

Maciej Ratajczak

Czynności pedofilskie – ujęcie prawne i kryminologiczne

Streszczenie

Przedmiotem opracowania jest zjawisko czynności pedofilskich w ujęciu kryminologicznym i prawnym. Autor analizuje zjawisko pedofilii na gruncie kryminologii oraz odnosi się do znamienia „czynności pedofilskie” użytego w art. 200b k.k., dokonując przy tym omówienia poglądów przedstawicieli doktryny. Proponuje, by zamię „czynności pedofilskich” użyte w art. 200b k.k. zastąpić odwołaniem się do innych przepisów rozdziału XXV k.k., dotyczących przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich poniżej lat 15.

Pedofilia uznawana jest za zaburzenie psychoseksualne, w którym osoba dorosła doznaje pobudzenia i zaspokojenia seksualnego dzięki kontaktom seksualnym z dzieckiem niedojrzałym płciowo¹. Pedofilia została umieszczona przez Światową Organizację Zdrowia w klasyfikacji ICD-10 wśród grupy nazwanej „Zespoły behawioralne związane z zaburzeniami fizjologicznymi i czynnikami psychicznymi”. Do grupy tej należą również zaburzenia osobowości i zachowania dorosłych, do których zaliczono zaburzenia preferencji seksualnych (F.65). Jednym z takich zaburzeń jest właśnie pedofilia (F.65.4). Według tej klasyfikacji pedofilia oznacza preferencję seksualną osoby dorosłej w stosunku do dzieci, najczęściej w fazie przedpokwitaniowej albo we wczesnej fazie pokwitania. Z kolei klasyfikacja DSM-IV Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego wyodrębnia grupę zaburzeń seksualnych i identyfikacji płciowej. Wśród nich zostały umieszczone dysfunkcje seksualne. Pedofilia znalazła się wśród dewiacji seksualnych, a w jej ramach wśród parafili (302.2). W tej klasyfikacji pedofilię definiuje się jako występowanie co najmniej przez 6 miesięcy fantazji lub zachowań seksualnych związanych z aktywnością seksualną z dziećmi przed okresem dojrzewania. Przy diagnozowaniu pedofilii uwzględnia się wiek sprawcy oraz różnicę wieku pomiędzy nim a ofiarą (sprawca musi ukończyć 16 lat, a różnica wieku powinna wynosić co najmniej 5 lat). Ponadto, preferowanie dziecka jako

¹ Britannica, Edycja polska, Poznań 2002, t. XXI, s. 308; za: R. Krajewski, Przestępstwo publicznego propagowania oraz pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim, Przegląd Sądowy 2011, nr 6, s. 43.

obiektem seksualnym nie może mieć charakteru akcydentalnego, musi to być trwała i dominująca tendencja². Pedofilia w ramach badań klinicznych oraz ekspertyz sądowych jest najczęściej omawianym rodzajem parafilii. Zjawisko pedofilii nie jest jednak jednorodne. Pierwszym kryterium różnicującym jest liczba obiektów, na których skupia się seksualne zainteresowanie pedofila. W najczystszej postaci pedofilii osoba nią dotknięta może wykazywać silne seksualne zainteresowanie dziećmi, przy czym będą one stanowić jedyny obiekt jej seksualnego zainteresowania, gdyż może nie odczuwać zainteresowania seksualnego osobami dorosłymi. Natomiast w innych przypadkach pedofil odczuwa pociąg seksualny zarówno do dzieci, jak i dorosłych. W jeszcze innych przypadkach popęd seksualny skierowany może być wyłącznie na dzieci na ściśle określonym etapie rozwoju, np. niemowlęta czy osoby dojrzewające płciowo³.

Pedofilia występuje przede wszystkim u mężczyzn. W niektórych badaniach jako etiologię tego zaburzenia wskazuje się przede wszystkim czynniki środowiskowe. Pedofilów zazwyczaj charakteryzują następujące cechy: zły kontakt z matką, brak więzi uczuciowej z ojcem, nieudane dzieciństwo, skłonność do darzenia uczuciem zaniedbanych pod tym względem dzieci, wybór zawodów ułatwiających kontakt z młodzieżą. Ponadto, występują również takie czynniki, jak: kompleks Edypa, pochodzenie z rodziny wielodzietnej, tęsknota w wieku dojrzewania za partnerem starszym wiekowo, fantazje i marzenia pedofilne⁴. Wskazuje się również, że przyczyną podjęcia stosunków płciowych z osobą małoletnią (w przypadku pedofilii w większości są to dziewczynki) może być obawa mężczyzny przed kompromitacją wobec dojrzałej kobiety z powodu braku atrakcyjności lub zaburzeń wzrodu⁵.

Wyniki innych badań naukowych wskazują jednak, że etiologia pedofilii ma organiczny charakter. Badania te wskazują na uszkodzenia struktury mózgu u pedofilów i przestępców seksualnych. Nieprawidłowości budowy mózgu powodują brak normalnego wzorca podniecenia seksualnego u pedofilów. Występują u nich również inne zakłócenia biologicznego funkcjonowania organizmu, m.in. odchylenia od normy w podwzgórzu, obszarze mózgu kontrolującym seksualność oraz zakłócenia równowagi hormonalnej. Natomiast u pedofilów skłonnych do przemocy występują takie same nieprawidłowości w funkcjonowaniu mózgu jak u przestępców agresywnych. Wiele więc wskazuje na to, że dewiacje seksualne mają biologiczne podło-

² M. Mozgawa, Komentarz do art. 200(b) Kodeksu karnego, stan prawny: 1 stycznia 2013 r., LEX, teza 2.

³ M. C. Seto, Pedophilia. Psychopathology and Theory, (w:) D. R. Laws, W. T. O'Donohue (red.), Sexual Deviance. Theory, Assessment, and Treatment, Nowy Jork NY 2008, s. 164 i podana tam literatura.

⁴ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, Prawnokarne aspekty pedofilii. Analiza dogmatyczna i wyniki badań empirycznych, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2006, nr 2, s. 48.

⁵ Zob. *ibidem* wraz z podaną tam literaturą, s. 74.

że⁶. Warto zauważyć, że wyniki obu wskazanych wyżej badań nie wykluczają się wzajemnie, co pozwala stwierdzić, iż pedofilia ma mieszaną, tj. biologiczno-środowiskową etiologię⁷.

W literaturze, charakteryzując sylwetkę pedofila, zwraca się również uwagę, że zazwyczaj pedofile to osoby o niskim statusie społecznym, wykształceniu podstawowym lub zawodowym, trudniące się pracami fizycznymi, stanu wolnego, pochodzenia robotniczego. W domach rodzinnych sprawców dominował ojciec, z którym mieli oni negatywną więź emocjonalną, a pozytywną – z matką. Pedofile identyfikowali się z matką, zaś wobec dorosłych kobiet odczuwali lęk⁸.

Takie postrzeganie „statystycznego” pedofila jest przyczyną ukształtowania się stereotypu pedofila-dewianta z marginesu społecznego. Zwraca się jednak uwagę, że problem pedofilii dotyczy osób ze wszystkich grup społecznych. Pewna grupa pedofilów wywodzi się z wyższych sfer społecznych. Ludzie ci charakteryzują się wysokim poziomem intelektualnym i hedonistycznym usposobieniem. Potwierdzenie powyższego mogą stanowić klienci agencji towarzyskich dla pedofilów, gdzie za „usługi” seksualne dziecka trzeba płacić wysokie sumy. Procederem tym zajmują się również międzynarodowe siatki pedofilskie, a nierzadko również „ludzie władzy”⁹.

Pedofilie w literaturze nazywa się epidemią przełomu ostatniego stulecia¹⁰. Odnotowano wzrost akceptacji dla zachowań pedofilskich, co przejawia się między innymi w aktywności grup promujących pedofilie i sugerujących, że ma ona pewne zalety. Aktywiści pedofilscy zakładają m.in. strony internetowe, gdzie usprawiedliwiają zachowania seksualne wobec dzieci i twierdzą, że czyny te nie są dla dzieci krzywdzące, a wręcz mogą sprawiać im przyjemność. Grupy tzw. pozytywnych pedofilów publikują np. w Internecie rzekome dowody skłonności pedofilskich Janusza Korczaka czy Kornela Makuszyńskiego czy też podkreślają liberalny stosunek do pedofilii w antycznej Grecji. Zdaniem tzw. pozytywnych pedofilów dziecko posiada swoją seksualność i potrzeby jej wyrażania, a ich działania mają pomóc w ich rozwoju. „Pozytywna pedofilia” ma być przeciwieństwem „złej pedofilii” wiążącej się z seksualną eksploatacją dziecka¹¹. Grupy te również sponsorują pseu-

⁶ M. Lisiecki, Dziecięca prostytutka homoseksualna i pedofilna, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1999, nr 2, s. 130 i podana tam literatura.

⁷ Zob. J. Corcoran, J. Walsh, *Clinical Assessment and Diagnosis in Social Work Practice*, Nowy Jork NY 2010, s. 343 i n. oraz podaną tam literaturę.

⁸ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne aspekty...*, *op. cit.*, s. 48 i podana tam literatura.

⁹ Zob. M. Lisiecki, *ibidem*, s. 125 i podaną tam literaturę.

¹⁰ M. Derlatka, Pornografia dziecięca – uwagi na marginesie postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 1 września 2011 r., sygn. V KK 43/11, *Palestra* 2012, nr 11–12, s. 132.

¹¹ J. Warylewski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. I, Warszawa 2010, s. 1077.

donaukowe badania, mające na celu uzasadnienie depenalizacji kontaktów seksualnych z dziećmi od 4. roku życia¹².

Zjawisko tzw. pozytywnej pedofilii koncentruje się jedynie na działaniu, abstrahując od zamiarów osoby dorosłej wchodzącej w kontakty seksualne z dziećmi, jak i od faktycznych skutków takich relacji, nie tyle postrzeganych „od zaraz”, ile obserwowalnych na przestrzeni kilku albo kilkunastu lat.

W nauce istnieje ugruntowane stanowisko o szkodliwości przedwczesnej aktywności seksualnej małoletnich. Zdaniem K. Imielińskiego ukształtowanie osobowości już we wczesnym dzieciństwie ma decydujący wpływ na późniejsze życie płciowe. Taktyka nierozbudzenia drzemiącego u dzieci popędu seksualnego ma wielkie znaczenie dla ich przyszłego życia. Jeśli wyrobienie silnych oporów na podnieci wewnątrz i zewnętrzne, a także nawyków hamowania różnych dążeń w dzieciństwie poprzedzi rozbudzenie popędu płciowego, łatwiej jest młodzieży pokierować tym popędem w późniejszym życiu¹³. Nie można zapominać, iż każde zachowanie osoby dorosłej, starszej od dziecka, służące podniecaniu się i zaspokajaniu popędu seksualnego jest przemocą seksualną wobec tego dziecka. Seksualna aktywność pomiędzy dorosłym a dzieckiem zawsze opiera się na wykorzystywaniu władzy wobec dziecka, dlatego musi być traktowana jako seksualne wykorzystanie dziecka. Nie ma więc możliwości wyodrębnienia w pedofilskich relacjach tego, co dobre, a co złe, gdyż wszystkie takie stosunki prowadzą do wykorzystania słabszej pozycji dziecka, niezależnie od tego, czy źródłem tych relacji jest uczucie, czy strach¹⁴. Badania i obserwacje wpływu molestowania seksualnego pozwalają wskazać cztery kategorie negatywnych wpływów tego zjawiska na ofiarę¹⁵:

¹² M. Derlatka, Pornografia dziecięca..., *op. cit.*, s. 137. Przykładami grup na rzecz pedofilii są NAMBLA – The North American Man/Boy Association i PIE – The Pedophile Information Exchange.

¹³ K. Imieliński, Seksjatria, Warszawa 1990, s. 169–170; za: M. Derlatka, *ibidem*, s. 136.

¹⁴ J. Warylewski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 1077.

¹⁵ Zob. badania przeprowadzone przez A. J. Cotgrove'a i J. Calvina – K. Pospiszyl, Pedofilia i kazirodztwo. Uwarunkowania i postacie, Przegląd Więziennictwa Polskiego 2004, nr 43, s. 7–8. Istnieją poglądy, że negatywne skutki dla psychiki i rozwoju dotyczą mniejszość ofiar molestowania seksualnego w dzieciństwie. Z. Lew-Starowicz podaje, że badania naukowe wskazują, iż jedynie u 15% dzieci doświadczonych seksualnie przez dorosłych występują w późniejszym czasie negatywne konsekwencje w rozwoju psychicznym – zob. Z. Lew-Starowicz, Seks nietypowy, Łódź 2003, s. 119–120; za: R. Krajewski, Prześpiewstwo..., *op. cit.*, s. 46. Trzeba jednak wskazać, że ze zdecydowanej większości badań płynie wniosek, iż doświadczenie molestowania seksualnego w dzieciństwie ma psychologiczne konsekwencje dla większości ofiar – zob. G. A. Gimpel, M. L. Holland, Emotional and Behavioral Problems of Young Children. Effective Interventions in Preschool and Kindergarten Years, Nowy Jork NY 2003, s. 149. Wyczerpującego przeglądu badań dotyczących skutków molestowania seksualnego dziecka dokonała S. Pandey, Psychological Consequences of Child Abuse, New Delhi 2007.

- skutki psychologiczne, takie jak: chroniczna depresja, znaczne obniżenie samooceny, uporczywe lęki, poczucie winy, zaburzenia snu i trudności z koncentracją,
- zaburzenia w zachowaniu w najróżniejszych postaciach, m.in. skłonność do samouszkodzeń, nadużywanie środków uzależniających, włóczęgostwo, zachowanie przestępcze,
- zaburzenia psychoseksualne, których główną postacią jest nieumiejętność nawiązywania trwałych związków, promiskuityzm seksualny połączony z rozlicznymi zahamowaniami seksualnymi oraz podatnością na stawanie się ofiarą wynaturzonych oraz agresywnych zachowań seksualnych ze strony innych osób,
- posttraumatyczne objawy psychiatryczne, a w szczególności objawy z pogranicza psychozy, do których należą m.in. patologiczna podejrzliwość, labilność nastrojów oraz autyzm.

Pedofilia jako zjawisko godzące w dobro dzieci, a więc jednostek najsłabszych, spotyka się ze szczególną niechęcią społeczeństwa. Jak wynika z raportu sporządzonego przez TNS OBOP dla Ministerstwa Sprawiedliwości z lipca 2011 r.¹⁶, z osób, które słyszały o zaostrzeniu kar za przestępstwa pedofilskie w polskim prawie, aż 86% oceniło te zmiany pozytywnie, a jedynie 5% było przeciwnego zdania. Jako powód takiej pozytywnej opinii o zaostrzeniu kar dominowało poczucie sprawiedliwości: 24% badanych uzasadniło swój pogląd koniecznością surowego karania przestępców-pedofilów, 10% – słuszością zaostrzania kar, 9% – zbyt łagodnymi karami w przeszłości, 8% – koniecznością potępienia zwyrodnialców. Natomiast względy pragmatyczne i efektywność zmian miały mniejsze znaczenie: 9% respondentów jako powód podało konieczność leczenia pedofilów, 8% – dobro dzieci, 5% – zmniejszenie ilości przestępstw, 5% – skutek w postaci odstraszenia, 3% – odstraszenie innych pedofilów, 3% – zapewnienie kontroli. Widać zatem, że zdaniem respondentów dominującym celem sankcji karnych przeciwko osobom molestującym seksualnie dzieci powinien być odwet, pozostałe zaś cele w postaci prewencji ogólnej i indywidualnej schodzą na dalszy plan.

Pomimo generalnej niechęci i potępienia pedofilów ze strony zdecydowanej większości społeczeństwa, pedofilska estetyka i retoryka coraz częściej trafia do kultury masowej. W literaturze podnosi się istotny problem rozwoju pedofilii na tle kreowania przez kulturę masową i pornografię specyficznego wizerunku seksualności dzieci (w szczególności dziewczynek), ich rzekomej

¹⁶ Raport końcowy badania opinii publicznej. Wizerunek wymiaru sprawiedliwości, ocena reformy wymiaru sprawiedliwości, aktualny stan świadomości społecznej w zakresie alternatywnych sposobów rozwiązywania sporów oraz praw osób pokrzywdzonych przestępstwem, Warszawa 2011, s. 67–68. Raport przygotowany przez TNS OBOP na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości.

zmysłowości i powabu. Dużą rolę mogą odgrywać również mass media, gdzie poprzez upowszechnianie faktu przemocy seksualnej stwarza się wrażenie bezkarności sprawców i pozorów, że same ofiary również tego chcą¹⁷. Badania przeprowadzone przez Kanadyjski Komitet ds. Przepęstw Seksualnych Dokonanych na Dzieciach przy Uniwersytecie w Toronto ukazują, że w licznych legalnych czasopismach, takich jak: „Playboy”, „Penthouse” czy „Hustler”, pojawiło się kilkadziesiąt wyrazistych, choć dobrze zakamuflowanych i zmodyfikowanych kontaktów seksualnych z dziećmi, których wiek wahał się od 13 do 17 lat, a najmłodsze z nich miało 11 lat¹⁸. Z innych badań wynika, iż pomimo generalnej dominacji niechęci względem pedofilii margines osób popierających taką aktywność nie jest wcale tak wąski, jak by się mogło wydawać. W badaniach przeprowadzonych na grupie 193 studentów płci męskiej 21% zwracało uwagę na seksualną atrakcyjność dzieci, 9% miało fantazje seksualne związane z dziećmi, 5% masturbowało się w trakcie takich fantazji, zaś 7% zadeklarowało chęć odbycia stosunku seksualnego z dzieckiem w razie gwarancji niewykrycia tego zdarzenia i bezkarności¹⁹. Wskazuje się, że do powyższego zjawiska racjonalizacji kontaktów seksualnych z dziećmi przyczynia się faktyczna dostępność pornografii pedofilskiej²⁰, niewątpliwie jednak swój udział w powyższym mają również grupy propagujące tzw. pozytywną pedofilię.

Powyższe negatywne zjawiska społeczne nie uszły uwadze polskiego prawodawcy. W literaturze podnosi się, że w stanie prawnym sprzed nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 5 listopada 2009 r.²¹ (zwanej „nowelą listopadową”) brak było możliwości skutecznego przeciwdziałania promowaniu zachowań pedofilskich. Obowiązujące przepisy nie pozwalały na skuteczne ściganie osób propagujących ideologię tzw. pozytywnej pedofilii oraz na zamykanie stron internetowych, na których była ona prezentowana. W tym stanie rzeczy zaistniała potrzeba udostępnienia organom wymiaru sprawiedliwości takich narzędzi, które pozwoliłyby na podjęcie skutecznych działań, zmierzających do wyeliminowania publikacji, stron internetowych oraz innych środków przekazu docierających do szerszego kręgu odbiorców i pochwalających postawę tzw. pozytywnego pedofila²². Dlatego też nowelą k.k. z dnia 5 listopada 2009 r. wprowadzono karalność samego publicznego propagowania lub pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim (art. 200b

¹⁷ Zob. M. Lisiecki, Dziecięca prostytutka..., *op. cit.*, s. 133 i podaną tam literaturę.

¹⁸ M. Derlatka, Pornografia dziecięca..., *op. cit.*, s. 137 i podana tam literatura.

¹⁹ S. T. Holmes, R. M. Holmes, Sex Crimes. Patterns and Behaviors, Thousand Oaks CA 2002, s. 94.

²⁰ M. Derlatka, *ibidem*.

²¹ Dz. U. Nr 206, poz. 1589.

²² J. Warylewski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 1077–1078.

k.k.)²³. Przepis ten stanowi, że sprawca, publicznie propagujący lub pochwalający zachowania o charakterze pedofilskim, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Jak podano w uzasadnieniu projektu „noweli listopadowej”, zmiana ta jest częścią kompleksowych zmian w ustawodawstwie, które zmierzają w kierunku wprowadzenia skutecznych narzędzi zwalczania występującego coraz częściej zjawiska polegającego na propagowaniu i promowaniu rzekomo istniejących pozytywnych stron zjawiska pedofilii. Projektodawcy wskazali, że w ostatnich latach zaobserwować można rozwój organizacji jawnie promujących pedofilię, zdaniem których dziecko posiada swoją seksualność i potrzeby jej wyrażenia, a ich działania mają pomóc im w ich rozwinięciu²⁴. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że zakaz propagowania i pochwalania zachowań pedofilskich ma też na celu umacnianie przekonania o potrzebie istnienia innych regulacji karnoprawnych dotyczących przypadków pedofilii i konieczności karania ich sprawców w tym sensie, że skoro zabronione jest nawet publiczne jej propagowanie i pochwalanie, to tym bardziej zasadne jest zakazywanie zachowań bezpośrednio krzywdzących dzieci poniżej lat 15²⁵.

Warto jednak zastanowić się czy istnienie art. 200b k.k., penalizującego tego rodzaju czyny, jest konieczne, a jeśli tak, to czy jest on poprawnie sformułowany z punktu widzenia całości regulacji zawartych w k.k.

Wprowadzenie powyższego przepisu spotkało się z aprobatą ze strony niektórych przedstawicieli doktryny. Wskazano, że przepis ten to krok w dobrym kierunku, albowiem zjawisko pedofilii, jako godzące w podstawowe dla każdego społeczeństwa wartości i dobra, którymi są prawidłowy i niezakłócony rozwój fizyczny i psychiczny, zasługuje na zdecydowane zwalczanie. Wskazano również, że abstrahując od konieczności zapewnienia przez państwo stosownego leczenia dla osób o ukształtowanych skłonnościach pedofilskich – rozumianych jako schorzenie – i zapewnienia im właściwej opieki medycznej i psychiatrycznej nie można tracić z pola widzenia, iż znaczna część sprawców popełniających przestępstwa o charakterze pedofilskim to tzw. sprawcy okazjonalni (pedofilia zastępcza), którzy poza normalnymi kontaktami seksualnymi z osobami dorosłymi mogą – zachęceni przez określone środowiska skupiające tzw. pozytywnych pedofilów – podjąć także tego rodzaju zachowania pedofilskie²⁶.

²³ S. Hypś, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 910.

²⁴ Uzasadnienie projektu „noweli listopadowej”.

²⁵ R. Krajewski, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 48.

²⁶ P. Siemkiewicz, *Przestępstwa o charakterze pedofilskim i przeciwko wolności seksualnej popełniane przez Internet, w ujęciu polskiego kodeksu karnego*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2011, nr 1, s. 78.

Z drugiej strony wobec takiego brzmienia omawianego przepisu w doktrynie podniesiono szereg wątpliwości. Zastanawiano się, czy penalizacja „propagowania”, a zwłaszcza „pochwalania” określonego typu zachowań, chociażby były niewątpliwie szkodliwe społecznie, jest narzędziem skutecznym²⁷. Zarzucono, że wprowadzenie art. 200b k.k. tworzy niebezpieczeństwo dla swobody wypowiedzi oraz wolności badań naukowych. Przepis ten stanowi bowiem kryminalizację zachowań na tzw. przedpolu czynu zabronionego, wprowadzając odpowiedzialność karną, aż do pozbawienia wolności, za samo głoszenie określonych poglądów. Podniesiono, że jeśli zakresem kryminalizacji mają być objęte informacje o pozytywnych skutkach zachowań pedofilskich, to rozwiązanie takie należy uznać za sprzeczne z art. 10 ust. 1 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, w brzmieniu „Każdy ma prawo do wolności wyrażania opinii. Prawo to obejmuje wolność posiadania poglądów oraz otrzymywania i przekazywania informacji i idei bez ingerencji władz publicznych i bez względu na granice państwowe”. Kryminalizacja w zakresie wskazanym w art. 200b k.k. spowodować może, że rozpowszechnianie dzieł, takich jak np. „Lolita” V. Nabokova, podlegałoby karaniu. Wskazywano też, że poglądy naukowe psychologów czy seksuologów, w których podważają oni tezę o nieuchronności negatywnych konsekwencji dla rozwoju molestowanego seksualnie dziecka, musiałyby spotkać się z reakcją prawnokarną²⁸.

Jak się wydaje, zarzut powyższy, choć dotyczy istotnej wartości, jaką jest wolność słowa, pozostaje nietrafny. Warto bowiem zwrócić uwagę, że w art. 10 ust. 2 wskazanej Konwencji postanowiono, iż „korzystanie z tych wolności, jako pociągających za sobą obowiązki i odpowiedzialność może podlegać takim wymogom formalnym, warunkom, ograniczeniom i sankcjom, jakie są przewidziane przez ustawę i niezbędne w społeczeństwie demokratycznym w interesie bezpieczeństwa państwowego, integralności terytorialnej lub bezpieczeństwa publicznego ze względu na konieczność zapobieżenia zakłóceniu porządku lub przestępstwu, z uwagi na ochronę zdrowia i moralności, ochronę dobrego imienia i praw innych osób oraz ze względu na zapobieżenie ujawnieniu informacji poufnych lub na zagwarantowanie powagi i bezstronności władzy sądowej. Należy zgodzić się z poglądem, że „nie istnieje jednolite, wspólne dla wszystkich państw europejskich ujęcie granic wolności wypowiedzi (ekspresji artystycznej) ze względu na moralność publiczną i dobre obyczaje, wrażliwość w zakresie uczuć i przekonań religijnych. (...) Ocena zależy od czasu, okoliczności, kontekstu społecznego i zakresu tolerancji ze względu na dominujące w danej społeczności przekona-

²⁷ A. Marek, Komentarz do art. 200(b) Kodeksu karnego, stan prawny na dzień 1 marca 2010 r., LEX, teza 2.

²⁸ J. Warylewski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 1078; R. Krajewski, Przepięstwo..., *op. cit.*, s. 46.

nia, a także od zasięgu i dostępności publikacji oraz kręgu adresatów, do których jest ona kierowana²⁹. Logiczną konsekwencją powyższego jest uznanie, że „państwowi pozostawiono szeroki margines oceny konieczności ingerencji w swobodę wypowiedzi dla ochrony moralności czy praw innych osób. (...) W większości państw istnieją sankcje za wypowiedzi obrazoburcze czy obrażające moralność. Od znajomości tych przepisów i wrażliwości prokuratorów i sędziów zależy czynienie użytku z tych regulacji zgodnego z art. 10 konwencji, który wbrew obiegowym opiniom nie gwarantuje nikomu absolutnej swobody wypowiedzi i braku odpowiedzialności”³⁰.

Z powyższego wynika, że prawodawca ma pewną możliwość ingerencji w wolność słowa. Wydaje się, że konieczność zwalczania dynamicznie rozwijającego się zjawiska, jakim jest promowanie i akceptacja kontaktów seksualnych z dziećmi, jest dostateczną podstawą takiej ingerencji, oczywiście w ograniczonym zakresie. Istotnym problemem jest jednak powyżej wskazane niebezpieczeństwo kryminalizacji zachowań wypełniających znamiona czynu zabronionego propagowania albo pochwalania zachowań pedofilskich zaistniałych w ramach działalności artystycznej czy badań naukowych. Wydaje się jednak, że odnośnie działalności artystycznej wystarczające byłoby powołanie się na okoliczności wyłączające bezprawność czynu zabronionego – w tym przypadku będzie to kontratyp³¹ pozaustawowy w postaci kontratypu sztuki. Większy problem sprawi kontratypizacja działalności naukowej, w ramach której doszukać będzie się można zachowań pochwalających lub propagujących zachowania pedofilskie³². W polskim prawodawstwie, orzecznictwie i doktrynie taki kontratyp nie występuje. Zbliżona do niego może być konstrukcja eksperymentu jako kontratyp ustawy określony w

²⁹ M. Sa f j a n, Dyskusja nad swobodą wypowiedzi musi być wolna od argumentów odwołujących się do opozycji między zwolennikami i przeciwnikami wolności, LEX, teza 1, nr wewnętrzny dokumentu 39144/1.

³⁰ Z. C i c h o Ń, Wolność wypowiedzi ograniczona odpowiedzialnością, LEX, teza 1, nr wewnętrzny dokumentu 41423/1.

³¹ Kontratyp to okoliczność wyłączająca bezprawność czynu wypełniającego ustawowe znamiona czynu zabronionego z uwagi na brak społecznej szkodliwości lub niecelowość karnienia. W kodeksie karnym do kontratypów zalicza się: obronę konieczną, stan wyższej konieczności, dopuszczalne ryzyko, uzasadnioną krytykę oraz ostateczną potrzebę wojskową – zob. A. M a r e k, Prawo karne, Warszawa 2009, s. 168; za: A. K l e c z k o w s k a, Rola *cultural defence* w wymiarze sprawiedliwości karnej, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2012, nr 2, s. 79. Oprócz wspomnianych sytuacji istnieją również kontratypy pozaustawowe, a więc nie określone w ustawach. Wymagają one powoływania się na normy niepisane, akceptowane przez społeczeństwo. Należą do nich np. zwyczaj czy działalność artystyczna – J. W a r y l e w s k i, Zasada ustawowej określoności przesłanek odpowiedzialności karnej, a kontratypy pozaustawowe, (w:) J. M a c i e j e w s k i (red.), Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Materiały IV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego), Toruń 2008, s. 22; za: A. K l e c z k o w s k a, *ibidem*.

³² Jako przykład takiej wypowiedzi zob. Z. L e w - S t a r o w i c z, Seks nietypowy..., *op. cit.*, s. 119–120; za: R. K r a j e w s k i, Przystępstwo..., *op. cit.*, s. 46.

art. 27 k.k. Pojęcie badań naukowych jest jednak szersze i może nie mieścić się w zakresie wyłączenia bezprawności na podstawie tego przepisu, tym samym pewne czyny mieszczące się w ramach badań naukowych, a wypełniające ustawowe znamiona czynu zabronionego, znajdują się poza zakresem kontratypu eksperymentu. Ewentualne wypracowanie w judykaturze, czy doktrynie pozaustawowego kontratypu badań naukowych wymagałoby czasu, zaś aktualnie prowadzenie badań naukowych, które wypełniałyby znamiona pochwalania lub propagowania zachowań pedofilskich, byłoby bezprawne.

W doktrynie wskazuje się jednak, że konstrukcja kontratypów pozaustawowych stwarza ryzyko ich mnożenia w nieskończoność. Wyłączenie bezprawności za pomocą kontratypu pozaustawowego wymaga gruntownego uzasadnienia, gdyż może w istotny sposób prowadzić do ograniczenia ochronnej funkcji prawa karnego³³. Ponadto, wydaje się, że konstrukcja ta jest ingerencją w materię zastrzeżoną dla prawodawcy. Odnosząc się do problemu bezprawności badań naukowych w kontekście art. 200b k.k. wydaje się, że sensowne jest zatem uznanie, iż próba ich pozaustawowej kontratypizacji nie spełni swojego celu, jakim jest zapewnienie swobody w badaniach naukowych nad pedofilią.

Nie oznacza to jednak, że osoby prowadzące badania naukowe nad pedofilią są zagrożone odpowiedzialnością karną. Można bowiem – dystansując się od koncepcji kontratypów pozaustawowych – wskazać, że zarówno w przypadku sztuki traktującej o pedofilii, jak i badań naukowych nad pedofilią nie ma konieczności ich wtórnej legalizacji poprzez wyłączenie bezprawności, albowiem czyny te są „pierwotnie” zgodne z prawem. Czyny te nie będą wymagały legalizacji na zasadzie kontratypu, jeśli przyjmie się założenie, że nie godzą one w dobro chronione w sposób niezgodny z postępowaniem z nim. Tym samym zachowania te nie będą bezprawne nie wskutek kontratypizacji, lecz z powodu niezrealizowania znamion „typu”. Podejście takie zdaje się być nie tylko dogmatycznie uzasadnione, lecz bardziej przystosowane do rzeczywistości i konieczności racjonalnego kształtowania polityki karnej³⁴. Tym samym uznać należy, że wskazany powyżej zarzut nadmiernego ograniczenia szeroko pojmowanej wolności wypowiedzi przez normę prawną zawartą w art. 200b k.k. jest chybiony.

Innym zarzutem formułowanym w doktrynie przeciwko art. 200b k.k. jest rzekoma nieskuteczność ścigania zachowań określonych w tym przepisie. Przy czym, jak się wydaje, krytyka idzie w dwóch kierunkach.

W ramach pierwszego z nich stwierdza się, że zachowania pedofilskie, jako formy parafilii seksualnej (a więc zaburzeń preferencji seksualnej),

³³ E. Plebanek, *Materiałowe określenie przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 201–202.

³⁴ Zob. *ibidem*, s. 201 i n.

w świetle ustaleń seksuologii w ogóle nie dają się propagować. Osoby nie-dotkniętej tym zaburzeniem – a więc niepedofila – nie da się bowiem namówić, aby pedofilem została. Z powyższego faktu wyciąga się wniosek, że politycznokryminalne racje wprowadzenia tego przepisu są wysoce wątpliwe³⁵.

Odnosząc się do powyższego, należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że poprzez propagowanie pedofilii nie można sprawić, aby osoba niebędąca pedofilem zapadła na tę chorobę. Jak wskazano wyżej, etiologia pedofilii ma zasadniczo mieszany charakter, decydujące są zarówno zmiany organiczne w mózgu, jak i czynniki środowiskowe w okresie rozwoju psychicznego jednostki. Wydaje się jednak, że omawiany zarzut opiera się na błędnym przyjęciu, iż tylko pedofile dopuszczają się zachowań pedofilskich. Tymczasem niektóre badania wskazują, że tylko 1/3 przypadków wykorzystania seksualnego dzieci wiąże się z dewiacją seksualną. Większość sprawców tego rodzaju przestępstw to tzw. „normalni ludzie”, których otoczenie nigdy nie podejrzewałoby o tego rodzaju skłonności, u których występują raczej zaburzenia osobowości niż poważne zaburzenia sfery seksualnej³⁶. Z kolei badania aktowe przeprowadzone w sprawach „przestępstw pedofilskich” w Polsce wskazują, że na 106 skazanych osób jedynie w 8 przypadkach ujawniono nadużycia seksualne związane z dewiacją seksualną w postaci pedofilii³⁷. Pomimo że wyniki obu wskazanych badań są dość rozbieżne, to jednak płynie z nich wniosek, że zdecydowana większość sprawców przestępstw pedofilskich nie jest dotknięta pedofilią. Zatem krąg potencjalnych odbiorców „pedofilskiej propagandy” nie ogranicza się jedynie do pedofilów, gdyż jest on znacznie szerszy. Uznać tym samym należy, że taka propaganda może skutecznie oddziaływać również na osoby niebędące pedofilami. Z kolei w ramach drugiego z kierunków krytyki wskazuje się, że wiara prawodawcy w skuteczność zakazu określonego w art. 200b k.k. i w to, że będzie można skutecznie ingerować w treści zamieszczane na stronach internetowych, jest iluzoryczna. Wskazuje się, że tzw. pozytywni pedofile potrafią skutecznie unikać ścigania poprzez przenoszenie swoich stron internetowych na serwery państw, gdzie publiczne propagowanie lub pochwalanie pedofilii nie jest przestępstwem³⁸.

³⁵ M. Filar, (w:) M. Filar (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2012, s. 1014.

³⁶ Zob. M. Lisiecki, Dziecięca prostytutka..., *op. cit.*, s. 121 i podaną tam literaturę.

³⁷ J. Mierzwińska-Lorencka, Karnoprawną ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym, Warszawa 2012, s. 267. Autorka trafnie wskazuje, że u osób wykorzystujących seksualnie dzieci rzadko występują zaburzenia psychiczne. Aktywność seksualna dorosłego człowieka podejmowana z dzieckiem może być przejawem dewiacji seksualnej lub parafilii w postaci pedofilii albo może być to zastępczy sposób realizowania potrzeby seksualnej. Zachowanie osoby dorosłej wobec dziecka, motywowane popędem seksualnym i służące podnieceniu się oraz zaspokojeniu seksualnemu, jest wykorzystaniem seksualnym, co nie jest równoznaczne z pedofilią – *ibidem*, s. 267–268.

³⁸ J. Warylewski, (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 1078.

Oczywiście, należy zgodzić się z twierdzeniem, że taka strategia unikania odpowiedzialności przez sprawców utrudnia zwalczanie tzw. pozytywnej pedofilii, jednak nie jest to niemożliwe. Statystyki wskazują, że liczba skazań za przestępstwo z art. 200b k.k. rośnie z roku na rok³⁹, tym samym teza o nieskuteczności art. 200b k.k. jest nietrafna.

Wskazywano również, że wprowadzenie art. 200b k.k. było niepotrzebne, ponieważ również przed nowelizacją istniała skuteczna możliwość karania sprawców publicznego propagowania i pochwalania pedofilii. Jak wiadomo, stosownie do art. 255 § 1 k.k. penalizowane jest publiczne nawoływanie do popełnienia występku, zaś w art. 255 § 3 k.k. – publiczne pochwalanie popełnienia przestępstwa. Artykuł 255 § 1 obejmuje wszelkie zachowania polegające na publicznym nawoływaniu do popełnienia występku (a zatem również tego określonego w art. 200 k.k.). Natomiast na podstawie art. 255 § 3 można karać sprawców, którzy publicznie pochwalają popełnienie jakiegokolwiek przestępstwa, a zatem również tego z art. 200 k.k.; chodzi oczywiście zarówno o te przestępstwa, które już zostały popełnione, jak i te, które dopiero mogą zostać popełnione. Natomiast po wejściu w życie art. 200b k.k. dochodzi do sytuacji, kiedy kara za publiczne propagowanie lub pochwalanie zachowań o charakterze pedofilskim wynosi do 2 lat pozbawienia wolności, zaś za występki polegający na publicznym pochwalaniu przestępstwa (zarówno występku, jak i zbrodni – również zbrodni zabójstwa) – do jednego roku pozbawienia wolności⁴⁰.

Celem odniesienia się do powyższego poglądu należy w pierwszej kolejności określić relację, w jakiej pozostaje art. 200b k.k. z przepisami art. 255 k.k. W doktrynie funkcjonuje pogląd, że art. 200b pozostaje w realnym zbiegu z art. 255 § 1 k.k. (publiczne nawoływanie do popełnienia występku)⁴¹.

Należy uznać, że możliwe jest zaistnienie takiego zbiegu. Zbieg realny występuje bowiem, gdy przepisy pozostają w relacji krzyżowania i żaden z nich samodzielnie nie wyczerpuje zawartości kryminalnej czynu. Do sytuacji takiej dochodzi, gdy np. sprawca rozboju, stosując przemoc wobec ofiary, działał tak intensywnie, że spowodował uszkodzenie ciała – wtedy należy uznać, że naruszył on realnie dwa przepisy k.k.: art. 280 § 1 k.k. oraz – w zależności od rodzaju spowodowanego uszkodzenia ciała – art. 156 § 1 k.k. lub art. 157 § 1 i 2 k.k. Analogicznie należy ocenić przypadek, gdy sprawca wdarł się do domu gospodarza wbrew jego woli i tam dopuścił się kradzieży, przyjmując jeden czyn jako naruszający art. 193 k.k. i art. 278 § 1 k.k.⁴². Należy przy tym wskazać na zakres znaczeniowy pojęcia „propaguje” użytego w art. 200b k.k. oraz pojęcia „nawołuje” użytego w art. 255 § 1 i 2

³⁹ http://statystyka.policja.pl/porta1/st/1108/64006/Propagowanie_pedofilii_art_200b.html.

⁴⁰ M. M o z g a w a, *Komentarz...*, *op. cit.*, teza 3.

⁴¹ *Ibidem*, teza 6.

⁴² T. B o j a r s k i, (w:) T. B o j a r s k i (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 44.

k.k. „Propagowanie” oznacza zachowanie polegające na prezentowaniu poglądu z zamiarem przekonania do niego innych. W art. 200b k.k. penalizowane jest zatem upowszechnianie zachowań o charakterze pedofilskim, najczęściej połączone z zachęcaniem do ich akceptacji⁴³. Z kolei „nawoływanie” użyte w art. 255 § 1 i 2 k.k. należy rozumieć jako wzywanie do popełnienia przestępstwa⁴⁴. W obu przypadkach zachowanie sprawcy ma charakter publiczny. Mając zatem na względzie, że nie każdy czyn zabroniony (tak występki jak i zbrodnie) jest czynnością pedofilską oraz że nie każda czynność pedofilska jest czynem zabronionym⁴⁵, uznać należy, że przepisy te pozostają w relacji krzyżowania, zatem może tu dojść do zbiegu realnego. Będzie on miał miejsce np. w sytuacji, gdy sprawca swoim zachowaniem publicznie wzywa (nawołuje) do obcowania płciowego z małoletnim poniżej lat 15, który nie osiągnął dojrzałości płciowej i jednocześnie zapewnia o słuszności (propaguje) takiego postępowania. W takim przypadku dojdzie do zbiegu realnego art. 200b k.k. oraz art. 255 § 1 k.k., albowiem żaden z tych przepisów nie wyczerpuje samodzielnie zawartości kryminalnej opisanego powyżej czynu. Analogicznie, może dojść do zbiegu realnego pomiędzy art. 200b k.k. i art. 255 § 2 k.k., gdy sprawca swoim zachowaniem publicznie wzywa (nawołuje) do zgwałcenia małoletniego poniżej lat 15, który nie osiągnął dojrzałości płciowej i jednocześnie zapewnia o słuszności (propaguje) takiego postępowania. Może również dojść do zbiegu realnego art. 200b k.k. w z art. 255 § 3 k.k., gdy sprawca określone powyżej zachowania publicznie pochwala.

Tym samym omawiany pogląd jest trafny w zakresie w jakim wskazuje na możliwość realnego zbiegu przepisów z art. 200b k.k. i art. 255 k.k. Nie można jednak zaaprobować stwierdzenia, że wobec możliwości takiego zbiegu wprowadzenie art. 200b k.k. było dogmatycznie niepotrzebne z uwagi na wcześniejsze istnienie regulacji zawartych w art. 255 k.k., albowiem publiczne pochwalanie czy propagowanie pedofilii nie zawsze będzie wypełniać znamiona określone w przepisach art. 255 k.k., gdyż nie zawsze pedofilski czyn (tzn. skierowany wobec osoby niedojrzałej płciowo) będzie jednocześnie przestępstwem.

Wyżej omówione krytyczne poglądy przedstawicieli doktryny są z pewnością cenne, jednak, jak wskazano, nie zawsze można je zaaprobować, a po-

⁴³ S. Hypś, (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 911.

⁴⁴ M. Szwarczyk, (w:) T. Bojarski (red.), Kodeks..., *op. cit.*, s. 520.

⁴⁵ Przykładowo, jeśli sprawca publicznie pochwala obcowanie płciowe z osobą powyżej 18. roku życia, która jednak nie osiągnęła dojrzałości płciowej, to niewątpliwie jest to pochwalanie „czynności pedofilskich”, jednak nie stanowi to pochwalania przestępstwa (gdyż samo obcowanie płciowe z osobami pełnoletnimi jest prawnokarnie irrelewantne). I odwrotnie – jeśli sprawca publicznie pochwala obcowanie płciowe z małoletnim poniżej 15. roku życia, który jednak osiągnął już dojrzałość płciową, to jest to publiczne pochwalanie przestępstwa, jednak już nie czynności pedofilskich.

nadto zdają się one częściowo rozmiąć z meritum zagadnienia. Wydaje się, że w gruncie rzeczy wobec art. 200b k.k. można wysunąć trzy istotne zarzuty.

Po pierwsze, należy wskazać, że art. 200b k.k. w obecnym brzmieniu jest kolejnym przepisem, który wpływa ujemnie na spójność całego k.k., gdyż wyraźnie nie „koresponduje” z art. 255 § 3 k.k. O ile kwestia wzajemnych relacji art. 200b k.k. i przepisów art. 255 k.k. nie budzi wątpliwości, o tyle, porównując sankcje karne wyrażone w art. 200b k.k. i art. 255 § 3 k.k., można mieć zastrzeżenia, czy w tym zakresie prawodawca w sposób konsekwentny kierował się dyrektywą stopnia społecznej szkodliwości czynu jako jednej z przesłanek określenia ustawowego wymiaru kary. Otóż, trzeba zauważyć, że na podstawie art. 200b k.k. sprawca, który publicznie pochwała zachowania pedofilskie niebędące przestępstwem, podlega karze do 2 lat pozbawienia wolności. Zatem, przykładowo, osoba, która publicznie pochwała zachowanie polegające na podejmowaniu czynności seksualnej z 18-letnim partnerem, który jednak nie jest jeszcze dojrzały płciowo, podlegać będzie takiemu właśnie zagrożeniu karnemu. Tymczasem, sprawca, który publicznie pochwała współzycie z małoletnim w wieku lat 14, który jednak osiągnął dojrzałość płciową, na podstawie art. 255 § 3 k.k. podlegać będzie karze do roku pozbawienia wolności. Taka sytuacja jest karnoprawnie nieuzasadniona, albowiem stopień społecznej szkodliwości drugiego z opisywanych zachowań jest wyższy, a okoliczność ta powinna znaleźć stosowne odzwierciedlenie w zagrożeniu karnym.

Drugi zarzut, podnoszony już w doktrynie, związany jest ze skrajnie negatywną konotacją słowa „pedofilia” w odbiorze społecznym, a ponadto nieadekwatności zarzutu „czynności pedofilskich” w sytuacji, gdy sprawca czynu zabronionego z art. 200b k.k. nie jest pedofilem, co dotyczy zresztą większości przypadków. Objęcie zakresem regulacji z art. 200b k.k. sprawców niebędących pedofilami w opinii publicznej może spowodować uznanie ich za osoby posiadające skłonności przypisywane pedofilom, a w konsekwencji dodatkową ich stygmatyzację⁴⁶.

Po trzecie wreszcie art. 200b k.k. wprowadza do prawa karnego nieznaną dotąd znamię „czynności pedofilskich”. Jednocześnie prawodawca nie zdecydował się na wprowadzenie definicji legalnej tego znamienia, pozostawiając tutaj pole dla judykatury i doktryny, co jednak należy ocenić negatywnie, z uwagi na gwarancyjną funkcję prawa karnego. Brak takiej definicji rodzi istotne problemy interpretacyjne⁴⁷.

⁴⁶ M. M o z g a w a, Komentarz..., *op. cit.*, teza 2.

⁴⁷ Biorąc pod uwagę powyżej przedstawiony dorobek nauk medycznych oraz *ratio legis* omawianego przepisu, można zaproponować definicję pojęcia czynności pedofilskich jako zachowania zmierzającego do zaspokojenia popędu płciowego, którego obiektem jest osoba niedojrzała płciowo, a podmiotem osoba, która ukończyła lat 16, zaś różnica wieku pomiędzy nimi wynosi co najmniej 5 lat. Irrewantny dla powyższej definicji jest fakt, czy podmiot

Wydaje się więc, że choć kierunek, w którym zamierzał podążać prawodawca, wprowadzając do k.k. art. 200b, jest godny aprobaty, o tyle samo brzmienie tego przepisu wymaga legislacyjnej korekty.

Wydaje się, że korekta ta mogłaby pójść w dwóch kierunkach. W ramach pierwszego z nich prawodawca może – zamiast nowelizować art. 200b k.k. – wprowadzić definicję legalną czynności pedofilskich. Takie rozwiązanie usunęłoby problem z interpretacją tego pojęcia. Nie usunie to jednak zjawiska stygmatyzacji sprawców nieprzejawiających skłonności pedofilskich ani niespójności z art. 255 § 3 k.k. oraz innymi przepisami kryminalizującymi czyny skierowane przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletnich.

Drugi z kierunków zmian polega na skorzystaniu z techniki legislacyjnej zastosowanej w innych przepisach kodeksu karnego kryminalizujących zachowania skierowane przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę małoletnich. W przepisach tych (art. 197 § 3 pkt 2, art. 199 § 2 i 3, art. 200 § 1–2, art. 200a § 1–2, art. 202 § 2–4, 4a, 4b, art. 204 § 3) znamiona czynu zabronionego stanowiące jego przedmiot wykonawczy są określone jasno i odwołują się do wieku pokrzywdzonego – jest to osoba, która nie ukończyła lat 18 („małoletni”), albo osoba, która nie ukończyła lat 15 („małoletni poniżej lat 15”). Takie określenie desygnatów przedmiotu wykonawczego czynów zabronionych w tych przepisach może rodzić pewne trudności na płaszczyźnie postępowania dowodowego, albowiem często trudno jest wykazać, iż sprawca choćby tylko godził się na okoliczność, że pokrzywdzony nie ukończył 18. lub 15. roku życia⁴⁸. Jednakże od strony dogmatycznej znamiona te są jasne i całkowicie wypełniają postulat określoności prawa karnego. W poselskim projekcie nowelizacji kodeksu karnego z dnia 10 września 2008 r. (druk sejmowy nr 1289, Sejm VI kadencji) znalazł się przepis o następującym brzmieniu: „Art. 200a. Kto publicznie prezentuje treści propagujące, pochwalające lub nakłaniające do czynności określonych w art. 200, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”⁴⁹. Dopiero w dalszym toku prac parlamentarnych zrezygnowano z blankietowego charakteru tego przepisu, poprzez wprowadzenie pojęcia „czynności pedofilskich”. Wydaje się więc, że uwzględnivszy ten początkowy zamysł ustawodawcy co do brzmienia obecnego art. 200b k.k., przepis ten mógłby mieć następującą treść: „Kto publicznie propaguje lub pochwała czynności okre-

czynności pedofilskich rzeczywiście cierpi na pedofilię, co wynika z faktu, że wykorzystania seksualnego dziecka może się dopuścić również osoba nie dotknięta pedofilią. Powiązanie czynności pedofilskich wyłącznie z pedofilami wyłączałoby z zakresu definicji te przypadki, w których czynności pedofilskich dopuszcza się osoba niebędąca pedofilem, co byłoby karnoprawnie nieuzasadnione.

⁴⁸ Zob. M. Filar, Nowelizacja Kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych, *Prokuratura i Prawo* 2004, nr 11–12, s. 30–31.

⁴⁹ Zob. J. W a r y l e w s k i, (w:) A. W ą s e k, R. Z a w ł o c k i (red.), *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 1076.

ślone w art. 197 § 3 pkt 2, art. 200 § 1–2, art. 200a § 1–2, art. 202 § 2, 4 i 4a podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2”.

Oparcie się na wspomnianej technice legislacyjnej zastosowanej w rozdziale XXV kodeksu karnego zdaje się rozwiązywać zarysowane w niniejszym opracowaniu problemy związane z obecnym brzmieniem art. 200b k.k. Po pierwsze, odwołanie się do pojęcia małoletniego poniżej lat 15 (poprzez odesłanie do stosownych przepisów rozdziału XXV k.k.) pozwoli na uniknięcie kryminalizacji publicznego propagowania i pochwalania szeroko pojętych czynności seksualnych lub pornografii z osobami niedojrzałymi płciowo, które jednak osiągnęły już granicę wieku 15 lat, umożliwiającą podejmowanie świadomych i prawnie relewantnych decyzji dotyczących podjęcia aktywności seksualnej. Jednocześnie, przy utrzymaniu obecnie obowiązującego zagrożenia karnego, pozwoliłoby to na surowsze, niż wynika to z art. 255 § 3 k.k., potraktowanie niewątpliwie szkodliwych społecznie zachowań, polegających na publicznym pochwalaniu kontaktów seksualnych z osobami dojrzałymi płciowo, które jednak nie osiągnęły jeszcze wieku 15 lat. Po nowelizacji art. 200b k.k. pozostawałby bowiem w relacji specjalności wobec art. 255 § 3 k.k., zatem sprawca podlegałby karze grzywny, ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2. Na pierwszy rzut oka może budzić zastanowienie, dlaczego publiczne pochwalanie np. obcowania płciowego z małoletnim poniżej lat 15 ma być zagrożone karą do 2 lat pozbawienia wolności, podczas gdy publiczne pochwalanie np. zbrodni zabójstwa zagrożone jest karą do roku pozbawienia wolności (na podstawie art. 255 § 3 k.k.). Jednakże jest to rozwiązanie słuszne, zważywszy na fakt, że potencjalna skuteczność publicznego pochwalania przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich poniżej lat 15 jest znacznie wyższa niż skuteczność publicznego pochwalania przestępstw o innym charakterze. Wynika to ze zjawiska omawianego już w niniejszym opracowaniu, polegającego na istnieniu żyznego gruntu dla tzw. pozytywnej pedofilii. Innymi słowy, o ile oczywiście zabójstwo jest obciążone większym stopniem społecznej szkodliwości niż np. obcowanie płciowe z małoletnim poniżej lat 15, o tyle w przypadku publicznego pochwalania tych zachowań jest odwrotnie, albowiem trudniej byłoby kogoś przekonać do poglądu o słuszności zabijania niż do tzw. pozytywnej pedofilii. Po drugie, odwołanie się do pojęcia małoletniego poniżej lat 15 zapobiegnie niepotrzebnej stygmatyzacji sprawców propagujących lub pochwalających przestępstwa seksualne na szkodę takich małoletnich. Wskazane rozwiązanie uwzględnia, że to rolą sądu, a nie prawodawcy, jest określenie, czy dany sprawca rzeczywiście cierpi na zaburzenia seksualne pod postacią pedofilii. Po trzecie proponowane rozwiązanie legislacyjne eliminuje z kodeksu karnego nader nieostre pojęcie „czynności pedofilskich”, co z pewnością korzystnie wpłynie na gwarancyjną funkcję prawa

karnego i stanowić będzie realizację postulatów jasności i określoności prawa. Jednocześnie w proponowanym kształcie nowelizacji zrezygnowano z wprowadzenia surowszego zagrożenia karnego publicznego propagowania lub pochwalania zbrodni z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. w porównaniu z publicznym propagowaniem lub pochwalaniem występku z art. 200 § 1–2 k.k., art. 200a § 1–2 k.k. oraz art. 202 § 2, 4 i 4a k.k., pozostawiając dyskrecjonalnej władzy sędziemu gradację sankcji w tym zakresie. Jediną wadą omawianej nowelizacji wydaje się jej blankietowy charakter, jednak zważywszy, że brzmienie art. 200b k.k. w proponowanej nowelizacji odwoływać się będzie do przepisów znajdujących się w tym samym rozdziale k.k., stwierdzić trzeba, że realnie ów blankietowy charakter tego przepisu nie będzie negatywnie wpływał na jego stopień komunikatywności (rozumiałości).

Omawiany zakres kryminalizacji dotyczy sfery społecznego tabu. Proponowany kierunek zmian może budzić społeczne emocje, a jego realizacja spotkać się może z przeszkodą w postaci tzw. populizmu penalnego. Niefortunym, ale chwytliwym zarzutem może być bowiem stwierdzenie, że skoro postuluje się usunięcie z kodeksu karnego pojęcia „czynności pedofilskie”, to w istocie nowelizacja zaproponowana w niniejszym opracowaniu jest zgodna z interesami lobby pedofilskiego, umożliwi mu bowiem prowadzenie skuteczniejszej propagandy. Jak starano się wykazać, rzetelna analiza prowadzi do wniosku, że proponowane zmiany nie tylko zagwarantują skuteczne zwalczanie zjawiska tzw. pozytywnej pedofilii, ale również zapewnią spójność i przejrzystość regulacji dotyczących publicznego propagowania i pochwalania przestępstw seksualnych skierowanych na szkodę małoletnich poniżej 15. roku życia.

Pedophilic acts – legal and criminological perspective

Abstract

This paper addresses pedophilic acts as seen from the legal and criminological perspective. The author hereof examines the phenomenon of pedophilia on the criminological grounds, refers to the “pedophilic act” criterion as used in Article 200b of the Penal Code, and discusses relevant views of legal academics and commentators. He proposes that the “pedophilic act” criterion as used in Article 200b of the Penal Code be replaced by references to other provisions that are set forth in section 25 of the Penal Code and concern sexual crimes against minors under the age of 15.