

Hubert Myśliwiec

Zgwałcenie pedofilskie i kazirodcze – charakterystyka nowych kwalifikowanych typów zgwałcenia

„Z całą pewnością można stwierdzić, że nie istniała i nie istnieje społeczność, w której sfera seksualna obywateli byłaby wolna od wszelkich regulacji prawno-obyczajowych, gdyż w każdym społeczeństwie, gdzie występowało prawo, występowały też przestępstwa seksualne” – do takiej konkluzji doszła Anna Wądołowska w swojej pracy na temat wolności seksualnej¹. Przystępność seksualna od wieków budzi wiele kontrowersji i spotyka się z wyjątkowo negatywnym odbiorem lwiej części społeczeństwa. Okazuje się, iż w zależności od takich czynników, jak m.in. kultura danego narodu, podzielane zasady moralne czy też wyznawana religia, różne jest podejście do tego, co w sferze życia seksualnego winno być napiętnowane, a co z kolei uznać można za dopuszczalne. Niniejszy artykuł nie ma jednak na celu analizy moralnych aspektów życia seksualnego człowieka. Przedmiot zainteresowania stanowią w nim zachowania ze sfery życia seksualnego, o których penalizacji zdecydował polski ustawodawca, a dokładniej te z nich, które pojawiły się w Kodeksie karnym w związku z nowelizacją z dnia 5 listopada 2009 r. Zgodnie z art. 1 pkt 24 tej ustawy, art. 197 § 3 k.k., w którym do tej pory była mowa wyłącznie o tzw. zgwałceniu zbiorowym, otrzymał następujące brzmienie: „Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępного, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”². Ustawodawca zdecydował tym samym, że zachowania, które

¹ A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 133.

² Art. 1 pkt 24 ustawy z dn. 5 XI 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy –

można określić mianem zgwałcenia pedofilskiego tudzież zgwałcenia kazirodczego, zostały dodane do kategorii z b r o d n i stanowiących kwalifikowane typy zgwałcenia.

Motywy wprowadzenia nowych typów zgwałcenia

W uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji Kodeksu karnego podkreślano, iż celem owych zmian jest zaostrzenie odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw seksualnych, których ofiarami są małoletni poniżej 15. roku życia oraz krąg osób najbliższych sprawcy – analogiczny do tego, który wskazano w art. 201 k.k. penalizującym kazirodztwo. Projektodawcy widzą potrzebę podjęcia zdecydowanych działań wobec sprawców wskazanych przestępstw seksualnych w związku z obserwowanym nasileniem się przestępczości dotyczącej tej sfery życia człowieka. Tym też uzasadniają nieuwzględnienie zastrzeżeń sądów i prokuratur (zaprezentowanych w ramach przeprowadzonych konsultacji) co do podwyższenia dolnej granicy kary za tzw. zgwałcenie pedofilskie i zgwałcenie kazirodcze. W projekcie mowa jest również o tym, iż „Konieczność dokonania zmian w tym zakresie wynika z potrzeby wzmocnienia prawnokarnej ochrony osób, których prawidłowy rozwój psychofizyczny może zostać zagrożony działaniami sprawców tego rodzaju przestępstw”, a ponadto podkreśla się, iż „najpoważniejsze przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej, w tym przede wszystkim popełniane na szkodę małoletnich lub niepełnoletnich dzieci, powinny stanowić zbrodnię”³. Ustawa modyfikująca dotychczasowe brzmienie art. 197 k.k. została podpisana przez Prezydenta i po półrocznym *vacatio legis* weszła w życie z dniem 8 czerwca 2010 r.⁴ W moich dalszych rozważaniach podejmuję próbę dokonania wykładni znamion nowych typów zgwałcenia, wskazując na pewne problemy, które komentowana zmiana może, przynajmniej w mojej ocenie, generować w praktyce.

Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589).

³ <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/1276> – druk sejmowy nr 1276: Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji wraz z projektami aktów wykonawczych.

⁴ Art. 14 ustawy z dn. 5 XI 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. Nr 206, poz. 1589).

Przedmiot ochrony

W pierwszej kolejności niezbędne wydaje się ustalenie, co stanowi przedmiot ochrony omawianych przestępstw. Spoglądając na treść art. 197 § 3 pkt 2 k.k., który penalizuje tzw. zgwałcenie pedofilskie, dochodzę do wniosku, iż celowe wydaje się pomocnicze sięgnięcie do art. 200 § 1 k.k., który pozostaje z tym przepisem w silnej korelacji. W art. 197 § 3 pkt 2 k.k., podobnie jak w art. 200 § 1 k.k., indywidualnym przedmiotem ochrony jest bez wątpienia wolność seksualna, rozumiana przez Marka Bielskiego jako „wolność od nawiązywania przez małoletnich poniżej 15. roku życia kontaktów seksualnych z uwagi na brak możliwości podjęcia przez te osoby świadomej decyzji w przedmiocie zadysponowania swoją seksualnością”. Zdaniem cytowanego autora w przypadku art. 200 § 1 k.k., a w moim odczuciu także art. 197 § 3 pkt 2 k.k., aby stwierdzić naruszenie owej wolności seksualnej, należy zastosować zobiektywizowaną ocenę czynu sprawcy. Sprawca – by móc przypisać mu odpowiedzialność karną – musi nie dostosować się do reguł postępowania obowiązujących powszechnie w społeczeństwie w przedmiocie życia seksualnego, zgodnie z którymi zakazane są kontakty seksualne z małoletnimi, którzy nie ukończyli jeszcze 15 lat (takie kontakty zawsze będą uznawane za atakujące wolność seksualną małoletniego). Prócz tego w komentowanym przepisie chroniony będzie, jak sądzę, prawidłowy rozwój psychiczny i fizyczny takich osób, jako że przedwczesne kontakty seksualne zagrażają ich rozwojowi psychospołecznemu⁵. Dodatkowo Mateusz Rodzyńkiewicz jako poboczny przedmiot ochrony wskazuje w art. 200 § 1 k.k. ochronę małoletnich przed społecznymi konsekwencjami przedwczesnego rodzicielstwa. Wydaje się, że możliwe jest uznanie tego aspektu również za przedmiot ochrony w przestępstwie penalizującym zgwałcenie pedofilskie⁶.

⁵ M. Bielski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, P. Kardas, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II: Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. III, Warszawa 2008, s. 648.

⁶ M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II: Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. II, Kraków 2006, s. 652.

Jeżeli zaś brać pod uwagę art. 197 § 3 pkt 3 k.k., który penalizuje tzw. zgwałcenie kazirodcze, warto zasugerować się niektórymi ustaleniami poczynionymi w kontekście art. 201 k.k., opisującego znamiona przestępstwa kazirodztwa. Jako indywidualny przedmiot ochrony w omawianym przepisie, w przeciwieństwie do art. 201 k.k., wskazać należy wolność od nacisków w kwestii dyspozycji swoją wolnością seksualną. Ponadto, tym razem analogicznie do art. 201 k.k., art. 197 § 3 pkt 3 k.k. chroni w moim przekonaniu obyczajność w sferze życia seksualnego, jako że nawiązywanie kontaktów seksualnych pomiędzy osobami, które łączy pokrewieństwo bliskiego stopnia, jest – zgodnie z ocenami kulturowymi (i to w przeróżnych kręgach kulturowych) – niedopuszczalne. Co więcej, poboczny przedmiot ochrony upatrywać można w prawidłowym funkcjonowaniu rodziny, któremu wszelkie stosunki seksualne pomiędzy jej członkami niewątpliwie poważnie zagrażają⁷. W odniesieniu do przestępstwa kazirodztwa mocno kontrowersyjna pozostaje od lat kwestia ewentualnych eugenicznych powodów karalności stosunków o takim charakterze. Do dzisiaj jednak nie znaleziono naukowych dowodów na to, że dzieci z kazirodczych związków są szczególnie narażone na wady genetyczne⁸, dlatego także w stosunku do art. 197 § 3 pkt 3 k.k. nie ma powodu, by uznawać owe względy eugeniczne za jeden z przedmiotów ochrony.

Niewłasnoręczny charakter zgwałcenia

Przechodząc już do wykładni poszczególnych znamion komentowanych typów, szczególną uwagę zwrócić należy na użyte przez ustawodawcę w § 3 znamię „dopuszcza się zgwałcenia”. Jak zaznacza SN w uchwale z 20 stycznia 1972 r.: „Użyty w § 2 art. 168 k.k. [dzisiejszym § 3 art. 197 k.k. – przyp. aut., H.M.] wyraz »zgwałcenie« oznacza każdą z postaci tego przestępstwa określonego w § 1 [lub § 2 obecnego art. 197 k.k. – przyp. aut., H.M.] tego przepisu”. Posłużenie się tym określeniem ma zastępować obszerny opis typu podstawowego z § 1 lub § 2 i, na co SN również kładzie nacisk w cytowanej uchwale, taka redakcja tekstu nie powinna dziwić, ponieważ skróty tego typu nie są w Kodeksie karnym czymś niespotykanym – dla przykładu wystarczy spojrzeć na art. 278 k.k., w którym w § 4 pojawia

⁷ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, op. cit., s. 659.

⁸ M. Rodzyńkiewicz, op. cit., s. 659.

się określenie „kradzież”, zastępując tym samym opis typu z § 1⁹. Termin „zgwałcenie” pojawia się nadto w opisującym instytucję multirecydywy art. 64 § 2 k.k., co również winniśmy odczytywać w kontekście opisu typów z art. 197 k.k. (choć w tym przypadku chodzi nie tylko o typy z § 1 lub 2, ale także typy kwalifikowane).

Analizując natomiast znamię czasownikowe „dopuszcza się”, należy zgodzić się ze stanowiskiem wyrażonym przez Przemysława Palkę, iż pomimo użycia w art. 197 § 3 k.k. „znamienia »dopuszcza się«, które przesądza o »własnoręcznym« charakterze danego przestępstwa, to jednak w omawianym przepisie odnosi się ono do normatywnego opisu czynów określonych w § 1 lub 2 art. 197 k.k. [...], które polegają właśnie na »doprowadzeniu« do określonych zachowań, wcale nie wymagając, by sprawca sam je wykonał”¹⁰. Konstatacja ta ma dla ustalenia granic penalizacji przestępstw seksualnych opisanych w nowo wprowadzonych do Kodeksu karnego typach kluczowe znaczenie. Oznacza bowiem, że dla odpowiedzialności sprawcy za tzw. zgwałcenie pedofilskie wystarczające jest doprowadzenie małoletniego poniżej lat 15 do obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej, nawet jeżeli sam akt seksualny wykonany zostanie przez osobę trzecią, która równie dobrze może w ogóle nie zdawać sobie sprawy z tego, że osoba małoletnia została do czynności seksualnej doprowadzona na skutek zastosowania przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstępów. Zważyć jednak należy, iż osoba taka, o ile uświadamia sobie wiek ofiary, powinna odpowiadać karnie za przestępstwo z art. 200 § 1 k.k. Gdyby natomiast działała wspólnie i w porozumieniu ze sprawcą owego doprowadzenia, wówczas racjonalne wydaje się przyjęcie odpowiedzialności karnej obu sprawców za zgwałcenie zbiorowe w związku ze zgwałceniem pedofilskim i art. 200 § 1 k.k.

Mając na uwadze wskazany przeze mnie specyficzny kontekst znamienia „dopuszcza się zgwałcenia”, weźmy teraz pod rozwagę art. 197 § 3 pkt 3 k.k. Kiedy sprawca, będąc związanym z ofiarą określonym w § 3 pkt 3 węzłem pokrewieństwa, doprowadza ją do czynności seksualnej z osobą trzecią, dochodzi wówczas do realizacji znamion zgwałcenia kazirodczego. Skoro bowiem użyte w § 3 znamię wiązać należy z poprzednimi paragrafami, w których o dokonaniu zgwałcenia mówimy już, gdy sprawca doprowadzi

⁹ Uchwała SN z 20 I 1972 r., VI KZP 68/71, OSNKW 1972, nr 3, poz. 41, w: T. Stępień, K. Stępień, *Przestępstwo zgwałcenia w świetle orzecznictwa*, Bielsko-Biała 2000, s. 58–59, poz. 2.

¹⁰ P. Palka, *Współdziałanie przy przestępstwach seksualnych – zagadnienia wybrane*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 7/8, s. 184–185.

ofiara do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, bez względu na to, czy sam w tej czynności partycypuje, to *per analogiam* winno się uwzględnić takie rozwiązanie także przy zgwałceniu kazirodczym. Przykładowo, gdyby ojciec przemocą doprowadził córkę do obcowania płciowego z jej bratem, odpowiadałby karnie za przestępstwo z § 3 pkt 3. Równie dobrze mógłby stosować przemoc wobec każdego z nich, aby doprowadzić oboje do wzajemnej czynności seksualnej. W obu przypadkach dla jego odpowiedzialności nie ma znaczenia, czy rodzeństwo jest świadome łączących je więzów. Ponadto dopuszczalna wydaje się także i taka sytuacja, gdy ojciec przemocą doprowadza córkę do obcowania płciowego z osobą, która nie jest jej krewnym, albo stosunek tej osoby do ofiary, będący wprawdzie stosunkiem pokrewieństwa, wykracza poza enumeratywne wyliczenie z § 3 pkt 3. W razie zaistnienia wskazanych okoliczności, rozważając ewentualną odpowiedzialność karną tej osoby trzeciej, trzeba mieć na uwadze art. 21 § 2 k.k. Jeżeli bowiem osoba ta wiedziała o relacji pokrewieństwa łączącej ofiarę z doprowadzającym ją do czynności seksualnej sprawcą, co wszak stanowi znamię czynu zabronionego, decydujące o odpowiedzialności karnej tego sprawcy za kwalifikowane zgwałcenie kazirodcze, również podlegać będzie odpowiedzialności karnej przewidzianej za czyn zabroniony z art. 197 § 3 pkt 3 k.k., chociaż owa okoliczność jej nie dotyczy. Dla takiej kwalifikacji prawnej konieczne jest jednak uprzednie przyjęcie istnienia współdziałania między sprawcą doprowadzającym do czynności seksualnej a osobą trzecią – będzie to zatem również zgwałcenie zbiorowe (notabene, zagrożone karą w takim samym wymiarze, co zgwałcenie kazirodcze). Brak realizacji znamion współdziałania między sprawcami oznacza natomiast, iż osoba odbywająca czynność seksualną z ofiarą doprowadzoną do niej przez pozostającego z nią w określonym stosunku pokrewieństwa sprawcę odpowie za podstawowy typ zgwałcenia (zakładając, iż nie doszło jednocześnie do realizacji znamienia „działania ze szczególnym okrucieństwem”). Z kolei gdyby wspomniana osoba trzecia pozostawała w błędzie co do charakteru czynu, myśląc, iż ofiara obcuje z nią płciowo dobrowolnie, podczas gdy została do tego uprzednio zmuszona przez sprawcę doprowadzającego ją do czynności seksualnej, wyłączylibyśmy umyślność, a w konsekwencji jej odpowiedzialność karną za zgwałcenie (uwaga ta odnosi się także do zgwałcenia pedofilskiego, chociaż owa osoba trzecia, świadoma wieku ofiary, realizowałaby w takich okolicznościach znamiona przestępstwa z art. 200 § 1 k.k.). Podsumowując jednak ten etap rozważań, stwierdzić należy, iż zgwałcenie jest kazirodcze, ponieważ sprawca doprowadzający ofiarę do czynności seksualnej jest związany z nią określonym w przepisie węzłem

pokrewieństwa – bez względu na to, kto ową czynność seksualną *de facto* z ofiarą odbywa. Możemy więc mówić o niewłasnoręcznym charakterze zgwałcenia kazirodczego (podobnie jak i zgwałcenia pedofilskiego). Do takich wniosków uprawnia nas takie a nie inne ukształtowanie znamion omawianego typu – nawet jeżeli odmienne były założenia nowelizacji Kodeksu karnego. Podkreślić warto, iż z powyższych uwag wynika również to, że zgwałcenie kazirodcze będzie zgwałceniem zbiorowym nie tylko wtedy, gdy jego sprawcami będą co najmniej dwie osoby związane z ofiarą określonym w przepisie stosunkiem pokrewieństwa, ale również gdy np. ojciec współdziała z osobą obcą ofierze lub jej dalszym krewnym.

W odniesieniu do art. 201 k.k., który jest typem własnoręcznym ze względu na użycie znamienia „dopuszcza się”, M. Bielski wyklucza doprowadzenie ofiary, będącej krewną sprawcy, do użycia przedmiotu martwego do penetracji własnego ciała¹¹. Skoro więc przestępstwo z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. wymogu własnoręczności nie stawia, to śmiało można sformułować tezę, iż w typie tym sprawca może doprowadzić ofiarę do czynności seksualnej i samodzielnie penetrować jej ciało przedmiotem martwym bądź zmusić ją, by czyniła to własnoręcznie.

Obcowanie płciowe a inna czynność seksualna

Skoro znamię „zgwałcenie” z art. 197 § 3 k.k. rozumieć należy w kontekście wcześniejszych paragrafów, które definiują je jako doprowadzenie przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem innej osoby do obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej, to konieczne wydaje się, by przynajmniej pokrótce dokonać wykładni wszystkich wymienionych znamion. I tak oto owo „doprowadzenie”, które – co wynika zresztą z poczynionych wyżej uwag – determinuje nam niewłasnoręczny charakter zgwałcenia, *Wielki słownik poprawnej polszczyzny PWN* określa jako stawanie się przyczyną czegoś, powodowanie czegoś, dochodzenie do pewnego etapu jakiegoś procesu tudzież dostarczanie czegoś¹². Podział czynności seksualnych na „obcowanie płciowe” i „inne czynności seksualne” jest nowym wytworem polskiej kodyfikacji karnej, bowiem jeszcze w Kodeksie karnym z 1969 r. mowa była o czynie nie-raznym oraz czynie lubieżnym (obcowanie płciowe pojawiało się jedynie

¹¹ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, op. cit., s. 661.

¹² *Wielki słownik poprawnej polszczyzny PWN*, red. A. Markowski, Warszawa 2005, s. 195.

w przepisie penalizującym kazirodztwo). Obecne terminy również mają ocenny charakter, jednakże – w przeciwieństwie do dawnych kodeksowych sformułowań – cechuje je brak z góry pejoratywnego zabarwienia¹³. SN w uchwale z 19 maja 1999 r. uznaje, iż „o tym, czy dana czynność jest, czy też nie jest »czynnością seksualną«, decydować mogą także, a w niektórych przypadkach przede wszystkim, oceny kulturowe”¹⁴. Marek Bielski dochodzi do wniosku, iż znaczenie terminów „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” należy określać, opierając się o kryterium biologiczne, które sprowadza się do stopnia naruszenia integralności cielesnej osoby pokrzywdzonej. Po zastosowaniu tego kryterium autor konstatuje, iż obcowanie płciowe to czynność seksualna, „w czasie której dochodzi do penetracyjnego zaangażowania żeńskich lub męskich narządów płciowych po stronie ofiary lub do penetracyjnego zaangażowania innych naturalnych otworów ciała ofiary, które mogą zostać potraktowane jako surogat żeńskich narządów płciowych, niezależnie od płci ofiary”¹⁵. Słuszna wydaje się więc jego uwaga, iż ograniczanie pojęcia „obcowanie płciowe” jedynie do bezpośredniego kontaktu fizycznego pomiędzy narządami płciowymi sprawcy lub ofiary a ciałem drugiego uczestnika aktu seksualnego ma takie konsekwencje, iż czynności seksualne, które wiążą się z użyciem do stymulacji stosunków płciowych przedmiotów martwych, pomimo tego, iż w podobny sposób naruszają integralność cielesną i pozostawiają podobne piętno na ofierze, musielibyśmy kwalifikować jako inne czynności seksualne. Zaznaczyć tu jeszcze warto, w oparciu o wywody M. Bielskiego, że za surogaty żeńskich narządów płciowych należy uznać odbyty (*coitus in anum*) i otwór gębowy (*coitus in ore*), przy czym ten drugi tylko w wypadkach stosunku oralnego w formie *fellatio*, zaś jako takie surogaty nie można postrzegać uszu, nosa i oczu ze względu na brak fizycznego podobieństwa z żeńskimi narządami płciowymi. Penetracyjny charakter mają natomiast następujące czynności seksualne (nie jest to, rzecz jasna, katalog zamknięty): stosunki heteroseksualne waginalne, stosunki heteroseksualne lub homoseksualne analne lub oralne w formie *fellatio*, wkładanie do waginy lub odbytu ręki lub palców czy wkładanie butelki do waginy lub

¹³ Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, w: T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. II, Warszawa 2008, s. 377.

¹⁴ Uchwała SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, Lex, nr 36302.

¹⁵ M. Bielski, *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, CPKiNP 2008, z. 1, s. 223.

odbytu¹⁶. Dodatkowo autor wyklucza możliwość uznania za obcowanie płciowe przypadków zmuszania ofiary do penetrowania ciała sprawcy innymi niż męskie narządy płciowe częściami ciała lub przedmiotami martwymi. Będzie nim natomiast dopuszczenie się przez sprawcę na pokrzywdzonym zgwałcenia zoofilskiego przez wykorzystanie w tym celu naturalnych popędów, będącego narzędziem w rękach sprawcy, zwierzęcia – chodzi tu zarówno o doprowadzenie ofiary do stosunku penetracyjnego ze zwierzęciem, jak i poddania się przez nią takiemu stosunkowi, nie zaś o przypadki, gdy zwierzę stanowi przedmiot czynności wykonawczej¹⁷.

Tymczasem SN w uchwale z 19 maja 1999 r. uznał, iż „I n n a c z y n n o ś ć s e k s u a l n a» [...] to takie zachowanie, nie mieszczące się w pojęciu »obcowania płciowego«, które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary”¹⁸. Do stanowiska SN odniósł się J. Warylewski, rozszerzając jednak powyższą definicję. Według tego autora innymi czynnościami seksualnymi są takie zachowania, które nie mieszcząc się w pojęciu „obcowania płciowego”, związane są z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka i polegają na kontakcie fizycznym sprawcy albo (czego zabrakło w orzeczeniu SN) innej osoby z pokrzywdzonym lub takie zachowania, które, również nie mieszcząc się w pojęciu „obcowania płciowego”, mają charakter seksualny i polegają na fizycznym bądź (na co SN nie zwrócił już uwagi) przynajmniej intelektualnym zaangażowaniu pokrzywdzonego¹⁹. W doktrynie pojawiło się wiele przykładów innych czynności seksualnych. Oto niektóre z nich: dotykane przez sprawcę narządów płciowych ofiary, zmuszanie ofiary do dotykania narządów płciowych sprawcy, zmuszanie ofiary do obnażania się lub do wykonywania samogwałtu²⁰, stosunek oralny w formie *cunnilingus*, stosunek dopachowy (*coitus in axilla*), stosunek międzyudowy (*coitus femoralis*), *cinepimastria*, dotykane piersi ofiary²¹. Jednocześnie z dezaprobatą należy podchodzić do poglądu Juliusza Leszczyńskiego, jakoby za takie czynności można było uznać akt

¹⁶ *Ibid.*, s. 224–225.

¹⁷ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 585.

¹⁸ Uchwała SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, Lex, nr 36302.

¹⁹ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 58.

²⁰ J. Wojciechowski, *Przestępstwo zgwałcenia*, „Rzeczpospolita” z 25 II 1998 r.

²¹ M. Bielski, *Wykładnia...*, *op. cit.*, s. 228.

ekshibicjonistyczny, pocałunek czy nawet nieprzyzwoity gest lub słowo²². Jak słusznie kwituje M. Bielski, chociaż w ocenie społecznej mogłyby one zostać uznane za czynności o seksualnym charakterze, to w praktyce będą raczej kwalifikowane jako naruszenie nietykalności cielesnej lub znieważenie. Jednakże w stosunku do – będącego już inną czynnością seksualną – dotykania sfer erogennych przez ubranie, jak i ocieractwa, właściwe będzie odwoływanie się do klauzuli ich znikomej społecznej szkodliwości²³.

Marek Bielski zwraca uwagę na użycie komentowanego znamienia „inna czynność seksualna” wraz z dwoma znamionami czasownikowi. Za poddanie się takiej czynności uważa on każdy przypadek doprowadzenia ofiary do znoszenia zachowania sprawcy, polegającego na wejściu w niepenetracyjny kontakt seksualny z intymnymi sferami ciała ofiary, zaś za wykonanie innej czynności seksualnej – zmuszanie ofiary do określonej aktywności seksualnej w obrębie sfer intymnych, przedmiotem której będzie ciało sprawcy albo ofiary, przy czym nie jest konieczny bezpośredni kontakt fizyczny między ich ciałami, lecz w zupełności wystarczy cielesne, mające seksualny charakter zaangażowanie ofiary²⁴. W uchwale z 19 maja 1999 r. SN zauważa, że „nie wystarczy zatem doprowadzenie ofiary do niejako »biernego« uczestnictwa w wydarzeniach o niewątpliwie seksualnym charakterze, jeśli nie jest ona jednak cieleśnie zaangażowana w tych wydarzeniach (np. obnażanie się lub onanizowanie się sprawcy na oczach innej osoby, podejmowanie przez sprawcę na oczach tej osoby obcowania płciowego, choćby obecność osoby trzeciej stanowiła dla sprawcy stymulator zachowań seksualnych)”²⁵. Trudno, jak sądzę, z powyższymi stwierdzeniami polemizować.

Przemoc, groźba bezprawna, podstęp

Zgwałcenie pedofilskie, podobnie jak i każdy inny typ zgwałcenia, sprowadza się do tego, iż sprawca określonymi w art. 197 § 1 k.k. środkami przestępnego działania, tj. przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, doprowadza inną osobę (w tym przypadku osobę małoletnią poniżej 15. roku życia) do czynności seksualnej. Oznacza to, że ją do owej czynności zmusza

²² J. Leszczyński, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 2, s. 81.

²³ M. Bielski, *Wykładnia...*, *op. cit.*, s. 228–229.

²⁴ *Ibid.*, s. 227–228.

²⁵ Uchwała SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, Lex, nr 36302.

lub doprowadza podstępnie, wykorzystując jej błąd czy też w ten błąd ją wprowadzając. Dla porównania – w art. 200 § 1 k.k. penalizowane są wszelkie formy fizycznego lub psychicznego oddziaływania na małoletnią ofiarę, które doprowadzają do czynności seksualnej z jej udziałem²⁶. Z kolei zgwałcenie kazirodcze polega na doprowadzeniu przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry do obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej. W przypadku przestępstwa kazirodztwa zgoda ofiary na akt seksualny jest prawnie irrelevantna, gdyż „przedmiotem ochrony tego typu nie jest dobro indywidualne, ale dobro o charakterze ogólnym, którym jednostka nie może swobodnie dysponować”²⁷. Uwaga ta, choć prawdziwa, dla art. 197 § 3 pkt 3 k.k. nie ma większego znaczenia, mimo że również i w tym przepisie jako przedmiot ochrony wskazałem obyczajność w sferze życia seksualnego, ponieważ zgwałcenie charakteryzuje się brakiem zgody ofiary na czynność seksualną, ewentualnie wyrażeniem jej pod wpływem nacisku lub błędnych przesłanek motywacyjnych. Gdyby ofiara jednak taką zgodę świadomie i dobrowolnie wyraziła, dopiero wówczas należałoby się odwołać do powyższego stwierdzenia, jako że nawet taka zgoda nie czyni z kazirodczego stosunku seksualnego zachowania legalnego (tj. chociaż niejako „zwalnia” z odpowiedzialności karnej z art. 197 k.k., to skutkuje odpowiedzialnością za przestępstwo z art. 201 k.k.).

Jak zauważa J. Warylewski, „b r a k z g o d y pokrzywdzonego jest niewypowiedzianym znamieniem czynu zabronionego z art. 197 k.k.” Autor definiuje brak zgody na czynność seksualną jako brak pozytywnej decyzji lub wyrażenie decyzji negatywnej²⁸. Przejawem braku zgody ofiary jest opór stawiany przez nią przeciwko środkom zmuszania stosowanym przez sprawcę²⁹. Rozpatrując, czy istniała zgoda ofiary na czynność seksualną, istotne jest, by ocenić, jaki był jej zakres. A zatem, przykładowo, za zgwałconą uznamy osobę, która doprowadzona została do odbycia stosunku analnego lub oralnego, podczas gdy wyrażała zgodę jedynie na stosunek waginalny³⁰. Stawiany przez ofiarę opór winien spełniać cechy ciągłości i rzeczywiistości (nie może być to opór pozorny), a dodatkowo w doktrynie przyjmuje się, że nie musi on polegać na cielesnym przeciwstawianiu się (np. poprzez ruchy mięśni), a winien bodaj stanowić u z e w n ę t r z n i e n i e

²⁶ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 652.

²⁷ *Ibid.*, s. 660.

²⁸ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 26.

²⁹ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 605.

³⁰ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 26.

w o l i osoby zmuszanej³¹. Owo uzewnętrznienie musi być obiektywnie dostrzegalne dla sprawcy w czasie, gdy stosuje on środki przymusu względem ofiary – zauważa M. Bielski³². W wyroku z 15 lutego 1996 r. SA w Krakowie uznał, że „nadużyciem jest twierdzenie, że zgwałcona kobieta oddała się dobrowolnie sprawcom, bo nie broniła się dostatecznie intensywnie. Skoro bowiem została osaczona, opór z jej strony zapewne wywołałby tym większą agresję gwałcicieli”³³. Ponadto J. Warylewski słusznie zauważa, że dopóki sprawca nie posunie się do użycia wymienionych w art. 197 § 1 k.k. środków zmuszania, to takie jego zachowania, jak np. prośnienie, błaganie, nakłanianie lub przekonywanie ofiary do wyrażenia zgody na czynność seksualną, nie wyłączają prawnej skuteczności zgody³⁴. Jako przykłady rzeczywistego oporu ofiary M. Bielski, opierając się na judykatach SN, wlicza: sprzeciw werbalny, prośbę, próbę przekupienia, krzyk, płacz czy łkanie³⁵. Z kolei zgodnie z wyrokiem SN z 13 lutego 1979 r.: „Dla bytu przestępstwa z art. 168 k.k. decydujące znaczenie ma wola osoby, względem której czyn jest popełniony, w chwili jego popełnienia a nie późniejsza, refleksyjna ocena zdarzenia”³⁶. Nie można zapominać o wymogu uświadamiania sobie przez sprawcę, że ofiara stawia opór, gdyż w przeciwnym razie nie ma mowy o umyślnym zmuszaniu³⁷.

W piśmiennictwie sporo miejsca poświęcono wykładni znamion: „przemoc”, „groźba bezprawna” oraz „podstęp”. Na potrzeby niniejszej pracy ograniczę się jedynie to wskazania kilku najważniejszych aspektów każdego z tych znamion. Tadeusz Hanausek definiuje p r z e m o c jako „takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamują opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzoną dolegliwością na jego procesy motywacyjne nastawić tę decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku”³⁸. Przyjąć należy, iż w ramach pojęcia przemocy w art. 197 k.k. wyróżnić

³¹ T. Hanausek, Z. Marek, J. Widacki, *Zgwałcenia*, Warszawa 1976, s. 124.

³² M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 591.

³³ Wyrok SA w Krakowie z 15 II 1996 r., II AKa 2/96, Prok. i Pr. 1996, nr 10, poz. 21, w: T. Stępień, K. Stępień, *op. cit.*, s. 163, poz. 72.

³⁴ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 29.

³⁵ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 591 (cyt. za: uzasadnienie wyroku SN z 14 VI 2006 r., WA 19/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1243; wyrok SN z 26 VII 2001 r., V KKN 95/99, Lex, nr 51671).

³⁶ Wyrok SN z 13 II 1979 r., III KR 241/78, niepubl. (cyt. w: T. Stępień, K. Stępień, *op. cit.*, s. 169, poz. 89).

³⁷ T. Hanausek, Z. Marek, J. Widacki, *op. cit.*, s. 64.

³⁸ T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania przestępczego*, Kraków 1966, s. 65.

możemy tak przemoc skierowaną wobec osoby (przemoc bezpośrednią), jak i przemoc wobec rzeczy (przemoc pośrednią). Tym samym zdecydowanie należy odrzucić pogląd J. Leszczyńskiego, jakoby przemoc wobec rzeczy nie była w tym przepisie uwzględniona, co autor tłumaczył następującą (nie trafną) konstatacją: „Jeżeli osoba zmuszana ceni dobro materialne wyżej aniżeli swobodę życia płciowego, nie może w odczuciu społecznym uważać się za zgwałconą”³⁹. Marian Filar akceptuje ponadto możliwość skierowania przemocy na osobę trzecią. Gdy przemoc nakierowana jest na rzecz lub osobę trzecią, to w ten sposób sprawca oddziałuje na sferę decyzyjną ofiary. A zatem sprawca wówczas działa wprawdzie za pomocą przedmiotów lub osoby trzeciej, ale jest to działanie przeciwko ofierze⁴⁰. Właściwe wydaje się dokonane przez M. Rodzyńkiewicza porównanie art. 197 § 1 k.k. z art. 191 § 1 k.k., w którym mowa jest o „przemocy wobec osoby”, co sugerować może, że gdyby ustawodawca faktycznie chciał ograniczyć ową przemoc przy zgwałceniu jedynie do przemocy na osobie, wówczas również uwzględniłby to w opisie znamion⁴¹.

Przemoc wobec osoby może objawiać się w dwóch formach. *Primo*, może polegać na bezpośrednim oddziaływaniu na ciało pokrzywdzonego lub osoby trzeciej, przyjmując postać *vis absoluta*, gdzie skutkiem stosowania siły fizycznej jest pozbawienie ofiary możliwości swobodnego ruchu. *Secundo*, może sprowadzać się do bezpośredniego oddziaływania na ciało pokrzywdzonego lub osoby trzeciej, przyjmując tym razem postać *vis compulsiva*, gdzie skutkiem stosowania przemocy jest zmuszenie ofiary do podjęcia takiej decyzji, która zawierać będzie treść zgodną z oczekiwaniami stosującego przemoc⁴². Dolegliwość uznamy za przemoc (odwołując się do myśli T. Hanauska) przy zastosowaniu oceny indywidualno-objektywnej, tj. gdy jest ona obiektywnie znaczna i jednocześnie zdolna, by pokonując opór, wpływać na przebieg procesów motywacyjnych przeciętnego człowieka podobnego pod względem fizycznym i psychicznym do ofiary oraz znajdującego się w analogicznej sytuacji⁴³. W związku z tym: „Jeżeli intensywność oporu jest niewielka, to wystarczy niewielka intensywność przemocy” – brzmi fragment sentencji wyroku SN z 16 maja 1968 r.⁴⁴ „Fakt

³⁹ J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973, s. 61.

⁴⁰ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Poznań 1974, s. 92–93.

⁴¹ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 604.

⁴² M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 589.

⁴³ T. Hanausek, *op. cit.*, s. 113.

⁴⁴ Wyrok SN z 16 V 1968 r., V KRN 170/68, Lex, nr 112083.

zaś stosowania »małej« czy »dużej« przemocy nie ma istotnego znaczenia w ocenie tego, czy przemoc nastąpiła” – to z kolei fragment wyroku SN z 8 marca 1973 r.⁴⁵ Inna ważna konkluzja wypływa z wyroku SN z 6 września 1994 r., który orzekł, iż „W pewnych przypadkach przemoc może być realizowana w postaci »czystego« zaniechania (tj. zaniechania nie poprzedzonego działaniem, polegającym na zastosowaniu przemocy)”⁴⁶ (inaczej: T. Hanausek)⁴⁷.

Groźba bezprawa jest drugim obok przemocy środkiem zmuszania zmierzającym do wywołania przymusu kompulsyjnego, wymierzonym przeciwko wolności decyzji woli ofiary na etapie przebiegu procesów motywacyjnych. Zastępuje on działanie jako środek do osiągnięcia celu wskazaniem możliwości takiego działania. Ponadto groźba powinna zawierać żądanie określonego zachowania się osoby, wobec której się ją wypowiada⁴⁸. Definicję legalną groźby bezprawnej znajdujemy w art. 115 § 12 k.k., który za taką groźbę uważa groźbę karalną z art. 190 k.k., groźbę spowodowania postępowania karnego (o ile nie ma ona na celu wyłącznie ochrony prawa naruszonego przestępstwem) lub groźbę ro zgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej⁴⁹. SN w wyroku z 20 czerwca 1989 r. dopuścił możliwość konkludentnego wyrażenia groźby (np. trzymanie noża w ręce)⁵⁰. Groźba karalna, o której mowa w art. 190 k.k., ma wzbudzić w zagrożonym obawę, że zostanie spełniona. Wprawdzie wymóg ten nie jest wyrażony *expressis verbis* w pozostałych alternatywnych formach groźby bezprawnej, jednak aprobująco należy odnieść się do tezy Jarosława Majewskiego, iż względy racjonalności nakazują, aby z tym wymogiem wszystkie z nich łączyć⁵¹. Według M. Bielskiego to właśnie stanowi istotę groźby. Z pewnością trafne jest wskazane przez tego autora rozwiązanie nakazujące oprzeć się – przy ocenie zasadności obawy przed

⁴⁵ Wyrok SN z 8 III 1973 r., III KR 307/72, niepubl. (cyt. w: T. Stępień, K. Stępień, *op. cit.*, s. 169, poz. 91).

⁴⁶ Wyrok SN z 6 IX 1994 r., II KRN 159/94, Lex, nr 20689.

⁴⁷ T. Hanausek, *op. cit.*, s. 135.

⁴⁸ M. Filar, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 99–100 (częściowo za: T. Kotarbiński, *Traktat o dobrej robocie*, Łódź 1955, s. 162).

⁴⁹ Art. 115 § 12 ustawy z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

⁵⁰ Wyrok SN z 20 VI 1989 r., WR 214/89, Lex, nr 22056.

⁵¹ J. Majewski, *Rozdział XIV. Objasnienie wyrażeń ustawowych*, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I: *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 1212.

zrealizowaniem groźby – na zobiektywizowanym kryterium indywidualnym⁵². To zaś, czy sprawca rzeczywiście chciał groźbę zrealizować, oraz to, czy miał obiektywną możliwość ku temu, dla jego odpowiedzialności karnej nie ma znaczenia – słusznie stwierdza M. Filar. Zgodnie z innym jego twierdzeniem nie jest wymagana natychmiastowość wykonania, chociaż jednocześnie niewystarczające będzie tylko ogólne zagrożenie realizacją groźby w nieokreślonej przyszłości, a zatem groźba musi precyzować rodzaj dolegliwości (nie wystarczy: „ja ci pokażę!”)⁵³.

Podstępu, w przeciwieństwie do przemocy i groźby bezprawnej, nie zaliczamy do środków zmuszania, ponieważ nie wywołuje on przymusu⁵⁴. Istotą podstępu jest wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu ofiary, które umożliwia sprawcy nawiązanie z nią kontaktu seksualnego⁵⁵. SN w wyroku z 27 maja 1985 r. przedstawił godny zaaprobowania pogląd, zgodnie z którym właściwe jest szerokie ujmowanie podstępu – szerokie w takim sensie, że „Podstęp [...] może polegać bądź na stosowaniu takich pozorów, w których osoba pokrzywdzona wyraża zgodę na czyn nierządny, na który nie wyraziłaby zgody, gdyby nie była wprowadzona w błąd, bądź też na zabiegach doprowadzających osobę pokrzywdzoną do stanu, w którym nie ma pełnego rozeznania tego co czyni, albo nie może stawiać oporu. [...] podstęp [...] wyłącza lub w znacznym stopniu ogranicza wolę pokrzywdzonej przeciwstawiania się zamierzonemu doprowadzeniu jej w ten sposób przez sprawcę do poddania się czynowi nierządnemu”⁵⁶. Nie brakuje jednak zwolenników wąskiego rozumienia podstępu – do tego grona zalicza się m.in. Patryk Jan Jastrzębski⁵⁷.

Cytując Władysława Woltera, błąd, „to tyle co niezgodność między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości w ramach jakiegoś aktu poznawczego”⁵⁸. Marek Bielski wskazuje, że ta niezgodność może odnosić

⁵² M. Bielski, *Rozdział XXV...*, op. cit., s. 592 (cyt. m.in. za: wyrok SN z 9 XII 2002 r., IV KKN 508/99, Lex, nr 75496).

⁵³ M. Filar, *Przestępstwo...*, op. cit., s. 101–102.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 105.

⁵⁵ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, op. cit., s. 593.

⁵⁶ Wyrok SN z 27 V 1985 r., II KR 86/85, OSNPG 1985, nr 12, poz. 152 (cyt. w: T. Stępień, K. Stępień, op. cit., s. 171–172, poz. 97). Zwolennikami szerokiego rozumienia podstępu z art. 197 § 1 k.k. są m.in. M. Bielski, *Rozdział XXV...*, op. cit., s. 593; M. Rodzyńkiewicz, op. cit., s. 607–608; J. Warylewski, op. cit., s. 37.

⁵⁷ P.J. Jastrzębski, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Gazeta Sądowa” 2006, styczeń.

⁵⁸ J. Leszczyński, *Przestępstwo...*, s. 74 (cyt. za: W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 8).

się do samej czynności seksualnej, jak również do okoliczności, które ją poprzedzały. W celu zaś prawidłowej oceny, czy uzasadnione jest istnienie tej niezgodności, M. Bielski sugeruje każdorazowe odwoływanie się do kryterium indywidualno-obiektywnego⁵⁹. Marian Filar dodaje, że istnieją pewne uboczne aspekty czynu, nie dotyczące samej jego istoty, które nie stanowią podstępu w rozumieniu środka zgwałcenia. Dla przykładu przywołuje on sytuację, w której rzekoma ofiara zgodziła się na stosunek płciowy zachęcona obietnicą małżeństwa ze strony partnera tegoż stosunku, a obietnica ta nie została spełniona⁶⁰. Istotny błąd co do motywów decyzji o zadysponowaniu swą wolnością seksualną ma taki skutek, że brak jest po stronie dysponenta dobra pełnej świadomości wszelkich okoliczności faktycznych istotnych dla podjęcia decyzji. Przykładowo, istotny błąd, zdaniem M. Bielskiego, może dotyczyć osoby partnera stosunku seksualnego. Autor daje nam jednak wskazówkę co do kryterium odróżnienia błędu istotnego od nieistotnego. Będzie nim ocena czy okoliczność, co do której ofiara pozostawała w błędzie, ze względu na wzorce kulturowe stanowić mogła główny czynnik decydujący o podjęciu świadomej decyzji w kwestii życia seksualnego⁶¹. Wtórząc M. Bielskiemu (pomimo pewnych zastrzeżeń do tego kryterium, które jednak w niektórych sytuacjach, np. przy zamierzonym niezapłaceniu osobie prostytutującej się za odbyty akt płciowy, może okazać się niewystarczające), dochodzę do wniosku, iż kłamliwa obietnica narzeczeństwa albo małżeństwa czy też nieszczerze wyznanie miłości to powody, które mają znaczenie dla ocen moralnych, jednak z punktu widzenia prawa karnego, które stanowić ma *ultima ratio*, niedopuszczalne wydaje się czynienie komuś z tego tytułu zarzutu, że zachowując się w któryś ze wskazanych sposobów, „gwałci” drugą osobę. Konieczne wydaje się również odróżnienie podstępного zgwałcenia od seksualnego wykorzystania bezradności ofiary, o którym mowa w art. 198 k.k. Między oboma przepisami zdaje się zachodzić stosunek wykluczania, a zatem z realizacją znamion art. 198 k.k. będziemy mieć do czynienia jedynie wówczas, gdy sprawca wykorzystuje specyficzny stan, w którym znajduje się ofiara, przy czym ów stan nie został przez sprawcę wywołany. Jednakże gdyby sprawca wprawdzie sam nie doprowadził ofiary do takiego stanu, a byłby to skutek zachowania działającego z nim wspólnie i w porozumieniu współsprawcy, wówczas odpowiadałby karnie za zgwałcenie zbiorowe. O seksualnym wykorzystaniu bezradności

⁵⁹ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 593–594.

⁶⁰ M. Filar, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 109.

⁶¹ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 594–595.

będziemy mówić także wówczas, gdy sprawca przyczynił się do powstania tego stanu u ofiary, jednak nie posłużył się w tym celu żadnym ze środków przestępnego działania wskazanych w art. 197 k.k.

Skutek oraz podmiot czynu zabronionego

Zgwałcenie kazirodce oraz zgwałcenie pedofilskie, podobnie jak pozostałe typy zgwałcenia, są przestępstwami skutkowymi, co determinuje nam użyte w § 1 i § 2 znamię czasownikowe „doprowadza”. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów J. Warylewski wskazuje, iż o dokonaniu mówimy w momencie, gdy inna osoba zostanie doprowadzona do obcowania płciowego lub do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej – alternatywnie – ze sprawcą, z osobą trzecią, a nawet z samym sobą lub ze zwierzęciem. Autor dodaje jednak, iż dla dokonania zgwałcenia nie jest konieczne, aby obcowanie płciowe zostało ukończone⁶². Tymczasem SN w wyroku z 5 grudnia 1983 r. stwierdza, iż „początkiem usiłowania dokonania zgwałcenia, odgraniczającym tę formę stadialną od niekaralnego przygotowania [...], jest rozpoczęcie – bez względu na formy wykonawcze – stosowania przez sprawcę wobec osoby pokrzywdzonej środków zmuszania lub podstępu, o których mowa w art. 168 § 1 k.k.”⁶³ Według M. Filara, usiłowanie będzie ukończone w chwili wyeliminowania lub przełamania oporu ofiary przez sprawcę, nawet gdy do czynności seksualnej nie dojdzie z przyczyn od niego niezależnych. Usiłowanie będzie natomiast nieukończone, gdy sprawca – z niezależnych od siebie względów – jeszcze nie wyeliminował lub nie przełamał oporu ofiary, będąc dopiero w trakcie tych czynności⁶⁴. Za przypadki usiłowania nieudolnego uznaje zaś M. Filar nieudaną próbę podstępu, wypowiedzenie przez sprawcę groźby bezprawnej, która nie dość, że nie wzbudziła w zastraszoną obawy, to ze względu na jej treść nie była nawet w stanie takiej obawy wzbudzić, jak i wypowiedzenie groźby wobec osoby głuchej, nieprzytomnej lub niewładającej językiem, w którym groźba została wypowiedziana. Jednocześnie odróżnić od usiłowania nieudolnego nakazuje autor „udolne usiłowanie zatamowane”, z którym spotkamy się, gdy sprawca używa przemocy wprowadzając obiektywnie zdolną do wywołania przymusu, lecz niedoprowa-

⁶² J. Warylewski, *op. cit.*, s. 61.

⁶³ Wyrok SN z 5 XII 1983 r., Rw 964/83, Lex, nr 19953.

⁶⁴ M. Filar, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 133.

dzającej do zamierzonego skutku z powodu silnego i intensywnego oporu ofiary⁶⁵.

Aby ponieść odpowiedzialność za zgwałcenie – zarówno w typach kwalifikowanych, jak i typach podstawowych – sprawca nie może być niepoczytalny w chwili czynu i jednocześnie musi mieć ukończone 17 lat. Chociaż zgodnie z art. 10 § 2 k.k. – w razie spełnienia wymienionych tam kryteriów – już osoba, która ukończyła lat 15, może zostać pociągnięta do odpowiedzialności karnej za wskazane typy omawianego przestępstwa. W przepisie tym już przed nowelizacją z 5 listopada 2009 r. istniała wzmianka o art. 197 § 3 k.k., zatem dla potrzeb owej noweli nie było konieczności doprecyzowywania art. 10 § 2 k.k., ponieważ automatycznie uwzględnione zostały w nim wszystkie ewentualne nowe typy kwalifikowane zgwałcenia wprowadzane do § 3 art. 197 k.k. Innymi słowy, na podstawie przepisów Kodeksu karnego odpowiadać może piętnastoletni sprawca zgwałcenia zbiorowego, pedofilskiego, kazirodczego lub ze szczególnym okrucieństwem (ponieważ do katalogu z art. 10 § 2 k.k. dodany został art. 197 § 4 k.k., którego wcześniejszy brak był kardynalnym błędem ustawodawcy). Można się zastanawiać czy pociąganie piętnastolatka do odpowiedzialności karnej za zgwałcenie dokonane np. na czternastolatce jest zasadne z punktu widzenia kryminalnopolitycznego i kryminologicznego. Wszystko jednak zależy od okoliczności *in concreto*, pozostając tym samym w gestii sądu i racjonalnego stosowania przezeń art. 10 § 2 k.k.

Sprawcą zgwałcenia pedofilskiego z pkt 2 może być każdy, bez względu na takie czynniki, jak wiek, płeć, orientacja seksualna czy stosunek do ofiary, co oznacza, iż jest to przestępstwo powszechne. Prócz tego przedmiotem czynności wykonawczej jest tu ciało lub psychika osoby małoletniej poniżej 15. roku życia, a podmiotem oddziaływania – osoba małoletnia poniżej 15 lat. Sprawy mają się nieco inaczej przy zgwałceniu kazirodczym. Tutaj przedmiot czynności wykonawczej stanowi ciało lub psychika osoby pozostającej ze sprawcą w określonym w przepisie stosunku pokrewieństwa. Z kolei podmiotem oddziaływania może być jedynie wstępny, zstępny, przysposobiony, przysposabiający, brat lub siostra sprawcy. Nie ma wątpliwości, iż sprawca czynu zgwałceniowego z § 3 pkt 3 musi pozostawać z ofiarą w określonym stosunku pokrewieństwa, gdyż w przeciwnym razie nie zostaną zrealizowane znamiona typu kwalifikowanego, co w konsekwencji prowadzi do konstatacji, iż przestępstwo opisane w § 3 pkt 3, inaczej niż np. to z pkt 2, ma charakter indywidualny.

⁶⁵ *Ibid.*

Inne znamiona przedmiotowe czynu zabronionego

W opisie typu czynu zabronionego z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. pojawia się kilka dodatkowych znamion przedmiotowych wymagających omówienia. Znamiona te zakreślają nam alternatywne rodzaje relacji istniejących między ofiarą i sprawcą, które decydują o surowszej odpowiedzialności karnej sprawcy za doprowadzenie ofiary do czynności seksualnej. Marek Bielski postuluje, aby przy przestępstwie kazirodztwa – podobnie więc przyjmiemy w stosunku do zgwałcenia kazirodczego – pojęcia określające poszczególne podmioty stosunku kazirodczego rozumieć zgodnie z ich cywilnoprawnym znaczeniem. I tak oto terminy „wstępny” i „zstępny” wskazują na pochodzenie od wspólnego przodka, przy czym wstępnymi są krewni poprzedzający daną osobę w stopniach pokrewieństwa w linii prostej, a więc np. rodzice, dziadkowie, pradiadkowie itd., natomiast zstępnymi – krewni pochodzący od wspólnego przodka w linii prostej, np. dzieci, wnuki, prawnuki itd. Pod uwagę brane są, na co akcent kładzie M. Bielski, nie tylko więzy krwi, ale również więzi prawne. Z tego też powodu znaczenie dla ustalenia pokrewieństwa mają także uregulowane w Kodeksie rodzinnym i opiekuńczym instytucje: domniemanie ojcostwa męża matki (art. 62 k.r.o.), uznanie dziecka (art. 72 k.r.o.) oraz ustalenie ojcostwa (art. 84 k.r.o.). Opierając się o poglądy zaprezentowane przez autora w odniesieniu do art. 201 k.k., można dojść do wniosku, iż za zgwałcenie kazirodce mógłby odpowiadać także sprawca, który jest świadomy biologicznego pokrewieństwa z ofiarą, nawet jeżeli nie jest ono stwierdzone przez ustalenie ojcostwa czy uznanie dziecka, tak jak i niebędący ojcem dziecka mężczyzna, który jest świadomy, że doprowadza je do czynności seksualnej w czasie istnienia jego domniemanego ojcostwa jako męża matki, uznania dziecka lub sądowego ustalenia ojcostwa dziecka⁶⁶.

Jeżeli brać pod rozwagę znamiona „przysposobiony” i „przysposabiający”, to, jak pisze M. Bielski, odnoszą się one „do prawnego stosunku przysposobienia, którego istotą jest stworzenie na zasadzie fikcji prawnej odpowiednika stosunku istniejącego pomiędzy rodzicami i dziećmi” (zgodnie z art. 121 k.r.o.)⁶⁷, przy czym nie uwzględnia się tu przysposobienia faktycznego, na co z kolei uwagę zwraca M. Rodzyńkiewicz⁶⁸. Artykuł 197 § 3 pkt 3 k.k., podobnie jak art. 201 k.k., penalizuje jedynie czynności

⁶⁶ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 662.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 662.

seksualne między przysposobionym (tj. osobą adoptowaną przez przysposabiającego) i przysposabiającym (tj. osobą adoptującą), nie uwzględniając tym samym aktów seksualnych, w których sprawcą jest przysposobiony, a ofiarą dziecko przysposabiającego (albo na odwrót), podobnie jak sytuacji, gdy w relacji sprawca–ofiara pozostaje dwóch przysposobionych przez jednego przysposabiającego. Niemniej nic nie stoi na przeszkodzie, by przysposobiony odpowiadał z pkt. 3 za zgwałcenie swojego naturalnego krewnego (albo na odwrót).

Określenia „brat” i „siostra” odnosić należy do osób spokrewnionych ze sobą w linii bocznej, o ile ich wspólnym przodkiem jest przynajmniej jedno z rodziców. Zatem sprawca i ofiara zgwałcenia kazirodczego mogą być rodzeństwem rodzonym, przyrodnim lub pozamałżeńskim – wylicza M. Bielski. Dzieci rodzeństwa nie poniosą już odpowiedzialności karnej za przestępstwo z art. 201 k.k.⁶⁹, toteż w przypadku takiej relacji sprawcy i ofiary zgwałcenia będziemy mieć również do czynienia z dekompozycją ustawowych znamion zgwałcenia kazirodczego (sprawcy zgwałcenia kuzynki lub kuzyna możliwe będzie jednak ewentualne przypisanie odpowiedzialności karnej z art. 197 § 1 lub § 2 k.k.).

Kończąc omawianie znamion przedmiotowych wybranych typów zgwałcenia, pragnę zaakcentować, że pojawiające się w art. 197 § 4 k.k. znamię „działania ze szczególnym okrucieństwem”, które decyduje o surowszej kwalifikacji zgwałcenia dokonanego przez sprawcę, odnosi się do każdego typu zgwałcenia z poprzednich paragrafów, a więc do typów z § 1, § 2 oraz § 3 pkt 1, 2 lub 3. Oznacza to, że sprawca zgwałcenia pedofilskiego lub kazirodczego, podobnie jak sprawca zgwałcenia w typie podstawowym lub zgwałcenia zbiorowego, również może ponosić odpowiedzialność karną za zbrodnię z § 4 omawianego przepisu (przypominam jednocześnie o art. 10 § 2 k.k.). Tym samym nasuwa się istotny wniosek, iż sam fakt, że ofiara zgwałcenia jest spokrewniona ze sprawcą lub jest osobą małoletnią poniżej 15. roku życia, absolutnie nie powinien przesądzać o tym, czy sprawca działał ze szczególnym okrucieństwem. Innymi słowy, właściwości osobiste ofiary, chociaż *in concreto* mogą pomocniczo być brane pod uwagę przy ocenie, czy znamię kwalifikujące z § 4 zostało zrealizowane, zasadniczo nie powinny stanowić samodzielnego czynnika determinującego o zrealizowaniu tego znamienia.

⁶⁹ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 663.

Strona podmiotowa czynu zabronionego

Przechodząc do zagadnień strony podmiotowej omawianych przestępstw, w pierwszej kolejności należy traktować tzw. z a m i a r u l u b i e ż n e g o jako znamienia strony podmiotowej w art. 197 k.k. – i to we wszystkich typach zgwałcenia. Marian Filar przestrzegał, iż mimo tego, że *in praxi* najczęściej motywem zgwałceń jest chęć zaspokojenia przez sprawcę popędu płciowego, to aspekt ten może być brany pod uwagę co najwyżej przy wymiarze kary, nie zaś przy stwierdzaniu czynu przestępnego. Inne możliwe, zdaniem autora, motywy, którymi może kierować się sprawca, to np. chęć zemsty, poniżenia ofiary, zysku lub pobudki chuligańskiej⁷⁰. Odmienne ujmowanie tego zagadnienia celnie postrzega M. Bielski jako wynik pomylenia znamion strony podmiotowej zgwałcenia ze znamieniem przedmiotu ochrony⁷¹. Mateusz Rodzyńkiewicz twierdzi nawet, iż „W kategoriach psychopatologicznych i etiologicznych zgwałcenie ujmowane jest więc raczej jako »przestępstwo agresji«, a nie »przestępstwo pożądania«”⁷². Opis znamion zawarty we wszystkich paragrafach art. 197 k.k. determinuje nam konieczność przyjęcia, iż jest to przestępstwo u m y ś l n e, które można popełnić wyłącznie z z a m i a r e m b e z p o ś r e d n i m. Jak stwierdza M. Filar, użycie przez sprawcę przemocy, aby wywołać przymus, musi być objęte zamiarem bezpośrednim, nie istnieje bowiem przemoc nieumyślna, ani „wynikowa”. Z kolei jeżeli osoba wypowiadająca groźbę bezprawną nawet wątpi w jej skuteczność, wypowiadając ją, chce wywołać zamierzony skutek (taka jest wszak istota groźby). Podstęp nieumyślny zaś nie istnieje⁷³. Rekapitulując: „Przestępstwo zgwałcenia możliwe jest do popełnienia jedynie w formie zamiaru bezpośredniego, lecz przesądzają o tym środki, jakich używa sprawca, a nie ukryte znamię podmiotowe w postaci tzw. zamiaru lubieżnego”⁷⁴.

Problem pojawia się, gdy postawimy sobie pytanie następującej treści: jak potraktować sytuację, w której sprawca nie ma pewności co do tego, że doprowadza do czynności seksualnej osobę poniżej 15. roku życia lub nie ma pewności co do relacji łączącej go z ofiarą? Warto sięgnąć w tym miejscu do uwag poczynionych przez M. Rodzyńkiewicza, który zastana-

⁷⁰ M. Filar, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 146–147.

⁷¹ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 610 (cyt. za: M. Filar, Głosa do wyroku SN z 26 X 2001 r., WA 25/01).

⁷² M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 619.

⁷³ M. Filar, *Przestępstwo...*, *op. cit.*, s. 148–149.

⁷⁴ *Ibid.*, s. 183.

wiał się nad tym problemem, tyle że w kontekście braku pewności sprawcy co do rzeczywistości oporu ofiary. Autor przypomina, że zamiar rozpatrujemy na dwóch płaszczyznach. Wyłącznie element intelektualny zamiaru możemy odnosić do poszczególnych znamion, a element wolitywny – do czynu zabronionego scharakteryzowanego już przez ogół znamion danego typu. W konsekwencji: „sprawca nie może chcieć albo godzić się na to, że opór jest rzeczywisty, może natomiast mieć świadomość, że na pewno jest on rzeczywisty albo mieć świadomość, że być może jest on rzeczywisty – i w takich warunkach chce doprowadzić ofiarę do aktu seksualnego”⁷⁵. Krótko mówiąc, w pełni wystarczające, aby wykazać znamiona strony podmiotowej, jest w tym przypadku ustalenie działania sprawcy z zamiarem bezpośrednim ze świadomością niepełną⁷⁶. Przenosząc te rozważania na grunt art. 197 § 3 pkt 2 k.k., stwierdzić należy, iż sprawca chce doprowadzić ofiarę do czynności seksualnej, mając świadomość, że jest to osoba małoletnia, która nie ukończyła jeszcze 15. roku życia, albo mając świadomość, że być może jest to osoba pozostająca w takim wieku. Analogiczne rozwiązanie zastosujemy, jeżeli sprawca będzie miał niepełną świadomość co do stopnia pokrewieństwa łączącego go z ofiarą.

Błąd sprawcy co do wieku ofiary należy kwalifikować jako błąd co do znamion, który skutkuje wyłączeniem umyślności, a w konsekwencji – brakiem odpowiedzialności karnej sprawcy. Jak stwierdza M. Bielski: „Błąd co do wieku ofiary ma miejsce w sytuacji, w której modelowy obywatel o cechach psychofizycznych sprawcy nie miałby możliwości rozpoznania w danych okolicznościach faktycznych, że przedmiotem czynności wykonawczej jest małoletni poniżej lat 15”⁷⁷. Z kolei błąd co do relacji pokrewieństwa również należy kwalifikować jako błąd co do znamion czynu, co prowadzi będzie do wyłączenia odpowiedzialności karnej w związku z brakiem umyślności, która jest wymagana, by doszło do realizacji znamion zgwałcenia tak kazirodczego, jak i każdego innego.

Zbieg przepisów ustawy

Przyszedł czas na rozważenie problematyki zbiegów zarówno pomiędzy omawianymi przepisami, jak i między nimi a innymi przepisami ustawy karnej. Możliwa jest kumulatywna kwalifikacja zgwałcenia pedofilskiego

⁷⁵ M. Rodzynkiewicz, *op. cit.*, s. 618.

⁷⁶ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 611.

⁷⁷ *Ibid.*, s. 657.

w zbiegu z art. 200 § 1 k.k. oraz zgwałcenia kazirodczego w zbiegu z art. 201 k.k., gdyż w art. 197 § 3 k.k. penalizuje się doprowadzenie określonymi w § 1 środkami przestępnego działania osoby małoletniej poniżej lat 15 (§ 3 pkt 2) lub osoby bliskiej sprawcy (§ 3 pkt 3) do czynności seksualnej, natomiast w art. 200 § 1 k.k. i art. 201 k.k. sam fakt odbywania stosunków płciowych z takimi osobami (przy czym w przypadku art. 197 § 3 pkt 3 zbieg możliwy będzie tylko w razie doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego). Ponadto dopuszczalny wydaje się jednoczynowy zbieg przepisów między komentowanymi typami, tj. między pkt 2 i pkt 3 art. 197 § 3 k.k., jeżeli ofiarą zgwałcenia, z którą sprawcę łączy stosunek pokrewieństwa, jest małoletni poniżej lat 15. Przepisy te (każdy z nich lub oba jednocześnie) mogą zbiegać się także z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. Przykładowo, jeżeli rodzice wspólnie i w porozumieniu dopuszczają się zgwałcenia swojego dziecka, wówczas dochodzi do realizacji znamion nie tylko § 3 pkt 3, ale również i pkt 1; ewentualnie – gdy dziecko ma mniej niż 15 lat – także i pkt 2. Omawiane typy nie mogą się jednak kumulatywnie zbiegać z typami podstawowymi zgwałcenia (tyle że w podstawie prawnej należy wówczas odnotować, czy dane kwalifikowane zgwałcenie polegało na doprowadzeniu do czynności seksualnej opisanej w art. 197 § 1 k.k., czy w § 2) ani z typem kwalifikowanym z § 4 (przepis ten, penalizujący zgwałcenie, w czasie którego sprawca działa ze szczególnym okrucieństwem, *expressis verbis* odwołuje się do typów kwalifikowanych z § 3).

Przestępstwo z art. 197 § 3 pkt 2 k.k., którego ofiarą jest małoletni poniżej lat 15, może pozostawać w kumulatywnym zbiegu z art. 202 § 4 k.k., jeżeli sprawca utrwala przebieg czynności seksualnej z taką osobą, a także z art. 202 § 3 k.k., jak i art. 202 § 4b k.k., który penalizuje m.in. produkowanie treści pornograficznych przedstawiających wytworzony albo przetworzony wizerunek małoletniego uczestniczącego w czynności seksualnej (tym bardziej, że za produkowanie uznać można nawet udział w przedsięwzięciu w roli aktora)⁷⁸. Z art. 202 § 3 lub 4 k.k. możliwy jest także jednoczynowy zbieg art. 197 § 3 pkt 3 k.k. – o ile ofiara pozostaje w odpowiednim wieku. Składną oba omawiane przepisy, czyli art. 197 § 3 pkt 2 i 3 k.k., mogą kumulatywnie zbiegać się z określonymi przestępstwami przeciwko życiu i zdrowiu (art. 155 k.k., art. 156 k.k., art. 157 k.k. i art. 161 k.k., przy czym za uszkodzenie ciała nie należy uznawać defloracji⁷⁹), z rozbojem z art. 280 k.k. (jeżeli przemoc wobec ofiary jednocześnie jest

⁷⁸ *Ibid.*, s. 680.

⁷⁹ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 96–97.

nakierowana na przełamanie oporu, aby tym samym poddała się ona innej czynności seksualnej, oraz na stworzenie okoliczności dogodnych do zaboru jej rzeczy⁸⁰), z pozbawieniem wolności z art. 189 k.k., jak i z przestępstwem znęcania z art. 207 k.k. Dodatkowo dopuścić należy w moim przekonaniu możliwość jednoczynowego zbiegu art. 208 k.k., penalizującego rozpijanie małoletniego, z art. 197 § 3 pkt 3 k.k., o ile ofiara, będąca krewną sprawcy, jest jednocześnie osobą małoletnią. Gdy natomiast osoba małoletnia (przy braku określonego stopnia pokrewieństwa między nią a sprawcą) będzie miała mniej niż 15 lat, wówczas dojdzie do kumulatywnej kwalifikacji art. 208 k.k. w zbiegu z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. Jeżeli jednak doprowadzany do czynności seksualnej małoletni krewny sprawcy jest jednocześnie osobą poniżej 15. roku życia, wtedy to oba kwalifikowane typy zgwałcenia będą pozostawać w jednoczynowym zbiegu ze wspomnianym przepisem (do kwalifikacji prawnej dojdzie jeszcze, zgodnie z tym, co ustalono powyżej, także art. 200 § 1 k.k. oraz – przy założeniu, że doprowadzono ofiarę do obcowania płciowego – art. 201 k.k.).

Z pewnością można mieć niemały dylemat w kwestii ewentualnego zbiegu omawianych typów zgwałceniowych z art. 191 k.k. Tu jednak prawidłowe wydaje się proponowane przez J. Warylewskiego rozwiązanie, zgodnie z którym nawet w razie dążenia sprawcy do dokonania zgwałcenia ofiary, które zakończyło się wyłącznie na etapie usiłowania, nie jest możliwe przyjęcie, iż sprawca popełnił odrębne przestępstwo z art. 191 k.k.⁸¹ Co więcej, M. Rodzyńkiewicz ze względu na zasadę konsumpcji wyklucza kumulatywną kwalifikację zgwałcenia z art. 217 § 1 k.k., co koresponduje z wyrokiem SN z 21 kwietnia 1978 r.⁸² Myślę, że na koniec tego etapu rozważań szczególnego podkreślenia wymaga kwestia, która uwidoczniła się już w powyższych wywodach, a mianowicie – kumulatywne zbiegi art. 197 § 3 pkt 2 lub 3 k.k. z innymi przepisami ustawy (nie pomijając także zbiegu między nimi samymi) niejednokrotnie doprowadzić mogą do multikwalifikacji prawnych. Oprócz tych już przeze mnie wyróżnionych dla przykładu można odnotować także jednoczynowy zbieg art. 197 § 3 pkt 2 k.k. z punktem 3 tego przepisu, art. 200 § 1 k.k., art. 201 k.k. i art. 202 § 4 k.k. (ojciec doprowadza przemocą swoją czternastoletnią córkę do obcowania płciowego, utrwalając jednocześnie tę wspólnie odbytą czynność seksualną na filmie).

⁸⁰ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 616.

⁸¹ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 99.

⁸² M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 627 (cyt. za: wyrok SN z 21 IV 1978 r., IV KR 98/78, OSNKW 1978, nr 7/8, poz. 75).

Tryb ścigania

Poważny problem wyłania się, gdy spojrzymy na art. 205 k.k., który przesądza o tym, że wszystkie typy przestępstwa zgwałcenia ścigane są z oskarżenia publicznego, o ile uprzednio złożony zostanie stosowny wniosek pokrzywdzonego. Dodatkowo, art. 12 § 3 k.p.k. stanowi o niemożności cofnięcia raz złożonego wniosku o ściganie przestępstwa zgwałcenia. W przypadku małoletniego wniosek o ściganie złożyć mogą jego przedstawiciele ustawowi lub osoba, pod której stałą pieczę on pozostaje – i to bez względu na to, jaki stosunek do składania wniosku ma sam małoletni⁸³. Pomijając szczegółową analizę celowości wnioskowego trybu ścigania przy wybranych przestępstwach seksualnych, pragnę wskazać na fatalne konsekwencje niedostosowania art. 205 k.k. do zmian w art. 197 k.k.

Jako że w art. 197 § 3 k.k. pojawiły się nowe kwalifikowane typy zgwałcenia, tj. zgwałcenie pedofilskie i zgwałcenie kazirodcze, a art. 205 k.k. nie został zmodyfikowany (bowiem nadal występuje w nim wskazanie na art. 197 k.k. bez podziału na paragrafy), przyjąć należy, iż również te dwa typy zgwałcenia objęte zostają wymogiem wniosku pokrzywdzonego lub innej uprawnionej osoby, aby możliwe było ich ściganie. Jednakże trudno sobie wyobrazić, aby rodzic, który dopuścił się zgwałcenia swojego małoletniego dziecka – czy to poniżej 15. roku życia (pkt 3 w zw. z pkt 2), czy to między 15. a 18. rokiem życia (pkt 3), złożył w jego imieniu (skoro małoletni sam nie może tego uczynić) wniosek o ściganie samego siebie. Owszem, zawsze wniosek ten może złożyć drugi z rodziców, jednakowoż w praktyce często zdarza się tak, że to drugi z rodziców nie zdaje sobie sprawy z tego, że w ogóle doszło do zgwałcenia. A jeżeli nawet o tym fakcie wie, niestety postanawia tę kwestię przemilczeć. Zobowiązany do podjęcia działań, jeżeli uprawniona osoba nie składa wniosku o ściganie, jest także sąd opiekuńczy (o czym przesądził SN w uchwale z 17 grudnia 1970 r.⁸⁴). Jeżeli jednak sąd nie dowie się o popełnieniu przestępstwa (a w przypadku zмовы milczenia jest to nadzwyczaj prawdopodobne), trudno oczekiwać, żeby podjął jakiegokolwiek działania. Wprawdzie w razie niezłożenia wniosku o ściganie sprawcy takiego zgwałceniowego czynu o charakterze kazirodczym (np. ojca) na małoletnim poniżej 15. roku życia, sprawca nie pozostaje bezkarny, gdyż powinien być w tych okolicznościach pociągnięty do odpowiedzial-

⁸³ J. Warylewski, *op. cit.*, s. 106–107.

⁸⁴ Uchwała SN z 17 XII 1970 r., VI KZP 43/68, Lex, nr 18248.

ności karnej w związku z realizacją znamion z art. 200 § 1 k.k. i art. 201 k.k., które ścigane są z urzędu, niemniej w moim odczuciu absolutnie nie może być tak, aby zachowanie realizujące znamiona art. 197 § 3 pkt 2 w zw. z pkt 3 k.k., od którego zależy przecież wyższa karalność czynu sprawcy (od 3 lat pozbawienia wolności do lat 12, a nie od 2 – jak w art. 200 k.k.) i uznanie go za zbrodnię, obwarowane było wymogiem uprzedniego złożenia wniosku przez samego sprawcę lub nawet innego bliskiego (rodzica lub przysposabiającego) ofiary. Różnica w wymiarze kary jeszcze bardziej razi, gdy ofiarą takiego przestępstwa jest małoletni, który ukończył już 15 lat – wówczas w grę wchodzi tylko ścigane z urzędu kazirodztwo, które przewiduje karę od 3 miesięcy pozbawienia wolności do lat 5. Takie osoby powinny przecież podlegać szczególnej ochronie prawnej. O ile zatem można by jeszcze zaakceptować fakt (choćby również mam co do tego niemałe wątpliwości ze względu na specyficzną relację między sprawcą a ofiarą), iż zgwałcenie kazirodcze, którego ofiarą nie jest małoletni, ścigane jest pod warunkiem, że pokrzywdzony złoży odpowiedni wniosek, tak całkowicie nie do przyjęcia jest analogiczne rozwiązanie przy zgwałceniu pedofilsko-kazirodczym, jak i – w razie ukończenia przez małoletniego 15. roku życia – zgwałceniu kazirodczym, gdy sprawcą czynu jest rodzic małoletniego dziecka czy też przysposabiający małoletniego przysposobionego. Wskazane przypadki, tak jak uczyniono to w stosunku do art. 199 § 2 i § 3 k.k., gdzie również jest mowa o małoletnim, powinny zostać wyłączone z zakresu art. 205 k.k., a co za tym idzie – ścigane z urzędu, czyli bez konieczności składania wniosku o ściganie. Wydaje się, że ustawodawca powinien konsekwentnie zakres trybu wnioskowego z art. 205 k.k. pomniejszyć o wszystkie zachowania na szkodę małoletniego (wypełniając tym samym postulat Andrzeja Marka⁸⁵). Innymi słowy, każde przestępstwo seksualne (nie tylko zgwałcenie) popełnione na małoletnim winno być ścigane z urzędu.

Istnieje jeszcze art. 101 § 4 k.k., który zabezpiecza małoletnich przed przedawnieniem karalności zgwałcenia nim osiągną pełnoletniość (owo przedawnienie nie może nastąpić wcześniej niż 5 lat przed ukończeniem przez nich 18 lat), a zwłaszcza art. 101 § 1 k.k., który dla takich zbrodni, jak zgwałcenie pedofilskie i kazirodcze, wyznacza dwudziestoletni okres przedawnienia, przez co nie zamyka małoletniemu drogi do złożenia wniosku o ściganie nawet wiele lat po popełnionym na nim przestępstwie zgwałcenia. Niemniej nie jest to żadne wytłumaczenie dla niekonsekwencji

⁸⁵ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 715 (cyt. za: A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2007, s. 400).

i nieracjonalności ustawodawcy we wskazanym przeze mnie zagadnieniu. Apeluję więc o jak najszybszą korektę tego poważnego błędu, który – jak przypuszczam – jest wynikiem niedopatrzenia, bo jak inaczej wytłumaczyć to, że z jednej strony, nowelizując art. 197 k.k., dążono do zaostrzenia odpowiedzialności karnej za przestępne seksualne zachowania na szkodę małoletnich, a z drugiej nie zadbano o prawidłową procedurę ścigania takich przestępstw i ich sprawców?

Wnioski

Z pewnością w najbliższej przyszłości dowiemy się, na ile kłopotliwe dla judykatury okażą się punkty 2 i 3 art. 197 § 3 k.k., a wiele wskazuje na to, że *in praxi* mogą one generować pewne problemy. Przyznam, że mam poważne wątpliwości, czy rzeczywiście niezbędne było ich tworzenie. Odnoszę wrażenie, iż ustawodawca niebawem częstym nowelizowaniem rozdziału XXV k.k., sprowadzającym się głównie do tworzenia coraz to nowych typów czynów zabronionych, zaczyna doprowadzać do zbytnej jego kazuistyki. Co najgorsze, w swoich działaniach wykazuje się małą dbałością o konsekwentne wprowadzanie zmian, w związku z czym to, co w jednym przepisie stanowi znamię kwalifikujące przez okoliczność, w drugim, bliskim mu pod wieloma względami, w ogóle nie ma wpływu na abstrakcyjnie wyższą karalność. Największą rozbieżność obserwujemy między penalizującymi doprowadzenie innej osoby do czynności seksualnej, tyle że na różne sposoby, artykułami: 197, 198 i 199 k.k. O ile da się wytłumaczyć to, że w art. 197 k.k., w przeciwieństwie do art. 198 k.k. i art. 199 k.k., dokonano rozbicia na dwa typy podstawowe – w zależności od tego, czy sprawca doprowadza do obcowania płciowego, czy do innej czynności seksualnej, o tyle mniej zrozumiałe jest dla mnie pominięcie w art. 198 k.k. i art. 199 k.k. (znanych z art. 197 k.k.) typów kwalifikowanych ze względu na działanie sprawcy wspólnie z inną osobą lub ze szczególnym okrucieństwem. Bardziej niepokoją jednak rozbieżności przy tworzeniu typów kwalifikowanych ze względu na działanie na szkodę małoletniego. Podczas gdy w art. 197 § 3 pkt 2 k.k. wyższa karalność uwarunkowana jest tym, by małoletnia ofiara nie miała ukończonych 15 lat, to z kolei w art. 199 § 2 i 3 k.k. małoletni, będący ofiarą przestępstwa, musi znajdować się między 15. a 18. rokiem życia. Z pewnością można znaleźć jakieś argumenty przemawiające za obecną regulacją, jednak nie brak pokazanej listy zarzutów. Ustawodawca zdaje się w pewnych sytuacjach nie mieć

zaufania do sądów, które wszak pewne okoliczności przez legislatora nieco na wyrost uczynione znamionami kwalifikującymi (np. w nowych pkt. 2 i 3 art. 197 § 3 k.k.) mogłyby wziąć pod uwagę *in concreto* przy wymiarze kary (a ta w przypadku zgwałceń może być wyjątkowo zróżnicowana ze względu na dużą rozpiętość pomiędzy dolną a górną granicą ustawowego zagrożenia). Z drugiej jednak strony pominięcie w art. 198 k.k. i art. 199 k.k. znamion kwalifikujących, znanych nam z art. 197 § 3 pkt 1 k.k. oraz § 4 tego przepisu, paradoksalnie wskazuje na to, że ustawodawca ma jednak odrobinę wiary w sądy, jakoby były na tyle racjonalne, aby przy wymiarze kary akurat tego typu okoliczności uwzględniać.

Mankamentem nowych kwalifikowanych typów zgwałcenia, podobnie zresztą jak i całego rozdziału XXV k.k., jest doprowadzenie przez ustawodawcę do znaczącego pokrywania się zakresów znamion wielu przestępstw seksualnych, co zaciera granice między nimi i nastęcza trudności w skonstruowaniu prawidłowej finalnej kwalifikacji prawnej, która w pełni odda zawartość bezprawia czynu sprawcy. Wielokrotnie bowiem jeden czyn sprawcy realizuje znamiona nie jednego czy dwóch przepisów rozdziału XXV k.k., ale nawet i trzech, czterech czy pięciu z nich – i to nierzadko między kilkoma paragrafami czy nawet punktami jednego paragrafu danego artykułu (tak jest przecież przy kumulatywnym zbiegu przepisów z art. 197 § 3 pkt 1, 2 i 3 k.k.). Na rzetelną ocenę wszelkich konsekwencji nowelizacji art. 197 § 3 k.k. z dnia 5 listopada 2009 r. przyjdzie jeszcze czas. Póki co musimy uzbroić się w cierpliwość i bacznie przyglądać się funkcjonowaniu nowych przepisów w praktyce, a ta najlepiej zweryfikuje, na ile były one potrzebne.