

O zagadnieniu racjonalnej kryminalizacji i penalizacji pedofilii w polskim prawie karnym

PIOTR GÓRALSKI

Katedra Prawa Karnego Materialnego
Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

I. Uwagi wstępne

Coraz częściej z doniesień medialnych płyną informacje o przypadkach osób skazanych za przestępstwa seksualne wobec małoletnich, które po zakończeniu kary i opuszczeniu zakładu karnego ponownie dopuściły się tego typu czynów¹. Można tu mówić o pewnej stałej już, jak się zdaje, tendencji występującej nie tylko w naszym kraju, ale i poza jego granicami.

Przestępstwa seksualne, których ofiarami są dzieci, budzą zrozumiałe emocje, co nierzadko jest wykorzystywane (zwłaszcza w kręgach

¹ W połowie września 2009 roku, po odbyciu kary 25 lat pozbawienia wolności, wyszedł na wolność 49-letni Józef S. Był on skazany za zgwałcenie i zabójstwo ośmioletniego dziecka. Z informacji prasowych wynika, że ubiegał się on o warunkowe, przedterminowe zwolnienie 23 razy, przy czym za każdym razem jego wniosek był odrzucany. Pracownicy zakładu karnego wspominali go jako osobę niezwykle agresywną, wobec której wielokrotnie używano środków przymusu bezpośredniego. Trzy tygodnie po opuszczeniu więzienia został on tymczasowo aresztowany w związku z zarzutem dopuszczenia się czynności seksualnej wobec 11-letniego chłopca. Zob. I. Kacprzak, *25 lat więzienia i 25 dni wolności*, „Rzeczpospolita” z 17–18 października 2009, s. A6.

politycznych) do formułowania postulatów zaostrożania w tej sferze przepisów karnych. Nie tak dawno, przy okazji ujawnienia kolejnego drastycznego przestępstwa, którego ofiarą było dziecko, z ust szefa rządu można było usłyszeć kilkakrotnie powtórzoną zapowiedź wprowadzenia, w charakterze kary, kastracji chirurgicznej pedofilów. Ta radykalna, budząca zastrzeżenia etyczne i prawne metoda zwalczania przestępczości seksualnej ma już obecnie na świecie znaczenie marginalne². Na tle ubóstwa zarówno krajowych rozwiązań prawnych, jak i środków służących terapii oraz kontroli przestępców seksualnych, wypowiedzi takie stanowią dowód braku koncepcji zapobiegania przejawom zjawiska pedofilii.

W Polsce, z pewnym opóźnieniem w stosunku do innych ustawodawstw europejskich, wprowadza się nowe uregulowania w zakresie prawa karnego, służące zwalczaniu przestępczości pedofilskiej. Uwzględniając upowszechnienie się tego zjawiska, jego złożoną etiologię, rodzaj i charakter szkód, które ono powoduje, a także negatywne odczucia społeczne, które wywołują osoby molestujące seksualnie dzieci, tym bardziej należy zadbać o to, by unormowania prawnokarne dotyczące pedofilii miały charakter racjonalny. Stąd zasadnicza część rozważań została poprzedzona dociekaniem poświęconymi kwestii ogólniejszej, a mianowicie kryteriom decydującym o racjonalności, względnie irracjonalności unormowań karnych.

Niniejsze opracowanie poświęcono w głównej mierze porównaniu i analizie dotychczasowych polskich przepisów prawa karnego sankcjonujących zachowania seksualne wobec osób małoletnich, które nie ukończyły lat 15, to jest art. 203 k.k. z 1932 roku, art. 176 k.k. z 1969 roku oraz art. 200 k.k. z 1997 roku. Uwagi o zakresie kryminalizacji zachowań o charakterze pedofilskim zostały połączone z przedstawieniem i oceną sankcji karnych zawartych głównie w obowiązującym kodeksie karnym, ale też dopełnianych w istotnym stopniu przez uregulowania kodeksu karnego wykonawczego.

² M. Schmucker, F. Lösel, *Wie erfolgreich ist die Therapie von Sexualstraftätern? Ergebnisse und Probleme der Wirkungsforschung*, [w:] *Kriminologie und wissenschaftsbasierte Kriminalpolitik*, red. F. Lösel, D. Bender, J.M. Jehle, Mönchengladbach 2007, s. 310. Negatywne aspekty kastracji wskazuje między innymi J. Warylewski. Zob. *idem*, *Kastracja jako środek ograniczania przestępczości seksualnej*, „Jurysta” 2003, nr 6, s. 17–18.

Wyeksponowano również główne kierunki zmian w dotychczas obowiązujących, omawianych tu regulacjach, które wprowadza nowelizacja k.k. z dn. 5 listopada 2009 roku³.

Aspekty teoretyczne racjonalnej kryminalizacji i penalizacji pedofilii zostały uzupełnione ekspozycją danych statystycznych wskazujących na przekształcenia rozmiarów omawianej przestępczości w naszym kraju w latach 1970–2006.

II. Czy racjonalna kryminalizacja i penalizacja zachowań jest możliwa?

Nie ma chyba drugiej instytucji prawnej o istotnym znaczeniu społecznym, która odzwierciedlałaby tak wiele paradoksów, jak kara kryminalna. Jak trafnie zauważa Jarosław Utrat-Milecki — instytucja ta wciąż istnieje mimo trwającej od ponad wieku krytyki realizacji poszczególnych jej form. Mówi się, że jest ona nieefektywna, ale jednak wciąż konieczna, budzi obiekcje moralne, a jednocześnie najczęściej jest uzasadniana z pozycji sprawiedliwościowych⁴. Wskazuje się (a raczej dawniej wskazywano), że kara jest kontynuacją społecznej reakcji bioinstynktownej⁵ (niektórzy pisali wprost, że chodzi o społeczną zemstę), którą można co najwyżej racjonalizować w taki lub inny sposób⁶. Obecnie dominuje chyba odmienny pogląd, że kara powstała w opozycji do powodowanych gniewem i chęcią odwetu reakcji emocjonalnych na przestępstwo⁷. Jest ona zatem wyrazem humanitarnych i z istoty rzeczy racjonalnych tendencji w operowaniu formami społecznej kontroli zachowań.

Gdyby jednak przyjąć to ostatnie założenie, to już dawno zakłady karne powinny zostać zamienione w specjalne ośrodki izolacji społecz-

³ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy — Kodeks karny, ustawy — Kodeks postępowania karnego, ustawy — Kodeks karny wykonawczy, ustawy — Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589. Ustawa ta weszła w życie w dniu 8 czerwca 2010 r.

⁴ J. Utrat-Milecki, *Podstawy penologii. Teoria kary*, Warszawa 2006, s. 252–253.

⁵ B. Wróblewski, *Penologia. Socjologia kar*, t. 1, Wilno 1926, s. 184–185.

⁶ J. Makarewicz, *Zbrodnia i kara*, Lwów 1922, s. 87.

⁷ J. Utrat-Milecki, *op. cit.*, s. 56.

nej, w których wobec pensjonariuszy (a nie więźniów) wdrażano by różnorodne formy działań terapeutycznych. A przecież w tych państwach, w których w drugiej połowie XX wieku z większym lub mniejszym sukcesem próbowano realizować założenia dotyczące eliminacji tradycyjnie rozumianej kary, w praktyce się one nie sprawdziły. Jest więc chyba w karze i w ogóle w procesie karania jakiś pierwiastek irracjonalny, a być może w ogóle instytucja kary jest z gruntu nieracjonalna. Polega ona przecież na świadomym wyrządzaniu zła, dolegliwości i cierpienia innemu człowiekowi, ponieważ popełnił on przestępstwo, albo żeby nie popełnił go ponownie w przyszłości. Można nadawać procesowi penalizacji poszczególnych zachowań różne uzasadnienia — retrybucyjne lub celowościowe, co będzie wyrazem jej racjonalizacji. Czym innym wszakże jest racjonalizacja karania, czym innym zaś jego racjonalność.

Lech Gardocki, wyodrębniając proces penalizacji i kryminalizacji w wielu swoich publikacjach starał się wskazać czynniki decydujące o racjonalności uznawania danych zachowań za czyny karalne⁸. W kręgu jego zainteresowań pozostawał przede wszystkim proces kryminalizacji. Można odnieść wrażenie, że w rozważaniach tego autora obydwa te ciągi aktywności ustawodawczej biegną jakby niezależnie od siebie, przy czym zagadnienie penalizacji czynów zabronionych pozostaje na uboczu kwestii zasadniczej, którą stanowi kryminalizacja⁹.

Kryminalizacja podlega różnorodnym klasyfikacjom. L. Gardocki wprowadził zasadniczy podział na kryminalizację racjonalną i emocjonalną¹⁰. Pierwsza, jego zdaniem, ma miejsce, jeżeli ustawodawca,

⁸ Por. L. Gardocki, *Penalizacja i jej ograniczenia*, „Archiwum Kryminologii” 12, 1985; *idem*, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate — jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, nr 12; *idem*, *Zagadnienia teorii kryminalizacji*, Warszawa 1990; *idem*, *Problem zakresu kryminalizacji w powojennym polskim prawie karnym*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci prof. K. Buchały*, red. Z. Cwiakałski *et al.*, Kraków 1994.

⁹ W jednym ze swych wcześniejszych opracowań L. Gardocki posługiwał się pojęciem penalizacji — jak się zdaje — w szerszym znaczeniu, rozumianej jako: „postępowanie władzy państwowej polegające na stanowieniu prawa przewidującego karę za pewne zachowania” (*Penalizacja...*, s. 11). To szersze znaczenie obejmuje zatem także zabiegi kryminalizacji. W kolejnych wskazanych wyżej publikacjach autor ten wyraźnie już rozgraniczał procesy kryminalizacji i penalizacji zachowań.

¹⁰ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii...*, s. 53.

umieszczając określony czyn w kodeksie karnym, czyni to kierując się wyznaczonym przez siebie celem. Natomiast u podstaw kryminalizacji emocjonalnej brak wyraźnego celu, karze się, ponieważ zostało popełnione przestępstwo na zasadzie intuicyjnie odczuwanej karygodności danego zachowania¹¹. Charakterystyczne dla tego rodzaju kryminalizacji ma być też ukrywanie emocjonalnych jej powodów za zasłoną racjonalnych uzasadnień¹².

W literaturze wskazywano już zastrzeżenia dotyczące znaczenia tych dwóch rodzajów kryminalizacji. Bogusław Janiszewski trafnie zauważył, że wspomniane rozróżnienie można by utożsamić z istniejącą dychotomią racjonalizacji karania. Idei kary retributywnej (skierowanej w przeszłość) odpowiadają założenia kryminalizacji emocjonalnej. Natomiast kryminalizację racjonalną należałoby wiązać ze skierowanymi w przyszłość prewencyjnymi uzasadnieniami karania¹³. Trudno jest jednak przecież łączyć sprawiedliwościowe uzasadnienie karania z (pozbawioną celu według L. Gardockiego) kryminalizacją emocjonalną, skoro nie sposób zaprzeczyć, że zadośćuczynienie społecznemu poczuciu sprawiedliwości jest współcześnie niekwestionowanym celem zarówno polityki kryminalnej, jak i polityki karnej i nie można mu odmówić racjonalności.

Wyjaśniając znaczenie pojęcia racjonalnej kryminalizacji, L. Gardocki wskazuje, że ma ona miejsce, gdy projektodawcy nowych przepisów karnych w uzasadnieniu zmian są w stanie uprawdopodobnić, że nowe regulacje, będąc wynikiem naukowego przygotowania, przyniosą pozytywne efekty w tłumieniu zjawiska przestępczości przy wykazanych w uzasadnieniu minimalnych skutkach ubocznych¹⁴.

Nawiązując do tej myśli, należy zacząć od tego, że procesy kryminalizacji i penalizacji nie przebiegają niezależnie od siebie. Przeciwnie, istnieje tu ścisła korelacja, przy czym — jak się wydaje — typizacja przestępstw zależy w istotnym stopniu od tego, jaki sens nadajemy pojęciu kary, a także, ujmując szerzej — penalizacji. Zwraca na to uwagę

¹¹ *Ibidem*, s. 53–54.

¹² *Ibidem*, s. 77.

¹³ B. Janiszewski, *Rozważania o „racjonalności” w dziedzinie prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1996, nr 4, s. 13.

¹⁴ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii...*, s. 104 oraz 198–199 n.

zresztą sam autor *Zagadnień teorii kryminalizacji*, pisząc, że: „dopiero uświadamiając sobie czym jest kara w swej istocie i funkcjach można się zastanawiać, jakie rodzaje zachowań na nią zasługują”¹⁵.

Abstrahując już od sporu o to, czy kara jest wyrazem społecznej zemsty, czy raczej ma tej zemście zapobiegać, należy podkreślić, że kara stanowi przede wszystkim wytwór kultury istniejącej w danym czasie i miejscu¹⁶. Wytworem kultury jest też między innymi moda, style architektoniczne, prądy literackie, które można analizować z różnych punktów widzenia, choć akurat racjonalność nie jest być może w tym wypadku najlepszą płaszczyzną dociekań¹⁷. Jeżeli zaś zakres penalizacji istotnie wpływa na decyzje kryminalizacyjne, a o formach kary (które w Europie od przeszło dwustu lat pozostają praktycznie niezmiennie) i ich stosowaniu nie decydują wyłącznie względy wynikające ze struktury i dynamiki przestępczości, ale także czynniki kulturowe — a tak niewątpliwie jest — to możliwe, że ich zasadnicze znaczenie przejawia się także w podejmowanych decyzjach kryminalizacyjnych¹⁸.

Zauważyć przy tym należy, że dominujący we współczesnej kulturze (także prawnej) Zachodu postmodernizm niejako programowo krytykuje racjonalizm i naukowość. Jest to wyraz między innymi rozczarowania niepowodzeniami wielu dotychczasowych teorii naukowych, które nie znalazły potwierdzenia w rzeczywistości¹⁹. Jednocześnie kryzysowi zaufania do nauki opartej na scjentyzmie i badaniach empirycznych towarzyszą, niespotykane wcześniej, częste zmiany prawa. W tej sferze odnotowuje się dominację złożoności uregulowań nad ich prostotą, potrzebę dostosowania do wymogów terażniejszości nad wymogami stabilności i wpływami tradycji, kazuistyka wypiera uregulowania syntetyczne²⁰. Być może zatem problem leży także w tym, że oczekiwania racjonalności ustawodawczych zabiegów w dziedzinie kryminalizacji i penalizacji są formułowane z pozycji określanych dotychczas przez prawną tradycję

¹⁵ *Ibidem*, s. 44.

¹⁶ J. Utrat-Milecki, *op. cit.*, s. 252.

¹⁷ *Ibidem*, s. 257.

¹⁸ *Ibidem*, s. 257–258.

¹⁹ R. Tokarczyk, *Cechy współczesnej kultury prawnej Zachodu*, [w:] *Polska lat dziewięćdziesiątych. Przemiany państwa i prawa*, t. 1, Lublin 1999, s. 260.

²⁰ *Ibidem*, s. 263.

pozytywistyczną, odrzucaną w znacznej mierze przez, rozpowszechnioną obecnie, kulturę postmodernistyczną²¹.

Przeprowadzane w ostatnich latach w Polsce reformy prawa karnego służące zwalczaniu przestępczości seksualnej w dużej mierze przypominają działania nowelizacyjne realizowane w tej dziedzinie w innych krajach, w szczególności w Niemczech. Wydaje się, że przemiany unormowań dotyczące przestępczości seksualnej, jakie zachodziły w tym kraju w ostatnim czterdziestoleciu, są przykładem istotnego wpływu uwarunkowań kulturowych na założenia politycznokryminalne. W latach sześćdziesiątych i siedemdziesiątych ubiegłego wieku zachodzące tam zmiany w prawie karnym, w omawianej kategorii spraw, były podporządkowane założeniom dekryminalizacji, „odmoralizowania” prawa, zwiększenia jego skuteczności, a także zapobieganiu nadmiernej stygmatyzacji sprawców²². W latach dziewięćdziesiątych minionego stulecia przeprowadzano częste i szybko po sobie następujące nowelizacje ustawodawstwa karnego. Cele ochronne dominowały w nich nad względami gwarancyjnymi. Przyjęto tam konieczność poddawania przestępców seksualnych terapii mimo braku całościowych badań i ich wyników, które w wyraźny sposób wykazywałyby jej skuteczność. Rozszerzono też zakres kryminalizacji i powrócono do częstszego stosowania wobec przestępców seksualnych izolacyjnych środków zabezpieczających²³.

Jest rzeczą interesującą, że pytanie, które leży u podstaw wielu prac L. Gardockiego poświęconych zagadnieniom racjonalnej kryminalizacji, mianowicie „dlaczego jedne zachowania zostają uznane za przestępstwa, a inne nie?” — zostało wyraźnie postawione także przez przedstawicieli, pozostającego w opozycji do kierunku pozytywistycznego, nurtu tak

²¹ Można przy tej okazji przytoczyć żartobliwą uwagę Lecha Morawskiego, że „obsesja na punkcie racjonalności jest [...] ogólną obsesją modernistycznego stylu myślenia i można powiedzieć, że tak jak marksistom wszystko kojarzy się z walką klasową, tak modernistom — z racjonalnością”. Autor ten zauważa, że postmodernizm odrzuca tezę, iż racjonalność stanowi założenie obowiązujące przy interpretacji wszystkich wytworów kultury. Zob. L. Morawski, *Teoria prawodawcy racjonalnego a postmodernizm*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 11, s. 31, 36.

²² H.J. Albrecht, *Die Determinanten der Sexualstrafrechtsreform*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” (ZStW) 1999, nr 4, s. 863–864.

²³ *Ibidem*.

zwanej kryminologii radykalnej (antynaturalistycznej)²⁴. Odpowiedź na powyższe pytanie wynika z założeń tej szkoły kryminologicznej, w tym między innymi z tezy, że prawo karne przede wszystkim stanowi narzędzie dyscyplinujące w rękach warstwy sprawującej władzę²⁵. W takim ujęciu zarówno zabiegi kryminalizacyjne, jak i penalizacyjne należą do instrumentów władzy, a sięgając głębiej — służą realizacji wartości i norm przez nią reprezentowanych.

Dążenie do wprowadzenia unormowań — niekoniecznie racjonalnych, ale wyrażających osobiste przekonania i poglądy ich projektodawców — jest jednym z głównych powodów tego, że kolejne nowelizacje ustawodawstwa karnego rzadko opierają się na solidnym uzasadnieniu wynikającym z przeanalizowania wszystkich „za” i „przeciw” danego rozwiązania.

Co więc powinno być kryterium owej racjonalności w rzetelnie prowadzonej działalności kryminalizacyjnej (względnie dekryminalizacyjnej)? Otóż problem polega na tym, że nie ma tu chyba jednej, właściwej odpowiedzi. Zwolennicy kryminologii pozytywistycznej i socjologicznej szkoły prawa karnego stwierdzą zapewne, że zasadniczą podstawę oceny powinna stanowić skuteczność unormowań w zwalczaniu przestępczości. Przedstawiciele szkoły klasycznej i neoklasycyzmu zwrócą uwagę głównie na jasne, precyzyjne, pozbawione luk i sprzeczności ukształtowanie norm karnych, które powinny w pierwszej kolejności realizować funkcje gwarancyjne w zakresie ochrony podstawowych praw jednostki. Z kolei reprezentanci wspomnianego paradygmatu antynaturalistycznego za przejaw racjonalności uznają skoncentrowanie wysiłków na możliwie najszerszej dekryminalizacji, być może nawet kosztem funkcji ochronnej prawa karnego, skoro to właśnie prawo karne i tradycyjne formy kontroli społecznej przyczyniają się w głównej mierze do generowania nowych form przestępczości.

Wszystko to razem wzięte wskazuje, że nie jest rzeczą łatwą określenie przesłanek, które decydowałyby o racjonalności procesów kryminalizacyjnych. Dotyczy to w szczególności kryminalizacji zachowań seksualnych, zwłaszcza tych, których ofiarami są osoby małoletnie. Według L. Gardo-

²⁴ K. Krajewski, *Pozytywizm kryminologiczny i jego krytyka*, „Archiwum Kryminologii” 18, 1992, s. 26.

²⁵ *Ibidem*, s. 29.

ckiego u podstaw sankcjonowania tego typu zachowań leżą powody o charakterze emocjonalnym²⁶. Z tezą tej treści nie do końca można się zgodzić. Nie stanowi problemu wskazanie licznych, podawanych w literaturze o charakterze prawno-medycznym, szkód, zarówno w sferze fizycznej, jak i psychicznej, których z reguły doznają małoletni w wyniku podejmowanych wobec nich, zróżnicowanych form kontaktów seksualnych ze strony osób dorosłych. Jest tu więc widoczny cel tych unormowań — zapobieganie szkodom psychofizycznym stanowiącym skutek przedwczesnej inicjacji seksualnej. Ale wydaje się, że celem unormowań przewidujących karalność takich zachowań jest współcześnie także coś więcej niż ochrona dóbr indywidualnych osób małoletnich. Chodzi tu chyba także o ochronę pewnych wzorców kulturowych, postawienie bariery zachowaniom, których upowszechnienie i uznanie za normalne musiałyby prowadzić po pewnym czasie do ich dekryminalizacji. Pośrednio regulacje te mają też znaczenie w sferze społeczno-politycznej. Stanowią sygnał, że nie będą akceptowane ruchy społeczne, przybierające w niektórych krajach nawet formy partii politycznych, upowszechniające akceptację pedofilii²⁷.

Oprócz wartości merytorycznej uregulowań prawnych istotnym elementem racjonalnej kryminalizacji pozostaje forma, w jakiej zostały one ujęte. Aktualny problem w tym zakresie stanowi zagadnienie tak zwanej kryminalizacji symbolicznej. Chodzi tu — według L. Gardockiego — o takie, często celowe, ujęcie znamion przestępstwa w ustawie, które w poważnym stopniu utrudnia, a nawet uniemożliwia ich udowodnienie w konkretnej sprawie. Jest to zatem forma pozornego, a nie rzeczywistego załatwienia problemu w warstwie normotwórczej²⁸.

²⁶ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii...*, s. 79.

²⁷ Za przykład takich ruchów społecznych mogą służyć międzynarodowa organizacja Pedophile Information Exchange (PIE) czy, założona w 2006 r. w Holandii, uznawana za pedofilską, partia Dobroczynność, Wolność i Różnorodność. Szerzej na ten temat G. Górny, *Czas pracuje dla pedofilów?*, „Rzeczpospolita” z 16 września 2008, s. A 14.

²⁸ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii...*, s. 62, 178–183. Podane tu rozumienie kryminalizacji symbolicznej nie jest przyjmowane powszechnie. W doktrynie niemieckiej można się na przykład spotkać z inną jej definicją. Według C. Roxina chodziłoby tu o „przepisy prawa karnego, które nie wykazują konkretnych działań ochronnych, lecz przez podkreślanie pewnych preferowanych wartości lub demonstracyjne odrzucanie postaw uznanych za szkodliwe, służą przedstawianiu (promowaniu) ugrupowań społecznych lub politycznych”. Zob. C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, München 2006, s. 25.

Właśnie przez pryzmat kryminalizacji symbolicznej w zasadniczym stopniu należy spojrzeć na wysiłki ustawodawcy — te dawne i obecne — w typizowaniu zachowań seksualnych wobec osób małoletnich. Częściowo także temu zagadnieniu zostaną poświęcone dalsze rozważania.

III. Pojęcie pedofilii i możliwości jej zdiagnozowania

Na gruncie seksuologii, ale też medycyny sądowej, psychiatrii i psychologii pedofilię zalicza się do dewiacji (perwersji, zboczeń) seksualnych²⁹. Jest to jedna z form zaburzenia skłonności seksualnych (parafilii) względem przedmiotu zaspokojenia popędu seksualnego³⁰. Według Międzynarodowej Statystycznej Klasyfikacji Chorób i Problemów Zdrowotnych (ICD-10) prowadzonej przez WHO chodzi tu o zaburzenie preferencji seksualnych osoby dorosłej, która czyni dzieci obiektem swych

Jako przykład kryminalizacji symbolicznej C. Roxin podaje karalność w niemieckim prawie tak zwanego kłamstwa oświęcimskiego. Jego zdaniem, ktoś kto podważa współcześnie istnienie zbrodni nazistowskich na narodzie żydowskim, naraża się wyłącznie na społeczną pogardę, ponieważ w Niemczech kwestia ta, w powszechnej świadomości, nie podlega żadnej dyskusji. Penalizacja ta ma zatem na celu nie tyle ochronę jakiegoś zagrożonego dobra, ile podtrzymywanie w społeczeństwie pamięci historycznej i wizerunku Niemiec jako państwa potępiającego nazizm i respektującego prawa mniejszości. Jak zauważa przy tym C. Roxin — do manifestowania takiej postawy i jej społecznego upowszechniania ingerencja prawa karnego nie jest konieczna. Zob. C. Roxin, *op. cit.*, s. 26.

²⁹ Oprócz pojęcia pedofilia używane są, jako wyrazy dość bliskoznaczne, takie określenia, jak infantofilia, infantoseksualizm, nimfomania (predylekcja do małych dziewcząt), partenofilia (pociąg seksualny do dziewczyc), efobofilia (skłonność do dzieci, które nie mają jeszcze wyodrębnionych cech płciowych), nepiofilia (zainteresowanie dziećmi zupełnie małymi — w wieku przedszkolnym i młodszymi) oraz hebefilia (ukierunkowanie popędu płciowego na osoby młode, dojrzałe płciowo, ale przed osiągnięciem przez nie pełnoletniości). Ta ostatnia skłonność, ze względu na karalność czynności seksualnych z osobami poniżej 15 roku życia, w zasadzie znajduje się poza zainteresowaniem polskiego prawa karnego. Por. K. Pospiszyl, *Przestępstwa seksualne*, Warszawa 2005, s. 52; J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 210.

³⁰ Wyróżnia się dewiacje seksualne polegające na ukierunkowaniu popędu seksualnego na niewłaściwy przedmiot (na przykład pedofilia, zoofilia, nekrofilia) — tak zwane *perversiones in obiecto*, albo na jego realizacji w dziwny sposób (na przykład masochizm, sadyzm) — tak zwane *perversiones in actu*. Zob. B. Popielski, *Przestępstwa seksualne*, [w:] *Medycyna sądowa*, red. B. Popielski, J. Kobiela, Warszawa 1972, s. 616.

zachowań seksualnych. Sprawca musi przy tym ukończyć 16 lat, a różnica wieku między nim a pokrzywdzonym powinna wynosić co najmniej 5 lat. Zachowanie to, aby zostało uznane za zaburzenie, musi trwać co najmniej 6 miesięcy³¹.

W literaturze medycznej i prawniczej można się spotkać z różnymi klasyfikacjami dotyczącymi zarówno pedofilii, jak i pedofilów. Ustalenie treści tych pojęć ma istotne znaczenie, biorąc pod uwagę między innymi nowelizację k.k. z 5 listopada 2009 roku, która wprowadza art. 200b przewidujący karalność publicznego propagowania lub pochwalania zachowania o charakterze pedofilskim.

Mając na uwadze stopień empatyczności sprawcy wobec dziecka, wyróżnia się wśród pedofilów tak zwany typ bezuczuciowy (psychopatyczny), który obchodzi się ze swoimi ofiarami w sposób całkowicie instrumentalny, oraz tak zwany typ neurotyczny (nerwicowy), oznaczający osobnika, który ma rzekomo traktować ofiary „dobrotliwie”, uważając kontakty z dzieckiem za „przypieczętowanie związku dusz”³².

Zainteresowanie seksualne małoletnimi może być w określonych okolicznościach wynikiem niemożności zaspokojenia popędu seksualnego przez sprawcę z partnerami dorosłymi (tak zwani pedofile regresyjni), w innych wypadkach osoby dotknięte dewiacją kierują swoje zainteresowania wyłącznie wobec dzieci, uważając je za najbardziej atrakcyjne objekty pragnień erotycznych (tak zwani pedofile fiksacyjni)³³.

³¹ Z. Lew-Starowicz, *Seksuologia sądowa*, Warszawa 2000, s. 126. Nieco inne cechy omawianego zaburzenia podkreśla się w podręczniku diagnostyki i statystyki wydanym przez Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne (DSM-IV), wykorzystywanym powszechnie w USA. Przez pedofilię rozumie się tam istnienie u danej osoby nawracających silnych pragnień oraz podniecających fantazji seksualnych dotyczących zachowań o takim charakterze z niedojrzałym płciowo dzieckiem lub dziećmi, jak również przejawianie zachowań związanych z aktywnością seksualną z niedojrzałym płciowo dzieckiem lub dziećmi. Zob. W.L. Marshall, *Czy pedofilia jest uleczalna? Wyniki badań północnoamerykańskich*, „Seksuologia Polska” 2008, nr 1, s. 34.

³² W opracowaniach z dziedziny psychologii podkreśla się niejednokrotnie, że nie istnieje w rzeczywistości pedofil „dobrotliwy” czy też „czuły” wobec dziecka. Jak twierdzi K. Pospiszyl, jest to niemożliwe, ponieważ u podstaw tego rodzaju parafilii leży agresja oraz chęć instrumentalnego wykorzystania i skrzywdzenia dziecka. Zob. K. Pospiszyl, *Pedofilia i kazirodztwo. Uwarunkowania i postacie*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2004, nr 43, s. 21, 23.

³³ Z. Lew-Starowicz, *op. cit.*, s. 129–130.

Dokonując podziału zachowań seksualnych wobec osób małoletnich, można wyszczególnić następujące ich rodzaje, jako przejawy pedofilii:

a) zachowania seksualne nieprzybierające form fizycznego kontaktu z dziećmi (między innymi ekshibicjonizm, prezentowanie materiałów lub czynności pornograficznych);

b) czynności seksualne przyjmujące inną postać kontaktu fizycznego z dzieckiem niż obcowanie płciowe;

c) stosunki seksualne z małoletnimi polegające na obcowaniu płciowym;

d) stosunki seksualne z małoletnimi wymuszane przemocą³⁴.

Pedofilię można również klasyfikować, biorąc pod uwagę stopień rozwoju molestowanego dziecka. W tym względzie można by wyróżnić następujące jej rodzaje z uwzględnieniem umownie wyróżnionych stopni:

— pedofilię I stopnia — dotyczy ona zachowań ukierunkowanych na dzieci poniżej 15 roku życia, które osiągnęły dojrzałość fizyczną, choć nie są jeszcze w pełni ukształtowane emocjonalnie;

— pedofilię II stopnia — chodzi tu o skłonność do dzieci, które nie są jeszcze dojrzałe ani fizycznie, ani emocjonalnie, ale wyodrębniły się u nich cechy płciowe;

— pedofilię III stopnia — przedmiotem zainteresowania dotkniętych nią sprawców są dzieci, które nie mają jeszcze wyodrębnionych cech płciowych, stąd dla sprawcy płeć dziecka nie ma znaczenia;

— pedofilię IV stopnia — chodziłoby tu o osobników odczuwających pociąg seksualny do dzieci w wieku przedszkolnym i młodszym³⁵.

Biorąc pod uwagę powyższe rozróżnienia, należy wskazać, że im niższy jest wiek dziecka będącego przedmiotem zachowań pedofilnych oraz im więcej występowało w tym zachowaniu elementów przemocy,

³⁴ K. Pospiszyl, *Pedofilia i kazirodztwo...*, s. 7; M. Podgajna-Kuśmierk, *Pedofilia*, Kraków 2003, s. 37.

³⁵ D. Wsocki, *Czy należy kastrować pedofilów?*, „Rzeczpospolita” z 28 października 2008, s. C6. Bolesław Popielski wyróżniał tu dwie grupy ofiar czynów pedofilskich: małoletnich w wieku zbliżonym do lat 15 oraz małe dzieci. Zob. B. Popielski, *Orzecznictwo lekarskie*, Warszawa 1981, s. 320. Por. także wyniki badań dotyczące wieku ofiar przestępstw seksualnych w pracy K. Marzec-Holki, *Przemoc seksualna wobec dziecka. Studium pedagogiczno-kryminologiczne*, Bydgoszcz 1999, s. 122–124.

tym większe jest ryzyko wystąpienia w przyszłości u ofiary poważnego urazu psychicznego³⁶.

Z przedstawionych tu podziałów klasyfikacyjnych wynika, że osobnicy z omawianymi zaburzeniami parafilnymi mogą być skrajnie zróżnicowani, zarówno pod względem sposobu realizacji zachowań seksualnych, jak i preferowanych cech psychofizycznych ofiar, wobec których są one dokonywane. Mniej groźny — jak można sądzić — będzie pedofil regresyjny o charakterze neurotycznym, dokonujący swoich zachowań seksualnych niełączyących się z wykazywaniem agresji lub używaniem przemocy wobec nieletnich. Zachowania te mogą polegać wyłącznie na kupowaniu różnych prezentów, ewentualnie także na dotykaniu i całowaniu nieletnich, ale dojrzałych pod względem fizycznym dzieci, a zwłaszcza dziewcząt. Mogą być one wynikiem na przykład zespołu psychoorganicznego wywołanego miażdżycą w wieku starszym³⁷. Czynnów takich mogą się też dopuszczać fizycznie zdrowi starcy dotknięci niemocą płciową, którzy — jak pisał B. Popielski — przy utrzymanym jeszcze pędzie płciowym nie mają już szans powodzenia u kobiet dojrzałych³⁸.

Typem skrajnie niebezpiecznym, stanowiącym przeciwieństwo w stosunku do wymienionego, będzie pedofil fiksacyjny o charakterze psychopatycznym powodowany często sadyzmem lub (i) raptofilią, kierujący przy tym swoje zachowania seksualne wobec małych i bardzo małych dzieci³⁹.

Rozwiązania prawne dotyczące zarówno kryminalizacji, jak i penalizacji pedofilii muszą uwzględniać zróżnicowanie jednostek, które

³⁶ K. Pospiszyl, *Pedofilia i kazirodztwo...*, s. 8.

³⁷ Istnieje pogląd, że znaczną część sprawców obcowania płciowego z dziećmi poniżej lat 15, w polskich warunkach, stanowią osoby dotknięte zespołem psychoorganicznym. Zob. J. Przybysz, *Psychiatria sądowa. Opiniowanie w procesie karnym*, Toruń 2004, s. 289. W literaturze medycznej podkreśla się jednak, że nie należy mylić pedofilii z czynnościami seksualnymi podejmowanymi wobec dzieci przez osoby niepoczytalne, na przykład ze względu właśnie na otępienie, ale też alkoholizm lub upośledzenie umysłowe. Zob. A. Malinowski, *Podstawowe zagadnienia w orzecznictwie sądowo-psychiatrycznym*, Warszawa 1961, s. 143; *Psychiatria kliniczna*, t. 2, red. A. Bilikiewicz *et al.*, Wrocław 2002, s. 570.

³⁸ B. Popielski, *Orzecznictwo...*, s. 321.

³⁹ K. Klimasiński, *Elementy psychopatologii i psychologii klinicznej*, Kraków 2000, s. 54.

w różnym stopniu i pod odmiennymi postaciami dotknięte są wskazanym tu rodzajem parafilii.

Na gruncie polskiego prawa zdiagnozowanie pedofilii u osoby molestującej dzieci może być utrudnione. W literaturze seksuologicznej podkreśla się, że ustalenie istnienia tego schorzenia wyłącznie na podstawie wywiadu i oświadczeń badanej osoby opisujących jej doświadczenia seksualne nie zawsze jest możliwe, ponieważ przestępcy seksualni nie są zwykle sprawozdawcami godnymi zaufania⁴⁰. Bardziej zobiektywizowane rezultaty można w tym względzie uzyskać, stosując na przykład wykorzystywane w USA testy fallometryczne⁴¹. Badania tego rodzaju oparte są jednak — podobnie jak w wypadku zastosowania wariografu — na „kontrolu nieświadomych reakcji organizmu badanej osoby”, a to oznacza, jak można sądzić, że ich przeprowadzanie w Polsce, zgodnie z treścią art. 199a k.p.k. byłoby możliwe wyłącznie za zgodą oskarżonego. W razie odmowy poddania się takiemu badaniu biegły musiałby się oprzeć na tradycyjnych metodach diagnostycznych⁴².

Jak wynika z niektórych opracowań, do niedawna nie we wszystkich sprawach dotyczących przestępstw z art. 200 § 1 i § 2 k.k. na etapie postępowania przygotowawczego i sądowego przeprowadzono diagnostykę występowania pedofilii u sprawcy podejrzanego o dopuszczenie się

⁴⁰ W.L. Marshall, *op. cit.*, s. 34.

⁴¹ Chodzi tu o tak zwaną pletyzmografię prąciową, inaczej PPG. Testy te polegają na pokazywaniu osobie, która dopuściła się przestępstwa seksualnego wobec małoletniego, obrazów o treści erotycznej — również z udziałem dzieci — i jednoczesnym rejestrowaniu przejawów seksualnego pobudzenia tej osoby. Jeżeli akty wizualne dotyczące osób małoletnich zdecydowanie bardziej wywołują podniecenie u badanego niż podobne obrazy czynności seksualnych z udziałem osób dorosłych, stwierdza się, że jest on dotknięty pedofilią (oczywiście badanie te są uzupełnione wynikami innych, tradycyjnych analiz). Zob. W.L. Marshall, *op. cit.*, s. 34; M. Chaffin, E. Letourneau, J.F. Silovsky, *Dorośli sprawcy wykorzystywania seksualnego dzieci — przegląd zagadnień*, „Dziecko Krzywdzone” 2002, nr 1, s. 59.

⁴² Tytułem przykładu można tu wskazać analizę akt sprawy, wywiad dotyczący podejrzanego i jego dotychczasowego życia, przeprowadzenie badań neurologicznych, psychiatrycznych i psychologicznych oraz laboratoryjnych. W takich wypadkach stosowano też badania tomograficzne głowy i analizę zapisów EEG. Zob. J. Masłowski *et al.*, *Próby klasyfikacji typologicznej sprawców molestowania seksualnego dzieci na podstawie analizy orzeczeń sądowo-psychiatrycznych*, „Postępy Psychiatrii i Neurologii” 2002, nr 11, s. 40.

czynności seksualnych wobec małoletnich⁴³. Biorąc pod uwagę konieczność orzeczenia wobec skazanego właściwych środków karnych, których celem i sensem jest przeciwdziałanie pedofilii, musi to budzić zdziwienie. Nadmienić należy, że w związku z wprowadzeniem w k.k. w 2005 roku nowego środka zabezpieczającego stosowanego wobec sprawców przestępstw seksualnych z art. 95a — to jest możliwości umieszczenia ich w zakładzie zamkniętym po odbyciu kary — o którego wdrożeniu sąd może podjąć decyzję już wymierzając karę, diagnoza tego rodzaju powinna zostać obecnie przeprowadzona na etapie postępowania jurysdykcyjnego⁴⁴.

Stefan Leleńtal jest zdania, że sąd orzekający w każdej sprawie o przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności (z wyjątkiem sutenerstwa, stręczycielstwa i kuplerstwa) powinien ustalić, czy jego sprawca nie jest dotknięty zaburzeniami preferencji seksualnych. Okoliczność ta musi zostać ustalona w wyroku skazującym. Zdaniem tego autora wynika to z treści art. 11 § 2 k.k.w., zgodnie z którym sąd pierwszej instancji po wydaniu wyroku skazującego ma obowiązek przesłać dyrektorowi zakładu karnego informacje dotyczące popełnienia przestępstwa określonego w art. 197–203 k.k. w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych⁴⁵.

W Polsce nie ma chyba jednak obecnie ani jednego ośrodka, który specjalizowałby się w diagnozowaniu pedofilii u sprawcy przestępstwa seksualnego dokonanego na szkodę małoletniego⁴⁶.

⁴³ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne aspekty pedofilii. Analiza dogmatyczna i wyniki badań empirycznych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, nr 2, s. 67. Jak wynika z tej publikacji, na 157 spraw dotyczących podejrzenia o sprawstwo czynu z art. 200 § 1 i 2 k.k. osądzonych na terenie sądów czterech apelacji w 2002 roku w aktach 96 z nich nie było danych o przeprowadzeniu diagnozy pedofilii.

⁴⁴ T. Pudo, *Nowe regulacje karne dotyczące przestępstw związanych z pedofilią*, „Państwo i Prawo” 2007, nr 4, s. 59.

⁴⁵ S. Leleńtal, *Kwalifikowanie skazanych do systemu terapeutycznego oddziaływania (ze szczególnym uwzględnieniem skazanych za przestępstwa seksualne)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2008, nr 19, s. 23.

⁴⁶ Istniał projekt powstania Krajowego Ośrodka Seksuologii Sądowej, który miał funkcjonować przy Instytucie Psychiatrii i Neurologii w Warszawie. W ośrodku tym mogłyby przebywać jednorazowo 10 osób poddawanych badaniom, a personel liczyłby około 20 pracowników. Ośrodek ten miał zacząć działać na początku 2010 roku. Zob. E. Zwierzczońska, *Pedofilów będą badać w stolicy*, „Rzeczpospolita” z 10 lutego 2009, s. A8.

IV. Dane statystyczne dotyczące prawomocnych orzeczeń skazujących za przestępstwa określone w art. 176 k.k. z 1969 roku oraz w art. 200 § 1 k.k. z 1997 roku w latach 1970–2006

Informacje statystyczne o liczbie prawomocnych wyroków skazujących za czyny lubieżne wobec osób małoletnich (art. 176 k.k. z 1969 roku) oraz zachowania polegające na obcowaniu płciowym lub innych czynnościach seksualnych z małoletnimi (art. 200 § 1 k.k. z 1997 roku) można przedstawić, posługując się trzema istotnymi cezurami czasowymi. Pierwszy okres stanowią lata 1970–1989, to jest czas obowiązywania k.k. z 1969 roku w warunkach ustroju socjalistycznego. Następnie należy wyróżnić przedział lat 1990–1997, to jest fazę obowiązywania ustawodawstwa o charakterze socjalistycznym, funkcjonującego w warunkach nowego ustroju społeczno-gospodarczego. Trzecim odcinkiem czasowym są lata 1998–2006, to jest okres obowiązywania nowych unormowań karnych odpowiadających założeniom politycznokryminalnym liberalnego państwa demokratycznego.

Powstaje pytanie, czy którekolwiek z wymienionych tu czynników, to jest odmienny ustrój polityczny i społeczno-gospodarczy oraz zmodyfikowane treściowo podczas zmiany ustawodawstwa karnego w 1997 roku uregulowania prawne, wpłynęły na wzrost, względnie zmniejszenie się, liczby omawianych tu przestępstw?

W pierwszym ze wskazanych okresów liczba wydanych wyroków ma charakter ustabilizowany — waha się od 264 orzeczeń (1970 rok) do 539 (1980 rok)⁴⁷. Zmiana ustroju w 1989 roku nie wpłynęła znacząco na rozmiary omawianych tu karalnych zachowań seksualnych wobec dzieci. Pomijając zauważalne zmniejszenie się liczby orzeczonych kar

⁴⁷ Liczba orzeczeń kształtowała się tu następująco: 1970 — 264, 1971 — 433, 1972 — 510, 1973 — 525, 1974 — 495, 1975 — 520, 1976 — 518, 1977 — 420, 1978 — 454, 1979 — 404, 1980 — 539, 1981 — 339, 1982 — 372, 1983 — 448, 1984 — 372, 1985 — 349, 1986 — 407, 1987 — 425, 1988 — 388, 1989 — 311. Informacje statystyczne dotyczące lat 1970–1986 podano za: M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych*, [w:] *System prawa karnego*, t. 4, cz. II, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław 1989, s. 197; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1989, s. 453. Natomiast dane za lata 1987–1998 uzyskano w Wydziale Statystyki Ministerstwa Sprawiedliwości.

w 1990 roku (194 skazania), w tym okresie liczba wyroków zawierających sankcje karne osiągnęła maksymalny wymiar w roku 1996 (527), najmniej kar orzeczono w 1991 roku (311)⁴⁸.

Począwszy od 1999 roku, widoczny jest wzrost liczby prawomocnych orzeczeń skazujących z art. 200 § 1 obowiązującego k.k. W tym okresie liczba rozstrzygnięć sądowych nakładających kary w zasadzie nie zmniejsza się poniżej granicy 500 wyroków⁴⁹, co jest stanem, który w świetle wskazywanych danych (to jest poczynając od 1970 roku) występował raczej rzadko (w latach 1972–1973, 1975–1976, w 1980 i w 1996 roku). Nie oznacza to bynajmniej, że przyczyną zwiększonej karalności — a co za tym idzie — większej liczby omawianych przestępstw była zmiana ustawodawstwa karnego. Świadczyć może o tym między innymi fakt, że od roku 2004 nastąpił kolejny skok liczby wydanych wyroków skazujących w omawianej kategorii spraw — pomiędzy rokiem 2004 a 2006 liczba orzeczeń przekracza 700.

Wskazane tu dane statystyczne mogą stanowić źródło odmiennych wniosków. Można bowiem wysnuć z nich konkluzję, że ani przekształcenia ustroju społeczno-gospodarczego, ani też zmiana ustawodawstwa nie stanowiły decydujących uwarunkowań tego typu przestępczości w Polsce. Dowodzić tego mogą również informacje dotyczące liczby wydanych orzeczeń w tego typu sprawach w latach 1960–1970, z których wynika, że w drugiej połowie lat sześćdziesiątych ubiegłego wieku w Polsce liczba wyroków skazujących sprawców seksualnego wykorzystania małoletnich przekroczyła 700, a w całej dekadzie prawie zawsze oscylowała w pobliżu

⁴⁸ W tym czasie wydano następującą liczbę rozstrzygnięć sądowych: 1990 — 194, 1991 — 311, 1992 — 385, 1993 — 412, 1994 — 448, 1995 — 428, 1996 — 527, 1997 — 493.

⁴⁹ Wyjątkiem był w tym względzie rok 2000 — 455 orzeczeń oraz 1998 — 226 orzeczeń, przy czym w tym ostatnim wypadku chodzi o dane dotyczące tylko tej części roku, w której zaczął obowiązywać k.k. z 1997 roku. Dane kształtują się tu następująco: 1998 — 226 (okres od 1 września do 31 grudnia), 1999 — 527, 2000 — 455, 2001 — 526, 2002 — 503, 2003 — 575, 2004 — 819, 2005 — 749, 2006 — 722. Dane te zaczerpnięto ze strony internetowej Ministerstwa Sprawiedliwości (www.ms.gov.pl). Informacje nieznacznie różniące się od podanych tu można znaleźć w opracowaniu T. Kalisza i A. Kwiecińskiego, *Skazani z zaburzeniami preferencji seksualnych w polskim systemie penitencjarnym*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2008, nr 60, s. 70. Wyglądają one następująco: 1999 — 529, 2000 — 458, 2001 — 526, 2002 — 503, 2003 — 575, 2004 — 914, 2005 — 749.

600 wyroków rocznie⁵⁰. Jednocześnie nie można pominąć faktu, że liczba prawomocnych skazań pomiędzy 1998 a 2006 rokiem stale wzrastała i to, jak się wydaje, przy zawężonym zakresie kryminalizowanych zachowań objętych dyspozycją art. 200 k.k. w stosunku do treści art. 176 k.k. z 1969 roku. Może więc uzasadnione jest twierdzenie o wzroście tego typu przestępczości w okresie obowiązywania obecnego k.k.?

W tym miejscu należy odwołać się do danych dotyczących liczby stwierdzonych przestępstw pedofilnych przez organy ścigania. Uwzględniając wiadomości z lat 1989–2006, można powiedzieć, że liczba tych przestępstw wahała się. Stały wzrost można zaobserwować w latach 1990–1997, następnie w latach 1998–2001 liczba wykrytych przestępstw zmniejsza się, od roku 2001 do 2004 ponownie rośnie, aby w latach 2005–2006 relatywnie (w porównaniu z latami 2003 i 2004) zmniejszył się⁵¹.

Na podstawie przedstawionych tu informacji można wysnuć wniosek, że w latach 1999–2006 zwiększyła się, w porównaniu z latami 1990–1997, liczba wydanych orzeczeń sądowych skazujących sprawców, którzy dopuścili się karalnych zachowań seksualnych wobec ma-

⁵⁰ Zob. J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne...*, s. 220. Należy tu wszakże uczynić zastrzeżenie, że art. 203 k.k. z 1932 roku, którego dotyczą te informacje, penalizował nie tylko dokonanie czynu nierządnego wobec osoby poniżej lat 15, ale także tego rodzaju zachowania względem osób niepczytalnych. Dotyczył zatem większego zbioru przestępstw aniżeli zachowania pedofilne.

⁵¹ Liczba stwierdzonych przestępstw z art. 176 k.k. z 1969 roku, w latach 1989–1997 wyniosła: 1989 — 1157, 1990 — 824, 1991 — 907, 1992 — 1151, 1993 — 1476, 1994 — 1492, 1995 — 1477, 1996 — 1737, 1997 — 2210. Cyt. za: J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne...*, s. 219. W kolejnych latach ustalono następującą liczbę czynów karalnych z art. 200 § 1 k.k. z 1997 roku: 1998 — 1876, 1999 — 1673, 2000 — 1518, 2001 — 1460, 2002 — 1485, 2003 — 1817, 2004 — 1923, 2005 — 1697, 2006 — 1687. Cyt. za: T. Kalisz, A. Kwieciński, *op. cit.*, s. 67. Informacje prezentowane przez tych dwóch autorów można także znaleźć w rocznikach statystycznych. Zwraca uwagę, że do 2006 roku podawano w nich ogólną liczbę przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, wyszczególniając tylko liczbę zgwałceń. Od roku 2006 podaje się w nich odrębnie także liczbę przestępstw z art. 200 k.k. w zakończonych postępowaniach przygotowawczych. W roku 2007 zanotowano 1882 wykryte przestępstwa pedofilii. Zob. *Rocznik Statystyczny RP*, Warszawa 2008, s. 156. Dane statystyczne dotyczące omawianych kwestii w latach 1999–2004, nieznacznie różniące się od powyższych, podaje Marian Filar w artykule pt. „*Druga*” *nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych*, „Państwo i Prawo” 2006, nr 3, s. 41. Według tego autora kształtowały się one następująco: 1999 — 1659, 2000 — 1506, 2001 — 1448, 2002 — 1453, 2003 — 1786, 2004 — 1904.

łoletnich. Jeżeli natomiast porównać te same okresy, biorąc pod uwagę liczbę wykrytych przestępstw, to stały wzrost jest zauważalny w latach 1991–1997, natomiast w latach 1998–2006 liczba ta nie wzrasta w sposób stały, lecz raczej waha się.

Reasumując, można powiedzieć, że liczba omawianych tu, wykrywanych przestępstw ulega ustawicznym zmianom, natomiast dostrzec można stale zwiększającą się liczbę wydawanych wyroków skazujących. Zwiększenie się tej ostatniej wartości należy wiązać, być może, z poprawą działań organów ścigania, którym udaje się w coraz większym stopniu doprowadzić do udowodnienia winy i skazania sprawców wskazanych przestępstw.

Oczywiście nie należy się raczej łudzić, że podane informacje o charakterze statystycznym ukazują rzeczywiste rozmiary przestępczości o charakterze pedofilskim, niemniej, choć w niedoskonały sposób, obrazują jej dynamikę w naszym kraju⁵².

V. Uregulowania karne służące zwalczaniu przestępczości pedofilskiej

1. Kryminalizacja zachowań pedofilskich

W ujęciu kryminologicznym przejawy zachowań pedofilskich mogą przybierać różnorodną postać — od gromadzenia materiałów pornograficznych z udziałem małoletnich i obrotu nimi, prezentowania tych materiałów oraz czynności seksualnych dzieciom, angażowania dzieci w pornografię, dopuszczania się zachowań ekshibicjonistycznych wobec tej kategorii osób, poprzez różnorodne czynności seksualne, których obiektem są osoby małoletnie, w tym obcowanie seksualne, także w warunkach kazirodztwa, aż po zgwałcenia⁵³.

⁵² O ciągłym wzroście przestępczości pedofilskiej w Polsce w latach 1989–1998 i w latach kolejnych przekonany jest między innymi M. Filar, który pisze o bezdyskusyjnej dynamice wzrostu tego typu przestępczości. Zob. *idem*, *Seksualne wykorzystywanie dzieci w świetle polskiego kodeksu karnego (na tle prawno-porównawczym)*, „Dziecko Krzywdzone” 2002, nr 1, s. 40–41.

⁵³ B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełniane za pośrednictwem systemu informatycznego*, Wrocław 2004, s. 113.

W niniejszym opracowaniu zagadnienie kryminalizacji czynności pedofilskich zostanie zawężone do analizy tylko tych unormowań, które na gruncie wszystkich dotychczasowych polskich kodyfikacji karnych penalizowały zasadniczy typ tego rodzaju przestępczości, to jest stosunki płciowe z małoletnimi oraz inne czynności seksualne, których mogą się dopuszczać wobec nich inne, głównie dorosłe osoby.

W k.k. z 1932 roku odnośnie zagadnienie regulował art. 203, który wprowadził karę więzienia do lat 10 za popełnienie czynu nierządnego względem osoby poniżej lat 15 albo osoby zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swym postępowaniem. Zasadnicze znaczenie na gruncie tej regulacji miała interpretacja zwrotu „czyn nierządny”. Jego wykładnia budziła w doktrynie rozbieżności, niemniej, jak się wydaje, chodziło tu o każdą postać czynności seksualnej mającej na celu zaspokojenie popędu płciowego lub jego pobudzenie, pod warunkiem, że przybrała ona postać kontaktu z ciałem osoby pokrzywdzonej⁵⁴.

W k.k. z 1969 roku odpowiednikiem wspomnianego uregulowania był art. 176, który stanowił o odpowiedzialności karnej w wymiarze od roku do 10 lat pozbawienia wolności za czyn lubieżny względem osoby poniżej 15 roku życia. Dość nieprecyzyjne sformułowanie „czynu nierządnego”, jakim posłużył się ustawodawca w k.k. z 1932 roku, zostało zastąpione równie nieostrym pojęciem „czynu lubieżnego”. Wydaje się, że zamiarem twórców k.k. z 1969 roku było rozszerzenie penalizacji także na takie zachowania wobec małoletnich, które mogąc niekorzystnie wpłynąć na ich rozwój psychiczny w sferze seksualnej, nie musiały przyjmować formy kontaktu cielesnego. Tym samym, w ówczesnej doktrynie pojawiały się twierdzenia interpretujące jako omawiane przestępstwo praktycznie wszelkie przejawy zachowań o treści erotycznej, których obiektem były dzieci niemające ukończonych lat 15 — w szczególności zachowania ekshibicjonistyczne wobec nich, podglądactwo itp.⁵⁵ Tak szeroka wykładnia pojęcia „czyn lubieżny” spotkała się z krytyką. Zwracano uwagę, że już w okresie przedwojennym utożsamiano niekiedy po-

⁵⁴ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 484; L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*, Kraków 1936, s. 419.

⁵⁵ Obszernie poglądy doktryny na ten temat pod rządami k.k. z 1969 roku omawia M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie...*, s. 203.

jęcia „czyn nierządny” i „czyn lubieżny”, nie wskazując na różnice znaczeniowe między nimi⁵⁶. Podkreślano, że praktyka, a więc orzecznictwo sądowe tego okresu (tj. po 1969 roku) nadawało określeniu „czyn lubieżny” szersze znaczenie w porównaniu z zakresem pojęciowym „czynu nierządno”. W konsekwencji przyjmowano powszechnie, że czyny lubieżne to zachowania dokonywane wobec osób poniżej 15 roku życia, których celem było wywołanie podniecenia lub zaspokojenie pobudliwości płciowej, mające przy tym obiektywną zdolność do naruszenia dobra chronionego prawem. Czyn lubieżny, w przeciwieństwie do czynu nierządno z art. 203 k.k. z 1932 roku, nie musiał przyjmować formy kontaktu cielesnego. Jego cechą pozostawała natomiast zdolność do wywołania negatywnych skutków w psychice osoby małoletniej. Małoletni powinien być zatem świadomy dokonywanych wobec niego zachowań mogących stać się przyczyną niekorzystnych zmian w rozwoju psychoseksualnym. Nie wchodziłyby tu zatem w grę tego typu zachowania, jak na przykład podglądanie przez dziurkę od klucza nagiego, kąpiącego się i nieświadomego tego faktu dziecka czy też dokonanie czynu seksualnego w obecności dziecka śpiącego⁵⁷.

W pierwotnym brzmieniu treść art. 200 k.k. z 1997 roku, dotycząca omawianego tu typu przestępstwa, brzmiała: „§ 1 Kto doprowadza małoletniego poniżej lat 15 do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”. W treści § 2 podkreślono, że tej samej karze podlega, kto utrwała treści pornograficzne z udziałem takiej osoby.

Wskazany przepis skonstruowany był wadliwie. Zasadniczym mankamentem omawianej regulacji było określenie czynności wykonawczej, która miała polegać na „doprowadzeniu” małoletniego do czynności seksualnych. W doktrynie podnoszono zasadnie, że taka konstrukcja w praktyce uniemożliwiałaby karanie osób dopuszczających się zachowań seksualnych wobec małoletnich, jeżeli to od nich (na przykład prostytutujących się osób młodocianych) wyszłaby propozycja dokonania takich czynności. Wówczas bowiem na przykład do obco-

⁵⁶ Zob. L. Peiper, *op. cit.*, s. 419.

⁵⁷ M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie...*, s. 204; I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1978, s. 392.

wania płciowego doprowadzałyby nie dorosły sprawca, lecz właśnie osoba małoletnia⁵⁸.

Treść znamion czynności wykonawczej zawartych w art. 176 k.k. z 1969 roku nie pozwala w istocie ustalić, czy wejście w życie obowiązującego k.k. rozszerzyło zakres kryminalizacji tego typu czynów, czy też nie. Gdyby przyjąć za M. Filarem, że przestępstwo z art. 176 k.k. z 1969 roku było tak zwanym przestępstwem własnoręcznym, to jest, że sprawca musiał osobiście dokonać z małoletnim czynności seksualnej, to oznaczałoby, że ukształtowanie dyspozycji art. 200 § 1 k.k. z 1997 roku spowodowało rozszerzenie zakresu odpowiedzialności karnej za ten czyn. Sprawcą czynu z art. 200 § 1 obowiązującego k.k. może być bowiem i ta osoba, która doprowadziłaby nieletniego do czynu podjętego przez inną osobę, samodzielnie takiego czynu nie podejmując⁵⁹.

Wydaje się jednak, że zarówno w doktrynie, jak i w ówczesnym orzecznictwie sądowym przyjmowano szersze znaczenie czynu lubieżnego. W charakterze przykładu można tu przywołać wyrok SN, w którym za formę dopuszczenia się czynu lubieżnego wobec małoletnich uznano filmowanie ich po tym, jak uprzednio zostali skłonieni do obnażenia się i onanizowania⁶⁰. J. Warylewski w jednej ze swych publikacji wyraził pogląd, że pod pojęciem czynu lubieżnego, na gruncie k.k. z 1969 roku, można było rozumieć na przykład skłonienie małoletniego do stosunku ze zwłokami lub ze zwierzęciem⁶¹. Zdaniem tego autora art. 200 § 1 obowiązującego k.k. (w pierwotnym brzmieniu — P.G.) nie jest wiernym powtórzeniem art. 176 k.k. z 1969 roku, ale sposób działania sprawcy, określony wprawdzie poprzez inne znamiona, nie uległ zasadniczym zmianom⁶².

W wyniku nowelizacji dokonanej 18 marca 2004 roku zmieniono treść art. 200 § 1 k.k. w sposób następujący: „Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czyn-

⁵⁸ M. Filar, *Nowelizacja kodeksu karnego w zakresie tzw. przestępstw seksualnych*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12, s. 23–24.

⁵⁹ M. Filar, *Seksualne wykorzystywanie dzieci...*, s. 43.

⁶⁰ Wyrok SN z dnia 17 czerwca 1998 roku, IV KKN 650/97, „Prokuratura i Prawo” 1998, nr 11–12, poz. 6.

⁶¹ J. Warylewski, *Karnoprawna ochrona małoletniego przed wykorzystaniem seksualnym w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Prokuratura i Prawo” 1999, nr 9, s. 92.

⁶² *Ibidem*, s. 93.

ności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10⁶³. Dotychczasowy § 2 art. 200 k.k. został przesunięty do art. 202 i ujęty jako nowy § 4 tego przepisu. Było to uzasadnione rozwiązanie, albowiem unormowanie to bardziej nawiązywało do zagadnienia karalności szczególnych postaci pornografii niż — wąsko rozumianej — pedofilii.

W kolejnej noweli do k.k. z 27 lipca 2005 roku podniesiono zarówno dolny, jak i górny próg ustawowego zagrożenia za analizowany typ przestępstwa, wprowadzając karę od 2 do 12 lat pozbawienia wolności. Dodano też nowy § 2, którego brzmienie jest następujące: „Tej samej karze podlega, kto w celu zaspokojenia seksualnego prezentuje małoletniemu poniżej lat 15 wykonanie czynności seksualnej⁶⁴. Przepis ten od momentu jego wprowadzenia pozostaje przedmiotem krytyki. Jego treść sugeruje, że ustawodawca chciał objąć penalizacją między innymi zachowania o charakterze ekshibicjonistycznym, które mogą wpływać negatywnie na rozwój psychiczny dzieci, realizowane bez zetknięcia się fizycznego z ciałem osoby małoletniej, a więc wykraczające poza dotychczasowe określenie czynności seksualnych. Można to uznać za próbę nawiązania do koncepcji „czynu lubieżnego” znanego poprzedniemu ustawodawstwu⁶⁵. Omawiana regulacja nawiązuje też do treści art. 177 k.k. z 1969 roku, który penalizował dopuszczenie się czynu nierządnego w obecności osoby poniżej lat 15 albo publicznie, a który w pierwotnej wersji k.k. z 1997 roku nie miał swojego odpowiednika⁶⁶.

Uwzględniając bardzo szeroki zakres czynności, które mogą realizować znamiona „prezentacji małoletniemu wykonania czynności seksualnej”, podkreśla się zbyt wysoki górny pułap ustawowego zagrożenia (12 lat pozbawienia wolności), zwłaszcza jeżeli porównać go z maksymalną granicą odpowiedzialności karnej za czyn z art. 177 k.k. z 1969 roku (pozbawienie wolności do 1 roku)⁶⁷. Nieprecyzyjne określenie znamion przestępstwa, w połączeniu z nieadekwatnie surową, przewidzianą

⁶³ Dz.U. z 2004 r. Nr 69, poz. 626.

⁶⁴ Dz.U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1363.

⁶⁵ M. Filar, „*Druga nowelizacja kodeksu...*”, s. 48.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*, s. 49.

za jego popełnienie karą, uzasadnia tezę, że wskazane tu uregulowanie stanowi przykład kryminalizacji symbolicznej.

Treść porównywanych przepisów poświęconych przestępstwom pedofilskim we wszystkich trzech dotychczasowych kodyfikacjach karnych może sugerować, że ustawodawca właściwie od samego początku ma problem z precyzyjnym określeniem znamion typizowanego przestępstwa. Jeżeli zarzuca się czasem pewne wadliwości uregulowaniom k.k. z 1932 roku, to zalicza się do nich z pewnością swoistą „elegancję” normatywną wyrażającą się w unikaniu kazuistyki, która czasem przekształcała się w tworzenie norm o nazbyt syntetycznym charakterze⁶⁸. Dotyczy to między innymi właśnie sformułowania czynności sprawczej w art. 203 tego aktu prawnego, której niejasne określenie jeszcze pogłębiono w treści art. 176 k.k. z 1969 roku.

Przygotowując obecnie obowiązujący kodeks karny, ustawodawca starał się zastąpić wyrażenia o dość nieostrych zakresie znaczeniowym zwrotami bardziej precyzyjnymi, ale i w wypadku dyspozycji art. 200 § 1 k.k., wynikająca z niej konstrukcja, nawet po kilkukrotnych nowelizacjach wzbudza pewne wątpliwości. Problemy powstają na przykład w związku z koniecznością ustalenia granicy pomiędzy „obcowaniem płciowym” a niektórymi formami „innych czynności seksualnych”. Dalej, trudno jest wyznaczyć zakres owych „innych czynności seksualnych”. Zwraca się też uwagę na niejasne brzmienie obecnej treści art. 200 § 1 k.k. — nie do końca jest pewne, czy określenie zawarte w jego dyspozycji, to jest doprowadzenie małoletniego do „poddania się takim czynnościom” dotyczy wyłącznie innej czynności seksualnej, czy też łącznie — obejmuje zarówno obcowanie płciowe, jak i pozostałe czynności seksualne⁶⁹.

Istniejące obecnie środki techniczne (dostęp do sieci Internet, posiadanie kamer i odpowiedniego oprogramowania) pozwalają na kontakt wizualny i foniczny między pedofilami a ich małoletnimi ofiarami. Dzieci mogą być nakłaniane do dokonywania w warunkach kontaktu internetowego różnych zachowań o charakterze seksualnym obserwowanych

⁶⁸ L. Gardocki, *Zagadnienia teorii...*, s. 152.

⁶⁹ Szerzej kwestie te omawia M. Bielski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Zoll, t. 2, Warszawa 2008, s. 580 nn.

przez pedofilów (zjawisko tak zwanego cyberseksu). Rozwijająca się technika już w bliskiej przyszłości może umożliwiać nie tylko obserwację dziecka na ekranie komputera, ale także odbieranie bodźców dotykowych, a nawet możliwość generowania i odczuwania zapachów⁷⁰. W tym kontekście można zadać pytanie, jak współcześnie i jak w przyszłości należałoby kwalifikować takie zachowania? Czy regulacja z art. 200 (§ 1 lub § 2) w ogóle miałaby tu zastosowanie? Czy w takim wypadku — jak słusznie podkreśla Barbara Kunicka-Michalska — nie powstałyby wątpliwości co do rozszerzającej interpretacji pojęcia „czynność seksualna”?⁷¹ Może zagadnienie „cyberseksu” powinno być poddane innym, nowym, szczegółowym unormowaniom?

Te ewidentne trudności, które charakteryzują działania ustawodawcy w zakresie typizacji przestępstwa pedofilii mogą skłaniać do wniosku, że być może, bardziej skonkretyzowane, idące w kierunku kazuistyki ujęcie tego przestępstwa jest po prostu niemożliwe. W istocie bowiem, na gruncie wszystkich trzech dotychczasowych kodyfikacji karnych, uwzględniając przemiany obyczajowe oraz różnorodność form seksualnych kontaktów międzyludzkich, nieodzowne było i pozostaje uściślenie znaczeniowe znamion omawianego przestępstwa przez orzecznictwo sądowe. Rola judykatury, jak się okazuje, była w tym względzie tak samo istotna, gdy przedmiotem karalności czyniono czyny nierządne i lubieżne, jak współcześnie, gdy ustawa operuje wyrażeniami „obcowanie płciowe” i „inne czynności seksualne”.

2. Penalizacja zachowań pedofilskich

Omawiając przykłady polskich unormowań sankcjonujących przestępczość pedofilską, należy na wstępie, w charakterze punktu odniesienia, wskazać na istniejące w tej mierze rozwiązania spotykane w innych ustawodawstwach.

Można przyjąć, że obecnie dominują dwa modele strategii postępowania wobec sprawców przestępstw o charakterze seksualnym, których ofiarami są dzieci.

⁷⁰ B. Kunicka-Michalska, *op. cit.*, s. 67.

⁷¹ *Ibidem*, s. 124.

Pierwszy z nich określany jest mianem tak zwanej pracy klinicznej⁷². Sprowadza się on do oddziaływania terapeutycznego mającego na celu korekcję zaburzeń w sferze zaspokajania potrzeb seksualnych. Sprawcy przestępstw seksualnych są poddawani leczeniu farmakologicznemu oraz terapii psychologicznej w warunkach odbywania kary pozbawienia wolności (i) lub podczas realizacji środka zabezpieczającego. Po odbyciu kary lub po opuszczeniu zakładu, w którym stosowano środek zabezpieczający, postępowanie lecznicze może być kontynuowane w warunkach wolnościowych.

Postulat poddawania przestępców seksualnych terapii w warunkach izolacji więziennej lub internacji zabezpieczającej ma swoje uzasadnienie w twierdzeniu, że pedofilię można leczyć — w sensie nie całkowitego wyparcia tego typu skłonności z psychiki sprawcy, ale ich „wytłumienia”. Niestety nie ma jednoznacznych wyników skuteczności tego rodzaju działań korekcyjnych. Można się spotkać z twierdzeniem, że pedofilia jest uleczalna⁷³, występują też opinie, że ten swoisty rodzaj uzależnienia można próbować leczyć, ale wymaga to długotrwałej terapii, a jej wyniki, obserwowane zwłaszcza w dłuższym okresie — to jest na przestrzeni nawet kilkudziesięciu lat, nie są zadowalające⁷⁴. Istotnym warunkiem skuteczności terapii psychologicznej jest wspomnienie jej środkami farmakologicznymi oraz kontynuowanie leczenia po odbyciu kary⁷⁵.

⁷² K. Lewandowska, *Karać czy leczyć? Strategie postępowania ze sprawcami przestępstw seksualnych wobec dzieci na przykładzie wybranych krajów*, „Dziecko Krzywdzone” 2007, nr 1, s. 7.

⁷³ W ten sposób na przykład W.L. Marshall, *op. cit.*, s. 35.

⁷⁴ M. Chaffin, E. Letourneau, J.F. Silovsky, *op. cit.*, s. 61; *Psychiatria kliniczna...*, s. 568; K. Pospiszyl, *Generalia i specyfiki resocjalizacji przestępców seksualnych*, [w:] *Kary długoterminowe. Polityka karna, wykonywanie, warunkowe zwolnienia*, red. T. Gardocka, Warszawa 2006, s. 117. Z analizy 69 opracowań naukowych poświęconych terapii przestępców seksualnych, w większości wydanych po 1980 roku, pochodzących głównie z USA, Kanady i krajów niemieckojęzycznych wynika, że liczba sprawców powracających do przestępstwa, którzy byli poddani terapii była średnio o 1/3 mniejsza w porównaniu z grupą skazanych osób niepoddanych leczeniu. Zob. szerzej M. Schmucker, F. Lösel, *op. cit.*, s. 297, 310.

⁷⁵ K. Pospiszyl, *Strategie i metody oddziaływań resocjalizacyjnych na przestępców seksualnych*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2002, nr 34–35, s. 65.

Trudno się ustrzec od uwagi, że kwestię konieczności leczenia przestępców seksualnych w warunkach odbywania kary podnosi się niekiedy, zwłaszcza w literaturze medycznej, do rangi swoistego aksjomatu. Na tym tle mogą się rodzić pewne wątpliwości. Gdy pod koniec lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku planowano w Niemczech reformę ustawodawstwa w zakresie przestępstw seksualnych, deputowanym do Bundestagu przedłożono ekspertyzy, z których płynęła optymistyczna ocena możliwości leczenia ich sprawców. Jednocześnie nie istniały tam w tym czasie wyniki badań poświęconych całościowo temu zagadnieniu, z których wynikałoby, że recydywa wśród sprawców przestępstw seksualnych poddanych leczeniu jest istotnie mniejsza w porównaniu z powrotnością do działalności przestępczej skazanych nieleczonych⁷⁶. Badaniom, które takie wyniki wykazywały, zarzucano błędy metodologiczne. Wskazywano też, że badania głoszące skuteczność terapii w warunkach odbywania kary były przeprowadzane przez instytucje terapeutyczne, zainteresowane w oczywisty sposób wykazywaniem tego rodzaju wyników⁷⁷.

Konieczne jest zwrócenie uwagi, że leczenie, które w wielu krajach (także w Polsce) ma charakter terapii poznawczo-behawioralnej⁷⁸,

⁷⁶ H.J. Albrecht, *op. cit.*, s. 885–886.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ Terapia poznawczo- (inaczej kognitywno-) behawioralna nawiązuje do spostrzeżonego przez badaczy faktu, że większość czynów karalnych dokonywanych przez przestępców seksualnych przebiega na tyle podobnie, że na gruncie psychologii wyróżnia się właściwy dla tych przestępstw tak zwany cykl dewiacyjny. Składają się nań charakterystyczne etapy prowadzące do sprzecznego z prawem skutku. Przestępcy seksualni, dokonując czynów karalnych, usprawiedliwiają przed sobą (racjonalizują) wyrządzone przez siebie zło albo nie potrafią zapanować nad popędem seksualnym realizowanym w dewiacyjny sposób. Leczenie polega na uruchomieniu w psychice sprawcy mechanizmów hamujących chęć popełnienia czynu seksualnego naruszającego prawo. Chodzi o skłonienie sprawców do zrozumienia rodzaju i rozmiaru wyrządzonych szkód oraz przyjęcia odpowiedzialności za nie. Następnie nabywają oni umiejętności rozpoznawania czynników, które najczęściej przyczyniają się do realizacji przestępstw seksualnych, oraz unikania ich. Zasadnicze znaczenie ma ukształtowanie w psychice więźniów poczucia empatii wobec potencjalnych ofiar przemocy seksualnej. W polskich zakładach karnych cykl leczniczy trwa 10 miesięcy. Zob. K. Pospiszyl, *Strategie i metody oddziaływań...*, s. 50–51; R. Rutkowski, W. Sroka, *Projekt systemu oddziaływań terapeutycznych wobec sprawców przestępstw na tle seksualnym w okresie odbywania kary pozbawienia wolności*, „Seksuologia Polska” 2007, nr 5, s. 3.

nie może być stosowane u wszystkich osób, u których stwierdzono nasilone zainteresowanie seksualne dziećmi. Jego wdrożenie opiera się na założeniu, że pedofilia nie ma charakteru wrodzonego, biologicznego, lecz stanowi nabytą formę nieprawidłowego zaspokajania popędu seksualnego, którą można skorygować. Problem w tym, że przyczyny pedofilii są złożone i nie ograniczają się wyłącznie do czynników o charakterze psychologicznym⁷⁹. Zresztą wskazywanie uwarunkowań powodujących omawiany rodzaj zaburzeń seksualnych ma w ogóle dość spekulatywny charakter, jeżeli zważyć, że na przykład w USA przyjmuje się, że zaledwie 8% przypadków wykorzystywania seksualnego dzieci kończy się wydaniem wyroku skazującego — a przecież tylko ta właśnie, tak niewielka liczba skazanych sprawców poddawana jest badaniom, na podstawie których próbuje się określić przyczyny tej parafilii⁸⁰.

Wymaga uwzględnienia, że terapią poznawczo-behawioralną, ze względu na jej charakter, nie mogą być objęci wszyscy sprawcy czynów pedofilskich — dotyczy to między innymi osób upośledzonych umysłowo oraz jednostek charakteryzujących się znacznym stopniem nasilenia w psychice czynników dysocjalnych. Według niektórych autorów leczenie osobników psychopatycznych może przynieść nawet efekt odwrotny do zamierzonego, to znaczy mogą oni częściej popełniać przestępstwa seksualne, wykorzystując przy tym umiejętności nabyte w trakcie terapii do uzyskiwania dostępu do nowych, potencjalnych ofiar⁸¹.

Trzeba też pamiętać, że u wielu skazanych pedofilia może występować obok innych, nawet kilku, form parafilii, które mogą wymagać odmiennych metod terapii⁸².

W Polsce uregulowania, które służyłyby korekcji zaburzeń seksualnych o charakterze pedofilnym, zostały wprowadzone zaledwie kilka lat temu, mimo że od przeszło trzydziestu lat postulowano w naszym kraju

⁷⁹ Mogą tu wchodzić w grę uwarunkowania psychiczne, ale też biologiczne (w szczególności predyspozycje genetyczne, czynniki hormonalne, zaburzenia neurologiczne oraz uzależnienia). Por. K. Pospiszyl, *Pedofilia i kazirodztwo...*, s. 10; Z. Lew-Starowicz, *op. cit.*, s. 103 oraz 127–128; S. Lelental, *op. cit.*, s. 23.

⁸⁰ Por. M. Chaffin, E. Letourneau, J.F. Silovsky, *op. cit.*, s. 53; Z. Lew-Starowicz, *op. cit.*, s. 108.

⁸¹ R. Rutkowski, W. Sroka, *op. cit.*, s. 3.

⁸² Z. Lew-Starowicz, *op. cit.*, s. 108.

potrzebę ich realizacji oraz że od ponad dekady stanowią one standard w innych krajach zachodniej Europy⁸³.

Istotne znaczenie w krajowym ustawodawstwie mają w omawianej kwestii regulacje zarówno kodeksu karnego, jak i kodeksu karnego wykonawczego.

W pierwszej kolejności należy wspomnieć o treści art. 96 k.k.w., który zastrzega, że osoby skazane za przestępstwa popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych odbywają karę pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym, w którym leczenie parafilii, którymi są oni dotknięci — zgodnie z art. 117 k.k.w. — może mieć charakter przymusowy.

Uzupełnienie powyższego unormowania stanowi art. 95a k.k., na podstawie którego skazani w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych po odbyciu kary mogą być umieszczani, na czas nieokreślony, w zakładzie zamkniętym, tytułem środka zabezpieczającego. Instytucja przewidziana w art. 95a k.k., a przede wszystkim sposób dotychczasowego uregulowania przesłanek jej zastosowania stanowił źródło krytycznych komentarzy doktryny. Na gruncie stanu prawnego obowiązującego do 8 czerwca 2010 roku zwracano uwagę na zbyt ogólne określenie zaistnienia „związku z zakłóceniem czynności psychicznych [sprawcy — P.G.] o podłożu seksualnym, innym niż choroba psychiczna”. Zdaniem M. Filara precyzyjna wykładnia tego określenia na podstawie kryteriów psychiatryczno-seksuologicznych była niemożliwa⁸⁴.

Sformułowanie to było poza tym niespójne terminologicznie z określeniem użytym w treści art. 73 § 2 k.k. (przesłanka realizacji obligato-

⁸³ W polskich zakładach karnych sprawcy przestępstw seksualnych, w tym pedofilnych, od wielu lat byli leczeni w ramach systemu terapeutycznego odbywania kary, tyle że w związku z zaburzeniami psychicznymi, upośledzeniem umysłowym albo uzależnieniami. Zmiany w treści k.k.w., które weszły w życie z początkiem 2006 roku spowodowały, że popełnienie czynu karalnego o charakterze seksualnym w związku z istnieniem u sprawcy zaburzeń preferencji seksualnych stało się samodzielną przesłanką skierowania skazanego do systemu terapeutycznego wykonywania kary. Ta zmiana legislacyjna wymusiła też powstanie specjalnych programów terapii przeznaczonych właśnie dla tej grupy więźniów. W 2007 roku programy te były wdrażane w siedmiu oddziałach polskich zakładów karnych. Zob. A. Majcherczyk, *Model terapii sprawców przestępstw „seksualnych” wykazujących zaburzenia preferencji seksualnych stosowany w polskich zakładach karnych*, „Przegląd Seksuologiczny” 2007, nr 9, s. 21–22.

⁸⁴ M. Filar, „*Druga nowelizacja kodeksu...*”, s. 54.

ryjnego dozoru wobec przestępcy seksualnego przy warunkowym zawieszeniu wykonania kary pozbawienia wolności) oraz w art. 96 § 1 k.k.w. (warunki odbywania kary pozbawienia wolności w systemie terapeutycznym). W wymienionych przepisach ustawodawca posłużył się określeniem „zaburzenia preferencji seksualnych”, które powinny występować u skazanych. Te ostatnie w treści art. 96 § 1 k.k.w. włączono na dodatek do „niepsychotycznych zaburzeń psychicznych”. Nie wiadomo, czy należałoby do nich zaliczyć również „zakłócenia psychiczne o podłożu seksualnym innym niż choroba psychiczna”. Tak więc w art. 73 § 2 k.k., art. 95a § 1 k.k. oraz w art. 96 k.k. zastosowano wyrażenia o dużym stopniu ogólności i — jak się wydaje — także odmienne w treści, choć przecież miały one dotyczyć tej samej kategorii sprawców⁸⁵.

Należy nadmienić, że wspomniana już nowelizacja k.k. z 5 listopada 2009 roku wprowadza częściowe ujednoczenie terminologiczne, ponieważ w art. 95a k.k. za jedną z przesłanek umieszczenia w zakładzie zamkniętym uznaje się popełnienie przestępstwa przeciwko wolności seksualnej w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych.

Względem treści art. 95a k.k. są formułowane w doktrynie także inne zarzuty. Trzeba przyznać rację tym autorom, którzy wskazują, że w zasadzie, w świetle wskazań zawartych w art. 93 k.k., obowiązujących do 8 czerwca 2010 roku, omawiany środek zabezpieczający nie powinien być stosowany. Ogólne reguły orzekania izolacyjnych środków zabezpieczających wynikające z treści art. 93 k.k. wskazywały bowiem wyraźnie na konieczność wystąpienia choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego jako bezwzględnej podstawy ich orzekania. Okolicznością, która uzasadniała do niedawna zastosowanie przez sąd środka izolacyjnego z art. 95a k.k. było zaś zakłócenie czynności psychicznych o podłożu seksualnym innym niż choroba psychiczna. Wiadomo też, że raczej rzadko wiązało się ono z upośledzeniem umysłowym. Występowała zatem ewidentna niespójność unormowań art. 93 oraz art. 95a § 1 k.k.⁸⁶ Również tę lukę ustawodawca stara się wypełnić w ra-

⁸⁵ A. Kwieciński, *Terapia sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej, popełnionych w związku z zakłóceniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym, w ramach nowego środka zabezpieczającego (art. 95a k.k.)*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 21, red. L. Bogunia, Wrocław 2007, s. 40.

⁸⁶ *Ibidem*.

mach noweli do kodeksu karnego z 5 listopada 2009 roku. W nowej wersji art. 93 k.k. wyrażono dopuszczalność umieszczenia w zakładzie zamkniętym nie tylko ze względu na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe, ale także zaburzenie preferencji seksualnych.

Na marginesie prowadzonych tu rozważań można stwierdzić, że tych niespójności — świadczących między innymi o braku ogólniejszej wizji systemu środków zabezpieczających — w treści uregulowań karnych jest więcej. I tak na przykład art. 200 § 1 k.k.w. przewiduje, że środki zabezpieczające związane z umieszczeniem sprawcy w zakładzie zamkniętym wykonuje się w zakładach psychiatrycznych i w zakładach leczenia odwykowego. Nie wspomina się w nim w ogóle o jakichś specjalnych, odrębnych zakładach dla sprawców przestępstw seksualnych. Z tego wynika, że należałoby ich umieszczać w zakładach psychiatrycznych (wyraźnie wskazuje na to wprowadzony ostatnią nowelą art. 200 § 3a k.k.w.). Jaki jest jednak sens tego rozwiązania, jeżeli uwzględnić, że chodzi o osoby poczytalne, a jedynie o zaburzonych, pedofilskich, skłonnościach seksualnych? Jednocześnie w art. 95 k.k. (umieszczonym w rozdz. X k.k. — Środki zabezpieczające) przewiduje się, że jednostki, które w czasie czynu miały poczytalność ograniczoną w stopniu znacznym (a więc zbliżoną do niepoczytalności) są kierowane do zakładu karnego, gdzie odbywają karę w warunkach systemu terapeutycznego⁸⁷.

Wszystkie te niespójności i luki w unormowaniach dotyczących umieszczania osób, u których stwierdzono by skłonności pedofilskie, w zakładach zabezpieczających po odbyciu kary, jak też przeprowadzana obecnie, gruntowna korekta przepisów w ramach nowelizacji z 5 listopada 2009 roku wskazują, że wprowadzenie omawianych uregulowań do k.k. w 2005 roku spełniało rolę penalizacji symbolicznej.

Omawiając formy sankcjonowania czynów pedofilskich, należy wspomnieć o przypadku, gdy w stosunku do sprawcy takiego czynu zapadłby wyrok warunkowo zawieszający wykonanie kary. Wówczas w ramach obowiązków probacyjnych sąd może zobowiązać skazanego do poddania się leczeniu albo oddziaływaniom terapeutycznym (art. 72 pkt 6 w zw. z art. 69 k.k.), jednakże nałożenie tych obowiązków wymaga zgody skazanego (art. 74 § 1 k.k.). W przypadku osób dotkniętych pedofilią doświadczenia lekarzy i psychologów wskazują, że sprawcy ci

⁸⁷ Nielogiczność tych rozwiązań sygnalizuje także T. Pudo, *op. cit.*, s. 67.

tylko wyjątkowo dobrowolnie poddają się terapii. Poza tym w naszym kraju funkcjonują nieliczne poradnie seksuologiczne. Tak więc skuteczność tego środka probacyjnego w odniesieniu do tej kategorii sprawców przestępstw seksualnych może być podawana w wątpliwość.

Drugim typem postępowania wobec pedofilów, rozpowszechnionym głównie w krajach anglosaskich, jest tak zwany model ochrony społeczności lokalnej⁸⁸. Mniejsze znaczenie ma tu tłumienie parafilnych skłonności osób odbywających karę, większą wartość przypisuje się zaś ochronie kolejnych, potencjalnych ofiar sprawców w razie opuszczenia przez nich zakładów karnych lub ośrodków, w których stosuje się środki zabezpieczające. Ochrona ta realizuje się poprzez:

- a) nadzór nad każdym przestępcą, u którego zdiagnozowano pedofilię, po wyjściu przez niego na wolność;
- b) tworzenie i udostępnianie ludności rejestrów osób skazanych za przestępstwa seksualne wobec dzieci;
- c) obligatoryjne badanie przeszłości osób, które ubiegają się o wykonywanie prac lub zawodów związanych z kontaktami z dziećmi i młodzieżą⁸⁹.

Unormowania będące wyrazem ukierunkowania na bezpośrednią ochronę ludności przed recydywistami seksualnymi — od niedawna obowiązujące także w Polsce — są bardziej rozbudowane niż przepisy stanowiące przejaw filozofii „terapeutycznej”.

Wspomnieć tu należy o środkach karnych dotyczących długookresowych, a nawet dożywotnich zakazów zajmowania stanowisk, wykonywania zawodów lub prowadzenia działalności związanych z wychowaniem, leczeniem lub edukacją małoletnich (art. 41 § 1a i § 1b k.k.). Jak słusznie zauważa M. Filar, normatywna forma, w jakiej wprowadzono te środki do k.k., ma charakter wadliwy ze względu na zbyt nie zobiektywizowanie przesłanek, na podstawie których mogą one być stosowane. Będąc wymierzone — w zamierzeniu ustawodawcy — w przestępczość pedofilską, niekoniecznie muszą być one stosowane wobec pedofilów. Do ich wdrożenia na mocy wyroku sądowego wystarczy, aby sprawca został skazany „za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub oby-

⁸⁸ K. Lewandowska, *op. cit.*, s. 7.

⁸⁹ Por. M. Chaffin, E. Letourneau, J. Silovsky, *op. cit.*, s. 62–63; K. Lewandowska, *op. cit.*, s. 7.

czajności na szkodę małoletniego.” Nie jest zatem konieczne zdiagnozowanie u niego pedofilii. W takim kontekście obligatoryjny nakaz dla sądu, zawarty w art. 41 § 1b k.k., z którego wynika konieczność orzeczenia na zawsze zakazu wykonywania określonego zawodu lub zajmowania stanowiska, w razie popełnienia po raz drugi wskazanego wyżej przestępstwa, razi swoją surowością⁹⁰.

W przypadku warunkowego zawieszenia wykonania kary sprawca przestępstwa popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych obligatoryjnie objęty jest dozorem w okresie próby (art. 73 § 2 k.k.).

Rozwiązania mające istotny charakter zapobiegawczo-ochronny wobec sprawców przestępstw pedofilskich w przypadkach opuszczania przez nich zakładów karnych przewiduje obecnie k.k.w.

Zgodnie z treścią art. 139 § 6a k.k.w., jeżeli sprawca przestępstwa określonego w art. 197–203 k.k. popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych odbywa karę w zakładzie karnym typu zamkniętego, wówczas opuszczenie przezeń zakładu w warunkach uzyskania nagrody wymaga zgody sędziego penitencjarnego. Obecnie na zasadzie art. 168a § 1 i § 3 k.k.w. na wniosek pokrzywdzonego powiadamia się go praktycznie o każdym przypadku opuszczenia przez skazanego zakładu karnego (dotyczy to wszystkich więźniów, niezależnie od rodzaju popełnionego przez nich przestępstwa), natomiast w przypadku pedofilów o ich wyjściu na wolność zawiadamia się także jednostkę Policji właściwą dla miejsca pobytu skazanego.

Na podstawie art. 167 k.k.w. każda osoba opuszczająca zakład karny może dobrowolnie poddać się dozorowi kuratora sądowego na okres do 2 lat, z czym wiąże się możliwość uzyskania przez byłego więźnia pomocy między innymi w znalezieniu pracy i zakwaterowania. Wydaje się, że wobec sprawców przestępstw o charakterze pedofilskim należałoby wprowadzić nadzór o charakterze obligatoryjnym. Powinien się on wiązać z realizacją obowiązku poddania się terapii w warunkach wolnościowych. Jeżeli osoba objęta dozorem nie podjęłaby leczenia lub by je przerwała — konieczne byłoby jej umieszczenie w zakładzie izolacyjnym tytułem środka zabezpieczającego i przymusowe kontynuowanie terapii.

⁹⁰ M. Filar, „*Druga*” nowelizacja kodeksu..., s. 53.

Wreszcie, zgodnie z art. 106a k.k. nie podlega zatarciu skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, jeżeli pokrzywdzony był małoletnim poniżej lat 15. Rozwiązanie to trudno uznać za racjonalne, biorąc pod uwagę — co podkreśla się w doktrynie — że zatarciu ulegają poważniejsze przestępstwa — w szczególności zabójstwo. Ustawodawca na gruncie analizowanego przepisu nie wymaga, aby sprawca tego czynu karalnego cechował się zaburzeniami preferencji seksualnych czy zakłóceniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym lub innymi właściwościami osobowościowymi wskazującymi na to, że dokonane przezeń przestępstwo seksualne nie było dziełem zbiegu nadzwyczajnych okoliczności, lecz istniejącej, trwałej predylekcji do wykorzystywania seksualnego dzieci⁹¹.

VI. Kierunki zmian w przepisach k.k. poświęconych zwalczaniu pedofilii

W nawiązaniu do podanych wcześniej, niektórych przykładów zmian unormowań poświęconych sankcjonowaniu czynności seksualnych z małoletnimi, warto na koniec przyjrzeć się bliżej przygotowywanym rozwiązaniom.

Nowe uregulowania zawarte w kodeksie karnym zmierzają w dwóch zasadniczych kierunkach. Pierwszy dotyczy ustanowienia nowych typów przestępstw o charakterze pedofilskim. Wspomniano już uprzednio o projekcie penalizacji publicznego propagowania lub pochwalania zachowań o charakterze pedofilskim. Warto zwrócić uwagę, że z pewnością jednym z celów przeprowadzanej nowelizacji było ujednoczenie w k.k. terminologii dotyczącej zaburzeń, którymi dotknięte są osoby dopuszczające się czynów seksualnych wobec małoletnich. Temu między innymi służyło zapewne zastąpienie niejasnego określenia zawartego dotychczas w art. 95a k.k., to jest „czynu popełnionego w związku z zakłóceniami czynności psychicznych o podłożu seksualnym innym niż choroba psychiczna” zwrotem „zaburzenia preferencji seksualnych”. Ujednoliciając terminologię, chyba niepotrzebnie wprowadza ustawodawca kolej-

⁹¹ Tak też T. Pudo, *op. cit.*, s. 62.

ne nowe pojęcie (wymagające, jak się zdaje definicji, legalnej) to jest — „zachowanie o charakterze pedofilskim” (art. 200b k.k.).

W art. 197 § 3 k.k. sformułowano dwa nowe typy kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia zagrożone karą nie niższą niż 3 lata pozbawienia wolności, mianowicie zgwałcenie małoletniego poniżej lat 15 oraz tak zwane zgwałcenie kazirodcze (to znaczy dokonane wobec wstępnego, zstępного, przysposobionego, brata lub siostry). Umieszczono też w k.k. art. 200a, którego § 1 stanowi o odpowiedzialności karnej za nawiązywanie kontaktów z małoletnim poniżej lat 15 za pomocą systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej i zmierzanie — poprzez wprowadzenie małoletniego w błąd, wyzyskanie błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przez użycie groźby bezprawnej — do spotkania z nim w celu popełnienia przestępstwa ujętego w art. 200 lub zgwałcenia albo produkowania bądź utrwalania z jego udziałem treści pornograficznych.

W art. 200a § 2 k.k. zawarto z kolei karalność składania osobie małoletniej poniżej 15 roku życia propozycji obcowania płciowego, podania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub w utrwalaniu treści pornograficznych za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej, a następnie zmierzania do realizacji tej propozycji.

Wymienione tu nowe uregulowania prawne z pewnością mogą być ocenione jako kontrowersyjne ze względu na celowość ich wprowadzenia oraz możliwości realizacji w praktyce. Można bowiem mieć wątpliwości, czy konstruowanie nowych typów kwalifikowanych przestępstwa zgwałcenia jest potrzebne, skoro w warunkach zbiegu obecnie obowiązujących przepisów dotyczących zgwałcenia i na przykład czynności seksualnych z osobą małoletnią poniżej lat 15 istniejące granice sankcji można uznać za wystarczające. Należy pamiętać, że nowelizacja k.k. wprowadza szczegółowe zasady realizacji dostatecznie dolegliwego bezterminowego umieszczania sprawców zdiagnozowanej pedofilii, po odbyciu kary, w zakładzie zabezpieczającym (art. 95a k.k.). Jaki jest więc cel tworzenia tak surowych sankcji za wskazane typy zgwałceń traktowanych jako zbrodnie?

Ustanawianie wysokich dolnych progów ustawowego zagrożenia karą jest metodą kształtowania polityki karnej drogą ustawodawczą. Do wielu

wad tej metody — jak słusznie uważa L. Gardocki — można zaliczyć generalizację odpowiedzialności sprawców przestępstw. W zasadzie kara — ze względu na znacznie ograniczony zakres swobody sędziowskiej w zakresie jej wymiaru — jest w takich wypadkach z góry określona, zanim jeszcze dojdzie do analizy czynu i zbadania osobowości sprawcy⁹². A przecież w sferze oceny przestępstw seksualnych wobec małoletnich oraz sprawców takich czynów indywidualizacja wymiaru kary powinna odgrywać rolę pierwszoplanową.

Wydaje się, że pewien kłopot może sprawiać stosowanie art. 200a § 1 k.k. Przepis ten dotyczy karalności szczególnych form przygotowania do przestępstw zgwałcenia małoletniego, dokonania z nim czynności seksualnych lub jego uczestnictwa w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych. Czynność sprawcza polegać tu będzie na nawiązaniu przez pedofila kontaktu z małoletnim za pomocą systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej i zmierzaniu do spotkania się z nim w celu realizacji wskazanych wcześniej zamierzeń. Problem polega na tym, że jeżeli nie dojdzie do realizacji, na przykład zgwałcenia lub dokonania czynności seksualnych z udziałem małoletniego, to udowodnienie, iż sprawca działał w tym celu, może się okazać dość trudne. Jeżeli natomiast do zamierzonych przez pedofila czynności z udziałem małoletniego dojdzie, to przewidziana za te czyny, surowa przecież kara i tak pochłonie sankcję za omawiane czynności przygotowawcze.

Nie da się chyba też uniknąć problemów dowodowych na gruncie dyspozycji art. 200a § 2 k.k. Na realizację znamion tego przestępstwa składają się niejako dwa etapy. W pierwszym sprawca za pośrednictwem systemu teleinformatycznego ma złożyć małoletniemu propozycję, na przykład obcowania płciowego, a następnie — również za pomocą tego systemu — ma zmierzać do realizacji tej propozycji. Na czym miałyby polegać „czynności zmierzające do realizacji propozycji”? A co w wypadku, gdy sprawca będzie zmierzał do zrealizowania swych planów, nie wykorzystując systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej?

⁹² L. Gardocki, *Prawo karne — polityka — politycy*, [w:] *Prawo. Społeczeństwo. Jednostka. Księga jubileuszowa dedykowana prof. L. Kubickiemu*, red. A. Łopatką, B. Kunicka-Michalska, S. Kiewlicz, Warszawa 2003, s. 99.

Opisane tu, zawarte w nowelizacji k.k. dwa nowe rodzaje przestępstw stanowią przykład, znanej skądinąd polskiemu ustawodawcy, techniki zwanej wydłużoną kryminalizacją. Polega ona na typizowaniu jako form rodzajowych zachowań będących w istocie postaciami stałymi innych przestępstw (z reguły chodzi o przygotowanie do czynu karalnego)⁹³. Tej technice kryminalizacyjnej odmawia się większych walorów praktycznych, toteż można przewidywać, że podobnie jak miało to miejsce w przeszłości, skazania na podstawie tego typu unormowań nie będą należały do częstych. Z tego też powodu nie należy mówić o rozszerzeniu w projekcie noweli do k.k. zakresu kryminalizacji przestępstw o charakterze pedofilskim. Należałoby raczej nowe propozycje przestępstw pedofilskich traktować jako swoistą deklarację zmian w intensywności penalizacji zachowań tego rodzaju⁹⁴.

Biorąc pod uwagę skomplikowanie tych uregulowań, można twierdzić, że mają one wszelkie cechy kryminalizacji symbolicznej.

Drugi kierunek zmian zmierza do realizacji, w zasadzie martwych do tej pory, przepisów o umieszczaniu sprawców przestępstw o charakterze pedofilskim, tytułem środka zabezpieczającego, w zakładach zamkniętych lub kierowania ich na leczenie ambulatoryjne po odbyciu kary.

Zarzut, jaki można by postawić projektowanym rozwiązaniom, dotyczy nadmiernej, jak się zdaje, medykalizacji postępowania z osobami, które są dotknięte zaburzeniami w sferze zachowań seksualnych, niemniej z osobami poczytalnymi. Według przeprowadzonych zmian w art. 93 k.k. umieszczenie w zakładzie zamkniętym w charakterze środka zabezpieczającego przestępcy z zaburzeniami preferencji seksualnych jest obecnie uzależnione od przedstawienia w tej sprawie opinii dwóch lekarzy psychiatrów, psychologa, a także lekarza seksuologa. Wydaje się, że opiniowanie tej kwestii przez aż czterech specjalistów z trzech różnych dziedzin, już choćby ze względu na koszty wydaje się przesadą. Lekarz seksuolog będzie prawdopodobnie w tym wypadku kopiował pracę psychiatrów. Wystarczająca w tym względzie powinna być chyba opinia lekarza (lub lekarzy) o specjalności w zakresie seksuologii oraz psychologa.

⁹³ J. Bojarski, M. Filar, *Polityka kryminalizacyjna III Rzeczypospolitej*, „Przegląd Prawa Karnego” 1993, nr 9, s. 6.

⁹⁴ Por. L. Gardocki, *Problem zakresu kryminalizacji...*, s. 97.

Znowelizowany art. 95a § 1 k.k. określa cele umieszczenia sprawcy przestępstwa seksualnego w zakładzie zabezpieczającym. Chodzi o „przeprowadzenie terapii farmakologicznej lub psychoterapii, zmierzających do zapobieżenia ponownemu popełnieniu takiego przestępstwa, w tym w szczególności poprzez obniżenie zaburzonego popędu seksualnego sprawcy. Terapii farmakologicznej nie stosuje się, jeżeli jej przeprowadzenie spowodowałoby niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia skazanego”.

Jednocześnie treść art. 200 § 3a k.k.w. przesądza, że realizacja tego izolacyjnego środka zabezpieczającego będzie przeprowadzana w zakładach psychiatrycznych dysponujących warunkami wzmocnionego zabezpieczenia.

Z treści wskazanych tu wprowadzonych niedawno uregulowań wynika, że środkowi zabezpieczającemu z art. 95a k.k. nadano charakter leczniczy. Należy w związku z tym zadać pytanie, co zamierzają projektodawcy zrobić z tymi sprawcami, względem których terapia nie będzie możliwa (choćby z przyczyn, które podaje znowelizowany art. 95a § 1 k.k.) lub będzie niewskazana (na przykład u przestępców z zaburzeniami psychopatycznymi). Dalej, co z tymi skazanymi, którzy odbędą cykl terapeutyczny, ale okaże się, że leczenie było nieskuteczne, a sprawca w dalszym ciągu dopuszcza się przestępstw seksualnych wobec małoletnich. Mówiąc inaczej, chyba zbyt dużą troskę przywiązują projektodawcy do kwestii terapii skazanych (która oczywiście jest niezwykle istotna i jak dotąd była zanedbywana) kosztem funkcji ochronnej izolacyjnego umieszczenia przestępcy seksualnego w zakładzie zabezpieczającym.

VII. Wnioski

W wyniku przeprowadzonych tu rozważań nasuwają się następujące uwagi ogólne i wnioski:

1. Kryteria decydujące o racjonalności kryminalizacji i penalizacji określonych zachowań mają zróżnicowany charakter. Według niektórych założeń racjonalna kryminalizacja będzie miała miejsce przede wszystkim wtedy, gdy będzie skuteczna. Oznacza to, że możliwe będzie ustalenie za pomocą badań empirycznych wpływu nowych uregulowań na zmniejszenie się liczby popełnionych czynów karalnych. Zgodnie z innymi poglądami racjonalne będą te unormowania, które nie przyspa-

rzają poważnych problemów w płaszczyźnie ich stosowania, a zarazem stwarzają gwarancję respektowania praw jednostki (choćby skutkiem tego ucierpiała skuteczność wykorzystywanych instytucji). W ramach jeszcze innego kierunku zapatrywań zakłada się, że o racjonalnych unormowaniach w zakresie prawa karnego można mówić tylko wtedy, gdy są one oparte na zasadzie minimalizmu wkraczania norm tej dziedziny prawa w życie społeczne i zastępowania regulacji tego rodzaju przepisami innych dziedzin prawa wszędzie tam, gdzie jest to możliwe.

2. Osobnicy dotknięci pedofilią mogą być skrajnie zróżnicowani w zależności od podłoża ich zaburzeń, sposobu zaspokajania swoich pragnień seksualnych oraz wieku i wykazywanych cech rozwojowych swych ofiar. Rozwiązania prawne, zarówno w sferze kryminalizacji, jak i penalizacji zachowań pedofilskich, powinny uwzględniać tę różnorodność.

3. Jak dotąd w sprawach karnych dotyczących czynności seksualnych z osobami małoletnimi nie zawsze korzystano z opinii biegłych w zakresie ustalenia u sprawcy skłonności pedofilskich. Problem polega na tym, że współcześnie wciąż mamy ograniczone możliwości w zakresie rozpoznawania tego typu zaburzeń preferencji seksualnych. Niektóre z tych metod, jak się wydaje, mogą być objęte zakazami dowodowymi w procesie karnym (niewykluczone, że taki zarzut mógłby dotyczyć zastosowania tak zwanych testów fallometrycznych).

4. Zaobserwować można od 1999 roku wzrost liczby prawomocnych wyroków skazujących za przestępstwa dopuszczenia się czynności seksualnych wobec osób małoletnich poniżej lat 15, przy czym, wręcz skokowo, liczba ta powiększyła się po roku 2004. Może to świadczyć także o zwiększeniu się liczby popełnianych zachowań pedofilskich, choć równie dobrze, uwzględniając wahania liczby ujawnionych czynów tego rodzaju w statystykach policyjnych, może być to dowód na skuteczniejszą pracę organów ścigania.

5. W dziedzinie typizacji omawianego przestępstwa można stwierdzić, że we wszystkich dotychczasowych kodyfikacjach karnych ustawodawcy sprawiało kłopot precyzyjne określenie czynności wykonawczej. W k.k. z 1932 roku posłużył się on pojęciem „czynu nierządnego”, w k.k. z 1969 roku zastosował określenie „czyn lubieżny”, obecnie zaś karalne jest „obcowanie płciowe” oraz „inne czynności seksualne”. Również interpretacja obowiązujących unormowań (na przykład co do granicy

między ostatnimi z wymienionych określeń) stwarza pewne problemy. Jak dawniej, tak i obecnie istotną rolę w precyzowaniu zakresu kryminalizacji będzie odgrywać orzecznictwo sądowe. To jednak może prowadzić do wkraczania władzy sądowniczej w zakres uprawnień ustawodawcy.

6. W zakresie penalizacji czynów pedofilskich można wykorzystać rozwiązania oferowane przez jeden z dwóch wypracowanych w tym względzie modeli. W modelu terapeutycznym nacisk położono na leczenie farmakologiczne i terapię psychologiczną przestępców seksualnych, zarówno w zakładach zamkniętych, jak i w warunkach wolnościowych. Jego wadą jest konieczność ponoszenia znacznych wydatków w tym względzie, w połączeniu z niejednoznacznością wyników badań dotyczących skuteczności leczenia pedofilii, zwłaszcza w dłuższym okresie. Model ochronny oferuje rozwiązania, które mogą naruszać prawa człowieka przez silną stygmatyzację osób publicznie piętnowanych jako dewianci seksualni. Być może należałoby mimo to skorzystać z niektórych postulatów formułowanych na gruncie tego modelu. Jednym z nich mógłby się okazać obligatoryjny nadzór nad niektórymi (najbardziej niebezpiecznymi) przestępcami seksualnymi po odbyciu przez nich kary. Problemem może się jednak okazać kwestia dalszego postępowania z tymi osobami, gdyby nie przestrzegały one zasad nadzoru.

7. W zakresie izolacyjnych środków zabezpieczających wciąż nierozwiązany pozostaje problem charakteru umieszczenia sprawców przestępstw seksualnych w zakładzie izolacyjnym na zasadzie art. 95a k.k. Czy zakład ten powinien mieć status zakładu psychiatrycznego, na co wskazują uregulowania noweli do k.k. i k.k.w. z 5 listopada 2009 roku? W takim razie, jakie środki należałoby zastosować wobec tych przestępców seksualnych, których terapią objąć nie można? Co z tymi, wobec których leczenie okaże się nieskuteczne? Jeżeli w przyszłości zostałyby wprowadzony do ustawodawstwa karnego nadzór nad sprawcami ze zdiagnozowaną pedofilią, którzy opuszczając zakład po odbyciu długoletniego wyroku, nie przestrzegaliby reguł tego nadzoru, to co wówczas? Należałoby ich ponownie umieścić w zakładzie karnym, czy też w szpitalu psychiatrycznym? Te pytania wydają się wskazywać, że w koncepcji analizowanego środka zabezpieczającego nastąpiło zdominowanie ochronnego celu umieszczenia w zakładzie zabezpieczają-

cym z art. 95a k.k. przez funkcję leczniczą. Nie jest to chyba rozwiązanie do końca przemyślane.

8. W zakresie wprowadzanych do kodeksu karnego nowych przepisów karnych utrzymuje się tendencja do tworzenia uregulowań rozbudowanych, skomplikowanych i mogących stwarzać problemy w stosowaniu. Unormowania noweli do k.k. z 5 listopada 2009 roku, dotyczące zwłaszcza przestępstw z art. 200a § 1 i § 2, stanowią kontynuację wadliwej techniki ustawodawczej, którą zastosowano, umieszczając w kodeksie karnym w 2005 roku nowe rodzaje środków karnych służące zwalczaniu przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na szkodę osób małoletnich (art. 41 § 1a i 1b, art. 41a k.k.).

9. Niecelowe wydaje się tworzenie nowych typów przestępstwa zgwałcenia (w tym osoby małoletniej) traktowanych jako zbrodnie. Nacisk, jeżeli chodzi o przestępstwa seksualne, powinien być położony na działania ochronno-korekcyjne w ramach zróżnicowanych form środków zabezpieczających, nie zaś na surowość kar, które na gruncie obecnie obowiązujących przepisów są wystarczająco dolegliwe.