy przykład fikcji prawnej, niezrozumiałej, a co gorsza nie do zaaprobowania przez świadomość prawną społeczeństwa (a prawdopodobnie i przez samą „pokrzywdzoną” w drugim wypadku, która byłaby zdumiona dowiadując się z ust prokuratora, że została zgwałcona), i prowadziłaby do nie mogącej przynieść nikomu korzyści penalizacji stosunków między płciami.

³⁹ W nauce niemieckiej czyny takie określane są jako *beischlafähnliche Handlungen* lub *geschlechtsverkehrsähnliche Handlungen*, a rozumie się przez nie czynności zastępujące lub imitujące stosunek płciowy w formie spółkowania (*imitierende oder zu ersetzende Tätigkeiten*). Por. np. G. Feix: Bemerkung zu den Tatbeständen der Sexualdelikte und der Prostitution, „Neue Justiz” 9/65.

⁴⁰ Co nie oznacza jeszcze bezkarności takiego czynu, który przecież w zależności od okoliczności mógłby być zakwalifikowany jako przestępstwo z art. 167, 182 lub 176 k.k.

Trzeba sobie jednak wyraźnie powiedzieć, że takie zdefiniowanie „czynu nierządno” może się odnosić jedynie do art. 168 i 170 k.k., gdyż dla art. 177 jest ono za wąskie. Praktycznie więc przepisowi temu nadać należy szersze ramy, co wytworzy sytuację, w której jednakowe pod względem werbalnym pojęcie „czyn nierządno” będzie mieć różną merytorycznie treść w zależności od kontekstu przepisu, w jakim występuje. Jest to wprawdzie sprzeczne z zasadami wykładni gramatycznej i stanowi w najlepszym razie wykładnię *preater legem*, niemniej jednak stwarza, jak się wydaje, jedyną szansę racjonalnego stosowania ustawy zgodnie z jej duchem i wymaganiami polityki karnej i kryminalnej.

5. W zakresie interpretacji pojęcia „czyn lubieżny” już na wstępie trzeba zauważyć, że jest ono z jednej strony węższe, a z drugiej strony szersze od pojęć „obcowanie płciowe” i „czyn nierządno”. Szersze jest w znaczeniu przedmiotowym, obejmuje bowiem większy zakres różnego rodzaju zachowania się płciowego, węższe zaś w sensie przedmiotu wykonawczego, gdyż dotyczy jedynie sytuacji, w których osoba pokrzywdzona nie ukończyła 15 lat. Biorąc pod uwagę przedmiot ochrony art. 176 k.k., jakim jest prawidłowość normalnego rozwoju dziecka w sferze seksualnej, pojęciu temu należy nadać stosunkowo szerokie ramy przedmiotowe, plasując w jego zakresie wszelkie czyny o seksualnym wyrazie, które byłyby w stanie obiektywnie ten rozwój zakłócić. Tak więc poza normalnym spółkowaniem (stanowiącym treść pojęcia „obcowanie płciowe” oraz części pojęcia „czyn nierządno”) i jego surogatami (stanowiącymi dopełnienie pojęcia „czyn nierządno”) zaliczymy tu np. obnażanie dziecka, dotykanie jego części płciowych, obnażanie się w obecności dziecka, dokonywanie w jego obecności czynności płciowych, powodowanie dotykania przez dziecko części płciowych sprawcy, a nawet gesty o seksualnej treści dokonywane w stosunku do dziecka.

Oczywiście wszelkie te czynności muszą znajdować odpowiednie pokrycie po stronie subiektywnej czynu, niemniej jednak czyn musi mieć charakter seksualny także w swej obiektywnej postaci, tj. musi być obiektywnie zdolny do zakłócenia prawidłowego rozwoju dziecka. Seksualna musi być więc zarówno jego treść, jak i jego forma. I tak np. nie może być uznany za czyn lubieżny pogłaskanie dziecka po głowie czy też pocałunek w policzek, chociażby w aspekcie subiektywnym sprawca działał w celu zaspokojenia czy pobudzenia swej żądy płciowej. Nie można więc podzielić spotykanych niekiedy w literaturze poglądów, że czynem lubieżnym jest wszelkie zachowanie się wobec nieletniego mające na celu zaspokojenie lub pobudzenie żądy płciowej. Ujęcie takie jest niewątpliwie za szerokie, nie uwzględnia bowiem obiektywnej zdolności tych działań do naruszenia dobra prawnie chronionego .

6. Z zagadnieniem powyższym wiąże się ściśle szerszy i ważniejszy problem, a mianowicie rola czynnika subiektywnego (celu, pobudki lub motywu) dla określenia istoty czynów seksualnych, przejawiających się zarówno w postaci „czynu nierządno” jak i „czynu lubieżno”. Jak to bowiem niedwuznacznie wynika z cytowanej wyżej literatury i orzecznictwa, przywiązuje się powszechnie niezwykłą wagę do tych elementów, i to nawet nie tylko w płaszczyźnie winy sprawcy, lecz wręcz w płasz-

czynnie oceny strony obiektywnej czynu. Pogląd ten jest szczególnie dominujący i skrajnie ujmowany w nauce niemieckiej, gdzie tzw. „zamiar lubieżny” traktowany jest po prostu jako tzw. „subiektywny element bezprawia” (*subjektives Unrechtselement*) i znamię strony przedmiotowej, a nie podmiotowej czynu.⁴¹

W nauce polskiej pogląd najbardziej zbliżony (aczkolwiek nie tak skrajny) reprezentują cytowany już w tym względzie W. Wolter i K. Buchała⁴². Na stanowisku niezbędności dla bytu „czynu nierządno” i „czynu lubieżno” tzw. „zamiaru lubieżno” stoi też konsekwentnie cytowane wyżej orzecznictwo Sądu Najwyższego.

Tak więc powszechnie przyjmuje się, że dla uznania czynu za nierządno niezbędne jest ustalenie, iż sprawca działał w celu zaspokojenia (a nawet, jak twierdzą niektórzy, i pobudzenia) żądzy płciowej. Wydaje się, że takie postawienie sprawy jest błędne i stanowi pomieszczenie znamion przedmiotowych i podmiotowych. Pojęcia „czyn nierządno” i „czyn lubieżno” są znamionami przedmiotowymi i w tym jedynie kontekście należy je rozpatrywać.

Oczywiście, ustalenie zamiaru sprawcy (w tym m. in. także celu jego działania) ma znaczenie dla ustalenia jego odpowiedzialności za przestępstwo z art. 168 czy 176 k.k., jednakże zamiar ten należy rozpatrywać na zasadach ogólnych w płaszczyźnie oceny winy sprawcy (tj. w płaszczyźnie oceny znamion podmiotowych). Łączenie zaś tego podmiotowego znamienia ze znamieniem przedmiotowym, jakim jest „czyn nierządno” czy też „czyn lubieżno”, komplikuje jedynie sprawę w płaszczyźnie oceny winy (zakłada bowiem podwójne niejako badanie zamiaru: raz dla ustalenia, czy istnieje obiektywne znamię czynu nierządno lub lubieżno, a drugi raz przy badaniu winy sprawcy) i prowadzi do niepotrzebnej, opartej na pomieszczeniu pojęć „demonizacji” znaczenia czynnika subiektywnego. „Czyn nierządno” i „czyn lubieżno”, niezależnie od ich niefortunnego i mylącego nazewnictwa, są w istocie rzeczy pejoratywnie oceniane społecznie nie dlatego, że u podstaw ich leży dążność do zaspokojenia popędu płciowego, ale dlatego, że osiągane są w sposób uznany społecznie i prawnie za niedozwolony, sprzeczny z obowiązującymi regułami. Gdybyśmy bowiem stanęli na odmiennym stanowisku, to należałoby uznać, że wszelkie ludzkie zachowania się seksualne są *a priori* nierządne lub lubieżne (bo obiektywnie zawierają element seksualny i subiektywnie podjęte zostały w celu seksualnym), teza zaś ta jest obecnie nie do przyjęcia, niezależnie zresztą od niefortunnego werbalnie terminu ustawowego.

Abstrahując — nawet hipotetycznie — od powyższego rozumowania, w żadnym razie nie można uznać słuszności tezy, że dla istnienia „czynu nierządno” bądź „lubieżno” konieczne jest ustalenie motywu sek-

⁴¹ Pogląd ten reprezentuje szereg autorów niemieckich, jak np. A. Schönke: *Strafgesetzbuch — Kommentar*, München 1949, s. 390. Pogląd ten jest — jak się wydaje — konsekwencją finalistycznego ujęcia problematyki czynu.

⁴² K. Buchała: *Bezkarność przestępstw nieumyślnych oraz wyłączające ją ryzyko*, Warszawa 1971, s. 52—53 („nie ma przestępstwa nierządu bez swoistych przeżyć sprawcy charakteryzujących jego czyn. Chodzi tu o chęć zaspokojenia popędu płciowego”).

sualnego i pobudki żądy po stronie sprawcy. Wprawdzie praktycznie w większości wypadków z elementami tymi mamy do czynienia, nie oznacza to jednak, że występują one zawsze. I tak np. motywem działania sprawcy może być chęć zmuszenia ofiary do zawarcia z nim finansowo lukratywnego dlań małżeństwa, chęć zemsty na rodzicach ofiary; również grupa chuligańska, dopuszczając się zgwałcenia zbiorowego, może dążyć do zademonstrowania lekceważenia ofiary i pogardy dla zasad współżycia społecznego. We wszystkich tych wypadkach, aczkolwiek działalność sprawcy przybrała obiektywnie postać zachowania się seksualnego i w swej „techniczno-wykonawczej” sferze związana była ze sferą płciową sprawcy czy sprawców, motywy czy pobudki tych czynów nie miały charakteru seksualnego⁴³. Czy oznacza to, że nie mamy tu do czynienia z przestępstwem z art. 168 k.k. ze względu na niewyczerpanie znamion ustawowych? Pozytywna odpowiedź jest tu nie do pomyślenia!

Przedmiotem ochrony przestępstwa zgwałcenia jest obyczajowość płciowa przejawiająca się w formie wolności płciowej od przymusu seksualnego, każdy więc, kto świadomie przeciwko takiemu przedmiotowi występuje, dopuszcza się „czynu nierządny”, a w konsekwencji przestępstwa z art. 168 k.k. — bez względu na to, jakie kierowały nim motywy i pod wpływem jakich pobudek dobro to zaatakował. Analogicznie, każdy, kto świadomie zaatakował dobro, jakim jest prawidłowy rozwój fizyczny i moralny nieletniego w sferze seksualnej, będzie odpowiadać za dopuszczenie się „czynu lubieżnego”, a w konsekwencji przestępstwa z art. 176 k.k. — niezależnie od pobudek i motywów.

Oczywiście, w związku z proponowanym powyżej przedmiotowym zakresem pojęcie „czyn nierządny” na gruncie art. 168 k.k. (spółkowanie i jego ekwiwalentności) techniczno-wykonawcza sfera realizacji tego czynu w sposób naturalny łączyć się będzie z określoną potencjalizacją popędu płciowego u bezpośredniego wykonawcy (np. mężczyzna nie będzie mógł spółkować bez wzwodu członka), jest to jednak zjawisko fizjologiczne, a nie psychologiczne, które nie determinuje jeszcze istnienia sprawcy motywów czy pobudek seksualnych.

7. Przeprowadzona wyżej próba wykładni omawianych pojęć *de lege lata* nie oznacza jednak niecelowości przedstawienia własnego poglądu i własnych w tym względzie propozycji *de lege ferenda*. Tak więc, jak to starano się wykazać wyżej, podstawowym brakiem ustawy jest użycie w ramach przestępstwa zgwałcenia terminu „czyn nierządny”. Należy więc postulować, aby koniecznie zastąpić go terminem o charakterze obiektywno-biologicznym, który by opierał się na kryteriach medycznych, miał ściśle określony obiektywny zakres i był zrozumiały nie tylko dla prawników, ale i dla ogółu obywateli. Oczywiście, ujęcie takie nie mogłoby popadać w zbytnią kazuistykę, szczególnie niewłaściwą w wypadku przestępstw seksualnych, których formy ekspresyjne są bardzo bogate, a ponadto ujęcie to musiałyby „współgrać” zakresowo z pozostałymi pojęciami użytymi do określenia innych przestępstw seksualnych. W

⁴³ Zjawisko to jest szczególnie typowe dla tzw. chuligańskich zgwałceń zbiorowych, gdzie motywy seksualny schodzi zdecydowanie na dalszy plan lub jest całkowicie wyeliminowany.

związku z poczynionymi już poprzednio propozycjami w zakresie przedmiotowych ram zgwałcenia (spółkowanie i jego ekwiwalenty) należałoby tu użyć terminu „obcowanie płciowe”, który, jak się wydaje, najlepiej ilustrowałby od strony obiektywnej charakter czynu sprawcy. Rzecz jasna, przy takim założeniu użyty obecnie w ramach art. 175 k.k. (kazi-rodztwo) termin „obcowanie płciowe” zastąpić by należało terminem „spółkowanie” dla podkreślenia jego węższego, odrębnego zakresu.

Rozwiązanie takie pozwoliłoby uniknąć licznych występujących aktualnie trudności i kłopotów interpretacyjnych, a m. in. stworzyłoby pełne podstawy do oddzielenia znamion przedmiotowych od podmiotowych i niemieszania obu tych kategorii (por. rozważania w pkt 5).

Wydaje się również rzeczą właściwą, by przestępstwo zgwałcenia ograniczyć jedynie do sytuacji, w której przedmiotem czynności wykonawczej jest ciało kobiety. Na obszerniejszą argumentację takiego stanowiska brak tu miejsca. Podkreślić jedynie należy, że praktycznie zgwałcenia dokonywane są nieomal wyłącznie na kobietach, a zamachy seksualne na mężczyznę (np. zgwałcenie homoseksualne), jakkolwiek stanowią czyny o znacznym ładunku społecznej szkodliwości, czego nie można bagatelizować, odbiegają niewątpliwie stopniem tej szkodliwości od zamachów na kobietę, chociażby ze względu na poważne i różnorodne następstwa tych ostatnich dla ofiary (od następstw społecznych poczynając, a na biologicznych kończąc).

Poważnym mankamentem użytego do określenia zgwałcenia terminu „czyn nierządny” (a w szczególności obowiązującej wykładni tego terminu) było stawianie na jednej płaszczyźnie ocennej czynów seksualnych o ewidentnie różnej szkodliwości: od spółkowania poczynając, a na dotknięciu ciała osoby pokrzywdzonej kończąc. Nie trzeba nikogo przekonywać, że czyny te dzieliła nieraz obiektywnie wprost przepaść, a stawianie ich przez prawo na formalnie jednakowym szczeblu było jaskrawą i niezrozumiałą wręcz fikcją. Proponowane wyżej rozwiązanie ograniczałoby wprawdzie zgwałcenie do jego właściwych ram, ale w konsekwencji spowodowałoby stan rzeczy, w którym czyny o niewątpliwie seksualnym charakterze, ale nie mieszczące się w jego ramach (jeżeli ofiarą nie byłby nieletni), pozostawałyby poza zakresem karalności jakiegokolwiek przestępstwa seksualnego. Ich sprawcy mogliby co prawda odpowiadać na zasadach ogólnych (np. za naruszenie nietykalności cielesnej, zmuszanie itp.), jednakże przez takie postawienie sprawy zatracaliby się niewątpliwie seksualny charakter takich czynów, które aczkolwiek nie polegają na spółkowaniu czy jego surogacie, skierowane są przeciwko analogicznemu dobru prawnie chronionemu, jakim jest wolność dyspozycji płciowej, i dlatego rozpatrywanie ich w oderwaniu od zagadnienia tego przedmiotu byłoby sztuczne i niewłaściwe (i mogące przynieść niepożądane reperkusje praktyczne np. w zakresie recydywy).

Należałoby więc postulować stworzenie obok zgwałcenia odrębnego przestępstwa seksualnego, polegającego na wymuszeniu innego, nie mieszczącego się w ramach pojęcia obcowania płciowego zachowania się seksualnego. Przedmiotem czynności wykonawczej takiego przestępstwa byłoby na równi ciało mężczyzny i kobiety (a więc mieściłoby się tu też

tw. zgwałcenie homoseksualne). Postulat taki nie jest zresztą żadną nowością, jako że rozwiązanie takie jest w prawie porównawczym absolutnie typowe. Pozwoliłoby ono z jednej strony na należyte, odpowiadające faktycznej wadze czynu i ocenie społecznej rozwarstwienie odpowiedzialności karnej za wymuszenie zachowania się seksualnego, a z drugiej zapobiegałoby „wypadnięciu” poza sferę przestępstw seksualnych czynów o niewątpliwie seksualnym charakterze⁴⁴. Pozostawałaby w tych warunkach do rozwiązania jedynie kwestia określenia przedmiotowych ram takiego czynu oraz nadania mu odpowiedniej zobiektywizowanej nazwy, szerszej zakresowo zarówno od pojęcia spółkowania jak i obcowania płciowego. Jak się wydaje, ramy przedmiotowe takiego czynu powinny być mniej więcej analogiczne do ram proponowanych wyżej dla pojęcia „czyn lubieżny” na gruncie art. 176 k.k., z tym jednak zastrzeżeniem, że powinny się one ograniczać do zachowań o charakterze tylko cielesnym, a więc z wyłączeniem pozacielesnych przejawów seksualizmu (np. seksualne rozmowy, wypowiedzi lub gesty).

Proponowane wyżej rozwiązanie przyczyniłoby się niewątpliwie, jak się wydaje, do uporządkowania niezwykle skomplikowanej sfery przestępczości seksualnej, a w szczególności do właściwego „ustawienia” przestępstwa zgwałcenia, oraz rozwiązałyby wiele niejasności i wątpliwości w tym względzie, a w konsekwencji pozwoliłyby na bardziej skuteczną i efektywną walkę z tym groźnym przejawem patologii społecznej.

⁴⁴ Analogicznie należałoby też rozbić na dwa odrębne przepisy (z których jeden stanowiłby o karalności „obcowania płciowego”, a drugi, łagodniejszy — o karalności innych zachowań się seksualnych w proponowanym powyżej znaczeniu) obecne przepisy art. 169 i 170 k.k., eliminując z nich termin „czyn nierządny”. W kontekście proponowanych zmian niezbędna byłaby również zmiana terminologii art. 176 k.k. (z zachowaniem proponowanego *de lege lata* przedmiotowego zakresu tego czynu) oraz art. 177 k.k. (z równoczesnym odpowiednim ustaleniem stosunkowo szerokiego zakresu przedmiotowego). Ze względu na ramy powyższego opracowania zagadnienie to zostaje tu tylko zasygnalizowane.