

Hubert Myśliwiec

Granice penalizacji seksualnego nadużycia stosunku zależności, wykorzystania krytycznego położenia oraz nadużycia zaufania małoletniego

I. Tytułem wstępu

Czyny zabronione stypizowane w trzech paragrafach artykułu 199 k.k. zaliczyć należy do grona przestępstw seksualnych polegających na doprowadzeniu innej osoby do czynności seksualnej – rozumianej bądź jako obcowanie płciowe, bądź jako inna czynność seksualna¹. Typy scharakteryzowane we wzmiankowanym artykule stanowią zatem dopełnienie katalogu zachowań przestępnych z art. 197 k.k. i art. 198 k.k., w których sprawca również doprowadza inną osobę do czynności o seksualnym kontekście, wykorzystując w tym celu któryś z wymienionych w ustawie karnej środków przestępnego działania: w art. 197 k.k. jest to alternatywnie przemoc, groźba bezprawna lub podstęp, zaś w art. 198 k.k. wykorzystanie stanu bezradności lub niepoczytalności. Z kolei w art. 199 k.k. wśród znamion typów ustawodawca wyodrębnił inne środki doprowadzenia ofiary do czynności seksualnej, o czym mowa będzie nieco dalej².

Zanim przystąpię do analizy treści art. 199 k.k., konieczne wydaje się poczynienie pewnego założenia. Wydaje się bowiem, że typy opisane

¹ O tym, do czego sprowadza się dystynkcja pomiędzy „obcowaniem płciowym” a „inną czynnością seksualną”, pisałem już wcześniej: H. M y ś l i w i e c, *Zgwałcenie pedofilskie i kazirodce*, CPKiNP 2010, z. 3, s. 79–82.

² M. Filar zauważa, że różnica pomiędzy art. 197 k.k. a art. 199 § 1 i 2 k.k. polega na posługiwaniu się przez sprawcę innymi środkami osiągnięcia identycznego celu. Sprawca „stosując *vis compulsiva*, oddziałując przez uświadamianą przez ofiarę możliwość doznania określonej dolegliwości, wpływa na jej decyzję” (M. F i l a r, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górniok, wyd. 2, Warszawa 2006, s. 652–653).

w poszczególnych paragrafach art. 199 k.k. winniśmy poczytywać jako niepozostające w żadnym wypadku w kumulatywnym zbiegu z przepisami art. 197 k.k. lub art. 198 k.k. Między tym przepisami każdorazowo zachodzić będzie *s t o s u n e k w y k l u c z a n i a*, w związku z czym niebagatelne znaczenie będzie miało precyzyjne wskazanie granic penalizacji pomiędzy przestępstwem zgwałcenia, przestępstwem seksualnego wykorzystania stanu bezradności lub niepoczytalności a przestępnymi zachowaniami opisanymi w art. 199 k.k.

Artykuł 199 k.k. w paragrafie 1 stanowi: „Kto, przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, doprowadza inną osobę do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”³. Dokonując porównania treści tego przepisu z jego odpowiednikami z poprzednich kodyfikacji karnych, tj. art. 205 z k.k. z 1932 r. oraz art. 170 z k.k. z 1969 r., dostrzeżemy, że prócz wprowadzenia zmiany terminologicznej objawiającej się wyrugowaniem z ustawy problematycznego „czynu nierzadnego” na rzecz mniej niejasnych (choć równie mogących wywoływać rozbieżności w interpretacji) pojęć: „obcowania płciowego” oraz „innej czynności seksualnej”, dokonano jeszcze jednej, czysto już redakcyjnej zmiany poprzez zastąpienie znamienia określonego wcześniej jako „wyzyskanie krytycznego położenia” „wykorzystaniem krytycznego położenia”. Jednakże większą wagę należy przywiązywać do tego, iż do komentowanego przepisu nowelizacją z dnia 27 lipca 2005 r. ustawodawca wprowadził dwa dodatkowe paragrafy⁴. Nieznany poprzednim kodeksom karnym § 2 stanowi, że: „Jeżeli czyn określony w § 1 został popełniony na szkodę małoletniego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5”, zaś paragrafowi 3 nadano następujące brzmienie: „Karze określonej w § 2 podlega, kto doprowadza małoletniego do obcowania płciowego lub poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, nadużywając zaufania lub udzielając mu korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy”⁵. Zacytowany § 2 jest typem kwalifikowanym wobec typu z § 1, z kolei do § 3 wprowadzono nowy typ podstawowy. Czynnikiem kwalifikującym w § 2 jest popełnienie czynu na szkodę małoletniego, gdyż zachowanie takie, zdaniem ustawodawcy,

³ Art. 199 § 1 ustawy z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

⁴ Art. 1 pkt 19 ustawy z dn. 27 VII 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy (Dz.U. Nr 163, poz. 1363).

⁵ Art. 199 § 2 i § 3 ustawy z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

a priori nacechowane jest wyższym stopniem społecznej szkodliwości, czego wyraz dał on w ustawowym zagrożeniu – mniej dla sprawcy korzystnym. Natomiast § 3 należy postrzegać jako nowy typ podstawowy z uwagi na wyróżnienie w nim szczególnych sposobów, którymi sprawca doprowadza małoletniego do czynności seksualnej⁶ – innych niż te z § 1 (ustawodawca również i w tym przypadku zdecydował, że sprawca musi liczyć się z poważniejszymi konsekwencjami niż jakby dopuścił się czynu zabronionego z § 1).

W odpowiedzi na wprowadzenie przez legislatora do § 2 typu kwalifikowanego wysunięty został w piśmiennictwie zarzut niespójności systemowej rozdziału XXV k.k., jako że okoliczności popełnienia przestępstwa na szkodę małoletniego nie znajdowaliśmy do momentu wejścia w życie art. 199 § 2 i 3 k.k. ani przy typach zgwałceniowych, ani przy wykorzystaniu seksualnym z art. 198 k.k.⁷ Jeżeli zaś uwzględnimy to, że w Kodeksie karnym w efekcie nowelizacji z dnia 5 listopada 2009 r. do życia powołany został nowy kwalifikowany typ zgwałcenia, w którym ofiarą jest osoba małoletnia poniżej 15. roku życia⁸, to niekonsekwencja ustawodawcy będzie wówczas jeszcze bardziej widoczna, gdyż art. 199 § 2 k.k. odnosi się do małoletniego z zupełnie innego przedziału wiekowego. Pokrzywdzonym w tym przypadku będzie bowiem małoletni znajdujący się w chwili czynu między 15. a 18. rokiem życia.

Można się prócz tego zastanawiać nad zasadnością rezygnacji przez ustawodawcę z rozbicia art. 199 k.k. na dwa osobne typy podstawowe w zależności od tego, czy sprawca doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, czy do poddania się innej czynności seksualnej albo jej wykonania, oraz – dodatkowo – zasadnością braku w tym artykule typów kwalifikowanych skonstruowanych na wzór typów z art. 197 § 3 pkt 1 oraz § 4 k.k. (popełnienie przestępstwa wspólnie z inną osobą tudzież działanie sprawcy ze szczególnym okrucieństwem)⁹. Mateusz Rodzynkiewicz dostrzega po-

⁶ M. Bielski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 631.

⁷ *Ibid.*, s. 631.

⁸ Art. 1 pkt 24 ustawy z dn. 5 XI 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. Nr 206, poz. 1589).

⁹ Pod rozważę biorą tę kwestię m.in. M. Bielski, *op. cit.*, s. 631 oraz M. Rodzynkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 2, Kraków 2006, s. 642–643.

dobieństwo pod względem charakteru pomiędzy przestępstwem nadużycia stosunku zależności lub wykorzystania krytycznego położenia oraz przestępstwem zgwałcenia. W rezultacie czyni uwagę, że sprawcy zbiorowych lub szczególnie okrutnych czynów realizujących znamiona art. 199 k.k. są w bardziej uprzywilejowanym położeniu niż sprawcy zbiorowych zgwałceń lub zgwałceń ze szczególnym okrucieństwem. Co prawda okoliczności te mogą być przy skazywaniu sprawcy z art. 199 k.k. uwzględnione na płaszczyźnie wymiaru kary, jednak dysproporcja między górną granicą kary za kwalifikowane zgwałcenie oraz górną granicą kary w przypadku art. 199 k.k. jest i tak znacząca, co – według autora – ma stanowić dowód na aksjologiczną niespójność rozdziału XXV k.k.¹⁰ Skądinąd podobne zastrzeżenia można wysunąć względem art. 198 k.k. Niemniej o ile sugestia, by wprowadzono do art. 199 k.k. typy kwalifikowane ze względu na działanie sprawcy wspólnie z inną osobą lub ze szczególnym okrucieństwem jeszcze przed wprowadzeniem do § 3 art. 197 k.k. punktu 2 i 3 warta była rozważenia, tak teza o niesłusznym niezbudowaniu art. 199 k.k. na wzór art. 197 k.k. w kwestii wyodrębnienia w nim typu podstawowego doprowadzenia do obcowania płciowego oraz typu podstawowego doprowadzenia do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej może się nie utrzymać, jeżeli uznamy, że zabieg zastosowany przez ustawodawcę ma świadczyć o celowym różnym rozłożeniu przezeń akcentów w wymienionych przepisach. Brak rozróżnienia między art. 197 k.k. a art. 199 k.k. na płaszczyźnie wymiaru kary za doprowadzenie do obcowania płciowego oraz za doprowadzenie do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej zdaje się wypływać z poczynionego założenia, iż ten drugi przepis ma kłaść nacisk na specyficzną sytuację motywacyjną ofiary „oddającej się” sprawcy oraz na wykorzystanie przez sprawcę swojej uprzywilejowanej w stosunku do ofiary pozycji, mniej zaś na to, jaką formę przyjmie ostatecznie czynność seksualna, do której sprawca doprowadza inną osobę. Różnice w stopniu społecznej szkodliwości między tymi formami w kontekście art. 199 k.k. z pewnością znajdują odzwierciedlenie w wymierzanej przez sąd karze.

Problem braku pewnych typów kwalifikowanych w art. 199 k.k. pogłębiły nowe typy kwalifikowane wprowadzone do art. 197 § 3 k.k. do punktu 2 i 3, tj. zgwałcenie pedofilskie i kazirodcze. Ofiarą kwalifikowanego zgwałcenia z pkt 2 jest bowiem małoletni poniżej 15. roku życia, podczas gdy małoletni, o którym mowa w art. 199 § 2 i 3 k.k., musi mieć już ukończone 15 lat. Niekonsekwencja ustawodawcy w tym przypadku wydaje się znacz-

¹⁰ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 642–643.

nie mniej racjonalna i dająca się obronić niż w sytuacji wskazanej powyżej. Z kolei okoliczność kwalifikująca z art. 197 § 3 pkt 3 k.k. ze względu na jej zbędność już na gruncie samego art. 197 k.k. tym bardziej nie powinna mieć odzwierciedlenia w art. 199 k.k.

II. Przedmiot ochrony

Indywidualnym przedmiotem ochrony w art. 199 § 1 k.k. jest wolność seksualna. Uściślając, chodzi tu o wolność od wywierania nacisku kompulsywnego w jeden z określonych w przepisie sposobów oddziaływania przez sprawcę na przebieg procesów motywacyjnych ofiary oraz jej sferę decyzyjną w kwestii obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej¹¹. Marian Filar zauważa, że indywidualny przedmiot ochrony w obecnym § 1 art. 199 k.k. jest zatem prawie identyczny, jak przy zgwałceniu, a odrębną kwalifikację zdeterminowało tu jedynie użycie odmiennych środków przestępnego działania, które jednak również stanowią narzędzie przymusu kompulsywnego¹². W przepisie tym, zdaniem Jarosława Warylewskiego, indywidualnym przedmiotem ochrony ewentualnie może być także prawidłowe funkcjonowanie instytucji publicznych lub zasady prawa pracy¹³.

Nadto wolność seksualną jako wolność od nacisków w kwestii decyzji co do zachowań ze sfery życia seksualnego człowieka wskazuje się jako indywidualny przedmiot ochrony w § 2 art. 199 k.k., gdzie dobro prawne również chronione jest przed naciskiem kompulsywnym na psychikę ofiary. Na skutek nacisku ofiara przestępstwa z § 1 lub § 2, w związku z nadużyciem przez sprawcę stosunku zależności lub wykorzystaniem krytycznego położenia, podejmuje świadomą (o ile jest zdolna do samosta-

¹¹ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 137–138; M. F i l a r, *Przestępstwa w dziedzinie stosunków seksualnych – zgwałcenie*, w: *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, t. IV, cz. 2, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław [i in.] 1989, s. 185; M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 632; M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 639. W pracy pod red. T. Bojarskiego w kontekście § 1 krótko mówi się o swobodzie w zakresie decydowania o swoim życiu seksualnym (*Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, wyd. II, Warszawa 2008, s. 384).

¹² M. F i l a r, *Przestępstwa w dziedzinie...*, *op. cit.*, s. 185 i 187. Podobnie: M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 639.

¹³ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 137–138.

nowienia w sferze życia seksualnego), aczkolwiek pozbawioną przymiotu dobrowolności (właśnie ze względu na te niedopuszczalne formy nacisku) decyzję o zadysponowaniu swoją wolnością seksualną, stąd powyższa teza, że chroniony jest w tym przypadku przebieg procesów motywacyjnych, a także swoboda w podjęciu decyzji woli w przedmiocie nawiązania kontaktu seksualnego¹⁴.

O odmiennym przedmiocie ochrony pisze się w kontekście § 3 omawianego przepisu, a stanowić go ma o b y c z a j n o ś ć w sferze życia seksualnego. W tym przypadku sprawca, nadużywając zaufania małoletniego lub udzielając mu korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy, tj. oddziałując na psychikę małoletniej ofiary, doprowadza ją do podjęcia świadomej i dobrowolnej decyzji, która stanowi wyrażenie zgody na czynność seksualną. Małoletni wyraża ją jednak pod wpływem nieakceptowanych, biorąc pod uwagę obyczajność społeczną, form oddziaływania. Marek Bielski przyczyn penalizacji zachowań realizujących znamiona przestępstwa z art. 199 § 3 k.k. oraz zaostrej ochrony gwarantowanej przez prawo karne dopatruje się w istniejącym przeświadczeniu o podatności osób małoletnich pomiędzy 15. a 18. rokiem życia, które są już zdolne do podjęcia świadomej decyzji o zadysponowaniu swoją wolnością seksualną, na manipulacje z powodu ich małego doświadczenia życiowego. W rezultacie: „w wypadku art. 199 § 3 za rzeczywisty przedmiot ochrony uznać trzeba prawidłowy rozwój psychofizyczny i społeczny małoletniego zagrożonego przez przedwczesne nawiązywanie kontaktów seksualnych pod wpływem nieakceptowanych społecznie form oddziaływania na jego procesy decyzyjne”. Prócz tego za trafną należy uznać tezę, że w art. 199 § 3 k.k. – jako przepisie chroniącym ponadindywidualne dobro prawne – zgoda małoletniego na naruszenie tego dobra (świadoma i swobodna decyzja) nie ma znaczenia prawnego, gdyż nie jest on swobodnym jego dysponentem¹⁵.

Mateusz Rodzyńkiewicz przedmiot ochrony w § 2 i § 3 dostrzega w małoletnich – chodzi tu wszak o ich ochronę przed naciskiem kompulsywnym w kwestii wyrażenia zgody na czynność seksualną (§ 2) oraz ochronę przed ich doprowadzaniem do udzielania zgody na czynność seksualną w drodze nadużycia zaufania lub udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej, albo obietnicy takiej korzyści¹⁶. Autor nie pisze już o tym, że w razie zrealizowania znamienia korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej

¹⁴ M. Bielski, *op. cit.*, s. 632–633.

¹⁵ *Ibid.*, s. 633–634.

¹⁶ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 639.

obietnicy, dodatkowym przedmiotem ochrony w § 3 jest porządek publiczny, co z kolei stanowi kolejną wartą rozważenia tezę wypływającą z rozważań M. Bielskiego¹⁷.

III. Podmiot czynu zabronionego

Już na kanwie poprzedniego stanu prawnego upatrywano w typie z art. 170 k.k. (dzisiejszy art. 199 § 1 k.k.) przestępstwo, którego nie można zakwalifikować wyłącznie jako indywidualne bądź powszechne¹⁸. To rozróżnienie zachowuje aktualność po dziś dzień, także w odniesieniu do § 2, a warunkowane jest odwołaniem się do konkretnego sposobu działania sprawcy. Z przestępstwem powszechnym mamy zatem do czynienia, o ile odnosimy się do znamienia „wykorzystania krytycznego położenia”. Z kolei przestępstwo będzie indywidualne w przypadku znamienia „nadużycia stosunku zależności”. Jak pisano: „Sprawcą wykorzystującym krytyczne położenie ofiary może być każda osoba mająca możliwość wykorzystania tej okoliczności do oddziaływania na psychikę osoby pokrzywdzonej w celu wymuszenia na niej pozytywnej decyzji co do podjęcia kontaktu seksualnego. Sprawcą wykorzystującym stosunek zależności może być natomiast wyłącznie osoba, w odniesieniu do której ofiara pozostaje w stosunku prawnej lub faktycznej zależności”¹⁹. Przeprowadzenie analogicznego rozróżnienia konieczne jest również w przypadku typu z § 3. Przestępstwo to jest powszechne w razie udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy, a indywidualne przy nadużyciu zaufania (niezbędne jest bowiem występowanie łączącego małoletnią ofiarę ze sprawcą poczucia zaufania)²⁰. Rzecz jasna, sprawcą i ofiarą może być

¹⁷ M. Bielski, *op. cit.*, s. 634.

¹⁸ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 77. Podobnie np. O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *Kodeks karny. Komentarz*, t. III, Gdańsk 1999, s. 178.

¹⁹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 634–635. O tym, że w zakresie nadużycia stosunku zależności przestępstwo z § 1 ma charakter indywidualny, zaś w zakresie wykorzystania krytycznego położenia jest to przestępstwo powszechne, pisze również m.in. J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: B. Kunicka-Michańska, J. Wojciechowska, *Przestępstwa przeciwko wolności, wolności sumienia i wyznania, wolności seksualnej i obyczajności oraz czci i netykalności cielesnej. Rozdziały XXII, XXIV, XXV i XXVII Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa 2001, s. 107; O. Górniok, S. Hoc, S.M. Przyjemski, *op. cit.*, s. 178.

²⁰ M. Bielski, *op. cit.*, s. 635.

wyłącznie człowiek. Wniosek taki można wyprowadzić z faktu posłużenia się przez ustawodawcę znamionami „kto” (w stosunku do sprawcy) oraz „inną osobę” (w stosunku do ofiary)²¹.

Odpowiedzialność karna sprawcy przestępstwa stypizowanego w art. 199 k.k., podobnie jak sprawcy przestępstw z art. 197 k.k.²² i art. 198 k.k.²³, nie jest zależna od tego, czy to on podejmuje czynność seksualną z pokrzywdzonym. Równie dobrze może to uczynić osoba trzecia (przy czym to nie kto inny, jak ów sprawca, powinien do tejże czynności swoim zachowaniem doprowadzić)²⁴. Dla odpowiedzialności karnej znaczenie ma jednak wiek sprawcy. Artykuł 199 k.k. nie znajduje się bowiem w katalogu czynów zabronionych, za które odpowiadać na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. może już piętnastoletni sprawca (art. 10 § 2 k.k.). Konieczne jest zatem, by w chwili czynu miał on ukończone 17 lat. Bez znaczenia jest za to płeć sprawcy i ofiary, podobnie jak ich orientacja seksualna. Możliwe są więc wszystkie konfiguracje płci na linii sprawca–ofiara²⁵. Prócz tego winnym popełnienia przestępstwa z art. 199 k.k. nie może zostać uznany sprawca, który w czasie czynu był niepoczytalny w rozumieniu art. 31 § 1 k.k. Istnieje jednak możliwość zastosowania wobec niego środków zabezpieczających²⁶.

²¹ *Per analogiam* do twierdzeń J. Warylewskiego poczynionych odnośnie podmiotu przestępstwa z art. 197 k.k. w: J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 83–84.

²² *Ibid.*, s. 61.

²³ J. W a r y l e w s k i, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz*, red. A. Wąsek, Warszawa 2004, s. 841.

²⁴ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 635; O. G ó r n i o k, S. H o c, S.M. P r z y j e m s k i, *op. cit.*, s. 179; J. W a r y l e w s k i, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 855; *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 386.

²⁵ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 139.

²⁶ M. Filar w jednej ze swoich prac, pochylając się nad problemem niepoczytalności, poruszył zagadnienie osób zboczonych płciowo. Co prawda czynił to, opisując przestępstwo zgwałcenia, jednak wydaje się, że warto przywołać jego wnioski także w kontekście art. 199 k.k. Jego zdaniem dominuje pogląd, zgodnie z którym sprawcy o takich skłonnościach są odpowiedzialni karnie za swoje czyny. M. Filar wyklucza możliwość uznania niepoczytalności (a także ograniczonej poczytalności) tam, gdzie zboczenie nie jest skutkiem psychicznych lub organicznych zmian w mózgu, lecz ma podłoże psychopatyczne lub charakteropatyczne. Zboczony popęd płciowy, zdaniem autora, również powinien podlegać kontroli za pośrednictwem hamulców w postaci uczuć i rozumu, w związku z czym M. Filar nie kwalifikuje tych zboczeń jako swoistych chorób psychicznych czy zaburzeń czynności psychicznych (M. F i l a r, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 154).

IV. Nadużycie stosunku zależności

W doktrynie podnoszono, że przestępstwo z art. 199 § 1 k.k. pierwotnie związane było ze stosunkiem pracy lub stosunkiem służbowym²⁷ i stanowiło reakcję na zwiększoną aktywność zawodową kobiet²⁸. Pojawiały się jednak przykłady, których fundamentem były relacje o innym charakterze. I tak na przykład Jerzy Bafia jako stan zależności kwalifikował nie tylko stosunek służbowy między dyrektorem a sekretarką, lecz także między lekarzem i pacjentką²⁹ (przy czym dodać wypada, że niekoniecznie musi to być dokładnie ten układ płci), tymczasem Henryk Popławski wcześniej posługiwał się – bazującym na stosunku pracy – przykładem kierownika kawiarni, który wykorzystuje stosunek zależności łączący go z pracującą u niego kelnerką, doprowadzając ją do odbycia aktu płciowego. U tego autora mowa była również o stosunku nauczyciel–wychowanek³⁰. Kiedy zachodzi stosunek zależności, ilustrują prócz tego następujące relacje (w których to ten drugi podmiot jest zależny od tego pierwszego): kierownik finansowy sądu rejonowego względem pracownika administracji tego sądu, wykładowca akademicki względem studenta zdającego u niego egzamin, dyrektor szkoły względem zatrudnionego w niej nauczyciela, egzaminator prawa jazdy względem zdającego u niego egzamin kursanta, naczelnik zakładu karnego względem osadzonego, pielęgniarka w domu starców względem pensjonariusza, ratownik względem osoby dryfującej po jeziorze i potrzebującej jego pomocy.

Jarosław Warylewski wskazuje na konieczność istnienia związku przyczynowego między stosunkiem zależności lub krytycznym położeniem a decyzją o czynności seksualnej. Za Stanisławem Śliwińskim przyjmuje, że związek ten występuje, gdy „właścicielka przedsiębiorstwa, która grożąc utratą pracy, skłania swego pracownika do uprawiania z nią nierządu, wierząc, że znalezienie innej pracy połączone jest dlań z wielkimi trudnościami”³¹.

Sąd Najwyższy w orzeczeniu z 29 maja 1933 r. podjął próbę zdefiniowania stosunku zależności, dochodząc do wniosku, że: „Istnienie stosunku zależności wymaga ustalenia, iż losy danej osoby, a więc bądź jej

²⁷ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, op. cit., s. 138

²⁸ J. Warylewski, *Rozdział XXV...*, op. cit., s. 848.

²⁹ J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989, s. 338.

³⁰ H. Popławski, *Podstawy prawa karnego*, Gdańsk 1980, s. 240.

³¹ S. Śliwiński, *Prawo karne materialne. Część szczególna*, s. 124–126, cyt. za: J. Warylewski, *Przestępstwa...*, op. cit., s. 139.

położenie ekonomiczne bądź inna sytuacja życiowa, zależała decydująco od woli sprawcy”³². Stanowisko to spotkało się z aprobatą doktryny³³. Jako cechę konstytutywną tegoż stosunku w jednym z opracowań wskazano fakt, że „podporządkowanie się sprawcy leży w interesie osoby pokrzywdzonej ze względu na ewentualność nastąpienia niekorzystnych lub braku korzystnych następstw w jej pracy zawodowej, nauce, życiu rodzinnym bądź w działalności społecznej”³⁴. Jarosław Warylewski akcentuje, że stosunek zależności może być wynikiem stosunków rodzinnych, jak i tych wszystkich, które wiążą się z istnieniem elementu władztwa z jednej strony połączonego z podporządkowaniem lub (i) zależnością z drugiej. Wzorcowym (z punktu widzenia możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej z art. 199 k.k. w razie jego nadużycia) stosunkiem zależności jest dla niego relacja opiekun–podopieczny oraz urzędnik–petent³⁵.

Stosunek zależności może mieć charakter prawny lub faktyczny. Jako prawny stosunek zależności postrzega J. Warylewski stosunek pracy lub umowę cywilnoprawną³⁶. Stosunkiem prawnym będzie zatem relacja między zwierzchnikiem a podwładnym, zaś za przykład stosunku zależności faktycznej powszechnie uznaje się w piśmiennictwie stosunek łączący turystę i przewodnika, który prowadzi go na niedostępny szczyt górski³⁷. Faktyczny stosunek zależności istnieje ponadto między dilerem narkotyków a narkomanem, natomiast prawny – między przysposobionym a przysposabiającym³⁸.

Zależność, o której mowa w art. 199 k.k., może być bezpośrednia lub pośrednia. Jako przykład zależności bezpośredniej wskazuje się w doktrynie relację między nauczycielem a uczennicą (choć – gwoli ścisłości – podkreślić należy, że równie dobrze może to być relacja nauczycielka–uczeń, nauczycielka–uczenica albo nauczyciel–uczeń), a także między przełożonym a podwładnym lub lekarzem a pacjentką. Zależność pośrednia utożsamiana jest natomiast z sytuacją, w której sprawca może

³² Zob. orzeczenie SN z 29 V 1933 r., Zb.Orz. 1933, poz. 155 – cyt. za M. Bielski, *op. cit.*, s. 635.

³³ Podobnie np. J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 106.

³⁴ I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 498, cyt. za *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 385.

³⁵ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 142–143. Warto dodać, że zgodnie z definicją słownikową zależność stanowi „związek zachodzący między rzeczami lub zjawiskami” (*Słownik języka polskiego PWN*, <<http://sjp.pwn.pl/szukaj/zalezność>>).

³⁶ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 142–143.

³⁷ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 75.

³⁸ *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 385.

wpływać na proces decyzyjny innej osoby w sprawach odnoszących się do ofiary³⁹. Marek Bielski jako przykład stosunku zależności bezpośredniej podaje zależność pracownika od dyrektora zakładu, podczas gdy zależność pracownika od przełożonego, który sporządza okresowe oceny mogące stanowić podstawę późniejszego zwolnienia, ma stanowić przykład stosunku zależności pośredniej. „Stosunek zależności wynika z wzajemnych relacji między sprawcą a ofiarą, mających swoje źródło w rolach społecznych, w jakich osoby te występują, nie zaś z samej sytuacji faktycznej” – podsumowuje⁴⁰.

Janina Wojciechowska dopuszcza zróżnicowaną trwałość czasową stosunku zależności, jako że może ona mieć charakter trwały albo przejściowy. Pierwszy z nich zachodzi w relacjach służbowych (podległość służbowa), drugi zaś między policjantem a aresztantką⁴¹. Z kolei według M. Bielskiego stosunek trwały (stały) wystąpi w przypadku zależności dzieci od rodziców, zaś przejściowy (przemijający) w relacji uczeń–nauczyciel⁴². Do tego podziału należy jednak podchodzić z dystansem, gdyż w gruncie rzeczy trudno jest wskazać stosunek zależności, który byłby obiektywnie trwały. Podległość służbowa trwająca nawet 20 lat z perspektywy całego życia może być postrzegana jako zależność o przejściowym charakterze, tymczasem stosunek ucznia do jego nauczyciela uczącego go przez 3 lata w mojej ocenie nie jest ewidentnie przejściowy (ze względu na ten wcale nie oczywiście krótki okres, jak i na fakt, że nawet poza godzinami lekcyjnymi z danym nauczycielem uczeń w dalszym ciągu jest w jakimś stopniu od niego zależny, choćby dlatego, że jego zachowanie po lekcjach może mieć wpływ na wystawioną mu przez nauczyciela ocenę ze sprawowania, a i nierzadko na sposób podchodzenia do niego podczas zajęć lekcyjnych). Należałoby zatem przyjąć, że trwałość bądź przejściowy charakter stosunku zależności możemy stopniować, a ten podział nie jest w żadnym razie podziałem dychotomicznym. W istocie jednak nie ma potrzeby drażenia tego tematu, ponieważ posługiwanie się tym podziałem nie powinno mieć większego znaczenia dla praktyków. Artykuł 199 k.k. nie wymaga od nas dowodzenia trwałości (albo jej braku) stosunku zależności, lecz wykazania, iż taki stosunek między sprawcą a pokrzywdzonym w ogóle istniał (a następnie został wykorzystany).

³⁹ J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 106.

⁴⁰ M. Bielski, *op. cit.*, s. 635–636.

⁴¹ J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 106. Również m.in. M. Rodzyńkiewicz zaznacza, że w zupełności wystarczające jest, by stosunek zależności miał charakter okazjonalny, ukształtowany przez konkretną sytuację (M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 641).

⁴² M. Bielski, *op. cit.*, s. 635.

Stosunek zależności o formalnym charakterze stanowi rezultat funkcjonowania obu stron tego stosunku w zhierarchizowanej strukturze organizacyjnej (o ile z formalnego podporządkowania wynika rzeczywisty wpływ na kształtowanie sytuacji osoby zależnej) – takim stosunkiem jest np. relacja żołnierz–dowódca. Stosunek zależności o charakterze nieformalnym wynika natomiast z układu okoliczności istniejących w konkretnej sytuacji, przy czym okoliczności te determinować muszą faktyczny wpływ sprawcy na losy ofiary (np. relacja pacjent–lekarz)⁴³.

Penalizacji podlega jednakże nie samo istnienie stosunku zależności, lecz dopiero jego nadużycie⁴⁴. Ma ono miejsce „wtedy, gdy sprawca w sposób wyraźny czyni użytek ze swej pozycji wobec ofiary i w sposób bezpośredni lub dorozumiany okazuje pokrzywdzonej, że odmowa z jej strony na poddanie się czynnościom seksualnym, spotka się z negatywnymi konsekwencjami (np. utratą pracy)”⁴⁵. Nadużycie stosunku zależności przyrównywane jest do przekroczenia przez sprawcę uprawnień, które wynikają z jego pozycji wobec osoby zależnej⁴⁶. Istotę nadużycia upatruje się w uzależnieniu zmiany kondycji życiowej ofiary od wyrażenia przez nią zgody na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną, o ile zmiana ta będzie dla ofiary niekorzystna. Ofiara ma bowiem podjąć świadomą, chociaż niedobrowolną decyzję o „oddaniu się” osobie, od której jest uzależniona, aby właśnie tych negatywnych skutków uniknąć⁴⁷.

Spór rodzi się jednak na innym polu. Problematyczne okazało się ustalenie, kto powinien (może) być inicjatorem seksualnych poczynañ. Janina Wojciechowska stoi na stanowisku, że znamiona przestępstwa z art. 199 § 1 k.k. nie będą zrealizowane, jeżeli to osoba zależna wyjdzie z inicjatywą, aby doszło do obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej. Dla oceny tak zarysowującej się sytuacji nie mają znaczenia motywy, jakimi kierowała się osoba zależna. Jak wylicza autorka, może to być podyktowane chęcią otrzymania nagrody tudzież awansu, ale równie dobrze wyłącznie kwestiami uczuciowymi.

⁴³ *Ibid.*, s. 635–636.

⁴⁴ Zgodnie z definicją słownikową „nadużyć” oznacza „użyć czegoś ponad miarę”, „wykorzystać coś w niewłaściwy sposób lub w nadmiernym stopniu” (*Słownik języka polskiego PWN*, <<http://sjp.pwn.pl/szukaj/nadużyć>>).

⁴⁵ J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1998, s. 354. Podobnie m.in. J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 106; M. Bielski, *op. cit.*, s. 636.

⁴⁶ *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 385.

⁴⁷ M. Bielski, *op. cit.*, s. 636.

mi⁴⁸. Podobne przekonanie żywi J. Warylewski, który wśród prawnokarnie irrelevantnych (w kontekście rozważań, czy dochodzi do realizacji znamion z art. 199 § 1 k.k.) motywów zachowania osoby zależnej wymienia m.in. pragnienie otrzymania wyczekiwanej podwyżki⁴⁹. Analogiczne poglądy prezentował M. Filar na kanwie Kodeksu karnego z 1969 r. (art. 170), twierdząc, że przestępstwo to nie jest popełnione, jeżeli inicjatywa wychodzi od osoby zależnej liczącej na jakieś profity od sprawcy, nawet jeżeli sprawca zna motywy działania ofiary⁵⁰.

Polemikę z tym stanowiskiem podjął M. Bielski, nie negując możliwości uznania za wypełniające znamiona art. 199 § 1 k.k. zachowania sprawcy, który wprawdzie nie jest inicjatorem kontaktu seksualnego, lecz jedynie przystaje na inicjatywę ofiary, która wyszła z nią, aby uniknąć niekorzystnej sytuacji (np. zwolnienia). Sprawca (w tym przypadku byłby to przełożony) musi być jednak świadomy, że jest to jedyny motyw działania osoby zależnej. Autor nie ma wątpliwości co do tego, że w przypadku chęci uzyskania pewnych korzyści przez osobę będącą w stosunku zależności, gdy jednocześnie to właśnie ona jest inicjatorem czynności seksualnej, wykluczone jest przyjmowanie, iż doszło do nadużycia stosunku zależności⁵¹. Poczynione przezeń ustalenia wydają się racjonalne i przekonywujące, dlatego z aprobatą należy odnieść się właśnie do nich. W sytuacji zaś, kiedy osoba zależna zgadza się na seksualną propozycję sprawcy, licząc na jakieś profity, a nie czyniąc tego w celu uniknięcia pogorszenia jej sytuacji, można by co najwyżej mówić o molestowaniu seksualnym w miejscu pracy⁵².

Ustosunkować należy się nadto do problemu stosowanej w psychiatrii i seksuologii terapii seksualnej. Jarosław Warylewski słusznie akcentuje, że w sytuacji, gdy terapeuta dopuszcza się podstępного działania wobec swojego pacjenta bądź wolontariusza, doprowadzając go do czynności seksualnej, wówczas winien być pociągnięty do odpowiedzialności karnej nie za przestępstwo stypizowane w art. 199 k.k., lecz zgwałcenie z art. 197 k.k. (środkiem przestępnego działania jest tu podstęp wymieniony przez ustawodawcę obok przemocy i groźby bezprawnej w art. 197 § 1 k.k.).

⁴⁸ J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 106. Podobnie: M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 641.

⁴⁹ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 142.

⁵⁰ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 76.

⁵¹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 636.

⁵² M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 641. Pojęcie „molestowanie seksualne w miejscu pracy” obejmuje szerszy zakres zachowań niż te wynikające z art. 199 § 1 k.k. (J. Warylewski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 848).

Często – ze względu na specyfikę takich terapii – są to jednak przypadki niezwykle trudne do analizy, kłopotliwe w kwestii ustalenia, czy nieuczciwy terapeuta dopuścił się zgwałcenia, czy też stanowiącego odrębne przestępstwo seksualnego nadużycia stosunku zależności⁵³. Wnikliwie należałoby przyrzeć się w tym miejscu stanowi hipnozy będącemu stanem bezradności, o którym mowa w art. 198 k.k. Jeżeli terapia seksualna polega na wprowadzeniu pacjenta w stan hipnozy, a wprowadzenie przez terapeuta w taki stan następuje poprzez podstęp, aby w ten sposób doprowadzić pacjenta do czynności seksualnej, zachowanie terapeuty winno skutkować przypisaniem mu odpowiedzialności karnej za zgwałcenie. Z kolei wykorzystanie przez terapeuta tego, że ofiara już w stanie hipnozy znajdowała się wcześniej, bez jego przyczynienia się (np. hipnozę zastosował inny terapeuta, a ten – nie pozostając z nim w porozumieniu – w momencie, gdy współpracownik wyszedł, wykorzystał moment jego nieuwagi), przesądza o realizacji znamion art. 198 k.k. Ta sama kwalifikacja prawna byłaby zasadna, gdyby sprawca wprowadził pacjenta w stan hipnozy, doprowadzając go następnie np. do poddania się innej czynności seksualnej, w sposób inny niż ten przewidziany w art. 197 k.k. Tym samym o nadużyciu stosunku zależności (a byłaby to w przypadku terapii seksualnej zależność faktyczna) nie będziemy mówić w razie terapii seksualnej sprowadzającej się do zastosowania hipnozy. Skądinąd, osoba znajdująca się w takim stanie nie może wyrazić świadomej decyzji, co z kolei stanowi warunek przyjęcia art. 199 § 1 k.k.

V. Wykorzystanie krytycznego położenia

Krytyczne położenie utożsamiane jest w doktrynie z dolegliwą i trudną do zniesienia sytuacją życiową, która przeważnie wiąże się z zagrożeniem dla istotnych interesów osoby znajdującej się w takiej sytuacji⁵⁴. Może to być zagrożenie tak dla dóbr osobistych, jak i majątkowych konkretnej osoby⁵⁵. Zgodnie zaś z definicją słownikową „krytyczny”, to m.in. „bardzo trudny do przetrwania, a jednocześnie rozstrzygający o dalszych losach”⁵⁶. Słusznie z kręgu zdarzeń, których zaistnienie można by wiązać z krytycznym położeniem danej osoby, wykluczana jest sytuacja, w której osoba ta pragnie nabyć cenny obraz do kolekcji, podczas gdy jej na to nie

⁵³ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 143.

⁵⁴ *Ibid.*, s. 140.

⁵⁵ J. W o j c i e c h o w s k a, *op. cit.*, s. 106.

⁵⁶ *Słownik języka polskiego PWN*, <<http://sjp.pwn.pl/szukaj/krytyczny>>.

stać⁵⁷, albo planuje udać się w podróż zagraniczną, a nie ma na to odpowiednich funduszy⁵⁸. Idąc tym tropem, za znajdującą się w krytycznym położeniu nie sposób uznać również osoby, która dziecku na jego osiemnaste urodziny chce kupić i następnie podarować luksusowy kabriolet, a może sobie pozwolić jedynie na mały samochód średniej klasy.

Marek Bielski definiuje krytyczne położenie jako stan realnego niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych, które mają pewną wartość dla ofiary. Istotne jest jednak to, że owe niebezpieczeństwo jest w stanie uchylić sprawca, podczas gdy ofiara sama – co do zasady – takiej możliwości nie ma. Krytyczne będzie zatem „takie położenie, w którym uniknięcie niepożądanych przez ofiarę następstw jest możliwe w wyniku wsparcia ze strony sprawcy, co ten traktuje jako środek oddziaływania na psychikę ofiary w celu wymuszenia na niej pozytywnej, aczkolwiek nie swobodnej decyzji co do podjęcia obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej” – rekapitułuje⁵⁹. Z tym że: „O ile stosunek zależności stanowi relację międzyludzką, wynikającą z wypełnianych funkcji czy ról społecznych, o tyle krytyczne położenie może być niezależnym od relacji międzyludzkich, niekorzystnym splotem okoliczności, powstałym np. w związku z wypadkiem komunikacyjnym, pożarem, klęską żywiołową itp.”⁶⁰

Marian Filar nazywa krytyczne położenie szczególną postacią wyzyskania stanu faktycznej zależności, kiedy to danej osobie grozi niebezpieczeństwo doznania pewnej dolegliwości, któremu zapobiec może sprawca. Podobnie jak odpowiedzialność karna w przypadku stosunku zależności wiąże się z nadużyciem tego stanu, tak i tutaj sam fakt istnienia krytycznego położenia nie determinuje nam jeszcze penalizacji aktu seksualnego między osobą znajdującą się w krytycznym położeniu a sprawcą⁶¹. Musi dojść do jego wykorzystania.

W piśmiennictwie wysunięto tezę, że dla stwierdzenia istnienia krytycznego położenia irrelevantne jest, czy sprawca *de facto* miał możliwość zapobiegnięcia niebezpieczeństwu, jakie groziło osobie znajdującej się w takim położeniu⁶². Problem jest jednak bardziej złożony. Dla stwierdzenia faktu,

⁵⁷ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 140.

⁵⁸ J. W o j c i e c h o w s k a, *op. cit.*, s. 106.

⁵⁹ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 636–637. Podobnie: M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 640–641.

⁶⁰ M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 640–641. Podobnie: J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 140.

⁶¹ M. F i l a r, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 75–76.

⁶² *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 385.

że mamy do czynienia z osobą znajdującą się w krytycznym położeniu, wspomniana kwestia nie ma znaczenia. Jednakże wydaje się, że przy ocenie zachowania sprawcy należy już tę okoliczność rozważyć. Jeżeli bowiem sprawca od samego początku wie, że nie jest w stanie pomóc znajdującą się w krytycznym położeniu ofierze, albo wie, że jest w stanie jej pomóc, ale od początku nie ma zamiaru tego uczynić, a doprowadza ją do czynności seksualnej przez wytworzenie w jej świadomości błędnego przekonania, że wyrażenie przez nią zgody na tę czynność zapewni jej otrzymanie w przyszłości jakiejś pomocy z jego strony, wówczas będziemy mieć do czynienia z wprowadzeniem ofiary w błąd, co z kolei winno skutkować pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności karnej za podstępne zgwałcenie, nie zaś za seksualne wykorzystanie krytycznego położenia. Sprawca musi być zatem w przeświadczeniu, że ma chociaż minimalną możliwość polepszenia sytuacji ofiary i, co więcej, musi chcieć z tej możliwości skorzystać (nawet jeżeli obiektywnie takiej możliwości by nie miał).

Aby możliwe było pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej z art. 199 § 1 k.k., konieczne jest wykorzystanie przez niego trudnej sytuacji życiowej, w której znalazł się pokrzywdzony, i doprowadzenie go tym sposobem do czynności seksualnej⁶³. Z wykorzystaniem krytycznego położenia będziemy mieli do czynienia, gdy sprawca uzależnia bądź udzielenie ofierze pomocy, bądź odwrócenie grożącego jej niebezpieczeństwa od gotowości ofiary do zbliżenia płciowego ze sprawcą⁶⁴. Innymi słowy, wykorzystanie⁶⁵ krytycznego położenia stanowi taki stan faktyczny, w którym sprawca uniknięcie przez ofiarę pewnych niekorzystnych skutków znajdowania się przez nią w krytycznym położeniu uzależnia od wyrażenia przez nią zgody na kontakt płciowy ze sprawcą albo osobą trzecią (ofiara ma zatem podjąć decyzję o poświęceniu swojej wolności seksualnej w formie „ekwiwalentu” za pomoc sprawcy, którą ten obiecuje jej ofiarować)⁶⁶. Istotę wykorzystania krytycznego położenia stanowi zaś „wyzyskanie przymusowego położenia ofiary, która w celu ratowania cennych dla niej dóbr prawnych jest zmuszona wyrazić niedobrowolną zgodę na kontakt seksualny”⁶⁷.

⁶³ Pokrzywdzony może być np. osobą pozbawioną dachu nad głową albo środków do życia. Tak: *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 385–386.

⁶⁴ J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 106.

⁶⁵ „Wykorzystać”, czyli m.in. „użyć czegoś dla osiągnięcia jakiegoś celu, zysku”, ewentualnie „posłużyć się kimś, aby zrealizować własne cele” – tak w: *Słownik języka polskiego PWN*, <<http://sjp.pwn.pl/szukaj/wykorzystac>>.

⁶⁶ M. Bielski, *op. cit.*, s. 637.

⁶⁷ *Ibid.*, s. 637.

Wymóg „krytyczności” położenia zakłada, że niebezpieczeństwo grożące ofierze musi być związane z poważnym uszczerbkiem, a co za tym idzie – znaczną dolegliwością. Należy się tu posłużyć metodą „i n d y w i d u a l i z u j ą c e j o c e n y o b i e k t y w n e j”, co oznacza, że owa dolegliwość musi być jednocześnie obiektywnie znaczna oraz zdolna, by pokonując opór, wpływać na motywację człowieka o osobowości zbliżonej do tej, jaką „dysponuje” dana ofiara, a dodatkowo znajdującego się w sytuacji analogicznej do sytuacji ofiary⁶⁸. Co więcej, sprawca musi uczynić z elementu wykorzystania krytycznego położenia czynnik wywarcia nacisku na psychikę ofiary w celu podjęcia przez nią określonej decyzji. Uwaga ta zachowuje aktualność także w kontekście znamienia „nadużycia stosunku zależności”⁶⁹.

W doktrynie pojawiły się głosy, że ustawodawca nie formułuje wymogu, aby ofiara nie była w stanie uzyskać pomocy z alternatywnego źródła niż sprawca⁷⁰. Rozumieć należałoby to, jak sądzę, w taki sposób, że ofiara, nawet jeżeli ma możliwość uzyskania pomocy z kilku alternatywnych źródeł, musi znajdować się w takim położeniu, że tylko pomoc z zewnątrz jest w stanie uchronić ją od negatywnych konsekwencji tego stanu rzeczy. Jednakże można zastanawiać się nad tym, jak ocenić sytuację, gdy tylko jedno z tych alternatywnych źródeł pomocy będzie wiązało się z koniecznością zadysponowania przez pokrzywdzonego swoją wolnością seksualną. O ile bowiem sprawca i w takim stanie faktycznym będzie wykorzystywał jego położenie, tak można by podać w wątpliwość, czy jest to w istocie położenie krytyczne, skoro dróg ratunku jest kilka i tylko niektóre wymagają poświęcenia tak ważnej dla człowieka sfery, jak sfera swobodnego dysponowania swoim życiem seksualnym. Ofiara nie jest wówczas „zmuszona wyrazić niedobrowolną zgodę na kontakt seksualny”⁷¹, lecz posiada możliwość wyboru innego „wyjścia” z niekorzystnej dla niej sytuacji. Zakładam, że trudno byłoby wymagać od sądu, by oceniał, czy każda z tych, stanowiących dla pomocy ze strony sprawcy alternatywę, dróg ratunku była dla pokrzywdzonego na tyle dolegliwa, że niczym bohater antycznej tragedii znajdował się on w sytuacji bez wyjścia (tj. aby ważył stopień dolegliwości każdego z rozwiązań). Jeżeli jednak ponownie prześledzimy zaprezentowane powyżej poglądy, dojdziemy do wniosku, iż żaden z nich w sposób zdecydowany nie wyklucza, by w takim stanie faktycznym możliwe było pociągnięcie osoby wykorzystującej położenie pokrzywdzonego do odpowiedzialności karnej

⁶⁸ M. F i l a r, *Przestępstwa seksualne...*, op. cit., s. 77.

⁶⁹ M. F i l a r, *Rozdział XXV...*, op. cit., s. 653.

⁷⁰ *Kodeks...*, red. O. Górniok, op. cit., s. 179.

⁷¹ M. B i e l s k i, op. cit., s. 637.

z art. 199 k.k. I nawet jakby opowiedzieć się właśnie za tym stanowiskiem, aktualność zachowuje dostrzeżony tu problem, że w niektórych stanach faktycznych „ofiara”, decydując się na przyjęcie niemoralnej propozycji sprawcy, działa w większym stopniu, by polepszyć swoje położenie (np. w pracy) albo dlatego, że po prostu jest jej tak wygodniej, niż by faktycznie uchronić się przed trudnymi do unicestwienia, negatywnymi konsekwencjami rzekomo (bo z wieloma wyjściami, spośród których co najmniej jedno wiązało się z koniecznością podjęcia jakiegoś wysiłku czy wyrzeczenia, którego ta osoba nie ma ochoty się podejmować, gdyż łatwiej będzie jej „oddać się” rzekomemu sprawcy) krytycznego położenia, w którym się znalazła. Zatem, jeżeli *in concreto* uznamy, że mamy do czynienia z krytycznym położeniem, art. 199 k.k. będzie miał zastosowanie. Ryzykowne byłoby przesądzanie tej kwestii *in abstracto*.

Mateusz Rodzyńkiewicz, pisząc o wykorzystaniu krytycznego położenia, wyklucza realizację znamion przestępstwa z art. 199 § 1 k.k. w przypadku, gdy inicjatorem działań o seksualnym charakterze jest osoba znajdująca się w krytycznym położeniu. Nadto, zdaniem autora, żadnej roli nie odgrywają tu motywy popychające tę osobę do podjęcia tego zachowania (np. chęć awansu czy zyskania przychylności). Jego oceny nie zmienia także fakt, że drugi podmiot aktu seksualnego zdaje sobie sprawę z pobudek ofiary⁷². Analogiczne stanowisko zajmuje J. Wojciechowska, według której dochodzi do dekompozycji ustawowych znamion omawianego typu z art. 199 k.k., gdy z inicjatywą zbliżenia płciowego z osobą, która może udzielić pomocy, wyjdzie osoba znajdująca się w krytycznym położeniu⁷³. W opozycji do tych poglądów ponownie staje M. Bielski i to do jego stanowiska należy się przychylić. Wydaje się, że inicjatywa nie zawsze musi bowiem wychodzić od sprawcy. Inicjatorem może być również ofiara – przy założeniu, że sprawca, zgadzając się na propozycję ofiary, ma świadomość, iż wyszła ona z tą ofertą wyłącznie dlatego, że w przeciwnym razie sprawca nie podjąłby działań, dzięki którym ofiara uniknęłaby następstw znajdowania się przez nią w krytycznym położeniu⁷⁴.

W doktrynie dodatkowo dostrzeżony został problem tzw. *prostytycji koniecznej*, którą również określono mianem wykorzystania krytycznego położenia. Prostytycja konieczna występuje np. wtedy, jeżeli wynajmujący mieszkanie przystaje na propozycję znajdującego się w tarapatkach finan-

⁷² M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 641. Wypowiedzi utrzymane w podobnym tonie formułuje autor względem nadużycia stosunku zależności.

⁷³ J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 106–107.

⁷⁴ M. Bielski, *op. cit.*, s. 637.

sowych najemcy, by stosunki płciowe stanowiły formę opłacania należącego się drugiej stronie czynszu⁷⁵. Mówiąc o prostytutce, warto przytoczyć słowa Juliusza Makarewicza, zgodnie z którymi „nie jest wyzyskaniem położenia krytycznego korzystanie z czynności nierządnych za odpłatą, pomimo że dana osoba oddaje się nierządowi z oczywistej nędzy”⁷⁶.

VI. Nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia – dodatkowe uwagi

W wyroku z 14 maja 1936 r. SN przesądził, że stosunek zależności oraz krytyczne położenie muszą istnieć obiektywnie. Jeżeli zatem ten element w rzeczywistości nie zaistnieje, a sprawca wytworzy w świadomości ofiary przekonanie, że stosunek zależności lub krytyczne położenie faktycznie występuje (tj. wprowadzi ją w błąd), albo świadomie wykorzysta to, iż ofiara tkwi już w takim przeświadczeniu (tj. wykorzysta istniejący już błąd), powinien ponieść odpowiedzialność karną za zgwałcenie z art. 197 k.k. dokonane w drodze podstęp⁷⁷. Za wzorcowy w tym kontekście można uznać *casus* sprawcy podszywającego się pod przełożonego i w efekcie doprowadzającego „podwładnego” do czynności seksualnej⁷⁸. Jak podkreślano, przy analizie, czy stosunek zależności lub krytyczne położenie istnieją obiektywnie, konieczne jest wzięcie pod uwagę indywidualnej sytuacji życiowej ofiary, zwłaszcza w obszarze możliwości zarobkowania⁷⁹.

Istotna z perspektywy wyznaczenia granic penalizacji przestępstwa z art. 199 § 1 k.k. jest również kwestia zgody pokrzywdzonego na czynność o seksualnym charakterze, tj. osoby znajdującej się w stosunku zależności

⁷⁵ *Ibid.*, s. 637.

⁷⁶ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. V, Lwów 1938, s. 489, cyt. za: J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 141. Ta wypowiedź koresponduje w pewnym zakresie z *casusem* osoby, która ma kilka możliwości wydostania się z trudnej sytuacji życiowej, a decyduje się na przyjęcie seksualnej propozycji innej osoby w zamian za wyprowadzenie jej z tego niekorzystnego dlań położenia. Odmienne stanowisko wobec poglądów J. Makarewicza prezentował: J. Maczek, *Prostytucja. Nierząd – handel żywym towarem – pornografia ze stanowiska historii, etyki, higieny i prawa*, Warszawa 1927, s. 159, cyt. za: J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 141.

⁷⁷ Zob. wyrok SN z 14 V 1936 r., Zb.Orz. 1937, poz. 11, cyt. za: M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 76. Na niniejszy wyrok SN powołują się inni autorzy, m.in. M. Bielski, *op. cit.*, s. 637; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 642. Podobnie: J. Warylewski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 852.

⁷⁸ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 141.

⁷⁹ *Ibid.*, s. 140.

względem sprawcy lub w krytycznym położeniu. Będzie to zgoda wadliwa, gdyż niedobrowolna. Nie skutkuje ona wyłączeniem penalizacji czynu, ponieważ – jak wcześniej zauważono – do doprowadzenia przez sprawcę do jej wyrażenia sprowadza się istota przestępstwa z art. 199 § 1 k.k.⁸⁰ Mimo że pokrzywdzony w przypadku art. 199 k.k. „Pozornie ma swobodę decyzji płciowej, faktycznie swoboda ta nie istnieje, gdyż odmowa znośzenia czynności nierządnej lub dokonania jej mieć będzie niemiłe następstwa, których ta osoba obawiać się nie musi”⁸¹. Słusznie jednak akcentuje M. Rodzyńkiewicz, że nie jest wykluczone przejawianie przez przełożonego inicjatywy, aby między nim a podwładną powstała intymna relacja, bez narażania siebie na odpowiedzialność karną z art. 199 k.k. Sytuacja taka jest dopuszczalna o tyle, o ile tylko sprawca nie próbuje przekonać podwładnej do nawiązania owej relacji, wykorzystując istniejący między nimi stosunek zależności (jej względem sprawcy)⁸². Innymi słowy, ze strony przełożonego nie może pojawić się jakakolwiek forma nacisku – nawet dorozumiana groźba⁸³.

Doniosłe znaczenie ma nadto przesądzenie, jak należy ocenić celowe przyczynienie się sprawcy do zaistnienia stosunku zależności lub krytycznego położenia. Zdaniem J. Warylewskiego nie można wymagać, aby stosunek zależności lub krytyczne położenie pokrzywdzonego zaistniały bez jakiegokolwiek przyczynienia się sprawcy. Takie przyczynienie się unaocznia *casus* sprawcy startującego w konkursie na dyrektora szkoły, a czyniącego to, aby dzięki objęciu kierowniczego stanowiska uzyskać możliwość doprowadzenia w przyszłości jednej z pracownic szkoły do obcowania płciowego poprzez wykorzystanie powstałego stosunku zależności podwładnej od przełożonego⁸⁴. Celowe doprowadzenie przez sprawcę do powstania stosunku zależności lub krytycznego położenia, o ile nie realizuje znamion innego przestępstwa (zgwałcenia), miałoby być tylko niekaralnym przygotowaniem przestępstwa z art. 199 § 1 k.k.⁸⁵ Z kolei M. Filar wiązał

⁸⁰ *Ibid.*, s. 139; M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 641.

⁸¹ J. Makarewicz, *op. cit.*, s. 487–489, cyt. za: J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 139.

⁸² M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 641. Podobnie: J. Warylewski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 854.

⁸³ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 142. „Przełożony może dążyć do nawiązania intymnych kontaktów z podwładnym, nie może tylko wykorzystywać w tym celu stosunku zależności” – pisze autor.

⁸⁴ *Ibid.*, s. 142.

⁸⁵ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 641. Początkowo w opinii M. Rodzyńkiewicza

świadome wywołanie, a następnie nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia z możliwością pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za zgwałcenie⁸⁶.

Dla rozstrzygnięcia tego problemu punktem zaczepienia może być wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z 6 maja 2003 r., w którym uznano, że stan krytycznego położenia nie może być rezultatem uprzedniego zastosowania przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu, tj. środków działania charakterystycznych dla zgwałcenia⁸⁷. Z niekarałym przygotowaniem do realizacji znamion przestępstwa z art. 199 § 1 lub § 2 k.k. będziemy mieli do czynienia, gdy sprawca doprowadzi do stosunku zależności lub krytycznego położenia w inny sposób niż ten wskazany w art. 197 § 1 k.k. (a więc nie poprzez zastosowanie przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu). Jak konkluduje M. Bielski: „Początek usiłowania nastąpi w momencie, w którym sprawca będzie bezpośrednio zmierzał do wykorzystania istniejącego już stanu zależności lub krytycznego położenia, choćby sam wcześniej taki stan lub położenie wywołał”⁸⁸. W przypadku osoby, która ubiega się o stanowisko dyrektora szkoły, aby następnie w dalszej, bliżej nieokreślonej przyszłości doprowadzić osobę podwładną do aktu seksualnego, do kontaktu płciowego dochodzi nie dlatego, że sprawca zastosował podstęp (objął stanowisko dyrektora, kierując się niewłaściwymi pobudkami), lecz z powodu nadużycia przez niego istniejącego stosunku zależności (to właśnie na ten element należy położyć akcent). Kwestia motywów kandydowania na stanowisko dyrektora wydaje się tu osobną historią. Co więcej, pamiętając o tym, że podstęp polega na wprowadzeniu ofiary w błąd, ewentualnie na wykorzystaniu jej błędu, w opisanym stanie faktycznym trudno mówić o istnieniu jakiegokolwiek błędu po stronie ofiary (a już na pewno należy wykluczyć przemoc i groźbę bezprawną). Toteż nie sposób założyć, że przyczynienie się sprawcy do powstania stosunku zależności lub

doprowadzenie przez sprawcę (zmierzającego do kontaktu seksualnego z daną osobą) do takiej sytuacji, w której konkretna osoba staje się od niego zależna lub znajduje się w krytycznym położeniu, w którym to z kolei niekorzystne konsekwencje mogą być uchylone właśnie przez niego, a następnie doprowadzenie jej do zbliżenia płciowego, skutkowało odpowiedzialnością karną sprawcy za zgwałcenie opisane w art. 197 k.k. Jednakże zmodyfikował on swoje zapatrywania pod wpływem krytyki J. Warylewskiego.

⁸⁶ M. F i l a r, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 76; *Kodeks...*, red. O. Górniok, *op. cit.*, s. 179; J. W o j c i e c h o w s k a, *op. cit.*, s. 107.

⁸⁷ Zob. wyrok SA w Lublinie z 6 V 2003 r., II AKa 109/03, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11/12.

⁸⁸ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 637–638.

krytycznego położenia pociąga za sobą odpowiedzialność karną nadużywającego (wykorzystującego) za zgwałcenie, gdy wykluczaliśmy wcześniej, że owo przyczynienie nastąpiło w efekcie zastosowania przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu.

Kończąc ten etap rozważań, warto dodać jeszcze, że możliwe jest doprowadzenie ofiary do czynności seksualnej jednocześnie przez oba stosowane przez sprawcę środki przestępnego działania wskazane w art. 199 § 1 k.k.⁸⁹ Swoją drogą nieprzypadkowo ustawodawca posłużył się w § 1 spójnikiem „lub”. Ponadto J. Warylewski dochodzi do konkluzji, że: „Sprawca nie musi stosować przemocy, groźby bezprawnej ani podstępu, aby jego zachowanie wypełniło znamiona tego przepisu. Przykładowo groźba zwolnienia z pracy nie jest zazwyczaj groźbą bezprawną [...]. Rozwiązanie stosunku pracy jest – przy spełnieniu określonych warunków – legalne. Mimo to, mamy wtedy do czynienia z tzw. szantażem seksualnym”⁹⁰. Z tym że sprawca nie tyle nie musi stosować przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu, co nie może tego robić, gdyż w takim wypadku jego zachowanie realizowałoby znamiona art. 197 k.k., nie zaś art. 199 k.k. Cytowany autor pisze dalej, że sprawcą szantażu seksualnego w miejscu pracy może być nie tylko pracodawca, czyli osoba decydująca o zatrudnieniu i jego warunkach, ale również przedstawiciel pracodawcy, tj. osoba, której pracodawca przekazał pewne kompetencje w przedmiocie zatrudnienia⁹¹.

VII. Działanie na szkodę małoletniego

W § 2 art. 199 k.k., wprowadzonym nowelizacją z dnia 27 lipca 2005 r., znamieniem kwalifikującym jest wiek ofiary. Pokrzywdzonym tym przestępstwem może być jedynie m a ł o l e t n i, tj. osoba, która w chwili czynu nie miała ukończonych 18 lat⁹². Wiek ofiary stanowi zatem jedyną różnicę między typami z § 1 i § 2. Aktualne pozostają poczynione powyżej uwagi co do strony przedmiotowej przestępstwa seksualnego nadużycia stosunku zależności lub wykorzystania krytycznego położenia. Jednakże w piśmien-

⁸⁹ J. W o j c i e c h o w s k a, *op. cit.*, s. 106. „Krytyczne położenie ofiary, wykorzystywane przez sprawcę, może niekiedy łączyć się z jej zależnością od sprawcy” – podsumowano w: *Kodeks...*, red. O. Górniok, *op. cit.*, s. 179.

⁹⁰ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 139.

⁹¹ *Ibid.*, s. 141.

⁹² M. F i l a r, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 653.

nictwie akcentuje się wyższy stopień społecznej szkodliwości typu czynu zabronionego opisanego w § 2⁹³. Z kolei § 3, ustanawiający odrębny typ podstawowy⁹⁴, ma inaczej niż typ z § 1 opisane znamiona czynnościowe⁹⁵ i, co wymaga podkreślenia, nie odnosi się on do małoletnich poniżej 15. roku życia, a w konsekwencji jego zastosowanie ograniczyć należy do małoletnich znajdujących się w chwili czynu między 15. a 18. rokiem życia. Mając powyższe na uwadze, M. Bielski wymienia różnice między znamionami „nadużycie stosunku zależności” i „wykorzystanie krytycznego położenia” oraz pojawiającymi się w § 3 znamionami „nadużycie zaufania” i „udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy”. Dwa pierwsze, będące znamionami § 1 i § 2, wiążą się z wyrażeniem przez ofiarę zgody na kontakt płciowy ze sprawcą – przy czym zgody wadliwej, gdyż wymuszonej. Tymczasem istotą penalizacji typu z § 3 jest wyrażenie zgody dobrowolnej i niewymuszonej. Co więcej, chodzi tu o zgodę „tych małoletnich, którzy w rozumieniu art. 200 są zdolni do świadomej autodeterminacji seksualnej, ale pod wpływem środków oddziaływania, które zostały przez ustawodawcę uznane w stosunku do takich małoletnich za niedopuszczalne z uwagi na obowiązujące w społeczeństwie standardy obyczajności seksualnej”. Sprawca dopuszcza się więc naruszenia obyczajności w sferze życia seksualnego, nie zaś naruszenia wolności seksualnej małoletniego między 15. a 18. rokiem życia, który w tym wieku może już przecież decydować o tym w pełni świadomie i dobrowolnie. Małoletni, którzy ukończyli już 15. rok życia, poddani zostali tu szczególnej ochronie ze względu na ich prawidłowy rozwój (psychiczny, fizyczny i społeczny). Zagrożeniem dla tego rozwoju mogą być zbyt wczesne stosunki seksualne, do których doprowadza sprawca, uzyskując przyzwolenie na zbliżenie płciowe dzięki zastosowaniu nieakceptowanych społecznie form oddziaływania na proces wolitywny małoletniego⁹⁶. Jedynie małoletni znajdujący się w chwili czynu w przedziale wiekowym od lat 15 do 18 może być pokrzywdzonym także na gruncie § 2 omawianego przepisu⁹⁷.

⁹³ *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 386.

⁹⁴ Typ ten stanowić ma nawiązanie do przestarzałej formy tzw. uwiedzenia. Tak: M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 653–654; M. Bielski, *op. cit.*, s. 640.

⁹⁵ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 643.

⁹⁶ M. Bielski, *op. cit.*, s. 638–639.

⁹⁷ *Ibid.*, s. 643. Do tego zagadnienia wracam przy omawianiu przedmiotu bezpośredniego działania.

VIII. Nadużycie zaufania

Znamie „nadużycia zaufania”, umieszczone w opisie typu z art. 199 § 3 k.k., nie było znane poprzednim kodyfikacjom karnym. Część przedstawicieli doktryny dopatruje się tu sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege certa*. Wiara w racjonalność ustawodawcy oraz wykładnia systemowa podpowiadają bowiem, że istnieje pewna dystynkcja pomiędzy zakresem desygnatów przedmiotowego znamienia a rozumieniem znanych Kodeksu karnego z 1997 r. od chwili jego wejścia w życie znamion: „stosunek zależności” i „podstęp”⁹⁸.

W myśl art. 200 k.k. osoba, która ukończyła 15. rok życia, może decydować o swojej wolności seksualnej, a jej decyzje są prawnie relewantne, o ile nie są efektem zastosowanej wobec takiego małoletniego przemocy, groźby bezprawnej, podstęp, nadużycia stosunku zależności lub wykorzystania krytycznego położenia. W rezultacie: „do nadużycia zaufania może dojść w wypadku istnienia szczególnych związków psychiczno-emocjonalnych między nieletnim a sprawcą czynu, który związki te świadomie wykorzystuje w celu skłonienia nieletniego do udzielenia przyzwolenia na określone czynności seksualne (co przypomina nieco podstęp)”⁹⁹. Nadużycie przez sprawcę zaufania to nic innego, jak wykorzystanie przezeń faktu, że małoletni świadomie decyduje się na zbliżenie płciowe, kierując się motywacją, która nie byłaby podstawą owej decyzji, gdyby czynnik w postaci zaufania, jakim ofiara obdarza sprawcę, nie istniał. Zastosowanie znamienia w takim kształcie wyłącznie względem małoletnich, z pominięciem osób powyżej 18. roku życia, dowodzi, że zdaniem ustawodawcy człowiek w takim przedziale wiekowym, którego rozwój psychiczny jeszcze się nie zakończył, jest bardziej narażony na wykorzystanie przez osobę, z którą łączy ją szczególnie związek psychiczno-emocjonalny (określany tutaj mianem zaufania)¹⁰⁰. Niemniej *ratio legis* tego uregulowania może budzić zastrzeżenia, gdy zarówno sprawca, jak i ofiara będą rówieśnikami (dwójka siedemnastolatków). W takim stanie faktycznym znika aspekt dysproporcji pomiędzy obiema stronami w przedmiocie doświadczenia życiowego i rozwoju psychicznego, co – jak się wydaje – leżało u podstaw wprowadzenia tego unormowania do Ko-

⁹⁸ L. Gardocki, *Zasada nullum crimen sine lege certa we współczesnym polskim prawie karnym*, w: *Hominum causa omne ius constitutum est. Księga jubileuszowa ku czci profesora Alicji Grześkowiak*, red. A. Dębiński, Lublin 2006, s. 78–79, cyt. za: M. Bielski, *op. cit.*, s. 639.

⁹⁹ M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 654.

¹⁰⁰ M. Bielski, *op. cit.*, s. 640.

deksu karnego. Nedorzecznosc przyjętego w art. 199 § 3 k.k. rozwiązania wcześniej próbował zilustrować M. Bielski poprzez odwołanie się do *casu-su* siedemnastolatka (który wszak może już ponosić odpowiedzialność na gruncie Kodeksu karnego) nadużywającego zaufania swojej szesnastoletniej dziewczyny, od której otrzymuje przyzwolenie na akt płciowy, gdyż ta tkwi w błędnym przekonaniu (wywołanym przez partnera), że jest miłością jego życia¹⁰¹. Zagrożenie, jakie niesie ze sobą komentowany przepis, dobitniej wyraża to stwierdzenie: „Drżycie zalotnicy, jeżeli zdobędziecie względy swojej dziewczyny, która nie ukończyła jeszcze 18 lat – a więc np. siedemnastolatki – obietnicą poślubienia czy choćby sprezentowania w przyszłości sznura koralu. Czyha na was nowy art. 199 § 3 k.k.”¹⁰²

W literaturze przedmiotu nadto wyjaśniano, że nadużyć zaufania małoletniego, to znaczy wykorzystać jego przekonanie o tym, że może sprawcy wierzyć¹⁰³, czy też po prostu wprowadzić go w błąd chociażby co do charakteru osobistego związku łączącego go ze sprawcą. Mateusz Rodzyńkiewicz opisuje powyższą sytuację dosyć poetycko tymi oto słowami: „sprawca wykorzystując młodzieńczy romantyzm ofiary zapewnia ją o swojej bezinteresownej przyjaźni, a następnie domaga się uległości seksualnej ofiary, która ma być »złożona na ołtarzu« tej platonicznej przyjaźni”¹⁰⁴.

Marek Bielski postuluje wąskie rozumienie znamienia „nadużycie zaufania” – wąskie w takim sensie, aby odnoszono go wyłącznie do przypadków, w których mamy do czynienia z błędem co do przesłanek motywacyjnych stanowiących podłoże świadomej decyzji małoletniego o zadysponowaniu swoją wolnością seksualną. Aby ów błąd nie był kwalifikowany jako podstęp z art. 197 k.k., winien on dotyczyć jedynie ubocznych motywów decyzji ofiary¹⁰⁵, co doskonale zobrazowano w przykładzie autora powołanym powyżej.

Prócz tego celnie podnoszono, że rezultatem wprowadzenia do art. 199 k.k. komentowanego § 3 jest rozszerzenie granic karalności o przypadki korzystania przez osoby mogące ponosić odpowiedzialność na podstawie Kodek-

¹⁰¹ *Ibid.*, s. 640.

¹⁰² M. Filar, *Gwałt na kodeksie*, „Gazeta Wyborcza” z 5 VII 2005 r., <<http://wyborcza.pl/1,75515,2805071.html>>.

¹⁰³ *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 386.

¹⁰⁴ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 644.

¹⁰⁵ M. Bielski, *op. cit.*, s. 640. Aczkolwiek rozwinięcia wymaga kwestia, kiedy w istocie mamy do czynienia z podstępem, który umożliwia postawienie sprawcy zarzutu, że zrealizował znamiona któregoś z typów z art. 197 k.k. Temu zagadnieniu dedykowałem jednak osobne opracowanie.

su karnego z usług seksualnych świadczonych przez małoletnich między 15. a 18. rokiem życia trudniących się prostytutką. Jeżeli świadczący tę usługę małoletni nie ukończył jeszcze 15. roku życia, sprawca poniesie odpowiedzialność karną z art. 200 k.k., przy czym tutaj doprowadzenie małoletniego do czynności seksualnej w konkretny sposób nie stanowi warunku odpowiedzialności karnej sprawcy, bowiem przestępstwem jest każda czynność seksualna z osobą znajdującą się we wskazanym przedziale wiekowym¹⁰⁶.

IX. Udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy

Alternatywny wobec „nadużycia zaufania” sposób działania sprawcy w art. 199 § 3 k.k. ujęty został w znamieniu „udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy”. „Udzielać” to tyle, co „dać lub użyć czegoś” albo „umożliwić uzyskanie czegoś”¹⁰⁷. Korzyść majątkową definiowano jako „przysporzenie majątkowe polegające na zwiększeniu aktywów lub zmniejszeniu pasywów”, które zgodnie z art. 115 § 4 k.k. stanowi korzyść tak dla siebie samego, jak i dla kogoś innego¹⁰⁸. Z kolei korzyść osobista rozumiana jest jako „wszelkie dobro niemające charakteru majątkowego, właściwie (przynajmniej bezpośrednio) nieprzeliczone na pieniądze, ale dogodne dla przyjmującego lub zaspokajające jakąś jego potrzebę”¹⁰⁹. Jako kryterium rozróżnienia korzyści majątkowej od osobistej w doktrynie wskazuje się przeważnie rodzaj potrzeby, którą owa korzyść zaspokaja. Jeżeli w większym wymiarze jest nią pewna potrzeba materialna, uznać należy, iż korzyść będzie korzyścią materialną. Tymczasem zaspokajanie przede wszystkim potrzeby niematerialnej stanowi podstawę przyjęcia, że mamy do czynienia z korzyścią osobistą. Jednakowoż dysponujemy jeszcze możliwością odwołania się do kryterium pomocniczego – jest nim możliwość wyrażenia korzyści pewną kwotą pieniężną¹¹⁰.

¹⁰⁶ M. Bielski, *op. cit.*, s. 640.

¹⁰⁷ *Słownik języka polskiego PWN*, <<http://sjp.pwn.pl/szukaj/udziela%C4%87>>. „Udzielać” to ponadto: „wyrazić zgodę na coś”.

¹⁰⁸ A. Barczak-Oplustil, *Rozdział XXIX. Przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych i samorządu terytorialnego*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 3, Warszawa 2008, s. 969.

¹⁰⁹ R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2000, s. 306, cyt. za: A. Barczak-Oplustil, *op. cit.*, s. 971.

¹¹⁰ A. Barczak-Oplustil, *op. cit.*, s. 971.

Realizację przedmiotowego znamienia należy powiązać z bezpośrednim lub pośrednim dokonaniem przez sprawcę majątkowego bądź osobistego przysporzenia, albo obietnicy takiego przysporzenia na rzecz małoletniego między 15. a 18. rokiem życia, czym sprawca doprowadza małoletniego do obcowania płciowego lub poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej¹¹¹. Mateusz Rodzyńkiewicz, optujący za przyjęciem zwięzającej wykładni art. 199 § 3 k.k., ogranicza penalizację zachowania sprawcy wyłącznie do sytuacji uzależnienia udzielenia korzyści osobistej od przyzwolenia ofiary na kontakt seksualny. Za przykład może posłużyć tu stan faktyczny, w którym sprawca wytwarza u ofiary wrażenie, że warunkiem nawiązania między nimi przyjacielskich stosunków jest uprzednie „ofiarowanie się” pokrzywdzonego sprawcy. Mateusz Rodzyńkiewicz słusznie zauważa, że argumentem przemawiającym za wąskim rozumieniem znamienia „nadużycia zaufania” jest to, iż przeważnie obietnica udzielenia korzyści osobistej, ewentualnie jej udzielenie, stanowi zachowanie podejmowane, aby pozyskać partnera do aktów płciowych¹¹². Poza granice penalizacji omawianego przepisu wykraczałoby już obsypywanie małoletniego znajdującego się między 15. a 18. rokiem życia podarunkami w celu wytworzenia u niego pozytywnej postawy wobec potencjalnego partnera czynności seksualnej¹¹³.

Jak podkreśla się niekiedy w doktrynie, mimo iż § 3 *in fine* stworzono z myślą o walce z prostytutką małoletnich, znamię czasownikowe „doprowadza” powoduje trudności przy kwalifikacji prawnej czynu sprawcy. Rozważający ten problem M. Filar dochodzi do konstatacji, że *in i* n i c j a t o r e m zbliżenia płciowego w zamian za uzyskanie korzyści majątkowej lub osobistej, albo obietnicy jej uzyskania nie może być młodociany¹¹⁴. Potrzeby ograniczania inicjatywy jedynie do osoby sprawcy ponownie nie widzi M. Bielski, z tym że w takich okolicznościach „o doprowadzeniu [...] można mówić tylko wtedy, gdy warunkiem podjęcia czynności seksualnej jest otrzymanie przez małoletniego określonej w komentowanym typie formy ekwiwalentu”¹¹⁵. Wydaje się, że konsekwentnie to właśnie za tym stanowiskiem należy się opowiedzieć.

¹¹¹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 640.

¹¹² M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 644.

¹¹³ M. Bielski, *op. cit.*, s. 641.

¹¹⁴ M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 654.

¹¹⁵ M. Bielski, *op. cit.*, s. 641. Autor buduje swoje stanowisko na wyroku SN z 3 IV 2006 r. (V KK 316/05, OSNKW 2006, nr 5, poz. 52), który orzekł: „Zlecenie innej osobie wykonania czynu zabronionego, także w wyniku przyjęcia »oferty« osoby wyrażającej gotowość jego dokonania, może wypełniać znamię czynności sprawczej podżegania jako zjawiskowej formy popełnienia przestępstwa określonej w art. 18 § 2 k.k.”

X. Inne aspekty strony przedmiotowej czynu zabronionego

Wszystkie typy doprowadzenia do czynności seksualnej z art. 199 k.k. są przestępstwami skutkowymi¹¹⁶, a o ich dokonaniu jesteśmy uprawnieni mówić „z chwilą faktycznego doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego (rozpoczęcia stosunku seksualnego albo jego surrogatu) albo do poddania się przez nią innej czynności seksualnej lub jej wykonania przez ofiarę”¹¹⁷. To doprowadzenie innej osoby do czynności seksualnej będzie zatem skutkiem¹¹⁸. Z kolei momentem doprowadzenia pokrzywdzonego do obcowania płciowego jest chwila rozpoczęcia stosunku penetracyjnego¹¹⁹, a czynność seksualna, do której doprowadza sprawca, nie musi odbyć się z jego udziałem. Sprawca może zatem doprowadzić ofiarę do aktu seksualnego z osobą trzecią¹²⁰. Do takiego wniosku uprawnia nas posłużenie się przez ustawodawcę znamieniem czasownikowym „doprowadza”, z którego nie sposób wyprowadzić wymogu, aby to właśnie sprawca doprowadzenia innej osoby do czynności seksualnej czynność tę z nią odbył.

Usiłowanie przestępstwa z art. 199 k.k. będzie zdaniem Oktauii Górniok „już samo wyrażenie żądania czy życzenia spełnienia przez ofiarę określonych czynności seksualnych, życzenia, w którym sprawca bezpośrednio lub w sposób dorozumiany, ale wystarczająco jednoznaczny, nawiązuje do sytuacji ofiary lub też, nie nawiązując wprost do takiej sytuacji, uporczywie przez pewien czas nalega na ofiarę”¹²¹. Marek Bielski początek usiłowania przestępstwa z art. 199 k.k. wiąże z chwilą, w której sprawca podejmuje czynności bezpośrednio zmierzające do wyrażenia przez ofiarę zgody na obcowanie płciowe lub poddanie się albo wykonanie innej czynności seksualnej przez zastosowanie jednego z wymienionych w tym przepisie sposobów działania, tj. przez nadużycie stosunku zależności, wykorzystanie krytycznego położenia, nadużycie zaufania albo udzie-

¹¹⁶ Na skutkowy charakter art. 199 k.k. wskazują m.in.: M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 653; J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 143; M. Bielski, *op. cit.*, s. 641–642; J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 107; *Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 386.

¹¹⁷ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 645.

¹¹⁸ J. Warylewski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 855.

¹¹⁹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 641.

¹²⁰ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 143; M. Filar, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 653; J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 108.

¹²¹ *Kodeks...*, red. O. Górniok, *op. cit.*, s. 179–180. Podobnie: J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 107–108.

lenie korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy¹²². Warto przypomnieć o poczynionej przez autora uwadze, że o początku usiłowania będziemy mówić także wówczas, gdy sprawca będzie bezpośrednio zmierzał do wykorzystania stanu zależności, który sam wcześniej spowodował, lub do nadużycia krytycznego położenia, które by nie wystąpiło, gdyby sprawca nie wywołał go uprzednio¹²³.

Za karalne usiłowanie uważano samo uzewnętrznione wywieranie nacisku na wolę innej osoby nim jeszcze rozpoczęto czynność seksualną. Ten nacisk może mieć nawet charakter jednorazowy, nie musi być to uporczywe wpływanie na psychikę ofiary¹²⁴. Gdyby zaś sprawca chcący nadużyć stosunku zależności lub wykorzystać krytyczne położenie, które nie istniały w rzeczywistości, lecz tylko w jego błędnym mniemaniu, mógłby odpowiadać karnie za usiłowanie nieudolne¹²⁵.

Podczas gdy część autorów przy wskazywaniu przedmiotu czynności wykonawczej w art. 199 k.k. ogranicza się do ciała osoby ludzkiej, którą sprawca doprowadza do czynności seksualnej (przy czym bez znaczenia są tu wszelkie cechy osobowe tej osoby, w tym np. jej płeć)¹²⁶, godny zapamiętania wydaje się pogląd, zgodnie z którym może nim być nie tylko ciało ofiary, ale również jej psychika. Nadto ofiara musi być „zdolna z uwagi na jej cechy indywidualne do podjęcia świadomej decyzji w przedmiocie przyzwolenia na określoną czynność seksualną”¹²⁷, a kryterium to (w myśl rozdziału XXV k.k.) spełnia osoba licząca nie mniej niż 15 lat i – dodatkowo – niebędąca w chwili czynu niepoczytalna lub bezradna z powodu niepatologicznych zakłóceń czynności psychicznych. Granica wieku świadomej autodeterminacji seksualnej wyznaczona została przez ustawodawcę w art. 200 k.k., w którym zakazano kontaktów seksualnych z małoletnim poniżej 15. roku życia, przy czym irrelevantny jest tu sposób, w jaki sprawca do tego kontaktu doprowadził. Krąg podmiotów, które nie posiadają podanych cech, dopełniają osoby niepoczytalne lub bezradne z powodu niepatologicznych zakłóceń czynności psychicznych, tj. jednostki, o których mowa w art. 198 k.k. Wymienione podmioty nie mogą być ofiarami żadnego z czynów zabronionych stypizowanych w art. 199 k.k., jako że nie są one

¹²² M. Bielski, *op. cit.*, s. 642.

¹²³ *Ibid.*, s. 638.

¹²⁴ J. Warylewski, *Rozdział XXV...*, *op. cit.*, s. 856.

¹²⁵ *Ibid.*, s. 852.

¹²⁶ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 645; M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 74.

¹²⁷ M. Bielski, *op. cit.*, s. 642.

w stanie wyrazić świadomej zgody na czynność seksualną, a to dopiero pojawienie się tego czynnika determinuje możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej z podanego przepisu. Zatem zarówno w jego § 1, jak i § 3, zgoda ofiary musi być wyrażona świadomie, jednakże dystynkcja pomiędzy oboma paragrafami sprowadza się do elementu dobrowolności tejże zgody. W § 1 jest ona niedobrowolna, stanowi efekt przymusu kompulsyjnego, co z kolei nie ma miejsca w § 3, w którym spełnia ona wymóg dobrowolności, z tym że nacisk kładziony jest tu na inną płaszczyznę, tj. na niedopuszczalność (ze względu na obyczajność seksualną) środków użytych przez sprawcę dla uzyskania przyzwolenia ofiary na czynność seksualną. W konsekwencji pojęcie „małoletni”, które pojawia się w § 2 i § 3, różni się zakresowo od pojęcia „małoletniego” z art. 10 § 1 i § 2 k.c., bowiem na gruncie art. 199 k.k. małoletnim jest jedynie osoba znajdująca się między 15. a 18. rokiem życia¹²⁸. Niemniej dodać należy, że kobieta, która zawarła związek małżeński między 16. a 18. rokiem życia, jest w myśl Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego uznawana za osobę pełnoletnią, a stanu tego nie zmienia ani późniejsze unieważnienie związku małżeńskiego, ani prawomocne orzeczenie rozwiązania małżeństwa przez rozwód, co skądinąd stanowiło przedmiot rozważań SN¹²⁹.

XI. Strona podmiotowa czynu zabronionego

Już na kanwie Kodeksu karnego z 1969 r. dostrzegano, że zamiar sprawcy przy czynie nierządym z osobą zależną musi obejmować „wołę skierowaną na zniewolenie danej osoby do czynności nierządnej przy równoczesnej pełnej świadomości, iż dana osoba znajduje się w stanie zależności od niego lub w krytycznym położeniu”¹³⁰. W odniesieniu zaś do aktualnego brzmienia § 1 podnoszono, że sprawcę musi cechować zamiar bezpośredni, gdyż zamiar wynikowy wykluczają znamiona „nadużycie stosunku zależności” i „wykorzystanie krytycznego położenia”. Ta druga postać zamiaru miałaby być, zdaniem niektórych, możliwa w § 2 i § 3 ze względu na stan świadomości sprawcy co do wieku ofiary¹³¹. Tymczasem J. Warylewski nie

¹²⁸ *Ibid.*, s. 642–643.

¹²⁹ Zob. uchwała pełnego składu Izby Karnej SN z 9 VI 1976 r., VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7/8, poz. 86, cyt. za: M. Bielski, *op. cit.*, s. 643.

¹³⁰ M. Filar, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 77.

¹³¹ M. Bielski, *op. cit.*, s. 654. O tym, że znamiona „nadużycie” i „wykorzystanie” z § 1 wskazują na chcenie, a nie godzenie się, pisała: J. Wojciechowska, *op. cit.*,

wyklucza zamiaru wynikowego jako możliwego do przyjęcia w odniesieniu do innych znamion niż „nadużycie” lub „wykorzystanie”, np. do znamienia „krytycznego położenia”¹³². Marek Bielski zdecydowanie odrzuca zamiar wynikowy jako tę postać zamiaru, z którą sprawca może zrealizować znamiona typu z § 1 i § 3, o czym decydują znamiona czasownikowe z art. 199 k.k. (w tym także „udziela” z § 3). Na płaszczyźnie intelektualnej sprawca czynu zabronionego z § 1 musi być świadomy faktu znajdowania się ofiary w stosunku zależności lub w krytycznym położeniu oraz tego, że jego zachowanie nakierowane jest na wymuszenie na ofierze wyrażenia zgody na czynność seksualną, zaś sprawca czynu zabronionego z § 3 na płaszczyźnie intelektualnej musi mieć świadomość, że jego poczynania stanowią nadużycie zaufania albo że małoletni wyraża zgodę na zbliżenie płciowe z powodu udzielonej przez sprawcę korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy. Gdyby sprawca przestępstwa z § 2 lub § 3 na płaszczyźnie intelektualnej wyłącznie przypuszczał, iż ofiara jest małoletnia, a swój czyn przestępny i tak chciał popełnić (w sferze wolitywnej), wówczas będzie mu towarzyszyła świadomość niepełna co do wieku ofiary, która przecież nie wyklucza nam zamiaru bezpośredniego. Z kolei na płaszczyźnie wolitywnej sprawca do czynności seksualnej chce doprowadzić przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia bądź nadużycie stosunku zaufania lub udzielenie (albo obietnicę udzielenia) korzyści majątkowej lub osobistej¹³³.

„W pełni wyobrazić sobie można popełnienie przestępstwa z art. 170 k.k. przy braku po stronie sprawcy jakichkolwiek motywów seksualnych”¹³⁴. Takie stanowisko wydaje się uzasadnione, co można zilustrować poprzez *casus* pracodawcy doprowadzającego zależną od niego pracownicę do wykonania innej czynności seksualnej nie po to, by osiągnąć satysfakcję seksualną, lecz by ją poniżyć i uzmysłowić jej, że ta jako jego podwładna musi być mu całkowicie posłuszna i wykonywać wszelkie jego zachcianki.

W sytuacji, gdy sprawca uroił sobie istnienie stosunku zależności, wystąpienie krytycznego położenia lub istnienie więzi zaufania na linii on–ofiara, jego zachowanie można zakwalifikować jako usiłowanie nieudolne

s. 108. O zamiarze bezpośrednim czytamy również u T. Bojarskiego (*Rozdział XXV...*, w: *Kodeks...*, red. T. Bojarski, *op. cit.*, s. 386).

¹³² J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 144.

¹³³ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 643 i 627–628. Również M. Rodzyńkiewicz jest zdania, że znamiona „wykorzystanie” i „nadużycie” przesądzają, iż w art. 199 k.k. możliwy jest wyłącznie zamiar bezpośredni (M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 645).

¹³⁴ M. F i l a r, *Przestępstwa seksualne...*, *op. cit.*, s. 77.

popęlnienia przestępstwa z art. 199 k.k., o ile ofiara wyraziła przyzwolenie na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną. Gdyby jednak takiej zgody od ofiary nie uzyskał, wówczas sprawca przełamujący jej opór i doprowadzający ją w ten sposób do czynności seksualnej (przemoc albo groźba bezprawna) powinien ponieść odpowiedzialność karną za zgwałcenie. Zdaniem M. Rodzyńkiewicza możliwy byłby tu kumulatywny zbieg z nieudolnym usiłowaniem któregoś z typów z art. 199 k.k.¹³⁵, co w mojej ocenie należy odrzucić, gdyż zgoda ofiary jest immanentną cechą przestępstwa z art. 199 k.k. (z kolei nieudolność usiłowania wynika z braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego z art. 199 k.k.). Marek Bielski wspomina dodatkowo o odpowiedzialności karnej sprawcy za nieudolne usiłowanie wykorzystania seksualnego ze względu na brak przedmiotu zdatnego do popełnienia nań przestępstwa także w razie błędu sprawcy co do faktu, że przyzwolenie na kontakt seksualny było uwarunkowane udzieleniem małoletniemu korzyści majątkowej lub osobistej, albo jej obietnicy. Co więcej, jeżeli sprawca jest nieświadomy istnienia stosunku zależności, zaufania lub ich nadużycia, albo istnienia krytycznego położenia lub jego wykorzystania, brak jest po jego stronie umyślności, a typy z art. 199 k.k. mogą być popełnione jedynie umyślnie¹³⁶.

XII. Zbieg przepisów ustawy

Punktem wyjścia dla rozważań nad problematyką zbiegu przepisów Kodeksu karnego z art. 199 k.k. jest teza, iż art. 198 k.k. wraz z art. 199 k.k. odgrywają rolę swoistego dopełnienia zakresu penalizowanych zachowań polegających na doprowadzeniu innej osoby do czynności seksualnej, które jednocześnie nie stanowią zgwałcenia, z tego zaś względu ich zakresy penalizacji należy oceniać jako rozłączne wobec siebie oraz względem art. 197 k.k.

Niedopuszczalny jest zatem zbieg przepisów z art. 198 k.k. i art. 199 k.k. Gdy ofiara jest w stanie bezradności z przyczyn fizycznych lub fizjologicznych, dla doprowadzenia jej do czynności seksualnej wystarczające jest wykorzystanie owego stanu (bez konieczności sięgania po „nadużycie stosunku zależności” z art. 199 k.k.); gdy zaś ofiara jest w stanie bezradności

¹³⁵ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 645–646. O usiłowaniu nieudolnym przestępstwa z art. 199 k.k. w razie urojenia przez sprawcę któregoś z wymienionych stanów pisze J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 144.

¹³⁶ M. Bielski, *op. cit.*, s. 643–644.

wywołanej niepatologicznymi zakłóceniami czynności psychicznych lub w stanie niepoczytalności, nie ma możliwości wyrażenia świadomej decyzji o zadysponowaniu swoją wolnością seksualną, a taka decyzja to immanentny element typów z art. 199 k.k.¹³⁷ Przez wzgląd zaś na wyrażenie przez pokrzywdzonego nieświadomej decyzji trudno zaakceptować pogląd J. Warylewskiego – dopuszczającego w wyjątkowych sytuacjach zbieg art. 198 k.k. i art. 199 k.k. – zgodnie z którym w sytuacji, gdy osoba z personelu medycznego zamkniętego zakładu psychiatrycznego doprowadzi do czynności seksualnej niepoczytalnego, przebywającego w zakładzie pensjonariusza, możliwe jest przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji art. 198 k.k. w zbiegu z art. 199 k.k.¹³⁸ Mimo że należy zgodzić się z tezą, że bez wątpienia będzie to wykorzystanie stanu niepoczytalności ofiary, to do przyjęcia, iż doszło dodatkowo do nadużycia stosunku zależności wymagana byłaby zdolność tego penitencjariusza do świadomej autodeterminacji seksualnej, której ten jednak nie posiada. W konsekwencji w tym stanie faktycznym osoba z personelu medycznego doprowadza pensjonariusza do czynności seksualnej nie przez nadużycie stosunku zależności, lecz przez wykorzystanie jego stanu psychicznego.

Należy zwrócić uwagę na brak możliwości kumulatywnego kwalifikowania § 1 i § 3 art. 199 k.k., tj. między opisanymi w nim dwoma typami podstawowymi, podobnie jak i między każdym z nich a typem kwalifikowanym z § 2¹³⁹. Wypowiedź SN odnośnie relacji dzisiejszego art. 199 § 1 k.k. do art. 197 k.k., sformułowana jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r., brzmiała następująco: „pojęciowo wyłączyć należy kwalifikację danego działania przestępnego, jako czynu, podpadającego równocześnie pod art. 204 k.k. i art. 205 k.k., gdyż cechą zasadniczą przestępstwa z art. 204 k.k. jest to, iż wola osoby pokrzywdzonej zostaje sparaliżowana przemocą, groźbą bezprawną albo podstępem, cechą zaś zasadniczą przestępstwa z art. 205 k.k. jest to, iż wola osoby pokrzywdzonej zostaje sparaliżowana przez wykorzystanie jej stosunku zależności od sprawcy lub wyzyskania jej krytycznego położenia”¹⁴⁰. Marek Bielski *per analogiam* uznaje za niedopuszczalny zbieg przepisów z art. 199 k.k. i art. 203 k.k.¹⁴¹ Sporne oka-

¹³⁷ *Ibid.*, s. 629–630. Podobnie: M. R o d z y n k i e w i c z, *op. cit.*, s. 637.

¹³⁸ J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 132.

¹³⁹ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 645.

¹⁴⁰ Zob. wyrok SN z 29 V 1933 r., 3K 264/33, OSN(K) 1933, nr 8, poz. 155, cyt. za: M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 645. Art. 204 k.k. z 1932 r. to odpowiednik obecnego art. 197 k.k., a art. 205 k.k. z 1932 r. – art. 199 § 1 k.k.

¹⁴¹ M. B i e l s k i, *op. cit.*, s. 645. Podobnie: J. W a r y l e w s k i, *Przestępstwa...*, *op. cit.*,

zało się jednak rozstrzygnięcie zagadnienia ewentualnego zbiegu art. 199 § 2 i § 3 k.k. z art. 200 k.k., gdy ofiarą jest małoletni. Mateusz Rodzyńkiewicz stoi na stanowisku, że skazanie sprawcy z art. 199 § 2 lub § 3 k.k. nie konsumuje potrzeby przypisania mu również odpowiedzialności z art. 200 § 1 k.k. Jego zdaniem dla oddania całej zawartości kryminalnej czynu przestępstwo opisane w art. 199 § 1 i § 3 k.k. w razie popełnienia go na małoletnim, który nie ukończył 15. roku życia, winniśmy kumulatywnie kwalifikować z art. 200 § 1 k.k.¹⁴² Od tego poglądu, prezentując racjonalną argumentację, odżegnuje się M. Bielski, rozumując w sposób następujący: „Z uwagi na konstytutywny dla opisu znamion typów z art. 199 element wyrażenia przez ofiarę świadomej decyzji co do przyzwolenia seksualnego nie jest możliwe, aby takie świadome przyzwolenie wyraziła osoba małoletnia poniżej lat 15, która w świetle art. 200 w ogóle nie jest zdolna do świadomej autodeterminacji seksualnej”¹⁴³. Innymi słowy, art. 199 § 2 i § 3 k.k. oraz art. 200 k.k. nie mogą pozostawać ze sobą w jednoczynowym zbiegu, gdyż ten pierwszy odnosi się do małoletnich pomiędzy 15. a 18. rokiem życia, podczas gdy art. 200 k.k. ochrania małoletnich poniżej lat 15. Tej tezy nie popiera jednak J. Warylewski dopuszczający złożoną kwalifikację prawną, w której skład wchodzić miałby także art. 200 k.k. Autor uważa, że zachowanie sprawcy może jednocześnie realizować znamiona art. 199 k.k., art. 200 § 1 i § 2 k.k., art. 201 k.k. i art. 202 § 3 k.k. Do swojej koncepcji próbuje przekonać poprzez przywołanie *casusu* ojca, który wykorzystuje stosunek zależności (co ze względu na niemożność wyrażenia przez małoletnią ofiarę, o której mowa w art. 200 k.k., świadomej zgody w tym przedmiocie jest, idąc za M. Bielskim, wykluczone) i obcuje płciowo z małoletnią córką, jednocześnie utrwalając te czynności w celu skopiowania i późniejszego rozpowszechniania¹⁴⁴. Prócz tego jednoczynowy zbieg przepisów nie wchodzi w grę pomiędzy art. 197 § 3 pkt 2 k.k., gdy pokrzywdzonym jest małoletni liczący od 15 do 18 lat, a art. 199 § 2 lub § 3 k.k.

Jeżeli ofiarą przestępstwa z art. 199 k.k. jest wstępny, zstępny, przysposobiony, przysposabiający, brat lub siostra sprawcy, wówczas właściwe jest kumulatywna kwalifikacja tego przepisu z art. 201 k.k. penalizującym kazirodztwo¹⁴⁵. W związku ze swoim – odrzucanym przez autora niniejszej

s. 146. Według M. Rodzyńkiewicza do rozważenia pozostaje kwestia ewentualnego kumulatywnego zbiegu usiłowania nieudolnego któregoś z typów z art. 199 k.k. z art. 197 k.k. (M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 650).

¹⁴² *Ibid.*, s. 649–650.

¹⁴³ M. Bielski, *op. cit.*, s. 645.

¹⁴⁴ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 145.

¹⁴⁵ M. Bielski, *op. cit.*, s. 645.

pracy – stanowiskiem, że możliwy jest zbieg przepisów pomiędzy art. 199 k.k. a art. 200 k.k. w razie popełnienia przestępstwa z art. 199 na małoletnim poniżej lat 15, M. Rodzyńkiewicz formułuje dalej idące wnioski, odnosząc się do sytuacji, w której ofiara jest dzieckiem albo przysposobionym sprawcy. Jeżeli ofiarą jest małoletni poniżej lat 15, autor postuluje przyjmowanie zbiegu art. 199 § 2 k.k. z art. 200 § 1 k.k. w związku z art. 201 k.k., natomiast jeżeli ofiara znajduje się między 15. a 18. rokiem życia – art. 199 § 2 k.k. w związku z art. 201 k.k.¹⁴⁶

Zasadniczo zgodnie wskazuje się w doktrynie, że art. 199 k.k. może ponadto pozostawać w kumulatywnym zbiegu z określonymi przestępstwami z rozdziału XIX k.k. i z art. 217 k.k.¹⁴⁷ Możliwy wydaje się również kumulatywny zbieg przepisów pomiędzy art. 199 k.k. a penalizującym łapownictwo bierne art. 228 k.k. (odpowiednim jego typem) lub penalizującym płatną protekcję art. 230 k.k.¹⁴⁸

XIII. Tryb ścigania (art. 205 k.k.)

Artykuł 205 k.k. rozstrzyga o trybie ścigania przestępstw seksualnych polegających na doprowadzeniu innej osoby do czynności seksualnej, stanowiąc, że: „Ściganie przestępstw określonych w art. 197 lub art. 199 § 1 k.k., jak również w art. 198, jeżeli określony w tym przepisie stan ofiary nie jest wynikiem trwałych zaburzeń psychicznych, następuje na wniosek pokrzywdzonego”¹⁴⁹. Ustawodawca zdecydował zatem, że jedynie w przypadku § 1 art. 199 k.k. mamy do czynienia z wyjątkiem od zasady bezwarunkowego ścigania z oskarżenia publicznego, który przeważa w Kodeksie karnym. Artykuł 205 k.k. przyjmuje w tym zakresie warunkową odmianę ścigania z oskarżenia publicznego, tj. ściganie na wniosek pokrzywdzonego¹⁵⁰. Inne rozwiązanie przyjęto wobec czynów zabronionych stypizowanych w § 2 i § 3, których ściganie nie pozostawiono w gestii pokrzywdzonych tymi przestępstwami, lecz odbywa się ono z oskarżenia publicznego z urzędu. Jak się wydaje, poddanie tych przestępstw innemu reżimowi prawnemu wynika z potrzeby szczególnej ochrony osób małoletnich, których te

¹⁴⁶ M. Rodzyńkiewicz, *op. cit.*, s. 650.

¹⁴⁷ *Ibid.*, s. 650. A także: J. Wojciechowska, *op. cit.*, s. 108; M. Bielski, *op. cit.*, s. 646.

¹⁴⁸ M. Bielski, *op. cit.*, s. 646. O kumulatywnym zbiegu art. 199 k.k. i określonego typu z art. 228 k.k. pisze także: J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 146.

¹⁴⁹ Art. 205 ustawy z dn. 6 VI 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. Nr 88, poz. 553).

¹⁵⁰ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 261–262.

dwa paragrafy mają chronić. Dziwi jednak brak konsekwencji ustawodawcy, któremu dał on wyraz, nie dokonując wyłączenia z zakresu art. 205 k.k. zachowań realizujących znamiona art. 197 k.k., w których w pozycji pokrzywdzonego znajduje się małoletni. Już A. Marek postulował, aby zakres trybu wnioskowego z art. 205 k.k. pomniejszyć o wszelkie zachowania na szkodę małoletniego, biorąc pod uwagę, że odnoszące się do małoletniego § 1 i § 2 art. 199 k.k. takiemu zabiegowi uległy¹⁵¹. Pretekstem do dokonania koniecznej korekty mogło być obowiązujące od dnia 8 czerwca 2010 r. rozbudowanie struktury art. 197 k.k. poprzez dodanie dwóch nowych typów kwalifikowanych do jego § 3 (zgwałcenie pedofilskie i kazirodce). Nietety do dnia dzisiejszego nie miało to przełożenia na kształt art. 205 k.k. Z tego powodu podkreślenia wymaga, że w stosunku do małoletniego każde przestępstwo seksualne powinno być ścigane z urzędu, bez konieczności składania wniosku – i w tym kierunku winien podążać legislator¹⁵².

XIV. Zakończenie

Rekapitułując, przypomnieć należy, że art. 199 k.k., podobnie jak zgwałcenie stypizowane w art. 197 k.k. oraz seksualne wykorzystanie stanu bezradności lub niepoczytalności z art. 198 k.k., polega na doprowadzeniu przez sprawcę innej osoby do czynności seksualnej, jednakże od tamtych przestępstw odróżnia je sposób działania sprawcy. W każdym stanie faktycznym należy zatem ustalić, w jaki sposób do tej czynności seksualnej doprowadzono. Od rozstrzygnięcia tej kwestii zależeć będzie ustalenie prawidłowej kwalifikacji prawnej zachowania sprawcy. Przystępując do ustalania granic penalizacji art. 199 k.k., należy mieć nadto świadomość, że jednoczynowy zbieg przepisów między którymkolwiek z typów zgwałcenia a art. 198 k.k. lub art. 199 k.k., jak i między art. 198 k.k. i art. 199 k.k., nie jest możliwy, a to za sprawą istniejącego między nimi rozłącznego zakresu penalizacji.

Zachowania realizujące znamiona art. 199 k.k. naruszają dobro prawne konkretnej osoby, stanowiąc atak na wyjątkowo delikatną i ważną sferę życia każdego człowieka, co należy mieć na względzie przy dokonywaniu oceny każdego stanu faktycznego. Mimo iż w praktyce art. 199 k.k. nie ma

¹⁵¹ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2007, s. 400, cyt. za: M. Bielski, *op. cit.*, s. 715.

¹⁵² Więcej o trybie ścigania przestępstw seksualnych pisałem w: H. Myśliwiec, *op. cit.*, s. 97–99.

tak doniosłego znaczenia, jak przepisy typizujące zgwałcenie, nie oznacza to, iż należy go bagatelizować. Niejako, przynajmniej w pewnym zakresie, „zbiera” on bowiem te bezprawne zachowania sprawców koncentrujące się wokół wolności seksualnej innej osoby, które przy obecności w Kodeksie karnym jedynie artykułu 197 k.k. pozostawałyby bezkarne, co świadczy o tym, że nie figuruje on w Kodeksie karnym jako swoiste *superfluum* ustawowe.

Mimo że tym tekstem nie zdołam położyć kresu sporom toczącym się na skutek podejmowania prób wykładni § 1–3 art. 199 k.k., zawsze pozostaje jeszcze wiara w racjonalność wyrokującego sądu. Skądinąd to właśnie ten czynnik jest w stanie stawić czoła niejednemu problemowi, przed którym zwykli, niekiedy na wyrost, przestrzegać teoretycy. Zważmy również na to, że prawo karne wkracza, a przynajmniej powinno, tylko wtedy, gdy zastosowania nie mają (albo nie dają efektu) inne, mniej dolegliwe środki. Nie należy zatem obawiać się, iż sądy w obliczu pewnych wątpliwości rodzących się na gruncie art. 199 k.k. bez namysłu będą skazywać ludzi za doprowadzenie innej osoby do czynności seksualnej z tego przepisu, nie badając uprzednio, czy w istocie doszło do realizacji znamion określonych czynów zabronionych stypizowanych w tym artykule.