Justyna Matynia-Kłos

Przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności

Rozprawa doktorska przygotowana
w Katedrze Prawa Karnego Wykonawczego
pod kierunkiem dr. hab. Grzegorza Wicińskiego prof. UŁ
w dyscyplinie Prawo karne

Łódź 2023

Spis treści

Spis treści ... 2
Wykaz najczęściej stosowanych skrótów ... 5
Wstęp ... 7
Rozdział I ... 14
Geneza przestępstwa z art. 198 kk w świetle Kodeksu karnego z 1932 roku oraz Kodeksu karnego z 1969 roku ... 14
1. Przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w Kodeksie karnym z 1932 roku ... 14
2. Przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w Kodeksie karnym z 1969 roku ... 22
Rozdział II ... 25
Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 198 Kodeksu karnego ... 25
1. Dobra prawne Rozdziału XXV Kodeksu karnego ... 27
1.1. Obyczajność ... 27
1.2. Wolność seksualna ... 37
1.2.1. Geneza wolności seksualnej jako dobra prawnokarnego ... 39
1.2.1.1. Wolność seksualna jako pochodna wolności *in generale* ... 39
1.2.1.2. Wolność seksualna w prawie międzynarodowym publicznym ... 46
1.2.1.2.1. Prawo do prywatności a wolność seksualna na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka ... 47
1.2.1.2.2. Wolność seksualna jako prawo człowieka na gruncie prawa międzynarodowego – Deklaracja Praw Seksualnych, Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz Konwencja o Zapobieganiu i Zwalczaniu Przemocy Wobec Kobiet i Przemocy Domowej ... 57
1.2.1.3. Konstytucja RP jako źródło uregulowania wolności seksualnej jako dobra prawnie chronionego ... 61
1.2.1.4. Wolność seksualna jako dobro osobiste na gruncie Kodeksu cywilnego ... 67
1.2.2. Ogólna charakterystyka wolności seksualnej jako dobra chronionego ... 70
2. Dobro prawne przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności ... 72
2.1. Obyczajność ... 73
2.2. Wolność seksualna ... 78
2.2.1. Zgoda i jej związek z wolnością seksualną ... 80
2.2.3. Brak zgody a przestępstwo z art. 198 kk ... 86
2.2.3.1. Przesłanka braku zgody a wybrane regulacje europejskie (Szwecja, Niemcy, Wielka Brytania) w kontekście postulowanej nowelizacji Kodeksu karnego ... 90

2.2.2. Istota wolności seksualnej jako dobra chronionego na kanwie przestępstwa z art. 198 kk 100
Rozdział III 110
Ustawowe znamiona przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności - strona przedmiotowa 110
1. Sylwetka pokrzywdzonego przestępstwem z art. 198 kk 112
2. Choroba psychiczna 114
2.1. Definicja pojęcia „choroba psychiczna" na gruncie polskiego ustawodawstwa 115
2.1.1. Art. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego 116
2.1.2. Art. 93c pkt 4 Kodeksu karnego 117
2.1.3. Art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób 118
2.2. Termin „choroba psychiczna" a psychiatria i psychologia 119
2.3. Zaburzenia osobowości a choroba psychiczna i ich konsekwencje. Psychopatia, socjopatia i charakteropatia 121
2.3.1. Psychopatia 122
2.3.2.Socjopatia 123
2.3.3. Charakteropatia 124
3. Bezradność jako przesłanka przestępstwa z art. 198 kk 127
3.1. „Bezradność" jako przesłanka przestępstwa seksualnego wykorzystania w ujęciu prawnoporównawczym (rozwiązanie szwedzkie, niemieckie, brytyjskie) 127
3.2. Definicja prawnokarna terminu „bezradność" 131
3.2.1. „Bezradność" a „inne zakłócenie czynności psychicznych" na gruncie art. 31 §1 Kodeksu karnego oraz art. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego 136
4. Definicja prawnokarna przesłanki „upośledzenie umysłowe" w ujęciu psychiatryczno-psychologicznym 147
5. Skutek w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem a bezradność w kontekście art. 198 kk .. 150
6. Zbieg przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk z typami rodzajowymi innych przestępstw 155
Rozdział IV 162
Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa z art. 198 Kodeksu karnego 162
1. Podmiot przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności 163
2. Postać zamiaru a przestępstwo z art. 198 kk 165
2.1. Zamiar bezpośredni a przestępstwo z art. 198 kk 166
2.2. Przesłanka „wykorzystując" a jej relacja z zamiarem ewentualnym i *quasi*-ewentualnym 169
2.3. Zamiar ewentualny i zamiar *quasi*-ewentualny a przestępstwo z art. 198 kk 172
2.3.1. Zamiar ewentualny w kontekście art. 198 kk 173
2.3.2. Zamiar niby-ewentualny w kontekście art. 198 kk 180
Rozdział V 190
Zagrożenia błędnej wykładni przesłanek pozaprawnych w kontekście przestępstwa z art. 198 kk. Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną sprawcy 190
1. Błąd jako instytucja wyłączająca winę a art. 198 kk 195

1.1. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego a przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności .. 196
2.1.2. Błąd co do prawa 211
2.1.2.1. Usprawiedliwiony i nieusprawiedliwiony błąd co do prawa a art. 198 kk 216
2.3. Usiłowanie nieudolne a przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z art. 198 kk 218
2.3.1. Delictum putativum a przestępstwo z art. 198 kk 223
Rozdział VI 225
Ustawowe zagrożenie karą przestępstwa z art. 198 kk 225
1. Poprzednie regulacje seksualnego wykorzystania w zakresie zagrożenia karą na gruncie Kodeksu karnego z 1932 roku oraz Kodeksu karnego z 1969 roku 226
1.1. Art. 203 Kodeksu karnego z 1932 roku 229
1.1.1. Dane statystyczne dotyczące art. 203 Kodeksu karnego z 1932 roku .. 230
1.2. Art. 169 Kodeksu karnego z 1969 roku 233
1.2.1. Dane statystyczne dotyczące art. 169 Kodeksu karnego z 1969 roku .. 235
2. Obecne uregulowanie zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 Kodeksu karnego 237
3. Propozycja zmian w zakresie zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 kk w świetle projektu nowelizacji z dnia 8 marca 2021 roku 245
Zakończenie 256
Bibliografia 273
Akty prawne: 273
Polskie akty prawne 273
Akty prawa międzynarodowego 274
Akty prawne innych państw 274
Literatura przedmiotu: 275
Orzecznictwo: 285
Polskie 285
Trybunałów międzynarodowych 287
Pozostałe źródła: 287

Wykaz najczęściej stosowanych skrótów[1]

- **AUWr** – Acta Universitatis Wratislaviensis
- **dkk** – dawny kodeks karny, Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94 z późn. zm.
- **DSM-5 –** Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders
- **Dz.U.** - Dziennik Ustaw
- **Dz.U.UE.C.** - Dziennik Ustaw Unii Europejskiej C
- **EKPCz** – Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284
- **ETPCz** – Europejski Trybunał Praw Człowieka
- **ICD-10, ICD-11 –** Międzynarodowa Statystyczna Klasyfikacja Chorób i Problemów Zdrowotnych (ang. International Classification of Diseases)
- **kc** - Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 z późn. zm.
- **kk** - Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.
- **kkw** - Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 1997, nr 90, poz. 557 z późn. zm.
- **KPPUE** - Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2007 roku, Dz.U.UE.C. 1993, nr 61 poz. 284
- **kro** - Ustawa z dnia 25 lutego 1964 roku - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964, nr 9 poz. 59 z późn. zm.
- **KZS** – Krakowskie Zeszyty Sądowe

[1] Pozostałe zastosowane w niniejszej rozprawie skróty zostały objaśnione w samym tekście lubw przypisach dolnych.

- **MPPOiP** - Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 roku, Dz.U. 1977 nr 38, poz. 167
- **MS** – Minister Sprawiedliwości
- **OSAŁ** – Orzecznictwo Sądu Apelacyjnego w Łodzi
- **OSNCP** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Cywilna i Administracyjna oraz Izba Pracy i Ubezpieczeń Społecznych
- **OSNKN** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Kontroli Nadzwyczajnej i Spraw Publicznych
- **OSNKW** – Orzecznictwo Sądu Najwyższego, Izba Karna i Izba Wojskowa
- **OSP** – Orzecznictwo Sądu Pracy
- **OTK** – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego
- **Prok. i Pr.** - Prokuratura i Prawo
- **RPO** – Rzecznik Praw Obywatelskich
- **SN** – Sąd Najwyższy
- **StGB** – Strafgesetzbuch (Niemiecki Kodeks karny)
- **TBSP UJ** – Towarzystwo Biblioteki Słuchaczów Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego
- **TK** – Trybunał Konstytucyjny
- **UE** – Unia Europejska
- **uop** - Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. 1994, nr 111, poz. 535 z późn. zm.
- **WHO** – Światowa Organizacja Zdrowia (ang. World Health Organization)

Wstęp

Sfera życia seksualnego jednostki jest, obok życia i zdrowia, jedną z najważniejszych wartości chronioną przez prawo karne. Seksualność jest w literaturze z dziedziny seksuologii definiowana opisowo poprzez wskazanie, że stanowi ona immanentny składnik istnienia ludzkiego, który obejmuje identyfikację płciową, role związane z płcią, orientację seksualną, prawa reprodukcyjne, nawiązywane stosunki seksualne, przyjmowane wartości związane z życiem seksualnym człowieka, emocje, tworzone relacje erotyczne i emocjonalne z innymi ludźmi[2]. Tak rozumiana seksualność została również podkreślona poprzez treść preambuły Deklaracji Praw Seksualnych Człowieka z 2002 roku opracowanej przez Światowe Towarzystwo Seksuologiczne (WAS – World Association of Sexology)[3]. Prawnokarna ochrona aspektów życia człowieka związana z jego seksualnością znalazła odzwierciedlenie poprzez rozdział XXV Kodeksu karnego, który nosi tytuł „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności".

Jednym z typów rodzajowych przestępstw, które zostało wpisane przez ustawodawcę w poczet katalogu tzw. przestępstw seksualnych jest czyn zabroniony z art. 198 kk – seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności wynikające z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Jednakże ten typ przestępstwa nie został dotychczas szeroko opisany w opracowaniach monograficznych. Występująca w tym zakresie luka, jest o tyle zastanawiająca, gdyż regulacja objęta art. 198 kk stanowi niezwykle interesujące zagadnienie, które przekłada się na szereg wątpliwości

[2] M. Laphimon, *A Glossary of Term in Gender and Sexuality,* The Rockefeller Foundation, Mahidol University Thailand, Seul 2005, cyt. za: Z. Lew-Starowicz, *Psychospołeczne podstawy seksualności*,w: *Podstawy seksuologii*, pod red. Z. Lwa-Starowicza, V. Skrzypulec-Plinty, Warszawa 2010, s. 25.

[3] Deklaracja Praw Seksualnych Człowieka WHO 2002, https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Polish.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

teoretycznych i będących ich konsekwencją problemów z praktycznym stosowaniem tego przepisu. Stąd też przedmiotem niniejszej dysertacji jest instytucja z części szczególnej Kodeksu karnego w postaci przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności.

Celem przeprowadzenia badań w zakresie przywołanego tutaj typu rodzajowego przestępstwa seksualnego jest przeprowadzenie wnikliwej analizy zarówno ustawowych znamion z art. 198 kk, jak również określenie jego miejsca w katalogu przestępstw seksualnych z uwagi na jego istotę i założenia stojące za tą normą sankcjonującą.

Teza składająca się na przedmiotowe rozważania zakłada, że sposób w jaki ustawodawca ukształtował odpowiedzialność karną z tytułu seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności jest pozornie jasny i klarowny, w rzeczywistości będąc polem do wielu wątpliwości, tak teoretycznych, jak i praktycznych.

Z uwagi na powyższe, hipotezy dla badań stanowiących przedmiot niniejszej dysertacji upatrywać należy w zastosowanej przez ustawodawcę technice ustawodawczej, która zakłada posłużenie się przesłankami wysoce nieostrymi. Dla przykładu można tutaj przywołać znamiona określające pokrzywdzonego, do których należą: bezradność, choroba psychiczna, czy upośledzenie umysłowe. To zaś znajduje przełożenie na problemy z dokonaniem procesu wykładni, a w konsekwencji doprowadza do nieprawidłowego stosowania tego przepisu w praktyce.

Powyższe sprawia, że tytułowa problematyka dysertacji dotycząca prawnokarnej oceny niektórych zachowań seksualnych, które stanowią przejawy istotnych naruszeń dotyka również innych problemów wymagających dokonania ich eksplikacji. Przepis art. 198 Kodeksu karnego, który zostanie poddany analizie na gruncie tego opracowania wiąże się także nierozłącznie z zagadnieniami niemającymi swojego rodowodu z prawie *in generale*, lecz w naukach pozaprawnych, takich jak: psychologia, czy psychiatria. Pojęcia takie jak „choroba psychiczna", „upośledzenie umysłowe", czy „bezradność", stanowiąc przesłanki określające cechy pokrzywdzonego omawianym typem rodzajowym przestępstwa wymagają dokonania ich wykładni.

Zwiększona wrażliwość społeczna na kwestie zdrowia psychicznego wymaga podjęcia analizy przesłanek psychiatryczno-psychologicznych w nowych ramach, jednak z dostosowaniem tych ustaleń do wymogów pracy z zakresu prawa karnego.

Drogą przykładu można wskazać, że normalizacja tematu zaburzeń psychicznych wymusza zmiany w ujęciu tego problemu przez przedstawicieli prawa karnego. Odejście od nadużywania w określaniu wszelkich zaburzeń dotyczących obniżenia nastroju jako depresji, czy sprowadzania poważnych zaburzeń do schizofrenii zdaje się być niezwykle pozytywnym przejawem zmian dyskursu społecznego. Wiele zaburzeń w omawianym aspekcie traktowane jest stereotypowo, powielając szkodliwe mity i w konsekwencji oddalając się od zrozumienia istoty problemu. Nie każda bowiem osoba ze stwierdzoną depresją ma cierpienie i smutek wymalowane na twarzy, tak samo jak nie każda osoba cierpiąca na schizofrenię poprzez swoje ekscentryczne zachowanie sugerować będzie osobom postronnym swoje problemy ze stanem zdrowia psychicznego. Często schorzenia w sferze psychiki człowieka mają swój przebieg utajony, niedostrzegalny dla ogółu społeczeństwa. Ten aspekt ma natomiast bezpośrednie przełożenie dla wykładni pojęcia prawnokarnego takiego jak „choroba psychiczna" i tym samym znajduje bezpośrednie konsekwencje w ocenie zagrożeń płynących z błędnej subsumpcji przepisu art. 198 kk pod konkretny stan faktyczny.

Istnieje wiele dobrych pretekstów do podjęcia tego znowelizowanego dyskursu w zakresie związku zmian w postrzeganiu zaburzeń zdrowia psychicznego a ich wpływu na doktrynę prawa karnego, jednakże tło narzucone przez przestępczość seksualną wydaje się być szczególnie dobrym gruntem dla tego rodzaju rozważań. Tak narzucona narracja koresponduje bowiem ze zmianami w podejściu do przedmiotu seksualności człowieka, tym samym ukazując złożoność tej tematyki, a także jej zależność od ogólnego stanu dyskusji w społeczeństwie.

Interpretacyjne problemy, które zostały tutaj zaznaczone, a składające się na hipotezę stawianą na początku przedmiotowych badań, pozwalają upatrywać je także jako wtórnego źródła innych zagadnień, takich jak: charakter strony podmiotowej, czy możliwości wyłączenia odpowiedzialności sprawcy z powołaniem na instytucję błędu.

W związku z powyższym do przeprowadzenia przedmiotowych rozważań zastosowano metodę formalno-dogmatyczną, metodę aksjologiczną, metodę historyczno-opisową oraz metodę komparatystyczną. Pozwalają one bowiem dokonać kompleksowego przedstawienia zasadniczych, wybranych problemów dotykających analizy przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk.

Całość opracowanych zagadnień objętych niniejszą rozprawą jest podzielona na sześć rozdziałów.

Rozdział I niniejszej rozprawy poświęcony jest przedstawieniu genezy regulacji, które w poprzednich polskich ustawach karnych, z 1932 roku oraz z 1969 roku stanowiły poprzedniki dzisiejszego art. 198 kk. Pokazana przemiana nastawienia ustawodawcy do zagadnienia przestępczości seksualnej *in generale* znalazła bowiem swoje odzwierciedlenie także w przypadku ocenianego przestępstwa. Przyjrzenie się temu wycinkowi stanowi pomocne narzędzie do dalszego formułowania wniosków dotykających obszaru dzisiejszej regulacji w tym kontekście. Pomaga to wykreować stosowne wnioski *de lege lata*, ale przede wszystkim.

Rozważania podjęte w rozdziale II koncentrują się wokół udzielenia odpowiedzi na pytanie o dobro chronione przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Należy zadać sobie bowiem pytanie, czy w zmieniającym się świecie, możliwym jest ustalenie, że jakiś czyn sprawcy wykracza poza z góry ustaloną obyczajność, tu w sferze życia i aktywności seksualnej jednostki. Powstaje wówczas wątpliwość, czy zatem wolność seksualna daje jedyną odpowiedź na poszukiwania właściwego przedmiotu ochrony zważając na istotę niepoczytalności, to jest wyłączenie możliwości rozeznania znaczenia swojego czynu i pokierowania swoim postępowaniem przez ofiarę, czy jest jedynym możliwym dobrem chronionym. Koniecznym jest też ustosunkowanie się do głosów pojawiających się tak zarówno w doktrynie, jak i w propozycjach nowelizacji Kodeksu karnego odnośnie wprowadzenia do rozdziału XXV nowego rodzaju dobra chronionego. Tak postawione pytanie wymaga uwzględnienia rozważań zarówno w zakresie m.in. teorii zgody, czy też miejsca braku zgody w strukturze omawianego przestępstwa, również w ujęciu komparatystycznym.

W rozdziale III poddane analizie zostaną przesłanki składające się na stronę przedmiotową przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Przestępstwo opisany poprzez treść art. 198 kk poprzez swój kształt nasuwa odniesienia przede wszystkim do przestępstwa zgwałcenia. Wątpliwości budzi chociażby rozumienie przesłanki bezradności w kontekście spożywania alkoholu przez pokrzywdzonego, czy też pozostawanie przez ofiarę w stanie snu w trakcie podejmowania przez sprawcę czynności wykonawczych, które są tożsame dla przestępstw seksualnych, tj. obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej. Jako wymagane jawi się także odniesienie rozważań dotykających wykładni przesłanek „choroba psychiczna" i „upośledzenie umysłowe" do sposobu ich ujęcia zarówno na kanwie innych przepisów Kodeksu karnego[4], jak i ustaw szczególnych, w tym przede wszystkim w ustawie z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego[5]. Nieodłącznym w przypadku przesłanek mających swoją etiologię w naukach pozaprawnych jest odniesienie oceny do ich definicji wywodzonych z psychiatrii i psychologii. Przytoczone tutaj przykładowe zagadnienia mogą w konsekwencji na gruncie konkretnych przypadków prowadzić do nieprawidłowego przypisania sprawcy zgwałcenia, podczas gdy właściwym byłoby wskazanie w kwalifikacji prawnej na seksualne wykorzystanie z art. 198 kk. Na taką zależność wskazywać może statystyka prowadzona przez Policję w zakresie dwóch przywołanych typów rodzajowych przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego.

Dla przykładu, w przypadku przestępstwa z art. 197 kk w latach 2015-2020 zostały łącznie stwierdzone 7.503 przypadki. W przypadku przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności liczby te kształtują się w omawianym przedziale czasowym zgoła odmiennie, gdyż stwierdzono wówczas tylko 756 przypadki[6]. Pytaniem otwartym jest, czy taka statystyka jest wynikiem dynamiki popełniania konkretnych przestępstw, czy też rezultatem nieprawidłowej subsumpcji przez organy wymiaru sprawiedliwości. Analiza orzecznictwa pokazuje jednak, że

[4] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm. [dalej również jako: „kk"]

[5] Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. 1994, nr 111, poz. 53 z późn. zm. [dalej również jako: „uop"]

[6] *Statystyka Policji – wykorzystanie seksualne osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198),* https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/63499,Wykorzystanie-seksualne-osoby-bezradnej-lub-niepoczytalnej-art-198.html [data dostępu: 19.04.2023].

problem z poprawną wykładnią jest zagadnieniem realnym. Można przywołać w tym miejscu treść wyroku Sądu Najwyższego z 2009 roku, który zakwestionował rozstrzygnięcia poczynione przez sądy niższych instancji, wedle których zachowania sprawców przyjęto za działania podstępne w związku ze spożywaniem przez ofiarę alkoholu. W rzeczywistości, co słusznie zauważył SN okoliczności w jakich doszło do popełnienia przez sprawców czynu zabronionego, tj. samodzielne wprowadzenie się przez ofiarę w stan odurzenia alkoholowego, nie pozwalały na uznanie, że sprawcy dopuścili się przestępstwa zgwałcenia (art. 197 kk), lecz przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności (art. 198 kk)[7]. W innym orzeczeniu Sąd Apelacyjny w Łodzi błędnie wskazał kwalifikację prawną czynu sprawcy, który dopuścił się obcowania płciowego z osobą śpiącą jako zgwałcenie, podczas gdy było to seksualne wykorzystanie bezradności z art. 198 kk w zbiegu z przestępstwem pedofilii (art. 200 kk) oraz przestępstwo zgwałcenia pedofilskiego (art. 197 §3 pkt 2 kk). Sprawca bowiem rozpoczął obcowanie płciowe ze śpiącą małoletnią, nieprzerywając czynu po przebudzeniu się ofiary dodatkowo stosując wobec niej przemoc[8]. Te dwa przytoczone przykłady ilustrują problem, który jest związany z niejednoznacznością przesłanek przestępstwa stanowiącego przedmiot niniejszej dysertacji.

W IV rozdziale natomiast poruszone są kwestie związane z zagadnieniami strony podmiotowej przestępstwa stanowiącego kanwę niniejszego opracowania. Problematyka ta, będąc pozornie oczywistą w związku z ogólnym przyjęciem, że z uwagi na charakter przesłanek przestępstwa polegającą na wykorzystaniu bezradności lub niepoczytalności, możliwym jest jego popełnienie wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, nie wydaje się jednak kompletna. Wymaga bowiem uzupełnienia rozważań w zakresie odniesienia się do postulatów części z przedstawicieli doktryny, dopuszczających zaliczenie przestępstwa z art. 198 kk do grona czynów mogących zostać popełnionych także z zamiarem ewentualnym albo *quasi*-ewentualnym. Wobec braku zgodności, a wręcz rozpiętości stanowisk wyrażanych w tym zakresie w piśmiennictwie, zagadnienie to jest niezbędnym elementem badań tematu objętego niniejszą dysertacją.

[7] Wyrok SN z dnia 04.03.2009 r., sygn. IV KK 339/08, LEX nr 291341.
[8] Wyrok SA Łódź z dnia 11.12.2012 r., sygn. II AKa 256/12, OSAŁ 2013/1/7.

Przedmiotem rozważań objętym V rozdziałem dysertacji jest prawnokarna ocena niektórych konkretnych stanów faktycznych, zwłaszcza w zakresie instytucji ekskulpacyjnych – błędów co do faktu oraz błędu co do prawa oraz instytucji usiłowania nieudolnego. Elementem łączącym te dwa przytoczone zagadnienia jest konieczność przeprowadzenia precyzyjnej oceny stanu faktycznego obejmującej zwłaszcza prawidłowe określenie stanu pokrzywdzonego w momencie realizacji przez sprawcę czynu zabronionego. Zdaje się bowiem, że niektóre z zaburzeń psychicznych mogą być trudne do rozeznania przez domniemanego sprawcę. To zaś znajdować może przełożenie na możliwość przypisania sprawcy czynu z art. 198 kk. Sprawca, jak się zdaje może być nieświadomym m.in. niepoczytalności pokrzywdzonego w związku z nieswoistością objawów jego choroby psychicznej. Możliwą jawi się też sytuacja odwrotna, kiedy to sprawca zorientowany na doprowadzenie ofiary do seksualnego wykorzystania w warunkach z art. 198 kk nie może zrealizować swojego zamiaru przestępnego z uwagi na to, że pokrzywdzony nie jest dotknięty żadną z przesłanek strony przedmiotowej, np. bezradnością.

Rozdział VI jest poświęcony rozważaniom na temat kwestii dotyczących zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 kk. Podejście do tego problemu wymaga wstępu zawierającego jego prawno-historyczne uwarunkowania, które stanowią narzędzie pomocnicze do dokonania wykładni obecnej regulacji. Dodatkowo, znaczna uwaga jest w tym przedmiocie skoncentrowana na przedstawienie postulowanych zmian w zakresie art. 198 kk, których jednym z głównych elementów jest postulat podwyższenia ustawowego zagrożenia karą oraz podzielenie omawianego przepisu na dwa typy podstawowe w zależności od podjętej przez sprawcę czynności wykonawczej. Rozważenia wymagają w tym zakresie cele stojące za poprzednimi przepisami kształtującymi zagrożenie karą, ocena aktualnego rozwiązania w tym aspekcie, jak również ocena prawno-społecznych korzyści i negatywnych skutków zmian wskazanych w przywołanym projekcie zmian Kodeksu karnego.

Rozdział I

Geneza przestępstwa z art. 198 kk w świetle Kodeksu karnego z 1932 roku oraz Kodeksu karnego z 1969 roku

We wstępie do właściwych rozważań pracy dotykającej przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności nie sposób nie rozpocząć od prawnoohistorycznego wskazania na jego rodowód. Spojrzenie na ewolucję, jaką przeszła omawiana regulacja pozwala spojrzeć na jej obecną wersję w sposób poszerzony, a tym samym pozwalający dostrzec tendencje nowelizacyjne. Jest to niezwykle pomocnym narzędziem do sformułowania dalszych wniosków, w tym również tych *de lege lata* oraz *de lege ferenda*.

1. Przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w Kodeksie karnym z 1932 roku

Ogółem wskazać można, że przestępstwa, które dzisiaj określa się zbiorczo mianem przestępstw seksualnych mają swoje początki już w pierwszej polskiej ustawie karnej, tj. w Kodeksie karnym J. Makarewicza z 1932 roku[9].

Rozdział XXXII kk z 1932 roku nosił tytuł „Nierząd", a otwierał go czyn zabroniony, który treściowo można uznać za syntezę dzisiejszych dwóch przestępstw: pedofilii oraz seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności – art. 203 kk

[9] Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571 z późn. zm. [dalej również jako: „kk z 1932 roku", „Kodeks karny z 1932 roku", „ustawa karna z 1932 roku']

z 1932 roku. Ustawodawca tym samym dokonał zrównania oceny stanu osoby poniżej 15 roku życia z osobą o ograniczonej poczytalności oraz niepoczytalną niewskazując przy tym na źródła tych stanów. W konstrukcji takiej można natomiast upatrywać związku z art. 17 Kodeksu karnego z 1932 roku, który stanowiąc zasadę wyłączenia odpowiedzialności bezpośrednio powołuje się na źródła niepoczytalności, tj. niedorozwój psychiczny, chorobę psychiczną, inne zakłócenia czynności psychicznych. Można zatem przyjąć, że art. 203 kk z 1932 roku jest protoplastą dla obecnych przestępstw z art. 198 kk oraz z art. 200 kk.

W pierwszej kolejności warto zauważyć, że w projekcie kodeksu Juliusza Makarewicza ustawodawca przewidywał możliwość wprowadzenia dwóch odrębnych przepisów regulujących czyny, które można nazwać poprzednikami dzisiejszego art. 198 kk. W projekcie ujęto je w ramach art. 193 oraz art. 194.

Pierwsza z przywołanych propozycji zakładała odpowiedzialność karną za przestępstwo dopuszczenia się czynu nierządnego względem innej osoby bez jej wyraźnego lub dorozumianego zezwolenia. Proponowane zagrożenie karą więzienia obwarowane byłoby górną granicą do lat 2. W ramach tego typu rodzajowego przestępstwa ustawodawca w uzasadnieniu do projektu wskazywał na cechy pokrzywdzonego, jak np. choroba psychiczna, bądź też stany fizjologiczne jak chociażby sen10.

Drugi z procedowanych typów rodzajowych podobnych do analizowanego przestępstwa miał stanowić o odpowiedzialności karnej zagrożonej karą więzienia do lat 10 w przypadku dopuszczenia się czynu nierządnego względem dziecka poniżej lat 13 albo osoby, zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności rozpoznania lub kierowania działaniem. W przypadku tego proponowanego ówcześnie czynu zabronionego można wskazać, że pozostał praktycznie wcielony do finalnej wersji ówczesnej ustawy karnej. Jedyne modyfikacje dotyczyły zmiany określenia pierwszej kategorii pokrzywdzonego na osobę poniżej 15 lat oraz dookreślono czyja zdolność do kierowania zachowaniem

[10] *Projekt Kodeksu karnego w redakcji przyjętej w drugiem czytaniu przez Sekcję Prawa Karnego Komisji Kodyfikacyjnej R.P. Uzasadnienie części szczególnej*, w: *Sekcja Prawa Karnego*, Warszawa 1930, t. V, z. 4, s. 132, 135.

winna zostać z punktu widzenia tego przepisu oceniona, co uczyniono poprzez zaimek „swem". Uzasadniając ten postulowany typ rodzajowy przestępstwa wskazano, że dotyczyć on będzie osób z upośledzeniem umysłowym11.

W ten sposób projektodawcy dokonali podziału na dwa przepisy czynu, który w obecnym stanie prawnym stanowi czyn z art. 198 kk. Projektowany wówczas art. 193 kk można tym samym odnieść do realizacji czynu seksualnego wykorzystania w odniesieniu do osoby bezradnej lub chorej psychicznie. Przy czym ówczesny projekt nie uwzględnił skutku, w postaci niepoczytalności, podczas gdy projektowany art. 194 zawierał zarówno wskazanie na przywołany skutek, zaś odnosił się on do osoby upośledzonej umysłowo albo dziecka poniżej 13 roku życia. Ustawodawca w projekcie dokonał rozróżnienia na dwa wspomniane czyny, argumentując to brakiem konieczności przełamania oporu pokrzywdzonego w przypadku czynu z art. 193.

Co istotne z punktu widzenia zagadnienia seksualnego wykorzystania, projekt zakładał zdecydowane rozróżnienie na tle zagrożenia karą w przypadku obu przywołanych projektowanych czynów12. Wspomniany brak konieczności przełamania oporu w przypadku art. 193 przemawiał według ustawodawcy za zasadnością przyjęcia wyraźnie niższego zagrożenia karą względem zarówno drugiego czynu z art. 194 projektu, jak również art. 196, który kształtem odpowiadać może dzisiejszemu przestępstwu zgwałcenia. Ostatecznie projektowane zmiany nie weszły w życie, ustępując miejsca wspólnemu jednemu przestępstwu, to jest zmodyfikowanemu treściowo art. 194, który finalnie przybrał numer art. 203 ustawy karnej z 1932 roku. Tym samym zrównano zagrożenie karą analizowanego przestępstwa, zrównując zagrożenie ze zgwałceniem, nazywanym ówcześnie nierządem.

Interesującą jest jednak próba wprowadzenia i rozróżnienia dwóch sytuacji w kontekście przestępczości związanej z seksualnością: doprowadzenia do przełamania oporu ofiary, jak również sytuacji wykorzystania stanu pokrzywdzonego jakim jest niepoczytalność wynikająca m.in. z choroby psychicznej. Element braku zgody, czy też braku wyraźnej zgody, tak silnie akcentowany w dobie dzisiejszych dyskusji nad

[11] Ibidem, s. 135.
[12] Ibidem, s. 135.

nowelizacją ustawy karnej13, pokazuje że debata w tym kierunku ma swoją podbudowę merytoryczną w debacie sprzed prawie 100 lat.

Na tle finalnego uregulowania omawianej tutaj kwestii, istotną różnicą jest, że w kontekście art. 203 kk z 1932 roku za podlegające odpowiedzialności karnej uznawano podejmowanie kontaktów seksualnych z osobą, która była chociażby częściowo pozbawiona zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. To oznacza zdecydowanie rozszerzenie zakazu nawiązywania relacji seksualnych z osobami dotkniętymi innymi zakłóceniami czynności psychicznych, niedorozwojem umysłowym, czy też cierpiących na choroby psychicznie[14]. W rezultacie takie ukształtowanie legislacyjne mogło prowadzić do faktycznego wykluczenia tej kategorii osób od możliwości podejmowania aktywności seksualnej. Sfera ta była bowiem dla osób należących do wskazanej tutaj grupy możliwa w teorii, lecz obwarowana tak szerokim ograniczeniem, że w istocie naruszała w tym zakresie prawa tych osób do realizacji w sferze życia intymnego. Dodatkowo też ówczesny ustawodawca nie uwzględnił w treści art. 203 Kodeksu karnego z 1932 roku obecnej przesłanki wykorzystania tego szczególnego stanu pokrzywdzonego. W porównaniu do obecnej regulacji stawia to treść przywołanego przepisu z kodeksu Makarewicza na niższej pozycji. Pozytywnym elementem było zwrócenie uwagi na konieczność ochrony przed seksualnymi nadużyciami osób takich jak np. chorzy psychicznie, ale dokonano tego przy zastosowaniu nieprecyzyjnego słownika terminologicznego, pozwalającego na zbyt daleko idącą ingerencję w jedno z podstawowych praw obywatelskich, możliwość realizacji we wszelkich aspektach życia, w tym również w odniesieniu do sfery seksualności. Było to o tyle nieuzasadnione, gdyż osoby znajdujące się w stanie remisji, stosujące farmakoterapię lub psychoterapię są w stanie w sposób prawidłowy funkcjonować w społeczeństwie. Powstaje jednak pytanie jaki stan w praktyce był uznawany przez ustawodawcę z 1932 roku za ograniczenie poczytalności. Istnieje wątpliwość, że za taki stan mogło być uznany choćby sam fakt występowania u danej osoby choroby psychicznej. To

[13] Więcej na ten temat, zob. rozdział II.

[14] J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 5, Lwów 1938, s. 484-485; *Motywy Komisji Kodyfikacyjnej*, t. V, nr 4, s. 134-135, cyt. za: J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, wyd. 5, Warszawa 2020, s. 1350.

natomiast, mając na uwadze art. 203 kk z 1932 roku znajdowało przełożenie w aspekcie życia seksualnego jednostki, *de facto* ją z niego wyłączając.

W przedmiocie zagrożenia karą w przypadku pierwszego polskiego Kodeksu karnego określono wyraźnie wyłącznie granicę górną zagrożenia karą, co oznacza że w celu ustalenia najmniejszej możliwej do wymierzenia kary więzienia należało odnieść się do przepisów ogólnych dotyczących wzmiankowanego tutaj rodzaju kary zasadniczej. W art. 39 §1 ustawy karnej z 1932 roku wskazano, że karę więzienia wymierza się w wymiarze od 6 miesięcy, toteż uznać należy że przestępstwo z art. 203 kk z 1932 roku odpowiadające treściowo dzisiejszemu seksualnemu wykorzystaniu w omawianej formie obwarowane było karą więzienia od 6 miesięcy do lat 10.

Pojawiają się jednak uzasadnione wątpliwości, czy ówcześnie zaproponowane rozwiązanie słusznie zostało zakwestionowane. Takie stanowisko jest związane z tym, że tak jak zostało to już przywołane, wolą ustawodawcy było dokonanie podziału na sytuacje gdy wzmiankowana osoba chora psychicznie nie udzieli partnerowi seksualnemu zgody na podjęcie z nim stosunku seksualnego, a sprawca ten fakt zignoruje. Czym innym byłby zatem, według zaprezentowanego tutaj projektu, stan faktyczny gdy ta sama osoba chora psychicznie znajduje się w momencie czynu w stanie niepoczytalności pozostającej w związku ze swoją przypadłością. Wówczas kwestia zgody, czy też jej braku jest dla odpowiedzialności karnej nieistotna, nie jest badana. Sam fakt naruszenia sfery seksualnej pokrzywdzonego niepoczytalnego w momencie czynu przez napastnika legitymizowałby, według przywołanego projektu, do odpowiedzialności z tytułu przepisu przewidującego wyższą karalność. Taki stan budzi pytanie o to, czy w przypadku przestępstwa odpowiadającego, w uproszczeniu, dzisiejszemu seksualnemu wykorzystaniu z art. 198 kk zasadną do ujęcia jako element struktury przestępstwa byłaby zgoda. Można bowiem odnieść wrażenie, że projekt ten zaprzecza uznanie za przesłankę brak zgody w przypadku osoby, której stan wyklucza możliwość przypisania ważnej prawnie zgody.

Jednocześnie w przypadku pierwszego z proponowanych ówcześnie typów rodzajowych przestępstw z zakresu nierządu zakładał, że nawet osoba chora psychicznie ma możliwość w przebiegu tej choroby wyrazić wolę w sposób niepodważalny, to jest prawnie skuteczny. To oznacza, że już w toku prac legislacyjnych

nad Kodeksem karnym z 1932 roku podjęto dyskusję nad zdjęciem stygmatu m.in. choroby psychicznej, czy niedorozwoju psychicznego z osób na nie cierpiących. Bowiem ten projekt w swoim art. 193 odnosił się chociażby do stanu remisji w kontekście choroby psychicznej.

Można skonstatować zatem, że twórcy tego projektu zakładali, iż sam fakt zdiagnozowania u osoby schorzenia w obrębie jego psychiki, czy też stwierdzenia niedorozwoju nie przekreśla możliwości, choćby okresowej do świadomego i w pełni swobodnego podejmowania decyzji, które rodzic za sobą miały skutki prawne. Taka propozycja legislacyjna jest przełomowa, gdyż w swoim założeniu roztaczać miała ochronę nad osobami znajdującymi się w szczególnych stanach, bez jednoczesnego odejmowania ich praw ponad miarę. To zaś stanowiłoby balans pomiędzy tym, co konieczne, a tym co niewymagane, co pozwalało na oddanie takim osobom człowieczeństwa i było przejawem humanizmu względem nich. Dlatego też odstępstwa poczynione w tym zakresie, a polegające na niewprowadzeniu dwóch omawianych przepisów projektu z art. 193 i art. 194 do kk z 1932 roku, a zastąpienie ich finalnym art. 203 ustawy karnej z 1932 roku należy uznać za działanie nie tyle szkodliwe, co zdecydowanie utrudniające odczytanie istoty tego typu regulacji. Kwestia ta zostanie pokazana w dalszym toku wywodu.

Warto w tym fragmencie rozprawy wskazać także, choćby w sposób syntetyczny, na pozostałe typy rodzajowe przestępstw z rozdziału XXXII Kodeksu karnego z 1932 roku. Pozwoli to na zrekonstruowanie ogólnego zamysłu towarzyszącego ówczesnemu ustawodawcy dotyczącego odpowiedzialności karnej za przestępstwa związane z nierządem, czyli takie które obecnie znajdują się w rozdziale XXV Kodeksu karnego.

W związku z powyższym wskazania wymaga, że drugim typem przestępstwa penalizowanym przez wskazaną ustawę karną było zgwałcenie. Konstrukcja przepisu art. 204 Kodeksu karnego z 1932 roku w ogólnym zarysie nakłada się na obecne uregulowania tego typu rodzajowego przestępstwa z obecnego art. 197 kk. Odmiennie zaś, aniżeli w przypadku obecnie obowiązującej ustawy karnej ustawodawca zdecydował się na otworzenie rozdziału dotyczącego przestępstw związanych z ogólną

sferą seksualną przestępstwem seksualnego wykorzystania małoletniego poniżej 15 roku życia lub o częściowej lub całkowicie zniesionej poczytalności. Zważając na to, że trzecim w kolejności jest przepis będący odpowiednikiem dzisiejszego art. 199 kk, tj. przestępstwa seksualnego nadużycia stosunku zależności można wskazać na pewną zależność. Ustawodawca otworzył rozdział takim typem rodzajowym przestępstwa, co do którego uznawał, że w przypadku jego popełnienia nie dochodzi do naruszenia struktury woli pokrzywdzonego z uwagi albo na jego niski wiek i towarzyszącą mu niedojrzałość, bądź inny szczególny stan, z którego wynika ograniczenie poczytalności lub wręcz niepoczytalność. Niemniej jednak wyraźnym jest, że pomimo takiej koncepcji nie dochodzi do rozróżnienia zagrożenia karą w przypadku art. 203 kk z 1932 roku oraz art. 204 kk z 1932 roku. Jest to rozwiązanie odmienne od obecnie występującego na tle art. 198 kk oraz art. 200 kk, gdzie przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności jest zagrożone karą pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy do lat 8, podczas gdy podstawowy typ czynu zabronionego pedofilii z art. 200 §1 kk obłożony jest sankcją surowszą, tj. karą pozbawienia wolności od lat 2 do lat 12[15]. Można wnioskować, że elementem, który przeważył za takim rozróżnieniem zagrożenia karą w przypadku obu prezentowanych tutaj typów rodzajowych przestępstw jest związany z przedmiotem ich popełnienia. W przypadku małoletniego będącego pokrzywdzonym czynem pedofilskim za racjonalnością surowszego karania przemawia fakt szczególnego wieku, a co za tym idzie niedostatecznego rozwoju psycho-fizycznego ofiary, której wykorzystanie implikuje wyższy stopień społecznej szkodliwości aniżeli w porównaniu z sytuacją opisaną w treści przepisu z art. 198 kk. Rozwiązanie takie ma zatem silne umocowanie w argumentacji, jednakże stawia pytanie o zasadność stawiania w nierównej pozycji pokrzywdzonych, których stan w chwili popełnienia na nich przesępstwa przez sprawcę można w znacznym zakresie zrównać ze sobą. Zatem, jako podsumowanie tej dygresji wskazać można na słuszność, jaka stała za regulacją obu omawianych typów czynów zabronionych w zakresie niedyferencjacji zagrożenia karą, jak miało to miejsce w Kodeksie karnym z 1932 roku. Wątpliwości natury technicznej budzi zaś łączne ich spenalizowanie

[15] Górna granica zagrożenia karą w przypadku przestępstwa z art. 200 §1 kk z dniem 1 października 2023 roku ulegnie podwyższeniu do 15 lat w związku z nowelizacją Kodeksu karnego ustawą z dnia 7 lipca 2022 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2022, poz. 2600.

poprzez treść art. 203 ustawy karnej z 1932 roku. W tym kontekście, z uwagi na bogactwo treściowe, słuszniejszym rozwiązaniem jest to, które zostało zaproponowane przez obecnego ustawodawcę.

W dalszej części rozdziału XXXII Kodeksu z 1932 roku nie widać, co do zasady, wyraźnych odstępstw od obecnego kształtu rozdziału XXV kk, zarówno pod względem typów rodzajowych przestępstw, jak i ich usytuowania.

Jednakże jednym z istotnych wyjątków był art. 207 kk z 1932 roku, który stanowił o odpowiedzialności karnej osób nawiązujących homoseksualne relacje intymne z chęci zysku. Przestępstwo to obwarowane było zagrożeniem w postaci kary więzienia do lat 3.

W literaturze z omawianego okresu wskazywano, że o ile same relacje intymne natury homoseksualnej nie są poddawane penalizacji, o tyle już przypadki prostytucji homoseksualnej nie mogą pozostać niezauważone, a przez to pozostawione bez negatywnej reakcji ze strony prawa karnego[16]. Jednocześnie zauważyć należy, że zjawisko prostytucji heteroseksualnej nie pozostawało ówcześnie uznawane za czyn zabroniony zagrożony karą. Okoliczność ta stanowić może o pośredniej dyskryminacji, a przynajmniej niewyrażonej wprost krytyce i dezaprobacie dla relacji homoseksualnych w ogóle. Ustawodawca z jednej strony nie zdecydował się na penalizację orientacji seksualnej pomiędzy osobami tej samej płci jako takiej, lecz poprzez wprowadzenie art. 207 Kodeksu karnego z 1932 roku wskazał na kryteria ocenne tego zjawiska społecznego poprzez wartościowanie przejawów prostytucji w zależności od tego, czy zachodziła w stosunkach hetero- czy homoseksualnych. Pierwszy przypadek był dla ówczesnego prawa karnego obojętny, zaś drugi był penalizowany. Niewątpliwie można wskazać na niekonsekwencję ustawodawcy z 1932 roku, który to samo, moralnie wątpliwe zjawisko prostytucji poddał diametralnie innej ocenie z punktu widzenia prawa karnego, tylko z uwagi na płeć partycypujących w nim osób. Rozwiązanie takie stanowić może przykład pruderii lub ówcześnie panującej hipokryzji w zakresie oceny przejawów życia seksualnego człowieka.

Podobnym wyjątkiem, niewystępującym obecnie był typ kwalifikowany przestępstwa z art. 212 kk z 1932 roku, które dzisiaj nosi nazwę ułatwiania uprawniania

[16] J. Makarewicz, *Kodek karny...*, s. 490.

prostytucji (ówcześnie: nierządu). W Kodeksie karnym z 1932 roku jeśli pokrzywdzonym takim czynem była osoba, którą zaliczyć można do grona osób najbliższych, czyn sprawcy stawał się zbrodnią zagrożoną karą więzienia na czas nie krótszy od lat 3 oraz grzywną.

2. Przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w Kodeksie karnym z 1969 roku

Kodeks karny z 1969 roku zredefiniował przestępstwo seksualnego wykorzystania, w związku z czym jego kształt był pod tym względem zbliżony do aktualnych regulowań w tym zakresie. W odniesieniu do zagrożenia karą art. 169 kk z 1969 roku określił, że owo przestępstwo ścigane było pod groźbą kary w wymiarze od roku do lat 10, co oznacza podniesienie dolnej granicy odpowiedzialności, i to zarówno w odniesieniu do regulacji z 1932 roku, jak i tej z 1997 roku.

Przestępstwo będące poprzednikiem obecnego seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności zostało zawarte w rozdziale XXII Kodeksu karnego z 1969 roku17, który dotyczył przestępstw przeciwko wolności. Patrząc z perspektywy kk z 1932 roku oraz kk z 1997 roku można wskazać, że regulacja z 1969 roku stanowiła pomost, kompromis pomiędzy dwiema skrajnymi regulacjami w kontekście tytułowego zagadnienia.

Dzieje się tak przede wszystkim dlatego, że jako postępowe uznać należy wcielenie analizowanego typu rodzajowego przestępstwa do przestępstw przeciwko wolności. Jednakże jako czynność wykonawczą w dalszym ciągu ustawodawca wskazał na nierząd.

Inną wartą podkreślenia kwestią jest umiejscowienie omawianego przepisu art. 169 dkk. Znajduje się on bowiem po regulacji dotyczącej zgwałcenia, a przed przepisem odnoszącym się do odpowiedzialności karnej za seksualne nadużycie zależności. Natomiast ta grupa trzech przestępstw występuje pomiędzy przestępstwem

[17] Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94 z późn. zm. [dalej również jako: „dkk", „kk z 1969 roku", „Kodeks karny z 1969 roku"]

zmuszania a naruszeniem miru domowego. Pozostałe przestępstwa, które obecnie tworzą łącznie ze wskazanymi już trzema rozdział XXV Kodeksu karnego z 1997 roku, takie jak m.in. pedofilia, rozpowszechnianie treści pornograficznych, czy zmuszanie do prostytucji zostały przez ustawodawcę z 1969 roku umieszczone w osobnym rozdziale XXIII o tytule „Przestępstwa przeciwko obyczajności".

To pokazuje w jaki sposób zmiany społeczne i światopoglądowe na przestrzeni 36 lat wpłynęły na kształt nowego ówcześnie Kodeksu karnego. Przykładem tego jest również zawężenie zakresu penalizacji omawianego typu rodzajowego czynu zabronionego poprzez zastąpienie w Kodeksie karnym z 1969 roku frazy odnoszącej się do stopnia bezradności lub niepoczytalności ofiary „zupełnie lub częściowo" określeniem o mniejszym spektrum, tj. „całkowicie lub w znacznym stopniu"[18]. Określenie zastosowane przez ustawodawcę w drugiej polskiej ustawie karnej poprzez użycie przymiotnika wartościującego stopień zdolności („znaczny") do rozpoznania znaczenia przez pokrzywdzonego znaczenia przedsiębranego przez siebie czynu lub pokierowania przez niego swoim postępowaniem zakreśla w sposób wąski przypadki penalizacji czynu zabronionego poddanego tutaj pod ocenę. Jest to znaczny postęp w porównaniu do uregulowania powyższej kwestii w Kodeksie karnym Juliusza Makarewicza.

Innym z dobitnych przykładów postępowości i impaktu poglądów społecznych na instytucję prawa karnego znajdujących odzwierciedlenie w ustawie karnej z 1969 roku w omawianym zakresie jest chociażby brak odpowiedzialności karnej za prostytucję homoseksualną.

Nie sposób także nie poczynić komentarza względem proponowanej w drodze prac projektowych, a odrzuconej w finalnej wersji kk z 1969 roku idei wprowadzenia klauzuli ekskulpacyjnej zakładającej wyłączenie odpowiedzialności karnej sprawcy w przypadku popełnienia zgwałcenia w małżeństwie[19]. Nieuwzględnienie wspomnianej koncepcji należy uznać za jednoznacznie pozytywną decyzję, gdyż w przeciwnym razie regulacja dotycząca przestępstwa zgwałcenia byłaby uwsteczniająca w zakresie kwestii przestępstw, które obecnie nazwać można seksualnymi. Dodatkowo, rozwiązanie takie stałoby w sprzeczności i w dużym kontraście w porównaniu chociażby ze wskazanymi

[18] J. Warylewski, w: *Kodeks karny...*, s. 1350.
[19] J. Warylewski, w: *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, pod red. J. Warylewskiego, t. X, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 756.

wdrożonymi postępowymi krokami, takimi jak wymienione już zrezygnowanie z karalności za nawiązywanie homoseksualnych relacji intymnych z chęci zysku, bądź też zawężenie penalizacji w przypadku seksualnego wykorzystania, do przypadków ówcześnie uznawanych za konieczne z uwagi na konieczność ochrony osób w niepoczytalnych lub o znacznie ograniczonej poczytalności z powodów wskazanych w art. 169 dkk.

Przywołane tutaj okoliczności stanowią ilustrację wzajemnych interakcji elementów życia społecznego na proces legislacyjny oraz pokazują, że ustawodawstwem rządzi reguła ciągłej zmiany, ciągłego podejmowania testu spójności i przystawania do obecnych reguł społecznych. Spojrzenie na prawnohistoryczną stronę tytułowego zagadnienia stanowi solidną podwalinę pod dalsze szczegółowe rozważania prowadzone z uwzględnieniem obecnego stanu prawnego. Przywołane w tej części rozprawy uwagi pozwalają w sposób szerszy dostrzec występujące problemy, jak również pomagają dostrzec rozwiązania niektórych z nich.

Rozdział II

Przedmiot ochrony przestępstwa z art. 198 Kodeksu karnego

Przestępstwo seksualnego wykorzystania z art. 198 Kodeksu karnego znajduje się w rozdziale XXV polskiej ustawy karnej, który nosi tytuł „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności". W sposób wyraźny sugeruje to, że rodzajowych przedmiotów ochrony zawartych w przywołanym rozdziale przestępstw ustawodawca doszukuje się w przytoczonych dobrach – wolności seksualnej i obyczajności.

Wydaje się jednak, że takie stwierdzenie nie jest precyzyjne, gdyż wskazanie na dwa tytułowe dobra nie określa precyzyjnie, czy występują one w przypadku każdego ze spenalizowanych typów rodzajowych przestępstw z rozdziału XXV kk, czy też popełniając niektóre z objętych tym rozdziałem czynów zabronionych sprawca wykroczy przeciwko wolności seksualnej, a przy innych – przeciwko obyczajności.

Rozstrzygnięcie problemu określenia dobra prawnie chronionego tzw. przestępstw seksualnych jawi się zatem jako pierwszy, niezbędny krok przy dokonywaniu analizy każdego z czynów zabronionych z omawianego tutaj rozdziału Kodeksu karnego, w tym również czynu z art. 198 kk.

Problem ten nastręcza wiele pytań, z uwagi przede wszystkim na kształt w jaki zostało skodyfikowane przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Ustawodawca kreując przywołany typ rodzajowy przestępstwa skoncentrował się na elemencie wykorzystania specyficznego stanu pokrzywdzonego, czyniąc z niego cechę odróżniającą zgwałcenie z art. 197 kk od omawianego przestępstwa z art. 198 kk. Właśnie owo wykorzystanie budzi wątpliwości odnośnie do możliwości przypisania wolności seksualnej przymiotu dobra chronionego. Przyjmując bowiem taką koncepcję można zadać pytanie, czy aby na pewno możliwym jest

zaatakowanie wolności w sferze seksualności osoby, co do której nie można stwierdzić, że działała z dostatecznym rozeznaniem okoliczności, w których się znalazła.

W przypadku udzielenia na tak zadane pytanie odpowiedzi twierdzącej, wywód należałoby skierować w kierunku uznania za przedmiot ochrony przestępstwa z art. 198 kk dobra prawnego, jakim jest obyczajność. Takie stwierdzenie nadal nie dałoby jednak pełnej i satysfakcjonującej odpowiedzi na problem, któremu poświęcony jest pierwszy rozdział niniejszej dysertacji. Wynik tak skonstruowanego rozumowania niekoniecznie daje bowiem odpowiedź zgodną z rzeczywistością, gdyż sama koncepcja obyczajności jako dobra chronionego w sferze życia seksualnego człowieka objawia się w trzeciej dekadzie XXI wieku jako wysoce wątpliwa i wymagająca ponownego rozważenia.

Powstaje zatem pytanie, czy w gąszczu wątpliwości i braku dostatecznie satysfakcjonujących odpowiedzi, ustawowo wskazane dobra w tytule rozdziału XXV Kodeksu karnego, tj. wolność seksualna i obyczajność mogą zostać zestawione jako przedmiot lub przedmioty ochrony seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, czy też koniecznym jest wyprowadzenie nowego, odrębnego przedmiotu ochrony.

Z uwagi na tak wstępnie zarysowane problemy, uzasadnionym wydaje się podjęcie się rozważań w przedmiotowym zakresie na kanwie niniejszego rozdziału. Takie osadzenie omawianego przestępstwa poprzez określenie jego dobra prawnie chronionego pozwoli bowiem na ustalenie punktu wyjścia do dalszych rozważań i pomoże nakreślić wstępnie charakter i istotę przestępstwa z art. 198 kk[20].

[20] W tym miejscu zaznaczyć trzeba, że na poczet przedmiotowych rozważań przyjęto, że pojęcia takie jak: dobro chronione, dobro prawne, przedmiot ochrony etc. stanowią określenia synonimiczne, tym samym dystansując się od panującego w doktrynie prawa karnego sporu w tym przedmiocie, więcej na ten temat zob. S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 68-74.

1. Dobra prawne Rozdziału XXV Kodeksu karnego

1.1. Obyczajność

Obyczajność jako dobro chronione przestępstw seksualnych jest terminem wysoce nieostrym. Można bowiem sformułować ogólną definicję tego dobra jako powszechnie akceptowany przez ogół społeczeństwa model funkcjonowania w życiu społecznym w różnych aspektach, niekoniecznie wyłącznie seksualnym. Tym samym, koniecznym jest przeprowadzenie wykładni tego pojęcia i umiejscowienie go w kontekście rozdziału XXV Kodeksu karnego. Jest to skomplikowany proces z uwagi na przemiany społeczne w zakresie życia seksualnego obywateli cechujące się zasadniczym zliberalizowaniem stosunku do tej sfery życia człowieka. W związku z powyższym, w tym miejscu rozprawy przeprowadzony zostanie wyłącznie wywód ograniczający się do zilustrowania samej istoty obyczajności *in generale*. Szczegółowa analiza z odniesieniem do przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności zostanie przeprowadzona w dalszej części tego rozdziału[21].

Rozpoczynając przedmiotowe rozważania koniecznym jest zakreślenie ich zakresu. Jak to zostało już wyartykułowane zagadnienie obyczajności jest szersze i wykracza poza rozdział XXV Kodeksu karnego. W ramach Kodeksu wykroczeń ustawodawca wyróżnił bowiem rozdział XVI obejmujący trzy wykroczenia od art. 140 do art. 142, tj. wybryk nieobyczajny, nieobyczajne ogłoszenie, napis, rysunek oraz proponowanie czynu nierządnego z chęci korzyści majątkowej[22]. Jednocześnie, tytuł tego rozdziału wskazuje, że przedmiotem zainteresowania legislatora jest dobro chronione w postaci obyczajności publicznej.

W doktrynie i orzecznictwie z zakresu prawa wykroczeń wskazuje się na rozbieżne pojmowanie przedmiotu ochrony w postaci obyczajności publicznej. Według pierwszego stanowiska, prezentowanego przez Sąd Najwyższy, obyczajność publiczną należy łączyć z kontekstem seksualnym, a zatem z zachowaniami które wykraczają

[21] zob. podrozdział 2.1.
[22] Ustawa z dnia 20 maja 1971 roku - Kodeks wykroczeń, Dz.U. 1971, nr 12, poz. 114 z późn. zm. [dalej również jako: „kw”]

poza ogólnie przyjęte normy społeczne w zakresie tej sfery życia człowieka[23]. W opozycji do tak skonstruowanej definicji obyczajności publicznej stoją tacy przedstawiciele piśmiennictwa jak m.in. J. Kulesza i M. Zbrojewska. Przywołani autorzy opowiadają się za szerszym ujęciem obyczajności publicznej, wykraczającej poza jej rozumienie wyłącznie z uwzględnieniem seksualnego tła. W związku z powyższym, postulat w tym zakresie zakłada uznawanie za pogwałcenie obyczajności publicznej również zachowania sprawcy, które stanowią naruszenie powszechnych zasad funkcjonowania w społeczeństwie, a które nie są związane z życiem seksualnym i normami z nim związanymi[24]. Pogląd ten zdaje się również potwierdzać R. Krajewski, podnosząc, że słusznym jest dokonanie rozdzielenia obyczajności w zależności od aktu prawnego, którego dotyczy. Autor konstatuje, że w przypadku gdy mowa jest o Kodeksie karnym, obyczajność dotyka wyłącznie seksualności, natomiast w kontekście Kodeksu wykroczeń jej interpretacja jest szersza i pod ogólnym pojęciem „obyczajność publiczna" skrywa się zarówno jej aspekt seksualny, jak i pozaseksualny[25]. Stanowisko to jest jednak wysoce wątpliwe, co zostanie rozwinięte w dalszej części wywodu w tym przedmiocie.

Dlatego też, przed przystąpieniem do właściwych rozważań odnoszących się do oceny obyczajności jako dobra prawnie chronionego należy uczynić zastrzeżenie, że na kanwie tej dysertacji obejmuje ono obyczajność seksualną. Wszelkie zatem uwagi, które zostaną w tym przedmiocie poczynione, zarówno w tej jak i w następnych częściach rozprawy, dotyczyć będą zatem przywołanego rozumienia obyczajności, z wyłączeniem sytuacji wyraźnie wskazujących na odmienny kontekst.

Mając na względzie uwagi wstępne, wskazać należy, że sama koncepcja obyczajności jako dobra prawnokarnego jest efektem ewolucji w zakresie regulacji dotyczących przestępstw seksualnych na przestrzeni trzech kolejnych kodeksów. Począwszy od ustawy karnej z 1932 roku, wyraźnym jest, że ustawodawca na pierwszy plan wyprowadził nie tyle dobro, które posługując się dzisiejszą terminologią można

[23] Uchwała SN z dnia 13.04.1977 r., sygn. VII KZP 30/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 58.

[24] J. Kulesza, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r. (VII Ka 956/18, niepubl.)*, w: *Studia Iuridica Lublinensia* vol. XXVIII, 2, 2019, s. 180-181; M. Zbrojewska, w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, pod red. T. Grzegorczyka, wyd. 2, Warszawa 2013, s. 648;

[25] R. Krajewski, *Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, w: *Palestra* 2019, nr 3, s. 65.

określić mianem „wolności seksualnej", lecz w przeważającym stopniu skoncentrował się na tym, co jest dzisiejszą „obyczajnością". Wprowadzając karalność za czyny nieakceptowalne społecznie, takie jak prostytucja homoseksualna ustawodawca nie ustanowił ochrony którejś ze stron takiego rodzaju relacji, gdyż o ile jest ona dobrowolna, nie narusza jakiegokolwiek dobra prawnego osób partycypujących w tego rodzaju czynności. Jedyną racją stojącą zatem za tak ukształtowaną regulacją było zatem potępienie czynu, który w oczach ustawodawcy prowadził do zgorszenia publicznego. Dokonując jednak takiej odgórnej kategoryzacji ówczesny ustawodawca nie wziął pod uwagę rzeczywistego ładunku społecznej szkodliwości tego czynu, a jedynie bazował na obyczajności, czy też na konwenansach.

W kolejnych kodeksach karnych, w tym również w obecnie obowiązującej wersji z 1997 roku nie występuje wzmiankowane przestępstwo. Tym samym można wskazać, że seksualne relacje osób tej samej płci nie wykraczają już poza ogólne ramy hasła „obyczajność".

Przykład ten pokazuje jak kruchym konglomeratem odgórnie nakreślonych wzorów moralnych jest obyczajność i jak kolejne nowelizacje ustawodawstwa prawnokarnego starają się odpowiadać na zmieniającą się mentalność społeczną, także również w aspekcie seksualności. Tym samym coraz trudniej jest uchwycić katalog zachowań i postaw, które można jednoznacznie uznać za obyczajne.

Niemniej jednak, mając powyższe uwagi prawnohistoryczne na uwadze, próbując wyprowadzić ogólną definicję obyczajności jako drugiego tytułowego dobra prawnego wzmiankowanego rozdziału ustawy karnej można wskazać, że tego rodzaju przedmiot ochrony jest wynikiem wyprowadzonych ogólnych ram zachowań w aspekcie życia seksualnego jednostki, które nie stoją w sprzeczności z ogółem wyznawanych przez społeczeństwo zasad moralnych. W ten sposób kwestię obyczajności ujmuje chociażby J. Warylewski[26].

Tak określona obyczajność budzi pewne zastrzeżenia. Przede wszystkim zakreśla wyraźne granice tego, co w sferze seksualności jest dla jednostki dopuszczalne, a co takie nie jest. Tym samym sprowadza zachowania seksualne do uśrednionego

[26] J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 810-811.

wzorca opracowanego w oparciu o poglądy w tym zakresie utrwalone przez większość społeczeństwa lub przez grupę dominującą. W ogólnym rozrachunku takie spojrzenie na kwestię obyczajności, bądź też obyczajności płciowej, tak jak doprecyzował to dobro M. Filar[27], jest efektem słusznych założeń. Pozwalają one bowiem na sprawowanie przez prawo swego rodzaju kontroli nad zachowaniami, które wiązałyby się z naruszeniami norm moralnych w aspekcie seksualnym, z czym nierzadko wiąże się również naruszenie wolności seksualnej. Możliwą byłaby zatem konstatacja, jaką uczynił K. Buchała, stwierdzając, że obyczajność jako dobro związane z przestępstwami, które dzisiaj nazywamy seksualnymi, jest związana z wolą ochrony ze strony prawa karnego zdrowia psychicznego i fizycznego społeczeństwa poprzez eliminację dewiacji seksualnych, a przez to kreację pożądanych postaw[28].

Jednakże w takim zakresie pojmowane dobro chronione jest trudne do obronienia w świecie, w którym coraz bardziej akcentowana jest wolność jednostki realizowana poprzez minimalne wkraczanie prawa, a przez to państwa, w obszar życia prywatnego, zagwarantowanego jednostce konstytucyjnie poprzez treść art. 47 ustawy zasadniczej[29]. Tym samym ingerencja w obrębie seksualności i wyborów form aktywności seksualnej jednostki powinna być co do zasady nieograniczana, limitowana tylko w ściśle zakreślonym spektrum, o czym również stanowi Konstytucja RP w art. 31. Wyjątek w tym aspekcie stanowi to, że jako swego rodzaju akceptację, a przez to akces przystąpienia do takich, czy innych czynności seksualnych, powinna stanowić świadoma i swobodna zgoda osoby, która ma podjąć aktywność seksualną w konkretnej postaci.

W przeciwnym razie, tworząc pewien kanon obyczajności nieuniknionym jest zarówno zbytnia ingerencja prawa karnego w sferę prywatności jednostki, jak również stanowiąca konsekwencję tej ingerencji dyskryminacja pewnych grup społecznych. Grupa zagrożona potencjalną dyskryminacją zależeć może od kontekstu, w jakim funkcjonuje. I tak w przypadku gdy przedstawicielami większości są osoby o konserwatywnym światopoglądzie, za nieobyczajne w sferze seksualności mogłoby

---

[27] M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, z. 2, s. 74.

[28] K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 699.

[29] Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm. [dalej również jako: „ustawa zasadnicza”]

zostać uznane, w zależności od stopnia natężenia poglądów tego nurtu, relacje homoseksualne, praktyki BDSM (ang. *bondage, discipline, sadism, masochism*), czy nawet seksualne stosunki pozamałżeńskie. Z drugiej zaś skrajnie strony, dyskryminowanie mogliby odczuć np. przedstawiciele mniejszości konserwatywnej (chrześcijańskiej, żydowskiej etc.), którym odmawiano by prawa do zachowania monogamii, czy nakaz stosowania nieakceptowanej przez to środowisko formy antykoncepcji.

Tworząc ramowe założenia tego, co jest obyczajne, należy wziąć pod uwagę, tak, jak zostało to na wstępie tej części dysertacji wskazane, poglądy i kanon moralny większości społeczeństwa lub pewnej dominującej z jakiegoś powodu grupy społecznej. Nie oznacza to jednak kategorycznie, że poglądy odmiennie kwalifikujące granice obyczajności płciowej od tzw. kanonu godzą w jakikolwiek sposób w to dobro. Zatem to, czy konkretne formy realizacji życia seksualnego jednostki mogą zostać uznane za sprzeczne z obyczajnością zależy zatem wyłącznie od przybrania pewnego światopoglądu, co nie znaczy, że osoby uczestniczące w wykraczających poza ten *quasi* dopuszczalny obręb praktyk seksualnych stają się automatycznie pokrzywdzonymi. Element pokrzywdzenia jest bowiem połączony *sensu stricte* ze stosunkiem psychicznym człowieka do czynu, a ten wypływa z wyznawanych przez niego wartości. Jednakże z odmiennego punktu widzenia, osoba prezentująca postawę moralną silnie zakorzenioną w wartościach konserwatywnych wzmiankowane w tym miejscu praktyki seksualne uznawać może za nieobyczajne i sprzeczne z wyznawanym kanonem wartości.

W tym miejscu drogą dygresji można podnieść, że najwięcej wątpliwości pojawiających się doktrynie w kontekście próby krytycznej oceny obyczajności jako dobra chronionego przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego dotyczyć może przestępstw: kazirodztwa (art. 201 kk), czy też sutenerstwa, stręczycielstwa i kuplerstwa (art. 204 kk). Zdając sobie sprawę ze złożoności problemu, z rozmysłem zostają one wpisane w nawias przedmiotowej dyskusji, gdyż rozważenie wszelkich zagadnień spornych dotykających przywołanych czynów z art. 201 kk stanowi bazę pod odrębne opracowania. Można jednakże wskazać, przywołując stanowisko R. Krajewskiego,

które zostało przytoczone we wstępie do niniejszych rozważań, że kategoryczne uznanie, że obyczajność publiczna w aspekcie pozaseksualnym właściwa jest wyłącznie dla Kodeksu wykroczeń jest zbyt daleko idącą generalizacją tej tematyki. Podnieść bowiem można, że właśnie owo szerokie pojmowanie obyczajności stanowić może remedium dla sceptycznego podejścia do konceptu krytycznej postawy względem obyczajności seksualnej jako przedmiotu ochrony prawnokarnej[30]. Jest to bowiem rozwiązanie, które jawić się może jako kompromisowe pomiędzy zwolennikami a przeciwnikami dalszego bytu obyczajności w rozdziale XXV Kodeksu karnego. Jest to zatem droga, która uwzględnia nie konwenanse związane życiem seksualnym człowieka jako podstawę racjonalności penalizacji czynów z art. 201 kk oraz z art. 204 kk, lecz akcentuje aspekt niezgodności tego rodzaju zachowań z zasadami współżycia społecznego, nielicującymi z panującymi w tym aspekcie normami wypracowanymi poprzez zwyczaj. Jest to także wyjście łagodne w zestawieniu z drugą, bardziej skrajną opcją, jaką byłoby optowanie wobec usunięcia karalności takich czynów, a tym samym zalegalizowanie prostytucji zorganizowanej oraz kazirodztwa. Stanowisko takie zdaje się być konsekwencją związaną z uznawaniem wyłącznie obyczajności seksualnej jako dobra na gruncie ustawy karnej oraz związaną z tym krytyką jego dalszego podtrzymywania. Dodać również należy, że względem przestępstwa kazirodztwa możliwa jest jeszcze inna opcja. Przy ogólnym zachowaniu krytyki obyczajności seksualnej jako dobra chronionego i przyjmowaniu stanowiska R. Krajewskiego, możliwym jest także rozpatrzenie przeniesienia tego typu rodzajowego przestępstwa do rozdziału poświęconego przestępstwom przeciwko rodzinie. Koncepcja taka, pojawiająca się w przeszłości w projekcie Kodeksu karnego z 1963 roku[31]. Zakładałaby że dopuszczanie się relacji seksualnych z osobami wymienionymi w dyspozycji art. 201 kk godzi w powszechnie przyjęty model funkcjonowania rodziny, stanowiąc zwłaszcza zagrożenie dla zdrowia i poprawnego rozwoju zaangażowanych w ten proceder małoletnich. Wyraźnym jest zatem, że kwestia wątpliwości wokół przestępstw kazirodztwa, sutenerstwa, kuplerstwa, czy stręczycielstwa nie jest w kontekście

[30] W ten sposób obyczajność seksualną jako przedmiot ochrony prawnokarnej wskazanych czynów zabronionych pojmują np. V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. V. Konarskiej-Wrzosek, wyd. 3, Warszawa 2020, s. s. 1016; J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, wyd. 7, Warszawa 2016, s. 593.

[31] K. Nazar, *Analiza ustawowych znamion przestępstwa kazirodztwa*, w: *Kazirodztwo*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2016, s. 63-64.

rozważań dotyczących omawianego zagadnienia elementem podważającym ich sens. Wydaje się jednak, że otwiera ona pole do dalszego dyskursu, który z uwagi na swój obszar, wykraczający zdecydowanie poza główne zagadnienie, nie zostanie w tym opracowaniu kontynuowany.

Wracając natomiast do zasadniczego problemu, możliwym jest jednak przeprowadzenie rozumowania, którego wynikiem byłoby określenie pewnego zbioru zachowań seksualnych, które odpowiadałyby zarówno osobie o konserwatywnej moralności oraz osobie prezentującej liberalną postawę moralną. W zbiorze tym mieściłyby się wszelkie kontakty seksualne, obojętnie w jakiej formie podejmowane z użyciem przymusu, przemocy lub innych środków, które wyłączałyby możliwość uznania je za swobodne i świadome.

To zaś sprowadza całokształt zebranych w tym miejscu rozważań do konstatacji, wedle której obyczajność seksualną jako dobro chronione można uznać za dobro wysoce wątpliwe do podtrzymania w nowoczesnym ustawodawstwie karnym, zwłaszcza w obrębie przestępstw seksualnych. Jest to związane z faktem, że z uwagi na dominującą funkcję zgody dysponenta dobrem na nawiązywanie stosunków seksualnych jako elementu ekskulpacyjnego dla zachowania domniemanego sprawcy, akcent w dziedzinie ustalania dobra prawnego właściwego dla czynów zabronionych z rozdziału XXV Kodeksu karnego powinien zostać położony na wolność seksualną. Wyprowadzony bowiem w toku niniejszych rozważań zbiór mogący odpowiadać pojęciu obyczajności seksualnej uwzględniającej różnorodność postaw moralnych w tym zakresie sprowadza się do uznania za takową aktywność seksualną wolną od przemocy. To zaś prowadzi do wolności seksualnej.

Tym samym nie jest możliwym, podług intencji S. Hypsia, aby ustalić jeden, kompletny i aktualny w każdym jednostkowym przypadku zestaw reguł zaliczanych do obyczajności w dziedzinie życia seksualnego człowieka, których przestrzeganie wiązałoby się z korzystnym oddziaływaniem na życie społeczeństwa w tym zakresie[32]. Dlatego też można wskazać, że dopasowanie życia seksualnego do ściśle określonych ram nie powinno być przedmiotem ingerencji prawnokarnej na tyle, na ile nie polega ono wyłącznie na ochronie przed naruszaniem wolności seksualnej innych osób, z czym

[32] S. Hypś, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, wyd. 7, Warszawa 2021, s. 1775.

związane jest m.in. stosowanie przemocy, wykorzystywanie, bądź używanie innych form zaburzających swobodne i świadome prowadzenie życia seksualnego przez jednostkę. Tak rozumiana ochrona obywateli w kontekście aktywności seksualnej, czyli jednej z najbardziej prywatnych i wrażliwych sfer życia człowieka, jest zgodna z konstytucyjną klauzulą limitacyjną z art. 31 ust. 3 ustawy zasadniczej, która wskazuje na ścisły zakres możliwości wkraczania przez państwo w szeroko rozumianą wolność człowieka.

Obyczajność zmienia się stale, na co ma wpływ szereg zmian zarówno światopoglądowych wśród społeczeństwa, jak również ogólny bieg zdarzeń wpływających na te kulturowe przemiany. Dobro to, a raczej jego pojmowanie różni się w różnych kulturach, społecznościach, wyznaniach. Jest więc wielowymiarowe, a tym samym trudne do jednoznacznego uchwycenia i zdefiniowania.

Konsekwencją takiego stanowiska, jak również samego zakresu treściowego słowa „obyczajność" wskazać można, że *de facto* każde przestępstwo uwzględnione w ustawie karnej na swój własny sposób wykracza poza obyczajność. Nieobyczajnym jest bowiem pozbawienie drugiego człowieka życia, dokonanie oszustwa etc. Nieobyczajnym, bo niezgodnym z założeniami, które przedstawiciele prawa cywilnego określają zasadami współżycia społecznego. Hasło obyczajności, to relikt przeszłych regulacji, zwłaszcza w odniesieniu do kwestii przestępczości zorientowanej na seksualność człowieka. W obecnych, pluralistycznych czasach, wskazać bowiem można wyłącznie, że obyczajność w kontekście rozdziału XXV Kodeksu karnego to działanie za obopólną zgodą, nie zaś ocenianie relacji seksualnych na podstawie konwenansów społecznych. W przeciwnym razie ocena dokonana w taki sposób jest zafałszowana, bo skażona wizją seksualności osoby oceniającej, a sytuacja taka jest niedopuszczalna w demokratycznym państwie prawnym.

Pamiętać również należy, że prawo, a w szczególności prawo karne stanowi instrument aktywnego kreowania postaw społecznych. O ile obłożenie odpowiedzialnością karną zgwałcenia nie budzi obecnie, i słusznie, oburzenia społecznego, o tyle podjęcie próby ponownego spenalizowania relacji homoseksualnych z chęci zysku, czy nawet wprowadzenie karalności homoseksualizmu jako takiego groziłoby prawdopodobnym oporem pewnej części społeczeństwa. W przypadku

pierwszego przywołanego przykładu stwierdzenie, że napaść seksualna jest wykroczeniem przeciwko obyczajności nie rodzi sprzeciwu, natomiast odniesienie takie względem seksualnych kontaktów osób tej samej płci, nawet formie prostytucji rodzi niezgodę, przynajmniej części społeczeństwa. Pewien ułamek populacji natomiast zgodzi się całkowicie z przywołanym stwierdzeniem, będąc negatywnie nastawionymi do zjawiska homoseksualizmu w ogóle, lecz inni przedstawiciele społeczeństwa wskażą, że co prawda nie aprobują takiego stylu życia, uważają go za sprzeczny z wyznawanymi przez nich wartościami, ale nie popierają karalności tego zjawiska[33]. Oznacza to, że obyczajność, będąca w przeszłości kompasem prawidłowych postaw w zakresie życia seksualnego, w obecnych czasach, tak wieloaspektowych, nie jest dobrem chronionym adekwatnym. Nie prowadzi to jednak do wniosku, że bez tego dobra chronionego sens traci penalizacja takich typów rodzajowych przestępstw jak np. publikowanie treści pornograficznych. Zmienia się wyłącznie kontekst podstaw ich naganności, a tym samym karalności. Akcent przeniesiony zostaje z tego, co nie przystoi, na to co jest sprzeczne z jednym z podstawowych ludzkich praw wypływających wprost z godności, tj. wolności w specjalnym podzbiorze o nazwie „wolność seksualna". Kryterium, dla którego przywołane w tej części przykłady są oceniane rozbieżnie jest element, który w najprostszy sposób można określić jako krzywda. W sytuacji zgwałcenia impulsem do uznania tego rodzaju zachowanie za naganne, sprzeczne z obyczajnością jest, że sprawca krzywdzi ofiarę, zadaje jej cierpienie. Odmienna zaś sytuacja zachodzi w drugim z przypadków. Relacja homoseksualna, o ile jest konsensualna w całym swoim spektrum od czasu, jak i formy jej realizacji, nie rodzi krzywdy u osób bezpośrednio w nią zaangażowanych. Może jedynie rodzić niezrozumienie części społeczeństwa, które wynika z wyznawanego światopoglądu. Jednakże patrząc na społeczeństwo horyzontalnie widocznym jest na przestrzeni ostatnich 100 lat zliberalizowanie podejścia społeczeństwa do kwestii związków osób tej samej płci, czego przykładem są chociażby wyniki przywołanego

[33] Wnioski tej treści płyną z analizy opublikowanych w 2019 roku przez CBOS wyników badań nastrojów społecznych względem homoseksualizmu. Na pytanie dotyczące stosunku badanych do homoseksualizmu w 2019 roku 24% osób wskazało, że nie jest on rzeczą normalną i nie należy go tolerować, 54% respondentów stwierdziło, że jest on odstępstwem od normy, ale należy go tolerować, 14% osób uznało, że homoseksualizm jest rzeczą normalną, a 8% badanych określiło swoje zdanie jako „trudno powiedzieć", zob. *Komunikat z badań „Stosunek Polaków do związków homoseksualnych"*, Centrum Badań Opinii Społecznej, nr 90/2019, s. 5, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2019/K_090_19.PDF [data dostępu: 20.04.2023].

w tej części opracowania badania opinii społecznej dotyczącego stosunku badanych do kwestii homoseksualizmu *in generale*. Inną formą egzemplifikacji postawionej w tym miejscu tezy może być m.in. występowanie w przestrzeni publicznej osób otwarcie deklarujących swoją przynależność do społeczności LGBTQ (ang. *lesbian, gay, bisexual, trangender, queer*). Nie oznacza to jednak całkowitej akceptacji i braku przejawów dyskryminacji członków wymienionej grupy w życiu społecznym. Osoby takie mogą odczuwać ograniczenia w zakresie udogodnień prawnych, które dostępne są dla osób heteroseksualnych pozostających w związkach małżeńskich, ale również w konkubinatach. Dotyczy to takich sfer jak np. możliwość uzyskiwania informacji o stanie zdrowia przez osoby pozostające w związku homoseksualnym, czy też kwestie dotyczące spadkobrania po zmarłym partnerze/partnerce. Problem ten nieobcy jest również parom w niesformalizowanych związkach heteroseksualnych. Jednakże różnicą podstawową pomiędzy przedstawianymi tutaj dwiema sytuacjami jest kwestia możliwości wyboru przez pary heteroseksualne formy swojego związku, czego pozbawione są osoby homoseksualne. Przywołane, drogą dygresji problemy, jakie dotyczą przywołanej grupy społecznej mają na celu zilustrowanie wyzwań z jakimi społeczeństwo, ale też prawo polskie musi się zmierzyć w przyszłości. Jednakże, wskazać można, że co do zasady samo zjawisko homoseksualizmu jest akceptowalny.

Natomiast uzupełniająco należy dodać, że o ile relatywnie niewyobrażalnym jest sytuacja powszechnej akceptacji społecznej dla przemocy lub agresji w ogóle, o tyle pozostałe kwestie należą wyłącznie do sposobu postrzegania świata i zasad nim rządzących, a tym samym mogą ulegać zmianie. Oznacza to, że elementarne reguły pozwalające odróżnić zachowania jednoznacznie naganne od tych dopuszczalnych, oparte na biblijnej regule zakazu wyrządzania krzywdy drugiemu człowiekowi są aktualne i realizowane, choć w bardziej złożony sposób przez ustawodawstwo karne. Obawa dotycząca ewentualnego odhumanizowania regulacji z obecnego rozdziału XXV Kodeksu karnego poprzez wyrażone tutaj wątpliwości co do aktualności obyczajności jako dobra prawnie chronionego są więc bezpodstawne.

Wskazać także można, że w zakresie dyskursu dotyczącego istoty dobra prawnego zdaje się być ustalenie, że nie wszelkie dające się ustalić dobra mogą lub powinny podlegać penalizacji.

Dodatkowo można za T. Kaczmarkiem wskazać, że w państwie opierającym swe prawodawstwo na zasadach pozytywizmu prawniczego nie ma miejsca na bezpośrednie wyprowadzanie norm prawnokarnych z moralności. Funkcjonowanie mnogości poglądów w zakresie moralności w ramach jednego społeczeństwa zorganizowanego np. w państwo jest w ustroju demokratycznym wyzwaniem w kontekście ustalenia pewnego katalogu dóbr chronionych poprzez normy sankcjonujące. Tym samym, celem ustawodawcy jest w takich warunkach stworzenie, jak celnie ujmuje przywołany wyżej autor, pewnego „minimum etycznego", tj. katalogu dóbr minimalnych – takich których obowiązywanie można przyjąć za powszechnie zgodne z wolą wszystkich przedstawicieli danego społeczeństwa. Do takich dóbr zaliczyć można elementarne wartości: życie, zdrowie, bezpieczeństwo publiczne, ale także będącą przedmiotem tej części dysertacji wolność[34]. Obyczajność można natomiast utożsamić z pewnym impulsem moralnym. Jest ona wyczuwalna intuicyjnie, lecz niedająca się zredukować do zamkniętej definicji. Wobec braku adekwatnych alternatyw, jak również z uwagi na zdominowanie życia społecznego w przeszłości przez konwenanse i ściśle wytyczone zasady określane jako „przyzwoitość", które zakorzenione były m.in. w stereotypowo ukształtowanych w zbiorowej świadomości rolach społecznych, obyczajność jako dobro prawne jawiła się jako proporcjonalny i dostosowany przykład dobra chronionego. Dlatego też, z uwagi na obecne daleko idące zmiany w tym zakresie, powoływanie się na obyczajność, zwłaszcza jako na pierwszy, główny przedmiot ochrony prawnokarnej, jest niekoniecznie aktualne, choć nie można odmówić jej słuszności na polu oceny moralnej czynu sprawcy.

1.2. Wolność seksualna

Obok przywołanej w poprzedniej części przedmiotowego rozdziału obyczajności, wolność seksualna jest drugim z rodzajowych dóbr chronionych znajdujących się w tytule rozdziału XXV Kodeksu karnego, obok omówionej przedtem obyczajności. Wstępna wykładnia określenia „wolność seksualna" niesie za sobą dwa

[34] T. Kaczmarek, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, pod red. R. Dębskiego, t. III, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 283-284, 291-292.

podstawowe wnioski.

Wedle pierwszego z nich, tak sformułowane dobro chronione pozwala odnieść je do konkretnej kategorii typów rodzajowych przestępstw, bo do tzw. przestępstw seksualnych. Element ten odróżnia tym samym wolność seksualną od nieostrego pojęcia obyczajności. Bowiem obyczajność, pomimo intuicyjnego skojarzenia jej ze sferą życia seksualnego człowieka, nie przesądza o tym związku jednoznacznie. Wynika to z zaakcentowanego elementu nieostrości, która dotyczy obyczajności, można bowiem wysnuć tezę, że każdy czyn zabroniony spenalizowany przez ustawę karną wykracza na swój sposób przeciwko obyczajności rozumianej jako ogół zasad współżycia społecznego, tyle że w odrębnej podkategorii, np. obyczajność w obrębie życia w rodzinie, obyczajność w ruchu drogowym etc. Obyczajność, tak jak to zostało już wcześniej ukazane, można zsyntetyzować do pewnego zbioru reguł moralnych kształtujących ogółem postaw człowieka. Umiejscowienie i wyszczególnienie jej przez ustawodawcę w rozdziale XXV Kodeksu karnego wskazało na jej jeden ustawowy kontekst, dotyczący sfery nadużyć seksualnych. Jednakże, co również zostało już podkreślone, jako nieobyczajne, to jest sprzeczne z ogólnymi zasadami wynikającymi z zasad współżycia społecznego można także ocenić na przykład kradzież. Natomiast hasło „wolność seksualna" stanowi podkategorię wolności w jednym jej zakresie, a mianowicie tym, związanym z seksualnością człowieka. Z samej nazwy tego dobra prawnego możliwym jest zatem odczytanie kilku jej podstawowych cech.

Jako wspomniany na wstępie drugi wniosek płynący z wykładni tytułu rozdziału XXV Kodeksu karnego względem wolności seksualnej jest taki, że wolność seksualna stanowi szczególny rodzaj wolności, a zatem jest dobrem wyodrębnionym z wolności w szerokim rozumieniu.

1.2.1. Geneza wolności seksualnej jako dobra prawnokarnego

1.2.1.1. Wolność seksualna jako pochodna wolności *in generale*

Przede wszystkim na wstępie wskazać należy, tak jak zostało to już zaakcentowane, że wolność seksualna na gruncie Kodeksu karnego została wydzielona z dobra chronionego o większym zakresie znaczeniowym, tj. wolności.

Wolność seksualna jako odrębne dobro prawne występuje na gruncie polskiego prawa karnego od 1997 roku, tj. od momentu wprowadzenia obecnego Kodeksu karnego. Jest to też początek wydzielenia w ww. ustawie nowej kategorii przestępstw, które stanowią wykroczenie względem wolności w sferze aktywności seksualnej człowieka. W okresie poprzedzającym przywołane wydarzenie, na gruncie poprzednich kodeksów odpowiednio z 1932 roku oraz 1969 roku przestępstwa, które określić można protoplastami dzisiejszych przestępstw seksualnych były zaliczane w ramach ogólnych rozdziałów zatytułowanych „Przestępstwa przeciwko wolności".

Takie ukształtowanie omawianej kategorii czynów zabronionych, co zostało już zaakcentowane we wcześniejszej części niniejszej rozprawy, wiązało się z przyjętymi ówcześnie założeniami, które związane były bezpośrednio z poglądami na to, jak powinny wyglądać stosunki społeczne w zakresie życia seksualnego jednostki.

Tym samym, celem ukazania ewolucji w zakresie stosunku ustawodawcy do zagadnień przestępstw seksualnych w kontekście wolności jednostki, w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 roku, powszechnie przyjmowano co do zasady brak możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy za popełnienie przestępstwa zgwałcenia (wówczas nierządu – przyp. J. M-K), jeżeli czyn ten miał miejsce w małżeństwie. Uznawano bowiem, że wraz z zawarciem związku małżeńskiego kobieta i mężczyzna wyrażają zgodę dożywotnią, *debitum carnale,* na wszelkie stosunki seksualne podejmowane w ramach małżeństwa[35]. Samo nazewnictwo

[35] Nie oznacza to jednak, że ówcześni przedstawiciele nauki prawa karnego nie szukali rozwiązań w zakresie dopuszczalności karania sprawców dokonujących zgwałcenia wewnątrzmałżeńskiego, Zob. np. H. Rajzman, *Nierząd między małżonkami*, w: *Państwo i Prawo* 1948, nr 1, s. 95. Autor sformułował zespół wyjątków, które umożliwiały postawienie w stan oskarżenia małżonka dopuszczającego się czynu, który obecnie zostałby nazwany zgwałceniem w małżeństwie. Do wyjątków tych H. Rajzman zaliczał m.in. pozostawanie przez małżonków w faktycznej lub prawnej

towarzyszące rozważanemu tutaj typowi rodzajowemu przestępstwa – nierząd - sugerowało bowiem, że jest to czyn jednoznacznie negatywny, z tą różnicą, że w przypadku dzisiejszego zgwałcenia element napiętnowania został przez ustawodawcę nałożony na czyn sprawcy, podczas gdy w dwóch poprzednich ustawach karnych nie było to tak oczywiste. Nierządem bowiem określano również także prostytucję, a więc świadczenia osobom trzecim czynności seksualnych w zamian za gratyfikację. Co do zasady nierząd kojarzony był z niemoralnym sposobem zachowania[36]. Stanowisko takie było konsekwencją ówcześnie panujących reguł społecznych względem tego, w jakich warunkach i w jakich celach dopuszczalne jest nawiązywanie relacji seksualnych. Przede wszystkim wzorcowym było współżycie wyłącznie ze swoim współmałżonkiem, w celu spłodzenia potomstwa. Stosunek seksualny służył zatem głównie prokreacji. Inne przypadki pozamałżeńskiego współżycia oczywiście występowały, jednakże funkcjonowały jako temat tabu, publicznie będąc krytykowanymi i uznawanymi za niemoralne. Stąd też uznanie za czynność wykonawczą przestępstw z rozdziału XXXII Kodeksu karnego z 1932 roku nierządu było wyrazem prawnokarnej dezaprobaty dla takich czynności, które podejmowane poza małżeństwem zawierały negatywną ocenę. Ocena ta, z uwagi na tak zakreślone stosunku społeczne, z dzisiejszego punktu widzenia dotykała również pokrzywdzonych odciskając na nich piętno czynu sprawcy.

W podobny sposób odzwierciedlenie przywołanej tutaj zależności odnajduje swój wymiar w przypadku społecznego osądu pokrzywdzonego czynem seksualnego wykorzystania w formie z art. 203 kk z 1932 roku. Wynika to właśnie z charakteru określenia czynności wykonawczej jako nierządu, to jest czynności jednoznacznie negatywnie ocenianej przez społeczeństwo jako akt podejmowania współżycia w nieakceptowany powszechnie sposób, czy niewłaściwych warunkach.

W ustawie karnej z 1969 roku przywołany wcześniej problem oceny możliwości skazania za zgwałcenie małżeńskie już nie występował. Czyn ten był bowiem powszechnie napiętnowany, a co za tym idzie w doktrynie panowała jedność poglądów

separacji, dopuszczenie się czynności seksualnej w miejscu publicznym czy też nawiązanie z małżonkiem kontaktu seksualnego wbrew jego woli i wykraczającego poza przyjętą i akceptowalną przez niego formę.

[36] R. Krajewski, *Obyczajność ...*, s. 58.

w tym zakresie[37]. Co ciekawe, zmianom tym nie towarzyszyły przemiany terminologii kodeksowej, czy też nowe miejsce osadzenia tego rodzaju przestępstw w ramach budowy kodeksu. Za możliwą przyczynę takiego stanu rzeczy można uznać zarówno postępujące zmiany społeczne, jak również okoliczności polityczne towarzyszące pracom legislacyjnym. Ówczesny Kodeks karny, jako wytwór prawodawstwa socjalistycznego odpowiadać musiał owym nowym normom. Dlatego też, koncepcja dotycząca samej teorii przestępstwa zakładała, że jest ono naruszeniem lub narażeniem na naruszenie niebezpieczeństwa socjalistycznych stosunków społecznych[38]. Oznaczało to w praktyce liberalizację podejścia do akceptowanych społecznie rodzajów kontaktów intymnych, a co za tym idzie zmieniło to również stosunek ówczesnego ustawodawcy do takich kwestii jak np. aborcja.

W związku z tym geneza wyodrębnienia dobra prawnego w postaci szczególnego rodzaju wolności w jej seksualnym aspekcie zasadza się właściwie na zmianach w strukturze języka kodeksu, które korespondują z przemianami społecznymi w postrzeganiu aktywności seksualnej człowieka[39]. Zmiany te uwzględniają przy tym bardziej liberalne podejście do życia seksualnego, które przejawia się chociażby poprzez nieuzależnianie oceny takich zachowań od faktu pozostawania osób w nich partycypujących w związkach formalnych, płci partnerów seksualnych. Elementem kluczowym było też zwrócenie uwagi na aspekt pełnej decyzyjności jednostki w ramach podejmowanej aktywności seksualnej, zarówno w zakresie jej formy, częstotliwości etc.

To zaś spowodowało konieczność zaakcentowania odrębności przestępstw seksualnych od pozostałych przestępstw przeciwko wolności. Warto dodać, że wolność seksualna nie była jedyną kategorią wolności, którą ustawodawca zdecydował się wyróżnić w drodze prac legislacyjnych nad obecną wersją kodeksu karnego. Drugą szczególną kategorią wolności była także wolność sumienia i wyznania[40].

---

37 M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa-Poznań 1974, s. 149.

38 R. Zawłocki, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, pod red. R. Dębskiego, t. III, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 61.

39 M. Cieślak, *Zagadnienie reformy prawa karnego*, w: *Palestra* 1988, nr 32/5 (365), s. 42-43; Projekt zmian Kodeksu karnego, Komisja do Opracowania Propozycji Zmian Prawa Karnego, Warszawa 1981, s. XVI; cyt. za: E. Bieńkowska, T*ypizacja przestępstwa zgwałcenia w polskim prawie karnym*, w: *Państwo i Prawo* 1983, nr 1, s. 93.

40 Zob. np. Uzasadnienie do projektu Kodeksu karnego z 1997 roku, cyt. za: S. Hypś, w: *Kodeks karny...*, s. 1174-1175; B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i nietykalności cielesnej. Rozdziały*

Tak zakreślone przemiany, a na ich tle prowadzony wywód, nie zatrzymały się wyłącznie na utworzeniu nowego rozdziału tworzącego kategorię tzw. przestępstw seksualnych. Konsekwencją powołania rozdziału XXV Kodeksu karnego było także dostosowanie nazewnictwa w zakresie czynności wykonawczych przestępstw wymierzonych w wolność seksualną.

W ramach obecnie obowiązującego Kodeksu karnego ustawodawca zdecydował się wprowadzić jednolite czynności wykonawcze dla wszystkich przestępstw seksualnych, a mianowicie „obcowanie płciowe" oraz „inną czynność seksualną". Takie rozwiązanie stanowi diametralną zmianę względem uprzedniej terminologii występującej w kodeksach z 1932 roku oraz 1969 roku, które posługiwały się pojęciem „nierządu".

Tak jak zostało to już wcześniej zaakcentowane, przyjęcie w obowiązującym kodeksie karnym tego rozwiązania pozwoliło na uzyskanie przez ustawodawcę kilku celów. Po pierwsze oddzieliło wyraźną kreską klasyczne przestępstwa przeciwko wolności rozumiane przede wszystkim jako atak na suwerenność w zakresie poruszania się jednostki od szczególnych przestępstw związanych z atakiem na wolność w aspekcie seksualnym. Ponadto poprzez zmiany terminologiczne zaakcentowany został element wyłącznego potępienia sprawcy seksualnej agresji, z jednoczesnym odciążeniem ofiary napaści. Takie ukształtowanie czynności wykonawczych może stanowić narzędzie mające na celu wyeliminować, a na pewno w znacznym stopniu ograniczyć możliwość wystąpienia zjawiska wtórnej wiktymizacji pokrzywdzonego.

Zjawisko wtórnej wiktymizacji jest jednoznacznie oceniane jako negatywne i wybitnie niepożądane w obecnych warunkach społecznych, koncentrujących się na ochronie wolności człowieka, zwłaszcza w ramach jego prawa do realizacji życia seksualnego w sposób wolny od naruszeń i ataków. Znamienną cechą wtórnej

---

XXIII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz, Warszawa 2001, s. VII-VIII; O. Górniok, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, S. Hoca, S. M. Przyjemskiego, t. III, Warszawa 1999, s. 154, a także: P. Kozłowska-Kalisz, M. Kucharska-Derwisz, *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania*, w: *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, pod red. M. Mozgawy, Zakamycze 2006, s. 211, autorki wskazują jako jedne z podstaw odrębnego usankcjonowania przestępstw przeciwko wolności sumienia i wyznania rewolucję w zakresie oceny religijności i odbieraniu jej jako wartość odrębną dla każdego człowieka, na co wpływ, zdaniem autorek, miało m.in. przyjęcie zasady rozdziału kościoła od państwa i rozwój koncepcji świeckiego państwa.

wiktymizacji jest przenoszenie odpowiedzialności, częściowej lub w całości, na ofiarę[41]. Tym samym ze sprawcy zostaje zdjęty ciężar doprowadzenia do zaistnienia zdarzenia wypełniającego znamiona przestępstwa seksualnego. Proceder ten prowadzi do formułowania usprawiedliwienia dla czynu sprawcy, co rzekomo miałoby być związane na przykład z wyzywającym zachowaniem lub wyglądem pokrzywdzonego.

Wskazać można, że istotą wtórnej wiktymizacji jest doprowadzenie do powtórnego wystąpienia u ofiary ataku seksualnego ogółu krzywd w obrębie jego psychiki. Stan pojawienia się u pokrzywdzonego cierpienia ten spowodowany pierwotnie przez sprawcę, odnawia się poprzez m.in. sposób w jaki pokrzywdzony został potraktowany przez rodzinę, przedstawicieli organów wymiaru sprawiedliwości, czy też media[42]. Osoba dotknięta wtórną wiktymizacją jest narażona zatem na ataki ze strony rodziny, osób najbliższych nierozumiejących istoty pokrzywdzenia przestępstwem seksualnym, jak również na nieprofesjonalne, obarczone błędami postępowanie z ofiarą przez np. funkcjonariuszy Policji w momencie składania zawiadomienia o przestępstwie. Wiktymizowana powtórnie ofiara może zatem od prowadzącego czynność otrzymać tendencyjne pytania, sugerujące m.in. że ofiara ubrana była w nieskromne ubrania, czym sprowokowała sprawcę, albo też implikujące, że do zdarzenia tak naprawdę nie doszło, a pomówienia sformułowane w zawiadomieniu mają na celu przeprowadzenie zemsty na byłym partnerze[43].

Wtórna wiktymizacja jest zjawiskiem bardzo groźnym i rodzącym poważne konsekwencje w obrębie psychiki pokrzywdzonego. Najbardziej powszechnym jej następstwem jest wystąpienie u ofiary napaści seksualnej zespołu stresu pourazowego (PTSD, ang. *post traumatic stress dissorder*), bądź też RTS, czyli *rape trauma syndrome* (syndrom po zgwałceniu – tłum. J.M.-K.). Skutki te są długofalowe i mogą wpłynąć na wszelkie obszary życia pokrzywdzonego, przyczyniające się do zerwania więzi z rodziną i bliskimi, czy też wystąpieniem u pokrzywdzonego depresji, wybuchów gniewu, stanów lękowych czy innych zaburzeń psychicznych, które mogą bezpośrednio

[41] K. Łaszkiewicz, *Powinności Policji wobec ofiary przestępstwa-zarys problemu*, w: *Wiktymizacja wtórna. Geneza, istota i rola w przekształcaniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2012, s. 38; L. Falandysz, *Wiktymologia*, Warszawa 1979, s. 161-162; P. Antoniak, *Wtórna wiktymizacja-perspektywa psychologiczna*, w: *Wiktymizacja wtórna...*, s. 45.

[42] E. Kolińska, *Przesłuchiwanie zgwałconej kobiety – wtórna wiktymizacja środowiskowa w postępowaniu organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości*, w: *Jurysta* 2003, nr 9-10, s. 22; K. Łaszkiewicz, *Powinności Policji...*, s. 38.

[43] Ibidem, s. 22-23.

wpłynąć chociażby na pogorszenie sytuacji finansowej ofiary w związku z możliwą utratą pracy[44]. Ofiara może również zacząć, na skutek wielokrotnej analizy przebiegu napaści, uznawać siebie za osobę wyłącznie winną zaistniałemu przestępstwu[45].

Tak nakreślone następstwa przestępczości seksualnej nie powinny być lekceważone. Dlatego też m.in. prawo karne zawierać powinno regulacje umożliwiające zminimalizowanie ryzyka ich wystąpienia, w zakresie, w którym jest to możliwe.

Obecne uregulowania z zakresu przestępstw seksualnych w swoim ogólnym wydźwięku niosą potępienie dla tak nakreślonych negatywnych praktyk. Dzieje się tak poprzez zastąpienie nacechowanego negatywnie „nierządu" jako czynności wykonawczej, neutralnymi „obcowaniem płciowym" oraz „inną czynnością seksualną". Przesłanki te określają wyłącznie charakter czynności, nie dokonując jednocześnie jej oceny względem ofiary. Takim regulacjom z prawa karnego materialnego wtórują przepisy postępowania karnego. Przewidziana w art. 185c kpk[46] procedura jednokrotnego przesłuchania pokrzywdzonego przestępstwem seksualnym z art. 197-199 kk pozwala na zredukowanie stresu ofiary związanego z obawą wielokrotnego zeznawania na temat przeżytego traumatycznego zdarzenia. Przytoczone tutaj sposoby są zaledwie minimalną eksplikacją metod, które pozwalają przejąć kontrolę organów wymiaru sprawiedliwości nad rozprzestrzenianiem się szkodliwego zjawiska wtórnej wiktymizacji, która tak silnie powiązana jest poprzez swoją charakterystykę, z przestępstwami przeciwko wolności seksualnej.

Drogą dygresji zaznaczyć można, że obok wtórnej wiktymizacji wyróżnić można także inne, pokrewne z nią zjawisko, a mianowicie wiktymizację rozszerzoną.

Nie sposób bowiem odseparować negatywnego wpływu jaki na pokrzywdzonego wywiera doznana przemoc seksualna od przywołanych tutaj

---

[44] Więcej na temat skutków wtórnej wiktymizacji zob. np. A. Chodorowska, *Przestępstwo zgwałcenia. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Olsztyn 2015, s. 298; A. W. Burgess, L. L. Holstron, *Rape Trauma Syndrome*, w: *American Journal of Psychiatry* 1974, nr 131, s. 981, cyt. za: E. Bieńkowska, *Zgwałcenie – wiktymologia i antywiktymologia (z problematyki wspierania ofiar)*, w: *Zgwałcenie. Definicja, reakcja, wsparcie dla ofiar*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2016, s. 119.

[45] M. Płatek, *Przeciwdziałanie wtórnej wiktymizacji ofiar zgwałcenia*, w: *Wiktymizacja wtórna...*, s. 82, 93.

[46] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997, nr 89 poz. 555 z późn. zm. [dalej również jako: „kpk"]

konsekwencji. Jednakże oprócz ofiary ataku na tle seksualnym osobami, które doznają uszczerbku w związku z jego popełnieniem są również osoby z najbliższego otoczenia pokrzywdzonego, np. rodzice, rodzeństwo, partner/-ka, czy dzieci. Stopień dotkliwości związany z przestępczością seksualną i rozmiar krzywdy, a także rozległe skutki takie jak chociażby PTSD odciskają swoje piętno także na osobach, które znajdują się w ścisłej bliskości z ofiarą. Związane jest to z ich zaangażowaniem emocjonalnym, współodczuwaniem bólu i empatyzowaniu z osobą im bliską, która stała się pokrzywdzoną przestępstwem o seksualnej konotacji. Można postawić tezę, że osoby te, choć w rozumieniu prawa karnego nie są pokrzywdzone, to można je tak określać podług potocznej nomenklatury.

W związku z wtórną wiktymizacją i jej konsekwencjami, które zostały w tej części rozprawy przywołane, a które koncentrować się mogą w różnorakich sferach życia pokrzywdzonego, znajdują one odzwierciedlenie w życiu osób najbliższych ofiary przestępstwa seksualnego. Dla przykładu, jeśli osoba pokrzywdzona wskutek popełnionego na niej czynu zabronionego popadnie w depresję powodującą niemożność wykonywania przez nią pracy zarobkowej, brak dochodu wpłynie negatywnie na całe gospodarstwo domowe. Po drugie, posiłkując się przywołanym przykładem depresji można wskazać, że osoba pokrzywdzona nią dotknięta w pewnym stopniu jest wyłączona lub znacznie ograniczona w życiu swoich domowników, co ma związek z objawami charakteryzującymi tę chorobę psychiczną. To zaś znajduje oddźwięk w kontekście relacji np. z partnerem/-ką, ale przede wszystkim negatywnie wpływa na więź ofiary z dziećmi, co znajduje przełożenie w ich procesie wychowawczym i może się wiązać z problemami w dorosłym życiu.

Wreszcie, dla osób z najbliższego otoczenia pokrzywdzonego pod pojęciem wiktymizacji rozszerzonej może się kryć odpowiednik wtórnej wiktymizacji, której doznaje ofiara. Żyjąc wraz z pokrzywdzonym w określonej społeczności lokalnej, osoby z jego otoczenia mogą być podmiotami oskarżycielskich ocen kierowanych pod adresem ofiary, dotyczących prowokacyjnego zachowania, które doprowadziło do czynu sprawcy etc. Te szkalujące słowa stają się również bolesne dla osób najbliższych pokrzywdzonemu, zwłaszcza że mogą zostać połączone z powiązaniem rzekomego wyzywającego zachowania ofiary z modelem postępowania wyniesionym z domu w procesie wychowawczym. Takie określenia skierowane w stronę np. rodziców ofiary

mogą spowodować negatywną, bolesną reakcję psychiczną, a w konsekwencji doprowadzić mogą do problemów w obrębie zdrowia psychicznego.

Przywołane tutaj przykłady stanowią wyłącznie impuls do podjęcia dyskusji w obrębie nauk społecznych, takich jak wiktymologia, psychologia, czy socjologia w zakresie negatywnych skutków przestępstw w postaci wiktymizacji rozszerzonej, w tym głównie przestępstw seksualnych na osoby znajdujące się w najbliższym otoczeniu pokrzywdzonego. Jawi się to jako niezbędne, mając na uwadze tendencję do poszerzania swym zakresem troski ww. dziedzin naukowych o ogólny dobrostan psychiczny społeczeństwa, tutaj w kontekście skutków, pośrednich i bezpośrednich przestępczości, w tym i przestępczości seksualnej.

Dlatego też, mając na uwadze powyższe rozważanie, wprowadzenie nowego dobra chronionego poprzez swoiste wybicie się na niepodległość wolności seksualnej z szerszej grupy przestępstw przeciwko wolności połączone z utworzeniem zaktualizowanego słownika pojęciowego w zakresie czynności wykonawczych pozwala uznać, że ustawodawca widział potrzebę dostosowania regulacji prawnokarnej w omawianym zakresie zarówno do standardów wynikających przede wszystkim z Konstytucji RP, tj. z nadrzędnej zasady demokracji i sprawiedliwości społecznej, jak również do wymagań stawianych przez prawo międzynarodowe odnośnie do ochrony praw jednostki m.in. przez Kartę Praw Podstawowych Unii Europejskiej.

Dlatego też koniecznym jest w dalszej części, przed właściwym nakreśleniem istoty wolności seksualnej jako dobra prawnego, skoncentrowanie się na etiologii konstytucyjnej i prawnomiędzynarodowej analizowanego przedmiotu ochrony.

1.2.1.2. Wolność seksualna w prawie międzynarodowym publicznym

Zagadnieniem wolności zajmuje się również prawo międzynarodowe publiczne. Jednakże na gruncie tej gałęzi prawa wolność jest co do zasady rozumiana odmiennie, tj. znacznie węziej, aniżeli występuje to na polu polskiego systemu prawa.

Wedle przedstawicieli nauki zajmujących się prawem międzynarodowym publicznym wolność należy ujmować niezwykle wąsko, tj. należy rozumieć ją jedynie

jako swobodę od bezprawnego zatrzymania i pozbawienia wolności bez wyroku sądu, jak również ochronę przed pozbawieniem wolności przez osobę trzecią. Tak zagadnienie prawa do wolności ujęte zostało m.in. w treści Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka, czy Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych[47]. Tym samym, można wskazać, że w pojęciu wolność w ujęciu prawnomiędzynarodowym dominuje koncepcja wolności negatywnej.

1.2.1.2.1. Prawo do prywatności a wolność seksualna na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka

Przepisem Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności[48] bezpośrednio odnoszącym się do zagadnienia wolności jest jej art. 5. Przepis ten statuuje prawo wolności osobistej. Oznacza on w praktyce zakaz pozbawienia wolności bez podstaw prawnych. Na prawo to składają się gwarancje dotyczące zakazu m.in. zatrzymania wbrew obowiązującym przepisom, czy też brak możliwości osadzenia w zakładzie karnym bez wyroku sądu, jak również niezgodnego z obowiązującymi przepisami szczególnymi dotyczącymi izolacji osób, które ze względu na swój stan zdrowia stanowią zagrożenie dla innych osób. Z analizy treści art. 5 EKPCz wypływa istotny z punktu widzenia wniosek o nieuregulowaniu w tym akcie prawa międzynarodowego kwestii wolności w innym jej aspekcie, aniżeli wykazany w tym

[47] Zob. np. M. A. Nowicki, *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. 7, Warszawa 2017, s. 436 i n.; P. Hofmański, w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, pod red. L. Garlickiego, t. I, Warszawa 2010, s. 158-159; W. Sobczak, w: *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2013, s. 164 i n.; D. Ostrowska, w: *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, pod red. J. Hołdy, Z. Hołdy, D. Ostrowskiej, J. A. Rybczyńskiej, Warszawa 2014, s. 108-110.

[48] Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284.

miejscu rozważań. To zaś oznacza brak określenia reguł dotyczących wolności seksualnej.

Innymi przepisami EKPCZ, które odnoszą się do ochrony wolności człowieka są: art. 9 (wolność sumienia, wyznania, przekonań), art. 10 (wolność wyrażania opinii, posiadania własnych poglądów) oraz art. 11 (wolność zgromadzeń i stowarzyszeń). Można wskazać, że twórcy Konwencji dokonali uszczegółowienia zagadnienia prawa do ochrony wolności człowieka, dokonując jego rozbicia na poszczególne segmenty. Jednakże, żadne z przywołanych w tym miejscu spojrzenie na prawo do wolności w kontekście Europejskiej Konwencji Praw Człowieka nie odnosi się do wolności seksualnej.

W związku z powyższym powstaje pytanie, czy na kanwie EKPCz zostało w jakikolwiek sposób uregulowane zagadnienie wolności w aspekcie życia seksualnego w rozumieniu wolności seksualnej. Celem zaznaczenia w tej części rozważań wskazać należy, że polski ustawodawca poprzez treść art. 47 Konstytucji RP zawarł regulację gwarantującą obywatelom prawo do ochrony życia prywatnego[49]. Drogą porównania przepisu z zakresu prawa międzynarodowego można przywołać w tym miejscu treść art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Według przywołanego przepisu: *„każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”*, jak również: *„niedopuszczalna jest ingerencja władzy publicznej w korzystanie z tego prawa, z wyjątkiem przypadków przewidzianych przez ustawę i koniecznych w demokratycznym społeczeństwie z uwagi na bezpieczeństwo państwowe, bezpieczeństwo publiczne lub dobrobyt gospodarczy kraju, ochronę porządku i zapobieganie przestępstwom, ochronę zdrowia i moralności lub ochronę praw i wolności innych osób”*. Kwestią wymagającą rozważenia jest ustalenie, czy na kanwie przytoczonej tutaj regulacji z zakresu prawa międzynarodowego, prawo do prywatności pokrywa się znaczeniowo z konstytucyjną zasadą wyrażoną poprzez art. 47. Drugim zagadnieniem jest przeanalizowanie prawa o przywołanej treści z art. 8 EKPCz pod kątem jego ewentualnej współzależności, bądź zawierania się w pojęciu „wolność seksualna”, a zatem czy prawo do prywatności obejmuje także, a jeśli tak to w jak szerokim kontekście, prawa związane z seksualnością człowieka.

[49] Zagadnienie powiązania wolności seksualnej z regulacją konstytucyjną, zob. podrozdział 1.2.1.3.

Na oba tak zadane pytania odpowiedzi udziela podręcznik Rady Europy opracowany specjalnie do tego artykułu Europejskiej Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Przede wszystkim poszukując przedmiotowych informacji, na gruncie przywołanego opracowania dokonano rozróżnienia pomiędzy pojęciem „prawa do prywatności", uznając je za termin o węższym znaczeniu, aniżeli „prawo do życia prywatnego". Jednocześnie autorka podręcznika zaznaczyła, że celem art. 8 Konwencji jest jak najszersze ujęcie zakresu ochrony tego rodzaju prawa człowieka. Oznacza to świadome nadawanie mu ram, ale z wyraźnym zastrzeżeniem, co do możliwych jego modyfikacji, w zależności od ewentualnych przyszłych zmian społecznych[50]. Według ogólnej definicji prawo do życia prywatnego na gruncie EKPCz obejmuje swobodę w wyborze przez dysponenta dobrem drogi życiowej, aprobowanych przez niego postaw i tym samym podejmowanych przez siebie zachowań. Oficjalna wykładnia analizowanego zagadnienia skłania się wręcz do sformułowania, że prawo do życia prywatnego związane jest z dobrowolnym i autonomicznym procesem budowania własnej świadomości w różnych aspektach składających się na tożsamość człowieka[51].

Jednocześnie jednym z elementów, któremu zostało poświęcone oficjalne stanowisko Rady Europy w zakresie art. 8 EKPCz jest ustalenie, czy i w jakim zakresie prawo do życia prywatnego dotyczy sfery życia seksualnego jednostki. Badając to zagadnienie europejski ustawodawca skoncentrował się przede wszystkim na przykładzie oceny podejmowania przez jednostkę konkretnego rodzaju aktywności seksualnej i kwestię ich oceny względem omawianego prawa człowieka. W przywołanym opracowaniu skonstatowano, na przykładzie oceny zachowań seksualnych homoseksualistów, że prawo do życia prywatnego zawiera w sobie prawo do podejmowania wyboru dotyczących ciała dysponenta dobrem[52]. Oznaczałoby to, że prawo do życia prywatnego można w tym kontekście rozumieć jako prawo do samostanowienia o swoim życiu seksualnym. Tym samym, podobnie jak w przypadku art. 47 ustawy zasadniczej, ustawodawca europejski posłużył się tutaj konstrukcją określającą prawo do kształtowania przez jednostkę swoich poglądów, czy też akceptowanych form aktywności seksualnej.

---

[50] I. Roagna, *Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Podręczniki praw człowieka Rady Europy*, Strasburg 2012, s. 12, https://rm.coe.int/16806f15c4 [data dostępu: 20.04.2023].

[51] Ibidem, s. 12.

[52] Ibidem, s. 16-17.

Wskazać jednak należy, że stanowisko tu sprecyzowane nie zdaje się być ugruntowane w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Trybunał, w jednym z orzeczeń X. i Y. przeciwko Holandii wskazał na zgoła odmienne rozumienie treści prawa do życia prywatnego w aspekcie życia seksualnego jednostki. Przywołana sprawa dotyczyła seksualnego wykorzystania 16-letniej dziewczynki cierpiącej na upośledzenie umysłowe przez pełnoletniego zięcia dyrektorki ośrodka dla osób upośledzonych. Sprawca udał się nocą do pokoju, w którym spała dziewczynka i obudziwszy ją zaprowadził ją do innego pokoju, gdzie kazał się jej rozebrać, a następnie doszło między nimi do stosunku seksualnego. Jednym z problemów, nad którym Trybunał podjął dyskusję było ustalenie, czy w przedmiotowej sprawie doszło do naruszenia prawa do życia prywatnego pokrzywdzonej, tak jak podnosił to skarżący, ojciec dziewczynki.

ETPCz w uzasadnieniu wyroku wskazał, że prawo do życia prywatnego zawiera w sobie fizyczną oraz moralność integralność osoby, co zawiera w sobie także aspekt jej życia seksualnego (ang. *the physical and moral integrity of the person, including his or her sexual life)*[53]. Tym samym EKPCz tworząc tak rozumianą definicję prawa do życia prywatnego w analizowanym kontekście zrównał *de facto* to dobro z obecnej w polskiej przestrzeni prawnej „wolności seksualnej" w jej rozumieniu negatywnym. Jest to związane z zastosowaniem w treści uzasadnienia wyrazu „integrity" (*integralność*), co należy rozumieć jako nienaruszalność. Skoro zatem mowa jest o nienaruszalności, to każdy akt seksualny tę nienaruszalność pogwałca. Stąd też wyraźna zdaje się być rozbieżność pomiędzy wykładnią prawa do życia prywatnego wyrażoną w przywołanym oficjalnym podręczniku wydanym przez Radę Europy, a orzecznictwem ETPCz.

Nadto przedstawione tutaj wątpliwości pogłębiają się, mając na uwadze jeszcze inny fragment przedmiotowego podręcznika poświęcony wzajemnym powiązaniom pomiędzy art. 3 EKPCz wyrażającym zakaz tortur oraz wspomnianym art. 8 EKPCz. Analiza w tym zakresie została przeprowadzona na przykładzie kolejnego orzeczenia Trybunału dotyczącego zgwałcenia czternastoletniej pokrzywdzonej przez dwóch

[53] Wyrok ETPCz z dnia 26 marca 1985 r. w sprawie X. i Y. przeciwko Holandii, skarga nr 8978/80, § 22, https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%228978/80%22],%22documentcollectionid2%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57603%22]} [data dostępu: 20.04.2023].

mężczyzn. Strona skarżąca zaznaczyła, że w Bułgarii, gdzie doszło do zdarzenia, prawo karne nie przewiduje dostatecznej ochrony przed przemocą seksualną, z uwagi na wymóg udowodnienia aktywnego oporu ofiary. W tym kontekście, w treści cytowanego przez podręcznik wyroku, ETPCz wskazał na potrzebę uwzględnienia przez prawodawstwo karne regulacji, które wyrażałyby poszanowanie autonomii seksualnej człowieka[54]. Tym samym Trybunał za przejaw prawa do życia prywatnego uznał prawo do samostanowienia w aspekcie życia seksualnego jednostki. To zaś prowadzi do zasadniczego wniosku, wedle którego Trybunał w sposób szeroki pojmuje zagadnienie prawa do życia prywatnego w omawianym zakresie. Istotnym jest również, że za analizowanym terminem, na gruncie orzecznictwa ETPCz, jak i w stanowisku Rady Europy wyraźnym jest zbliżenie prawa do życia prywatnego w kontekście życia seksualnego do znanego w polskim Kodeksie karnym dobra prawnie chronionego w postaci wolności seksualnej. Jest to związane z uwzględnianiem zarówno elementów pozytywnych, takich jak wspomniana autonomia seksualna, tj. samostanowienie w kwestii aktywności seksualnej w szerokim znaczeniu oraz składników negatywnych, które Trybunał określa mianem integralności fizycznej.

W świetle poczynionych tutaj rozważań należy zastanowić się, w jaki sposób kwestia wolności seksualnej została rozstrzygnięta przez inne istotne akty prawa międzynarodowego publicznego przywołane na wstępie do niniejszej części dysertacji.

Rozpoczynając przedmiotowe rozważania można wskazać, że zagadnienie prawa do wolności jest na gruncie Powszechnej Deklaracji Praw Człowieka[55] ujęte zostało w sposób obszerny. W treści tego aktu prawa międzynarodowego pojawia się ona dwadzieścia trzy razy.

W samym wstępie następuje sześć wzmianek dotyczących wolności. Na szczególne uwzględnienie zasługuje tutaj pierwsze z nich, które wskazuje na godność jako podstawowe źródło praw, w tym m.in. wolności *in generale*. Natomiast za główny

[54] I. Roagna, *Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego...*, s. 26-27, https://rm.coe.int/16806f15c4 [data dostępu: 20.04.2023].

[55] Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 roku, ratyfikowana w Paryżu, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html [data dostępu: 20.04.2023].

przepis dotykający zagadnienia wolności można uznać art. 3 Deklaracji, który stanowi, że: *„Każda osoba ma prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego”*. Można wskazać, że wolność jest przez treść Deklaracji rozumiana przede wszystkim jako wolność osobista. Innymi zaś szczególnymi kategoriami wolności są: wolność poruszania się, wolność sumienia, wyznania i posiadania określonych poglądów, wolność zgromadzeń, wolność głosowania, czy wolność w edukacji.

Prowadzi to do wniosku, że Powszechna Deklaracja Praw Człowieka również pozostawiła lukę w zakresie konkretnego zaznaczenia wolności seksualnej. Co prawda art. 12 Deklaracji stanowi zasadę prawa do ochrony życia prywatnego, jednakże czyni to zgoła odmiennie, aniżeli EKPCz. Dzieje się tak poprzez dodanie określenia „arbitralnemu wkraczaniu”. Zastosowany przymiotnik jest tutaj, jak się zdaje, nieprzypadkowy, gdyż oznacza że art. 12 Deklaracji chroni przed naruszaniem wolności przez organy państwa, bądź inne organizacje, prawo, czy inne podmioty. Słowo „arbitralny” oznacza bowiem narzucający bezwzględnie, bez możliwości sformułowania sprzeciwu. Przymiot taki łączony jest z władzą i jej emanacjami.

W podobnym duchu, aczkolwiek bez określenia arbitralności ingerencji w życie prywatne, omawiane prawo człowieka jest uregulowane w treści Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych oraz Karty Praw Podstawowych.

W przypadku MPPOiP[56] tematyka wolności została rozbudowana o kilka przepisów, które regulują prawa człowieka w odniesieniu do różnych aspektów wolności z jednoczesnym pominięciem wyróżnienia wolności w kontekście życia seksualnego. Celem przykładu na całokształt prawa do wolności składają się na gruncie Paktu następujące przepisy: art. 8 – zakaz niewolnictwa, art. 9 – wolność osobista, art. 11 – zakaz pozbawienia wolności w związku z niewywiązaniem się z postanowień umownych, art. 12 – wolność poruszania się i wyboru miejsca zamieszkania, art. 18 – wolność sumienia i wyznania, art. 21 – wolność zgromadzeń.

Komentarza wymaga jednak art. 17, który statuuje zakaz ingerencji w życie prywatne człowieka. To właśnie z tego prawa, w sposób tożsamy jak w przypadku EKPCz, wyprowadzane jest prawo, które swoją treścią można porównać z wolnością

[56] Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 roku, Dz.U. 1977 nr 38, poz. 167.

seksualną z polskiego Kodeksu karnego. Jak zaznaczyły A. Gliszczyńska-Grabias oraz K. Sekowska-Kozłowska omawiane prawo na gruncie MPPOiP prawo to oznacza zakaz penalizacji i idący za tym nakaz wdrożenia regulacji prawnej ochrony dobrowolnych kontaktów seksualnych pomiędzy dwiema osobami. Na poparcie tak skonstruowanej argumentacji przywołane autorki odwołały się do jednej z zasad Yogyakarty, wedle której państwa powinny zagwarantować prawo do samostanowienia o swoim życiu seksualnym przez jednostkę, co stanowić miałoby emanację prawa do prywatności[57].

Wspomniane Zasady Yogyakarty są dokumentem z 2006 roku opracowanym podczas spotkania zorganizowanego pod auspicjami Międzynarodowej Komisji Prawników oraz International Service for Human Rights, które miało miejsce w miejscowości Yogyakarta w Indonezji. Podstawowym zagadnieniem poruszanym na ww. zgromadzeniu było określenie stanu ochrony przez prawodawstwo państw świata praw człowieka zawiązanych z tożsamością płciową i orientacją seksualną[58]. W preambule do Zasad podkreślono istotność dokonania szerszego spojrzenia na zagadnienie praw związanych z tożsamością płciową i orientacją seksualną w kontekście ochrony przed związanymi z ww. elementami przemocą, czy też przejawami nierówności, w tym również w aspekcie równości mężczyzn i kobiet. Zaakcentowano także, powtórzony także w dalszej części dokumentu poprzez treść zasady szóstej, prawo do swobodnego decydowania przez człowieka o swoim życiu seksualnym w sposób wolny od nacisków i przemocy oraz przejawów pogwałcenia zasady równości bez względu na orientację seksualną tej osoby lub jej tożsamość płciową[59].

Dlatego też, można wskazać że na gruncie MPPiOP oraz towarzyszących mu Zasadach Yogyakarty de facto nie występuje szeroka koncepcja wolności seksualnej rozumianej jako prawo do wolnego od wpływów osób trzecich i środowiska kreowania swojego życia seksualnego przez jednostkę. Owszem, prawo to zostało na gruncie art. 17 Paktu określone ogólnie, jednakże w doktrynie ujmowane jest ono poprzez pryzmat Zasad Yogyakarty. Te zaś odnoszą się bezpośrednio do ochrony przed

---

[57] A. Gliszczyńska-Grabias, K. Sękowska-Kozłowska, w: *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, pod red. R. Wieruszowskiego, Warszawa 2012, s. 387.

[58] R. Wieruszewski, *Zasady Yogyakarty – geneza i znaczenie*, w: *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, pod red. K. Remin, Warszawa 2009, s. 17.

[59] Preambuła do zasad Yogyakarty, Zasada 6 – Prawo do prywatności, w: *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania...*, s. 25-26, 32-33.

naruszeniam w sferze seksualności osób o orientacji seksualnej innej niż heteroseksualna. Bowiem, choć wprost ze sformułowania „ochrona prawa do samodecydowania o swoim życiu seksualnym bez względu na tożsamość płciową lub orientację seksualną" nie wynika zorientowanie tej prewencji w kierunku osób nieheteronormatywnych. Jednakże wniosek taki wypływa z oceny obecnego sfokusowaniem działań społeczno-prawnych w przeważającej większości krajów cywilizacji zachodniej w kierunku zrównania praw osób bez względu na m.in. ich orientację seksualną. O ile, działania takie są godne pochwały, o tyle w świetle przedstawionego tutaj problemu prowadzą do konstatacji , wedle której, formalnie zakres ochrony prawa do prywatności przez art. 17 MPPiOP, jest tożsamy z jego odpowiednikami w przypadku innych aktów prawa międzynarodowego, lecz z wyraźnym akcentem zwróconym ku osobom nieheteronormatywnym.

Ostatnim z przywoływanych tutaj aktów prawa międzynarodowego w kontekście poszukiwań istoty wolności seksualnej jest Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej[60]. Podobnie jak w przypadku poprzednich analizowanych aktów prawa międzynarodowego, także i KPPUE nie zawiera wzmianki dotyczącej wolności seksualnej, przy jednoczesnym uszczegółowieniu zagadnienia wolności z podziałem na kilka kategorii. Ocenianie zagadnienie, zostało w sposób lustrzany do kilku z zaprezentowanych w tej części dysertacji aktów wyprowadzone w drodze wykładni z prawa do prywatności.

W przypadku Karty przepisem dotyczącym prawa do prywatności jest art. 7. Stanowi on, że: *„Każdy ma prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego, domu i komunikowania się"*. Zatem dostrzegalnym jest, że konstrukcja instytucji w akcie prawa europejskiego została zachowana i spójna z pozostałymi przywołanymi wcześniej. Konsekwentna jest także i jego interpretacja. European Union Agency for Fundamental Rights (Agencja Praw Podstawowych Unii Europejskiej) opublikowała na swojej stronie internetowej oficjalne wyjaśnienia do każdego z artykułów Karty. W kontekście art. 7 Agencja wprost odsyła do rozumienia prawa do prywatności wyprowadzonego z treści art. 8 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[61].

[60] Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2007 roku, Dz.U.UE.C. 1993, nr 61 poz. 284.

[61] Wyjaśnienia do art. 7 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, http://fra.europa.eu/pl/eu-

Oznacza to, że według KPPUE prawo do prywatności zawiera w sobie m.in. element prawa do swobodnego decydowania przez człowieka o kształcie swojego życia seksualnego. Swobodny zaś oznacza zgodny z wyznawanymi przez jednostkę wartościami, a także dobrowolny, tj. niespowodowany przemocą.

W związku z powyższym, jak zostało to już wielokrotnie zaznaczone, w prawie międzynarodowym publicznym, w tym w prawie europejskim kategoria prawa do wolności została wzbogacona o szczególne rodzaje wolności, do których zalicza się przede wszystkim: wolność sumienia i wyznania, wolność wypowiedzi, czy wolność zgromadzeń[62]. W tak ukształtowanym prawodawstwie międzynarodowym dostrzegalny jest brak wyraźnego uregulowania kwestii wolności seksualnej. Jest to związane m.in. ze ścisłymi regułami interpretacyjnymi, które nakazują prawo do wolności rozumieć jako wolność osobista, czyli wolność od fizycznej ingerencji osób trzecich w zakresie pozbawienia wolności, tj. uwięzienia. Znajduje to swoje uzasadnienie w treści doktryny łącznej wykładni pojęć wolności oraz bezpieczeństwa osobistego[63]. Takie ukształtowanie problematyki wolności jako prawa zagwarantowanego każdemu człowiekowi koncentruje się wokół jej organicznego znaczenia. Można w tym miejscu wskazać na skojarzenia dotyczące prawa do wolności właśnie w kontekście ochrony przed możliwością podejmowania przez jednostkę jakiejkolwiek aktywności, tj. wolność w aspekcie fizycznym związaną z udręczeniem, uwięzieniem, czy wręcz zmuszaniem. Niewątpliwie w tym zakresie pojęcia „prawo do wolności" można umieścić także prawo od naruszeń w sferze seksualnej, gdyż niejednokrotnie wiążą się one z pozbawieniem wolności, czy też stosowaniem przemocy. Taka sytuacja ma miejsce np. w kontekście przestępstwa zgwałcenia. Jednakże tak skonstruowane prawo do wolności nie wyczerpuje wszelkich możliwości naruszania wolności pokrzywdzonego przez sprawcę przestępstw seksualnych. Tym samym wyraźną jest luka w przedmiocie adekwatnej regulacji tej kwestii, która zachodzi na kanwie jednych z najważniejszych aktów prawnomiędzynarodowych, dla których niezakłócona co do

---

charter/article/7-poszanowanie-zycia-prywatnego-i-rodzinnego#explanations [data dostępu: 20.04.2023].

62 D. Ostrowska, w: *Prawa człowieka. Zarys...*, s. 130-141; J. Sozański, *Prawa człowieka w Unii Europejskiej (po Traktacie Lizbońskim)*, wyd. 2, Warszawa-Poznań 2013, s. 76, 156-157.

63 W taki sposób na temat wolności w kontekście Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych wypowiedział się W. Sobczak, zob. W. Sobczak, w: *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, pod red. R. Wieruszowskiego, Warszawa 2012, s. 224.

zasady wolność jest jednym z istotniejszych filarów.

Tym samym kwestia uwzględnienia problematyki ochrony przed seksualnymi naruszeniami, a także wyrażenie prawa do samostanowienia w zakresie aktywności seksualnej jako elementu składającego się na prawo do ochrony życia prywatnego zdaje się być nieadekwatne do stopnia zagrożenia. Oczywistym jest, że pozytywnie należy ocenić samo dostrzeżenie zagadnienia przemocy seksualnej i postulowanie ochrony przed jej przejawami. Połączenie jej z prawem do ochrony życia prywatnego również nie jest samo w sobie złym rozwiązaniem, na co wskazuje chociażby polskie rozwiązanie, wedle którego prawo do życia prywatnego jest wskazywane jako drugie źródło wolności seksualnej jako przedmiotu ochrony prawnokarnej.

Jednakże istotnym jest zwrócenie uwagi na niedostateczne wybrzmienie zagadnienia wolności seksualnej w prawie międzynarodowym. Widoczna tendencja, powielania w przypadku uchwalania kolejnych aktów prawa międzynarodowego z zakresu ochrony praw człowieka nie uwzględniła, pomimo dokonania innych wyszczególnień, specjalnej nowej kategorii wolności w aspekcie życia seksualnego człowieka. Można wysnuć konstatację, że najważniejszym w przedstawianym zagadnieniu jest finalna ochrona szeroka ochrona przed nadużyciami w sferze seksualności człowieka, zaś nieistotnym jest, czy ochrona ta wynikać będzie z przepisów statuujących ochronę wolności, czy też prywatności. Taki jednak wniosek jest jednak zbyt pobłażliwy względem ustawodawcy europejskiego i międzynarodowego. Wyprowadzenie wolności seksualnej z prawa do ochrony życia prywatnego nie jest bowiem zadaniem prostym. Aby odczytać treść takiego prawa należy przeprowadzić rozszerzone rozumowanie prawnicze. Odwrotnie zaś jest w przypadku poszczególnych kategorii wolności. Ich treść, choć oczywiście wymagająca dookreślenia poprzez nadanie im granic w drodze wykładni, jest co do zasady zrozumiała już po pierwszym zapoznaniu się z treścią przepisów je statuujących. To zaś prowadzi do mimowolnego schowania problematyki przestępczości seksualnej za istotnym, choć w gruncie rzeczy, drugorzędnym w omawianym kontekście prawem do ochrony życia prywatnego.

1.2.1.2.2. Wolność seksualna jako prawo człowieka na gruncie prawa międzynarodowego – Deklaracja Praw Seksualnych, Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego oraz Konwencja o Zapobieganiu i Zwalczaniu Przemocy Wobec Kobiet i Przemocy Domowej

Jedyny dokument prawa międzynarodowego publicznego dotyczący wprost wolności seksualnej został sformułowany przez Światową Organizację Zdrowia, przyjęty 26 września 1999 roku, a opublikowany w 2002 roku i nosi nazwę Deklaracja Praw Seksualnych Człowieka[64]. Zawiera ona szesnaście punktów poświęconych szeroko rozumianej tematyce praw seksualnych człowieka.

W preambule do Deklaracji zostało wskazane, że prawa seksualne stanowią jedne z najistotniejszych praw człowieka oraz, że źródłem tych praw jest wolność, godność oraz równość wszystkich ludzi bez względu na takie czynniki jak m.in. rasa, płeć, czy orientacja seksualna. Pierwszym punktem Deklaracji jest wyszczególnienie prawa każdego człowieka do wolności w sferze życia seksualnego od wszelkiego przymusu i przemocy, jak również od nadużyć65.

W zakresie wolności seksualnej na uwagę zasługują trzy punkty Deklaracji – trzeci, piąty i szósty. Punkt trzeci i piąty składają się na dwa aspekty wolności seksualnej, tj. wolność pozytywną i negatywną, zaś punkt szósty dotyka aspektu prawa do prywatności.

Wedle treści punktu trzeciego Deklaracji jako prawo człowieka w kontekście seksualności należy uznać jego samostanowienie w zakresie praktyk seksualnych, partnerów seksualnych, częstotliwości kontaktów, ich form. Zaakcentowane również został fakt, że decyzje podejmowane przez jednostkę w tym zakresie powinny być wolne i świadome, a więc niebędące konsekwencją przymusu. Co istotne, WHO w Deklaracji uwzględniło granicę limitacyjną tak rozumianego prawa, którą jest poszanowanie praw drugiego człowieka. Z drugiej strony punkt piąty zawiera

---

[64] Deklaracja Praw Seksualnych Człowieka WHO 2002, https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Polish.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

[65] A. Depko, D. Dellert, *Zbrodnia i seks*, Warszawa 2019, s. 29.

wskazania w kontekście ochrony przed ogólnie rozumianą przemocą seksualną, tym samym realizując element wolności negatywnej w omawianym zakresie. Deklaracja zawiera eksplikację form agresji seksualnej, do których zaliczane są np. zgwałcenie, molestowanie, niewolnictwo seksualne, handel ludźmi w celu wykorzystywania seksualnego, jak również praktyki wynikające z uwarunkowań kulturowych takie jak chociażby sprawdzanie dziewictwa kandydatek na żony.

Całość takich regulacji została dopełniona poprzez treść punktu szóstego, dotykającego problematyki prawa do prywatności. Obejmuje on w proponowanym przez WHO kształcie prawo do respektowania prywatności jednostki w zakresie jej seksualności, nawiązywanych relacji intymnych, w tym również w aspekcie ich form, oraz co istotne, propaguje sprawowanie maksymalnej kontroli nad dystrybuowaniem wizerunku i danych osoby zaangażowanej w czynności seksualne. Oznacza to ochronę przed nieuprawnionym przekazywaniem danych partnerów seksualnych, bądź też wysyłanie zdjęć, czy filmów bez zgody osoby, która na nich się znajduje. Tym samym jest to uzupełnienie wolności od szantażu seksualnego wskazanego w treści punktu piątego.

Istotnym elementem Deklaracji jest zauważona przez N. Glińską zmiana światopoglądowa, wedle której sfera życia seksualnego człowieka została oddzielona od konotacji fizjologicznych i zwrócona ku względom wolnościowym i autonomicznym właściwym dla każdego człowieka[66]. Wniosek taki wynikać może chociażby z kilkukrotnego podkreślenia przez twórców Deklaracji wagi przyjemności seksualnej zrównując ją z funkcją prokreacyjną.

Tym samym poprzez treść Deklaracji wybrzmiewa koncepcja wolności seksualnej jako prawa do samostanowienia człowieka o kształcie swojego życia seksualnego, w tym również do ochrony przed nadużyciami. To istotna różnica w odniesieniu do przywołanych wcześniej aktów prawa międzynarodowego, które nie dokonują wyróżnienia wolności seksualnej jako osobnej kategorii prawa człowieka, zaliczając je wyłącznie jako składnik prawa do życia prywatnego. Deklaracja Praw Seksualnych Człowieka akcentuje zarówno element „wolności od", ale również nie zapomina o „wolności do", co czyni ten akt prawa międzynarodowego niezwykle istotnym z punktu widzenia dobra chronionego w postaci wolności seksualnej.

[66] N. Glińska, *Własne ciało-operatywność praw seksualnych i reprodukcyjnych w Polsce*, w: *Folia Iuridica Universitatis Wratislavensis* 2016, vol. 5 (2), s. 38 i 43.

Innym aktem prawnomiędzynarodowym, który w części dotykał problematyki ochrony wolności seksualnej jest Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego[67], który w art. 7 ust. 1 lit. g wyróżnia wśród kategorii zbrodni przeciwko ludzkości również czyny, które godzą w wolność w aspekcie seksualnym. Statut za zbrodnie przeciwko ludzkości uznaje także m.in. zabójstwo, tortury, uwięzienie, zbrodnię apartheidu, prześladowania określonych grup społecznych, etnicznych, czy tortury. To pokazuje powagę zjawiska, które można ująć ogólnym pojęciem przemocy seksualnej. Jest to równocześnie jedyny z przywołanych tu aktów prawa międzynarodowego, który w tak stanowczy sposób odnosi się do zagadnienia przemocy seksualnej, klasyfikując ją jako najcięższy gatunek przestępczości, tj. zbrodnię przeciwko ludzkości. Stanowi to mocny głos w dyskusji na temat zwiększenia świadomości społeczności międzynarodowej w zakresie poważnych skutków związanych z tego rodzaju przestępstwami, a tym samym jest to impuls do niebagatelizowania przywołanego problemu w ustawodawstwach państwa-sygnatariuszy Statutu.

Na odrębną uwagę zasługuje w tym miejscu regulacja wypływająca z treści Konwencji o Zapobieganiu i Zwalczaniu Przemocy Wobec Kobiet i Przemocy Domowej[68].

Konwencja ta poświęcona została problematyce przemocy domowej oraz przemocy wobec kobiet. Nie precyzuje ona czym jest wolność seksualna, jednakże wskazuje na konieczność ochrony przed wszelkimi przejawami przemocy, w tym również tej wymierzonej w swobodne podejmowanie aktywności seksualnej przez kobiety. Wyraźna wzmianka o tym zakresie została poczyniona przez Radę Europy już w preambule, podkreślając że przemoc *in generale*, zaś w szczególności w kontekście życia seksualnego dotyka w przeważającej większości dziewczynki oraz kobiety. Konwencja zaś powstała jako instrument dążący do zniwelowania nierówności płci, na którą niebagatelny wpływ ma również i przemoc domowa oraz przemoc wobec kobiet.

W dalszej, właściwej części ww. aktu prawa międzynarodowego, w art. 3 będącym słowniczkiem dokonano zdefiniowania przemocy wobec kobiet oraz

[67] Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego z dnia 17 lipca 1998 roku, Dz.U. 2003, nr 78, poz. 708.

[68] Konwencja o Zapobieganiu i Zwalczaniu Przemocy Wobec Kobiet i Przemocy Domowej z dnia 11 maja 2011 roku, Dz.U. 2015, poz. 961.

przemocy domowej. W przypadku pierwszego terminu uznano, że jest to zjawisko naruszania praw człowieka, które jest przejawem dyskryminacji, a tym samym jest aktem przemocy, który prowadzi do m.in. seksualnej szkody. Co się zaś tyczy przemocy domowej, to wedle języka Konwencji jest to akt przemocy m.in. seksualnej, która ma miejsce pomiędzy małżonkami, partnerami, zarówno obecnymi, jak i byłymi. Co istotne, aby przemoc pomiędzy osobami pozostającymi w związku mogła być nazwana przemocą domową nie jest konieczne, według języka Konwencji, aby osoby wspólnie ze sobą zamieszkiwały.

Konwencja w analizowanym kontekście zawiera wymóg, aby państwa-sygnatariusze zapewniły pomoc dla ofiar aktów przemocy na tle seksualnym. Przez pomoc rozumie się tutaj utworzenie placówek medycznych i innych miejsc świadczących pomoc medyczną, także z zakresu medycyny sądowej oraz poradnictwo.

Mając na uwadze treść Konwencji należy wskazać, że wolność seksualna nie jest pierwszoplanowym przedmiotem jej zainteresowania. Jednak z uwagi na przedmiot, któremu została poświęcona, tj. przemoc, w tym również seksualna, wyraźnym jest przebłysk tego omawianego dobra.

Dodatkowo można wskazać, że wyraźnym punktem wspólnym w przeważającej większości aktów prawa międzynarodowego, które w jakiś sposób dotykają problematyki agresji seksualnej jest zwrócenie uwagi ku zagadnieniom przeciwdziałania i ochrony w przypadku zjawisk takich jak: pornografia (w tym również pornografia dziecięca), handel ludźmi czy stręczycielstwo69. Tak jest w przypadku np. Międzynarodowej Konwencji w Sprawie Zwalczania Obiegu i Handlu Wydawnictwami Pornograficznymi[70], ale też Karty Praw Podstawowych UE (art. 5), Konwencji o Prawach Dziecka[71] (art. 19 – nakaz ochrony prawnej przez państwa-sygnatariuszy przed seksualnym wykorzystywaniem dzieci, art. 34 – nakaz regulacji chroniącej przed angażowaniem dzieci w celach tworzenia materiałów pornograficznych), czy Konwencji Rady Europy przeciwko Handlowi Ludźmi[72].

---

69 S. Hypś, w: *Kodeks karny...*, s. 1175-1176.

70 Międzynarodowa Konwencja w Sprawie Zwalczania Obiegu i Handlu Wydawnictwami Pornograficznymi z dnia 12 września 1923 roku, Dz.U. 1927, nr 71, poz. 621.

71 Konwencja o Prawach Dziecka z dnia 20 listopada 1989 roku, Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526.

72 Konwencja Rady Europy przeciwko Handlowi Ludźmi z dnia 16 maja 2005 roku, Dz.U. 2009, nr 20, poz. 107.

Pokazuje to, że o ile sam fakt przemocy seksualnej, a także sama akceptacja praw w zakresie życia seksualnego człowieka są elementami widocznymi w przestrzeni międzynarodowej, o tyle wciąż pozostaje wiele do znowelizowania w kwestii zwiększenia widoczności tego problemu.

1.2.1.3. Konstytucja RP jako źródło uregulowania wolności seksualnej jako dobra prawnie chronionego

Ustawa zasadnicza z 1997 roku kładąc duży nacisk na ochronę praw obywateli, reguluje powyższe kwestie poprzez treść rozdziału drugiego. Rozdział ten otwiera art. 30, który stanowi o podstawowym źródle wszelkich praw jednostki w RP, tj. o godności ludzkiej. Godność ta będąc dookreśloną jako niezbywalna i przyrodzona jest punktem wyjściowym przy dokonywaniu omówienia wszelkich pozostałych dóbr ujętych zbiorczo we wskazanym rozdziale Konstytucji RP.

Paradygmat godności jako wstępnej wszystkich pozostałych dóbr chronionych koresponduje ze stwierdzeniem R. Hefendehla, wedle którego to właśnie w treści ustawy zasadniczej należy upatrywać źródeł dóbr chronionych[73]. W polskiej doktrynie prawa konstytucyjnego również wskazuje się na pierwotność godności jako filara aksjologicznego ugruntowania wszelkich praw i wolności obywatelskich. Jej szczególny charakter wyraża się bowiem przez to, że jest przyrodzona każdemu człowiekowi, nie zaś nadana w drodze arbitralnej władzy państwowej[74]. To ogólne zdanie przedstawiciela niemieckiej doktryny prawa karnego dobrze odpowiada idei stojącej za polskimi regulacjami w tym względzie, zwłaszcza mając na uwadze zasadę zawartą w art. 2, wedle której Rzeczpospolita Polska jest demokratycznym państwem prawnym urzeczywistniającym zasady sprawiedliwości społecznej. Oznacza to, że celem prawodawstwa tworzonego i obowiązującego w RP jest jego zgodność z koncepcją demokratyzmu, co wyraża się poprzez aktywne dążenia do osiągnięcia

[73] R. Hafendehl, *Kolektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 2002, s. 42-110, cyt. za: D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 38.

[74] P. Tuleja, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. P. Tulei, Warszawa 2019, s. 112.

stanu sprawiedliwości społecznej. Założenia te mogą zostać osiągnięte wyłącznie wówczas, gdy prawo za swój cel obierze sobie ochronę jednostek przed naruszeniami w sferze przysługujących im odgórnie praw obywatelskich, jest to tzw. element formalny zasady demokratycznego państwa prawnego. Natomiast drugi jej składnik – materialny za cel bierze sobie ustalenie kanonu wartości, wokół których orbitować ma ochrona praw jednostki[75]. Punktem wyjścia dla tychże praw jest dobro nadrzędne, a mianowicie wzmiankowana już godność[76]. Na takim stanowisku stoją także przedstawiciele doktryny prawa konstytucyjnego, m.in. P. Polak, który wskazuje, że to właśnie wolność jest w istocie pierwotnym źródłem praw oraz wolności. Natomiast granice tych praw i wolności wyznacza już prawo stanowione i do tej roli można je w tym zakresie sprowadzić[77]. Tym samym wypływająca z treści art. 31 Konstytucji RP ochrona wolności jest jednym z podstawowych filarów demokratycznego państwa prawnego. W tym zakresie należy zatem zgodzić się z S. Hypsiem, który to w wolności upatrywał jednego z podstawowych dóbr prawnych właściwych dla obecnego ustroju RP[78]. Wniosek taki koresponduje z jednym z orzeczeń Trybunału Konstytucyjnego, w treści którego TK wskazał, że zadaniem władz publicznych jest kreowanie sytuacji pozwalającej na realizację prawa jednostki do autonomii w jak najszerszym jej zakresie. Jednocześnie, wszelkie ograniczenia w tym zakresie powinny bezwzględnie uzupełniać się z fundamentalną zasadą godności ludzkiej, a tym samym ograniczenia te nie powinny przekraczać granicy, za którą prawodawstwo naruszałoby to naczelne dobro z art. 30 ustawy zasadniczej[79].

Mając zaś na uwadze etiologię wolności seksualnej jako dobra chronionego na gruncie rozdziału XXV Kodeksu karnego, która wywodzi się wprost jako dobro szczegółowe z szerszego znaczeniowo dobra w postaci wolności, jej konstytucyjnych źródeł należy poszukiwać w regulacjach dotyczących wolności, jak również w pewnym stopniu prawa do prywatności. Konkluzję o tej treści można wyprowadzić opierając się

---

[75] M. Florczak-Wątor, w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. P. Tulei, Warszawa 2019, s. 28.

[76] M. Chmaj, *Źródła wolności i praw człowieka,* w: *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. M. Chmaja, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 32.

[77] P. Polak, *Konstytucyjna zasada godności człowieka w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Gdańskie Studia Prawnicze* 2018, t. XL, s. 257, a także: wyrok TK z dnia 04.04.2001 r., sygn. K 11/00, OTK 2001, nr 3, poz. 54.

[78] S. Hypś, w: *Kodeks karny...*, s. 1127.

[79] wyrok TK z dnia 04.04.2001 r., sygn. K 11/00, OTK 2001, nr 3, poz. 54.

wyłącznie na leksykalnej analizie nazwy ocenianego dobra prawnokarnego. „Wolność seksualna" jako pojęcie składa się bowiem z dwóch komponentów. Pozwalają one na ustalenie ramowej koncepcji nakreślonej przez ustawodawcę. Ściślej, już pobieżna ocena tego terminu pozwala na doprowadzenie do następujących konkluzji. Po pierwsze, co zostało już wskazane, pojęcie „wolność seksualna" wskazuje na pewien stopień uszczegółowienia, a zatem i na stojący za tym skutkiem proces jego wyodrębnienia z innego dobra, tutaj jest nim wolność *in generale*. Po drugie określenie „seksualna" oznacza, że dotyczy sfery związanej z szeroko rozumianą seksualnością. Seksualność natomiast jest nierozłącznie kojarzona z intymnością, a zatem czymś na wskroś osobistym, prywatnym. Jest to zatem dobro, które dotyka jednych z najbardziej kuluarowych aspektów życia człowieka. To zaś nasuwa wniosek, że konstytucyjnych źródeł wolności seksualnej należy upatrywać w wolności (art. 31 Konstytucji RP) oraz prawie do prywatności (art. 47 Konstytucji RP).

Warto zaznaczyć, że koncepcja wolności wyprowadzanej jako prawo konstytucyjne jest utożsamiana z wolnością osobistą. Oznacza to skierowanie ochrony w stronę integralności jednostki[80]. Integralność oznacza tu zatem prawo obywatela do samodecydowania o sobie samym, co jest uzupełniane także ochroną jednostki przed przejawami nieakceptowanej ingerencji osób trzecich, o ile nakazy te nie są podyktowane ustawowo[81]. Dotyczy to, co do zasady, podejmowania swobodnych decyzji odnośnie wszelakich aspektów życia człowieka, w tym również w zakresie podejmowanych przez siebie działań, ale również akceptacji, bądź odrzucenia akceptacji dla działań osób trzecich w zakresie dotyczącym jednostki. Jednocześnie poprzez treść art. 31 ust. 3 Konstytucji RP ustawodawca zastrzegł możliwość ograniczania wolności, jednakże także w ściśle zakreślonym zakresie przedmiotowym i wyłącznie w drodze ustawy. Można zatem wskazać, że granicę limitacyjną idei ochrony wolności obywatelskiej ilustruje znany cytat Alexis'a de Tocquevilla: „Wolność człowieka kończy się tam, gdzie zaczyna się wolność drugiego człowieka"[82].

---

[80] B. Banaszak, *Geneza praw człowieka i ewolucja systemów ich ochrony*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka, A. Preisnera, Warszawa 2002, s. 31.

[81] W. Osiatyński, *Prawa człowieka i ich granice*, Kraków 2011, s. 131; K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 110; A. Zoll, w: *System prawa karnego. Źródła prawa karnego*, pod. red. T. Bojarskiego, t. II, Warszawa 2011, s. 228-229.

[82] W podobnym tonie wypowiadał się również J. S. Mill, który w sposób wyraźny zastrzegał, że ograniczanie wolności człowieka powinno być dozwolone wyłącznie w ramach ochrony ludzi przed

W kontekście analizowanego typu rodzajowego przestępstwa wskazać można, że wolność realizuje się poprzez podejmowanie kontaktów seksualnych, które można określić jako konsensualne z obydwóch stron. W przypadku zaś, gdy dobrowolność jest wyłączona, chociażby przez jedną ze stron, druga powinna odstąpić od dokonania tego rodzaju czynności.

Jednocześnie istoty wolności seksualnej w konstytucyjnym lustrze można doszukać się również w treści art. 47 ustawy zasadniczej. Przepis ten statuuje prawo do prywatności, która znajduje się pod ochroną prawa. Piecza jest sprawowana przez ustawodawstwo także nad prawem do decydowania przez każdego człowieka o jego życiu osobistym. Oznacza to, że człowiek jest wolny w zakresie kreowania swojego życia podług własnych zasad moralnych i zgodnie z obranymi celami. Dotyczy to także intymnych aspektów życia człowieka, również bez względu na to, czy jest on osobą publiczną, czy też nie[83]. Jedynym ograniczeniem jest, aby działania te pozostawały w zgodzie z obowiązującymi przepisami. Jednak wskazać należy, że w tym ostatnim zakresie reguła ta jest dorozumiana, a wyprowadzić ją można z wykładni art. 31 Konstytucji RP, a więc przepisu dotyczącego wspomnianej już wolności.

Można wskazać, że te dwa przywołane wcześniej prawa konstytucyjne łączą się ze sobą i przenikają wzajemnie. Jak to już zaznaczono, człowiek ma prawo do, co do zasady, pełnego decydowania o swoim losie. Jest to wypowiedzianym wprost składnikiem prawa do prywatności, ale również elementem organicznie związanym wolnością jako taką. Wolność rozumiana jako integralność człowieka może przybierać postać zarówno wolności do samostanowienia i przedsiębrania przez człowieka kroków w celu zrealizowania swoich zamiarów, jak również swobody od niechcianej ingerencji w swoje życie przez osoby trzecie.

Istotnym w kontekście konstytucyjnym jest kwestia ustalenia istoty wolności ludzkiej w kontekście prawa do dysponowania swoimi dobrami prawnymi. Głos w dyskusji dotykającej problemu granic samostanowienia o sobie przez jednostkę

uszczerbkiem na ich dobrach chronionych ze strony osób trzecich, zob. J. S. Mill, *O wolności*, Lwów 1864, s. 19-20, 25-26.

[83] M. Florczak-Wątor, w: *Konstytucja...*, s. 169-170; B. Przybyszewska-Szter, Wolności i prawa osobiste, w: *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. M. Chmaja, wyd. 3, Warszawa 2016, s. 120.

stanowi jądro zagadnienia istoty i funkcji zgody z prawie karnym. Zważając na to, że zagadnienie zgody zostanie rozwinięte w dalszej części niniejszego rozdziału, na obecnym etapie można ograniczyć się do rozważań w zakresie wycinka tego problemu. Wskazać zatem należy, że jako szczególnie istotne i znaczące z punktu widzenia aspektu wolności jawią się wątpliwości w kontekście granic możliwości dysponowania przez dzierżyciela dobrem w postaci życia i zdrowia. Kwestia ta niezmiennie wzbudza wśród teoretyków prawa karnego nieustannie duże zainteresowanie.

M. Derek podjął się przeprowadzenia analizy zaznaczonego w tym miejscu problemu, z uwzględnieniem który z punktów widzenia, indywidualistyczny czy też wspólnotowy powinien stanowić o roli zgody dysponenta dobrem. Autor ukazał, że trzonem sporu jest ustalenie, czy uznanym za zasadny powinien być punkt widzenia indywidualnej jednostki, kreującej wolę np. pozbawienia siebie życia, tj. zadysponowania swoim dobrem, czy też ustalenie, że czyn taki w świetle interesu społecznego byłby sprzeczny z prawem karnym, a tym samym zgoda dysponenta dobrem w tym zakresie byłaby nieważna. Elementem, który podkreślony został przez M. Dereka było rozróżnienie oceny prawnokarnej zachowania polegającego na pozbawieniu życia człowieka, w zależności od tego, czy czynu tego dysponent dobrem podjął się sam, czy też zaangażował do tego osoby trzecie. W pierwszym przypadku ocena zachowania samobójcy jest neutralna z punktu widzenia prawa karnego, choćby nawet zamierzonego skutku nie osiągnięto, zaś w drugiej ze wskazanych sytuacji, osoba pomagająca do samobójstwa podlegałaby odpowiedzialności karnej[84]. W tym zakresie wypowiedzieli się także J. Giezek oraz R. Kokot, dokonując dwóch perspektyw prawnej ochrony życia. Autorzy poddali analizie dwa, rozbieżne względem siebie poglądy na dobro w postaci prawa do życia. Według pierwszej z nich, to życie jest dobrem konstytucyjnie chronionym. Tym samym autorzy wysnuli tezę, że w takiej sytuacji człowiek byłby wręcz zobowiązany do życia, czego bezpośrednią konsekwencją byłoby obwarowanie odpowiedzialnością karną samobójstwa. Natomiast wedle innej koncepcji, przyjmującej za dobro prawo do życia, prawnie dopuszczalna byłaby kwestia dobrowolnej eutanazji[85]. Przywołani autorzy wyprowadzili rozwiązanie kompromisowe,

[84] M. Derek, *Karnoprawne znaczenie woli dzierżyciela dobra prawnego*, Kraków 2021, s. 210-231.
[85] J. Giezek, R. Kokot, *Granice ludzkiego życia a jego prawna ochrona*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod. red. B. Banaszaka, A. Preisnera, Warszawa 2002, s. 103.

podobne w swych założeniach do przedstawionej tutaj teorii M. Dereka[86]. Autor ten wskazał, że kwestię granic dopuszczalnego naruszania dobra w postaci życia ustawodawca zdecydował się rozwiązać arbitralnie. Dokonał tego poprzez określenie prymatu życia względem wolności[87]. Przykład ten pokazuje hierarchiczność dóbr chronionych w polskim porządku prawnym, którą w ten sposób można uznać za granicę limitacyjną w zakresie możliwości dysponowania w sposób swobodny wolnościami zagwarantowanymi przez prawo, na czele z ustawą zasadniczą.

W ten sposób można wysnuć konstatację, że zasadę wolności w ramach polskiej ustawy zasadniczej z 1997 roku może ilustrować koncepcja I. Berlina dotycząca wolności pozytywnej oraz negatywnej[88]. Ten niemiecki filozof, dokonując analizy pojęcia wolności człowieka w społeczeństwie, wskazał na dwa aspekty wolności, które niejednokrotnie się przenikają, a zarazem stanowią wobec siebie granice limitacyjne, których istotę można porównać do przywołanych już idei wolności wyrażonych w XIX wieku przez A. de Tocquevill'a oraz J. S. Milla. Podobną koncepcję, wedle której pomiędzy wskazanymi dwiema postaciami wolności dochodzi do sprzężeń wyprowadził M. Surkont[89]. Wolność pozytywna, zwana też „wolnością do" pozwala człowiekowi na realizację siebie, urzeczywistnianie przedsiębranych przez jednostkę zamierzeń. Natomiast wolność negatywna, nazywana „wolnością od", chroni tę jednostkę przed wkraczaniem w jej strefę wolności przez osoby trzecie. Jednocześnie „wolność od" stanowi zaporę dla działań tej jednostki, wskazując jej, że obszar wolności pozytywnej nie może obejmować zachowań, które można określić mianem naruszających „wolność od". Warto w tym miejscu jako podsumowanie próby definicji wolności w kontekście jej seksualnego aspektu na konstytucyjnym gruncie przywołać słowa K. Complaka, który dokonując analizy istoty wolności wskazał, że wraz z wolnością pojawia się prawny wymóg respektowania wolności innej osoby[90]. Tak sformułowane zdanie pokazuje jądro zagadnienia wolności *in generale*, która jest

---

86 Ibidem, s. 103-104.

87 M. Derek, *Karnoprawne…,* s. 96.

88 I. Berlin, *Dwa pojęcia wolności*, w: *Wolność*, Warszawa 2017, s. 227.

89 M. Surkont, *Wolność jako przedmiot ochrony z rozdz. XXII kodeksu karnego*, w: *Nowe Prawo* 1990, nr 7-9, s. 104, cyt. za: A. Marek, *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego*, w: *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, pod red. M. Mozgawy, Zakamycze 2006, s. 25.

90 K. Complak, *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka, A. Preisnera, Warszawa 2002, s. 72.

w praktyce wzajemnym wywieraniem na siebie wpływu przez dwa jej aspekty: pozytywny i negatywny.

W ten sposób ustawodawca posłużył się szerokim spektrum znaczenia wolności jako dobra konstytucyjnego, dając mu niezwykle silną pozycję wśród praw z rozdziału II ustawy zasadniczej. O słuszności tak sformułowanej tezy świadczyć może również fakt umiejscowienia przepisu statuującego prawo do wolności zaraz po art. 30, tj. po regulacji dotyczącej godności. Ukazuje to jak duże znaczenie ma dla funkcjonowania stosunków społecznych, w świetle Konstytucji RP, idea wolności. Tym samym stanowi to podbudowanie do uzasadnienia decyzji ustawodawcy o wyszczególnieniu wolności w jej aspekcie seksualnym z wolności *in generale* i umieszczenie regulacji karnej w odrębnym rozdziale Kodeksu karnego.

1.2.1.4. Wolność seksualna jako dobro osobiste na gruncie Kodeksu cywilnego

Szukając definicji wolności seksualnej nie sposób pominąć poszukiwań jego genezy lub powiązań z regulacją tego dobra w Kodeksie cywilnym[91]. Tytułem wstępu można przywołać ogólne odniesienie problematyki zagadnienia dobra prawnego skonstruowane przez S. Tarapatę. Autor ten wskazuje na posłużenie się przez ustawodawcę na gruncie art. 12 §1 kk językiem zaczerpniętym wprost z prawa cywilnego[92]. Według przywołanego przepisu odpowiedzialność sprawcy ustalana jest na podstawie zasad odnoszących się do czynu ciągłego, tj. od popełnienia przez sprawcę czynu, którego przedmiotem zamachu jest dobro osobiste. Tym samym legislacja dopuściła zastosowanie pojęcia zaczerpniętego wprost z zakresu terminologii prawa cywilnego[93]. Uzasadnia to przyjrzenie się na kanwie niniejszej pracy pojmowaniu tego pojęcia w tonie cywilistycznym

---

[91] Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 z późn. zm. [dalej również jako: „kc"].

[92] S. Tarapata, *Dobro prawne...*, s. 70.

[93] Ł. Pohl, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, wyd. 5, Warszawa 2020, s. 214; autor wskazuje także na treść wyroku wydanego przez Sąd Najwyższy, wedle treści którego jako dobra osobiste w kontekście art. 12 kk słusznym jest przyjmowanie jedynie takich dóbr, których charakter można określić mianem ściśle powiązanych z człowiekiem, tak: wyrok SN z dnia 20.09.1977 r., sygn. IV KR 175/77, OSNKW 1978, nr 1, poz. 8.

Problematyka dóbr prawnych jest związana ściśle z prawem cywilnym. Art. 23 Kodeksu cywilnego określa otwarty katalog dóbr osobistych podlegających ochronie cywilnoprawnej i stanowi przykładowe zestawienie, wskazując jedynie na charakter tychże dóbr. Kodeks cywilny nie zawiera nadto jakiejkolwiek definicji pojęcia dobra osobistego, co jest związane z założeniem, że metoda eksplikacyjna uwypukli charakter instytucji dóbr osobistych podlegających prawnej ochronie[94]. Jak podkreśla się w orzecznictwie, dobra osobiste stanowią przykład dóbr związanych *sensu stricte* z osobą, której dobra te dotyczą, są ponadto niezbywalne, a ich ochrona jest nieprzerwana i niezależna od stosunku łączącego poszkodowanego z osobą naruszającą jego dobra osobiste[95]. Początkowo, w doktrynie przeważało stanowisko skłaniające się ku uznaniu dóbr osobistych za związane ściśle z życiem emocjonalnym człowieka. Wiązano to z wyznawanymi przez jednostkę wartościami, w które zachowanie osób trzecich mogłoby godzić[96]. Obecnie, powszechny jest pogląd, że kategoria dóbr osobistych powinna być oceniana przy użyciu obiektywnych instrumentów. Odbywa się to poprzez przyjęcie przy dokonywaniu oceny konkretnego stanu faktycznego pewnego wzorca przeciętnej dolegliwości zachowania osoby naruszającej dobro osobiste jednostki[97]. Wartości te muszą być zatem uznane przez ogół społeczeństwa za warte ochrony, muszą zawierać powszechną ich aprobatę[98]. Dlatego też można wskazać na podobieństwa łączące cywilnoprawne i prawnokarne podejście nauki i ustawodawcy do zagadnienia dóbr podlegających ochronie. Niewątpliwie elementem spajającym oba podejścia do ochrony dóbr jest przyjęcie ich obiektywności i powszechnego uznawania stojących za tymi dobrami wartości przez społeczeństwo.

---

94 P. Nazaruk, w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. J. Ciszewskiego, P. Nazaruka, Warszawa 2019, s. 98.

95 Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 28.05.1971 r., III PZP 33/70, OSNCP 1971/11, poz. 188; wyrok SN z dnia 13.07.1977 roku, sygn. II CR 187/77, niepubl., cyt. za: J. Gudowski, *Kodeks cywilny. Orzecznictwo, piśmiennictwo. Część ogólna*, t. I, Warszawa 2018, s. 187,; J. Panowicz-Lipska, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-449(11)*, pod red. M. Gutowskiego, t. I, Warszawa 2016, s. 109.

96 Jak wskazuje M. Pazdan, pogląd taki ukształtował się głównie pod wpływem prac S. Grzybowskiego i był obecny w nauce prawa cywilnego przez długi okres, tak: M. Pazdan, w: *System prawa prywatnego. Prawo cywilne-część ogólna*, pod red. M. Safjana, t. 1, Warszawa 2007, s. 1116-1117.

97 Ibidem, s. 1117-1118.

98 A. Cisek, *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, w: *AUWr* 1989/167, s. 39, cyt. za: S. Kalus, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-125*, pod red. M. Habdas, M. Frasa, t. I, Warszawa 2018, s. 103.

Dobro określane na gruncie Kodeksu karnego mianem wolności seksualnej pozostaje pod ochroną również z punktu widzenia prawa cywilnego, jako jedno z dóbr osobistych, które choć niewymienione wprost w treści art. 23 Kodeksu cywilnego, występuje powszechnie jako dobra podlegające ochronie zarówno na kanwie piśmiennictwa, jak i orzecznictwa[99]. Taka sytuacja miała miejsce np. w przypadku wyroku Sądu Najwyższego z dnia 5 maja 2021 roku, w którym SN wskazał, że naruszenie dobra w postaci wyzysku seksualnego wywodzonego wprost z godności ludzkiej może stanowić podstawę do orzeczenia na rzecz poszkodowanego zadośćuczynienia[100]. Swoje stanowisko Sąd Najwyższy podtrzymał w innym orzeczeniu. Różnicą było jednakże inne określenie dobra osobistego, które w przywołanym przypadku zostało nazwane integralnością seksualną[101]. Oznacza to, że o ile w orzecznictwie cywilnym dostrzegalne jest dobro osobiste odnoszące się do seksualności człowieka, o tyle nie jest ono w sposób precyzyjny zdefiniowane.

Zgoła odmiennie omawiany problem kształtuje się na gruncie doktryny. M. Pazdan zwrócił uwagę na istotny problem natury teoretycznej związany z dylematem niemożności jednoznacznego zakwalifikowania przykładów naruszeń dobra w postaci integralności seksualnej do naruszeń w sferze nietykalności cielesnej[102]. Za zdecydowanym wyodrębnieniem integralności seksualnej jako kolejnego dobra osobistego opowiadał się A. Szpunar[103]. Inaczej omawiany dylemat pojmuje P. Księżak, który postrzegając dobro osobiste w postaci integralności seksualnej zastanawia się nad zaliczeniem go w poczet większego dobra określanego mianem wolności[104]. Autor ten w ten sposób sformułowanym stanowiskiem zbliża analizowane zagadnienie do rozumowania aktualnego na gruncie prawa karnego, które było prezentowane przede wszystkim w okresie tworzenia, jak i obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 roku. J. Panowicz-Lipska oraz S. Kalus wskazują wręcz na konstytucyjne umocowanie

[99] Jednakże wartym odnotowania jest fakt, iż autor słusznie uznaje konieczność rozszerzonej ochrony cywilnoprawnej przed naruszeniami w sferze seksualności, gdyż wyraźnie podkreśla istotę ochrony przed wszelakimi formami molestowania seksualnego, zarówno w miejscach pracy, placówkach oświatowych na każdym etapie, czy też zakładach karnych, M. Pazdan, w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-449(10)*, pod red. K. Pietrzykowskiego, t. I, wyd. 8, Warszawa 2015, s. 113.

[100] Wyrok SN z dnia 05.05.2021 r., sygn. I NSNc 156/20, OSNKN 2021/4/29.

[101] Uchwała SN z dnia 22.10.2019 r., sygn. I NSNZP 2/19, OSNKN 2020/2/11.

[102] M. Pazdan, w: *Kodeks cywilny...*, s. 113.

[103] A. Szpunar, *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999, s. 128.

[104] P. Księżak, w: *Kodeks cywilny. Część ogólna*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, P. Księżaka, wyd. 2, Warszawa 2014, s. 301.

ochrony integralności w sferze seksualnej jako dobra osobistego poprzez treść art. 30 ustawy zasadniczej[105]. Przywołane wyżej stanowiska przedstawicieli doktryny prawa cywilnego, koncentrujące się wokół rozbieżności w kwestii konstrukcji definicji dobra osobistego w postaci wolności w sferze życia seksualnego człowieka w lustrzany sposób ilustrują problematykę występującą również na gruncie nauki prawa karnego związaną z ustaleniem charakteru wolności w aspekcie seksualnym. To zaś stanowi o uniwersalności elementów aksjologicznych, które przemawiają za koniecznością wyróżnienia dobra, które choć różnie formułowane na gruncie różnych gałęzi prawa w obrębie jednego systemu, sprowadza się co do zasady do ochrony jednostki w ramach podejmowania przezeń aktywności seksualnej.

Dodatkowo, przedstawione tutaj rozbieżności interpretacyjne na gruncie prawa cywilnego można częściowo odnieść do problematyki ujawniającej się w nauce prawa karnego, m.in. w kontekście art. 198 kk. Przepis ten statuujący przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z uwagi na swój złożony charakter i kształt regulacji opartej na znamionach o nieostrym znaczeniu wymaga dokonania pogłębionej analizy w zakresie ustalenia dobra chronionego.

1.2.2. Ogólna charakterystyka wolności seksualnej jako dobra chronionego

Mając na uwadze przeprowadzone już dotychczas rozważania dotyczące istoty i źródeł wolności seksualnej jako dobra prawnego i rozumiejąc jej ujęcie konstytucyjne i prawnomiędzynarodowe, wskazać należy na wstępie tej części rozprawy na skomplikowany charakter wolności seksualnej jako przedmiotu ochrony. Dobro to jest trudne do uchwycenia a także przynosi wraz z jego wykładnią szereg problemów, które zostaną w tym fragmencie poddane analizie i wyjaśnieniom. Zagadnienia te krążą wokół ustalenia ogólnego ujęcia definicji wolności seksualnej, jak również umiejscowienia jej w strukturze rozdziału XXV Kodeksu karnego. Koniecznym jest także zastanowienie się nad rolą zgody w strukturze przestępstw seksualnych. Stanowić to będzie punkt wyjścia do rozważenia wolności seksualnej jako przedmiotu ochrony

[105] J. Panowicz-Lipska, w: *Kodeks cywilny...*, s. 112; S. Kalus, w: *Kodeks cywilny...*, s. 101.

przestępstwa z art. 198 kk.

Za wzór dla przeprowadzania analizy w przedmiotowym zakresie posłużyć może wielokrotnie przywoływana koncepcja wolności I. Berlina. Można bowiem skonstruować definicję wolności seksualnej w sposób dwutorowy. Dlatego też na wstępie warto nakreślić ogólne dwa tory, dwa aspekty wolności seksualnej i potraktować je jako szkielet, wokół którego przeprowadzone zostaną dalsze rozważania w tej części dysertacji.

Przede wszystkim wolność seksualna jest wolnością od ataków na nią, to znaczy wolnością od niechcianych, nieakceptowanych form kontaktów seksualnych oraz wolność od sposobów doprowadzania do tych kontaktów. W praktyce sprowadza się to ochrony przed napaścią seksualną w sytuacji, gdy ofiara nie chce w danym momencie podejmować aktywności seksualnej, nie chce jej podejmować z daną osobą, bądź też nie odpowiada jej forma tej aktywności np. stosunek oralny. Jest to aspekt wolności negatywnej.

Drugim elementem wolności seksualnej jest swoboda do samookreślania przez człowieka kształtu swojego życia seksualnego. Na ten aspekt składa się zarówno wolność wyboru: formy współżycia (czyli tego co kryje się pod karnoprawnymi określeniami obcowanie płciowe oraz inna czynność seksualna), partnera tych czynności niezależnie od jego płci, a także ich częstotliwości. Jest to wolność seksualna w sensie pozytywnym.

Obie wymienione tu mniejsze definicje składają się w całość jako jedno dobro – wolność seksualna. Co do zasady obie strony wolności seksualnej przenikają się wzajemnie. Jest to związane z faktem, że w przypadku realizowania wolności seksualnej pozytywnej poprzez wybór konkretnego sposobu kontaktu seksualnego nieprzekraczalną granicą jest wola, która zakłada zgodę, partnera seksualnego, realizującego równolegle prawo do wolności seksualnej negatywnej, czyli wolności od niechcianego stosunku. Dla przykładu, w sytuacji, gdy partnerzy wyrazili wolę podjęcia współżycia w formie oralnej, urzeczywistniają tym samym prawo do samostanowienia w zakresie aktywności seksualnej w tej formie w danym momencie z konkretnym partnerem. Jednakże, jeśli w trakcie stosunku partner wyrazi wolę jego zakończenia lub

przerwania, to druga osoba zobowiązana jest do uwzględnienia tej woli. W przedstawionym przykładzie, początkowa wolność do przekształca się z czasem w wolność od. Dzieje się tak, bowiem relacja, co do zasady, dwóch uczestników jest relacją sprzężoną. Każda ze stron przystępując do partycypacji w zachowaniach seksualnych posiada własny katalog zasad, wedle których określa, co jest dla tej osoby akceptowalne w kontaktach seksualnych, a tym samym zakreśla swoje granice. Jest to element wolności do. Oznacza to, że dwie osoby mogą mieć zbieżne poczucie, co jest dopuszczalne i chciane w ramach relacji intymnych, lecz najprawdopodobniej wizje te będą się w pewnym stopniu od siebie różnić. Są to dwa obrazy wolności seksualnej pozytywnej. Określa ona, mówiąc wprost, na jak wiele dana osoba wyraża względem siebie pozwolenie w zakresie kontaktów seksualnych. Następnie dochodzi do drugiego etapu realizacji wolności seksualnej pojmowanej dwutorowo. Mając własny zestaw akceptowalnych zachowań seksualnych, każda z osób biorąca udział w relacji seksualnej powinna konfrontować ten swój zestaw z postawą drugiego z partnerów. W przypadku zakomunikowania lub w jakikolwiek inny sposób przekazania braku akceptacji dla danego rodzaju podjętego działania w ramach kontaktu seksualnego, obowiązek drugiej strony polega na odstąpieniu od dalszego zachowania. W ten modelowy sposób dochodzi do respektowania wolności seksualnej negatywnej.

Możliwym jest jednak, sprowadzając dyskusję do konkretnych przykładów typów rodzajowych przestępstw seksualnych ustalenie, że dany rodzaj przestępstwa w sposób zasadniczy nakierowany został przez ustawodawcę na ochronę jednego z tych dwóch aspektów wolności w sposób przeważający. Kwestia ta zostanie sprecyzowana w dalszej części dysertacji.

2. Dobro prawne przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności

Mając na uwadze poczynione dotychczas rozważania, poddania analizie wymaga kwestia opowiedzenia się za dobrem chronionym przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk.

Trudności z tym związane zostały już nakreślone we wstępie do niniejszego rozdziału. Należą do nich takie problemy jak np. ustalenie, jak stan pokrzywdzonego (bezradność lub niepoczytalność wynikająca z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego) polegający na ograniczeniu lub wyłączeniu poczytalności przekłada się na możliwość naruszenia jego wolności seksualnej. To zaś prowadzi do kolejnych istotnych do rozstrzygnięcia zagadnień, takich jak próba znalezienia innego, alternatywnego dobra prawnego naruszanego przez czyn sprawcy skatalogowany poprzez treść art. 198 kk. Koniecznym jest także dokonanie oceny przesłanki braku zgody i odzwierciedlenie jej miejsca w strukturze przestępstwa seksualnego wykorzystania w omawianej formie.

Materie te stanowić będą trzon rozważań w tej części rozprawy.

2.1. Obyczajność

Uwzględniając argumentację poczynioną w części tego rozdziału dotyczących ustaleń istoty dobra chronionego w postaci obyczajności seksualnej słusznym jest w odniesieniu do art. 198 kk poczynienie uwagi negującej możliwość uznania obyczajności za rodzaj dobra chronionego poprzez treść przywołanego przepisu rozdziału XXV Kodeksu karnego[106]. Zagadnienie to, będące rozwinięciem ogólnej tezy dotyczącej krytycznego stosunku względem obyczajności seksualnej jako dobra prawnego, stanowić będzie przedmiot rozważań w tej części opracowania.

Obyczajność jest elementem, który zawiera w swej strukturze założenia odnośnie jednego akceptowanego wzorca w zakresie aktywności seksualnej człowieka. Wykroczenie zaś poza ten schemat skutkuje odpowiedzialnością karną. Konstrukcja taka, w świecie pluralizmu również w zakresie poglądów na życie seksualne nie wydaje się być właściwą, zaś przedmiotu ochrony należałoby się dopatrywać w innych, bardziej adekwatnych dobrach, takich jak np. wolność seksualna.

[106] H. Myśliwiec, *Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności innej osoby (art. 198 kk)*, w: *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2013, z. 2, s. 86.

Można powziąć w wątpliwość tak skonstruowaną argumentację odnośnie seksualnego wykorzystania z art. 198 kk, a za argument uznać stanowisko, że niezależnie od przyjętego światopoglądu wykorzystanie stanu takiego jak np. niepoczytalność w wyniku upośledzenia umysłowego do celów współżycia seksualnego nosi ze sobą jednoznacznie negatywny wydźwięk i tym samym powinno być powszechnie potępione. Wniosek taki można oprzeć na ogólnej regule moralnej, która nakazuje krytycznie odnosić się do sytuacji wykorzystywania osób słabszych z uwagi na ich cechy indywidualne (tu upośledzenie umysłowe), a przez to znajdujących się w gorszej pozycji.

Problem z samą istotą obyczajności w aspekcie tu omawianym jest związany z odmiennym punktem widzenia. Tak jak zostało to już we wcześniejszej części przedmiotowego rozdziału wskazane, obyczajność jako dobro prawem chronione zdaje się nie przystawać do współczesnych norm społecznych i realiów, a wręcz budzi ryzyko zainkorporowania sobie jego jako narzędzia w ręku ustawodawcy do swobodnego ograniczania praw w sferze życia seksualnego jednostki. Drogą przypomnienia, każde przestępstwo ujęte w Kodeksie karnym niesie w sobie ładunek naruszenia obyczajności, czy to w mniejszym, czy w większym stopniu. Dzieje się tak, że obyczajność *in generale* jest niezwykle obszernym pojęciem, które mieści w sobie *de facto* pojęcie bezprawia udoskonalonego o element oburzenia społecznego. Te elementy znajdują swoje źródło w moralności społecznej, wspólnej dla osób z jednego kręgu kulturowego. Natomiast obyczajność w kontekście oceny aktywności seksualnej człowieka wkracza w jeden z najintymniejszych obszarów życia jednostki i poddaje go ocenie, stanowiąc co jest akceptowane, a co nie.

Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że nie jest obyczajne, zgodne z normami moralnymi wykorzystywanie do seksualnych celów osoby niepoczytalnej z uwagi na chorobę psychiczną, ale przede wszystkim czyn taki narusza wolność seksualną pokrzywdzonego. Został on bowiem dokonany bez ważnej i skutecznej zgody ofiary na kontakt seksualny.

Dodatkowo, dla uzmysłowienia założeń, dla których niepotrzebnym jest kontynuowanie narracji o przedmiocie ochrony prawnokarnej w postaci obyczajności w kontekście art. 198 kk jest kształt regulacji w tym zakresie w poprzednim Kodeksie

karnym z 1969 roku. Jak to zostało wskazane w treści rozdziału I niniejszego opracowania, przestępstwo będące bezpośrednim poprzednikiem art. 198 kk, tj. art. 169 dkk umiejscowione zostało przez ustawodawcę w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko wolności. W osobnym rozdziale zostały natomiast ujęte przestępstwa takie jak np. kazirodztwo. Rozdział ten odnosił się właśnie do przestępstw przeciwko obyczajności. Późniejsze wyłonienie się nowego rozdziału XXV Kodeksu karnego z 1997 roku nastąpiło poprzez wyłączenie trzech przestępstw: zgwałcenia, seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności i seksualnego wykorzystania stosunku zależności lub krytycznego położenia i połączenia z grupą przestępstw przeciwko obyczajności. W ten sposób stworzono nowe rodzajowe dobro chronione – wolność seksualną, ale spowodowano także impuls do dyskusji dogmatycznych odnośnie właściwych dóbr prawnie chronionych niektórych z typów rodzajowych czynów zabronionych z nowopowstałego rozdziału ustawy karnej. Jednym z przykładów takich przestępstw jest tytułowe seksualne wykorzystanie z art. 198 kk.

Ustawodawca w 1997 roku słusznie wyodrębnił trio przestępstw seksualnych z grona przestępstw przeciwko wolności, pokazując tym samym wagę tych przestępstw, ich wysoki stopień społecznej szkodliwości. Nowelizacja w tym zakresie była całkowicie uzasadniona. Niemniej jednak, przy dokonywaniu wykładni przepisu art. 198 kk zasadnym jest spojrzenie na jego rodowód, który w sposób wyraźny pokazuje, że nowy rozdział XXV kk jest niczym innym, jak hybrydą podzbioru przestępstw przeciwko wolności dotyczących wąskiego zagadnienia zachowań seksualnych człowieka oraz przestępstw przeciwko obyczajności. I w tym kontekście powinny być one oceniane. Dlatego też, skoro przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w założeniu było przestępstwem wymierzonym w wolność w jej seksualnym aspekcie, to również na gruncie nowej ustawy karnej powinno być traktowane w ten sam sposób. Tym bardziej, że przemawiają za tym wnioski płynące z wykładni literalnej, a dotyczące kwestii miejsca braku zgody w strukturze wskazanego typu rodzajowego przestępstwa.

W tym kontekście można podjąć polemikę ze zdaniem wyrażonym przez M. Budyn-Kulik odnośnie przedstawionych przez autorkę rozważań na temat

przyszłego bytu przestępstwa z art. 198 kk. Należy wyrazić wątpliwość, czy w świecie ponowoczesnym, jak nazywa go autorka, odpadną podstawy aksjologiczne odpowiedzialności karnej za seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności. M. Budyn-Kulik wskazała, że obserwując obecną tendencję do przydawania wolności jako takiej przymiotu pierwszeństwa względem innych dóbr, w tym obyczajności, nieuzasadnionym będzie dalsza penalizacja przestępstwa z art. 198 kk. Taka konstatacja, zdaniem przywołanej autorki, wypływa z oceny czynu z perspektywy sprawcy, który doprowadzając do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej np. z osobą niepoczytalną z uwagi na chorobę psychiczną, realizuje swoją wolność seksualną w sensie pozytywnym[107]. Nadto, autorka wyraziła stanowisko, wedle treści którego pozostawienie regulacji z art. 198 kk w polskim prawie karnym stanowiłoby wyraz dyskryminacji pokrzywdzonych, które znajdują się w jednym ze stanów opisanych w treści omawianego przepisu, tj. są bezradne lub niepoczytalne z uwagi na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe[108]. Nie jest możliwe zaakceptowanie tak sformułowanej argumentacji dotyczącej omawianego zagadnienia, z uwagi na jej niezgodność z istotą wolności w ogóle, a w szczególności odnoszącej się do seksualności człowieka. Na kanwie swojego opracowania, autorka wielokrotnie podkreślała, że wzorcem istoty dobra jakim jest wolność są jej dwa aspekty, tj. wolność pozytywna i negatywna[109]. Tak ukształtowane założenia względem wolności, w tym wolności seksualnej, prowadzą do wniosku, że w opisanej przez M. Budyn-Kulik sytuacji, dochodzi do ewidentnego naruszenia wolności seksualnej pokrzywdzonego. Sprawca bowiem nie respektując owego szczególnego stanu ofiary, która nie może zrealizować swojej wolności pozytywnej, a zatem nie może wyrazić zgody na stosunek seksualny, wkracza w obszar wolności jako prawa do samostanowienia o kształcie życia seksualnego. Zakreślona w tym obszarze ochrona prawa karnego nie jest w jakimkolwiek stopniu wyrazem dyskryminacji względem osób chorych psychicznie, czy też upośledzonych umysłowo, gdyż nie ogranicza ich prawa do realizacji w zakresie życia seksualnego. Z kształtu obecnej regulacji można odnieść wręcz przeciwne wrażenie. Ustawodawca penalizuje nawiązywanie kontaktów o seksualnym charakterze

[107] M. Budyn-Kulik, *Aksjologiczne podstawy kryminalizacji w społeczeństwie ponowoczesnym*, Lublin 2022, s. 312-313.
[108] Ibidem, s. 313.
[109] Ibidem, s. 292, 305, 312.

wyłącznie w sytuacji bezradności, czy też niepoczytalności, to jest redukuje ją do momentu, kiedy ofiara nie jest w stanie całościowo swą świadomością objąć okoliczności obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej. Jednocześnie, celem art. 198 kk nie jest wykluczenie przywołanej kategorii osób od możliwości realizacji w tej sferze życia, a ich ochrona.

Jednocześnie w innym fragmencie swojego opracowania M. Budyn-Kulik podniosła, że odnośnie typów rodzajowych przestępstw, do których strony przedmiotowej można zaliczyć przesłankę braku zgody, w wyniku działania m.in. podstępem, przemocą, bądź wykorzystaniem stanu pokrzywdzonego, który wyklucza podejmowanie przez niego decyzji z pełnym rozeznaniem, znajdzie prawdopodobnie odzwierciedlenie w przyszłej regulacji karnej. Wniosek taki autorka poparła stanowiskiem, wedle którego konsekwencją zwiększenia istoty i roli wolności jako dobra chronionego będzie zniesienie ograniczeń w zakresie możliwości wyrażenia zgody w zakresie chociażby stosowania przemocy, czyli *de facto* doprowadzenia do sytuacji braku granic limitacyjnych dysponowania przez dzierżyciela dobrem w postaci życia lub zdrowia[110]. Również i taka argumentacja może wydawać się wątpliwa. W kontekście przestępstw seksualnych ważna zgoda wyłącza możliwość przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej. W odniesieniu do przestępstw seksualnych można bowiem wskazać, że wyrażenie przez partnerów relewantnej pod względem prawnym zgody na kontakty określane jako BDSM, a więc polegające częściowo na stosowaniu przemocy, nie będzie skutkowało odpowiedzialnością karną dla żadnej ze stron.

Wreszcie, odnosząc się do dobra w postaci obyczajności autorka odwołuje się do ukutego przez siebie pojęcia *„tradycyjna moralność”*, zaś samo współczesne ujęcie wolności jako dobra prawnie chronionego definiując jako: *„wolność do bycia amoralnym”*[111]. Tak zaprezentowana wolność seksualna, jawiąca się jako samowola, postępowanie przez jednostki wyłącznie zgodnie z własnymi pobudkami, bez uwzględnienia praw i wolności innych osób nie jest zgodne z założeniami, które stoją za przyznaniem wolności seksualnej statusu dobra prawnie chronionego chociażby w przypadku omawianego przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk. Wolność seksualna realizowana dwutorowo, wedle przywoływanej na gruncie

[110] Ibidem, s. 309.
[111] Ibidem, s. 281, 292.

niniejszego opracowania koncepcji wolności „od" i „do" nie jest wolna od obyczajności. Zasadniczą różnicą jest jednak uznawanie tej obyczajności jako składnika reguł pozaprawnych, wynikających z podstawowych zasad etycznych, związanych z samego faktu bycia człowiekiem żyjącym w społeczeństwie. Za takim rozumieniem wolności seksualnej opowiadał się na przykład J. Warylewski, wskazując dodatkowo na upatrywanie źródeł wolności seksualnej również w uregulowaniach z zakresu prawa międzynarodowego[112]. Owszem, odejście od obyczajności, w kształcie w jakim była ujmowana na gruncie przeszłych regulacji, prowadzi do zasadniczego rozluźnienia w kontekście akceptowalnych form realizacji życia seksualnego. Jest to związane z postępującą liberalizacją stosunków społecznych w ogóle, właściwą dla cywilizacji zachodniej, nie tylko w zakresie życia seksualnego. Za zmianami takimi idzie bowiem również i zwiększenie tolerancji, jak również wrażliwości na nieprawidłowe postawy, wokół których w przeszłości toczyły się dyskusje na temat ich karygodności, takie jak chociażby problem zgwałcenia w małżeństwie. Oddalenie się od obyczajności to nie wyraz odhumanizowania reguł rządzących prawem karnym, w tym również w kontekście przestępstw seksualnych. To droga do wprowadzania i wdrażania nowej jakości ochrony podstawowych praw człowieka, traktowanych z nowej, szerszej perspektywy dostrzegając różnorodność, a jednocześnie wciąż mając na względzie podstawowe wartości moralne.

Dlatego też, wyrażając wątpliwości wobec przyjęcia za akceptowalne występowanie dobra chronionego w postaci obyczajności *in generale*, tym samym nie jest możliwym przyznania mu tego przymiotu w kontekście analizowanego typu rodzajowego przestępstwa seksualnego.

2.2. Wolność seksualna

Mając na uwadze poczynione dotychczas rozważania na temat obyczajności jako przedmiotu ochrony przestępstwa seksualnego wykorzystania, uznano, że nie jest ona obecnie adekwatnym dobrem chronionym przestępstwa z art. 198 kk. Tym samym,

[112] J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 13.

konsekwencją takiego stanowiska jest wskazanie na wolność seksualną jako właściwe dobro chronione czynu zabronionego seksualnego wykorzystania z art. 198 Kodeksu karnego.

Takie jednoznaczne stwierdzenie na tym etapie dysertacji nosi jednak cechy lekkomyślności, gdyż konstrukcja omawianego typu rodzajowego przestępstwa wymusza przeprowadzenie rozumowania w kontekście kilku zasadniczych wątpliwości. Rozważania te skierować należy na początku na ustalenie szkieletu przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego.

Przede wszystkim jako jedną z istotniejszych cech charakterystycznych tytułowego typu rodzajowego przestępstwa jest, że pokrzywdzony nim dotknięty znajduje się w stanie ograniczonej w znacznym stopniu poczytalności albo wręcz niepoczytalności. Tym samym wszelkie zewnętrzne akty woli ofiary w rzeczywistości nimi nie są, a tym samym nie wywołują skutków prawnych. To zaś implikuje pytanie, czy osoba, która znajduje się w stanie, w którym jej zdolność do świadomego i swobodnego wyrażania swoich decyzji jest zachwiana, może *de facto* zostać nazwaną dysponentem dobrem w postaci wolności w aspekcie seksualnym. Zagadnienie to zasadza się jako kluczowe, a udzielenie odpowiedzi na tak sformułowane pytanie jest testem, który pozwoli na ustalenie, czy dobrem prawnym, wokół którego koncentrują się niniejsze poszukiwania, jest wolność seksualna, czy też należy go poszukiwać w innych dobrach.

Zadane w tym miejscu pytanie wprost wymusza poruszenia w pierwszej kolejności problemu braku zgody, w celu ustalenia, czy element ten stanowi przesłankę przestępstwa z art. 198 kk. Odpowiedź twierdząca prowadziłaby bowiem wprost do uznania, że to wolność seksualna znajduje się pod ochroną prawa karnego analizowanego typu rodzajowego przestępstwa z rozdziału XXV ustawy karnej.

2.2.1. Zgoda i jej związek z wolnością seksualną

Przytoczony we wcześniejszej części tego rozdziału przykład ilustrujący wzajemną relację dwóch stron berlinowskiej wolności w kontekście aktywności seksualnej jej uczestników ujawnił jej istotny element, a mianowicie zgodę dysponenta dobrem. Powstaje zatem pytanie, czy zgoda legalizuje konkretne przejawy aktywności seksualnej osób, które w niej uczestniczą. Pytanie to aktualizuje się również w kontekście rozważań odnośnie przedmiotu ochrony przestępstwa z art. 198 kk. Od wyników przeprowadzonej w tym zakresie oceny zależeć będzie bowiem dalszy kierunek wywodu skoncentrowanego na ustaleniu właściwego dobra prawnie chronionego omawianego na gruncie niniejszego opracowania typu rodzajowego przestępstwa seksualnego.

Sama koncepcja zgody w świetle prawa karnego nie jest kwestią jednolitą i wywołuje szereg wątpliwości interpretacyjnych, począwszy od ustalenia tego, czy jest ona kontratypem, czy też elementem struktury niektórych przestępstw. Jak podnosi się w doktrynie kwestią zasadniczą w teorii zgody jest opowiedzenie się za jednym z dwóch nurtów.

Według pierwszego z nich dysponent dobrem ma nieograniczoną możliwość kierowania przyrodzonymi mu dobrami. To zaś oznacza, że w przypadku ważnej zgody może nastąpić legalne naruszenie każdego z dóbr prawnie chronionych. Podług drugiego stanowiska, katalog dóbr chronionych jest ukształtowany z uwzględnieniem reguł społecznych. To zaś prowadzi do wniosku, że dzierżyciel dobra nie jest w swym zarządzaniu nim nieograniczony, a granicę limitacyjną wyznaczają normy współżycia społecznego[113]. Przedstawiony tutaj dychotomiczny podział koncepcji zgody sprawdza się zatem do przychylenia się do jednego z dwóch stanowisk: braku naruszenia istoty dobra z uwagi na zgodę, bądź uchylenie bezprawności działania sprawcy w związku z uchwalonym kontratypem w tym zakresie[114]. Problematyka poruszona w tym miejscu przedmiotowych rozważań najbardziej wybrzmiewa

[113] M. Derek, *Karnoprawne znaczenie woli...*, s. 42; M. Nesterowicz, *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 4, Warszawa 2022, s. 211.
[114] Ibidem, s. 42.

w kontekście dyskusji na granicą zgody a możliwością dysponowania dobrem prawnym w postaci życia lub zdrowia. Zagadnienie to, orbitujące przede wszystkim wokół kwestii legalizacji lub utrzymania penalizacji zabójstwa eutanatycznego pokazuje wagę materii zgody jako instytucji prawa karnego[115].

Inne pytania w kontekście zgody rodzi kwestia uznania jej za akt woli, podobny do znanego na kanwie prawa cywilnego oświadczenia woli, czy też za zezwolenie.

Koncepcja uznania zgody jako jednostronnego aktu dysponenta dobrem wymaga uzależnienia jej oceny od wymogów, które wyprowadzić należy bezpośrednio z zakresu prawa cywilnego[116]. Do wniosków takich doszedł Sąd Najwyższy, który na przykładzie oceny zgody w kontekście wykonania zabiegu leczniczego na pacjencie wskazał, że pomocnymi w kontekście oceny zgody pacjenta jest odpowiednie odesłanie do przepisów z art. 82 kc oraz art. 73 kc. Są to odpowiednio przepisy statuujące instytucje: wady oświadczeń woli oraz formę dokonania oświadczenia woli[117]. Z drugiej strony wskazać można na inną koncepcję, która uznaje zezwolenie jako przejaw działania prawnego. Według jej założeń, aby dokonać prawnej oceny zezwolenia, nie jest wymagane odwoływanie się do przepisów prawa cywilnego z zakresu problematyki zgody[118]. Jednym ze zwolenników takiego stanowiska jest P. Daniluk, który polemizuje z ideą uzależnienia zezwolenia od cywilnoprawnych reguł, uważając je za sztywne, a tym samym trudne do dopasowania do niejednokrotnie złożonych i wymagających indywidualnej oceny stanów faktycznych[119]. Odmiennego zdania jest M. Gniadek, która co prawda nie przychyla się co uznania zgody za jednostronny akt woli, a tym samym odpowiednim stosowaniem przepisów Kodeksu cywilnego w zakresie oświadczeń woli, lecz prezentuje koncepcję mieszaną. Jest ona kompromisem pomiędzy dwiema z przytoczonych wcześniej teorii prawnokarnej zgody. Autorka zakłada, że w kontekście prawa medycznego zgoda może być jednostronnym aktem woli, lecz nie oznacza to

[115] Zagadnienie to zostało szerzej omówione w podrozdziale 1.2.1.3.
[116] P. Daniluk, *Warunki determinujące skuteczność zgody uprawnionego w prawie karnym*, w: *Palestra* 2005, nr 50/1-2 (565-566), s. 34.
[117] Wyrok SN z dnia 11.04.2006 r., sygn. II CSK 191/05, OSP 2007, nr 7-8, poz. 83; M. Nesterowicz, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 26 kwietnia 2007 r., II CSK 2/07 – obowiązek udzielenia pacjentowi informacji a brak konieczności wskazania wszystkich możliwych skutków leczenia*, w: *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 4, Warszawa 2022, s. 243.
[118] P. Daniluk, *Warunki...*, s. 35.
[119] Ibidem, s. 35.

ściśle odwołania do cywilnoprawnej regulacji w pełnym zakresie, a wyłącznie fragmentarycznie. W szczególności nie jest wymagane odwoływanie się do cywilnoprawnych kryteriów takich jak np. zdolność do czynności prawnych[120]. Wreszcie w innym fragmencie przywołanego w tej części rozważań artykułu również P. Daniluk okazuje się nie być zdeklarowanym zwolennikiem całkowitego zdystansowania się od elastycznego pomocniczego posługiwania się zagadnieniami zapożyczonymi z Kodeksu cywilnego odnośnie zagadnienia zgody w prawie karnym[121]. Dlatego też, dla celów niniejszego opracowania przyjąć odpowiednio i pomocniczo przepisy prawa cywilnego w zakresie analizy zgody w ujęciu prawnokarnym.

Tym samym za zgodę można uznać akt woli wyrażany przez jednostkę, który, aby mógł zostać uznany za prawnie relewantny, musi spełnić kompleks przesłanek. Można tym samym porównać zgodę do jednostronnego oświadczenia woli, które kreuje pewną określoną sytuację prawną. W przypadku czynności seksualnych konsekwencją zgody jest zatem depenalizacja czynu niedoszłego sprawcy. Zgoda taka konwaliduje legalność działań o seksualnym charakterze[122]. Zgoda dotyczy w tym kontekście formy współżycia, partnera lub partnerów w nim uczestniczących, a także innych okoliczności, które jemu towarzyszą. Co więcej, zgoda może zostać w każdym momencie wycofana.

Aby móc mówić o zgodzie, która wywołuje określone skutki, a tym samym kreuje pewną sytuację mogącą zostać ocenioną z punktu widzenia prawa karnego można wskazać na dwa występujące jednocześnie kwantyfikatory. Są nimi świadomość i swoboda aktu woli dysponenta dobrem, które przekładając na język prawa karnego można utożsamić z poczytalnością[123]. Elementy te, występujące równolegle, prowadzić mogą do uznania zgody za prawnie skuteczną, a tym samym wywołującą skutki prawne. Jak podnosi się w literaturze, zgoda pokrzywdzonego jest prawnie wiążąca wówczas, gdy dotyczy dobra mogącego znajdować się w dyspozycji ofiary, przy czym musi temu

[120] M. Gniadek, *Znaczenie zgody na leczenie w odniesieniu do prawa konstytucyjnego i karnego*, w: *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ* 2017, nr 2, s. 40-41.
[121] P. Daniluk, *Warunki determinujące...*, s. 34-35.
[122] W doktrynie wskazuje się, że taka sytuacja ma miejsce chociażby przy przestępstwie zgwałcenia, zob. np. K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, w: *e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2011, nr 11, s. 2.
[123] P. Daniluk, *Warunki determinujące...*, s. 36-37.

towarzyszyć dobrowolność[124]. Pogląd taki można uznać za częściowo słuszny, gdyż w swym zakresie nie odwołuje się do elementu świadomości dysponenta dobrem, a wyłącznie do swobody. Dopiero bowiem występowanie obu wskazanych tutaj przesłanek, tj. świadomości i swobody, stanowić może o zgodzie jako takiej i w związku z tym ocena zgody powinna być każdorazowo dokonywana przy zastosowaniu przywołanych kryteriów.

2.2.2. Brak zgody i jego rola w strukturze przestępstw seksualnych

Powyższe rozważania wskazują wyłącznie na ramowy schemat definicji zgody w prawie karnym, nie ukazując jednak czym jest brak zgody.

Aby przeprowadzić przedmiotową analizę należy odnieść się do kilku kluczowych problemów. Po pierwsze można podnieść, że z brakiem zgody można mieć do czynienia wówczas, kiedy dysponent dobra, który jest w pełni poczytalny, dokona aktu woli, którego treść będzie negatywną odpowiedzią na działanie sprawcy, wyrażającą się chociażby poprzez wypowiedzenie przez pokrzywdzonego „nie". Jest to najbardziej klasyczne ujęcie braku zgody, które można przywołać jako przykład w kontekście przestępstwa zgwałcenia. Jednakże również i w tym przypadku występuje szereg wątpliwości, takich jak ustalenie, czy brak zgody musi zostać przez pokrzywdzonego wypowiedziany, czy też może zostać dorozumiany, np. poprzez mowę ciała, gesty, mimikę. Nie ma wyraźnych argumentów, które uzasadniałyby stanowisko, że brak zgody musi zostać wypowiedziany. Wystarczającym jest, aby brak zgody został przez ofiarę uzewnętrzniony jakimkolwiek sposobem, który daje się odczytać przez sprawcę. Istotne jest, aby ów komunikat, werbalny czy też pozawerbalny, był zdatny do zdekodowania przez jego odbiorcę, tutaj potencjalnego sprawcę przestępstwa seksualnego. Jednocześnie, co jest związane z istotą przestępstwa z art. 198 kk, tj. stanem pokrzywdzonego – bezradnością lub niepoczytalnością wynikającą z upośledzenia umysłowego lub z choroby psychicznej, niejednokrotnie odczytanie

[124] A. Marek, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd problematyki. Orzecznictwo (SN 1918-99). Piśmiennictwo*, pod red. A. Marka, J. Satko, Zakamycze 2000, s. 45.

rzeczywistej woli ofiary jest nie tyle utrudnione, co niemożliwe. Ma to bezpośredni związek z możliwymi do wystąpienia trudnościami z poprawnych odczytaniem stanu pokrzywdzonego przez sprawcę. Ofiara może bowiem znajdować się na przykład w stanie zaostrzenia choroby psychicznej, której jednym z objawów może być nadzwyczajne pobudzenie seksualne. Jednakże, stan ten niekoniecznie może być łatwy do odczytania dla osoby nieposiadającej wiedzy z zakresu psychiatrii, zwłaszcza w sytuacji, gdy ofiara jest dla potencjalnego sprawcy nieznajoma[125]. Toteż ustalenie charakteru braku zgody jawi się jako niezwykle istotne z punktu widzenia tematu niniejszego opracowania.

Mając na uwadze, że dla prawnie nieobojętnej zgody istotne są dwa kumulatywnie występujące czynniki: świadomość i swoboda woli, można stwierdzić, że w wypadku, gdy spełniony jest nie więcej niż jeden z przywołanych warunków, występuje brak zgody. Tym samym tak sformułowana wypowiedź lub dokonane w inny sposób uzewnętrznienie myśli ofiary nie stanowi aktu woli, a przez to nie jest zgodą.

W związku z tym, mając na uwadze poczynione dotychczas rozważania, o braku zgody można mówić w trzech następujących sytuacjach: jawne zwerbalizowane wyrażenie sprzeciwu, ukazanie sprzeciwu w inny sposób (w wyniku mowy ciała, mimiki lub gestów), wyrażenie aktu woli swobodnie, lecz nieświadomie, podjecie decyzji świadomie, ale nieswobodnie lub uzewnętrznienie woli w sposób nieświadomy i nieswobodny.

Skoro brak zgody oscyluje wokół testu dotyczącego ustalenia, czy akt woli dysponenta dobrem jest zarówno swobodny, jak i świadomy, kreuje się pytanie o miejsce braku zgody w katalogu przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego *in generale*.

Teza o organicznym związku pomiędzy wolnością seksualną jako dobrem chronionym przestępstw seksualnych oraz braku zgody jako ich niewypowiedzianym elementem struktury zdaje się być jak najbardziej prawdziwa i uargumentowana. Wskazać można bowiem, że w sytuacji wątpliwości co do obyczajności jako przedmiotu ochrony analizowanej kategorii przestępstw, a przez to przyznanie

[125] Konsekwencje związane z niepoprawną oceną stanu pokrzywdzonego, zob. rozdział V.

nieograniczonej co do zasady wolności w aspekcie wyboru realizacji przez jednostkę życia seksualnego, będącego przejawem jego konstytucyjnego prawa do wolności w szczególnym zakresie, brak zgody jest przesłanką, która przejmuje rolę narzędzia limitacyjnego.

Można w tym miejscu podjąć się polemiki ze stwierdzeniem, że nie akceptując obyczajności jako dobra chronionego czynów zabronionych o seksualnej konotacji na rzecz uznania prymatu wolności seksualnej, dojdzie do sytuacji niczym nieograniczonego i pozostającego poza kontrolą prawa karnego życia seksualnego obywateli. Prawdą jest natomiast, że takie podejście pozwala na bardziej liberalną ocenę zachowań seksualnych jednostek oderwanych od światopoglądów religijnych, czy też ogólnie przyjętych jako typowe. Otwiera to drogę do obrania nowego kształtu przez dotychczasową regulację poprzez przyznanie prymatu dobra chronionego wolności seksualnej. Taki stan rzeczy nie wyklucza przestrzegania reguł moralnych przyjętych w danych warunkach społecznych, których główną osią jest sprzeciw wobec krzywdzenia innych poprzez brak poszanowania woli tych osób w zakresie podejmowanej z nimi aktywności seksualnej.

Tym samym, elementem wysuwającym się na czoło badań konkretnych stanów faktycznych podlegających prawnokarnej ocenie jest zgoda, a mówiąc precyzyjniej, jej brak. Ustalenie, że na gruncie danej sytuacji faktycznej zachodzi przesłanka pozytywna w postaci braku zgody w jakiejkolwiek z opisanych w tym fragmencie dysertacji formie, pozwala na prowadzenie postępowania mającego za cel pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej.

Znamiennym jest, że wokół tak skonstruowanej argumentacji pojawić się mogą wątpliwości związane z utrudnionym procesem subsumpcji wolności seksualnej do poszczególnych typów rodzajowych przestępstw z opisywanej grupy. Wystarczy zatem, dla przykładu przywołać niektóre z nich, aby móc ustalić prawdziwość przedstawionych założeń. Dla przykładu, w przypadku przestępstwa zgwałcenia, sprawca może posłużyć się m.in. groźbą bezprawną. W takich okolicznościach pokrzywdzony sformułuje *quasi* oświadczenie woli, które nie wypełnia warunków ważnej zgody, jest bowiem świadome, lecz nieswobodne. Pokrzywdzony jest bowiem świadomy ewentualnych negatywnych konsekwencji niepoddania się obcowania płciowego lub innej czynności

seksualnej ze sprawcą. Jednocześnie, ofiara poddaje się napastnikowi, gdyż jest zdjęta obawą spełnienia groźby. W tak zakreślonym przykładzie zachodzi sytuacja braku zgody. Tym samym ustawodawca na pierwszy plan wysuwa akcent na ochronę wolności seksualnej jednostki w sensie negatywnym, choć tak jak zostało to już wielokrotnie podniesione, naruszenia wolności pozytywnej również zachodzą w opisanym przykładzie.

Podjęte w tej części opracowania rozważania teoretyczne koncentrujące się wokół ogólnych zagadnień związanych z istotą wolności seksualnej, a także próbą nadania jej ogólnych ram i ustalenia roli braku zgody w strukturze przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego odnieść należy w dalszej części rozważań do przestępstwa stanowiącego kanwę niniejszej rozprawy, tj. przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Stanowić to będzie trzon rozważań na dalszym etapie przedmiotowego rozdziału.

2.2.3. Brak zgody a przestępstwo z art. 198 kk

W świetle poczynionej już eksplikacji zagadnienia zgody oraz braku jako przesłanki przestępstw z Kodeksu karnego *in generale* wskazane zostały cechy prawnie skutecznej zgody oraz trzy warianty braku zgody. Celem podsumowania przedmiotowych rozważań można wskazać na podstawowe zasady w tym zakresie.

Za naczelną regułę w tym względzie uznać można, że zgoda jest zewnętrznym aktem woli dysponenta dobrem, która dla swojej prawnej relewantności nie wymaga jej zwerbalizowania[126]. Tym samym wystarczającym jest wyrażenie woli w jakikolwiek sposób, w tym także poprzez gest. Dwie cechy, które łącznie muszą wystąpić, aby mówić o zgodzie to natomiast świadomość i swoboda w podejmowaniu decyzji przez osobę.

W związku z tym brak zgody występuje w sytuacji, kiedy choćby jedna ze wskazanych tutaj cech nie ma odzwierciedlenia w rzeczywistości. To oznacza, że za brak zgody uznać należy quasi akt woli, który podjęty został nieswobodnie

[126] Postanowienie SN z dnia 09.06.2021 r., sygn. V KK 165/21, LEX nr 3212605.

i nieświadomie, bądź w sytuacji, gdy występuje brak świadomości lub swobody przy jednoczesnym występowaniu drugiej z cech.

Wnioski te pozwalają określić, że na gruncie rozdziału XXV Kodeksu karnego ustawodawca określając wolność seksualną jednym z dóbr ogólnych przestępstw w nim określonych, przy jednoczesnym szerokim i odmiennym rozumieniem na przykładzie różnych typów rodzajowych tej kategorii czynów zabronionych.

Dla wyjaśnienia tego zagadnienia wskazać wystarczy na dwa pierwsze przestępstwa ze wzmiankowanego rozdziału, tj. przestępstwo zgwałcenia (art. 197 kk) oraz przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego (art. 198 kk).

W przypadku popełnienia przestępstwa zgwałcenia dochodzi do zaburzenia prawa jednostki w zakresie decydowania o swoim życiu seksualnym w związku z przyjętym przez sprawcę sposobem działania, tj. stosowaniem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu doprowadzając do sytuacji braku wyrażenia zgody przez dysponenta dobrem, bądź do wyzyskania zgody wadliwej. W tej sytuacji, z uwagi na różnorodnie określone przez ustawodawce sposoby popełnienia przestępstwa zgwałcenia, brak zgody może objawiać się w trzech formach.

W warunku stosowania przez napastnika przemocy dochodzi do sytuacji, kiedy poprzez stosowanie agresji sprawca doprowadza do przełamania oporu, co jednak nie jest związane ze zgodą. Ofiara nie wyraża zgody na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną, co jednak sprawca ignoruje stosując przemoc. Jednak przy pozostałych sposobach zgwałcenia, tj. przy groźbie bezprawnej oraz podstępie brak zgody ujęty w sposób opisany poprzednio nie znajduje odzwierciedlenia w rzeczywistości. Wynika to ze specyfiki tych przesłanek.

W kontekście groźby bezprawnej ofiara powodowana obawą ziszczenia się przedmiotu groźby skierowanej czy to w stronę ofiary, czy też osób jej najbliższych, podejmuje świadomy, choć nieswobodny akt woli. Natomiast w przypadku podstępu, tj. wytworzenia przez sprawcę sytuacji w której pokrzywdzony nie zdaje sobie sprawy z rzeczywistego stanu rzeczy, sprawca doprowadza do sytuacji kiedy pokrzywdzony w sposób nieświadomy, acz swobodny uzewnętrznia swoją wolę. Następuje to

w wyniku wyzyskania przez sprawcę błędu, w którym znajduje się ofiara. W przypadku wskazanych tutaj okoliczności wyraźnym jest odzwierciedlenie idei braku zgody w rozumieniu nakreślonym w tym rozdziale, tj. rozumianym jako brak występowania choćby jednego z elementów decyzji – świadomości lub swobody.

Odmiennie zaś przy seksualnym wykorzystaniu bezradności lub niepoczytalności, sprawca jedynie wykorzystuje zastany stan, co prowadzi do konstatacji, że pokrzywdzony nie wyraża lub nie uzewnętrznia jakiegokolwiek sprzeciwu, zaś każdy przejaw „zgody" pokrzywdzonego będzie nosił znamiona wadliwości, jako *quasi* oświadczenie woli wyrażone nieświadomie i nieswobodnie[127]. Jak podnosi się w literaturze, w kontekście przestępstwa z art. 198 kk brak jest, w przeciwieństwie do przestępstwa zgwałcenia, ataku na aspekt procesów wyrażania woli przez pokrzywdzonego. Zgodzić się należy z M. Berentem i M. Filarem, wedle których w przypadku seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności nie dochodzi do naruszeń sfery decyzyjności ofiary128. Jest to związane ze specyfiką stanu pokrzywdzonego, który znajduje się w katalogu dyspozycji przepisu art. 198 kk.

Dzieje się tak, gdyż w przypadku przestępstwa zgwałcenia sprawca wychodzi z pewnej pozycji sprawczej, ponieważ poprzez stosowanie przemocy, groźby bezprawnej czy też podstępu tworzy okoliczności jego popełnienia, podczas gdy sprawca seksualnego wykorzystania omawianego rodzaju decyduje się wykorzystać stan bezradności lub wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego niepoczytalność. Z przywołanymi tutaj stanami pokrzywdzonego wiążą się pewne wyzwania interpretacyjne koncentrujące się wokół ustalenia, czy w sytuacji gdy osoby znajdujące się przynajmniej w jednym z nich uzewnętrzniające swoją wolę nawiązania relacji seksualnej ze sprawcą *de facto* wyrażają nań zgodę w rozumieniu prawnokarnym, czy też nie, a tym samym czy wobec tego brak zgody jest przesłanką tego typu rodzajowego przestępstwa.

W związku z powyższym, test niezbędny dla dokonania oceny zgody wymaga ustalenia czy wyrażona przez dysponenta dobrem decyzja była zarówno swobodna, jak i świadoma. W przypadku czynu z art. 198 kk pokrzywdzony uzewnętrzniający swoją

[127] A. Choromańska, D. Mocarska, *Dewiacje i przestępstwa seksualne-klasyfikacja, aspekty prawne*, Szczytno 2009, s. 40-41.
[128] M. Berent, M. Filar, *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, wyd. 5, Warszawa 2016, s. 1235.

wolę znajduje się co do zasady w stanie znacznie ograniczonej lub całkowicie zniesionej poczytalności. To zaś oznacza, że podejmowane przez taką osobę decyzje nie są ani swobodne, ani świadome. Tym samym nie można w takiej sytuacji mówić o występowaniu zgody w ogóle. Dlatego też, zważając na całokształt okoliczności przestępstwa seksualnego wykorzystania, tj. stanu ofiary, który w związku z tym nie ma możliwości wyrażenia skutecznej zgody należy przyjąć, że niewypowiedzianym znamieniem tego typu rodzajowego przestępstwa jest brak zgody. Napastnik bowiem zdając sobie sprawę lub godząc się na to, że stan ofiary jest konsekwencją bezradności lub niepoczytalności spowodowanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym ignoruje ten fakt w momencie doprowadzenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej. Fakt wyrażenia przez ofiarę *quasi*-zgody na kontakty seksualne nie stanowi konwalidacji zachowania sprawcy, właśnie z uwagi na to, że domniemany akt woli pokrzywdzonego w rzeczywistości nim nie jest. Sprawca zatem, jak zostało to już wskazane, pogwałca prawo jednostki do decydowania o swoim życiu seksualnym dokonując przestępstwa z art. 198 kk w momencie, kiedy pokrzywdzony nie jest w stanie wyrazić prawnie skutecznej zgody[129].

Dodać należy, że w przypadku analizowanego typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk wyłączona jest możliwość depenalizacji w przypadku wyrażenia przez pokrzywdzonego zgody na nawiązanie relacji o charakterze seksualnym, gdyż jest ona bezskuteczna, a tym samym, co zostało już podkreślone, nie jest tak naprawdę zgodą[130]. Tym samym brak zgody, podobnie jak w przypadku przestępstwa zgwałcenia, uznawać należy za przesłankę strony przedmiotowej czynu seksualnego wykorzystania z art. 198 kk, która ujawnia się w procesie wykładni[131].

---

[129] Niesłusznie zatem Sąd Apelacyjny w Katowicach przyjął, iż do przesłanek przestępstwa z art. 198 kk nie należy brak zgody pokrzywdzonego na podjęcie kontaktu seksualnego ze sprawcą. Konstatacja taka wynikła z przyjęcia przez Sąd, że brak zgody jest wpisany w charakter seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Zakłada on, że sprawca swoim czynem nie ingeruje w aparat decyzyjny ofiary, lecz jedynie wykorzystuje sposobność, która tworzy brak możliwości realizacji przez pokrzywdzonego swojego prawa do swobodnego kreowania życia seksualnego, do samostanowienia w tym zakresie, co w opisanych warunkach jest wyłączone. Tak rozumiana kwestia zgody jest nieprawidłowa w ujęciu typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk, gdyż opiera się na błędnych założeniach dotyczących rozumienia pojęcia braku zgody, zob. Wyrok SA w Katowicach z dnia 20.01.2011 r., sygn. II AKa 434/10, KZS 2011, nr 5, poz. 77.

[130] W tym sensie zgoda jest pojmowana jako odblask niemieckiej koncepcji Einverständnis, zob. np. E. Hryniewicz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego*, w: *Zgoda pokrzywdzonego*, pod red. R. Zawłockiego, Warszawa 2012, s. 29.

[131] A. Piaczyńska, *Jednolitość i dualizm zgody pokrzywdzonego w prawie karnym*, w: *Zgoda pokrzywdzonego*, s. 66; J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 25-26. Autor

2.2.3.1. Przesłanka braku zgody a wybrane regulacje europejskie (Szwecja, Niemcy, Wielka Brytania) w kontekście postulowanej nowelizacji Kodeksu karnego

Mając na uwadze przeprowadzone w tej części dysertacji rozważania widocznym jest problem braku wyraźnego uregulowania przesłanki braku zgody w kontekście przestępstw seksualnych w ogóle, w tym także w kontekście przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności powodowanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym.

Zagadnienie to jest przedmiotem debat, zarówno na gruncie doktryny, jak i w przestrzeni społecznej. W 2022 roku Rzecznik Praw Obywatelskich wystąpił do Ministra Sprawiedliwości z postulatem rozważenia nowelizacji Kodeksu karnego poprzez dodanie znamienia braku zgody jako wyraźnej przesłanki, w miejsce obecnej sytuacji wyprowadzania jej poprzez wykładnię pozostałych z elementów przepisu art. 197 kk. RPO powołał się na konieczność dostosowania polskiego prawa karnego do wymogów prawa międzynarodowego w zakresie aktów prawnych, których Rzeczpospolita Polska jest stroną. W tym zakresie przywołana została Konwencja Rady Europy o Zapobieganiu i Zwalczaniu Przemocy wobec Kobiet i Przemocy Domowej z 2011 roku w zakresie w jakim sygnatariusze zobowiązują się do penalizowania czynów, które można określić przestępstwem zgwałcenia. W treści Konwencji określono definicję zgwałcenia, która zakłada brak zgody w zakresie partycypowania w czynności seksualnej w niej opisanej. Rzecznik Praw Obywatelskich podsumował sformułowane przez siebie wystąpienie celem zwiększenia stopnia ochrony pokrzywdzonych przestępstwem seksualnym w zakresie wszelkich aktów seksualnych, którym nie można przypisać cechy konsensualności[132].

Omawiana problematyka znalazła także swoje odzwierciedlenie w złożonym do prac legislacyjnych projekcie nowelizacji Kodeksu karnego, projektu zmiany ustawy

---

na przykładzie przestępstwa zgwałcenia wskazał co prawda na niezwykle ostry podział dotyczący zgody jako takiej, a mianowicie uznawał, że zgoda albo jest albo jej nie ma. W przypadku zaś ustalenia braku zgody oczywistym wnioskiem jest występowanie przestępstwa seksualnego.

[132] Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 lutego 2022 roku, sygn. XI.518.88.2020.ASZ, s. 1-4, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2022-02/WG_zgwalcenie_MS_11.02.2022.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny[133].

Według przywołanego projektu zmiana w analizowanym kontekście dotknęłaby art. 197 kk, tj. przestępstwo zgwałcenia poprzez wpisanie w szereg jego przesłanek dobrowolnej zgody. Przepis paragrafu pierwszego art. 197 kk brzmiałby wówczas następująco: „Kto doprowadza inną osobę do obcowania płciowego bez wcześniejszego wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody przez tę osobę, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3"[134]. Oznacza to, że według postulowanych zmian, z katalogu przesłanek miałyby zostać usunięte te elementy, które odnoszą się do *modus operandi* sprawcy, a zatem popełnienie zgwałcenia w drodze zastosowania przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. Wyłącznym zaś wymogiem w trakcie postępowania karnego byłoby ustalenie, czy pokrzywdzony wyraził dobrowolną zgodę na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną. Zmieniałoby to sytuację pokrzywdzonego, który w obecnym stanie prawnym musi udowodnić, że stawiał opór przemocy gwałciciela.

W zakresie zaś art. 198 kk, czyli przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego projekt obejmuje wyłącznie zmiany w zakresie jego podziału na dwa typy: podstawowy dotyczący doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego oraz uprzywilejowany, którego czynnością wykonawczą byłaby inna czynność seksualna. Rozróżnienie dotyczyłoby także zagrożenia karą, w ten sposób, że w przypadku typu podstawowego mowa by była o zbrodni (kara pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3), zaś przy typie uprzywilejowanym – o występku (kara pozbawienia wolności od lat 2 do 10)[135]. W tym zakresie regulacja przestępstwa z art. 198 kk zostałaby ukształtowana w sposób siostrzany w porównaniu z przestępstwem zgwałcenia.

Jednakże, co zastanawiające zmiany objęte projektem w zakresie wprowadzenia wyraźnej przesłanki zgody odnoszą się wyłącznie do przestępstwa zgwałcenia, pomijając w tym zakresie inne typy rodzajowe przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego, w tym także przestępstwa z art. 198 kk[136]. Takie ukształtowanie projektu nowelizacji w poddanym analizie zakresie budzi zasadnicze wątpliwości

[133] Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji,https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/D7E9563477237B45C12586B70037B233/%24File/1091.pdf [data dostępu: 20.04.2023].
[134] Ibidem, s. 1.
[135] Ibidem, s. 1.
[136] Ibidem, s. 1-2.

i pytania. Najważniejszym z nich jawi się zagrożenie pojawienia się dwugłosu w zakresie przesłanek dotyczących konsensualności kontaktów intymnych. Bowiem w przypadku zgwałcenia z art. 197 kk badanym elementem byłaby zgoda i to, czy zaistniała na gruncie konkretnego stanu faktycznego. W odniesieniu zaś do seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z art. 198 kk w istotę tego przepisu wpisane jest wykorzystanie przez sprawcę stanu, gdy *ex lege* nie można mówić o zgodzie w ogóle. W tej sytuacji pozostałą przesłanką byłby brak zgody, który na gruncie postępowania prowadziłby do ustalenia tego, czy rzeczywiście ów stan bezradności lub niepoczytalności miał miejsce w chwili czynu. To zaś prowadziłoby do swoistej dwutorowości ujęcia kwestii zgody w polskim prawie karnym.

W uzasadnieniu do projektu wskazano, podobnie jak uczynił to RPO w swoim wystąpieniu do Ministra Sprawiedliwości, że konieczność znowelizowania Kodeksu karnego jawi się w tym zakresie jako konieczność będąca pokłosiem ratyfikowania przez RP umów międzynarodowych dotyczących praw człowieka, m.in. konwencji stambulskiej, czy Europejskiej Konwencji Praw Człowieka[137]. Dodano również, że brak zgody jako przesłanka przestępstwa zgwałcenia jest w obecnym stanie prawnym elementem wyłaniającym się dopiero w drodze postępowania dowodowego, przy jednoczesnym ugruntowanym stanowisku doktryny i orzecznictwa, wedle którego wymagany jest jakikolwiek opór ze strony pokrzywdzonego. Zaznaczono również, że w ocenie projektodawców, w sytuacji, w której doszło do przemocy lub groźby bezprawnej lub podstępu, zaś niemożliwym jest stwierdzenie oporu, nie ma możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności[138]. Dokonanie oceny postulatów sprecyzowanych zarówno przez Rzecznika Praw Obywatelskich, jak i grupy posłów-autorów przywołanego tutaj projektu zmiany Kodeksu karnego w zakresie przesłanki braku zgody oprzeć należy na kilku elementarnych zagadnieniach.

Przede wszystkim, brak zgody jako przesłanka jest niekwestionowanym znamieniem przestępstwa zgwałcenia. Pomimo, że jest to przesłanka niewypowiedziana wprost przez treść przepisu art. 197 kk, to jednak wybrzmiewa ona jednoznacznie w poglądach sformułowanych dotychczas w nauce prawa karnego, jak i orzecznictwie.

[137] Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, s. 3-5, https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1091 [data dostępu: 20.04.2023].

[138] Ibidem, s. 4.

Przedstawiony problem ustalenia, czy miał miejsce opór ofiary, może jawić się jako istotny, zwłaszcza w świetle przykładów z orzecznictwa, które są niejednokrotnie rozbieżne. Dla przykładu można w tym miejscu przywołać kilka, niejednoznacznych i niespójnych ze sobą judykatów, które odnoszą się do omawianego problemu.

W przypadku pierwszego z przytoczonych orzeczeń sąd Apelacyjny w Gdańsku wskazał, że opór może mieć nie tylko fizyczną formę, ale również werbalną w postaci m.in. krzyku, czy też płaczu[139]. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Apelacyjny w Lublinie, który zauważył nadto, że intensywność przemocy i idąca za nią jej ocena może być proporcjonalna do intensywności stawiania oporu przez ofiarę. Sąd wyprowadził stąd wniosek, że niedopuszczalnym jest uznanie za brak udowodnienia zaistnienia przemocy w sytuacji występowania u pokrzywdzonego lekkich obrażeń, czy też braku ich fizycznych symptomów[140]. Nieco odmienny głos w przedmiotowej dyskusji wyraził Sąd Najwyższy, który podkreślił, że niejednokrotnie odstąpienie przez ofiarę od okazywania oporu jest wyrazem opanowującego ją uczucia bezsilności, a wręcz postrzegania sytuacji, w której ofiara się znajduje za beznadziejną[141]. W tak nakreślonych warunkach orzeczniczych, projekt nowelizacji Kodeksu karnego w omawianym zakresie i towarzysząca mu argumentacja jawią się jako całkowicie zasadne. Z analizy orzecznictwa wynikać bowiem mogą następujące kwestie. Przede wszystkim bezsprzeczne jest uznawanie przez władzę sądowniczą niewypowiedzianej przesłanki braku zgody w kontekście przestępstwa zgwałcenia, a co za tym idzie, uwzględnianie jej w toczących się postępowaniach z tak przyjętej kwalifikacji prawnej. Po drugie sądy wymagają dla oceny stanu faktycznego dotyczącego przestępstwa zgwałcenia ustalenia, czy pokrzywdzony opierał się przed atakiem sprawcy, co dotyczy stosowanej przez niego przemocy. Ponadto, niekwestionowanym jest stwierdzenie, że sprzeciw może mieć postać werbalną, ale też niewypowiedzianą. Może to być krzyk, grymas, ale przede wszystkim próba fizycznego wyrwania się spod opresji napastnika. Kwestionowanym elementem jest ocena sytuacji, kiedy to pokrzywdzony zdjęty lękiem nie okazuje sprzeciwu w sposób dający się odczytać przez sprawcę, pozostając jakby sparaliżowanym, biernym na zachowanie gwałciciela. W tym miejscu kończy się spójność oceny w orzecznictwie.

[139] Wyrok SA Gdańsk z dnia 23.06.2022 r., sygn. II AKa 152/22, LEX nr 3436633.
[140] Wyrok SA Lublin z dnia 02.02.2021 r., sygn. II AKa 225/20, LEX nr 3273451.
[141] Postanowienie SN z dnia 09.06.2021 r., sygn. V KK 165/21, LEX nr 3212605.

Dlatego też, słusznym krokiem było zwrócenie przez projektodawców uwagi na ten, niechybnie istotny, problem społeczny, jak i prawny. Pytanie jednak, czy postulowane usunięcie pozostałych przesłanek – przemocy, groźby bezprawnej i podstępu można ocenić w sposób pozytywny. Ponadto, należy rozważyć, czy ryzyko tak drastycznej zmiany, która uzależniać miałaby odpowiedzialność karną wyłącznie od stwierdzenia braku zgody pokrzywdzonego, nie rodzić będzie ryzyka nadmiernej penalizacji i *de facto* utraty realnej kontroli nad przestępczością w ramach art. 197 kk. W tym miejscu należy zasygnalizować, że w drodze ustawy z dnia 7 lipca 2022 roku dokonano szeregu zmian w treści Kodeksu karnego[142]. Jednakże ustawodawca w toku prac legislacyjnych pominął całkowicie art. 198 kk, zaś w kontekście art. 197 kk skoncentrował się na dodaniu nowych typów kwalifikowanych oraz na zwiększeniu ustawowego zagrożenia karą. Zagadnienie zmiany przesłanek poprzez wprowadzenie znamienia braku zgody nie zostało zatem uwzględnione w oczekującej na wejście w życie ustawie.

Twórcy projektu z 8 marca 2021 roku, jak również RPO w sformułowanych przez siebie dokumentach argumentowali wywodzone przez siebie wnioski m.in. zmianami legislacyjnymi następującymi w innych krajach europejskich, w tym głównie mających miejsce w Szwecji[143]. Mając na uwadze treść projektu zmian ustawy karnej przedłożonej do prac parlamentarnych oraz wystąpienie RPO do MS należy dokonać wiwisekcji regulacji, na której wzorowały się częściowo przytoczone podmioty.

Wzmiankowana ustawa karna Szwecji została w sposób znaczący w omawianym zakresie poddana nowelizacji w 2018 roku poprzez dodanie wyraźnej przesłanki wymagalności stwierdzenia zgody do przepisów dotykających tzw. przestępstw seksualnych[144]. W obecnie obowiązującym kształcie szóstego rozdziału szwedzkiego kodeksu karnego poświęconego przestępstwom seksualnym, w paragrafie pierwszym dookreślono, że zgwałcenie jest przez sprawcę popełniane

[142] Ustawa z dnia 7 lipca 2022 roku o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2022, poz. 2600.

[143] Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, s. 5 i 8, https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1091 [data dostępu: 20.04.2023]; Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 lutego 2022 roku, sygn. XI.518.88.2020.ASZ, s. 3, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/2022-02/WG_zgwalcenie_MS_11.02.2022.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

[144] P. Banaszak-Grzechowiak, K. Burdziak, Ł. Pohl, *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania*, Warszawa 2021, s. 11.

w przypadku, gdy ofiara nie wyraziła dobrowolnej zgody na kontakt seksualny w formie słownej lub w jakikolwiek inny sposób. Nadto, wskazać należy, że konstrukcja przywołanego przepisu szwedzkiej ustawy karnej określa enumeratywnie przypadki, kiedy ustawowo wyłączona jest możliwość przyjęcia, że relacja seksualna była dobrowolna, a zatem konsensualna. Do tych sytuacji należą czyny zabronione będące, najogólniej mówiąc, odpowiednikami polskich typów rodzajowych przestępstw seksualnych z art. 197 kk (zgwałcenie), art. 198 kk (seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności), art. 199 kk (seksualne wykorzystanie stosunku zależności lub krytycznego położenia)[145]. Ciekawym jest, że w przeciwieństwie do postulatów zawartych w projekcie nowelizacyjnym Kodeksu karnego, szwedzka ustawa karna pomimo zawarcia przesłanki dobrowolności zgody na stosunek seksualny nie zrezygnowała z przesłanek definiujących obecne polskie *modus operandi* zgwałcenia, tj. posłużenie się przez sprawcę przemocą, czy groźbą bezprawną (ang. *„the participation is a result of assault, other violence or a threat of a criminal act, a threat to bring a prosecution against or report another person for an offence, or a threat to give detrimental information about another person”*).

Natomiast odnośnie punktu drugiego, dotyczącego przestępstwa pokrewnego przestępstwu z art. 198 kk, szwedzki ustawodawca określił, że brak dobrowolnej zgody ma miejsce w sytuacji, gdy sprawca wykorzystuje fakt pozostawania przez pokrzywdzonego w stanach takich jak szczególnie wrażliwa sytuacja, nieprzytomność, sen, strach, wpływ alkoholu, wpływ narkotyków, choroba, uszkodzenie ciała, choroba psychiczna, bądź inne okoliczności (ang. *„the perpetrator improperly exploits the fact that the person is in a particularly vulnerable situation due to unconsciousness, sleep, grave, fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury, mental disturbance or otherwise in view of the circumstances”*).

Ostatni zaś punkt dotyczy sytuacji seksualnego wykorzystania stosunku zależności lub krytycznego położenia, które w szwedzkim kodeksie karnym zostało określone przesłankami stosunku zależności lub znęcania się (ang. *„the perpetrator induces the person to participate by seriously abusing the person's position of dependence on the perpetrator”*).

[145] The Swedish Criminal Code, SFS 1962:700 Brottsbalken, Updated 2 December 2022, https://www.government.se/4adb14/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf [data dostępu: 08.02.2023].

Tak ukształtowane przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, które w szwedzkim kodeksie karnym zostało określone jako jedna z kategorii przestępstwa zgwałcenia, można uznać za słuszne. Dokonując jego zestawienia z polską regulacją widoczne są znaczące różnice, przemawiające na niekorzyść polskiej legislacji.

Wskazać należy, że to, co w analizowanym w tym miejscu dysertacji zakresie można zaliczyć do godnych uwagi celem przyszłych prac legislacyjnych jest wprowadzenie przesłanki braku dobrowolnej zgody. Zabieg ten, wzbogacony o dookreślenie sposobu wyrażenia zgody jako komunikatu werbalnego, czy też w jakiejkolwiek innej formie jest brakującym elementem polskiej regulacji. Natomiast, tym co zasługuje na szczególną uwagę jest sposób jasnego wyeksplikowania na kanwie przywołanej regulacji czym jest brak zgody. Inkorporowanie takiej metody uregulowania przedstawianego zagadnienia pozwoliłoby na uniknięcie rozlicznych problemów z dokonaniem poprawnej wykładni. Taki syntetyczne podejście może oczywiście budzić wątpliwości co do kierunku w jakim zmierza nowoczesne ustawodawstwo karne. Ryzyko wprowadzenia zbytniej kazuistyki do prawa pozytywnego jest jednak w tej sytuacji minimalne. Jest to związane z doprecyzowaniem przez język ustawy wyłącznie niektórych pojęć nieostrych. Zresztą definicje te są lakoniczne. Pozwala to jednak na naprowadzenie interpretacji i uniknięcie, w stopniu jak najbardziej możliwym, wątpliwości w zakresie znaczenia podstawowych terminów z omawianej kategorii przepisów.

Podobna motywacja do tej występującej na kanwie przywołanego polskiego projektu nowelizacji ustawy karnej mająca prowadzić do wprowadzenia zmian w zakresie przemodelowania przestępstwa zgwałcenia poprzez uwzględnienie przesłanki braku zgody stała za zmianami niemieckiego kodeksu karnego – Strafgesetzbuch (StGB)[146]. Dotyczyły one bowiem realizacji postulatu wprowadzenia do regulacji przestępstw seksualnych przywołanej przesłanki zamiast wymogu dowodowego wykazywania stawianego przez pokrzywdzonego oporu. Istotnym katalizatorem zmian były wydarzenia z nocy sylwestrowej z Kolonii w 2015 roku, kiedy to duża grupa kobiet doznała ataków na tle seksualnym podczas publicznych

[146] Strafgesetzbuch (StGB), https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1717 [data dostępu: 20.04.2023].

obchodów z okazji Nowego Roku[147].

Według znowelizowanej w 2016 roku niemieckiej ustawy karnej przepis § 177 pkt 1 StGB wprowadza penalizację przestępstwa zgwałcenia, która uzależnia odpowiedzialność sprawcy od ustalenia, że do czynności seksualnych doszło wbrew dostrzegalnej woli wyrażonej przez pokrzywdzonego. Ten sposób ujęcia instytucji zgwałcenia, odmienny od przyjętej w szwedzkim kodeksie karnym przesłanki braku dobrowolnej zgody. Poczynione dookreślenie, wedle którego brak wyrażonej woli musi być dla drugiej strony dostrzegalny można oceniać z dwóch perspektyw. Z jednej można ocenić ten zabieg legislacyjny jako pozytywny element dążenia do realizacji postulatu tworzenia prawa tak, aby było zrozumiałe. Nie da się jednak odczuć, że w ten sposób ukształtowany przepis przybliża prawo karne o krok w stronę kazuistyki, a przez swój kształt przywodzi na myśl metodę legislacyjną znaną w *common law*. Możliwym jest poczynienie krytycznego zdania w przedmiotowym zakresie, wskazując chociażby na fakt, tego że logicznym jest niemożliwość pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy napaści seksualnej, który nie zdawał sobie sprawy z braku zgody. Nie ma bowiem w takiej sytuacji mowy o umyślności, a ta jest wymagana przy tego rodzaju przestępstwie. Wobec takiej regulacji wystosować można także inny argument. Istnieje ryzyko arbitralnego wypracowania przez doktrynę i orzecznictwo definicji dostrzegalnego sposobu, a więc stworzenie pewnego uśrednionego wzorca, szablonu, wedle którego sąd mógłby dokonywać oceny przedstawionego mu stanu faktycznego. Jednakże i tak sformułowane racje zdają się nie przeważać na potencjalnymi korzyściami, które wynikają wprost z jasności prawa karnego.

W kontekście zaś niemieckiego uregulowania zagadnienia przestępstwa podobnego do polskiego typu przestępstwa z art. 198 kk należy podnieść, że ustawodawca uwzględnił dwie odrębne sytuacje – wykorzystanie niemożności wyrażenia przez pokrzywdzonego woli przeciwnej w związku z niepoczytalnością oraz wykorzystanie ograniczoną poczytalność związanej ze stanem fizycznym lub psychicznym ofiary, chyba że sprawca upewnił się o zgodzie tej osoby. Jest to ciekawa konstrukcja prawna, gdyż dokonuje rozgraniczenia, ale też uwzględnienia oprócz wykorzystania niepoczytalności także poczytalności ograniczonej, czyli stanu który w sposób poważny zaburza możliwości decyzyjne osoby nim dotkniętej, lecz nie

[147] P. Banaszak-Grzechowiak, K. Burdziak, Ł. Pohl, *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych...*, s. 9.

wyłącza ich w całości. Jest to pewna nowość względem polskiej regulacji, która *explicite* nie przewiduje takiej przesłanki, a jedynie można ją wyprowadzić w drodze wykładni i to wyłącznie odnośnie przesłanki bezradności, gdyż w przypadku upośledzenia umysłowego i choroby psychicznej wymagana jest niepoczytalność.

W podobny do przywołanych wcześniej sposobów kwestię przesłanki braku zgody ujmuje brytyjski akt poświęcony przestępczości seksualnej – Sexual Offences Act 2003[148]. Na uwagę zasługuje sposób, w jaki brytyjski ustawodawca odniósł się do przedmiotowej problematyki. Pomimo, że akt ten pochodzi spoza obszaru *civil law,* warto dokonać jego analizy w omawianym zakresie, po to aby poznać inną perspektywę techniki legislacyjnej i porównać ją z przedstawionymi tutaj przykładami z prawa karnego Niemiec i Szwecji.

Na wstępie należy wskazać, że na gruncie Sexual Offences Act 2003 przyjęto zasadę osobnego uregulowania każdego z odrębnych typów rodzajowych przestępstw. Odróżnia to ten sposób legislacji ocenianego zagadnienia od szwedzkiego podejścia skumulowanej regulacji przestępstwa zgwałcenia w trzech odmianach na gruncie § 1 rozdziału szóstego. Zbliża to natomiast sposób regulacji do polskiego rozwiązania.

Interesującym jest, że w tym przypadku przesłanką jest brak możliwości odmowy, która według ustawodawcy musi być związana z zaburzeniem psychicznym pokrzywdzonego. W dalszej części przepisu dochodzi do wyjaśnienia poprzez wskazanie katalogu dwóch sytuacji, kiedy można mówić o niemożności do wyrażenia przez ofiarę odmowy. Do tych okoliczności można zaliczyć sytuację, gdy pokrzywdzony nie ma możliwości wyrazić zgody na kontakt seksualny w związku z brakiem możliwości rozeznania istoty tego rodzaju aktywności, braku możliwości rozważenia konsekwencji, czy też innego powodu, jak również okoliczność, gdy ofiara nie jest w stanie zakomunikować swojego wyboru. Z tak ukształtowanego przepisu w omawianym zakresie można wyprowadzić wniosek, że brak możliwości wyrażenia przez ofiarę wyboru jest przez przywołany brytyjski akt prawny związany z niepoczytalnością pokrzywdzonego. Sama konstrukcja tego przepisu, która polega na

[148] Sexual Offences Act 2003, 2003 c. 42, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/part/1/crossheading/offences-against-persons-with-a-mental-disorder-impeding-choice [data dostępu: 20.04.2023].

rozłożeniu na części pierwsze podstawowych elementów składających się na normę sankcjonującą, a następnie dokonanie definicji tych składników poprzez ich wypunktowanie jest rozwiązaniem, które po dostosowaniu do warunków odpowiadających legislacji w systemie *civil law*, mógłby z powodzeniem funkcjonować w polskiej przestrzeni prawnej.

Kierunek taki zdaje się obrały pozostałe dwie przedstawione w tym miejscu regulacje – szwedzka i niemiecka. Można jednak z dużą dozą entuzjazmu odnieść się do znowelizowanego szwedzkiego kodeksu karnego w przywołanym fragmencie. Tamtejszy ustawodawca dokonał bowiem systematyzacji zagadnienia głównego przepisu z rozdziału poświęconego przestępstwom seksualnym poprzez włączenie w ramach jednego przepisu trzech sytuacji, definiowanych ustawowo jako brak dobrowolnej zgody. Okoliczności te są przez polski Kodeks karny uregulowane jako trzy odrębne przestępstwa otwierające rozdział XXV. W polskiej rzeczywistości rozwiązanie takie powoduje każdorazowe wątpliwości w analogicznych zakresach, takich jak chociażby omawiana w tym miejscu dysertacji przesłanka skoncentrowana na zgodzie pokrzywdzonego. W przypadku przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk przejawia się to koniecznością ustalenia, czy w opisanej przez kodeks regulacji należy w ogóle dopatrywać się przesłanki zgody, a raczej jej braku w związku ze specyficznym stanem pokrzywdzonego. Natomiast w każdej z przytoczonych regulacji, zaś w szczególny sposób w tej szwedzkiej, problem taki co do zasady nie istnieje. Owszem, głębsza analiza z pewnością przywiodłaby do dalszych rozważań i wątpliwości. Jednakże takie wstępne ustalenie przez ustawodawcę charakteru m.in. kwestii dotyczących zgody ofiary ustawia dyskusję w nauce prawa karnego i w orzecznictwie na konkretne tory. W polskiej ustawie karnej można uznać, tym samym aprobując co do zasady stanowiska RPO i projektodawców, występowanie luki prawnej, która wymaga wnikliwego rozważenia celem wprowadzenia zmian.

2.2.2. Istota wolności seksualnej jako dobra chronionego na kanwie przestępstwa z art. 198 kk

Jak zostało to wcześniej wykazane, przestępstwo spenalizowane poprzez treść art. 198 Kodeksu karnego stanowi realizację koncepcji braku akceptacji ze strony ustawodawcy dla wykorzystywania przez sprawców stanu pokrzywdzonego, który uniemożliwia mu w sposób świadomy i swobodny podjąć i wyrazić decyzji co do kontaktów seksualnych ze sprawcą[149]. Tym samym ustawa chroni osoby, które z uwagi na pewne specyficzne cechy są narażone na nadużycie ich wolności w sferze seksualności. Można zatem wysnuć hipotezę, że seksualne wykorzystanie bezradności, choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego stanowi jeden z przykładów przestępstw wymierzonych w wolność seksualną, będącą przedmiotem specjalnej ochrony ze strony ustawodawcy[150]. Z powodzeniem można wskazać, że założeniem obecnie obowiązującej ustawy karnej była podkreślana w literaturze ochrona niezbywalnych praw jednostki[151]. Do takich praw niewątpliwie należy ochrona prawa do realizowania życia seksualnego człowieka w sposób wolny od wszelkich nacisków oraz nadużyć. Jak podkreśla V. Konarska-Wrzosek, w obecnie obowiązującym Kodeksie karnym z 1997 roku przyjęto konstrukcję, wedle której karalne jest wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności ofiary, nie zaś sam fakt doprowadzenia do czynności seksualnej z osobą posiadającą wskazane wyżej cechy[152].

Można bowiem wskazać, że wolność seksualna oraz prywatność stanowią koherentną grupę dóbr, które wzajemnie przeplatają się w kontekście tzw. przestępstw seksualnych. Zdanie takie wyraził A. Sakowicz, który wskazuje ponadto, że nie każde

---

[149] V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 992.

[150] Por. np. J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 116-117; S. Hypś, w: *Kodeks karny...*, s. 1186.

[151] T. Kaczmarek, *Nowy polski kodeks karny i jego aksjologiczne oraz kryminalnopolityczne założenia*, w: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, pod red. L. Boguni, t. III, Wrocław 1998, s. 10.

[152] V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 992. Tak sformułowany przepis stanowi *novum* w kontekście poprzedniej regulacji z 1969 roku, która nie wymagała, aby sprawca owe swoiste cechy ofiary musiał wykorzystać, albowiem samo ich występowanie w zestawieniu z podjęciem się przez sprawcę czynności wykonawczej wskazanej w treści art. 169 kk z 1969 roku, stanowiło o możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności. Wskazane zmiany należy uznać za jak najbardziej uzasadnione, głównie z uwagi na względy celowościowe. Nie sposób przyjąć, że samo obcowanie płciowe z osobą posiadającą upośledzenie umysłowe lub chorobę psychiczną winno być poddawane potępieniu ze strony ustawy karnej. Przyjęcie takiej koncepcji stanowiłoby wprost naruszenie podstawowego prawa człowieka do prywatności, które ma swoją podstawę w Konstytucji RP.

naruszenie prywatności *in generale* wymaga ingerencji prawa karnego[153].

Celem ustawodawcy nie jest zatem wykluczenie analizowanej grupy osób od możliwości realizowania swoich potrzeb z zakresu życia seksualnego, a jedynie ochrona ich przed bezprawnym wykorzystaniem ciężkiego położenia w konkretnym momencie, w którym uniemożliwione jest aktywne i w pełni świadome podjęcie decyzji co do zachowań o seksualnym charakterze[154]. M. Filar wskazywał także na aksjologiczne podstawy takiego uregulowania analizowanego problemu. Autor podkreślił, że nieakceptowane przez ustawodawcę są jedynie te sytuacje, kiedy to obiektywnie można stwierdzić, że potencjalna ofiara znajduje się w stanie wyłączającym wolicjonalność w zakresie życia seksualnego. Nie ma zatem podstaw aby uznać, że osoby chore psychicznie lub upośledzone były wykluczone z możności prowadzenia życia seksualnego *in generale* będąc w okresie remisji choroby[155].

Jak zostało to wcześniej zasygnalizowane przy okazji omawiania statusu braku zgody jako przesłanki analizowanego typu rodzajowego przestępstwa, wolność seksualna jako dobro chronione przestępstwa z art. 198 kk występuje w specyficznym ujęciu. Pokrzywdzonym czynem seksualnego wykorzystania jest osoba, która posiada przynajmniej jedną z cech wymienionych przez ustawodawcę w dyspozycji przepisu art. 198 kk. Cechami tymi są: bezradność, choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe[156]. Dodatkowo w przypadku choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego stany te muszą u pokrzywdzonego powodować niemożność rozpoznania znaczenia swojego czynu i pokierowania swoim postępowaniem. Osoba taka, z uwagi na przywołany tutaj stan nie może wyrazić w sposób ważny swojej woli w zakresie aktywności seksualnej[157].

---

[153] A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Zakamycze 2006, s. 319, 321.

[154] M. Berent, M. Filar, w: *Kodeks karny...*, s. 1233.

[155] M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym...*, s. 26-27; a także: M. Filar, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Podstawy seksuologii*, pod red. Z. Lwa-Starowicza, V. Skrzypulec, Warszawa 2015, s. 342.

[156] Więcej na temat definicji i problemów interpretacyjnych związanych z ww. przesłankami, zob. rozdział III.

[157] Drogą dygresji wskazać należy, że w związku z zastosowaniem przez ustawodawcę szerokiego pojęcia bezradności, który w swoim znaczeniu zawiera zarówno bezradność mającą swoje źródło w opisywanej tutaj sferze psychologiczno-psychicznej, jak również związanej z wyłącznie fizyczną niemożnością podejmowania przez osobę nią dotkniętą działań, kierowania swoim zachowaniem przy jednoczesnym zachowaniu pełni władz umysłowych, problematyka dotycząca dobra prawnego art. 198 kk w kontekście wyrażenia skutecznej woli ofiary jest ściśle powiązana z pierwszym wskazanym tutaj

Charakterystyka sylwetki pokrzywdzonego wyprowadzona w drodze literalnej wykładni art. 198 kk zakłada zatem, że jest to osoba niezdolna do wyrażenia świadomej i swobodnej woli, czyli takiej będącej skuteczną prawnie zgodą na odbycie stosunku seksualnego z drugą osobą lub na poddanie/wykonanie innej czynności seksualnej.

Problematyczne może być co prawda przyjęcie koncepcji ochrony wolności seksualnej w przypadku osób, których stan psychofizyczny wskazuje na brak ograniczenie lub wyłączenie możliwości rozeznania swojego zachowania i pokierowania nim. Bowiem osoby takie niejednokrotnie mogą nie zdawać sobie sprawy z faktu naruszania ich praw, czyli tak, jak w przypadku art. 198 kk, wolności seksualnej. W takiej sytuacji powstaje zatem pytanie, czy w przypadku nieuświadamiania sobie przez pokrzywdzonego faktu naruszania jego wolności w sferze seksualnej, można ten przejaw wolności ustalić jako dobro chronione?

Za zasadne przyjąć należałoby odpowiedź twierdzącą. Przede wszystkim wniosek o tej treści zdaje się aktualizować mając na uwadze poprzednie ustalenia odnośnie do braku zgody jako przesłanki przestępstwa z art. 198 kk. Konsekwencją takiego założenia jest ustalenie, że skoro brak zgody rozumiany w tym zakresie jako wyłączenie poczytalności, a zatem świadomości zachodzących w rzeczywistości sytuacji i braku swobody reakcji na nie, przyjmowany jest jako znamię analizowanego typu rodzajowego przestępstwa, to możliwość naruszenia praw jednostki nie wymaga uświadomienia sobie przez te jednostkę tego faktu. Należy przywołać raz jeszcze wspomnianą już na gruncie niniejszego opracowania konstytucyjną koncepcję praw i wolności człowieka wraz zagwarantowaną na jej gruncie godnością i wywodzącymi się z niej innymi prawami, m.in. wolnością i prywatnością. Tym samym wolność seksualna ujęta jako dobro chronione w rozdziale XXV Kodeksu karnego można z pewnością uznać za ucieleśnienie reguł wskazanych tutaj reguł konstytucyjnych z rozdziału drugiego ustawy zasadniczej. Dlatego też fakt posiadania przez każdego człowieka prawa do wolności, jak i wszelkich innych praw przewidzianych w Konstytucji RP oraz aktach prawnych niższego rzędu, nie musi być bowiem przez

---

stanem. W przypadku zaś bezradności związanej wyłącznie z aspektem fizycznym wskazać należy, że bezdyskusyjnym i niewymagającym pogłębionych rozważań pozostaje uznanie za dobro chronione wolności seksualnej.. Dlatego też na gruncie niniejszych rozważań przedmiotem pozostaje drugi ze wskazanych tutaj aspektów wolności seksualnej na tle art. 198 kk.

każdego człowieka uświadomiony. To, że konkretna osoba z jakichkolwiek względów nie zdaje sobie sprawy z posiadania określonego prawa, bądź nie czuje potrzeby ochrony swoich praw w danym zakresie, nie świadczy o braku posiadania przez tę osobę tych praw.

Mając na uwadze dokonane dotychczas ustalenia, wskazać należy, że sprawca dokonujący czynu stypizowanego poprzez treść art. 198 kk dopuszcza się naruszenia wolności seksualnej w aspekcie prawa do decydowania o kształcie swojego życia seksualnego. Następuje to w związku ze stanem ofiary wyłączającym możliwość podjęcia decyzji w sposób niewadliwy. W takiej bowiem sytuacji sprawca po rozważeniu i uświadomieniu sobie stanu, w jakim znajduje się hipotetyczny pokrzywdzony, który to stan wypełnia znamiona określone art. 198 kk, przystępując do dokonania narusza poszanowanie prawa partnera seksualnego do wyrażenia świadomej i swobodnej woli w zakresie podejmowanej czynności seksualnej, która w tym momencie nie może zostać zrealizowana z uwagi na brak skutecznej zgody. W takich bowiem warunkach obcowanie płciowe lub inna czynność seksualna z pokrzywdzonym byłaby dokonana z wyłączeniem jego wolności w aspekcie seksualnym, gdyż stan w jakim pokrzywdzony się znajduje znosiłby możliwość skorzystania z prawa do wolności. Wolność jako przymiot może zostać zrealizowana jedynie wówczas, kiedy jest poprzedzona niezakłóconym procesem myślowym noszącym znamię świadomości i swobody ujmowanymi łącznie.

Idąc dalej, jak podnosi A. Sakowicz, pogwałcenie wolności seksualnej skutkuje także ingerencją w życie seksualne pokrzywdzonego, gdyż wyłączona jest w takiej sytuacji możliwość wyrażenia przez niego „świadomego aktu woli", od którego występowania autor uzależnia możliwość realizacji prawa do wolności seksualnej[158]. Tym samym można wskazać, że autor nawiązał do koncepcji braku zgody jako przesłanki analizowanego typu rodzajowego przestępstwa.

Kwestię tę poruszył także J. Śliwowski, który zdefiniował wolność seksualną jako wolność od przymusu lub wykorzystania w aspekcie życia seksualnego[159]. Tym samym w definicji tej zostały jako jej składowe ujęte elementy, które stanowią co do zasady określenia czynności wykonawczych odpowiednio obecnych typów

[158] A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje...*, s. 322.
[159] J. Śliwowski, *Prawo karne*, wyd. 2, Warszawa 1979, s. 398.

rodzajowych przestępstw zgwałcenia oraz seksualnego wykorzystania niepoczytalności, tj. przymus, który można powiązać z przemocą oraz wykorzystaniem[160].

Wskazać tutaj można również na zdanie M. Filara, który uznawał za bezsprzeczne przyjęcie wolności seksualnej jako dobra chronionego przestępstwa z art. 198 kk. Argumentację w tym zakresie autor opierał na spreparowanej przez siebie definicji wolności decyzyjnej, przez którą rozumiał brak nieakceptowanego przez prawo wpływania na swobodę wyrażania decyzji oraz wykonywanie przez decydenta prawa do kreowania swojego zachowania w kierunku dozwolonym przez prawo[161]. Przez ów wpływ na swobodę decydowania pokrzywdzonego przestępstwem seksualnego wykorzystania niepoczytalności można rozumieć dokonanie przez sprawcę na pokrzywdzonym czynności wykonawczych pomimo stanu pokrzywdzonego, który wyłącza całkowicie możliwość wyrażenia jakiejkolwiek decyzji (np. zatrucie alkoholowe prowadzące do nieprzytomności), bądź wówczas, gdy decyzja pokrzywdzonego nosi znamiona wadliwości w związku z bezradnością, chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym. W innym opracowaniu M. Filar dookreślił zagadnienie wolności seksualnej wskazując, że przybiera ona kształt wolności rozumianej jako prawo do samostanowienia w sferze życia seksualnego. Z tą koncepcją wiązała się wyprowadzona przez autora konsekwencja ochrony przed wszelkimi przejawami przemocy seksualnej oraz innych form realizacji tego elementu życia człowieka w sposób przeczący wskazanemu samostanowieniu[162].

Można bowiem za metody prowadzące do naruszenia swobody decydowania uznać zachowanie sprawcy ignorującego stan pokrzywdzonego, tak zarówno w sytuacji kiedy nie uzewnętrznia on swojej „woli", jak również kiedy to czyni, co jednak nie ma

---

[160] Co istotne, powołany tutaj autor dokonywał doprecyzowania przepisów wówczas panujących, czyli art. 168 oraz art. 169 dkk. O ile w przypadku ówczesnego przestępstwa nierządu, w treści przepisu wprost przywołana jest przemoc jako przesłanka, o tyle drugi rodzaj czynu zabronionego w swoim opisie nie zawiera wskazania na wykorzystanie. W tym zakresie ówczesny przepis art. 169 dkk posiłkował się pojęciem czynu nierządnego, zawierając wyłącznie doprecyzowanie w zakresie wskazania na szczególne stany pokrzywdzonego. Natomiast wyraźnym jest, pomimo braku wyłuszczenia przez ustawodawcę wprost przesłanki wykorzystania na gruncie Kodeksu karnego z 1969 roku w omawianym zakresie, że poglądy przedstawicieli doktryny prowadziły do zdekodowania tej niewypowiedzianej przesłanki, tym samym prowadząc do ustalenia poprawnej definicji dobra prawnego jakim jest wolność seksualna.

[161] M. Filar, *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym*, w: *Państwo i Prawo* 1998, z. 9-10, s. 68-69.

[162] M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 24-27. Na uwagę zasługuje także stanowisko A. Sakowicza. Autor opisuje, że wolność seksualna jest wolnością od „środków, nacisków i metod prowadzących do naruszenia swobody decyzji człowieka w zakresie czynności seksualnej", tym samym zdając się kontynuować linię wypracowaną przez M. Filara, zob. A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje...*, s. 327.

przełożenia na skuteczność w ten sposób formułowanych *quasi* aktów woli.

Podobny kierunek ustawodawca obrał w przypadku przestępstwa pedofilii z art. 200 kk. Jak wskazuje się w literaturze, na gruncie wskazanego tutaj przepisu statuującego ten typ przestępstwa seksualnego, którego pokrzywdzonym jest małoletni, który nie ukończył 15 roku życia, jego sprawca narusza m.in. wolność seksualną owego małoletniego. W tej sytuacji powstaje pytanie, w jaki sposób można traktować o ingerencji w wolność seksualną osoby niezdolnej do w pełni świadomego i skutecznego wyrażenia woli. Problem o podobnej treści występuje również przy próbie prawidłowego określenia właściwego dobra chronionego w kontekście przestępstwa z art. 198 kk, co zostało już we wcześniejszych fragmentach opracowania nakreślone.

Jednakże zarówno w przypadku przestępstwa pedofilii, jak i seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności odpowiedź na tak sformułowaną wątpliwość jest tożsama. J. Warylewski wskazuje, że za zasadnością uznania wolności seksualnej jako jednego z dóbr chronionych przy przestępstwie obcowania płciowego z małoletnim przemawia uznanie, że pokrzywdzony poniżej 15 roku życia z uwagi na swój rozwój psychiczny nie jest zdolny do wyrażania swojej woli w sposób niewadliwy. Zatem, jak podnosi autor, zabezpieczenie wolności seksualnej ma w tym miejscu charakter negatywny i przejawia się poprzez ochronę takiego pokrzywdzonego, w sytuacji gdy jego *quasi* akty woli nie mogą z podanych tutaj przyczyn zostać uznanymi za ważne i skuteczne[163]. Małoletni bowiem z uwagi na swój stan rozwoju psychicznego podejmuje przez siebie *quasi* decyzje nie działając z dostatecznym rozeznaniem całości okoliczności, kierując się niejednokrotnie błędnym osądem, z uwagi na brak dostatecznego doświadczenia, wiedzy, czy też naiwności. Tym samym osoby takie, w związku z niedojrzałością nie mogą realizować swojego prawa do samostanowienia w zakresie aktywności seksualnej, a podejmowane przez nich pseudo akty woli mogą w opisywanych tutaj sytuacjach być kreowane w sposób co prawda

[163] J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 810; W podobny sposób kwestię tę ujmuje także J. Mierzwińska-Lorencka pisząc, że elementem przemawiającym za przyznaniu wolności seksualnej statusu jednego z dóbr prawnych przestępstwa pedofilii jest ochrona swobody wyrażania decyzji w zakresie życia seksualnego małoletniego z rozeznaniem, co z uwagi na wiek i trwający rozwój stanowi co najmniej wątpliwość co do tego rozeznania, tak: J. Mierzwińska-Lorencka, *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012, s. 45, 47.

swobodny, lecz nie w pełni świadomy.

W świetle przedstawionych dotychczas argumentów, wedle których wolność seksualną należy uznawać za właściwy przedmiot ochrony przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego można zadać pytanie, czy jest to jedyna z możliwości.

Zadana kwestia jest o tyle aktualna w świetle przywołanego już na gruncie niniejszego opracowania projektu zmiany ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny. Projektodawcy postulują zmianę tytułu rozdziału ustawy karnej, który obecnie brzmi „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności". W uzasadnieniu wspomnianego projektu wskazano, że występuje konieczność zmian w zakresie wskazanego tutaj tytułu rozdziału ustawy karnej, z uwagi na to, że przestępstwa w nim uregulowane nie stanowią wykroczenia przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, lecz przeciwko wolności seksualnej i autonomii seksualnej[164].

Nowy przedmiot ochrony jest przez twórców nowelizacji definiowany jako prawo do wyrażania decyzji dysponenta dobrem w zakresie swojej cielesności, przy jednoczesnej wolności od wszelkich aktów agresji w tym aspekcie. Jednocześnie, projektodawcy wskazali na drugorzędne znaczenie dla dobra w postaci obyczajności, które nie niesie ze sobą takiej wagi ażeby podtrzymać jego występowanie na gruncie Kodeksu karnego. W zakresie zjawiska przestępczości seksualnej twórcy projektu większą wagę przykuwają do zasadniczego prawa człowieka do podejmowania swobodnych i świadomych decyzji w zakresie życia seksualnego. Tym samym projektodawcy w przestępstwach omawianego rodzaju widzą szerszy aspekt, aniżeli wyłącznie naruszenie obyczaju[165].

W związku z powyższym, postulowana zmiana poprzez dopisanie nowego rodzaju przedmiotu ochrony o rzekomo nowej jakości, przystającej do międzynarodowych standardów jest wyrazem braku dokładnego zgłębienia zagadnienia

[164] Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji,https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/D7E9563477237B45C12586B70037B233/%24File/1091.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

[165] Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, s. 5-6, https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1091 [data dostępu: 20.04.2023].

istoty wolności seksualnej jako dobra chronionego[166]. Jak zostało to bowiem wyeksplikowane na kanwie niniejszych rozważań, wolność seksualna zawiera w sobie, choć inaczej sformułowane, pojęcie autonomii seksualnej. Koncepcja taka jest proklamowana w piśmiennictwie z zakresu identyfikacji wolności jako dobra chronionego w ogóle. W tym kontekście wypowiedziała się przywołana już wcześniej M. Budyn-Kulik, która pomimo jednoznacznej krytyki kierunku, w którym zmierza nauka prawa karnego, a wraz z nią postulaty nowelizacji Kodeksu karnego, definiuje na gruncie swojego opracowania dwuaspektową definicję wolności – wolność „od" oraz wolność „do"[167]. Dlatego też podejmowanym nieraz doktrynalnym próbom dokonania wyróżnienia odrębnego dobra chronionego w postaci autonomii seksualnej i rozróżnienia jej od wolności seksualnej należy przyglądać się z rezerwą.

Jeden z takich poglądów zaprezentowała M. Jarocka, która wskazuje, że na gruncie obecnej polskiej regulacji w zakresie przestępstwa zgwałcenia dobrem chronionym jest wolność negatywna, co jest konsekwencją przyjętej konstrukcji przepisu art. 197 kk, wedle której wymagane jest udowodnienie przez pokrzywdzonego swojego oporu stawianego sprawcy[168]. Według przywołanej autorki oznacza to odsunięcie na dalszy plan istoty zgody, a więc elementu składającego się na prawo do samostanowienia o swoim życiu seksualnym, inaczej – autonomii seksualnej[169]. Przedstawiony w tym miejscu problem jawi się jako podobny do tego występującego w kontekście przestępstwa wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, tj. przestępstwa z art. 192 kk.

Według zwolenników pierwszego stanowiska analizowany rodzaj czynu zabronionego należy uznawać za przestępstwo wykraczające przeciwko dobru chronionemu w postaci wolności. Autorzy powołujący się na taką koncepcję dookreślają, że przywołana konstatacja jest niewystarczająca, z uwagi na to że nie wyczerpuje ona całości elementu bezprawia przestępstwa z art. 192 kk w kontekście

[166] Projektodawcy powołują się na konieczność wprowadzenia autonomii seksualnej, z uwagi na m.in. posługiwanie się tym terminem przez art. 36 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule z dnia 11 maja 2011 r. (Dz.U. 2015, poz. 961), Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, s. 3-4,

[167] M. Budyn-Kulik, *Aksjologiczne podstawy kryminalizacji...*, s. 292.

[168] M. Jarocka, *Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym*, w: *Studia Iuridica Toruniensia* 2021, tom XXVIII, s. 52-53.

[169] Ibidem, s. 52-53.

omawianego problemu. Aby dopełnić proces rozumowania w tym zakresie należy dodać, że integralnym składnikiem wolności w rozumieniu art. 192 kk jest prawo do samostanowienia w odniesieniu do świadomego wyrażania woli na temat podejmowanych zabiegów leczniczych, ogólnie – do decydowania o sprawach dotyczących swojego zdrowia[170]. Tak rozumiany przedmiot ochrony zarysowanego w tym miejscu typu rodzajowego czynu zabronionego według innych przedstawicieli doktryny stanowi odrębne od wolności rodzajowe dobro chronione w postaci prawa do samostanowienia w zakresie podejmowanych wobec niego zabiegów leczniczych[171]. Niniejszy problem ukazujący się wśród przedstawicieli nauki prawa karnego zajmujących się przestępstwem wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta, *de facto* opiera się na identycznych założeniach dotyczących dyskursu w kontekście przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z art. 198 kk. Jego osią jest opowiedzenie się, czy prawo do samostanowienia *in generale* stanowi podzbiór, jedno oblicze prawa do wolności, czy też jest dobrem odrębnym. W tym zakresie można wskazać, że właściwą koncepcją jest przyznanie prawu do samostanowienia, w tym w kontekście życia seksualnego, jako wyłącznie elementu dwuczłonowej definicji, na którą składa się owo prawo, czyli wolność „do" oraz wolność „od" jako swoboda od form nacisku w tym kontekście.

Dlatego też uszczegóławiając tę część wywodu, mając na uwadze, że zasadniczym jądrem problemu wolności w aspekcie seksualności człowieka jest podejmowanie zachowań o seksualnym charakterze w sposób konsensualny, a zatem uwzględniającym wolę każdej osoby w nich partycypującej, nie jest możliwym uznanie, że w ramach wolności seksualnej nie mieści się postulowane dobro pod postacią autonomii seksualnej. To dobro prawne jest wpisane w wolność seksualną jako jeden z jej przejawów i, jak zostało to już podkreślone, co do zasady miesza się razem z tzw. wolnością „od". Taki stan rzeczy powoduje, że wprowadzanie rzekomo nowego dobra chronionego jest zabiegiem nieuzasadnionym. Taki krok legislacyjny stwarzałby wyłącznie zagrożenie konieczności redefinicji pojęcia wolności seksualnej poprzez sztuczne usunięcie z jego istoty aspektu wolności pozytywnej, która miałaby przekształcić się w odrębne dobro, autonomię seksualną. To zaś drogą konsekwencji

[170] A. Fiutak, *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016, s. 35.
[171] A. Liszewska, *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Zakamycze 1998, s. 96-97.

prowadziłoby do zmiany definicji wolności na gruncie rozdziału poświęconego tego rodzaju przestępstwom. Wprowadziłoby to niepotrzebny zamęt interpretacyjny, którego jedyną, ale niewymierną korzyścią byłoby stworzenie iluzji w świadomości społecznej, która polegałaby na rzekomym ukazaniu wprowadzania zmian mających na celu w realny sposób wpłynąć na regulację problemu przestępczości seksualnej. W rzeczywistości taki krok nie wpłynąłby w sposób odczuwalny na omawiany problem, gdyż nie zmieniłby istoty przedmiotowego zagadnienia, tj. zakresu definicji wolności seksualnej, która pozostałaby taka sama, lecz pod dwiema nazwami.

Rozdział III

Ustawowe znamiona przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności - strona przedmiotowa

Zestawienie przesłanek przestępstwa z art. 198 kk, które dookreślają pokrzywdzonego nosi cechy nieostrości. Składają się na nie takie komponenty jak: choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe, czy bezradność. Znamiona te dookreślone zostały poprzez zestawienie z frazą znaną z konstrukcji art. 31 §1 kk, bowiem w odniesieniu do dwóch pierwszych z przytoczonych znamion omawianego czynu zabronionego koniecznym jest ich koniunkcja z brakiem zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem.

Całość przepisu jawi się zatem jako pobieżnie zrozumiała, jednakże w rzeczywistości wymaga on wnikliwej interpretacji. Dzieje się tak, z uwagi na zastosowanie przez ustawodawcę pojęć kojarzących się z naukami pozaprawnymi, takimi jak psychiatria czy psychologia. Stąd też na potrzeby niniejszego opracowania, przesłanki te będą określane zbiorczym, pomocniczym mianem przesłanek pozaprawnych, czy też medycznych. Pomimo tego, że znamiona przywołane na wstępie niniejszych rozważań w tej części stanowią pojęcia o ugruntowanej pozycji w prawie, nie tylko karnym, to zaproponowane tutaj nazwy określają je w sposób najbardziej adekwatny. Oddają one bowiem treść przesłanek określających właściwości osobiste pokrzywdzonego przestępstwem z art. 198 kk.

Ta zależność od nauk innych aniżeli prawne prowadzi jednak do pytania, o definicje tak określonych przesłanek. Należy tym samym zastanowić się, czy ich analizowanie w związku z przeprowadzaną wykładnią prawną powinno odbywać się poprzez transponowanie wprost rozumienia tych pojęć wypracowanego przez nauki, z których się wywodzą, czy też słusznym byłoby ukształtowanie własnych definicji

prawniczych z uwzględnieniem wyłącznie istoty i granic znaczeń tych pojęć o psychologiczno-psychiatrycznym rodowodzie.

Ponadto, elementem wymagającym rozważenia w tej części rozprawy jest, czy na gruncie prawa karnego, ale też polskiego systemu prawa w ogóle występuje jednolita definicja pojęć takich jak choroba psychiczna, czy upośledzenie umysłowe. Udzielenie odpowiedzi na tak skonstruowane problemy jawi się natomiast jako niezbędne, mając na uwadze problematykę wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy. Informacje te pomogą bowiem w określeniu, czy specyfika przesłanek pozaprawnych przejawiająca się konkretnym stanie faktycznym znajduje odzwierciedlenie w zakresie konstrukcji prawnokarnych, które wyłączają odpowiedzialność sprawcy za popełniony czyn, takich jak. Oznacza to, że przeprowadzenie przedmiotowej analizy jawi się jako kluczowe w celu ustosunkowania się, czy w świetle zachowania pokrzywdzonego mogącego zostać odebranym jako swoista zachęta, czy otwartość na nawiązanie relacji seksualnej, a które to zachowanie jest związane ze specyfiką niektórych chorób psychicznych możliwym jest uniknięcie odpowiedzialności karnej z uwagi na chociażby działanie domniemanego sprawcy w warunkach błędu, co do okoliczności faktycznej. Ustalenia zaś w tym zakresie są istotnym punktem wyjścia do dalszych rozważań skoncentrowanych wokół strony podmiotowej omawianego przestępstwa, gdyż pozwolą dokonać ustaleń w zakresie postaci umyślności sprawcy. Kwestie te zostaną rozważone w dalszych częściach dysertacji.

Wreszcie, przeprowadzenie poszerzonej oceny zagadnień składających się na stronę przedmiotową przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego (art. 198 kk) stanowi uzupełnienie poczynionych już dotychczas wyjaśnień w zakresie dobra prawnie chronionego w postaci wolności seksualnej jednostki. Jest to możliwe przede wszystkim w odniesieniu do definicji przesłanki braku zgody w przypadku szczególnego stanu w jakim znajduje się pokrzywdzony, a co do którego możliwym jest uznanie, że stan ów wyklucza *ex lege* możliwość wyrażenia przez niego ważnej i skutecznej zgody. Dlatego też sprawca dopuszczając się czynu z art. 198 kk dokonuje tego bez zgody, czym narusza wolność seksualną ofiary. Zrozumienie tak przedstawionej zależności uzyskuje głębszy sens po zapoznaniu się z istotą i wyzwaniami stojącymi za przesłankami medycznymi przestępstwa z art. 198 kk.

Dokonywanie zaś przedmiotowych rozważań niejako przy okazji oceny całokształtu przepisu art. 198 kk, pomimo tego, że przesłanki te są związane przede wszystkim z instytucją niepoczytalności z art. 31 §1 kk jest zabiegiem jak najbardziej celowym. Do chwili obecnej powstało wiele opracowań w całości poświęconych przywołanej tu regulacji z części ogólnej Kodeksu karnego. Nie stoi to jednak na przeszkodzie podjęcia próby osobnym rozważaniom w obszarze podobnym, wszakże art. 198 kk nie posługuje się identyczną konstrukcją do art. 31 §1 kk, a zabieg ten stanowić może wręcz jego zaletę. Umiejscowienie rozważań mając za tło konkretny czyn zabroniony pozwala na przedstawienie zagadnienia w sposób bardziej namacalny. Badanie wtedy sprawia wrażenie pracy na żywym organizmie jakim jest prawo. Element ten jest niezwykle istotny przy dokonywaniu wiwisekcji w szczególności przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu lub skoncentrowanych wokół życia seksualnego człowieka. Te kategorie przestępczości dotykają bowiem najgłębiej sfery intymności człowieka.

Mając na uwadze wskazane tutaj argumenty, przedmiotowy rozdział poświęcony zostanie przeprowadzeniu wnikliwej eksplikacji przesłanek pozaprawnych przestępstwa stanowiącego grunt pod całokształt rozważań właściwych temu opracowaniu, tj. typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk. Poddane analizie zostaną nie tylko literalne znaczenie przesłanek składających się na stronę przedmiotową ocenianego czynu zabronionego, lecz również uwaga zostanie poświęcona wyzwaniom, jakie stoją przed ustawodawcą w celu udoskonalenia obowiązującej obecnie regulacji.

1. Sylwetka pokrzywdzonego przestępstwem z art. 198 kk

Poprzedzając refleksje w tak zakreślonym kierunku rozpocząć należy od ogólnego usystematyzowania zagadnień dotyczących pokrzywdzonego tytułowym przestępstwem.

W tym zakresie można wskazać, że najogólniej rzecz ujmując, przedmiotem

czynu z art. 198 kk jest człowiek[172]. Uszczegóławiając, pokrzywdzonymi czynem z art. 198 kk są osoby bezradne, chore psychicznie lub upośledzone, które dodatkowo, w odniesieniu do dwóch ostatnich kategorii, nie są w stanie rozpoznać znaczenia czynu lub pokierować swoim postępowaniem. Dla oceny karnoprawnej czynu sprawcy nie mają znaczenia więzi wiążące go z pokrzywdzonym, takie jak np. pokrewieństwo, czy powinowactwo, jak również fakt, że osoba pokrzywdzona trudni się prostytucją[173]. Dodatkowo, analizowany typ rodzajowy przestępstwa seksualnego może zostać popełniony także przez każdego z małżonków. Wynika to z faktu, że nupturienci zawierając związek małżeński nie udzielają sobie dozgonnej zgody (*debitum carnale*) na wszelkiego rodzaju i nieograniczone w czasie kontakty o charakterze seksualnym[174]. Zgoda małżonka aktualizuje się bowiem każdorazowo i obejmuje jedynie jeden przejaw aktywności seksualnej mający miejsce w danym momencie. Nie można zatem, w kontekście omawianego rodzaju czynu zabronionego mówić o prawie małżonka do egzekwowania obowiązku pożycia małżeńskiego w zakresie życia seksualnego, jednocześnie ujmując je jako obowiązek drugiego z małżonków bez uwzględnienia jego zgody.

Jak podnosi R. Krajewski, kwestie związane z nawiązywaniem pomiędzy małżonkami stosunków seksualnych ustawodawca określił zbiorczym i niedoprecyzowanym pojęciem wspólnego pożycia. Definicja tego terminu ustawowego kształtuje się na kanwie orzecznictwa i piśmiennictwa z zakresu prawa rodzinnego. W związku z tym za wspólne pożycie małżeńskie uznaje się takie jego przejawy, które skoncentrowane są wokół aspektu ekonomicznego, psychicznego oraz fizycznego[175]. Chodzi tu o prowadzenie wspólnego gospodarstwa domowego, wzajemne darzenie się przez małżonków uczuciem oraz nawiązywanie relacji intymnych, czyli takich które stosując terminologię prawnokarną można określić jako obcowanie płciowe lub inna czynność seksualna[176].

---

[172] S. Hypś, w: *Kodeks karny...*, s. 1188.

[173] R. Góral, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2007, s. 336; wyrok SN z dnia 07.06.1971 r., sygn. II KR 86/71, LEX nr 21408.

[174] J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 767.

[175] R. Krajewski, *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009, s. 137.

[176] W przeszłości wniosek taki, stawiający znak równości pomiędzy pożyciem intymnym małżonków a inną czynnością seksualną byłby uznany co najmniej za kontrowersyjny, w związku z uznawaniem za pożycie seksualne jedynie takich form relacji intymnych, które prowadzić mogą do prokreacji, tym samym wykluczając przyznanie cechy istotności kontaktom, które zwrócone są wyłącznie ku

Dodatkowo, ocena czynu sprawcy podlega tym samym kryteriom niezależnie od tego, czy sprawca i pokrzywdzony byli tej samej orientacji seksualnej, czy też nie[177]. Dlatego też, wskazać należy, że z punktu widzenia oceny prawnokarnej analizowanego czynu irrelewantnym jest, czy zachowanie seksualne noszące znamię wykorzystania z art. 198 kk miało miejsce pomiędzy osobami tej samej, czy odrębnej płci.

Oznacza to, że dla ustawodawcy istotnym było jak najszersze określenie katalogu pokrzywdzonych. Za jedyne elementy limitujące odpowiedzialność karną z tytułu seksualnego wykorzystania ustawodawca obrał sobie powody, przez które możliwym jest mówienie właśnie o wykorzystaniu tychże okoliczności przez napastnika, tj. przesłanki medyczne. To właśnie te okoliczności występujące po stronie ofiary w połączeniu, co do zasady, niepoczytalnością są istotą możliwego ich wykorzystania przez sprawcę. Z tego powodu, wyłącznie te przesłanki są elementami, które doprecyzowują sylwetkę pokrzywdzonego. Stąd też na tym etapie rozważań można wskazać na zasadę, wedle której jakiekolwiek próby zawężającej interpretacji treści przepisu art. 198 kk w odniesieniu do pokrzywdzonego są nieuzasadnione i stoją wbrew wykładni celowościowej, ale też literalnej.

2. Choroba psychiczna

Podstawową kwestią związaną z przesłanką przestępstwa z art. 198 kk w postaci choroby psychicznej jest ustalenie według jakich paradygmatów należy dokonywać jej wykładni.

Zagadnienie to jest o tyle zawiłe, gdyż już sama nazwa analizowanego znamienia nasuwa skojarzenia z nomenklaturą medyczną. To zaś inklinuje pytania dotyczące zakresu pojęcia „choroba psychiczna", jak również wymusza udzielenia odpowiedzi na pytanie o to, czy należy w pełnym zakresie odsyłać do medycznego znaczenia tego terminu, czy też słusznym byłoby wyprowadzenie legalnej definicji, ugruntowanej ściśle w nauce prawa karnego i przystosowanej do jego celów.

Przedstawione zagadnienia, stanowić będą przedmiot rozważań tej części dysertacji. Dokonanie analizy w tym zakresie jest konieczne, gdyż pozwoli ustalić

osiągnięciu przez partnerów satysfakcji seksualne, tak: Ibidem, s. 137-140.

[177] Wyrok SO Siedlce z dnia 03.09.2019 r., sygn. II Ka 430/18, LEX nr 2724851.

granice seksualnego wykorzystania w formie art. 198 kk, jak również pozwoli nakreślić ogólny problem z przesłankami pozaprawnymi w systemie prawa w ogóle.

2.1. Definicja pojęcia „choroba psychiczna" na gruncie polskiego ustawodawstwa

W literaturze z zakresu prawa karnego podejmowane są wielokrotnie próby doprecyzowania czym właściwie jest choroba psychiczna. Pojęcie to, kojarzące się przede wszystkim z instytucją niepoczytalności, budzi wiele wątpliwości terminologicznych, na które odpowiedzi próbowali znaleźć przedstawiciele doktryny.

Przykładowo, w omawianym kontekście wypowiedział się A. Marek wskazując, że choroby psychiczne przejawiają się poprzez zmiany w obrębie centralnego układu nerwowego powodując wadliwe funkcjonowanie procesów myślowych. Autor podkreślił, że do tego rodzaju schorzeń tradycyjnie zalicza się te, które mają podłoże organiczne, jak i nieorganiczne[178]. Tym samym tak ukształtowana definicja prawnicza zjawiska choroby psychicznej określa jej przyczynę (uszkodzenia układu nerwowego), skutek (zaburzenia funkcji myślowych) oraz źródła (organiczne, nieorganiczne). Definicja ta, choć osadzona we właściwych podstawach nie ukazuje jednak w pełni istoty chorób psychicznych, bowiem nie pozwala na stworzenie jakiegokolwiek wyobrażenia na temat tego stanu. Dość bowiem stwierdzić, że przykładem choroby oddziałującej negatywnie na układ nerwowy jest chociażby epilepsja, która jednak nie może zostać zaliczona w poczet chorób psychicznych.

W związku z powyższym jako nieuchronne jawi się dokonanie w tym miejscu rozważań przeglądu i analizy aktów prawnych funkcjonujących w polskim systemie prawa w ogóle, na gruncie których znajduje się termin „choroba psychiczna", jak również inne, jemu pokrewne.

[178] A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010, s. 109.

2.1.1. Art. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego

Według treści art. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego poddawane ocenie pojęcie zostało ujęte jako składnik szerszego pojęcia „zaburzenie psychiczne". Według uop za osobę z zaburzeniami psychicznymi można uznać osobę chorą psychicznie, upośledzoną umysłowo, czy też wykazującą inne zakłócenia czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym. Dodatkowo wskazanie na osobę chorą psychicznie zostało przez ustawodawcę sprecyzowane poprzez dookreślenie, że jest to osoba wykazująca zaburzenia psychotyczne.

Pierwszą uwagą, która nasuwa się po zapoznaniu się z tak enumeratywnie nakreśloną definicją zaburzeń psychicznych jest jej zakorzenienie w systemie prawa *in generale*, co wyraża się poprzez korzystanie z pojęć przyjętych w Kodeksie karnym. Odnosi się to zarówno do analizowanego pojęcia choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego, czy innych zakłóceń czynności psychicznych.

Natomiast istotną różnicą *in plus* zdaje się być wspomniane już doprecyzowanie pojęcia osoby chorej psychiczne, które pomimo swej lakoniczności pozwala na ugruntowanie zakresu analizowanego pojęcia. Stanowi to istotną różnicę w porównaniu do niezwykle ogólnego pojęcia choroby psychicznej, funkcjonującego od lat na gruncie Kodeksu karnego.

Jako interesującą należy uznać próbę zdefiniowania pojęcia „choroba psychiczna" poprzez dodanie w nawiasie art. 3 pkt 1 lit. a uop określenia „osoby wykazującej zaburzenia psychotyczne". Konstrukcja taka prowadzi do konkluzji, wedle której za chorobę psychiczną należy na gruncie tej ustawy rozumieć zaburzenie psychiczne, które łączy się z zaburzeniami psychotycznymi. Drogą dygresji wskazać można na ogólną zasadę obowiązującą w psychologii i psychiatrii, wedle której, za zaburzenia psychotyczne uznaje się schizofrenię i stany schizofreniczne, to jest jedną z kategorii jednostek mogących w uproszczeniu podpadać pod określenie „choroba

psychiczna", które funkcjonują na gruncie klasyfikacji ICD-11, jej wcześniejszej wersji ICD-10 oraz klasyfikacji DSM-5. Oznacza to zatem, że na gruncie uop chorobą psychiczną jest wyłącznie bardzo wąska grupa zaburzeń o jednych z najbardziej dotkliwych obrazach klinicznych, a tym samym powodująca, co do zasady, silne ograniczenia w funkcjonowaniu psychologiczno-psychicznym człowieka, w tym również w zakresie wyrażania w sposób świadomy i swobodny swojej woli. Prowadzi to także do dość oczywistej, acz koniecznej do zaznaczenia konkluzji, że choroba psychiczna na gruncie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego jest pojęciem zawierającym się w zdecydowanie szerszym pojęciu medycznym, tj. „zaburzenia psychiczne"[179]. Tym samym, jako niewątpliwy atut przywołanej tutaj definicji legalnej choroby psychicznej należy uznać zakwalifikowanie jej przez ustawodawcę do szerszego katalogu zaburzeń psychicznych, a więc do grupy dookreślonej terminem zaczerpniętym wprost ze współczesnej psychiatrii oraz psychologii.

Taka nomenklatura, aprobowana powszechnie w psychiatrii i psychologii pozwala na ujęcie poddawanej analizie problematyki w pewne ramy, które nakazują traktować zagadnienia łączące psychiatrię i prawo w sposób zbliżony i zgodny z obecnym stanem wiedzy, bez zasadniczego uszczerbku dla ich merytorycznego i funkcjonalnego języka prawnego.

2.1.2. Art. 93c pkt 4 Kodeksu karnego

Środki zabezpieczające jako jeden z instrumentów reakcji prawnokarnej na czyn zabroniony zawierają w swym katalogu przepis art. 93c kk, który określa grupę przesłanek do możliwego zastosowania opisanej kategorii środków. W punkcie czwartym przywołanego przepisu jako znamię orzeczenia względem sprawcy jednego z dostępnych w ustawie karnej środków zabezpieczających jest zaburzenie osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą

[179] M. Pyrcak-Górowska, *Środki zabezpieczające w polskim systemie prawnym de lege lata*, w: *Środki zabezpieczające. Ujęcie systemowe*, pod red. A. Barczak-Oplustil, M. Pyrcak-Górowskiej, A. Zolla, Kraków 2021, s. 398.

jej użycia.

Na kanwie tej regulacji ustawodawca posłużył się z kolei zupełnie innym pojęciem - zaburzenia osobowości. Charakter tej przesłanki zbliża na swój sposób jej pojmowanie do psychologiczno-psychiatrycznego rozumienia zagadnienia zaburzeń psychicznych. Dzieje się tak dlatego, że język ustawy zapożyczył termin, który występuje zarówno w klasyfikacjach ICD-11 oraz DSM-5, jak również jest powszechnie stosowany w literaturze z tych dziedzin oraz w praktyce pracy psychiatry, czy psychologa.

Jednakże, wybór ustawodawcy terminologii zdaje się być zaskakujący, z uwagi na widoczną tendencję do tworzenia przez ustawodawcę własnego słownika terminologicznego. Wizja ta zdaje się być wyraźna m.in. właśnie w kontekście stosowania przez język ustawy karnej terminów takich jak „choroba psychiczna", „upośledzenie umysłowe", czy „inne zakłócenia czynności psychicznych".

2.1.3. Art. 1 pkt 3 ustawy z dnia 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób

Innym przykładem legislacyjnego braku konsekwencji w zakresie stosowania spójnej terminologii jest posługiwanie się przez język ustawy z dnia 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób[180] terminem „zaburzenia psychiczne". Zostały one zdefiniowane poprzez treść art. 1 pkt 3, wedle którego za pozostające w kręgu uwagi ustawodawcy na kanwie tej ustawy pozostają tylko takie zaburzenia psychiczne, które mają taki charakter lub takie nasilenie, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia przeciwko życiu, zdrowiu lub wolności seksualnej,

[180] Ustawa z dnia 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, Dz.U. 2014, poz. 24 z późn. zm.

zagrożonego karą pozbawienia wolności, której górna granica wynosi co najmniej 10 lat.

W związku z powyższym, możliwym do wnioskiem na tym etapie rozważań jest, że regulacja w tym zakresie nie odbiega zasadniczo od sformułowanej gruncie art. 93c pkt 4 kk definicji zaburzeń osobowości. Pytaniem jest jednak, czy aby na pewno te dwa przytoczone terminy są względem siebie jednobrzmiące. Zaburzenia psychiczne mogą jawić się bowiem jako szerszy względem zaburzeń osobowości zbiór. Oznaczałoby to zatem, że są to pojęcia pokrewne, z których jedno zawiera się treściowo w drugim. Jednak wnioski takie bez odniesienia się do wiedzy z zakresu psychologii czy psychiatrii mogą być nad wyraz mylące, co rodzić może nieprawidłową ocenę sprawcy.

Przywołane tutaj przykłady pozaprawnych przesłanek o konotacjach psychologicznych, czy też psychiatrycznych pokazują złożoność omawianego problemu, która znajduje swoje odzwierciedlenie również na gruncie analizy art. 198 kk. Dlatego też tak istotnym jest dokonanie wykładni tych prawniczych terminów z wykorzystaniem elementów wiedzy z przywołanych tutaj dziedzin. Bowiem, jak to zostało przedstawione, zaburzenia osobowości niekoniecznie muszą zazębiać się znaczeniowo z pojęciem zaburzenia psychiczne. Pytaniem jest także, jak odnieść te medyczne detale terminologiczne do teorii i praktyki prawa karnego. Wątpliwości te będą stanowić dalszy zakres rozważań w niniejszym rozdziale.

2.2. Termin „choroba psychiczna” a psychiatria i psychologia

Jak to już zostało wcześniej zasygnalizowane, nie jest możliwym, a na pewno właściwym całkowite zignorowanie psychiatrii i psychologii w kontekście omawiania przesłanek o nawiązaniach do tych dziedzin nauki. Dzieje się tak zwłaszcza w przypadku interpretacji przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Dlatego w tym fragmencie rozważania skoncentrują się na kwestii poszukiwania definicji przesłanek pozaprawnych z wykorzystaniem narzędzi z zakresu psychiatrii

oraz psychologii.

W naukach tych panuje odmienna koncepcja kształtowania, a co za tym idzie pojmowania kwestii dotyczących kategoryzacji schorzeń w obrębie psychiki człowieka. W związku z powyższym, obecnie stanowisko środowiska psychiatrycznego przychyla się w sposób jednogłośny do odchodzenia od stosowania pojęcia „choroba psychiczna" na rzecz bardziej neutralnego „zaburzenia psychicznego". Tak też omawiana jednostka określana jest w klasyfikacjach DSM-5 oraz ICD-11. Krok ten został uzasadniony pojawiającymi się nierzadko problemami przy próbach jednoznacznego zbudowania kanonu przesłanek mających składać się na obraz kliniczny danego schorzenia w sferze zdrowia psychicznego[181]. Zatem, obecnie stosowanie pojęcia „zaburzeń" jest podyktowane chęcią dyplomatycznego rozstrzygnięcia zagadnień, które w swej naturze są niejednolite, a niejednokrotnie odnoszą się w innym zakresie do każdego z przypadków.

W ramach przywołanego na wstępie katalogu DSM prowadzonego przez Amerykańskie Towarzystwo Psychiatryczne, choroby psychiczne są zaliczane do szerokiej grupy i oznaczone kodem z katalogu DSM-5 (odpowiadającemu międzynarodowemu oznaczeniu ICD-11 w klasyfikacji wprowadzonej przez Światową Organizację Zdrowia - WHO)[182]. Stanowią one listy wszelkich schorzeń wraz z odpowiadającymi im kodami przypisanymi do konkretnego rozpoznania.

W przywołanych kategoryzacjach za zaburzenia psychiczne uznaje się zespół objawów, których cechami charakterystycznymi są problemy chorego w poprawnej realizacji funkcji poznawczych, emocjonalnych, a które stanowią konsekwencję

[181] A. L. Załustowicz, *Jakość życia dorosłych kobiet z wybranymi zaburzeniami psychicznymi zamieszkałych w Domu Pomocy Społecznej* (rozprawa doktorska), Poznań 2013, s. 22-23; P. Gałecki, K. Bobińska, w: *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, pod red. P. Gałeckiego, K. Bobińskiej, K. Eichstaedta, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 42, a także: F. Bolechała, *Stan psychiczny a odpowiedzialność karna – regulacje prawne i kryteria medyczne w Polsce oraz innych państwach*, w: *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2009, nr 4 (LIX), s. 311. Autor zwraca uwagę na problematyczne z punktu widzenia dokonywania wykładni odnoszenie pojęcia „choroba psychiczna" do zaburzeń o naturze psychotycznej, co prowadzić może w konsekwencji do nieprawidłowej interpretacji, z uwagi na powiązanie choroby psychicznej z wąską kategorią zaburzeń, podczas gdy według autora, podobne objawy o charakterze omamów mogą występować także przy innych zaburzeniach psychicznych, niebędących psychotycznymi.

[182] J. Wciórka, *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych według Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego na tle międzynarodowej klasyfikacji ICD-10,* w: *Psychologia zaburzeń*, pod red. R. C. Carsona, J. N. Butchera, S. Minei, vol. 2, Gdańsk 2003, s. 1043.

nieprawidłowości w przebiegu procesów biologicznych, rozwojowych lub biologicznych[183]. W związku z powyższym wyróżnia się schorzenia, których skutkiem jest osłabienie intelektualnej funkcji osobowości człowieka, np. psychozy o różnorakim podłożu, jak również neurozy czynnościowe (funkcjonalne), które nie muszą mieć wpływu na intelektualne pojmowanie świata przez chorego, lecz wpływają na zniekształcenia w sferze emocjonalno-wolicjonalnej. Do tego rodzaju chorób psychicznych zalicza się chociażby schizofrenię, katatonię, parafrenię, psychozę maniakalno-depresyjną czy paranoję[184]. Oznacza to, że zaburzenia psychiczne obejmują bardzo szeroką kategorię schorzeń, które nie posiadają jednego wspólnego rysu klinicznego, a zatem stanowią grupę trudną do uogólnienia, podciągnięcia pod pewien abstrakcyjny konspekt. Wymagają one bowiem indywidualnego podejścia do każdego przypadku.

2.3. Zaburzenia osobowości a choroba psychiczna i ich konsekwencje. Psychopatia, socjopatia i charakteropatia

Wspomniany wcześniej art. 93c pkt 4 kk jako przesłankę orzeczenia środków zabezpieczających wskazał m.in. zaburzenia osobowości. Jak zostało to już wskazane, zastosowanie tego terminu budzącego bezpośrednie skojarzenia z innym terminem zaburzeniami psychicznymi mającymi swój rodowód w psychiatrii i psychologii stanowi przebłysk nowych standardów w ustawodawstwie karnym w tym zakresie.

Jednakże, w tym miejscu słusznym jest dokonanie swoistego sprostowania kwestii powiązań znaczeniowych zaburzeń osobowości oraz zaburzeń psychicznych, nie są to bowiem terminy synonimiczne. Zaburzenia osobowości w swej naturze są bowiem uznawane za specyficzne cechy konkretnej osoby związane z jej stylem bycia, charakterem i usposobieniem, które nie stanowią podążania za

[183] J. N. Butcher, J. M. Hooley, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń...*, s.29.
[184] M. Berent, M. Filar, w: *Kodeks karny...*, s. 173; A. Grześkowiak, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, wyd. 7, Warszawa 2021, s. 317.

ogólnie przyjętymi normami społecznymi[185]. Choć przez ogół społeczeństwa zaburzenia osobowości mogą jawić się jako niedostosowanie społeczne, to jednak nie jest ono związane z jakimkolwiek procesem, który można sprowadzić do schorzeń w sferze zdrowia psychicznego, a raczej do nieswoistego sposobu funkcjonowania i pojmowania rzeczywistości lub pewnych jej aspektów przez osoby nimi dotknięte.

Do grupy zaburzeń osobowości uwzględnianych w nauce prawa karnego w kontekście możliwości przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej zaliczyć można przede wszystkim psychopatię, socjopatię oraz charakteropatię.

2.3.1. Psychopatia

Jak podnosi się w literaturze, brak jest obecnie ścisłej definicji psychopatii. Niektórzy z psychiatrów, m.in. F. Macciardi, zaprzeczają w ogóle istnieniu zjawiska psychopatii jako niedającego się zdiagnozować stanu[186].

Celem scharakteryzowania takiego rodzaju zaburzeń osobowości, przyjęto wskazywanie szeregu cech odróżniających[187]. Jak podkreślają M. Berent oraz M. Filar, psychopatie dotykają sfery emocjonalnej człowieka, nie wpływają zatem na intelekt oraz podejmowanie decyzji opartej na wolnej woli, a tym samym są obojętne z punktu widzenia możliwości zmniejszenia albo wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy[188]. W związku z powyższym psychopatia dotyka wyłącznie tej części funkcjonowania człowieka odpowiedzialnej za właściwą reakcję na bodźce będące przejawami emocji osób trzecich. U osób o cechach psychopatycznych reakcje te są osłabione lub wyłączone, co oznacza w praktyce niemożność prawidłowego zrozumienia stanów emocjonalnych, zachowań innych osób, jak również opieranie

[185] A. Golonka, *Zaburzenia osobowości i ich wpływ na ocenę poczytalności sprawcy przestępstwa*, w: *Zeszyty Prawnicze* 2013, nr 13.3, s. 109.

[186] J. Fallon, *Mózg psychopaty. Intrygujące spojrzenie na ciemną stronę umysłu*, Sopot 2017, s. 17.

[187] P. Daniluk, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, wyd. 5, Warszawa 2020, s. 323, Ponadto, w doktrynie pojawiają się głosy co do określania psychopatii jako „osobowość asocjalna" oraz „osobowość nieprawidłowa", tak wskazuje: M. Budyn-Kulik, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, wyd. 10, Warszawa 2021, s. 133.

[188] M. Berent, M. Filar, w: *Kodeks karny...*, s. 173; A. Marek proponował w tym względzie nieco inną definicję psychopatii, wedle której psychopata nie jest osobą zdolną do podjęcia decyzji i działania w pełni zgodnego z jego wolą, tak: A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 109.

przez psychopatę własnych zachowań wyłącznie o interes własny, z pominięciem dających się do przewidzenia negatywnych, czy pozytywnych reakcji emocjonalnych innych osób na kroki podjęte przez osobę. Psychopata nie dokonuje zatem rozrachunku za i przeciw w odniesieniu do swoich zachowań, co nie ma związku z jego zdolnościami intelektualnymi.

W psychiatrii psychopatię łączy się z występowaniem u jednostek określonych cech osobowościowych oraz akceptacji i wdrażania konkretnych, dewiacyjnych wzorców zachowań[189]. W literaturze z tego zakresu do cech osobowości psychopatycznej zalicza się m.in. brak zachowań empatycznych, brak samokrytyki i analizy własnego postępowania, niemożność wyciągnięcia wniosków ze swojego zachowania, brak konsekwencji w dążeniach, problemy w dostosowaniu się do norm społecznych, nieumiejętność współżycia społecznego, niemożność przyjęcia na siebie niepowodzeń etc[190]. Można zatem przyjąć ogólną zasadę, że psychopata to osoba wysoce niedostosowana społecznie, nieumiejąca funkcjonować w grupie. Jest to osoba wysoce indywidualistyczna, nonkonformistyczna. Natomiast w związku z kreowaną przez psychopatę postawą znaczną trudnością jest dokonywanie przez niego właściwych społecznie wyborów. Tym samym brak odruchów adaptacyjnych u psychopaty może dla osoby trzeciej sprawiać wrażenie przejawu zaburzeń psychicznych, w rzeczywistości nimi nie będąc.

2.3.2.Socjopatia

Socjopatia będąc drugim przykładem zaburzenia osobowości podobnie jak psychopatia, ale też i charakteropatia odznacza się znacznym ograniczeniem elastyczności, tj. dopasowywania do reguł społecznych. Dodatkowo, wskazać można że ogólna jej cechą, stanowiącą element wyróżniający względem pozostałych zaburzeń osobowości jest jej źródło upatrywane w szkodliwym wpływie środowiskowym na socjopatę[191]. W literaturze socjopatię kojarzy się niejednokrotnie z zaburzonym

[189] J. Groth, *Oblicza psychopatii. Obraz kliniczny i kategorie diagnostyczne*, Warszawa 2010, s. 7-8.
[190] P. Daniluk, w: *Kodeks karny...*, s. 323.
[191] D. Krakowiak, *Psychopatia, socjopatia i charakteropatia a odpowiedzialność karna*, w: *Prokuratura i Prawo* 2019, nr 3, s. 8.

procesem socjalizacyjnym[192].

Prowadzi to do konkluzji, wedle której socjopatę można określić mianem wtórnego psychopaty. Elementem łączącym te dwa zaburzenia osobowości jest ich rys charakterystyczny związany z odmiennym, niedostosowanym społecznie poczuciem, jakie zachowania są właściwe, a jakie sprzeczne z zasadami współżycia społecznego. Zarówno psychopata, jak i socjopata nie rozumieją przyczyn swojej odmienności, uważając otoczenie za nieprzystające do reguł. Tyczy się to również ubytkom w zakresie emocjonalności i zdolności do kierowania swoimi popędami. Różnicą zasadniczą jest jednak, że socjopata jest psychopatą z nawyknienia, z nauki jaką wynosi ze środowiska, w którym się wychował, czy też dostatecznie długo przebywał.

2.3.3. Charakteropatia

Charakteropatia jest zaburzeniem osobowości, którego etiologia jest bezpośrednio skorelowana z uszkodzeniem mózgu. Może mieć ono zaistnieć już w okresie życia płodowego człowieka, przy porodzie, ale też w ciągu życia[193]. Termin wprowadzony do nauki przez T. Bilikiewicza, obejmuje zmiany w sferze emocjonalnej człowieka, jak również tej części jego ja dotykającego regulacji wolą[194]. Oznacza to, że charakteropata może zmienić w znaczny sposób swoje zachowanie pod wpływem czynnika zewnętrznego, takiego jak uraz.

W przeciwieństwie bowiem do psychopatii oraz socjopatii, charakteropatia nie wynika ani z wewnętrznych uwarunkowań osobowościowych danej jednostki, ani z wyuczonych postaw, czy wzorów postępowania wyniesionych ze środowiska, z którego jednostka się wywodzi, lecz z czynnika całkowicie zewnętrznego.

W związku z powyższym istotnym jest wskazanie, że co do zasady, zaburzenia osobowości, w tym np. psychopatia nie wyłączają możliwości przypisania

[192] A. Golonka, *Zaburzenia...*, s. 116; P. Gałecki, w: *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, pod red. K. Eichstaedta, P. Gałeckiego, A, Depko, wyd. 4, Warszawa 2022, s. 387.
[193] K. Spett, *Poczytalność charakteropatów*, w: *Palestra* 1969, nr 13/5 (137), s. 30-31.
[194] Ibidem, s. 30.

odpowiedzialności sprawcy czynu[195]. Wydaje się wręcz, że pojawiające się w tym zakresie wątpliwości mogą dotykać charakteropatów, co jest związane z genezą powstania uszkodzeń jako efektu urazów w obrębie układu nerwowego, przede wszystkim mózgu[196]. Oznacza to konieczność każdorazowego badania możliwości percepcyjnych osób z tego rodzaju zaburzeniem osobowości, w celu wykluczenia niepoczytalności. Natomiast jako pewną awangardę można traktować postulaty nakazujące branie pod uwagę zaburzeń osobowości, głównie zaś psychopatii i socjopatii w kontekście ewentualnego ustalania niepoczytalności sprawcy[197]. Wniosek taki nie jest poparty w przedstawionych tutaj argumentach, na które składają się m.in. elementy różnicujące zaburzenia osobowości od chorób psychicznych. Dotyczy to chociażby przeciwieństw takich jak stałość zaburzeń osobowości i zmienność faz chorób psychicznych. Zatem, o ile sprawca z zaburzeniem osobowości nie jest również osobą chorą psychicznie, upośledzoną umysłowo lub posiadającą inne zakłócenie czynności psychicznych w chwili czynu, to nie jest, co do zasady możliwe wyłączenie jej odpowiedzialności karnej.

Odnosząc powyższe rozważania do art. 198 kk w kontekście analizy sylwetki pokrzywdzonego słusznym jest wskazanie, że zaburzenia osobowości nie mogą być cechami charakteryzującymi pokrzywdzonego, a więc wyłączne ich występowanie nie będzie stanowiło przesłanki przypisania sprawcy czynu z art. 198 kk. Konsekwencją takiego stanu rzeczy jest, że przywołanie w toku postępowania karnego argumentu pełnomocnika pokrzywdzonego wskazującego na występowanie u ofiary np. cech psychopaty, nie determinuje automatycznie kwalifikacji czynu sprawcy jako przestępstwa z art. 198 kk. Po rozważeniu całokształtu okoliczności konkretnej sprawy, a przede wszystkim wykluczeniu występowania u pokrzywdzonego w chwili zdarzenia bezradności lub niepoczytalności z powodu choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, może się okazać, że w zależności od towarzyszących zdarzeniu okoliczności czyn sprawcy może przybrać znamiona innego typu rodzajowego przestępstwa seksualnego, np. zgwałcenia.

---

[195] M. Budyn-Kulik, w: *Kodeks karny...*, s. 133.
[196] Zob. np. K. Spett, *Poczytalność...*, s. 32.
[197] R. Zawiejski, *System prawa medycznego. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, pod red. E. Zielińskiej, T. Dukiet-Nagórskiej, A. Liszewskiej, t. III, Warszawa 2021, s. 389.

Mając na uwadze poczynione tutaj rozważania na temat analizy pojęcia „choroba psychiczna" na gruncie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, zdecydowanym *novum* jest zastosowanie przez ustawodawcę terminu „osoba z zaburzeniami psychicznymi". Tym samym, co również zostało już podkreślone, język wspomnianej ustawy zdaje się zbliżać do języka z zakresu psychiatrii i medycyny.

Podstawowym pytaniem, na które należy odpowiedzieć w tej części rozprawy mające bezpośrednie przełożenie na wykładnię przesłanki choroby psychicznej przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk jest, czy ów zarysowujący się mariaż terminów medycznych („zaburzenia psychiczne") oraz prawnych („choroba psychiczna") jest właściwym kierunkiem. Należy rozważyć zatem, czy celem następnych nowelizacji w tym zakresie powinno być scalenie, ujednolicenie poprzez dopasowanie omawianej kategorii terminologii z zakresu prawa karnego do standardów psychiatrii i psychologii, czy też właściwszym byłoby pozostanie przy dotychczasowym, niejako odrębnym słowniku terminologicznym, który wyłącznie pomocniczo stosuje osiągnięcia z przywołanych tutaj nauk pozaprawnych i dostosowuje je do wyzwań i odmienności dotyczących tej dziedziny prawa.

Traktując powyższe stwierdzenia jako pytania, do których zostaną poczynione odpowiednie uwagi we wnioskach końcowych, w tym miejscu dysertacji warto odnieść się do stanu obecnego, a zatem skoncentrować się na postulatach *de lege lata*.

Przesłanka „choroba psychiczna" będąc wraz z przesłankami „upośledzenie umysłowe", ale też „inne zakłócenie czynności" psychicznych pewną inspiracją wyprowadzoną wprost z nauk pozaprawnych takich jak psychiatria czy psychologia jest wyzwaniem dla jej interpretatorów. Dzieje się tak w związku z jej wieloznacznością, co widać na przykładzie przywołanych tutaj aktów prawnych. Tym samym prowadzenie rozważań w zakresie jej wykładni z wykorzystaniem wypracowanych definicji z innych aktów prawnych, takich jak chociażby wielokrotnie przywoływana tutaj ustawa o ochronie zdrowia psychicznego niekoniecznie jest receptą prowadzącą do właściwych wniosków. Również obarczonym pewnym ryzykiem jest posługiwanie się definicjami z zakresu psychiatrii, czy psychologii. Jest to związane z przyjęciem przez przedstawicieli tych nauk innej perspektywy, co ujawnia się już z chociażby poprzez odmienność warstwy językowej. Niemniej jednak mariaż z rozsądku pomiędzy nauką prawa karnego a wymienionymi naukami medycznymi jest tutaj konieczny, czego

dowodem jest chociażby wypracowanie stanowiska względem oceny odpowiedzialności z tytułu np. psychopatii. Zignorowanie całkowite osiągnięć psychiatrii czy psychologii w tym zakresie mogłoby prowadzić do błędnych wniosków, traktując ten stan jako chorobę psychiczną. Dlatego też, choć nie jest to zadaniem łatwym i obarczonym ryzykiem wypłynięcia na mieliznę interpretacyjną, posiłkowanie się osiągnięciami nauk pozaprawnych jest w tym aspekcie nieodzowne. Należy jednak pamiętać o zachowaniu rozwagi i dystansu, który jest związany z celami stojącymi za prawodawstwem karnym, a mianowicie z określaniem sytuacji, które wymagają uregulowania poprzez normę sankcjonującą.

3. Bezradność jako przesłanka przestępstwa z art. 198 kk

3.1. „Bezradność" jako przesłanka przestępstwa seksualnego wykorzystania w ujęciu prawnoporównawczym (rozwiązanie szwedzkie, niemieckie, brytyjskie)

Mając na uwadze konieczność poprawnego zdefiniowania pojęcia bezradności jako przesłanki przestępstwa z art. 198 kk, podkreślić można, że zauważalnym jest niedoprecyzowanie przez ustawodawcę tego znamienia określającego pokrzywdzonego. Wymaga to szerszego spojrzenia na analizowane zagadnienie i stworzenie narzędzi pomocniczych w postaci opracowań dotyczących problemów pokrewnych w celu wypracowania własnych konkluzji.

Dlatego też, zdając sobie sprawę z trudności w wykładni znamienia bezradności oraz problemów i wyzwań, które się z nim wiążą interesującym jawi się na wstępie przedstawienie jak zagadnienie to zostało uregulowane na gruncie innych ustawodawstw karnych. Z uwagi na przywołanie w poprzedniej części niniejszej pracy modeli uregulowania przestępstw seksualnych obowiązujących obecnie w Szwecji, Niemczech oraz Wielkiej Brytanii, przedmiotowe rozważania w tym rozdziale zostaną rozstrzygnięte poprzez zestawienie polskiego rozwiązania w kontekście szwedzkiego.

Jak to już zostało zaznaczone poprzednio szwedzka koncepcja zakłada obowiązywanie jednego głównego przepisu, w ramach którego wyróżnić można część

wstępną określającą ogólne założenia względem czynności wykonawczych oraz wskazania przesłanki braku dobrowolnej zgody. To ostatnie znamię jest następnie rozwijane poprzez wypunktowane definicje określające, w jakich sytuacjach nie jest możliwe z mocy prawa uznanie, że zgoda nie zachodzi[198].

Jednymi z takich okoliczności są: utrata przytomności, sen, poważny strach, wpływ alkoholu, wpływ narkotyków, choroba, uszkodzenie ciała (ang. *„unconsciousness, sleep, grave fear, the influence of alcohol or drugs, illness, bodily injury”*).

Okoliczności ujęte w ramach § 1 rozdziału 6 szwedzkiego kodeksu karnego zdają się odpowiadać, przynajmniej częściowo, wykładni pojęcia „bezradność” występującemu jako przesłanka przestępstwa z art. 198 kk. Dostrzegalnym elementem, odróżniającym całokształt regulacji szwedzkiej od polskiej jest brak występowania na gruncie przywołanego paragrafu skutku w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Szwedzka ustawa karna literalnie nie wymaga, aby dla możliwości przypisania sprawcy stan pokrzywdzonego musiał prowadzić do niepoczytalności. Pomimo tego, można wskazać, że zastosowanie enumeratywnie ujętych przesłanek, które w szwedzkim prawie karnym składają się na przesłankę bezradności, przynajmniej w pewnym stopniu stanowić może zabezpieczenie przed nadmierną penalizacją w zakresie przestępstw seksualnych. W przeciwieństwie bowiem do polskiego uregulowania przedmiotowej kwestii poprzez nieostre określenie „bezradność” niepołączonego z wymogiem stwierdzenia niepoczytalności ofiary, ujawnia się teoretycznie pole do nadużyć poprzez stworzenie abstrakcyjnych stanów faktycznych takich jak na przykład rzekome seksualne wykorzystanie bezradności w postaci okresu ciąży.

W przypadku rozwiązania legislacyjnego przyjętego przez niemiecki kodeks karny kwestia odpowiednika polskiej bezradności została określona w § 177 wskazującej na ogólne stwierdzenie, że sprawca popełnia przestępstwo tam opisane jeśli m.in. wykorzystuje fakt niemożności sformułowania lub wyrażenia woli przeciwnej.

[198] Swedish Criminal Code, Chapter 6, §1, https://www.government.se/4adb14/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf [data dostępu: 12.02.2023].

Okoliczność ta była już brana pod rozwagę na gruncie niniejszej dysertacji w kontekście omówienia przesłanki braku zgody, która wyraźnie wybrzmiewa poprzez przywołany tutaj fragment ustawodawstwa karnego RFN. Jednakże literalna interpretacja tego przepisu wskazuje także, że jest to sposób na usankcjonowanie wykorzystania stanu mogącego odpowiadać, przynajmniej w pewnym zakresie, polskiej bezradności.

Jest to związane z tym, że bezradność również sprowadzać się może do wyłączenia możliwości sformułowania woli przez ofiarę. Dzieje się tak np. w sytuacji znacznego upojenia alkoholowego. Co istotne, niemiecki ustawodawca skoncentrował się wyraźnie na psychicznej stronie niemożności reakcji na czyn sprawcy, podczas gdy polski Kodeks karny zwraca uwagę na dwa aspekty bezradności: psychiczny i fizyczny, które ogólnie można określić jako brak możliwości przeciwdziałania pokrzywdzonego na zaistniałą lub mającą zaistnieć sytuację seksualnego wykorzystania.

Niemiecki ustawodawca zdaje się natomiast dostrzegać aspekt fizyczny bezradności w następnym punkcie definiującym przestępstwo napaści seksualnej. Jego treść określa, że przestępstwo opisane w § 177 StGB sprawca popełnia jeśli wykorzystuje fakt, że stan fizyczny lub psychiczny osoby powoduje znaczne ograniczenia w kształtowaniu lub wyrażaniu woli, chyba że uzyskał zgodę tej osoby (niem. *„der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert”*). Ustawodawca niemiecki skoncentrował się zatem w omawianym zakresie na sytuacji ograniczonej poczytalności pokrzywdzonego, której przyczyny należy doszukiwać się zarówno w stanie fizycznym, ale też psychicznym, które to stany w znaczny sposób stanowić mogą przeszkodę do dysponowania przez ofiarę swoim dobrem w postaci wolności seksualnej w aspekcie prawa do samostanowienia o życiu seksualnym. Jednocześnie, interesującą jest uwzględniona przez StGB klauzula ekskulpacyjna, która zakłada, że w opisanych tutaj warunkach sprawca nie popełnia przestępstwa, jeśli uzyskał zgodę partnera seksualnego.

To oznacza, że na gruncie niemieckiego kodeksu karnego odpowiednika polskiej bezradności należy szukać bardziej w drugim z opisanych przypadków. Dzieje się tak, ze względu na pominięcie całkowite kwestii przeszkód fizycznych w pierwszym

przypadku, który jak się zdaje, można kojarzyć z niepoczytalnością, z uwzględnieniem tego elementu w drugiej sytuacji, która bardziej odpowiada polskiej instytucji poczytalności ograniczonej.

Wreszcie, przywołany już na kanwie niniejszej rozprawy brytyjski Sexual Offences Act 2003 w zakresie przestępstwa dopuszczania się aktywności seksualnej z osobą o zaburzeniach psychicznych utrudniających podjęcie decyzji wskazał na dwie przyczyny braku możliwości wyrażenia przez ofiarę ważnej zgody.

Pierwsza z nich dotyczy sytuacji, kiedy pokrzywdzony nie ma możliwości dokonania decyzji na kontakt seksualny ze sprawcą, co ma miejsce z powodu braku dostatecznego zrozumienia natury lub racjonalnie przewidywalnych konsekwencji zaistniałej sytuacji (ang. *„he lacks the capacity to choose whether to agree to the touching (whether because he lacks sufficient understanding of the nature or reasonably foreseeable consequences of what is being done, or for any other reason)”*). Druga zaś okoliczność uwzględniona w przywołanym akcie prawnym jest skorelowana z brakiem możliwości zakomunikowania przez ofiarę wyboru (ang. *„he is unable to communicate such a choice to A”*). Tak skonstruowane przesłanki pozwalają na ich odniesienie do polskiej regulacji z art. 198 kk.

Pierwsza z przesłanek nosi bowiem cechy, które skonfrontować można z instytucją niepoczytalności, w odniesieniu do skutku. Według Sexual Offences Act 2003 pokrzywdzony nie może wyrazić zgody jeśli nie ma dostatecznych możliwości zrozumieć istoty sytuacji lub nie umie w sposób racjonalny przewidzieć jej konsekwencji. Taki kształt regulacji przywodzi na myśl konstrukcję braku zdolności do rozpoznania znaczenia swojego czynu, a więc jednej z dwóch części składowych skutku związanego z niepoczytalnością.

Druga zaś z przywołanych sytuacji z uwagi na podkreślenie braku możliwości uzewnętrznienia przez ofiarę wyboru, co może nasuwać skojarzenia m.in. z polskim uregulowaniem bezradności przy np. afazji.

Wskazać jednak należy, że omawiane tutaj rozwiązanie z Sexual Offences Act 2003 dotyczy wyłącznie sytuacji odnoszącej się do seksualnego wykorzystania osoby chorej psychicznie. Zdaje się, że ta grupa pokrzywdzonych wydała się dla brytyjskiego legislatora najważniejsza. Trudno jest zatem w pełni odwołać się do polskiej regulacji

bezradności, która jest odrębną od choroby psychicznej przesłanką przestępstwa z art. 198 kk.

Mając na uwadze całokształt poczynionych w tym miejscu rozważań dotyczących komparatystyki polskiego uregulowania przesłanki „bezradność" w kontekście innych, wybranych europejskich rozwiązań, wskazać należy na zdecydowane różnice w założeniach ustawodawczych.

W żadnym bowiem z przywołanych rozwiązań nie występuje wymóg ustawowego powiązania stanu pokrzywdzonego, nawet w sytuacji choroby psychicznej, ze skutkiem w postaci niepoczytalności. Pomimo tego na uwagę zasługuje z całą pewnością rozwiązanie szwedzkie, które co prawda nie zawiera wskazania na znamię bezradności, lecz *de facto* zawiera je poprzez dokonanie egzemplifikację elementów, które co do zasady składają się na polską bezradność. Oczywiście, wada takiej regulacji jest wspólna dla definicji poprzez katalog zamknięty przesłanek, a mianowicie wyraźnie określony zakres regulacji, co stosunkowo nie pozwala na jego poszerzanie, tak jak ma to miejsce przy zastosowaniu pojęć nieostrych. Niemniej jednak, mając na uwadze zakreślone tutaj problemy z polskim podejściem do zagadnienia seksualnego wykorzystania bezradności, sposób szwedzki jawi się jako pomocny.

Wskazać również należy na model niemiecki, który jawi się jako najbliższy polskiemu rozwiązaniu, dookreśla on bowiem przesłankę – odpowiednik bezradności. Co interesujące, czyni to w dwóch aspektach, które można przyrównać do niepoczytalności oraz poczytalności ograniczonej w znacznym stopniu. Jednakże porównanie dotyczy wyłącznie jednej części konstrukcji polskiego skutku wskazanego w art. 198 kk, a więc braku zdolności do rozpoznania znaczenia swojego czynu.

3.2. Definicja prawnokarna terminu „bezradność"

Mając na uwadze poczynione uwagi o charakterze prawnoporównawczym a odnoszące się do zagadnienia przesłanki „bezradność" wskazać można, że rozważania w tym zakresie prowadzą do niejednorodnych konstatacji, wiodących do problemów

interpretacyjnych, a tym samym utrudniają one skuteczne stosowanie omawianego przepisu w praktyce.

Według M. Mozgawy bezradność nie musi być związana z niemożnością rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania przez pokrzywdzonego swoim postępowaniem[199]. W ten sposób termin ten jest także ujmowany na gruncie art. 115 Kodeksu wykroczeń stanowiącego odpowiedzialność z tytułu niepoddawania się obowiązku szczepienia lub badania[200]. Powszechnie przyjmuje się w doktrynie prawa karnego, że bezradność może mieć charakter psychiatryczny, jak i pozapsychiatryczny[201]. Tym samym za błędny należy uznać pogląd prezentowany przez M. Rodzynkiewicza, który odrzuca inne niż somatyczne lub fizyczne przyczyny bezradności[202]. W orzecznictwie wskazuje się bowiem, że źródłem powstania bezradności może być chociażby stres o dużym natężeniu[203]. Przyjęcie poglądu przeciwnego prowadziłoby w praktyce do znacznego ograniczenia obszaru poddanego penalizacji.

Na poparcie takiej tezy można wskazać, że aksjologicznie słusznym jest bowiem ujęcia w Kodeksie karnym również czynów o seksualnym charakterze, niebędących zgwałceniem, których pokrzywdzony znajduje się w niepatologicznym stanie wyłączającym możliwość świadomego podejmowania decyzji np. poprzez odurzenie alkoholem, w który to stan osoba pokrzywdzona sama się wprawiła[204]. Podążając za koncepcją M. Rodzynkiewicza samodzielny stan upojenia alkoholowego, który w sposób znaczący wpływa na zdolność do rozpoznawania swoich czynów

[199] M. Mozgawa, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, wyd. 10, Warszawa 2021, s. 690-691; zob. także: J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, wyd. 5, Warszawa 2020, s. 1355.

[200] Zob. np. A. Michalska-Warias, w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, wyd. 6, Warszawa 2019, s. 519.

[201] Por. np. J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny...*, s. 570; V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 992; wyrok SA Lublin z dnia 19.10.2000 r., II AKa 190/00, Prok. I Pr.-wkł. 2001/9, poz. 18; wyrok SN z dnia 25.11.2009 r., sygn. V KK 271/09, LEX nr 553764.

[202] M. Rodzynkiewicz, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, pod red. A. Zolla, wyd. 2, Zakamycze 2006, s. 632-633.

[203] Wyrok SN z dnia 21.04.2006 r., sygn. IV KK 41/06, LEX nr 1614938, a także: wyrok SA Katowice z dnia 26.04.2012 r., sygn. II AKa 107/12, LEX nr 1220203.

[204] K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 702, autor wskazuje, że stan bezradności pokrzywdzonego może być związany z nadużyciem środków mających na celu odurzenie ofiary, Autor nie wskazuje na okoliczności wprowadzenia pokrzywdzonego w ten stan, nie kwestionuje zatem możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy, który wykorzystał zastany stan np. upojenia alkoholowego pokrzywdzonego, uprzednio nie namawiając go do tego; zob. też: Wyrok SA Katowice z dnia 26.08.2010 r., sygn. II AKa 213/10, LEX nr 686856.

i pokierowania swoim postępowaniem wyłączałby możliwość karania sprawcy naruszającego wolność seksualną osoby upojonej w sposób opisany poprzez treść art. 198 kk. Taka zaś sytuacja nie powinna mieć miejsca z uwagi na fakt, że przedmiotem ochrony w kontekście omawianego przepisu jest wolność seksualna jednostki, a więc prawo do samostanowienia w przedmiocie życia seksualnego przez człowieka. Upojenie alkoholowe, ale także inne stany niepatologiczne takie jak chociażby działanie w stanie po użyciu środków odurzających albo silne wzburzenie wpływa w sposób znaczący na percepcję osoby znajdującej się w takim stanie. Nie jest ona zdolna do wyrażenia świadomej lub swobodnej zgody, a to powoduje naruszenie wolności seksualnej tej osoby.

W związku z powyższym, słusznym jest opowiedzenie się za koncepcją, wedle której każda sytuacja kiedy pokrzywdzony nie może w sposób pozbawiony wadliwości podjąć lub wyrazić swej woli w zakresie kontaktów seksualnych powinna podlegać penalizacji. Dla celów ustawy nie powinny mieć znaczenia okoliczności znajdowania się przez potencjalną ofiarę w stanie np. bezradności, lecz sam fakt że osoba trzecia czyni działania mające na celu naruszyć wolność innej osoby lub wykorzystanie nadarzającej się ku temu sposobności niespowodowanej bezpośrednio przez sprawcę, tu w kontekście sfery seksualności.

Pogląd przeciwny, który ochronę prawną przed nadużyciami seksualnymi uzależnia od neutralnych okoliczności towarzyszących wyłączeniu lub ograniczeniu aparatu decyzyjnego potencjalnej ofiary, był w przeszłości prezentowany przez orzecznictwo, głównie w kontekście przestępstwa zgwałcenia. Koncepcja taka zdaje się znajdować potwierdzenie w orzecznictwie. Sąd Apelacyjny w Białymstoku w wyroku z 2018 roku wskazał jednoznacznie, że charakter bezradności jest szeroki, bowiem składać się na nią mogą czynniki zarówno obiektywne, jak i subiektywne. We wskazanym wyżej orzeczeniu sąd wymienił jako przykładowe składniki mogące wpływać na bezradność pokrzywdzonego, takie okoliczności jak: stan psychofizyczny ofiary, rozwój psychiczny i emocjonalny, stosunki materialne, czy też funkcjonowanie przy wsparciu osób najbliższych[205]. Zatem, mając na uwadze powyższe uwagi zachęcanie lub podawanie dorosłej osobie alkoholu lub środków odurzających, w wyniku czego osoba zażywająca lub spożywająca znalazła się w stanie niemożności

[205] Wyrok SA Białystok z dnia 26.04.2018 r., sygn. II Aka 25/18, LEX nr 2685546.

podjęcia autonomicznej decyzji i wyrażenia zgody na kontakty seksualne, a w konsekwencji podjęcie przez namawiającego realizacji znamion art. 197 kk (art. 169 kk z 1969 r.) nie mogło stanowić podstawy skazania napastnika z tytułu zgwałcenia[206]. Podobne koncepcje, co zostało wskazane wyżej, niektórzy z przedstawicieli piśmiennictwa wysnuwają w kontekście przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Nie można zgodzić się z takimi sugestiami, gdyż ich akceptacja przyczyniłaby się do dekompozycji aksjologicznego założenia odnoszącego się do całego rozdziału XXV Kodeksu karnego, który w swej istocie zakłada szczególną ochronę wolności seksualnej każdej osoby, bez względu na jakiekolwiek elementy różnicujące.

Poglądowi temu wtóruje J. Piórkowska-Flieger, która wskazuje, że przesłanka bezradności powinna być interpretowana w sposób szeroki bez stosowania jakichkolwiek kryteriów zawężających. Jest to związane z ryzykiem doprowadzenia do sytuacji kiedy ustawodawca w drodze uregulowania karnego doprowadziłby do podziału na „lepsze" i „gorsze" naruszenia sfery seksualności, przerzucając na ofiarę akcent odpowiedzialności tejże za zaistniałe zdarzenie[207]. Takie zaś ukształtowanie omawianego problemu, częściowo stygmatyzujące pokrzywdzonego i odejmujące odpowiedzialność sprawcy nosi znamię wtórnej wiktymizacji[208]. Przedstawiona tutaj idea wykładni pojęcia bezradności zdaje się zazębiać z koncepcją Sądu Najwyższego, który stwierdził, że jako osobę bezradną należy rozumieć każdą osobę, która nie może w pełni zrozumieć znaczenia czynu lub pokierować swoim postępowaniem z powodów, które nie są upośledzeniem umysłowym ani chorobą psychiczną[209]. W innym rozstrzygnięciu Sąd Najwyższy dobitnie wyraził pogląd, że przyczyna znalezienia się przez pokrzywdzonego w okolicznościach w których nie jest on w stanie swobodnie i w sposób świadomy dysponować swoją wolnością z sferze seksualności może być zarówno obiektywna, jak i subiektywna[210]. Tym samym SN przyczynia się do propagowania idei ochrony przed przemocą seksualną w przypadku wszelkich naruszeń w tymże kontekście. Stanowiska wyżej przytoczone należy uznać za prawidłowe

[206] Wyrok SN z dnia 26.09.1974 r., sygn. III KR 105/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 229.
[207] J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny...*, s. 570.
[208] Na temat wtórnej wiktymizacji zob. np. K. Łaszkiewicz, *Powinności Policji...*, s. 38, L. Falandysz, *Wiktymologia*, s. 161-162; P. Antoniak, *Wtórna wiktymizacja-perspektywa...*, s. 45.
[209] Wyrok SN z dnia 02.07.2002 r., sygn. IV KKN 266/00, LEX nr 54406.
[210] Wyrok SN z dnia 21.04.2006 r., sygn. IV KK 41/06, LEX nr 1614938.

i godne aprobaty. W nowoczesnym, demokratycznym państwie nie może istnieć kategoryzowanie pokrzywdzonych, dzieląc ich na takich którzy zasługują na ochronę ze strony prawa karnego oraz na takich, którym ochrona nie powinna zostać przyznana mając na uwadze tożsamość i szereg punktów wspólnych stanów faktycznych i faktyczną zbieżność przesłanek czynu zabronionego.

Jednocześnie wartym poświęcenia uwagi jest pojawiające się ostatnimi czasy zjawisko przestępczości seksualnej, której sprawcami są kierowcy przejazdów zamawianych poprzez aplikacje.

Pojawiające się w mediach doniesienia o kolejnych tego typu zdarzeniach mają podobny scenariusz. Kierowca odwozi pasażera, w przywoływanych przykładach są to kobiety w ramach przewozu osób zamawianego przez aplikację. W pewnym momencie kierowca zbacza z kursu i wywozi pasażerkę w ustronne miejsce, gdzie dochodzi do wykonania przez sprawcę obcowania płciowego z pokrzywdzoną lub wykonania na niej, bądź poddania się przez nią innej czynności seksualnej[211]. Tego rodzaju zdarzenie zostało opisane w jednym z ostatnich doniesień medialnych. W tym przypadku pokrzywdzoną jest piętnastoletnia dziewczyna, która wracając taksówką zamówioną przez aplikację została wywieziona poza trasę przejazdu, po czym sprawca dopuścił się na niej najpierw innej czynności seksualnej, a następnie obcowania płciowego. W tym jednak przypadku, artykuł prasowy został wzbogacony o przytoczenie wypowiedzi rzecznika prasowego Prokuratury Regionalnej w Warszawie, który informując o prowadzonym postępowaniu przygotowawczym w przywołanym zakresie wskazał, że jest ono prowadzone w kierunku przestępstwa z art. 198 kk. Według informacji prasowej przesłanką dla przyjęcia takiej kwalifikacji było owo wywiezienie pasażerki w odległe miejsce, co przemawiać by miało o zaistnieniu przesłanki bezradności[212]. Na podstawie przywołanych szczątkowych danych składających się na opis zdarzenia można mieć wątpliwości co do zasadności przyjętej w tej sprawie kwalifikacji prawnej.

W rzeczywistości bowiem, zdaje się, że właściwszym byłoby wszczęcie

[211] Zob. np. G. Zawadka, *Przybywa kobiet kobiet zgwałconych w taksówkach zamówionych przez aplikacje*, w: *Rzeczpospolita*, 28.07.2022, https://www.rp.pl/przestepczosc/art36779511-przybywa-kobiet-zgwalconych-w-taksowkach-zamawianych-przez-aplikacje [data dostępu: 20.04.2023].

[212] *Kierowca taksówki na aplikację aresztowany za gwałt na 15-latce. „Wykorzystał jej bezradność”*, https://www.tokfm.pl/Tokfm/7,103085,29518732,kierowca-taksowki-na-aplikacje-aresztowany-za-gwalt-na-15-latce.html [data dostępu: 20.04.2023].

postępowania przygotowawczego z przyjęciem kwalifikacji z art. 189 §1 kk w zw. z art. 197 §1 i §2 kk w zw. z art. 11 §2 kk. Sprawca w omawianym przykładzie *de facto* najpierw pozbawił ofiarę wolności rozumianej jako wolność lokomocyjna, a następnie dopuścił się zgwałcenia w dwóch typach podstawowych[213]. Nie jest właściwe utożsamianie bezradności ze wskazaną wolnością w jej pierwotnym znaczeniu. To oznacza, że sprawca porywając ofiarę poprzez zboczenie z wykonywanego w ramach usługi taksówkarskiej kursu, tak naprawdę pozbawia pokrzywdzonego wolności poprzez uniemożliwienie mu samowolnego oddalenia się. Źródła bezradności w aspekcie fizycznym są akcentowane w odmienny sposób, jako niemożność wykonania przez ofiarę ruchu w związku z, tak jak to już zostało podkreślone w tej części opracowania, paraliżem, czy też skrępowaniem. W tej sytuacji taka okoliczność nie zachodzi. Przy bezradności fizycznej zdolność pokierowania swoim zachowaniem jest wyłączona w sensie organicznym, rozumianym jako brak możliwości wykonania jakiegokolwiek ruchu, nie zaś jako pozbawienie wolności w postaci wywiezienia pokrzywdzonego w inne miejsce wbrew jego woli, a następnie dopuszczenie się czynności seksualnej. Tego typu okoliczności stanowią realizację znamion dwóch typów zabronionych, tj. pozbawienia wolności oraz zgwałcenia.

3.2.1. „Bezradność" a „inne zakłócenie czynności psychicznych" na gruncie art. 31 §1 Kodeksu karnego oraz art. 3 ustawy z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego

Dokonując wykładni wskazanego przestępstwa z art. 198 kk, znamiennym jest fakt sformułowania przepisu penalizującego analizowane przestępstwo w sposób częściowo analogiczny do art. 31 §1 kk poświęconemu niepoczytalności. Ustawodawca bowiem zdecydował się jako przesłanki przestępstwa z art. 198 kk ustalić bezradność pokrzywdzonego lub wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem.

[213] K. Lipiński, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, pod. red. J. Giezka, Warszawa 2021, s. 531.

W sposób oczywisty nasuwa to analogię w odniesieniu do jednej z okoliczności wyłączającej odpowiedzialność karną, niepoczytalności. Takie ukształtowanie przesłanek omawianego typu rodzajowego przestępstwa implikuje konieczność przeprowadzenia rozważań w kierunku ustalenia czy pojęcia bezradności oraz innych zakłóceń czynności psychicznych powinny być rozumiane jako synonimiczne czy też nie. W tym celu koniecznym jest dokonanie syntetycznej charakterystyki tzw. innych zakłóceń czynności psychicznych z art. 31 §1 kk i zestawienie jej z dotychczas poczynionymi ustaleniami względem przesłanki „bezradność".

Według treści wspomnianego przepisu art. 31 §1 kk inne zakłócenia czynności psychicznych należą, obok choroby psychicznej oraz upośledzenia umysłowego, do przesłanek niepoczytalności. Zagadnienie dotyczące dokonania dogłębnej analizy pojęcia innych zakłóceń czynności psychicznych stanowi niezwykle obszerną materię. Jest to związane z występującymi wieloma sporami pośród przedstawicieli doktryny, którzy stawiają pytania odnośnie tego jak daleko sięgać powinno to pojęcie. Ma to o tyle istotne znaczenie, gdyż od poprawnego ustalenia jakie elementy można określić mianem omawianego pojęcia zależy odpowiedzialność sprawcy, a *de facto* jej brak.

W przeszłości, w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 roku, problem innych zakłóceń czynności psychicznych rodził liczne dyskusje merytoryczne, które w skrócie można sprowadzić do wątpliwości, czy z analizowanym zagadnieniem należy łączyć wyłącznie stany o patologicznym pochodzeniu czy również te niepatologiczne, takie jak chociażby afekt[214]. Jednakże, już ówcześnie aktywny był pogląd przeciwstawny, wedle którego pojęcie innych zakłóceń czynności psychicznych powinno zostać rozszerzone także o inne, aniżeli patologiczne stany. Za takim rozumieniem przedmiotu rozważań opowiedział się również Sąd Najwyższy, który w swoich orzeczeniach z tamtego okresu wielokrotnie wskazywał na potrzebę poszerzenia kwalifikacji sytuacji określanych mianem innych zakłóceń czynności psychicznych o takie składniki jak np. zatrucie, okres ciąży, miesiączka, okres dojrzewania u nastolatków, czy też gniew lub strach[215]. Wskazać także należy, że Sąd Najwyższy swoje stanowisko opierał na stwierdzeniu braku wyraźnego wskazania przez ustawodawcę na źródło innych zakłóceń czynności psychicznych, w związku z czym

[214] A. Golonka, *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Warszawa 2013, s. 124-127.
[215] Ibidem, s. 127; Wyrok SN z dnia 06.02.1935 r., sygn. I K 1075/34, LEX nr 379729.

uznał, że nie ma podstaw do zawężania znaczenia tego terminu[216].

Na gruncie kolejnych ustaw karnych, pomimo zmian zachodzących w kształcie oraz ogólnym nazewnictwie dotyczącym omawianego rodzaju instytucji, podstawowe założenia wypracowane przez doktrynę i judykaturę okresu obowiązywania kodeksu Makarewicza pozostało aktualne. Jednocześnie należy zgodzić się z A. Golonką, która podnosi, że pojęcie innych zakłóceń czynności psychicznych jest terminem wytworzonym wprost na potrzeby prawa karnego i niemającym elementów wspólnych z nomenklaturą medyczną. Tym samym uznać należy, podług założeń autorki, że nie jest możliwe przełożenie analizowanego pojęcia na konkretne zaburzenia w obrębie funkcjonowania psychiki człowieka z zastosowaniem odpowiednich kodów klasyfikacji ICD czy DSM[217]. Wskazać nadto należy, że pośród przedstawicieli psychiatrii panuje przekonanie, wedle którego dokładne i ostre zdefiniowanie pojęcia „innych zakłóceń czynności psychicznych" jest niezwykle trudne. Część z psychiatrów prezentuje koncepcję, że podłoże wskazanej wyżej przesłanki może mieć źródło jedynie w stanach patologicznych, podczas gdy wedle innego stanowiska pojęcie to winno być rozumiane szeroko[218]. Wskazuje to na złożoność podnoszonego tutaj zagadnienia i jego niejednoznaczność.

Z takim stwierdzeniem wiąże się jednak zasadniczy problem ujawniający wysoki poziom trudności w precyzyjnym, a zarazem w miarę spójnym ustaleniem pewnych paradygmatów innych zakłóceń czynności psychicznych jako pojęcia prawnego. Omawiany tu termin łączy w sobie bowiem ogromny zakres znaczeniowy. Celem dokonania zestawienia potrzebnego na cele niniejszej dysertacji wystarczy wskazać, że generalnie inne zakłócenia czynności psychicznych obejmują spektrum sytuacji o podłożu patologicznym, takie które są konsekwencją choroby, ale noszą znamię przejściowych, jak również elementy niepatologiczne – związane z biologią człowieka. Można zatem wskazać, że do pierwszej kategorii zaliczyć chorobę alkoholową, uzależnienia od substancji, do drugiej zaś np. okres następujący

[216] Wyrok 7 sędziów SN z dnia 7 lutego 1963 r., V K 423/62, LEX nr 136395.
[217] A. Golonka, *Niepoczytalność...*, s. 131.
[218] W. Łuniewski, *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1950, s. 25; R. Dreszer, *Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników*, Warszawa 1962, s. 14; L. Uszkiewicz, *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1972, s. 10, cyt. za: A. Liszewska, *Problem odpowiedzialności karnej osób zażywających środki odurzające*, w: *Palestra* 1992, nr 5-6, s. 38-39.

bezpośrednio po wybudzeniu ze śpiączki czy charakteropatia po silnym zatruciu[219]. Ponadto według jednego z orzeczeń Sądu Najwyższego do innych zakłóceń czynności psychicznych należy zaliczyć stany niepatologiczne takie jak: zakłócenia prawidłowego funkcjonowania sfery emocjonalnej, czy wolicjonalnej, jak również anomalie osobowościowe, które zostały przez SN doprecyzowane jako psychopatie[220]. Nie można zgodzić się z zakwalifikowaniem przejawów zaburzeń osobowości takich jak wspomniane tutaj: charakteropatia, czy psychopatia do innych zakłóceń czynności psychicznych, gdyż jak zostało to już na gruncie przedmiotowego opracowania poruszone, w literaturze psychiatrycznej stany te nie mają jakiegokolwiek waloru nieprawidłowości czy patologii rozumianej jako stan chorobowy. Zarówno psychopatia, jak i socjopatia czy charakteropatia są wyłącznie cechami osobowościowymi, a tego rodzaju okoliczności nie mają wpływu na ocenę stanu ewentualnego sprawcy pod kątem wyłączenia odpowiedzialności karnej z tytułu niepoczytalności.

Wskazać także należy, że w innym jeszcze rozstrzygnięciu Sąd Najwyższy wskazał przykładowy katalog stanów, które można określić jako inne zakłócenia czynności psychicznych niemające podstawy chorobowej. SN podkreślił, że stany takie mają etiologię ulokowaną w fizjologii człowieka mogą zatem przejawiać się jako: skrajne wyczerpanie, silne emocje, odurzenie, upojenie alkoholowe (niepatologiczne – dop. J.M.-K.), czy hipnoza[221].

Stanowisko przedstawicieli doktryny prawa karnego proklamuje natomiast, podążając za głosami z orzecznictwa, aby innymi zakłóceniami czynności psychicznych określać krótkotrwałe i epizodyczne stany, które nie są uwarunkowane jako wrodzone lub jako stany chorobowe, lecz stanowią reakcję organizmu na bodziec pochodzący ze świata zewnętrznego. Do zakłóceń takich zalicza się np. zatrucia: lekami, alkoholem, środkami odurzającymi, jak również menstruacja, ciąża, poród, czy wspomniana hipnoza[222]. Według zaś W. Woltera oraz M. Królikowskiego znamię innego zakłócenia

[219] A. Golonka, *Niepoczytalność...*, s. 132 i n.
[220] Wyrok SN z dnia 21.06.2021 r., sygn. II K 19/20, LEX nr 3292472.
[221] Postanowienie SN z dnia 07.05.2019 r., sygn. V K 74/19, LEX nr 2685535.
[222] M. Berent, M. Filar, w: *Kodeks karny...*, s. 174; A. Liszewska, *Problem odpowiedzialności...*, s. 37 i 39; W kontekście oceny wpływu porodu na poczytalność rodzącej koniecznym jest podkreślenie, że kwestia ta dotyczy przede wszystkim prawnokarnej oceny przestępstwa dzieciobójstwa. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje jednak pogląd, wedle którego nie jest możliwe uniewinnienie matki, wypełniającej znamiona czynu z art. 149 kk, z tytułu jej niepoczytalności.

czynności psychicznych winno być rozumiane z zastosowaniem wykładni rozszerzającej, która uwzględniać powinna zakłócenia o genezie patologicznej oraz niepatologicznej[223]. Odmiennie w odniesieniu do omawianego zagadnienia zdaje się występować J. Warylewski, który sprzeciwia się stosowaniu wykładni rozszerzającej celowościowej, co argumentuje powołaniem się na regułę *nullum crimen sine lege scripta*[224]. Należy wyrazić krytyczną opinię zarówno ze zdaniem M. Królikowskiego, W. Woltera oraz J. Warylewskiego, z uwagi na ich bezprzedmiotowość.

Stosowanie w przypadku innych zakłóceń czynności psychicznych wykładni rozszerzającej, pozwalającej na uznawanie za takie zarówno stanów patologicznych, jak i niepatologicznych nie jest właściwe, gdyż jak wskazał przywoływany już Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń z punktu widzenia wykładni przepisu dotyczącego niepoczytalności nie jest istotna geneza innych zakłóceń, bowiem ustawodawca nie uczynił w tym zakresie jakichkolwiek zastrzeżeń.

Drogą podsumowania można zatem wskazać, że innymi zakłóceniami czynności psychicznych na gruncie art. 31 §1 kk można nazwać stany o etiologii chorobowej, jak i nieposiadające takiego rodowodu, które w stopniu znaczącym wpływają na proces decyzyjny osoby nimi dotkniętej, a tym samym stanowią ingerencję w aparat wolicjonalny, bądź zupełnie go wyłączają.

Innym powiązaniem terminu bezradność są wspomniane inne zakłócenia czynności psychicznych ujęte przez ustawodawcę poprzez treść art. 3 pkt 1 lit. c ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Na wstępie rozważań w tym przedmiocie można wskazać, że pomimo zastosowania przez ustawodawcę na gruncie ustawy o ochronie zdrowia psychicznego stosunkowo precyzyjnego języka pozwalającego na stworzenie w miarę pełnej definicji osoby z zaburzeniami psychicznymi, to nadal definicja ta jest

[223] M. Berent, M. Filar, w: *Kodeks karny...*, s. 174; A. Liszewska, *Problem odpowiedzialności...*, s. 37 i 39; W kontekście oceny wpływu porodu na poczytalność rodzącej koniecznym jest podkreślenie, że kwestia ta dotyczy przede wszystkim prawnokarnej oceny przestępstwa dzieciobójstwa. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie panuje jednak pogląd, wedle którego nie jest możliwe uniewinnienie matki, wypełniającej znamiona czynu z art. 149 kk, z tytułu jej niepoczytalności. W związku z powyższym, w doktrynie panuje spór co do utożsamienia, bądź odmówienia tegoż utożsamienia stanowi porodu z niepoczytalnością. Więcej na temat niepoczytalności w odniesieniu do porodu, zob. np. J. Księżopolska-Breś, *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2010, s. 195, 198; S. Pławski, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 1963, s. 180, a także: M. Rudzka, *Dzieciobójstwo w ustawodawstwie karnym*, w: *Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki* 1955, t. 7, s. 97, 103.

[224] J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 120-121.

oparta na pojęciach nieostrych.

Wspomniane już wcześniej inne zakłócenie czynności psychicznych w treści art. 3 pkt 1 lit. c uop zostało co prawda opisane przy użyciu doprecyzowania, które dookreśla stopień intensywności zakłóceń psychicznych jako te wymagające specjalistycznego leczenia. Tym samym, jak to zostało już wskazane ustawa o ochronie zdrowia psychicznego określa swój zakres stosowania tylko do takich przypadków, które można określić jako przynajmniej o średnim stopniu nasilenia. Jednakże art. 3 pkt 1 lit. c uop nie definiuje szerzej pojęcia inne zakłócenia czynności psychicznych, co powoduje wykazane wcześniej problemy interpretacyjne.

Wskazać tutaj jednak należy, że ustawodawca zastosował swego rodzaju furtkę poprzez wymienienie w art. 3 pkt 1 lit. c pojęcia „innych zakłóceń czynności psychicznych, które zgodnie ze stanem wiedzy medycznej zaliczane są do zaburzeń psychicznych, a osoba ta wymaga świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym". Tak ukształtowana kategoria zaliczana do zaburzeń psychicznych pozwala na szeroką interpretację, która *de facto* może pokrywać się z jednostkami zawartymi w klasyfikacjach ICD lub DSM, a mających związek ze sferą zdrowia psychicznego. To zaś implikuje założenie, że do tej kategorii zaliczyć można grupy schorzeń i objawów począwszy od tych lżejszych, które nie prowadzą w uproszczeniu do zaburzeń w poprawnym funkcjonowaniu jednostki w społeczeństwie, poprzez te które tworzą pewne bariery w życiu codziennym dające się zwalczyć stosując odpowiednią terapię, zaś kończąc na tych, które w sposób znaczny ograniczają lub wręcz uniemożliwiają autonomiczne funkcjonowanie w społeczeństwie, co ma związek z intensywnością obrazu klinicznego jednostki chorobowej dotykającej chorego[225]. Dodać należy, że literalnie taka konstatacja jest w świetle ustawy o ochronie zdrowia psychicznego właściwa, o ile zostanie uzupełniona o dopowiedzenie, że innym zakłóceniem czynności psychicznych jest zakłócenie występujące we wspomnianych tutaj klasyfikacjach, z wyłączeniem tych, które podpadają pod definicję choroby psychicznej z art. 3 pkt 1 lit. a ww. ustawy. Oba wskazane przepisy uzupełniają się bowiem wzajemnie, po to by z art. 3 pkt 1 lit. b uop stworzyć całokształt definicji terminu „osoba z zaburzeniami psychicznymi".

[225] P. Gałecki, K. Bobińska, w: *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego...*, s. 49.

Zaznaczenia wymaga również w tym miejscu na inne pojęcie z zakresu prawa karnego wykonawczego, a mianowicie „niepsychotyczne zaburzenia psychiczne".

Występuje ono w ramach regulacji systemów odbywania kary pozbawienia wolności obok systemu zwykłego i systemu programowego oddziaływania poprzez treść art. 96 kkw[226]. Termin ten jest w literaturze z zakresu prawa karnego wykonawczego definiowany poprzez enumeratywne wskazanie objawów, do których należą m.in. nerwice, uzależnienia, zaburzenia osobowości, zaburzenia afektywne[227]. Wskazuje się ponadto, że określeniem tym obejmuje się takie stany osoby nią dotkniętej, które znajdują się pomiędzy chorobami psychicznymi a innymi dysfunkcjami w tym obrębie. Podkreśla się jednak postulat zniesienia podziału na psychotyczne i niepsychotyczne zaburzenia psychiczne oraz zaliczenie omawianej grupy do kategorii innych zakłóceń czynności psychicznych, według treści art. 3 pkt 1 lit. c uop[228]. Wątpliwości budzi łączenie z niepsychotycznymi zaburzeniami psychicznymi i rozumienie ich jako inne zakłócenia czynności psychicznych terminu „zaburzenia osobowości". Jak to zostało bowiem już wskazane na gruncie niniejszego opracowania, zaburzenia osobowości nie stanowią ani chorób psychicznych, ani upośledzenia umysłowego, ani też innych zakłóceń czynności psychicznych. Są one bowiem elementami usposobienia konkretnej osoby, niezwiązanymi z ww. stanami. Należy do nich np. psychopatia, której stwierdzenie u sprawcy nie powoduje przypisania niepoczytalności. W kontekście zaś art. 198 kk ustalenie, że pokrzywdzony nosi cechy psychopatyczne i jednocześnie nie ustalono u niego bezradności ani niepoczytalności w chwili zdarzenia w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym powoduje brak możliwości zakwalifikowania czynu sprawcy jako seksualne wykorzystanie w analizowanej formie. Dlatego też, zwrócić uwagę należy na powagę ewentualnych konsekwencji wiążących się z nieprawidłowym zakwalifikowaniem stanu pokrzywdzonego, gdyż zależy od niego ewentualna odpowiedzialność karna domniemanego sprawcy. Tym samym przywołana tutaj definicja „niepsychotycznych zaburzeń osobowości" budzi zastrzeżenia i stanowi kolejny argument odnośnie panującego chaosu interpretacyjnego przesłanek tej

[226] Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 1997, nr 90, poz. 557 z późn. zm..
[227] F. Bolechała, *Stan psychiczny a odpowiedzialność karna...*, s. 311.
[228] K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2018, s. 498.

kategorii.

Jednakże kwestią zasadniczą jest natomiast dokonanie oceny poprzez zestawienie dwóch definicji innych zakłóceń czynności psychicznych, tj. z art. 31 §1 kk oraz art. 3 pkt 1 lit. c ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, a następnie odnieść poczynione wnioski do pojęcia „bezradność" z art. 198 kk.

Jak to zostało wyżej wskazane, oba pojęcia, pomimo ich praktycznie synonimicznego brzmienia, zawierają pewne odrębności. Wskazać przede wszystkim należy, że to definicja z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego w stosunku do przesłanki niepoczytalności z Kodeksu karnego znajduje pewne punkty zbieżne, jednakże poza nimi zarówno przy jednym, jak i drugim pojęciu znajduje się cała gama zakresów odrębnych. Jest to związane po pierwsze z okolicznością objęcia na gruncie ustawy szczególnej pojęciem innych zakłóceń czynności psychicznych także niektórych stanów, które w rozumieniu kodeksowym podpadają pod termin choroba psychiczna. To zaś jest konsekwencją ukazanego już w tej części opracowania zawężenia definicji choroby psychicznej przez ustawodawcę w związku z dopiskiem wskazującym, że mianem choroby psychicznej należy określać wyłącznie stany powiązane z zaburzeniami psychotycznymi.

Takie rozwiązanie legislacyjne jest uzasadnione, mając na uwadze cel ustawy z 1994 roku wskazany wprost w preambule, a mianowicie konieczność prawnej ochrony zdrowia psychicznego osób dotkniętych zaburzeniami psychicznymi oraz przyznanie cechy ważności zdrowia psychicznego *in generale*. Tym samym zasadne, choć niepozbawione wskazanych już w rozważaniach wad, jest stworzenie przez ustawodawcę takiej definicji innych zakłóceń czynności psychicznych, należących do szerszego pojęcia zaburzeń psychicznych, które również swoim spektrum obejmują niektóre położenia, które można by określić mianem chorób psychicznych stosując reguły interpretacyjne z Kodeksu karnego.

Ilustrując powyższe uwagi, w przypadku przesłanek niepoczytalności, stany takie, które składają się na zaburzenie psychiczne o ciężkim przebiegu, np. choroba afektywna dwubiegunowa zostałyby zakwalifikowane bezdyskusyjnie jako choroba psychiczna. Jak już zostało to wcześniej zaznaczone, takie zaszeregowanie przywołanego wyżej przykładowego schorzenia nie byłoby prawidłowe z punktu

widzenia ustawy o ochronie zdrowia psychicznego, gdzie słusznym byłoby zakwalifikowanie ww. zaburzenia jako innego zakłócenia czynności psychicznych.

Inną, znaczącą różnicą jest wyłączenie niektórych pojęć będących innymi zakłóceniami czynności psychicznych na kanwie Kodeksu karnego jako inne zakłócenia czynności psychicznych w uop. Taka sytuacja dotyczy np. odurzenia alkoholowego, które nie jest związane z chorobą alkoholową, menstruacja, czy też działanie w silnych emocjach, takich jak chociażby strach. Jest to związane z występującym w treści art. 3 pkt 1 lit. c ustawy szczególnej dookreśleniem, wedle którego inne zakłócenia czynności psychicznych muszą być zaliczane do zaburzeń psychicznych, a ponadto osoba nimi dotknięta musi wymagać świadczeń zdrowotnych lub innych form pomocy i opieki niezbędnych do życia w środowisku rodzinnym lub społecznym.

Takie uregulowanie przez ustawodawcę różnych zakresów pojęcia innych zakłóceń czynności psychicznych na gruncie odrębnych ustaw nie stwarza zatem instrumentów do pomocniczego posiłkowania się wykładnią poczynioną względem każdego z nich w opracowaniach z danej dziedziny. Nie przybliża to także do przeprowadzenia właściwego procesu interpretacyjnego terminu choroba psychiczna z art. 198 kk. Co więcej taka sytuacja znajduje także swoje negatywne konsekwencje w kontekście drugiej z przesłanek przestępstwa seksualnego wykorzystania niepoczytalności – bezradności.

W związku z przywołanymi pojęciami innych zakłóceń czynności psychicznych w rozumieniu art. 31 §1 kk oraz w rozumieniu art. 3 pkt 1 lit. c uop powstaje pytanie o relację pomiędzy znaczeniem tych dwóch terminów a bezradnością stanowiącą znamię przestępstwa z art. 198 kk. Można, w oparciu o przedstawione wyżej rozważania, skonstatować, że omawiane pojęcia w części pokrywają się znaczeniowo znajdując ze sobą punkty zbieżne oraz wyraźne różnice.

Bezradność bowiem można ogólnie określić jako bezsilność, która może przejawiać się w stanie psychicznym, jak i fizycznym pokrzywdzonego. A. Choromańska oraz D. Moczarska wskazują, że bezradność może przejawiać się zarówno poprzez ograniczenie poczytalności, jak i całkowite jej zniesienie[229].

[229] A. Choromańska, D. Moczarska, *Dewiacje i przestępstwa seksualne...*, s. 41.

Dodatkowo zaś jako przejaw bezradności wskazuje się również m.in. sen, czy też stan paraliżu pokrzywdzonego[230]. Są to zatem stany których nie można zaliczyć do innych zakłóceń czynności psychicznych w obu przywołanych znaczeniach, ponieważ są związane ze stanem fizycznym pokrzywdzonego.

Należy także zaznaczyć, że skutkiem bezradności nie musi być brak zdolności osoby pokrzywdzonej do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem[231]. Wynika to przede wszystkim z analizy literalnej przepisu art. 198 kk, gdzie ustawodawca wymieniając bezradność jako pierwszą przesłankę wskazuje dalej „lub wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem". Zastosowany spójnik „lub" oraz sekwencję „wynikający z" pozwala uznać, że celem ustawodawcy nie było połączenie bezradności ze skutkiem w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. To pozwala przyznać, że bezradność obejmuje także stany czysto fizyczne, nieoddziałujące na sferę zdolności do pojmowania rzeczywistości i wyrażania swojej woli przez pokrzywdzonego. Stan taki może mieć związek np. z paraliżem lub jak podaje M. Filar – skrępowaniem ofiary[232]. Innym przykładem ilustrującym tę tezę może być przywołanie stanu afazji. Jest on w medycynie definiowany jako syndrom przejawiający się poprzez upośledzenie przetwarzania informacji. Osoba cierpiąca na afazję ma problemy ze zrozumieniem bodźców do niej docierających ze świata zewnętrznego, bądź z przetwarzaniem ich i reakcją na nie. Osoby takie mogą np. w sposób poprawny pojmować, co się wokół nich dzieje, jak również rozumieć słowa wypowiadane przez osoby znajdujące się w ich pobliżu, lecz nie są one w stanie zareagować na te bodźce w sposób werbalny. Jest to związane z uszkodzeniem w obrębie mózgu człowieka odpowiedzialnego za mowę, nie ma więc cech dotyczących bezpośrednio zdrowia psychicznego człowieka. Afazja może wystąpić samoistnie, pod wpływem silnych emocji, bądź w konsekwencji niektórych chorób, np. udaru mózgu[233]. Pewnym podobieństwem do afazji cechuje się również apraksja, czyli niezdolność do wyrażania

[230] Wyrok SA Katowice z dnia 14.10.2021 r., sygn. II AKa 247/21, LEX nr 3357585.
[231] A. Choromańska, D. Moczarska, *Dewiacje i przestępstwa seksualne...*, s. 41.
[232] M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim...*, s. 66.
[233] B. Miguła, *Afazja jako zaburzenie mowy po udarze mózgu-studium przypadku*, w: *Logopedia Silesiana* nr 4 (4/2015), s. 396-397.

swojej woli poprzez gesty. Apraksja czasami towarzyszy afazji, upośledzając tym samym zdolność osoby na nie cierpiącej do jakiegokolwiek komunikowania swoich myśli oraz woli[234]. Przywołane tutaj przykłady ilustrują, że w świetle obecnego uregulowania przesłanki bezradności jej znaczenie jest bardzo szerokie, dużo bardziej wykraczające poza termin „inne zakłócenia czynności psychicznych".

Dodatkowo, wskazać należy że pojęcie innych zakłóceń czynności psychicznych z art. 31 §1 kk zawiera się w pojęciu bezradności, a autorzy zajmujący się tym zagadnieniem omawiając powyższe zagadnienie podają analogiczne przykłady okoliczności ilustrujących analizowane pojęcia stosowane przez ustawodawcę. Zatem można w tym miejscu wysunąć wniosek, wedle którego bezradność można zdefiniować stosując pomocniczo jej zakres wypracowany w doktrynie oraz orzecznictwie do pojęcia „inne zakłócenia czynności psychicznych" z zastrzeżeniem, że do definiowanego tu terminu zalicza się stany związane wyłącznie z fizyczną niemożnością podjęcia przez pokrzywdzonego reakcji na zachowanie sprawcy, takie jak m.in. paraliż, czy afazja.

Element ten jawi się jednak, jako niepokojący. O ile słusznym jest objęcie przez ustawodawcę ochroną osoby bezradne fizycznie lub psychicznie, o tyle sposób uregulowania bezradności psychicznej, bez uzależnienia jej od skutku w postaci braku zdolności ofiary do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem nie można uznać za właściwy kierunek obrany przez ustawodawcę.

Jak to zostało już wykazane, bezradność w ujęciu psychicznym należy definiować przy wykorzystaniu orzecznictwa i piśmiennictwa z zakresu interpretacji terminu „inne zakłócenia czynności psychicznych". Do przykładów stanów składających się na zakres definicji tego pojęcia, takich jak m.in. silny strach, upojenie alkoholowe, pozostawanie pod wpływem środków odurzających, zalicza się także np. menstruację, czy okres ciąży. Co do zasady nie jest możliwym, aby dwa ostatnie stany doprowadziły jako samodzielne czynniki do niepoczytalności pokrzywdzonego. Dlatego też, w sytuacji powiązania przesłanki bezradności psychicznej ze skutkiem w postaci niepoczytalności, abstrakcyjna sytuacja oskarżenia przez ofiarę domniemanego sprawcy o seksualne wykorzystanie jej stanu ciąży, który od pewnego momentu jest dostrzegalny

[234] Ibidem, s. 399.

dla osób trzecich, nie miałaby racji bytu. Tę sytuację zdaje się dostrzegać w orzecznictwie. Warto w tym miejscu przywołać orzeczenie wydane przez Sąd Apelacyjny w Lublinie w 2000 roku. W uzasadnieniu sąd ten wskazał, że znamię bezradności jest uzupełnieniem skutku w postaci braku zdolności pokrzywdzonego do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Dodatkowo w wyroku tu przytoczonym sąd lubelski wskazał, że celem ustawodawcy tworzącego przepisy rozdziału XXV Kodeksu karnego było poszerzenie obszaru penalizacji przestępczości seksualnej[235]. Niemniej jednak w obecnej regulacji, możliwość nadmiernego rozszerzania hipotetycznej odpowiedzialności karnej z tytułu wykorzystania seksualnego bezradności psychicznej istnieje. Jest to stan trudny do zaakceptowania i stanowiący mankament obecnego uregulowania art. 198 kk.

4. Definicja prawnokarna przesłanki „upośledzenie umysłowe" w ujęciu psychiatryczno-psychologicznym

Termin „upośledzenie umysłowe" w nauce prawa karnego uważa się za następcę poprzednio używanego przez język ustawy słowa „niedorozwój". T. Bojarski podnosi, że taką zmianę w sferze leksykalnej należy uznać za prawidłową w związku z faktem, iż pewne zaburzenia w sferze upośledzeń mogą mieć swój początek w różnym okresie życia człowieka, nie są więc immanentnie związane z wczesnym etapem rozwoju człowieka[236]. Wskazać należy, że obecny termin „upośledzenie umysłowe" ma szersze spektrum, aniżeli jego poprzednik z Kodeksu karnego z 1969 roku. Jak podnosi R. Zawiejski jest to związane z tym, że pod nowym pojęciem kryją się również wszelkie uszkodzenia, które określić można mianem nabytych[237].

W związku z powyższym, autorzy wyróżniają upośledzenia wrodzone, jak i nabyte w późniejszym czasie w wyniku wszelakich urazów, bądź chorób[238]. J. Warylewski zwraca natomiast uwagę na dawniej stosowane określenia niedorozwoju z podziałem na jego trzy postacie: idiotyzm, głuptactwo oraz debilizm. Autor wskazuje, że w chwili obecnej, w nauce przyjmuje się podział na upośledzenie umysłowe

[235] Wyrok SA Lublin z dnia 19.10.2000 r., sygn. II AKa 190/00, LEX nr 48860.
[236] T. Bojarski, w: *Kodeks karny...*, s. 144.
[237] R. Zawiejski, w: *System prawa medycznego...*, s. 389.
[238] Ibidem, s, 144; F. Bolechała, *Stan psychiczny a odpowiedzialność...*, s. 311.

w stopniu: głębokim, znacznym, umiarkowanym oraz lekkim, z wyróżnieniem niekiedy na formę niedorozwoju przejściowego - ociężałości umysłowej[239]. W nauce przyjmuje się także szczególne rodzaje upośledzenia, takie jak zespół Downa, kretynizm, infantylizm oraz encefalopatie[240]. Do kategorii tej można także zaliczyć inne schorzenia związane z układem nerwowym, takie jak choroba Alzheimera, czy zapalenie opon mózgowych[241].

W literaturze podnosi się, że warunkiem kwalifikacji stanu jako upośledzenie umysłowe jest spełnienie łącznie trzech przesłanek, do których należą: mniejszy niż średni stopień możliwości intelektualnych danej osoby (określany jako poniżej poziomu 70 punktów ilorazu inteligencji i idące za tym problemy m.in. z rozumowaniem, budowaniem skojarzeń i powiązań, czy abstrakcyjnym myśleniem), ograniczenie w stopniu znacznym możliwości do samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie (w aspekcie zarobkowym, edukacyjnym, interakcji społecznych, adaptacji do sytuacji, dbanie o status prawny i sprawy urzędowe etc.) oraz pojawienie się upośledzenia w okresie rozwojowym, tj. przed osiągnięciem przez osobę nim dotkniętym pełnoletności[242].

Wskazać ponadto należy, że upośledzenie umysłowe, w przeciwieństwie do choroby psychicznej, czy też bezradności psychicznej (innych zakłóceń czynności psychicznych na gruncie art. 31 §1 kk) charakteryzuje się stałością. Dwa wskazane opozycyjne stany cechuje pewna dynamika, zaś w przypadku bezradności w rozumieniu psychicznym można mówić, jak to zostało już podniesione nawet o jej krótkotrwałości. Ponadto, upośledzenie umysłowe stwarza poważne zakłócenia uniemożliwiające przyswajanie sobie w drodze nauki kolejnych umiejętności czy wykorzystywania doświadczeń do niepopełniania podobnych błędów w przyszłości[243].

Powyższe rozważania prowadzić mogą do konstatacji, wedle której nie każdy przejaw upośledzenia umysłowego będzie *ex lege* powodował odpowiedzialność sprawcy nawiązującego z osobą dotkniętą upośledzeniem umysłowym kontakty seksualne. Prawnie neutralne będzie zatem takie zachowanie sprawcy, który nawiązuje

[239] J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, s. 121.
[240] Ibidem, s. 121-122.
[241] R. Zawiejski, w: *System prawa medycznego...*, s. 389.
[242] E. Żywucka-Kozłowska, *Upośledzenie umysłowe w perspektywie prawa karnego*, Olsztyn 2018, s. 3-4 i n.; P. Gałecki, K. Bobińska, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego...*, s. 46-47.
[243] Ibidem, s. 47-48; E. Żywucka-Kozłowska, *Upośledzenie umysłowe w perspektywie...*, s. 7-10.

wspomniany rodzaj interakcji z osobą, która co prawda jest upośledzona, jednakże stopień tego upośledzenia nie wyłącza całkowicie jej poczytalności. Oznacza to w praktyce, że stosując się do zasad wykładni literalnej przepisu art. 198 kk, wystarczającym jest do wykluczenia odpowiedzialności karnej sprawcy, aby osoba upośledzona w stopniu wyższym niż subminimalny posiadała zdolność do rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim postępowaniem. Jest to związane z zaakcentowanym przy omawianiu przesłanki choroby psychicznej aspektem ochronnym art. 198 kk, którego celem jest wyłącznie asekuracja prawa osób upośledzonych, nie zaś wyłączenie możliwości realizacji takich osób w kontekście życia seksualnego.

Słowem dygresji, z punktu widzenia przedmiotowego problemu, tj. zdefiniowania pojęcia „upośledzenie umysłowe" jako przesłanki przestępstwa z art. 198 kk intrygującym wydaje się być treść orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Białymstoku. W treści przywołanego orzeczenia wskazano jako jedną z okoliczności wskazujących na bezradność z uwagi na iloraz inteligencji pokrzywdzonego[244]. Tak dokonana ocena zdaje się nie korespondować z treścią art. 198 kk, który jako jedne ze znamion sklasyfikowanego tamże czynu zabronionego ustanowił upośledzenie umysłowe pokrzywdzonego wywołujące skutek w postaci braku zdolności tegoż do rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim zachowaniem. Jak zostało to już wymienione, w literaturze przedmiotu, jak również według klasyfikacji ICD-10 oraz w obecnej jej wersji ICD-11 upośledzenie umysłowe jest bowiem zależne m.in. od poziomu ilorazu inteligencji[245]. W związku z czym wskazane w przywołanym judykacie okoliczności stanowiące o bezradności pokrzywdzonego należy uznać za błędne.

W uzupełnieniu, nawiązując do powyższej uwagi, koniecznym jest podkreślenie faktu stosowania przez język ustawy karnej nomenklatury nieprzystającej do współczesnych założeń z zakresu medycyny. Termin „upośledzenie umysłowe" zastosowany przez ustawodawcę wychodzi obecnie z użycia przez przedstawicieli medycyny i jest zastępowany mniej pejoratywnym określeniem „niepełnosprawność

[244] Wyrok SA Białystok z dnia 26.04.2018 r., sygn. II AKa 25/18, LEX 2685546.

[245] Międzynarodowa Klasyffikacja Chorób – ICD-10,https://med.kalamazoo.pl/icd10/F70-F79/uposledzenie_umyslowe [data dostępu: 20.04.2023]; Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób – ICD-11, https://icd.who.int/browse11/l-m/en [data dostępu: 20.04.2023].

intelektualna". Stanowi o tym chociażby transformacja leksykalna jaka miała miejsce wraz z zastąpieniem klasyfikacji DSM-IV klasyfikacją DSM-5[246]. W poprzedniej jej wersji występowało pojęcie „upośledzenia umysłowego", zaś w obecnie obowiązującej widnieje już termin „niepełnosprawność intelektualna". Zjawisko takie jest zresztą realizacją postulatów przedstawicieli nauk medycznych, którzy odżegnują się od stosowania[247]. Koniecznym jest również zaznaczenie, że w nowej wersji klasyfikacji ICD-11, która zaczęła obowiązywać od 1 stycznia 2022 roku nastąpiła zmiana nomenklatury w analizowanym zakresie poprzez wprowadzenie pojęcia „zaburzenia rozwoju intelektualnego", które znaczeniowo pokrywa się z pojęciem „niepełnosprawność intelektualna"[248].

5. Skutek w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem a bezradność w kontekście art. 198 kk

W części początkowej niniejszego rozdziału, wskazane zostało że ustawodawca, tworząc treść przepisu z art. 198 kk nie miał na celu ograniczania prawa osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo do podejmowania kontaktów seksualnych. Takie ograniczenie byłoby aż nadto daleko idące i wręcz niekonstytucyjne, z uwagi na swoją nieproporcjonalność jako zbytnio ingerujące w prywatność i godność ludzką.

Nietrudną do wysnucia konstatacją jest, że w warunkach zasad obowiązujących w demokratycznym państwie prawnym realizującym zasady sprawiedliwości społecznej jednym z najistotniejszych celów jest zachowanie w maksymalnym stopniu poszanowania prawa do prywatności swoich obywateli. Tym samym w zgodzie z powołaną wyżej zasadą jest szacunek do decyzji podejmowanych przez tychże obywateli i ingerencja państwa w ich życie w wyłącznie granicznych przypadkach, kiedy wymaga tego sytuacja.

---

[246] Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition. DSM-5, https://cdn.website-editor.net/30f11123991548a0af708722d458e476/files/uploaded/DSM%2520V.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

[247] R. Gałecki, M. Pilecki, J. Rymaszewska, A. Szulc, S. Sidorowicz (red.), J. Wciórki, *Kryteria diagnostyczne zaburzeń psychicznych DSM-5*, wyd. 5, Wrocław 2018, s. 38; P. Gałecki, K. Bobińska, *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego...*, s. 43-44.

[248] J. Sarnecki, *Nowa klasyfikacja chorób ICD-11 opublikowana*, https://www.standardy.pl/newsy/id/201 [data dostępu: 20.04.2023]; Ibidem, s. 38.

Jednakże mając na uwadze szczególne położenie osób należących do ww. grupy słusznym jest wzmocnienie ochrony tychże osób przed ich wykorzystywaniem w zakresie wolności seksualnej, co też ustawodawca uwzględnił poprzez treść art. 198 kk. Wspomniana tutaj szczególna ochrona nie stoi w sprzeczności z zasadą nieingerencji państwa w życie prywatne obywateli. Stanowi ona wręcz przejaw gwarancji realizacji tego podstawowego prawa, z uwagi na fakt że działanie państwa jest związane wyłącznie z granicznymi i ewidentnymi sytuacjami naruszenia praw osób, które z uwagi na swoje specyficzne położenie nie są w stanie adekwatnie ocenić i zareagować na konkretną negatywną sytuację, w opisywanym zakresie naruszającą prawo do wolnego od zachowań noszących znamiona przemocy lub przymusu realizowania potrzeb z zakresu życia seksualnego człowieka, a zatem do zaakcentowanego już w niniejszej dysertacji wolności seksualnej jako prawa do samostanowienia co do życia seksualnego jednostki.

W związku z powyższym, koniecznym było przyjęcie określonej formy ochrony osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo, która nie powodowałabym ich wykluczenia przed wykorzystaniem seksualnym, a zarazem zapewniała asekurację osób z opisywanej grupy społecznej.

Dlatego też, ustawodawca w zakresie dwóch wskazanych wyżej kategorii osób, w sposób wyraźny uzależnił byt przestępstwa seksualnego wykorzystania osoby chorej psychiczne lub upośledzonej umysłowo od skutku skorelowanego z tymi stanami, w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Wykorzystanie przez sprawcę ww. stanu psychicznego ofiary, który jest związany ze skutkiem w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem kwantyfikuje byt przestępstwa z art. 198 kk. W tym zakresie rysuje się integralność opisywanego tutaj skutku, który jest niezbędny dla stwierdzenia czy czyn sprawcy nosi znamiona czynu zabronionego, zaś z drugiej strony pomaga stwierdzić czy pokrzywdzony rzeczywiście nim jest. W ten sposób nakreślone przesłanki czynu z art. 198 kk ograniczają do maksimum ingerencję państwa, a wręcz uwypuklają prawo osób chorych psychicznie lub upośledzonych do prowadzenia aktywnego życia seksualnego, czyniąc to poprzez wyraźne napiętnowanie sprawcy, który wykorzystując wskazany stan niedyspozycji psycho-fizycznej pokrzywdzonego dopuszcza się czynu z art. 198 kk.

Sama konstrukcja skutku przestępstwa z art. 198 kk została częściowo zaczerpnięta z instytucji niepoczytalności wyrażonej poprzez treść art. 31 §1 kk[249]. W tym celu opracowania i poglądy doktryny prawa karnego pomocniczo posłużą do ustalenia istoty omawianego terminu przetransponowanego w znakomitej większości do treści analizowanego typu rodzajowego przestępstwa.

Rozważania rozpocząć należy od wskazania, że w doktrynie prawa karnego skutek ów stanowiący przedmiot badania w tej części dysertacji, jest definiowany przy użyciu kryteriów psychiatryczno-psychologicznych, określanych jako metoda mieszana, łącząca zarówno elementy psychiatryczne, jak i psychologiczne[250]. Na konstrukcję niepoczytalności składają się bowiem trzy źródła oraz dwa skutki.

Do źródeł ustawowych zaliczyć można: chorobę psychiczną, upośledzenie umysłowe oraz inne zakłócenie czynności psychicznych, zaś do skutków brak zdolności rozpoznania znaczenia swojego czynu, a także brak zdolności pokierowania swoim postępowaniem[251]. Owe wskazane tutaj źródła klasycznie określa się mianem elementów psychiatrycznych, zaś skutki stanowią elementy psychologiczne[252]. Jak celnie podnoszą A. Liszewska oraz D. Krakowiak ocena znaczenia czynu jako przesłanki skutku niepoczytalności dokonuje się także zarówno w warstwie ontologicznej uwzględniając przy tym ocenę moralno-społeczną[253].

Z powyższym korespondują poczynione przez A. Golonkę refleksje w zakresie ustalenia czy ocena rozpoznania znaczenia czynu sprawcy powinna po jego stronie obejmować faktyczne znaczenie czynu, czy też jego sens prawny. Autorka powołując

---

[249] M. Siewierski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. J. Bafii, K. Mioduskiego, M. Siewierskiego, Warszawa 1977, s. 435-436

[250] L. K. Paprzycki, J. Gierowski, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, pod red. L. K. Paprzyckiego, wyd. 2, t. 4, Warszawa 2016, s. 596-597; A. Liszewska, *Strona podmiotowa czynu i wina a niepoczytalność*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, pod red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, t. II, Warszawa 2012, s. 635; A. Marek metodę mieszaną określa za pomocą kryteriów biologiczno-psychiatrycznych i psychologicznych, akcentując w ten sposób biologiczny, organiczny charakter niepoczytalności jako elementu wewnętrznego osoby, zob. A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 108.

[251] M. Budyn-Kulik, w: *Kodeks karny...*, s. 132.

[252] A. Golonka, *Psychologiczne kryteria oceny poczytalności sprawcy czynu zabronionego*, https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/07/079bc2502ffbec2023eb41bdc1add161.pdf [data dostępu: 07.05.2022], s. 3-4.

[253] A. Liszewska, *Strona podmiotowa czynu...*, s. 641; D. Krakowiak, *Sprawca niepoczytalny w procesie karnym*, Łódź 2018, s. 23.

się na dawny pogląd W. Łuniewskiego opowiadającego się za uznaniem prymatu oceny strony prawnej czynu sprawcy w kwestii rozpoznania przezeń znaczenia swojego czynu w tym aspekcie jako niezgodnego z prawem, dokonuje dekonstrukcji tego poglądu poprzez wskazanie na jego niezgodność z aktualnym stanem wiedzy, zarówno w zakresie prawa karnego, jak i psychologii i psychiatrii. Autorka słusznie zauważa, przytaczając badania z dziedziny psychiatrii, że samo występowanie deficytów w zakresie zdolności do rozpoznania znaczenia czynu nie powoduje automatycznie skutków, jakie ustawodawca wiąże z art. 31 §1 Kodeksu karnego. Jest to konsekwencja przyjęcia dwojakiego rozumienia braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu: jako nierozpoznanie jego obiektywnego zaistnienia w rzeczywistości, jak również nierozpoznanie jego istoty[254].

W doktrynie podnosi się w dyskusji problem poprawnego określenia, czy aby mówić o skutku psychologicznym elementu psychiatrycznego niepoczytalności muszą łącznie wystąpić dwa jego przejawy, czy też dopuszczalne jest uznanie sprawcę za niepoczytalnego tylko, gdy stwierdzić można tylko jeden z nich. W literaturze przeważa pogląd, wedle którego nie jest koniecznym kumulatywne wystąpienie zarówno braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu oraz braku zdolności do pokierowania swoim postępowaniem, aby móc osobę taką uważać w świetle art. 31 §1 kk, ale też i art. 198 kk za dotkniętą niepoczytalnością[255]. Zdanie takie zdaje się popierać również A. Pietrzyk, która zwracała na ważność zarówno oceny ontologicznej i moralnej czynu w kontekście braku rozpoznania jego znaczenia[256].

Analiza niepoczytalności wiąże się nierozłącznie, jak wskazują L. K. Paprzycki oraz J. Gierowski, z analizą motywacji sprawcy nią dotkniętym. Sam proces motywacyjny jest połączony z problematyką samokontroli w zakresie zachowania konkretnej osoby, która znajdując się w stanie niepoczytalności nie panuje nad procesem decyzyjnym. To oznacza, że u osoby takiej występuje skutek w postaci braku

[254] A. Golonka, *Psychologiczne kryteria oceny poczytalności...*, s. 6-7.

[255] Zob. np. K. Burdziak, *Osoba niepoczytalna a prawnokarna norma sankcjonowana. Rozważania na tle polskiego Kodeksu karnego*, Warszawa 2021, s. 123-124; A. Golonka, *Niepoczytalność...*, s. 177; D. Krakowiak, *Sprawca niepoczytalny...*, s. 23. Przeciwny pogląd wyrażony przez D. Hajdukiewicz zdaje się być w doktrynie odosobniony, D. Hajdukiewicz, *Zagadnienia psychiatrii sądowej. Część I. Podstawy prawne i medyczne*, Warszawa 2016, s. 127-128.

[256] A. Pietrzyk, *Psychologiczne kryteria niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej: refleksje biegłego psychologa dla prawników*, w: *Palestra* 1993, nr 37/12(432), s. 91.

zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Samokontrola jest bowiem instrumentem, który pozwala konkretnej osobie wybrać adekwatny do sytuacji, w której osoba ta się znajduje sposób zachowania i bazuje na prawidłowo rozwiniętej strukturze doświadczeń. Jak wskazują wyżej powołani autorzy, w przypadku osób odznaczających się niepoczytalnością, samokontrola jest znacznie ograniczona, bądź też nie występuje, co jest związane z impulsywnym podejmowaniem decyzji[257].

Mając zaś na uwadze podniesioną wyżej analogię konstrukcji przepisu art. 31 §1 kk do konstrukcji przestępstwa seksualnego wykorzystania choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego w zakresie skutków tychże anomalii w funkcjonowaniu człowieka, można z całą pewnością przenieść poczynione w tej części wnioski na grunt rozważań dotyczących pokrzywdzonego przestępstwem z art. 198 kk.

Omawiany skutek choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego pokrzywdzonego stanowi niezbędny, organicznie sprzęgnięty z pozostałymi znamionami element strony przedmiotowej typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk. Przemawia on bowiem za racjonalnością bytu analizowanego przestępstwa, jak również jest instrumentem limitacji ingerencji prawa karnego w prawo jednostki do decydowania o jej życiu prywatnym (w tym do podejmowania aktywności seksualnej) do niezbędnego i uzasadnionego minimum. Przepis ten znajduje zatem odzwierciedlenie w koncepcji demokratycznego państwa prawnego, jak również idei państwa opiekuńczego (ang. *welfare state*), jakim jest Rzeczpospolita Polska[258]. Koniecznym jest zatem wskazanie, że w obecnej wersji, przepis z art. 198 kk nie stawia warunku ciągłości owego braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania postępowaniem przez pokrzywdzonego.

Dla bytu przestępstwa tu analizowanego wystarczy bowiem, aby wykazać brak tej zdolności w momencie czynu. Jest to rozwiązanie całkowicie racjonalne, wprost wywodzone z art. 198 k i zasługujące na aprobatę. Przyjęcie koncepcji odmiennej spowodowałoby bowiem dyskusję na temat dopuszczalności kreowania życia

[257] L. K. Paprzycki, J. Gierowski, w: *System prawa karnego...*, s. 593-596.
[258] J. Sawulski, *Czy Polska jest państwem opiekuńczym*, https://ibs.org.pl/publications/czy-polska-jest-panstwem-opiekunczym/ [data dostępu: 20.04.2023].

seksualnego przez osoby cierpiące na różnorakie choroby psychiczne lub upośledzone. Z punktu widzenia odpowiedzialności karnej sprawcy okoliczność taka, że pokrzywdzony pozostaje w stanie wyłączającym zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem przez okres poprzedzający popełnienie przez sprawcę czynu lub okres następujący po nim, tzn. fakt długotrwałego wyłączenia poczytalności ofiary jest dla bytu omawianego rodzaju przestępstwa obojętny. Jedynym wskazaniem ustawodawcy jest fakt powiązania braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym, z którego ów brak zdolności wynika. Zatem, brak tejże zdolności może, być stanem trwającym dłuższy czas poprzedzający popełnienie przez sprawcę przestępstwa z art. 198 kk, lecz może także, w związku z naturą źródeł braku zdolności, pojawić się na krótko przed przystąpieniem sprawcy do dokonania. Istotnym jest jedynie, aby stan pokrzywdzonego był przez sprawcę zdekodowany, co stanowi o możliwości przypisania mu odpowiedzialności za seksualne wykorzystanie. W ten sposób ustawodawca poprzez treść przepisu art. 198 kk piętnuje sprawcę, jednocześnie niedopuszczając, co do zasady, do stygmatyzacji pokrzywdzonego, znajdującego się w szczególnym stanie.

6. Zbieg przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk z typami rodzajowymi innych przestępstw

Wnioski płynące z przeprowadzonych w tej części rozważań dotyczących przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z art. 198 kk wskazują, że jest to zagadnienie niejednoznaczne. Podsumowanie takie jest związane z wieloznacznością zastosowanych przez ustawodawcę nieostrych przesłanek, takich jak „choroba psychiczna", „bezradność" etc.

Dla przykładu, z tą ostatnią przesłanką jest związany, zaznaczony już w tej części rozważań, zasadniczy problem koncentrujący się wokół kwestii spożywania przez ofiarę alkoholu. Element ten można ocenić zarówno z punktu widzenia przestępstwa zgwałcenia (art. 197 kk) oraz przestępstwa seksualnego wykorzystania

bezradności (art. 198 kk)[259]. Składnikiem, który stanowić będzie o odmiennej kwalifikacji prawnej jest to, czy pokrzywdzony sam wprowadził się w stan upojenia alkoholowego, czy też został do takiego stanu doprowadzony podstępnie przez sprawcę[260]. Dlatego też, mając na uwadze, że o prawidłowej kwalifikacji prawnej, zwłaszcza w kontekście przestępstw seksualnych przesądzają niekiedy detale, zagadnienie ewentualnych zbiegów omawianego typu rodzajowego przestępstwa z innymi jawi się jako przedmiot szczególnej uwagi.

Chyba najoczywistszym byłby wniosek, wedle którego możliwym jest zbieg przestępstwa zgwałcenia z art. 197 kk z seksualnym wykorzystaniem bezradności lub niepoczytalności wynikającym z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego z art. 198 kk. Zbieg ten może przybierać wieloaspektowy wymiar i realizować się w przynajmniej kilku kontekstach. Jak wskazuje J. Warylewski możliwym jest bowiem wystąpienie zbiegu omawianego przestępstwa z art. 197 kk w sytuacji stosowania przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu w celu doprowadzenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej przy jednoczesnym wykorzystaniu stanu ofiary stanowiącego przesłankę art. 198 kk, tj. bezradność lub niepoczytalność spowodowaną chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym[261]. Stanowisko takie jest opozycyjne względem innych przedstawicieli doktryny, m.in. K. Lipińskiego i M. Bielskiego[262]. Argumentacja, która składa się na krytykę koncepcji J. Warylewskiego koncentruje się wokół uznania, że treści przepisów odpowiadających przestępstwu zgwałcenia i seksualnemu wykorzystaniu bezradności lub niepoczytalności wykluczają się wzajemnie[263]. Należy zgodzić się z tak sformułowanym stanowiskiem, z uwagi na przesłanki obu typów rodzajowych czynów zabronionych.

W przypadku zgwałcenia sposób działania jest nakierowany na przełamanie oporu. Dzieje się tak w związku z zastosowaniem przez sprawcę przemocy, groźby

[259] Problem ten podnoszony był również w orzecznictwie, zob. np. Wyrok SN z dnia 04.03.2009 r., sygn. IV KK 339/08, LEX nr 291341.
[260] J. Matynia-Kłos, *Relation between the injured party being under the influence of alcohol and the liability of the perpetartor due to the crimes under Article 197 of the Polish Criminal Code and Article 198 of the Polish Criminal Code*, w: *Acta Iuris Stetinensis* 2020, nr 2 (30), s. 63.
[261] J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 771.
[262] K. Lipiński, w: *Kodeks karny...*, s. 632; M. Bielski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117 – 211a*, pod. red. W. Wróbla, A. Zolla, t. II, wyd. 5, Warszawa 2017, s. 717.
[263] M. Bielski, w: *Kodeks karny...*, s. 717.

bezprawnej lub podstępu. W przypadku każdego z elementów *modus operandi* napastnika wypełniającego swoim zachowaniem dyspozycję przepisu art. 197 kk, musi zostać pokonana pewna bariera po stronie pokrzywdzonego. Jest nią albo ustąpienie pod naporem przemocy, podjęcie decyzji świadomej, lecz nieswobodnej (groźba bezprawna) albo też nieświadomej, acz swobodnej (podstęp). Przy przestępstwie z art. 198 kk sytuacja kreuje się zupełnie inaczej. Sprawca bowiem nie pokonuje oporu pokrzywdzonego, gdyż wykorzystuje stan zastany, będący dla napastnika otwartą bramą. Ofiara znajduje jest już bezradna albo niepoczytalna. To oznacza, że z mocy prawa wszelkie jej gesty lub oświadczenia woli będą nieważne. Tym samym niemożliwym jest zaistnienie zbiegu rzeczywistego pomiędzy zgwałceniem a seksualnym wykorzystaniem bezradności lub niepoczytalności.

Dla zobrazowania takiego toku rozumowania należy wziąć pod uwagę wyrok Sądu Apelacyjnego w Łodzi z 2012 roku. Stan faktyczny obejmował sytuację podjęcia przez sprawcę obcowania płciowego z małoletnią, która spała. W momencie, kiedy dziewczyna obudziła się, zaczęła się wyrywać, co spowodowało zastosowanie przez sprawcę przemocy. Sąd Apelacyjny w Łodzi zmienił zaskarżony wyrok sądu niższej instancji, zmieniając przy tym pierwotną kwalifikację, tj. art. 198 kk w zw. z art. 200 kk, na art. 197 §3 pkt 2 kk. W uzasadnieniu sąd odwoławczy wskazał, że w przedmiotowej sytuacji należy uznać wykorzystanie stanu snu jako początku dokonania przestępstwa zgwałcenia. Element ten nie jest bowiem przestępstwem z art. 198 kk[264]. Przytoczone tutaj orzeczenie nie może zostać ocenione jako właściwe. Wskazać można, że opisany stan faktyczny, co prawda nie spełnia wymogów zbiegu realnego, ani tym bardziej pozornego. Spełnia jednak warunki kumulacji. Sprawca w opisanym przykładzie dopuścił się bowiem dwóch czynów. Pierwszym z nich było seksualne wykorzystanie śpiącej małoletniej. Następnie momentem granicznym było przebudzenie się pokrzywdzonej. Od tej chwili rozpoczęło się dokonanie przez sprawcę przestępstwa zgwałcenia w formie kwalifikowanej, tzn. zgwałcenia pedofilskiego. Nie jest też możliwym traktowanie seksualnego wykorzystania w omawianym przypadku jako usiłowania dokonania zgwałcenia z art. 197 §3 pkt 2 kk, gdyż sprawca swoim zachowaniem niewątpliwie wypełnił przesłanki art. 198 kk. Nawet jeśli przyjąć koncepcję, że podjęcie działania polegającego na obcowaniu płciowym

[264] Wyrok SA Łódź z dnia 11.12.2012 r., sygn. II AKa 256/12, OSAŁ 2013/1/7.

z pokrzywdzonym pozostającym w śnie jest zachowaniem bezpośrednio zmierzającym do popełnienia na nim przestępstwa zgwałcenia, to i tak argumentacja taka nie może zostać utrzymana. Wskazać bowiem należy, że zarówno w kontekście przestępstwa z art. 197 kk, jak i z art. 198 kk czynnościami wykonawczymi są obcowanie płciowe lub inna czynność seksualna. Zatem, w omawianym przypadku sprawca już w momencie ataku na osobę śpiącą zrealizował przesłankę w postaci doprowadzenia do obcowania płciowego.

W przedstawionej tutaj sytuacji sprawca dokonał *de facto* dwóch czynów, co do których miał odrębne dwa zamiary. Pierwszy wiązał się z wolą wykorzystania snu pokrzywdzonej, zaś drugi nie baczył już na tę sposobność i skierowany był bezpośrednio na cel w postaci obcowania płciowego, do którego doprowadzenia wymagane było zastosowanie przemocy wobec małoletniej ofiary.

Przywołany już J. Warylewski zwraca również uwagę na możliwość zbiegu przepisu statuującego odpowiedzialnego za pedofilię (art. 200 kk) oraz seksualne wykorzystanie z art. 198 kk. Dopuszczalne jest także według przywołanego autora wystąpienie zbiegu art. 198 kk z: art. 199 kk statuującym wykorzystanie seksualne stosunku zależności lub krytycznego położenia, art. 201 kk penalizującym kazirodztwo, czy też pod pewnymi obwarowaniami z art. 217 kk, tj. przestępstwem naruszenia nietykalności[265]. Z poglądem wyrażonym przez J. Warylewskiego nie zgadza się K. Lipiński. Wskazuje on bowiem, że nie jest możliwe zaistnienie zbiegu rzeczywistego pomiędzy art. 198 kk a art. 199 kk. Wynika to, według autora z konsumowaniem przez stan bezradności stanów opisanych w dyspozycji przepisu z art. 199 kk, tj. krytycznego położenia lub stosunku zależności[266]. Argumenty o podobnej zawartości dotyczą zaprzeczenia możliwości uznania za możliwy zbieg realny przestępstwa seksualnego wykorzystania z przestępstwem znęcania. Wskazuje się bowiem, że treściowo art. 198 kk konsumuje art. 217 kk[267]. Przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności jako przesłanki zawiera katalog czynności wykonawczych (obcowanie płciowe, inna czynność seksualna), które nierozłącznie są

[265] M. Bielski, w: *Kodeks karny...*, s. 771-772, a także: P. Poniatowski, *Przestępstwo znęcania się nad osobą prawnie pozbawioną wolności i dopuszczenia do takiego znęcania się (art. 247 kk)*, w: *Znęcanie się*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2020, s. 235.
[266] K. Lipiński, w: *Kodeks karny...*, s. 632.
[267] V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 995.

związane z naruszaniem nietykalności cielesnej pokrzywdzonego. Ich charakter związany jest bowiem bezpośrednio z cielesnością, intymnością. To zaś nie pozwala na uznanie za dopuszczalne ujęcie w kwalifikacji prawnej zbiegu rzeczywistego pomiędzy ww. typami rodzajowymi przestępstw.

W odniesieniu zaś do ewentualności zbiegu art. 199 kk i art. 198 kk, to jednoznacznie należy wyłączyć taką możliwość. Jest to związane przede wszystkim z innym zakresem treściowym przywołanych przepisów statuujących odmienne z punktu widzenia okoliczności ich popełnienia sytuacje[268]. W przypadku seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności sprawca atakuje wolność seksualną ofiary jako prawo do jej samostanowienia w zakresie aktywności seksualnej. Jest to związane z tym, że jednostka znajdując się w choćby jednym z określonych w tym przepisie stanów, nie ma możliwości wyrażenia relewantnej zgody. Natomiast osoba znajdująca się w krytycznym położeniu lub w stosunku zależności nadal w pełni dysponuje swoją decyzyjnością. Owszem, w zakresie tej decyzyjności dostrzec można wyraźne zawężenie, co jest skutkiem nacisku wywołanego okolicznościami. Jednakże nadal jest to sytuacja odmienna od tej, w której znajduje się pokrzywdzony czynem z art. 198 kk. Stąd też całkowicie nieuzasadnionym jest formułowanie stanowiska, wedle którego możliwym jest wystąpienie w tych dwóch przypadkach zbiegu rzeczywistego.

Zauważenia wymaga także kwestia pomijalnego zbiegu w przypadku zestawienia przestępstwa z art. 198 kk i przestępstwa znęcania z art. 207 kk. Jest to związane bezpośrednio z treścią przepisu statuującego przestępstwo znęcania. Należy do niego m.in. znęcanie fizyczne. Z pewnością można uznać, że wszelkie formy przemocy seksualnej, będące długotrwałą praktyką sprawcy wobec pokrzywdzonego stanowić mogą realizację znamienia znęcania fizycznego.

Wyraźnym zdaje się brak uwzględnienia przez J. Warylewskiego i pozostałych przywołanych autorów art. 203 kk, który dotyczy przestępstwa zmuszania do prostytucji.

W przypadku tego typu rodzajowego czynu zabronionego sposoby działania są analogiczne do przestępstwa zgwałcenia i należą do nich: przemoc, groźba bezprawna

[268] M. Bielski, w: *Kodeks karny...*, s. 718.

lub podstęp. Dlatego też, mając na uwadze okoliczności, w których może dojść do realizacji przesłanek z art. 203 kk, jak najbardziej możliwym jest uwzględnienie ewentualnego zbiegu z art. 198 kk, a przynajmniej kwalifikacji kumulatywnej. Dotyczy to chociażby hipotetycznej sytuacji wykorzystania seksualnego bezradności pokrzywdzonego, który będąc pod wpływem środków odurzających, od których został uprzednio uzależniony przez sprawcę, zostaje w ten sposób zmuszony do uprawiania prostytucji. W przypadku zaś uznania za zbyt daleko idące wnioski o możliwości zbiegu realnego ww. przestępstw, możliwym jest natomiast uznanie zależności obydwóch przestępstw, a tym samym uwzględnienie ich łącznie w kwalifikacji prawnej czynu sprawcy.

Z przestępstwami seksualnymi, które skoncentrowane są na element fizyczności człowieka poprzez sformułowane czynności wykonawcze zawsze będzie wiązało się ryzyko spowodowania przynajmniej uszczerbku na zdrowiu pokrzywdzonego. Dlatego też za pozostające w zbiegu można wskazać niektóre przestępstwa z rozdziału XIX Kodeksu karnego przeciwko życiu lub zdrowiu. Nie można zatem wykluczyć zbiegu z art. 156 kk (ciężki uszczerbek na zdrowiu), art. 157 kk (średni i lekki uszczerbek na zdrowiu), ale też przestępstwa poważniejsze prowadzące do śmierci ofiary, tj. art. 155 kk (nieumyślne spowodowanie śmierci), czy art. 148 kk (zabójstwo)[269].

Na ciekawą korelację przepisów zwróciła uwagę M. Budyn-Kulik. Autorka wskazała, że w przypadku przestępstwa naruszenia miru domowego (art. 193 kk) możliwym jest zaistnienie zbiegu rzeczywistego niewłaściwego z art. 198 kk. W przywołanym przez M. Budyn-Kulik przykładzie sprawca naruszający mir domowy posiada jednocześnie wiedzę, co do przebywania w mieszkaniu lub domu, do którego się wdziera osoby z upośledzeniem umysłowym. W związku z tym, w celu zrealizowania zamiaru popełnienia przestępstwa z art. 198 kk sprawca chcąc wykorzystać seksualnie taką osobę, narusza mir domowy[270]. Koncepcja tutaj podniesiona wskazują na konkluzję, że według intencji przywołanej autorki, czyn sprawcy polegający na naruszeniu miru domowego jest tak naprawdę sposobem doprowadzenia do przestępstwa opisanego w art. 198 kk. Sprawca chce i tym zamiarem

[269] Zob. np. M. Bielski, w: *Kodeks karny...*, s. 717.

[270] M. Budyn-Kulik, *Zbieg przepisów ustawy w przypadku wypełnienia przez sprawcę jednym czynem oprócz znamion naruszenia miru domowego także znamion innego typu czynu zabronionego*, w: *Naruszenie miru domowego*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2019, s. 213.

obejmuje swoją świadomość, dokonania seksualnego wykorzystania, tak jak w przykładzie, niepoczytalność osoby upośledzonej psychicznie. Element zaś naruszenia miru domowego objęty jest zamiarem, z punktu widzenia sprawcy, drugorzędnym.

Przedstawione tutaj przykłady pokazują jedno z oblicz wieloaspektowości omawianego typu rodzajowego przestępstwa. Stanowią także przykład, jak istotne jest poprawne ustalenie elementów składowych strony podmiotowej oraz innych zagadnień, skoncentrowanych chociażby wokół dobra chronionego.

Rozdział IV

Podmiot i strona podmiotowa przestępstwa z art. 198 Kodeksu karnego

Zadanie koncentrujące się wokół przeprowadzenia analizy zagadnienia składającego się na podmiot i stronę przedmiotową przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności spowodowanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym można pobieżnie określić przymiotnikiem „oczywiste".

Najprostszym bowiem wnioskiem odnośnie podmiotu tego typu rodzajowego przestępstwa jest wskazanie, że ustawodawca nie określił tego, kto może je popełnić, a zatem jest to przestępstwo powszechne. Natomiast w kontekście strony przedmiotowej najogólniejsza konkluzja zakładać by mogła, że z uwagi na zastosowaną przez język ustawy przesłankę „wykorzystując" to przestępstwo seksualne może zostać popełnione wyłącznie umyślnie z zamiarem bezpośrednim. Podsumowanie tej treści nie oddaje jednak całokształtu tytułowej problematyki tego rozdziału dysertacji.

Nie uwzględnia ono bowiem, w jakich stosunkach mogą pozostawać pokrzywdzony ze sprawcą, czy są zatem wyjątki od tej ogólnej zasady powszechności podmiotu przestępstwa z art. 198 kk. Dodatkowo postawienie kwestii dopuszczalnej formy umyślności w tak kategoryczny nie uwzględnia rozważań w zakresie zamiaru ewentualnego, czy też *quasi*-ewentualnego.

Materie te są niezbędne do rozważenia, z uwagi na konieczność dokonania poprawnego określenia granic penalizacji przestępstwa z art. 198 kk. Jego charakter z uwagi na katalog przesłanek jest bowiem niejednorodny, co rodzić może ryzyko zbytniego zawężania, ale też poszerzania zakresu odpowiedzialności karnej z tego tytułu.

1. Podmiot przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności

Jak to zostało podkreślone na wstępie tej części rozważań, przestępstwo z art. 198 kk jest przestępstwem powszechnym. Dlatego też najbardziej oczywistą konsekwencją takiego stanu rzeczy jest przyjęcie, że każdy człowiek może dopuścić się jego popełnienia. Z punktu widzenia wykładni literalnej tego przepisu powyższe stwierdzenie zdaje się być wystarczające. Jednakże podsumowanie tego problemu konkluzją tej treści jest niewystarczające i noszące znamiona lekceważenia jego istoty.

Pomimo tego, że ustawodawca słusznie zakwalifikował czyn zabroniony z art. 198 kk jako przestępstwo powszechne nie oznacza to braku mogących wystąpić wątpliwości interpretacyjnych w zakresie poprawnego określenia jego podmiotu. Polityka kryminalna państwa polegająca na negatywnym stosunku do naruszania wolności seksualnej pokrzywdzonego w sposób opisany w art. 198 kk jest całkowicie zrozumiała, co zostało już wielokrotnie wykazane na gruncie niniejszej dysertacji. Jednakże tak sformułowana naczelna zasada nie wyklucza to konieczności bliższego określenia sprawcy.

Przede wszystkim relacja pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym przestępstwem z art. 198 kk jest relacją silnie sprzężoną i co do zasady niedającą się porównać z innym stanem faktycznym, którego punktem stycznym jest popełnienie przestępstwa omawianego rodzaju. Specyfika tzw. przestępstw seksualnych w stopniu znacznym ogranicza możliwość posiłkowania się przy orzekaniu podobnymi stanami faktycznymi, bowiem każdy przypadek zasługuje na odrębną ocenę, zaś sam czyn może być wypadkową wielu okoliczności towarzyszących. W omawianym zaś zakresie jest to również konsekwencją nieostrych przesłanek mających swoje źródło w naukach pozaprawnych, które w dodatku w odniesieniu do dwóch z nich wymagają spełnienia znamienia dodatkowego w postaci stwierdzenia niepoczytalności ofiary. Sytuację tę pogłębia niejednorodność przebiegu stanów, składających się na przywołane znamiona. Świadczy o tym szerokie spektrum okoliczności, które mogą zostać uznane za bezradność, mnogość rodzajów chorób psychicznych dających różnorakie objawy, czy

też odmienne stopnie niepełnosprawności przy upośledzeniu umysłowym. Prowadzi to do wniosku, że każdy stan faktyczny przestępstwa seksualnego wykorzystania tych sytuacji zasługuje na indywidualną ocenę. Również z punktu widzenia podmiotu, jak i strony podmiotowej.

Jednym z istotniejszych zagadnień pojawiających się przy dokonywaniu próby scharakteryzowania sprawcy przestępstwa z art. 198 kk jest ustalenie, że może nim być każdy, bez względu na stosunki łączące go z ofiarą. W związku z powyższym, koniecznym jest ponowne podkreślenie na gruncie niniejszego opracowania faktu, wedle którego okoliczność taka, że sprawca z pokrzywdzonym pozostają w związku małżeńskim, bądź w innym związku nie ma jakiegokolwiek wpływu na ewentualny brak odpowiedzialności karnej lub na jej ograniczenie. Uzasadnionym jest także podkreślenie, że na kwalifikację prawną nie ma wpływu czy ów związek jest związkiem heteroseksualnym, homoseksualnym, czy też innym. Wszelkie ewentualne wątpliwości interpretacyjne w tym zakresie należy uznać za bezpodstawne.

Za słusznością powyższego kategorycznego wniosku przemawia przede wszystkim obecny kształt linii orzeczniczej w przedmiotowym zakresie. Sąd Najwyższy w jednej ze swoich uchwał w 2016 roku orzekł, że mianem osób pozostających we wspólnym pożyciu należy określać nie tylko osoby przeciwnej płci pozostające w konkubinacie, lecz również osoby w homoseksualnym związku analogicznym konkubinatowi[271]. Wyraźnym założeniem, leżącym u podstaw powołanego tutaj orzeczenia Sądu Najwyższego jest brak dokonywania kategoryzacji związków i traktowanie każdego ich rodzaju na równi, niezależnie od tego czy stanowi on małżeństwo czy konkubinat i niezależnie od płci partnerów. Takie rozwiązanie przyjęte przez SN należy jednoznacznie uznać za prawidłowe, a zarazem przełomowe z uwagi na występujące wcześniej ryzyko dokonywania kategoryzacji osób pozostających w różnych rodzajach relacji, co znajdowało bezpośrednie przełożenie na sytuację procesową konkretnych osób.

Przytoczone orzeczenie znajduje również odzwierciedlenie w omawianym tutaj problemie. Można stwierdzić, że stanowi ono kolejny krok, zaraz po przyjęciu

[271] Uchwała SN z dnia 25.02.2016 r., sygn. I KZP 20/15, OSNKW 2016/3/19.

możliwości uznania współmałżonka za sprawcę m.in. zgwałcenia i seksualnego wykorzystania z art. 198 kk do zmaksymalizowania ochrony przed naruszeniami w sferze wolności seksualnej, nadając tejże ochronie walor bezwarunkowości bez względu na okoliczności jej towarzyszące, takie jak np. wspomniane stosunki łączące sprawcę z ofiarą.

W tym też kontekście warto zastanowić się również nad odpowiedzialnością osób pozostających w relacji bigamii lub poliamorycznych z tytułu przestępstwa z art. 198 kk. Bigamia, będąca sama w sobie odrębnym typem rodzajowym przestępstwa z art. 206 kk polega na pozostawaniu w więcej niż jednym związku małżeńskim. Poliamoria jest relacją podobną do bigamii, gdyż również i ona jest oparta na poligamii. Jednakże w przeciwieństwie do związków bigamicznych, osoby pozostające w związku poliamorycznym znajdują się poza zainteresowaniem prawa karnego, gdyż osoby pozostające w relacjach tego typu dotyczą związków niesformalizowanych lub relacji małżeństwa z osobami stanu wolnego.

W zakresie poczynionych ustaleń dotyczących odpowiedzialności karnej za przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności popełnionego przez osoby będące w związku małżeńskim, konkubinacie, czy homoseksualnym związku podobnym do konkubinatu, warto także uczynić podkreślenie, że jak najbardziej możliwym jest poniesienie odpowiedzialności karnej przez osobę, która popełniła ten czyn zabroniony na ofierze znajdującej się w relacji bigamicznej czy poliamorycznej. W zakresie związku poliamorycznego stosowną adnotacją należy objąć także wniosek, że odpowiedzialność ta jest niezależna, czy relacja tego typu jest heteroseksualna, czy też homoseksualna.

2. Postać zamiaru a przestępstwo z art. 198 kk

Przestępstwo z art. 198 kk polega na seksualnym wykorzystaniu okoliczności wskazanych przez ustawodawcę w dyspozycji ww. przepisu, do których należą bezradność, choroba psychiczna lub upośledzenie umysłowe. Jak zostało to na gruncie

niniejszego opracowania wielokrotnie podkreślone, wskazane przesłanki należą do kategorii nieostrych, ale też wieloznacznych. To zaś implikuje konieczność dokonywania każdorazowo wnikliwej oceny każdego stanu faktycznego i brak możliwości stworzenia jednego, zawierającego wiele punktów wspólnych dla większości przypadków.

Mając powyższe na uwadze koniecznym jest zadanie pytania o stronę podmiotową przestępstwa scharakteryzowanego poprzez treść art. 198 kk. W tym zakresie jedyną bezsporną okolicznością jest stwierdzenie, że analizowane przestępstwo może zostać popełnione umyślnie. Ocena o takiej treści wypływa z dokonanej wykładni literalnej. Ustawodawca wskazał, że sprawca dopuszczający się ww. czynu zabronionego wykorzystuje przywołane we wstępie niniejszej części dysertacji okoliczności związane z pokrzywdzonym. Taki kształt przesłanki, będący dookreśleniem sposobu popełnienia omawianego typu rodzajowego przestępstwa prowadzić może do jedynej konkluzji, jaką jest umyślność działania sprawcy, jego intencjonalność.

W związku z powyższym zagadnieniem problematycznym jest w tym zakresie ustalenie czy seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego może zostać popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, czy także z zamiarem ewentualnym.

2.1. Zamiar bezpośredni a przestępstwo z art. 198 kk

Kontynuacją wywodu w zakresie określenia strony podmiotowej analizowanego typu rodzajowego przestępstwa jest powtórzenie sformułowanego na wstępie niniejszego rozdziału wskazania, że może ono zostać popełnione przede wszystkim z zamiarem bezpośrednim. Jest to druga, a zarazem ostatnia kwestia niewątpliwa w tym temacie.

Za zasadnością powyższego stwierdzenia przemawia konstrukcja zamiaru bezpośredniego, na który składa się bezwzględny i niebudzący wątpliwości element wolicjonalny oraz świadomość objęcia przez sprawcę zaistnienia okoliczności stanowiących przesłanki konkretnego rodzaju przestępstwa objętego zamiarem[272]. Rozważenia wymaga problem ewentualności wystąpienia analizowanego typu rodzajowego przestępstwa w kontekście zamiaru kumulatywnego oraz alternatywnego.

W pierwszym względzie zdawać się może, zważając na fakt, że ta postać zamiaru jest efektem ubocznym towarzyszącym realizacji innego celu, że jego wystąpienie w związku z przestępstwem z art. 198 kk jest wysoce prawdopodobne[273]. Zamiar kumulatywny w tym zakresie może materializować się chociażby w przypadku dopuszczenia się przez sprawcę seksualnego wykorzystania w analizowanej formie oraz spowodowania u pokrzywdzonego np. średniego uszczerbku na zdrowiu chociażby pod postacią obrażeń ciała. Jednakże, w tym kontekście koniecznym jest przeprowadzenie wnikliwej oceny stanu faktycznego, tak aby w sposób niebudzący wątpliwości móc wykluczyć popełnienie przez sprawcę zgwałcenia przy użyciu przemocy w ewentualnym zbiegu z powołanym wyżej przestępstwem spowodowania uszczerbku na zdrowiu. W opisanej sytuacji istnieje bowiem ryzyko wystąpienia zbiegu pozornego, zamiast przyjęcia poprawnej kwalifikacji czynu, tj. uznanie że czyn wypełnia znamiona z art. 197 kk przy zastosowaniu przez sprawcę przemocy względem pokrzywdzonego. Kwestia ta ma niebagatelne znaczenie zwłaszcza przy dokonaniu prawidłowej oceny stanu bezradności fizycznej pokrzywdzonego, która dotyczyć może skrępowania ofiary w ramach praktyk seksualnych. Innym przykładem może być w tym miejscu sytuacja poprawnego rozważenia kwestii spożywania alkoholu przez pokrzywdzonego. Może bowiem zaistnieć okoliczność, że ofiara sama wprowadziła się w stan nietrzeźwości, który przez sprawcę został poczytany za bezradność. Ofiara natomiast znajdując się pod wpływem, np. alkoholu może nie mieć wyłączonej decyzyjności, zaś sprawca

[272] K. Mioduski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. J. Bafii, K. Mioduskiego, M. Siewierskiego, Warszawa 1977, s. 29.

[273] K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 340. Przykładem zamiaru kumulatywnego może być przestępstwo z art. 340 kk. Jak trafnie wskazał Sąd Najwyższy w jednym ze swoich orzeczeń, w przypadku przestępstwa uchylania się od służby wojskowej polegającego na ucieczce z jednostki wojskowej za granicę, tj. czyn z art. 304 § 3 kk z 1969 roku (obecny art. 339 § 3 kk), z uwagi na to, że zamiar uchylania się od służby wojskowej jest sprzężony z zamiarem ucieczki za granicę, patrz: wyrok SN z dnia 25.08.1978 r., sygn. Rw 297/78, OSNKW 1978/11/132.

dopuszczając się wobec niej przemocy, popełnia w rzeczywistości przestępstwo zgwałcenia, nie zaś pierwotnie zakładane seksualne wykorzystanie bezradności połączone z przestępstwem polegającym na spowodowaniu uszczerbku na zdrowiu[274]. To zaś prowadzi do konkluzji w zakresie możliwości zaistnienia konstrukcji *dolus cumulativis* w kontekście zagadnienia będącego przedmiotem niniejszej analizy, tj. przestępstwa stypizowanego poprzez treść art. 198 kk.

Natomiast, co do zamiaru alternatywnego podkreślić należy, że występuje on zawsze łącznie z zamiarem bezpośrednim, będąc względem niego wymiennym. Mając na uwadze, że jego istotą jest to, że może być połączony z czynem zabronionym w ten sposób, że okazuje się być jedynym zamiarem, co wynikło bezpośrednio z przebiegu zdarzenia, którego dotyczy ów czyn, wskazać należy na jego możliwe wystąpienie w przypadku dokonania przez sprawcę przestępstwa z art. 198 kk[275]. Jako przykład można przywołać hipotetyczną sytuację, kiedy to podstawowym celem sprawcy jest m.in. utrwalenie treści pornograficznych z art. 202 §3 kk. Jednakże, ów sprawca chcąc utrwalać treści pornograficzne chce w tym celu wykorzystać bezradność pokrzywdzonego pogrążonego we śnie, aby w ten sposób doprowadzić do wykonania na pokrzywdzonym np. innej czynności seksualnej polegającej na penetracji narządów płciowych tej osoby przedmiotem, która to czynność jest w tym momencie utrwalana. Tym samym czyn sprawcy wypełnia znamiona dwóch przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego, przy wskazaniu, że czyny te są objęte zamiarem alternatywnym, z uwagi na fakt występowania podstawowego zamiaru w zakresie czynu dotyczącego utrwalania treści pornograficznych, które jednocześnie może, ale nie musi polegać na seksualnym wykorzystaniu pokrzywdzonego w sposób opisany przez ustawodawcę poprzez ukształtowanie znamion z art. 198 kk.

Podobna sytuacja może zaistnieć w okolicznościach zamiaru seksualnego wykorzystania z art. 198 kk osoby małoletniej. Doszłoby wówczas do kwalifikacji w warunkach zbiegu rzeczywistego przestępstwa stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania z przestępstwem pedofilii z art. 200 kk. Czyn ten wypełniałby wówczas warunki zamiaru alternatywnego.

[274] Sytuacja taka może być również rozpatrywana w kontekście instytucji usiłowania nieudolnego, zob. rozdział V.
[275] A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do Kodeksu karnego*, t. I, Zakamycze 1998, s. 94-95.

2.2. Przesłanka „wykorzystując" a jej relacja z zamiarem ewentualnym i *quasi*-ewentualnym

Innym, koniecznym do rozstrzygnięcia problemem jest ustalenie czy dopuszczalnym jest przyjęcie możliwości popełnienia omawianego rodzaju przestępstwa z zamiarem ewentualnym, bądź *quasi*-ewentualnym w związku z przyjętą przez treść art. 198 kk - „wykorzystując".

Jako przykład niejednorodnego stanowiska orzecznictwa do problemu dopuszczalności innej formy umyślności aniżeli zamiaru bezpośredniego jest jeden z wyroków Sądu Apelacyjnego w Katowicach. W treści podniesionego orzeczenia konstrukcja przesłanki „wykorzystując" wskazywać może na to, że przestępstwo określone przez ustawodawcę poprzez treść art. 198 kk może zostać popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim. Jednakże w dalszej części uzasadnienia ww. sąd uczynił następującą wzmiankę, która wymaga przywołania jej dosłownej treści: *„Wykorzystanie określonego stanu rzeczy (bezradności bądź niepoczytalności ofiary) zakłada bowiem świadomość po stronie sprawcy, że dany stan rzeczy zachodzi (na pewno bądź przypuszczalnie). Ponadto nie można doprowadzić do określonego aktu seksualnego bez nastawienia woli w tym właśnie kierunku, a więc sprawca ów uświadomiony stan rzeczy traktuje jako środek do osiągnięcia celu."*[276]. Zacytowany fragment analizowanego orzeczenia zawiera przykład wewnętrznej sprzeczności. Istotą ww. uzasadnienia było bowiem wskazanie, że przestępstwo seksualnego wykorzystania z art. 198 kk może zostać popełnione wyłącznie z zamiarem bezpośrednim. Jednakże w zdaniach następujących po tak kategorycznej ocenie Sąd Apelacyjny w Katowicach zawarł stwierdzenie, które wskazuje na dopuszczenie możliwości popełnienia ww. rodzaju przestępstwa z zamiarem innym niż bezpośredni. Jest to związane z faktem podkreślenia, że stan rzeczy, tj. w kontekście stanu faktycznego objętego ocenianym tu wyrokiem, czyli m.in. bezradność jest objęta świadomością sprawcy w ten sposób, że sprawca jest pewien jej występowania lub przypuszcza taką możliwość. To zaś implikuje pytanie czy w wyżej zacytowanym orzeczeniu sąd nie dopuścił *de facto* możliwości dopuszczenia się czynu z art. 198 kk z zamiarem wynikowym lub

[276] Wyrok SA Katowice z dnia 20.01.2011 r., sygn. II AKa 434/10, LEX 785462.

quasi-wynikowym.

Mając na uwadze powyższy przykład z orzecznictwa wskazać należy, że przesłanka „wykorzystując" jest pojęciem wieloznacznym, a tym samym mogącym nastręczać szeregu wątpliwości interpretacyjnych. W kontekście zaś przedmiotowego zagadnienia problematycznym jest ustalenie czy wykorzystanie pewnych okoliczności może zostać powiązane z elementem umyślności w formie odpowiadającej instytucji *dolus eventualis* lub *dolus quasi-eventualis*.

Bezsprzecznym jest stwierdzenie, że znamię wykorzystania bezradności, choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego pokrzywdzonego zakłada przede wszystkim w przypadku strony podmiotowej przestępstwa z art. 198 kk zamiar bezpośredni. Na tym etapie rozważań można zatem wskazać, że zarówno znaczenie słownikowe wyrazu „wykorzystać", jak i założenia doktrynalne odnoszące się do instytucji *dolus eventualis*, czy też *dolus quasi-eventualis* zdają się nie pozostawać ze sobą w sprzeczności. Sprawca bowiem nie stwarza okoliczności, które mogą ułatwić mu popełnienie analizowanego rodzaju przestępstwa, a wyłącznie poddaje się sposobności jego popełnienia. Może się zatem zdarzyć, że wola sprawcy jest nakierowana na czyn, lecz nie jest on pewny tego, czy zaistniały przesłanki ku jego popełnieniu. Niemniej jednak wykazuje on zainteresowanie samym działaniem, pomimo wątpliwości w przywołanym zakresie. Oznacza to, że sprawca nie ma nic przeciwko wobec ewentualnego wykorzystania nadarzającej się sposobności.

Dodatkowo, można w tym zakresie wskazać na zdanie wyrażone przez K. Mioduskiego, który dokonał dyferencjacji zamiaru od tzw. subiektywnych znamion czynu. Do tej kategorii nazywanej również „podmiotowymi elementami przedmiotowej istoty czynu" autor zaliczył dodatkowe okoliczności opisujące dany rodzaj czynu zabronionego m.in. cel, motywy, czy też znamiona o subiektywnym charakterze[277]. Do grona takich składników można z całą pewnością zaliczyć będący dookreśleniem czynności wykonawczej imiesłów przysłówkowy „wykorzystując". Przesłanka ta pomimo że dotyczy znamienia czasownikowego przestępstwa seksualnego wykorzystania w analizowanej formie, to jednak nie łączy się z nim w sposób nierozerwalny. To zaś pozwala na interpretację powyższych elementów art. 198 kk oddzielnie, bowiem określenie „wykorzystując" odnosi się do stosunku wolicjonalnego

[277] K. Mioduski, w: *Kodeks karny...*, s. 35.

sprawcy, który jest subiektywny. Pytaniem, na które należy zatem udzielić odpowiedzi, rozważając wskazane tutaj odmiany zamiaru jest, czy świadomość wystąpienia okoliczności musi w przypadku sprawcy przestępstwa z art. 198 kk być z jego strony niezachwiana. Tym samym koniecznym jest dokonanie rozstrzygnięć w zakresie możliwości uznania stopniowalności przesłanki „wykorzystując". Przekłada się to bowiem na określenie tego, czy sprawca omawianego czynu może posiadać obojętny stosunek do zaistnienia znamion pozaprawnych, czy też musi mu towarzyszyć, choćby w minimalnym stopniu chęć ich wykorzystania, a zatem tego, czy sprawca powinien być zainteresowany tym, aby okoliczności te zaistniały w rzeczywistości.

Ponadto podkreślenia wymaga, że celem omawianej przesłanki jest doprecyzowanie składnika strony przedmiotowej przestępstwa z art. 198 kk, a poprzez to pełniejsze scharakteryzowanie specyfiki tegoż czynu zabronionego. Można zaryzykować hipotezę, że ustawodawca zdecydował się na zastosowanie takiego dookreślenia omawianego przestępstwa seksualnego niejako w kontrze do przestępstwa zgwałcenia, po to aby wykluczyć i tak nieuniknione porównania obu przepisów aktualizujące się każdorazowo w przypadku dokonywania kwalifikacji czynu sprawcy. Sprawca przestępstwa z art. 198 kk wyłącznie wykorzystuje bowiem stan, który zaistniał bez jego wpływu. W przypadku zaś zgwałcenia okoliczności stwarzające możliwość jego popełnienia, tj. zastosowanie przemocy, groźby bezprawnej, czy podstępu znajdują się w bezpośredniej korelacji z czynem sprawcy. Wykorzystanie zatem nosi mniejszy, choć i tak wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu, ale jednocześnie stanowi o wystąpieniu wątpliwości w zakresie interpretacji tej przesłanki w kontekście tu wskazanym.

Elementy tu podniesione otwierają jedynie drogę do dalszych rozważań w kwestii dopuszczalności uznania za możliwe popełnienie przestępstwa z art. 198 kk w jednej z form umyślności, tj. zamiaru ewentualnego lub *quasi*-ewentualnego. Argumentacja w tej części nie przesądza jednak, czy w kontekście omawianego typu rodzajowego przestępstwa zasadnym jest przyznanie prymatu jednej, bądź drugiej z ukazanych tu opcji. Kwestia ta bowiem wymaga doprecyzowania w oparciu o koncepcje odnoszące się bezpośrednio do zamiaru ewentualnego oraz zamiaru niby ewentualnego.

2.3. Zamiar ewentualny i zamiar *quasi*-ewentualny a przestępstwo z art. 198 kk

Zagadnienie dotyczące form umyślności, w jakich może zostać popełnione przestępstwo z art. 198 kk jest przedmiotem wielu kontrowersji wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego. W zasadzie, można uznać, że jedyną stałą jest w tym temacie ogólne poparcie względem przyznania prymatu zamiarowi bezpośredniemu[278]. Natomiast kwestia tego, czy jest on jedyną dopuszczalną formą umyślności, czy też możliwym jest dokonanie przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności działając z zamiarem ewentualnym lub *quasi*-ewentualnym jest już bardziej kontrowersyjna.

Wśród przedstawicieli nauki prawa karnego przeważa jak się zdaje koncepcja, wedle której omawiane przestępstwo, z uwagi na przesłankę „wykorzystując" można popełnić wyłącznie z zamiarem bezpośrednim[279]. Jako argument naczelny podnoszone jest w tym zakresie, że w związku z tym, że sprawca popełnia analizowany typ rodzajowy przestępstwa na osobie bezradnej lub niepoczytalnej, musi obejmować swoją świadomością, to że w związku z tym dopuści się jej wykorzystania[280]. Taka perspektywa nie jest jednak wystarczająca dla zwolenników nieścisłego, zawężającego określania kryteriów strony podmiotowej przestępstwa z art. 198 kk.

Za stanowiskiem popierającym zarówno zamiar ewentualny, jak i *dolus quasi-eventualis* w kontekście art. 198 kk opowiadają się ci autorzy, którzy nie uznają za wyłącznie konieczne obejmowanie przez sprawcę świadomością zaistnienia kształtu przesłanek składających się na to przestępstwo[281]. Co prawda, z uwagi na zgoła odmienną konstrukcję obu przywołanych tutaj instytucji, szczegółowe podejście każdego ze stronnictw do rzeczywistego odzwierciedlenia obu wskazanych postaci zamiaru w przypadku przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności będzie się różniło, lecz niewątpliwie elementem łączącym oba

[278] Zob. np. K. Lipiński, w: *Kodeks karny...*, s. 631; J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny...*, s. 571; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym...*, s. 27; V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 994.
[279] Zob. np. J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny...*, s. 571; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 455.
[280] K. Lipiński, w: *Kodeks karny...*, s. 631.
[281] V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 994; J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 770; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym...*, s. 27.

podejścia jest ustosunkowanie się do problemu świadomości sprawcy a przesłanki przestępstwa z art. 198 kk.

Dopuszczalną jest zatem hipoteza, wedle której przestępstwo z art. 198 kk może zostać popełnione z zamiarem wynikowym lub niby-ewentualnym. Za jej wstępne uzasadnienie odpowiadać można przyjąć argument odnoszący się do złożonego charakteru przesłanek odnoszących się do pokrzywdzonego, takich jak choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe, czy też bezradność, które w praktyce mogą objawiać się różnorako. Tym samym w zależności od konkretnego przypadku zdekodowanie ich przez domniemanego sprawcę może być złożonym, niejednorodnym procesem, zaś to prowadzić może do zasadniczych problemów z ustaleniem stosunku psychicznego sprawcy do czynu.

Tak brzmiąca hipoteza zakłada ponadto, że wykorzystanie nie jest jedynie jednoznacznie intencjonalnym zachowaniem, lecz jego podjęcie może być łączone z godzeniem się, czyli niepełną świadomością sprawcy do podejmowanego przez siebie zachowania przestępnego.

W tym kontekście uzasadnione jest pytanie, czy dopuszczając możliwość popełnienia przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z zamiarem ewentualnym lub *quasi*-ewentualnym nie dochodzi do nadmiernego poszerzenia zakresu kryminalizacji.

Przedstawione w tej części rozprawy rozważania mają zatem na celu doprowadzenie do wniosków, które nie tylko ukażą zasadność lub nieprawidłowość postawionej w tym fragmencie hipotezy, ale także poprzez te argumenty pomogą ustosunkować się do przywołanych wątpliwości z zakresu polityki kryminalnej odnośnie ewentualnego poszerzenia pola kryminalizacji w zakresie przestępstwa z art. 198 kk.

2.3.1. Zamiar ewentualny w kontekście art. 198 kk

Jak już zostało wskazane, koncepcja powiązania przestępstwa z art. 198 kk z zamiarem ewentualnym jest zagadnieniem mocno dyskusyjnym. Jej przeciwnicy nie

dopuszczają bowiem możliwości objęcia świadomością przez sprawcę takich przesłanek jak te, stanowiące stronę przedmiotową omawianego typu rodzajowego przestępstwa. Tak skonstruowana argumentacja, mogąca być rozumianą jako ścisłe podążanie za regułami wytyczonymi przez wykładnię literalną zdają się jednak stawać w sprzeczności zarówno z rzeczywistym zakresem znamion przestępstwa z art. 198 kk, jak i z celem przemawiającym za jego penalizacją.

Przyznać zresztą należy, że obawy przedstawicieli doktryny prawa karnego w omawianym zakresie nie są całkowicie bezpodstawne. Instytucja zamiaru ewentualnego jako konstrukcja części ogólnej ustawy karnej budzi wiele wątpliwości, co do jej realnego kształtu i charakteru. Uzasadnieniem takiego stwierdzenia jest chociażby fakt stworzenia kilku teorii psychologicznych dotyczących zamiaru wynikowego[282]. Przemawia to bowiem o braku jednomyślności i ciągłym poszukiwaniu sensu tej formy umyślności.

Ustawowa konstrukcja zamiaru wynikowego z art. 9 §1 kk zakładająca, odmiennie aniżeli w przypadku zamiaru bezpośredniego, jedynie godzenie się na możliwość popełnienia czynu zabronionego przy jednoczesnej świadomości elementów składających się na przesłanki przestępstwa nie wyklucza możliwości jej zastosowania w przypadku przestępstwa z art. 198 kk. Dodać należy, że element godzenia się jest w tym przypadku tożsamy z pojęciem „akceptacja"[283]. Można zatem stwierdzić, że jest to zatem stan pełnej neutralności połączonej ze świadomością sprawcy w zakresie przewidywania możliwości zaistnienia składników obiektywnej rzeczywistości, które składają się na opis konkretnego czynu zabronionego.

W przypadku analizowanego przestępstwa seksualnego sprawca może zatem dokonując oceny sytuacji przewidywać, że osoba, z która zamierza podjąć obcowanie

[282] Na temat teorii psychologicznych zamiaru ewentualnego zob. np. M. Rodzynkiewicz, *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności*, w: *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1990, rok LII, z. 3-4, s. 74-75; J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 77; M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2013, s. 51-52; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 125-127; W. Wolter, *Studia z zakresu prawa karnego*, Kraków 1947, s. 8-13, 18-20; M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015, s. 44; G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8-31 kk. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 66.

[283] A. Wąsek w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, wyd. 2, Warszawa 2006, art. 9, https://sip-1lex-1pl-1004153q82d0a.han3.lib.uni.lodz.pl/#/commentary/587560816/466721/gorniok-oktawia-red-kodeks-karny-komentarz-wyd-ii?cm=URELATIONS [data dostępu: 20.06.2022].

płciowe lub inną czynność seksualną jest bezradna, chora psychicznie lub upośledzona umysłowo. Może również swoim podejrzeniem obejmować również lub wyłącznie skutek w postaci możliwej niepoczytalności, a w przypadku bezradności – możliwego stanu pokrzywdzonego, który przynajmniej w znacznym stopniu ogranicza mu wyrażenie zgody na kontakt seksualny.

Nie jest właściwe uzależnianie konieczności skorelowania świadomości tylko ze skutkiem w postaci braku zdolności do rozpoznania przez ofiarę znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem[284]. Sprawca może mieć bowiem wątpliwości już co do samego stanu pokrzywdzonego, np. choroby psychicznej, z którą powiązać należy okoliczność prawdopodobieństwo wystąpienia u osoby chorej niepoczytalności. Same przewidywania względem niepoczytalności również wypełniają przesłankę zamiaru ewentualnego, lecz nie powinny być określane mianem wyłącznie badanej w tym aspekcie okoliczności.

Opisywana w tym miejscu jedna ze stron *dolus eventualis*, tj. ta odnosząca się do sfery intelektualnej, koresponduje ze stroną wolicjonalną – wspomnianym już wcześniej godzeniem, które jest elementem refleksu woli sprawcy[285]. Sprawca zatem może przewidywać, że osoba z którą planuje rozpocząć aktywność o seksualnym charakterze może nie być poczytalna, a nadto może domyślać się przyczyny tego możliwego stanu wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Jest to element intelektualny. Natomiast istotnym jest, że pomimo wątpliwości, co do stanu pokrzywdzonego, sprawca nie odstępuje od swojego zachowania, lecz godzi się na możliwość wypełnienia swoim zachowaniem znamion strony przedmiotowej przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk.

Dodatkowo, jak podnosi K. Mioduski, do ustalenia występowania u sprawcy zamiaru *in generale* nie jest konieczne wnikliwe przemyślenie tego przez sprawcę. Możliwość przypisania umyślności w każdej z jej form jest zatem możliwa do spełnienia nawet w przypadku wystąpienia przelotnych, chwilowych aktów świadomości po stronie sprawcy[286]. To stwierdzenie otwiera możliwość do przypisania

[284] K. Lipiński, w: *Kodeks karny...*, s. 631.

[285] R. Dębski, *Z problematyki zamiaru ewentualnego w kodeksie karnym z 1969 roku*, w: *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Humanistyczno-Społeczne* 1972, seria I, z. 92, s. 4.

[286] K. Mioduski, w: *Kodeks karny...*, s. 30; Autor w tym kontekście posłużył się plastycznym sformułowaniem „zwiewne akty świadomości", które zdaje się w sposób niezwykle precyzyjny ujmować istotę ulotności zamiaru.

umyślności w odniesieniu do przestępstw popełnionych np. w afekcie, czyli mogących nastąpić z tzw. zamiarem nagłym. Przywołany autor wiąże *dolus repentius* z zachowaniem pokrzywdzonego, noszącym znamiona wyzywającego, czy też prowokującego[287]. Sytuacja taka nie musi wiązać się wyłącznie z takimi okolicznościami. Mając bowiem na uwadze, że zamiar ewentualny jest organicznie związany z innym zamiarem bezpośrednim, który niekoniecznie musi być bezprawny, możliwym jest przeniesienie uwagi tej treści na przykład dotyczący przestępstwa z art. 198 kk[288]. Zamiar ewentualny może pojawić się bowiem jako uboczny efekt zamiaru, który sprowadzać się może do okoliczności nawiązywania przez sprawcę i ofiarę relacji towarzyskiej, np. w drodze rozmowy. Podjęcie interakcji o takiej treści jest w omawianym zakresie realizacją zamiaru bezpośredniego, zaś następczy *dolus eventualis*, prowadzący do spełnienia przesłanek zrealizowanego przestępstwa jest rezultatem dynamiki sytuacji związanej z przywołaną okolicznością towarzyską.

Pewne wątpliwości względem zaprezentowanej teorii w zakresie nieadekwatności przyjęcia za możliwy do zaistnienia zamiaru ewentualnego w przypadku przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego dotyczyć mogą jej sprzeczności z przesłanką nakazującą sprawcy wykorzystać nakreślony tu stan pokrzywdzonego. Oczywiście, znamię „wykorzystując" niezaprzeczalnie najpełniej oddaje istota zamiaru bezpośredniego, któremu towarzyszy pełna świadomość sprawcy co do występowania znamion strony przedmiotowej i wola popełnienia przez niego czynu zabronionego w takim kształcie. Jednakże nie jest to jedyna możliwość aktualizacji przesłanki określającej sposób działania sprawcy.

Ciekawą i wartą pochylenia się nad nią koncepcją jest w tym zakresie, że zamiar ewentualny jest w opisanej wyżej sytuacji możliwy do zaakceptowania, nawet jeśli interpretacja znamion ustawowych konkretnego rodzaju przestępstwa przemawia za koniecznością uznania, że do jego popełnienia wymaganym jest specyficzny i jednoznaczny psychiczny stosunek sprawcy, tj. zamiar bezpośredni[289]. Taka sytuacja

[287] Ibidem, s. 30
[288] J. Giezek, K. Lipiński, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. J. Giezka, Warszawa 2021, s. 70.
[289] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, wyd. 3, s. 182.

zdaje się mieć miejsce w przypadku przestępstwa seksualnego z art. 198 kk wraz z przywołaną przesłanką nakazującą wykorzystanie stanu pokrzywdzonego będącego niepoczytalnym lub bezradnym do doprowadzenia go do obcowania płciowego lub poddania go, wykonania na nim innej czynności seksualnej.

W warunkach zamiaru ewentualnego, co zostało już wskazane sprawca dysponuje jakimś ułamkiem świadomości. Pozwala mu ona na dokonanie pobieżnej oceny okoliczności i doprowadzenie do konkluzji w zakresie przewidywania, że na podstawie zaobserwowanych danych, ofiara może, ale nie musi znajdować się w stanie opisanym przez treść przepisu art. 198 kk. Sprawca zatem godząc się na to, że swoim działaniem wchodzi *de facto* w sytuację, w której występuje 50% szans na to, że pokrzywdzony nie znajduje się w stanie opisującym analizowany typ rodzajowy przestępstwa oraz mając tyle samo procent szans na to, że sytuacja jest zupełnie odwrotna. Tym samym sprawca nie odstępując od dokonania akceptuje warunki, które dyktuje art. 198 kk, a zatem sprawca zdaje sobie sprawę, że jeżeli jego przewidywania względem elementów strony przedmiotowej omawianego czynu zabronionego się ziszczą, to jest to równoczesne z wykorzystaniem przez niego tego stanu, w którym ofiara się znajduje. W ten sposób dochodzi do realizacji elementu „godzenia się" sprawcy, czyli jego akceptacji.

Wskazać ponadto można, zamykając tym samym tę część rozważań, że zgodnie ze stwierdzeniem sformułowanym przez M. Królikowskiego oraz R. Zawłockiego w przypadku braku ustawowych znamion danego typu rodzajowego przestępstwa wskazujących w wyraźny sposób na wyłączną możliwość popełnienia konkretnego przestępstwa z zamiarem bezpośrednim, słusznym jest przyjęcie że można ten czyn popełnić również z zamiarem wynikowym[290]. Trudno nie uznać za słuszną tak zaprezentowaną argumentację, wypływającą bezpośrednio z wykładni literalnej przepisu art. 8 kk, który stanowi ona bowiem ogólną zasadę dotyczącą umyślności i nieumyślności z podziałem na zbrodnie oraz występki. Reguła ta jest klarowna i stanowi, że zbrodnia może zostać popełniona wyłącznie umyślnie, zaś występek co do zasady również wyłącznie umyślnie, chyba że ustawa dopuszcza również wariant nieumyślny. Jednakże koniecznym jest uczynienie podkreślenia, że zasada opisana

[290] Ibidem, s. 182.

poprzez treść art. 8 kk wyróżnia wyłącznie możliwość popełnienia przestępstwa umyślnie, bądź nieumyślnie, bez rozróżnienia na postacie umyślności oraz nieumyślności.

Niemniej jednak, w świetle poczynionych w tej części dysertacji należy przychylić się do stanowiska przedstawicieli nauki prawa karnego dopuszczających możliwość popełnienia przestępstwa z art. 198 kk także z zamiarem ewentualnym. Jego konstrukcja nie wyklucza bowiem możliwości realizacji przesłanek strony przedmiotowej, jak również nie stanowi o niemożności wykorzystania specyficznego stanu pokrzywdzonego tym typem rodzajowym przestępstwa.

Sprawca nie znajduje się bowiem w sytuacji, w której swoją świadomością w sposób całkowity nie obejmuje ani przesłanek przestępstwa z art. 198 kk ani nie widzi możliwości ich realizacji w konkretnej sytuacji. Napastnik w drodze obserwacji zdaje sobie sprawę z tego, że zachowanie pokrzywdzonego może świadczyć o jego bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Nie jest tego jednak pewny. Jednakże taki stan domniemanej ofiary, nie powoduje u sprawcy wycofania się od realizacji przedsiębranego zamiaru, a jedynie stawia go w sytuacji, kiedy jest mu to obojętne, czy pokrzywdzony rzeczywiście znajduje się w przywołanym położeniu, które w przypadku ich zaistnienia sprawca wykorzystałby dla celów seksualnych.

Należy zwrócić także uwagę na możliwe do wystąpienia wątpliwości dotyczące pozornego zazębiania się w omawianym kontekście zamiaru wynikowego oraz lekkomyślności jako formy nieumyślności.

W przypadku *dolus eventualis* sprawca pomimo godzenia się na wypełnienie przesłanek danego typu rodzajowego przestępstwa nadal działa w sposób umyślny. Odmienna sytuacja zachodzi w kontekście lekkomyślności. Jak bowiem wiadomo ta forma nieumyślności w myśl art. 9 §2 kk sprowadza się do tego, że sprawca nie chce popełnić czynu zabronionego, liczy że tego uniknie. W przypadku ustalenia w drodze postępowania, że sprawca nie miał zamiaru popełnić czynu z art. 198 kk, tj. liczył że tego uniknie, choć się to nie powiodło, wyłączona będzie wówczas jego odpowiedzialność w związku z brakiem występowania w przypadku poddawanego pod

rozwagę przestępstwa wariantu nieumyślnego. Sprawca narusza wówczas reguły ostrożności poprzez przyjęcie, że zaobserwowane zachowanie partnera seksualnego nie jest związane z bezradnością lub niepoczytalnością, w związku z czym sprawca podejmuje się relacji seksualnej, licząc jednocześnie, że tym samym nie zachodzą przesłanki z art. 198 kk. Zatem osoba taka nie chce w jakikolwiek sposób wyzyskać sytuacji, w której zrealizowałby swój cel seksualny z osobą znajdującą się w stanie wyłączającym świadome i swobodne partycypowanie w akcie seksualnym.

Pomimo tego, wniosek, wedle którego oceniane w tej części rozprawy zagadnienie zdaje się być na granicy pomiędzy zamiarem ewentualnym a lekkomyślnością należy uznać za słuszny. Obydwie przywołane instytucje: zamiar ewentualny i lekkomyślność w kontekście przestępstwa seksualnego oscylują wokół jednego zagadnienia centralnego, a mianowicie obserwacji poczynionych przez domniemanego sprawcę i jego stosunku na tę obserwację. Dlatego też, w sytuacji ustalenia, że sprawca swoją świadomością obejmował możliwość występowania przesłanek czynu zabronionego stypizowanego poprzez art. 198 kk, a pomimo tego nie odstąpił od czynu, oznacza to, że godził się na to, że może je wypełnić, tym samym realizując swój czyn z zamiarem wynikowym.

Tak skonstruowane rozważania prowadzą do konstatacji, wedle której czynność wykonawcza w przypadku przestępstwa z art. 198 kk jest stopniowalna. Wykorzystać bowiem można sytuację, która w zaistnieniu przesłanek dla sprawcy jest klarowna. Mowa jest wówczas o zamiarze bezpośrednim. Można także wykorzystać stan, który, co prawda nie jest pewny, ale dla sprawcy jawi się jako możliwy do zaistnienia, co nie powoduje u tego sprawcy odstąpienia od jego dokonania. Jego zachowanie jest w tej sytuacji oparte na owym „godzeniu się", jest bowiem związane z występowaniem w pewnym ograniczonym stopniu świadomością sprawcy odnośnie przesłanek dotyczących stanu pokrzywdzonego. Dlatego też nie jest to okoliczność, którą można określić jako zdanie się na los, na przypadek, tak jak w sytuacji lekkomyślności.

Sprawca w takiej sytuacji jest przede wszystkim zorientowany na możliwe popełnienie przez siebie przestępstwa z art. 198 kk. Ponadto dysponuje pewną wiedzą odnośnie zaistnienia ewentualnych przesłanek tego typu rodzajowego przestępstwa umożliwiających mu jego realizację (bezradność, niepoczytalność). Wreszcie, stopień zaangażowania motywacyjnego sprawcy w połączeniu z poprzednio wymienionymi

elementami jest wystarczająco wysoki, co oznacza, że sprawca jest skłonny popełnić omawiany czyn zabroniony, a zatem jest gotowy, aby pokrzywdzonego wykorzystać, co wyraża się poprzez owo godzenie. To prowadzi do wniosku, że godząc się na możliwość popełnienia seksualnego wykorzystania z art. 198 kk sprawca zdaje sobie sprawę, że przy wypełnieniu przesłanek nie występuje inna ocena jego zachowania, jak tylko określenie go w kategorii wykorzystania. Wykorzystanie, to bowiem nie stworzenie sobie pola do popełnienia przestępstwa, ale dokonanie czynu z nadarzającej się okazji. Doprowadzając zaś do sytuacji odbycia z osobą, co do której sprawca podejrzewa, że jest bezradna lub niepoczytalna, obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej jest niczym innym jak realizacją godzenia się na wykorzystanie owej „okazji". Tym samym, „godzenie się" w tym przypadku nie jest tożsame z podnoszonym w literaturze w kontekście zamiaru ewentualnego „obojętnością" *sensu stricte*. Ma w sobie bowiem dozę szczególnie złej woli, której przejawem jest dopuszczanie przez sprawcę możliwości, nawet jeśli jest ona bierna, zaktualizowania się sytuacji wejścia w kontakt seksualny np. z osobą nieprzytomną. Pokazuje to skalę stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego z art. 198 kk zrealizowanego w taki sposób. Tak zaprezentowany całokształt okoliczności przemawia za zasadnością uznania za dopuszczalne popełnienie omawianego przestępstwa w zamiarze ewentualnym.

2.3.2. Zamiar niby-ewentualny w kontekście art. 198 kk

Mając na uwadze poczynione wcześniej ustalenia w zakresie zamiaru wynikowego w pełni uzasadnione wydaje się być rozważenie dopuszczalności popełnienia tego czynu zabronionego z zamiarem *quasi*-ewentualnym. Tak jak bowiem w przypadku zamiaru wynikowego, tak też i w odniesieniu do zamiaru niby-ewentualnego występuje grupa przedstawicieli doktryny prawa karnego, którzy popierają stanowisko o możliwości popełnienia czynu z art. 198 kk z zamiarem w przedstawianej tutaj formie[291]. Zamiar ten będący konstrukcją prawną wyróżnioną

[291] J. Warylewski, w: *Kodeks karny...*, s. 1357-1358.

przez I. Andrejewa wiąże się z ożywioną dyskusją, a przede wszystkim zaś krytyką, która koncentruje się przede wszystkim wokół utrudnionych możliwości konkretnego sklasyfikowania tej instytucji prawa karnego, jak również braku wystarczającego uzasadnienia do jej wyodrębnienia w ogóle w ramach prawa karnego materialnego[292]. Niemniej jednak, pomimo niejednolitości stanowiska przedstawicieli piśmiennictwa względem zamiaru niby-ewentualnego jako takiego, interesującym jawi się podjęcie próby ustosunkowania się do tego problemu z punktu widzenia przestępstwa z art. 198 kk.

Dokonanie próby syntezy czynu zabronionego polegającego na seksualnym wykorzystaniu bezradności lub niepoczytalności z dolus *quasi-eventualis* nie jest zadaniem pozbawionym wyzwań. Sam fakt tego, że I. Andrejew nie potrafił jednoznacznie określić jego istoty wyodrębnionej przez siebie postaci zamiaru, pokazuje rodzaj trudności związanych z postawionym w tej części rozprawy zadaniem. Autor ten przedstawiał bowiem labilne podejście do próby sklasyfikowania zamiaru *quasi*-ewentualnego najpierw traktując go jako odmianę zamiaru ewentualnego, następnie określając go odmianą zamiaru bezpośredniego z późniejszą zmianą w zakresie uznania irrelewantności przypisania zamiaru niby-ewentualnego do konkretnej postaci zamiaru, po to by finalnie powrócić do uznania omawianego rodzaju zamiaru za podtyp zamiaru bezpośredniego[293]. Niepewność autora co do stworzonej przez siebie konstrukcji prawnokarnej nie mogła przysporzyć mu wielu jej entuzjastów. Inni autorzy, którzy podjęli się analizy zamiaru niby-ewentualnego również mają wyraźny problem z jednoznacznym określeniem charakteru tej postaci zamiaru. Dla przykładu można tutaj przywołać zdanie M. Kowalewskiej-Łukuć, która powołując się na stanowisko W. Woltera oraz K. Buchały *dolus quasi-eventualis* nie jest możliwy do jednoznacznego zaliczenia go w poczet zamiaru bezpośredniego czy też zamiaru wynikowego, gdyż ze względu na swoje założenia może pasować w przypadku obu

[292] Zob. np. Ł. Pohl, *O umiejscowieniu zamiaru niby-ewentualnego w kodeksowych konstrukcjach umyślności*, w: pod red. A. Rost, J. Ciapały, *Księga pamiątkowa Profesora Tadeusza Smolińskiego*, Szczecin 2011, s. 354, cyt. za: M. Nawrocki, *Przestępstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*, w: *Prokuratura i Prawo* 2012, Nr 5, s. 49.

[293] I. Andrejew, *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1958, s. 135, 139, cyt. za: K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 344; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 207; Tenże: *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989, s. 148, cyt. za: M. Nawrocki, *Przestępstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*, w: *Prokuratura i Prawo* 2012, Nr 5, s. 48-49.

form zamiaru[294]. Niewątpliwie wątpliwości takie związane są z budową omawianej tutaj instytucji.

Na zamiar *quasi*-ewentualny składają się, podobnie jak w przypadku zamiaru wynikowego dwie strony: intelektualna i wolicjonalna. Obie postacie umyślności łączy element godzenia się ze ziszczeniem się przesłanek konkretnego typu rodzajowego przestępstwa przy jednoczesnym przewidywaniu ich występowania w obiektywnej rzeczywistości składającej się na okoliczności zdarzenia. Zasadnicza różnica polega jednak na tym, że w przypadku zamiaru niby-ewentualnego sprawca chce dokonać czynności wykonawczych czynu zabronionego. Jednocześnie pozostałe przesłanki obejmuje wyłącznie przewidywaniem i w ramach owego „chcenia" w zakresie czynności wykonawczych „godzi się" na wypełnienie pozostałych elementów opisujących dany typ rodzajowy przestępstwa[295]. Odróżnia to zamiar *quasi*-ewentualny od zamiaru ewentualnego, w przypadku którego nieświadomość w pełnym zakresie dotyczyła wyłącznie znamion strony przedmiotowej[296]. Można zatem stwierdzić, że to godzenie się jest pewną formą skutków ubocznych realizowanej woli w kontekście wypełnienia znamion czasownikowych czynu.

Wobec przedstawionych tutaj uwag wstępnych, jak i problemów z zakwalifikowaniem tej instytucji jako podkategorii którejś z odmian umyślności, można wskazać, że jest to struktura hybrydowa, łącząca cechy zamiaru bezpośredniego (element wolicjonalny - „chcenie") ze składnikiem zamiaru wynikowego (element świadomości - „godzenie się").

Mając na uwadze poczynione dotychczas konieczne rozważania teoretyczne w przedmiocie zamiaru *quasi*-ewentualnego, odniesienie ich do konstrukcji przestępstwa seksualnego z art. 198 kk objawiać się może poprzez ustalenie, że sprawca chcąc doprowadzić do obcowania płciowego lub innej czynności wykonawczej, na podstawie okoliczności towarzyszących zdarzeniu przewiduje, że potencjalny partner

[294] M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny...*, s. 184. Autorka wsparła się tutaj wykładem W. Woltera oraz K. Buchały, vide: W. Wolter, K. Buchała, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część I. Część ogólna*, Kraków 1979, s. 144.

[295] I. Andrejew, *Ustawowe znamiona...*, s. 205, cyt. za: M. Nawrocki, *Przestępstwa kierunkowe...*, s. 49; M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny...*, s. 179.

[296] M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym...*, s. 58.

seksualny może znajdować się w stanie niepoczytalności w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym, bądź jest bezradny. Pomimo tego, że sprawca obejmuje świadomością możliwość realizacji wskazanych tutaj przesłanek, podejmuje się dokonania w kierunku czynności wykonawczych, a zatem godzi się na zaistnienie pozostałych znamion analizowanego typu rodzajowego przestępstwa.

Zasadnicza różnica pomiędzy konstrukcją zamiaru ewentualnego a zamiaru niby-ewentualnego w przypadku przestępstwa z art. 198 kk opiera się zatem na tym, że w pierwszej sytuacji sprawca pozostaje w stanie wahania, to oznacza, że chce popełnić ten czyn, a jednocześnie tego nie chce. W odniesieniu do drugiej z przedstawionych tutaj konstrukcji umyślności sprawca nie ma takiego dylematu. Podjąłby on bowiem swoje zachowanie w kierunku zaistnienia znamion czasownikowych niezależnie od tego, czy zaistniałyby którekolwiek inne przesłanki tego czynu zabronionego. Sytuacja taka może mieć miejsce zwłaszcza jeżeli sprawca nie ma przekonania co do stanu psychicznego pokrzywdzonego. Tym samym podkreślić należy, że sprawca dysponować może „chceniem" dokonania na ofierze czynności wykonawczej, a jednocześnie wyłącznie godzić się na to, że ofiara może odznaczać się niektórymi lub pozostałymi elementami należącymi do przesłanek tego czynu, a pomimo tego napastnik chce ten możliwy stan wykorzystać[297]. Owo „godzenie się" ma w takim układzie podobny charakter jak wspomniana w przypadku *dolus eventualis* akceptacja mogącego zaistnieć stanu rzeczy.

W takim kształcie należy zatem przychylić się do możliwości popełnienia czynu z art. 198 kk z zamiarem *quasi*-ewentualnym. Ocena taka podyktowana jest, oprócz podjętych wcześniej argumentów, również tym, że cechą zamiaru niby-ewentualnego jest postulowane w doktrynie łączenie go z hipotetycznymi stanami faktycznymi, które zakładają dynamikę, aktualizującym się na bieżąco w momencie realizowania woli w postaci „chcenia"[298]. Do takiej kategorii czynów należy seksualne wykorzystanie w formie z art. 198 kk. Jak to już zostało opisane w przypadku oceny instytucji zamiaru ewentualnego, podejmowanie zachowań seksualnych może często wiązać się z ekspansywnością, impulsywnością. Jednakże, podkreślić należy, że zamiar *quasi*-ewentualny zdaje się być mniej skomplikowany do jego powiązania z przesłanką

[297] J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 770; M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym...*, s. 27; V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 994.
[298] M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym...*, s. 59-60.

przestępstwa z art. 198 kk nakazującą wykorzystanie stanu ofiary.

Jest to niewątpliwie związane z elementem „chcenia", który w większym stopniu, aniżeli ma to miejsce w przypadku zamiaru wynikowego pozwala na przyjęcie, że sprawca dysponuje większą stanowczością w podejmowanym przez siebie zachowaniu. Można uznać, że sprawca działając z zamiarem *quasi*-ewentualnym jest jednoznacznie zorientowany na realizację czynności wykonawczych, a tym samym w większym stopniu niż przy *dolus eventualis* świadomy możliwości ziszczenia się przesłanek czynu zabronionego, którego czynności wykonawcze dotyczą. W tym aspekcie można zatem upatrywać prawdopodobnie poparcie części przedstawicieli doktryny prawa karnego dla konstrukcji autorstwa I. Andrejewa. Przedstawiciele piśmiennictwa, którzy postulują uznanie dla zamiaru niby-ewentualnego w odniesieniu do przestępstwa z art. 198 kk odwołują się do podobieństwa okoliczności, w jakich dopuszcza się tę postać umyślności względem przestępstwa pedofilii z art. 200 kk. Podkreślają oni, że sprawca chce doprowadzić do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, obejmując ten element swoją wolą. Natomiast sprawca nie ma pewności, lecz jedynie przewiduje i godzi się na to, że ofiara może być małoletnim poniżej 15-tego roku życia[299]. W przypadku analizowanego typu przestępstwa okoliczności są w większości analogiczne. Zgadzają się czynności wykonawcze objęte przez sprawcę „chceniem", zaś element wieku ofiary tożsamy jest z bezradnością lub niepoczytalnością wynikającą z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Jedynym odmiennym składnikiem jest, jak się zdaje, kwestia wykorzystania. Jednakże, mając na uwadze że elementem strony przedmiotowej przestępstwa pedofilii jest fakt obcowania z osobą poniżej ustawowego wieku, a tym samym będącą w okresie rozwoju niepozwalającym na podejmowanie, co do zasady, prawnie skutecznych decyzji, możliwym jest zrównanie obu celów stojących za penalizacją czynów opisanych przez ustawodawcę poprzez treść art. 198 kk i art. 200 kk. W obu bowiem przypadkach można mówić o naruszeniu przez sprawcę dobra chronionego w postaci wolności seksualnej w aspekcie prawa do samodecydowania o swoim życiu seksualnym[300]. To zaś przemawia bezpośrednio za przyjęciem za właściwą argumentację sprowadzającą kwestię dopuszczalności zamiaru *quasi*-ewentualnego do jednego mianownika w odniesieniu do przestępstwa pedofilii i seksualnego wykorzystania bezradności lub

[299] J. Giezek, K. Lipiński, w: *Kodeks karny...*, s. 75.
[300] V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks karny...*, s. 1001.

niepoczytalności.

Drogą dygresji wskazać należy, że innym stanowiskiem występującym w literaturze jest przekonanie co do tego, że trafniejszym jest określanie konstrukcji *dolus quasi eventualis* działaniem sprawcy w warunkach zamiaru bezpośredniego w formie niepełnej świadomości[301]. Drogą zdefiniowania wspomnianej odmiany zamiaru bezpośredniego można odwołać się do stanowiska M. Rodzynkiewicza, który krytycznie wypowiadając się na temat zamiaru ewentualnego wskazał, że w tym przypadku można mówić o braku elementu wolicjonalnego w kontekście wypełnienia czynności wykonawczej oraz spełnienia pozostałych przesłanek czynu, przy jednoczesnej świadomości tego, że dokonanie nastąpi w przypadku podjęcia realizacji znamienia czasownikowego. Sprawca bowiem nie chce doprowadzić swoim zachowaniem do dokonania czynności wykonawczych, ani znamion składających się na konkretny typ rodzajowy przestępstwa[302]. Podnoszone głosy w literaturze z zakresu analizy zagadnienia zamiaru wynikowego w sposób negatywny odnoszą się do koncepcji M. Rodzynkiewicza, za argumentację przywołując, że teoria ta jest wyłącznie zmianą *stricte* terminologiczną[303]. Tym samym, mając dodatkowo na uwadze, że zagadnienie to jest bezpośrednio związane z rozważaniami dotykającymi problematyki drugiej z kodeksowych postaci umyślności z art. 9 §1 kk, w kontekście niniejszego opracowania poczyniona tutaj wzmianka, jako niemająca jakościowego przełożenia na zasadniczą tematykę opracowania, zostanie zamknięta w tym miejscu.

W świetle tak poczynionych rozważań, stwierdzić należy, że konstrukcja zamiaru niby-ewentualnego stanowi przedmiot ożywionej dyskusji, mającą zarówno swoich zwolenników, jak i zdecydowanych przeciwników, jednak nadal jest strukturą, która wydaje się pozostawać w awangardzie. Nie jest ona bowiem na tyle uniwersalna, aby dało się ją odnieść do wszystkich przypadków. Jednakże stanowi ona ciekawe uzupełnienie rozważań w zakresie postaci umyślności omawianego przestępstwa

[301] M. Budyn-Kulik, *Umyślność w prawie karnym...*, s. 59.
[302] M. Rodzynkiewicz, *Próba analizy prawnokarnej...*, s. 76.
[303] J. Warylewski, w: *Kodeks karny...*, https://sip1legalis1pl1v27i8rzj048e.han3.lib.uni.lodz.pl/document-view.seam?documentId=mjxw62zogi3damrwg42dsojoobqxalrvguztsnjsgyyq&refSource=toc#tabs-metrical-info [data dostępu: 22.02.2023].

seksualnego. Ukazuje bowiem inną stronę jego możliwego popełnienia, która wraz z dotychczasowymi ustaleniami poczynionymi w zakresie zamiaru bezpośredniego i zamiaru wynikowego ukazuje jak szerokie jest spektrum możliwych sytuacji, które objęte są penalizacją poprzez art. 198 kk.

Dodatkowo, jak podnosi się w literaturze odnośnie umyślności w formie innej niż zamiar ewentualny, element wolicjonalny, owo chcenie w przypadku sprawcy niepewnego okoliczności towarzyszących czynowi zabronionemu może kształtować się trojako. Przede wszystkim sprawca może chcieć popełnić czyn w takich okolicznościach, po drugie sprawca może godzić się na jego popełnienie i wreszcie sprawca może nie chcieć popełnić danego czynu. Podkreśla się także, że najistotniejszym jest każdorazowe indywidualne badanie nastawienia woli sprawcy, tak aby poprawnie określić jego stosunek do czynu[304]. Oznacza to dopuszczenie *de facto* obok zamiaru ewentualnego także zamiaru *quasi*-ewentualnego, który określić można jako pomost pomiędzy dwiema wskazanymi formami umyślności w art. 9 §1 kk.

W zakresie zaś dopuszczalności popełnienia przestępstwa z art. 198 kk zarówno w formie zamiaru bezpośredniego, zamiaru ewentualnego, jak i *quasi*-ewentualnego, wskazać należy, że jest to zgodne z celami, dla których ustawodawca podjął się ochrony osób znajdujących się w stanach składających się na stronę przedmiotową omawianego przestępstwa.

Jak to zostało zaprezentowane, zamiar bezpośredni jest w analizowanym przypadku bezdyskusyjny. Więcej kontrowersji i rozbieżności pojawia się w literaturze w dwóch ostatnich sytuacjach. Różnice pomiędzy zamiarem ewentualnym, a niby-ewentualnym są stosunkowo niewielkie. Jednakże, jak zostało to pokazane, możliwym jest sformułowanie możliwego hipotetycznego stanu faktycznego, który odpowiadałby każdej ze wskazanych form umyślności.

Niemniej jednak może powstać pytanie, czy taki sposób ukształtowania regulacji, która obejmuje wszelkie możliwe formy umyślności, a ponadto konstrukcję zamiaru niby-ewentualnego nie jest przejawem nadmiernego rozszerzania pola kryminalizacji.

[304] M. Nawrocki, *Stosunek świadomości sprawcy...*, s. 49.

Argumentem przeważającym za zanegowaniem takiego rozwiązania może być stwierdzenie, że w ten sposób dochodzi do sytuacji wdrażania nieproporcjonalnie represyjnego prawa karnego. Zakrojenie penalizacji również na inne, aniżeli wyłącznie zamiar bezpośredni postacie umyślności w kontekście przestępstwa seksualnego z art. 198 kk może budzić kontrowersje i obawy w zakresie wykraczania poza wykładnię językową. Toteż znamię „wykorzystuje" stanowiąc formę znamienia czasownikowego, ukazującego szczególny stosunek sprawcy do czynu, może być łączone wyłącznie z sytuacją popełnienia czynu z zamiarem bezpośrednim. „Godzenie się", to bowiem zbyt mało, ażeby móc mówić o możliwości przypisania komuś wykorzystania szczególnego stanu ofiary, w tym przypadku bezradności lub niepoczytalności. Można byłoby zatem stwierdzić, że dokonanie takiego poszerzenia zakresu kryminalizacji w odniesieniu do analizowanego typu rodzajowego przestępstwa stanowi wykroczenie przeciwko funkcji gwarancyjnej prawa karnego poprzez zbyt daleko posuniętą wykładnię treści przepisu art. 198 kk. Dodatkowo, mając na uwadze delikatną materię związaną ze specyfiką przesłanek określających stan pokrzywdzonego omawianym czynem zabronionym i związane z tym niejednokrotnie praktyczne problemy z jednoznacznym ustaleniem stanu ofiary przez sprawcę, możliwym argumentem wystarczającym do zakwestionowania występowania w tym kontekście zamiaru ewentualnego i *quasi*-ewentualnego jest zasada *in dubio pro reo*. Wobec delikatnych, często znajdujących się na pograniczu pewności elementów dotyczących ustalenia stosunku psychicznego sprawcy do czynu, można byłoby stwierdzić, że z punktu widzenia postępowania karnego nie stanowią przesłanek ku pociągnięciu sprawcy do odpowiedzialności karnej.

Jednakże ten medal ma również drugą stronę i jest nią pokrzywdzony. Objęcie stanowiska, dopuszczającego wyłącznie zamiarem bezpośrednim byłoby nadmiernym zawężaniem zakresu penalizacji. Nie można bowiem zapominać, że przepis z art. 198 kk tworzy warunki do szeroko określonej ochrony osób bezradnych lub niepoczytalnych przed przemocą seksualną w postaci wykorzystania wymienionych tu stanów, w jakich ofiary się znajdują. Nie jest zatem zgodne z wykładnią celowościową ograniczanie możliwości popełnienia tego czynu zabronionego wyłącznie do zamiaru bezpośredniego albo do zamiaru bezpośredniego z zamiarem ewentualnym/*quasi*-ewentualnym. Taka postawa jest zgodna także z funkcją sprawiedliwościową prawa

karnego. W tym zakresie prawo karne musi dokonać rozsądzenia, którą ze stron – pokrzywdzonego, czy sprawcę wziąć pod uwagę kształtując regulację seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. To uogólnienie sprowadza się tak naprawdę do wypracowania pewnego rodzaju kompromisu, balansu pomiędzy interesem sprawców dotyczącym miarkowania zakresu penalizacji, ale też interesem pokrzywdzonych, którzy z uwagi na swoje położenie wymagają roztoczenia nad nimi ochrony, jakie powinno im zagwarantować prawo karne.

W sporze tym, zgodnie ze wzmiankowaną wykładnią celowościową koniecznym i adekwatnym jest dopuszczenie możliwości popełnienia przestępstwa z art. 198 kk zarówno w zamiarze bezpośrednim, ale także ewentualnym i *quasi*-ewentualnym. Przemawiają za tym dwa zasadnicze argumenty.

Przede wszystkim przestępstwo spenalizowane poprzez treść art. 198 kk może zostać popełnione z zamiarem bezpośrednim. W takiej sytuacji sprawca posiada pełną świadomość i wiedzę odnośnie stanu w jakim znajduje się pokrzywdzony. Jednocześnie należy po raz kolejny podkreślić, że poza zainteresowaniem prawa karnego pozostaje sytuacja, w której partnerem seksualnym jest dla domniemanego napastnika osoba np. chora psychiczna, ale pozostająca w remisji, o czym sprawca wie. W przedstawionych okolicznościach sprawca jest bowiem świadomy dwóch faktów, tj. występowania u takiej osoby choroby psychicznej, lecz również posiada on wiedzę, czy to z obserwacji tej osoby, czy też na podstawie lekarskiego orzeczenia, że pozostaje ona we wspomnianym stanie remisji. Inną dla przykładu jest natomiast kwestia, gdy ofiara cierpiąca na chorobę psychiczną będąca w stanie remisji zostanie wykorzystana seksualnie przez sprawcę, który jest świadomy pierwszego z wymienionych faktów, lecz pozostający w niewiedzy co do drugiego z nich. Wówczas sprawca chce tak naprawdę popełnić omawiany typ rodzajowy przestępstwa, lecz nie jest to możliwe z uwagi na brak drugiej z wymaganych przesłanek, tj. niepoczytalności. Przywołany hipotetyczny stan faktyczny wymaga jego szerszego rozpatrzenia w kontekście usiłowania nieudolnego, co jest przedmiotem rozważań w V rozdziale niniejszego opracowania.

Ponadto w kontekście zamiaru ewentualnego a art. 198 kk wskazać należy, że towarzysząca „godzeniu się" świadomość możliwości realizacji znamion typu przestępstwa przez sprawcę, w tym przypadku doprowadzenia do kontaktu seksualnego

z osobą bezradną lub niepoczytalną, a więc wykorzystanie osoby w takim stanie niesie ze sobą wysoki stopień społecznej szkodliwości i świadczy o dużym stopniu zdemoralizowania sprawcy. Sprawca bowiem dopuszcza sytuację wkroczenia w sferę wolności seksualnej drugiego człowieka bez jego zgody. Jest mu to obojętne, czy ta zgoda zaistnieje, czy też nie. Niby nie chce popełnić czynu, ale wątpliwości pojawiające się wokół oceny stanu partnera seksualnego nie odstręczają go od dokonania. To pokazuje, że sprawca dopuszcza możliwość wykorzystania ofiary, nie jest to zatem niewinne „godzenie się". Natomiast o stopień dalej posuwa się sprawca dokonujący omawianego czynu z zamiarem *quasi*-ewentualnym. Jest on bowiem zorientowany, to jest chce doprowadzić do realizacji czynności wykonawczej, a w zakresie możliwości realizacji wypełnienia pozostałych znamion analizowanego typu rodzajowego przestępstwa wykazuje ignorancję, okazując przez to lekceważący stosunek do pokrzywdzonego.

Po wtóre w przypadku przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności mowa jest o wysoce zaburzonej relacji pomiędzy dwiema stronami, ofiarą i oprawcą, z uwagi na stan, w którym znajduje się pokrzywdzony. W stosunku tym, to sprawca ma możliwość postąpienia zgodnie z prawem, ofiara zaś z uwagi na swoje położenie nie ma natomiast jakiejkolwiek możliwości uniknięcia ataku. Znajduje się ona bowiem w stanie wyłączającym lub w znacznym stopniu ograniczającym możliwość rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. W takich okolicznościach prawo, a zwłaszcza prawo karne winne jest chronić słabszy podmiot, a jest nim pokrzywdzony. Skoro jest możliwe stworzenie hipotetycznego stanu faktycznego, w którym może zrealizować się zamiar wynikowy lub *dolus quasi-eventualis*, to nieracjonalnym byłoby ich nieuwzględnienie. Stanowiłoby to działanie wbrew przytoczonej tutaj podstawowej funkcji prawa karnego, a mianowicie funkcji sprawiedliwościowej, ale również wykładni celowościowej, która będąc subsydiarna względem wykładni literalnej, w tym przypadku nie stoi jej w sprzeczności.

Oznacza to, że przestępstwo z art. 198 kk może zostać popełnione w każdej formie umyślności, z zamiarem: bezpośrednim, ewentualnym i niby-ewentualnym.

Rozdział V

Zagrożenia błędnej wykładni przesłanek pozaprawnych w kontekście przestępstwa z art. 198 kk. Okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną sprawcy

Dotychczasowe rozważania poczynione na kanwie analizy przestępstwa z art. 198 Kodeksu karnego prowadzą do konkluzji, co do wielowymiarowości dotyczących go zagadnień. Krótka treść przepisu i pozornie przejrzyste przesłanki, przy dokonaniu głębszej oceny ukazują nawarstwiające się problemy interpretacyjne.

Jednym z takich zagadnień jest strona przedmiotowa przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk, przede wszystkim w kontekście przesłanek dookreślających cechy pokrzywdzonego. Dla przypomnienia wskazać można, że są nimi bezradność, choroba psychiczna oraz upośledzenie umysłowe. Ponadto dwie ostatnie z wymienionych tu okoliczności, aby móc zostać uznanymi za relewantne w procesie subsumpcji przepisu art. 198 kk pod konkretny stan faktyczny muszą być skorelowane ze skutkiem pod postacią niepoczytalności. Prowadzi to zatem do uwzględnionego już w toku wywodu przedmiotowego wniosku, że sam fakt nawiązania relacji o seksualnym charakterze z osobą chorą psychicznie lub upośledzoną umysłowo nie może stanowić o przypisaniu domniemanemu sprawcy odpowiedzialności karnej z tytułu seksualnego wykorzystania w formie będącej tematem niniejszej rozprawy. Jest to związane z podkreślanym już kilkukrotnie faktem niewykluczania przez ustawodawcę osób znajdujących się w tak opisanej pozycji życiowej od możliwości realizacji w zakresie życia seksualnego.

Elementów istotnych należy zatem poszukiwać w innych aspektach. Należy do nich chociażby będący przedmiotem poprzedniego rozdziału zamiar sprawcy. Ustalając, że przestępstwo z art. 198 kk można popełnić z zamiarem bezpośrednim, ale również

z zamiarem ewentualnym lub *quasi*-ewentualnym zaznaczona została jedna z poważniejszych kwestii. Dotyczy ona cienkiej linii jaka dzieli możliwość przypisania sprawcy umyślności od wyłączenia jego odpowiedzialności karnej w myśl zasady *in dubio pro reo*.

Zdając sobie sprawę z odwagi tak sformułowanej tezy należy odnieść się do kilku zagadnień. Przede wszystkim zacząć należy od stwierdzenia, że w przypadku analizowanego czynu zabronionego nie ma możliwości wyprowadzenia jakiegokolwiek ogólnego abstrakcyjnego jego opisu.

Jest to związane z dwiema wynikającymi z siebie okolicznościami. Po pierwsze, jak zostało to już podkreślone na gruncie niniejszego opracowania, do przesłanek przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk należą terminy nieostre, a zatem trudne do jednoznacznego zdefiniowania. Po drugie pomimo podjętej na gruncie tego opracowania próby interpretacji tych pojęć, tj. bezradności, choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego, ich przebieg u różnych osób może przybierać niekiedy zupełnie odmienny rys kliniczny. Dzieje się tak chociażby w przypadku depresji, która objawiać się skrajnie różnie, a do czynników determinujących tę odmienność należeć może np. płeć chorego[305]. Dlatego też istotnym jest indywidualne podejście do każdego przypadku, a co za tym idzie wyłączenie, bądź ograniczenie w maksymalnie możliwym stopniu dokonywania generalizacji chorób psychicznych.

Wskazać również należy, że zasadniczą trudnością przekładającą się w praktyce i teorii prawa karnego na dokonywanie rozważań przedmiotowego problemu jest dynamika chorób psychicznych, jako ich cecha wspólna. Wskazują na to przedstawiciele nauki prawa karnego, opierając swoje założenia na wynikach prac z dziedziny psychiatrii i psychologii. Ci sami autorzy zgodnie powołują się na fakt przybierania przez choroby psychiczne kształtu sinusoidy, kiedy to następują po sobie okresy zaostrzenia choroby, a następnie remisji[306]. Oznacza to, że nawet stwierdzenie u danej osoby określonej jednostki chorobowej nie pozwala na przyjęcie określonych założeń względem jej przebiegu. Oczywiście, możliwym jest po pewnym czasie

[305] A. Kielan, D. Gorostiza, A. Mosiołek, J. Chodkiewicz, Ł. Święcicki, B. Walecka-Zielecka, *Depression in males – specificity, aetiology, relationships with suicidal tendencies and the psychoactive substances usage: literature overview*, w: *Advances in Psychiatry & Neurology* 2020, nr 29 (1), s. 54, 57.

[306] A. Golonka, *Niepoczytalność...*, s. 84; P. Daniluk, w: *Kodek karny...*, s. 323; J. Heitzman, I. Markiewicz, *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa*, w: *Psychiatria po Dyplomie* 2012, t. IX, nr 3, s. 48.

wyłuskanie przez chorego oraz jego najbliższe otoczenie pewnych kluczowych etapów choroby, jak również objawów, zachowań sugerujących jej pogorszenie. Jednak nie można być co do tego pewnym, gdyż zmiana przebiegu choroby, zresztą podobnie jak w przypadku chorób somatycznych, zależeć może chociażby od dobranych leków.

Ponownego podkreślenia na łamach tego opracowania wymaga także fakt, że mając na uwadze wspomnianą dynamikę i niejednorodność obrazu klinicznego chorób psychicznych istotnym z punktu widzenia przestępstwa z art. 198 kk jest jedynie stan chorego na moment czynu. Samo posiadanie przez domniemaną ofiarę diagnozy w kierunku któregokolwiek ze schorzeń w obrębie zdrowia psychicznego nie kwalifikuje zachowania sprawcy podejmującego się z taką osobą aktów seksualnych odpowiedzialności karnej[307]. Chory może bowiem znajdować się w stanie remisji, bądź nawet w przypadku jej braku, przebieg objawów niekoniecznie w momencie czynu musi powodować wyłączenie świadomości lub swobody w podejmowaniu przez chorego decyzji. Stąd też prawnokarna ocena na gruncie postępowania karnego każdego z przypadków zakwalifikowanych jako przestępstwo z art. 198 kk wiązać się powinna ze szczegółową analizą wszelkich jego okoliczności.

Podkreślenia zatem wymaga, że na gruncie tej części opracowania wszelkie omawiane problemy nie dotyczą sytuacji remisji, a jedynie okresów kiedy u pokrzywdzonego nastąpiło zaostrzenie objawów lub stały stan ich występowania w miarę stabilnym stopniu ich natężenia.

Przywołać w tym miejscu można stwierdzenie, wedle którego w okresie zaostrzenia choroba psychiczna może prowadzić do zaburzeń, które przenosząc rozważania na grunt nauki prawa karnego, można określić brakiem lub ograniczeniem zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Przy czym istotnym jest, że stan osoby dotkniętej chorobą psychiczną w tym zaostrzonym stadium może nie być do uchwycenia dla osoby nieznajomej choremu i nieposiadającej wyspecjalizowanej wiedzy z zakresu psychiatrii pozwalającej odróżnić go od normy psychiatrycznej. W literaturze zachodzi dyskusja na tle poprawnego ustalenia czym jest norma w dziedzinie psychiatrii. Na potrzeby niniejszej dysertacji przyjęto, że jest nią zdolność osoby do panowania nad swoim zachowaniem,

[307] Więcej na temat nieostrości przesłanek pozaprawnych w kontekście art. 198 kk, zob. rozdział III.

co jest zgodne z ujęciem statystycznym normy wypracowanej przez J. Smith-Merry[308]. Takie stwierdzenie stwarza wątpliwości w zakresie interpretacji przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, które zawiera się w pytaniu retorycznym, czy jest możliwe dokonanie błędnej oceny stanu pokrzywdzonego przez sprawcę. Doprecyzowując rozpatrzenia wymaga kwestia, czy na przykład nadreaktywny seksualnie pokrzywdzony cierpiący na chorobę psychiczną objawiającą się nadaktywnością w tym zakresie może przez domniemanego sprawcę nierozpoznany jako osoba niepoczytalna. Pytanie to wiąże się z udzieleniem odpowiedzi na jeszcze dalej idące kwestie dotyczące rozróżnienia statusu sprawcy, będącego osobą z najbliższego otoczenia ofiary, ale też nieznajomą. Założyć można, że dla jasności wywodu ustalenia w tej części rozprawy nie obejmować będą oceny postawy domniemanego sprawcy, który posiada wiedzę specjalistyczną z zakresu psychiatrii lub psychologii.

Mając na uwadze powyższe, a także dotychczasową analizę strony podmiotowej omawianego przestępstwa w kontekście wykładni przesłanki „wykorzystując", można wskazać że właściwym obszarem badań jest kwestia hipotetycznego zaistnienia na tym gruncie instytucji związanych z wyłączeniem odpowiedzialności sprawcy. Do takich można w odniesieniu do tematu pracy wskazać błąd (co do faktu, co do prawa).

Jednocześnie wartym poddania ocenie jest także skrajnie odmienne zagadnienie, a mianowicie usiłowanie nieudolne. Odwraca ono rozważania o 180 stopni, a za zasadnicze pytanie stawia sobie, czy możliwym jest błędne rozpoznanie przez sprawcę stanu ofiary jako bezradność lub niepoczytalność w wyniku choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, podczas gdy okoliczności takie nie zachodzą.

Z tak poczynionych uwag wybrzmiewa, że szczególna atencja w niniejszej części dysertacji zostanie poświęcona chorobie psychicznej jako przesłance-kwantyfikatorze o największym prawdopodobieństwie błędnej kwalifikacji przez sprawcę. Wniosek ten może płynąć z mnogości jednostek, które można zaliczyć w poczet pojęcia „choroba psychiczna". To zaś przekłada się na wielość objawów, nie

[308] O. Dziuba, M. Radziejowska, P. Radziejowski, J. Knotowicz, *Nowoczesne podejście do określenia „normy psychicznej i patologii". Etyka ustalania diagnozy psychiatrycznej*, w: *Fizjoterapia - wiedza i doświadczenie*, pod. red. A. M. Borowicz, Poznań 2018, s. 98.

wyłączając okresu remisji, którą należy pomnożyć przez liczbę osób cierpiących na tę grupę schorzeń. W przypadku zaś upośledzenia umysłowego, nawet w stopniu lekkim, występuje jaśniejszy obraz kliniczny, o dużo bardziej jednolitych objawach. Natomiast, co się tyczy bezradności, to kwestia w przypadku jej fizycznej odmiany przedmiotowy problem nie istnieje. Odnośnie bezradności psychicznej, to choć z większą rezerwą, można jednak stwierdzić, że jest to stan odróżnialny przez każdego człowieka, czego konsekwencją jest przyjęcie, że dla jego oceny nie jest wymagana wiedza specjalistyczna[309]. Jednocześnie, wskazać należy, że według przedstawicieli psychiatrii i seksuologii osoby cierpiące na zaburzenia psychiczne są bardziej narażone na przemoc seksualną, aniżeli osoby tych zaburzeń nieprzejawiających[310]. W związku z tym omówienie tytułowego zagadnienia zdaje się mieć niebagatelne znaczenie dla istoty analizy typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk.

Mając zatem na uwadze przeprowadzone dotychczas rozważania, zwłaszcza w zakresie wykładni przesłanek określających pokrzywdzonego (bezradność, choroba psychiczna, upośledzenie umysłowe), można skonstruować hipotezę odnośnie możliwości popełnienia przestępstwa z art. 198 kk będąc w błędzie co do faktu, błędzie co do prawa, jak również usiłować nieudolnie jego dokonania. Trudno bowiem, mając na względzie, np. przywołaną niejednorodność obrazów klinicznych poszczególnych schorzeń w obrębie zdrowia psychicznego, przyznać, że sprawca w absolutnie każdej sytuacji jest w stanie precyzyjnie ocenić stan pokrzywdzonego. Zarówno mnogość objawów, specyfika chorób tego rodzaju, jak również okoliczności zdarzenia prowadzić mogą do błędnych ocen, co przy opowiedzeniu się za stanowiskiem odmawiającym uznania za dopuszczalne wystąpienie omawianych w tym miejscu instytucji, prowadzić by mogło do zwielokrotnienia przypadków pociągnięcia domniemanych sprawców do odpowiedzialności karnej. Przywołany tutaj, jako zdaje się, najbardziej przemawiający do wyobraźni przykład, z sukcesem można, pod pewnymi warunkami odnieść także do pozostałych znamion analizowanego typu rodzajowego przestępstwa, tj. bezradności lub upośledzenia umysłowego.

Dlatego też, w tej części rozprawy zostaną przeprowadzone rozważania, których celem jest rozstrzygnięcie w przedmiocie słuszności postawionych założeń odnośnie

[309] Wyrok SA Białystok z dnia 26.04.2018 r., sygn. II AKa 25/18, LEX nr 2685546.
[310] S. Jakima, *Dysfunkcje seksualne. Poradnik dla lekarzy*, Warszawa 2019, s. 140.

błędu co do faktu, błędu co do prawa i usiłowania nieudolnego w kontekście przestępstwa z art. 198 kk.

1. Błąd jako instytucja wyłączająca winę a art. 198 kk

Błąd jako rozbieżność powstająca pomiędzy realnością ocenianą obiektywnie a jej odbiciem w świadomości sprawcy stanowi jeden z donioślejszych przykładów instytucji prawa karnego, z uwagi na jego konsekwencje w postaci możliwości zastosowania środków łagodzących odpowiedzialność karną, bądź nawet zakwestionowania zarzucalności winy[311]. Pomijając teoretyczne spory w zakresie istoty błędu, koniecznym z punktu widzenia niniejszego opracowania jest przede wszystkim kwestia opowiedzenia się za jedną z koncepcji tej instytucji prawa karnego jest konieczne z punktu widzenia dokonania oceny istoty błędu *in generale* oraz w efekcie w kontekście art. 198 kk.

Na potrzeby niniejszego opracowania przyjęto koncepcję wypracowaną przez W. Woltera. Traktowana w literaturze jako dominująca, zdaje się być pomocnym narzędziem przy dokonywaniu rozważań w zakresie objętym przedmiotowym rozdziałem, a skoncentrowanym wokół zagadnienia błędu co do prawa i błędu co do faktu[312]. Opierając swoje założenia na dwupostaciowości błędu, tj. nieświadomości i urojeniu idea ta w sposób pełniejszy oddać może naturę przywołanych dwóch rodzajów błędu, co może pomóc w precyzyjniejszym ukazaniu tego problemu w kontekście przestępstwa z art. 198 kk[313]. Koncepcja ta, w przeciwieństwie do tej autorstwa J. Giezka uznającego jednopostaciowość błędu pod dwiema przenikającymi się stronami nieświadomością i urojeniem oraz wbrew teorii Ł. Pohla zakładającego wyrażenie istoty błędu wyłącznie jako urojenia, pozwoli na stworzenie modelu

[311] M. Nawrocki, *Błąd jako znamię typu czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Szczecin 2019, s. 66-69, 111.

[312] Zob. J. Giezek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. J. Giezka, Warszawa 2021, s. 270; Z. Ćwiąkalski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, s. 64, a także: G. Rejman, *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8-31 kk. Komentarz*, Warszawa 2009, s. 643-644.

[313] W. Wolter, *Funkcje błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 13-22.

skoncentrowanego wokół hipotetycznego zagrożenia związanego z poddawanym analizie przestępstwem seksualnym[314]. Jest to związane ze złożonością zagadnienia błędu zwłaszcza w kontekście niepoczytalności pokrzywdzonego dotkniętego chorobą psychiczną.

Może to bowiem prowadzić do wytworzenia wskazanej już we wstępie do przedmiotowych rozważań sytuacji, kiedy to sprawca nie zdając sobie sprawy z wymienionej tu przesłanki przestępstwa z art. 198 kk dopuszcza się z osobą niepoczytalną relacji intymnej.

Podobny treściowo problem ujawnia się w sytuacji błędu co do prawa, który jest związany z nieświadomością bezprawności przedsiębranego przez sprawcę czynu, który w omawianym kontekście sprowadza się do urojenia legalności podejmowania kontaktów seksualnych z osobami np. upośledzonymi umysłowo, bez względu na ich stan w zakresie poczytalności.

1.1. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego a przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności

Błąd co do faktu jest przykładem okoliczności, której konsekwencje prowadzą do wyłączenia odpowiedzialności karnej, z uwagi na brak możliwości przypisania winy. Jak to już zostało wskazane, błąd ten może wystąpić pod dwiema wspomnianymi już w postaciami: nieświadomości oraz urojenia.

W literaturze podkreśla się wyraźnie fakt nieobejmowania tym rodzajem błędu wszelkich elementów, które składają się na stronę podmiotową, tj. błędem nie będzie brak pewności sprawcy co do występowania zamiaru, bądź też jego braku w trakcie popełniania czynu. To zaś prowadzi do ogólnego wniosku, który w zakres błędu co do znamion nakazuje zaliczać wyłącznie element dotyczący strony przedmiotowej[315].

[314] J. Giezek, w: *Kodeks karny...*, s. 270-271; Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 18-19.
[315] Ł. Pohl, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie*

Ł. Pohl, powołując się tym samym na słowa R. Dębskiego wskazuje, że w przypadku nieświadomości lub urojenia dotyczącego elementów strony przedmiotowej konkretnego typu rodzajowego przestępstwa, w przypadku ich nieodbicia się w świadomości sprawcy, nie jest możliwym uznanie czynu takiego za umyślny[316]. To sprawia, że *de facto* w sytuacji, kiedy sprawca nie znajduje w swoim zachowaniu świadomej reakcji na okoliczność objętą urojeniem lub nieświadomością, to jest kiedy jej efekt nie znajduje w nim odzwierciedlenia, nie można mówić, że czyn został przez niego popełniony umyślnie. Odnośnie zaś samej strony przedmiotowej można wskazać, że jako błąd można zakwalifikować nieświadomość lub urojenie co wszelkich jej elementów, do których można zaliczyć, te które są należą do przesłanek opisowych, podlegających ocenie[317]. W takich warunkach możnaby wskazać, że podejmowanie analizy błędu co do faktu w kontekście przestępstwa z art. 198 kk jest podbudowane teoretycznie. Jest to związane z tym, że oceniane tutaj kryteria, a mianowicie relacja wielowymiarowości i niejednorodności przesłanek pozaprawnych składających się na stronę przedmiotową typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk a granica odpowiedzialności sprawcy w sposób bezpośredni dotyka również zagadnienia błędu. Można bowiem wysunąć tezę, że błąd w poddanym analizie zakresie zasadza się na nieświadomości sprawcy, co do okoliczności popełnienia przestępstwa seksualnego będącego tematem niniejszej dysertacji, a koncentrującej się wokół jednej z przesłanek medycznych. Sprawca działając w warunkach nieświadomości lub urojenia podejmuje jakiś rodzaj zachowania, który w praktyce można by określić jako realizacja analizowanego typu rodzajowego czynu zabronionego. Prowadzi to do wniosku, że nieświadomość ta lub urojenie pełnią rolę inicjującą, zaś owo działanie sprawcy jest reakcją na nie, a zatem pomiędzy tymi elementami zachodzi związek przyczynowy.

Dlatego też w celu zbadania przedstawionego problemu koniecznym jest, posługując się teorią błędu co do faktu, odniesienie jej do hipotetycznych stanów faktycznych z uwzględnieniem przykładów objawów składających się na wybrane zaburzenia psychiczne. Z uwagi na przejrzystość wywodu, omawiane w tej części zagadnienie zostanie ograniczone do ilustracji związanej z przesłanką choroby

---

*odpowiedzialności karne*j, pod. red. L.K. Paprzyckiego, t. IV, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 669.

[316] Ibidem, s. 669-670; R. Dębski, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, pod. red. R. Dębskiego, t. III, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 395-396.

[317] K. Mioduski, w: *Kodeks karny...*, s. 93-94.

psychicznej. Jest to związane z tym, że mogą one być bardziej jaskrawe, a tym samym mniej skomplikowane do uchwycenia ogólnego zarysu koncepcji, aniżeli w przypadku dwóch pozostałych przesłanek pozaprawnych.

Jak wskazuje S. Pużyński jednym z problemów dotyczących przebiegu poszczególnych zaburzeń psychicznych jest występowanie zmian osobowościowych u osoby dotkniętej tymi zaburzeniami[318]. We wstępie do tej części rozważań wskazano, że choroby psychiczne cechują się między innymi niejednorodnością obrazów klinicznych, dlatego też dla osoby spoza stałego kręgu osób znajomych dla chorego mogą zdawać się wyłącznie przejawem specyficznej ekspresji seksualnej. Można zatem zaryzykować stwierdzenie, że osoba nowopoznana, dodatkowo nieposiadająca wiedzy z dziedziny psychiatrii może nie zdawać sobie sprawy z zaburzeń psychicznych partnera seksualnego, a tym samym nie być świadoma, że dopuszczając się z taką osobą stosunku o charakterze seksualnym wypełnia znamiona przestępstwa z art. 198 kk. Mowa tu o krótkiej, czy nawet epizodycznej znajomości, nie zaś o sytuacji wejścia pomiędzy takimi osobami w głębszą zażyłość. To zaś prowadzić może do sytuacji, kiedy to zrealizowane zostałyby przesłanki omawianego przestępstwa, bowiem domniemany sprawca doprowadził do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej osobę niepoczytalną w związku z chorobą psychiczną. Jednakże, aby móc wyprowadzić taki wniosek koniecznym jest sprawdzenie szeregu czynników, takich jak strona podmiotowa sprawcy, a także niepoczytalność domniemanego pokrzywdzonego w trakcie czynu. Niemniej jednak, wskazać należy, że z uwagi na podniesione dotychczas argumenty, tak zaprezentowana sytuacja jest hipotetycznie możliwa do wystąpienia.

Przywołany przykład możliwego do ziszczenia się stanu faktycznego prowadzi do stanowiska wyrażonego przez S. Jakimę. Autor akcentuje, na przykładzie schizofrenii, że w przypadku osób na nią cierpiących ryzyko popełnienia na chorym przestępstwa o seksualnej konotacji wzrasta. Przyczyniają się do tego typowe objawy mogące wystąpić w przebiegu wskazanej choroby, takie jak np. stany psychotyczne, których wystąpienie wyłącza możliwość podjęcia przez chorego racjonalnego działania i kontroli swojego zachowania. Dodatkowo, koniecznym jest podkreślenie, że leki

[318] S. Pużyński, *Leksykon psychiatrii*, Warszawa 1993, s. 70, cyt. za: A. L. Załustowicz, *Jakość życia dorosłych kobiet...*, s. 19.

stosowane w leczeniu schizofrenii, jak i innych chorób psychicznych negatywnie wpływają na stan zdrowia pokrzywdzonego, powodując m.in. blokadę receptorów dopaminowych, czy serotoninowych, a tym samym powodując apatię i uśpienie chorego[319]. Taki stan, oczywiście pamiętając, że wyłącznie wówczas, kiedy powoduje wyłączenie zdolności do rozpoznania przez chorego znaczenia swoich czynów lub pokierowania swoim postępowaniem, stwarza okoliczności sprzyjające popełnieniu przez sprawcę czynu z art. 198 kk.

Innym przykładem ilustrującym przedstawioną tezę jest depresja. Jest ona powszechnie kojarzona jako choroba psychiczna, której głównymi objawami jest zdecydowane obniżenie nastroju, samopoczucia w wymiarze patologicznym, uniemożliwiające podjęcie jakiejkolwiek aktywności przez chorego[320]. Tymczasem, jednym z zagrożeń, mogącym wystąpić w przebiegu depresji jest mania. Z manią powiązane są zachowania reaktywne, pobudzenie etc. To zaś stanowić może dla sprawcy okoliczność do skierowaniu ku chorym zachowania wypełniającego treść art. 198 kk. Podkreślenia jednak wymaga fakt, że depresja jest chorobą niejednorodną, a zatem jej przebieg może w każdym przypadku wyglądać inaczej. To, co w jednym przypadku może zaistnieć, w odniesieniu do drugiej osoby cierpiąca na tę jednostkę chorobową nie ulegnie ziszczeniu.

Jak akcentuje to G. Jervis, w psychiatrii znane są dwie odmiany depresji. Jedną z nich charakteryzują naprzemiennie następujące po sobie okresy depresji oraz powrotu do poprawnego funkcjonowania (zaburzenia depresyjne jednobiegunowe). Drugi zaś rodzaj depresji jest bardziej złożony i obejmuje powtarzający się cykl: stan depresyjny-normalność-niewydolność (mania, niewydolność maniakalna). Ten rodzaj depresji nazywany jest w psychiatrii chorobą dwubiegunową[321]. Warto jednak wspomnieć, że niektórzy przedstawiciele psychiatrii rozróżniają, jako dwie odrębne choroby zaburzenia depresyjne (zaburzenia afektywne jednobiegunowe) oraz chorobę afektywną dwubiegunową (zaburzenia afektywne dwubiegunowe)[322]. Ponadto wskazać należy, że

[319] S. Jakima, *Dysfunkcje seksualne...*, s. 140.
[320] G. Jervis, *Depresja...w poszukiwaniu drogi wyjścia*, Poznań 2005, s. 11.
[321] Ibidem, s. 42.
[322] J. N. Butcher, J. M. Hooley, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń...*, s. 305 i n.

o ile w przypadku choroby jednobiegunowej chory wykazuje głównie lęk, bezsenność, względnie pobudzenie, o tyle w okresie manii w przebiegu choroby dwubiegunowej afektywnej jednym z możliwych zachowań chorego jest nadaktywność w sferze seksualności, przejawiająca się podejmowaniem ryzykownych czynów, mogących narazić osobę pozostającą w manii na utratę zdrowia, bądź życia. Osoby chore podejmują wówczas niebezpieczne kontakty seksualne, są bardziej otwarte na nietypowe, bądź niebezpieczne rodzaje współżycia[323]. Kompulsywne zachowania seksualne, które stanowią przejaw hiperseksualności występują niezwykle często w praktyce psychiatrycznej, seksuologicznej i psychologicznej[324]. Przejawy hiperseksualności pojawiają się przede wszystkim w okresie manii[325]. Stan nadpobudliwości seksualnej pokrzywdzonego może zostać przez sprawcę wykorzystany w celu doprowadzenia chorego do obcowania płciowego, bądź też wykonania/poddania się przez niego innej czynności seksualnej, a tym samym wypełnienie znamion czynu z art. 198 kk.

Mając nakreślone przykładowe objawy jednych z najbardziej znanych w społeczeństwie chorób psychicznych wyraźnym jest, że nie stanowią one schorzeń, które nadają się do sprowadzenia do jednego, wspólnego modelu. To zaś sprawia znaczne problemy dla osób trzecich w odróżnianiu takich stanów od tych, które wypełniają ogólnie przyjęte ramy. Tym samym należy pochylić się nad rozważeniem, z wykorzystaniem przywołanych tutaj objawów, możliwości uznania za prawdopodobne wystąpienie po stronie sprawcy przestępstwa z art. 198 kk *error facti*.

Rozważania te rozpocząć jednak należy przewrotnie od możliwego argumentu krytycznego zasadność podejmowanych tutaj ustaleń. Jest to związane z przyjęciem, że pomimo przedstawionych przykładów omawiających wpływ objawów chorób psychicznych na zmianę zachowania człowieka na nie cierpiącego, specyfika takich stanów pozwala na ich odróżnienie od bliżej niesprecyzowanej normy społecznej. Mówiąc wprost, osoba niepoczytalna z uwagi na chorobę psychiczną jest dostrzegalna, gdyż jej zachowanie cechuje nieracjonalność, teatralność, bądź nieadekwatność do

[323] S. Jakima, *Dysfunkcje seksualne...*, s. 150.
[324] M. Smaś-Myszczyszyn, *Kompulsywne zachowania seksualne*, w: *Zaburzenia seksualne a psychoterapia poznawczo-behawioralna*, pod red. M. Rawińskiej, Warszawa 2019, s. 85.
[325] Z. Lew-Starowicz, Z. Zdrojewicz, S. Dulko: *Leksykon seksuologiczny*, Wrocław 2002, s. 71; Z. Lew-Starowicz: *Leczenie czynnościowych zaburzeń seksualnych*. Warszawa 1985, s. 231-233.

okoliczności.

Takie stwierdzenie ma w sobie ułamek prawdy, lecz bazuje na stereotypowym ujęciu chorego psychicznie. Co do zasady, jest możliwe w jakimkolwiek stopniu rozpoznanie oznak przemawiających za prawdopodobieństwem niepoczytalności pokrzywdzonego. Sytuacja kreuje się jednak odmiennie, kiedy za przestrzeń do niniejszego przykładu obierzemy okoliczności towarzyszące dyskotece, pomiędzy nieznanymi sobie osobami.

W opisywanym tutaj hipotetycznym stanie faktycznym kluczowe są dwa czynniki: miejsce zdarzenia jakim jest dyskoteka oraz fakt nieznajomości pokrzywdzonego ze sprawcą. Warunki te wzajemnie się ze sobą łączą, tworząc tło do ewentualnego błędu co do faktu w kontekście przestępstwa z art. 198 kk. W okolicznościach imprezy tanecznej, której towarzyszy głośna muzyka, światła, jak również i alkohol stosunki międzyludzkie kreują się zgoła odmiennie, aniżeli w życiu codziennym. Co do zasady następuje zmniejszenie dystansu, zaś proces nawiązywania nowych znajomości jest bardziej spontaniczny. Dotyczy to również podejmowania się kontaktów seksualnych pomiędzy nowozapoznanymi osobami. W takich warunkach postawa pokrzywdzonego, który na przykład jest w okresie manii przy chorobie afektywnej dwubiegunowej, która objawia się w jego przypadku nadmierną aktywnością seksualną, w tym również z nieznajomymi może nie wzbudzić wątpliwości u domniemanego sprawcy. Prawdziwość tak określonej tezy uwypuklić może, że w przedstawianych w tym miejscu rozprawy warunkach, domniemany sprawca z dużym prawdopodobieństwem może znajdować się pod wpływem alkoholu lub środków odurzających. Substancje te w znacznym stopniu mogą wpływać na ograniczenie funkcji poznawczych, w tym przedsiębranie logicznego osądu sytuacji. Zachowanie ofiary może zostać poczytane jako otwartość na zawarcie relacji seksualnej, niekoniecznie zaś jako przejaw niepoczytalności. Oczywiście możliwe są też sytuacje bardziej bezpośrednie, które wiążą się z nachalnością pokrzywdzonego osaczającego sprawcę, bądź inne zachowania, które odbiegają od szeroko przyjętej normie w kontaktach międzyludzkich.

Jednakże, w dzisiejszych warunkach społecznych podejmowanie w tak przedstawionych okolicznościach kontaktów seksualnych, co do zasady, nie jest

ujmowane w kategoriach nadzwyczajnych. Tym samym osoby wyrażające wolę współżycia z nowopoznaną osobą nie budzą podejrzeń. Czym innym jest stosunek konkretnej osoby do takich zachowań, nie jest to jednak przedmiotem rozważań prawniczych. Istotnym jest, że przedstawiona tutaj hipotetyczna sytuacja jest możliwa do wystąpienia. Domniemany sprawca zgadzając się na takie kontakty seksualne w takich warunkach może ewentualnie pozostawać pod wpływem błędu w zakresie niepoczytalności ofiary. Związane jest to z nieuświadomieniem sobie przez sprawcę zarówno istnienia przesłanki choroby psychicznej, jak również towarzyszącego jej skutku, tj. niepoczytalności. Dlatego też konsekwencją jest uznanie za realne zaistnienie błędu co do faktu w kontekście przestępstwa z art. 198 kk. Ustalenie zaś, czy ofiara rzeczywiście w momencie zdarzenia była niepoczytalna jest kluczowym elementem postępowania karnego w tym przedmiocie, co wymaga przeprowadzenia badania sądowo-psychiatrycznej i sporządzenie opinii na tej podstawie przez biegłych z zakresu psychiatrii.

Ponadto istotnym jest wskazanie, że możliwą sytuacją jest występowanie świadomości sprawcy co do np. choroby psychicznej pokrzywdzonego, przy jednoczesnym jego błędzie co do związanej z tym niepoczytalności. Sytuacja taka jawi się jako prawdopodobna zwłaszcza w kontekście upośledzenia umysłowego. Jest ono, co do zasady, rozpoznawalne w drodze nawet pobieżnej analizy zachowania pokrzywdzonego, natomiast kontrowersje budzić może możliwość rozeznania przez osoby trzecie stanu niepoczytalności osoby upośledzonej umysłowo. Dla przykładu przywołać można przypadek osób z zespołem Downa.

Osoby, które są dotknięte tą wadą genetyczną, będącą w terminologii Kodeksu karnego określaną jako upośledzenie umysłowe wykazują różne jej natężenie, a co za tym idzie różnorodne utrudnienia w życiu osobistym, w zależności od konkretnego przypadku. Jedne z takich osób mają określony stopień niepełnosprawności jako lekki, zaś inne – umiarkowane, znaczne, czy głębokie. W przypadku dwóch biegunowych sytuacji różnica w możliwościach percepcyjnych, a tym samym stopień samodzielności i świadomości w zakresie oceny sytuacji i przedsiębranych przez siebie czynów jest skrajnie odmienna. Przekładając to na język prawniczy, osoba z przywołaną formą

upośledzenia umysłowego może przejawiać całe spektrum od poczytalności ograniczone, kończąc zaś na niepoczytalności. Wolą zaś ustawodawcy, jak już wskazano, nie było ograniczenie dostępu do korzystania z wolności w sferze życia seksualnego nawet, pod pewnymi warunkami, dla osób upośledzonych umysłowo. Teza taka zawiera swoje uzasadnienie w przepisach z zakresu prawa rodzinnego. Kodeks rodzinny i opiekuńczy[326] zawiera, co prawda, katalog okoliczności stanowiących negatywne przesłanki zawarcia związku małżeńskiego, do których zalicza się m.in. występujące w art. 12 kro upośledzenie umysłowe nupturienta/-ów. Jednakże pomimo wymienionych przeszkód osoby należące do tego katalogu mogą, w przypadku wystąpienia wskazanych w kodeksie wyjątków, uzyskać zgodę sądu na zawarcie związku małżeńskiego. Oznacza to, że sama okoliczność występowania upośledzenia umysłowego nie wyklucza możliwości zawarcia związku małżeńskiego. Jedynie jego zintensyfikowana postać, wyłączająca lub w wysokim stopniu ograniczająca możliwość samodzielnego funkcjonowania w społeczeństwie przesądza o negatywnej przesłance zawarcia związku małżeńskiego z uwagi na dobro dzieci, które miałyby się narodzić z takiego małżeństwa, samemu małżeństwu lub, co było akcentowane głównie w przeszłości, ogólnie pojętemu interesowi społecznemu[327]. W świetle tak nakreślonych uwag pytaniem jednak jest, który z przedstawionych tutaj stopni niepełnosprawności intelektualnej jest granicznym dla określenia stanu sprawcy jako poczytalności ograniczonej i niepoczytalności. Z kształtu art. 198 kk wynika, że wola ustawodawcy w zakresie możliwości ponoszenia przez sprawcę odpowiedzialności karnej z tytułu omawianego przestępstwa seksualnego obejmuje wyłącznie, w odniesieniu do upośledzenia umysłowego, wykorzystanie niepoczytalności. Tym samym to w nieświadomości w zakresie tej przesłanki należy upatrywać hipotetycznego wystąpienia błędu co do faktu. Płynąca z tego faktu konstatacja prowadzi do ustalenia, że w niektórych sytuacjach, na pewno zaś w okolicznościach lekkiego upośledzenia, wyłączona jest, co do zasady, możliwość ponoszenia przez sprawcę odpowiedzialności

[326] Ustawa z dnia 25 lutego 1964 roku - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964, nr 9 poz. 59 z późn. zm. [dalej również jako: „kro”].

[327] K. Pietrzykowski, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 5, Warszawa 2018, s. 198-199; M. Domański, w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, t. V, Warszawa 2017, s. 113-114; K. Lutostański, *Zasady projektu prawa małżeńskiego uchwalonego przez Komisję Kodyfikacyjną w dniu 28 maja 1929 r.*, Warszawa 1931, s. 43 i n.; zob. także: Uchwała SN z dnia 09.05.2002 roku, sygn. III CZP 7/02, OSNC 2003, nr 1, poz. 1.

karnej z tytułu przestępstwa z art. 198 kk. Sytuację wyjątkową stanowić będzie jednoczesne występowanie wraz z upośledzeniem umysłowym w stopniu lekkim choroby psychicznej powodującej w momencie czynu niepoczytalność lub bezradność, które to sprawca wykorzystuje w celach seksualnych. W przeciwnym razie stwierdzenie powyższe, wyklucza także rozpatrywanie możliwości wystąpienia błędu w zakresie oceny świadomości stanu niedoszłej ofiary.

Wskazać jednak należy, że wniosek, który pozwala uznać za błąd sytuację, kiedy sprawca posiada świadomość np. wyłącznie stanu pokrzywdzonego, ale nie co do wynikającej z niego niepoczytalności w chwili czynu jest konsekwencją poglądu, wedle którego błąd bowiem nie musi dotyczyć wszystkich przesłanek, a wystarczające jest do jego stwierdzenie wystąpienie nieświadomości w zakresie jednego elementy strony przedmiotowej[328]. W przypadku przestępstwa z art. 198 kk okoliczność taka zdaje się mieć dodatkowe znaczenie, z uwagi na dwustopniowy proces dokonywania oceny zachowania sprawcy w kontekście jego świadomości występowania przesłanek. W odniesieniu zaś do bezradności, która w obecnym stanie prawnym nie została przez ustawodawcę skorelowana ze skutkiem w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem możliwym jest błąd co do poprawnej oceny stanu ofiary, która np. będąc osobą wyraźnie nietrzeźwą zdaje się być sprawcy nadal zdolną do wyrażenia ważnej i skutecznej zgody, co w rzeczywistości obiektywnej nie jest zgodne z prawdą.

Dla zobrazowania wyjątkowości zakreślonej tutaj hipotetycznej sytuacji można posłużyć się odniesieniem do specyficznego rodzaju zaburzenia psychicznego, a mianowicie zaburzeń popędu seksualnego. Można bowiem wysunąć tezę, że ta grupa zaburzeń psychicznych poprzez swój obraz kliniczny może stanowić o dużym prawdopodobieństwie wystąpienia błędu po stronie nieświadomego sprawcy.

Omówienie kwestii dotyczących tego rodzaju zaburzeń, według B. Hołysta, można rozpocząć od stwierdzenia, że stanowią one niejednorodną grupę. Na tym tle można zatem wyróżnić zarówno stany niemające cech chorób psychicznych, jak i takie które są impulsywne oraz progresywne (nazywane przez autora zboczeniami

[328] W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 223-224.

seksualnymi), a co za tym idzie mają charakter chorobowy[329]. Powstaje zatem wątpliwość, czy w okoliczności gdy pokrzywdzony jest dotknięty zaburzeniami seksualnymi występuje okoliczność umożliwiająca pociągniecie sprawcy do odpowiedzialności z tytułu naruszenia art. 198 kk. Na tak zakreślone pytanie zdaje się odpowiadać J. Warylewski stwierdzając, iż zaburzenia w sferze seksualności ofiary takie jak np. hiperseksualność (nimfomania u kobiet, satyryzm u mężczyzn) wykluczają możność pociągnięcia do odpowiedzialności osobę, która wykorzystując ten fakt, dopuszcza się kontaktów seksualnych z osobą o zaburzeniach w sferze seksualnej[330]. Tym samym, według przywołanego autora hiperseksualizm został zaliczony jako choroba psychiczna.

Stan opisany wcześniej według klasyfikacji ICD-10 zaliczany był do zaburzeń seksualnych w postaci nadmiernego popędu (F.52.7)[331]. W obecnie obowiązującej klasyfikacji ICD-11 stan ten został zakwalifikowany jako kompulsywne zaburzenie zachowań seksualnych (6C72)[332]. Wpisanie stanu nazywanego powszechnie seksoholizmem do kategorii zaburzeń psychicznych stanowi istotny element, który może być składnikiem bardziej skomplikowanych relacji zachodzących pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym, splecionych ze sobą, a mogących znajdować odzwierciedlenie w rozważaniach dotyczących odpowiedzialności karnej sprawcy.

Problematyka zaburzenia występującego pod nazwą nadmiernego popędu seksualnego dotykać może wyłącznie jednej osoby, jak również drugiej osoby, najczęściej stałego partnera, który może pozostawać w stanie współuzależnienia. Problematyką tą zakresie zajmował się P. Carnes, który stworzył teorię tzw. „odbicia lustrzanego". Autor ten wskazuje że osoba współuzależniona postrzega i rozumie

---

[329] B. Hołyst, *Socjologia kryminalistyczna*, Warszawa 2007, s. 370, 376.

[330] J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 760.

[331] L. Karila, A. Wéry, A. Weinstein, O. Cottencin, A. Petit, M. Reynaud, J. Billieux, *Sexual Addiction or Hypersexual Disorder: Different Terms for the Same Problem? A Review of the Literature*, w: *Current Pharmaceutical Design* 2014, Nr 20, s. 1. Powołani autorzy wskazują na problem braku jednolitej terminologii w zakresie przedmiotowego zaburzenia seksualnego dotyczącego nadmiernej, niekontrolowanej wolicjonalnie aktywności seksualnej, która różni się na gruncie poszczególnych opracowań i bywa nazywana m.in. satyryzmem, nimfomanią, donżuanizmem (ang. *Don Juanism*) czy też seksualnym zaburzeniem kompulsywnym (ang. *sexual compulsivity*). W literaturze pojawia się w tym zakresie również pojęcie parafilii, która jednak może być rozumiana jako społecznie nieakceptowana forma zaspokajania seksualnego, tak: S. K. Ciccarelli, J. N. White, *Psychologia*, Poznań 2019, wyd. 3, s. 400.

[332] Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób – ICD-11, https://icd.who.int/browse11/l-m/en#/http%3a%2f%2fid.who.int%2ficd%2fentity%2f1630268048 [dostęp: 20.04.2023].

zachowanie partnera jako zaburzenie seksualne. Jednakże pomimo szeregu zachowań destrukcyjnie wpływających na życie partnera, osoba współuzależniona wybiera postawę wspierającą, żywiąc przekonanie że przez takie zachowanie doprowadzi do wyprowadzenia partnera z nałogu, zaś partner doceni jej starania[333]. Odnosząc zaś przywołany problem do przestępstwa z art. 198 kk wydaje się zatem, że prawnokarna ocena czynu sprawcy, który jako osoba współuzależniona dopuszcza się relacji seksualnej z osobą wykazującą się ten rodzaj choroby psychicznej wymaga rozpatrzenia kilku podstawowych kryteriów.

Przede wszystkim, jak zostało to już w tej części rozważań podniesione, koniecznym i pierwotnym jest przeprowadzenie oceny stanu psychicznego obu stron, domniemanego pokrzywdzonego i domniemanego sprawcy w drodze opinii sądowo-psychiatrycznej. Jest to konieczne, aby stwierdzić poczytalność każdego z partnerów uczestniczących w czynnościach seksualnych. Argument przemawiający za poddaniu sprawcy przestępstwa seksualnego badaniom w kierunku ustalenia jego poczytalności nie jest szczególnie nowatorski. Jednakże w opisanej tu sytuacji dochodzić może do specyficznego sprzężenia. Z uwagi na fakt, że osoba o hiperseksualnych skłonnościach oddziałuje poprzez swój stan na swojego partnera czyniąc go współuzależnionym, przeprowadzenie takiej czynności upewniającej co do jego stanu psychicznego jest elementem istotnym. Może bowiem dojść do następujących sytuacji.

Po pierwsze może zostać stwierdzone, że w momencie czynu oboje z partnerów byli niepoczytalni. Wówczas domniemany sprawca nie poniesie odpowiedzialności karnej z uwagi na art. 31 §1 kk. Inna sytuacja będąca w zainteresowaniu niniejszej części dysertacji może zakładać, że osoba współuzależniona była poczytalna, natomiast pokrzywdzony wprost przeciwnie. W takich okolicznościach należy ustalić, czy stan ofiary mógł pozostać dla sprawcy nie do rozpoznania. Tym samym koniecznym jest rozważenie kwestii możliwości zaistnienia okoliczności, która składać się może na błąd. Jeśli potwierdzone zostanie, że sprawca oceniając zachowanie pokrzywdzonego, co do którego zdaje sobie sprawę występowania zaburzeń popędu seksualnego i znając jego standardowe objawy u swojego partnera, poprawnie ocenił, że w momencie zdarzenia

[333] M. Filarowska, *Po drugiej stronie lustra – czyli dramat współuzależnienia od seksu,* w: *Seksualność człowieka. Wybrane zagadnienia*, pod red. G. Iniewicza, M. Mijas, Kraków 2011, s. 159.

postawa ofiary nie mogła sugerować jej niepoczytalności, wówczas sprawca nie poniesie odpowiedzialności karnej z tytułu popełnienia przestępstwa z art. 198 kk. Nie miał on bowiem zamiaru popełnienia tego czynu zabronionego, a zatem nie wypełnił elementów składających się na jego stronę podmiotową.

Przywołana tutaj argumentacja przemawia zatem o możliwości uznania za hipotetycznie prawdopodobnym do uznania błędzie co do faktu nawet w sytuacji, która dotyczy osób należących do grona najbliższych, czy znajomych osoby dotkniętej stanami z art. 198 kk. Jest to bowiem związane z podkreśloną już na kanwie niniejszego opracowania dynamiką właściwą chociażby chorobom psychicznym. Ich przebieg i nasilenie zależy od wielu czynników. Dlatego też, pomimo pozostawania przez osobę chorą psychicznie w stanie remisji, nie jest możliwe całkowite rozpoznanie przez osoby z otoczenia tej osoby ewentualnego dalszego przebiegu tego schorzenia. Argumentacja przeciwna może sprowadzać się do stwierdzenia, że żyjąc z osobą chorą psychicznie osoby z jej otoczenia uczą się modelu zachowań chorego, w tym również i tego, jak rozpoznawać pogorszenie jego stanu zdrowia. Nie można odmówić słuszności tezy o takiej treści, jednakże trzeba mieć na uwadze to podkreśloną już w tym rozdziale okoliczność, że obraz kliniczny choroby może ulec zmianie w sposób nieprzewidywalny, na przykład po zmianie leków. Należy jednak zauważyć, że w takich okolicznościach, które dotyczą oceny stanu faktycznego pod kątem przestępstwa seksualnego wykorzystania niepoczytalności osoby chorej psychicznie lub upośledzonej umysłowo koniecznym jest wysoce zindywidualizowane podejście. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, kiedy to sprawca i pokrzywdzony pozostają ze sobą w relacji o wysokim stopniu zażyłości. Stawia to postępowaniu dowodowemu wyższe wymagania, aniżeli i tak wysokie kryteria, którym ma sprostać postępowanie w odniesieniu do omawianego typu rodzajowego przestępstwa popełnionego wobec nieznanego sprawcy pokrzywdzonego.

Jeszcze innym przypadkiem, który jawi się jako interesujący jest rozważenie błędu co do faktu w kontekście bezradności fizycznej. Mając bowiem na uwadze poczynione dotychczas rozważania w zakresie wykładni przesłanek składających się na treść przepisu art. 198 kk znamię bezradności w jej ujęciu fizycznym, tj. faktycznej

niemożności poruszania się przez pokrzywdzonego bez jednoczesnego uszczerbku dla jego zdolności pojmowania okoliczności i podejmowanych decyzji instytucja *error facti* przybrać może inny wymiar dyskusji prawniczej.

Teza taka znaleźć może uzasadnienie po przedstawieniu hipotetycznego stanu faktycznego kiedy to sprawca i ofiara są sobie znajomi, mogą to być nawet partnerzy, których relacja intymna zawiera elementy BDSM. Dlatego też dla obu stron podejmujących ze sobą stosunki seksualne nie jest czymś szokującym, a tym samym co do zasady budzącym sprzeciw wykorzystanie w celu pobudzenia np. krępowania partnera, czy inna forma pozbawiania go możliwości ruchu jako część czynności seksualnych. Zdarzyć się jednak może, że jeden z partnerów podejmując z drugą stroną aktywność seksualną danego dnia nie chce łączyć jej z przedstawionymi praktykami, czego jednak przed przystąpieniem do czynności seksualnych nie zakomunikował partnerowi. W związku z tym druga strona będąc nieświadomą wystąpienia braku woli do takiej formy współżycia u partnera, podejmuje się próbie skrępowania go, co jednak wzbudza sprzeciw strony poddawanej takiej praktyce. Oznacza to, że jedna ze stron nie wyraża zgody, o czym komunikuje drugą stronę w sposób przez nią dostrzegalny. Strona dokonująca krępowania partnera nie przerywa przedsiębranego przez siebie działania, traktując jego sprzeciw jako formę zabawy erotycznej. Prowadzi to do konkluzji, że brak zgody nie jest traktowany przez drugą stronę jako faktyczne oświadczenie woli. Sprawia to, że po rozważeniu całokształtu okoliczności danego przypadku, występuje możliwość uznania go w kategoriach błędu co do faktu. Stwierdzenie takie jest tym bardziej umocowane, jeśli dokonane zostaną ustalenia, że w przeszłości strony jako część podejmowanej aktywności seksualnej w opisanej formie wprowadzały odgrywanie ról w tym udawanie oporu.

W bardziej krytyczny i ostrożny sposób można ocenić podobny stan faktyczny z modyfikacją w zakresie podejmowania czynności seksualnych przez osoby nieznające się wcześniej. Różnica ta polegać będzie tutaj na tym, że mając na uwadze fakt, że praktyki z kręgu BDSM stanowią nietradycyjną formę aktywności seksualnej, osoba proponująca je nowopoznanemu człowiekowi, zwłaszcza takiemu który nigdy wcześniej nie miał z nimi do czynienia, powinna zachować ostrożność w ich proponowaniu i wdrażaniu. Możliwą jest bowiem sytuacja kiedy to rzeczywistość znajdować może duży rozdźwięk z wyobrażeniami, co może przełożyć się na zmianę

reakcji psychicznej osoby mającej zapoznać się z taką formą współżycia. W takich okolicznościach istotne jest dokonanie niezwykle wnikliwej oceny stanu faktycznego, zwłaszcza w kontekście błędu co do faktu.

W opisanych tutaj sytuacjach powstaje jednak pytanie, czy można mówić o ryzyku wystąpienia błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, o którym mowa w art. 28 kk poprzez nieświadomość sprawcy występowania u ofiary choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego, których skutkiem *in tempore criminis* jest jej niepoczytalność, bądź też bezradności.

Odpowiedź na tak sformułowane pytanie musi zostać poprzedzona kilkoma uwagami odnoszącymi się do nowelizacji przepisu art. 28 kk. W drodze ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, która weszła w życie z dniem 1 lipca 2015 roku, wedle treści art. 1 pkt 4 przepis art. 28 §1 kk zmienił swoje brzmienie z: *„Nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię”* na *„Nie popełnia przestępstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego”*. Zmiany te w sposób zasadniczy nakreśliły istotę błędu co do faktu, wykluczając z możliwości jego uwzględnienia w przypadku przestępstw umyślnych[334].

Do momentu wejścia w życie przywołanych zmian, okoliczności do których można zaliczyć także opisane we wstępie tego rozdziału niejednorodne objawy np. chorób psychicznych mogły w konsekwencji na podstawie art. 28 §1 kk prowadzić do wyłączenia odpowiedzialności domniemanego sprawcy seksualnego wykorzystania z art. 198 kk. W poprzednim stanie prawnym ustawodawca dokonał wprost wskazania, że zakresem błędu co do znamion czynu zabronionego obejmuje przestępstwa umyślne[335]. W obecnej formie przepis art. 28 §1 kk wyklucza możliwość jego zastosowania w stosunku do typów przestępstw popełnianych wyłącznie umyślnie z jednoczesnym uznaniem za możliwe wyłączenie tej odpowiedzialności poprzez

[334] Wyrok SA Poznań z dnia 08.11.2018 r., sygn. II AKa 99/18, LEX nr 3008163; M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, s. 208-209.
[335] Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności...*, s. 152.

stosowany *a contrario* art. 9 §1 kk[336]. Tym samym *ipso iure* następuje możliwość wyłączenia winy w odniesieniu do błędu wyrażającego się poprzez nieświadomość sprawcy wystąpienia przesłanek pozaprawnych z przestępstwa seksualnego wykorzystania w omawianej formie. Jednakże z uwagi na to, że typ rodzajowy przestępstwa z art. 198 kk może zostać popełniony wyłącznie umyślnie, to w przypadku gdy sprawca nie chce lub nie godzi się wykorzystać seksualnie bezradności lub wynikającego z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego braku zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim postępowaniem nie jest możliwe przypisanie winy.

Wniosek taki jest również aktualizowany w przypadku, gdy chcenie lub godzenie się jest wykluczone w sytuacji braku świadomości występowania przesłanek pozaprawnych, które kwantyfikują możliwość odpowiedzialności karnej za analizowany czyn zabroniony. Sama bowiem wola doprowadzenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej z osobą co do której po stronie sprawcy występuje świadomość występowania bezradności psychicznej lub niepoczytalności nie jest warunkiem automatycznie prowadzącym do powstania inkryminowanego zachowania. Jest to związane z przede wszystkim brakiem zakazu co do zasady podejmowania czynności seksualnych z osobami chorymi psychicznie lub upośledzonymi umysłowo. Elementem stanowiącym o odpowiedzialności za czyn w omawianym zakresie jest natomiast realizacja znamienia wykorzystania stanu znajdującego się w części opisowej przepisu, a co za tym idzie wystąpienie umyślności przy jednoczesnym spełnieniu pozostałych przesłanek z art. 198 kk[337]. Jest to konsekwencją reguły zakładającej, że brak świadomości po stronie sprawcy co do jakiegokolwiek znamienia czynu z części szczególnej ustawy karnej wyklucza możliwość przypisania za ten czyn umyślności[338]. Tym samym, na co wskazuje J. Majewski, nowelizacja z roku 2015 roku miała charakter techniczny, gdyż *de facto* w poprzednim stanie prawnym wnioski wypływające z wykładni art. 28 §1 kk były możliwe do wyprowadzenia również z zasady ogólnej dotyczącej przypisania umyślności, tj. art. 9 §1 kk. Autor podaje również, że w zakresie, do którego do dnia 30 czerwca 2015 roku stosowano

[336] Wyrok SA Poznań z dnia 08.11.2018 roku, sygn. II AKa 99/18, LEX nr 3008163.
[337] W aspekcie tym umyślność rozumieć trzeba w jej klasycznym ujęciu zakładającym konieczność zaistnienia po stronie sprawcy zarówno świadomości, jak i woli, zob. np. A. Liszewska, *Strona podmiotowa czynu...*, s. 637.
[338] W. Wolter, *Funkcje błędu...*, s. 106.

art. 28 §1 kk jako podstawę, po zmianach role tę przejmuje wyłącznie art. 9 §1 kk. Tym samym ustawodawca wyeliminował zarzucaną wcześniej zdublowaną regulację dotykającą tej samej kwestii[339]. Zmianą zasadniczą natomiast było uregulowanie kwestii dotyczącej błędu zaistniałego przy czynie nieumyślnym.

Odnosząc te uwagi do omawianego tutaj problemu wskazać należy, że w związku z nowelizacją z 2015 roku formalnie zniknęła możliwość poddawania pod rozwagę sytuacji, które w uprzednim w stosunku do wprowadzonych zmian wypełniałyby przesłanki stawiane instytucji błędu co do faktu. Nie oznacza to jednak, że dokonanie oceny w przywołanych w tej części dysertacji rozważań są bezprzedmiotowe. Tak jak to zostało już podkreślone, praktycznym przejawem dokonanych zmian jest wykluczenie pojawiających się w przeszłości wątpliwości, które dotyczyły zasadności poprzedniego kształtu art. 28 kk, mając na uwadze równolegle obowiązujący art. 9 §1 kk. W obecnym zatem kształcie dokonując przedmiotowej oceny w interesującym tutaj kierunku pod uwagę brane jest, czy po stronie sprawcy wystąpiła umyślność. W przypadku odpowiedzi negatywnej, która jest spowodowana nieświadomością zaistnienia przesłanek medycznych wraz z ustawowym skutkiem w postaci niepoczytalności lub poprawnego odczytania bezradności, sprawca nie podlega odpowiedzialności karnej. Można zatem skonstatować, że duch instytucji błędu co do faktu nadal wywiera wpływ na dokonywanie oceny konkretnego stanu faktycznego, a tym samym niniejsze refleksje poczynione w tym zakresie znajdują swoje uzasadnienie.

2.1.2. Błąd co do prawa

W świetle tak nakreślonych rozważań istotne znaczenie ma również ustalenie, czy do omawianego typu rodzajowego przestępstwa seksualnego może mieć zastosowanie treść art. 30 kk ustanawiającego instytucję tzw. *error iuris*. Ten rodzaj błędu można zdefiniować ogólnie jako niewłaściwa ocena prawna czynu

[339] J. Majewski, *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015, s. 45-46.

przedsiębranego przez sprawcę[340]. Powoduje to wątpliwości, czy wykładnia przepisu penalizującego przestępstwo wykorzystania bezprawności lub niepoczytalny pozwala na konkluzję, odnośnie braku świadomości sprawcy co do jego bezprawności.

Konstrukcja typu rodzajowego przestępstwa uregulowana treścią art. 198 kk zakłada konieczność realizacji przez sprawcę, dwóch przesłanek. Oznacza, to że z wyjątkiem dotyczącym bezradności, sprawca musi swoją umyślnością (w postaci zamiaru bezpośredniego, ewentualnego lub niby-ewentualnego) obejmować zarówno fakt choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego pokrzywdzonego, jak również skutek z tym związany, tj. brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim postępowaniem. Elementy te muszą wystąpić łącznie.

Podstawowe pytanie dotyczy tego, czy ocena błędu co do bezprawności czynu odnosić się powinna tylko do pierwszego członu dwustopniowości przesłanek, tj. jedynie do przyjęcia przez sprawcę zgodności z prawem podejmowania kontaktów seksualnych z osobami chorymi psychicznie lub upośledzonymi umysłowo. Odpowiedź na takie założenie jest jednoznacznie negatywna, z uwagi na wielokrotnie poczynione na gruncie niniejszego opracowania uwagi odnośnie braku reglamentacji przez prawo osobom dotkniętym przywołanymi wyżej stanami prawa do realizacji w zakresie życia seksualnego. Dlatego też w tym kontekście rozważania dotyczące materii błędu z art. 30 kk są całkowicie bezprzedmiotowe.

Drugim zaś zagadnieniem wymagającym poruszenia jest problematyka drugiego z członów składających się na przesłanki przestępstwa z art. 198 kk – niepoczytalność. Aby możliwym było dokonanie konkluzji w tej kwestii odwołać się można na wstępie do definicji *error iuris*, które zostały wyprowadzone przez przedstawicieli nauki prawa karnego.

Analizowanemu zagadnieniu uwagę poświęcił K. Burdziak, który stworzył klasyfikację składającą się z pięciu możliwych modeli błędu co do prawa. Pierwsza sytuacja sprowadza się do uznania, że sprawca nie uświadamia sobie bezprawności działania, ani też nie ma ma podejrzeń odnośnie jego ewentualnej zgodności z prawem, czy też nie. Osoba taka, dokonując zatem czynu nie dba o refleksję prawną. Wedle

[340] M. Kowalewska-Łukuć, *Wina*..., s. 223.

drugiego założenia jednostka nadal nie uświadamia sobie bezprawności czynu, jednakże posiada spektrum świadomości, pozwalające na uzmysłowienie sobie, że czyn może być bezprawny lub też, stosując nomenklaturę autora, prawny, jednakże pomimo tego nie występuje tutaj element podejrzliwości sprawcy w tym zakresie. W przypadku trzeciej sytuacji opisywanej przez K. Burdziaka sytuacja zmienia się poprzez pojawienie się domysłu sprawcy dopuszczającego wątpliwość względem bezprawności czynu, który jest jednak w dalszym ciągu nieświadomym bezprawności swojego zachowania. Przedostatnia sytuacja wygląda praktycznie analogicznie do poprzedniej, z tą różnicą, że podejrzenie osoby zmienia się w takie, które pozwala sądzić, że czyn jest zgodny z prawem. Wreszcie, ostatnia wersja prowadzi do przyznania, że sprawca pozostając nieświadomym bezprawności swojego zachowania, jest przekonany o jego prawności[341]. W świetle przedstawionych tutaj koncepcji, ich autor przyznał, że adekwatną wobec instytucji błędu co do prawa jest ostatnia przywołana koncepcja[342]. W związku z tym można skonkludować, że wystąpienie konstrukcji *error iuris* jest możliwe do zaakceptowania jedynie w sytuacji kiedy sprawca będąc nieświadomym bezprawności dotykającej popełnianego przez siebie czynu, jednocześnie jest przekonany, że jest on zgodny z prawem.

Odnosząc przedstawioną teorię na przykład przestępstwa z art. 198 kk można wskazać, że istotą jest zbadanie, czy istnieje hipotetyczny stan faktyczny, który odpowiadałby wymaganiom stawianym błędowi co do prawa. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czy jest realną i dającą się zaakceptować, według art. 30 kk, sytuacja, kiedy sprawca ma świadomość występowania u pokrzywdzonego choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, jak również jest on świadomy, że w momencie czynu ofiara jest niepoczytalna, a pomimo tego sprawca nie jest świadomy, że dopuszczając się z taką osobą obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej popełnia przestępstwo, sądząc wręcz że jego działanie jest legalne.

[341] K. Burdziak, *Kilka uwag na temat istoty tzw. błędu co do prawa (rozważania na tle polskiego prawa karnego),* w: *Prawo w Działaniu. Sprawy Karne* 2019, nr 39, s. 142-143.

[342] Jako uwagę o charakterze dygresji można wskazać, że K. Burdziak i popierający go w tej kwestii M. Nawrocki kwestionują uznawanie *error iuris* za błąd, co jest konsekwencją uznania, że nieświadomość nie może być traktowana jako jego element, zob. K. Burdziak, *Kilka uwag...*, s. 142; M. Nawrocki, *Błąd jako znamię...*, s. 79.

Odpowiedź również na takie pytanie również powinna być negatywna. Jak podnosił W. Wolter kwestia dokonywania oceny aktualizacji błędu co do prawa powinna się bowiem odbywać z uwzględnieniem m.in. relacji normy prawnokarnej w danym zakresie do norm z innych gałęzi prawa. Autor podkreślał, że oczywistym założeniem poprawnie funkcjonującego systemu prawa jest jego wewnętrzna niesprzeczność, jednakże akcentował również, że niektóre sytuacje będące przedmiotem zainteresowania prawa karnego, nie będą miały swojego odpowiednika w np. prawie cywilnym[343]. W odniesieniu do tematyki pozostającej pod bezpośrednim zainteresowaniem w tej części dysertacji, można wskazać, że zasada zakazująca stosunków seksualnych z osobami niepoczytalnymi z powodu choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego koresponduje z regulacjami z zakresu prawa rodzinnego. Warto w tym miejscu przypomnieć chociażby art. 31 i art. 47 Konstytucji RP, które nie wprowadziły ograniczeń w zakresie prawa do wolności oraz prawie do życia prywatnego we wzmiankowanym zakresie dotyczącym osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo. Wspomnieć także należy po raz kolejny art. 12 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego, który ustanawiając przesłankę przeszkody małżeńskiej w postaci wymienionych tutaj przypadłości uwzględnił również wyjątek dopuszczający możliwość zawarcia związku małżeńskiego przez osoby chore psychicznie lub upośledzone umysłowo. Konsekwencją takiej wydanej przez sąd zgody jest podleganie małżonków prawom i obowiązkom dotyczącym tej instytucji prawa rodzinnego, a zatem m.in. także obowiązkowi pożycia fizycznego.

Jak zostało to tutaj zaakcentowane sfera życia seksualnego wspomnianej kategorii osób pozostaje, co do zasady, poza zainteresowaniem ustawodawcy. Jedynym wyjątkiem zdaje się w tej materii być wymieniany już przepis ograniczający możliwość zawierania związków małżeńskich przez osoby chore psychiczne lub upośledzone umysłowo i pozostawienie decyzji w tym zakresie dyskrecjonalnej władzy sędziowskiej. Ten element z prawa rodzinnego zdaje się być niezwykle pomocny w celu ustalenia możliwości uznania za dopuszczalne wyłączenie się przez sprawcę odpowiedzialności z tytułu błędu co do prawa w kontekście zanegowania możliwości uznania jego wystąpienia za możliwy i uzasadniony. Pozostaje on bowiem w korelacji z celem stojącym za penalizacją przestępstwa z art. 198 kk jako szczególnego wyjątku

[343] W. Wolter, *Funkcje błędu...*, s. 175-176.

ograniczającego osoby chore psychicznie lub upośledzone umysłowo od pełnego funkcjonowania w życiu prywatnym. Zostaje on zawężony wyłącznie do sytuacji, kiedy to otoczenie tych osób ustawową ochroną przed nadużyciami seksualnymi jest absolutnie niezbędne i nie może być poczytywane jako przejaw nadmiernego i nieproporcjonalnego ograniczania praw obywatelskich.

Natomiast ostatnim zakresem przedmiotowych rozważań jest poczynienie ustaleń w kontekście oceny instytucji błędu co do prawa a popełnienie przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności. Bezradność wiąże się z niemożnością wyrażenia ważnej i skutecznej prawnie woli w kontekście czynności seksualnych. Wskazać zatem należy, że pozornie dowód w tym zakresie nie nastręczać powinien większych trudności, w związku z powszechną świadomością prawną, podkreślaną w ostatnich latach, w zakresie ważności zgody na kontakty o seksualnym charakterze. Sytuacja zaś polegająca na aktualizacji przesłanki bezradności, co do zasady, nie powinna nastręczać większych problemów interpretacyjnych ze strony domniemanego sprawcy. Zarówno jeśli mówimy tu o bezradności fizycznej w postaci na przykład paraliżu ofiary, czy też jej nieprzytomności, czy to na skutek upojenia alkoholowego, czy stanu fizjologicznego jakim jest sen, świadomość bezprawności podejmowania obcowania seksualnego lub innej czynności seksualnej z osobą znajdującą się w takim położeniu jawi się raczej jako bezsprzeczna.

Zgoła inna sytuacja może mieć miejsce w odniesieniu do przywołanego już na gruncie niniejszego opracowania hipotetycznego stanu faktycznego podjęcia aktywności seksualnej z kobietą będącą w ciąży. Jak już bowiem zostało to poprzednio wskazane, okoliczność ciąży, zgodnie z wykładnią literalną przesłanki bezradności posiłkującej się ustaleniami w zakresie interpretacji znamienia „inne zakłócenie czynności psychicznych” może być teoretycznie uznana za przejaw bezradności. W związku z tym pytaniem właściwym jest, czy osoba podejmująca się obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej z ciężarną może pozostawać w błędzie, co do prawa. Osoba taka może pozostawać w nieświadomości bezprawności swojego czynu, a co za tym idzie, w świetle poczynionych tu rozważań z zakresu *error iuris*, towarzyszy temu przekonanie o legalności swojego zachowania. Natomiast przyznać

należy, że przywołany tutaj przykład oceniać można głównie w charakterze naukowej, ściśle teoretycznej dysputy. Wniosek taki jest usprawiedliwiony tym, że owszem stany takie jak np. ciąża wywołują zmiany w ciele kobiety, a tym samym wpływają na jej funkcjonowanie w jej trakcie. Problem ten nie przekłada się na zagadnienie orzecznicze, lecz mając na uwadze rzetelność wywodu wymaga odnotowania na gruncie niniejszej dysertacji. Z takich też względów, w tym momencie wywodu, uznać można, że przykład ten można zaliczyć do nielicznych, o ile nie do wyłącznego przypadku możliwości uznania za dopuszczalne wystąpienie błędu co do prawa w kontekście art. 198 kk.

2.1.2.1. Usprawiedliwiony i nieusprawiedliwiony błąd co do prawa a art. 198 kk

Z ostatnią refleksją wiąże się inny wniosek W. Woltera, który ukazuje relację przy procesie uznawania za istotny błąd co do prawa poprzez odniesienie tego zagadnienia do społecznej świadomości bezprawności czynu. Autor podnosi przy tym, że prawnie irrelewantne będzie przy tym udowodnienie sprzecznego przekonania o zgodności z prawem czynu sprawcy przy zestawieniu z powszechną, przyjętą ogół przez świadomości jego bezprawności[344]. Dlatego też na błąd co do prawa należy również spojrzeć pod kątem ustalenia jego usprawiedliwienia, bowiem jak wskazuje ustawodawca, od tego czy błąd jest usprawiedliwiony, czy też nie zależy odpowiedzialność sprawcy, tj. wyłączenie winy, czy też fakultatywne złagodzenie kary.

Kwestię błędu co do prawa w formie usprawiedliwionej należy poddawać ocenie z uwzględnieniem fundamentalności reguł stojących za zakazem wykorzystywania seksualnego osób, które z uwagi na bezradność czy niepoczytalność będącą wynikiem choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego, które można sprowadzić do najprostszej zasady: nie krzywdź osób słabszych, bezbronnych. Do akceptacji takich paradygmatów nie jest *de facto* konieczna znajomość prawa, posługiwania się przez sprawcę językiem ustawodawcy, zaś elementarne zasady współżycia społecznego. Natomiast według poglądów doktryny kryteria, które powinny być brane pod uwagę w tym zakresie dotyczą przede wszystkim indywidualnych właściwości sprawcy

[344] Ibidem, s. 180-181.

(wykształcenia, poziomu intelektualnego, umiejętności wyciągania właściwych wniosków i kojarzenia faktów etc.), jak również takie, które są związane z brakiem dostępu do informacji, braku ich uzyskania w drodze m.in. przekazu medialnego[345]. W omawianym przypadku, z uwagi na to, że przestępstwo seksualnego wykorzystania dotyka jednej z najintymniejszych sfer życia człowieka, podobnie jak w przypadku dóbr w postaci zdrowia czy życia, kryterium właściwego postępowania powinno być kierowanie się przez jednostkę podstawową zasadą zabraniającą krzywdzenia innych. Do wyobrażenia zaś zakazu naruszania wolności seksualnej innych osób, niezależnie od ich formy, jak się zdaje, nie jest konieczne internalizowanie treści tej zasady przez człowieka. Oczywiście, media, czy szkoła mogą stanowić w tym zakresie istotne źródło edukacji, ale sama treść omawiane tutaj zasady postępowania jest bardzo prosta i pierwotna, bliźniacza wręcz do innej podstawowej reguły jaką jest zakaz zabijania innych ludzi. Argumentacja taka przemawia zatem za odmówieniem, poza wyjątkiem teoretycznym opisanym wcześniej, możliwości uniknięcia przez sprawcę odpowiedzialności z tytułu popełnienia przestępstwa z art. 198 kk z powołaniem się na usprawiedliwiony błąd co do prawa.

Inną kwestią jest dopuszczenie ewentualności wystąpienia błędu co do prawa w wersji wskazanej w zdaniu drugim art. 30 kk, tj. w sytuacji błędu nieusprawiedliwionego. Według doktryny i orzecznictwa przez błąd nieusprawiedliwiony należy rozumieć błąd powstały w sytuacji braku świadomości, co do bezprawności swojego czynu, przy jednoczesnej możliwości jej uświadomienia, rozpoznania[346]. Taki stan, w świetle powyższych wyjaśnień można zastanowić się nad ewentualnością wystąpienia błędu w tym w zakresie odnośnie przestępstwa z art. 198 kk. Jako hipotetyczne przywołać można zwłaszcza przypadek możliwych różnic kulturowych i odmienne uregulowanie zagadnień dotyczących przestępstw seksualnych w innych krajach. Błąd tego rodzaju jest możliwym do rozważenia w przypadku obcokrajowca popełniającego przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z powodu choroby psychicznej lub upośledzenia

[345] J. Giezek, w: *Kodeks karny...*, s. 299; wyrok SA Warszawa z dnia 06.03.2017 r., sygn. II AKa 10/17, Legalis nr 2122064.
[346] M. Kowalewska-Łukuć, *Wina...*, s. 224; wyrok SA Warszawa z dnia 07.04.2014 r., sygn. II AKa 74/14, Legalis nr 1024196.

umysłowego. Jednakże występujące w tym zakresie wątpliwości zdają się mieć poparcie w głosach płynących od przedstawicieli doktryny prawa karnego.

Przede wszystkim, za W. Wolterem podkreślić należy zupełną wyjątkowość, z jaką musi się wiązać instytucja *error iuris*. Przywołany autor podnosił, że błąd co do prawa powinien być ewenementem, niezwykle rzadkim wyłomem w odpowiedzialności sprawcy. Wniosek taki popierał uznaniem skodyfikowanego prawa karnego jako instrument regulujący stosunki społeczne, a co za tym idzie oparty w swych założeniach na wymogach stawianych jednostce w życiu społecznym. Tym samym, według W. Woltera, ustawa karna będąca kalką tego, co autor nazywał w swojej pracy, świadomością prawną powinna być członkom danego społeczeństwa znana w znakomitej większości[347]. Mając zaś na uwadze argumentację poczynioną odnośnie usprawiedliwionego błędu co do prawa przyznać należy, że nieświadomość w zakresie naganności postawy lekceważącej dobro chronione w postaci wolności seksualnej zwłaszcza w przypadkach jej bezradności lub niepoczytalności z powodów wskazanych w dyspozycji art. 198 kk jest okolicznością kategorycznie nie do zaakceptowania. Wniosek taki ma poparcie wziąwszy pod uwagę przede wszystkim regulacje międzynarodowe nakazujące wdrożenie przez państwa-sygnatariuszy środków prawnej ochrony prawa do prywatności w aspekcie życia seksualnego jednostki. Taka sytuacja ma miejsce chociażby w odniesieniu do wspomnianych już w poprzednich częściach dysertacji aktów, takich jak: Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka, jak również aktu prawa międzynarodowego zawartego na skalę ogólnoświatową – Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego.

2.3. Usiłowanie nieudolne a przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności z art. 198 kk

Sytuacją będącą negatywem problematyki błędu w kontekście art. 198 kk jest kwestia usiłowania nieudolnego, za które można uznać w ogólności obiektywnie występujący brak możliwości realizacji znamion czynu zabronionego jako dokonanie,

[347] W. Wolter, *Funkcja błędu...*, s. 169-170.

co jest konsekwencją błędu istniejącego po stronie sprawcy[348]. W doktrynie prawa karnego omówienie tego zagadnienia znajduje nawiązanie do relacji tej instytucji prawa karnego z błędem co znamion czynu zabronionego[349]. Według Ł. Pohla obydwie konstrukcje wykluczają się bowiem wzajemnie w swych założeniach. Usiłowanie nieudolne opiera się na stanowisku, wedle którego sprawca chce popełnić konkretny czyn zabroniony, a przynajmniej ma świadomość możliwości jego popełnienia, natomiast z uwagi na obiektywnie oceniane okoliczności stanowiące stronę przedmiotową usiłowania z art. 13 §2 kk, dokonanie tego czynu nie jest możliwe. W przypadku błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, sprawca nie chce go popełnić, nie zdaje sobie bowiem sprawy, wskutek błędnej oceny obiektywnych okoliczności, popełnia go jednak[350]. W związku z powyższym dokonanie ustaleń w zakresie możliwości wystąpienia usiłowania nieudolnego w zakresie przestępstwa z art. 198 kk wydaje się prawdopodobne, zważając na sposób ukształtowania przesłanek tego czynu zabronionego. Znamiona nieostre, mające swoje źródło w naukach pozaprawnych, takich jak psychiatria czy psychologia, jak również ich powiązanie ze skutkiem w postaci niepoczytalności stanowią jak się zdaje solidny grunt pod przeprowadzenie badań w tym zakresie.

Założenie, wedle którego dopuszczalne jest uznanie za możliwe do wystąpienia usiłowania nieudolnego w przypadku analizowanego rodzaju czynu zabronionego w świetle przedstawionych wcześniej ustaleń jest możliwe w kontekście omawianego typu rodzajowego przestępstwa. Na element zwrócił uwagę m.in. J. Warylewski pisząc, że w sytuacji urojenia sobie przez sprawcę wystąpienia którejś z przesłanek przestępstwa z art. 198 kk, np. bezradności odpowiedzialność zasadza się na przyjęciu konstrukcji usiłowania nieudolnego, tj. art. 13 §2 kk w zw. z art. 198 kk[351].

Przede wszystkim, wskazać należy że usiłowanie nieudolne w zakresie dotyczącym przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności

[348] M. Wantoła, *Teoretyczne i dogmatyczne podstawy odpowiedzialności karnej za usiłowanie*, Kraków 2021, s. 194, a także: W. Wolter, *Funkcje błędu...*, s. 98.
[349] Ibidem, s. 104.
[350] Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 164.
[351] J. Warylewski, w: *System prawa karnego...*, s. 770, a także: M. Bielski, w: *Kodeks karny...*, s. 716.

będzie miało miejsce z uwagi na brak przedmiotu nadającego się do jego popełnienia. Znamiennym dla tej konstrukcji prawa karnego odpowiedzialności prawnokarnej jest brak skutku w postaci naruszenia, czy choćby zagrożenia dla dobra prawnego. Jest to związane z brakiem możliwości doprowadzenia do dokonania czynu zabronionego po stronie sprawcy[352]. Taka konstatacja jest w pełni akceptowalna, zwłaszcza mając na uwadze pogląd *a contrario* panujący w orzecznictwie, a dotyczący usiłowania z art. 13 §1 kk, wedle którego usiłowanie udolne obligatoryjnie jest ukierunkowane na naruszenie lub stworzenie bezpośredniego zagrożenia naruszenia przedmiotu ochrony[353]. Co więcej, sprawca pozostaje w nieświadomości braku możliwości spowodowania uszczerbku w dobru chronionym[354]. Dlatego też kierunkiem niniejszych rozważań powinno być dokonanie ustaleń, czy istnieje sytuacja, kiedy to sprawca ma zamiar popełnić przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, posiada zatem zamiar i pełną świadomość przesłanek, jakie musi wypełnić, aby je popełnić, lecz jednocześnie nie zdaje sobie sprawy, że w przypadku obranej przez siebie ofiary, przynajmniej jedno ze znamion nie zachodzi. Taka sytuacja oznaczałaby zatem brak naruszenia dla dobra chronionego w postaci wolności seksualnej jednostki, gdyż w ogóle niemożliwym byłoby nazywanie zaistniałego zdarzenia czynem przestępnym. To zaś w prostej linii prowadziłoby do wniosku, wedle którego sprawca dopuścił się czynu z art. 198 kk, lecz jego działanie pozostało wyłącznie na etapie usiłowania nieudolnego z art. 13 §2 kk.

Wskazać nadto należy, że testem wedle którego można stwierdzić, czy konkretna sytuacja dotyczy usiłowania udolnego, czy też usiłowania nieudolnego jest ustalenie czy czynu zabronionego można w sposób obiektywny dokonać czy też nie jest to możliwe[355]. Do kwantyfikatorów oceny usiłowania nieudolnego A. Liszewska zalicza

---

[352] A. Liszewska, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności* pod red. R. Dębskiego, t. III, wyd. 2, Warszawa 2017, s. 804; wyrok SA Białystok z dnia 18.06.2015 r., sygn. II AKa 73/15, Legalis nr 1336923; wyrok SA Lublin z dnia 25.09.2013 r., sygn. II AKa 131/13, LEX nr 1381450; A. Marek, *Kodeks karny...*, s. 65. Zdanie przeciwne, oparte na negacji kategorycznego uznania, że w przypadku usiłowania nieudolnego nigdy nie dochodzi przynajmniej do zagrożenia dla dobra prawnie chronionego prezentuje M. Wantoła, który przytacza przykład usiłowania otrucia pokrzywdzonego w celu jego zabójstwa, kiedy jednakże z powodu zbyt małej dawki trucizny, czyn sprawcy prowadzi do spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu, zob. M. Wantoła, *Teoretyczne i dogmatyczne podstawy...*, s. 194-195.

[353] Postanowienie SN z dnia 23.05.2007 r., sygn. V KK 265/06, OSNKW 2007, nr 7-8, poz. 58.

[354] Wyrok SN z dnia 26.06.2008 r., sygn. IV KK 42/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 76.

[355] A. Liszewska, w: *System prawa karnego...*, s. 807; Autorka przyjmuje za właściwą koncepcję

zarówno elementy wprost wskazane przez ustawodawcę, jak również takie które nie są *explicite* wymienione w treści art. 13 §2 kk, tj. zamiar, podjęcie zachowania będącego w świadomości sprawcy drogą do realizacji zamiaru, obiektywnie oceniania niemożność dokonania czynu zabronionego, co jest związane z brakiem przedmiotu lub środka, co do których wadliwości sprawca pozostaje w błędzie[356]. W przypadku omawianego przestępstwa brakiem przedmiotu jest brak cechy wyróżniającej pokrzywdzonego, która wchodzi w skład przesłanek wprost wskazanych w dyspozycji przepisu art. 198 kk.

Mając na uwadze powyższe uwagi należy wskazać, że okoliczność usiłowania nieudolnego w kontekście przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk zachodzić może przy uwzględnieniu koncepcji obiektywistycznego ujęcia przesłanki usiłowania nieudolnego[357]. W przeciwnym razie, przychylając się do koncepcji subiektywistycznej rozważanie usiłowania nieudolnego w kontekście przestępstwa z art. 198 kk pozostałoby bezprzedmiotowe. Idea ta zakłada bowiem wąskie ujęcie przesłanki braku przedmiotu z art. 13 §2 kk, jako brak konkretnego przedmiotu, który był przedmiotem zamiaru sprawcy[358]. Tym samym rozważania w tym względzie zostałyby zamknięte poprzez stwierdzenie, że usiłowanie nieudolne jest możliwe wyłącznie w przypadku braku pokrzywdzonego jako przedmiotu czynności wykonawczych przestępstwa z art. 198 kk. Konkluzja takiej treści wynikałaby z braku uwzględnienia przesłanek tego typu rodzajowego przestępstwa – bezradności, choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego oraz towarzyszącemu dwóm ostatnim znamionom skutku, które stanowią cechy odróżniające ofiarę od rysu pokrzywdzonego chociażby z art. 197 kk.

Dlatego też należy uznać za możliwą do wystąpienia sytuację obejmowania przez sprawcę umyślnością, a zatem zamiarem popełnienie czynu opisanego

---

odróżniającą wyraźnie usiłowanie udolne od nieudolnego, traktując je jako dwie niezależne instytucje prawa karnego. Tym samym dystansuje się od rozważań doktrynalnych w tym zakresie skupiających się głównie wokół poglądu uznającego relację obu tych konstrukcji jako *lex generalis – lex specialis,* więcej na temat poglądu przeciwnego, zob. np. J. Majewski, *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, pod red. J. Majewskiego, Toruń 2007, s. 27 i n.

[356] A. Liszewska, w: *System prawa karnego...*, s. 813.

[357] Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 19.01.2017 r., sygn. I KZP 16/16, OSNKW 2017, nr 3, poz. 12.

[358] Uchwała składu 3 sędziów SN z dnia 20.11.2011 r., sygn. I KZP 36/00, OSNKW 2001, nr 1-2, poz. 1.

w art. 198 kk. Aby było to możliwe, przypomnieć należy jakie elementy strony przedmiotowej muszą zostać zrealizowane przez sprawcę. W ramach koncepcji dwustopniowości przesłanek pozaprawnych sprawca seksualnego wykorzystania w przedstawianej formie musi: posiadać zamiar w formie umyślności, zaś pokrzywdzony musi być bezradny lub niepoczytalny z uwagi na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe. Usiłowanie nieudolne zajdzie zatem, wtedy kiedy po stronie pokrzywdzonego: nie występuje niepoczytalność (brak rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem) przy jednocześnie stwierdzonej chorobie psychicznej lub upośledzeniu umysłowym albo występuje brak choroby psychicznej/upośledzenia umysłowego w ogóle albo brak bezradności. Wszystkie wskazane tutaj przypadki prowadzą do jednego wniosku, a mianowicie wszelkie oświadczenia woli, w tym również ewentualna zgoda na kontakty seksualne jest w świetle prawa ważna, z uwagi na świadomość i swobodę oświadczającego. Tym samym niemożliwym jest popełnienie przestępstwa z art. 198 kk, którego jedną z przesłanek, choć niewskazanych wprost jest brak zgody[359]. W tak opisanej sytuacji sprawca obejmując swoją świadomością wykorzystanie specjalnego stanu pokrzywdzonego, nie jest w stanie zrealizować zamiaru, z uwagi na brak występowania w sensie obiektywnym znamion typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk. Takie stanowisko *per analogiam* ilustruje pogląd J. Makarewicza, który przywołując jedno z ówczesnych orzeczeń wskazuje, że przedmiot nienadającym się do popełnienia zbrodni zabójstwa są ludzkie zwłoki, co nie powinno wpływać na brak odpowiedzialności sprawcy, w przypadku którego zastosowanie znajdzie właśnie instytucja usiłowania nieudolnego[360]. Przykładem posłużył się także M. Bielski, który wskazując na możliwość zaistnienia na gruncie art. 198 kk konstrukcji usiłowania nieudolnego, zaznaczył że w przypadku wystąpienia oporu ze strony pokrzywdzonego zmianie ulegnie kwalifikacja prawna czynu na zgwałcenie z art. 197 kk[361]. Jest to naturalna konsekwencja wynikająca z instytucji usiłowania nieudolnego oraz zasad logiki, które nakazują dokonać oceny stanu faktycznego w kontekście czynu przedsiębranego pierwotnie przez sprawcę, a następnie ustalić, czy w związku

[359] Drogą przypomnienia: chodzi tu o brak zgody w ujęciu klasycznym w przypadku, gdy nie jest ona wyrażona przez osobę bezradną fizycznie oraz rozumiana jako nieistniejąca w pozostałych przypadkach z uwagi na jej nieważność w sensie prawnym; więcej na temat zgody, zob. rozdział II.
[360] J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 123.
[361] M. Bielski, w: *Kodeks karny...*, s. 716.

z realizacją przez sprawcę dyspozycji art. 13 §2 kk sprawca naruszył inne przepisy części szczególnej Kodeksu karnego. Wnioski płynące z takiej analizy mogą ujawnić, czy sprawca orientując się w momencie dokonywania pierwszego założonego czynu z jego nieudolności, skierował swój zamiar na inny czyn, czy też jego zaistnienie było nieprzemyślaną konsekwencją dynamicznego rozwoju wydarzeń. Tym samym prześledzenie toku zdarzenia jest istotne z punktu widzenia np. ustalenia, czy ów drugi czyn został przez sprawcę ujęty umyślnością, czy też nie. Pozwoli to na określenie finalnej kwalifikacji prawnej jego odpowiedzialności. Może bowiem zdarzyć się tak, że sprawcy zostanie przypisane wyłącznie usiłowanie nieudolne przestępstwa z art. 198 kk, gdyż niemożliwym byłoby określenie jego umyślności w kontekście czynu przekierowanego.

2.3.1. *Delictum putativum* a przestępstwo z art. 198 kk

Inną kwestią pojawiającą się przy analizie zagadnienia usiłowania nieudolnego jest jego pozorne podobieństwo do konstrukcji przestępstwa urojonego. Na ryzyko występowania wątpliwości, co do zbieżności analizowanej instytucji z *delictum putativum* zwraca uwagę m.in. W. Wolter, oddalając jednak tak sformułowane wątpliwości. Autor podnosi, że przestępstwo urojone wiąże się immanentnie z błędem, co do prawidłowej oceny prawnej czynu przez sprawcę, podczas gdy usiłowanie nieudolne jest powiązane z błędem w zakresie przesłanek czynu zabronionego, który znajduje odzwierciedlenie w zamiarze sprawcy[362]. W odniesieniu do głównego przedmiotu niniejszych rozważań, można wskazać drogą dygresji, na ewentualność wystąpienia przestępstwa urojonego. Sytuacja taka może zaistnieć poprzez uznanie przez sprawcę, że podjęty przez niego czyn na przykład w postaci obcowania płciowego z osobą chorą psychicznie, lecz poczytalną wypełnia przesłanki art. 198 kk. Urojenie takie jest możliwą konsekwencją związaną z kształtem obecnej regulacji wymagającej w kontekście analizowanego typu rodzaju przestępstwa spełnienia dwóch przesłanek, z których spełnienie tylko jednej bez jej dopełnienia poprzez niepoczytalność ofiary

[362] W. Wolter, *Funkcje błędu...*, s. 103-104.

stanowić będzie czyn irrelewantny pod względem prawnokarnym. Dodatkowo, mylne rozpoznanie sytuacji przypuszczalne błędne rozpoznanie przez domniemanego sprawcę sytuacji, będącej według niego, przestępną odczytywane być może jako pokłosie ubiegłych regulacji dotyczących kwestii omawianego przestępstwa, z których mógł wynikać wniosek o zakazie nawiązywania relacji seksualnych z osobami np. chorymi psychicznie. Ponadto, domniemany sprawca swoje urojenie prawdopodobnie buduje na ogólnospołecznym błędnym przekonaniu opartym na stereotypie osoby z zaburzeniami psychicznymi, którego rezultatem jest dystansowanie się społeczeństwa od osób przyznających się do tego rodzaju problemów zdrowotnych. Wniosek taki wypływa z wyników badań stosunku Polaków do zagadnień związanych ze zdrowiem psychicznym. W opublikowanym w 2019 roku raporcie badań w tym zakresie wskazuje się na stały lęk przed chorobami psychicznymi. Co prawda w porównaniu z poprzednimi latami, w których przeprowadzono badania odsetek osób twierdzących, że chorobę psychiczną należy traktować jako wstydliwą spada, jednak nadal osiąga wysoki poziom 25%. Jednocześnie, na poziomie przeważającym kilkadziesiąt procent kształtuje się łącznie grupa respondentów, która ma życzliwy lub zdecydowanie życzliwy stosunek do osób chorych psychicznie, lecz nie powoduje to redukcji stygmatyzacji osób z zaburzeniami psychicznymi[363].

Mając na uwadze tak zakreślone stanowisko, można w pełni zaaprobować zastosowanie art. 13 § 2 kk w odniesieniu do sprawców typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk, gdyż z przedmiotem nienadającym się do popełnienia czynu zabronionego wiąże się np. brak występowania określonej cechy, od której uwarunkowany jest byt tego czynu.

Tym samym można stwierdzić, że w przypadku, gdy po stronie sprawcy występuje pierwsza forma błędu - nieświadomość co znamion omawianego przestępstwa lub co do jego bezprawności zastosowanie mają uwagi poprzedzające. Natomiast w przypadku drugiej postaci błędu, tj. urojenia koniecznym jest rozważenie instytucji usiłowania nieudolnego.

[363] M. Grabowska, *Stosunek do osób chorych psychicznie*, Warszawa 6 listopada 2019, s. 12, 24, 26, 40, https://cbos.pl/PL/wydarzenia/79_spotkanie/MG_Stosunek_do_osob_chorych_psychicznie_6_11_2019.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

Rozdział VI

Ustawowe zagrożenie karą przestępstwa z art. 198 kk

Wymierzenie oskarżonemu kary kryminalnej za czyn stypizowany poprzez treść art. 198 kk jest oczywistą i klasyczną konsekwencją popełnionego przez sprawcę czynu w przypadku udowodnienia mu winy. Kara kryminalna pozwala na urzeczywistnienie jednej z cech ją deskrybujących, tj. retrybutywność. Przestępstwo w postaci seksualnego wykorzystania z art. 198 kk jest obwarowany karą pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy do lat 8, co kwalifikuje ten rodzaj przestępstwa jako występek.

Jak słusznie podkreśla się w doktrynie omawiany rodzaj przestępstwa jest jednolity z punktu widzenia braku typu kwalifikowanego, czy też uprzywilejowanego. Wskazuje się przy tym na uregulowanie w jednym przepisie dwóch kategorii czynności wykonawczych, jakimi są obcowanie płciowe i inna czynność seksualna. W związku z powyższym kształt przepisu art. 198 kk jest zgoła odmienny aniżeli w przypadku przestępstwa zgwałcenia, w przypadku którego ustawodawca zdecydował się na rozdzielenie czynów obejmujących dwie podane wcześniej czynności wykonawcze w dwóch odrębnych paragrafach, tym samym przyjmując odmiennie zagrożenie karą co do każdego z nich. Zabieg ten pozwolił na uregulowanie w ramach art. 197 §1 i 2 kk dwóch odrębnych typów podstawowych różniących się wyłącznie wskazanym w nich rodzajem czynności wykonawczej[364]. Konsekwencją podziału na dwa typy podstawowe wskazanego przestępstwa są dwa odmienne podejścia do kwestii zagrożenia karą. Paragraf pierwszy art. 197 kk przewiduje bowiem karę pozbawienia wolności w granicach od lat 2 do 12, zaś paragraf drugi od 6 miesięcy do lat 8. W przypadku seksualnego wykorzystania występuje jednolitość zagrożenia karą, niezależnie od

[364] J. Wojciechowska, w: *Przestępstwa przeciwko wolności...*, s. 91.

czynności wykonawczej przedsięwziętej przez sprawcę i wynosi ona od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności.

Tym samym należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności jest przez ustawodawcę traktowane jako przestępstwo seksualne mniejszej wagi względem zgwałcenia, czy też rozwiązanie obowiązujące na gruncie art. 198 kk w zakresie braku podziału na dwa typy podstawowe, a przez to przyjęcie jednolitego zagrożenia karą jest właściwsze.

Dokonanie ustaleń w tym zakresie wymaga przeprowadzenia na wstępie analizy przeszłych regulacji dotyczących zagrożenia karą w kontekście odpowiedników typu rodzajowego przestępstwa z art. 198 kk, które zostały spenalizowane w Kodeksie karnym z 1932 roku oraz Kodeksie karnym z 1969 roku.

1. Poprzednie regulacje seksualnego wykorzystania w zakresie zagrożenia karą na gruncie Kodeksu karnego z 1932 roku oraz Kodeksu karnego z 1969 roku

W przeszłości odpowiedzialność karna za poddawane analizie przestępstwo została określona przez ustawodawcę w sposób wyraźnie surowszy, tj. określający wyższe zagrożenie karą. Zarówno w ustawie karnej z 1932 roku, jak i w przypadku jej następczyni z 1969 roku za górną granicę kary w przypadku poprzedników obecnego seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności ustawodawca ustalił 10 lat więzienia/pozbawienia wolności, czyli o dwa lata więcej w porównaniu do uregulowań obecnych. Podkreślić jednak należy, że różnica występowała jedynie przy granicy dolnej.

W związku z powyższym, drogą zaznaczenia, zwrócić należy uwagę na istotne zmiany, jakie ustrojowe jakie zaszły pomiędzy okresami obowiązywania obu wzmiankowanych ustaw karnych. Kodeks karny z 1969 roku, oparty został na ideologii socjalistycznej, toteż regulacje prawnokarne musiały odpowiadać nowemu podejściu. Istotne jest też to, co zostało podkreślone w rozdziałach I i II niniejszej dysertacji, że w kontekście zmian jakie przeszła regulacja dotycząca przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności można mówić o przejściu od podejścia

konserwatywnego do dopuszczającego względny liberalizm w odniesieniu do generalnego stosunku prawno-społecznego względem zagadnienia życia seksualnego człowieka.

Znajduje to oddźwięk nie poprzez wprowadzone zmiany terminologiczne w obrębie przesłanek, te bowiem stają się zdecydowanie bardziej zauważalne dopiero w Kodeksie karnym z 1997 roku, lecz przede wszystkim w interpretacji przepisów przed ówczesnych przedstawicieli piśmiennictwa, jak również w drodze wykładni orzeczniczej. Tak jak zostało to już podkreślone na kanwie niniejszego opracowania, zarówno teoretycy, jak i praktycy w okresie obowiązywania ustawy karnej z 1932 roku co do zasady sceptycznie wypowiadali się o możliwości skazania za zgwałcenie popełnione przez małżonka na drugim małżonku. Dodatkowo, sam język prawny określający czynność wykonawczą jako „czyn nierządny" wiązał się z negatywną konotacją. Jak zwrócił uwagę M. Rodak, twórcy pierwszego polskiego kodeksu karnego: J. Makarewicz oraz W. Makowski nie negowali legalności owych zachowań seksualnych, wskazując że są nimi wyłącznie takie przypadki, które powodują naruszenie prawa człowieka do podejmowania autonomicznych decyzji w zakresie podejmowanej aktywności seksualnej[365]. Jednakże styl prowadzonej narracji, jak również znamię w formie „czyn nierządny" sugerować może nieco odmienną wykładnię językową. Określenie to, poprzez przymiotnik „nierządny" prowadzi do wniosku o nieczystości zachowań tego typu, pewnej ich nieprawości lub wiążącym się z taką czynnością tabu.

Ten stan zmienił się wraz ze wspomnianą zmianą ustroju, a później znalazł odzwierciedlenie w treści Kodeksu karnego z 1969 roku, który co prawda nie zmienił zastosowanego języka ustawy, lecz nie musiał tego czynić wobec powszechnej zmiany, która nastała w ówczesnej literaturze z zakresu prawa karnego, liberalizującej podejście do sfery życia seksualnego człowieka, co było konsekwencją zmiany podejścia do ról dotychczas stereotypowo przypisywanym obu płciom. Podejście takie wynikać mogło z ówczesnego procesu względnego wyzwolenia kobiet, zwrócenia uwagi na ich rozwój, w tym zawodowy i idące za tym zmiany w podejściu do seksualności. Były one zgodne z klasyczną doktryną marksistowską, która w konserwatywnym postrzeganiu aspektu życia człowieka związanego z jego seksualnością upatrywała przyczyny ucisku ze

[365] M. Rodak, *Przestępstwo zgwałcenia i jego sprawcy w II Rzeczypospolitej. Próba wstępnej charakterystyki*, w: *Studia z Dziejów Prawa i Państwa Polskiego* 2015, nr XVIII, s. 136.

strony zwolenników kapitalizmu[366]. Takie zaś ujęcie skutkowało szerokim i niezaprzeczalnym poparciem przedstawicieli literatury z zakresu prawa karnego w zakresie penalizacji chociażby wspomnianego zgwałcenia wewnątrzmałżeńskiego.

Tym samym interesującym jest, że w obu przywołanych wersjach ustawy karnej, z 1932 roku, jak i z 1969 roku ustawodawca w sposób, identyczny uregulował zagadnienie ustawowego zagrożenia karą w zakresie jego górnej granicy.

Można jednak wskazać, że niezależnie od stosunku prawa karnego, jak i społeczeństwa do oceny poszczególnych przejawów realizowania życia seksualnego przez jednostki, istniał ówcześnie i istnieje obecnie, trwałe przekonanie co do bezwzględnego brak akceptacji dla związanej z nim przemocy. Oczywiście, tak jak to zostało zresztą ukazane, zakres na który rozpościera się ochrona państwa i prawa przed naruszaniem tego szczególnego rodzaju wolności jest różna, gdyż jest on powiązany z aktualnym stanowiskiem opinii społecznej względem oceny życia seksualnego i praw z nim związanych. Istota jednak pozostaje niezmienna i w dużym uproszczeniu sprowadza się do reguły zakazującej wyrządzania krzywdy drugiemu człowiekowi. Dlatego też, element ten można wiązać z uznaniem, zarówno przez ustawodawcę w 1932 roku, jak i w 1969 roku, że przestępczość seksualna, a w tym czyn zabroniony polegający na seksualnym wykorzystaniu bezradności lub niepoczytalności jest zachowaniem przestępnym o znacznym stopniu społecznej szkodliwości. To natomiast prowadzi do przyjęcia względnie wysokiej górnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności w obu analizowanych przypadkach.

Mając na uwadze taką ogólną, spajającą obie regulacje postawę, koniecznym jawi się dokonanie syntetycznej prezentacji i oceny poszczególnych regulacji odpowiedników dzisiejszego przestępstwa z art. 198 kk.

[366] P. Sydor, *Kobieta a socjalizm. Marksistowska wizja miejsca kobiet w państwie, prawie i społeczeństwie*, w: *Studia Erasmiana Wratislaviensia* 2015, z. 9, s. 500-502.

1.1. Art. 203 Kodeksu karnego z 1932 roku

W przypadku pierwszego polskiego Kodeksu karnego określono wyraźnie wyłącznie granicę górną zagrożenia karą, co oznacza że w celu ustalenia najmniejszej możliwej do wymierzenia kary więzienia należało odnieść się do przepisów ogólnych dotyczących wzmiankowanego tutaj rodzaju kary zasadniczej. W art. 39 §1 kk z 1932 roku wskazano, że karę więzienia wymierza się w wymiarze od 6 miesięcy, toteż uznać należy że przestępstwo z art. 203 kk z 1932 roku odpowiadające treściowo dzisiejszemu seksualnemu wykorzystaniu w omawianej formie obwarowane było karą więzienia od 6 miesięcy do lat 10.

Jak już to zostało podkreślone na gruncie niniejszego opracowania w pierwotnym projekcie ustawodawca postulował wprowadzenie dwóch niezależnych przepisów penalizujących czyny, które można nazwać poprzednikami dzisiejszego art. 198 kk[367]. W projekcie Kodeksu karnego z 1932 roku ujęto je w ramach art. 193 oraz art. 194.

Z uwagi na fakt wcześniejszego szczegółowego omówienia przedmiotowego zagadnienia, w tym miejscu można przywołać wyłącznie kwestie dotyczące ustawowego zagrożenia kara. Prezentowana tutaj koncepcja opierała się na dokonaniu rozróżnienia zagrożenia karą[368]. Drogą przypomnienia zatem wskazać należy, że analizowanemu projektowi towarzyszyło założenie, że w zakresie przestępstwa z art. 193 kk z uwagi na brak konieczności przełamania przez sprawcę oporu ofiary wystarczającym i proporcjonalnym rozwiązaniem byłoby przyjęcie niższego zagrożenia karą, aniżeli w przypadku czynu z art. 194 projektu.

Warto zaznaczyć, że Kodeks karny z 1932 roku w przeciwieństwie do współczesnego uregulowania nie zawierał dodatkowych, wycelowanych w przestępców seksualnych środków penalnych. Ustawa karna nie przewidywała odpowiednika dzisiejszych środków karnych, wówczas kar dodatkowych, które stanowiłyby reakcję na popełniony przez sprawcę czyn, którego celem byłaby ochrona pokrzywdzonego przed

[367] Zob. rozdział I.
[368] *Projekt Kodeksu karnego w redakcji przyjętej w drugiem czytaniu...*, s. 135.

sprawcą. Mowa tutaj o konstrukcjach, które mogłyby być pokrewne np. obecnemu nakazowi opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym, czy też zakaz kontaktowania się z nim. Jedyną teoretyczną formą dodatkowej represji wobec omawianej kategorii sprawców była instytucja recydywy z art. 60 kk z 1932 roku, która jednakże poprzez swoje ogólnie sformułowane przesłanki (*„popełni nowe przestępstwo z tych samych pobudek lub należące do tego samego rodzaju”*), nie pozwala na uznanie jej za środek reakcji prawnokarnej na przestępczość seksualną w ścisłym rozumieniu tego terminu.

1.1.1. Dane statystyczne dotyczące art. 203 Kodeksu karnego z 1932 roku

Uzyskanie danych statystycznych odnośnie okresu obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 roku w kontekście art. 203 Kodeksu karnego z 1932 roku stanowiłoby pomocne narzędzie do zobrazowania skali problemu związanego z popełnianiem tego rodzaju przestępstwa w okresie obowiązywania ustawy karnej z 1932 roku. Nie jest to jednak zadanie pozbawione utrudnień.

Na wstępie zaznaczyć należy, że pierwsze dane pozwalające na ich uwzględnienie w tej dysertacji pochodzą z Małego rocznika statystycznego z lat 1925/1926, a więc z okresu sprzed obowiązywania Kodeksu karnego z 1932 roku. Opublikowane tam informacje dotykają przede wszystkim przestępstwa zgwałcenia. Jest to bowiem jedyny z czynów zabronionych ujętych w tym zestawieniu, które w jakikolwiek sposób można porównać z seksualnym wykorzystaniem objętym przedmiotowym opracowaniem. Pozostałe bowiem przestępstwa, które obecnie zamieszczone są w rozdziale XXV Kodeksu karnego, a ujęte we wskazanym roczniku statystycznym stanowią: kazirodztwo, sutenerstwo, czy też niekarany obecnie nierząd. Jednakże, mając na uwadze obowiązujący wówczas tzw. Kodeks Tagancewa i panujące w doktrynie stanowisko, że czynem lubieżnym jest zachowanie sprawcy, którego dopuszcza się bez wyraźnej zgody partnera seksualnego, można w pewnym, acz bardzo ograniczonym zakresie odnosić zebrane tam dane w ograniczonym stopniu do

analizowanego zagadnienia[369]. Służyć one mogą bardziej ogólnemu zobrazowaniu problematyki przestępczości seksualnej, aniżeli wyciąganiu z nich informacji odnośnie art. 203 kk z 1932 roku. Według danych zawartych w przywołanym dokumencie, w 1923 roku w województwach centralnym i północnym prawomocnie skazano za przestępstwo zgwałcenia 5 sprawców. Na terenach województw zachodniego i śląskiego doszło do prawomocnych skazań za ten czyn w 44 przypadkach[370]. Dane z województwa południowego w ogóle nie uwzględniają natomiast przestępstwa zgwałcenia[371]. Łącznie można zatem wskazać, że w przywołanym okresie skazano około 49 prawomocnych sprawców za przestępstwo zgwałcenia.

W następnym wydaniach rocznika statystycznego, z 1927 i 1928 roku przedstawiono łączne dane za okres 1923-1926, w ramach których ujęto przekrojowo liczbowy obraz przestępczości popełnianej na tle seksualnym. W 1923 roku stwierdzono 625 takich przypadków, w 1924 roku – 765, w 1925 roku – 795, w 1926 roku – 894, w 1927 roku – 860, a w 1928 roku - 983[372]. Należy zwrócić jednak uwagę na to, że ukazane zbiorcze dane w ramach pewnej kategorii rodzaju przestępczości nie pokazują jej całego spektrum. Nie odnosząc się bowiem do konkretnego typu rodzajowego czynu zabronionego nie sposób jest *de facto* dokonać jego charakterystyki. Wystarczającym na to dowodem jest zestawienie danych z rocznika statystycznego z lat 1925/1926 i z 1927, kiedy to w pierwszym przypadku ujęto łącznie 49 przypadki skazania z tytułu popełnionego przestępstwa zgwałcenia, zaś w kolejnym wydaniu wzmiankowanego dokumentu z roku następnego ogólny obraz przestępczości seksualnej plasował się na poziomie 625 stwierdzonych przypadków. To ukazuje ogromny dysonans, który jest konsekwencją łącznego ujmowania wszystkich typów czynów zabronionych i sprowadzania ich statystycznie do jednego mianownika. Tym samym niemożliwym jest dokładne ustosunkowanie się do omawianego zagadnienia.

Podnieść jednak należy, że dostępne informacje zawarte w rocznikach statystycznych pochodzących z lat następnych nie uwzględniają przestępczości, stosując obecną nomenklaturę, seksualnej.

---

[369] M. Rodak, *Przestępstwo zgwałcenia...*, s. 132-133.

[370] *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1925/1926* (r. 4), Główny Urząd Statystyczny, s. 454-455.

[371] Ibidem, s. 456.

[372] *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1927* (r. 5), Główny Urząd Statystyczny, s. 500; *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1928* (r. 6), Główny Urząd Statystyczny, s. 496; *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1929* (r. 7), Główny Urząd Statystyczny, s. 512;

Taka sytuacja ma miejsce w rocznikach statystycznych z m.in. 1930 roku, 1933 roku, 1934 roku, 1935 roku, 1936 roku, okresu od września 1939 roku do czerwca 1941 roku, 1955 roku, 1956 roku[373]. Jeszcze inna sytuacja zachodzi np. w rocznikach statystycznych z 1947 roku, 1949 roku, 1950 roku, kiedy to kwestie związane z wymiarem sprawiedliwości i ilością wykrytych przestępstw oraz skazań nie zostały w ogóle uwzględnione[374]. W wymienionych latach zdarzało się jednak wskazanie danych z tytułu popełnionych przestępstw określanych jako *„stręczycielstwo, sutenerstwo itp.”*, gdzie wątpliwość budzi wskazanie na otwarty katalog tak przedstawianych danych. W tym zakresie można wyłącznie skłaniać się ku niepotwierdzalnemu przypuszczeniu, że w ramach tej grupy ówczesny urząd statystyczny zaliczał także przestępstwa, które mogłyby dzisiaj zostać zaliczone jako przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Wskazać można, że sformułowanie takiego wniosku byłoby zbyt daleko idące i zarazem ryzykowne. Tym samym w świetle tak przedstawionych danych nie jest możliwe poznanie chociażby częściowego obrazu przestępczości przeciwko wolności seksualnej, czy stosując nomenklaturę z omawianego okresu, nierząd, czy też przestępczość przeciwko moralności lub z lubieżności.

Innym przykładem jest np. rocznik statystyczny z 1957 roku, gdzie w dziale dotyczącym przestępstwom zgłoszonym widnieje nierząd (zgwałcenie), brak jest natomiast przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Natomiast w części poświęconej prawomocnym skazaniom w 1955 i 1956 roku, które zostały ujęte w przywołanym dokumencie nie występuje w ogóle kategoria przestępstw związanych z seksualnością[375]. Podobna sytuacja miała miejsce w rocznikach statystycznych z lat 1958, 1959, 1960, 1961, 1962, 1963, 1964, 1966, 1969, 1970 z tą różnicą, że uwzględniały one, w kontekście prawomocnych skazań z okresu lat 1956-1957, także kategorię przestępstw przeciwko moralności z wyszczególnieniem nierządu

[373] *Mały rocznik statystyczny 1930* (r. 1), Główny Urząd Statystyczny, s. 146; *Mały rocznik statystyczny 1933* (r. 4), Główny Urząd Statystyczny, s. 153; *Mały rocznik statystyczny 1934* (r. 5), Główny Urząd Statystyczny, s. 193; *Mały rocznik statystyczny 1935* (r. 6), Główny Urząd Statystyczny, s. 296; *Mały rocznik statystyczny 1936* (r. 7), Główny Urząd Statystyczny, s. 258-260; *Mały rocznik statystyczny 1937* (r. 8), Główny Urząd Statystyczny, s. 345-348; *Mały rocznik statystyczny Polski. Wrzesień 1939 – czerwiec 1941*, Ministerstwo Informacji i Dokumentacji, Londyn 1941, s. 152; *Rocznik statystyczny 1955* (r. 15), Główny Urząd Statystyczny, s. 271; *Rocznik statystyczny 1956* (r. 16), Główny Urząd Statystyczny, s. 389;

[374] *Rocznik statystyczny 1947* (r. 11), Główny Urząd Statystyczny, s. 186; *Rocznik statystyczny 1949* (r. 13), Główny Urząd Statystyczny; *Rocznik statystyczny 1950* (r. 14), Główny Urząd Statystyczny;

[375] *Rocznik Statystyczny 1957* (r. 17), Główny Urząd Statystyczny, s. 393, 398-399.

z osobą nieletnią oraz zgwałcenie[376]. Można zatem wskazać, że częściowo ustosunkowano się do art. 203 kk z 1932 roku, jednakże w części dotyczącej pedofilii, niebędącej przedmiotem zainteresowania niniejszej rozprawy.

Jednakże odmienna sytuacja ma miejsce w roczniku statystycznym z 1948 roku. Według zawartych w nim danych w 1946 roku doszło do prawomocnego skazania z tytułu seksualnego wykorzystania z art. 203 ustawy karnej z 1932 roku w 96 przypadkach[377]. Ten czyn zabroniony został wówczas popełniony w 14 przypadkach przez nieletniego, zaś w 82 przypadkach przez osobę dorosłą (w tym przez jedną kobietę)[378]. Jest to zarazem pierwszy rocznik statystyczny, który w sposób wyraźny uwzględnił konkretnie typ przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Należy jednak pamiętać, że w ówczesnym stanie prawnym art. 203 kk z 1932 roku zawierał także penalizację pedofilii, a zatem dane z tego okresu, nawet bezpośrednio odnoszące się do tego typu przestępstwa nie dają szczegółowego obrazu w zakresie czynu z obecnego art. 198 kk. Dlatego też również należy je traktować z pewną dozą ostrożności.

1.2. Art. 169 Kodeksu karnego z 1969 roku

Kodeks karny z 1969 roku dokonał zmiany w zakresie definicji przestępstwa seksualnego wykorzystania, w związku z czym jego kształt był pod tym względem podobny do aktualnych regulowań w tym zakresie. W odniesieniu do zagrożenia karą art. 169 kk z 1969 roku określił, że owo przestępstwo ścigane jest pod groźbą kary w wymiarze od roku do lat 10, co oznacza podniesienie dolnej granicy

[376] *Rocznik statystyczny 1958* (r. 18), Główny Urząd Statystyczny, s. 461, 468; *Rocznik statystyczny 1959* (r. 19), Główny Urząd Statystyczny, s. 382, 386; *Rocznik statystyczny 1960* (r. 20), Główny Urząd Statystyczny, s. 440, 445; *Rocznik statystyczny 1961* (r. 21), Główny Urząd Statystyczny, s. 422, 426; *Rocznik statystyczny 1962* (r. 22), Główny Urząd Statystyczny, s. 439, 443; *Rocznik statystyczny 1963* (r. 23), Główny Urząd Statystyczny, s. 479, 483; *Rocznik statystyczny 1964* (r. 24), Główny Urząd Statystyczny, s. 507, 511; *Rocznik statystyczny 1966* (r. 26), Główny Urząd Statystyczny, s. 547, 552; *Rocznik statystyczny 1970* (r. 30), Główny Urząd Statystyczny, s. 574, 579; *Rocznik statystyczny 1960* (r. 20), Główny Urząd Statystyczny, s. 557, 562.

[377] *Rocznik statystyczny 1948* (r. 12), Główny Urząd Statystyczny, s. 232.

[378] Ibidem, s. 232.

odpowiedzialności, i to zarówno w odniesieniu do regulacji z 1932 roku, jak i tej z 1997 roku.

W odniesieniu zaś do zagadnienia innych form reakcji przez prawo karne w okresie obowiązywania Kodeksu karnego z 1969 roku podnieść można, że podobnie jak w przypadku Kodeksu karnego z 1932 roku ustawodawca nie przewidział co do zasady instytucji sprofilowanych pod przestępców seksualnych. Jednakże w tym zakresie został uczyniony wyjątek pod postacią rozszerzenia, względem poprzedniej ustawy karnej, znamion dotyczących recydywy. W art. 60 §2 dkk, podobnie jak w obecnie obowiązującej regulacji w tym przedmiocie, zostało wskazane przestępstwo zgwałcenia jako jeden z typów czynów zabronionych, które w przypadku ponownego popełnienia, prowadzą do obligatoryjnego wymierzania sprawcy kary traktując go jako multirecydywistę. To zaś, prowadziło w konsekwencji do np. stosowania wobec takiego sprawcy obowiązkowego dozoru w przypadku warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej względem niego kary, czy też podwyższało ustawowo okres odbycia kary, po którym skazany mógł ubiegać się o warunkowe przedterminowe zwolnienie.

Wskazać dodatkowo należy, że w poprzednich regulacjach z zakresu przestępstwa zgwałcenia, zarówno w przypadku art. 204 kk z 1932 roku, jak i art. 168 kk z 1969 roku występowała jednolitość zagrożenia karą w zestawieniu z ówczesnymi przestępstwami odpowiadającymi treściowo dzisiejszemu przestępstwu seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającej z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego.

Ponadto w uprzednich ustawach karnych nie występowało w kontekście zgwałcenia rozróżnienie na dwa typy podstawowe. Jednakże okoliczność taka była wyłącznie wynikiem przyjęcia ówcześnie przez ustawodawcę jednego znamienia czasownikowego – czynu nierządnego lub nierządu, który uogólniając konsumował dzisiejsze podział na obcowanie płciowe oraz inną czynność seksualną.

1.2.1. Dane statystyczne dotyczące art. 169 Kodeksu karnego z 1969 roku

Mając na uwadze poczynione rozważania statystyczne względem art. 203 Kodeksu karnego z 1932 roku i ogólną trudność ustalenia skali przestępczości związanej z seksualnym wykorzystaniem bezradności lub niepoczytalności, wskazać należy, że w okresie obowiązywania ustawy karnej z 1969 roku sytuacja kształtuje się zgoła inaczej. Informacje objęte statystyką są bowiem, co do zasady, dokładniejsze i dotyczą większego zakresu zmiennych.

Dowodem na to są dane zamieszczone w rocznikach statystycznych objętej omawianą cezurą czasową. I tak w roczniku statystycznym z 1971 roku uwzględniono dane obejmujące stwierdzone w postępowaniu przygotowawczym przestępstwo z art. 169 dkk, tj. czyn zabroniony odpowiadający dzisiejszemu art. 198 kk. Według informacji tych, w 1970 roku przypadków takich było łącznie 118[379]. Dodatkowo w tym samym roku doszło do prawomocnych skazań w zakresie 187 przypadków[380]. W latach 1973 oraz 1974 stwierdzono w toku postępowań przygotowawczych odpowiednio 136 oraz 117 przypadków zakwalifikowanych jako czyn zabroniony z art. 169 dkk, a prawomocnych skazań było 76 i 93[381].

W roczniku statystycznym obejmującym dane z 1975 roku zawarto natomiast wyłącznie informację odnośnie prawomocnych skazań z art. 169 dkk z pominięciem ogólnej statystyki dotyczącej postępowania przygotowawczego. W tym kształcie można wskazać, że w okresie tym doszło do prawomocnego skazania za omawiane przestępstwo w 86 przypadkach[382]. W ten sam sposób przedstawiono dane w roczniku statystycznym z 1984 roku. Objęto nim informacje z lat 1980-1983, z których wynika, że w latach tych doszło do odpowiednio 9, 3, 5 i 3 skazań prawomocnych z tytułu omawianego czynu zabronionego[383]. Tym samym wyraźnym staje się znaczny spadek liczby skazań za przestępstwo seksualnego wykorzystania z art. 169 dkk względem przytoczonych danych z wcześniejszego okresu, tj. z lat 70 XX wieku.

Jeszcze inaczej poddawane analizie przestępstwo zostało ujęte w roczniku

[379] *Rocznik statystyczny 1971* (r. 31), Główny Urząd Statystyczny, s. 626.
[380] Ibidem, s. 631.
[381] *Rocznik statystyczny 1975* (r. 35), Główny Urząd Statystyczny, s. 527, 534.
[382] *Rocznik statystyczny 1976* (r. 36), Główny Urząd Statystyczny, s. 529.
[383] *Rocznik statystyczny 1984* (r. 44), Główny Urząd Statystyczny, s. 506, 509.

statystycznym dotyczącym 1976 roku. Dokument ten nie odniósł się ani do art. 169 dkk w kontekście postępowania przygotowawczego, ani też do prawomocnych skazań. Czyni to wyłącznie w zakresie skazań prawomocnych dotyczących nieletnich i liczba ta kształtowała się ówcześnie na poziomie 13 przypadków[384]. W analogiczny sposób przedstawiono dane za 1977 rok. Wówczas doszło do 12 prawomocnych skazań nieletnich sprawców za czyn z art. 169 dkk[385]. W latach 80-tych XX wieku w roczniku obejmującym rok 1983 oraz 1984 prawomocnie skazano z art. 169 dkk 5 i 4 sprawców[386]. Dane z 1985 roku i lat następnych pokazują utrzymanie się tendencji, wedle której karalność z tytułu przestępstwa seksualnego wykorzystania nie przekraczała liczby kilkunastu przypadków. W roku tym doszło bowiem do takiej sytuacji w kontekście 7 sprawców, natomiast w 1988 roku – w 6, w 1990 roku – w 2, w 1992 roku – 11, zaś w 1993 roku było ich 4, a w 1994 roku - 8[387]. Wyraźnym spadkiem odznaczył się natomiast rok 1986, kiedy to doszło do wyłącznie dwóch prawomocnych skazań nieletnich w związku z analizowanym typem czynu zabronionego[388]. Dane za 1995 rok obejmują tylko jego pierwsze półrocze, kiedy to doszło do 6 przypadków skazań nieletnich z tytułu popełnienia przez nich czynu zabronionego z art. 169 dkk[389]. Natomiast w roczniku statystycznym zawierającym informacje z 1996 roku występuje brak danych odnośnie skazań nieletnich, przy jednoczesnym uwzględnieniu w zestawieniu art. 169 dkk[390].

Dlatego też we wskazanych tutaj przypadkach można mówić o pewnej stałej linii, która pokazuje że w przywołanej cezurze czasowej poziom przestępczości z tytułu popełnianego przestępstwa z art. 169 dkk był równy. Zależność ta dotyczy zarówno sprawców dorosłych, jak i nieletnich.

---

[384] *Rocznik statystyczny 1977* (r. 37), Główny Urząd Statystyczny, s. 432, 435, 437. Dodać można, że w latach poprzednich, tj. 1970 i 1975 odsetek nieletnich prawomocnie skazanych z tego tytułu wyniósł 31 i 5 przypadków.

[385] *Rocznik statystyczny 1978* (r. 38), Główny Urząd Statystyczny, s. 437, 440, 442.

[386] *Rocznik statystyczny 1985* (r. 45), Główny Urząd Statystyczny, s. 505, 508, 510-511.

[387] *Rocznik statystyczny 1986* (r. 46), Główny Urząd Statystyczny, s. 512, 515, 518; *Rocznik statystyczny 1988* (r. 48), Główny Urząd Statystyczny, s. 498, 502, 505; *Rocznik statystyczny 1995* (r. 55), Główny Urząd Statystyczny, s. 97, 104, 107.

[388] *Rocznik statystyczny 1987* (r. 47), Główny Urząd Statystyczny, s. 517, 520.

[389] *Rocznik statystyczny 1996* (r. 56), Główny Urząd Statystyczny, s. 97, 105, 108, 110.

[390] *Rocznik statystyczny 1997* (r. 57), Główny Urząd Statystyczny, s. 68, 76, 79, 81.

2. Obecne uregulowanie zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 Kodeksu karnego

Mając na uwadze poczynione dotychczas uwagi o charakterze prawno-historycznym można podjąć się oceny obecnego kształtu przepisu regulującego odpowiedzialność karną z tytułu przestępstwa seksualnego wykorzystania odnośnie zagrożenia karą.

Z systematyki rozdziału XXV Kodeksu karnego z 1997 roku płynie wniosek, że intencją ustawodawcy było rozpoczęcie tej części ustawy karnej od prawdopodobnie najmocniej ugruntowanego w społecznej świadomości typu rodzajowego przestępstwa seksualnego, tj. zgwałcenia. Dokonano, wspomnianego już na wstępie, podziału systematycznego czynu zabronionego stypizowanego w art. 197 kk poprzez określenie jego dwóch typów podstawowych oraz stosunkowo obszernie i konsekwentnie rozszerzanego katalogu typów kwalifikowanych bez uwzględnienia jakiegokolwiek typu uprzywilejowanego. W tym kontekście, drogą dygresji wskazać można, że początkowo ustawodawca zdecydował się na podział i wyróżnienie dwóch odrębnych typów kwalifikowanych, tj. zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem oraz zgwałcenie zbiorowe, co nastąpiło wraz z nowelizacją z 26 września 2005 roku. Następnie zaliczono do kręgu typów kwalifikowanych czynu z art. 197 kk także zgwałcenie kazirodcze i pedofilskie. Zmiana ta, budząca początkowo wątpliwości w doktrynie, głównie z uwagi na zbieg pozorny z przestępstwem pedofilii, dokonana została drogą ustawy z dnia 5 listopada 2009 roku. Ponadto sukcesywnie i systematycznie podejmowane były w przeszłości kolejne próby poszerzania kazuistyki omawianego typu rodzajowego przestępstwa poprzez dodawanie kolejnych typów kwalifikowanych. Próby takie miały miejsce np. w 2017 oraz w 2019 roku[391]. Ostatni z projektów zakładający dogłębną nowelizację m.in. Kodeksu karnego, w tym również w zakresie art. 197 kk został przyjęty w 2022 roku, zaś w przeważającym zakresie wejdzie w życie z dniem 1 października 2023 roku. Ustawa z dnia 7 lipca 2023 roku sfinalizowała zamierzenia dwóch poprzednich projektów poprzez wprowadzenie nowych typów

[391] Więcej na temat poprzednich projektów ustaw rozszerzających katalog typów kwalifikowanych przestępstwa z art. 197 kk, zob. D. Kwiatkowski, *Nowe typy kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia (analiza krytyczna zmian w art. 197 kk)*, w: *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2019, z. 3, s. 105-106.

kwalifikowanych, takich jak: zgwałcenie w związku z posłużeniem się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem, zgwałcenie wobec ciężarnej, zgwałcenie z utrwaleniem obrazu lub dźwięku przebiegu czynu, zgwałcenie ze skutkiem śmiertelnym[392]. Konsekwencją powyższego jest przyjęcie, że ten rodzaj ataku wymierzonego w wolność seksualną człowieka jest najdrastyczniejszy, co powoduje konieczność ustanowienia najsurowszego zagrożenia karą za jego popełnienie. W obecnie obowiązującej formie art. 197 kk przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności przy typie podstawowym z §1 w granicach od lat 2 12, zaś przy §2 - od 6 miesięcy do lat 8. W odniesieniu do typów kwalifikowanych zagrożenie karą w odniesieniu do zgwałcenia popełnionego wspólnie z inną osobą, pedofilskiego i kazirodczego wynosi okres nie krótszy od lat 3, natomiast zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem wiąże się z podwyższeniem dolnej granicy, tak że orzeczona kara pozbawienia wolności nie może być niższa niż 5 lat. W nowej rzeczywistości legislacyjnej rozszerzeniu ulegnie, wskazany już katalog typów kwalifikowanych, ale przede wszystkim zdecydowanemu zaostrzeniu ulegnie ustawowe zagrożenie karą. W typie podstawowym z §1 wynosić ono będzie od lat 2 do 15 pozbawienia wolności, zaś uogólniając w pozostałych przypadkach zaostrzających karalność będą to odpowiednio kary pozbawienia wolności w wymiarach od lat 3 do 20, na czas nie krótszy od lat 5, na czas nie krótszy od lat 8. Przejawem zaś zwiększenia represji względem sprawców zgwałcenia jest wprowadzenie możliwości orzeczenia przez sąd dożywotniej kary pozbawienia wolności w przypadku dwóch ostatnich, najbardziej dotkliwych typach kwalifikowanych. Pokazuje to, w jakim stopniu ustawodawca przykłada wagę do regulacji wśród przestępstw seksualnych czynu zabronionego z art. 197 kk upatrując w nim przestępstwa o porównywalnym do zabójstwa stopniu społecznej szkodliwości.

Taki sposób regulacji otwierać może dyskusję na temat jego słuszności, zwłaszcza w kontekście zasady humanitaryzmu, funkcji sprawiedliwościowej prawa karnego, czy też konstytucyjnej zasady równości. Nadto podnieść można, że wspólnym mianownikiem dla nowelizacji przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego proklamowanych zarówno przez stronę rządzącą, jak i przez przez przedstawicieli opozycji parlamentarnej jest zwiększenie zagrożenia karą tej kategorii przestępstw.

[392] Ustawa z dnia 7 lipca 2022 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2022, poz. 2600.

Zachowanie takie można zaliczyć jako przykład populizmu penalnego, gdyż ukierunkowane jest wyłącznie na zdobycie aprobaty społecznej dla przedsiębranych działań w tym zakresie[393]. Nie jest ono zatem związane z wolą faktycznego zmniejszenia stopnia poziomu przestępczości z tej kategorii, lecz spełnia wyłącznie społeczne poczucie sprawiedliwości, które niejednokrotnie pokrywa się z pojmowaniem prawa karnego wyłącznie jako zemsty za czyn popełniony przez sprawcę z pominięciem pozostałych funkcji tej gałęzi prawa. Jednakże rozważania na temat ten, będący poza obrębem niniejszej rozprawy poprzestanie na przedmiotowym zaznaczeniu problemu.

Zasygnalizowania wymaga fakt, że przywołana tutaj ustawa nowelizująca Kodeks karny z 2022 roku nie wprowadza jakiejkolwiek zmiany w obrębie zarówno znamion przestępstwa seksualnego wykorzystania, jak i zagrożenia karą odnośnie przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności.

Można jednak wskazać, że przywołana nowelizacja w sposób znaczny wpłynie na zwiększenie prawnokarnej ochrony pokrzywdzonych przestępstwami przeciwko wolności seksualnej. Do nowych lub zmienionych, wartych zauważenia instytucji należeć będą m.in. wyłączenie możliwości ubiegania się przez skazanego o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary pozbawienia wolności (art. 77 §3 i 4 kk), obligatoryjne (w miejsce obecnego fakultatywnego) orzeczenie zakazu zawodowego oraz prowadzenia działalności gospodarczej z art. 41 §1a kk, obligatoryjny na wniosek pokrzywdzonego środek karny w postaci zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu, jak również nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym z art. 41a §1a kk, zaliczenie w poczet wskazanych wprost przez ustawodawcę okoliczności obciążających w postaci wykorzystania bezradności, niepełnosprawności, choroby lub podeszłego wieku pokrzywdzonego (art. 53 §2a pkt 2 kk), czy też wprowadzenie nowego przepisu statuującego recydywę, której przesłanki są bezpośrednio związane z popełnieniem przez sprawcę przestępstw seksualnych, tj. art. 64a kk).

[393] J. Widacki, *Zamiast wstępu. Czym jest i do czego służy populizm penalny*, w: *Populizm penalny*, pod red. J. Widackiego, Kraków 2017, s. 7-13.

Wszystkie te przykłady, stanowią przejawy nowego, bardziej zintensyfikowanego, ale też precyzyjnie wymierzonych środków reakcji prawnokarnej na przestępstwa z Rozdziału XXV Kodeksu karnego. Tym samym wpływają one na ogólną dolegliwość względem sprawcy przestępstwa z art. 198 kk. Jest to zatem forma pośredniej nowelizacji omawianego przepisu. Nie zmienia to jednak faktu nieprzerwania przez ustawodawcę ignorowania potrzeb w zakresie przestępstwa stanowiącego tytułowe zagadnienie niniejszej dysertacji, co należy uznać za niekorzystne. Prowadzi to do kontynuowania niedostrzegania zawartości bezprawia związanego z popełnieniem przestępstwa z art. 198 kk. Wskazać jednakże należy, że problem ten został w ostatnim czasie dostrzeżony, a jego odzwierciedleniem jest poselski opozycyjny projekt. Zagadnienie to będzie przedmiotem rozważań w dalszej części tego rozdziału.

Mając powyższe na uwadze, jak również wszelkie poczynione do tego momentu rozważania koncentrujące się wokół analizy strony przedmiotowej, przedmiotu, podmiotu oraz strony podmiotowej przestępstwa z art. 198 kk, z uwzględnieniem tematów łączących się z przedmiotowym zagadnieniem, lecz nienależących do nauk prawnych, koniecznym jest dokonanie ustaleń, czy przyjęty przez ustawodawcę model zagrożenia karą jest w pełni uzasadniony, a tym samym czy pozwala na realizację celów kary.

Przede wszystkim wskazać należy, że pomimo przyjęcia stosunkowo niskiej dolnej granicy odpowiedzialności, choć nieodbiegającej zanadto od poprzednich uregulowań w tym zakresie, nie jest to minimalne obostrzenie karą, co można ocenić pozytywnie. Co zaś się tyczy górnej granicy, to przyznać należy że jest ona ustanowiona stosunkowo wysoko, patrząc chociażby na, pozornie „bliźniaczy" rodzaj czynu zabronionego jakim jest seksualne nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, zarówno w typie podstawowym, jak i w przypadku dwóch typów kwalifikowanych dotyczących pokrzywdzonych małoletnich[394]. To ukazuje wagę, jaką ustawodawca przywiązał do ochrony wolności seksualnej osób, które

[394] W przypadku art. 199 § 2 i 3 kk ustawodawca przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności a od 3 miesięcy do lat 5. Zagrożenie karą niższe, aniżeli w przypadku zgwałcenia i seksualnego wykorzystania bezradności niepoczytalności ma zresztą szerszą tradycję w polskim ustawodawstwie karnym, zarówno na kanwie Kodeksu karnego z 1932 roku, jak i 1969 roku w kontekście odpowiedników wskazanych typów rodzajowych przestępstw.

z uwagi na szczególne czynniki takie jak bezradność, choroba psychiczna, czy też upośledzenie umysłowe, które powodują u takich osób brak zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem.

Faktem jest, że to nieuchronność kary, a nie jej surowość wpływa na realizację założeń prewencyjnych, jednakże nie sposób, chociażby w małym procencie, odmówić w tym aspekcie znacznemu wpływowi ustawowemu zagrożeniu karą, które działa jako funkcja prewencyjna w rozumieniu szczególnym, tj. odnoszącym się do konkretnego sprawcy. Dodatkowo w kontekście do już popełnionych przestępstw takie ukształtowanie odpowiedzialności karnej, przewidującej możliwość orzeczenia wobec sprawcy kary pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy 8 lat pozwala na adekwatne zastosowanie formy reakcji prawnokarnej jaką jest kara pozbawienia wolności z uwzględnieniem całokształtu okoliczności popełnionego czynu zabronionego. Położony tym samym nacisk na ideę podejmowania całkowicie świadomych i swobodnych decyzji w zakresie aktywności seksualnej należy ocenić jednoznacznie optymistycznie, co dobrze komponuje się z przyjętą koncepcją przewidującą stosunkowo surową odpowiedzialność karną sprawcy. Dodatkowo, położenie przepisu z art. 198 kk tuż za regulacją dotyczącą zgwałcenia jest w pełni uzasadnione i pokazuje rangę omawianego czynu zabronionego.

Przy dokonywaniu oceny ustawowego zagrożenia karą należy wziąć także pod uwagę różnicę w stopniu społecznej szkodliwości zachowania sprawcy w przypadku doprowadzenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej w przypadku przestępstwa zgwałcenia, które następuje przy użyciu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu a wykorzystania bezradności lub niepoczytalności w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym przy przestępstwie z art. 198 kk. Kwantyfikatorem różnicującym wspomniany stopień społecznej szkodliwości jest w tych warunkach element kreowania przez sprawcę okoliczności popełnienia przestępstwa z art. 197 kk oraz „jedynie" wykorzystanie sytuacji zastanej, a wypełniającej przesłanki z art. 198 kk[395]. Taka okoliczność nadal stanowi o wysokim stopniu społecznej szkodliwości czynu sprawcy, jednakże niższym, aniżeli w porównaniu go z przestępstwem zgwałcenia. Za zasadnością takiej argumenatcji przemawiać może choćby to, że w odniesieniu do przestępstwa z art. 197 kk jego

[395] Wyrok SN z dnia 12.03.2019 r., sygn. V K 97/18, LEX nr 2645185.

popełnienie jest możliwe wyłącznie z zamiarem bezpośrednim, który przez niektórych przedstawicieli doktryny jest wręcz dookreślany jako zamiar kierunkowy. Natomiast w odniesieniu do przestępstwa z art. 198 kk, tak jak to zostało przedstawione na gruncie niniejszej dysertacji, dopuszczalnym jest popełnienie tego przestępstwa działając zarówno z zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym i *quasi*-ewentualnym. Dlatego też, zestawiając oba przywołane typy rodzajowe przestępstw seksualnych z rozdziału XXV Kodeksu karnego wyraźnym staje się dokonanie przez ustawodawcę rozróżnienia względem zagrożenia karą w przypadku obu z nich.

Podkreślić jednak należy, dość oczywisty, acz wymagający zaznaczenia, wniosek, że wspomniane porównanie ustawowego zagrożenia karą w odniesieniu do czynów zabronionych z art. 197 kk i art. 198 kk dotyczy wyłącznie typów podstawowych przestępstwa zgwałcenia, z uwagi na brak wyróżnienia przez ustawodawcę innych, aniżeli jednego podstawowego typu przestępstwa z art. 198 kk. Dodatkowo, to rozróżnienie w zakresie zagrożenia karą uwidacznia się w przypadku obu opisywanych tutaj typów przestępstw seksualnych w kontekście ustawowej czynności wykonawczej w postaci obcowania płciowego. W tym bowiem zakresie Kodeks karny określa wyższy próg karalności w przypadku popełnienia przez sprawcę zgwałcenia, podczas gdy w przypadku przestępstwa seksualnego wykorzystania, ustawodawca nie rozróżnił karalności w zakresie obu znamion. Stan tej rozbieżności pogłębi się dodatkowo po wejściu w życie zmian uchwalonych wspomnianą ustawą z dnia 7 lipca 2022 roku. Analiza takiego uregulowania wzmiankowanego czynu zabronionego prowadzić może do konkluzji, wedle której okoliczność popełnienia przez sprawcę przestępstwa z art. 198 kk, tj. wykorzystanie stanu sprawcy w celu doprowadzenia do realizacji działania o charakterze seksualnym pod przynajmniej jedną z dwóch wymienionych już postaci nie zasługuje na odróżnienie. Istotne jest tutaj to, że sprawca „wyłącznie" wykorzystuje stan ofiary, która z uwagi na swój stan i tak nie byłaby zdolna dokonać dyspozycji w zakresie swojej wolności seksualnej. Pokrzywdzony zatem, w przeciwieństwie do przestępstwa zgwałcenia w trakcie czynu nie posiada ani jednego przymiotu ważnej i skutecznej zgody: świadomości lub swobody. W przypadku zaś popełniania przez sprawcę zgwałcenia z uwagi na sposób prowadzący do jego dokonania, tj. przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, ofiara zachowuje przynajmniej jeden z elementów relewantnej zgody. Ma zatem w pewnym

stopniu kontakt z rzeczywistością i odbiera ją w zdecydowanie większym zakresie aniżeli ma to miejsce w przypadku przestępstwa z art. 198 kk. Decyzję ustawodawcy polegającą na dokonaniu rozróżnienia art. 197 kk na dwa typy podstawowe, przez które ustawa karna określa arbitralnie, że z uwagi na bardziej inwazyjny charakter obcowania płciowego względem innej czynności seksualnej, obie sytuacje zasługują na odrębne zagrożenie karą. Argument o tej treści nie przekłada się na zagadnienie seksualnego wykorzystania z art. 198 kk właśnie z uwagi na przywołany tutaj stan pokrzywdzonego, którego pojmowanie rzeczywistości jest przynajmniej w znacznym stopniu ograniczone.

Rozwiązanie tej treści można z jednej strony uznać za kontrowersyjne, zwłaszcza mając na uwadze fakt, że w dalszej części rozdziału XXV Kodeksu karnego ustawodawca posługuje się tożsamymi czynnościami wykonawczymi i również nie dokonał podziału dalszych przestępstw z tej części ustawy karnej na typy podstawowe z uwzględnieniem każdej z nich. Z drugiej jednak strony, zgwałcenie stanowi najdobitniejszy przykład nieuprawnionej ingerencji w sferę intymności człowieka, a zatem rozwiązanie takie jest właściwe, a co za tym idzie zagrożenie karą w przypadku dalszych typów rodzajowych przestępstw seksualnych, w tym tego z art. 198 kk, niedokonujące takiego rozróżnienia, można uznać za uzasadnione.

Wskazać nadto należy na ogólną tendencję ostrzejszego stosunku ustawodawcy na kanwie poprzednich ustaw karnych względem wszelkich sprawców czynów popełnianych na tle seksualnym. Ujawnia się ona zwłaszcza na tle ostatniej nowelizacji, która w znakomitej większości zacznie obowiązywać z dniem 1 października 2023 roku. Porównując natomiast relację, jaka we wszystkich rozwiązaniach kodeksowych na przełomie prawie stu lat zachodzi pomiędzy przestępstwem nazywanym dzisiaj zgwałceniem a seksualnym wykorzystaniem niepoczytalności, można wskazać na powielanie ustawowego zagrożenia karą przez te dwa przepisy. Zasadnicza różnica, występująca na gruncie obecnego Kodeksu karnego jest związana z rozwiązaniem przyjętym przez ustawodawcę, który rozdzielił na dwa paragrafy dwa typy podstawowe przestępstwa zgwałcenia. Za kryterium stanowiące o niższym stopniu społecznej szkodliwości uznano wspomnianą już w tej części opracowania kwestię odrębnej czynności wykonawczej. Wywnioskować można, że celem ustawodawcy było wyraźne zaznaczenie powagi inkryminowanego czynu poprzez treść art. 197 §1 kk, który

prowadzić ma do obcowania płciowego, w odróżnieniu od odmiennie ujętego paragrafu drugiego przywołanego przepisu, który stanowi o innej czynności seksualnej.

W związku z powyższym zasadnym jest uznanie, że naturalną konsekwencją dyrefencjacji, która ma miejsce na gruncie regulacji poświęconej zgwałceniu w typach podstawowych, jest przyjęcie przez art. 198 kk niższego zagrożenia karą, odpowiadającego zagrożeniu przyjętym na gruncie art. 197 §2 kk.

Słowem podsumowania, przeprowadzona analiza zagrożenia karą pozwala na przyjęcie zdania względnie aprobującego wobec obecnego rozwiązania ustawowego. Uzasadnieniem takiego stanowiska jest przede wszystkim nadal występująca, co do zasady, współzależność i równość pomiędzy zagrożeniem karą przy przestępstwie zgwałcenia i przestępstwem seksualnego wykorzystania w typie z art. 198 kk. Dyskusja w tym zakresie może się zatem wyłącznie aktualizować na poziomie dokonania oceny tendencji ustawodawcy, który ustanawiając przepisy karne inkryminujace analizowane zachowania wymierzone w wolność seksualną jednostki obniżył zagrożenie karą, przyjmując za jej górną granicę 8 lat w przypadku art. 197 §2 kk i art. 198 kk, zamiast występujących wcześniej lat 10, przy jednoczesnym surowszym obwarowaniu karą przestępstwa z art. 197 §1 kk.

Należy mieć jednak na uwadze, że względem projektu obecnego Kodeksu karnego z 1994 roku zagrożenie karą porównywanych typów rodzajowych przestępstw seksualnych uległo zaostrzeniu. W pierwotnej bowiem wersji tych przepisów w przypadku przestępstwa zgwałcenia, który polegał na doprowadzeniu pokrzywdzonego w opisany w ustawie sposób do obcowania płciowego ustawodawca przewidział zagrożenie karą pozbawienia wolności od roku do lat 10, czyli tak samo jak w przypadku art. 204 kk z 1932 roku oraz art. 168 kk z 1696 roku. W odniesieniu zaś do przestępstwa zgwałcenia poprzez doprowadzenie do wykonania/wykonania innej czynności seksualnej lub przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności możliwa do orzeczenia przez sąd kara pozbawienia wolności wahała się w granicach od 3 miesięcy do lat 5[396]. Dlatego też w obecnym stanie prawnym ustawodawca zdecydował się i tak na wzmocnione środki reakcji prawnokarnej

[396] Projekt ustawy z 1994 r. - Kodeks karny, http://orka.sejm.gov.pl/proc2.nsf/projekty/1274_p.htm [data dostępu: 20.04.2023].

względem wersji pierwotnie przedłożonej do procedowania.

3. Propozycja zmian w zakresie zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 kk w świetle projektu nowelizacji z dnia 8 marca 2021 roku

Analizując kwestię zagrożenia karą w kontekście przestępstwa z art. 198 kk nie sposób nie odnieść się także do niektórych, przeszłych projektów ustaw, których wspólnym postulatem było przede wszystkim podwyższenie zagrożenia karą w odniesieniu do przestępstwa zgwałcenia[397]. Tak jak bowiem wskazano w początkowej części niniejszego rozdziału, oczekująca obecnie na wejście w życie ustawa z dnia 7 lipca 2022 roku nowelizująca Kodeks karny nie jest jedynym przykładem prób wprowadzenia zmian w ustawie karnej w zakresie tutaj omawianym, to jest przestępstw seksualnych

W uzasadnieniu jednego z takich projektów, datowanego na dzień 4 stycznia 2018 roku w zakresie zagrożenia karą przestępstwa z art. 197 kk przywołano dane statystyczne, które wskazały, że wobec sprawców skazanych ogółem za to przestępstwo dużemu odsetkowi z nich zostały wymierzone kary pozbawienia wolności w zawieszeniu. Takiego stanu rzeczy upatrywano się w tym, że okres poddany pod analizę na potrzeby złożenia projektu nowelizacji ustawy karnej obowiązywały przepisy w zakresie wspomnianego środka probacyjnego, które przed dniem 1 lipca 2015 roku pozwalały na warunkowe zawieszenie wykonania kary w sytuacji skazania na karę pozbawienia wolności w wymiarze do lat dwóch. To w przeszłości doprowadziło do

[397] Zob. np. Projekt ustawy z dnia 4 stycznia 2018 roku o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem, druk nr 2154, Sejm VIII kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/33FA7D96913B8F13C125821000388E45/%24File/2154.pdf [data dostępu: 20.04.2023]. Projekt obecnie znajduje się na etapie prac w Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach, https://www.sejm.gov.pl/Sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2154 [data dostępu: 20.04.2023], więcej na temat oceny ww. projektu: D. Kwiatkowski, *Nowe typy kwalifikowane...*, s. 105-129; Projekt ustawy z dnia 14 maja 2019 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451, Sejm VIII kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/996CE307123D03FEC12583FA0069E8F2/%24File/3451.pdf [data dostępu: 20.04.2023], Projekt ten został został przez Sejm uchwalony z poprawkami i przekazany do podpisu Prezydenta RP, który skierował ustawę do Trybunału Konstytucyjnego, co zakończyło się wydaniem orzeczeniem o niekonstytucyjności ustawy, https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3451 [data dostępu: 20.04.2023], zob. wyrok TK z dnia 14.07.2020 r., sygn. I Kp 1/19, OTK-A 2020/36.

rozszerzenia możliwości orzekania kary warunkowo zawieszonej. Jednocześnie, projektodawca wskazał, że orzekanie względem sprawców zgwałcenia kary wolnościowej jest stanem niedającym się zaakceptować, gdyż w ten sposób dochodzi do zachwiania funkcji ochronnej prawa karnego, co przekłada się na rzeczywiste niewypełnianie dyrektywy prewencyjnej. To zaś, według twórców przywołanego projektu przemawiało ówcześnie za zasadnością podniesienia zagrożenia karą przestępstwa z art. 197 kk. W tym kontekście projekt zawierał propozycję zmiany art. 197 kk poprzez m.in. przeniesienie zgwałcenia pedofilskiego do §4 traktującego o zgwałceniu ze szczególnym okrucieństwem przy jednoczesnym zwiększeniu zagrożenia karą poprzez dodanie drugiego jej rodzaju - 25 lat pozbawienia wolności, jak również poprzez dodanie nowych typów kwalifikowanych zgwałcenia: przy użyciu niebezpiecznego przedmiotu, popełnionego na szkodę ciężarnej, łączonego z utrwaleniem jego przebiegu oraz ze skutkiem śmiertelnym[398]. W związku z powyższym, wyraźnym jest, że według projektodawców element zwiększający prewencyjną funkcję prawa karnego jest utożsamiany ze zwiększeniem zagrożenia karą konkretnych typów przestępstw.

Drugim projektem zmian Kodeksu karnego, który odnosił się do zaostrzenia kar za przestępstwa seksualne był projekt z dnia 14 maja 2019 roku. Zakładał on podwyższenie zagrożenia karą pozbawienia wolności w przypadku typu podstawowego przestępstwa zgwałcenia z paragrafu pierwszego, które według projektu miałoby wynosić od lat 2 do lat 15. Jednocześnie zakładano zwiększenie możliwej do orzeczenia kary grożącej dla tego przestępstwa w typach kwalifikowanych – od 3 lat do 20 lat pozbawienia wolności. Postulowano również dodanie nowych typów kwalifikowanych, m.in. zgwałcenie wobec ciężarnej, zgwałcenie z utrwalaniem jego przebiegu. W projekcie zakładano zdecydowaną reakcję karną względem sprawcy zgwałcenia pedofilskiego, w przypadku którego postulowano wprowadzenie kary pozbawienia wolności w granicach od lat 5 do lat 30. Propozycje objęły także pozostałe przestępstwa seksualne w zakresie wyraźnego podwyższenia progów ich zagrożenia karą. Dotyczyło to takich typów rodzajowych przestępstw jak na przykład pedofilia, gdzie

[398] Projekt ustawy z dnia 4 stycznia 2018 roku o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw wraz z uzasadnieniem, druk nr 2154, Sejm VIII kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/33FA7D96913B8F13C125821000388E45/%24File/2154.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

proklamowane zagrożenie karą pozbawienia wolności od lat 2 do lat 15 w typie podstawowym. W uzasadnieniu takich zmian wskazano, że są one powiązane z proponowanymi ogólnymi zmianami w zakresie wymiaru kar pozbawienia wolności terminowej z jednoczesnym wyłączeniem kary 25 lat pozbawienia wolności. Podniesiono, że w przypadku m.in. art. 197 kk zmiany takie mają charakter dostosowawczy do nowego katalogu kar. Podniesiono również, że z uwagi na sposób popełnienia niektórych z przestępstw, w tym również zgwałcenia, który polega na doprowadzeniu do bezbronności wymaganym jest podjęcie stanowczej reakcji prawnej, gdyż są to czyny o wysokim stopniu społecznej szkodliwości[399]. Również i w tym przypadku widoczna jest kontynuacja koncepcji, która pozwala na przyjęcie utożsamienia umocnienia ochronnej roli prawa karnego ze zwiększonymi ustawowymi zagrożenia karą względem przestępców seksualnych.

Mając na uwadze treść przywołanych poprzednich projektów oraz zestawiając je z przedstawionymi wcześniej uchwalonymi zmianami, wyraźnym jest, że korespondują one ze sobą. To oznacza, że finalna wersja nowelizacji, która wejdzie w życie w omawianym zakresie z dniem 1 października 2023 roku jest *de facto* wprowadzeniem proklamowanych we wcześniejszych projektach zmian.

Jednakże nawiązując do zasadniczego przedmiotu niniejszej dysertacji ponownie podkreślić z całą mocą należy, że w świetle projektowanych oraz uchwalonych dotychczas zmian dotykających rozdziału XXV Kodeksu karnego próżno szukać zainteresowania projektodawców i ustawodawcy art. 198 kk. Dopiero w ostatnim czasie zwrócono uwagę na kwestie dotyczące przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, który stanowi jeden z przykładów ewenementów kodeksowych jako przepis zachowujący niezmienną formę od momentu wejścia w życie obecnego Kodeksu karnego w 1998 roku. Sytuację taką można nazwać zadziwiającą, zważywszy na cykliczne zwiększanie się zainteresowania ustawodawcy przestępstwem zgwałcenia, czy to w kontekście zwiększenia zagrożenia karą, czy też stworzenia lub przemodelowania typów kwalifikowanych tego typu rodzajowego przestępstwa. Przykładem takiego działania jest ostatnia nowelizacja ustawy karnej w tym zakresie.

[399] Projekt ustawy z dnia 14 maja 2019 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451, Sejm VIII kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/996CE307123D03FEC12583FA0069E8F2/%24File/3451.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

Natomiast odnośnie przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk od momentu jego wejścia w życie nie budziło ono większego zainteresowania ustawodawcy, pomimo tego, że stanowi ono przejaw przestępstwa o porównywalnym stopniu społecznej szkodliwości. Jednakże jako skoncentrowany na węższej aniżeli w przypadku zgwałcenia grupie osób mogących zostać określonymi jako pokrzywdzone nie jawi się on jako interesujący, zwłaszcza mając na uwadze cele inne aniżeli ustawodawcze.

Proponowane zmiany, objęte przywołanym już na gruncie niniejszej rozprawy poselskim projektem ustawy z dnia 8 marca 2021 roku, pozostające w dalszym ciągu na etapie prac legislacyjnych oprócz skumulowania atencji wokół przestępstwa zgwałcenia w zakresie dodania wskazanej wprost przesłanki negatywnej dotyczącej zgody pokrzywdzonego oraz dotyczącej postulowanych zmian tytułu rozdziału XXV Kodeks karnego na „Przestępstwa przeciwko wolności i autonomii seksualnej" zawierają fokus na przestępstwo seksualnego wykorzystania z art. 198 kk, również w zakresie zagrożenia karą.

Przede wszystkim największą zmianą, która pozostaje w związku z kwestią zagrożenia karą jest przedstawiony w projekcie podział art. 198 kk na dwa odrębne paragrafy, które podobnie jak w przypadku przestępstwa zgwałcenia wyodrębnione powinny zostać według kryterium będącym rodzajem czynności wykonawczej. Innymi słowy w paragrafie pierwszym omawiany typ rodzajowy przestępstwa obejmowałby doprowadzenie do obcowania płciowego po spełnieniu pozostałych, obecnie występujących przesłanek, zaś *per analogiam* paragraf drugi dotyczyłby innej czynności seksualnej. Tym samym projektodawcy wzorując się na układzie art. 197 kk w zakresie typów podstawowych różnicują w przedłożonym projekcie dwie sytuacje inkryminowane. Podobny układ projektodawcy zaproponowali wobec przestępstwa z art. 199 kk.

Jednocześnie zmianami objęta zostałaby kwestia podwyższenia surowości kary grożącej, która w odniesieniu do seksualnego wykorzystania z art. 198 kk zostałaby skonfigurowana poprzez identyczne zagrożenie karą w odpowiadających paragrafach art. 197 kk i art. 199 kk w wersji projektowanej. Każdy z wymienionych tutaj typów rodzajowych przestępstw według omawianego projektu nowelizacji Kodeksu karnego

zostałby podzielony na dwa typy podstawowe, z czego pierwszy z nich odnosiłby się do czynności wykonawczej w postaci doprowadzenia do obcowania płciowego, a drugi do doprowadzenia do wykonania/poddania się przez pokrzywdzonego innej czynności seksualnej. Jednocześnie przy obu typach podstawowych pozostałe przesłanki wskazanych czynów zabronionych pozostałyby dla każdego z nich tożsame. Projekt zakłada ujednolicenie kar w zakresie typów podstawowych, poprzez przyjęcie zagrożenia karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat trzech w przypadku znamienia dotyczącego obcowania płciowego, zaś w drugim przypadku dotyczącym innej czynności seksualnej – kara pozbawienia wolności od lat dwóch do lat 10[400]. Podstawowym spostrzeżeniem w zakresie zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 kk jest ustanowienie przestępstwa z postulowanego paragrafu pierwszego zbrodnią, zamiast obecnego występku. Dodatkowo wyraźnym jest podążenie przez projektodawców drogą zdecydowanego zaostrzenia granic możliwych do orzeczenia kar pozbawienia wolności, która została już wcześniej wytyczona przez poprzednie próby nowelizacji ustawy karnej w kontekście przestępstw seksualnych.

Ciekawym natomiast rozwiązaniem jest dokonanie zrównania terminologicznego wszystkich trzech typów rodzajowych przestępstw z art. 197 kk, art. 198 kk i art. 199 kk określanych w uzasadnieniu projektu jako „zgwałcenie”[401]. Takie ujęcie analizowanego zagadnienia pokazuje, że wyraźną inspiracją dla projektodawców było chociażby wspomniane już na gruncie niniejszego opracowania rozwiązanie ze szwedzkiego kodeksu karnego. Dla przypomnienia, przepis otwierający rozdział szósty przywołanej tutaj ustawy karnej Szwecji zawiera opis przesłanek, które odnoszą się do przestępstwa zgwałcenia, w tym również, co jest związane z przyjęciem znamienia braku zgody ofiary na kontakty seksualne ze sprawcą, enumeratywne wskazanie na sytuacje, które są z mocy prawa uznawane za przejaw braku zgody. Do tych trzech przypadków zaliczają się sytuacje, które można uznać za emanacje trzech przestępstw w polskim Kodeksie karnym z art. 197 kk, art. 198 kk i art. 199 kk. Różnica polega na tym, że podobny zabieg projektodawcy zamierzają osiągnąć poprzez odrębne, ale połączone ze sobą uregulowanie tych wymienionych

[400] Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/D7E9563477237B45C12586B70037B233/%24File/1091.pdf [data dostępu: 20.04.2023].

[401] Ibidem, s. 7-8.

czynów zabronionych z rozdziału XXV Kodeksu karnego.

Rozwiązanie to pokazuje także ogólny zamysł towarzyszący projektowi zmiany polskiej ustawy karnej w ocenianym wymiarze, który poprzez ujednolicenie zagrożenia karą z innymi przywołanymi tutaj przestępstwami seksualnymi, przy jednoczesnym zwiększeniu zagrożenia karą powodującym ponadto, że jeden z typów podstawowych tych przestępstw zostanie poczytany jako zbrodnia, pozwala na podkreślenie istoty problematyki przestępstw seksualnych, co jest związane z wysokim stopniem społecznej szkodliwości tych czynów, w tym również omawianego tutaj art. 198 kk. Dlatego też, zauważyć należy, że interpretacja treści projektu w odniesieniu do przestępstwa z art. 198 kk zdaje się prowadzić do wniosku, że intencją twórców projektu z dnia 8 marca 2021 roku było zdecydowane zerwanie ze skojarzeniem tego przestępstwa jako tzw. małego zgwałcenia, co nastąpić by miało poprzez zsynchronizowanie dwóch pierwszych paragrafów przepisów art. 197 kk i art. 198 kk w zakresie kryterium rozróżnienia i zagrożenia karą.

Rozwiązanie takie może budzić rezerwę, poprzez stwierdzenie, że pomimo niezaprzeczalnego wysokiego stopnia społecznej szkodliwości typu rodzajowego przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, nie sposób *de facto* po części zrównać go z przestępstwem zgwałcenia. Jest to związane z podniesionym już w poprzednim fragmencie tej części dysertacji argumentem, wedle którego sposób, w jaki sprawca doprowadza do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej jest w obu przypadkach skrajnie różny. Inspirując sytuację poprzez swoje zachowanie sprawca zgwałcenia popełnia czyn o zdecydowanie wyższej społecznej szkodliwości, aniżeli sprawca, który eufemicznie rzecz ujmując, wyłącznie wykorzystuje specyficzny stan pokrzywdzonego ułatwiający dokonanie czynu opisanego w art. 198 kk.

Podstawowym pytaniem jest także, czy tak sformułowane aksjomaty dotykające problematyki zagrożenia karą analizowanych przestępstw spełnić mogą swoją rolę, jaką przypisują im ich twórcy w uzasadnieniu, tj. potwierdzenie przez ustawodawcę powagi przywołanych przestępstw, na co według projektodawców ma wpływ zmiana niektórych z omawianych typów podstawowych na zbrodnie[402]. W związku z tym wyraźnym

[402] Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, s. 7, https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1091 [data dostępu: 20.04.2023].

kierunkiem, którym zdają się podążać projektodawcy jest wskazywana w literaturze droga postępowania z przestępcami seksualnymi według tzw. modelu ochrony społeczności lokalnej, który polega na zabezpieczeniu społeczeństwa przed sprawcą, które jest realizowane poprzez jego długotrwałą izolację. Koncepcja ta przeciwna jest idei pracy klinicznej ze sprawcą, która polega na odbywaniu przez sprawcę kary pozbawienia wolności m.in. w indywidualnie dobranym systemie terapeutycznym, co prowadzić ma w założeniu do realizacji celów kary, tj. readaptacji społecznej[403]. Tak jak to zostało bowiem podkreślone, w każdym z przytoczonych tutaj projektów zmiany Kodeksu karnego jednym z głównych postulatów było zwiększenie ustawowego zagrożenia karą w zakresie przestępstw seksualnych, zamiast podjęcie innych form kształtujących prewencję w ich zakresie.

Dodatkowym elementem ocenianej propozycji względem zmian art. 198 kk jest rozróżnienie granic penalizacji względem kary w kontekście dwóch ujętych tam czynności wykonawczych. Już na gruncie uzasadnienia do poprzedniego projektu zmian Kodeksu karnego z 2019 roku podniesiono, że dyferencjacja tego rodzaju na gruncie art. 197 kk jest uzasadniona, gdyż zgwałcenie popełnione w formie doprowadzenia pokrzywdzonego do wykonania lub poddania się innej czynności seksualnej niesie ze sobą mniejszy stopień społecznej szkodliwości aniżeli ma to miejsce w przypadku obcowania płciowego[404]. Twórcy projektu z 8 marca 2021 roku zdają się podążać za tym stanowiskiem, czego wynikiem jest dokonanie rozbicia art. 198 kk na dwa paragrafy obejmujące dwa typy podstawowe w zależności do czynności wykonawczej podjętej przez sprawcę. W świetle proponowanych zmian w tym kontekście warto zastanowić się, czy aby na pewno taki podział jest właściwy z punktu widzenia ochrony pokrzywdzonego. Założenie, wedle którego ofiara, na której sprawca dopuścił się obcowania płciowego jest *ex lege* uważana za bardziej pokrzywdzoną, aniżeli w przypadku doprowadzenia do innej czynności seksualnej zdaje się nieprzystającą do reszty proponowanych zmian legislacyjnych w zakresie m.in. art. 198 kk. Niezależnie bowiem od formy zrealizowanego znamienia czasownikowego przestępstwa

[403] M. Bocheński, *Trendy w polskiej polityce karnej w zakresie przestępczości seksualnej*, w: *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2019 (rok XXIII), z. 3, s. 148.

[404] Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 14 maja 2019 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451, Sejm VIII kadencji, s. 36, https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/996CE307123D03FEC12583FA0069E8F2/%24File/3451.pdf [data dostępu: 25.02.2023].

seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności u pokrzywdzonego mogą wystąpić te same negatywne konsekwencje czynu w postaci np. zespołu stresu pourazowego (PTSD), którego natężenie jest uzależnione od uwarunkowań psychicznych ofiary, nie zaś od czynności podjętej przez sprawcę. Mając na uwadze dbałość projektodawców o sprostanie wskazywanym w treści uzasadnienia projektu standardom europejskim w zakresie regulacji przestępczości seksualnej z jednoczesnym powołaniem się na inne wypełniające te dyrektywy ustawodawstwa państw obcych, nie sposób odnieść wrażenia, że kwestia przedmiotowego podziału, od którego uzależnione jest zagrożenie karą została potraktowana w sposób sprzeczny z założeniem projektu[405]. Dążąc do wypełnienia funkcji ochronnej i dyrektywy prewencji w zakresie czynów z rozdziału XXV Kodeksu karnego, twórcy projektu uznali za właściwe dokonanie arbitralnego rozróżnienia ofiar na te bardziej i mnie pokrzywdzone. Taki kierunek budzi uzasadnione wątpliwości i nie można go ocenić jako właściwy mając na uwadze całokształt proponowanych zmian.

Dlatego też, można wskazać, że próby zunifikowania trzech typów rodzajowych przestępstw z art. 197 kk, art. 198 kk i art. 199 kk i traktowanie ich jako trzech przypadków zgwałcenia jest krokiem właściwym i stanowi realizację koncepcji uwrażliwiania społeczeństwa na wszelakie wymiary przestępczości seksualnej. Jednocześnie takie posunięcie pozwoliłoby wyprowadzić z cienia zgwałcenia przestępstwo seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, które nie wybrzmiewa dostatecznie, będąc często mylonym z czynem z art. 197 kk.

Jednakże zmiany zaproponowane przez projektodawców w 2021 roku w kontekście znowelizowania zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 kk noszą znamiona wzmiankowanego już w tym rozdziale penalnego populizmu. Przykładem tego rodzaju działań są postulowane cyklicznie zmiany w zakresie wzmożenia surowości kar za przestępstwa seksualne, czy też tworzenie kolejnych typów kwalifikowanych, co miało miejsce np. w 2009 roku poprzez dodanie zgwałcenia pedofilskiego. Efektem tych starań, jest chociażby wielokrotnie przywoływana nowelizacja z dnia 7 lipca 2022 roku oczekująca na nabranie mocy prawnej. Podkreślić jednak trzeba, że kroki podejmowane przez ustawodawcę w tych kierunkach nie są bowiem umotywowane wzmocnieniem ochrony przed przestępczością seksualną,

[405] Ibidem, s. 5.

a w głównej mierze są umotywowane społecznym jednoznacznie negatywnym nastawieniem do sprawców przestępstw wymierzonych w wolność seksualną jednostki. Tym samym, mając na uwadze słuszność ogólnych założeń stojących za projektem zmian w kontekście analizowanego typu rodzajowego przestępstwa, tj. propozycji z dnia 8 marca 2021 roku, nie można zapominać o ujęciu zdroworozsądkowym, które niekoniecznie musi pokrywać się z postulatami zwiększającymi zagrożenie karą. Nie jest to rozwiązanie złe, jednakże projektodawcy upatrują w nim jedynego rozwiązania problemu prewencji w zakresie przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego, w tym również przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk. Potrzebnym jest skorelowanie działań w tym zakresie, które polegać by miały na zmianach legislacyjnych oraz podjęciu ogólnospołecznej akcji edukacyjnej, mającej na celu uwrażliwianie społeczeństwa na problematykę negatywnego zjawiska jakim jest przestępczość seksualna. Niemniej jednak na zdecydowaną aprobatę zasługuje sam fakt dostrzeżenia przez projektodawców konieczności objęcia nowelizacją także art. 198 kk, co niestety zostało pominięte w uchwalonej nowelizacji, która stwarzając wrażenie zorientowanej na wzmocnienie ochrony pokrzywdzonych przestępstwami seksualnymi, po raz kolejny nie objęła zaniedbanego obszaru, jakim jest seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności.

Obraz taki budzi wątpliwości, jednakże prawdopodobnie za takim stanem rzeczy przemawiają dane statystyczne.

Informacje gromadzone w zakresie stwierdzonych przestępstw z art. 198 kk gromadzone systematycznie przez Policję ukazują w miarę stały i dość niski poziom przestępczości tego rodzaju. Oscyluje on w średniej, która z lat 1999-2020 wynosi około 115 przypadków w skali roku. W porównaniu do przestępstwa zgwałcenia, gdzie z analogicznego okresu średnia ta wyniosła około 1.690 przypadków stwierdzanych rocznie różnica jest ogromna[406]. Stan ten można uznać za, co do zasady utrwalony, zwłaszcza biorąc pod uwagę dane statystyczne obejmujące okresy obowiązywania poprzednich dwóch ustaw karnych. Poziom przestępczości kreuje się zatem począwszy od lat dwudziestych XX wieku do chwili obecnej na poziomie od kilku do maksymalnie

[406] *Statystyka Policji – wykorzystanie seksualne osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198),* https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/63499,Wykorzystanie-seksualne-osoby-bezradnej-lub-niepoczytalnej-art-198.html [data dostępu: 19.04.2023]; *Statystyka Policji – zgwałcenie,* https://statystyka.policja.pl/st/przestepstwa-ogolem/przestepstwa-kryminalne/zgwalcenie/122293,Zgwalcenie.html [data dostępu: 19.04.2023].

157 przypadków w 2020 roku[407]. Wskazać jednakże należy, że pomimo stosunkowo niewielkiego udziału popełnianego przestępstwa wypełniającego znamiona seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, w ostatnich latach, tj. w okresie obowiązywania Kodeksu karnego poziom ten jest znacznie wyższy, aniżeli miało to miejsce w przeszłości, tj. w okresie obowiązywania poprzednich polskich ustaw karnych.

Dodać należy, że jakkolwiek utopijne nie jest to stwierdzenie, zainteresowanie ustawodawcy w zakresie sposobów zwalczania danego rodzaju przestępczości wynikać powinna także z innych czynników, aniżeli wyłącznie z tych statystycznych. Przede wszystkim zaś, jak zostało to wskazane już we wstępie do niniejszej rozprawy, problemem są występujące w praktyce orzeczniczej przypadki błędnej kwalifikacji prawnej czynu sprawcy jako zgwałcenie, podczas gdy tak naprawdę stanowił on przestępstwo seksualnego wykorzystania. Istota bowiem tkwi w wielokrotnie wykazywanej nieostrości przesłanek i trudności w ocenie konkretnego stanu faktycznego.

Oczywiście, stosunek popełnianych przestępstw z art. 197 kk i art. 198 kk będzie zawsze miażdżący, na rzecz tego pierwszego. Jednakże istotnym jest skoncentrowanie się przez prawodawcę na innych czynnikach, takich jak chociażby stopień społecznej szkodliwości czynu. Ten zaś jest wysoki w przypadku omawianego typu rodzajowego przestępstwa. Drogą powtórzenia, wskazać można, że na tak sformułowane stwierdzenie składają się dotychczasowe wnioski w zakresie analizowanego zagadnienia, na które składają się wspomniane przed momentem niedookreślone przesłanki pozaprawne, które stanowią rys charakterystyczny pokrzywdzonego jako osoby znajdującej się w szczególnie trudnym położeniu uniemożliwiającym mu reakcję na wymierzony w niego zamach na wolność seksualną. Dodatkowo, mając na uwadze, że oceniany przepis nie był od jego wprowadzenia w 1997 roku poddawany nowelizacji oraz fakt zdecydowanej dotkliwości przestępczości seksualnej jako takiej, można wskazać że zaniechania ustawodawcy w tym przedmiocie są znaczne. Dlatego też, wspomniany projekt zmiany art. 198 kk z 2021 roku należy uznać za przełomowy, gdyż traktuje, również w zakresie ustawowego zagrożenia karą, omawiany typ rodzajowy

[407] *Statystyka Policji – wykorzystanie seksualne osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198),* https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/63499,Wykorzystanie-seksualne-osoby-bezradnej-lub-niepoczytalnej-art-198.html [data dostępu: 24.04.2023].

przestępstwa jako kompleks wraz z art. 197 kk i art. 199 kk. Jest to zatem właściwy kierunek, w którym w przyszłości powinien pójść ustawodawca, a czego zabrakło w ustawie z dnia 7 lipca 2022 roku.

Zakończenie

Mając na uwadze poczynione na gruncie dysertacji rozważania, wskazać należy, że postawiona we jej wstępie hipoteza znalazła swoje potwierdzenie. Głównym problemem dotykającym przestępstwa z art. 198 kk są jego nieostre przesłanki, których konsekwencją jest ryzyko powstania rozbieżności interpretacyjnych, a to zaś znajduje swoje odzwierciedlenie w procesie subsumpcji.

Taka konstatacja jest konsekwencją przeprowadzonych badań, na które składa się synteza wniosków cząstkowych.

Przede wszystkim wskazać należy, że przepis sankcjonujący seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności będąc przedmiotem regulacji w obu poprzednich wersjach Kodeksu karnego, zarówno z 1932 roku (art. 203 kk z 1932 roku), jak i z 1969 roku (art. 169 dkk) przeszedł zasadniczą ewolucję. Analiza przepisów, które były poprzednikami obecnego art. 198 kk pokazuje, że podejście ustawodawcy do zagadnienia przestępczości seksualnej w ogóle jest ściśle powiązane ze przemianami społecznymi w zakresie stosunku do seksualności człowieka. W miarę upływu czasu przesunięto bowiem akcent, który obecnie jest położony na ochronę osób znajdujących się w obiektywnie trudnym położeniu, takim jak bezradność lub niepoczytalność wywołana chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym, przy jednoczesnym przyznaniu tym osobom prawa do realizacji w zakresie podejmowanej aktywności seksualnej.

Ta ewolucja pokazuje natomiast, że właściwym dobrem prawnie chronionym w przypadku ocenianego typu rodzajowego przestępstwa jest obecnie wolność seksualna. Wniosek taki jest konsekwencją przyznania podmiotom, niezależnie od stanu, w jakim się znajdują prawo do swobodnego podejmowania decyzji w zakresie przedsiębranej aktywności seksualnej, która jest bezpośrednio wyprowadzanym dobrem

z art. 31 oraz art. 47 Konstytucji RP. Natomiast, pojawiające się dotychczas wątpliwości w zakresie tego, czy osoba będąca bezradną lub niepoczytalną, a więc niemogącą podjąć ważnej prawnie zgody może być podmiotem wolności seksualnej są bezzasadne. Taka konkluzja wypływa bezpośrednio z poczynionych ustaleń, wedle których znamieniem omawianego przestępstwa jest brak zgody. Podejmując się ustaleń w tym kontekście można zatem wskazać na kilka okoliczności, w których dochodzi do braku zgody. Oprócz najoczywistszej z nich, tj. takiej kiedy dysponent dobrem świadomie i swobodnie wyraża słownie lub niewerbalnie swój sprzeciw wobec zachowania sprawcy, do braku zgody zaliczyć także inne mniej dosłowne okoliczności, w tym m.in. brak możliwości swobodnego i świadomego wyrażenia swojej woli przez jednostkę. Jest to bowiem sytuacja, w której znajduje się osoba pokrzywdzona przestępstwem z art. 198 kk.

To pokazuje, że wolność seksualna, tak jak zresztą i szersze znaczeniowo dobro z którego została ona wyłączona, czyli wolność posiada dwa aspekty: pozytywny, rozumiany jako wolność do i negatywny, czyli wolność od. W przypadku przestępstwa stanowiącego przedmiot niniejszego opracowania dobrem chronionym jest element pozytywnej wolności, która bywa w literaturze określana jako prawo do samostanowienia w zakresie życia seksualnego jednostki.

Problemy z wyinterpretowaniem charakteru wolności seksualnej jako dobra prawnie chronionego przy przestępstwie seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności doprowadziły do powstania stronnictwa zwolenników wprowadzenia obok wolności seksualnej nowej kategorii dobra w postaci autonomii seksualnej. Stanowisko takie nie jest z założenia błędne, ale mając na uwadze dwa aspekty wolności, tj. wolność pozytywna i wolność negatywna, jest ono zbędne. Jego wprowadzenie oznaczałoby bowiem, że wolność seksualna, to tak naprawdę wolność od, zaś autonomia seksualna, to wolność do. To zaś prowadziłoby do konieczności zredefniowania wolności *in generale*. Dlatego też stosownym jest pozostanie przy obecnym dobru chronionym – wolności seksualnej, której definicja zawiera w sobie zarówno element wolności od napaścią seksualną, jak i prawo do samostanowienia o kształcie życia seksualnego człowieka.

W zakresie zaś drugiego tytułowego dobra chronionego z rozdziału XXV Kodeksu karnego, wskazać należy, że uzasadnione są wątpliwości co do jego dalszego utrzymywania w tym charakterze na gruncie ustawy karnej. Jak pokazuje prawno-historyczna analiza przeszłych regulacji omawianego typu rodzajowego przestępstwa, ewolucje światopoglądowe wyznaczają kierunek nowelizacji prawa karnego w zakresie przestępczości seksualnej. Radykalne zmiany w podejściu ustawodawcy polegające m.in. na depenalizacji stosunków homoseksualnych, powszechne uznawanie za możliwe pociągniecie małżonka ofiary do odpowiedzialności karnej z tytułu zgwałcenia, czy też ochrona osób chorych psychicznie lub upośledzonych umysłowo przed nadużyciami seksualnymi wyłącznie do sytuacji ich niepoczytalności, która nie oznacza *de facto* wyłączenia tej kategorii osób z życia seksualnego pokazuje wolnościowy i pluralistyczny kierunek w jakim podąża ustawodawstwo karne w tym zakresie.

W obecnych realiach akceptowalne społecznie jest realizowanie przez członków danego społeczeństwa swojego życia seksualnego na więcej niż jeden sposób, w relacji heteroseksualnej, homoseksualnej etc. To zaś stoi w sprzeczności z założeniem, wedle którego ta część życia człowieka ma być zgodna z jednolitym i powszechnie akceptowanym modelem w tym zakresie, wedle którego poddawane są ocenie jednostki. Owszem, w zakresie przestępczości seksualnej, niezależnie od przyjętego przez człowieka światopoglądu na seksualność, można wskazać, że czyn z art. 198 kk wykracza przeciwko obyczajności. Jednakże mowa tutaj tak naprawdę o czynie niemoralnym, zaś samo pojęcie „obyczajności" jest w takim kontekście rozumiana jako postępowanie niezgodne z utrwalonym wzorcem moralnym. Oznacza to zatem, że obyczajność występująca na gruncie rozdziału XXV Kodeksu karnego obyczajność, to tak naprawdę pozaprawna kategoria negatywnej oceny moralnej dla czynu sprawcy, której podstawą jest sprzeczność z fundamentalna zasada „nie krzywdź drugiego człowieka". Można zatem jako pole do dalszej dyskusji potraktować zagadnienie dalszego utrzymania obyczajności seksualnej jako dobra prawnie chronionego, zwłaszcza że wolność seksualna jawi się jako przedmiot ochrony prawnokarnej w omawianym kontekście jako wystarczając. Dodatkowo, obyczajność rodzi ryzyko dla ustawodawcy do tworzenia prawa, które oznaczałoby podporządkowanie zachowań seksualnych ludzi pod jakiś arbitralnie narzucony przez ustawodawcę schemat. Takie

zaś zjawisko jest niebezpieczne z uwagi na ryzyko manipulowania poprzez ustawodawstwo jedną z najintymniejszych, najbardziej prywatnych aspektów życia ludzkiego. Możliwym do sformułowania wnioskiem zatem jest, że kwestia obyczajności to aktualnie odbłysk problemu prawa pozytywnego w zakresie konfliktu prawa i moralności. Jednakże konflikt ten jest w omawianym kontekście pozorny, gdyż za prawidłową można uznać konkluzję, że przestępstwo z art. 198 kk jest przestępstwem wykraczającym przeciwko wolności seksualnej rozumianej jako prawo do samostanowienia człowieka o swojej aktywności seksualnej, przy jednoczesnym moralnym potępieniu tego rodzaju seksualnej przemocy podejmowanej przez sprawcę tego czynu. Nie sposób przy tym zaprzeczyć samej idei obyczajności, która jednak chcąc utrzymać *status quo* powinna, jak się zdaje, zostać poddana przeformułowaniu poprzez zwrócenie się w stronę jej pojmowania znanego w literaturze z zakresu prawa wykroczeń. W takim kształcie obyczajność seksualna stałaby się bardziej neutralną światopoglądowo obyczajnością publiczną rozumianą jako naruszenie ogólnych zasad współżycia społecznego, który można sprowadzić do powszechnego sprzeciwu społeczeństwa wobec przemocy seksualnej. W ten sposób zaakcentowany mógłby zostać element przemocy, agresji, przy jednoczesnym nieobciążaniu pojęcia „obyczajność" w kontekście przestępczości seksualnej kategoriami związanymi z wyznawanym światopoglądem, religią, czy też orientacją seksualną. W obecnej jednak formie obyczajność z rozdziału XXV Kodeksu karnego nie jest dobrem adekwatnym, jawiącym się jako zbytnio zaprzeszłe. Występujące zaś w tym kontekście wątpliwości i zastrzeżenia budzą jednak nowe płaszczyzny do podjęcia dyskursu nad przemodelowaniem zagadnienia dóbr prawnie chronionych dla przestępstw seksualnych.

Problematyka ustalenia w sposób precyzyjny charakteru dobra prawnego przestępstwa z art. 198 kk jest pierwszym przykładem ilustrującym prawdziwość postawionej na wstępie hipotezy. Innym tego dowodem są rozliczne wątpliwości pojawiające się w procesie wykładni przesłanek strony przedmiotowej, czyli przesłanek pozaprawnych.

Jedynymi kwestiami, które pozostają w zasadzie poza wszelkimi wątpliwościami jest to, że poddane analizie przestępstwo może zostać popełnione bez

względu na to jaka relacja łączy sprawcę z pokrzywdzonym. Okoliczności takie, czy sprawca i ofiara pozostają w związku małżeńskim, czy też w konkubinacie albo w związku homoseksualnym na kształt konkubinatu nie mają w tym zakresie jakiegokolwiek znaczenia dla chociażby umniejszenia winy sprawcy. Pozostałe jednak elementy strony przedmiotowej budzą dużo więcej problemów interpretacyjnych.

Pierwszym z nich jest ustalenie prawidłowej definicji przesłanki „choroba psychiczna". Wnioski płynące z przeprowadzonego badania wskazują na to, że jest to pojęcie, które interpretując można posłużyć się pomocniczo regułami wykładni pojęć mu bliźniaczych, które pojawiają się w innych aktach, zwłaszcza zaś w ustawach szczególnych, takich jak chociażby ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Pamiętać jednak należy, że w związku z tym, że cel ustawy o ochronie zdrowia psychicznego jest inny, aniżeli ma to miejsce w przypadku Kodeksu karnego, koniecznym jest zachowanie ostrożności w czerpaniu z definicji z tej ustawy szczególnej. Znamiennym jest jednak, że uop w przeciwieństwie do Kodeksu karnego tworząc siatkę pojęciową czerpie z terminów zaczerpniętych z psychologii, czy psychiatrii, np. zaburzenia psychiczne. To zaś otwiera pytanie o to w jaki sposób i czy w ogóle dopuszczalne jest wspieranie się narzędziami mającymi rodowód w naukach pozaprawnych do procesu wykładni pojęć z zakresu prawa karnego. Oczywiście udowodnienie w praktyce, tego czy pokrzywdzony w momencie zdarzenia był bezradny lub niepoczytalny z uwagi na chorobę psychiczną lub upośledzenie umysłowe jest kwestią przeprowadzenia opinii sądowo-psychiatrycznej. Jednakże już sam przepis powinien, podług zasady tworzenia prawa zrozumiałego, wskazywać w jakim przypadku należy go zastosować. To oznacza, że z uwagi na to, że wstępną ocenę stanu faktycznego pod kątem zasadności wszczęcia postępowania przygotowawczego przeprowadza organ ścigania, przepis powinien być możliwie jasny i klarowny. Dopiero zaś na kolejnym etapie postępowania, już po podjęciu decyzji merytorycznej co do zasadności jego prowadzenia tworzy się konieczność powołania biegłych psychiatrów w celu ustalenia stanu ofiary w momencie czynu. Można zatem postawić pytanie w jakim kierunku powinno podążać ustawodawstwo karne. W tym celu, z uwagi na pojawiające się korelacje tego znamienia ze stosowanym na gruncie psychiatrii i psychologii terminem, ujętym zresztą w klasyfikacjach ICD-11 oraz DSM-V, skłania do rozważenia możliwości nowelizacji, a tym samym wysunięcia postulatów *de lege ferenda*. Mając na uwadze powyższe

oceny wymagają trzy możliwe scenariusze.

Pierwsza opcja zakładająca wprowadzenie nieznanego dotąd ustawie karnej pojęcia zaburzenie psychiczne ma swój niewątpliwy atut jakim jest zgodność merytoryczna pomiędzy naukami pomocniczymi takimi jak np. psychiatria. Jednakże na tym aspekcie można zakończyć wymienianie elementów pozytywnych przedstawianego rozwiązania, gdyż wprowadzenie zupełnie nowego terminu, który musiałby zostać konsekwentnie wprowadzony wszędzie tam, gdzie ustawodawca wymienia chorobę psychiczną, tj. przede wszystkim na gruncie art. 31 kk, ale także w kontekście regulacji dotyczącej środków zabezpieczających z rozdziału X Kodeksu karnego, art. 45a kk dotyczącego przepadku, czy art. 156 kk – przestępstwa spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Paradoksalnie nie jest to jednak jedyna konsekwencja ewentualnych zmian w opisywanym tutaj kształcie.

Mankamentem, który w sposób wyraźny rezonuje w tej propozycji jest brak możliwości dokonania wykładni w oparciu o chociażby pomocnicze stosowanie definicji z art. 3 pkt lit. a ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Wprowadzenie całkowicie nowego pojęcia niosłoby ze sobą ryzyko destabilizacji wykładni, a w konsekwencji wprowadzenie dodatkowego chaosu interpretacyjnego, grożącego nadmiernym rozszerzaniem definicji zaburzeń psychicznych o wszelkie ich przejawy w oparciu o bardzo rozbudowane klasyfikacje ICD oraz DSM.

W związku z powyższym proponowanym drugim rozwiązaniem jest zastosowanie nowej przesłanki „zaburzenia psychiczne” wraz z dopowiedzeniem podobnym do tego z ustawy o ochronie zdrowia psychicznego jakich kategorii ma ono dotyczyć, aby mogło rodzić konsekwencje opisane w ustawie karnej. Do takiej grupy zaliczyć można najpoważniejsze rodzaje zaburzeń należące do kategorii schizofrenii, zaburzeń nastroju, zaburzeń dysocjacyjnych tożsamości, zaburzeń kontroli impulsów, zaburzeń związanych z kompulsywnymi zachowaniami seksualnymi, czy nadmierny popęd płciowy. Tak dobrany katalog wyklucza ryzyko poszerzania go o inne zaburzenia, które w mniejszym aniżeli w dużym stopniu funkcjonowanie w społeczeństwie, a tym samym nie powinny mieć wpływu na odpowiedzialność sprawcy. Zaburzenia takie o niższym stopniu natężenia powinny być traktowane wyłącznie jako inne zakłócenia czynności psychicznych, nie zaś jako zaburzenia psychiczne.

Inną metodą jest wprowadzenie do art. 115 kk definicji legalnej zaburzenia

psychicznego, która polegałaby na definicji poprzez egzemplifikację. Podobną konstrukcję ustawodawca zastosował w przypadku art. 150 §2 kkw, ustanawiając legalną definicję terminu „ciężka choroba". Kolejny paragraf w art. 115 kk zakładać mógłby zatem, że zaburzeniem psychicznym jest zaburzenie o przynajmniej dużym natężeniu należącym do kategorii zaburzeń o typie schizofrenicznym, zaburzeń nastroju, zaburzeń dysocjacyjnych tożsamości, zaburzeń kontroli impulsów, zaburzeń związanych z kompulsywnymi zachowaniami seksualnymi lub nadmierny popęd płciowy[408]. To oznaczałoby zamknięcie dyskusji doktrynalnych, z uwagi na zastosowanie jako elementów składowych pojęć sensu stricte medycznych, to jest takich których dokładne znaczenie zawarte jest w opracowaniach z zakresu psychiatrii. Dodatkowo można wskazać, że w zakresie odpowiadającym wymaganiom do dokonania wykładni prawa karnego wystarczającym jest przy interpretacji lub subsumpcji przepisu odniesienie się do kryteriów zawartych w klasyfikacji ICD, która zawiera przytoczone wyżej pojęcia.

W związku z powyższymi propozycjami nasuwa się jednak wątpliwość odnośnie konieczności dokonywania tak dalekiej ingerencji w obecnie obowiązujące przepisy zmierzające do usunięcia kodeksowego pojęcia choroby psychicznej. Pytaniem zasadniczym jest czy wprowadzanie takiej regulacji jest zasadne i czy jest to jedyny sposób, który wykluczyłby lub w przynajmniej znacznym stopniu ograniczył problemy związane z dokonaniem poprawnej interpretacji terminu „choroba psychiczna". Wszystkie z dotychczas przedstawionych propozycji nowelizacji Kodeksu karnego nie są możliwe do zaakceptowania, nie rozwiązują one bowiem problemu niejednolitości terminologicznej w obrębie jednego systemu prawa w kontekście przesłanek medycznych, w tym również na gruncie art. 198 kk.

Można wskazać, że wprowadzanie nowego pojęcia „zaburzenie psychiczne" nie wpłynie korzystnie na wykładnię tego pojęcia, bo i tak jego zakres będzie się różnił na kanwie różnych ustaw. Dla przykładu można tutaj przywołać ustawę o ochronie zdrowia psychicznego. Nie jest możliwym transponowanie definicji z tej ustawy na grunt

[408] W literaturze wskazuje się, że największy wpływ na treść opinii sądowo-psychiatrycznych wydawanych odnośnie stwierdzenia choroby psychicznej jako warunku niepoczytalności jest związanych z poczynieniem ustaleń odnośnie występowania psychoz, zaburzeń wyłączających lub poważnie ograniczających kontrolę nad swoim zachowaniem, czy też w zakresie emocjonalnym i popędowym, tak: J. Heitzman, I. Markiewicz, *Niepoczytalność...*, s. 48.

Kodeksu karnego, gdyż inne są cele uop, a inne przyświecały ustawodawcy poprzez penalizację np. przestępstwa z art. 198 kk.

Dlatego też najbardziej bezpiecznym rozwiązaniem byłoby wprowadzenie tzw. wersji hybrydowej, tj. polegającej na pozostawieniu znanej nomenklatury „choroba psychiczna" z jednoczesnym zdefiniowaniem jej na gruncie art. 115 kk. Rozwiązanie takie, choć niespełniające w pełni wymogów współczesnej wiedzy psychiatrycznej, stanowi w pewnym stopniu o progresywności z zachowaniem sprawdzonych schematów, występujących na gruncie doktryny i orzecznictwa. Zaletą takiego rozwiązania byłoby również ograniczenie potrzeby posiłkowania się interpretacją tego terminu wypracowaną w piśmiennictwie z zakresu na przykład wzmiankowanej ustawy o ochronie zdrowia psychicznego. Definicja ustawowa stanowiłaby zatem pomoc dla przeprowadzenia właściwej interpretacji i kwalifikacji prawnej czynu. Nie zmienia to jednak tego, że odnośnie stanu pokrzywdzonego w momencie zdarzenia koniecznym jest przeprowadzenie badania sądowo-psychiatrycznego w celu ustalenia, w jakim stanie psychicznym znajdowała się ofiara w chwili czynu. Tym samym jest to nieodłączny element postępowania dowodowego, wymagający wiedzy specjalistycznej. Niemniej jednak dokonanie właściwej kwalifikacji czynu sprawcy, już na etapie wszczęcia postępowania przygotowawczego leży w gestii prokuratora, a to przemawia za zasadnością postawionego postulatu odnośnie definicji legalnej przesłanek medycznych, na których m.in. opiera się dyspozycja art. 198 kk.

Można zatem wskazać, że akceptowalnym jest pozostawienie pojęcia „choroba psychiczna" na gruncie Kodeksu karnego, które wraz z innymi zakłóceniami czynności psychicznych, jak i upośledzeniem umysłowym tworzą ustawowy zbiór terminologiczny. Jednakże, o ile w przypadku innych zakłóceń czynności psychicznych dokonanie przez przedstawiciela nauki prawa karnego eksplikacji tego pojęcia z uwzględnieniem jego psychiatrycznego powiązania jest możliwe, o tyle w przypadku choroby psychicznej sytuacja zdaje się być bardziej rozbudowana.

Tak jak zostało to już na gruncie niniejszej dysertacji wskazane, za pojęciem „choroba psychiczna" kryje się stan osoby nim dotkniętej odznaczający się, z wyłączeniem okresu remisji, zdecydowanymi ograniczeniami w funkcjonowaniu w sposób niezakłócony samodzielnie w społeczeństwie, co jest powiązane

z trudnościami w kontekście nawiązywania kontaktu z otoczeniem, zaburzeniami sfery postrzegania, kontroli popędów, czy też reakcji na emocje i radzenie sobie z nimi. Ten skrótowy opis oddaje sens spojrzenia na definicję choroby psychicznej poprzez pryzmat konkretnych zaburzeń psychicznych wyszczególnionych w psychiatrii i uczynienie sobie z nich narzędzia akcesoryjnego w zakresie procesu dokonywania wykładni omawianego pojęcia.

Kwestia poprawnego określenia czym jest choroba psychiczna na gruncie Kodeksu karnego przekłada się bezpośrednio na właściwe zastosowanie przepisu w praktyce. Ma to również odniesienie do analizowanego tutaj zagadnienia przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk. Zasadnym zatem jest pozostawienie funkcjonującego w ramach kodeksowej aparatury językowej znanego pojęcia, z jednoczesnym doprecyzowaniem go w ramach przepisu stanowiącego słowniczek ustawowych pojęć. Pozwalałoby to bowiem, szanując dorobek nauki prawa karnego, odnieść się do zagadnień o etiologii psychiatrycznej, a tym samym stworzyć spójną całość pozwalającą w dużym stopniu rozwiać zasadnicze problemy natury interpretacyjnej.

Drugą przesłanką pozaprawną, która budzi problemy interpretacyjne, choć nie tak wielkie, jak w przypadku terminu „choroba psychiczna" jest „upośledzenie umysłowe".

Również to pojęcie nie jest wśród przedstawicieli psychiatrii i psychologii uznawane za aktualne. W naukach tych funkcjonuje z powodzeniem jego mniej nacechowany negatywnie zamiennik, „niepełnosprawność intelektualna". W kontekście zaś prawnokarnej analizy przesłanki przestępstwa z art. 198 kk w postaci upośledzenia umysłowego, z powodzeniem można stosować jako narzędzie ułatwiające jego wykładnie definicję z zakresu nauk pozaprawnych.

Wykładnia literalna każe rozumieć natomiast, że penalizacją jest obłożona tylko i wyłącznie sytuacja wykorzystania upośledzenia umysłowego w sytuacji, kiedy osoba nim dotknięta jest niepoczytalna. Mając zaś na uwadze podział niepełnosprawności intelektualnej na stopnie jego zaawansowania i możliwe skorelowanie ich z określeniem stopnia poczytalności osoby upośledzonej umysłowo, można skonkludować, że *ex lege*, co do zasady, wyłączona jest penalizacja czynu sprawcy popełnionym na osobie z upośledzeniem umysłowym ze stwierdzoną niepełnosprawnością w stopniu lekkim nie

będzie niepoczytalna, lecz poczytalna w stopniu ograniczonym. Osoba znajdująca się takim stanie, hipotetycznie ma możliwość dostatecznego rozeznania sytuacji, w jakiej się znajduje i podjęcie decyzji w zakresie dyspozycji swoją wolnością seksualną. Jednakże koniecznym jest wskazanie, że jako przesłanka nieostra, ocena stanu osoby upośledzonej umysłowo w momencie popełniania przez sprawcę czynu powinna być przeprowadzona w sposób indywidualny, z uwagi na konieczność dokładnego zbadania wszelkich okoliczności i wysokiego stopnia prawdopodobieństwa dokonania błędu w tym zakresie.

Mając natomiast na uwadze dywagacje poczynione w zakresie wyprowadzenia znaczenia pojęcia „bezradność" na gruncie art. 198 kk można wskazać na kilka wniosków w zakresie postulatów *de lege ferenda*. Koncentrują się one wokół ustalenia czy takie zbiorcze określenie bezradności zawierające, jak to zostało ustalone, zarówno elementy typowe dla definicji innych zakłóceń czynności psychicznych z art. 31 §1 kk, jak i te dotykające wyłącznie fizyczności człowieka powinny stanowić wspólną przesłankę przestępstwa z art. 198 kk.

Fakt sięgnięcia przez ustawodawcę szerzej, wychodząc tym samym poza krąg elementów czysto psychicznych należy ocenić jednoznacznie pozytywnie, gdyż w przeciwnym razie nastąpiłoby wyłączenie kryminalizacji niektórych z sytuacji, np. seksualne wykorzystanie osoby sparaliżowanej. Kwestią sporną jest natomiast czy rozdzielając te dwie sfery składające się na jedną przesłankę można by wykluczyć hipotetycznie dające się wyprowadzić stany faktyczne, które w obecnym stanie prawnym mogłyby stanowić o bycie przestępstwa z art. 198 kk, pomimo nagromadzonych wokół nich wątpliwości.

Takimi abstrakcyjnymi przykładami może być sytuacja rzekomego wykorzystania kobiety z powołaniem się przez pokrzywdzoną na stan ciąży, bądź menstruację. Okoliczności takie, kilkukrotnie przywoływane na gruncie niniejszej dysertacji, choć absurdalne, w świetle zarówno orzecznictwa, jak i literatury są traktowane jako przejawy innych zakłóceń czynności psychicznych w rozumieniu kodeksowym. Tym samym interpretacja w tym zakresie jest, według utrwalonej praktyki, transponowana na gruncie analizy znamienia bezradności przy seksualnym

wykorzystaniu z art. 198 kk. Sytuacja taka może mieć hipotetycznie miejsce w związku z oddzieleniem przez ustawodawcę skutku w postaci braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim zachowaniem przez ofiarę, a jedynie uzależniona od dającego się ustalić w sposób, co do zasady, obiektywny stanu.

Taki stan rzeczy stanowi pole do dyskusji nad postulatami w zakresie ewentualnej nowelizacji przepisu art. 198 kk w ten sposób, aby rozdzielić pojęcie bezradności na dwa składniki.

Pierwszy – bezradność fizyczna oderwana od konieczności wystąpienia skutku w sferze psychiki pokrzywdzonego.

Drugim zaś składnikiem, którego wprowadzenie byłoby w tym miejscu racjonalne byłyby, będące kontynuacją regulacji dotyczącej niepoczytalności, inne zakłócenia czynności psychicznych.

Tym samym zakończeniu uległyby dywagacje dotyczące stosunku bezradności do skutku wymienionego w dalszej części dyspozycji przepisu art. 198 kk, jak również wykluczone zostałyby hipotetyczne, acz absurdalne możliwe sytuacje, które w przypadku powiązania psychicznej części składającej się na bezradność byłyby uzależnione od nastąpienia wskazanego w przepisie skutku.

Inna koncepcja wymagałaby przeprowadzenia nowelizacji w szerszym zakresie. Propozycję tę należy bowiem powiązać z przywołanym projektem zmiany Kodeksu karnego z dnia 8 marca 2021 roku, którego głównym założeniem jest zmiana przestępstwa zgwałcenia poprzez zamianę przesłanek obecnych na przesłankę braku zgody.

Zmiana o tym charakterze otworzyłaby możliwość do rezygnacji z przesłanki bezradności z art. 198 kk i przemianowaniu jej na „inne zakłócenia czynności psychicznych” oraz powiązanie jej ze skutkiem w postaci braku zdolności pokrzywdzonego do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Taka zmiana bez jednoczesnego wprowadzenia do art. 197 kk przesłanki braku zgody rodziłaby jednak ryzyko wykluczenia penalizacji seksualnego wykorzystania bezradności w aspekcie fizycznym. Jednakże, posługując się wzmiankowanym przykładem paraliżu ofiary, przyjmując brak zgody jako przesłankę czyn sprawcy dopuszczającego się z osobą sparaliżowaną obcowania płciowego pomimo wyrażonego przez tę osobę braku zgody, sprawca dopuściłby się

w rzeczywistości zgwałcenia. Rozwiązanie takie jawi się jednocześnie jako komplementarne z ogólnoeuropejską tendencją do przyznania prymatu przesłankom skoncentrowanym wokół kwestii zgody pokrzywdzonego na kontakty seksualne.

Z omówieniem dotyczącym nieostrości przesłanek pozaprawnych, jak i postulatem ich indywidualnej oceny na gruncie konkretnego stanu faktycznego związany jest problem ustalenia podmiotu i strony podmiotowej.

W kontekście podmiotu przestępstwa, możliwym jest odesłanie do wniosków towarzyszącym rozważaniom odnośnie jego przedmiotu, gdyż punktem je scalającym w zakresie mogącym budzić wątpliwości jest ustalenie relacji jakie mogą zachodzić pomiędzy sprawcą a pokrzywdzonym. Na podstawie poczynionych w tym zakresie ustaleń można wskazać, że przestępstwo z art. 198 kk należy do przestępstw powszechnych.

Obarczone większymi trudnościami jest zabranie stanowiska dotyczącego strony przedmiotowej seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności wynikającego z choroby psychicznej lub upośledzenia umysłowego. Wskazać jednak należy, że popełnienie tego czynu jest możliwe w każdej formie składającej się na umyślność, tj. w zamiarze bezpośrednim, zamiarze ewentualnym oraz zamiarze *quasi*-ewentualnym. Każda z wymienionych instytucji składającej się na umyślność stwarza możliwości do ich zaistnienia na gruncie hipotetycznych stanów faktycznych. Najoczywistszym wnioskiem jest określenie, że sprawca mając pełną świadomość co do przesłanek przestępstwa poddanego analizie oraz świadomość ich zaistnienia w rzeczywistości chce popełnić ten czyn zabroniony. Natomiast odnośnie zarówno zamiaru wynikowego, jak i niby-ewentualnego można założyć, że sprawcy nie mając pełnej świadomości w przywołanym tutaj zakresie, godzą się na popełnienie przestępstwa z art. 198 kk jako skutku ubocznego swojego zachowania. Różnica polega na tym, że w przypadku zamiaru ewentualnego sprawca i chce i nie chce popełnić tego czynu, reprezentuje więc postawę niezdecydowaną, podejmując jednak działanie. Odmiennie zaś, w przypadku zamiaru *quasi*-ewentualnego sprawca jest zorientowany na zrealizowanie czynności wykonawczych, godząc się jednocześnie, że tym samym dojdzie do prawdopodobnej realizacji pozostałych znamion składających się na treść art. 198 kk. Każda z tych sytuacji, mając na względzie nieostrość i nieprzewidywalność

przesłanek medycznych przestępstwa seksualnego wykorzystania w omawianej formie, jest możliwa do zaistnienia. Dlatego też wykluczenie którejkolwiek z nich prowadziłoby do nieuzasadnionego zawężenia zakresu penalizacji analizowanego czynu zabronionego, a tym samym do zmniejszenia ochrony ofiar. Nie można zatem przychylić się do któregokolwiek ze stronnictw występujących w tym zakresie na gruncie piśmiennictwa, gdyż żadne z nich nie dopuszcza ewentualności wystąpienia w przypadku przestępstwa z art. 198 kk wszystkich trzech postaci umyślności.

Rozważania dotykające tematu strony podmiotowej stanowią bezpośredni punkt wyjścia problemu okoliczności wyłączających odpowiedzialność, takich jak błąd, ale też do przyjęcia możliwości uznania za możliwą do zaistnienia instytucję usiłowania nieudolnego.

Konstrukcja błędu *in generale* zakłada występowanie u sprawcy nieświadomości lub urojenia. To zaś prowadzi do wniosku, że możliwość przyjęcia błędu jest skorelowana z możliwością popełnienia konkretnego typu rodzajowego z zamiarem ewentualnym lub *quasi*-ewentualnym. Mając na uwadze, że przestępstwo z art. 198 kk może zostać popełnione w każdej postaci umyślności, zaś przesłanki strony przedmiotowej będąc nieostrymi i czerpiącymi z terminologii o genezie psychiatrycznej i psychologicznej, ryzyko wystąpienia błędu po stronie sprawcy jawi się jako prawdopodobne. Tak jak już wskazano, przejaw choroby psychicznej jednego rodzaju jest różny w zależności od indywidualnych cech osoby na nią cierpiącej. Przykładowa depresja, która może przebiegać odmiennie w przypadku kobiet i mężczyzn, która ponadto nie musi się ujawniać poprzez widoczne przez osoby trzecie obniżenie nastroju, ilustruje trudnymi do generalizowania znamionami są przesłanki przestępstwa seksualnego wykorzystania z art. 198 kk.

To zaś znajduje swoje przełożenie zarówno w przypadku błędu po stronie sprawcy. Owszem, w związku z nowelizacją art. 28 Kodeksu karnego z 2015 roku, w obecnym stanie prawnym niemożliwym jest przypisanie sprawcy popełnienia omawianego przestępstwa ze wskazaniem na błąd. Jednakże pamiętać należy, że sprawca który pozostaje w nieświadomości, co do występowania przesłanek pozaprawnych, a pomimo tego doprowadza do zrealizowania czynności wykonawczej nie popełnia przestępstwa z art. 198 kk w związku z brakiem możliwości przypisania

mu umyślności w żadnej postaci.

W zakresie zaś błędu, co do prawa, możliwość jego przyjęcia w przypadku analizowanego przestępstwa jest negowana, z uwagi na podniesiony w dysertacji wątek społecznej świadomości prawnej, która pokrywa się z moralnym poczuciem niesprawiedliwości. Dlatego trudno jest uznać za możliwą do zaakceptowania jako *error iuris* sytuację powoływania się m.in. na różnice kulturowe w przypadku wykorzystania seksualnego osoby bezradnej lub niepoczytalnej.

Na odmienną ocenę zasługuje natomiast w ocenianym zakresie instytucja usiłowania nieudolnego. Będąca przeciwieństwem błędu konstrukcja prawna wydaje się być aktualna, zwłaszcza w odniesieniu do seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności ofiary. W tym bowiem przypadku sprawca ma zamiar popełnienia przestępstwa opisanego przez ustawodawcę w art. 198 kk, jednakże z uwagi na niewystępowanie w rzeczywistości przesłanek pozaprawnych, napastnik nie jest w stanie wypełnić dyspozycji przywołanego przepisu. Tym samym u osoby takiej występuje urojenie w zakresie występowania znamion, przy jednoczesnym obiektywnym ich niewystępowaniu.

Kwestie tutaj poruszone, zarówno w tematyce błędu, czy usiłowania nieudolnego są bezpośrednią konsekwencją niejednorodności, zarówno samych przesłanek strony przedmiotowej, ale także stojących za nimi konkretnymi stanami faktycznymi, które przekładają się na ich prawnokarną ocenę w związku z niemożnością sprowadzenia ich charakterystyki do uśrednionego modelu.

Wszystkie przedstawione dotąd uwagi skłaniają się do rozważań w zakresie adekwatności zagrożenia karą do stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa z art. 198 kk. Można podnieść, że w tym kontekście analizowane przestępstwo seksualne zostało przez ustawodawcę potraktowane jako małe zgwałcenie, ustanawiając jego zagrożenie karą pozbawienia wolności w granicach od 6 miesięcy do lat 8, czyli w tożsamy sposób w jaki uregulowano drugi z typów podstawowych zgwałcenia, tj. w sytuacji doprowadzenia pokrzywdzonego do wykonania lub poddania się innej czynności seksualnej.

Podnieść można, że takie rozwiązanie pokazuje hierarchiczne podejście do przestępczości seksualnej, co przejawia się przez otworzenie rozdziału XXV Kodeksu

karnego najpoważniejszym rodzajem czynu zabronionego z tej kategorii, zgwałceniem.

Postulowane zmiany w zakresie m.in. zagrożenia karą przestępstwa z art. 198 kk, które w głównej mierze sprowadzałoby się do zrównania granic karalności trzech przestępstw z art. 197 kk, art. 198 kk i art. 199 kk przy jednoczesnym analogicznym ukształtowaniem typów podstawowych uzależnionych od czynności wykonawczych – obcowanie płciowe i inna czynność seksualna ocenić można wskazując ich pozytywne, jak i negatywne elementy.

Przede wszystkim uwagę, choć niekoniecznie pozytywną, zwraca proklamowanie podwyższenia ustawowego zagrożenia karą, przy jednoczesnym ustanowieniu seksualnego wykorzystania z art. 198 kk poprzez doprowadzenie do obcowania płciowego jako zbrodni. Krok ten można bowiem ocenić jako przejaw populizmu penalnego, nie zaś jako rezultat rzeczywistej analizy pod kątem jego ewentualnej efektywności w zwalczaniu tego rodzaju przestępczości. Dodatkowo wskazać można, że wyraźnym jest podążanie przez twórców projektu nowelizacyjnego wedle rozwiązania przyjętego w 2016 roku przez szwedzki kodeks karny, który dodatkowo wpisał brak zgody jako przesłankę zgwałcenia. Twórcy polskiego projektu również trzy pierwsze typy rodzajowe przestępstw seksualnych z rozdziału XXV Kodeksu karnego nazywają spójnym terminem „zgwałcenie", co również sugeruje inspirację szwedzką regulacją. Ten dobry krok zasługuje na dostrzeżenie z uwagi na swój rewolucyjny charakter, a przede wszystkim na wyróżnienie przestępstwa z art. 198 kk.

Na aprobatę zatem zasługuje natomiast inicjatywa projektodawców uwypuklenia wagi przestępstwa z art. 198 kk, poprzez zestawienie je na równi z przestępstwem zgwałcenia z art. 197 kk, jak i seksualnego wykorzystania krytycznego położenia ofiary lub nadużycia stosunku zależności z art. 199 kk. Krok ten jest potrzebny, aby przestępstwo z art. 198 kk zaistniało zarówno w piśmiennictwie, jak i przede wszystkim w zbiorowej świadomości prawnej.

W związku z powyższym, mając na względzie tak poczynione wnioski, zastanowienia wymaga zagadnienie postulatów *de lege ferenda*. Zdają się one być

konieczne, zwłaszcza w świetle pominięcia przez ustawodawcę przestępstwa seksualnego wykorzystania w ostatniej nowelizacji, która została uchwalona ustawą z dnia 7 lipca 2022 roku, a która objęła niektóre przestępstwa z Rozdziału XXV Kodeksu karnego, w tym przede wszystkim zgwałcenie. Sytuacja taka tym bardziej powoduje zatem pole do rozpoczęcia dyskusji odnośnie możliwych do wprowadzenia zmian w obrębie analizowanego typu rodzajowego przestępstwa.

Mając przedstawione argumenty na uwadze, można zatem wskazać, że optymalnym jest przyjęcie koncepcji zagrożenia karą proponowanej w wielokrotnie przywoływanym na gruncie niniejszego opracowania projekcie nowelizacji z dnia 8 marca 2021 roku. Jednakże wymaga to wprowadzenia ujednoliconego zagrożenia karą w przypadku obu czynności wykonawczych. Wątpliwym jest bowiem uznanie za racjonalne rozróżnianie tych dwóch sytuacji pod względem kar, zwłaszcza przy ogólnym wydźwięku przebijającym się przez projekt zmiany art. 198 kk postulującym zwrócenie uwagi na ten typ czynu zabronionego. Pokazuje to, że przy całokształcie koncepcji zwiększenia ochrony przed seksualnymi nadużyciami, nadal występuje bardziej i mniej dotkliwe wykorzystanie seksualne bezradności lub niepoczytalności.

Dodatkowo, oparcie systemu prewencji wyłącznie na surowości kary nie jest rozwiązaniem adekwatnym, gdyż sama grożąca kara w wysokim jej wymiarze nie będzie stanowiła elementu odstraszającego potencjalnych sprawców, zwłaszcza w kontekście przestępczości seksualnej. Ta kategoria przestępstw, a zwłaszcza seksualne wykorzystanie z art. 198 kk niejednokrotnie jest popełniana przez sprawców z zamiarem nagłym, wynikłym z okoliczności, w jakich doszło do zdarzenia. Dlatego jako bardziej adekwatne jawi się prowadzenie akcji edukacyjnych związanych z zagrożeniami płynącymi z przemocy seksualnej, bądź uświadamiającej społeczeństwo w zakresie granic sfer należących do intymności człowieka. Istotnym jest także wdrożenie instrumentów resocjalizacyjnych już na etapie wykonywania kary, tak aby zapobiec powrotowi do przestępstwa przez sprawców opuszczających zakład karny.

W tym zakresie, uwzględniając całokształt poczynionych na gruncie niniejszej dysertacji rozważań można wskazać, że hasłem podsumowującym analizę czynu zabronionego z art. 198 kk jest „ewolucja”. To właśnie ona stoi za przemianami

postrzegania, zarówno przez społeczeństwo, jak i przez ustawodawcę zmian w podejściu ogólnie do sfery seksualności człowieka i oceny poszczególnych zachowań w tym zakresie. Dodatkowo, proces transformacyjny w tym wymiarze jest procesem ciągłym. To zaś skłania do przemyśleń w odniesieniu do podejmowania racjonalnej i adekwatnej reakcji prawa karnego na poszczególne przejawy seksualnej przemocy, co również dotyczy przestępstwa seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności. Proces ewolucji w omawianym kontekście wymaga jednocześnie spojrzenia interdyscyplinarnego na kwestie procesu wykładni i w efekcie stosowania analizowanego czynu zabronionego z rozdziału XXV Kodeksu karnego. W przypadku instytucji będącej przedmiotem niniejszej rozprawy doktorskiej naukami pomocniczymi są psychiatria i psychologia, z uwagi na zastosowanie przez ustawodawcę przesłanek o konotacjach wywodzonych z tych nauk pozaprawnych. Dopiero takie pogłębione spojrzenie ukazuje całokształt problemów: teoretycznych i praktycznych, a także hipotetycznych stanów faktycznych, które wiążą się z całym spektrum zagadnień, co zostało tutaj ukazane. Dlatego też, z uwagi na wspomnianą ewolucję, koniecznym jest ciągłe aktualizowanie stanowiska w zakresie badań nad przestępstwami seksualnymi. Dotyczy to zaś przede wszystkim przestępstwa z art. 198 kk, które do tej pory nie doczekało się opracowania monograficznego.

Bibliografia

Akty prawne:

Polskie akty prawne

1. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 z późn. zm.;
2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571 z późn. zm.;
3. Ustawa z dnia 25 lutego 1964 roku - Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. 1964, nr 9 poz. 59 z późn. zm.;
4. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 roku – Kodeks cywilny, Dz.U. 1964, nr 16, poz. 93 z późn. zm.;
5. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1969, nr 13, poz. 94 z późn. zm.;
6. Ustawa z dnia 20 maja 1971 roku - Kodeks wykroczeń, Dz.U. 1971, nr 12, poz. 114 z późn. zm.;
7. Ustawa z dnia 19 sierpnia 1994 roku o ochronie zdrowia psychicznego, Dz.U. 1994, nr 111, poz. 535 z późn. zm.;
8. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks karny, Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 z późn. zm.;
9. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. 1997, nr 90, poz. 557 z późn. zm.;
10. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 roku - Kodeks postępowania karnego, Dz. U. 1997, nr 89 poz. 555 z późn. zm.;
11. Ustawa z dnia 22 listopada 2013 roku o postępowaniu wobec osób z zaburzeniami psychicznymi stwarzających zagrożenie życia, zdrowia lub wolności seksualnej innych osób, Dz.U. 2014, poz. 24 z późn. zm.;
12. Ustawa z dnia 7 lipca 2022 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2022, poz. 2600;

Akty prawa międzynarodowego

1. Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej z dnia 14 grudnia 2007 roku, Dz.U.UE.C. 1993, nr 61 poz. 284;
2. Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2, Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284;
3. Konwencja o Prawach Dziecka z dnia 20 listopada 1989 roku, Dz.U. 1991, nr 120, poz. 526;
4. Konwencja Rady Europy przeciwko Handlowi Ludźmi z dnia 16 maja 2005 roku, Dz.U. 2009, nr 20, poz. 107;
5. Konwencja o Zapobieganiu i Zwalczaniu Przemocy Wobec Kobiet i Przemocy Domowej z dnia 11 maja 2011 roku, Dz.U. 2015, poz. 961;
6. Międzynarodowa Konwencja w Sprawie Zwalczania Obiegu i Handlu Wydawnictwami Pornograficznymi z dnia 12 września 1923 roku, Dz.U. 1927, nr 71, poz. 621;
7. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych z dnia 16 grudnia 1966 roku, Dz.U. 1977 nr 38, poz. 167;
8. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka z dnia 10 grudnia 1948 roku, ratyfikowana w Paryżu, http://libr.sejm.gov.pl/tek01/txt/onz/1948.html;
9. Rzymski Statut Międzynarodowego Trybunału Karnego z dnia 17 lipca 1998 roku, Dz.U. 2003, nr 78, poz. 708;

Akty prawne innych państw

1. Brytyjska ustawa karna - Sexual Offences Act 2003, 2003 c. 42, https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/part/1/crossheading/offences-against-persons-with-a-mental-disorder-impeding-choice;
2. Niemiecki Kodeks Karny - Strafgesetzbuch (StGB), https://www.gesetzeiminternet.de/englisch_stgb/englisch_stgb.html#p1717;
3. Szwedzki Kodeks Karny - The Swedish Criminal Code, SFS 1962:700 Brottsbalken, Updated 2 December 2022, https://www.government.se/4adb14/contentassets/7a2dcae0787e465e9a2431554b5eab03/the-swedish-criminal-code.pdf;

Literatura przedmiotu:

1. Andrejew I., *Polskie prawo karne w zarysie*, wyd. 8, Warszawa 1986;
2. Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978;
3. Andrejew I., *Ustawowe znamiona przestępstwa*, Warszawa 1958;
4. Antoniak P., *Wtórna wiktymizacja-perspektywa psychologiczna*, w: *Wiktymizacja wtórna. Geneza, istota i rola w przekształcaniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2012;
5. Banaszak B., *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2009;
6. Banaszak-Grzechowiak P., Burdziak K., Pohl Ł., *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania*, Warszawa 2021;
7. Berent M., Filar M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Filara, wyd. 5, Warszawa 2016;
8. Berlin I., *Dwie koncepcje wolności*, w: *Wolność*, Warszawa 2017;
9. Bielski M., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-211a*, pod red. W. Wróbla, A. Zolla, t. II, wyd. 5, Warszawa 2016;
10. Bieńkowska E., T*ypizacja przestępstwa zgwałcenia w polskim prawie karnym*, w: *Państwo i Prawo* 1983, nr 1;
11. Bieńkowska E., *Zgwałcenie – wiktymologia i antywiktymologia (z problematyki wspierania ofiar)*, w: *Zgwałcenie. Definicja, reakcja, wsparcie dla ofiar*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2016;
12. Bocheński M., *Trendy w polskiej polityce karnej w zakresie przestępczości seksualnej*, w: *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2019 (rok XXIII), z. 3;
13. Bojarski T., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, wyd. 7, Warszawa 2016;
14. Bolechała F., *Stan psychiczny a odpowiedzialność karna – regulacje prawne i kryteria medyczne w Polsce oraz innych państwach*, w: *Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii* 2009, nr 4 (LIX);
15. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980;
16. Budyn-Kulik M., *Aksjologiczne podstawy kryminalizacji w społeczeństwie ponowoczesnym*, Lublin 2022;
17. Budyn-Kulik M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, wyd. 10, Warszawa 2021;
18. Budyn-Kulik M., *Umyślność w prawie karnym i psychologii. Teoria i praktyka sądowa*, Warszawa 2015;
19. Budyn-Kulik M., *Zbieg przepisów ustawy w przypadku wypełnienia przez sprawcę jednym czynem oprócz znamion naruszenia miru domowego także znamion innego typu czynu zabronionego*, w: *Naruszenie miru domowego*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2019;
20. Burdziak K., *Kilka uwag na temat istoty tzw. błędu co do prawa (rozważania na*

tle polskiego prawa karnego), w: *Prawo w Działaniu. Sprawy Karne* 2019, nr 39;
21. Burdziak K., *Osoba niepoczytalna a prawnokarna norma sankcjonowana. Rozważania na tle polskiego Kodeksu karnego*, Warszawa 2021;
22. Burgess A. W., Holstron L. L., *Rape Trauma Syndrome,* w: *American Journal of Psychiatry* 1974, nr 131;
23. Butcher J. N., Hooley J. M., Mineka S., *Psychologia zaburzeń. DSM-5*, Sopot 2018;
24. Chmaj M., *Źródła wolności i praw człowieka,* w: *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. M. Chmaja, wyd. 3, Warszawa 2016;
25. Chodorowska A., *Przestępstwo zgwałcenia. Studium prawnokarne kryminologiczne*, Olsztyn 2015;
26. Choromańska A., Moczarska D., *Dewiacje i przestępstwa seksualne-klasyfikacja, aspekty prawne*, Szczytno 2009;
27. Ciccarelli S. K., White J. N., *Psychologia*, Poznań 2019;
28. Cieślak M., *Zagadnienie reformy prawa karnego*, w: *Palestra* 1988, nr 32/5 (365);
29. Cisek A., *Dobra osobiste i ich niemajątkowa ochrona w kodeksie cywilnym*, w: *AUWr* 1989/167;
30. Complak K., *O prawidłowe pojmowanie godności osoby ludzkiej w porządku RP*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod red. B. Banaszaka, A. Preisnera, Warszawa 2002;
31. Ćwiąkalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991;
32. Daniluk P., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, wyd. 5, Warszawa 2020;
33. Daniluk P., *Warunki determinujące skuteczność zgody uprawnionego w prawie karnym*, w: *Palestra* 2005, nr 50/1-2 (565-566);
34. Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2018;
35. Dębski R., w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, pod. red. R. Dębskiego, t. III, wyd. 2, Warszawa 2017;
36. Dębski R., *Z problematyki zamiaru ewentualnego w kodeksie karnym z 1969 roku*, w: *Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Humanistyczno-Społeczne* 1972, seria I, z. 92;
37. Depko A., Dellert D., *Zbrodnia i seks*, Warszawa 2019;
38. Derek M., *Karnoprawne znaczenie woli dzierżyciela dobra prawnego*, Kraków 2021;
39. Domański M., w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Osajdy, t. V, Warszawa 2017;
40. Dreszer R., *Zarys psychiatrii sądowej dla medyków i prawników*, Warszawa 1962;

41. Dziuba O., Radziejowska M., Radziejowski P., Knotowicz J., *Nowoczesne podejście do określenia „normy psychicznej i patologii". Etyka ustalania diagnozy psychiatrycznej*, w: *Fizjoterapia - wiedza i doświadczenie*, pod. red. A. M. Borowicz, Poznań 2018;
42. Falandysz L., *Wiktymologia*, Warszawa 1979;
43. Fallon J., *Mózg psychopaty. Intrygujące spojrzenie na ciemną stronę umysłu*, Sopot 2017;
44. Filar M., *Ochrona jednostki w nowym kodeksie karnym*, w: *Państwo i Prawo* 1998;
45. Filar M., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Podstawy seksuologii*, pod red. Z. Lwa-Starowicza, V. Skrzypulec, Warszawa 2015;
46. Filar M., *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, Warszawa 1997, z. 2;
47. Filar M., *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985;
48. Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa-Poznań 1974;
49. Filarowska M., *Po drugiej stronie lustra – czyli dramat współuzależnienia od seksu*, w: *Seksualność człowieka. Wybrane zagadnienia*, pod red. G. Iniewicza, M. Mijas, Kraków 2011;
50. Fiutak A., *Odpowiedzialność karna za wykonanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta*, Warszawa 2016;
51. Florczak-Wątor M., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. P. Tulei, Warszawa 2019;
52. Gałecki P., w: *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, pod red. K. Eichstaedta, P. Gałeckiego, A, Depko, wyd. 4, Warszawa 2022;
53. Gałecki P., Bobińska K., w: *Ustawa o ochronie zdrowia psychicznego. Komentarz*, pod red. P. Gałeckiego, K. Bobińskiej, K. Eichstaedta, Warszawa 2016;
54. Gałecki R., Pilecki M., Rymaszewska J., Szulc A., Sidorowicz S., Wciórka J., *Kryteria diagnostyczne zaburzeń psychicznych DSM-5*, wyd. 5, Wrocław 2018;
55. L. Gardocki, *Prawo karne*, wyd. 18, Warszawa 2013;
56. Giezek J., Kokot R., *Granice ludzkiego życia a jego prawna ochrona*, w: *Prawa i wolności obywatelskie w Konstytucji RP*, pod. red. B. Banaszaka, A. Preisnera, Warszawa 2002;
57. J. Giezek, w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. J. Giezka, Warszawa 2021;
58. Giezek J., Lipiński K., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. J. Giezka, Warszawa 2021;
59. Glińska N., *Własne ciało-operatywność praw seksualnych i reprodukcyjnych w Polsce*, w: *Folia Iuridica Universitatis Wratislavensis* 2016, vol. 5 (2);
60. Gliszczyńska-Grabias A., Sękowska-Kozłowska K., w: *Międzynarodowy pakt*

praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz, pod red. R. Wieruszowskiego, Warszawa 2012;
61. Gniadek M., *Znaczenie zgody na leczenie w odniesieniu do prawa konstytucyjnego i karnego*, w: *Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ* 2017, nr 2;
62. Golonka A., *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Warszawa 2013;
63. Golonka A., *Psychologiczne kryteria oceny poczytalności sprawcy czynu zabronionego*, https://pk.gov.pl/wpcontent/uploads/2016/07/079bc2502ffbec2023eb41bdc1add161.pdf;
64. Golonka A., *Zaburzenia osobowości i ich wpływ na ocenę poczytalności sprawcy przestępstwa*, w: *Zeszyty Prawnicze* 2013, t. 13, nr 3;
65. Góral R., *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2007;
66. Górniok O., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, S. Hoca, S. M. Przyjemskiego, t. III, Warszawa 1999;
67. Grabowska M., *Stosunek do osób chorych psychicznie*, Warszawa 6 listopada 2019, s. 12, 24, 26, 40, https://cbos.pl/PL/wydarzenia/79_spotkanie/MG_Stosunek_do_osob_chorych_psychicznie_6_11_2019.pdf;
68. Groth J., *Oblicza psychopatii. Obraz kliniczny i kategorie diagnostyczne*, Warszawa 2010;
69. Gruszecka D., *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012;
70. Grześkowiak A., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, wyd. 7, Warszawa 2021;
71. Gudowski J., *Kodeks cywilny. Orzecznictwo, piśmiennictwo. Część ogólna*, t. I, Warszawa 2018;
72. Hafendehl R., *Kolektive Rechtsgüter im Strafrecht*, Köln, Berlin, Bonn, München 2002;
73. Hajdukiewicz D., *Zagadnienia psychiatrii sądowej. Część I. Podstawy prawne i medyczne*, Warszawa 2016;
74. Heitzman J., Markiewicz I., *Niepoczytalność – doktryna, praktyka, skuteczność, alternatywa*, w: *Psychiatria po dyplomie* 2012, t. IX, nr 3;
75. Hofmański P., w: *Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności. Komentarz do artykułów 1-18*, pod red. L. Garlickiego, t. I, Warszawa 2010;
76. Hołyst B., *Socjologia kryminalistyczna*, Warszawa 2007;
77. Hryniewicz E., *Zgoda dysponenta dobrem prawnym na gruncie prawa karnego*, w: *Zgoda pokrzywdzonego*, pod red. R. Zawłockiego, Warszawa 2012;
78. Hypś S., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, wyd. 7, Warszawa 2021;
79. Jakima S., *Dysfunkcje seksualne. Poradnik dla lekarzy*, Warszawa 2019;

80. Jarocka M., *Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym*, w: *Studia Iuridica Toruniensia* 2021, tom XXVIII;
81. Jervis G., *Depresja...w poszukiwaniu drogi wyjścia*, Poznań 2005;
82. Kaczmarek T., *Nowy polski kodeks karny i jego aksjologiczne oraz kryminalnopolityczne założenia*, w: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego*, pod red. L. Boguni, t. III, Wrocław 1998;
83. Kaczmarek T., w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, pod red. R. Dębskiego, t. III, wyd. 2, Warszawa 2017;
84. Kalus S., w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-125*, pod red. M. Habdas, M. Frasa, t. I, Warszawa 2018;
85. Karila L., Wéry A., Weinstein A., Cottencin O., Petit A., Reynaud M., Billieux J., *Sexual Addiction or Hypersexual Disorder: Different Terms for the Same Problem? A Review of the Literature*, w: *Current Pharmaceutical Design* 2014, Nr 20;
86. Kielan A., Gorostiza D., Mosiołek A., Chodkiewicz J., Święcicki Ł, Walecka-Zielecka B., *Depression in males – specificity, etiology, relationships with suicidal tendencies and the psychoactive substances usage: literature overview*, w: *Advances in Psychiatry & Neurology* 2020, nr 29 (1);
87. Kolińska E., *Przesłuchiwanie zgwałconej kobiety – wtórna wiktymizacja środowiskowa w postępowaniu organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości*, w: *Jurysta* 2003, nr 9-10;
88. Konarska-Wrzosek V., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. V. Konarskiej-Wrzosek, wyd. 3, Warszawa 2020;
89. Kowalewska-Łukuć M., *Wina w prawie karnym*, Warszawa 2019;
90. Kowalewska-Łukuć M., *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2013;
91. Kozłowska-Kalisz P., Kucharska-Derwisz M., *Przestępstwa przeciwko wolności sumienia i wyznania*, w: *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, pod red. M. Mozgawy, Zakamycze 2006;
92. Krajewski R., *Obyczajność jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, w: *Palestra* 2019, nr 3;
93. Krajewski R., *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009;
94. Krakowiak D., *Psychopatia, socjopatia i charakteropatia a odpowiedzialność karna*, w: *Prokuratura i Prawo* 2019, nr 3;
95. Krakowiak D., *Sprawca niepoczytalny w procesie karnym*, Łódź 2018;
96. Królikowski M., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. M. Królikowskiego, R. Zawłockiego, wyd. 3, t. I, Warszawa 2015;
97. Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2018, wyd. 3;
98. Księżak P., w: *Kodeks cywilny. Część ogólna*, pod red. M. Pyziak-Szafnickiej, P. Księżaka, wyd. 2, Warszawa 2014;
99. Księżopolska-Breś J., *Odpowiedzialność karna za dzieciobójstwo w prawie polskim*, Warszawa 2010;

100.Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Opolu z dnia 10 grudnia 2018 r. (VII Ka 956/18, niepubl.)*, w: *Studia Iuridica Lublinensia* vol. XXVIII, 2, 2019;
101. Kunicka-Michalska B., Wojciechowska J., *Przestępstwa 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;
102. Kwiatkowski D., *Nowe typy kwalifikowane przestępstwa zgwałcenia (analiza krytyczna zmian w art. 197 kk)*, w: *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2019, z. 3;
103.Laphimon M., *A Glossary of Term in Gender and Sexuality*, The Rockefeller Foundation, Mahidol University Thailand, Seul 2005;
104. Lew-Starowicz Z., *Leczenie czynnościowych zaburzeń seksualnych*. Warszawa 1985;
105. Lew-Starowicz Z., Zdrojewicz Z., Dulko S., *Leksykon seksuologiczny*, Wrocław 2002;
106. Lew-Starowicz Z., *Psychospołeczne podstawy seksualności*,w: *Podstawy seksuologii*, pod red. Z. Lwa-Starowicza, V. Skrzypulec-Plinty, Warszawa 2010;
107. Lipiński K., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, pod. red. J. Giezka, Warszawa 2021;
108.Liszewska A., *Odpowiedzialność karna za błąd w sztuce lekarskiej*, Zakamycze 1998;
109. Liszewska A., *Problem odpowiedzialności karnej osób zażywających środki odurzające*, w: *Palestra* 1992, nr 5-6;
110. Liszewska A., *Strona podmiotowa czynu i wina a niepoczytalność*, w: *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa profesora Andrzeja Zolla*, pod red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, t. II, Warszawa 2012;
111. Liszewska A., w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, pod red. R. Dębskiego, wyd. 2, t. 3, Warszawa 2017;
112. Lutostański K., *Zasady projektu prawa małżeńskiego uchwalonego przez Komisję Kodyfikacyjną w dniu 28 maja 1929 r.*, Warszawa 1931;
113. Łaszkiewicz K., *Powinności Policji wobec ofiary przestępstwa-zarys problemu*, w: *Wiktymizacja wtórna. Geneza, istota i rola w przekształcaniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2012;
114. Łuniewski W., *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1950;
115. Majewski J., *Kodeks karny. Komentarz do zmian 2015*, Warszawa 2015;
116. Majewski J., *O różnicy i granicy między usiłowaniem udolnym a usiłowaniem nieudolnym*, w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, pod red. J. Majewskiego, Toruń 2007;
117. Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. 5, Lwów 1938;
118. Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2010;
119. Marek A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Przegląd*

problematyki. Orzecznictwo (SN 1918-99). Piśmiennictwo, pod red. A. Marka, J. Satko, Zakamycze 2000;
120. Marek A., *Wolność jako przedmiot ochrony prawa karnego*, w: *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji w Arłamów 16-18 maja 2005 r.*, pod red. M. Mozgawy, Zakamycze 2006;
121. Matynia-Kłos J., *Relation between the injured party being under the influence of alcohol and the liability of the perpetartor due to the crimes under Article 197 of the Polish Criminal Code and Article 198 of the Polish Criminal Code*, w: *Acta Iuris Stetinensis* 2020, nr 2 (30);
122. Michalska-Warias A., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, wyd. 6, Warszawa 2019;
123. Mierzwińska-Lorencka J., *Karnoprawna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, Warszawa 2012;
124. Miguła B., *Afazja jako zaburzenie mowy po udarze mózgu-studium przypadku*, w: *Logopedia Silesiana* nr 4 (4/2015);
125. Mill J. S., *O wolności*, Lwów 1864;
126. Mioduski K., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. J. Bafii, K. Mioduskiego, M. Siewierskiego, Warszawa 1977;
127. Mozgawa M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. M. Mozgawy, wyd. 10, Warszawa 2021;
128. Myśliwiec H., *Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności innej osoby (art. 198 kk)*, w: *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2013, z. 2;
129. Nawrocki M., *Błąd jako znamię typu czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Szczecin 2019;
130. Nawrocki M., *Przestępstwa kierunkowe a zamiar niby-ewentualny*, w: *Prokuratura i Prawo* 2012, nr 5;
131. Nawrocki M., *Stosunek świadomości sprawcy do jego zamiaru na przykładzie przestępstwa oszustwa*, w: *Palestra* 2020, nr 7-8;
132.Nazar K., *Analiza ustawowych znamion przestępstwa kazirodztwa*, w: *Kazirodztwo*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2016
133. Nazaruk P., w: *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. J. Ciszewskiego, P. Nazaruka, Warszawa 2019;
134. Nesterowicz M., *Prawo medyczne. Komentarze i glosy do orzeczeń sądowych*, wyd. 4, Warszawa 2022;
135. Nowicki M. A., *Wokół Konwencji Europejskiej. Komentarz do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka*, wyd. 7, Warszawa 2017;
136. Osiatyński W., *Prawa człowieka i ich granice*, Kraków 2011;
137. Ostrowska D., w: *Prawa człowieka. Zarys wykładu*, pod red. J. Hołdy, Z. Hołdy, D. Ostrowskiej, J. A. Rybczyńskiej, Warszawa 2014;
138. Panowicz-Lipska J., w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-449(11)*, pod red. M. Gutowskiego, t. I, Warszawa 2016;

139. Paprzycki L. K., Gierowski J., w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, pod red. L. K. Paprzyckiego, t. IV, wyd. 2, Warszawa 2016;
140. Pazdan M., w: *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1-449(10)*, pod red. K. Pietrzykowskiego, t. I, wyd. 8, Warszawa 2015;
141. Pazdan M., w: *System prawa prywatnego. Prawo cywilne-część ogólna*, pod red. M. Safjana, t. 1, Warszawa 2007;
142. Piaczyńska A., *Jednolitość i dualizm zgody pokrzywdzonego w prawie karnym*, w: *Zgoda pokrzywdzonego*, pod red. R. Zawłockiego, Warszawa 2012;
143. Pietrzyk A., *Psychologiczne kryteria niepoczytalności i poczytalności zmniejszonej: refleksje biegłego psychologa dla prawników*, w: *Palestra* 1993, nr 37/12(432);
144. Pietrzykowski K., w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wyd. 5, Warszawa 2018;
145. Piórkowska-Flieger J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. T. Bojarskiego, wyd. 7, Warszawa 2016;
146. Płatek M., *Przeciwdziałanie wtórnej wiktymizacji ofiar zgwałcenia*, w: *Wiktymizacja wtórna. Geneza, istota i rola w przekształcaniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, pod red. L. Mazowieckiej, Warszawa 2012;
147. Pławski S., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Warszawa 1963;
148. Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013;
149. Pohl Ł., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, wyd. 5, Warszawa 2020;
150. Pohl Ł., *O umiejscowieniu zamiaru niby-ewentualnego w kodeksowych konstrukcjach umyślności*, w: pod red. A. Rost, J. Ciapały, *Księga pamiątkowa Profesora Tadeusza Smolińskiego*, Szczecin 2011;
151. Pohl Ł., w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karne*j, pod. red. L.K. Paprzyckiego, wyd. 2, t. 4, Warszawa 2016;
152. Polak P., *Konstytucyjna zasada godności człowieka w świetle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, w: *Gdańskie Studia Prawnicze* 2018, t. XL;
153. Poniatowski P., *Przestępstwo znęcania się nad osobą prawnie pozbawioną wolności i dopuszczenia do takiego znęcania się (art. 247 kk)*, w: *Znęcanie się*, pod red. M. Mozgawy, Warszawa 2020;
154. Przybyszewska-Szter B., Wolności i prawa osobiste, w: *Wolności i prawa człowieka w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej*, pod red. M. Chmaja, wyd. 3, Warszawa 2016;
155. Pużyński S., *Leksykon psychiatrii*, Warszawa 1993;
156. Pyrcak-Górowska M., *Środki zabezpieczające w polskim systemie prawnym de lege lata*, w: *Środki zabezpieczające. Ujęcie systemowe*, pod red. A. Barczak-Oplustil, M. Pyrcak-Górowskiej, A. Zolla, Kraków 2021;

157. Rajzman H., *Nierząd między małżonkami*, w: *Państwo i Prawo* 1948, nr 1;
158. Rejman G., *Zasady odpowiedzialności karnej. Art. 8-31 kk. Komentarz*, Warszawa 2009;
159. Roagna I., *Ochrona prawa do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego w Europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka. Podręczniki praw człowieka Rady Europy*, Strasburg 2012, https://rm.coe.int/16806f15c4;
160. Rodak M., *Przestępstwo zgwałcenia i jego sprawcy w II Rzeczypospolitej. Próba wstępnej charakterystyki*, w: *Studia z Dziejów Prawa i Państwa Polskiego* 2015, nr XVIII, s. 136;
161. Rodzynkiewicz M., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, pod red. A. Zolla, wyd. 2, Zakamycze 2006;
162. Rodzynkiewicz M., *Próba analizy prawnokarnej konstrukcji umyślności*, w: *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 1990, rok LII, z. 3-4;
163. Rudzka M., *Dzieciobójstwo w ustawodawstwie karnym*, w: *Archiwum Medycyny Sądowej, Psychiatrii Sądowej i Kryminalistyki* 1955, t. 7;
164. Sakowicz A., *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Zakamycze 2006;
165.J. Sarnecki, *Nowa klasyfikacja chorób ICD-11 opublikowana*, https://www.standardy.pl/newsy/id/201;
166. Sawulski J., Czy Polska jest państwem opiekuńczym, https://ibs.org.pl/publications/czy-polska-jest-panstwem-opiekunczym/;
167. Siewierski M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. J. Bafii, K. Mioduskiego, M. Siewierskiego, Warszawa 1977;
168. Smaś-Myszczyszyn M., *Kompulsywne zachowania seksualne*, w: *Zaburzenia seksualne a psychoterapia poznawczo-behawioralna*, pod red. M. Rawińskiej, Warszawa 2019;
169. Sobczak W., w: *Karta Praw Podstawowych Unii Europejskiej. Komentarz*, pod red. A. Wróbla, Warszawa 2013;
170. Sobczak W., w: *Międzynarodowy pakt praw obywatelskich (osobistych) i politycznych. Komentarz*, pod red. R. Wieruszowskiego, Warszawa 2012;
171. Sozański J., *Prawa człowieka w Unii Europejskiej (po Traktacie Lizbońskim)*, wyd. 2, Warszawa-Poznań 2013;
172. Spett K., *Poczytalność charakteropatów*, w: *Palestra* 1969, nr 13/5 (137);
173.G. Stratenwerth, *Zum Begriff des „Rechtsgutes"*, w: *Festschrift für Theodor Lenckner*, München 1998;
174. Surkont M., *Wolność jako przedmiot ochrony z rozdz. XXII kodeksu karnego*, w: *Nowe Prawo* 1990, nr 7-9;
175. Sydor P., *Kobieta a socjalizm. Marksistowska wizja miejsca kobiet w państwie, prawie i społeczeństwie*, w: *Studia Erasmiana Wratislaviensia* 2015, z. 9, s. 500-502;
176. Szpunar A., *Zadośćuczynienie za szkodę niemajątkową*, Bydgoszcz 1999;

177. Śliwowski J., *Prawo karne*, wyd. 2, Warszawa 1979;
178. Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 5, Warszawa 2020;
179. Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, w: *e-Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2011, nr 11;
180. Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016;
181. Tuleja P., w: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, pod red. P. Tulei, Warszawa 2019;
182. Uszkiewicz L., *Zarys psychiatrii sądowej*, Warszawa 1972;
183. Wantoła M., *Teoretyczne i dogmatyczne podstawy odpowiedzialności karnej za usiłowanie*, Kraków 2021;
184. Warylewski J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. R. A. Stefańskiego, wyd. 5, Warszawa 2020;
185. Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001;
186. Wąsek A., w: *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. O. Górniok, wyd. 2, Warszawa 2006, art. 9, https://sip1lex1pl1004153q82d0a.han3.lib.uni.lodz.pl/#/commentary/587560816/466721/gorniok-oktawia-redkodekskarnykomentarzwydiicm=URELATIONS;
187. Wciórka J., *Klasyfikacja zaburzeń psychicznych według Amerykańskiego Towarzystwa Psychiatrycznego na tle międzynarodowej klasyfikacji ICD-10*, w: *Psychologia zaburzeń*, pod red. R. C. Carsona, J. N. Butchera, S. Minei, vol. 2, Gdańsk 2003;
188. Widacki J., *Zamiast wstępu. Czym jest i do czego służy populizm penalny*, w: *Populizm penalny*, pod red. J. Widackiego, Kraków 2017;
189. Wieruszewski R., *Zasady Yogyakarty – geneza i znaczenie*, w: *Zasady Yogyakarty. Zasady stosowania międzynarodowego prawa człowieka w stosunku do orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej*, pod red. K. Remin, Warszawa 2009;
190. Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999;
191. Wolter W., *Funkcje błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965;
192. Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973;
193. Wolter W., w: *Psychiatria w procesie karnym*, pod red. M. Cieślaka, M. Spetta, K. Szymusika, W. Woltera, Warszawa 1991;
194. Wolter W., *Studia z zakresu prawa karnego*, Kraków 1947;
195. Wolter W., Buchała K., *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część I. Część ogólna*, Kraków 1979;
196. Załustowicz A. L., *Jakość życia dorosłych kobiet z wybranymi zaburzeniami psychicznymi zamieszkałych w Domu Pomocy Społecznej* (rozprawa doktorska), Poznań 2013;

197. Zawadka G., *Przybywa kobiet kobiet zgwałconych w taksówkach zamówionych przez aplikacje*, w: *Rzeczpospolita*, 28.07.2022, https://www.rp.pl/przestepczosc/art36779511-przybywa-kobiet-zgwalconych-w-taksowkach-zamawianych-przez-aplikacje;
198. Zawiejski R., *System prawa medycznego. Odpowiedzialność prawna w związku z czynnościami medycznymi*, pod red. E. Zielińskiej, T. Dukiet-Nagórskiej, A. Liszewskiej, t. III, Warszawa 2021;
199. Zawłocki R., w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, pod red. R. Dębskiego, t. III, wyd. 2, Warszawa 2017;
200. Zbrojewska M., w: *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, pod red. T. Grzegorczyka, wyd. 2, Warszawa 2013;
201. Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do Kodeksu karnego*, t. I, Zakamycze 1998;
202. Zoll A., w: *System prawa karnego. Źródła prawa karnego*, pod red. T. Bojarskiego, t. II, Warszawa 2011;
203. Żywucka-Kozłowska E., *Upośledzenie umysłowe w perspektywie prawa karnego*, Olsztyn 2018;

Orzecznictwo:

Polskie

1. Postanowienie SN z dnia 23.05.2007 r., sygn. V KK 265/06, OSNKW 2007, nr 7-8, poz. 58;
2. Postanowienie SN z dnia 07.05.2019 r., sygn. V K 74/19, LEX nr 2685535;
3. Postanowienie SN z dnia 09.06.2021 r., sygn. V KK 165/21, LEX nr 3212605;
4. Uchwała składu 3 sędziów SN z dnia 20.11.2011 r., sygn. I KZP 36/00, OSNKW 2001, nr 1-2, poz. 1;
5. Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 28.05.1971 r., sygn. III PZP 33/70, OSNCP 1971/11, poz. 188;
6. Uchwała SN z dnia 13.04.1977 r., sygn. VII KZP 30/76, OSNKW 1977, nr 6, poz. 58;
7. Uchwała składu 7 sędziów SN z dnia 19.01.2017 r., sygn. I KZP 16/16, OSNKW 2017, nr 3, poz. 12.
8. Uchwała SN z dnia 09.05.2002 r., sygn. III CZP 7/02, OSNC 2003, nr 1, poz. 1;
9. Uchwała SN z dnia 25.02.2016 r., sygn. I KZP 20/15, OSNKW 2016/3/19;
10. Uchwała SN z dnia 22.10.2019 r., sygn. I NSNZP 2/19, OSNKN 2020/2/11;
11. Wyrok SA Białystok z dnia 18.06.2015 r., sygn. II AKa 73/15, Legalis nr 1336923;
12. Wyrok SA Białystok z dnia 26.04.2018 r., sygn. II Aka 25/18, LEX nr 2685546;

13. Wyrok SA Gdańsk z dnia 23.06.2022 r., sygn. II AKa 152/22, LEX nr 3436633;
14. Wyrok SA Katowice z dnia 26.08.2010 r., sygn. II AKa 213/10, LEX nr 686856;
15. Wyrok SA w Katowicach z dnia 20.01.2011 r., sygn. II AKa 434/10, KZS 2011, nr 5, poz. 77;
16. Wyrok SA Katowice z dnia 26.04.2012 r., sygn. II AKa 107/12, LEX nr 1220203;
17. Wyrok SA Katowice z dnia 14.10.2021 r., sygn. II AKa 247/21, LEX nr 3357585;
18. Wyrok SA Lublin z dnia 19.10.2000 r., sygn. II AKa 190/00, Prok. i Pr.-wkł. 2001/9, poz. 18;
19. Wyrok SA Lublin z dnia 25.09.2013 r., sygn. II AKa 131/13, LEX nr 1381450;
20. Wyrok SA Lublin z dnia 02.02.2021 r., sygn. II AKa 225/20, LEX nr 3273451;
21. Wyrok SA Łódź z dnia 11.12.2012 r., sygn. II AKa 256/12, OSAŁ 2013/1/7;
22. Wyrok SA Poznań z dnia 08.11.2018 r., sygn. II AKa 99/18, LEX nr 3008163;
23. Wyrok SO Siedlce z dnia 03.09.2019 r., sygn. II Ka 430/18, LEX nr 2724851;
24. Wyrok SA Warszawa z dnia 07.04.2014 r., sygn. II AKa 74/14, Legalis nr 1024196;
25. Wyrok SA Warszawa z dnia 06.03.2017 r., sygn. II AKa 10/17, Legalis nr 2122064;
26. Wyrok SN z dnia 06.02.1935 r., sygn. I K 1075/34, LEX nr 379729;
27. Wyrok SN z dnia 07.06.1971 r., sygn. II KR 86/71, LEX nr 21408;
28. Wyrok SN z dnia 26.09.1974 r., sygn. III KR 105/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 229;
29. Wyrok SN z dnia 13.07.1977 r., sygn. II CR 187/77, niepubl., cyt. za: J. Gudowski, *Kodeks cywilny. Orzecznictwo, piśmiennictwo. Część ogólna*, t. I, Warszawa 2018;
30. Wyrok SN z dnia 20.09.1977 r., sygn. IV KR 175/77, OSNKW 1978, nr 1, poz. 8;
31. Wyrok SN z dnia 25.08.1978 r., sygn. Rw 297/78, OSNKW 1978/11/132;
32. Wyrok SN z dnia 26.06.2008 r., sygn. IV KK 42/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 76;
33. Wyrok SN z dnia 04.03.2009 r., sygn. IV KK 339/08, LEX nr 291341;
34. Wyrok SN z dnia 05.05.2021 r., sygn. I NSNc 156/20, OSNKN 2021/4/29;
35. Wyrok SN z dnia 02.07.2002 roku, sygn. IV KKN 266/00, LEX nr 54406;
36. Wyrok SN z dnia 11.04.2006 r., sygn. II CSK 191/05, OSP 2007, nr 7-8, poz. 83;
37. Wyrok SN z dnia 21.04.2006 r., sygn. IV KK 41/06, LEX nr 1614938;
38. Wyrok SN z dnia 26 czerwca 2008 r., sygn. IV KK 42/08, OSNKW 2008, nr 9, poz. 76;
39. Wyrok SN z dnia 04.03.2009 r., sygn. IV KK 339/08, LEX nr 291341;
40. Wyrok SN z dnia 25.11.2009 r., sygn. V KK 271/09, LEX nr 553764;
41. Wyrok SN z dnia 12.03.2019 r., sygn. V K 97/18, LEX nr 2645185;
42. Wyrok SN z dnia 21.06.2021 r., sygn. II K 19/20, LEX nr 3292472;

43. Wyrok TK z dnia 04.04.2001 r., sygn. K 11/00, OTK 2001, nr 3, poz. 54;
44. Wyrok TK z dnia 14.07.2020 r., sygn. I Kp 1/19, OTK-A 2020/36;

Trybunałów międzynarodowych

1. Wyrok ETPCz z dnia 26 marca 1985 r. w sprawie X. i Y. przeciwko Holandii, skarga nr 8978/80, § 22, https://hudoc.echr.coe.int/eng/#{%22languageisocode%22:[%22ENG%22],%22appno%22:[%228978/80%22]%22documentcollectionid2%22:[%22CHAMBER%22],%22itemid%22:[%22001-57603%22]};

Pozostałe źródła:

1. Deklaracja Praw Seksualnych Człowieka WHO 2002, https://worldsexualhealth.net/wp-content/uploads/2013/08/DSR-Polish.pdf;
2. *Diagnostic and Statistical Manual of Mental Disorders. Fifth Edition. DSM-5*, https://cdn.websiteeditor.net/30f11123991548a0af708722d458e476/files/uploaded/DSM%2520V.pdf;
3. *Kierowca taksówki na aplikację aresztowany za gwałt na 15-latce. „Wykorzystał jej bezradność”,* https://www.tokfm.pl/Tokfm/7,103085,29518732,kierowca-taksowki-na-aplikacje-aresztowany-za-gwalt-na-15-latce.html;
4. *Komunikat z badań „Stosunek Polaków do związków homoseksualnych”*, Centrum Badań Opinii Społecznej, nr 90/2019, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2019/K_090_19.PDF;
5. *Mały rocznik statystyczny 1930* (r. 1), Główny Urząd Statystyczny;
6. *Mały rocznik statystyczny 1933* (r. 4), Główny Urząd Statystyczny;
7. *Mały rocznik statystyczny 1934* (r. 5), Główny Urząd Statystyczny;
8. *Mały rocznik statystyczny 1935* (r. 6), Główny Urząd Statystyczny;
9. *Mały rocznik statystyczny 1936* (r. 7), Główny Urząd Statystyczny;
10. *Mały rocznik statystyczny 1937* (r. 8), Główny Urząd Statystyczny;
11. *Mały rocznik statystyczny Polski. Wrzesień 1939 – czerwiec 1941*, Ministerstwo Informacji i Dokumentacji, Londyn 1941;
12. Międzynarodowa Klasyffikacja Chorób – ICD-10, https://med.kalamazoo.pl/icd10/F70-F79/uposledzenie_umyslowe;
13. Międzynarodowa Klasyfikacja Chorób – ICD-11, https://icd.who.int/browse11/l-m/en;
14. *Motywy Komisji Kodyfikacyjnej*, t. V, nr 4;
15. *Projekt Kodeksu karnego w redakcji przyjętej w drugiem czytaniu przez Sekcję Prawa Karnego Komisji Kodyfikacyjnej R.P. Uzasadnienie części szczególnej*,

w: *Sekcja Prawa Karnego*, Warszawa 1930, t. V, z. 4;
16. Projekt ustawy z 1994 r. - Kodeks karny, http://orka.sejm.gov.pl/proc2.nsf/projekty/1274_p.htm;
17. Projekt ustawy z dnia 4 stycznia 2018 roku o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 2154, Sejm VIII kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/33FA7D96913B8F13C125821000388E45/%24File/2154.pdf;
18. Projekt ustawy z dnia 14 maja 2019 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, druk nr 3451, Sejm VIII kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/996CE307123D03FEC12583FA0069E8F2/%24File/3451.pdf
19. Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/D7E9563477237B45C12586B70037B233/%24File/1091.pdf;
20. *Projekt zmian Kodeksu karnego, Komisja do Opracowania Propozycji Zmian Prawa Karnego*, Warszawa 1981, s. XVI;
21. *Rocznik statystyczny 1947* (r. 11), Główny Urząd Statystyczny;
22. *Rocznik statystyczny 1948* (r. 12), Główny Urząd Statystyczny;
23. *Rocznik statystyczny 1949* (r. 13), Główny Urząd Statystyczny;
24. *Rocznik statystyczny 1950* (r. 14), Główny Urząd Statystyczny;
25. *Rocznik statystyczny 1955* (r. 15), Główny Urząd Statystyczny;
26. *Rocznik statystyczny 1956* (r. 16), Główny Urząd Statystyczny;
27. *Rocznik statystyczny 1957* (r. 17), Główny Urząd Statystyczny;
28. *Rocznik statystyczny 1958* (r. 18), Główny Urząd Statystyczny;
29. *Rocznik statystyczny 1959* (r. 19), Główny Urząd Statystyczny;
30. *Rocznik statystyczny 1960* (r. 20), Główny Urząd Statystyczny;
31. *Rocznik statystyczny 1961* (r. 21), Główny Urząd Statystyczny;
32. *Rocznik statystyczny 1962* (r. 22), Główny Urząd Statystyczny;
33. *Rocznik statystyczny 1963* (r. 23), Główny Urząd Statystyczny;
34. *Rocznik statystyczny 1964* (r. 24), Główny Urząd Statystyczny;
35. *Rocznik statystyczny 1966* (r. 26), Główny Urząd Statystyczny;
36. *Rocznik statystyczny 1969* (r. 29), Główny Urząd Statystyczny;
37. *Rocznik statystyczny 1970* (r. 30), Główny Urząd Statystyczny;
38. *Rocznik statystyczny 1971* (r. 31), Główny Urząd Statystyczny;
39. *Rocznik statystyczny 1975* (r. 35), Główny Urząd Statystyczny;
40. *Rocznik statystyczny 1976* (r. 36), Główny Urząd Statystyczny;
41. *Rocznik statystyczny 1977* (r. 37), Główny Urząd Statystyczny;
42. *Rocznik statystyczny 1978* (r. 38), Główny Urząd Statystyczny;
43. *Rocznik statystyczny 1984* (r. 44), Główny Urząd Statystyczny;
44. *Rocznik statystyczny 1985* (r. 45), Główny Urząd Statystyczny;
45. *Rocznik statystyczny 1986* (r. 46), Główny Urząd Statystyczny;

46. *Rocznik statystyczny 1987* (r. 47), Główny Urząd Statystyczny;
47. *Rocznik statystyczny 1988* (r. 48), Główny Urząd Statystyczny;
48. *Rocznik statystyczny 1995* (r. 55), Główny Urząd Statystyczny;
49. *Rocznik statystyczny 1996* (r. 56), Główny Urząd Statystyczny;
50. *Rocznik statystyczny 1997* (r. 57), Główny Urząd Statystyczny;
51. *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1925/1926* (r. 4), Główny Urząd Statystyczny;
52. *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1927* (r. 5), Główny Urząd Statystyczny;
53. *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1928* (r. 6), Główny Urząd Statystyczny;
54. *Rocznik Statystyki Rzeczypospolitej Polskiej 1929* (r. 7), Główny Urząd Statystyczny;
55. *Statystyka Policji – wykorzystanie seksualne osoby bezradnej lub niepoczytalnej (art. 198),* https://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/63499,Wykorzystanie-seksualne-osoby-bezradnej-lub-niepoczytalnej-art198.html;
56. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 20 lutego 2015 roku o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, s. 35, https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393;
57. Uzasadnienie do projektu ustawy z dnia 8 marca 2021 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX kadencji, s. 5-6, https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/druk.xsp?nr=1091;
58. Wyjaśnienia do art. 7 Karty Praw Podstawowych Unii Europejskiej, http://fra.europa.eu/pl/eu-charter/article/7-poszanowanie-zycia-prywatnego-i-rodzinnego#explanations;
59. Wystąpienie RPO do Ministra Sprawiedliwości z dnia 11 lutego 2022 roku, sygn. XI.518.88.2020.ASZ, s. 1-4, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/202202/WG_zgwalcenie_MS_11.02.2022.pdf.