

TOMASZ SZCZYGIEL

Katowice

Przestępstwa przeciwko moralności w pracach Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej

Wprowadzenie

„J. Makarewicz¹ stał na stanowisku, że w kodeksie karnym odbija się całe życie społeczeństwa, że przez kodeks karny można poznać rzeczywisty charakter społeczeństwa, jego pojęcia moralne, zasady gospodarcze, ustrój państwowy; ważne jest bowiem, za co się karze i jak się karze, a także czego się nie karze”².

Te wszystkie aspekty znalazły swój szczególny wyraz w trakcie prac Sekcji Prawa Karnego Materialnego Komisji Kodyfikacyjnej II Rzeczypospolitej nad referatami dotyczącymi tzw. przestępstw przeciwko moralności. Analizy i propozycje referentów Juliusza Makarewicza i Stefana Glasera³ uświadomiły nie tylko złożoność problematyki, ale także aktualną wówczas obyczajowość społeczeństwa polskiego. Co więcej, w tym zakresie część szczególna kodeksu miała odegrać wyjątkową rolę. Dotykając bowiem zagadnień z pogranicza prywatności, przekonań religijnych i obyczajowości, miała ona nie tylko penalizować istniejące wypaczenia, ale także w dalszej perspektywie kształtować nowe, akceptowane postawy społeczne, zgodne z interesem państwa.

¹ Prezes Sekcji prawa karnego materialnego, główny referent projektu kodeksu karnego. Profesor Uniwersytetu Lwowskiego (S. Grodziski: *Komisja Kodyfikacyjna Rzeczypospolitej Polskiej*, „Czasopismo Prawno-Historyczne” 1981, T. 33, z. 1, s. 77).

² S. Płaza: *Historia prawa w Polsce na tle porównawczym. Cz. 3: Okres międzywojenny*. Kraków 2001, s. 391.

³ M. Cieślak: *Stefan Glaser (1895—1984)*. „Państwo i Prawo” 1985, z. 4, s. 104.

Problemy poruszone w referatach oraz pojawiające się w toku dyskusji miały zobrazować nie tylko zróżnicowanie prawne różnych systemów prawnych, które mogły stanowić źródło inspiracji, ale także postawy samych członków Sekcji, którzy byli nie tylko wybitnymi prawnikami, ale może przede wszystkim osobami o indywidualnej wrażliwości i światopoglądzie społecznym. Z tych powodów ten etap prac nad kodeksem karnym z 1932 r. jest szczególnie interesujący, albowiem pokazuje nie tylko problemy prawne właściwe dla każdej grupy przestępstw przełomu XIX i XX w., ale także stan i ewolucję zapamiętań społecznych na przestępczość w tych konkretnych obszarach ludzkiej aktywności.

Rozpoczęcie prac nad referatami 28 maja 1923 r.

Krytyka „moralności”⁴

Dyskusję nad poszczególnymi czynami przeciwko „moralności” poprzedził wywód Juliusza Makarewicza dotyczący kwestii terminologii używanej celem określenia dyskutowanej grupy przestępstw. Przewodniczący bardzo dobitnie zaznaczył, że występujące w innych ustawodawstwach terminy takie właśnie jak „przestępstwa przeciw moralności” czy też przeciw „moralności publicznej” są nie tyle puste, ile fałszywe⁵. Posługiwanie się nimi dowodziło, jego zdaniem, tego, że doszło w tym konkretnym przypadku do pomieszania pojęć religijnych (grzech nieczystości) z pojęciami *stricte* prawnymi takimi jak „interes państwa”, które najczęściej ma charakter podświadomy, a nie celowy. Taki stan rzeczy, jego zdaniem, powodował, że przyjmowane rozwiązania były chaotyczne i niekonsekwentne w nakierowaniu na ochronę dóbr prawnych⁶.

⁴ „Wiedza powinności ludzi jednych względem drugich; prawidła obyczajności, moralnego postępowania, nauka obyczajowa, etyka”. (E. Rykaczewski: *Słownik języka polskiego podług Lindego i innych nowszych źródeł*. Warszawa 1925, s. 379).

⁵ „Dlaczego przestępstwa, dla których osiã jest popęd płciowy własny lub obcy, mają właśnie więcej sprzeciwiać się moralności, etyce niż inne, nie wiadomo; dlaczego więcej niemoralną ma być miłość lesbijska dwu starych panien niż oszczerstwo lub wyzyskanie cudzej łatwowierności, nie jest jasnym. Nazwa moralności publicznej wprowadzić musi w błąd, gdyż przypuszcza się, że chodzi tu o przestępstwa wywołujące wielkie publiczne wrażenie, ogólne zgorszenie itp. Wypadki te stanowią drobną tylko część wchodzących w grã przestępstw (np. pornografia), natomiast przestępstwa najważniejsze wcale do swej istoty nie wymagają publicznego zgorszenia, spełnia się je przy zachowaniu jak najwyższych środków ostrożności, aby sprawa się nie rozgłosiła”. (Komisja Kodyfikacyjna. Wydział Karny. Sekcja Prawa Karnego Materialnego [dalej: KK.WK.SPKM]. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 140).

⁶ *Ibidem*.

Przewodniczący bynajmniej nie ograniczył się tylko do krytyki zaobserwowanych rozwiązań, ale także przedstawił konkretną propozycję wyjścia z tej złej praktyki, która sprowadzała się do przyjęcia dwóch założeń:

1. Kodeks karny nie ma za zadanie kierować się poglądami moralnymi tej czy innej grupy społecznej, a tylko ma ochraniać te dobra prawne, które interes państwa wskazuje⁷.
2. Realizacja powyższego założenia pozwoli odejść ustawodawcy od braku metodycznego układu tychże przestępstw oraz odrzucić jako kryterium kryminalizacji pobudki na rzecz działania przestępnego⁸.

Wprowadzenie Makarewicza nie zakończyło się podjęciem wiążącej Sekcję uchwały, albowiem — jak można odczytać z kontekstu jego wypowiedzi — stanowiło ono jedynie asumpt do refleksji nad przedstawionym problemem, a nie było narzuceniem tej czy innej woli⁹. Makarewicz dał jednak wyraźnie do zrozumienia, że nie akceptuje poglądu, jakoby gwałt, pornografia i inne czyny z tej kategorii miałyby być „niemoralne”, a zabójstwo, kradzież i inne czyny zabronione „moralne”¹⁰. Dla niego różnica między czynem „niemoralnym”, a przestępstwem sprowadzała się do reakcji, która powinna przybierać formę sankcji karnej, jeśli czyn był społecznie szkodliwy¹¹.

Sprawa była jednak delikatna, stąd — jak można sądzić — uzasadniało postawę zwykle stanowczego i przekonanego o swojej racji przewodniczącego. Jak się miało wkrótce okazać, pogląd Makarewicza stał się prawem, a jego walka z przekonaniem o istnieniu jakiejś „moralności państwowej” czy „moralności płciowej” miała okazać się zwycięstwem kompromisu między interesem państwa a prawem jednostki do rozporządzania swoim życiem, zwłaszcza w sferze wolności płciowej (seksualnej)¹². Natomiast zagadnienia składające się

⁷ „Pamiętać należy, że pojęcia moralne nie wytwarzają się tak, jak pojęcia prawne, jednolicie (czy to w ustawie czy w judykaturze), lecz odwrotnie są wynikiem swobodnego funkcjonowania rozmaitych drobnych grup społecznych; PRAWO JEST PAŃSTWOWE, NATOMIAST NIE MA PAŃSTWOWEJ MORALNOŚCI. Otóż między drobnymi grupami społecznymi, wchodzącymi w skład tego samego państwa, są często bardzo podzielone zapatrywania co do tego, co jest moralnem, a co niemoralnem”. (J. Makarewicz: *Prawo karne. Wykład porównawczy z uwzględnieniem prawa obowiązującego w Rzeczypospolitej Polskiej*. Lwów—Warszawa 1924, s. 17).

⁸ KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 139—142.

⁹ Ibidem.

¹⁰ „Obyczaj zabijania dzieci na Cejlonie jest szkodliwy niemoralny, natomiast na Borneo rzeczywiście społecznie użyteczny, a więc moralny. Dokąd w ten sposób zajdziemy? Czy nie lepiej zadowolić się tym, że zachowujemy społeczny utilitaryzm jako rozwiązanie zagadki różnych norm moralnych, nie badając odpowiednich dla danych czasów poglądów pod kątem ich poprawności?” — J. Makarewicz: *Wstęp do filozofii prawa karnego w oparciu o podstawy historyczno-rozwojowe (tłumaczenie)*. Lublin 2009, s. 76—77.

¹¹ Ibidem, s. 84—85.

¹² W. Makowski: *Kodeks karny*. Warszawa 1932, s. 472—473; Idem: *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności. Wykład porównawczy prawa karnego austriackiego, niemieckiego i rosyjskiego, obowiązującego w Polsce*. Warszawa 1924, s. 334—336.

na problem stopnia uświadomienia i poczucia etycznego człowieka pozostawiono wyraźnie w gestii psychologii, ewentualnie kryminologii i resocjalizacji, jeśli czyn zabroniony przez prawo zaistniał¹³. Jakże inne to było podejście od tego, które ponad sto lat wcześniej wyrażał Hugo Kołłątaj, chcąc, aby kodeks był „zabezpieczeniem ustaw moralnych, rodzajem sankcji, strażnikiem cnoty”¹⁴.

Poszczególne czyny zabronione z grupy „przeciw moralności”

Wieloność (bigamia)

J. Makarewicz i S. Glaser przygotowali bardzo wnikliwe referaty na ten temat. Dowodzą one wielkiej staranności, jakiej dochowali, przygotowując swoje wystąpienia. Podeszli do problemu nie tylko z punktu widzenia dogmatyki, ale również praktyki prawa. Nie jest konieczne szczegółowe powtarzanie przytoczonych przez nich analiz, albowiem i tak te najważniejsze znalazły swój finał w uchwałach Sekcji, nie sposób jednak pominąć kwestii różniących ich zapamiętania, które miały fundamentalne znaczenie dla kształtu przyszłej ustawy karnej.

Analiza Glasera skierowana była na dowiedzenie nastawienia czynu wieloności (bigamii, dwuności) przeciwko instytucji małżeństwa i to nie w wymiarze społecznym, ale prawnym, jako naruszenie państwowych przepisów regulujących porządek (ustrój) małżeństwa¹⁵. Makarewicz z kolei odmiennie zauważał, że o ile tendencją nowożytnych ustawodawstw jest dostrzeganie w tym przestępstwie zamachu na instytucję małżeństwa, o tyle z tą samą prawidłowością odrzucają one aspekt zasadniczy tego przestępstwa, a mianowicie

¹³ S. Batawia, J. Budkiewicz, M. Skrzywan-Żebrowska: *Badania nad nieletnimi przestępcami. Poczucia moralne*. Warszawa 1929, s. 28—30.

¹⁴ A. Lityński: *Tradycje i nowości w ustawodawstwie karnym Sejmu Czteroletniego (ze szczególnym uwzględnieniem projektu Kodeksu Stanisława Augusta)*. W: Idem: *Między humanitaryzmem a totalitaryzmem. Studia z dziejów prawa karnego*. Tychy 2002, s. 85; Idem: *Problem reformy prawa karnego na Sejmie Czteroletnim*. W: Idem: *Od Rzeczypospolitej szlacheckiej do Rzeczypospolitej ludowej. Studia z dziejów prawa karnego*. Tychy 2005, s. 57.

¹⁵ KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 144. Podaje przykłady ustawodawstw, które wprost się w tej kwestii nie wypowiadają, ale niejako pośrednio poprzez znacznie surowsze traktowanie wieloności w stosunku do cudzołóstwa na to wskazują. Glaser daje tym samym do zrozumienia, że nie chodzi tu o ochronę wierności małżeńskiej, ale o ochronę porządku prawnego uznającego małżeństwo monogamiczne za pożądane.

jego wpływ na rodzinę opartą o tę instytucję. Przewodniczący argumentował dalej, że małżeństwo jako instytucja prawna nie jest przedmiotem zamachu, ponieważ sprawca czynu je całkowicie uznaje, a nawet pod jego autorytet się podszywa, zmierzając do pozamałżeńskiego spółkowania. Przekonywał również, że inny motyw niż ten sprowadzający się do „wyłudzenia” pozamałżeńskiego spółkowania (np. majątkowy) nie może być brany pod uwagę, albowiem sprawca czynu jest świadomy tego, że zawierane małżeństwo jest nieważne lub w każdej chwili może być unieważnione¹⁶.

Argumentacja Makarewicza pozwoliła przekonać pozostałych członków Sekcji, czego dowodem okazała się uchwała, na podstawie której przestępstwo dwużeństwa, bo też taki termin uzgodniono, uznano jednomyślnie za czyn skierowany przeciwko prawom rodzinnym¹⁷.

W dalszej dyskusji poruszono jeszcze dwie kwestie natury szczegółowej, a mianowicie przedawnienie dwużeństwa oraz wpływ materialnej nieważności małżeństwa na byt przestępstwa dwużeństwa. Jak w wielu poprzednich sytuacjach i tu stanowisko przewodniczącego miało decydujący wpływ na rozstrzygnięcie Sekcji, ponieważ za jego sugestią odrzucono pomysł wprowadzenia instytucji przedawnienia dwużeństwa, a bezkarność tegoż ograniczono tylko do przypadku nieważności formalnej, pozostając na stanowisku penalizacji czynu popełnionego w warunkach nieważności materialnej. Przyjęta formuła miała następującą treść: „Kto zawiera małżeństwo, pomimo iż jego poprzednie małżeństwo nie było rozwiązane lub uznane za nieważne...”¹⁸.

W ogłoszonym kodeksie karnym przepis typizujący przestępstwo wielożeństwa miał następującą treść: „Kto zawiera małżeństwo, pomimo że jego poprzednie małżeństwo nie było rozwiązane ani uznane za nieważne, albo kto zawiera małżeństwo z osobą, której poprzednie małżeństwo nie było rozwiązane ani uznane za nieważne, podlega karze więzienia do lat 5”¹⁹.

Cudzołóstwo

Kwestia ta — objęta pytaniem „B” kwestionariusza — wyraźnie połączyła referentów. Zarówno szczegółowy wstęp Glasera, jak i uzupełnienie autorstwa Makarewicza zdawały się kierować w stronę odwiedzenia pozostałych człon-

¹⁶ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 146—147.

¹⁷ Systematyka uchwalonego projektu dowodzi jednak, że zapatrywanie S. Glasera ostatecznie zwyciężyło (Art. 197, rozdział XXX „Przestępstwa przeciwko małżeństwu”. (Szerzej zob. J. Jamontt, E.S. Rappaport, R. Lemkin: *Kodeks Karny r. 1932*. Warszawa 1932, s. 263—265).

¹⁸ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 147—148.

¹⁹ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. — Kodeks karny (Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571).

ków Sekcji od umieszczenia w ustawie karnej tego czynu. Na poparcie swych stanowisk formułowali następujące argumenty:

1. Naruszenie wierności małżeńskiej objawia się nie tylko w cudzołóstwie, ale w całym szeregu innych, może nie mniej ciężkich postąpień i uczynków, a skoro ich nie penalizujemy, to i cudzołóstwa nie należałoby karać.
2. Praktyka innych państw dowodzi, że rzadko kiedy sądy wymierzają za ten czyn karę, co szkodzi tylko powadze ustawy.
3. Coraz łagodniejsze w ustawodawstwie kary oraz coraz częstszy prywatno-skargowy tryb ich dochodzenia wskazują, że cudzołóstwo jako przestępstwo jest na drodze do zaniku²⁰.

Wrażenie, jakiemu można było ulec po wywodach referentów, szybko okazało się złudzeniem w konsekwencji podjętej uchwały. Członkowie Sekcji nie zdecydowali się ostatecznie odstąpić od ustawowego traktowania tego czynu. W protokole odnotowano tylko jeden głos sprzeciwu pochodzący od Aleksandra Mogilnickiego²¹, którego zdaniem bez uszczerbku dla projektu należało zrezygnować z uwzględniania w nim tego czynu. Niepodążenie za myślą oponenta uchwały nie oznaczało wcale, że kodyfikacyjnie cofnięto się do czasów, w których żonę i cudzołożącego mężczyznę karano śmiercią, albowiem stanowiła ona jedynie kompromis pomiędzy moralizatorską rolą ustawy, a autonomią stosunków małżeńskich. Przyjęte rozwiązanie opierało się na koncepcji ścigania prywatno-skargowego cudzołóstwa, które miało nastąpić już po ustanieniu małżeństwa, aby tym samym nie stanąć na przeszkodzie ewentualnemu pojednaniu małżonków²². Ostatecznie cudzołóstwo nie zostało ujęte w kodeksie jako czyn karalny.

Zgwałcenie

Objęty pytaniem „C” kwestionariusza referentów czyn nie wzbudził szerzego zainteresowania wśród pozostałych członków Sekcji, którzy — zapewne zadowoleni wnikliwością wprowadzeń historyczno-prawnych referentów — nie zgłaszali odmiennych uwag. Wypada zatem ograniczyć rozważania do kwestii, które różniły referaty Gläsera i Makarewicza, a miały decydujący wpływ na kształt późniejszej uchwały.

Przede wszystkim na plan pierwszy ich referatów wysuwała się sprawa płci ofiary tego przestępstwa. Gläser w swym wystąpieniu jasno dał do zrozumienia, że w jego mniemaniu przedmiotem tego przestępstwa może być tylko ko-

²⁰ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 148—152.

²¹ Sędzia Sądu Najwyższego, członek Wydziału Karnego Komisji Kodyfikacyjnej i wiceprezes Sekcji postępowania karnego (S. Grodziski: *Komisja...*, s. 77—78).

²² KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 148—153.

bieta, oczywiście swoje stanowisko odpowiednio argumentując²³. Makarewicz z kolei wyszedł z założenia, że przy tym przestępstwie na plan pierwszy wysuwa się pozbawienie wolności ofiary w związku z użytą wobec niej siłą lub groźbą, zatem sprawą drugorzędną jest, „czy nadużycie obcego ciała nastąpiło dla celów normalnego aktu płciowego, czy też zaspokojenia popędu płciowego na innej drodze”. Wskazanie przewodniczącego na aspekt wolności dyspozycji płciowej pozwoliło mu na stwierdzenie, że w związku z takim pojmowaniem tego czynu „nie ma powodu ograniczać się do ochrony kobiet, lub kobiety faworyzować”²⁴. Mając powyższe na uwadze, zaproponował następujący kierunek regulacji przestępstw przeciw swobodzie dyspozycji płciowej:

- zrównanie płci;
- rozszerzenie działania na wszelkie zamachy nierządne²⁵;
- zrównanie wszelkich działań bez woli przedmiotu przestępstwa;
- traktowanie zaspokajania popędu płciowego wbrew woli przedmiotu przestępstwa jako istoty tego przestępstwa, niezależnie od sposobu jego zaspokajania²⁶.

Argumenty J. Makarewicza przekonały najwyraźniej wszystkich, albowiem bez głosu sprzeciwu uznano czyn ten za wypadek kwalifikowany nierządu wbrew woli²⁷.

Na kolejnym posiedzeniu Sekcji, tj. 29 maja 1923 r., kontynuowano rozważania w kręgu problematyki zgwałcenia, w kontekście kolejnych „zachowań niegodnych” takich jak zhańbienie i zniewolenie dla nierządu²⁸. Tym razem szczegółowy referat wygłosił tylko prof. S. Glaser, zwracając szczególną uwagę na czyn zhańbienia polegający na nadużyciu cielesnym osoby znajdującej się w stanie wykluczającym możliwość oporu. Wnikliwe rozważania w tym wzglę-

²³ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 155: „Za ograniczeniem stanu faktycznego do kobiety przemawia przede wszystkim doniosłe znaczenie, jakie dla życia i powodzenia niewiasty ma wolność płciowa oraz ten fizjologiczny moment, iż natura spółkowania wymaga od mężczyzny już w normalnych warunkach przewyciężenia pewnego oporu u kobiety. Niebezpieczeństwo jakie zagraża kobiecie wskutek spotęgowania się agresywnego (czynnego) z natury charakteru mężczyzny, wymaga i usprawiedliwia, by prawo użyczało jej w tym kierunku specjalnej ochrony”.

²⁴ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 158: „Zamach na swobodę dyspozycji płciowej mężczyzn jest zupełnie możliwy, a przy przestępstwach na tle homoseksualizmu nie jest rzadkością”.

²⁵ „Nierząd” rozumiano jako wszelkie czynności prowadzące do zaspokojenia popędu płciowego, znane także pod pojęciami czyny lubieżne, zhańbienie, czyny nierządne, stosunek płciowy (W. Grzywo-Dąbrowski: *Uwagi lekarza sądowego do projektu kodeksu karnego*. „Głos Sądownictwa” 1929, nr 10, s. 470).

²⁶ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 157—158.

²⁷ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 158—159.

²⁸ Makarewicz, otwierając posiedzenie z dnia 29 maja 1923 r., zaproponował, aby z uwagi na wielość cech wspólnych czynów zgwałcenia, zhańbienia i zniewolenia do nierządu, traktować te czyny łącznie. KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 158.

dzie zaprowadziły referenta do konkluzji, zgodnie z którą należałoby wyróżnić trzy grupy osób będących przedmiotem zamachu przy tym przestępstwie, a mianowicie: bezbronnych, nieprzytomnych (w tym śpiących) oraz chorych i niedoświadczonych²⁹.

Wszystko, co powiedział Glaser, sprowadzało się do wspólnego mianownika, czyli „nierządu wbrew woli”. Nie taka była jego intencja, albowiem starał się on bronić odrębnego traktowania zhańbienia. Coraz wyraźniej jednak rysowała się potrzeba zastosowania ogólnej konstrukcji dla takich czynów jak zgwałcenie, zniewolenie czy zhańbienie. Fakt ten dostrzegali m.in. J. Kałużniacki³⁰ i J. Makarewicz, z kolei E.S. Rappaport³¹ był wyraźnie sceptyczny³².

Pomimo zastrzeżeń niektórych członków, stosunkiem głosów 3 do 2 przyjęto formułę ogólną, z zastrzeżeniem jej prowizoryczności. Ze względu na rozbieżność zdań sprawą godną odnotowania była jednomyślność w kwestii wyodrębnienia w tym przepisie zgwałcenia jako najdalej krzywdzącego ofiarę czynu. Zgodnie z sugestią Makarewicza, czyn nierządny względem osoby o całkowitej lub częściowej anormalności potraktowano jako osobne przestępstwo³³.

Kolejnym z kategorii czynów nierządu wbrew woli, jaki został poddany pod rozważenie członków Sekcji, był czyn zawarty w punkcie „F” kwestionariusza, tj. wprowadzenie w błąd dla nierządu. Jak wykazał na wstępie Glaser, istniała znacząca różnica między poprzednio dyskutowanymi czynami a tym przypadkiem, albowiem o ile do istoty wcześniej dyskutowanych przestępstw należało przewyciężenie pozytywnej woli u osoby, która ma świadomość nierządności charakteru podejmowanych przez sprawcę czynności, o tyle w tym konkretnym przypadku osoba tej świadomości jest pozbawiona i tym samym nie podejmuje obrony. Specyfika tego rodzaju czynów oraz różnorodność rozwiązań prawnych przyjmowanych na świecie, doprowadziły referenta do sformułowania następujących możliwych rozwiązań:

- nieuwzględnienia w kodeksie tego rodzaju czynów;
- uwzględnienia tego rodzaju czynów, ale z ograniczeniem tylko do błędu co do słubności aktu spółkowania;
- podążenia drogą ustawodawstw romańskich traktujących za przestępstwo wszelkie podstępne skłonienie do nierządu.

²⁹ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 162—163.

³⁰ Sędzia sądu rozjemczego w Bytomiu, członek Sekcji Prawa Karnego (S. Grodziski: *Komisja...*, s. 76).

³¹ Sekretarz generalny Komisji, sekretarz Wydziału Karnego, sędzia Sądu Najwyższego (S. Grodziski: *Komisja...*, s. 78).

³² KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 164: „W tym dziale będzie dużo rzeczy, które nie dadzą się ściągnąć do jednego ogólnego pojęcia. Wobec tego nie ma potrzeby stosowania tutaj tak dalekiego ujęcia przestępstwa”.

³³ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 165.

Opowiadając się osobiście za pośrednim z zaproponowanych rozwiązań, Glaser oddał głos przewodniczącemu³⁴. Makarewicz już w pierwszych słowach oddał istotę problemu tego czynu, stwierdzając: „Nie ma woli po stronie osoby, która wprawdzie wyraziła formalną zgodę, ale tylko skutkiem podstępnego wprowadzenia jej w błąd (przestępstwo stoi na pograniczu oszustwa)”. Podzielając propozycje Glasera, poddał po swoim wywodzie pod głosowanie stan faktyczny ograniczający podstępność działania do stworzenia pozorów ślubności aktu. Konstrukcje referentów przyjęto jednomyślnie, ograniczając jednocześnie „wyłudzenie” nierządu do aktu obcowania płciowego³⁵.

Z kręgu czynów nierządu wbrew woli pozostały członkom Sekcji do dyskusowania wówczas jeszcze dwa stany faktyczne, a mianowicie nierząd z nieletnim (w tym uwiedzenie młodzieży) oraz nierząd w stosunku zależności. Ten pierwszy czyn został rozbity na dwie części, nierząd z nieletnim do 13. roku życia oraz uwiedzenie nieletniego powyżej tego wieku. Ten podział, jak wykazały wprowadzenia do poszczególnych części, wynikał ze zróżnicowania granicy wieku przez Glasera, związanej z osiągnięciem dojrzałości płciowej z jednej strony, a względnie świadomym dysponowaniem swoją wolnością płciową — z drugiej. Referenci, jak i pozostali członkowie Sekcji byli zgodni co do potrzeby zapewnienia bezwzględnej ochrony osobom nieletnim przed wszelkimi zamachami na ich fizyczną nienaruszalność płciową i to bez względu na płeć, ale różniła ich wyraźnie kwestia wieku, do którego owa bezwzględna ochrona winna przysługiwać. Glaser zaproponował, aby tą granicą był 13. rok życia, wyznaczający okres bezwarunkowej nieodpowiedzialności³⁶. Będąc zapewne świadomy, że w zestawieniu z rozwiązaniami na świecie granica ta może wydawać się dla pozostałych za niska, wsparł swoje twierdzenie jeszcze tym, że to nie wiek przyjęty przez ustawę, a działalność prewencyjna w postaci opieki i wychowania nieletnich mają być instrumentem ich ochrony. Proponowana przez niego stosunkowo niska granica wieku miałyby, jego zdaniem, również znaczenie praktyczne, albowiem wykluczyłyby w praktyce powoływanie się sprawców na błąd co do wieku ofiary³⁷. Względną ochronę młodzieży przed uwiedzeniem wyznaczył na 17. rok życia, argumentując fakt ten tym, że młodzież w tym wieku nie tylko uzyskuje pełnoletność małżeńską, ale podlega również warunkowej odpowiedzialności karnej, co tym samym wskazuje na ich dojrzałość moralną³⁸.

³⁴ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 166.

³⁵ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 166—167.

³⁶ Wiek 13 lat, stanowiący granicę bezwarunkowej odpowiedzialności za czyn nierządny z nieletnim wedle projektu kodeksu karnego, komentowano w literaturze fachowej jako granicę świadomości płciowej (W. Grzywo-Dąbrowski: *Uwagi lekarza...*, s. 470).

³⁷ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 170: „[...] nie wolno przypuszczać, że znajdzie się ktoś, kto by mniemał, iż taki nieletni jest zdolny i dojrzały do aktów płciowych”.

³⁸ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 172—174.

Argumenty za stosunkowo niską granicą zarówno bezwzględnej, jak i względnej ochrony nieletnich przed nierządem nie przekonały Makarewicza. Jako referent przedstawił swój pogląd na tę kwestię dobitnie, wskazując, że celem tego przepisu nie jest zaprzeczanie dojrzałości płciowej tej czy innej osoby, ale ochrona jej nie do końca ukształtowanego rozwoju moralnego i psychicznej odporności przed deprawacją³⁹.

Propozycję kompromisową przedstawił Mogilnicki, którego zdaniem należałoby chronić nieletnich przed nierządem do 17. roku życia, bez oglądania się na historyczne zachowanie ujmowane jako uwiedzenie, które wypacza istotę problemu, sprawiając wrażenie, jakoby dziecko po 13. roku życia mogło kierować swoją wolnością płciową. Jego zdaniem, te kwestie należałoby rozdzielić, wprowadzając bezwzględny zakaz spółkowania do 17. roku życia, a uwiedzenie traktować za przestępstwo bez względu na wiek. To stanowisko spotkało się z przychylną reakcją pozostałych, za wyjątkiem Kałużniackiego, który zabiegał o nielekceważenie praktyki w środowiskach wiejskich, która dowodzi, że faktycznie życie płciowe kobiety i mężczyzny zaczyna się wcześniej, najczęściej wraz z osiągnięciem dojrzałości płciowej. To odosobnione stanowisko nie miało jednak wpływu na ostateczną treść uchwały, której brzmienie było następujące: „Nierząd z nieletnim do lat 17 ma być zakazany oraz tylko uwiedzenie kwalifikowane stanowi przestępstwo”⁴⁰.

Ostatni ze stanów faktycznych z katalogu czynów nierządu wbrew roli dotyczyć kwestii wykorzystania szeroko rozumianego stosunku zależności między sprawcą a ofiarą przestępstwa. Rozważania wprowadzające referentów zmierzały w kierunku wyłonienia tych konkretnych stosunków zależności (np. rodzinnej, ekonomicznej, urzędowej itp.), których wymienienie w ustawie karnej byłoby wskazane. Dyskusję otworzył Mogilnicki, którego stanowisko, podobnie jak w poprzednim przypadku, okazało się podstawą ostatecznej uchwały. Zaproponował, aby wykorzystać ogólną formułę „skłonienie do nierządu przez nadużycie stosunku zależności”, bez specyfikacji konkretnych przypadków. Ta syntetyczna konstrukcja, odznaczająca się większą elastycznością niż najnowsze ówczesne światowe projekty ustaw karnych, zaniepokoiła wyraźnie referentów problemu. Glaser już wcześniej w trakcie swojego wywodu przestrzegł przed nazbyt ogólnym ujęciem problemu, a Makarewicz, reagując na tę propozycję, nakłaniał, aby ograniczyć stan faktyczny do zależności prawnej i ekonomicznej. Ostatecznie jednak zwyciężyło stanowisko Mogilnickiego, a uchwała podjęta już na następnym posiedzeniu, tj. 30 maja 1923 r., miała następującą treść: „Kto nadużywając stosunków zależności skłania inną osobę do znoszenia lub przedsięwzięcia czynności nierządnych”⁴¹.

³⁹ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 174.

⁴⁰ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 175—176.

⁴¹ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 177—188.

W ogłoszonym kodeksie karnym powyższe przestępstwa sypizowano w rozdziale XXXII. Ich brzmienie było następujące:

1. „Kto przemocą, groźbą bezprawną albo podstępem doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządnemu lub do wykonania takiego czynu, podlega karze więzienia do lat 10” (art. 204 § 1). „Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego” (art. 204 § 2);
2. „Kto dopuszcza się czynu nierządnego względem osoby poniżej lat 15 albo osoby, zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swym postępowaniem, podlega karze więzienia do lat 10” (art. 203).
3. „Kto przez nadużycie stosunku zależności lub wyzyskanie krytycznego położenia doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządnemu lub do wykonania takiego czynu, podlega karze więzienia do lat 5” (art. 205 § 1). „Ściganie następuje na wniosek pokrzywdzonego” (art. 205 § 2).

Urowadzenie

Po dokończeniu kwestii wykorzystania stosunku zależności dla nierządu większą część posiedzenia z dnia 30 maja 1923 r. poświęcono pracy nad kolejnymi punktami kwestionariusza referentów, rozpoczynając rozprawę od czynu uprowadzenia. Po wnikliwym prawnoporównawczym wstępie Glasera, jego rozważania poddał wnikliwej praktycznej analizie koreferent Makarewicz. Wskazał on, że chociaż w uprowadzeniu w celach nierządu lub małżeństwa na pierwszy rzut oka wyłania się strona erotyczna, to jednak ciężar tego przestępstwa znajduje się w innej sferze, a mianowicie wolności osobistej. Stwierdził również, że historycznie uwarunkowane podejście od strony erotycznej przestępstwa kazało większości kodeksom karnym traktować ten czyn jako przestępstwo z grupy przeciw „moralności”, co, jego zdaniem, jest założeniem błędnym, zważywszy na rzeczywistą istotę zamachu. Mając powyższe na uwadze, przedstawił następującą propozycję:

- 1) jako przestępstwo przeciw porządkowi publicznemu uznać uprowadzenie osoby nieletniej spod władzy rodzicielskiej lub opiekuńczej ze względu na naruszenie praw osób ją sprawujących;
- 2) za przestępstwo przeciwko wolności uznać porwanie osoby, która pod niczyją władzą ani nadzorem się nie znajduje.

Ta propozycja poparta przez Mogilnickiego znalazła swoje umocowanie w uchwale, którą powyższe stany faktyczne przeniesiono do odpowiadającym im rozdziałów projektowanego kodeksu⁴².

⁴² KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 188—193.

W ogłoszonym kodeksie dyskutowane problemy zostały ujęte w następujący sposób:

1. „Kto wbrew woli osoby, mającej prawo opieki lub nadzoru, uprowadza lub zatrzymuje nieletniego poniżej lat 17, albo osobę, znajdującą się pod opieką lub nadzorem z powodu nienormalności lub nieprzytomności, podlega karze więzienia do lat 5” (art. 199 § 1, Rozdział XXXI „Przestępstwa przeciwko opiece i nadzorowi”);
2. „Kto człowieka pozbawia wolności, podlega karze więzienia do lat 5” (art. 248 § 1). „Jeżeli pozbawienie wolności trwało dłużej niż 14 dni albo łączyło się ze szczególnym udrczeniem lub z oddaniem we władztwo obcego państwa, albo w innych szczególnie ciężkich przypadkach, sprawca podlega karze więzienia do lat 10” (art. 248 § 2, Rozdział XXXVI „Przestępstwa przeciwko wolności”).

Kazirodztwo

Przedstawiając swoje rozważania, referenci S. Glaser i J. Makarewicz zwrócili uwagę na następujące problemy, które można sprowadzić do następujących pytań:

1. Czy źródła karygodności tego czynu należałoby szukać w uwiedzeniu, względnie nadużyciu autorytetu ascendentów w stosunku do descendentów, czy w naruszeniu czystości moralnej życia rodzinnego?
2. Czy, podążając śladem prawa kanonicznego, należałoby rozszerzyć penalizację na powinowatych?
3. Czy kwestia nieistnienia małżeństwa ma mieć wpływ na kazirodczy charakter zachowań osób dotychczas powiązanych stosunkiem powinowactwa?
4. Czy pod pojęciem „kazirodztwo” należy rozumieć tylko spółkowanie, czy także inne czynności nierządne?
5. Czy zwolnić od odpowiedzialności (względnie ją złagodzić) nieletnich krewnych i powinowatych?
6. Czy czyn kazirodczy stanowi zamach na gatunek, czy stosunki rodzinne?
7. Czy wzorem prawa rzymskiego i kościelnego za wypełniające znamiona czynu kazirodczego należy uznać samo zawarcie małżeństwa między krewnymi a nawet powinowatymi, bez kontaktów cielesnych?
8. Czy, przyjmując kazirodztwo za czyn zabroniony występujący przeciw gatunkowi, nie należałoby uznać za takowe przestępstwo płodzenie lub rodzenie dzieci przez osoby obciążone chorobami genetycznymi⁴³?

Podjmujący dyskusję z referentami pozostali członkowie Sekcji zgodni byli co do tego, że czyn ten należałoby możliwie wąsko traktować, a nawet

⁴³ KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 194—197.

skreślić (tak Mogilnicki). Za takim podejściem przemawiały, ich zdaniem, aspekty praktyczne, które z jednej strony dowodziły o marginalności tego typu zjawisk, a z drugiej o trudnościach dowodowych w ich ściganiu.

Za utrzymaniem jednak tego przepisu również sformułowano konkretne argumenty m.in. amoralność zachowania (tak E.S. Rappaport) oraz zagrożenie dla czystości rasy. Wskazanie przez Rappaporta na aspekt „amoralny” czynu wywołało reakcję Makarewicza, który przypomniał obecnym, że dla niego „przestępstwa przeciw moralności” nie istnieją⁴⁴.

Po tym wyjaśnieniu przewodniczący otworzył głosowanie, które zwięźczo uchwala następującej treści: „Nie rozciągać kazyrodztwa na stosunek powinowactwa. Rozciągnąć je na stosunek pokrewieństwa w linii prostej i bocznej do drugiego stopnia. Czyn przestępny ma polegać tylko na spółkowaniu. Pozostawić sędziemu kwestię złagodzenia kary ascendentom. Kwestię nieodpowiedzialności nieletnich uważać za załatwioną osobnymi przepisami o odpowiedzialności nieletnich”⁴⁵.

W ogłoszonym kodeksie problem kazyrodztwa został ujęty w następujący sposób:

1. „Kto spółkuje z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą, podlega karze więzienia do lat 5” (art. 206, Rozdział XXXII „Nierząd”).

Nierząd przeciwny naturze⁴⁶

Wzajemnie uzupełniające się wprowadzenia referentów zmierzały w jednym kierunku, a mianowicie przedstawienia argumentów za oraz przeciwko umieszczeniu tego stanu faktycznego w projektowanym kodeksie. Tych przeciwko było znacznie więcej oraz miały decydujące znaczenie dla rozstrzygnięcia Sekcji, dlatego wypada w tym miejscu przywołać je, aby zobrazować, czym kierowali się jej członkowie, podejmując decyzje. Były one następujące:

1. Tendencją najnowszych czasów jest ograniczanie o ile nie całkowite odrzucanie regulacji karnej tego typu czynów.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 194—197.

⁴⁶ Pojęcie „nierząd przeciwny naturze” było przez referentów pojmowane jednolicie, jako wszelkie zaspokojenie popędu płciowego, niebędące aktem spółkowania między osobami różnej płci obejmującym w szczególności następujące wypadki:

— homoseksualizm;

— nierząd ze zwierzętami;

— onania;

— nekrofilia;

— „przewrotne” akty płciowe pomiędzy mężczyzną i kobietą, czyli przeciwne normalnie prowadzącym do zapłodnienia.

(KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 204—205).

2. Praktyka i polityka prawa wskazują, że większość tego typu czynów pozostaje nieujawniona, a te nieliczne które ujrzały światło dzienne są trudne do udowodnienia, prowadząc do obrażania powagi prawa.
3. Karalność tego typu praktyk uniemożliwi leczenie osób je podejmujących.
4. Z chwilą, gdy ustawodawca zaczyna ograniczać karygodność aktów nierządu przeciwnego, traci wszelką podstawę do karania innych, albowiem trudno wartościować ich szkodliwość⁴⁷.

Powyższe jak najbardziej słuszne argumenty, wydaje się, nie odegrały tak znaczącej roli w odrzuceniu nierządu przeciwnego naturze, jak te sformułowane dodatkowo przez Makarewicza. Powiedział on bowiem: „Jeżeli odrzucimy religijną podstawę grzechu nieczystości, a staniemy na stanowisku odwracania popędu płciowego od jego zadania podtrzymania gatunku, to rozstrzygnąć należy sprawę, czy używanie środków antykoncepcyjnych jakiegokolwiek rodzaju, choćby mechanicznych, jest karygodne czy nie. Jeśli tak, nie należy cofać się przed żadnymi konsekwencjami, choćby karania onanii i nierządu *contra ordinem* w małżeństwie, jeżeli nie, to żadne działanie dlatego tylko, że odwraca popęd płciowy, nie może być karygodne”⁴⁸.

Po tak wnikliwym roztrząśnięciu problemu większość obecnych nie mogła mieć wątpliwości co do potrzeby odrzucenia tego przepisu z projektu i tak też uczyniono, stosunkiem głosów 6 do 1. Jeden z członków Sekcji argumentował, że potrzeba penalizacji homoseksualizmu i nierządu ze zwierzętami wynika z oczekiwań społecznych, zgodnie z którymi każde niespowodowane chorobą tego typu zachowanie winno ulegać karze. Zwyciężył jednak rozsądek, który wpisuje się w wypowiediane w ówczesnej literaturze naukowej stwierdzenie, że tam, gdzie raczej powinno się wysłać lekarza, nie powinno się wysłać sędziego⁴⁹.

W ogłoszonym kodeksie nie ujęto przestępstwa nierządu przeciwko naturze jako czynu samoistnego. Kodeks przewidział jedynie karalność prostytutki homoseksualnej, w postaci przepisu następującej treści: „Kto z chęci zysku ofiarowuje się osobie tej samej płci do czynu nierządowego, podlega karze więzienia do lat 3” (art. 207, Rozdział XXXII „Nierząd”). Był to znaczny postęp choćby w porównaniu z niemieckim kodeksem karnym z 1871 r., który w § 175 nie uzależniał karalności homoseksualizmu od jego zarobkowego wymiaru⁵⁰.

⁴⁷ KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 198—203.

⁴⁸ KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 204.

⁴⁹ W. Grzywo-Dąbrowski: *Uwagi lekarza...*, s. 470.

⁵⁰ „Nierząd przeciwny naturze, popełniony przez osoby płci męskiej pomiędzy sobą albo przez ludzi ze zwierzętami, ulegnie karze więzienia; można także orzec utratę praw czci obywatelskiej”. Zob. Kodeks karny Rzeszy Niemieckiej z dnia 15 maja 1871 r. z późniejszymi zmianami i uzupełnieniami po rok 1918 wraz z ustawą wprowadzącą do kodeksu karnego dla Związku Północno-Niemieckiego (Rzeszy Niemieckiej) z dnia 31 maja 1870 r., s. 77. <http://www.wbc.poznan.pl/dlibra/doccontent?id=71376> [dostęp: 24.09.2017]).

Nierząd zarobkowy (prostyucja)

S. Glaser przedstawił prostytucję jako jedną z najtrudniejszych kwestii do regulacji prawnej, czego dowodem miały być przywoływane przez niego liczne w tym względzie i niejednolite rozwiązania ustawodawstw karnych na świecie. Żaden jednak z przedstawionych sposobów regulacji, jego zdaniem, nie sprawdził się w praktyce, dlatego trudno było mu się opowiedzieć za którymkolwiek z nich, jako za najodpowiedniejszym do polskich warunków⁵¹.

Makarewicz już takich wątpliwości nie miał, stwierdzając stanowczo, że kwestie reglamentacji prostytucji należy pozostawić prawu administracyjnemu, a jej karygodność kodeksowi policyjnemu, natomiast w zainteresowaniu kodeksu karnego pozostawić kwestię nierządu zarobkowemu wbrew naturze.

Propozycja przewodniczącego zadowolili oczekiwania pozostałych. Pozostała jednak kwestia, jakie to czyny wbrew naturze podejmowane zarobkowo mają się znaleźć w kodeksie. W dyskusji zarysowało się wyraźnie dążenie do objęcia regulacją kodeksową pederastii zarobkowej, co jednak nie oznaczało zamknięcia problemu. Sprawą otwartą pozostało bowiem rozstrzygnięcie, która ze stron tego nierządu, a więc oferujący pieniądze czy je przyjmujący, miałyby podlegać karze. Kwestia ta poróżniła Makarewicza i Makowskiego. Ten pierwszy opowiedział się za karalnością tylko przyjmującego pieniądze. Jego zdaniem okoliczność ta świadczyła o działaniu inspirowanym chęcią zysku, a tym samym wskazującym na większą deprawację człowieka. Makowski z kolei opowiedział się za penalizacją każdej ze stron tego stosunku. Argumentował, że równie deprawujący charakter ma oferowanie pieniędzy, jak i ich przyjmowanie⁵². Ostatecznie jednak przyjęto formułę Makarewicza⁵³.

⁵¹ KK.WK.SPKM. T. 2, z. 1, s. 205—208 — Glaser podzielił przyjmowane za prostytucję zapatrywania na cztery zasadnicze grupy:

- 1) całkowitej bezkarności np. kraje anglosaskie, Holandia;
- 2) karygodności wszelkiej jej przejawów np. Szwajcaria z wyjątkiem trzech kantonów (Zurich, Genewa i Waadt);
- 3) karygodności tylko najcięższych jej przejawów np. Szwecja, Austria;
- 4) regulacji przy użyciu norm blankietowych w ustawach karnych przejawów niestosowania się do nakazów i zakazów policyjnych będący odzwierciedleniem trzech systemów relacji władzy do kwestii nierządu zarobkowego, a mianowicie są to:
 - **system reglamentacji** — tzw. system rejestrowy;
 - **system abolicji** — tzw. **zdrowotny** — karygodna jest tylko taka prostytucja, która swą jawnością wywołuje zgorszenie lub szkodliwe następstwa dla zdrowia;
 - **system neo-reglamentacji** — tzw. **lekarski** — ciężar kontroli spoczywa na lekarzach, a nie policji.

⁵² W literaturze medycznej wskazywano, że nie powinno się karać pederastii nawet zarobkowej (W. Grzywo-Dąbrowski: *Uwagi lekarza...*, s. 469).

⁵³ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 208—210.

W ogłoszonym kodeksie — za wyjątkiem prostytucji homoseksualnej (art. 207) — prostytucja nie została uznana za przestępstwo.

Rajfurstwo (kuplerstwo) oraz sutenerstwo

Kolejne posiedzenie w przedmiocie referatów profesorów Glasera i Makarewicza odbyło się 31 maja 1923 r. Podobnie jak szereg poprzednich tego typu spotkań, na miejsce obrad wybrano lokal Biura Głównego Komisji Kodyfikacyjnej w Warszawie przy ul. Mokotowskiej 14 m. 8.

Prace rozpoczęto od pytania „P” kwestionariusza obejmującego problematykę konkubinatu. Biorąc pod uwagę, że ów stan faktyczny nie został przyjęty, wypada jedynie zasygnalizować fakt jego rozważenia bez rozwijania tej kwestii. Wprowadzenia referentów zmierzały zdecydowanie do negacji zasadności jego umieszczenia w kodeksie, a żaden z pozostałych członków nie zgłosił w tej kwestii głos sprzeciwu⁵⁴.

Przechodząc do głównego punktu tego rozdziału, wypada zaznaczyć, że wspólne traktowanie tych przestępstw wynikało z ich zbliżonej istoty, która sprawiała, że wprowadzenia do dyskusji nad kuplerstwem czy sutenerstwem w dużej części się pokrywały. Nadanie im właściwej treści przez członków Sekcji było możliwe dopiero po ich wzajemnym zestawieniu, a „subtelna” różnica wynikała wyraźnie dopiero w uchwale konstruującej przestępstwo sutenerstwa.

Referat otworzyła kwestia rajfurstwa, które Glaser zdefiniował jako „ułatwianie względnie popieranie wszelkiego rodzaju nierządu, bez względu na to, czy nierząd ten jest karygodny i czy został faktycznie dokonany”. Glaser wskazał, że typowe działanie w tym zakresie polega na dostarczaniu nierządnicom mieszkania lub przytułku, przyprowadzaniu nierządnic oraz pośredniczeniu w porozumieniach poprzedzających nierząd i, co charakterystyczne, zawsze w celach zarobkowych (zawodowo). To klasyczne pojmowanie istoty tego czynu — jak wykazał, opierając się na licznych przykładach, Glaser — nie było powszechnie przyjmowane, nastęczało trudności prawnoporównawcze. Ta różnorodność w ustawowym traktowaniu, jak zauważył następnie Makarewicz, była skutkiem pomieszania rozmaitych punktów widzenia: psucia nieletnich, wyzyskiwania stanowiska autorytatywnego czy stosunku zależności, ułatwiania obcego nierządu czy wreszcie czerpania z niego zysków. Jego zdaniem w istocie chodziło właśnie wyłącznie o zarobek z ułatwiania komuś nierządu, nawet jeśli nie miałby on charakteru zawodowego. Myśl Przewodniczącego następnie stała się uchwałą, przyjmując następujące brzmienie: „Kto z chęci

⁵⁴ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 210—212.

zysku ułatwia obcy nierząd”. Za wypadek kwalifikowany uznano zawodowy charakter ułatwiania nierządu⁵⁵.

Kolejnym problemem do rozważenia było sutenerstwo. Jak wykazał Glaser, przypadek sutenerstwa stanowił czyn pokrewny względem diskutowanego poprzednio rajfurstwa. W swoich rozważaniach wyróżnił 4 odmienne rozwiązania w jego traktowaniu:

1. Ogólnie określane jako „czerpanie zysków z zarobku nierządniczy” (np. prawo anglosaskie, projekty szwajcarskie i niemieckie).
2. Mówiące o „czerpaniu zysków z popierania osoby uprawiającej nierząd” np. prawo francuskie.
3. Charakteryzujące działanie jako „udzielanie z chęci zysku osobie oddającej się nierządowi pomocy, poparcia, ochrony np. prawo niemieckie.
4. Tak szeroko traktujące czyn rajfurstwa, że działania charakterystyczne dla sutenerstwa również podpadają pod jego regulację np. prawo rosyjskie⁵⁶.

W efekcie wyczerpującej analizy historycznoprawnej i prawnoporównawczej Glasera, Makarewiczowi nie pozostało nic innego jak przenieść te rozważania do teraźniejszości. Dostrzegając proces kształtowania się pojęcia sutenerstwa sformułował jego definicję⁵⁷, zaznaczając wyraźnie, że nie ma dla niego znaczenia ani płeć sprawcy, ani kwestia ewentualnego czerpania dochodu z innych źródeł, sprawiającego pozory samowystarczalności.

Mogilnicki, zabierający głos po przewodniczącym, trafnie zwrócił uwagę na aspekt językowy określenia „sutener”, stwarzający problemy z odróżnieniem czynu przez niego popełnianego z kuplerstwem, albowiem pojęcie to wskazuje, jakoby był to człowiek utrzymujący innego, a tak naprawdę jest utrzymywany, co w istocie oddaje charakter czynu i wskazuje na jego odrębność względem poprzednio diskutowanego. Uchwałą Sekcji umocowano propozycję Makarewicza⁵⁸.

W ogłoszonym kodeksie powyższe problemy ujęto w następujący sposób:

1. „Kto z chęci zysku ułatwia cudzy nierząd, podlega karze więzienia do lat 5” (art. 208, Rozdział XXXII „Nierząd”);
2. „Kto czerpie z cudzego nierządu zyski, podlega karze więzienia do lat 5” (art. 209, Rozdział XXXII „Nierząd”);
3. „Kto nakłania inną osobę do zawodowego oddawania się nierządowi, podlega karze więzienia do lat 5 i grzywny” (art. 210, Rozdział XXXII „Nierząd”).

⁵⁵ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 214—222.

⁵⁶ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 223—225.

⁵⁷ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 225 — sutenerem jest człowiek, który czerpie dochody z obcego nierządu niebędące za żadne dozwolone świadczenie.

⁵⁸ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 228: „Kto czerpie dochody z cudzego nierządu, nie będące odpłatą za żadne dozwolone świadczenia”.

„Handel żywym towarem”

Występujący w kwestionariuszu jako punkt „T” czyn zabroniony, okazał się kolejnym oprócz sutenerstwa czynem zbliżonym do kuplerstwa, jednak — jak zauważył Glaser — konstrukcja rajfurstwa w tym przypadku zupełnie jest niewystarczająca, albowiem jego szkodliwość nie polega tylko na popieraniu nierządu i narażaniu skutkiem tego moralności publicznej, ale zarazem na pozbawianiu nierzadko osób nieletnich wolności i poświęcania ich na najgorsze zniszczenie moralne, często bez możliwości udzielenia ratunku.

Ta przerażająca specyfika czynu stała się, jego zdaniem, asumptem do międzynarodowych regulacji tych przestępstw, które ze swej istoty sięgają poza granice działania jakichkolwiek partykularnych ustawodawstw. Uwzględniając to, zaproponował następujące rozwiązanie:

1. Zastosowanie możliwie jak najszerszej regulacji stanu faktycznego, aby tym samym objąć wszelkie, niejednokrotnie zakamuflowane formy „handlu żywym towarem”.
2. Zwrócenie uwagi nie tylko na aspekt międzynarodowy czynu, ale także na czynności podejmowane w kraju, niejednokrotnie równie niebezpieczne, co sam wywóz kobiet.
3. W przypadku tego rodzaju przestępstw zainteresowanie ustawy karnej winny wzbudzić same czynności przygotowawcze, do których jednak konstrukcje z części ogólnej (np. pomocnictwo) nie są w pełni wystarczające. Aby zapobiec bezkarności wielu osób zaangażowanych w ten proceder, najlepiej by było zrównać ze sprawstwem wszelkie wspierające go czynności⁵⁹.

W podobnym duchu wypowiedzieli się pozostali członkowie, w tym także referent Makarewicz, który dodał tylko, że logiczne by było penalizowanie doprowadzenia do domów rozpusty nie tylko za granicą, ale także w kraju⁶⁰. Uchwała podjęta w ich wyniku dała wyraz akceptowanym powszechnie tendencjom, będąc rozwiązaniem szerszym niż zawarte w ówczesnie wiążącym Polskę prawie międzynarodowym⁶¹.

W ogłoszonym kodeksie przestępstwo „handlu żywym towarem” ujęto w następujący sposób:

⁵⁹ KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 228—230.

⁶⁰ KK.WK.SP.KM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 232—233.

⁶¹ KK.WK.SP.KM. T. 2, z. 1, s. 233 — składająca się z dwóch części uchwała miała następującą treść:

1. „Kto nakłania kogoś do zrobienia sobie procederu sprzedawania swego ciała”
2. „Kto wywozi z kraju osobę mającą oddawać się zawodowemu nierządowi”.

Por. Oświadczenie Rządowe z dnia 8 września 1922 r. w przedmiocie przystąpienia Rzeczypospolitej Polskiej do Międzynarodowego Porozumienia z dnia 18 maja 1904 roku i do Międzynarodowej Konwencji z dnia 4 maja 1910 roku, podpisanych w Paryżu, dotyczących zwalczania handlu żywym towarem (Dz.U. 1922, nr 87, poz. 783).

1. „Kto wywozi z kraju inną osobę w celu przeznaczenia jej do uprawiania zawodowego nierządu, podlega karze więzienia do lat 10 i grzywny” (art. 211, Rozdział XXXII „Nierząd”).

Pornografia

Ujęty w pytaniach „U”, „W” i „X” kwestionariusza problem został potraktowany zbiorczo, jako „wywołanie zgorzenia”. Jednak szczegółowe wprowadzenie S. Glasera w tym zakresie pokazało, że chodziło w tym przypadku o bardzo zróżnicowane stany faktyczne, łącznie składające się na szerokie pojęcie pornografii.

W pierwszej kolejności Glaser odniósł się do problematyki tzw. wywołania zgorzenia *sensu stricto*, które scharakteryzował jako „jakiegokolwiek obrażenie ambicji moralnej — poczucia moralnego — pod względem seksualnym u poszczególnej jednostki”. W związku z takim rozumieniem tego rodzaju czynów, Glaser zaproponował, aby przy ewentualnym ściganiu karnym tego rodzaju zachowań nie brać pod uwagę rzeczywistej obrazy uczuć, lecz jej wystąpienia, co ma miejsce przy działaniu o charakterze publicznym⁶².

Kolejna kwestia dotyczyła tzw. pism nierządnych, odwzorów oraz obrazowych przedstawień, które zostały scharakteryzowane przez referenta jako „polegające na rozpowszechnianiu tego rodzaju materiałów większej liczbie osób”. Różnica względem „wywołania zgorzenia *sensu stricto*” sprowadzała się, zdaniem Glasera, do motywu działania sprawcy. W pierwszym przypadku była nim „lubieżność”, a w drugim — chęć zysku⁶³.

Kolejnym elementem szeroko pojmowanej pornografii, według referatu Glasera, była problematyka tzw. przedmiotów służących do nierządowego użytku. Działalność przestępcza miałyby polegać na publicznym ich zachwalaniu, okazywaniu, ogłaszaniu i wystawianiu. Co ciekawe, chociaż do grupy tych przedmiotów należały także te zapobiegające ciąży oraz chorobom wenerycznym, to jednak sam Glaser przyznał, że fakt ten stanowi pewnego rodzaju nadużycie, zważywszy na argumenty medyczne⁶⁴.

Po wnikliwej analizie Glasera przyszedł czas na referat Makarewicza, który miał charakter uzupełniający. Najistotniejsze w nim jednak było bardzo wyraźne stanowisko, w myśl którego celem prawa karnego nie może być dbanie, poprzez szczegółową regulację, o najdrobniejsze aspekty czystości obyczajów społecznych. Państwo, jego zdaniem, winno reagować karnie tam, gdzie chodzi o ochronę nieletnich oraz gdzie nastąpiło zgorzenie publiczne, albowiem w ta-

⁶² KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 233—235.

⁶³ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 235—238.

⁶⁴ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 239.

kich sytuacjach mogłoby dojść do linczu osoby zachowującej się nieobyczajnie. Problem „moralności” ewidentnie powrócił, ale Makarewicz ponownie się mu przeciwstawił⁶⁵.

Przewodniczący nie ograniczył się jednak do przypomnienia członkom Sekcji, jaki ma pogląd na „moralność” czy „niemoralność” określonych czynów zabronionych, podjął się także zadania analizy dogmatycznej czynu polegającego na wywołaniu zgorszenia publicznego. Stwierdził bowiem, że jego karalność powinna zależeć od łącznego spełnienia dwóch przesłanek, a mianowicie — aby czyn był popełniony publicznie oraz miał charakter nierządny⁶⁶.

Po dyskusji nastąpił czas na decyzje. Jednomyślnie uznano, że wszelkie działania nierządne wobec osób poniżej 17. roku życia oraz wywołanie zgorszenia stanowią przestępstwo. Więcej kontrowersji wywołała kwestia umieszczenia w kodeksie przestępstwa pornografii. Chociaż wszyscy uznali, że jest to czyn zabroniony, jednak stosunkiem głosów 4 : 2 nie zdecydowano się na jego umieszczenie⁶⁷.

W ogłoszonym kodeksie zjawisko pornografii, zbiorczo określane w referatach jako „wywołanie zgorszenia”, ujęto w następujący sposób:

1. „Kto dopuszcza się czynu nierządnego publicznie lub w obecności nieletniego poniżej lat 15, podlega karze aresztu do roku” (art. 213, Rozdział XXXII „Nierząd”).
2. „Kto rozpowszechnia pisma, druki, wizerunki lub inne przedmioty, mające charakter pornograficzny, podlega karze aresztu do lat 2” (art. 214 § 1); „Tej samej karze podlega, kto w celu rozpowszechnienia takie pisma, druki, wizerunki lub przedmioty sporządza, przechowuje lub przewozi” (art. 214 § 2, Rozdział XXXII „Nierząd”).

Zakończenie

Prawo karne nie może regulować wszystkich zjawisk wkraczających w jakiś sposób w obyczajowość danej społeczności. Każde przestępstwo niesie bowiem ze sobą naruszenie pewnych standardów etycznych. Projektując część kodeksu poświęconą tzw. moralności płciowej, Komisja Kodyfikacyjna wykazała się zdroworozsądkowym podejściem. Zerwano z elementami religijnymi,

⁶⁵ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 240: „Prawo karne nie ma roli penitencjariusza dbającego o czystość obyczajów aż do najdrobniejszych szczegółów i starającego się o podniesienie moralne za pomocą moralnej pokuty”.

⁶⁶ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 241—242.

⁶⁷ KK.WK.SPKM. Warszawa 1923, T. 2, z. 1, s. 243.

zabobonami oraz wzorcami nie do końca odpowiadającymi już zdobyczom nauki pierwszej połowy XX w.

Nie ulega wątpliwości, że dość stanowcze postawienie sprawy przez Makarewicza na wstępie obrad odnośnie tzw. moralności przy tego rodzaju przestępstwach nadało ton dalszym dyskusjom. Docenić również należy wkład prof. S. Glasera, którego referaty nie ustępowały pod żadnym względem tym wygłaszanym przez J. Makarewicza. Wspólnymi siłami stworzyli koncepcję jak na owe czasy nowoczesną i odważną z punktu widzenia odbioru społecznego. Interes publiczny w penalizacji lub depenalizacji określonych zachowań stanowił główny punkt odniesienia, w przeciwieństwie do takich czy innych poglądów etycznych, moralnych i religijnych określonej grupy społecznej. Co więcej, wygrywając z tzw. moralnością, Makarewicz wyznaczył bardzo wyraźnie granicę między interesem państwa a interesem jednostki. Podkreślając rangę tego pierwszego, pokazał zarazem, że wszędzie tam, gdzie jego ochrona nie jest niezbędna, swoboda dysponowania sobą przez jednostkę jest wolna od jakichkolwiek zakazów, zarówno prawnych, jak i moralnych (np. homoseksualizm). Pozbawiając przepisy prawa karnego „moralności”, zrobił miejsce dla wolności jednostki, nie tylko z korzyścią dla państwa, ale także dla niej samej.

Tomasz Szczygieł

Die Sittlichkeitsdelikte in den Arbeiten der Kodifikationskommission der II. Republik Polen

Schlüsselwörter: Kodifikationskommission, Strafrecht, Verbrechen, Sittlichkeit, die II. Republik Polen

Zusammenfassung: Der Aufsatz schildert die Arbeiten der Kodifikationskommission der II. Republik Polen an einem besonderen Teil des Strafgesetzbuchs und die von Juliusz Makarewicz und Stefan Glaser gehaltenen Referate zu Delikten gegen sog. Sittlichkeit.

Hervorgehoben werden hier nicht nur die Ansichten der hervorragendsten Juristen der Zwischenkriegszeit über sexuelle Selbstbestimmung des Menschen, sondern auch weltanschauliche Unterschiede in dem Bereich. Der Verfasser weist auf einen überzeitlichen Beitrag der Kodifizierungsarbeit zur Regulation des Rechtes in den mit sexueller Sphäre des Menschen verbundenen Angelegenheiten hin. Die meisten der damaligen Ansichten und Gesetzesinitiativen bleiben bis heute unverändert, was nur von überzeitlicher Bedeutung der Diskussion in der Kommission zeugt.

**Offences against morality
in the works of Codification Commission
in the Second Republic of Poland**

Keywords: Codification Commission, criminal law, crime, morality, Second Republic of Poland

Summary: The article presents the works of Codification Commission in the Second Republic of Poland on the specific section of the penal code. It considers the discussion on the reports of Juliusz Makarewicz and Stefan Glaser on offences against the so-called morality.

The article not only emphasizes the views of the most prominent lawyers of the interwar period on the issues of sexual freedom, but also underlines the ideological differences regarding this matter. It also points out to a universal contribution of contemporary codification works to the understanding of the degree of state interference with the sexual freedom of an individual. Most of the opinions and legislative solutions of that time has remained unchanged up to this day, which only emphasizes a universal value of the presented discussion.