

Anna Chodorowska

Typy kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia

Studia Prawnoustrojowe nr 19, 5-22

2013

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

Artykuły

Anna Chodorowska

Katedra Prawa Karnego Materialnego

Wydział Prawa i Administracji UWM

Typy kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia

Aktualnie obowiązujący kodeks karny w ramach czynów uregulowanych w art. 197 § 1-4 k.k. obok typów podstawowych zgwałcenia (art. 197 § 1 i 2 k.k.) wyodrębnia również typy kwalifikowane, mianowicie: zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem (§ 4), działanie wspólnie z inną osobą, tzw. zgwałcenie zbiorowe (§ 3), a po nowelizacji ustawy z 5 listopada 2009 r. także zgwałcenie małoletniego poniżej 15 roku życia, tzw. zgwałcenie pedofilskie (§ 3) oraz zgwałcenie kazirodcze wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry (§ 3) bez względu na ich wiek¹.

Nowe typy kwalifikowane zagrożone zostały taką samą karą jak zgwałcenie zbiorowe, tj. od lat 3 pozbawienia wolności². Nowelizacją kodeksu karnego z 2009 r. dokonano więc zaostrzenia odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, skierowane przeciwko małoletnim poniżej 15 roku życia, jak również przeciwko członkom najbliższej rodziny. Należy zaznaczyć, iż przestępstwo obcowania płciowego z małoletnim na podstawie art. 200 k.k. zagrożone jest karą pozbawienia wolności od lat 2 do 12, zaś przestępstwo kazirodztwa z art. 201 k.k. karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności. Tym samym zarówno przestępstwo określone w art. 200 k.k., jak i 201 k.k. stanowi występki, zaś nowe typy kwalifikowane – zbrodnie. W wypadku zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem zagrożenie karne jest znacznie podwyższone – od lat 5 pozbawienia wolności – w porównaniu z pozostałymi typami kwalifikowanymi przestępstwa zgwałcenia.

Na przestrzeni ostatnich kilkunastu lat obserwuje się zdecydowaną ewolucję poglądu ustawodawcy na temat zagrożenia karą poszczególnych

¹ Zmiany te weszły w życie 8 czerwca 2010 r. (Dz.U. z 2009 r., nr 206, poz. 1589). Zob. także: Druk sejmowy z 2008 r., nr 1276.

² Dz.U z 2009 r., nr 206, poz. 1589.

typów zgwałcenia. Pierwotnie najsurowsze granice sankcji, tj. od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, odniesione były do zgwałcenia kwalifikowanego, obecnie przypisane są do typu podstawowego tego przestępstwa z art. 197 § 1 k.k.

Pierwszym typem kwalifikowanym przestępstwa z art. 197 k.k., który penalizuje odpowiedzialność sprawcy zgwałcenia, jest **działanie ze szczególnym okrucieństwem**. Należy wskazać, iż na gruncie obowiązującego kodeksu karnego „szczególne okrucieństwo” jako znamię kwalifikowanego typu czynu zabronionego występuje również w wypadku typów kwalifikowanych przestępstw: zabójstwa (art. 148 § 2 ust. 1 k.k.), znęcania się (art. 207 § 2 k.k.), znęcania się nad osobą pozbawioną wolności (247 § 2 k.k.) oraz z części wojskowej kodeksu: znęcania się nad podwładnym (352 § 2 k.k.)³. Wspólna wykładnia naukowa i sądowa tego znamienia w odniesieniu do wskazanych przepisów jest możliwa tylko do pewnego stopnia. Należy w każdym z tych przestępstw uwzględnić różnice w sposobie, celu i następstwach działania sprawcy oraz w przedmiocie ochrony, jak również w relacjach między sprawcą a osobą pokrzywdzoną⁴.

Szczególne okrucieństwo jako ustawowe znamię zgwałcenia przewidzianego w art. 197 § 4 k.k. jest znamieniem nieostrym i ocennym, a wykładnia tego pojęcia zarówno w orzecznictwie, jak i doktrynie ma jedynie charakter kauzalny⁵.

Zdaniem Sądu Najwyższego, próby stworzenia teoretycznych definicji „szczęólnego okrucieństwa”, oderwanych od stanów faktycznych, mogą mieć jedynie charakter przykładowy, a nie uniwersalny, co nie pomniejsza jednak ich wartości i przydatności w tym właśnie charakterze. Punktem wyjścia – stwierdza dalej Sąd Najwyższy – do podjęcia analizy konkretnej sytuacji w aspekcie ewentualnej możliwości przypisania szczególnego okrucieństwa jest zwłaszcza taki sposób działania sprawcy, który wskazuje wyraźnie nie tylko na naruszenie sfery wolności seksualnej osoby pokrzywdzonej, ale nadto na zamach skierowany przeciwko innym dobrom osobistym ofiary⁶. Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Łodzi, najważniejsze wydaje się każdorazowo badanie, czy sprawca zmierza tylko do naruszenia sfery wolności seksualnej osoby pokrzywdzonej, czy dokonuje jeszcze świadomego zamachu na inne dobro prawem chronione. Dopiero zaistnienie tego zamachu upoważnia do rozważenia tej sytuacji pod kątem zaistnienia szczególnego okrucieństwa.

³ „Szczególne okrucieństwo” pojawia się nie tylko w obowiązującym stanie prawnym na gruncie kodeksu karnego, ale także w przepisach pozakodeksowych, np. art. 35 ust. 2 ustawy o ochronie zwierząt.

⁴ Zob. R. Kokot, *Zabójstwo ciężkie (kwalifikowane) w nowym kodeksie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 1997, nr 11, s. 20; także: A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 8, s. 513.

⁵ Zob. wyroki SA w Lublinie z dnia 12 czerwca 2001 r., II AKa 102/01, KZS 2002, z. 7–8, poz. 58; z 12 kwietnia 2001 r., II AKa 59/01, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 2, poz. 12.

⁶ Wyrok SN z 14 maja 1972 r., V KRN 33/72, OSNKW 1972, nr 9, poz. 136.

Szczególne okrucieństwo jako znamię ocenne winno być zdaniem Sądu przypisane tylko zachowaniom wyjątkowo drastycznym i odrażającym⁷.

W doktrynie i orzecznictwie Sądu Najwyższego zarysowało się pięć zasadniczych kierunków interpretacyjnych tego pojęcia, które może wyrażać się w postaci:

- poważnych i daleko idących skutków przestępstwa, przejawiających się w znacznej dolegliwości fizycznej lub następstw w psychice ofiary⁸,
- intensywności zastosowanych przez sprawcę środków przymusu, niewspółmiernych do stawianego przez ofiarę oporu⁹,
- szczególnego zabarwienia zamiaru sprawcy, mającego na celu nie tylko doprowadzenie do obcowania płciowego, ale również zmierzającego do poniżenia ofiary i zadania jej dodatkowego bólu¹⁰,
- sposobu i rodzaju zachowania sprawcy uznanego powszechnie za nieludzkie, wyjątkowo brutalne i drastyczne¹¹,
- szczególnych właściwości ofiary¹².

Zdaniem Sądu Apelacyjnego w Krakowie, ocena szczególnego okrucieństwa zgwałcenia przy uwzględnieniu wskazanych kierunków powinna uwzględniać dwa czynniki: czynnik subiektywny, objęty zamiarem sprawcy i przejawiany przezeń na zewnątrz oraz czynnik obiektywny, podlegający ocenie sądu. Dopiero zgodność obu tych aspektów oceny może prowadzić do stwierdzenia, czy sprawca wyczerpał znamię kwalifikujące jego działanie jako „szczególne okrutne”¹³.

⁷ Wyrok SA w Łodzi z 30 stycznia 2002 r., II AKa 230/01, Biuletyn PA w Łodzi 2003, nr 13, s. 11.

⁸ Zob. wyroki SN z 5 marca 1974 r., III KR 399/73, OSNKW 1974, nr 6, poz. 113; z 2 września 1971 r., IV KR 170/71, OSPiKA 1973, z. 8, poz. 360; z 22 stycznia 1971 r., IV KR 248/70, OSNPG 1971, nr 7-8, poz. 126, także: L. Falandysz, *Przestępstwa przeciwko wolności w dziedzinie życia seksualnego*, [w:] L. Lernell, K. Krukowski (red.), *Prawo karne. Część szczególna – wybrane zagadnienia*, Warszawa 1969, s. 59.

⁹ Zob. wyroki SN z 9 kwietnia 1971 r., IV KR 33/71, OSNPG 1971, nr 7-8, poz. 125; z 7 sierpnia 1979 r., IV KR 50/79, OSNPG 1980, nr 3, poz. 31; W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1978, s. 517–518.

¹⁰ Zob. wyroki SN z 2 listopada 1971 r., Biuletyn SN 1971, nr 12; z 19 grudnia 1979 r., VI KRN 348/78, OSNPG 1979, nr 10, poz. 129.

¹¹ Zob. wyrok SN z 28 maja 1979, II KR125/79, Lex nr 21815; wyrok SA w Krakowie z 29 grudnia 1997, II AKa 229/97, KZS 1998, z. 1, poz. 19; wyrok SA w Lublinie z 21 sierpnia 1997 r., II AKa 106/97, OSA 1998, nr 7-8, poz. 36.

¹² Zob. uchwała SN z 21 grudnia 1972 r., OSNKW 1973, nr 2-3, poz. 18. Jak słusznie zauważył SN, „Każde zgwałcenie nosi cechy brutalności, jego istotą jest bowiem stosowanie przemocy wobec ofiary, łączące się z przełamaniem jej oporu, często nawet z zagrożeniem życia, z zadawaniem obrażeń ciała. Cechy te jednak same w sobie nie uzasadniają jeszcze stwierdzenia okrucieństwa zgwałcenia. Dopiero, zdaniem Sądu, w przypadku zachowania o wyjątkowo wysokiej intensywności przemocy, cierpień wynikających z dręczenia ofiary, nie tylko ponad miarę przełamania oporu, ale także ponad wszelkie dające się zrozumieć odruchy, można mówić o szczególnym okrucieństwie”. Zob. wyrok SN z 13. listopada 1997 r., II AKa 210/97, KZS 1997, z. 11-12, poz. 48.

¹³ Zob. wyrok SA w Krakowie z 18 lipca 2002 r., II AKa 1982/02, KZS 2002, z. 9, poz. 12.

Według H. Rajzmana, szczególne okrucieństwo należy uznać za kategorię obiektywną, przy czym należy weryfikować zbyt daleko posunięte uzależnienie bytu szczególnego okrucieństwa od podmiotowych czynników zachowania sprawcy, takich jak „wyżywanie się” czy „zmierzenie do”. W przekonaniu autora wystarcza bezlitosność, wyjątkowo zacięte nastawienie sprawcy, nieczułe na objawiane przez pokrzywdzoną najdotkliwsze fizyczne lub psychiczne jej doznania¹⁴.

Natomiast zdaniem I. Andrejewa, szczególne okrucieństwo oznacza świadome wyrządzanie dolegliwości fizycznych lub moralnych znacznie większych od tych, które są właściwe każdemu zgwałceniu. Dlatego też, zdaniem cytowanego autora, o przyjęciu szczególnego okrucieństwa powinny decydować skutki działania sprawcy¹⁵.

Zgodnie z orzeczeniem Sądu Najwyższego, „Nic nie sprzeciwia się uznaniu działania sprawcy za szczególnie okrutne, chociażby skutek wystąpił lub nasilił się po ustaniu działania, jeżeli sprawca w chwili działania przewidywał ich nastąpienie i na to się godził [...], chodzi o całość zachowania się sprawcy od momentu, gdy w zamiarze doprowadzenia innej osoby do poddania się czynowi nierządnemu, podjął wobec niej określone działanie, aż do chwili, gdy osobę tę opuścił”¹⁶.

W doktrynie i orzecznictwie wskazuje się, że o szczególnym okrucieństwie decyduje nie sam skutek zachowania sprawcy, ale również rodzaj i sposób działania. Stanowisko takie wyraził m.in. M. Filar, stwierdzając, iż kryterium decydującym o przyjęciu „szczególnego okrucieństwa” powinien być sposób i rodzaj działania sprawcy, nie zaś skutek jego działania. Sprawca, działając „szczególnie okrutnie”, musi posługiwać się metodami uznanymi w powszechnym rozumieniu za nieludzkie, drastyczne, brutalne. Metodomsom takim zwykle towarzyszy znaczna dolegliwość wyrządzona ofierze, jednakże nie jest to jeszcze warunek do uznania szczególnego okrucieństwa. Czynnikiem decydującym, stwierdza autor, w takim przypadku powinna być obiektywna zdolność stosowanych przez sprawcę metod do wywołania znacznej dolegliwości, niezależnie od tego, czy taka dolegliwość w konsekwencji powstała, czy też nie¹⁷.

Podobnie wypowiedział się Sąd Najwyższy w wyroku z 17 grudnia 1970 r., stwierdzając, iż szczególne okrucieństwo w działaniu sprawcy wiąże się nie tyle ze skutkami czynu, ile przede wszystkim z rodzajem i sposobem działa-

¹⁴ H. Rajzman, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego materialnego*, „Nowe Prawo” 1972, nr 2, s. 281.

¹⁵ I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 148.

¹⁶ Wyrok SN z 16 stycznia 1975 r., IV KRN 45/74, OSNPG 1975, nr 4, poz. 44, s. 1.

¹⁷ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, [w:] *Nowa kodyfikacja karna. Krótkie komentarze*, z. 2, s. 24.

nia, tj. użytej przemocy, groźby lub podstępu dla przewyciężenia oporu osoby pokrzywdzonej lub doprowadzenia jej do zaniechania oporu¹⁸.

Do przyjęcia, że działanie sprawcy zgwałcenia ma cechy szczególnego okrucieństwa, nie jest konieczne posłużenie się przez sprawcę narzędziem niebezpiecznym dla życia i zdrowia ofiary albo uszkodzenie jej ciała¹⁹, albowiem zdaniem Sądu Najwyższego o działaniu ze szczególnym okrucieństwem decyduje całokształt okoliczności postępowania sprawcy, na skutek czego wyraża on świadomie ofierze zgwałcenia dodatkowe znaczne cierpienia fizyczne lub moralne, co sąd każdorazowo zobowiązany jest ustalić²⁰. Podobny pogląd wyraził w wyroku z 25 lipca 1996 r., Sąd Apelacyjny w Krakowie²¹. Jednakże ze stanowiska tego wycofał się w późniejszym orzeczeniu stwierdzając, że „dla oceny zgwałcenia jako szczególnie okrutnego, znaczenie istotne ma stwierdzenie w zachowaniu sprawcy zachowań znamiennej owym szczególnym okrucieństwem, a nie – choćby bardzo wysoki – stopień winy sprawcy”²².

W opinii Sądu Najwyższego, „szczególne okrucieństwo [...] może być w zależności od ustaleń faktycznych przypisane jednemu uczestnikowi, niektórym lub wszystkim uczestnikom zgwałcenia”²³. W późniejszym orzeczeniu tenże Sąd wskazał, iż „dla bytu przestępstwa zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem nie jest konieczne, by każdy ze sprawców działających wspólnie i w porozumieniu wykonywał czynności osobiście. Wystarczy, by chociażby jeden z nich podjął czynności świadczące o działaniu szczególnie okrutnym i zmierzającym do zmuszenia ofiary do odbycia z nim i z pozostałymi stosunku płciowego, a każdy z nich w granicach porozumienia akceptuje działanie pozostałych”²⁴. W opinii Sądu Apelacyjnego w Krakowie: „Szczególnym okrucieństwem w przestępstwie zgwałcenia jest również zachowanie polegające na uczestnictwie w wielokrotnym – w tym wynaturzonym – sposobie kontaktu seksualnego, w dręczeniu ofiary przez innego sprawcę, naigrawanie się z jej cierpienie oraz poniżenia”²⁵. Sposób działania sprawców polegający na wynaturzonej i odrażającej formie działania świadczyć winien jednoznacznie o tym, iż poza pobudkami seksualnymi kierowali się oni pobudkami mającymi na celu sponiewieranie godności pokrzywdzonej, jej udręczenie, spełnienie sadystycznych skłonności, okazując w ten sposób pogardliwy stosunek do zasad współżycia społecznego i porządku prawnego²⁶.

¹⁸ Wyrok SN z 17 grudnia 1970 r., IV KR 199/70, OSNKW 1971, nr 5, poz. 70.

¹⁹ Wyrok SN z 5 marca 1974 r., III KR 399/73, OSNKW 1974, nr 6, poz. 113.

²⁰ Zob. wyrok SN z 5 marca 1974 r., III KR 399/74, „Państwo i Prawo” 1975, nr 2, s. 173.

²¹ Wyrok SA w Krakowie z 25 lipca 1996 r., II AKa 188/96, KZS 1996, z. 9, poz. 20.

²² Wyrok SA w Krakowie z 14 sierpnia 1997 r., II AKa 113/97, KZS 1997, z. 8, poz. 29.

²³ Uchwała SN z 21 grudnia 1972 r. stanowiąca Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 18.

²⁴ Wyrok SN z 3 września 1973 r., IV KR 194/73, OSNPG 1973, nr 12, poz. 173, s. 5.

²⁵ Wyrok SA w Krakowie z 11 czerwca 1992 r., II AKr 62/92, KZS 1992, z. 3–9, poz. 125.

²⁶ Wyrok SN z 19 grudnia 1978 r., VI KRN 348/78, OSNPG 1997, nr 10, poz. 129.

Wskazuje się ponadto, że nie można oceniać działania sprawcy z punktu widzenia szczególnego okrucieństwa w oderwaniu od okoliczności charakteryzujących właściwości osoby, na której sprawca dopuszcza się zgwałcenia. Jako przykład takiego działania podaje się zgwałcenie osoby niedojrzałej (dziecka), zwłaszcza wtedy, gdy sprawca – świadomy następstw w postaci wstrząsu psychicznego lub uszkodzenia organów płciowych ofiary – z całą brutalnością realizuje swój zamiar²⁷. W późniejszych orzeczeniach Sąd Najwyższy poczynił w tym zakresie pewne zastrzeżenia, stwierdzając, że sam fakt, że ofiarą zgwałcenia było dziecko, nie wystarcza do uznania, że sprawca działał „ze szczególnym okrucieństwem”. Nakazuje jednak zrelatywizować ocenę w tym aspekcie odpowiednio do zwiększonego z reguły w takim wypadku stopnia dolegliwości grożących ofierze w sferze zdrowia fizycznego, jak i psychicznego²⁸. Podobnie uważa Sąd Apelacyjny w Łodzi, dowodząc, iż nie każde zgwałcenie dziecka jest zgwałceniem „szczególnie okrutnym”; żeby takim było, sprawca musi działać w zamiarze bezpośrednim i o szczególnym zabarwieniu, a więc nie tylko okrutnie, lecz ze „szczególnym okrucieństwem”²⁹. Z kolei w innych orzeczeniach Sąd Najwyższy wiąże działanie „szczególnie okrutne” z innymi szczególnymi właściwościami osoby pokrzywdzonej, np. kalectwem, złym stanem zdrowia, zaawansowaną ciążą lub podeszłym wiekiem³⁰. Odmienne stanowisko w tej sprawie zajął M. Filar. Autor ten uważa, iż przyjęcie perwersyjnego charakteru stosunku płciowego ze względu na starszy wiek pokrzywdzonej nie uzasadnia działania ze szczególnym okrucieństwem³¹. Pogląd ten poddaje w wątpliwość K. Stępień, który twierdzi, że szczególne okrucieństwo należy łączyć również z właściwościami ofiary, a sposób działania sprawcy oraz dolegliwości, jakich doznała ofiara, powinny być zrelatywizowane do jej indywidualnych właściwości prowadzących do spotęgowania doznanych cierpień i następstw zgwałcenia³².

Wskazane szczególne właściwości pokrzywdzonego nie są jednak traktowane w orzecznictwie jako kryterium samoistne, przesadzające o wyczerpa-

²⁷ Wyrok SN z 15 kwietnia 1980 r., IV KR 75/80, OSNPG 1980, nr 11, poz. 129; a także wyrok SN z 14 listopada 1984 r., V KRN 371/84, OSNPG 1985, nr 7, poz. 101; wyrok SN z 15 maja 1986 r., II KR 121/86, OSNPG 1987, nr 5, poz. 56; wyrok SA w Gdańsku z 25 stycznia 2001 r., II AKa 380/00, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 11; wyrok SN z 10 listopada 1971 r., III KR 181/71, OSNPG 1972, nr 2, poz. 26, s. 10; uchwała z 21 grudnia 1972 r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 18. Por. wyrok SN z 4 października 1983 r., IV KR 197/83, OSNPG 1985, nr 4, poz. 55.

²⁸ Wyrok SN z 27 czerwca 1997 r., WA 16/97, OSNKW 1997, nr 11–12, poz. 97.

²⁹ Wyrok SA w Łodzi z 18 listopada 1999 r., II AKa 197/99, Biuletyn PA w Łodzi 1999, nr 9, s. 5.

³⁰ Zob. wyrok SN z 18 sierpnia 1972 r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 18; wyrok SN z 12 lutego 1974, III KR 348/73, OSNPG 1974, nr 7, poz. 78.

³¹ Zob. M. Filar, *Głosa do wyroku SN z 5 marca 1974 r., III KR 399/73*, „Państwo i Prawo” 1975, nr 2, s. 173–175.

³² K. Stępień, *Szczególne okrucieństwo jako znamię kwalifikowanego typu przestępstwa zgwałcenia (art. 197 § 3 k.k.)*, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 10, s. 8.

niu znamienia szczególnego okrucieństwa. Pozostaje ono bowiem w ścisłym związku ze szczególnie nagannym sposobem działania sprawcy, tudzież ciężkimi skutkami dla zdrowia fizycznego i psychicznego ofiar zgwałceń. W doktrynie i orzecznictwie spotkać można także pogląd łączący wszystkie poszczególne kierunki. Zwolennikami takiej interpretacji pojęcia „szczególne okrucieństwo” są m.in.: J. Warylewski, W. Radecki, T. Hanausek, Z. Marek i J. Widacki³³.

Zdaniem K. Stępnia, za główną cechę szczególnego okrucieństwa uznać należałoby wskazane w orzecznictwie działanie sprawcy przy użyciu, w rozumieniu powszechnym, wyjątkowo drastycznych, nieludzkich, perwersyjnych i brutalnych środków zdolnych do wyrządzenia ofierze cierpień oraz udręczeń fizycznych i moralnych znacznie odbiegających od sytuacji typowej dla zwykłego okrucieństwa przy uwzględnieniu indywidualnych cech ofiary³⁴. Zbieżne stanowisko, zgodnie z którym przy ocenie działania sprawcy pod kątem ewentualnej możliwości przypisania szczególnego okrucieństwa brany jest pod uwagę każdy z pięciu kierunków interpretacyjnych tego pojęcia, zajęły również sądy apelacyjne w Krakowie i Gdańsku³⁵.

Drugim typem kwalifikowanym przestępstwa, ujętym w § 3 ust. 1 art. 197 k.k., jest **zgwałcenie wspólne z inną osobą**. W odróżnieniu od dawnego stanu prawnego do przyjęcia kwalifikowanej postaci zgwałcenia zbiorowego wymagany jest udział nie trzech, a jedynie dwóch osób wspólnie działających. Taką formułę oceniono w doktrynie pozytywnie. Za przyjęciem takiego rozwiązania już od dawna opowiadał się M. Filar, nie znajdując żadnych argumentów ani w punktu widzenia społecznego, ani dogmatyczno-prawnego, przemawiających za rozwiązaniem z k.k. z 1969 r.³⁶

Nie budzi wątpliwości fakt, że do przyjęcia zgwałcenia zbiorowego, obok elementu porozumienia, sprawców musi łączyć element wspólnego podejmowania czynności wykonawczych, a więc niewystarczająca jest relacja sprawca-pomocnik³⁷. Kontrowersyjne stanowisko w tej materii wyraził P. Palka, stwierdzając, że do wyczerpania elementu „wspólnego” dopuszczenia się zgwałcenia zbiorowego wystarczające jest w tym samym czasie i miejscu podjęcie działań przez każdego indywidualnego sprawcę samoistnie, na własną rękę i dla siebie³⁸.

³³ Zob. J. Warylewski, *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001, s. 100; W. Radecki, *Przestępstwa przeciwko wolności w sferze życia seksualnego, cz. II*, „Problemy Praworządności” 1972, nr 5–6, s. 30; T. Hanausek, Z. Marek, J. Widacki, *Zgwałcenia*, Warszawa 1976, s. 128.

³⁴ K. Stępień, op. cit., s. 4 i 17.

³⁵ Zob. wyrok SA w Krakowie z 6 czerwca 2002 r., II AKa 110/02, KZS 2002, z. 7–8, poz. 45; wyrok SA w Gdańsku z 25 stycznia 2001 r., II AKa 382/00, KZS 2001, z. 12, poz. 37.

³⁶ M. Filar, *Przestępstwo seksualne w nowym kodeksie...*, s. 56.

³⁷ Wyrok SN z 18 lutego 2004 r., II KK 40/02, OSNwSK 2004, nr 1, poz. 329.

³⁸ P. Palka, *Współdziałanie przy przestępstwach seksualnych – zagadnienia wybrane*, „Prokuratura i Prawo 2006”, nr 7–8, s. 179.

W orzecznictwie i doktrynie prezentowany jest pogląd, że współsprawcą jest nie tylko ten, kto zmierza do odbycia stosunku płciowego czy też stosunek płciowy z ofiarą odbywa, ale i ten, kto wprawdzie sam do takiego celu nie zmierza, jednakże stosując przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, doprowadza lub próbuje doprowadzić ofiarę do poddania się obcowaniu płciowemu, choćby z udziałem innego sprawcy³⁹. Stanowisko takie Sąd Najwyższy wyraził m.in. w wyroku z 6 listopada 1970 r., stwierdzając, iż istota zgwałcenia zbiorowego nie sprowadza się do tego, by wszyscy biorący udział w zdarzeniu odbyli stosunki płciowe z pokrzywdzoną. Wystarczy, żeby chociaż jeden ze sprawców doprowadził inną osobę do obcowania płciowego bądź w inny sposób zaspokoił swój popęd płciowy w zetknięciu z ciałem innej osoby (np. dotykanie organów płciowych), a pozostali przy użyciu przemocy, groźby lub podstępu doprowadzili tę osobę do poddania się obcowaniu płciowemu lub innej czynności seksualnej. Rola sprawców może być wyraźnie podzielona i ograniczać się np. do trzymania ofiary za ręce, nogi lub zatykania ust, a nawet do podstępnego zaprowadzenia ofiary na miejsce, gdzie ma nastąpić jej zgwałcenie⁴⁰.

Przedstawione stanowisko Sąd Najwyższy podtrzymał również w najnowszych orzeczeniach⁴¹. Podobnie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Katowicach, dodając, iż to sam zamach na wolność seksualną ofiary, realizowany przy użyciu takich środków, jak np. przemoc, jest znamieniem przestępstwa zgwałcenia, a nie dążenie sprawcy do zaspokojenia własnego popędu seksualnego⁴². Natomiast w wyroku z 4 grudnia 2008 r. Sąd Apelacyjny w Łodzi słusznie uznał, iż przy zgwałceniu zbiorowym część osób współdziałających może stosować samą przemoc, część tylko podstęp bądź też oba takie zachowania, ale z punktu widzenia konsekwencji prawnych odpowiadają za dokonanie zgwałcenia w najpełniejszym zakresie, czyli zrealizowania obu wskazanych postaci strony przedmiotowej⁴³.

Warunkiem koniecznym współsprawstwa jest porozumienie oznaczające zarówno wzajemne uzgodnienie przez wszystkich współsprawców woli popełnienia przestępstwa, jak i świadome współdziałanie co najmniej dwóch osób w akcji przestępnej. Porozumienie to jest czynnikiem podmiotowym łączącym w jedną całość wzajemnie dopełniające się przestępne działania kilku osób, co w konsekwencji pozwala przypisać każdej z nich również i tę czynność sprawczą, którą przedsięwzięła inna osoba współdziałająca świadomie w po-

³⁹ Wyrok SN z 11 lutego 1971 r., I KR 220/70, OSNKW 1971, nr 7–8, poz. 112; wyrok SA w Krakowie z 29 grudnia 1997 r., II AKa 229/97, „Prokuratura i Prawo” – dodatek 1998, nr 9, poz. 17.

⁴⁰ Wyrok SN z 6 listopada 1970 r., III KR 170/70, OSNPG 1971, nr 2, poz. 35, s. 9.

⁴¹ Zob. wyrok SN z 13 lipca 2000 r., WA 19/00, Lex nr 550495.

⁴² Wyrok SA w Katowicach z 16 maja 2002 r., II AKa 61/02, OSA 2003, nr 2, poz. 8, s. 9.

⁴³ Wyrok SA w Łodzi z 4 grudnia 2008 r., II AKa 202/08, OSPriPr 2009, nr 5, poz. 34.

pełnieniu przestępstwa⁴⁴. Zdaniem zaś M. Filara, do wyczerpania znamion art. 197 § 3 ust. 1 k.k. wystarczające jest działanie obiektywnie wspólne, ale niekoniecznie „w porozumieniu”⁴⁵. W wyroku z 23 czerwca 1980 r. Sąd Najwyższy wyraził stanowisko, w myśl którego „istota zgwałcenia zbiorowego polega na tym, że [...] każdy ze sprawców ma świadomość, iż wspólnie podjęte przez nich czynności zmierzają do zgwałcenia ofiary, chociażby przez jednego z nich”⁴⁶. Według M. Rodzynkiewicza, przedstawione stanowisko jest nieprecyzyjne, ponieważ świadomość, że podjęte wspólnie czynności zmierzają do zgwałcenia, może charakteryzować również psychikę pomocnika ułatwiającego z zamiarem bezpośrednim zgwałcenie innym osobom czy też osobie⁴⁷. Ustawa karna nie wprowadziła żadnych dodatkowych warunków dotyczących formy porozumienia, ponieważ może ono dojść do skutku w każdej formie, również w sposób dorozumiany. Ponadto porozumienie nie musi poprzedzać wykonywania czynu, wystarczy porozumienie osiągnięte dopiero w czasie jego wykonywania⁴⁸.

Przy ocenie każdego ze współsprawców stosuje się zasady indywidualizacji i niezależności odpowiedzialności karnej⁴⁹. Dla klasyfikacji czynu z art. 197 § 3 ust. 1 k.k. bez znaczenia są okoliczności, że innemu uczestnikowi czynu nie można przypisać winy, m.in. z powodu niepoczytalności bądź braku wieku odpowiedzialności⁵⁰, nawet gdyby na podstawie tego przepisu miano ukarać tylko jedną osobę⁵¹.

W doktrynie i orzecznictwie prezentowany jest także pogląd, w myśl którego zgwałcenie zbiorowe może być dokonane, gdy jednym ze współdziałających jest sprawca kierowniczy lub polecający⁵². Odmienne stanowisko zajęli m.in. M. Bielski i P. Palka. Zdaniem M. Bielskiego, wykładnię tę z teoretycznego punktu widzenia należy uznać za błędną, ponieważ „wspólne” wykonywanie czynu zabronionego charakteryzuje od strony przedmiotowej jedynie współsprawstwo. Nie można więc mówić o działaniu wspólnym, gdy

⁴⁴ Wyrok SN z 24 maja 1976 r., Rw 189/76, OSNKW 1976, nr 9, poz. 117.

⁴⁵ M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 943.

⁴⁶ Wyrok SN z 23 czerwca 1980 r., II KR 132/80, OSNKW 1980, nr 10–11, poz. 83.

⁴⁷ M. Rodzynkiewicz, *Rozdział XXV k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, Kraków 2006, t. 2, s. 525. Podobne stanowisko zajęła J. Wojciechowska. Zob. J. Wojciechowska, B. Kunicka-Michalska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nienetykalności cielesnej. Rozdziały XXII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 99.

⁴⁸ Wyrok SA w Łodzi z 4 marca 1998 r., II AKa 15/98, OSPriP 1999, nr 3, poz. 23.

⁴⁹ A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. I, Kraków 2004, s. 297 i 300.

⁵⁰ Wyrok SN z 5 listopada 1971 r., III KR 174/71, OSNKW 1972, nr 3, poz. 50.

⁵¹ Wyrok SA w Łodzi z 4 marca 1998 r., II AKa 15/98, OSPriP 1999, nr 3, poz. 23.

⁵² Ibidem; por. także wyrok SN z 10 maja 1972 r., IV KR 23/72, OSNKW 1972, nr 10, poz. 160. Podobne stanowisko w doktrynie zajęli: M. Filar, *Przestępstwo seksualne w nowym kodeksie...*, s. 59; J. Wojciechowska, B. Kunicka-Michalska, op. cit., s. 98.

sprawca kierowniczy bądź polecający kieruje lub poleci wykonanie czynu zabronionego z art. 197 § 1 lub 2 innej osobie, sam nie realizując żadnego ze znamion strony przedmiotowej tego typu⁵³. Zdaniem P. Palki, sprawstwo kierownicze oraz sprawstwo polecające są niezależnymi od wykonawczych i odrębnymi formami sprawstwa. Sprawstwo kierownicze nie jest odmianą współsprawstwa, zatem w sytuacji, gdy sprawca kierowniczy nie brał udziału w stosowaniu środków zmuszania, a rola jego ograniczyła się do kierowania akcją, bezpośredni wykonawca (jeżeli działał w pojedynkę) jest sprawcą pojedynczym⁵⁴.

Równoczesne działanie współsprawców nie zawsze jest niezbędne do odpowiedzialności za współsprawstwo. Gdy ten warunek nie jest spełniony, mówi się o tzw. współsprawstwie sukcesywnym. Okoliczności towarzyszące zgwałceniu, a w szczególności przechodzenie ofiary „do dyspozycji” pozostałych sprawców uzasadniają przyjęcie konstrukcji tzw. współsprawstwa sukcesywnego, mieszczącego się również w ramach odpowiedzialności na zasadzie określonej w art. 18 k.k. Konstrukcja ta na gruncie przestępstwa zgwałcenia została przyjęta w doktrynie oraz w orzecznictwie⁵⁵.

Sąd Apelacyjny w Białymstoku w jednym z wyroków stwierdził, iż współsprawcą zgwałcenia zbiorowego jest zarówno ten, kto wspólnie i w porozumieniu z inną osobą wykonuje wszystkie znamiona czynu zabronionego, jak i ten, kto w ramach tego porozumienia, dokonując wspólnie z inną osobą realizacji przestępstwa, jest istotnym wykonawcą części (lub jednego) z tych znamion⁵⁶. Mieści się zatem w granicach współsprawstwa zarówno taki sposób zachowania sprawców, gdzie poszczególni sprawcy wchodzi do pomieszczenia, w którym przebywa pokrzywdzona w niekwestionowanej przez pozostałych kolejności, pojedynczo i odbywają z nią stosunek pćiowy w taki sam sposób pod nieobecność w nim pozostałych sprawców, jak i taki, gdy jeden ze sprawców doprowadzi do przełamania oporu pokrzywdzonej, a pozostali sprawcy korzystają z tego, że osoba ta zaniechała oporu⁵⁷. Odmienne wypowiedział

⁵³ M. Bielski, *Rozdział XXV Kodeksu karnego. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz od art. 117–277*, Warszawa 2008, s. 603.

⁵⁴ P. Palka, op. cit., s. 185.

⁵⁵ Wyrok SA w Warszawie z 28 listopada 1995 r., II AKr 451/95, OSP 1996, nr 11, poz. 216; wyrok SN z 28 października 1974 r., I KR 89/74, Legalis; wyrok SN z 2 marca 1972 r., I KR 301/71, OSNPG 1972, nr 8, poz. 128. Zob. także: T. Kaczmarek, *Z problematyki współsprawstwa sukcesywnego*, „Państwo i Prawo” 1988, z. 9, s. 32 i n.; M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 374; J. Warylewski, *Rozdział XXV k.k. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221*, t. I, Legalis, Warszawa 2010; A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 73–78.

⁵⁶ Wyrok SA w Białymstoku z 26 września 2006 r., II AKa 192/2006, LexPolonica nr 1460107. Por. wyrok SN z 24 maja 1976 r., Rw 189/76, OSNKW 1976, nr 9, poz. 117.

⁵⁷ Wyrok SA w Lublinie z 3 lipca 1997 r., II AKa 94/97, KZS 1998, z 3, poz. 53.

się M. Siewierski uznając, iż w przypadku, gdy kilku sprawców działających w porozumieniu zmusza ofiarę, po czym każdy z nich kolejno odbywa stosunek płciowy z pokrzywdzoną, mamy do czynienia z kilkoma odrębnymi i indywidualnymi aktami, które należy kwalifikować odrębnie⁵⁸.

W wyroku z 28 lipca 1995 r. Sąd Najwyższy wywiódł tezę, że zgwałceniem może być w określonych warunkach nawet sama obecność współsprawcy przy zgwałceniu i jego psychiczny współudział w tym czynie. Zdaniem Sądu, współsprawcą jest osoba obecna przy zgwałceniu, wykazująca przy tym jedynie gotowość udziału w przestępstwie, co potęguje u ofiary poczucie zagrożenia i beznadziejności oporu⁵⁹. Wyrok ten spotkał się z krytyką przedstawicieli doktryny⁶⁰. Uznano bowiem, że teza ta jest nie do przyjęcia, ponieważ zacierą różnice między pomocnictwem (psychicznym) a współsprawstwem. Zdaniem M. Filara, stanowisko Sądu Najwyższego opiera się na zdyskredytowanej koncepcji tzw. rozszerzonego sprawstwa. W tej sytuacji, w opinii autora, zachowanie osoby nie wypełnia nawet znamion pomocnictwa, a nie może być współsprawcą ten, kto nawet nie jest pomocnikiem⁶¹. W opinii J. Warylewskiego, wywód Sądu Najwyższego należy ocenić jako sprzeczny z brzmieniem kodeksów z 1969 r. i 1997 r., zaś samą obecność przy zgwałceniu można kwalifikować jedynie jako tzw. pomocnictwo przez zaniechanie, ale tylko w stosunku do osób, na których ciążył prawny obowiązek niedopuszczenia do zgwałcenia jakiegokolwiek osoby (np. policjant na patrolu) lub tylko konkretnie oznaczonych (np. ojciec w stosunku do swojej córki)⁶².

Z przedstawionych orzeczeń wynika, iż przytoczenie wszystkich okoliczności decydujących o przypisaniu współsprawstwa nie jest możliwe. W praktyce niezbędna jest więc ocena każdego przypadku z osobna w oparciu o orzecznictwo i według przyjętych ogólnych zasad wykładni, mająca na uwadze w przypadku zgwałcenia rozsądne i zgodne z przepisami granice sprawstwa.

Za przykład skazania sprawców za zgwałcenie wspólnie inną osobą może posłużyć sprawa prowadzona przez Sąd Okręgowy w E.

W dniu 13 czerwca 2001 r. w miejscowości W. około godz. 23.40 dwóch sprawców spotkało znajomą im pokrzywdzoną. Następnie sprawcy ci zaproponowali pokrzywdzonej pójście z nimi do garażu należącego do jednego ze

⁵⁸ M. Siewierski, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1971, s. 434.

⁵⁹ Wyrok SN z 28 lipca 1995 r., II KRN 87/95, „Jurysta” 1996, nr 4, s. 27; Zob. wyrok SN z 30 sierpnia 1979 r., II KR 227/79, OSP 1980, nr 11, poz. 207.

⁶⁰ Zob. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 455; M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny. Komentarz do art. 117–363*, t. II, Gdańsk 2005, s. 597; J. Warylewski, *Rozdział XXV...*, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 801; M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV...*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 615.

⁶¹ M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] O. Górniok (red.), *Kodeks karny...*, s. 597.

⁶² J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności...*, [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*

sprawców. Po krótkiej obecności w tym budynku wszyscy wyszli, a następnie zaproponowali jej wypicie razem z nimi pół litra wódki, na co przystała. Po wypiciu połowy kieliszka oświadczyła, że chce wyjść w celu załatwienia potrzeby fizjologicznej, a poza tym musi iść do domu. Jeden ze sprawców otworzył jej zamknięte na zasuwę drzwi garażu. Gdy pokrzywdzona oddawała mocz na podwórku przy garażu, sprawcy przewrócili ją na ziemię, po czym wspólnie przytrzymując ją za ręce i nogi, dotykali rękoma piersi i krocza pokrzywdzonej oraz wkładali jej palce do pochwy, a następnie wciągnęli ją do garażu. Tam przewrócili ją na kanapę, rozebrali do połowy i zaczęli wkładać palce do pochwy. Następnie zmusili pokrzywdzoną do wejścia do stojącego w garażu pojazdu i wszyscy udali się w ustalonym przez siebie kierunku. Następnie zatrzymali samochód, wysiedli z samochodu i na środku drogi przewrócili pokrzywdzoną, rozebrali ją, następnie dotykali jej krocza i innych części ciała oraz wkładali palce do pochwy. Po zdarzeniu wszyscy wrócili do garażu, a pokrzywdzona pobiegła do swojego domu. Pokrzywdzona w wyniku przedmiotowego zdarzenia odniosła uszkodzenia ciała na okres poniżej 7 dni. Sąd Okręgowy w E. uznał oskarżonych za winnych popełnienia zarzucanych im czynów i za to z mocy art. 197 § 2 k.k. w zw. z art. 197 § 3 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. w zw. z art. 12 k.k. skazał jednego na karę 4 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności, drugiego zaś na karę 3 lat i 6 miesięcy pozbawienia wolności⁶³.

Jak już wspomniano wcześniej, **zgwałcenie pedofilskie** i **zgwałcenie kazirodcze** zostały wprowadzone w art. 197 § 3 k.k. nowelizacją k.k. z 2009 r.⁶⁴ Ustawa modyfikująca dotychczasowe brzmienie art. 197 k.k. była konsekwencją zmian zaproponowanych w rządowym projekcie kodeksu karnego z 31 października 2008 r.⁶⁵ W uzasadnieniu projektu wskazano, iż „Celem owych zmian było zaostrzenie odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw o podłożu seksualnym, popełnianych wobec osób małoletnich poniżej 15 roku życia, jak również wobec osób najbliższych, określonych w art. 201 k.k. [...]. Konieczność dokonania zmian w tym zakresie wynikała również z potrzeby wzmocnienia prawnokarnej ochrony osób, których prawidłowy rozwój psychofizyczny mógł zostać zagrożony działaniami sprawców tego rodzaju przestępstw”, a ponadto w ocenie projektodawcy „najpoważniejsze przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej, w tym przede wszystkim popełniane na szkodę małoletnich lub niepełnoletnich dzieci, powinny stanowić zbrodnię”⁶⁶.

⁶³ Wyrok SO w E., sygn. akt. II K 153/01 (badania własne).

⁶⁴ Pojęcia „wstępny”, „zstępny”, „przysposobiony”, „przysposabiający” należy rozumieć zgodnie z przepisami kodeksu rodzinnego i opiekuńczego (Dz.U. z 1964 r., nr 9, poz. 59 z późn. zm.). „Brat” i „siostra” to w tym przypadku zarówno rodzeństwo rodzone, pozamałżeńskie, jak i przyrodnie. Szerzej zob. M. Bielski, *Rozdział XXV...*, (w:) A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 663.

⁶⁵ Druk sejmowy z 2008 r., nr 1276.

⁶⁶ Ibidem.

Jednakże zaliczenie zgwałcenia pedofilskiego i kazirodczego do zbrodni spowodowało pewne karnomaterialne konsekwencje, w szczególności w postaci: wyłączenia możliwości warunkowego umorzenia postępowania (art. 66 § 2 k.k.), warunkowego zawieszenia wykonania kary (art. 69 § 1 k.k.) oraz obligatoryjnego zastosowania środka zabezpieczającego, jakim jest umieszczenie sprawcy po odbyciu kary pozbawienia wolności w zakładzie zamkniętym lub skierowanie go na leczenie ambulatoryjne w celu przeprowadzenia terapii farmakologicznej i psychoterapii (art. 95a § 1 a k.k. dodano nowelą z 2009 r.). Wobec sprawców skazanych tak za zgwałcenie kazirodczne, jak i pedofilskie, jeżeli ofiarą była osoba małoletnia poniżej lat 15, nowelą wprowadzono również wyłączenie zatarcia skazania (art. 106a k.k.). Należy jednak zastanowić się, czy takie rozwiązanie nie piętnuje dożywotnio sprawcy, który po odbyciu kary sumiennie podejmuje leczenie i konsekwentnie przez wskazany okres czasu kontynuuje je, wykazując silną motywację do dalszego leczenia.

Wprowadzone nowelą rozwiązania budzą pewne wątpliwości co do zasadności ich realizacji.

Zdaniem części przedstawicieli doktryny, nowe brzmienie art. 197 § 3 ust. 3 k.k. powoduje, iż zakresem dyspozycji art. 201 k.k. pozostają objęte prawie wyłącznie konsensualne przypadki kazirodczego obcowania płciowego wyłącznie między osobami dorosłymi, co poddaje w wątpliwość dalsze utrzymywanie kryminalizacji kazirodztwa⁶⁷.

W następstwie nowelizacji z 2009 r. w zakresie art. 197 § 3 k.k. zmianie uległ prawny charakter zbiegów art. 197 k.k. z art. 200 § 1 k.k. i 201 k.k. Zbiegi te utraciły charakter zbiegów rzeczywistych (art. 11 k.k.) i stały się zbiegami pozornymi. Jednakże możliwa jest kumulatywna kwalifikacja zgwałcenia z art. 197 § 3 ust. 2 k.k. z art. 202 § 4 k.k., z art. 202 § 3 k.k. lub też z art. 202 § 4b k.k. Możliwy jest też jednoczynowy zbieg art. 197 § 3 ust. 3 k.k., jeżeli ofiarą jest małoletni poniżej lat 15, z art. 202 § 3 lub § 4 k.k. Dopuszczalny wydaje się również jednoczynowy zbieg przepisów między ust. 2 i ust. 3 art. 197 § 3 k.k. Każdy z tych przepisów lub oba jednocześnie mogą zbiegać się też z art. 197 § 3 ust. 1 k.k. Ponadto, zarówno zgwałcenie pedofilskie (§ 3 ust. 2 k.k.), jak i kazirodczne (§ 3 ust. 3 k.k.) mogą kumulatywnie zbiegać się z art. 155 k.k., art. 156 k.k., art. 157 k.k., art. 161 k.k., a także z art. 280 k.k., art. 189 k.k. oraz z art. 207 k.k.⁶⁸

⁶⁷ J. Warylewski, *Nowelizacje kodeksu karnego służące wzmocnieniu ochrony małoletniego przed wykorzystaniem seksualnym* (abstrakt niepublikowany), s. 2; A. Sakowicz, *Opinia z 9 stycznia 2009 r o projekcie ustawy...*, s. 18.

⁶⁸ Zob. szerzej: M. Bielski, *Rozdział XXV...*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 616; J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności...*, s. 96–97; H. Myśliwiec, *Zgwałcenie pedofilskie i kazirodczne – charakterystyka nowych kwalifikowanych typów zgwałceń*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 3, s. 94–96; M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV...*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 627; M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, s. 944.

Do opisu zarówno zgwałcenia pedofilskiego, jak i kazirodczego użyto znamienia czynnościowego „dopuszcza się”. Należy zgodzić się ze stanowiskiem P. Palki, że chociaż użyte znamię czasownikowe sugerowałoby „własnoręczny” charakter danego przestępstwa, to jednak art. 197 § 3 k.k. odnosi się do normatywnego opisu czynów określonych w § 1 i 2 art. 197 k.k., które polegają właśnie na doprowadzeniu do określonych zachowań, a więc nie wymagają, by sprawca wykonał je sam, osobiście⁶⁹. Wypływa z tego wniosek, że zgwałcenie pedofilskie ma także miejsce w sytuacji, gdy małoletni poniżej 15 roku życia doprowadzony jest przez osobę trzecią do obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej.

Rozwiązanie takie *per analogiam* powinno się uwzględnić przy zgwałceniu kazirodczym. Oznacza to, jak celnie zauważył H. Myśliwiec, że zgwałcenie jest kazirodczne, ponieważ sprawca doprowadzający ofiarę do czynności seksualnej jest związany z nią określonym w przepisie stosunkiem pokrewieństwa, bez względu na to, kto *de facto* z ofiarą ową czynność seksualną odbywa⁷⁰. Można więc stwierdzić, iż znamię „dopuszcza się” z art. 197 § 3 k.k. nie przesądza o własnoręczności przestępstwa ani zgwałcenia pedofilskiego, ani kazirodczego, choć w praktyce na ogół bywa tak, że ten kto „doprowadza”, w dalszej kolejności „dopuszcza się” określonych czynności seksualnych.

Ponadto, tworząc nowe typy zgwałcenia w art. 197 § 3 ust. 2 i 3 k.k. ustawodawca nie wskazał, jakie zachowanie określa mianem zgwałcenia. Nie jest więc czytelne, czy poprzez stwierdzenie „Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia” ustawodawca nawiązuje do § 1 i 2 art. 197 k.k., czy wyłącznie do § 1. Jednakże należy opowiedzieć się w tych przypadkach za wykładnią ograniczającą owe typy kwalifikowane do § 1, tj. do obcowania płciowego. W przeciwnym razie osoba, która dopuściła się innej czynności seksualnej, np. dotykania narządów płciowych ofiary będzie identycznie potraktowana, jak sprawca dopuszczający się zgwałcenia w znaczeniu ścisłym. Rozwiązanie takie, tzn. identycznie traktujące odmienne pod kątem karygodności zachowania sprawcze, budzi zastrzeżenia z perspektywy konstytucyjnej zasady proporcjonalności i rodzi wątpliwości co do racjonalności ustawodawcy.

Przedmiotem ochrony w art. 197 § 3 ust. 2 k.k., podobnie jak w art. 200 § 1 k.k., jest wolność seksualna rozumiana przez M. Bielskiego jako „wolność od nawiązywania przez małoletnich poniżej 15 roku życia kontaktów seksualnych z uwagi na brak możliwości podjęcia przez te osoby świadomej decyzji w przedmiocie zadysponowania swoją seksualnością”, a także prawidłowy rozwój psychiczny i fizyczny osób małoletnich⁷¹. Jak słusznie zauważyła

⁶⁹ P. Palka, op. cit., s. 184.

⁷⁰ H. Myśliwiec, op. cit., s. 78–79.

⁷¹ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 648.

J. Piórkowska-Flieger, zgwałcenie osoby małoletniej poniżej lat 15 wiąże się dla niej z traumatycznymi przeżyciami i może mieć destrukcyjny wpływ na poczucie własnej wartości, dopiero kształtująca się osobowość i szukanie swojego miejsca w strukturze społecznej, co może zdeterminować jego życie już jako osoby dorosłej⁷². W przypadku zaś art. 197 § 3 ust. 3 k.k. przedmiotem ochrony jest wolność od nacisków w kwestii dyspozycji swoją wolnością seksualną⁷³. Ponadto w ust. 3 poboczny przedmiot ochrony należy upatrywać raczej w prawidłowym funkcjonowaniu rodziny niż w obyczajności. Doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego z zastosowaniem przemocy, groźby lub podstępów godzi w normy ogólnie przyjęte, funkcjonujące w obszarze życia płciowego jednostki, niemniej jednak zaliczenie do tego ściśle określonej kategorii podmiotów wskazuje niewątpliwie na ten przedmiot ochrony. Zdaniem M. Beisert, to właśnie ze względu na więź pokrewieństwa, opieki, potrzeby wolnej od uprzedmiotowienia oraz ze względu na zależność od rodziców, stały i nieograniczony dostęp sprawcy do ofiary konsekwencje takiego czynu dla dziecka są dotkliwsze niż ze strony osoby obcej⁷⁴. Obyczajność seksualna obok zdrowia potomstwa w ujęciu genetycznym i prawidłowego funkcjonowania rodziny, bez wskazania przy tym na potrzebę ochrony osoby wykorzystywanej do praktyk kazirodczych, stanowi dobro chronione zawarte w art. 201 k.k.

Tworząc nowe typy kwalifikowane zgwałcenia w art. 197 k.k., bez zmian pozostawiono art. 205 k.k., co oznacza, że wszystkie typy przestępstwa zgwałcenia (przyjąć należy, że także zgwałcenie pedofilskie i kazirodcze) ściągane są z oskarżenia publicznego, o ile uprzednio złożony zostanie stosowny wniosek przez pokrzywdzonego lub uprawnioną osobę. Jest to niewątpliwie pewna niekonsekwencja ustawodawcy, ponieważ z jednej strony zaostrza on odpowiedzialność karną i uznaje nowe typy kwalifikowane zgwałcenia za zbrodnię, a z drugiej uzależnia ich ściganie od złożenia wniosku przez uprawniony podmiot. Należy zauważyć, iż zarówno przestępstwo z art. 200 § 1 k.k., jak i art. 201 k.k. ścigane są nie na wniosek, lecz z urzędu. Przy czym o ile można w pewnym sensie zaakceptować tryb wnioskowy w przypadku zgwałcenia kazirodczego, jeżeli ofiarą nie jest małoletni, o tyle nie do przyjęcia jest uzależnienie ścigania od złożenia wniosku w przypadku zgwałcenia pedofilskiego (ust. 2), a tym bardziej w sytuacji, gdy zachowanie sprawcy realizuje znamiona art. 197 § 3 ust. 2 w zw. z ust. 3, od którego zależy wyższa karalność czynu, tj. od 3 lat, a nie 2 lat pozbawienia wolności, jak ma to miejsce w art. 200 k.k.

⁷² J. Piórkowska-Flieger, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2011, s. 445.

⁷³ M. Bielski, *Rozdział XXV...*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 659.

⁷⁴ M. Beisert, *Kazirodztwo. Rodzice w roli sprawców*, Warszawa 2004, s. 7–8; cyt. za M. Płatek, *Tryptyk obyczajowy, kazirodztwo i prostytutka*, [w:] S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska, *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2011, s. 280.

Należy przy tym pamiętać, iż małoletniemu nie przysługuje prawo do podejmowania czynności w postaci złożenia wniosku o ściganie, a jedynie skorzystanie z art. 571 § 1 k.p.c. i zgłoszenie zdarzenia do sądu opiekuńczego. Bez wniosku, nawet w sytuacji zebrania dowodów, postępowania nie ma, sprawca pozostaje bezkarny, a osoba poszkodowana nie zyskuje statusu osoby pokrzywdzonej. Ponadto zdaniem M. Płatek wadliwość przyjętej konstrukcji przestępstwa polega na tym, że uznając ten czyn za zbrodnię, jednocześnie pozostawiono ściganie na wniosek, który może być złożony jedynie przez osobę pełnoletnią. Zgodzić się należy z autorką, że ochrona małoletniego w tym przypadku wydaje się niewystarczająca⁷⁵.

Trudno sobie również wyobrazić sytuację, w której sam sprawca – rodzic, przysposabiający czy inna osoba najbliższa – złoży w imieniu małoletniej ofiary wniosek o ściganie samego siebie. Najczęściej nie można też liczyć na innych członków rodziny, którzy albo nie mają pojęcia, że doszło do zgwałcenia, albo wolą nic z tym nie zrobić i fakt ten przemilczeć. Także sąd opiekuńczy, chociaż jest zobowiązany do podjęcia odpowiednich działań, jeżeli nie dowie się o popełnieniu zgwałcenia, to nie podejmie stosownego działania. Oczywiście, pomimo że pozostaje jeszcze możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej z art. 201 k.k. i art. 200 § 1 k.k., to jednak błąd ten przez ustawodawcę powinien zostać naprawiony. Należy postulować o wyłączenie z zakresu art. 205 k.k. przestępstw popełnionych na szkodę małoletniego z art. 197 § 3 ust. 2 i 3 k.k., podobnie jak uczyniono to w przypadku § 2 i 3 art. 199 k.k., by w konsekwencji ściganie mogło nastąpić z urzędu.

Zgodzić należy się z J. Warylewskim, że efektem wprowadzenia zgwałcenia pedofilskiego w art. 197 § 3 ust. 2 k.k. jest wyłącznie zwiększenie liczby typów zabronionych, zaostrenie represji karnej i wyeliminowanie dotychczasowej kumulatywnej kwalifikacji art. 197 § 1-4 k.k. w zb. z art. 200 § 1 k.k. w zw. z art. 11 § 1 i 2 k.k. Ponadto, jak słusznie zauważył autor, przekonanie ustawodawcy, iż zwiększenie sankcji automatycznie doprowadzi do spadku liczby tych przestępstw jest złudne. Nie wykazano również, że dotychczasowe rozwiązania były nieskuteczne⁷⁶.

Interesujące stanowisko w tej materii zajął H. Myśliwiec, twierdząc, iż zamiast tworzyć nowe typy kwalifikowane, okoliczności stanowiące znamiona kwalifikujące w ust. 2 i 3 art. 197 § 3 k.k. mogłyby być przez sąd uwzględniane *in concreto* przy wymiarze kary. Nie można także odmówić racji autorowi, że mankamentem nowych typów kwalifikowanych zgwałcenia jest doprowadzenie przez ustawodawcę do znaczącego pokrywania się zakresów znamion przestępstw seksualnych, co zaciera granice między nimi i może

⁷⁵ M. Płatek, op. cit., s. 267 i 275.

⁷⁶ J. Warylewski, *Nowelizacje kodeksu karnego...*, s. 1–4. Zmiany w zakresie art. 197 k.k. w wątpliwość poddał także: A. Sakowicz, op. cit., s. 18 i n.

doprowadzić do trudności w skonstruowaniu prawidłowej końcowej kwalifikacji prawnej, która w pełni odda zawartość bezprawia czynu sprawcy⁷⁷.

Podsumowując powyższe rozważania, należy stwierdzić, że „szczególne okrucieństwo” jako znamię typu kwalifikowanego określonego w § 4, pomimo zarysowania w doktrynie i orzecznictwie podstawowego zakresu interpretacyjnego tego terminu, pozostaje nadal znamieniem nieostrym i ocennym. W przypadku zgwałcenia zbiorowego z art. 197 § 3 ust. 1 k.k. istotny problem budzi poprawne rozróżnienie współsprawstwa od pomocnictwa. Na aprobatę zaś zasługuje dążenie ustawodawcy do ograniczenia liczby przestępstw o podłożu seksualnym, w szczególności gdy pokrzywdzonym jest małoletni. Przy czym ustawodawca nie wykazał racjonalności oraz celowości owych zmian legislacyjnych, co w konsekwencji budzi wątpliwości, czy rzeczywiście tworzenie nowych typów przestępstwa zgwałcenia było konieczne. W uzasadnieniu rządowego projektu ustawy podkreślono: „Skala zjawiska przestępczości przeciwko wolności seksualnej w okresie ostatnich kilku lat jest na tyle duża, że wymaga podjęcia zdecydowanych działań”. Jednak zarówno statystyki policyjne, jak i sądowe⁷⁸ nie potwierdzają takiego uzasadnienia zmian, a tym samym wprowadzenia nowych typów przestępstwa zgwałcenia. W Polsce w latach 1999–2007 za przestępstwo zgwałcenia skazano łącznie 8 545 osób, w tym 2143 za zgwałcenie typu kwalifikowanego. Udział tej grupy skazanych w stosunku do ogółu skazanych za przestępstwo z art. 197 k.k. wyniósł 25,08%. Liczby tej grupy skazanych wynosiły odpowiednio: w 1999 r. – 195; 2000 r. – 168; 2001 r. – 303; 2002 r. – 315; 2003 r. – 335; 2004 r. – 279; 2005 r. – 247; 2006 r. – 154; 2007 r. – 147.

W badaniach przeprowadzonych na grupie 449 sprawców w analogicznym okresie na terenie województwa warmińsko-mazurskiego prawomocnie skazano z art. 197 § 3 k.k. 92 sprawców. Liczby skazanych z § 3 wynosiły kolejno: 17, 22, 17, 10, 13, 7, 4, -, 4⁷⁹. Jednocześnie na badanym obszarze i na terenie całego kraju w latach 2005–2007 (po dokonaniu rozdzielenia nowelą z 2005 r. typów kwalifikowanych) w żadnym przypadku nie skazano sprawcy z art. 197 § 4 k.k. Analogiczna sytuacja miała miejsce w roku 2010. Pierwsze prawomocne skazania na obszarze kraju nastąpiły w 2008 r. (8 skazań) i w 2009 r. (7 skazań).

⁷⁷ H. Myśliwiec, op. cit., s. 100.

⁷⁸ Liczba stwierdzonych przestępstw z art. 200 k.k. wynosiła: w 2000 r. – 1518, 2001 r. – 1460, 2002 r. – 1485, 2003 r. – 1817, 2004 r. – 1923, 2005 r. – 1697, 2006 r. – 1687, 2007 r. – 1882, 2008 r. – 1683, zaś liczba skazań: 2000 r. – 458, 2001 r. – 526, 2002 r. – 503, 2003 r. – 575, 2004 r. – 819, 2005 r. – 749, 2006 r. – 722, 2007 r. – 666, 2008 r. – 808. Podobnie tendencji rosnącej nie wykazuje liczba stwierdzonych przestępstw z art. 201 k.k. I tak odnotowano ich: w 2000 r. – 52, 2001 r. – 46, 2002 r. – 37, 2003 r. – 48, 2004 r. – 55, 2005 r. – 49, 2006 r. – 26, 2007 r. – 47, 2008 r. – 60. Natomiast liczba skazań wynosiła: w 2000 r. – 10, 2001 r. – 13, 2002 r. – 10, 2003 r. – 5, 2004 r. – 15, 2005 r. – 20, 2006 r. – 15, 2007 r. – 23, 2008 r. – 15. Zob. [online] <<http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/statystyki/statystyki-2010>>.

⁷⁹ A. Chodorowska, *Przestępstwo zgwałcenia w teorii i praktyce*, (niepubl. rozprawa doktorska), s. 220.

Summary

Classified types of the rape offence

Key words: rape, sex offences, classified types, special cruelty, raping the minor, the incestuous rape.

The subject of the following article is the analysis of classified types of the rape offence (art. 197 § 3 and § 4 of the Penal Code). The Penal Code that is currently in force, besides basic types of the rape determined in art. 197 § 1 and 2 of the Penal Code, is distinguishing four classified types: raping with the special cruelty (§ 4), participation with other person (§ 3 sec. 1), and the amendment to the act from 2009, also so-called raping the minor (§ 3 sec. 2) and so-called incestuous rape (§ 3 sec. 3). The author is analysing the provisions of the Polish law and the shows the views of doctrine and the rich judicial practice at this matter. A rationality and usefulness of introducing into the art. 197 of the Penal Code the new types of the rape offence, pointing that, neither court, or police statistics are not confirming such justifying changes. They did not also show that previous solutions had been ineffective. Finishing the analysis, the author is questioning the rightness of prosecuting the paedophile rape based on condition to apply the motion by the authorised entity and proposes the exclusion from the art. 205 of the Penal Code the offences committed to the detriment of the minor from art. 197 § 3 sec. 2 and 3 of the Penal Code, so that in consequence the prosecution can take place *ex officio*.