

Hubert Myśliwiec

Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności innej osoby (art. 198 k.k.)

I. Uwagi wprowadzające

Rola art. 198 w Kodeksie karnym z 1997 r.¹ od początku zdawała się być daleka od priorytetowej. Jednakowoż pomimo tego, iż ów przepis takiej sławy, jaką cieszy się zwłaszcza wprowadzony do Kodeksu karnego w 2000 r. art. 178a § 1², nigdy osiągnąć nie zdoła, jego wyrugowanie z ustawy karnej wiązałoby się z negatywnymi konsekwencjami, których zaakceptować nie sposób. Obok bowiem art. 199 k.k. przepis ten uzupełnia zakres penalizowanych zachowań nakierowanych na doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego lub do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej a opisanych w bardziej doniosłym, przynajmniej z praktycznego punktu widzenia, art. 197 k.k.³ Niniejszy artykuł ma na celu zebranie w jednym miejscu najważniejszych zagadnień wyłaniających się w procesie wykładni art. 198 k.k. oraz zabranie głosu w dyskusji na temat

¹ Ustawa z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

² Art. 178a został dodany przez art. 1 pkt 7 ustawy z dn. 14 IV 2000 r. zmieniającej ustawę – Kodeks karny z dn. 15 XII 2000 r. (Dz.U. Nr 48, poz. 548).

³ Fakt uzupełniania się zakresów penalizowanych zachowań zdaje się przekonująco przemawiać za tym, by wykluczyć możliwość zachodzenia się tychże zakresów w przypadku art. 197 k.k., art. 198 k.k. i art. 199 k.k. Innego zdania jest SN, który w postanowieniu z 30 VII 1998 r. wyjątkowo dopuszcza kumulatywną kwalifikację art. 198 k.k. i art. 197 § 2 k.k. (II KK 21/08, OSNwSK 2008, poz. 1550). Moim zdaniem, jeśli ofiara zaczyna stawiać opór, nawet gdy nie stanowi on wyrazu braku akceptacji przez nią ingerencji w jej wolność seksualną, lecz np. niechęć wobec jakiegokolwiek formy kontaktu fizycznego z inną osobą, a sprawca opór ten przełamuje, aby doprowadzić ofiarę do czynności seksualnej, mówić należy o zgwałceniu, nie zaś o seksualnym wykorzystaniu niepoczytalności.

rzeczonego przepisu, czego nieodzownym elementem jest podjęcie polemiki z niektórymi poglądami wyrażonymi dotychczas w piśmiennictwie naukowym i orzecznictwie.

Artykuł 198 k.k. w obecnym brzmieniu stanowi: „Kto, wykorzystując bezradność innej osoby lub wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, doprowadza ją do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”⁴. Jak dostrzeżono, art. 198 k.k. uzupełniono o znamię wykorzystania seksualnego osoby bezradnej, dzięki czemu położono kres pewnym wątpliwościom, które rodziły się przy wykładni jego poprzedników, tj. art. 203 k.k. z 1932 r. oraz art. 169 k.k. z 1969 r.⁵

Co więcej, poprzednie kodyfikacje karne penalizowały zasadniczo każdy czyn nierządny z osobą pozbawioną całkowicie lub w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, przez co osobom o takiej budowie psychicznej w istocie odmawiano prawa do współżycia⁶. To z kolei stanowiło ingerencję ustawodawcy, sięgającą nazbyt głęboko w sferę praw tych osób do samostanowienia w sferze życia seksualnego⁷. Stąd nie dziwią wypowiedzi, że było to „niehuma-

⁴ Dla przejrzystości wywodu w dalszej jego części, co do zasady, posługuję się wyrażeniem „czynność seksualna”, mając przez to na myśli „obcowanie płciowe” lub „poddanie się albo wykonanie innej czynności seksualnej”. Co zaś rozumiem pod każdym z tych pojęć, zob. H. Myśliwiec, *Zgwałcenie pedofilskie i kazirodce – charakterystyka nowych kwalifikowanych typów zgwałcenia*, CPKiNP 2010, z. 3, s. 79–82. Dodatkowo w niniejszym artykule konsekwentnie stosuję pojęcie „ofiara”, wychodząc z założenia, że między nim a pojęciem „pokrzywdzony” nie można postawić znaku równości. Jedyne w kontekście art. 205 k.k., gdzie *expressis verbis* mowa jest o „wniosku pokrzywdzonego”, posiłkuję się pojęciem „pokrzywdzony” (warto jednak zauważyć, że w tym przepisie pojawia się zarówno to słowo, jak i słowo „ofiara”).

⁵ M. Bielski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkałski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, [wyd. 4], Warszawa 2013, s. 738.

⁶ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Część szczególna*, Warszawa 1987, s. 142; I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 497.

⁷ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 117. Podobnie m.in. M. Bielski, *op. cit.*, s. 745. Dostrzeżono zatem, że osób o takiej budowie psychicznej nie należy ograniczać co do podejmowania decyzji w kwestii ich życia seksualnego. Tak:

nitarne, nieuzasadnione i sprzeczne z ideą samostanowienia seksualnego, jak i wręcz z prawami człowieka”⁸. Tymczasem w obecnie obowiązującym Kodeksie karnym we wskazanej materii dokonano ograniczenia karalności do wykorzystania seksualnego osób znajdujących się w chwili czynu w stanie niepoczytalności (mówiąc ściślej, po ich stronie występować musi brak zdolności do rozpoznania znaczeniu czynu lub pokierowania swoim postępowaniem), a co za tym idzie – w nowym brzmieniu art. 198 k.k. poza granicami penalizacji znalazły się stany faktyczne, w których osobie doprowadzanej do czynności seksualnej towarzyszy stan ograniczonej poczytalności⁹, o ile jednocześnie wykluczy się, że owa osoba w chwili czynu znajdowała się w stanie bezradności¹⁰.

Mateusz Rodzynekiewicz postuluje, by objęcia penalizacją w art. 198 k.k. odmawiano doprowadzeniu do czynności seksualnej osób dotkniętych erotomanią w postaci nimfomanii (kobiety) bądź satyryzmu (mężczyźni). Wynikać to ma z zasady *ultima ratio* prawa karnego, a nadto z założeń polityki kryminalnej i kryminologii. Autor powyższe stany postrzega jako „jednostki chorobowe o podłożu psychofizjologicznym, które charakteryzują się utrzymującym się hipernormalnym pobudzeniem erotycznym, mogącym

Prawo karne – część szczególna. Orzecznictwo, red. M. Królikowski, M. Ostrowski, Warszawa 2012, s. 326.

⁸ R. K r a j e w s k i, *Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności małżonka*, „Jurysta” 2008, nr 3, s. 35.

⁹ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 738–739.

¹⁰ *Ibid.*, s. 745. Podobnie: M. B u d y n - K u l i k, P. K o z ł o w s k a - K a l i s z, M. K u l i k, M. M o z g a w a, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, red. M. Mozgawa, [wyd. 3], Warszawa 2010, s. 410; R. A. S t e f a n s k i, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 2009, s. 257–258; J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 119: „[...] z kręgu osób, które mogą być pokrzywdzone tym przestępstwem zostały wyłączone te, które dotknięte znacznym ograniczeniem poczytalności nie są przy tym bezradne”. Zob. również postanowienie SN z 29 I 2002 r., I KZP 30/01, OSNKW 2002, nr 3/4, poz. 16. W przywołanym postanowieniu SN, opierając się głównie na poglądach doktryny, na wykładni językowej znamienia „brak zdolności” oraz na wykładni historycznej (art. 169 k.k. z 1969 r.), dowodzi, że nie jest na gruncie art. 198 k.k. możliwe przyjęcie, iż w znamię „brak zdolności [...] do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem” mieści się również ograniczona poczytalność. SN dostrzega jednak, że osoby cechujące się ograniczoną poczytalnością w chwili czynu wyłączone są z kręgu osób będących ofiarą przestępstwa z art. 198 k.k., jeżeli nie są przy tym bezradne. O ile jednak wnioski SN postrzegam jako prawidłowe, za nietrafiony uważam argument odwołujący się do wykładni językowej rzeczzonego „braku”; tym bardziej, że SN sam podnosi, iż za brak uznawana jest również niedostateczna ilość czegoś, a to nie tyle osłabia siłę powołanego przez SN argumentu, co moim zdaniem zupełnie go dyskredytuje.

prorowadzić do ograniczenia w znacznym stopniu zdolności do kierowania swoim postępowaniem w sferze częstotliwości i doboru partnera pożycia intymnego. [...] Nawet w pełni premedytowane wykorzystanie faktu, że partner seksualny cierpi na nimfomanię bądź satyryzm i doprowadzenie w takiej sytuacji do zbliżenia płciowego, nie stanowi przestępstwa¹¹. Dostrzec należy, iż nie jest on w swych poglądach odosobniony¹². Zresztą, jeżeli przyjąć, iż osoby takie mają poczytalność co najwyżej ograniczoną, nie zaś całkowicie zniesioną, wówczas jedynym sposobem, by uczynić z nich podmioty zdadne do bycia ofiarami przestępstwa z art. 198 k.k., byłoby sięganie po znamię bezradności. To zaś znamię, choć dokładnie scharakteryzowane zostanie w dalszej części niniejszego tekstu, już intuicyjnie nie wydaje się być najodpowiedniejsze dla określenia stanu, w którym znajdują się osoby ze wskazanymi zaburzeniami.

Powracając do wątku odmienności art. 198 k.k. względem poprzednich regulacji prawno-karnych, wskazać dodatkowo należy, iż opis znamion tego przepisu wzbogacono o znamię czasownikowe „wykorzystuje”. W związku z tym każdorazowo należy wykazać związek pomiędzy doprowadzeniem ofiary do czynności seksualnej a stanem bezradności lub niepoczytalności, który u niej wystąpił¹³. Nadto krytykowane, nierzadko zresztą¹⁴, w doktrynie znamię „czyn nierządny” w art. 198 k.k., podobnie jak i w całym rozdziale XXV k.k., zostało zastąpione znamionami „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”. Jeżeli zaś zestawimy art. 198 k.k. z art. 197 k.k., zauważymy, iż przepis ten nie rozróżnia dwóch typów podstawowych skonstruowanych na potrzeby art. 197 k.k. W piśmiennictwie pojawiały się głosy

¹¹ M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przeszępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: A. Barczak-Oplustil et al., *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, [wyd. II], Kraków 2006, s. 634.

¹² Podobnie: M. Bielski, *op. cit.*, s. 745; P. Drzazga, *Szczególne przypadki seksualnego wykorzystania osoby bezradnej lub niepoczytalnej*, „Jurysta” 2012, nr 7/8, s. 36–37; J. Warylewski, *Przeszępstwa...*, *op. cit.*, s. 118. Definicję erotomanii w postaci nimfomanii (*nymphomania*) bądź satyryzmu (*satyriasis*) odnaleźć można w: Z. Lew-Starowicz, Z. Zdrojewicz, S. Dulko, *Leksykon seksuologiczny*, Wrocław 2002, s. 29–30, 75 i 89, gdzie podnosi się m.in., że „erotomania może być zespołem objawowym w przebiegu schorzeń psychicznych [...]”.

¹³ M. Bielski, *op. cit.*, s. 739.

¹⁴ Rzeczony krytyce kolorytu dodawała wypowiedź M. Filara, który pisał: „Czyn jest »nierządny«, gdyż znajduje się w kodeksie karnym, w kodeksie karnym znalazł się natomiast dzięki temu, że jest »nierządny« – trudno o bardziej »jasną« i »precyzyjną« definicję!” (M. Filar, *Przeszępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Poznań 1974, s. 76–78).

dezaprobuje taki sposób uregulowania art. 198 k.k. Można sobie bowiem zadać pytanie: skoro ustawodawca *in abstracto* przypisuje zgwałceniu różny stopień społecznej szkodliwości w zależności od tego, czy mamy do czynienia z doprowadzeniem do obcowania płciowego czy też poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej, to dlaczego nie zdecydował się zastosować analogicznego rozwiązania względem seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności¹⁵?

Wskazane okoliczności budzą wątpliwości, niemniej może nie należy automatycznie postrzegać ich jako błędu ustawodawcy, lecz uznać za próbę podkreślenia, nawet jeśli nieco niefortunną, iż w art. 198 k.k. punkt ciężkości znajduje się w innym miejscu. Nacisk kładziony jest tu bowiem na położenie ofiary przestępnych zabiegów sprawcy, a dokładniej na karygodność wykorzystania przezeń specyficznego stanu, w jakim znajduje się inna osoba, z odsunięciem na plan dalszy tego, czy ostatecznie została ona doprowadzona do obcowania płciowego, czy do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej. Mówiąc inaczej, sprawca, nie mogąc poznać rzeczywistego stanu woli innej osoby, winien uszanować jej wolność seksualną. Tymczasem, jak się wydaje, w art. 197 k.k. większą wagę przykładają ustawodawca do faktu, czy stosowane przez sprawcę, a wymienione enumeratywnie w przepisie, środki doprowadzenia do czynności seksualnej, pogłębiające naganną ocenę jego zachowania (choćby przez to, że nierzadko wymagają od sprawcy większej aktywności czy – inaczej rzecz ujmując – większego zaangażowania sił i środków, a w szczególności w przypadku przemocy i groźby bezprawnej stanowiące dla ofiary dodatkową dolegliwość), zakończyły się obcowaniem płciowym tudzież inną czynnością seksualną. Z kolei ewentualne różnice między stopniem społecznej szkodliwości obcowania płciowego a innej czynności seksualnej w art. 198 k.k. zostaną z pewnością zweryfikowane i oddane przez sąd *in concreto* na płaszczyźnie wymiaru kary.

Znacznie bardziej niż powyższe zastanawiać może to, czy ewentualne działanie sprawcy seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności ofiary wspólnie z inną osobą, czy tym bardziej ze szczególnym okrucieństwem, nie zasługuje na wyodrębnienie w art. 198 k.k. jako jeden albo nawet dwa typy kwalifikowane. Wszak w art. 198 k.k. brakuje także znanych nam z treści art. 197 k.k. typów kwalifikowanych, wyróżnianych z uwagi na występowanie znamienia działania ze szczególnym okrucieństwem, wspólnie z inną osobą, a także wobec osoby spokrewnionej ze

¹⁵ Problem ten dostrzega M. Bielski, *op. cit.*, s. 739

sprawcą lub wobec małoletniego poniżej 15. roku życia, co – jak można było przypuszczać – rodzi zarzuty pod adresem ustawodawcy, iż swoją decyzją pozbawił on rozdział XXV k.k. przymiotu spójności aksjologicznej¹⁶. Słusznie jednak podnosi się, iż zróżnicowanie pomiędzy obcowaniem płciowym a inną czynnością seksualną uwzględnione być może na płaszczyźnie wymiaru kary¹⁷.

Zmiana stanu prawnego w tym zakresie poprzez dopisanie do art. 198 k.k. typów kwalifikowanych wyodrębnionych z uwagi na działanie sprawcy ze szczególnym okrucieństwem tudzież wspólnie z inną osobą zdaniem części doktryny miałyby rację bytu¹⁸; zatem wprowadzenie stosownych modyfikacji byłoby może wskazane. Do zbytniej kazuistyki moglibyśmy jednak doprowadzić, decydując się na wprowadzanie do art. 198 k.k. kolejnych typów kwalifikowanych, które byłyby zbudowane analogicznie do § 3 pkt 2 i pkt 3 art. 197 k.k. Nie możemy tracić z pola widzenia, że zbytnia kazuistyka nie służy ustawie karnej, chociaż z drugiej strony zawsze należy pamiętać o tym, iż niekonsekwencja ustawodawcy nie buduje społecznego poczucia sprawiedliwości oraz autorytetu, jakim bądź co bądź winna się cieszyć ustawa karna¹⁹.

II. Przedmiot ochrony

Próbując wyłonić indywidualny przedmiot ochrony czynu zabronionego stypizowanego w art. 198 k.k., zgodnie mówi się o wolności seksualnej²⁰, a tę jako mieszczącą się w prawie do prywatności da się wyprowadzić m.in. z art. 31 i art. 47 Konstytucji²¹. Sprawa nie jest jednak całkiem oczywista. Wobec art. 198 k.k. formułowano niekiedy tezę, że ów przepis chroni tożsame dobro prawne co art. 197 k.k., a różnicy między nimi dozukiwać winniśmy się za to na płaszczyźnie sposobu działania sprawcy.

¹⁶ *Ibid.*, s. 739.

¹⁷ M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 631. Zob. również: A. M a r e k, *Kodeks karny. Komentarz*, [wyd. 5], Warszawa 2010, s. 453.

¹⁸ Taki pogląd wyrazili: M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 739; M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 634.

¹⁹ Nawiasem mówiąc, jako wysoce wątpliwa jawi się potrzeba istnienia dwóch wymienionych typów kwalifikowanych na gruncie art. 197 § 3 k.k.

²⁰ Tak m.in. A. M a r e k, *Prawo karne*, Warszawa 2011, s. 494; R. A. S t e f a n s k i, *op. cit.*, s. 256.

²¹ A. W ą d o ł o w s k a, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 141.

Bez względu jednak na to, z którego z nich skorzysta sprawca (tj. czy, aby dopiąć swego, posłuży się przemocą, groźbą bezprawną, podstępem tudzież wykorzystaniem stanu innej z art. 198 k.k.), efektem jego zachowania zawsze będzie doprowadzenie do naruszenia prawa ofiary do samostanowienia w przedmiocie jej wolności w sferze życia seksualnego. Indywidualnym przedmiotem ochrony w art. 198 k.k. mogłaby być zatem wolność seksualna osób bezradnych i niepoczytalnych. Jak podnosi Jarosław Warylewski, chroniona jest tu zarówno wolność od wykorzystania seksualnego przez inne osoby, jak i wolność do zaspokojenia popędu płciowego przez osoby chore lub upośledzone²². Niemniej co do przedstawionej tezy o tożsamym dobru prawnym chronionym oboma przepisami brak jest w doktrynie zgody. Zdaniem niektórych jest to co najwyżej dobro podobne. Twierdzono: „O ile zatem w przypadku zgwałcenia sprawca wprost narusza samostanowienie ofiary w zakresie pożycia intymnego, o tyle na tle przestępstwa z art. 198 k.k. wykorzystuje on istniejący stan braku możliwości ofiary sensownego lub swobodnego samostanowienia w tej sferze”²³. Druga strona przedstawionego sporu podnosi, że w zacytowanej wypowiedzi chodzi w istocie o coś innego, a mianowicie – jedynie o różnicę w sposobie doprowadzenia przez sprawcę do czynności seksualnej²⁴. Za mało klarowne można by tymczasem uznać sformułowanie użyte w pracy pod redakcją Marka Bojarskiego, gdzie twierdzono, że: „Artykuł 198 k.k. chroni, podobnie jak art. 197 k.k., wolność seksualną osób niezdolnych do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”²⁵, bo chociaż art. 197 k.k. i art. 198 k.k. w istocie łączy przedmiot ochrony w postaci wolności seksualnej, to – wbrew wykorzystanemu w zacytowanej wypowiedzi słowu „podobnie” – nie jest to w obu przypadkach „wolność seksualna osób niezdolnych do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”. Co więcej, art. 198 k.k. odnosi się również do osób bezradnych, które nie muszą mieć każdorazowo zniesionej zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem²⁶, co wynika z umiejscowienia spójnika „lub” w treści przywołanego przepisu²⁷.

²² J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 116–117.

²³ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 629–630.

²⁴ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 116–117.

²⁵ M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, red. M. Bojarski, Warszawa 2012, s. 542.

²⁶ Podobnie: M. Budyn-Kulik *et al.*, *op. cit.*, s. 410; wyrok SA w Katowicach z 26 VIII 2010 r., II AKa 213/10, OSAwKiSO 2010, nr 4, poz. 3.

²⁷ Tj. „Kto, wykorzystując bezradność innej osoby lub [...]”.

Marian Filar, według którego indywidualny przedmiot ochrony w art. 198 k.k. jest identyczny jak w art. 197 k.k., a stanowić go ma wolność seksualna pojmowana jako wolność od wszelkich metod i działań zmierzających do naruszenia integralności decyzji woli ofiary w zakresie zgody na kontakt seksualny, dostrzega, że w tym przypisie sprawca jedynie pośrednio (nie zaś wprost i bezpośrednio, jak ma to miejsce przy zgwałceniu) atakuje swobodę procesów motywacyjnych oraz swobodę decyzji woli ofiary w kwestii przyzwolenia na czynność seksualną. Atak ten następuje przez wykorzystanie specyficznego stanu ofiary, który pozbawia ją możliwości podjęcia swobodnej i prawnie relewantnej decyzji o zadysponowaniu swoją wolnością seksualną²⁸.

Z kolei Marek Bielski indywidualnego przedmiotu ochrony w art. 198 k.k. doszukuje się w wolności seksualnej branej pod uwagę w innym aspekcie niż przy zgwałceniu. Komentowany przepis chronić ma wolność od wykorzystywania stanu ofiary, polegającego na braku możliwości swobodnego lub świadomego samostanowienia w sferze życia seksualnego. W zupełności wystarcza tu odwołanie się do wzorców kulturowych z dziedziny życia seksualnego ogólnie przyjętych w społeczeństwie a zakazujących wykorzystywania sytuacji, których okoliczności wskazują na to, że osoba znajdująca się w jednym ze stanów, o których mowa w art. 198 k.k., nie jest zdolna do samostanowienia o swoim życiu seksualnym²⁹. Skądinąd, nawet jeżeli osoba niepoczytalna zgadza się na czynność seksualną, nie będzie to zwalniało tego, kto ją do tej czynności doprowadza, od odpowiedzialności karnej z art. 198 k.k., gdyż osoba znajdująca się w takim stanie pozbawiona jest zdolności do świadomej autodeterminacji seksualnej, co podpowiadają nam wspomniane wzorce kulturowe³⁰. *Notabene*, już Juliusz Makarewicz, omawiając znamiona art. 203 k.k. z 1932 r., pisał, że: „Przy [...] osobie pozbawionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem, ko-

²⁸ M. Filar, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych*, w: *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. IV, cz. 2, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław 1989, s. 178 i 180. O wolności seksualnej człowieka jako o przedmiocie ochrony w art. 198 k.k. mowa jest również w: T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, [wyd. 5], Warszawa 2012, s. 491. O wolności człowieka bezradnego i niepoczytalnego ujmowanej jako wolność od wszelkiego wykorzystania seksualnego osób bezradnych i niepoczytalnych pisano w: A. Grześkowiak, M. Gałązka, R. Hałas, K. Wiak, F. Cieplý, S. Hypš, D. Szeleszczuk, *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2007, s. 307.

²⁹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 740–741.

³⁰ *Ibid.*, s. 740–741.

deks przyjmuje jako pewnik, że działanie nierządne odbywało się wbrew jej woli, gdyż nawet przy pozorach przeciwnych niema woli przedmiotu przestępstwa w tym stopniu rozwiniętej, by nad faktem dokonanym czynności nierządnej z nim spełnionej przejść do porządku dziennego”³¹.

Nieco inaczej jest z osobą bezradną, która wyraziła zgodę na kontakt płciowy przed zaistnieniem owego specyficznego stanu, przy założeniu, że wcześniej była ona osobą zdątną do dysponowania swoją wolnością seksualną. Wyrażono pogląd, że osoba korzystająca z tej uprzednio udzielonej zgody nie musiałaby się obawiać zarzutu, iż dopuszcza się czynu zabronionego z art. 198 k.k.³² Niemniej należy tu moim zdaniem zachować daleko idącą ostrożność i zwracać uwagę na okoliczności stanu faktycznego, żeby *in concreto* zgoda udzielona uprzednio nie przyjęła formy domniemanej zgody na czynności seksualne (wykorzystywanej przez sprawcę w przyszłości) bez względu na łączące obie strony stosunki i kondycję ofiary. To bowiem, że dana osoba wyrażała wolę obcowania płciowego ze swoim partnerem w konkretnej chwili, nie rozciąga tejże woli w stronę bliżej nieokreślonej przyszłości.

Na kanwie poprzedniej kodyfikacji karnej niekiedy jako przedmiot ochrony, w zasadzie uboczny, ówczesnego odpowiednika dzisiejszego art. 198 k.k. wskazywano obyczajność w zakresie życia seksualnego m.in. z uwagi na fakt naruszenia pewnych wzorców funkcjonujących w społeczeństwie. Kazimierz Buchała właśnie w obyczajności dostrzegał punkt zbieżny przepisów karnych o seksualnym kontekście³³. Obecnie jednak taki pogląd trudno byłoby obronić, zwłaszcza że zasadniczo tylko jedno z widniejących razem w intytucji rozdziału XXV k.k. dóbr prawnych, tj. albo wolność seksualna, albo obyczajność, stanowi przedmiot ochrony w kolejnych przepisach tego rozdziału (mimo że w uzasadnieniu projektu Kodeksu karnego zakładano, iż oba dobra co do zasady atakowane są łącznie³⁴), a obyczajność jako przedmiot ochrony raczej wchodzi w grę przede wszystkim wtedy, gdy brak jest przesłanek, by za indywidualny przedmiot ochrony w danym przepisie uznawać wolność seksualną (np. art. 199 § 3 k.k. oraz kazirodztwo z art. 201 k.k.). Choć uwaga powyższa nie oznacza jeszcze, że mamy do czy-

³¹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 484. Podobnie, tyle że na kanwie art. 169 k.k. z 1969 r.: J. Bafia *et al.*, *op. cit.*, s. 142.

³² M. Bielski, *op. cit.*, s. 741.

³³ K. Buchała, *Prawo karne materialne*, [wyd. II], Warszawa 1989, s. 640–641. Podobnie: W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 497–498.

³⁴ *Uzasadnienie rządowego projektu nowego Kodeksu karnego*, w: *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 196–197.

nienia z podziałem dychotomicznym. Niektórzy zresztą wolność seksualną i obyczajność traktują jako równorzędne dobra prawne chronione w art. 198 k.k.³⁵ W mojej ocenie nie ma powodów, by ową obyczajność w zakresie życia seksualnego powoływać choćby jako poboczny przedmiot ochrony w art. 198 k.k. Mimo że kwestia relacji obyczajności i wolności seksualnej stanowi doskonały temat na wywód naukowy, nie mieści się jednak w założeniach niniejszego artykułu³⁶.

III. Podmiot czynu zabronionego

W art. 198 k.k. stypizowany został czyn zabroniony o charakterze powszechnym, toteż jego sprawcą może być każdy człowiek zdolny do poniesienia odpowiedzialności na gruncie Kodeksu karnego³⁷. Artykuł 198 k.k. nie został objęty katalogiem z art. 10 § 2 k.k., w związku z czym sprawcą tego przestępstwa nigdy nie będzie nieletni, który w chwili czynu znajdował się między 15. a 17. rokiem życia. Dla powszechności tego przestępstwa decydującego znaczenia nie mają stosunki prawne lub faktyczne na linii sprawca–ofiara³⁸. Sprawcą tego przestępstwa może zatem być osoba obca ofierze, ale równie dobrze osoba z nią spokrewniona; tak jak znaczenia nie ma tu konfiguracja płci.

W związku z powyższym, rozwinięcia wymaga wątek sporów rodzących się w kontekście ewentualnej odpowiedzialności karnej współmałżonka za czyn zabroniony z art. 198 k.k. Na podstawie Kodeksu karnego z 1932 r. Stanisław Śliwiński głosił tezę, że „akt płciowy z małżonkiem umyślowo nienormalnym lub dobrze podchmielonym nie jest czynem nierządym”³⁹. Z kolei M. Filar, omawiając art. 169 k.k. z 1969 r., pisał: „Ponieważ małżonkowie przy zawarciu związku udzielają sobie wzajemnego *debitum carnale*

³⁵ M. B u d y n - K u l i k *et al.*, *op. cit.*, s. 410.

³⁶ J. Warylewski odżegnuje się od poglądów autorów, którzy optują za ujmowaniem obyczajności jako źródła wolności seksualnej. „Tak jak przyjęte obyczaje nie pozwalają na walenie kołkiem po głowie każdej napotkanej osoby, tak samo zabraniają one rzucać się na nie z zamiarem kopulacji” – nieco przejawia swoje stanowisko J. Warylewski, w: *Problematyka przedmiotu ochrony tzw. przestępstw seksualnych*, Państwo i Prawo 2001, z. 7, s. 77.

³⁷ Tak m.in. M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 741; A. G r z e ś k o w i a k *et al.*, *op. cit.*, s. 308; M. B u d y n - K u l i k *et al.*, *op. cit.*, s. 410; R. A. S t e f a ń s k i, *op. cit.*, s. 258.

³⁸ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 128–129.

³⁹ S. Ś l i w i ń s k i, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, Warszawa 1984, s. 121. Na wypowiedzi utrzymanie w tym tonie powołuje się R. A. S t e f a ń s k i, *op. cit.*, s. 258.

tym samym wyrażają z góry zgodę na wszelkie przyszłe stosunki seksualne w czasie trwania ich małżeństwa, które należy więc uznać za odbywające się w ramach ważnego prawnie przyzwolenia stron, bez potrzeby jego każdorazowego ponawiania⁴⁰. Zaś M. Rodzyńkiewicz, wypowiadając się już na temat aktualnej ustawy karnej, dodaje, że przyzwolenie na kontakty seksualne, które wynika z owego *debitum carnale*, współmałżonek ma możliwość wyłączyć i odmówić współżycia. Jeżeli mimo wyraźnego braku zgody partnera współmałżonek wymusi stosunek płciowy, wówczas powinien ponieść odpowiedzialność za przestępstwo z art. 197 k.k.⁴¹ (dochodzi tu do przełamania oporu). Tymczasem Jarosław Warylewski, słusznie niewyłączający współmałżonka z kręgu potencjalnych sprawców przestępstwa z art. 198 k.k., stwierdza, że „brak dostatecznie silnych argumentów za tym, by różnicować pozycję współmałżonka oraz osoby pozostającej w faktycznym wspólnym pożyciu i intensywność udzielanej im ochrony, w zależności od ich stanu psychicznego”. Jego zdaniem *debitum carnale*, udzielanego przez małżonków w czasie zawierania związku małżeńskiego, nie należy rozumieć jako bezwarunkowej zgody na współżycie małżonków w każdym czasie, miejscu i formie. Taka bezwarunkowa zgoda nie wchodzi tym bardziej w rachubę pomiędzy konkubentami. Autor dopuszcza możliwość uznania domniemanej zgody, o ile partner nie sprzeciwi się w żaden sposób zachowaniu sprawcy⁴².

Marek Bielski buduje swój pogląd, odnosząc się również do uregulowań Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (dalej: k.r.o.). Po pierwsze, mamy art. 12 k.r.o., w którym nie odnajdziemy bezwzględnego zakazu zawierania małżeństw, gdzie choćby jeden z nupturientów cierpi na chorobę psychiczną lub jest dotknięty niedorozwojem umysłowym. Po drugie zaś, jest jeszcze art. 23 k.r.o. ustanawiający zobowiązanie małżonków do wspólnego pożycia. Konstatacja byłaby zatem następująca: współmałżonek, współżycząc ze swoim partnerem, który znajduje się w stanie bezradności lub niepoczytalności, nie będzie realizował znamion art. 198 k.k., gdyż z uregulowań cywilnoprawnych wynika domniemanie zgody na takie kontakty seksualne między małżonkami. Jak reasumuje autor: „Zakres karalności wyznaczony przez prawo karne nie może być szerszy niż zakres bezprawności zachowania określony w prawie cywilnym”. Sytuacja przedstawia się inaczej, gdy

⁴⁰ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 70.

⁴¹ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 630. Podobnie: T. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 5], s. 493.

⁴² J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 128.

współmałżonek wyrazi sprzeciw⁴³. Jednocześnie prawidłowo odmawia się instytucji *debitum carnale* zastosowania w przypadku narzeczeństwa, co w piśmiennictwie budzi jednak pewne zastrzeżenia⁴⁴.

Powyższy problem przedmiotem swoich rozważań czyni nadto Radosław Krajewski, co doprowadza go do wniosku, że współmałżonek, aby współżyć seksualnie ze swoim partnerem, nie musi wykorzystywać jego stanu psychicznego – wystarczające jest, iż skorzysta z *debitum carnale*. Autor, podobnie jak M. Bielski, przestrzega przed przyjmowaniem stanowiska, które doprowadzi do sprzeczności między przepisami Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego i Kodeksu karnego. Nie może być bowiem tak, z czym zapewne nie sposób polemizować, że wykonywanie nałożonego przez Kodeks rodzinny i opiekuńczy obowiązku pożycia seksualnego podlegałoby sankcji karnej. I chociaż mamy tu do czynienia z sytuacją zupełnie wyjątkową, tj. bezradnością lub niepoczytalnością współmałżonka, to w ustawie nie jest ona wyraźnie wskazana jako okoliczność usprawiedliwiająca niewykonywanie tego obowiązku. Autor sugeruje posłużyć się tu regułą wykładni *a minori ad maius*: „[...] jeżeli małżonek nie może korzystać z prawa do pożycia fizycznego ze współmałżonkiem bez liczenia się z jego potrzebami i możliwościami w tym zakresie, gdyż mogłoby to wyczerpywać znamiona przestępstwa zgwałcenia, to tym bardziej nie może go realizować w sytuacji, gdy u małżonka brak jest zdolności do rozpoznania znaczenia takiego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem w tym zakresie”. Całkowicie słuszna jest uwaga R. Krajewskiego, że odmawianie ofierze karnoprawnej ochrony o takim samym standardzie, jak innym osobom, tylko ze względu na fakt pozostawiania przez nią w związku małżeńskim ze sprawcą jest błędem. W praktyce odpowiedzialność karna za czyn z art. 198 k.k. w przypadku małżonka dotyczyć będzie jednak – jak zauważa autor – stosunkowo rzadkich sytuacji. Rozważając zatem, czy współmałżonek w istocie dopuścił się wykorzystania seksualnego swojego partnera, należy mieć na uwadze art. 12 k.r.o.⁴⁵

⁴³ M. Bielski, *op. cit.*, s. 741–742.

⁴⁴ Tak: *ibid.*, s. 742; J. Warylewski, *Przestępstwa..., op. cit.*, s. 128. Co ciekawe, L. Gardocki jest zdania, iż do realizacji znamion z art. 198 k.k. nie dochodzi, gdy narzeczoną kontynuuje życie fizyczne ze swoją partnerką, która jest w danej chwili psychicznie chora, co oznacza, iż autor dopuszcza istnienie domniemanej zgody na współżycie między osobami, które nie są związane węzłem małżeńskim – tak w: L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2008, s. 260.

⁴⁵ R. Krajewski, *Seksualne..., op. cit.*, s. 34–35 oraz R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 260–262. Aprobując do poglądów R. Krajewskiego ustosunkowała się P. D r z a z g a, *op. cit.*, s. 35–36.

Próbując rozstrzygnąć opisany problem, należy uzmysłwić sobie, że art. 198 k.k. penalizuje wykorzystanie specyficznego stanu, w którym znajduje się ofiara. I to w owym „wykorzystaniu” tkwi istota tego przestępstwa, o czym będzie jeszcze mowa. Sądzę zatem, że dopóki jeden z nupturientów zmierza do realizacji wyprowadzanego przezeń z treści art. 23 k.r.o. uprawnienia do pożycia fizycznego ze współmałżonkiem, nie ma podstaw dla wkraczania w tę relację ze środkami prawnokarnymi. Jednakże ocena jego poczynań winna ulec zmianie, gdy współmałżonek swój cel osiągnąć może jedynie poprzez wykorzystanie stanu, w jakim znajduje się osoba, z którą łączy go węzeł małżeński. Jeżeli więc prawdziwe będzie twierdzenie, że gdyby nie stan tejże osoby, np. stan jej bezradności, stosunek płciowy nie zaistniałby, wówczas zasadne moim zdaniem staje się rozważenie, czy nie należy sięgnąć do art. 198 k.k. Trzeba zatem podkreślić, iż seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności małżonka może pociągać za sobą odpowiedzialność z art. 198 k.k.

Z praktycznego punktu widzenia wspomnieć wypada nadto o treści art. 205 k.k., zgodnie z którym wszczęcie postępowania karnego w takiej sprawie najczęściej (tj. o ile stan ofiary nie stanowi konsekwencji trwałych zaburzeń psychicznych) zależeć będzie od wniosku pokrzywdzonego⁴⁶. Na temat trybu ścigania wypowiedziano się w dalszej części artykułu. Zastanawiające jest jednak, czy dynamicznie zmieniająca się rzeczywistość nie popycha nas do tego, by postawić sobie w końcu pytanie, czy faktycznie między małżonkami nadal winien istnieć nałożony przez ustawodawcę obowiązek pożycia fizycznego, który wszak nie funkcjonuje w związkach nieformalnych, nawet tych z najdłuższym stażem, trwałych w aspekcie emocjonalnym a nadto wzmocnionych faktem posiadania potomstwa. Ten problem pozostawiam jednak na marginesie niniejszych rozważań⁴⁷.

Dodatkowo zaakcentować należy, że brak jest podstaw, by z treści art. 198 k.k. wyprowadzać wniosek, że osobą, która doprowadza ofiarę do czynności seksualnej, wykorzystując jej stan bezradności lub niepoczytalności,

⁴⁶ Podobnie: R. K r a j e w s k i, *Prawa...*, *op. cit.*, s. 262.

⁴⁷ Daleki od tego wniosku jest, jak sądzą, R. Krajewski. Jak bowiem możemy wyczytać z jego monografii: „Podejmowanie przez małżonków wzajemnych stosunków seksualnych należy do istotnych elementów wspólnego pożycia, które polega na duchowej, fizycznej i gospodarczej więzi małżonków, stanowiącej naturalny cel małżeństwa i warunkującej w znacznym stopniu urzeczywistnianie jego zadań. Obowiązki w tych sferach wyrażają intencję ustawodawcy kreowania związków małżeńskich jako instytucji trwałych, opartych na silnej więzi psychicznej i fizycznej, lojalności oraz odpowiedzialnym traktowaniu przez małżonków obowiązków względem siebie i swej rodziny” (R. K r a j e w s k i, *Prawa...*, *op. cit.*, s. 163).

oraz osobą, która tę czynność z ofiarą odbywa, musiał być ten sam podmiot. Sprawca owego doprowadzenia nie musi wcale uczestniczyć w czynności seksualnej, która ma miejsce w efekcie jego poczynań⁴⁸. Jest to uwaga o tyle istotna, że taka konstatacja była wykluczona na kanwie poprzedniego stanu prawnego. W art. 169 k.k. z 1969 r. czyn nierządny musiał być dokonany przez sprawcę⁴⁹ w związku z użyciem znamienia czasownikowego „dopuszcza się”⁵⁰.

IV. Niepoczytalność

W piśmiennictwie podkreśla się, że przesłanki niepoczytalności z art. 198 k.k. zasadzają się na tych ujętych w treści art. 31 § 1 k.k. Podobnie było także i w poprzedniej kodyfikacji karnej⁵¹. Na gruncie art. 198 k.k. nie możemy jednak mówić o lustrzanym odbiciu treści przepisu części ogólnej Kodeksu karnego dedykowanemu niepoczytalności, gdyż w gronie źródeł niepoczytalności brakuje w art. 198 k.k. zakłóceń czynności psychicznych innych niż choroba psychiczna lub upośledzenie umysłowe⁵². Skądinąd, także SN wypowiedział się na ten temat, uznając w postanowieniu z 29 stycznia 2002 r., że „Użyty w art. 198 k.k. zwrot »brak zdolności [...] do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem« odpowiada zawartemu w art. 31 § 1 k.k. opisowi niepoczytalności spowodowanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym”⁵³.

Do kwestii zakresów niepoczytalności i poczytalności (tyle że nie czyniąc tego w kontekście stanu psychicznego ofiary, lecz sprawcy) odniósł się SN w wyroku z 16 listopada 1973 r., pisząc: „Niepoczytalność i poczytalność stanowią dwa przeciwstawne bieguny w ocenie stanu psychicznego sprawcy. Pomiedzy nimi istnieją stany pośrednie, w których odchylenia od normy mają rozmaite nasilenie, poczynając od nieznacznych odchyień *in*

⁴⁸ Podobnie: M. Bielski, *op. cit.*, s. 742.

⁴⁹ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 68.

⁵⁰ Art. 169 ustawy z dn. z 19 IV 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 95) głosił: „Kto dopuszcza się czynu nierządnego z osobą pozbawioną całkowicie lub w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swym postępowaniem, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10”. Zob. również O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna*, red. W. Świda, Warszawa 1980, s. 212; I. Andrejew, W. Świda, *et al.*, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 496.

⁵¹ O. Chybiński *et al.*, *op. cit.*, s. 213.

⁵² M. Bielski, *op. cit.*, s. 739.

⁵³ Zob. postanowienie SN z 29 I 2002 r., I KZP 30/01, Lex, nr 50502.

minus od normalnej psychiki, a kończąc na stanach, w których zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania postępowaniem albo obie te zdolności, aczkolwiek nie wyłączone całkowicie, są jednak w bardzo znacznym stopniu ograniczone⁵⁴. Jarosław Warylewski uważa, że chociażby minimalna zdolność rozpoznania znaczenia czynu swojego, jak i innych osób, jest wystarczająca dla podjęcia decyzji w zakresie kontaktów seksualnych. Ma to wynikać z jednoznacznego i wyrazistego charakteru takich zachowań. Autor ilustruje to twierdzenie przykładem osoby psychicznie chorej lub osoby sparaliżowanej zdolnej do odróżnienia rutynowych zabiegów higienicznych wykonywanych przez inną osobę od seksualnych manipulacji na jego ciele⁵⁵.

Bez znaczenia pozostaje okoliczność, że osoba niepoczytalna zaaprobowwała kontakt seksualny, o czym była już tu mowa. Jeżeli jednak zgoda dotycząca wskazanej sfery życia została wyrażona przez tę osobę zanim zaistniał stan, który pozbawił ją świadomej autodeterminacji seksualnej, to – w oparciu o pogląd wyrażony przez M. Bielskiego – nie będzie możliwe przyjęcie zaistnienia ataku na jej wolność seksualną⁵⁶, co jednak moim zdaniem wiązać się może z ryzykiem pewnych nadużyć ze strony sprawcy, jeżeli tę zgodę będziemy z nadto rozciągać w czasie w taki sposób, iż w którymś momencie stanie się ona niejako domniemana (o czym wspominałem, omawiając przedmiot ochrony w art. 198 k.k.).

Ustalając, czy zrealizowane jest znamię niepoczytalności, które scharakteryzowano w treści art. 198 k.k., sięgnąć należy po metodę mieszaną określania niepoczytalności, a zatem stanowiącą połączenie metody psychiatrycznej i psychologicznej. Określone następstwa niepoczytalności w postaci zniesionej zdolności rozpoznania znaczeniu czynu lub kierowania swoim postępowaniem wynikać muszą wszak z określonych źródeł. Tymi zaś są w przypadku art. 198 k.k. choroba psychiczna lub upośledzenie umysłowe⁵⁷.

W kontekście art. 31 § 1 k.k. sygnalizuje się, że w chorobie psychicznej mogą zdarzać się okresy, w których choroba nie stanowi zakłócenia ani strony intelektualnej, ani woluntatywnej chorego, przez co nie jest

⁵⁴ Zob. wyrok SN z 16 XI 1973 r., III KR 257/73, niepubl.

⁵⁵ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 119. W rozumieniu językowym niepoczytalność utożsamiana jest z niezdolnością do kierowania swoim postępowaniem wskutek zaburzeń psychicznych – zob. hasło „niepoczytalny” w: *Internetowy słownik języka polskiego PWN*, < <http://sjp.pwn.pl/szukaj/niepoczytalny> > [30.03.2013].

⁵⁶ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 740–741.

⁵⁷ Podobnie: *ibid.*, s. 744–745.

możliwe abstrakcyjne poczynienie ustaleń, czy dana choroba prowadzi do niepoczytalności pełnej, poczytalności ograniczonej w znacznym stopniu albo poczytalności ograniczonej w stopniu nieznacznym⁵⁸. W razie remisji choroby obejmującej czas wartościowanego prawnokarnie czynu określone następstwa niepoczytalności nie będą miały miejsca, więc o wykorzystaniu niepoczytalności przez sprawcę w rozumieniu art. 198 k.k. nie będzie tu mowy⁵⁹. Z kolei upośledzeniem umysłowym nazwiemy nie tylko wrodzony niedorozwój umysłowy, ale również upośledzenie umysłowe, które osoba niepoczytalna nabyła na skutek urazów mózgu czy choroby naczyń krwionośnych. Niski stopień inteligencji, mierzony ilorazem inteligencji, stanowi podstawowy objaw omawianego źródła niepoczytalności. W ramach zaś „innych zakłóceń czynności psychicznych” z art. 31 § 1 k.k., zgodnie z poglądem wyrażonym nie tylko w doktrynie, ale i w orzecznictwie SN, wyróżnić należy tak patologiczne, jak i niepatologiczne zakłócenia czynności psychicznych⁶⁰, których przykłady stanowić mogą różne anomalie osobowości (psychopatie) w sferze woluntatywnej, w sferze emocji i w sferze popędów, a niezaliczane jednocześnie do chorób psychicznych⁶¹. Nadto za niepatologiczne zakłócenie czynności psychicznych uznawane są w literaturze m.in. zatrucie alkoholowe (nie chodzi tu jednak o upojenie patologiczne), stan hipnozy, strach, a nawet ciąża, menstruacja, pokwitanie, przekwitanie tudzież stan upojenia sennego (posennego, przysennego)⁶².

Warto w kontekście powyższego przytoczyć fragment wyroku SA w Krakowie z 7 września 2005 r., w którym sąd orzekł: „Przez inne zakłócenia funkcji psychicznych wpływające na ocenę poczytalności sprawcy przestępstwa rozumieć należy nie tylko zakłócenia patologiczne, ale i stany fizjologiczne, także stan silnego wzburzenia, który może znacznie ograni-

⁵⁸ A. Zoll, *Rozdział III. Wyłączenie odpowiedzialności karnej*, w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szweczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, [wyd. 3], Warszawa 2007, s. 473–474. Ze względu na kryterium ilorazu inteligencji wyróżniamy następujące stopnie upośledzenia: głębokie (0–20), znaczne (20–34), umiarkowane (35–49), lekkie (50–69) oraz pograniczne upośledzenia (70–84).

⁵⁹ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 633; M. Bielski, *op. cit.*, s. 624.

⁶⁰ A. Zoll, *op. cit.*, s. 474; zob. wyrok SN z 7 VI 1978 r., V KR 47/78, niepubl. Aczkolwiek odnotować należy, że SN w orzeczeniu z 11 VII 1973 r. uznał stany z art. 25 § 1 i § 2 k.k. z 1969 r. (odpowiedniki dzisiejszego art. 31 § 1 i § 2 k.k.) za patologiczne (II KR 52/73, OSNKW 1974, nr 1, poz. 8).

⁶¹ A. Zoll, *op. cit.*, s. 474. Źródła niepoczytalności szeroko opisuje J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 120–124.

⁶² *Ibid.*, s. 122.

czać zarówno możliwość rozpoznania znaczenia czynu jak i pokierowania postępowaniem⁶³.

Rodzą się jednak wątpliwości, dlaczego ustawodawca przesądził o pominięciu w opisie znamion czynu stypizowanego w art. 198 k.k. „innego zakłócenia czynności psychicznych”. Dwie możliwe drogi interpretacji takiej decyzji wyróżnił J. Warylewski. Pierwsza zakłada, iż racjonalny ustawodawca świadomie pominął w komentowanym przepisie przedmiotowe źródło niepoczytalności, wychodząc z założenia, iż wykorzystujący ów stan ofiary sprawca, doprowadzający ją w ten sposób do czynności seksualnej, nie popełnia przestępstwa, o ile jednocześnie ta nie jest bezradna. Poczynienie takiego założenia wyklucza, aby przyczyną bezradności uzasadniającej przyjęcie art. 198 k.k. mogły być inne zakłócenia czynności psychicznych. To ujęcie jest jednak przez J. Warylewskiego odrzucane, bowiem „bezradność może być spowodowana wieloma różnymi przyczynami, zarówno o podłożu fizycznym (fizjologicznym), jak i takimi, które wynikają z niepatologicznych zaburzeń czynności psychicznych⁶⁴. Jego zwolennikiem jest jednak Ryszard A. Stefański, który powołując się na wykładnię systemową, ogranicza bezradność z art. 198 k.k. do stanu będącego wynikiem przyczyn o fizycznym lub fizjologicznym podłożu. W konsekwencji nie byłaby bezradna w rozumieniu tego przepisu osoba upojona alkoholem⁶⁵. Niemniej to stanowisko, choć niepozbawione argumentów, nie jest wystarczająco przekonujące.

Tymczasem druga droga interpretacji, popierana m.in. przez M. Filara, wiąże się z założeniem, iż w każdej konfiguracji, w której osobą doprowadzaną do czynności seksualnej jest osoba niepoczytalna na skutek zakłócenia czynności psychicznych (przy czym nieistotny jest tu charakter tych zakłóceń), przyjmujemy, że znajduje się ona w stanie bezradności⁶⁶.

⁶³ Zob. wyrok SA w Krakowie z 7 IX 2005 r., II AKr 117/05, KZS 2005, z. 10, poz. 24.

⁶⁴ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 120–121.

⁶⁵ R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 256–257.

⁶⁶ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 120–121. J. Wojciechowska uważa, iż stany faktyczne, gdy ofiara dotknięta jest innym zakłóceniem czynności psychicznych wywołanym przyczynami niepatologicznymi, jak np. wykorzystane przez sprawcę upojenie alkoholowe ofiary, obejmuje formuła „bezradności” (J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: B. Kunicka-Michańska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdział XXII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 103). Problem związany z niepatologicznymi zakłóceniami czynności psychicznych czasowo wyłączającymi świadomą autodeterminację seksualną ofiary dostrzega również M. Bielski, *op. cit.*, s. 743.

Jarosław Warylewski również do tej koncepcji odnosi się z dezaprobatą, zarzucając jej sprzeczność z wykładnią gramatyczną przepisu (granice penalizacji nie mogą być także rozszerzone w drodze wykładni teleologicznej). W konsekwencji: „*prima facie* można nawet odnieść wrażenie, że jedna luka w kodyfikacji (pominięcie stanu bezradności w art. 169 k.k. z 1969 r.) została zastąpiona inną (patologiczne przyczyny innych zakłóceń czynności psychicznych)”⁶⁷. Zresztą, nie byłby to wcale odosobniony przypadek pokrętej praktyki ustawodawcy w polskim systemie prawnym. Sądzę jednak, iż owa bezradność w pewnym zakresie, jak ujął to wcześniej np. Krzysztof Janczukowicz⁶⁸, pełni w tym przepisie funkcję dopełniającą względem wynikającego z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej braku zdolności osoby wykorzystywanej do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, toteż w formule „bezradności” właśnie możliwe będzie umieszczenie wielu zachowań stanowiących inne niż choroba psychiczna lub upośledzenie umysłowe zakłócenia czynności psychicznych, choć nie wszystkich, gdyż nie zawsze muszą one powodować bezradność u drugiej osoby. Owa „bezradność” nie będzie w pełni pokrywać się z pojęciem „innych zakłóceń czynności psychicznych” wywołujących następstwa, o których mowa w art. 31 § 1 k.k., ponieważ ustawodawca nie wymaga na zasadzie warunku koniecznego, by następstwem bezradności w art. 198 k.k. była zniesiona zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez ofiarę (dla przyjęcia bezradności ofiara może mieć np. zniesioną, poczytalność na skutek niepatologicznych zakłóceń czynności psychicznych, ale może też psychicznie nic jej nie dolegać, a bezradność będzie wynikać np. z kalectwa). Prócz tego można sobie wyobrazić sytuację, w której dojdzie do skumulowania okoliczności zdalnych do tego, by sprawca wykorzystał je celem doprowadzenia innej osoby do czynności seksualnej, tj. ofiara będzie w chwili czynu chora psychicznie, co pozbawia ją np. zdolności do rozpoznania znaczenia czynu, oraz bezradna na skutek kalectwa albo niepatologicznego zakłócenia czynności psychicznych (np. upojenia alkoholem).

W przedmiocie następstw niepoczytalności trzeba również zwrócić uwagę na występujące między nimi różnice. Jak podkreślano, podczas gdy nieemożność rozpoznania znaczenia czynu może dotyczyć tak ontologii czynu, jak i jego warstwy aksjologicznej, to ze zniesioną możliwością pokierowania swoim postępowaniem mamy do czynienia, o ile sprawca rozpoznający

⁶⁷ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 120–121.

⁶⁸ K. Janczukowicz, *Kodeks karny z orzecznictwem*, Kraków 2002, s. 487.

znaczenie czynu w obu tych płaszczyznach nie jest jednocześnie w stanie dopasować swojego postępowania do wyników poczynionego rozpoznania (np. powstrzymać się od zachowań, które uprzednio rozpoznał jako naganne). Stan sprawcy (a wywołać go mogły różne okoliczności, np. określony stopień upośledzenia umysłowego), w którym nie dysponuje on możliwością rozpoznania znaczenia czynu, charakteryzuje się tym, że nie zdaje on sobie sprawy ze znaczenia swych działań, w szczególności zaś z tego, iż jego zachowanie łączy się z pewnymi, określonymi następstwami. Sprawca może nie uświadamiać sobie, jakie znaczenie ma wolność seksualna. W efekcie zaistnienia któregoś z omówionych źródeł niepoczytalności u ofiary przestępstwa może wystąpić brak możliwości rozpoznania znaczeniu czynu w przedmiocie ujemnej jego wartości dla porządku prawnego oraz moralnego⁶⁹. „Rozpoznanie znaczenia czynu i kierowanie swym postępowaniem rozumieć należy oczywiście nie tylko w sensie rozpoznania konkretnego czynu w konkretnej sytuacji i układzie sprawca–ofiara, lecz też w sensie ogólnej orientacji o biologicznych, społecznych i moralnych aspektach określonych czynności płciowych”⁷⁰.

Niemожność rozpoznania znaczeniu czynu lub pokierowania swym postępowaniem stanowi zaś okoliczność, która istnieje u osoby niepoczytalnej obiektywnie, dlatego też dyspozycje, jakie ta czyni, w tym omówiona wcześniej zgoda na czynność seksualną, ale także i prowokowanie innej osoby, nie zwalniają z odpowiedzialności karnej podmiotu doprowadzającego osobę niepoczytalną do czynności seksualnej. Poszczególne z omówionych powyżej elementów rzeczywistości należy w każdym jednostkowym wypadku udowodnić, wystrzegając się sięgania po domniemanie⁷¹, skoro osoba chora psychicznie nie musi w czasie czynu znajdować się w stanie, który wyłącza możliwość rozpoznania przez nią znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem⁷².

⁶⁹ A. Zoll, *op. cit.*, s. 475–476.

⁷⁰ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 67–68.

⁷¹ *Ibid.*, s. 69. Autor wyraził ten pogląd jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego i podtrzymuje go w kontekście tego obecnie: M. Filar, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, P. Hofmański, M. Kalitowski, A. Kamieński, L.K. Paprzycki, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 651.

⁷² J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 124; M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 69.

Jak stwierdził SN w postanowieniu z 16 grudnia 1974 r.: „Odpowiedzi na pytanie, czy osoba, z którą dopuszczono się czynu nierządnego, była całkowicie lub w znacznym stopniu pozbawiona zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem, udzielić może tylko opinia biegłych lekarzy psychiatrów, wydana po przeprowadzeniu specjalistycznych badań tej osoby oraz uwzględniająca zarówno stan jej zdrowia psychicznego, jak i okoliczności konkretnego czynu”⁷³. Z kolei SA w Krakowie w wyroku z 25 stycznia 1996 r. dopowiada, że o tym, czy sprawca swoim zachowaniem zrealizował znamiona czynu opisanego w art. 198 k.k., zawsze decyduje sąd, nie zaś biegli, mimo że na sąd nałożony jest obowiązek skorzystania z opinii biegłych nawet w razie posiadania przez skład orzekający specjalistycznej wiedzy wymaganej w danej sprawie. Inaczej rzecz ujmując, opinia sądu nie może tu zastąpić opinii biegłych⁷⁴, niemniej to sąd pozostaje organem wydającym rozstrzygnięcie.

V. Bezradność

Bezradność, która *expressis verbis* jako znamię omawianego przestępstwa po raz pierwszy pojawiła się w Kodeksie karnym z 1997 r., stanowi pojęcie następczące doktrynie i judykaturze niemałych problemów. W piśmiennictwie utożsamiano ją ze stanem, „w którym dana osoba nie jest zdolna do stawiania choćby nieskutecznego oporu wobec seksualnego wykorzystania jej przez sprawcę”⁷⁵, bądź też stanem, w którym ofiara nie jest zdolna do podjęcia decyzji w zakresie swojej wolności seksualnej⁷⁶. W znaczeniu słownikowym „bezradny” to tyle, co „niemogący sobie poradzić w życiu lub w trudnej sytuacji”, ewentualnie „świadczący o niemożności radzenia sobie”⁷⁷. Osobę

⁷³ Zob. postanowienie SN z 16 XII 1974 r., Z 41/74, Lex, nr 18946. SN dodaje, że pismo wystawione przez Państwowy Szpital dla Psychicznie i Nerwowo Chorych nie może zastąpić takiej opinii; podobnie jak zeznania świadków na okoliczność, że ofiara jest niepoczytalna.

⁷⁴ Zob. wyrok SA w Krakowie z 25 I 1996 r., II AKr 367/95, „Prokuratura i Prawo”, nr 6, poz. 20.

⁷⁵ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2002, [wyd. 3], s. 383. Podobnie: L. Gardocki, *op. cit.*, s. 260; J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 125; J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 102.

⁷⁶ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 125. Podobnie: A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 453. Z kolei A. Grześkowiak pisze, iż „Za osobę bezradną [...] uznać należy człowieka o takich właściwościach, które uniemożliwiają mu swobodne dysponowanie sobą w zakresie wolności seksualnej” (A. Grześkowiak *et al.*, *op. cit.*, s. 307).

⁷⁷ Zob. hasło „bezradny” w: *Internetowy słownik języka polskiego PWN*, < <http://sjp.pwn.pl/slownik/2444043/bezradny> > [30.03.2013].

bezradną definiowano w doktrynie m.in. jako bezsilną, słabą lub osłabioną pod względem fizycznym i umysłowym (bądź jednym lub drugim), nie wiążąc z góry stanu bezradności z niemożliwością rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swym postępowaniem⁷⁸.

Na gruncie niniejszego opracowania przyjęto, iż źródeł bezradności należy się doszukiwać tak w przyczynach natury fizycznej lub fizjologicznej, jak i tych będących wynikiem niepoczytalności osoby wywołanej przez niepatologiczne (inne niż choroba psychiczna lub upośledzenie umysłowe) zakłócenia czynności psychicznych⁷⁹.

W pierwszym wariantcie ofiara, zachowując możliwość rozpoznania znaczenia czynu sprawcy, jest w stanie kierować swym postępowaniem; brak możliwości stawiania przez nią oporu determinują zaś przyczyny o podłożu fizycznym lub fizjologicznym, w szczególności niepełnosprawność w postaci kalectwa, założony na nogę gips, paraliż ciała, zupełne wyczerpanie fizyczne, utrata przytomności, skrępowanie, wyłączenie możliwości ruchu ofiary z innych przyczyn od sprawcy niezależnych, czy nawet sen⁸⁰ (choć musiałby on być na tyle głęboki, że nie zorientuje się ona, że staje się ofiarą czynności seksualnej). W wariantcie drugim ofiara nie rozpoznaje znaczenia czynu sprawcy lub ma zniesioną zdolność do kierowania swoim postępowaniem z innych przyczyn niż upośledzenie umysłowe lub choroba psychiczna, czego konsekwencją stanowi pozbawienie jej możliwości przeciwstawienia się wykorzystaniu seksualnemu przez sprawcę. Niemożność tę wywołują tymczasowe stany, np. pozostawanie pod wpływem narkozy, narkotyków, alkoholu lub w stanie nieprzytomności, które wyłączają *in concreto* świadomą autodeterminację seksualną tej osoby. Ich przejściowy charakter oznacza, że nie są one efektem trwałych zaburzeń psychicznych występujących po stronie ofiary⁸¹. W piśmiennictwie katalog przykładów bezradności z art. 198 k.k. rozbudowano o niepatologiczne stany po spożyciu innych niż narkotyki środków odurzających (mogłyby to być tzw. „dopalacze”), zmęczenie, tzw. przełomy biologiczne oraz stany wywołane silnymi emocjami, np. gniew, przerażenie, rozpacz⁸².

⁷⁸ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 125.

⁷⁹ Por. M. Bielski, *op. cit.*, s. 742–743; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, [wyd. 5], Warszawa 2007; *Prawo...*, red. M. Królikowski *et al.*, *op. cit.*, s. 453; A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 453; J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 383.

⁸⁰ M. Bielski, *op. cit.*, s. 742–743; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 256; J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 125.

⁸¹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 742–743.

⁸² J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 125; A. Marek, *Prawo...*, *op. cit.*, s. 494.

Zasygnalizować należy, iż art. 203 k.k. z 1932 r. penalizował dopuszczenie się czynu nierządno (obecnie: obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej) względem osoby zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem. Juliusz Makarewicz wśród przedmiotów przestępstwa wyliczał „osoby w stanie bezprzytomności skutkiem snu, choroby (gorączka), zatrucia (alkoholizm), osoby psychicznie chore lub częściowo anormalne”⁸³. Pomimo więc tego, iż w art. 203 k.k. z 1932 r. znamię bezradności nie zostało wyartykułowane (podobnie jak w art. 169 k.k. z 1969 r.), pewne kategorie osób, które dziś moglibyśmy uznać za bezradne, w tamtym stanie prawnym były objęte ochroną prawnokarną.

Trudne do zaakceptowania wnioski wypływają ze stanowiska zaprezentowanego w komentarzu pod redakcją M. Bojarskiego, gdzie uzależnia się odpowiedzialność z art. 198 k.k. od „stwierdzenia, że zachowanie sprawcy skierowane było na osobę bezradną, co wynikało z jej upośledzenia umysłowego czy choroby psychicznej, powodujących brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”⁸⁴. Wydaje się zatem, iż zacytowana wypowiedź sugeruje po pierwsze, by osobę niepoczytalną w rozumieniu art. 198 k.k. uznawać zawsze za bezradną⁸⁵; po drugie zaś, że w art. 198 k.k. warunkiem koniecznym jest to, by osoba doprowadzana do czynności seksualnej zawsze miała zniesioną zdolność rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, a źródłem tego stanu może być upośledzenie umysłowe lub choroba psychiczna, i nic ponadto. Tak w istocie nie jest, na co wskazuje już wykładnia literalna przepisu, a w szczególności umiejscowienie znamienia „wykorzystując bezradność innej osoby”.

Znamię „bezradności” jako przedmiot rozważań pojawia się również w judykatach SN i sądów apelacyjnych. Zgodnie ze stanowiskiem wyrażonym w wyroku SN z 2 lipca 2002 r.: osobą bezradną „jest osoba mająca całkowicie zniesioną zdolność rozumienia znaczenia czynu lub kierowania swoim postępowaniem z powodów niewynikających z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej. Przykładowo można tu wskazać osobę będącą pod wpływem hipnozy, narkozy, odurzoną alkoholem lub innymi środkami, nie-

⁸³ J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 484.

⁸⁴ M. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, s. 542.

⁸⁵ Jak pisze J. Wojciechowski: „Pojęcie bezradności nie obejmuje niepoczytalności osoby pokrzywdzonej, wynikłej z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej, ponieważ taki stan stanowi odrębną przesłankę odpowiedzialności z art. 198” (J. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 383).

przytomną. Jest nią również osoba mająca zachowaną zdolność rozumienia znaczenia sytuacji, w jakiej się znajduje, mająca zachowaną zdolność rozumienia czynności wobec niej podejmowanych, mająca wolę przeciwdziałania tym czynnościom i ewentualnie tej sytuacji, i wreszcie mająca zniesioną możliwość przeciwdziałania tym czynnościom i ewentualnie tej sytuacji, ale dopiero w wypadku łącznego zaistnienia wskazanych warunków⁸⁶. Z kolei SA w Katowicach w wyroku z 26 kwietnia 2012 r. uznaje, że: „Pojęcie bezradności oznacza niezdolność do podjęcia lub realizacji decyzji woli, przy czym ustawa nie wprowadza żadnych ograniczeń co do przyczyn tego stanu. W realiach niniejszej sprawy wynikała ona z natężonego przez długi czas silnego stresu i poczucia braku możliwości obrony, a w konsekwencji z psychologicznego mechanizmu obronnego, kompensującego emocje u pokrzywdzonej. Bezradność przewidzianą przez art. 198 k.k. należy rozumieć jako stan, w którym pokrzywdzona nie ma na tyle sił czy możliwości, aby wyrazić skutecznie swój sprzeciw wobec sprawcy lub w ogóle nie jest w stanie podjąć decyzji⁸⁷”. Ten sam sąd, tyle że w wyroku wcześniejszym, tj. z 15 maja 2009 r., przekonuje nadto, iż „Stan bezradności w rozumieniu art. 198 k.k. nie musi się wiązać z niemożliwością rozpoznania znaczeniu czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”, a za bezradną w konkretnym stanie faktycznym uznał kobietę będącą pod silnym działaniem alkoholu i amfetaminy, która „na skutek niedowładu kończyn dolnych była dodatkowo pozbawiona możliwości samodzielnego poruszania się i podjęcia jakichkolwiek akcji obronnych⁸⁸”.

Zasygnalizować warto również tezę wyroku SN z 20 kwietnia 2006 r., gdzie zdaniem SN bezradna w myśl art. 198 k.k. jest osoba „pozbawiona możliwości dysponowania sobą w zakresie wolności seksualnej. Tak więc źródłem bezradności nie muszą być (na zasadzie warunku koniecznego) przyczyny o charakterze fizycznym lub fizjologicznym, to może być oczywiście kalectwo, osłabienie fizyczne (choćby chwilowe), ale także niemożność radzenia sobie w danej sytuacji na skutek różnych obiektywnych, a także subiektywnych powodów⁸⁹”. To ostatnie sformułowanie nie przeszło

⁸⁶ Zob. wyrok SN z 2 VII 2002 r., IV KKN 226/00, Lex, nr 54406.

⁸⁷ Zob. wyrok SA w Katowicach z 26 IV 2012 r., II AKa 107/12, „Biuletyn SA w Katowicach” 2012, nr 3, poz. 11, s. 7–8.

⁸⁸ Zob. wyrok SA w Katowicach z 15 V 2009 r., II AKa 102/09, „Biuletyn SA w Katowicach” 2009, nr 3, poz. 6, s. 5–6. Prócz tego zdaniem sądu: „Osoba bezradna to osoba bezsilna, słaba lub tylko osłabiona pod względem fizycznym lub psychicznym”. Na orzeczenie powołuje się również P. D r z a z g a, *op. cit.*, s. 39–40.

⁸⁹ Zob. wyrok SN z 20 IV 2006 r., IV KK 41/06, Lex, nr 183010.

bez echa w środowisku naukowym. Zgodzić należy się z twierdzeniem, iż daleko mu do precyzyjności. „Chodzi tu bowiem o »bezzadność« a nie o »nieporadność«” – podsumowuje Andrzej Marek⁹⁰.

W obliczu przytoczonych poglądów nieco zaskakujące wydaje się stanowisko M. Rodzyńkiewicza (reprezentowane także przez R.A. Stefańskiego⁹¹), który opowiada się za wąskim ujmowaniem bezzadności, co wynika z wiary autora w racjonalność ustawodawcy, który świadomie miał nie zamieścić w treści art. 198 k.k. znamienia „inne zakłócenie czynności psychicznych”, decydując o braku karalności sytuacji, w których sprawca wykorzystuje stan niepoczytalności ofiary spowodowany niepatologicznymi zakłóceniami czynności psychicznych⁹². Co więcej, autor jest zdania, że niedopuszczalne jest interpretowanie znamienia „bezzadności” w taki sposób, aby obejmowało ono także zdepenalizowane w art. 198 k.k. stany ograniczonej poczytalności⁹³. Postulat M. Rodzyńkiewicza o wąskim ujmowaniu „bezzadności” słusznie odrzucano, argumentując, że w art. 198 k.k. ustawodawca nie wskazuje, jakie ma być podłoże bezzadności, co też możemy potraktować jako wskazówkę do szerokiego ujmowania tegoż znamienia (za nietrafną należałoby wówczas uznać wykładnię ograniczoną jedynie do przyczyn fizycznych lub fizjologicznych). Wskazywano również, że nie ma żadnych podstaw, aby czyn sprawcy polegający na wykorzystaniu bezzadności innej osoby, której przyczyny nie leżą w sferze fizycznej czy fizjologicznej, kwalifikować jako mniej społecznie szkodliwy⁹⁴.

VI. Wykorzystanie bezzadności lub niepoczytalności

W związku z tym, iż sprawca czynu zabronionego stypizowanego w art. 198 k.k. dla poniesienia odpowiedzialności karnej winien doprowadzić do wykorzystania bezzadności lub niepoczytalności innej osoby, komentarza wymaga znamię czasownikowe „wykorzystuje” odniesione do stanów, które umożliwiają sprawcy zachowanie przestępne w sferze stosunków seksualnych. I tak oto zgodnie z językowym rozumieniem czasownika „wykorzystać” czynność określaną tym słowem odczytywać należy jako „użycie

⁹⁰ A. Marek, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 453.

⁹¹ R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 256–257.

⁹² M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 632.

⁹³ *Ibid.*, s. 632. Jest to stanowisko poddane krytyce przez J. Warylewskiego, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 120 i 125.

⁹⁴ T. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 5], s. 491–492.

czegoś dla osiągnięcia jakiegoś celu, zysku”, ewentualnie „posłużenie się kimś, aby zrealizować własne cele”⁹⁵. Kiedy natomiast powiemy o wykorzystaniu bezradności innej osoby na gruncie Kodeksu karnego? Upraszczając: jeżeli to okoliczność, że dana osoba z uwagi na swój stan wywołany przyczynami natury fizycznej lub fizjologicznej, względnie będący efektem niepatologicznych zakłóceń czynności psychicznych, pozbawiona była możliwości przeciwstawienia się doprowadzeniu jej przez sprawcę do czynności seksualnej albo podjęcia decyzji w przedmiocie swojej wolności seksualnej, przesądziła o tym, że sprawca ją do tej czynności doprowadził, wówczas będziemy mogli zasadnie twierdzić, iż sprawca wykorzystał bezradność tej osoby⁹⁶. Wypowiedź tę należy jednak doprecyzować. Szczególnie ważkie dla procesu wyznaczania granic penalizacji komentowanego przestępstwa jest bowiem ustalenie relacji art. 198 k.k. do art. 197 k.k.

Ze zgwałceniem, nie zaś z seksualnym wykorzystaniem bezradności, mamy do czynienia w sytuacji, w której sprawca doprowadzi inną osobę do stanu bezradności określonymi w art. 197 k.k. środkami przestępnego działania stosowanymi przezeń po to właśnie, by ów cel osiągnąć. Jako kwalifikację prawną czynu sprawcy wskażemy zatem art. 197 k.k. np. wtedy, gdy zastosowanie przez sprawcę przemocy wywoła u ofiary stan bezradności, a następnie sprawca, wykorzystując ten wywołany swoim zachowaniem stan, doprowadzi ją do czynności seksualnej, co miał w zamiarze już na etapie stosowania przemocy. Podobnie postąpimy, gdy sprawca sięgnie po podstęp, by inna osoba stała się bezradna, co ma umożliwić mu doprowadzenie jej do czynności seksualnej. Takim relewantnym z punktu widzenia art. 197 k.k. podstępem będzie faszeringowanie innej osoby środkami odurzającymi, gdy ta faktu ich przyjmowania jest nieświadoma, albo gdy co prawda wie, że podawane są jej jakieś specyfiki, ale o nieznanym jej działaniu.

Jeżeli jednak stan bezradności ofiary wywołany zostanie przez sprawcę na innej drodze, a zatem odmiennymi sposobami niż te opisane w art. 197 k.k., w tym jeżeli inna osoba jest świadoma, iż podawany jest jej np. alkohol lub inny środek odurzający, i jednocześnie zna skutki jego działania, albo jeżeli sama dobrowolnie ten środek przyjmuje, po czym sprawca, świadomy zaistnienia stanu bezradności tej osoby, ów stan decyduje się wykorzystać, możliwe będzie zastosowanie art. 198 k.k. Analogiczne konsekwencje prawnokarne należy przyjąć w razie, gdy bezradność ofiary, choć wywołana

⁹⁵ Zob. hasło „wykorzystać” w: *Internetowy słownik języka polskiego PWN*, < <http://sjp.pwn.pl/szukaj/wykorzysta%C4%87> > [30.03.2013]. Słownik przez „wykorzystanie” rozumie również uwiedzenie kobiety przez mężczyznę.

⁹⁶ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 623–624.

jednym ze środków przestępnego działania z art. 197 k.k., nie została przez sprawcę spowodowana, by zdołał on osiągnąć efekt w postaci doprowadzenia tej osoby do czynności seksualnej, a ową czynność seksualną sprawca decyduje się odbyć z ofiarą dopiero po wywołaniu u niej bezradności, niejako zachęcony sprzyjającymi okolicznościami. Nie należy zatem tracić z pola widzenia zamiaru, jaki przyświeca sprawcy stosującemu wobec innej osoby przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, które dla odpowiedzialności karnej z art. 197 k.k. stosowane być powinny w powiązaniu z okolicznością, że sprawca zmierza do doprowadzenia innej osoby do czynności seksualnej. Niemniej nawet art. 198 k.k. nie będzie właściwym środkiem reakcji, gdyby podejmowana przez sprawcę aktywność miała jedynie „rozluźnić” ofiarę, osłabiając jej hamulce moralne.

Summa summarum, dla odpowiedzialności z art. 198 k.k. kluczowe znaczenie ma to, aby sprawca wykorzystał stan bezradności istniejący już po stronie ofiary, ewentualnie wywołał go, nie posiłkując się środkami przestępnego działania wymienionymi w art. 197 k.k. a stosowanymi po to, by doprowadzić inną osobę do czynności seksualnej. Artykuł 198 k.k. nie stawia wymogu wywołania przez sprawcę stanu bezradności⁹⁷, a w istocie art. 197 k.k. (gdy dodamy do siebie przewidziane w nim środki przestępnego działania oraz elementy strony podmiotowej) wyznacza katalog sytuacji, kiedy przyczynienie się sprawcy do zaistnienia stanu bezradności z perspektywy odpowiedzialności z art. 198 k.k. jest wykluczone. Istoty art. 198 k.k. należy doszukiwać się w fakcie wykorzystania przez sprawcę stanu, w jakim znajduje się ofiara, a nie w samym fakcie znajdowania się przez nią w tym stanie⁹⁸.

⁹⁷ Ten temat podejmowałem wcześniej – H. M y ś l i w i e c, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11, s. 74–76. Upřednio czynił to M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 744. O skutkach spożywania alkoholu oraz o seksualnym wykorzystaniu osoby odurzonej alkoholem lub innymi środkami toksycznymi pisze również P. D r z a z g a, *op. cit.*, s. 37–41, z tym że autorka nie zaznacza w swoim tekście, iż art. 198 k.k. przypiszemy sprawcy również wtedy, gdy ofiara spożywa alkohol (może to być także inny środek odurzający) podawany jej przez sprawcę, wiedząc jednocześnie o tym, jakie są skutki spożycia tego produktu. Z kolei o odpowiedzialności za zgwałcenie, nie zaś za czyn z art. 198 k.k., w razie doprowadzenia osób spełniających podane w art. 198 k.k. kryteria do czynności seksualnej przy użyciu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu, pisze także m.in. J. W o j c i e c h o w s k a, *op. cit.*, s. 104. Zob. również A. M a r e k, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 453. Cyt. zaś tezę wyroku SN z 25 XI 2009 r.: „Zawarte w art. 198 k.k. znamię »bezradności« innej osoby obejmuje także sytuację niemożności oporu wskutek odurzenia alkoholem” (V KK 271/09, OSNwSK 2009, poz. 2401).

⁹⁸ „I właśnie to wykorzystanie, a nie sam stan psychiczny ofiary, stanowi podstawę karalności” – konkluduje M. Filar jeszcze na gruncie poprzedniego stanu prawnego, który

Nadto art. 198 k.k. stanowi właściwą kwalifikację prawną wtedy, gdy stan bezradności wykorzystany przez sprawcę wywołany został uprzednim działaniem osoby trzeciej, o ile sprawca nie działał wspólnie z tą osobą i nie pozostawał z nią w porozumieniu⁹⁹. Gdyby bowiem te elementy wystąpiły *in concreto*, wówczas zasadnym stanie się sięgnięcie po przepis ustanawiający sankcję za zgwałcenie zbiorowe (art. 197 § 3 pkt 1 k.k.).

Dodać należy, że w razie stosowania przez sprawcę przemocy wobec osoby już bezradnej, gdzie tenże stan nie został wcześniej przez sprawcę wywołany jednym ze środków przestępnego działania z art. 197 k.k., zastosowanym w celu doprowadzenia jej do czynności seksualnej, zgwałcenie, nie zaś przestępstwo z art. 198 k.k., przyjmujemy wtedy gdy ofiara, choć bezradna, dysponowała jakąkolwiek możliwością zmanifestowania braku zgody na czynność seksualną i z tej możliwości skorzystała. W takich okolicznościach to przełamanie oporu, ułatwione sprawcy np. przez cechujące ofiarę ułomności fizyczne, a osiągnięte dzięki stosowaniu przemocy, nie zaś wykorzystanie jej bezradności, ma doprowadzić i w istocie doprowadza ją do czynności seksualnej. Sprawca, mając bowiem możliwość wykorzystania stanu bezradności ofiary, sięga jednak po inny środek działania przestępnego, by to za jego pomocą wywołać skutek w postaci doprowadzenia tej osoby do czynności seksualnej. Inne konsekwencje prawne wpływałyby natomiast z zachowania sprawcy, gdyby w przedstawionym stanie faktycznym kondycja ofiary łączyła się z brakiem możliwości odczytania przez sprawcę jej woli (tj. nie może ona wyrazić swojej woli z uwagi na stan, w jakim się znajduje). Wówczas okoliczność, że sprawca, wykorzystując fakt, iż ma do czynienia z osobą bezradną, jednocześnie stosuje wobec niej przemoc, nie zmienia tego, że to dzięki owej bezradności osiąga zamierzony skutek, co pozwala przypisać mu odpowiedzialność karną z art. 198 k.k. (w ewentualnym zbiegu kumulatywnym z przepisem odzwierciedlającym uszczerbki, jakich dozna ofiara, wobec której stosowano przemoc). Inaczej rzecz ujmując, sprawca nie stosuje tutaj przemocy po to, by doprowadzić inną osobę do czynności seksualnej, gdyż wskazany skutek osiąga dzięki temu, iż ofiara nie może w żaden sposób zareagować na podejmowane przez niego zachowanie.

Rodzi się jednak wątpliwość, jak zakwalifikować zachowanie sprawcy, który wykorzystał bezradność innej osoby zaistniałą zgodnie z przedstawi-

wprawdzie znamieniem wykorzystania bezradności wprost się nie posługiwał, jednak uwaga ta wobec stanu bezradności zachowuje aktualność (M. F i l a r, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*, „Palestra” 1995, nr 7/8, s. 25). Na tę wypowiedź powołuje się również J. W o j c i e c h o w s k a, *op. cit.*, s. 102.

⁹⁹ Por. J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 127.

nymi powyżej warunkami, a przemoc zaczął stosować po tym, jak osoba doprowadzona przez niego do czynności seksualnej, w trakcie odbywania z nią np. obcowania płciowego zyskała możliwość zmanifestowania braku zgody wobec zrealizowanego już ataku na jej wolność seksualną i dopiero od tego momentu zaczęła stawiać obiektywnie dostrzegalny opór. Tutaj przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności było już dokonane z chwilą doprowadzenia do czynności seksualnej osoby bezradnej. Ocenic należy jeszcze drugi fragment zachowania sprawcy. Można by twierdzić, że sprawca zaczął stosować przemoc w istocie nie dlatego, by doprowadzić do czynności seksualnej, co przecież już nastąpiło (dokonanie przestępstwa z art. 198 k.k.), lecz po to, by przy niej się utrzymać. Sądzę jednak, że w tak zarysującym się stanie faktycznym nie należy sięgać po konstrukcję kumulatywnego zbiegu przepisów art. 198 k.k. i odpowiedniego typu z art. 197 k.k., którego występowanie *notabene* zostało w niniejszej pracy zakwestionowane. Zasadne wydaje się za to rozważenie ewentualnego zbiegu przestępstw z uwagi na dające się wyodrębnić dwa fragmenty zachowania sprawcy – i to nawet jeżeli ontologicznie owa dwoistość nie jest aż tak wyraźna. Sprawca najpierw skutecznie wykorzystał bezradność ofiary i osiągnął zamierzony skutek. Następnie pojawił się opór, który został przez niego przełamany siłą, przez co ofiara została zgwałcona. Mógłby to być zatem realny zbieg przestępstw.

Za stan bezradności uznawany jest stan hipnozy¹⁰⁰, który również wymaga szczegółowego omówienia w kontekście realizacji znamion typu czynu zabronionego z art. 198 k.k. Po pierwsze, odpowiedzialność sprawcy z art. 198 k.k. w przypadku znajdowania się innej osoby w stanie hipnozy możliwa będzie wtedy, gdy sprawca wykorzystuje to, że owa osoba uprzednio w tym stanie się znalazła, przy czym stało się to bez jego udziału. Gdyby bowiem sprawca sam wprowadził ofiarę w stan bezradności, realizując przy tym znamię podstepu, o którym mowa w art. 197 § 1 k.k. (trudno wyobrazić sobie tu hipnozę przez przemoc lub groźbę)¹⁰¹, i chcąc w ten sposób doprowadzić ją do czynności seksualnej, następnie zaś osobę bezradną seksualnie

¹⁰⁰ Tak: wyrok SN z 2 VII 2002 r., IV KKN 226/00, Lex, nr 54406. Na wyrok powoływano się w: T. B o j a r s k i *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 5], s. 492.

¹⁰¹ Więcej na temat podstepu zob. w: H. M y ś l i w i e c, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 64–83. Tezy dotyczące hipnozy, które mają doniosłe znaczenie na tle rozważań dotyczących przestępstw seksualnych, znaleźć można w pracy M. F i l a r a, *Przestępstwo zgwałcenia...*, *op. cit.*, s. 112–113. Temat ten został również bliżej opisany m.in. w: P. D r z a z g a, *op. cit.*, s. 41–43. Autorka odrzuca koncepcję uznawania hipnozy za formę przemocy, natomiast nie deklaruje w sposób wyraźny, którą z przedstawionych koncepcji uznaje za właściwą.

wykorzystał, wówczas przyjąć należy jego odpowiedzialność za zgwałcenie, a nie za seksualne wykorzystanie bezradności. Co więcej, jeżeli bezradność byłaby efektem wspólnego działania co najmniej dwóch osób, cechującego się takim podziałem ról, że jeden sprawca hipnotyzuje ofiarę, drugi, pozostający z nim w porozumieniu, następnie odbywa z nią czynność seksualną, przyjąć należy odpowiedzialność karną obu za zgwałcenie zbiorowe. Po drugie, pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności z art. 198 k.k. skutkować może wprowadzenie ofiary w stan hipnozy za pomocą innych środków przestępnego działania niż środki przewidziane w art. 197 k.k. i późniejsze seksualne wykorzystanie wynikającej z tego stanu bezradności. Po trzecie, podstępne wprowadzenie przez sprawcę innej osoby w stan bezradności wywołany hipnozą, zastosowane jednak nie po to, by doprowadzić tę osobę do czynności seksualnej, lecz w innym celu, np. dla sprawdzenia skuteczności nowej metody hipnotycznej, potem zaś wykorzystanie faktu, że osoba zahipnotyzowana jest w danej chwili bezradna, wiązać się będzie z odpowiedzialnością z art. 198 k.k. Zatem okoliczność, że stan hipnotyczny wywołuje u człowieka stan bezradności, nie przesądza, iż to art. 198 k.k. będzie jedyną podstawą prawnokarnego wartościowa zachowania sprawcy, który dzięki wspomnianej okoliczności zyskuje możliwość doprowadzenia bezradnego do czynności seksualnej.

Paulina Drzazga, pisząc o stanie snu w kontekście art. 198 k.k., przywołuje wypowiedź Leona Wachholza, który jako sytuację, gdy taka kwalifikacja prawna będzie dopuszczalna, podaje *casus* mężatki zaskoczonej we śnie nocną porą i błądzącą co do tego, iż obcujący z nią mężczyzna to jej mążnek¹⁰². Jednocześnie autorka seksualne wykorzystanie śpiącego, o ile sen nie jest konsekwencją działania sprawcy, który wywołał go po to, aby doprowadzić śpiącego do czynności seksualnej, wiąże wyłącznie z odpowiedzialnością karną z art. 198 k.k. Moim zdaniem jednak przykład L. Wachholza idealnie obrazuje przypadek błędu (*notabene*, istotnego) ofiary co do osoby, z którą ta obcuje płciowo, a z którego to błędu sprawca ofiary nie wprowadza, dzięki czemu doprowadza ją do czynności seksualnej właśnie poprzez wyzyskanie istniejącego w jej świadomości błędu¹⁰³. Jest to zatem podstępne zgwałcenie, nie zaś seksualne wykorzystanie bezradności¹⁰⁴.

¹⁰² L. Wachholz, *Medycyna sądowa na podstawie ustaw obowiązujących na ziemiach polskich*, Warszawa 1925, s. 492 [cyt. za P. Drzazgą, *op. cit.*, s. 43].

¹⁰³ Skądinąd, w tym stanie faktycznym uprawnione jest mówienie o świadomości ofiary, skoro ta, będąc w trakcie snu, wykazuje na tyle rozeznanie w tym, co dzieje się na jawie, iż zakłada, że obcuje płciowo z bliską jej osobą.

¹⁰⁴ P. Drzazgą, *op. cit.*, s. 43. Za istotny błąd uzasadniający przyjęcie art. 197 k.k. uznaje ten przypadek również J. Warylewska, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 44.

Jeśli natomiast przedmiotem rozważań uczynić wykorzystanie przez sprawcę stanu niepoczytalności innej osoby, przyjmuje się, że z sytuacją taką będziemy mieć do czynienia wówczas, gdy zgodnie ze zobiektywizowaną oceną społeczną zasadnie można zakładać, iż gdyby nie to, że inna osoba znajdowała się w tymże specyficznym stanie, sprawca nie doprowadziłby jej do czynności seksualnej¹⁰⁵. Artykuł 198 k.k. penalizuje doprowadzenie do czynności seksualnej przez wykorzystanie upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej występującej u ofiary w czasie czynu, co wywołuje u niej zniesioną możliwość rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. W konsekwencji sam fakt nawiązania kontaktu seksualnego z osobą niepoczytalną nie rodzi jeszcze odpowiedzialności karnej z art. 198 k.k.¹⁰⁶

Przypomnieć należy krytykowany już przeze mnie uprzednio¹⁰⁷ pogląd Jarosława Warylewskiego, korespondujący z wypowiedzią Wiktora Grzywo-Dąbrowskiego, zasadzający się na założeniu, by spożywanie alkoholu w towarzystwie innych osób poczytywać *a priori* jako zgodę na wszelkie ewentualne konsekwencje własnych działań, łącznie z odbyciem przez spożywającego czynności seksualnej. Na płaszczyźnie ochrony wolności seksualnej człowieka doprowadzonego przez inną osobę do czynności seksualnej w związku ze znajdowaniem się przez niego w stanie bezradności nie ma moim zdaniem znaczenia, czy spożywał on alkohol w towarzystwie innych osób, czy też czynił to w domowym zaciszu, a sprawca w sposób bezprawny wdarł się do pomieszczenia, w którym ten przebywał¹⁰⁸. Artykuł 198 k.k. może stanowić odpowiednią perspektywę dla oceny prawnokarnej zachowania sprawcy doprowadzającego osobę bezradną na skutek uprzedniego upojenia alkoholem w obu przypadkach. Nie dostrzegam argumentów przemawiających za tym, by twierdzić, że winno być inaczej.

¹⁰⁵ Tak: M. Bielski, *op. cit.*, s. 745.

¹⁰⁶ *Ibid.*, s. 745–746.

¹⁰⁷ H. Myśliwiec, *Podstęp...*, *op. cit.*, s. 75.

¹⁰⁸ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 126–127; W. Grzywo-Dąbrowski, *Medycyna sądowa dla prawników*, Warszawa 1957, s. 311–312. Podobne wnioski zdają się wypływać z: I. Andrejew, W. Świda *et al.*, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 497. Autorzy swój przykład zawężają jednak do *casusu* kobiety i zalecającego się do niej mężczyzny, a J. Warylewski posługuje się szerszą perspektywą. Polemikę z jego stanowiskiem (choć wprowadzenie do niej może sugerować coś zgoła odmiennego) podejmuje P. D r z a z g a, *op. cit.*, s. 38–39.

VII. Skutek oraz przedmiot bezpośredniego działania

Czyn zabroniony stypizowany w art. 198 k.k. należy do katalogu przestępstw skutkowych, w przeciwieństwie do odpowiednika tego przepisu z Kodeksu karnego z 1969 r., który ustanawiał przestępstwo formalne. W efekcie odmiennej treści przepisu, karalność typu z art. 169 k.k. z 1969 r. oparta była na określonym przestępnym zachowaniu się, nie zaś na zaistnieniu określonego w przepisie skutku¹⁰⁹. Wtedy bowiem karalność zachowania sprawcy stanowiła reakcję na dopuszczenie przezeń do czynu nierządnego z osobą w stanie nienormalnym¹¹⁰. Tymczasem aktualnie obowiązująca kodyfikacja karna przeniosła penalizację na płaszczyznę doprowadzenia przez sprawcę do czynności seksualnej osoby znajdującej się w jednym ze wskazanych w treści przepisu specyficznych stanów poprzez wykorzystanie któregoś z nich¹¹¹. Stadium dokonania przestępstwa z art. 198 k.k. powiążemy zatem bądź to z chwilą rozpoczęcia stosunku penetracyjnego przez sprawcę albo inną osobę (wszak sprawca równie dobrze może doprowadzić ofiarę do czynności seksualnej z innym niż on podmiotem), gdy ten pierwszy doprowadza ofiarę do obcowania płciowego, bądź to z chwilą rozpoczęcia innej czynności seksualnej¹¹². W pierwszym przypadku będzie to – dla przykładu – chwila wprowadzenia ręki do narządów płciowych nieprzytomnej ofiary, w drugim zaś – rozpoczęcie onanizowania chorej psychicznie ofiary przez sprawcę.

Na etapie rozważań w przedmiocie skutkowego charakteru przestępstwa z art. 198 k.k. podkreślić raz jeszcze należy, że istota karalności w art. 198 k.k. tkwi w wyzyskaniu stanu bezradności lub stanu niepoczytalności¹¹³. Jako że ustawodawca nie precyzuje, w jaki sposób sprawca miałby doprowadzić do wykorzystania jednego z wymienionych w przepisie stanów ofiary, zasadnie można twierdzić, odwołując się do treści art. 13 k.k., że każde

¹⁰⁹ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 70.

¹¹⁰ Zob. O. Chybiński *et al.*, *op. cit.*, s. 212; I. Andrejew, W. Świda *et al.*, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 496. Przestępstwo było wówczas dokonane z chwilą dopuszczenia się czynu nierządnego.

¹¹¹ O skutkowym charakterze przestępstwa z art. 198 k.k. wspominają m.in.: M. Bielski, *op. cit.*, s. 746; L. Gardocki, *op. cit.*, s. 259; R. Góral, *op. cit.*, s. 335; A. Grześkowiak *et al.*, *op. cit.*, s. 308; J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 127; J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 104.

¹¹² Por. M. Bielski, *op. cit.*, s. 746. W pracy pod red. A. Grześkowiak wypowiedziano się mniej precyzyjnie, wiążąc dokonanie z doprowadzeniem do czynności seksualnej (A. Grześkowiak *et al.*, *op. cit.*, s. 308).

¹¹³ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 127–128.

zachowanie sprawcy, którym ten bezpośrednio zmierza do wykorzystania bezradności lub niepoczytalności innej osoby, odczytamy jako usiłowanie realizacji znamion typu z art. 198 k.k. Jednakowoż, aby zachowanie sprawcy nie weszło już w finalne stadium popełnienia przestępstwa, swym zachowaniem nie może on doprowadzić innej osoby do czynności seksualnej¹¹⁴, czyli osiągnąć skutku będącego znamieniem omawianego przestępstwa.

Irrelevantna z perspektywy odpowiedzialności z art. 198 k.k. pozostaje okoliczność, czy sprawca wykorzystujący stan ofiary opisany w tym przepisie zaznał zaspokojenia płciowego. Typ ten zrealizowany będzie również, gdyby sprawca nie zdołał doprowadzić bezradnej lub niepoczytalnej ofiary do obcowania płciowego z uwagi na chwilową impotencję, i poprzestał na czynnościach, które mieszczą się w formule „inne czynności seksualne”.

W przypadku wykorzystania seksualnego ujętego w ramy art. 198 k.k. sprawca oddziałuje na ciało innej osoby. To ono jest zatem przedmiotem czynności wykonawczej przedmiotowego przestępstwa, a podmiotem oddziaływania – osoba, która znajduje się w stanie bezradności lub niepoczytalności¹¹⁵. Warto poczynić w tym miejscu zastrzeżenie, iż w art. 169 k.k. z 1969 r. ciało osoby znajdującej się w stanie ograniczonej poczytalności uznawane było za przedmiot czynności wykonawczej¹¹⁶, co zasadniczo nie jest już dopuszczalne na gruncie obecnego stanu prawnego, o ile *tempore criminis* osoba z ograniczoną poczytalnością nie znajdowała się w stanie bezradności¹¹⁷.

VIII. Strona podmiotowa czynu zabronionego

W debacie naukowej na temat znamion przestępstwa z art. 198 k.k. brak jest pełnej zgody co do charakterystyki jego strony podmiotowej. O ile bowiem sięgnięcie do art. 9 § 1 k.k. ma takie konsekwencje, że uznać należy, iż odpowiedzialność karną z art. 198 k.k. poniesie osoba, która realizuje znamiona strony przedmiotowej tego czynu zabronionego wyłącznie umyślnie, tak mniej oczywista pozostaje już forma zamiaru, jakim winno się cechować zachowanie sprawcy. Na kanwie poprzedniego Kodeksu karnego, postępującego się w art. 169 znamieniem czasownikowym „dopuszcza się”,

¹¹⁴ M. Bielski, *op. cit.*, s. 747. Jak dodaje autor: „bezpośrednie zmierzanie do wykorzystania stanu bezradności jest możliwe dopiero od momentu, gdy stan taki wystąpi”.

¹¹⁵ *Ibid.*, s. 747; A. Grześkowiak *et al.*, *op. cit.*, s. 308.

¹¹⁶ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 65.

¹¹⁷ M. Bielski, *op. cit.*, s. 747.

które obecnie zastąpiono znamieniem „doprowadza”, M. Filar wykluczał możliwość przyjęcia po stronie sprawcy zamiaru wynikowego z uwagi na niemożność efektywnego odbycia czynu nierządnego (świadomie posłużyłem się tu dawną terminologią) bez odpowiedniego, kierunkowego nastawienia. Niepewność sprawcy w kwestii stanu ofiary nie mogła być zatem furtką dla przyjęcia zamiaru wynikowego, bowiem w takich wypadkach towarzyszyła mu świadomość, że stan tej osoby może być stanem opisanym w omawianym przypisie, i z tym faktem się godził. Zwracano jednak uwagę na konieczność udowodnienia sprawcy, iż miał on taką świadomość, odrzucając możliwość poprzestania na samym domniemaniu¹¹⁸.

Na gruncie nowej kodyfikacji karnej część autorów dopuszcza już obie formy zamiaru, wskazując, że niepewność sprawcy co do stanu bezradności lub niepoczytalności ofiary oznacza, iż sprawca miał *dolus quasi-eventualis*¹¹⁹. Właściwe według mnie jest jednak przyjęcie odmiennego stanowiska. Chęć, nie zaś godzenie się, wynika już ze znamienia czasownikowego „wykorzystuje”. Sprawca intelektualnie ma świadomość, że ofiara co najmniej może znajdować się w stanie bezradności lub niepoczytalności, i chce ten fakt wykorzystać, doprowadzając tę osobą do czynności seksualnej. Jeżeli zatem sprawca nie miałby pewności co do tego, czy osoba, która ma zostać doprowadzona do czynności seksualnej, w istocie w takim specyficznym stanie się znajduje, również cechować go będzie zamiar bezpośredni, tyle że przy działaniu ze świadomością możliwości, nie zaś konieczności, realizacji znamion przestępstwa z art. 198 k.k. (świadomością niepełną)¹²⁰. Warto przywołać w tym miejscu fragment rozważań przeprowadzonych przez J. Makarewicza w kontekście art. 203 k.k. z 1932 r., w których autor przekonuje, że „zamiar sprawcy obejmować musi oprócz nastroju woli skierowanej na sam czyn nierządny [...] także [...] świadomość stanu psychicznego tegoż [przedmiotu przestępstwa – przyp. moje, H.M.] w danej chwili”¹²¹.

¹¹⁸ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 71.

¹¹⁹ M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 651; J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 129. Taką postać zamiaru dopuszczano niekiedy na gruncie art. 169 k.k. z 1969 r. – zob. O. Chybiński *et al.*, *op. cit.*, s. 213.

¹²⁰ Zamiar bezpośredni jako jedyną formę zamiaru dopuszczalną na gruncie art. 198 k.k. wskazywali m.in.: M. Bielski, *op. cit.*, s. 747–748; M. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, s. 542; T. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 5], s. 493; A. Grześkowiak *et al.*, *op. cit.*, s. 308; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 635; R.A. Stefański, *op. cit.*, s. 258; J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 104.

¹²¹ J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 485.

In concreto zdarzyć się może tak, że sprawca będzie błędził co do tego, iż doprowadza inną osobę do czynności seksualnej, wykorzystując stan jej bezradności, tymczasem ta osoba pozostawanie w stanie bezradności jedynie symuluje, a czynność seksualną odbywa dobrowolnie i z należyтым rozeznaniem sytuacji. Wówczas, przy założeniu, że to ciało ofiary stanowi w art. 198 k.k. przedmiot czynności wykonawczej, a osoba bezradna jeden z podmiotów przestępnego oddziaływania sprawcy tego typu, można by co najwyżej rozważać postawienie sprawcy zarzutu nieudolnego usiłowania seksualnego wykorzystania osoby bezradnej z uwagi na to, iż ten nakierował swoje działanie na przedmiot, który nie nadawał się do popełnienia na nim czynu zabronionego. Podobnie byłoby w przypadku osoby symulującej niepoczytalność z uwagi na rzekomą chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe. Gdyby jednak u osoby, która w rzeczywistości nie jest bezradna lub niepoczytalna, a taką jedynie przed sprawcą udaje, zabrakło elementu dobrowolności, co zostałyby przez ofiarę zmanifestowane poprzez stawianie oporu, jego przełamanie wiązałyby się z zarzutem z art. 197 k.k.¹²² Podczas gdy zdaniem niektórych dopuścić należałoby w takim stanie rzeczy zbieg kumulatywny usiłowania nieudolnego popełnienia przestępstwa z art. 198 k.k. i dokonanego zgwałcenia¹²³, co moim zdaniem należy odrzucić, inni przekonują, co prędzej miałyby rację bytu, iż ewentualnie rozważyć można wówczas zbieg przestępstw z uznaniem tego usiłowanego za współukarany czyn uprzedni¹²⁴. Natomiast w powyższych przypadkach o usiłowaniu nieudolnym dokonania czynu zabronionego z art. 198 k.k. można było mówić dlatego, że brak możliwości jego dokonania występował już w chwili przystępowania przez sprawcę do realizacji znamion, czego ten sobie nie uświadamiał.

Jako przykłady urojenia przez sprawcę stanu, o którym mowa w art. 198 k.k., podawano w doktrynie *casus* osoby, która wyraża zgodę na czynność seksualną a jednocześnie symuluje brak możliwości ruchu z powodu rzekomego paraliżu bądź sama pozbawia się możliwości ruchu, związując się lub zakładając kajdanki¹²⁵. Wydaje się jednak, że w tym ostatnim przypadku możemy już mieć do czynienia z faktyczną, nie zaś urojoną, bezradnością, do której owa osoba doprowadza się własnym działaniem. Niemniej realizację znamion z art. 198 k.k. dekompletuje istnienie zgody tej osoby na czynność seksualną.

¹²² M. Bielski, *op. cit.*, s. 748; J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 130.

¹²³ *Ibid.*

¹²⁴ M. Bielski, *op. cit.*, s. 750.

¹²⁵ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 130.

IX. Zbieg art. 198 k.k. z innymi przepisami ustawy karnej

Punktem wyjścia dla rozważań w przedmiocie kumulatywnego zbiegu art. 198 k.k. z innymi przepisami ustawy karnej winno być stwierdzenie, od którego rozpocząłem wywody na temat art. 198 k.k. Przepis ten uzupełnia zakres zachowań polegających na doprowadzeniu innej osoby do obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej penalizowanych w art. 197 k.k. Skoro tak jest, to w rezultacie czyn sprawcy zakwalifikowany jako zgwałcenie nie może jednocześnie zostać uznany za seksualne wykorzystanie stanu bezradności lub niepoczytalności. Stanowisko to rozciągnąć należy na inne typy z rozdziału XXV k.k. statuujące dla realizacji znamion wymóg doprowadzenia przez sprawcę do czynności seksualnej. Zatem podkreślić należy, że nie zachodzą (nie krzyżują) się zakresy znamion art. 197, art. 198 i art. 199 k.k. W konsekwencji wymienione przepisy nie mogą pozostawać ze sobą w jednoczynowym zbiegu (odnosi się to również do wchodzących w ich skład paragrafów, a więc np. nie może pozostawać w jednoczynowym zbiegu § 2 art. 197 k.k. z którymkolwiek z paragrafów art. 199 k.k.). Zaakcentować należy, że nie jest to jednak stanowisko powszechnie aprobowane tak w doktrynie, jak i w judykaturze.

W razie doprowadzenia przez sprawcę do niedobrowolnej czynności seksualnej z osobą niepoczytalną, zbieg jednoczynowy między art. 198 k.k. a zgwałceniem dopuszcza M. Rodzyńkiewicz¹²⁶. Do stanu niepoczytalności nie ogranicza się J. Warylewski, pisząc: „Gdy sprawca będzie stosował przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, aby doprowadzić do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, to za nadzwyczajny należy uznać taki przypadek, w którym dojdzie jednocześnie do wykorzystania anormalnego stanu psychicznego ofiary lub jej bezbronności. Nie można tego jednak *a priori* wykluczyć. Byłby to przypadek, w którym osoba niepoczytalna lub bezradna (do pewnego stopnia) wyraża jednocześnie swój sprzeciw na współżycie”¹²⁷. Także SN dopuszcza kumulatywną kwalifikację art. 198 k.k. i art. 197 § 2 k.k.¹²⁸

¹²⁶ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 637. Na możliwość wystąpienia takiego zbiegu przepisów wskazano ponadto w: T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, [wyd. 2], Warszawa 2008, s. 384. W nowszym wydaniu komentarza takiej sugestii już jednak nie odnajdziemy – zob. T. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 5], s. 493.

¹²⁷ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 131–132.

¹²⁸ Zob. postanowienie SN z 30 VII 2008 r., II KK 21/08, OSNwSK 2008, poz. 1550.

Zaprobować należy jednakże pogląd przeciwny, wyrażany wcześniej przez M. Bielskiego¹²⁹. Jeżeli bowiem sprawca stosuje wobec osoby, u której w chwili czynu stwierdził zaistnienie stanu bezradności lub niepoczytalności, jeden z opisanych w art. 197 k.k. środków przestępnego działania, o ile czyni to, by doprowadzić tę osobę do czynności seksualnej, wówczas odpowiadać powinien za zgwałcenie, a to niejako „uwalnia” go od realizacji znamion art. 198 k.k. (przepisu, który dotyczy innych sytuacji niż art. 197 k.k.). Gdy pojawia się opór ofiary, choćby niebędący efektem uświadomionego przez tę osobę ataku na jej wolność seksualną, wobec stosowanych przez sprawcę dla doprowadzenia jej do czynności seksualnej środków przestępnego działania z art. 197 k.k., znika możliwość kwalifikowania zachowania sprawcy jako seksualnego wykorzystania niepoczytalności ofiary kosztem odpowiedzialności z art. 197 k.k. Aktualność zachowują w tym kontekście przeprowadzone wyżej rozważania co do granic penalizacji art. 197 k.k. i art. 198 k.k.

Argumentem, w pewnym sensie natury pragmatycznej, na korzyść popieranej przeze mnie koncepcji jest fakt unikania kumulowania ocen prawnych w sytuacjach, w których wystarczające jest kwalifikowanie zachowania sprawcy z jednego (*notabene* surowszego, o ile doprowadzono do obcowania płciowego) przepisu opisującego to zachowanie. Znamienne jest prócz tego, że sprawca w opisanej sytuacji w istocie przełamuje opór ofiary, stosując jeden ze środków nacisku z art. 197 k.k., ewentualnie opiera swoje zachowanie na błędzie ofiary, w którym ją zastał, albo błędzie, w który ją wprowadził, i właśnie w ten, a nie inny, sposób doprowadza ją do czynności seksualnej, popełniając tym samym przestępstwo zgwałcenia. Tymczasem art. 198 k.k. wyznacza wyłącznie taki zbiór sytuacji, w których wskazane w art. 197 k.k. środki nacisku użyte w zamiarze doprowadzenia innej osoby do czynności seksualnej nie wystąpiły, a istota działania sprawcy sprowadza się do czegoś zgoła odmiennego: sprawca doprowadza ofiarę do czynności seksualnej przez wykorzystanie specyficznego stanu, w jakim w chwili czynu ta się znajduje (najczęściej, aczkolwiek nie zawsze, stanu, w jakim ją zastał). Stąd też art. 198 k.k. wraz z art. 199 k.k.¹³⁰ postrzegać należy jako dopełnienie katalogu penalizowanych zachowań polegających na doprowadzeniu innej osoby do czynności seksualnej, które jednocześnie nie stanowią zgwałcenia, a ich zakresy penalizacji jako rozłączne wobec siebie

¹²⁹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 749.

¹³⁰ Art. 199 k.k., nie tylko w kontekście jego relacji z art. 197 i art. 198 k.k., stanowił przedmiot moich rozważań w: H. Myśliwiec, *Granice penalizacji seksualnego nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia oraz nadużycia zaufania małoletniego*, CPKiNP 2012, z. 3, s. 79–116.

oraz względem art. 197 k.k. Przeciwnie wnioski wydają się mniej racjonalne i jednocześnie czyniące z oddzielenia zakresów penalizacji typów polegających na doprowadzeniu innej osoby do czynności seksualnej zadanie iście karkołomne. Również i błąd sprawcy np. co do bezradności ofiary połączony z zastosowaniem przezeń środków przełamujących pojawiający u niej opór nie daje podstaw dla kumulatywnego zbiegu art. 198 k.k. w związku z art. 13 § 2 k.k. i art. 197 k.k.¹³¹, o czym była już wcześniej mowa.

Z tych samych względów, co kumulatywna kwalifikacja art. 197 k.k. i art. 198 k.k. (rozłączny zakres znamion), niedopuszczalny będzie również zbieg przepisów z art. 198 k.k. i art. 199 k.k. Osobę bezradną z przyczyn fizycznych lub fizjologicznych do czynności seksualnej doprowadzić można poprzez wykorzystanie stanu, w którym ta się znajduje (nie ma potrzeby, by np. nadużywać stosunku zależności z art. 199 k.k.). Gdy zaś podłoże bezradności stanowi niepatologiczne zakłócenie czynności psychicznych, przez które ofiara ma zniesioną poczytalność, wyłączona jest możliwość świadomego dysponowania przez nią jej wolnością seksualną, co już dekompletuje nam znamiona odpowiednich typów z art. 199 k.k. Podobnie jest z osobą niepoczytalną w rozumieniu art. 198 k.k.¹³² Osoba taka, będąc pensjonariuszem zamkniętego szpitala psychiatrycznego, nie może zatem zostać doprowadzona do czynności seksualnej, np. przez lekarza tej jednostki, jednocześnie poprzez wykorzystanie jej stanu psychicznego oraz nadużycie stosunku zależności, o którym mowa w art. 199 § 1 k.k. Ten ostatni przepis wymaga od ofiary możliwości podjęcia świadomej decyzji w przedmiocie dysponowania własną wolnością seksualną, której osoba niepoczytalna jest pozbawiona¹³³.

W doktrynie wydaje się nie budzić wątpliwości, że art. 198 k.k. może pozostawać w zbiegu kumulatywnym z wybranymi przestępstwami z rozdziału XXV k.k. W tym gronie znajdują się: art. 200 § 1 k.k. (dotyczący stosunków o podłożu pedofilskim) i art. 201 k.k. (dotyczący stosunków o podłożu kazirodczym)¹³⁴. Dopuścić należy możliwość multikwalifikacji

¹³¹ Zbieg taki dopuszczają: M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 637; J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa..., op. cit.*, s. 132; wyklucza go: M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 750 (ewentualny zbieg przestępstw ze współukaraniem czynem uprzednim w postaci usiłowania nieudolnego popełnienia czynu z art. 198 k.k.).

¹³² M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 750. Zbieg przepisów z art. 198 k.k. i art. 199 k.k. wyklucza również m.in. M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 637. Odmiennie: J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa..., op. cit.*, s. 132.

¹³³ Odmiennie: *ibid.*

¹³⁴ Tak m.in.: T. B o j a r s k i *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 5], s. 493; M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 637; J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa..., op. cit.*, s. 132.

pomiędzy wszystkimi podanymi przepisami, gdy sprawca dopuszcza się kazirodczego seksualnego wykorzystania znajdującego się w stanie bezradności lub niepoczytalności małoletniego poniżej lat 15¹³⁵. Dopuszczalny jest nadto kumulatywny zbieg art. 198 k.k. z wybranymi paragrafami art. 202 k.k. dedykowanego penalizacji podejmowania różnych zachowań w związku z treściami pornograficznymi. Omawiając to zagadnienie na przykładzie, zauważyć należy, że np. dla zachowania ojca, który wykorzystując bezradność swojej dziesięcioletniej córki, doprowadza ją do obcowania płciowego, prawidłowa będzie kwalifikacja prawna przyjmująca postać: art. 198 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. (gdyż zachowanie ma charakter pedofilski) w zw. z art. 201 k.k. (gdyż zachowanie ma charakter kazirodczy) w zw. z art. 11 § 2 k.k.¹³⁶ Jeżeli nadto ojciec w jakikolwiek sposób utrwala stosunek płciowy z córką, wówczas wskazaną kwalifikację poszerzymy o art. 202 § 4 k.k. Gdyby natomiast córka w chwili czynu miała już ukończone 15 lat, wówczas zachowanie sprawcy utraciłoby charakter czynu o cechach pedofilskich (przynajmniej w ujęciu kodeksowym), ale utrwalanie takich treści realizowałyby znamiona z art. 202 § 3 k.k., o ile jednocześnie utrwalanie czynności seksualnej następowałoby w celu rozpowszechniania. *Ergo*: art. 198 k.k. może się zbiegać jednoczynowo z art. 202 § 3 albo 4 k.k. – to zaś, który z podanych przepisów przyporządkujemy do przestępnego zachowania sprawcy, zależeć będzie od wieku małoletniej osoby doprowadzanej przez niego do czynności seksualnej, przy czym w § 3 dodatkową przesłanką jest działanie sprawcy w celu rozpowszechniania¹³⁷.

Prezentowany był również pogląd, iż kumulatywny zbieg może zaistnieć między art. 198 k.k. i art. 200 § 2 k.k., przewidującym penalizację prezentowania małoletniemu poniżej 15. roku życia wykonania czynności seksualnej¹³⁸. Skoro jednak art. 198 k.k. wymaga od ofiary jakiejś formy uczestniczenia w czynności seksualnej (ofiara musi obcować płciowo ze sprawcą czy też inną osobą lub poddać się albo wykonać inną czynność seksualną), a art. 200 § 2 k.k. zakłada jej bierność (ofiara jest tutaj widzem czynności seksualnej), zbieg kumulatywny między tymi przepisami widziałbym wyłącznie wtedy, gdy w ramach jednej akcji przestępnej sprawca np. wykorzystuje bezradność czternastoletniej osoby i doprowadza ją do poddania się innej czynności seksualnej, następnie zaś (co ma seksualnie stymulować

¹³⁵ M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 637.

¹³⁶ *Ibid.*, s. 626.

¹³⁷ Zbieg kumulatywny art. 198 k.k. z art. 202 § 4 k.k. dopuszczał M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 750.

¹³⁸ *Ibid.*, s. 750.

sprawcę) na jej oczach się onanizuje, ewentualnie ofiara jest doprowadzana do poddania się czynności seksualnej z osobą trzecią, obecną przy całym „zajściu”. Prezentacji dokonywać może także owa osoba trzecia, co wynika z niewłasnoręcznego charakteru tego przestępstwa¹³⁹.

Wobec ewentualnego pozostawania art. 198 k.k. w zbiegu kumulatywnym z art. 217 § 1 k.k. pojawiały się głosy, że mimo teoretycznej możliwości jego skonstruowania, w praktyce jego zaistnienie jawi się jako mało prawdopodobne. Zdaniem J. Warylewskiego zbieg między tymi przepisami jest raczej pozorny, a zachowanie sprawcy sprowadzające się do czynności seksualnej z inną osobą zasadniczo wiąże się z naruszeniem nietykalności cielesnej. Na to nakłada się kwestia prywatnoskargowego trybu ścigania przestępstwa z art. 217 k.k.¹⁴⁰ Należy jednak dostrzec, że oba typy różni przedmiot ochrony. Można zatem podać w wątpliwość, czy owa pozorność zbiegu nie jest w istocie jedynie rzekomo pozorna, a zbieg taki byłby zbiegiem rzeczywistym, tyle że ewentualnie niewłaściwym.

W zależności zaś od tego, jakie konsekwencje dla zdrowia ofiary przyniesie seksualna działalność sprawcy, w grę wchodziłby jednoczynowy zbieg art. 198 k.k. z wybranym typem penalizującym spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia stanowiący średni albo lekki uszczerbek na zdrowiu, czy może nawet spowodowanie śmierci ofiary¹⁴¹ (wiele zależy bowiem od stanu, w jakim ten *de facto* się znajduje; być może sprawca, kierując swoje działania na inną osobę, doprowadzi do utraty przez nią życia, czego wykluczyć *a priori* się nie da). *Notabene*, na grunt art. 198 k.k. można przenieść tezę wyroku SN z 20 sierpnia 1971 r., z którego wypływa myśl, że spowodowanie uszczerbku na zdrowiu leży poza zakresem znamion przestępstwa zgwałcenia (podobnie jest z przestępstwem z art. 198 k.k.), stąd jeżeli takie konsekwencje nastąpią, właściwe będzie oddanie tej okoliczności w kwalifikacji prawnej czynu¹⁴².

A skoro już mowa o uszczerbkach na zdrowiu wywołanych doprowadzeniem innej osoby do czynności seksualnej, dodać można, że w odniesieniu do art. 197 k.k. w doktrynie formułowano tezę, iż defloracja, do której dojść może w związku z doprowadzeniem kobiety do czynności seksualnej, nie powinna być postrzegana jako uszkodzenie ciała, a w konsekwencji nie może wiązać się z kumulatywnym kwalifikowaniem czynu zabronionego

¹³⁹ *Ibid.*, s. 774.

¹⁴⁰ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 132–133.

¹⁴¹ Podobnie: M. Bielski, *op. cit.*, s. 750; T. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 5], s. 493; M. Rodzyński, *op. cit.*, s. 638.

¹⁴² Zob. wyrok SN z 20 VIII 1971 r., Nw 106/71, niepubl.

o seksualnym charakterze z którymś z przepisów penalizujących spowodowanie uszczerbku na zdrowiu. Za to wspomniana okoliczność mogłaby zostać uwzględniona na płaszczyźnie wymiaru kary¹⁴³. Innego zdania był jednak Sąd Najwyższy¹⁴⁴. Przychylając się do pierwszego ze stanowisk, chciałbym zauważyć, że rozważania w tym przedmiocie mają znaczenie także na tle art. 198 k.k., gdzie w efekcie poczynań sprawcy również może dojść do defloracji.

X. Tryb ścigania

Dopełnienie powyższych rozważań stanowić powinny uwagi odnoszące się do trybu ścigania, jakim objęto art. 198 k.k. Materię tę rozstrzyga art. 205 k.k., stanowiąc, że ściganie przestępstwa określonego „[...] w art. 198, jeżeli określony w tym przepisie stan ofiary nie jest wynikiem trwałych zaburzeń psychicznych, następuje na wniosek pokrzywdzonego”. W stosunku do art. 198 k.k. częściowo zastosowano zatem wyjątek od zasady bezwarunkowego ścigania z oskarżenia publicznego, przyjmując warunkową odmianę ścigania z oskarżenia publicznego, a zatem ściganie zainicjowane wnioskiem pokrzywdzonego¹⁴⁵. Prawdopodobnie to charakterowi naruszonego przez sprawcę dobra prawnego zawdzięczamy taki tryb ścigania¹⁴⁶. W moim odczuciu obecne rozwiązanie w odniesieniu do szczególnej sfery życia, jaką jest życie seksualne, pozostawiające decyzję o ściganiu woli ofiary, charakteryzuje się racjonalnością, a to, że ofiary przestępstw seksualnych nie decydują się na zainicjowanie ścigania, nierzadko jest, czego możemy się jedynie domyślać, wyrazem obawy przed zderzeniem się z reakcjami społeczeństwa, co doprowadzić może do niepożądanego wtórnej wiktyimizacji. Sądzę jednak, że jakiegoś rozwiązania w ustawie karnej nie zaproponowano, z łatwością dałoby się wskazać pewne słabe punkty takiej regulacji.

Z pola widzenia nie można tracić zawężenia występującego w art. 205 k.k. Jest to swoiste *novum* w porównaniu do poprzedniej kodyfikacji karnej, która z art. 169 k.k. z 1969 r. obejmowała ściganie z urzędu, nie ustanawiając od tego żadnych wyłączeń. Inna była jednak redakcja tamtego prze-

¹⁴³ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 96–97.

¹⁴⁴ Zob. wyrok SN z 15 V 1986 r., II KR 121/86, OSNPG 1987, nr 4, poz. 41.

¹⁴⁵ Podobnie: J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 261–262.

¹⁴⁶ *Ibid.*, s. 262. Pokrzywdzony może nie decydować się na złożenie wniosku z wielu powodów. Może nim być po prostu brak zaufania do organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, mimo że istnienie takiego zaufania byłoby stanem wielce pożądanym.

pisu. „Trwałe zaburzenia psychiczne”, które z zakresu wnioskowego trybu ścigania wyłącza art. 205 k.k., M. Rodzyńkiewicz postuluje interpretować w kontekście art. 198 k.k. „jako przewlekłą albo nieuleczalną chorobę psychiczną bądź też jako nie dające rokowań na poprawę upośledzenie umysłowe. Dla oceny, czy zachodzą trwałe zaburzenia psychiczne, potrzebna będzie z zasady opinia biegłych psychiatrów”¹⁴⁷. Z kolei J. Warylewski, podający w wątpliwość precyzyjność tego wyrażenia (np. w art. 205 k.k. użyto słowa „stan” – w domyśle: jeden, podczas gdy art. 198 k.k. uwzględnia większą ich liczbę), przekonuje, że stanem, który wymaga wnioskowego trybu ścigania, będzie stan bezradności, jak i niepoczytalności ofiar, u których brak zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem nie wykracza poza czas popełnienia przestępstwa (tzn. nie ma cechy trwałości)¹⁴⁸.

Przeważa jednak pogląd, zgodnie z którym stan ofiary niebędący wynikiem trwałych zaburzeń psychicznych zasadniczo odnosić się będzie wyłącznie do osób bezradnych, ponieważ u osób niezdolnych do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem z przyczyn stanowiących wynik ich upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej (tj. przyczyn patologicznych) owe zaburzenia zwykle są trwałe. Wobec takich osób pozostawałoby zatem ściganie z oskarżenia publicznego z urzędu, a gdyby złożyły one jednak wniosek o ściganie, będzie on prawnie nieskuteczny¹⁴⁹. Niemniej wydaje się, że to, iż coś (w tym przypadku owa „trwałość zaburzeń psychicznych” u osób niepoczytalnych z uwagi na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe) występuje często, nie czyni z przytoczonej okoliczności wystarczająco poważnego argumentu. Może zatem otwarcie przyznać należy, iż to względy czysto pragmatyczne (wszak komentowany zapis z art. 205 k.k. może być wielce kłopotliwy w praktyce, skoro niepewne jest, jak należy odczytywać tę tajemniczą formułę) przekonują, by właśnie w taki sposób, jak powyżej podano, owe „trwałe zaburzenia psychiczne” rozumieć. Aczkolwiek należy dostrzec, że gdyby ustawodawca, mówiąc o „trwałych zaburzeniach psychicznych”, w istocie miał na myśli wszystkie przypadki niepoczytalności wywołanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym, to w art. 205 k.k. posłużyłby się sformułowaniem mającym więcej wspólnego z treścią art. 198 k.k. Wtedy oczywiste byłoby, że wykorzystanie bezradności, nawet wywołanej innym

¹⁴⁷ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 708.

¹⁴⁸ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 133.

¹⁴⁹ M. Bielecki, *op. cit.*, s. 870; T. Bojarski *et al.*, *op. cit.*, [wyd. 2], s. 399; M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 669.

niż choroba psychiczna czy upośledzenie umysłowe zaburzeniem czynności psychicznych, nigdy nie wiąże się z wnioskowym trybem ścigania, w przeciwieństwie do niepoczytalności będącej efektem choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Sądzę zatem, że skoro użyto takiego, a nie innego, sformułowania, chciano w ten sposób pokreślić wyjątkowość stosowania bezwarunkowego ścigania sprawców przestępstwa z art. 198 k.k. To z kolei przemawia za tezą, że według zamysłu ustawodawcy tylko niektóre przypadki niepoczytalności wywołanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym objęte są tym wyjątkiem. Jak natomiast ustawodawca widział rozstrzygnięcie problemu ustalenia *in concreto* odpowiedniego stopnia trwałości, tj. takiego, który umożliwia sięgnięcie po wyłom od zasady wnioskowego trybu ścigania w przypadku art. 198 k.k., tego się raczej nie dowiemy.

Z uwagi na to, że zdaniem M. Rodzyńkiewicza niepoczytalność wywołana „innymi zakłóceniami czynności psychicznych” (z art. 31 § 1 k.k.) nie stanowi przedmiotu zainteresowania art. 198 k.k., toteż autor art. 205 k.k. nie odnosi do takich przypadków¹⁵⁰, mimo że zgodnie z poglądem przyjętym w niniejszym opracowaniu formułę tę możemy na gruncie art. 198 k.k. wiązać z „bezradnością” (bez stawiania między nimi znaku równości).

Artykuł 198 k.k. nie został poddany szczególnemu reżimowi prawnemu na wzór przestępstwa zgwałcenia poprzez przyjęcie w art. 12 § 3 k.p.k. braku możliwości cofnięcia raz złożonego wniosku o ściganie tego przestępstwa. Cofnięcie wniosku o ściganie sprawcy przestępstwa z art. 198 k.k. jest zatem dopuszczalne. Wywołuje to jednak spory w środowisku naukowym. Wysuwano bowiem postulaty, by ustawodawca postąpił konsekwentnie wobec wszystkich typów doprowadzenia innej osoby do czynności seksualnej, a zatem albo dał możliwość cofnięcia wniosku wobec pozostałych przepisów objętych takim trybem ścigania, albo zrezygnował ze szczególnego traktowania art. 197 k.k.¹⁵¹ W mojej ocenie rozważenia wymaga wprowadzenie w sposób konsekwentny zakazu cofania wniosków o ściganie także w wypadku art. 198 k.k. i art. 199 k.k., aczkolwiek nie można pozostać obojętnym wobec argumentów przemawiających za uregulowaniem obecnym. Wydaje się bowiem, że potrzeba uniemożliwienia pokrzywdzonemu cofnięcia raz złożonego wniosku (np. z uświadomionej po złożeniu wniosku obawy przed wtórną wiktyimizacją albo na skutek nacisków sprawcy) najsilniejsza jest właśnie przy zgwałceniu.

¹⁵⁰ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 708–709.

¹⁵¹ *Ibid.*, s. 708.

Zasadniczo legitymacją do złożenia wniosku o ściganie dysponuje pokrzywdzony, o którym mowa w art. 49 k.p.k., ewentualnie jego przedstawiciele ustawowi lub osoba, pod której stałą pieczę pozostaje, gdy mamy do czynienia z osobą małoletnią lub ubezwłasnowolnioną częściowo albo całkowicie. Decyzję o złożeniu wniosku podjąć może także sąd opiekuńczy, jeżeli jeden z rodziców, będących przedstawicielami ustawowymi małoletniego pokrzywdzonego, sprzeciwi się wnioskowi złożonemu przez drugiego z nich¹⁵². Dodatkowo, w myśl uchwały SN z 17 grudnia 1970 r.: jeżeli „przedstawiciel ustawowy albo osoba, pod której stałą pieczę pokrzywdzony pozostaje, nie składa – z naruszeniem dobra małoletniego – takiego wniosku, sąd opiekuńczy wydaje odpowiednie zarządzenie [...]”¹⁵³. Z kolei na gruncie wyroku SN z 5 stycznia 1973 r. za skuteczny uznawany będzie wniosek o ściganie, który złożyła osoba upośledzona umysłowo (uściślając, Sąd Najwyższy wspomina konkretnie o osobie dotkniętej debilizmem), o ile nie została ona ubezwłasnowolniona¹⁵⁴. Artykuł 52 § 1 k.p.k. stanowi zaś, że w razie śmierci pokrzywdzonego prawa, które by mu przysługiwały, wykonywać mogą osoby najbliższe albo, jeżeli nie zostały ujawnione albo zmarły ich nie posiadał, prokuratur, działając przy tym z urzędu.

Zgodnie z art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k. brak wniosku o ściganie stanowi negatywną przesłanką procesową, co rodzi konsekwencję w postaci niemożności wszczęcia postępowania, a jeżeli już wszczęte zostało, to należy je umorzyć¹⁵⁵. SN w wyroku z 14 czerwca 2002 r. uznaje, że w sytuacji, gdy doszło do realizacji znamion dwóch przepisów karnych, gdzie jeden wymaga złożenia wniosku o ściganie, drugi zaś ścigany jest bezwarunkowo, brak stosownego wniosku w pierwszym przypadku wiąże się z obowiązkiem wyeliminowania z opisu stanu faktycznego elementów dotyczących czynu zabronionego objętego wnioskowym trybem ścigania¹⁵⁶.

Postulatem, który winien zostać poważnie przez ustawodawcę rozważony, jest sugestia, by z trybu wnioskowego, który art. 205 k.k. ustanawia wobec określonego katalogu zachowań realizujących znamiona art. 198 k.k., wyłączyć zachowania popełnione na szkodę osób, które w chwili czynu nie miały ukończonych 18 lat. Przemawia za tym chociażby dokonanie takiego

¹⁵² M. Bielski, *op. cit.*, s. 872.

¹⁵³ Zob. uchwała SN z 17 XII 1970 r., VI KZP 43/68, Lex, nr 18248.

¹⁵⁴ Zob. wyrok SN z 5 I 1973 r., III KR 192/72, Lex, nr 18564.

¹⁵⁵ Tak m.in. R. Krajewski, *Wątpliwości wokół przedmiotu ochrony przestępstwa zgwałcenia*, „Jurysta” 2006, nr 1, s. 19.

¹⁵⁶ Zob. wyrok SN z 14 VI 2002 r., II KKN 267/01, Lex, nr 54399. Podobnie: wyrok SN z 15 X 1986 r., V KRN 336/86, OSNPG 1987, nr 11, poz. 139.

wyłaczenia wobec § 2 i § 3 art. 199 k.k.¹⁵⁷ Ochrona małoletnich nie powinna doznawać tego typu ograniczeń, zwłaszcza wprowadzanych niekonsekwentnie (nawet jeżeli w ostateczności wniosek za pokrzywdzonego małoletniego złożyć może przedstawiciel ustawowy, o ile sam nie jest sprawcą albo cichym świadkiem zdarzenia, ewentualnie sąd opiekuńczy, który wpierw musiałby powziąć stosowne wiadomości).

XI. Podsumowanie rozważań

Zaprezentowane wywody stanowią próbę kompleksowego omówienia istotnych zagadnień wyłaniających się w procesie wykładni znamion art. 198 k.k. Z pewnością praktyczne znaczenie będzie mieć to, co organy stosujące prawo rozumieć będą pod pojęciem „bezradności”, którego pojawienie się w treści art. 198 k.k. postrzegam jako krok we właściwym kierunku. W mojej ocenie w formule „bezradności”, oprócz okoliczności o podłożu fizycznym lub fizjologicznym, umieścić można wiele zachowań stanowiących inne niż choroba psychiczna lub upośledzenie umysłowe zakłócenia czynności psychicznych, choć nie wszystkie, jako że nie w każdym przypadku w istocie muszą one powodować bezradność u danej osoby. Co więcej, należy mieć na względzie, że owa „bezradność” pokrzywdzonego w rozumieniu art. 198 k.k. nie musi się wiązać z występowaniem u niego braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, gdyż z treści art. 198 k.k. wynika bezsprzecznie, iż muszą to być następstwa choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, a zatem stanu alternatywnego wobec bezradności (aczkolwiek mogącego zaistnieć równocześnie z bezradnością, na co wskazuje użycie w przepisie spójnika „lub”), do którego wykorzystania doprowadza sprawca.

Nadto nie bez znaczenia dla sprawców czynów zabronionych atakujących wolność seksualną innych osób jest okoliczność, czy w istocie ich zachowanie może zostać zakwalifikowane jako jeden czyn realizujący jednocześnie znamiona zgwałcenia i seksualnego wykorzystania jednego ze stanów, o których mowa w art. 198 k.k. Pomimo tego, że moim zdaniem wyłączyć należy stosowanie takich zabiegów (skoro sprawca stosuje przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, to właśnie w ten sposób, a nie wykorzystując bezradność lub niepoczytalność, doprowadza inną osobę do czyn-

¹⁵⁷ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, [wyd. IV], Warszawa 2007, s. 400. Zwolennikiem tego postulatu jest M. Bielski, *op. cit.*, s. 873.

ności seksualnej), w praktyce sprawcy nadal muszą liczyć się z tym, że ich czyn oceniony zostanie z perspektywy obu tych przepisów łącznie. Nawet jeżeli finalnie nie będzie to miało wyraźnego odzwierciedlenia w sądowym wymiarze kary, wydaje się, że tak skonstruowana kwalifikacja prawna w większym stopniu stygmatyzuje sprawców. Stąd (o ile nie istnieją racjonalne przesłanki, by z tego zrezygnować) zmierzanie w stronę konsekwencji postrzegam, tak w kontekście art. 198 k.k., jak i *in genere*, jako nad wyraz pożądane, nawet jeśli w gruncie rzeczy niemożliwe do osiągnięcia w pełnym wymiarze.

