

Marek Bielski

e-mail: marekbielski@poczta.onet.pl

Rzecz o granicach usiłowania przestępstw formalnych i materialnych – na przykładzie art. 200 § 1 k.k. i art. 200a k.k.

1. Art. 200a § 1 i § 2 k.k. przewidują wprowadzenie nowego, dotąd nie znanego na gruncie polskich uregulowań przestępstw seksualnych, typu czynu zabronionego, który określić można jako przestępstwo *groomingu*, albo seksualnego nagabywania małoletniego poniżej lat 15. W sensie kryminologicznym przez *grooming* należy rozumieć działania polegające na nawiązaniu kontaktu z dzieckiem, w szczególności za pomocą sieci Internet, w celu takiego na niego oddziaływania, opierającego się z reguły na podjęciu zachowań oszukańczych wobec dziecka, które zmierza do nawiązania z nim kontaktu seksualnego. W tym znaczeniu przez *grooming* rozumie się uwiedzenie dziecka przez Internet w drodze manipulacji opartej na charakterystycznej dla sieci telekomunikacyjnej anonimizacji kontaktu umożliwiającej łatwe podszycie się za inną osobę, w szczególności osobę o zbliżonym do ofiary wieku lub osobę, która pod pozorem nawiązania z dzieckiem kontaktów o charakterze prawnokarnie irrelewantnym w istocie zmierza do doprowadzenia dziecka do czynności seksualnej.

Punktem wyjścia dla zdefiniowania prawnego znaczenia *groomingu* powinna być regulacja art. 23 *Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystywaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych* otwartej do podpisu 25 października 2007 r. w Lanzarote¹. Przepis ten opisuje tzw. nagabywanie dzieci dla celów seksualnych, przewidując, że „każda ze Stron przyjmuje konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia karalności umyślnego składania dziecku, które nie ukończyło wieku określonego w wyniku zastosowania art. 18 ust. 2², przez osobę dorosłą za pośrednictwem technologii informacyjnych i telekomunikacyjnych, propozycji spotkania w celu popełnienia przeciwko dziecku któregośkolwiek z przestępstw określonych na podstawie

¹ Konwencja ta została podpisana przez Rzeczpospolitą Polską, ale nie została do tej pory ratyfikowana. Zob. robocze tłumaczenie tej Konwencji na stronie http://bip.ms.gov.pl/re/081027_konw.pdf.

² Regulacja ta przewiduje, że „(...) każda Strona ustala dolną granicę wieku dziecka, poniżej której istnieje zakaz uczestnictwa w czynnościach seksualnych z jego udziałem”. W świetle art. 200 § 1 k.k. taką granicą wieku w polskim porządku prawnym jest 15 rok życia.

art. 18 ust. 1 lit. a)³ lub art. 20 ust. 1 lit. a)⁴, w sytuacji, gdy za taką propozycją idą istotne działania mające na celu doprowadzenie do takiego spotkania”. W uzasadnieniu omawianej nowelizacji podkreślono, że regulacja art. 202a k.k. stanowi przejaw dostosowania polskiego prawa do wymogów konwencyjnych⁵.

Analizę uregulowania art. 202a k.k. rozpocząć należy od wskazania, że przepis ten zawiera dwa odrębne typy czynów zabronionych. Art. 202a § 1 k.k. penalizuje zachowania, polegające od strony przedmiotowej na nawiązywaniu za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej kontaktu z małoletnim poniżej 15 roku życia, zmierzające do spotkania się z nim, przez wprowadzenie go w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo przy użyciu groźby bezprawnej, o ile od strony podmiotowej celem działania sprawcy jest popełnienie przestępstwa określonego w art. 197 § 3 pkt 2 k.k. lub art. 200 k.k., jak również produkowania lub utrwalania treści pornograficznych. Typ ten penalizuje więc czynności zmierzające do stworzenia sobie przez potencjalnego sprawcę przestępstwa zgwałcenia pedofilskiego, pedofilii, prezentowania małoletniemu poniżej lat 15 wykonania czynności seksualnej oraz produkowania lub utrwalania pornografii dziecięcej warunków do dokonania tych typów czynów zabronionych przez nawiązanie kontaktu z potencjalnymi ofiarami za pośrednictwem określonych technicznych środków komunikacji przy wykorzystaniu szczególnych, opisanych w znamionach tego typu środków oddziaływania na małoletniego poniżej lat 15. Art. 202a § 2 k.k. penalizuje natomiast zachowania, polegające na złożeniu za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej małoletniemu poniżej lat 15 propozycji obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej, prezentowania małoletniemu poniżej lat 15 wykonania czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych, o ile sprawca podejmie następnie zachowania zmierzające do realizacji tej propozycji. W tym wypadku nacisk położony jest na otwarte, nie łączące się z żadnymi szczególnymi środkami oddziaływania, złożenie małoletniemu poniżej lat 15 propozycji nawiązania kontaktu seksualnego, za którym musi łączyć się jednak podjęcie jakis

³ Art. 18 ust. 1 lit. a) Konwencji mówi, że „Każda ze Stron przyjmuje konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia karalności zachowania umyślnego polegającego na: a) uczestnictwie w czynnościach seksualnych z udziałem dziecka, które zgodnie z prawem krajowym nie osiągnęło wieku umożliwiającego mu wyrażenie zgody na podejmowanie czynności seksualnych (...)”.

⁴ Art. 20 ust. 1 lit. a) Konwencji przewiduje, że: „Każda ze Stron przyjmuje konieczne środki ustawodawcze lub inne w celu zapewnienia karalności zachowania umyślnego polegającego na: a) produkowaniu pornografii dziecięcej (...)”

⁵ Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji, druk sejmowy VI Kadencji nr 1276 z dnia 31 października 2008 r.

dalej idących zachowań zmierzających do urzeczywistnienia tej propozycji. Określenie istoty tego typu jest o tyle trudne, że realizacja jego znamion nie sprowadza się jedynie do złożenia propozycji określonej w nim treści za pomocą szczególnych, technicznych form komunikacji, ale dla jego dokonania wymagane jest również podjęcie działań zmierzających do urzeczywistnienia tej propozycji.

Zasadniczym kwestią odnośnie regulacji art. 202a k.k. jest pytanie o normatywny sens wprowadzenia nowych typów czynów zabronionych, jeśli uwzględni się szeroki zakres ochrony jaki w zakresie seksualnego wykorzystania małoletnich poniżej 15 roku życia gwarantują regulacje art. 200 § 1 k.k., art. 202 § 3 k.k., jak również wprowadzany art. 197 § 3 pkt 2 k.k. Rodzi się mianowicie pytanie, czy zachowania penalizowane w ramach art. 200a § 1 i § 2 k.k. uznać należy za swoiste przejawy czynności przygotowawczych do wymienionych typów czynów zabronionych, czy może jednak zachowania te były już wcześniej penalizowane jako formy usiłowania przestępstwa pedofilii z art. 200 § 1 k.k., ewentualnie przestępstwa zgwałcenia z art. 197 k.k. Jak się wydaje odpowiedź na to pytanie wymaga analizy dogmatycznej na wskroś ogólnej, dotyczącej normatywnych podstaw konstrukcji usiłowania przestępstw materialnych umożliwiającej określenie zakresu karalności w odniesieniu do tej formy stadialnej.

2. Punktem wyjścia dla dalszej analizy jest stwierdzenie, że zakres karalności usiłowania przestępstw materialnych jest ze względów konstrukcyjnych znacznie szerszy niż usiłowania przestępstw formalnych. Wykorzystywana przez ustawodawcę technika kondensacji i rozczłonkowania tekstu prawnego⁶ prowadzi do tego, że w procesie ustalenia granic karalności usiłowania danego przestępstwa konieczne jest dokonanie zabiegu prowadzącego do odtworzenia pełnej treści danej normy sankcjonującej przez złożenie ze sobą znamion charakteryzujących usiłowanie, opisanych w art. 13 k.k., oraz znamion danego typu czynu zabronionego, który ma być przedmiotem usiłowania. W analizowanym przypadku interesujące będzie zrekonstruowanie treści normy sankcjonującej w zakresie znamion przedmiotowych usiłowania danego typu czynu zabronionego, w związku z czym konieczne jest odwołanie się jedynie do dwóch przesłanek usiłowania jakimi są: wskazanie, że granice usiłowania z jednej strony wyznacza znamię bezpośredniego zmierzania do dokonania czynu zabronionego, a z drugiej strony brak dokonania tego czynu. Tak a nie inaczej ujęta w przepisie części ogólnej konstrukcja znamion przedmiotowych usiłowania

⁶ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001, s. 91-95.

danego typu ma zastosowanie zarówno do tych opisanych w części szczególnej typów czynów zabronionych, które charakteryzują się formalnym opisem znamion, jak i do tych, w które zaliczyć należy do typów materialnych. Typy formalne definiuje się w doktrynie przez wskazanie, że realizacja ich znamion w formie dokonanej sprowadza się do podjęcia opisanego w nich zachowania sprawczego niezależnie od jakichkolwiek następstw tego zachowania⁷. Typy materialne (skutkowe) charakteryzuje natomiast to, że dla przyjęcia realizacji ich znamion w formie dokonanej konieczne jest wystąpienie określonego skutku przestępnego stanowiącego następstwo zachowania podjętego przez sprawcę⁸. W wypadku przestępstw materialnych ustawodawca dla określenia zachowania sprawczego wykorzystuje technikę czynnościowo-skutkowego opisu znamienia czasownikowego, która sprowadza się do wskazywania w opisie znamion typu jako karalnych wszystkich tych zachowań prowadzących do powstania skutku przestępnego, które łączą się z nieakceptowanym społecznie niebezpieczeństwem uszczerbku dla chronionego dobra prawnego, przejawiającym się z przełamaniem przez sprawcę wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym. Wskazane kryteria pozwalają dookreślić treść normy sankcjonowanej, leżącej u podstaw danego typu czynu zabronionego, a tym samym dają narzędzie do zbadania, czy konkretne zachowanie może zostać uznane za bezprawne⁹. Przestępstwa skutkowe charakteryzuje wykorzystanie do opisu zachowania sprawczego bardzo pojemnego znaczeniowo znamienia czasownikowego, z reguły przez użycie czasownika „powodować” bądź czasowników synonimicznych lub bliskoznaczących (takich jak „sprowadzać”, „wyrządzać”, „działać”, „doprowadzać”)¹⁰. Wskazana podstawowa różnica konstrukcyjna pomiędzy przestępstwami materialnymi i formalnymi ma również niebagatelne znaczenie dla określenia granic karalnego usiłowania każdej z tych kategorii przestępstw. W procesie odczytywania treści normy sankcjonującej wyznaczającej granice

⁷ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 136-137.

⁸ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie...*, s. 136-137 i s. 152-153.

⁹ Odnośnie metod dookreślania (uadekwatnienia) treści normy sankcjonowanej, a tym samym wyznaczania granic bezprawności konkretnego zachowania, przez zastosowanie kryteriów: stworzenia nieakceptowanego społecznie niebezpieczeństwem (prawdopodobieństwa) uszczerbku dla chronionego dobra prawnego lub reguł postępowania z dobrem (reguł ostrożności) zob. m.in.: J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 118 i n.; J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 62 i n.; P. Kardas, *Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, *Kwartalnik Prawa Publicznego* 2004, nr 4, s. 79-81; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, s. 170-173 i s. 179-180; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 31 i n.; A. Zoll (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, Warszawa 2007, s. 26-27 i s. 41-45, t. 22-23 i t. 63-71 do art. 1.

¹⁰ Zob. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, Kraków 1989 s. 49 i n.; J. Majewski, *Prawnokarne...*, s. 98 i n.

karalnego usiłowania, decydujące o początku usiłowania, znamię bezpośredniego zmierzania do dokonania musi zostać odniesione do znamiona czynnościowego wykorzystanego dla opisu zachowania sprawczego. Właściwości konstrukcyjne typów materialnych prowadzą do wniosku, że skoro dokonanie ich znamion następuje dopiero w momencie wystąpienia skutku przestępnego, to ustalając granice karalnego usiłowania konieczne jest odniesienie znamienia bezpośredniego zmierzania do dokonania do zachowania polegającego na realizacji przez sprawcę szeroko ujętego znamienia czasownikowego wyrażającego powodowanie skutku przestępnego. W przypadku przestępstw materialnych początek usiłowania wyznacza więc bezpośrednio zmierzanie do podjęcia zachowania, które w przewidywalnej perspektywie kauzalnej uznać należy za stwarzające nieakceptowane społecznie niebezpieczeństwo spowodowania skutku przestępnego związane z naruszeniem przez sprawcę wymaganych w danych okolicznościach reguł postępowania z dobrem prawnym. Co do zasady znacznie węższej są natomiast zarysowane znamiona karalnego usiłowania przestępstwa formalnego. Wyznaczające początek zachowania bezpośrednio zmierzającego do dokonania należy je również odnieść do znamienia czasownikowego wykorzystanego dla opisu znamion danego typu. Przy czym bezpośrednio zmierzanie do realizacji znamienia czasownikowego w przypadku kategorii przestępstw formalnych prowadzi do wąskiego zakresu zachowań, które mogą zostać uznane za przejawy karalnego usiłowania danego typu. Wynika to z użycia dla opisu znamion przestępstw formalnych czasowników o wąskim polu znaczeniowym.

3. Bardzo ciekawą ilustrację przedstawionej wyżej tezy odnośnie odmiennie określonych granic usiłowania przestępstw materialnych i przestępstw formalnych daje typ z art. 200 § 1 k.k., określający znamiona przestępstwa pedofilii. Na wstępie wyjaśnienia wymaga pewna dość specyficzna cecha znamion czasownikowych wykorzystanych do opisu tego typu. Jednoznaczne zakwalifikowanie typu z art. 200 § 1 k.k. do kategorii przestępstw materialnych bądź formalnych jest skomplikowane z uwagi na szczególne ujęcie znamion czynnościowych charakteryzujących ten typ. Analiza znamion przestępstwa pedofilii wskazuje, że kryminalizacją objęte są obecnie¹¹ zachowania polegające na: (1) obcowaniu płciowym z małoletnim poniżej lat 15, (2) dopuszczeniu się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej, (3) doprowadzeniu do obcowania płciowego z małoletnim poniżej lat 15, (4) doprowadzenia do poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej przez

¹¹ W pierwotnym brzmieniu, sprzed nowelizacji k.k. ustawą z dnia 18 marca 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks wykroczeń (Dz. U. Nr 69, poz. 626), art. 200 § 1 k.k. miał brzmienie: „Kto doprowadza małoletniego poniżej lat 15 do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności”.

takiego małoletniego¹². Takie ujęcie znamion czasownikowych miało zapewnić pełny zakres kryminalizacji zachowań pedofilskich przez uwzględnienie potrzeb kryminalno-politycznych wskazujących na potrzebę karania nie tylko osób, które same podejmują czynność seksualną z małoletnim poniżej lat 15, ale także osób, które same nie wchodząc w kontakt seksualny z małoletnim doprowadzają go do podjęcia czynności seksualnej z osobami trzecimi, jak również objęcie karalnością zarówno sytuacji, w których to sprawca doprowadzi do podjęcia czynności seksualnej z małoletnim poniżej lat 15, jak i sytuacji, w której to taki małoletni zainicjuje czynność seksualną ze sprawcą, który swoim biernym zachowaniem w żaden sposób nie doprowadzał wcześniej małoletniego do podjęcia czynności seksualnej. Zabieg legislacyjny polegający na użyciu znamion czasownikowych o częściowo zbieżnym zakresie znaczeniowym prowadzi do sytuacji, iż większości zachowań sprawczych realizujących znamiona art. 200 § 1 k.k. będzie wypełniać zarówno znamiona doprowadzania do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej (3 i 4), jak i znamiona dopuszczenia się obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej (1 i 2). Typowym przykładem tego typu sytuacji będzie podjęcie przez sprawcę zabiegów doprowadzających małoletniego poniżej lat 15 do nawiązania z nim kontaktu seksualnego, które umożliwią sprawcy obcowanie płciowe lub dopuszczenie się innej czynności seksualnej wobec tego małoletniego. Nie mniej jednak w pewnych sytuacjach odpowiedzialność karna z art. 200 § 1 k.k. może być oparta wyłącznie o realizację znamienia czasownikowego wyrażającego skutkowość (3 i 4). Ma to miejsce w przypadkach, w których sprawca sam nie dopuszcza się czynności seksualnej z małoletnim poniżej lat 15, nie wchodząc z nim w kontakt seksualny, natomiast doprowadza takiego małoletniego do podjęcia czynności seksualnej z osobą trzecią. Możliwe są również, w praktyce rzadkie przypadki, w których sprawca będzie realizował wyłącznie formalnie ujęte znamie czasownikowe z art. 200 § 1 k.k. (1 i 2), podejmując obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną z małoletnim poniżej 15 roku życia, wcześniej nie doprowadzając takiego małoletniego do czynności seksualnej. Będzie to miało miejsce w sytuacji, w której to

¹² W obecnie obowiązującym brzmieniu art. 200 § 1 k.k. użyto liczby mnogiej w zwrocie „doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania”, co prowadzi do wniosku, że kryminalizacją objęto zarówno doprowadzanie do formy czynności seksualnej, jaką jest obcowanie płciowe, jak i doprowadzenie do innej czynności seksualnej. Zob. M. Bielski (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, Warszawa 2008, s. 650-651, t. 10 do art. 200. Por. M. Filar (w:) M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok (red.), P. Hofmański, M. Kalitowski, A. Kamieński, E. Pływaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, L.K. Paprzycki, R.A. Stefański, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006, s. 656, teza 6 do art. 200; J. Warylewski (w:) M. Flemming, B. Michalski, W. Radecki, R. Stefanski, J. Warylewski, A. Wąsek (red.), J. Wojciechowska, J. Wojciechowski, *Kodeks Karny. Część Szczególna. Komentarz, t. I*, Warszawa 2006, s. 923-924, teza 26-34 do art. 200.

małoletni poniżej lat 15 będzie inicjatorem nawiązania kontaktu seksualnego, a sprawca przestępstwa pedofilii na taki kontakt przystanie. Szukając istoty odróżnienia typów materialnych od typów formalnych w wykładni znamienia czasownikowego można dojść do wniosku, że art. 200 § 1 k.k. w wymienionych w punktach 1 i 2 przypadkach jest przestępstwem formalnym, natomiast w przypadkach wymienionych w punktach 3 i 4 użycie przez ustawodawcę, oddającego skutkowość, znamienia czasownikowego „doprowadza do” wskazuje na materialny charakter tego typu¹³.

Przedstawiona specyficzna cecha opisu znamion czasownikowych wykorzystanych dla określenia zakresu karalności przestępstwa pedofilii ma również swoje bezpośrednie przełożenie dla określenia karalnych granic usiłowania tego przestępstwa. Zrekonstruowanie normy sankcjonującej, leżącej u podstawy karalnego usiłowania typu czynu zabronionego z art. 200 § 1 k.k., w odniesieniu do znamion czasownikowych określających formalny aspekt tego typu wskazuje na wąski zakres karalności usiłowania. Zabieg interpretacyjny sprowadzający się do określenia kręgu desygnatów zachowania polegającego na „bezpośrednim zmierzaniu do obcowania płciowego” lub „bezpośrednim zmierzaniu do dopuszczania się innej czynności seksualnej” prowadzić musi do wniosku, że usiłowanie przestępstwa pedofilii w zakresie w jakim do rekonstrukcji normy sankcjonującej wykorzystuje się zwroty „obcuje płciowo” lub „dopuszcza się innej czynności seksualnej” muszą polegać na podjęciu takich zachowań, które prowadzą do nawiązania bezpośredniego kontaktu cielesnego z małoletnim poniżej lat 15. W tym wypadku dość oczywiste wydaje się uzależnienie karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii od pozostawania sprawcy i osoby pokrzywdzonej w jednym miejscu i czasie oraz podjęciu przez sprawcę zachowania łączącego się z próbą fizycznego zaangażowania małoletniego poniżej 15 roku życia w czynność seksualną. Zasadniczo odmiennie przedstawiają się wnioski odnośnie granic karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii w zakresie w jakim, charakteryzujące instytucję usiłowania znamię bezpośredniego zmierzania do dokonania, zostanie odniesione do znamion czasownikowych wyrażających relacje przyczynowo – skutkowe. Zabieg interpretacyjny zmierzający do ustalenia kręgu desygnatów zachowań polegających na „bezpośrednim zmierzaniu do doprowadzenia do obcowania płciowego” lub „bezpośrednim zmierzaniu do doprowadzenia do innej czynności seksualnej” daje podstawę do uznania za przejaw karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii każdego zachowania, które polega na podjęciu

¹³ Zob. M. Bielski (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiąkański, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 650-652 i s. 655, t. 10, 12 i 22 do art. 200.

bezpośrednich kroków prowadzących do zainicjowania przez sprawcę takiego przebiegu przyczynowego, który w obiektywnie przewidywalnej perspektywie kauzalnej może doprowadzić do sytuacji nawiązania przez małoletniego poniżej lat 15 czynności seksualnej z inną osobą (sprawcą lub osobą trzecią). Zestawienie znamienia decydującego o początku karalnego usiłowania („bezpośrednio zmierza do dokonania”) z szeroko ujętym, czynnościowo-skutkowym opisem znamienia czasownikowego wykorzystanym w art. 200 § 1 k.k. („doprowadza do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej”) pozwala więc na odtworzenie szerokiego pola kryminalizacji usiłowania przestępstwa pedofilii. W szczególności, jeśli uwzględni się fakt, że w istocie zachowanie sprawcze polegające na doprowadzeniu do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej ma odrywać się od skutku przestępnego w postaci dopuszczenia się przez sprawcę lub osobę trzecią obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej z małoletnim poniżej lat 15, to nie można uzależniać granic karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii w zakresie omawianego znamienia czasownikowego od pozostawania sprawcy i osoby pokrzywdzonej w jednym miejscu, czy od czasowego związku pomiędzy podjęciem zachowania sprawczego a zaangażowaniem małoletniego w czynności seksualne. Skutek w postaci podjęcia przez małoletniego poniżej 15 roku życia obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej z inną osobą może być zatem miejscowo, jak i czasowo oderwany od podjętego przez sprawcę zachowania sprawczego, zmierzającego do doprowadzenia do tego skutku. Odpowiedzialność karna za dokonanie czynu zabronionego polegającego na doprowadzeniu do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej jest natomiast warunkowana ogólnie przyjętymi kryteriami obiektywnego przypisania skutku przestępnego¹⁴.

4. Szeroka wykładnia granic karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii znajduje swoje odzwierciedlenie w wypowiedziach judykatury¹⁵. W celu obrazowego zilustrowania granicy pomiędzy bezkarnym przygotowaniem, a karalnym usiłowaniem przestępstwa pedofilii, w orzecznictwie sądowym wskazuje się, że odpowiedź na pytanie czy sprawca podjął zachowanie bezpośrednio zmierzające do doprowadzenia małoletniego poniżej 15 roku życia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej kształtuje się analogicznie jak

¹⁴ Zob. J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 10 i n.; J. Majewski, *Prawnokarne...*, s. 47 i n.; A. Zoll (w:) G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 42-45, t. 69-71 do art. 1.

¹⁵ Zob. postanowienie SN z dnia 16 stycznia 2007 r., V KK 387/06, Prok. i Pr. 2007, nr 5, poz. 11 oraz wyrok SN z dnia 19 lutego 2009 r. V KK 409/2008, Biuletyn Prawa Karnego 2009, nr 5. W obu cytowanych orzeczeniach SN nie miał żadnych wątpliwości, że wyczerpuje znamiona czynu zabronionego kwalifikowanego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. zachowanie polegające na próbie wręczenia małoletniemu poniżej lat 15 określonej kwoty pieniędzy za podjęcia czynności seksualnej ze sprawcą.

w wypadku odpowiedzi na pytanie o granice karalnego usiłowania przestępstwa zgwałcenia. Słusznie wskazuje się, że opis znamion typu czynu z art. 197 k.k. oraz art. 200 k.k., w zakresie w jakim ustawodawca wykorzystał dla opisu znamion tych typów technikę czynnościowo-skutkowego opisu zachowania sprawczego, różni się tylko jednym elementem, a mianowicie tym, że w wypadku przestępstwa zgwałcenia wskazano karalne postacie doprowadzania do podjęcia czynności seksualnej, a w wypadku przestępstwa pedofilii w żaden sposób nie dookreślono (co nie znaczy, że ich nie określono) karalnych form doprowadzenia do podjęcia przez małoletniego poniżej lat 15 czynności seksualnej. W przypadku art. 197 k.k. w znamionach typu zostały *expressis verbis* enumeratywnie wskazane środki oddziaływania na pokrzywdzonego w postaci użycia przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu, za pomocą których musi dojść do doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej. Natomiast cechą charakterystyczną opisu strony przedmiotowej art. 200 § 1 k.k. jest to, iż nie wskazano w nim żadnych form przestępnego oddziaływania na małoletniego poniżej 15 roku życia w celu doprowadzenia go do czynności seksualnej. Czynność wykonawcza została opisana w tym wypadku jako wszelkie formy fizycznego lub psychicznego oddziaływania prowadzące do czynności seksualnej z udziałem małoletniego poniżej 15 roku życia. Sąd Najwyższy trafnie wskazuje, iż stadium usiłowania typu czynu zabronionego opisanego w art. 197 k.k., jak i w art. 200 § 1 k.k. zostaje otwarte w momencie przystąpienia do stosowania tego sposobu oddziaływania na pokrzywdzonego, który charakteryzuje każdy z tych typów. W przypadku przestępstwa zgwałcenia bezpośrednio zmierzanie do dokonania należy odnieść do podjęcia zachowania sprawcy polegającego na użyciu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. W przypadku przestępstwa pedofilii bezpośrednio zmierzanie do dokonania należy natomiast odnieść do każdej formy fizycznego lub psychicznego oddziaływania na małoletniego poniżej lat 15, które w świetle obiektywnych kryteriów będzie prowadziło do podjęcia czynności seksualnej z takim małoletnim¹⁶. W tym kontekście podkreśla się, że rozstrzygnięcie czy zachowanie sprawcy weszło już w fazę usiłowania uzależnione jest każdorazowo od okoliczności faktycznych konkretnej sprawy¹⁷. Wskazuje się jednak ogólne kryteria pozwalające zbadać czy sprawca przekroczył już granice karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii podnosząc, że „(...) istotne znaczenie będą miały występujące łącznie takie elementy zachowania

¹⁶ Trafnie wskazuje się w wyroku SO w Tarnowie z dnia 7 lutego 2002 r., II Ka 23/03, KZS 2003, z. 4, poz. 84, że: „Doprowadzanie do czynności seksualnej w rozumieniu art. 200 § 1 k.k. może nastąpić także poprzez perswazję, zachęcenia, polecenia czy wręcz prośbę sprawcy”.

¹⁷ Zob. uzasadnienie wyroku SN z dnia 19 lutego 2009 r. V KK 409/2008, Biuletyn Prawa Karnego 2009, nr 5.

sprawcy, jak: nawiązanie bezpośredniego kontaktu z małoletnim¹⁸, sprecyzowanie celu działania określającego seksualny charakter czynności, którym ma się poddać małoletni i zastosowanie środków, które mają oddziaływać na sferę wolicjonalną małoletniego. Sumaryczne wystąpienie wymienionych okoliczności pozwala zarówno na prawidłowe rozpoznanie zamiaru z jakim podjęte zostało analizowane zachowanie, jak i ocenę czy zrealizowane czynności sprawcy są ostatnimi czynnościami poprzedzającymi dokonanie przestępstwa¹⁹. Wydaje się, że tak zarysowane kryteria pomocnicze przy ich kumulatywnym spełnieniu nie pozostawiają wątpliwości, że sprawca czynu zabronionego z art. 200 § 1 k.k. wszedł w fazę karalnego usiłowania. Jednak jednoznaczne przesądzenie o popełnieniu tego czynu zabronionego w stadium usiłowania musi być zrelatywizowane do konkretnego zachowania sprawcy nakierowanego na doprowadzenie małoletniego poniżej lat 15 do podjęcia czynności seksualnej. Oceny czy konkretne zachowanie przedsięwzięte przez sprawcę może doprowadzić do skutku przestępnego w postaci podjęcia przez małoletniego poniżej 15 roku życia czynności seksualnej należy każdorazowo dokonać przez odwołanie się do zobiektywizowanych kryteriów pozwalających ustalić czy dane zachowanie w danym układzie sytuacyjnym może zostać uznane za tworzące nieakceptowane społecznie niebezpieczeństwo dla dobra prawnego w postaci wolności seksualnej osób małoletnich poniżej lat 15. Podsumowując tą część rozważań można pokusić się o stwierdzenie, że przedstawiona linia orzecznicza stanowi trafną egemplifikację prezentowanego w tym opracowaniu poglądu odnośnie sposobu wyznaczania granic karalnego usiłowania przestępstw charakteryzujących się skutkowym opisem znamion typu czynu zabronionego.

5. Pogłębione rozważania odnośnie problematyki zakresu karalnego usiłowania czynu zabronionego opisanego w art. 200 § 1 k.k. stanowią niezbędny przyczynek do odpowiedzi na postawione na wstępie pytanie o normatywny sens wprowadzania do Kodeksu karnego dwóch nowych typów czynów zabronionego opisanych w art. 200a § 1 k.k. i art. 200a § 2 k.k. Uzasadniając ten zabieg ustawodawczy wskazano, że typy te stwarzać będą podstawę do kryminalizacji opisanych w nich, dotąd niekaralnych zachowań godzących w wolność seksualną małoletnich poniżej lat 15, które na gruncie wcześniej obowiązującego stanu prawnego mogły być uznane co najwyżej za formy bezkarnego przygotowania do

¹⁸ Odnośnie kryterium „*nawiązania bezpośredniego kontaktu z małoletnim*” konieczne jest podkreślenie, iż – w perspektywie wyżej wyrażonego poglądu – nie byłoby trafne rozumienie tego kryterium wąsko, przez ograniczenie go do pozostawania sprawcy i osoby pokrzywdzonej w jednym miejscu, czy od czasowego związku pomiędzy podjęciem zachowania sprawczego a bezpośrednio po nim następującym zaangażowaniem małoletniego w czynność seksualną.

¹⁹ Zob. postanowienie SN z dnia 16 stycznia 2007 r., V KK 387/06, Prokuratura i Prawo 2007, nr 5, poz. 11.

przestępstwa pedofilii²⁰. W świetle przedstawionej wyżej argumentacji takie twierdzenie jawi się jako nietrafne, a co najmniej mocno dyskusyjne.

Analiza budowy znamion art. 200a § 1 k.k. skłania do wniosku, że podjęcie zachowania sprawczego charakterystycznego dla tego przejawu przestępstwa *groomingu* realizować będzie jednocześnie co do zasady²¹ znamiona usiłowania czynu zabronionego z art. 197 § 2 pkt 3 k.k. lub art. 200 § 1 k.k. Istoty czynu zabronionego z art. 200a § 1 k.k. należy upatrywać bowiem w podjęciu opisanych w nim przejawów oddziaływania na psychikę małoletniego poniżej lat 15 polegających na wprowadzeniu go w błąd, wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania sytuacji albo użycia wobec niego groźby bezprawnej, a więc na zachowaniach stanowiących pewne określone przykłady doprowadzania takiego małoletniego do podjęcia czynności seksualnej, które muszą zostać uznane równocześnie za przejaw zachowania sprawczego opisanego blankietowo w art. 200 § 1 k.k. Co więcej w pewnych przypadkach, sprowadzających się do sytuacji, w której sprawca użyje wobec małoletniego poniżej lat 15 groźby bezprawnej, bądź też wprowadzi go lub wykorzysta kwalifikowaną postać błędu jaką jest podstęp²², uzasadnione będzie przyjęcie kwalifikacji takiego zachowania jako realizującego znamiona art. 197 § 3 pkt 2 k.k. Pozostałe elementy modalne znamion art. 200a § 1 k.k., polegające na nawiązaniu kontaktu z małoletnim poniżej lat 15 za pośrednictwem systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej, które to nawiązanie kontaktu ma zmierzać do spotkania się z nim w ściśle sprecyzowanym w tym przepisie celu, ograniczają jedynie zakres kryminalizacji. Warto podkreślić, że takie ograniczenie, związane z użyciem znamion modalnych, nie występują w przypadkach usiłowania przestępstwa pedofilii lub usiłowania przestępstwa zgwałcenia

²⁰ Zob. projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji, druk sejmowy VI Kadencji nr 1276 z dnia 31 października 2008 r. Pogląd taki prezentuje również K. Banasik, *Głos w dyskusji o art. 200a k.k. (przestępstwo groomingu)*, *Palestra* 2010, nr 3, s. 49 i n.

²¹ Przykładem sytuacji, w której dokonanie znamion typu z art. 200a § 1 i § 2 k.k. nie będzie jednocześnie realizować bądź to znamion typów art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k. lub art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 3 pkt 2 k.k., jest przypadek sprowadzający się do działania sprawcy w celu prezentowania małoletniemu poniżej lat 15 wykonania czynności seksualnej (opis strony podmiotowej przejawów *groomingu* zawiera bowiem odwołanie się również do art. 200 § 2 k.k.) bądź też te przypadki działania sprawcy w celu produkowania lub utrwalania treści pornograficznych, które jednocześnie nie będą podejmowane w celu doprowadzenia małoletniego poniżej lat 15 do podjęcia czynności seksualnych (zauważyć bowiem trzeba, że znamię produkowania lub utrwalania treści pornograficznych nie musi polegać na zaangażowaniu małoletniego poniżej lat 15 w czynność seksualną).

²² Zob. M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 105 i n.; M. Rodzyńkiewicz (w:) A. Barczak-Oplustil, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Rodzyńkiewicz, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., wyd. II, Zakamycze 2006*, s. 607-608, teza 23-28 do art. 197; M. Bielski (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks...*, s. 593-596, t. 52-56 do art. 197.

pedofilskiego. W szczególności warto zwrócić uwagę, że ustawodawca łączy realizację przestępstwa *groomingu* z zachowaniami sprawczymi, które są dokonywane za pośrednictwem szczególnych środków komunikowania się na odległość do jakich zaliczają się system teleinformatyczny lub sieć telekomunikacyjną. W świetle przedstawionej wyżej argumentacji odnośnie granic karalnego usiłowania przestępstw materialnych nie można uznać za kryterium odróżniające bezkarne przygotowanie od karalnego usiłowania czynu zabronionego z art. 200 § 1 k.k. okoliczności sprowadzającej się do istnienia miejscowo-czasowego związku pomiędzy zachowaniem sprawczym polegającym na podjęciu zabiegów zmierzających do doprowadzania do czynności seksualnej a skutkiem tych zabiegów w postaci podjęcia czynności seksualnej przez takiego małoletniego.

Do podobnych wniosków, jak w wypadku art. 200a § 1 k.k., dochodzi się analizując charakterystykę normatywna art. 200a § 2 k.k. Budowa tego typu jest o tyle zaskakująca, iż – jak się wydaje – jest to typ, który można byłoby określić jako podwójnie formalny. Opisanie w nim zachowanie sprawcze polega bowiem na podjęciu dwóch następujących po sobie i wzajemnie powiązanych przejawów aktywności. Pierwszy z nich polega na złożeniu małoletniemu poniżej lat 15 propozycji obcowania płciowego, poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej lub udziału w produkowaniu lub utrwalaniu treści pornograficznych za pośrednictwem szczególnych środków przekazu jakimi są system teleinformatyczny lub sieć telekomunikacyjna. Drugie z nich polega na podjęciu zachowania zmierzającego do realizacji złożonej małoletniemu poniżej lat 15 propozycji o tak określonej treści. Typ z art. 200b § 1 k.k. byłby dużo bardziej zrozumiały, gdyby jego dokonanie, jako przestępstwa formalnego, uzależnić wyłącznie od dopuszczenia się przez sprawcę wyżej opisanego zachowania sprawczego, a nie dopiero od podjęcia zachowań stanowiących urzeczywistnienie wcześniej złożonej propozycji wejścia w kontakt seksualny z małoletnim poniżej lat 15. Jeśli uwzględni się fakt, że zachowanie polegające na złożeniu małoletniemu poniżej lat 15 propozycji podjęcia czynności seksualnej musi zostać potraktowane jako przejaw oddziaływania na jego psychikę zmierzającą do doprowadzenia go do obcowania płciowego lub poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej, a więc realizację znamion art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., zupełnie niezrozumiałym pozostaje rozwiązanie legislacyjne traktujące podjęcie tak opisanego zachowania sprawczego jedynie jako realizację znamion art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200a § 2 k.k. Dokonanie tego typu jest bowiem uzależnione od podjęcia drugiego, formalnie opisanego zachowania sprawczego, jakim jest podjęcie zachowania stanowiącego urzeczywistnienie wcześniej złożonej

propozycji wejścia w kontakt seksualny z małoletnim poniżej lat 15. Warta podkreślenia jest również – podnoszona już w tym opracowaniu kilkakrotnie – konstatacja, że *differentia specifica* pomiędzy karalnym usiłowaniem czynu zabronionego z art. 200 § 1 k.k. i czynu zabronionego z art. 200a § 2 k.k. nie można się dopatrywać w braku miejscowej lub czasowej więzi pomiędzy podjęciem przez sprawcę zachowania polegającego złożonej małoletniemu poniżej lat 15 propozycji podjęcia czynności seksualnej za pomocą systemu teleinformatycznego lub sieci telekomunikacyjnej a skutkiem w postaci podjęcia obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej z takim małoletnim. Wykorzystana dla opisu znamion z art. 200 § 1 k.k. czynnościowo-skutkowa technika określenia zachowania sprawczego polegająca na użyciu w tym wypadku czasownika „doprowadza do” nie daje na gruncie wykładni językowej, systemowej ani funkcjonalnej podstaw do stawiania takich wymogów²³.

Przyjęcie poglądu, iż typy czynów zabronionych z art. 200a § 1 i § 2 k.k. są co do zasady niczym innym jak *superfluum* ustawowym, gdyż realizacja znamion któregoś z przejawów przestępstwa *groomingu* w praktyce musi zostać uznane za zachowanie wyczerpujące jednocześnie znamiona typów z art. 200 § 1 k.k., albo art. 197 § 3 pkt 2 k.k. wymaga rozstrzygnięcia kwestii, w jakiej relacji będą pozostawać do siebie te typy na płaszczyźnie zbiegu przepisów. Odpowiedź na to pytanie jest o tyle trudna, iż narzucające się w tym wypadku rozwiązanie, polegające na zastosowaniu zasady konsumpcji, prowadzi do paradoksalnego wniosku, iż wyczerpanie znamion usiłowania przestępstwa pedofilii lub zgwałcenia pedofilskiego każdorazowo będzie pochłaniać realizację znamion którejs z postaci przestępstwa *groomingu*. Do wniosku takiego prowadzi przede wszystkim stwierdzenie, że

²³ Odwołując się raz jeszcze do wcześniej wskazanych orzeczeń, w których SN uznał za przejaw karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii zachowanie polegające na próbie doprowadzenia małoletniego poniżej lat 15 do czynności seksualnej przez przekupienie go określoną kwotą pieniędzy przy okazji bezpośredniego zetknięcia się z nim, wypada zadać sobie pytanie czy z perspektywy opisu znamion przedmiotowych art. 200 § 1 k.k., a w szczególności określenia zachowania sprawczego jako doprowadzania do czynności seksualnej z małoletnim poniżej lat 15 bez bliższego określenia okoliczności modalnych takiej aktywności, w istocie istnieją jakiegokolwiek powody normatywne do uznania za przejaw usiłowania przestępstwa pedofilii zachowania polegającego na próbie doprowadzenia małoletniego poniżej lat 15 do czynności seksualnej przez zaferowanie mu określonej kwoty pieniędzy przy wykorzystaniu systemu teleinformatycznego (Internetu), sieci telekomunikacyjnej (w czasie rozmowy telefonicznej) czy może za pośrednictwem bardziej tradycyjnych form komunikowania się np. przez wysłanie listu. Oczywistym jest, że z perspektywy dobra prawnego w postaci wolności seksualnej małoletniego poniżej lat 15 dużo większy stopień prawdopodobieństwa łączy się z próbami doprowadzenia takiego małoletniego do czynności seksualnej w sytuacji bezpośredniego kontaktu z nim, niemniej jednak – czego wyraz jest wprowadzenie przez ustawodawcę art. 200a § 1 i § 2 k.k. – również zachowania polegające na doprowadzeniu takiego małoletniego do skutku w postaci czynności seksualnej w innym miejscu lub czasie niż samo podjęte zachowanie sprawcze stanowią przejaw stworzenia nieakceptowanego społecznie niebezpieczeństwa ziszczenia się przebiegu przyczynowego prowadzącego do tak określonego skutku przestępnego.

elementy przedmiotowe typów z art. 200a § 1 lub § 2 k.k. każdorazowo mieścić się będą w ramach zachowań sprawczych penalizowanych w granicach karalnego usiłowania przestępstwa pedofilii lub zgwałcenia pedofilskiego. Natomiast uwzględnienie wyrażonego abstrakcyjnie w ramach ustawowego zagrożenia stopnia karygodności czynów zabronionych z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k., albo art. 13 § 1 k.k. w zw. art. 197 § 3 pkt 2 k.k. i porównanie go do zagrożenia przewidzianego w art. 200a § 1 k.k., a zwłaszcza w § 2 tego przepisu, skłania do wniosku, że dla oddania całej zawartości kryminalno-politycznej tego typu zachowań najzupełniej wystarczające jest przyjęcie kwalifikacji za pierwsze z wymienionych przepisów. Paradoksem jest również to, że w sytuacji, w której sprawca znajdujący się na etapie usiłowania typów czynów zabronionych z art. 200 § 1 k.k. lub art. 197 § 3 pkt 2 k.k., dobrowolnie odstępując od dokonania, skorzysta z instytucji czynnego żalu z art. 15 k.k., mimo wszystko powinien odpowiedzieć za dokonane już przestępstwo z art. 200a § 1 lub § 2 k.k., jeśli realizuje jednocześnie znamiona którejs z postaci *groomingu* w formie dokonanej.

6. Podsumowując przeprowadzoną analizę dochodzi się do nie napawającego optymizmem wniosku, że wprowadzenie do Kodeksu karnego nowych typów czynów zabronionych z art. 200a § 1 i § 2 k.k. było zabiegiem z punktu widzenia jego normatywnego sensu zbędnym. Zachowania kryminalizowane jako przejawy przestępstwa *groomingu* są już co do zasady karalne jako usiłowanie przestępstwa pedofilii lub zgwałcenia pedofilskiego. Doszukiwanie się przez ustawodawcę potrzeby wprowadzenia odrębnych typów czynów zabronionych penalizujących przejawy *groomingu*, upatrywać należy w fackie nieuświadomienia sobie konsekwencji wykorzystania skutkowo-czynnościowej techniki określenia zachowania sprawczego w przypadku znamion czasownikowych użytych w art. 200 § 1 k.k. oraz art. 197 § 3 pkt 2 k.k. w perspektywie granic usiłowania tych typów. Niestety wprowadzenie do Kodeksu karnego regulacji art. 200a k.k. jest kolejnym przykładem dość mechanicznego i bezrefleksyjnego wprowadzaniu do polskiego ustawodawca norm konwencyjnych, w tym wypadku nawet do tej pory nie ratyfikowanych przez Rzeczypospolitą, bez próby wcześniejszego zbadania czy zachowania tego typu nie są karalne na gruncie obowiązujących regulacji kodeksowych.