

Rozdział I. Przestępstwo zgwałcenia (art. 197 KK) i wykorzystywania seksualnego małoletnich (art. 200 KK) – uwagi jurydyczne

§ 1. Przestępstwo zgwałcenia w polskim Kodeksie karnym

I. Uwagi ogólne

Merytoryczne rozważania niniejszej pracy wypada zacząć od jurydycznej analizy przestępstwa zgwałcenia na gruncie aktualnie obowiązującego w Polsce KK. Nie sposób bowiem omawiać sposobów prawnokarnej reakcji na określone przestępstwo (w wypadku niniejszej pracy zgwałcenie i seksualne wykorzystanie małoletniego) bez uprzedniego omówienia, jakie zachowania są przez ustawodawcę zdefiniowane jako czyny zabronione pod groźbą kary.

Przestępstwo zgwałcenia jest typem czynu zabronionego określonym w art. 197 KK. Treść wspomnianego przepisu jest następująca:

Art. 197. § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 2. Jeżeli sprawca, w sposób określony w § 1, doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia:

- 1) wspólnie z inną osobą,
- 2) wobec małoletniego poniżej lat 15,
- 3) wobec wstępnego, zstępного, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

§ 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1–3 działa ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5.

Obecne brzmienie tego przepisu jest wynikiem nowelizacji przepisu art. 197 KK dokonanej ZmKK09 zmieniającą KK z dniem 8.6.2010 r. Wspomniana nowelizacja przyniosła wprowadzenie do Kodeksu karnego dwóch nowych typów kwalifikowanych zgwałcenia: tzw. zgwałcenia pedofilskiego (art. 197 § 3 pkt 2 KK) oraz zgwałcenia kazirodczego (art. 197 § 3 pkt 3 KK)¹. Pozostałymi typami kwalifikowanymi zgwałcenia – istniejącymi wszakże również przed omawianą nowelizacją są tzw. zgwałcenie zbiorowe (wspólnie z inną osobą, art. 197 § 3 pkt 1 KK) oraz zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem (art. 197 § 4 KK). Wszystkie typy kwalifikowane są zbrodniami.

Mówiąc o nowelizacjach art. 197 KK warto przyjrzeć się bliżej modyfikacjom, jakim ulegał ten przepis w okresie obowiązywania obecnej ustawy karnej. Tekst pierwotny omawianej jednostki redakcyjnej w chwili wejścia w życie KK stanowił:

Art. 197. § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 2. Jeżeli sprawca, w sposób określony w § 1, doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia określonego w § 1 lub 2, działając ze szczególnym okrucieństwem lub wspólnie z inną osobą, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

Na mocy ZmKK05 zmieniającej KK z dniem 26.9.2005 r. art. 197 KK uzyskał brzmienie:

Art. 197. § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 2. Jeżeli sprawca, w sposób określony w § 1, doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia wspólnie z inną osobą, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

¹ M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Lex 2010, komentarz do art. 197 KK; zob. także H. Myśliwiec, Zgwałcenie pedofilskie i kazirodczne – charakterystyka nowych kwalifikowanych typów zgwałcenia, CZPKiNP 2010, Rok XIV, z. 3, s. 73–100.

§ 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1–3 działa ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5.

Wspomnianą nowelizacją podniesiono dolny – z jednego na dwa lata – i górny – z dziesięciu na dwanaście lat – próg zagrożenia ustawowego za typ podstawowy zgwałcenia w § 1. Zmieniono także ustawowe zagrożenie za typ przewidziany w § 2. Poprzednio grożącą karą była kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, zaś w wyniku dokonanej nowelizacji zagrożenie karą pozbawienia wolności wynosi od 6 miesięcy do lat 8. W miejsce § 3 w brzmieniu: „Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia określonego w § 1 lub 2, działając ze szczególnym okrucieństwem lub wspólnie z inną osobą, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12”, wprowadzono § 3 i 4, których treść przywołana jest wyżej. Jak wspomniano, obecne brzmienie stanowi wynik nowelizacji przepisu art. 197 KK dokonanej ZmKK09.

Już pobieżna analiza modyfikacji, jakim ulegał przepis art. 197 KK, pozwala stwierdzić, że cała aktywność ustawodawcy, w zakresie dotyczącym jurydycznej konstrukcji przestęstwa zgwałcenia, ograniczyła się do podniesienia progu ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności oraz wprowadzenia nowych typów kwalifikowanych. Wprowadzane zmiany z całą pewnością nie są w doktrynie oceniane pozytywnie. Nie brak jest głosów, że powodują one coraz większą kazuistykę KK, zaś całość zawartości kryminalnej czynu, przy dopuszczeniu się przez sprawcę zgwałcenia małoletniego poniżej 15. roku życia lub tzw. zgwałcenia kazirodczego, pozwalała odzwierciedlić instytucja kumulatywnej kwalifikacji². Nieco łagodniejsze stanowisko zajął A. Marek wskazując, iż: „o ile zaostrzenie karalności zgwałcenia małoletniego poniżej lat 15 jest zrozumiałe, to w pozostałym zakresie propozycję tę uznać należy za wysoce kontrowersyjną, zwłaszcza, że wiążą się z nią daleko idące konsekwencje wprowadzone również przez wymienioną nowelizację”³.

Na wstępie należy zwrócić uwagę na pewną istotną różnicę terminologiczną pomiędzy pojęciami „zgwałcenie” i „gwałt”. Drugie z wymienionych pojęć utożsamiać należy z użyciem przez sprawcę przemocy, podczas gdy pierwsze z nich oznacza realizację znamion typu czynu zabronionego z art. 197 KK⁴. Takie rozróżnienie przyjęte zostało w niniejszej pracy i będzie konsekwentnie stosowane.

² M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Lex, komentarz do art. 197 KK.

³ A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Lex 2010, komentarz do art. 197 KK.

⁴ M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 575; zob. także J. Warylewski, Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej, s. 27.

II. Przedmiot ochrony

Jak wskazuje się w piósmiennictwie, indywidualny przedmiot ochrony w art. 197 KK stanowi wolność seksualna, rozumiana jako wolność „od” wszelkich nacisków w przedmiocie podejmowania decyzji w zakresie stosunków seksualnych, a więc wolność od przymusu w sferze zachowań seksualnych⁵. Ochrona wolności seksualnej w art. 197 KK zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem SN obejmuje prawo decydowania o miejscu, czasie, sposobie i innych warunkach podejmowanej aktywności seksualnej⁶. Zgwałcenie jest niezwykle jaskrawym przejawem naruszenia tak rozumianej wolności seksualnej, bowiem w wypadku zastosowania wobec ofiary środków oddziaływania wymienionych w art. 197 KK, nie dochodzi w ogóle do podjęcia przez nią swobodnej decyzji woli w przedmiocie jej (jego) życia seksualnego⁷. Zaznaczyć trzeba, że w orzecznictwie SN wielokrotnie podkreślono, iż na gruncie obecnie obowiązującego KK nie jest relewantne, w jakim celu sprawca działał, istotne jest natomiast to, czy swoim zachowaniem – odpowiadającym ustawowemu opisowi – dopuścił się zamachu na wolność seksualną ofiary⁸. Warto w tym kontekście zwrócić uwagę, iż w sytuacji, w której sprawca nie godził w dobro prawne w postaci wolności seksualnej, wykluczona będzie odpowiedzialność karna z art. 197 KK, nawet jeśli jego zachowanie polegało na ingerencji w sferę integralności cielesnej w obrębie sfer intymnych innej osoby (np. oddychanie usta–usta czy wykonanie lewatywy)⁹. Godzi się wskazać także na wyr. SN z 26.10.2001 r., w którym stwierdzono, iż usunięcie owłosienia łonowego jako forma „grubiańskiego żartu” nie stanowiło realizacji znamion art. 197 § 3 w zw. z § 2 KK, chociaż łączyło się z kontaktem sprawców z narządami płciowymi ofiary, gdyż nie było to zachowanie zmierzające do naruszenia wolności w sferze życia seksualnego, a co najwyżej stanowiło naruszenie netykalności cielesnej ofiary¹⁰. Warto zatem podkreślić, że w obecnym kształcie uregulowania znamion typu czynu opisanego w art. 197 KK odpowiedzialność

⁵ M. Rodzynkiewicz, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 598; zob. także M. Filar, Przepęstwo zgwałcenia, s. 54; I. Andrejew, Kodeks karny. Krótki komentarz, Warszawa 1986, s. 147.

⁶ Post. SN z 9.4.2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, Nr 7–8, poz. 53.

⁷ M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 577; zob. także M. Filar, w: I. Andrejew (red.), System prawa karnego, t. 4. Część 2, O przestępstwach w szczególności, Wrocław 1985, s. 155.

⁸ Tak m.in.: wyr. SN z 10.10.2007 r., III KK 116/07, Legalis oraz post. SN z 9.4.2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, Nr 7–8, poz. 53.

⁹ M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 590.

¹⁰ Wyr. SN z 26.10.2001 r., WA 25/01, OSNKW 2002, Nr 1–2, poz. 6.

karna sprawcy za przepęstwo zgwałcenia jest uzależniona od dopuszczenia się zamachu na wolność seksualną osoby pokrzywdzonej, nie zaś od szczególnego nastawienia psychicznego sprawcy do swojego czynu przejawiającego się w działaniu w celu zaspokojenia popędu seksualnego. Do przepęstnego naruszenia wolności seksualnej może zatem dojść z motywów pozaseksualnych¹¹.

III. Znamiona strony przedmiotowej czynu zabronionego

1. Podmiot czynu zabronionego

Przepęstwo z art. 197 KK jest przepęstwem powszechnym, jego sprawcą może być więc każdy człowiek. W kontekście odpowiedzialności karnej za przepęstwo zgwałcenia warto także pamiętać o treści art. 10 § 2 KK statuującego odpowiedzialność karłą osoby powyżej 15 lat za popełnienie zgwałcenia w warunkach określonych w art. 197 § 3 oraz 4 KK¹².

2. Znamiona określające czynność sprawczą

Przystępując do omówienia i analizy znamion przepęstwa zgwałcenia należy wskazać, iż w doktrynie prawa karnego wyróżnia się niewypowiedziane znamię tego typu czynu zabronionego, jakim jest brak zgody pokrzywdzonego. Jest konstatacją tyleż istotną, co oczywistą, że przyzwolenie (wyrażenie zgody) na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną wyklucza kryminalną bezprawność zachowania opisanego w art. 197 KK¹³. Warto podkreślić, że brak zgody musi istnieć w chwili czynu¹⁴ i – co do zasady – powinien być w jakiś sposób zwerbalizowany lub chociaż uzewnętrzniiony¹⁵.

Niewątpliwie najbardziej interesujące z punktu widzenia problematyki poruszanej w niniejszej pracy są znamiona określające czynność sprawczą. Ważne jest bowiem, aby właściwie nakreślić, jakie zachowania w polskim prawie karnym kwalifikowane są jako zgwałcenie. Nie ulega wątpliwości, że w ter-

¹¹ M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 591.

¹² Zob. M. Rodzyńkiewicz, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 598.

¹³ J. Warylewski, w: A. Wąsek (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 1, Warszawa 2004, s. 756; J. Warylewski, Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej, s. 26; O. Górniok, w: O. Górniok (red.), Kodeks karny. Komentarz, t. 2. Art. 117–363, Gdańsk 2005, s. 201; M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny s. 591–592; zob. także M. Filar, Przepęstwo zgwałcenia, s. 86.

¹⁴ Tak m.in. wyr. SN z 18.7.1980 r., III KR 149/80, Legalis oraz wyr. SN 13.2.1979 r., III KR 241/78, Legalis.

¹⁵ J. Warylewski, w: A. Wąsek (red.), Kodeks karny, s. 756.

minologii, jaką posługuje się polska ustawa karna w odniesieniu do znamion określających czynność sprawczą przępstwa zgwałcenia, występują pojęcia nieostre. Zarówno bowiem odnośnie pojęcia „obcowanie płciowe”, jak i „inna czynność seksualna” nie zostały sformułowane na gruncie polskiego KK definicje legalne, co stwarza stosunkowo dużo miejsca dla doktryny i orzecznictwa w ustaleniu zakresu znaczeniowego tych pojęć¹⁶. Podkreśla się także, iż często-kroć do ustalenia, czy czynność ma charakter seksualny, konieczne jest odwo-łanie się do ocen kulturowych¹⁷.

Artykuł 197 § 1 i 2 KK przewiduje dwa typy zasadnicze zgwałcenia. Zna-miona czynności wykonawczej obu tych typów mają charakter złożony. Do-prowadzenie do obcowania płciowego (§ 1) bądź do innej czynności seksual-nej (§ 2) musi być wynikiem zastosowania przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp¹⁸. Warunkiem realizacji znamion tych typów jest to, żeby przy pomocy ściśle określonych środków oddziaływania na wolę ofiary doszło do przełamania lub wyeliminowania jej oporu co do podjęcia danej czynności seksualnej¹⁹. Z wykładni znamienia czynnościowego „doprowadza” wynika, że przępstwo zgwałcenia nie jest na gruncie polskiego KK tzw. prze-stępstwem własnoręcznym. Dla realizacji jego znamion nie jest zatem ko-nieczne, aby sprawca był stroną kontaktów seksualnych podjętych z ofiarą. Istotą zgwałcenia jest doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, nie zaś udział w takiej aktywności²⁰.

W doktrynie prawa karnego panuje zgoda, iż desygnatem pojęcia „obco-wanie płciowe” jest zarówno prawidłowy stosunek seksualny (spółkowanie), jak również różnie definiowane surogaty (ekwiwalenty) stosunków płciowych, a więc wszelkie formy kontaktu seksualnego równoważne spółkowaniu²¹. Cho-dzi zatem o stosunki analogiczne do spółkowania, o takie akty seksualnej pe-

¹⁶ M. Rodzinkiewicz, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 598 i n.

¹⁷ Tak m.in. uchw. SN z 19.5.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7–8, poz. 37; zob. także M. Rodzinkiewicz, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 598 i n.; M. Filar, Przępstwa seksualne, s. 150; odmiennie J. Warylewski Przępstwa przeciwko wolności seksualnej, s. 56.

¹⁸ M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 593; M. Filar, Przępstwo zgwałcenia, s. 86.

¹⁹ O. Górniok, w: O. Górniok (red.), Kodeks karny, s. 201.

²⁰ M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 593; J. Piórkowska-Flieger, w: T. Bojarski (red.), Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2008, s. 379.

²¹ Zob. m.in. M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 580; A. Marek, Komentarz do Kodeksu karnego, Lex, komentarz do art. 197 KK; J. Piórkowska-Flieger, w: T. Bojarski (red.), Ko-deks karny, s. 378; M. Filar, Przępstwa seksualne, s. 42; J. Warylewski, Przępstwa przeciwko wolności seksualnej, s. 51.

netracji naturalnych otworów ciała ludzkiego, które imitują spółkowanie²². Wspomniane formy kontaktu seksualnego ekwiwalentne i równoważne spółkowaniu są w doktrynie definiowane nieco różnie. Zdaniem *M. Rodzynkiewicza*, zgwałcenie z art. 197 § 1 KK ma miejsce, gdy czynność sprawcza polega na bezpośrednim kontakcie płciowym ciała sprawcy z organami płciowymi ofiary lub też z tymi częściami jej ciała, które sprawca traktuje równoważnie i na których lub za pomocą których wyładowuje swój popęd seksualny²³. Na nieco odmiennym stanowisku staje *M. Filar*, który wskazuje, że dla uznania czynności za surogat stosunku seksualnego konieczny jest „bezpośredni kontakt płciowych części ciała jednego z uczestników aktu z częściami ciała drugiego uczestnika, które wprawdzie obiektywnie płciowymi nie są, lecz które sprawca traktuje jako ekwiwalentne częściom płciowym, wyładowując za ich pośrednictwem swoje libido”²⁴. Jakkolwiek *J. Warylewski* nie podaje definicji znamienia „obcowanie płciowe”, to jednak wskazuje na pewne cechy tej formy kontaktu seksualnego, przyjmując, że „aby uznać jakieś zachowanie za obcowanie płciowe, to warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym, jest zaangażowanie w nie narządów płciowych przynajmniej jednej osoby (sprawcy lub pokrzywdzonego)”, przy czym – jak podkreśla wspomniany autor – takie kontakty jedynie mogą przybierać formę aktów „seksualnej penetracji naturalnych otworów ciała ludzkiego, które imitują spółkowanie”²⁵. Jak trafnie zauważa *M. Bielski*, każdy z przywołanych autorów, jako bezwzględny wymóg przyjęcia, że doszło do obcowania płciowego, wskazuje na konieczność zetknięcia się ciał uczestników aktu seksualnego²⁶.

W orzecznictwie kwestię tę ujmuje się nieco szerzej – pod pojęciem „obcowanie płciowe” rozumie się bowiem także takie czynności, które nie łączą się z bezpośrednim kontaktem fizycznym pomiędzy uczestnikami danej czynności. Warunkiem uznania takiego kontaktu za obcowanie płciowe jest zaangażowanie w czasie danego aktu seksualnego narządów płciowych ofiary lub

²² *J. Warylewski*, Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej, s. 52.

²³ *M. Rodzynkiewicz*, w: *A. Zoll* (red.), Kodeks karny, s. 600.

²⁴ *M. Filar*, w: *M. Bojarski*, *M. Filar*, *W. Filipkowski*, *O. Górniok* (red.), *P. Hofmański*, *M. Kalitowski*, *A. Kamiński*, *E. Pływaczewski*, *W. Radecki*, *Z. Sienkiewicz*, *Z. Siwik*, *L. Tyszkiewicz*, *A. Wąsek*, *L. Wilk*, *L.K. Paprzycki*, *R.A. Stefański*, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2006, s. 642, teza 2 do art. 197 KK; *M. Filar*, Przepęstwa seksualne w nowym kodeksie karnym, w: Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze, Warszawa 1997, s. 20.

²⁵ *J. Warylewski*, w: *A. Wąsek* (red.), Kodeks karny, s. 826.

²⁶ *M. Bielski*, w: *A. Zoll* (red.), Kodeks karny, s. 595; *M. Bielski*, Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym, CzPKiNP 2008, z. 1, s. 221 i n.

ich surogatów. Warto przyjrzeć się bliżej, jaki zakres wspomnianych „surogatów stosunków płciowych”, stanowi, zdaniem orzecznictwa, realizację znamion przestępstwa zgwalcenia. Za obcowanie płciowe uznano m.in. stosunek płciowy oralny²⁷, wkładanie ręki do narządów rodnych kobiety²⁸, wprowadzenie wibratora w kształcie członka do pochwy i odbytu ofiary²⁹, jak również włożenie szyjki butelki do odbytu ofiary³⁰. Jak trafnie podsumowuje M. Bielski, wydaje się, że w orzecznictwie daje się zaobserwować tendencję do uznawania za obcowanie płciowe także i takich kontaktów, w czasie których sprawca dopuszcza się penetracji ciała ofiary za pomocą martwych przedmiotów, które jednak mogą być uważane za surogat męskich narządów płciowych³¹. Należy zatem z aprobatą odnieść się do definicji doktrynalnej, którą konstruuje M. Bielski, iż: „obcowanie płciowe to czynność seksualna, w czasie której dochodzi do penetracyjnego zaangażowania żeńskich lub męskich narządów płciowych po stronie ofiary lub do penetracyjnego zaangażowania innych naturalnych otworów ciała ofiary, które mogą zostać potraktowane jako surogat żeńskich narządów płciowych, niezależnie od płci ofiar”³². Przyjęcie wspomnianej definicji prowadzi do wniosku, iż ocena, czy dane zachowanie ma charakter obcowania płciowego, powinna koncentrować się na naruszeniu integralności cielesnej ofiary przez wykazanie, że nastąpiło bądź penetracyjne zaangażowanie jej narządów płciowych (żeńskich lub męskich), bądź tych części jej ciała, które mogą stanowić surogat żeńskich narządów płciowych³³. Surogatami żeńskich narządów płciowych są odbyt (*coitus in anum*) i otwór gębowy (*coitus in ore* w formie *fellatio*), gdyż z uwagi na swoje fizjologiczne cechy w czasie kontaktu seksualnego mogą pełnić podobną funkcję jak żeńskie narządy płciowe³⁴. Zasadnym wydaje się poczynić uwagę, iż otwór gębowy można uznać za surogat żeńskiego narządu płciowego tylko w sytuacjach stosunku oralnego w formie *fellatio* – tj. w sytuacji, gdy dochodzi do penetracji tegoż otworu męskim narządem płciowym, nie zaś przedmiotem martwym. Z uwagi na brak fizycznego podobieństwa z żeńskimi narządami płciowymi wydaje się,

²⁷ Wyr. SA w Katowicach z 13.5.2004 r., II AKa 75/04, KZS 2004, z. 9, poz. 58.

²⁸ Wyr. SA w Katowicach z 9.11.2007 r., II AKa 323/06, KZS 2007, z. 1, poz. 62.

²⁹ Wyr. SA w Katowicach z 19.4.2007 r., II AKa 40/07, KZS 2007, z. 11, poz. 42.

³⁰ Wyr. SA w Katowicach z 15.11.2006 r., II AKa 328/06, KZS 2007, z. 5, poz. 64; podobnie wyr. SN z 26.10.2001 r., WA 25/01, OSNKW 2002, Nr 1–2, poz. 6.

³¹ M. Bielski, Wykładnia znamion, s. 221 i n.

³² M. Bielski, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 596.

³³ *Ibidem*, s. 598.

³⁴ J. Warylewski, Przesłępstwa przeciwko wolności seksualnej, s. 51.

że nie można uznać za ich surogaty uszu, nosa, czy oczu³⁵. Jakkolwiek J. Warylewski podnosi, iż „zawsze istnieć będą wątpliwości, czy stosunek dopachowy (*coitus in aksila*), stosunek międzyzudowy (*coitus femoralis*), *cinepimastria* były dla sprawcy surogatem spółkowania”³⁶ to jednak wydaje się, że we wskazanych przypadkach nie można jednak mówić o obcowaniu płciowym³⁷.

Należy również wspomnieć też, że warunkiem uznania czynności seksualnej za obcowanie płciowe nie jest *immisio penis* ani ejakulacja³⁸, a także iż w zakresie pojęcia „obcowanie płciowe” mieści się również podjęcie penetrującego stosunku z osobą o nierozwiniętych narządach płciowych³⁹.

Znamieniem jeszcze bardziej niedookreślonym niż „obcowanie płciowe” jest „inna czynność seksualna”. Wydaje się zasadnym, aby punktem wyjścia analizy wspomnianego wyżej pojęcia uczynić stwierdzenie, które znalazło się w wielokrotnie już powoływanym orzeczeniu SN, którego zdaniem „inną czynnością seksualną jest takie zachowanie, które nie mieści się w pojęciu obcowania płciowego i związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, a polega na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary”⁴⁰. Ów kontakt cielesny sprawcy i ofiary (lub cielesne, seksualne zaangażowanie ofiary) przeważnie dotyczyć będzie intymnych sfer ludzkiego ciała. Sfery te, z którymi kontakt lub których zaangażowanie prowadzić będzie najczęściej do uznania zachowania za inną czynność seksualną, to takie części ludzkiego ciała, które powszechnie uważane są za stymulatory seksualne, nawet jeśli fizjologicznie nie są przeznaczone do kontaktów seksualnych (wskazać można zatem na sfery waginalne, sfery genitalne, okolice odbytu lub kbiece piersi). Inną czynnością seksualną niestanowiącą obcowania płciowego są zatem w szczególności przywołane wyżej stosunki oralne w formie *cunnilingus*, stosunek dopachowy (*coitus in aksila*), stosunek międzyzudowy (*coitus femoralis*), *cinepimastria*, onanizowanie ofiary przez inną osobę, zmuszanie ofiary do onanizowania innej osoby czy onanizowania się przez ofiarę, niepenetracyjny kontakt z narządami płciowymi lub odbytem ofiary, dotykanie

³⁵ J. Warylewski, w: A. Wąsek (red.), Kodeks karny, s. 827.

³⁶ J. Warylewski, Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej, s. 54.

³⁷ M. Bielski, Wykładnia znamion, s. 225–226.

³⁸ Tak m.in. uchw. SN z 19.5.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7–8, poz. 37; wyr. SA w Katowicach z 15.11.2006 r., II AKA 328/06, KZS 2007, z. 5, poz. 64.

³⁹ Wyr. SN z 30.7.1986 r., Rw 530/86, KZS 1996, z. 1, poz. 58.

⁴⁰ Uchw. SN z 19.5.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7–8, poz. 37.

piersi ofiary oraz wykonywanie wszelkich podobnych manipulacji w obrębie sfer intymnych⁴¹.

Z uwagi na znaczną niedookreśloność znamienia „inna czynność seksualna” warto wskazać na pogląd wyrażony w uchw. SN z 19.5.1999 r., w myśl którego „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” to znamiona przedmiotowe, które powinny być zatem rozpatrywane w takim właśnie (tj. przedmiotowym) kontekście, bez wiązania ich z celem działania sprawcy. Problem jednak polega i na tym, iż taka sama – z czysto przedmiotowego punktu widzenia – czynność raz będzie stanowiła zachowanie całkowicie pozbawione zabarwienia seksualnego, innym razem zaś będzie czynnością o niewątpliwie seksualnym wyrazie i intencji (np. takie same, przedmiotowo, pieszczoty osoby najbliższej w stosunku do dziecka, a pieszczoty pedofila w stosunku do małoletniego). Tak więc, przy ustalaniu znamienia „innej czynności seksualnej”, *in concreto* niejednokrotnie nie da się uniknąć rzutowania ocen o charakterze podmiotowym na płaszczyznę przedmiotową. Warto w tym kontekście wskazać też na słuszne spostrzeżenie, że o tym, czy dana czynność jest, czy też nie jest „czynnością seksualną”, decydować mogą także, a w niektórych przypadkach przede wszystkim, oceny kulturowe⁴².

W doktrynie postuluje się wąską wykładnię znamienia „inna czynność seksualna”, co wydaje się być stanowiskiem zasadnym. *M. Rodzynkiewicz* wskazuje m.in., że termin ten nie powinien obejmować wszystkich form tzw. molestowania seksualnego⁴³. Eliminacja pewnych drobnych kategorii zachowań seksualnych (jak m.in. wymuszenie pocałunku, uszczyknięcie w pośladek, złapanie za „kolanko”) ze sfery desygnatów omawianego pojęcia może zostać zapewniona poprzez ograniczenie definicji tego znamienia jedynie do takich form kontaktu cielesnego lub takiego zaangażowania cielesnego sprawcy albo ofiary, którego przedmiotem są sfery intymne ludzkiego ciała⁴⁴.

Ponieważ art. 197 § 2 KK posługuje się dwoma znamionami czasownikowymi w odniesieniu do innej czynności seksualnej, zasadnym jest krótkie odniesienie się do tych znamion. Poddanie się innej czynności seksualnej (sytuacja, gdy ofiara została doprowadzona do znoszenia określonego zachowania sprawcy), obejmuje przypadki, gdy sprawca dotyka narządów płciowych ofiary (nawet przez bieliznę czy odzież) lub inne zachowania sprawcy, których do-

⁴¹ *M. Bielski*, Wykładnia znamion, s. 227.

⁴² Uchw. SN z 19.5.1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, Nr 7–8, poz. 37.

⁴³ *M. Rodzynkiewicz*, w: *A. Zoll* (red.), Kodeks karny, s. 602.

⁴⁴ *M. Bielski*, w: *A. Zoll* (red.), Kodeks karny, s. 601.

puszcza się on w zetknięciu lub kontakcie z ciałem ofiary (np. niektóre pieszczoty lub pewne pocałunki). Zachowania te najczęściej (aczkolwiek nie zawsze) zmierzają do pobudzenia lub zaspokojenia popędu płciowego sprawcy. Z kolei wykonanie innej czynności seksualnej (istotą jest tutaj zmuszenie ofiary do określonej aktywności seksualnej, której przedmiotem może być ciało sprawcy albo też ciało samej ofiary) przez pokrzywdzonego, to m.in. obnażanie się, samogwałt, odbycie stosunku ze zwierzęciem (sodomia) lub osobą martwą (nekrofilia). Zauważyć trzeba, że we wskazanych przypadkach ofiara nie dotyka sprawcy i sprawca nie dotyka ciała ofiary. Podkreśla się jednak w literaturze, iż poddanie się czynności seksualnej bądź wykonanie takiej czynności nie wymaga w każdym przypadku kontaktu fizycznego sprawcy bądź innej osoby z ciałem ofiary⁴⁵.

Kolejnymi elementami stanowiącymi znamiona przestępstwa z art. 197 KK są przemoc, groźba bezprawna i podstęp. Przemoc polega na oddziaływaniu pewnymi środkami fizycznymi, nakierowanym na przełamanie lub uniemożliwienie oporu ofiary, które ma na celu bądź niedopuszczenie do swobodnego powstania i wykonania aktu woli ofiary, bądź odpowiednie nastawienie jej procesów motywacyjnych w kierunku podjęcia zachowania pożądanego przez sprawcę⁴⁶. W pojęciu przemocy mieści się zarówno przemoc wobec osoby (przemoc bezpośrednia), jak i przemoc wobec rzeczy (przemoc pośrednia), o ile tylko użycie siły fizycznej zmierza do oddziaływania na proces decyzyjny osoby, której wolę chce przełamać sprawca, albo też gdy powoduje zupełne wyłączenie możliwości podjęcia swobodnej decyzji woli (np. uderzenie prowadzące do utraty przytomności)⁴⁷. Przemoc wobec osoby może polegać na bezpośrednim oddziaływaniu na ciało człowieka (pokrzywdzonego lub osoby trzeciej) w postaci *vis absoluta*, gdy zastosowanie siły fizycznej prowadzi do pozbawienia ofiary możliwości swobodnego ruchu, jak i w postaci *vis com-*

⁴⁵ J. Warylewski, w: A. Wąsek (red.), Kodeks karny, s. 777–778.

⁴⁶ M. Rodzyńkiewicz, w: A. Zoll (red.), Kodeks karny, s. 603; zob. też wyr. SN z 12.8.1974 r., Rw 403/74, OSNKW 1974, Nr 11, poz. 216.

⁴⁷ M. Filar, Przepęstwa seksualne, s. 166; O. Górniok, w: O. Górniok (red.), Kodeks karny, s. 202; M. Mozgawa, w: M. Mozgawa (red.), Kodeks karny. Praktyczny komentarz, Warszawa 2007, s. 385; B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, Przepęstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2001, s. 94; R. Stefański, Prawo karne materialne część szczególna, Warszawa 2009, s. 252–253; A. Marek, Kodeks karny. Komentarz, Warszawa 2010, s. 449.