

MAREK BIELSKI

## WYKŁADNIA ZNAMION „OBCOWANIE PŁCIOWE” I „INNA CZYNNOŚĆ SEKSUALNA” W DOKTRYNIE I ORZECZNICTWIE SĄDOWYM

Rezygnacja przez ustawodawcę na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. z używania znamienia „czyn nierządny” dla opisu niektórych typów przestępstw seksualnych był od dawna postulowany w doktrynie prawa karnego<sup>1</sup>. Zastąpienie tego znamienia określeniami „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” było przedstawiane jako remedium na problemy związane z wykładnią nieostrego pojęcia „czyn nierządny”<sup>2</sup>. Przegląd prezentowanych w doktrynie oraz w orzecznictwie sądowym poglądów dotyczących sposobu rozumienia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” wskazuje jednak wyraźnie, że postulowane przez długi czas zmiany w tym zakresie nie tylko nie rozwiązują wątpliwości interpretacyjnych związanych z wykładnią pojęcia „czyn nierządny”, ale rodzą nowe problemy związane z rozgraniczeniem zakresu desygnatów znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”<sup>3</sup>.

Dla pełnego obrazu poruszanej problematyki niezbędne wydaje się przedstawienie krótkiego rysu historycznego regulacji odnoszących się do

<sup>1</sup> M. F i l a r, w: *System prawa karnego*, t. IV, cz. II, red. I. Andrejew, L. Kubicki, J. Waszczyński, Wrocław–Warszawa–Kraków–Gdańsk–Łódź 1989, s. 165.

<sup>2</sup> M. F i l a r, *Problemy reformy prawa karnego w Polsce w zakresie przestępczości seksualnej*, „Palestra” 1995, nr 7/8, s. 24.

<sup>3</sup> Obrazowo problem naświetlił J. Leszczyński pisząc: „Zastąpienie nieokreślonego znamienia »czyn nierządny« nieokreślonym pojęciem »inna czynność seksualna« byłoby wypędzeniem przysłowiowego diabła przy pomocy Belzebuba. Prawo karne ma dość poważniejszych problemów aniżeli roztrząsanie w teorii i praktyce sądowej, czy pocałunek, chwycenie kogoś za łydkę lub udo jest czy nie jest inną czynnością seksualną” (J. L e s z c z y Ń s k i, *O projektach reformy przepisów dotyczących przestępstw seksualnych*, PiP 1992, nr 2, s. 81).

znamion opisujących rodzaj kontaktów seksualnych, których wymuszenie lub podjęcie stanowiło zamięt któregoś z przestępstw seksualnych. W Kodeksie karnym z 1932 r. ustawodawca posłużył się pojęciami: „czyn nierządny” (art. 203–205, art. 207 i art. 213) oraz „spółkowanie” (art. 206). W Kodeksie karnym z 1969 r. użyto znamion: „czyn nierządny” (art. 168–170 i art. 177), „obcowanie płciowe” (art. 175) i „czyn lubieżny” (art. 176). W końcu w obowiązującym stanie prawnym wykorzystano pojęcia „obcowanie płciowe” oraz „inna czynność seksualna”, a od dnia 26 września 2005 r., to jest od wejścia w życie nowelizacji Kodeksu karnego z dnia 27 lipca 2005 r.<sup>4</sup>, w art. 200 § 2 k.k. pojawiło się określenie „czynność seksualna”. Zarówno na gruncie Kodeksu karnego z 1932 r., jak i Kodeksu karnego z 1969 r. przewagę zyskała szeroka wykładnia znamienia „czyn nierządny”. Przyjęło się rozumieć przez to pojęcie „każdy czyn, mający na celu podniesienie pobudliwości lub zaspokojenie popędu płciowego przez zetknięcie się z ciałem innej osoby”<sup>5</sup>, a więc „zarówno normalny akt spółkowania, jak i inne czynności mające na celu zaspokojenie popędu płciowego w zetknięciu się z ciałem innej osoby”<sup>6</sup>. Nie znalazły uznania w orzecznictwie sądowym podnoszone w doktrynie głosy opowiadające się za wąską wykładnią znamienia „czyn nierządny”, sprowadzającą się do ograniczenia desygnatów tego pojęcia jedynie do aktów spółkowania i jego surogatów<sup>7</sup>. Przez „spółkowanie” na gruncie art. 206 k.k. z 1932 r. rozumiano jedynie tzw. prawidłowe (normalne) stosunki płciowe, a więc stosunki heteroseksualne mogące prowadzić do zapłodnienia, co było związane z eugeniczną racjonalizacją przestępstwa kazirodztwa, dla którego opisu użyto tego znamienia. Zakres karalnych stosunków kazirodczych w ramach art. 175 k.k. z 1969 r. został określony przez użycie zwrotu „obcowanie płciowe”, który według jednych komentatorów był równoznaczny ze spółkowaniem<sup>8</sup>, a według innych oznaczał rozszerzenie zakresu karalnego kazirodztwa nie tylko na przypadki tzw. prawidłowych stosunków heteroseksualnych, ale także na surogaty takich stosunków<sup>9</sup>, przy czym to

<sup>4</sup> Dz.U. z 2005 r., Nr 163, poz. 1363.

<sup>5</sup> Wyrok SN z 21 I 1937 r., I K 963/36, OSN(K) 1937, nr 7, poz. 191.

<sup>6</sup> Wyrok SN z 11 X 1971 r., III KR 144/71, „Biuletyn SN” 1971, nr 11.

<sup>7</sup> I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 358; M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa 1974, s. 80; M. Filar, w: *System...*, *op. cit.*, s. 164.

<sup>8</sup> I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 510–511; J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1977, s. 443, J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 398.

<sup>9</sup> M. Filar, w: *System...*, *op. cit.*, s. 194–195; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 644.

ostatnie stanowisko znalazło uznanie w orzecznictwie<sup>10</sup>. W końcu Kodeks karny z 1969 r. posługiwał się również znamieniem „czyn lubieżny”, którego można było się dopuścić wobec małoletniego poniżej lat 15. W doktrynie wskazywano na poważne trudności w odróżnieniu od siebie pojęć „czyn nierządny” i „czyn lubieżny”, przy czym podkreślano, że to ostatnie znamię ma pojęciowo szerszy zakres i mieści w sobie także przypadki, gdy nieletni poniżej lat 15 jest tylko intelektualnie, a niekoniecznie fizycznie zaangażowany w zachowanie sprawcy<sup>11</sup>.

Jakościową zmianą w zakresie sposobu opisu zachowań seksualnych w obrębie przestępstw seksualnych miało być zastąpienie znamienia „czyn nierządny” znamionami „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”. Odejście od posługiwania się jednolitym znamieniem opisującym zbiorczo wszystkie formy kontaktów seksualnych miało zapewnić osiągnięcie dwóch celów. Po pierwsze, rozbicie znamienia „czyn nierządny” na „obcowanie płciowe” i „inną czynność seksualną” miało doprowadzić do tego, że już w samej kwalifikacji prawnej czynu zostanie oddany zróżnicowany zakres karygodności zachowań mieszczących się dotąd w ramach jednego zagrożenia karnego. Po drugie, miało to służyć obiektywizacji terminologii wykorzystywanej do opisu form kontaktów seksualnych i oparciu jej na kryteriach biologicznych<sup>12</sup>. Trudno się oprzeć wrażeniu, że oba te cele zostały osiągnięte w obowiązującym Kodeksie karnym jedynie częściowo. Jeśli chodzi o zróżnicowanie abstrakcyjnie określonego w ramach ustawowego zagrożenia karą stopnia społecznej szkodliwości wymuszeń seksualnych łączących się z obcowaniem płciowym lub inną czynnością seksualną, to niewątpliwie zabieg ten został przeprowadzony wyjątkowo niekonsekwentnie, z uwagi na to, że znalazł on swoje odzwierciedlenie jedynie w budowie art. 197 § 1 i § 2 k.k. W pozostałych typach posługujących się omawianymi znamionami przewidziano jedno zagrożenie karą niezależnie od tego, czy sprawca dopro-

---

<sup>10</sup> W wyroku SN z 30 VII 1986 r., Rw 530/86, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1996, z. 1, (dodatek), poz. 58 wyrażono pogląd, że: „Użyte w art. 175 k.k. pojęcie »obcowanie płciowe« jest z pewnością pojęciem węższym od »czynu nierządnego«, ale też nie oznacza jedynie takiego stosunku płciowego, którego nieodzownym elementem jest *immissio penis*. Na podstawie art. 175 k.k. podlega przecież ukaraniu również stosunek perwersyjny, a także stosunek z osobą kilkuletnią o niewykształconych narządach płciowych itp. Z tego względu sprowadzenie pojęcia »obcowanie płciowe« tylko do normalnego i udanego w pełni stosunku płciowego byłoby niczym nieuzasadnione”. Zob. też wyrok SA w Krakowie z 4 IV 1991 r., II AKz 28/91, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 1991, z. 4, poz. 16.

<sup>11</sup> Szczegółowo zob. M. F i l a r, w: *System...*, *op. cit.*, s. 203 i n.

<sup>12</sup> *Ibidem*, s. 165.

wadził do obcowania płciowego albo do podjęcia innej czynności seksualnej lub wykonania tej czynności, co stanowi niewątpliwie przykład wewnętrznej niekonsekwencji w obrębie rozdz. XXV k.k. Odmienny stopień społecznej szkodliwości, łączący się z doprowadzeniem do obcowania płciowego lub też doprowadzeniem do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonaniem takiej czynności, w wypadków innych typów niż art. 197 § 1 i § 2 k.k. może i powinien znaleźć odzwierciedlenie w sędziowskim wymiarze kary. Jeśli chodzi o postulat oparcia rozróżnienia na „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” na jasnym kryterium podziału, pozwalającym oddzielić zakresy desygnatów tych znamion od siebie, jak zostanie niżej wykazane przez analizę wypowiedzi doktryny oraz orzecznictwa sądowego, istnieją poważne rozbieżności co do sposobu rozumienia wskazanych pojęć.

Próbę przedstawienia sygnalizowanych wątpliwości interpretacyjnych co do zakresu znaczeniowego znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” wypada poprzedzić wskazaniem, że użycie w obecnie obowiązującym art. 200 § 2 k.k. zwrotu „czynność seksualna” wymaga ustalenia znaczenia tego pojęcia na gruncie rozdz. XXV k.k. Trudno się dziwić krytycznym uwagom Mariana Filara pod adresem ustawodawcy, który słusznie zauważył, że posłużenie się dotąd nieznanym językowi prawnemu znamieniem „czynność seksualna” rodzi poważne zastrzeżenia co do poziomu legislacyjnego wprowadzanych zmian<sup>13</sup>. Rację ma ten autor wskazując, że jedyną racjonalną wykładnią nowego znamienia jest nadanie mu zakresu pojęciowego obejmującego zbiorczo stany faktyczne mieszające się w ramach pojęć technicznych „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”. Zdefiniowanie więc dwóch ostatnich znamion umożliwia dopiero określenie pola desygnatów terminu „czynność seksualna”.

Odróżnienie od siebie znamion użytych w rozdz. XXV k.k. do opisanie karalnych form wymuszeń seksualnych oparte być musi na obiektywnej ocenie, czy dane zachowanie ma charakter seksualny. Trzeba się zdecydowanie odciąć od tych wszystkich występujących w doktrynie i orzecznictwie koncepcji, które definiują znamiona przedmiotowe, bo do tych należą znamiona opisujące formy kontaktów seksualnych mogących stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za któreś z przestępstw seksualnych, przez odwołanie się elementów podmiotowych związanych z nastawieniem psychicznym sprawcy do czynu. Bez znaczenia dla uznania zachowania za czynność seksualną będzie to, czy sprawca takie zachowanie podejmujący

---

<sup>13</sup> M. F i l a r, „*Druga*” nowelizacja kodeksu karnego dotycząca tzw. przestępstw seksualnych, PiP 2006, z. 3, s. 48.

subiektywnie zmierza do zaspokojenia swojego popędu płciowego, a także to, czy tym zachowaniem wywołał u ofiary stan podniecenia seksualnego. Obiektywne rozumienie znamienia czynności seksualnej opiera się na założeniu, że zasadniczym kryterium dla uznania danego zachowania za czynność seksualną będzie podjęcie działań uznawanych w świetle obowiązujących wzorców kulturowych za mające charakter seksualny, chociażby *in concreto* takie zachowanie nie było ze strony sprawcy nakierowane na zaspokojenie jego popędu płciowego, ani nie wywołało podniecenia seksualnego po stronie ofiary. Istotą czynności o charakterze seksualnym jest uznanie danego rodzaju zachowania za formę kontaktu seksualnego w świetle kulturowych wzorców postępowania w sferze życia seksualnego.

Takie zobiektywizowane ujęcie znamienia „czynność seksualna”, a za nim także znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”, jest bezpośrednio powiązane z rodzajem wiele problemów w praktyce zagadnieniem oddzielenia od siebie strony przedmiotowej od strony podmiotowej przestępstw związanych z wymuszeniami seksualnymi<sup>14</sup>. Błędne jest szukanie istoty seksualnego charakteru czynności poprzez odwołanie się do tzw. zamiaru lubieżnego po stronie sprawcy. Czynność ma charakter seksualny, gdy w świetle znamion danego typu godzi w dobro prawne w postaci wolności seksualnej (albo wyjątkowo w dobro prawne w postaci obyczajności w sferze życia seksualnego). Błędne są te poglądy, które starają się tłumaczyć seksualny charakter czynności przez wskazanie, że zachowanie takie po stronie sprawcy jest podjęte w celu zaspokojenia popędu płciowego<sup>15</sup>. Dążenie sprawcy do zaspokojenia swojego popędu płciowego nie należy do znamion przestępstw związanych z wymuszeniami seksualnymi. Istotne jest to, czy sprawca swoim zachowaniem, zgodnym z ustawowym opisem znamion typu, dopuścił się zamachu na wolność seksualną ofiary<sup>16</sup>. Do naruszenia wolności seksualnej może więc dojść również z motywów pozaseksualnych<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Zob. M. F i l a r, Głosa do wyroku SN z 26 X 2001 r., WA 25/2001, OSP 2002, nr 6, s. 318.

<sup>15</sup> Trafne rozstrzygnięcia zostały błędnie uzasadnione przez odwołania się do strony podmiotowej w wyroku SN z 26 X 2001 r., WA 25/2001, OSNKW 2002, nr 1/2, poz. 6 z głosami M. F i l a r a, OSP 2002, nr 6, s. 318 i S. P r z y i m s k i e g o, PiP 2002, nr 9, s. 107 oraz w wyroku SA w Krakowie z 14 II 2007 r., II AKa 209/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, z. 3, poz. 27.

<sup>16</sup> Zob. postanowienie SN z 9 IV 2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, nr 7/8, poz. 53 oraz wyrok SA w Katowicach z 16 V 2002 r., II AKa 61/2002, OSA 2003, nr 2, poz. 8.

<sup>17</sup> Zob. wyrok SN z 26 X 2001 r., WA 25/2001, OSNKW 2002, nr 1/2, poz. 6 oraz wyrok SA w Katowicach z 15 XI 2006 r., II AKa 328/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, z. 5, poz. 64.

Przechodząc do głównego przedmiotu rozważań zacząć należy od stwierdzenia, że posługiwanie się przez Kodeks karny z 1997 r. znamionami „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” powoduje konieczność wskazania nie tylko granicy pomiędzy czynnościami seksualnymi a innymi czynnościami, które chociaż związane z intymną sferą życia człowieka nie będą mogły zostać uznane za mające charakter seksualny w rozumieniu art. 197 § 2 k.k., ale także wymaga wskazania granicy między desygnatami form kontaktów seksualnych użytych do opisu znamion art. 197 § 1 k.k. i art. 197 § 2 k.k.<sup>18</sup> Podstawowa trudność, jaka rodzi się na gruncie wykładni znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”, polega na tym, że ich interpretacja nie może ograniczyć się do prostego zabiegu odwołania się do ustalonego zakresu znaczeniowego tych pojęć na gruncie języka określonej dziedziny nauki lub do języka potocznego. Pojęciem obcowania płciowego nie posługują się inne dziedziny nauki, w szczególności biologia, medycyna czy seksuologia. Również w języku potocznym termin „obcowanie płciowe” traktowany jest zazwyczaj jako synonim „stosunku płciowego” lub „spółkowania”<sup>19</sup>. Wykładnia sprowadzająca się do utożsamiania „obcowania płciowego” z tzw. prawidłowym stosunkiem płciowym byłaby niewątpliwie pójściem w „ślepą uliczkę”, mając na względzie fakt, że znamię to zastąpiło termin „spółkowanie” na gruncie art. 175 k.k. z 1969 r. Brak ustalonego znaczenia omawianych terminów na gruncie języka potocznego nakłada

---

<sup>18</sup> Fundamentalna dla prawa karnego zasada *nullum crimen sine lege certa* zakłada określoność każdego czynu zabronionego. Opis czynu zabronionego z jednej strony powinien czynić zadość funkcji zewnętrznej określoności czynu, sprowadzającej się do możliwości odróżnienia od siebie zachowań karalnych od zachowań nie podlegających karze; z drugiej — powinien spełniać wymogi funkcji wewnętrznej określoności czynu, a więc powinien umożliwiać wzajemne odróżnienie od siebie poszczególnych typów czynów zabronionych (zob. A. Z o l l, w: G. B o g d a n [i in.], *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 39 i n.). Brak jasności co do zakresu desygnatów znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” powoduje wątpliwości co do określoności typów czynów zabronionych, w których użyto tych znamion. Szczególnie mocno problem ten rysuje się na gruncie art. 201 k.k., gdzie karalną formą kontaktów kazirodczych jest wyłącznie podjęcie obcowania płciowego oraz na gruncie art. 197 k.k., gdzie konieczne jest odróżnienie od siebie zarówno dwóch typów podstawowych opisanych w § 1 i § 2 tego przepisu, jak karalnych form czynności seksualnych od tych, które nie podlegają karze.

<sup>19</sup> W znaczeniu leksykalnym „obcować” to „pozostawać w bliskich kontaktach z kimś lub czymś” (*Popularny słownik języka polskiego*, red. B. Dunaj, Warszawa 1999), „mieć stosunki płciowe z kimś” (*Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, Warszawa 2003). Zob. też B. M a d e j a, *Obcowanie płciowe jako znamię przestępstwa*, „Nowe Prawo” 1989, nr 2/3, s. 151.

na przedstawicieli nauki prawa karnego i orzecznictwo sądowe obowiązek zdefiniowania tych pojęć i nadanie im szczególnego znaczenia terminów technicznych. W praktyce oznacza to, że jakiegokolwiek zabiegi zmierzające do oznaczenia zakresu znaczeniowego tych znamion muszą przybrać postać definicji projektujących<sup>20</sup>. W doktrynie podkreśla się, że w wypadkach znamion nieostrych, a więc takich, które z jednej strony nie mogą zostać zdefiniowane w ustawie, a z drugiej strony ich pominięcie w opisie znamion typu jest niemożliwe, usprawiedliwione jest przekazanie władzy sądowniczej sprecyzowania granic kryminalizacji w ramach wykładni tekstu prawnego<sup>21</sup>. Wykładnia taka opiera się zazwyczaj na przedstawionych w doktrynie prawa karnego propozycjach rozumienia danych znamion. Dlatego dla próby zdefiniowania pojęć „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” niezbędne jest porównanie w tym zakresie propozycji formułowanych na gruncie nauki prawa karnego z praktyką orzecniczą sądów wyższych, które siłą autorytetu swoich rozstrzygnięć narzucają pewne rozwiązania sądom niższych instancji.

Znamię „obcowania płciowego”, jak już wyżej wspomniano, zostało wykorzystane dla opisu przestępstwa kazirodztwa z art. 175 k.k. z 1969 r. Przewagę zyskała szeroka wykładnia tego pojęcia, wyraźnie rozszerzająca zakres znaczeniowy w porównaniu ze znamieniem „spółkowanie”, użytym dla opisu przestępstwa kazirodztwa z art. 206 k.k. z 1932 r. Przez „obcowanie płciowe” przyjęło się rozumieć nie tylko przypadki tzw. prawidłowych stosunków płciowych (spółkowania), ale także przypadki surogatów tych stosunków<sup>22</sup>. Wejście w życie Kodeksu karnego z 1997 r. nie zmieniło zapatrywań doktryny na sposób wykładni znamienia „obcowanie płciowe”. W nauce prawa karnego panuje obecnie pozorna zgoda co do zakresu desygnatów tego pojęcia. Wskazuje się, że znamię „obcowanie płciowe” obejmuje swym zakresem prawidłowy stosunek płciowy (spółkowanie), jak również wszelkie surogaty takich stosunków płciowych, które są traktowane przez sprawcę jako ekwiwalentne i równoważne spółkowaniu. Niewątpliwie znamię „obcowanie płciowe” obejmuje stosunek płciowy, czyli formę kontaktu seksualnego pomiędzy osobami przeciwnej płci, polegającą na wprowadzeniu męskich narządów płciowych do żeńskich narządów płciowych, która może doprowadzić do zapłodnienia. Nadto powszechnie przyjmuje się, że

<sup>20</sup> Zob. W. P a t r y a s, *Definiowanie pojęć prawnych*, Poznań 1997, s. 116–119.

<sup>21</sup> Zob. A. Z o l l, *Znaczenie konstytucyjnej zasady podziału władzy dla prawa karnego materialnego*, RPEiS 2006, R. LXVIII, z. 2, s. 332.

<sup>22</sup> Zob. przypisy 8–10.

„obcowanie płciowe” stanowią też takie formy kontaktów płciowych, które są surogatami stosunku płciowego. Przykładowo wskazuje się tu z reguły, że takimi surogatami spółkowania są stosunki analne oraz stosunki oralne. Co charakterystyczne, większość przedstawicieli doktryny ogranicza swoje wypowiedzi do takiej charakterystyki omawianego znamienia<sup>23</sup>. Jedyne nieliczne wypowiedzi starają się doprecyzować, jakie formy kontaktów płciowych będzie można uznać za surogaty tzw. prawidłowego stosunku płciowego. Co ciekawe, dokładna analiza tych wypowiedzi, zwłaszcza w konfrontacji z orzecznictwem sądowym, prowadzi do wniosku, że trudno mówić o jednolitości poglądów w tym względzie.

Przegląd wypowiedzi dotyczących zakresu pojęciowego znamienia „obcowanie płciowe” rozpocząć należy niewątpliwie od klasyka polskiej doktryny prawa karnego materialnego w zakresie przestępstw seksualnych M. Filara. Autor ten na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. konsekwentnie wąsko definiuje surogaty spółkowania, uważając, że dla ich przyjęcia konieczny jest „bezpośredni kontakt płciowych części ciała jednego z uczestników aktu z częściami ciała drugiego uczestnika, które wprawdzie obiektywnie płciowymi nie są, lecz które sprawca traktuje jako ekwiwalentne częściom płciowym, wyładowując za ich pośrednictwem swoje libido [...]. Innymi słowy organy płciowe jednego z uczestników takiego aktu (najczęściej sprawcy, choć możliwa jest i sytuacja odwrotna) wprowadzone zostają do ciała drugiego uczestnika (najczęściej ofiary) drogą »normalną« lub »nie-normalną«”<sup>24</sup>. Rozkładając zaproponowaną definicję na czynniki pierwsze

<sup>23</sup> Zob. *Prawo karne materialne*, red. M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, Warszawa 2004, s. 449; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2004, s. 249; *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2007, s. 306; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, wyd. V, Warszawa 2007, s. 332; O. Górnioł, w: O. Górnioł [i in.], *Kodeks karny. Komentarz. Tom II. Art. 117–363*, Gdańsk 2005, s. 202; A. Marek, *Prawo karne*, wyd. 6, Warszawa 2005, s. 490; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. IV, Warszawa 2007, s. 384; M. Mozgawa, w: M. Budyń-Kulik [i in.], *Kodeks karny. Komentarz praktyczny*, red. M. Mozgawa, wyd. II, Warszawa 2007, s. 379; J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski [i in.], wyd. II, Warszawa 2007, s. 378.

<sup>24</sup> Tak M. Filar, *Przestępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym*, w: *Nowa kodyfikacja karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze*, z. 2, Warszawa 1997, s. 20. Natomiast w innej wypowiedzi cytowany autor ograniczył definicję surogatów spółkowania jedynie do dosłownego powtórzenia pierwszego z cytowanych zdań, pomijając zdanie drugie. Zob. M. Filar, w: M. Bojarski [i in.], *Kodeks karny. Komentarz*, red. O. Górnioł, Warszawa 2006, wyd. II, s. 642. Rodzi to pewną trudność w odtworzeniu poglądów M. Filara co do zakresu desygnatów znamienia „obcowanie płciowe”. Na gruncie cytowanej wyżej pełnej definicji surogatem spółkowania może być jedynie kontakt płciowy, w którym wykorzystany do stosunku penetracyjnego musi zostać męski narząd płciowy, zaś wpro-



dochodzi się do wniosku, że surogatem stosunku płciowego są jedynie takie przypadki kontaktów płciowych, w których dochodzi do penetracyjnego zaangażowania męskich narządów płciowych w naturalne otwory ciała innej osoby, niezależnie od jej płci, przy czym chociaż te otwory ciała nie są biologicznie żeńskimi narządami płciowymi, to mogą stanowić surogat takich narządów z uwagi na ich fizyczne podobieństwo. O wąskim charakterze przedstawionej definicji świadczy przede wszystkim wymóg zaangażowania w kontakt seksualny o charakterze penetracyjnym płciowych części ciała przynajmniej jednego uczestnika aktu seksualnego i do tego zawsze musi chodzić tu o penetracyjne zaangażowanie męskich narządów płciowych. W świetle tej definicji obcowanie płciowe ogranicza się tylko i wyłącznie do stosunków genitalno-waginalnych, genitalno-analnych i genitalno-oralnych. Interpretując ściśle słowa M. Filara, stwierdzić trzeba, że nie stanowią obcowania płciowego te wszystkie przypadki kontaktów płciowych, w których nie dojdzie do penetracyjnego zaangażowania męskich narządów płciowych w ciało innej osoby. W świetle przedstawionej definicji nie są uznawane za surogat spółkowania przypadki kontaktów płciowych, w których sprawca wprowadza do żeńskich narządów płciowych lub tych części ciała, które z uwagi na ich fizyczne właściwości mogą zostać uznane za ekwiwalentne żeńskiemu narządowi płciowemu, innych części ciała niż męskie narządy płciowe.

Szerszy kształt ma propozycja interpretacyjna zaproponowana przez Jarosława Warylewskiego, który określając zakres pojęciowy obcowania płciowego, nie posługuje się jego definicją, ale wskazuje na pewne cechy takiego kontaktu seksualnego, uzupełniając ten obraz przykładami kazuistycznymi. „Obcowanie płciowe to takie kontakty (stosunki) o charakterze seksualnym, które obiektywnie zbliżone są do poziomu zażyłości i intymności, towarzyszących zwykle spółkowaniu. Chodzi tu o stosunki analogiczne do spółkowania

---

wadzony może on zostać do męskich lub żeńskich naturalnych otworów ciała innej osoby, które obiektywnie rzecz biorąc mają cechy fizyczne zbliżające je do żeńskich narządów płciowych. Natomiast ograniczenie wypowiedzi tylko do pierwszego z cytowanych zdań rodzi wątpliwość czy w tak sformułowanej definicji surogatów spółkowania mieszczą się także przypadki, gdy sprawca wprowadza do żeńskich narządów płciowych, które są niewątpliwie „płciowymi częściami ciała jednego uczestnika aktu”, inne części ludzkiego ciała niż męskie narządy płciowe (w praktyce ręka lub palec), które są określane przez M. Filara jako „części ciała drugiego uczestnika aktu, które co prawda obiektywnie płciowe nie są, jednak sprawca traktuje je jako takie”. Wątpliwość tą zdaje się jednak wyjaśniać końcowy fragment pierwszego z cytowanych zdań, w którym autor stawia warunek, aby to na tych częściach ciała, które są traktowane jako surogaty żeńskich narządów płciowych sprawca wyładowywał swoje *libido*.

i w zasadzie mogące prowadzić — tak jak spółkowanie — do zaspokojenia popędu płciowego”. Według tego autora, „aby uznać jakieś zachowanie za obcowanie płciowe, to warunkiem koniecznym, ale niewystarczającym, jest zaangażowanie w nie narządów płciowych przynajmniej jednej osoby (sprawcy lub pokrzywdzonego)”, przy czym takie kontakty jedynie mogą przybierać formę aktów „seksualnej penetracji naturalnych otworów ciała ludzkiego, które imitują spółkowanie”, na co wskazuje to, że za formę obcowania płciowego J. Warylewski uznaje także stosunek oralny w formie *cunnilingus*, stosunek dopachowy (*coitus in aksila*), stosunek międzyudowy (*coitus femoralis*)<sup>25</sup>.

Zdecydowanie najszerzej definiuje „obcowanie płciowe” Mateusz Rodzyńkiewicz. Autor ten stwierdza, że „znamię „obcowanie płciowe” obejmuje swym zakresem znaczeniowym akty spółkowania oraz jego surogaty, które traktować można jako ekwiwalentne spółkowaniu. Zgwałcenie z art. 197 § 1 k.k. ma zatem miejsce, gdy czynność sprawcza polega na bezpośrednim kontakcie płciowym ciała sprawcy z narządami płciowymi ofiary lub też z tymi częściami jej ciała, które sprawca traktuje równoważnie i na których lub za pomocą których wyładowuje swój popęd seksualny”<sup>26</sup>. Według tej definicji kontakt płciowy ma charakter surogatu spółkowania, gdy przyjmuje postać bezpośredniego kontaktu ciała dwóch osób, przy czym warunkiem uznania takiego kontaktu za obcowanie płciowe jest to, aby fizycznie zaangażowane w czynność seksualną zostały albo narządy płciowe ofiary (wagina w wypadku kobiety lub prącie w wypadku mężczyzny), albo te części ciała ofiary, które stanowią dla sprawcy surogat narządów płciowych. Nie jest warunkiem przyjęcia „obcowania płciowego” zaangażowanie po stronie sprawcy jego narządów płciowych, niezależnie od tego, czy sprawcą będzie kobieta czy mężczyzna. Świadczy o tym to, że M. Rodzyńkiewicz pisze o „bezpośrednim kontakcie płciowym”, a nie — jak to ujął w swej definicji M. Filar — o „bezpośrednim kontakcie płciowych części ciała”. Użycie zwrotu „kontakt płciowy” wskazuje na to, że chodziło tu o oddanie opisu czynności fizjologicznej analogicznej do tej, jaka stanowi istotę „stosunku płciowego” (ruchy frykcyjne). Definicja obcowania płciowego zaproponowana przez tego autora nie wyklucza przyjęcia, że kontakt płciowy zachodzi też w wypadkach, gdy nie dochodzi do penetracyjnego zaangażowania narządów płciowych

---

<sup>25</sup> J. Warylewski, w: M. Flemming [i in.], *Kodeks karny. Część szczególna, t. I, Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 826 i n. Podobnie definiuje obcowanie płciowe B. Kurzępa, „Inna czynność seksualna” jako znamię przestępstw, *Prok. i Pr.* 2005, nr 5, s. 63.

<sup>26</sup> M. Rodzyńkiewicz, w: G. Bogdan [i in.], *op. cit.*, s. 600.

ani po stronie sprawcy, ani po stronie ofiary, ale wystarczy zaangażowanie równoważnych im części ciała ofiary. Surogatem spółkowania będzie więc także taki kontakt cielesny, w którym dojdzie do stosunku penetracyjnego polegającego na wykorzystaniu nie będących narządem płciowym części ciała sprawcy do penetracji tych części ciała ofiary, które z uwagi na swoje podobieństwo fizyczne mogą pełnić funkcję analogiczną do żeńskich narządów płciowych, będąc im równoważne (np. włożenie ręki lub palców do odbytu). Co więcej, według definicji zaproponowanej przez M. Rodzyńkiewicza, nie jest wykluczone uznanie za obcowanie płciowe takich zachowań, jak stosunek dopachowy, stosunek międzyudowy czy *cinepimastria*, gdyż te formy kontaktu płciowego charakteryzują się zetknięciem męskich narządów płciowych sprawcy z tymi częściami ciała ofiary, które mogą być dla niego równoważne z żeńskimi narządami płciowymi, stanowiąc przedmiot, na którym sprawca wyładowuje swój popęd seksualny. Według przedstawionej definicji, formą obcowania płciowego jest również onanizowanie ofiary płci męskiej przez sprawcę, gdyż dochodzi do kontaktu płciowego części ciała sprawcy z organem płciowym ofiary. Element definicji sprowadzając się do przyjęcia, że sprawca musi wyładowywać swój popęd seksualny przez zetknięcie jego ciała z narządami płciowymi ofiary lub ich surogatami może być bowiem spełniony przez to, że sprawca będzie redukował swój popęd w sferze psychicznej, niekoniecznie zaś w sferze fizycznej.

Zasadnicze znaczenie dla ustalenia zakresu desygnatów pojęcia „obcowanie płciowe” musi mieć jednak analiza orzecznictwa sądowego. Interesujące jest przede wszystkim to, jak kwalifikowane są konkretne stany faktyczne, bowiem pojawiające się w orzecznictwie abstrakcyjnie ujęte definicje znamienia „obcowanie płciowe” nawiązują z reguły do jednej z wyżej wskazanych propozycji interpretacyjnych<sup>27</sup>. Wśród publikowanych orzeczeń Sądu Najwyższego i Sądów Apelacyjnych na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. można odnaleźć kilka, z których wprost albo pośrednio wynika, jakie stany faktyczne w praktyce wymiaru sprawiedliwości uznawane są za „obcowanie płciowe”. Ciekawe są przede wszystkim te orzeczenia, których kanwą są stany faktyczne budzące kontrowersje z punktu widzenia doktrynalnych definicji „obcowania płciowego”. Szczególnie interesujące są tu orzeczenia Sądu

---

<sup>27</sup> W szczególności warto podkreślić, że do definicji M. Rodzyńkiewicza nawiązuje wprost uchwała SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7/8, poz. 37 oraz wyrok SA w Lublinie z 18 IV 2000 r., II AKa 59/2000, „Przegląd Orzecznictwa SA w Lublinie” 2000, nr 11, s. 30–31; zob. R.A. S t e f a ń s k i, *Kodeks karny z orzecznictwem i piśmiennictwem (za lata 1998–2003)*, Toruń 2004, t. 10 do art. 197.

Apelacyjnego w Katowicach, który za obcowanie płciowe uznał: stosunek płciowy oralny<sup>28</sup>, wkładanie ręki do narządów rodnych kobiety<sup>29</sup> oraz włożenie szyjki butelki do odbytu<sup>30</sup>. Od razu trzeba zauważyć, że za zgwałcenie w formie obcowania płciowego uznał Sąd Najwyższy przypadek wprowadzenia przez sprawcę nie sprecyzowanego bliżej narzędzia do odbytu ofiary<sup>31</sup>. Od razu rzuca się w oczy, że w orzecznictwie sądowym za surogaty stosunku płciowego, stanowiące przykład realizacji znamion art. 197 § 1 k.k., zalicza się takie przykłady kontaktów płciowych, które nie mieszczą się w definicjach proponowanych w doktrynie prawa karnego. W świetle prezentowanych wyżej poglądów przedstawicieli nauki nie budzi tylko wątpliwości, że stanowi surogat spółkowania stosunek oralny. Według definicji M. Filara nie stanowi już „obcowania płciowego” zachowanie polegające na wprowadzeniu przez sprawcę ręki do żeńskich narządów płciowych, gdyż brak w takim wypadku bezpośredniego kontaktu płciowej części ciała sprawcy (bo niej jest nią niewątpliwie ręka) z narządem płciowym ofiary lub jego surogatem. Według J. Warylewskiego, dla którego bezwzględny warunkiem przyjęcia obcowania płciowego jest zaangażowanie w czynność seksualną narządów płciowych sprawcy lub pokrzywdzonego, obcowaniem płciowym będzie wprowadzenie przez sprawcę palców do żeńskich narządów płciowych, nie będzie nim natomiast sytuacja, w której sprawca włoży palce do odbytu ofiary. Obie wymienione sytuacje jako obcowanie płciowe traktuje M. Rodzynkiewicz, w którego definicji obcowania płciowego nie mieści się jednak z pewnością sytuacja, gdy sprawca penetruje waginę lub odbył ofiary wszelkiego rodzaju przedmiotami martwymi. Brak w tym wypadku bezpośredniego kontaktu fizycznego pomiędzy ciałami sprawcy i ofiary, a element ten jest wspólny dla wszystkich przedstawionych wyżej definicji obcowania

---

<sup>28</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 13 V 2004 r., II AKa 75/2004, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, z. 9, poz. 58.

<sup>29</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 9 XI 2006 r., II AKa 323/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, z. 1, poz. 62.

<sup>30</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 15 XI 2006 r., II AKa 328/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, z. 5, poz. 64.

<sup>31</sup> W uzasadnieniu wyroku z 26 X 2001 r., WA 25/2001, OSNKW 2002, nr 1/2, poz. 6 Sąd Najwyższy odwołując się do stanu faktycznego będącego kanwą postanowienia SN z 9 IV 2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, nr 7/8, poz. 53, wyraził kategorię pogląd, że: „nie ulega [...] wątpliwości, że konkluzja tego postanowienia została oparta na stanie faktycznym sprawy, który jednoznacznie wskazuje na to, że zachowanie oskarżonych kwalifikowane na podstawie kodeksu karnego z 1969 r., gdyby ocenione było według aktualnie obowiązującego kodeksu karnego, wypełniałoby dyspozycję art. 197 § 1 k.k. [...]”.

płciowego. Analiza orzecznictwa sądowego wskazuje na to, że definicja obcowania płciowego jest rozszerza na takie czynności seksualne, które nie łączą się z bezpośrednim kontaktem fizycznym pomiędzy ciałami uczestników aktu seksualnego, przy czym warunkiem uznania takiego kontaktu za obcowanie płciowe jest zaangażowanie w czasie aktu narządów płciowych ofiary lub tych części ciała ofiary, które z uwagi na fizyczne podobieństwo do żeńskich narządów płciowych traktowane być mogą jako ich surogat<sup>32</sup>. Przedstawione wyżej wypowiedzi orzecznictwa wyraźnie wskazują jednak na tendencje do uznawania za mieszczące się w obrębie znamienia „obcowanie płciowe” stanów faktycznych, w których dochodzi do penetracyjnego zaangażowania w ciało ofiary nie tylko męskich narządów płciowych, ale także innych części ludzkiego ciała, a nawet przedmiotów martwych, które pełnią rolę surogatu męskich narządów płciowych.

Wyżej wymienione przykłady różnych form kontaktów seksualnych uznawanych w orzecznictwie za „obcowanie płciowe” wskazują, że w praktyce wymiaru sprawiedliwości wykładnia omawianego znamienia idzie dalej niż definicje proponowane w doktrynie prawa karnego. Orzecznictwo sądowe zdecydowanie skłania się ku oparciu rozgraniczenia zakresu pojęciowego znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” o kryterium biologiczne sprowadzające się do odwołania się do stopnia naruszenia integralności cielesnej ofiary. Oparcie się na tym kryterium pozwala uznać za „obcowanie płciowe” taką formę czynności seksualnej, w czasie której dochodzi do penetracyjnego zaangażowania żeńskich lub męskich narządów płciowych po stronie ofiary lub do penetracyjnego zaangażowania innych naturalnych otworów ciała ofiary, które mogą zostać potraktowane jako surogat żeńskich narządów płciowych, niezależnie od płci ofiary. Tak rozumiane obcowanie płciowe łączy się ze szczególnym stopniem dolegliwości fizycznej dla ofiary, ze szczególnym stopniem jej traumatyzacji, jak i może skutkować szczególnymi następstwami np. ewentualną ciążą, zarażeniem się chorobą weneryczną lub wirusem HIV<sup>33</sup>, a także dotkliwymi uszkodzeniami ciała w obrębie sfer intymnych. Przyjęcie, że za obcowanie płciowe mogą

---

<sup>32</sup> Trudno jednak uznać, że kwestia ta jest w orzecznictwie bezsporna. Wskazuje na to wyrok SA we Wrocławiu z 11 IV 2007 r., II AKa 89/07, LEX nr 301467, który przyjął za sądem I instancji, że wprowadzenie marchewki do dróg rodnych kobiety stanowi „inną czynność seksualną” w rozumieniu art. 197 § 2 k.k., aczkolwiek zaznaczyć trzeba, że kwestia zasadności przyjęcia tej kwalifikacji prawnej nie stała się asumptem do wypowiedzenia jakiegokolwiek poglądu prawnego przez SA w tym zakresie.

<sup>33</sup> Por. M. F i l a r, Głosa do wyroku SN z 26 X 2001 r., WA 25/2001, OSP 2002, nr 6, s. 318.

zostać uznane tylko i wyłącznie tego rodzaju czynności seksualne, które mają charakter stosunku penetracyjnego, oprócz trzeba na nie budzącym wątpliwości stwierdzeniu, że właśnie tego typu stosunki łączą się ze szczególnie dotkliwym naruszeniem wolności seksualnej. Ograniczanie pojęcia obcowanie płciowe tylko do bezpośredniego kontaktu fizycznego między narządami płciowymi jednego z uczestników aktu seksualnego i ciałem drugiego uczestnika, prowadzi do trudnej do zaakceptowania konsekwencji, że czynności seksualne polegające na użyciu przedmiotów martwych do symulacji stosunków płciowych, łączące się z identycznym stopniem naruszenia integralności cielesnej i podobnym, a nawet większym stopniem traumatyzacji ofiary, musiałby zostać uznane za inne czynności seksualne w rozumieniu art. 197 § 2 k.k.

Dla doprecyzowania proponowanej definicji obcowania płciowego niezbędne wydaje się jeszcze wskazanie sposobu rozumienia stosunku penetracyjnego i surogatów żeńskich narządów płciowych.

Odnosząc się do pierwszej kwestii zasadne wydaje się wskazanie, że czynność seksualna ma charakter penetracyjny:

1) gdy łączyły się z wprowadzeniem męskich narządów płciowych do żeńskich narządów płciowych (klasyczne stosunki heteroseksualne waginalne lub stosunki przedsiorkowe),

2) gdy łączy się z wprowadzeniem męskich narządów płciowych do żeńskich lub męskich naturalnych otworów ciała, które są traktowane jako surogaty żeńskich narządów płciowych, choćby nie były one do kontaktów seksualnych biologicznie przeznaczone (stosunki hetero- lub homoseksualne analne lub oralne w formie *fellatio*)<sup>34</sup>,

3) gdy łączy się z wprowadzeniem przez sprawcę (kobietę lub mężczyznę) innych niż męskie narządy płciowe części ciała do żeńskich narządów płciowych ofiary (kobiety) lub do naturalnych otworów ciała ofiary (kobiety lub mężczyzny), przy czym te ostatnie są traktowane jako surogaty żeńskich narządów płciowych, choćby nie były one do kontaktów seksualnych biologicznie przeznaczone (np. wkładanie palców lub ręki do waginy lub do odbytu)<sup>35</sup>,

4) gdy łączy się z wprowadzeniem przez sprawcę (kobietę lub mężczyznę) przedmiotów martwych mających zastępować męskie narządy płciowe

---

<sup>34</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 13 V 2004 r., II AKa 75/2004, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2004, z. 9, poz. 58.

<sup>35</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 9 XI 2006 r., II AKa 323/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, z. 1, poz. 62.

do żeńskich narządów płciowych ofiary (kobiety) lub do naturalnych otworów ciała ofiary (kobiety lub mężczyzny), które są traktowane jako surogaty żeńskich narządów płciowych, choćby nie były one do kontaktów seksualnych biologicznie przeznaczone (np. wkładanie butelki do waginy lub odbytu)<sup>36</sup>. Bez znaczenia dla przyjęcia, że czynność ma charakter penetracyjny powinna mieć wielkość i kształt przedmiotów użytych do penetracji.

Odnosząc się do drugiej kwestii, za surogaty żeńskich narządów płciowych uznać trzeba odbyt (*coitus in anum*) i otwór gębowy (*coitus in ore* w formie *fellatio*), gdyż z uwagi na swoje fizyczne cechy w czasie kontaktu seksualnego mogą pełnić podobną funkcję jak żeńskie narządy płciowe. Niewątpliwie obcowaniem płciowym będzie użycie innych niż męskie narządy płciowe części ciała lub przedmiotów martwych do penetracji waginalnej lub analnej. Natomiast nie będą miały charakteru obiektywnie seksualnego zachowania polegające na wprowadzaniu innych niż męskie narządy płciowe części ciała lub przedmiotów martwych do otworu gębowego. Otwór gębowy można uznać więc za surogat żeńskiego narządu płciowego tylko w sytuacjach stosunku oralnego w formie *fellatio*. Z uwagi na brak fizycznego podobieństwa z żeńskimi narządami płciowymi nie można uznać za ich surogaty uszu, nosa czy oczu<sup>37</sup>.

Zaletą proponowanej definicji obcowania płciowego wydaje się być fakt, że przyjęcie jako głównego kryterium jej określenia penetracyjnego charakteru czynności seksualnej, przy jednoczesnym stawianiu wymogu, że chodzi tu o penetracyjne zaangażowanie ciała ofiary, pozwala uniknąć nieintuicyjnych wyników jakie w nietypowych sytuacjach dają wyżej przedstawione propozycje interpretacyjne sformułowane przez J. Warylewskiego i M. Rodzyńkiewicza. Przykładowo w świetle poglądów tych autorów za obcowanie płciowe trzeba uznać sytuacje, gdy dochodzi do doprowadzenia ofiary do penetracji waginy lub odbytu znajdującego w tym satysfakcję seksualną sprawcy za pomocą innych niż męskie narządy płciowe części ciała ofiary (np. palców czy ręki). Takie konsekwencje eliminuje postawienie wymagania, że obcowanie płciowe musi polegać na naruszeniu integralności cielesnej ofiary przez wykazanie, że nastąpiło penetracyjne zaangażowanie jej narządów płciowych (żeńskich lub męskich) albo tych części jej ciała, które mogą stanowić

---

<sup>36</sup> Zob. wyrok SA w Katowicach z 15 XI 2006 r., II AKa 328/2006, „Krakowskie Zeszyty Sądowe” 2007, z. 5, poz. 64 oraz uzasadnienie wyroku SN z 26 X 2001 r., WA 25/2001, OSNKW 2002, nr 1/2, poz. 6, odmiennie w uzasadnieniu wyroku SA we Wrocławiu z 11 IV 2007 r., II AKa 89/07, LEX nr 301467.

<sup>37</sup> Tak zdaje się przyjmować J. W a r y l e w s k i, w: M. F l e m i n g [i in.], *op. cit.*, s. 827.

surogat żeńskich narządów płciowych. Nie można mówić również o możliwości penetracyjnego oddziaływania na ciało ofiary wówczas, gdy zaangażowane zostaną inne niż odbyt lub otwór gębowy części ciała pokrzywdzonego, które poprzez zetknięcie się z męskimi narządami płciowymi sprawcy umożliwiają kontakt płciowy. Chodzi tu w szczególności o stosunek dopachowy (*coitus in aksila*), stosunek międzyudowy (*coitus femoralis*), *cinepimastrie* i przypadki zmuszania ofiary do onanizowania innej osoby. Zachowania te będą inną niż obcowanie płciowe czynnością seksualną.

Przyjęcie tezy, że w znamieniu obcowanie płciowe mieści się również penetracyjny kontakt żeńskich narządów płciowych lub ich surogatów z przedmiotami martwymi, skłania do wniosku, że w szerokim zakresie znaczeniowym zwrotu „doprowadza do obcowania płciowego”, świadczącym o niewłaściwym charakterze przestępstwa zgwałcenia, mieszczą się też przypadki, gdy sprawca przemocą lub groźbą użycia przemocy (w wypadku podstępu wydaje się to niemożliwe) przymusza ofiarę do tego, aby sama użyła przedmiotów martwych do penetracji waginalnej lub analnej. Doprowadzać do obcowania płciowego może więc, po pierwsze, osoba dokonująca stosunku penetracyjnego przedmiotami martwymi, po drugie osoba, która umożliwia osobie trzeciej dokonanie takiej penetracji, jak i — po trzecie — osoba, która przymusza ofiarę do użycia przedmiotu martwego do penetracji swojego własnego ciała.

Przechodząc do omówienia zakresu desygnatów znamienia „inna czynność seksualna” wskazać trzeba, że pojęcie to powinno być definiowane z jednej strony negatywnie, przez wskazanie, że nie mieszczą się w jej ramach zachowania stanowiące obcowanie płciowe, z drugiej — pozytywnie przez wskazanie, że są to czynności związane ze sferą kontaktów płciowych człowieka. Sąd Najwyższy wskazał, że „inna czynność seksualna, to takie zachowanie niemieszczące się w pojęciu obcowania płciowego, które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary”<sup>38</sup>. Tak szerokie rozumienie tego znamienia rodzi poważne problemy w rozróżnieniu tych form zachowań mających kontekst seksualny, które będą mieściły się w zbiorczym pojęciu „czynności seksualnych”, mogących stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za przestępstwa seksualne, od tych form zachowań o charakterze seksualnym, które albo w ogóle pozostają poza

<sup>38</sup> Uchwała SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7/8, poz. 37 z glosą J. Warylewskiego, OSP 1999, nr 12, s. 633.



sferą karalności, albo mogą stanowić podstawę odpowiedzialności karnej za inne przestępstwa niż opisane w rozdz. XXV k.k. W doktrynie zasadnie postuluje się wąską wykładnię omawianego znamienia, wskazując, że nie powinny nimi być objęte wszystkie formy tzw. molestacji seksualnej<sup>39</sup>, co przemawia, zwłaszcza patrząc na zagrożenie karą przewidziane w art. 197 § 2 k.k., za wyłączeniem z zakresu tego pojęcia tych przypadków zachowań mających podtekst seksualny, które nie łączą się jednak z dostatecznie daleko idącym naruszeniem sfery wolności seksualnej człowieka. O ile w wypadku „obcowania płciowego” wyznacznikiem ciężaru naruszenia tej sfery życia uznać można penetracyjny charakter podjętego kontaktu seksualnego, o tyle w wypadku „innej czynności seksualnej” zasadne wydaje się przyjęcie, że będzie takim kryterium zaangażowanie intymnych sfer ciała sprawcy lub ofiary w czynność seksualną.

„Inna czynność seksualna”, to czynność seksualna nie będąca obcowaniem płciowym, łącząca się z cielesnym zaangażowaniem intymnych sfer ciała sprawcy lub ofiary poprzez kontakt fizyczny pomiędzy uczestnikami takiej czynności lub przynajmniej na cielesnym zaangażowaniu intymnych sfer ciała sprawcy lub ofiary, który nie łączy się z fizycznym kontaktem pomiędzy nimi, o ile w określonym kontekście kulturowym będą miały charakter seksualny, a więc będą mogły zostać uznane za formę zaspokojenia lub stymulowania naturalnego u człowieka popędu płciowego. Za sfery intymne ludzkiego ciała, których fizyczne zaangażowanie w czasie czynności seksualnej jest niezbędne do przyjęcia, że mamy do czynienia z „inną czynnością seksualną”, należy uznać sfery waginalne, sfery genitalne, sfery analne lub kobiece piersi. Te części ludzkiego ciała są powszechnie uważane za stymulatory seksualne, chociażby fizjologicznie nie były przeznaczone do kontaktów seksualnych. Zwłaszcza w przypadku wykładni omawianego znamienia nie jest możliwa właściwa ocena poszczególnych sytuacji faktycznych bez odwołania się do określonego kontekstu kulturowego danego zachowania<sup>40</sup>.

Znamię „inna czynność seksualna” użyte zostało w ramach rozdz. XXV k.k. wraz z dwoma znamionami czasownikowymi. Poddanie się innej czynności seksualnej obejmuje wszystkie sytuacje doprowadzenia do znoszenia przez ofiarę zachowania sprawcy, polegającego na wejściu w kontakt seksualny z intymnymi sferami ciała ofiary, który to kontakt nie jest jednak

<sup>39</sup> Zob. M. R o d z y n k i e w i c z, w: G. B o g d a n, *op. cit.*, s. 601.

<sup>40</sup> Zob. *ibidem* oraz uchwałę SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7/8, poz. 37.

połączony z ich penetracją. Wykonanie innej czynności seksualnej zakłada zmuszenie ofiary to określonej aktywności seksualnej w obrębie sfer intymnych, której przedmiotem może być ciało sprawcy albo też ciało samej ofiary. Do przyjęcia, że mamy do czynienia z wykonaniem innej czynności seksualnej, nie jest konieczne, by doszło do bezpośredniego kontaktu fizycznego między ciałem sprawcy i ofiary. Wystarczające jest cielesne i mające charakter seksualny zaangażowanie ofiary, np. przez zmuszenie jej do dotykania się w okolicach sfer intymnych. „Mając na uwadze zespół znamion przestępstw określonych w art. 197 § 2 oraz w art. 198, 199 i 200 § 1 k.k. nie wystarczy zatem doprowadzenie ofiary do niejako »biernego« uczestnictwa w wydarzeniach o niewątpliwie seksualnym charakterze, jeśli nie jest ona jednak cielesnie zaangażowana w tych wydarzeniach (np. obnażanie się lub onanizowanie się sprawcy na oczach innej osoby, podejmowanie przez sprawcę na oczach tej osoby obcowania płciowego, choćby obecność osoby trzeciej stanowiła dla sprawcy stymulator zachowań seksualnych). Tym bardziej za »inną czynność seksualną« nie może być uznany nieprzyzwoity gest lub słowo (tzw. molestacja gestykularna lub werbalna). Należy jednak pamiętać, iż w takich sytuacjach mogą być niekiedy wypełnione ustawowe znamiona innego czynu zabronionego (np. określonego w art. 191 k.k.)”<sup>41</sup>. Zauważyć należy, że na gruncie art. 200 § 2 k.k., gdzie użyto znamienia „czynność seksualna” nie zostało ono wykorzystane w kontekście wyżej wskazanych znamion czynnościowych. Zatem „prezentowanie małoletniemu poniżej lat 15 wykonania czynności seksualnych” może polegać także na prezentowaniu wykonywania czynności seksualnej podejmowanej przez sprawcę (np. onanizowanie się sprawcy w czasie aktu ekshibicjonistycznego).

Nie jest w zasadzie możliwe enumeratywne wyliczenie „innych czynności seksualnych”. Inną czynnością seksualną, nie stanowiącą obcowania płciowego, są w szczególności stosunki oralne w formie *cunnilingus*, stosunek dopachowy (*coitus in aksila*), stosunek międzyudowy (*coitus femoralis*), *cinemaplastria*, onanizowanie ofiary przez inną osobę, zmuszanie ofiary do onanizowania innej osoby czy onanizowania się przez ofiarę, niepenetracyjny kontakt z narządami płciowymi lub odbytem ofiary, dotykanie piersi ofiary oraz wykonywanie wszelkich podobnych manipulacji w obrębie sfer intymnych np. przez dotykanie ich przedmiotami martwymi. Nie spełniają natomiast przyjętego kryterium cielesnego zaangażowania sfer intymnych ofiary lub sprawcy w czynność seksualną takie zachowania, jak np. wymuszenie pocałunku, uszczyplenie w pośladek, złapanie za kolano czy

<sup>41</sup> Uchwała SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7/8.

wszelkie formy werbalnej lub gestykularnej molestacji. Takie zachowania, choć niewątpliwie mogą mieć charakter seksualny, i stanowią formy molestacji seksualnej prowadzą do odpowiedzialności karnej przede wszystkim za naruszenie nietykalności cielesnej (art. 217 k.k.) lub znieważenie (art. 216 k.k.)<sup>42</sup>. Problemy w ocenie mogą natomiast rodzić takie zachowania, jak dotykane sfer erogennych przez ubranie albo przypadki parafilii seksualnej w postaci ocieractwa (*frotteuryzm*), które niewątpliwie mają w ocenie społecznej charakter czynności o charakterze seksualnym, ale z uwagi na ich treść z jednej strony stanowią atak na wolność seksualną, z drugiej jednak strony trudne do przyjęcia byłoby zrównanie ich z wyżej wskazanymi typowymi przykładami „innych czynności seksualnych”. W tych wypadkach zasadne może być odwołanie się do klauzuli znikomej społecznej szkodliwości takich zachowań w zależności od konkretnych okoliczności faktycznych, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że można zaliczyć je do desygnatów terminu „inna czynność seksualna”.

Poczynione rozważania jednoznacznie wskazują na to, że zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie sądowym daleko jest do precyzyjnego ustalenia zakresu znaczeniowego znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna”. Kierunki wykładni zaproponowane w nauce prawa karnego wbrew pozorom znacznie się od siebie różnią. Oczywiście dają one jednakowe wyniki dla większości typowych przypadków realizacji omawianych znamion, natomiast istnieją poważne rozbieżności w ocenie tych form kontaktów seksualnych, które spotykane są rzadko w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Zaproponowane powyżej definicje projektujące znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” zostały oparte w znacznej mierze na wnioskach wypływających z orzecznictwa sądowego, które dość jednoznacznie idzie w kierunku oddzielenia od siebie zakresu desygnatów komentowanych znamion w oparciu o kryterium fizjologiczne. Natomiast zawężająca wykładnia znamienia „inna czynność seksualna” pozwala, jak się wydaje, ująć inne niż obcowanie płciowe formy czynności seksualnych w rozsądne granice, odpowiadające abstrakcyjnie określönemu stopniowi społecznej szkodliwości zachowań kwalifikowanych jako zgwałcenie z art. 197 § 2 k.k.

---

<sup>42</sup> Uchwała SN z 19 V 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7/8. Dla przykładu uważa się, że pocałunek drugiej osoby bez jej zgody stanowi realizację znamion art. 217 k.k. Zob. J. R a g l e w s k i, w: G. B o g d a n, *op. cit.*, s. 845.

