

Aleksandra Malinowska-Bizon¹

Odpowiedzialność sprawców wykorzystywania seksualnego małych dzieci poniżej lat 15 w kontekście znamion przestępstwa z artykułu 197 Kodeksu karnego

The Liability of Perpetrators of Sexual Abuse of Minors Under the Age of 15 in the Context of the Elements of the Prohibited Act Stated in Article 197 of The Polish Criminal Code

1. Wstęp

W ostatnich latach pojawiło się wiele publikacji na temat przemocy seksualnej wobec dzieci. Obejmowały one wiele dziedzin: psychologię², psychiatrię³, socjologię⁴, medycynę sądową⁵, wiktymologię⁶, jak również prawo⁷. Wykorzystywanie seksualne dzieci jest uznawane za powszechny i poważny problem, dotyczący dzieci bez względu na wiek, płeć, klasę społeczno-ekonomiczną czy lokalizację geograficzną. Dzieci od wieku niemowlęcego do późnych lat nastoletnich stają się ofiarami wykorzystywania seksualnego, zaś wiek dziecka w chwili zgłoszenia pierwszego incydentu wykorzystania seksualnego to najczęściej 8–11 lat⁸.

Od drugiej połowy XX wieku fala ujawnionych przypadków przemocy seksualnej ogarnęła wiele krajów wysoko rozwiniętych. Dotknęła

¹ Aleksandra Malinowska-Bizon – prokurator Prokuratury Rejonowej w Kartuzach / the prosecutor in the District Prosecutor's Office in Kartuzy; ✉ a.malinowskabizon.070@studms.ug.edu.pl

² M. Czub, *Zrozumieć...*

³ K. Eicchstaedt, P. Gałęcki, A. Depko, *Metodyka...*

⁴ J. Zmarzlik, *Gdy sprawcą...*, s. 9–49.

⁵ K. Jabłońska, *Przemoc...*, s. 76–92.

⁶ M. Szymańska-Pytlńska, A. Chodecka, *Zagrożenia...*, s. 72–93.

⁷ M. Dąbrowska, *Grooming...*

⁸ C. Kemp, *Sexual...*, s. 382.

ona zwłaszcza dzieci i młodzież, co jest zjawiskiem szczególnie niepokojącym. Dotąd jednak trwają spory między specjalistami, czy mamy obecnie do czynienia z rzeczywiście rosnącą falą przemocy seksualnej, czy też z większą liczbą ujawnianych zachowań, które były dotychczas ukrywane z różnych przyczyn. Prawnicy – praktycy skłonni są raczej poprzeć tę drugą tezę, albowiem w krajach wysoko rozwiniętych udoskonala się system ochrony dzieci krzywdzonych⁹ i często do ujawniania tego typu czynów dochodzi przez instytucje społeczne niosące pomoc rodzinom niewydolnym wychowawczo i z problemami uzależnień, jak również przez ośrodki zdrowia i instytucje opiekuńczo-wychowawcze (rodziny zastępcze, przedszkola) czy instytucje edukacyjne¹⁰.

Obecnie w większości społeczeństw stosunki seksualne z małoletnimi nie są akceptowane społecznie, a prawo karne poszczególnych państw przewiduje surowe sankcje karne dla osób dorosłych, które je podejmują¹¹.

Wykorzystywanie seksualne dzieci może mieć różną postać¹². Może polegać na rozmowach o treści seksualnej, obnażaniu się przed dzieckiem, poleceniu obnażania się dziecku. Wykorzystywanie seksualne może także przyjąć formę kontaktu z intymnymi częściami ciała dziecka – ich dotykaniu, całowaniu, ocieraniu się sprawcy o ciało dziecka, pobudzaniu ręcznym narządów płciowych dziecka oraz zmuszaniu dziecka do pobudzania narządów płciowych sprawcy. Kolejną postacią są kontakty oralno-genitalne, obejmujące lizanie, całowanie, odbywanie stosunków oralnych, *fellatio*, *cunnilingus*. Wykorzystywanie dziecka może odbywać się również poprzez stosunki udowe. Bardziej drastyczną formą molestowania jest dokonywanie penetracji seksualnej palcem, narzędziem, organem płciowym (genitalnie lub analnie). Podaje się w literaturze, że do penetracji członkiem dochodzi w jednej sytuacji na 10¹³.

Większość ofiar wykorzystania seksualnego stanowią dziewczynki¹⁴. Najczęściej ofiarami wykorzystania seksualnego padają dzieci w wieku

⁹ M. Sajkowska, *Dziecko...*

¹⁰ M. Uławska, *Czynniki...*, s. 1–11, ale również A.M. Flam, E. Haugstvedt, *Sygnaly...*, s. 94–120.

¹¹ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 52–60.

¹² M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne...*, s. 50.

¹³ D.L. Rosenhan, M.E.P. Seligman, *Psychopatologia...*, s. 34.

¹⁴ D. Glaser, S. Frosh, *Dziecko...*, s. 27.

11–14 lat¹⁵. Dla dziewcząt wiekiem największego ryzyka jest okres pomiędzy 10. a 15. rokiem życia, zaś dla chłopców rozpiętość jest większa i wynosi 3–12 lat¹⁶.

2. Uregulowania prawne zgwałcenia małoletniego w aktach prawa europejskiego

Państwa europejskie, dostrzegając problem wykorzystywania seksualnego dzieci, w dniu 25 października 2007 r. w Lanzarote przyjęły Konwencję Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych¹⁷. Jak wynika z preambuły tejże konwencji, państwa członkowskie Rady Europy podjęły kroki w celu uregulowania praw dzieci wykorzystywanych seksualnie i niegodziwie traktowanych w celach seksualnych, albowiem zjawisko to przybrało niepokojące rozmiary tak na szczeblu krajowym, jak i międzynarodowym (z uwagi na technologię informacyjną i telekomunikacyjną). Czyny te – jak zaznaczono – mają destrukcyjny wpływ na zdrowie dziecka i jego rozwój psychofizyczny, a zapobieganie i zwalczanie takiego seksualnego wykorzystywania dzieci i niegodziwego traktowania dzieci w celach seksualnych wymaga współpracy na szczeblu międzynarodowym.

Artykuł 18 Konwencji zatytułowany „Wykorzystywanie seksualne” definiuje w sposób bardzo ogólny przedmiot ochrony Konwencji. Z ustępu 1 wynika, że każda ze stron przyjmuje konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia karalności zachowania umyślnego polegającego na:

- 1) uczestnictwie w czynnościach seksualnych z udziałem dziecka, które zgodnie z prawem krajowym nie osiągnęło wieku umożliwiającego wyrażenie zgody na podejmowanie czynności seksualnych,
- 2) uczestnictwie w czynnościach seksualnych z udziałem dziecka w przypadku:
 - a) zastosowania przymusu, siły, groźby lub

¹⁵ K. Marzec-Holka, *Przemoc...*, s. 123.

¹⁶ I. Pospieszyl, *Razem...*, s. 37.

¹⁷ Konwencja Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych, sporządzona w Lanzarote dnia 25 października 2007 r., Dz.U. 2015, poz. 608, dalej: Konwencja.

- b) nadużycia zaufania, władzy, wpływu na dziecko, w tym w ramach rodziny lub
- c) nadużycia szczególnej sytuacji ofiary, zwłaszcza jej ułomności fizycznej lub psychicznej, lub zależności.

Zatem, jak wynika z art. 18 Konwencji, rozróżnia ona w sposób jednoznaczny uczestnictwo dziecka w wieku chronionym prawem krajowym w czynnościach seksualnych bez stosowania wobec niego szczególnego przymusu psychicznego lub fizycznego (punkt 1) oraz w przypadkach, gdy istnieją okoliczności świadczące o wywieraniu wpływu na dziecko poprzez szczególnego rodzaju przymus – przemoc fizyczną lub psychiczną (punkt 2).

W tym miejscu należy również zaznaczyć, że art. 18 ust. 2 Konwencji wskazuje, że każda strona Konwencji ustala górną granicę wieku dziecka, poniżej której istnieje zakaz uczestnictwa w czynnościach z jego udziałem, zaś – co istotne – ust. 3 jednoznacznie stwierdza, że celem konwencji nie jest regulowanie czynności seksualnych pomiędzy osobami nieletnimi, podejmowanych za ich obopólną zgodą.

Konwencja z Lanzarote została przez Polskę ratyfikowana ustawą z dnia 26 września 2014 r. i weszła w życie w dniu 1 czerwca 2015 r.

3. Ochrona małoletniego przed zgwałceniem w polskim prawie karnym

W polskim prawie karnym kwestie ochrony wolności seksualnej przed bezprawnymi działaniami osób trzecich reguluje ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny¹⁸. W rozdziale XXV Kodeksu karnego zatytułowanym „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności” zawarto obecnie dziesięć artykułów, których zadaniem jest również ochrona wolności i seksualności dziecka. Przepisy te od dnia uchwalenia Kodeksu karnego, tj. od dnia 6 czerwca 1997 r. i jego wejścia w życie w dniu 1 września 1998 r., były kilkakrotnie nowelizowane. Można zaryzykować stwierdzenie, że podlegały najczęstszym nowelizacjom w porównaniu do innych rozdziałów Kodeksu karnego, sprowadzającym się głównie do tworzenia coraz to nowych typów czynów zabronionych, co niewątpliwie wynikało z dynamicznie zmieniającej się sytuacji

¹⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 1600, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

społecznej kraju, reakcji ustawodawcy na nagłośnione przez media brutalne przestępstwa seksualne, których ofiarami były małe dzieci, napływu nowych technologii, przyjęciem przez Polskę wspomnianej konwencji, jak również wszechobecnej pornografii.

W nowelizacji z dnia 5 listopada 2009 r. ustawodawca zaproponował nowe brzmienie art. 197 § 3 Kodeksu karnego, zgodnie z którym: „Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia 1) zgodnie z inną osobą 2) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3”.

Ustawodawca zdecydował tym samym, że zachowania, które można określić mianem zgwałcenia pedofilskiego czy zgwałcenia kazirodczego, zostały uznane za zbrodnię, tj. kwalifikowany typ zgwałcenia¹⁹.

W uzasadnieniu rządowego projektu nowelizacji Kodeksu karnego podkreślano, że celem owych zmian jest zaostrenie odpowiedzialności karnej sprawców przestępstw seksualnych, których ofiarami są małoletni poniżej 15. roku życia oraz krąg osób najbliższych sprawcy – analogiczny do tego, który wskazano w art. 201 k.k., penalizującym kazirodztwo. Zauważono potrzebę podjęcia zdecydowanych działań wobec sprawców wskazanych przestępstw seksualnych w związku z obserwowanym nasileniem się przestępczości dotyczącej tej sfery życia człowieka, tym też uzasadniając nieuwzględnienie zastrzeżeń sądów i prokuratur (zaprezentowanych w ramach przeprowadzonych konsultacji) co do podwyższenia dolnej granicy kary za tzw. zgwałcenie pedofilskie i zgwałcenie kazirodcze. „Konieczność dokonania zmian w tym zakresie wynika z potrzeby wzmocnienia prawnokarnej ochrony osób, których prawidłowy rozwój psychofizyczny może zostać zagrożony działaniami sprawców tego rodzaju przestępstw” i podkreśla się, że: „najpoważniejsze przestępstwa skierowane przeciwko wolności seksualnej, w tym przede wszystkim popełniane na szkodę małoletnich lub niepełnoletnich dzieci, powinny stanowić zbrodnię”²⁰. Ustawa nowelizująca dotychczasową treść art. 197 k.k. po półrocznym *vacatio legis* weszła w życie w dniu 8 czerwca 2010 r.

¹⁹ H. Myśliwiec, *Zgwałcenie...*, s. 75.

²⁰ *Projekt ustawy – o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy o Policji wraz z projektami aktów wykonawczych*, druk nr 1276, Sejm VI kadencji, s. 1.

W toku dalszych rozważań podjęta zostanie próba ustalenia, w jaki sposób ta nowelizacja wpłynęła – zgodnie zamierzeniem ustawodawcy – na zwiększenie prawnokarnej ochrony małoletniego przed jego seksualnym wykorzystaniem oraz czy dotychczasowe (wcześniejsze, jak i obecne) rozwiązania prawne są rzeczywiście skuteczne w ściganiu sprawców zgwałceń małoletnich.

4. Wolność a autonomia seksualna

Zgodnie z treścią artykułu 197 § 1 i 2 Kodeksu karnego zgwałceniem jest każde obcowanie płciowe lub doprowadzenie innej osoby do poddania się innej czynności seksualnej poprzez przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp. Zatem na gruncie Kodeksu karnego cechą charakterystyczną zgwałcenia nie jest sam fakt doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego lub poddania się innej czynności seksualnej wbrew jej woli, ale jest nią przede wszystkim używanie wobec niej przez sprawcę szczególnie nagannych środków w postaci: przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu²¹. Zaistnienie jednej z tych trzech okoliczności jest warunkiem *sine qua non* zaistnienia przestępstwa zgwałcenia. Nie może być mowy o zgwałceniu, jeśli sprawca nie używa tego typu środków, ale innych.

Nie uszczegóławiając w tym miejscu rozważań na temat rozumienia w doktrynie wszystkich pojęć wypełniających znamiona zgwałcenia (ten temat od lat jest przedmiotem setek monografii, komentarzy, głos oraz orzecznictwa Sądu Najwyższego²²), należy jednakże wskazać wyraźny rozdźwięk pomiędzy ochroną dziecka – szczególnie małego dziecka w wieku przedszkolnym i wczesnoszkolnym na gruncie art. 200 § 1 k.k. i art. 197 § 3 pkt 2 k.k.

W art. 200 k.k. ustawodawca przyjął 15 lat jako granicę wieku zgody. Poniżej tego wieku kontakty seksualne z dzieckiem są karane. Również wiek poniżej 15 lat jest przesłanką bycia ofiarą zgwałcenia z art. 197

²¹ V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k.

²² Zob.: wyrok Sądu Apelacyjnego w Lublinie z dnia 24 sierpnia 2011 r., II Aka 142/2011; uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1999 r., i KZP 17/99; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 kwietnia 2005 r., III KK 187/2004; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 2 czerwca 2012 r., II Aka 142/2011; M. Filar, w: *Kodeks...*, s. 959; J. Warylewski, *System...*, s. 634; M. Mozgawa, *Kodeks...*, Warszawa 2019, s. 458; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 20 czerwca 1989 r., WR 214/89; W. Wolter, *Funkcja...*, s. 8.

§ 3 pkt 2 k.k. Polski ustawodawca sięgnął tym samym do tradycji Kodeksu karnego z 1932 r.²³, w którym obcowanie płciowe z osobą poniżej 15. roku życia zostało stypizowane razem z takim samym czynem zwróconym przeciwko osobie zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności do czynności rozpoznania znaczenia czynu i pokierowania swoim postępowaniem. W efekcie obowiązuje założenie, że osoba małoletnia poniżej lat 15, podobnie jak osoba niepoczytalna, jest pozbawiona zdolności wyrażenia prawnie skutecznej zgody na współżycie oraz inne formy aktywności seksualnej²⁴. Na gruncie art. 200 § 1 k.k. zakłada się więc, że do czynów tych dochodzi zawsze wbrew woli dziecka i jednocześnie nie jest wymagane ustalenie stopnia rozpoznania znaczenia czynu przez dziecko²⁵. Tym samym przyjmuje się założenie, że osoba małoletnia jest pozbawiona możliwości autodeterminacji w sferze zachowań i przyzwolenia seksualnego. I o ile brak zgody ofiary nie należy do znamion typów zabronionych opisanych w art. 200 k.k. i przestępstwo to zaistnieje bez względu na fakt, czy pokrzywdzony małoletni wyrażał zgodę na działanie sprawcy, czy też nie, o tyle art. 197 k.k. w żadnym przypadku nie przewiduje automatycznego zwolnienia organu kwalifikującego czyn (prokuratury, sądu) z założenia, że osoba zgwałcona nie ma woli i do zgwałcenia dochodzi z samej mocy prawa, gdy zgwałcenie dotyczy osoby poniżej lat 15. W przypadku tego przepisu istnieje wymóg udowodnienia, że czyn jest wynikiem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny. Reasumując – byt przestępstwa z art. 197 k.k. polega na udowodnieniu, że działanie odbyło się wbrew woli osoby pokrzywdzonej (dziecka), przy przełamaniu jego sprzeciwu, podczas gdy ustawodawca z założenia dziecku autonomii seksualnej nie przydaje, tymczasem istotą przestępstwa z art. 200 § 1 k.k. jest sam fakt, że do obcowania dochodzi²⁶.

Ustawowa granica wieku zgody oznacza uznanie, że obcowanie płciowe z osobą małoletnią poniżej lat 15 stanowi przestępstwo²⁷. Jak wskazuje M. Płatek: „nie jest istotne, czy dana osoba na takie zachowanie zezwala, czy nawet je inspiruje, ponieważ *de iure* zakłada się, że nie jest ona w stanie wyrazić ważnej prawnie decyzji w przedmiocie

²³ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. 1932, nr 60, poz. 571 ze zm., dalej: Kodeks karny z 1932 r., k.k. z 1932 r.

²⁴ J. Warylewski, w: *Kodeks...*, s. 917.

²⁵ M. Płatek, *Pozorna...*, s. 10.

²⁶ Zob. M. Płatek, *Pozorna...*, s. 12.

²⁷ M. Filar, *Seksualne...*, s. 35–54.

przyzwolenia na tę czynność”. Przed nowelizacją z 2009 r. zagrożenie karą podstawowej formy przestępstwa zgwałcenia z art. 197 § 1 k.k. i seksualnego wykorzystania małoletniego z art. 200 § 1 k.k. było takie samo i wynosiło od 2 do 12 lat. W obu wypadkach był to występpek, a przewidziana ochrona była jednakowa. Pozwalało to na oddzielenie zgwałcenia wymagającego przełamania woli od zgwałcenia, które następuje przy ustawowym założeniu, że dochodzi do niego bez względu na stan woli. Kolejne nowelizacje zmieniły progi zagrożenia przestępstwa z art. 197 k.k., nie ingerując w wymiar kary przewidziany w art. 200 k.k.²⁸

Z punktu widzenia organów ścigania oraz wymiaru sprawiedliwości należy wskazać, że *in praxi* udowodnienie winy przy zaistnieniu czynu z art. 197 k.k. nie może ograniczyć się do stwierdzenia faktu, że doszło do obcowania płciowego, jako że istotą obcowania płciowego z art. 197 k.k. jest złamanie woli przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem. Skoro natomiast poczyniono założenie, że osoba poniżej lat 15 nie ma możliwości woli takiej wyrazić, wówczas jej brak nie może przemawiać na korzyść lub na niekorzyść oskarżonego. Jest to konsekwencja braku w ustawodawstwie i doktrynie polskiej pojęcia ochrony autonomii seksualnej, chroniona jest jedynie wolność²⁹.

Zgwałcenie jest traktowane jako przestępstwo seksualne wymierzone w obyczajowość i wolność seksualną, zaś pojęcie **autonomii** wymaga jednoczesnego spełnienia: wewnętrznej możliwości, by dokonywać dojrzałych, racjonalnych wyborów, zewnętrznej wolności od nacisków i ograniczeń; fizycznej nietykalności osoby. Autonomia seksualna wyraża się w nieprzymuszonej zgodzie na zbliżenie i polega także na świadomej jego inicjacji. Oznacza prawo odmowy, ale i zgody na zbliżenie; innymi słowy, obejmuje nie tylko pełnoprawne „nie”, ale i świadome, wolne od przymusu „tak”³⁰.

I w tym miejscu warto wrócić do ustawodawstwa międzynarodowego, a konkretnie definicji zgwałcenia wskazanej w art. 36 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (CETS 210) ratyfikowanej przez Polskę w 2015 r.³¹

²⁸ Zob. M. Płatek, *Pozorna...*, s. 14.

²⁹ M. Płatek, *Pozorna...*, s. 15.

³⁰ Zob. M. Płatek, *Pozorna...*, s. 15.

³¹ Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej sporządzona w Stambule 11 maja 2011 r., w Polsce weszła w życie dnia 1 sierpnia 2015 r., Dz.U. 2015, poz. 961, dalej: Konwencja stambulska.

Zgodnie z art. 36 ust. 1a strony przyjmują konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia, by za określone umyślne czynności groziła odpowiedzialność karna. Te czynności to – zgodnie z zapisem konwencji stambulskiej– penetracja waginalna, analna lub oralna o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakkolwiek częścią ciała lub przedmiotem **bez jej zgody**; inne czynności o charakterze seksualnym wobec innej osoby, **bez jej zgody** oraz doprowadzenie innej osoby, **bez jej zgody**, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią.

Kluczowym zatem sformułowaniem zwartym w wyżej wskazanej regulacji jest wyrażenie dotyczące kwestii zgody³². Penalizacja ma bowiem obejmować zachowania podjęte „bez zgody” osoby. Co istotne, w art. 36 ust. 2 konwencji stambulska podkreśla, że zgoda *expresis verbis* wskazana w ust. 1 musi być udzielona dobrowolnie, jako wyraz wolnej woli. Zgodnie z raportem wyjaśniającym do powyższego aktu prawnego postępowanie karne w sprawach dotyczących przemocy seksualnej, w tym w sprawach o przestępstwo zgwałcenia, musi obejmować ustalenie, czy ofiara wyraziła zgodę na dany akt. Państwa, określając znamiona przestępstw o charakterze seksualnym, powinny brać pod uwagę orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, w szczególności wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie MC przeciwko Bułgarii. W wyroku tym Trybunał orzekł, że Bułgaria naruszyła art. 3 (zakaz tortur oraz nieludzkiego lub poniżającego traktowania albo karanía) oraz art. 8 (prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego) europejskiej Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³³. Zgodnie ze stanem faktycznym sprawcy przemocy seksualnej nie zostali ukarani za swój czyn, bowiem prokurator uznał, że skoro nie doszło do użycia przemocy lub stosowania gróźb przez sprawców wobec ofiary, a ofiara nie wyrażała sprzeciwu w sposób oczywisty dla sprawców, to zachowanie sprawców nie stanowiło przestępstwa zgwałcenia. W toku postępowania przed Trybunałem wykazano, że część ofiar gwałcenia zachowuje bierność i nie wyraża sprzeciwu,

³² S. Spurek, *Ofiary...*

³³ Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności została otwarta do podpisu dla państw członkowskich Rady Europy w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. weszła w życie dnia 3 września 1953 r., Polska ratyfikowała Konwencję dnia 19 stycznia 1993 r., Dz.U. 1993, nr 36, poz. 175, 178, dalej: EKPC.

choć stosunek nie był dobrowolny. Trybunał uznał w tej sytuacji, że bułgarski system prawny nie zapewnił skutecznej ochrony, ponieważ ścigane i karane mogą być jedynie zgwałcenia, gdy ofiara stawia czynny opór sprawcy. Zdaniem Trybunału pozytywny obowiązek państw wynikający z art. 3 i 8 EKPC wymaga penalizacji i skutecznego ścigania każdego nieakceptowanego, niedobrowolnego aktu seksualnego, nawet jeśli ofiara nie stawia oporu fizycznego³⁴.

Tym samym należy uznać, że standardy Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej opierają się na teorii autonomii seksualnej, która to teoria wymaga świadomego i nieskrępowanego przyzwolenia na zbliżenie, wyrażonego w warunkach wolnych od przymusu, strachu i dezorientacji³⁵.

Takie stanowisko, wyrażone w Konwencji stambulskiej, jak i w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, stoi w sprzeczności z polskim pojęciem zgwałcenia opisanym w art. 197 Kodeksu karnego, w orzecznictwie i doktrynie, gdzie kładzie się nacisk na wolność seksualną, tj. wolność wyrażenia sprzeciwu wobec niechcianych aktów seksualnych, a nie na teorii autonomii seksualnej. Wolność seksualna obejmuje swoim zakresem odmowę, a nie ma w niej miejsca na przyzwolenie. W przypadku, gdy odmowy nie było lub gdy była ona zbyt mało dla sprawcy wyraźna lub oczywista, sprawca nie odpowiada za swój czyn, chociaż nie było ze strony ofiary wyraźnego przyzwolenia³⁶.

5. Praktyka postępowań przygotowawczych w sprawach wykorzystywania seksualnego dzieci

Przenosząc powyższe rozważania na grunt kwalifikacji prawnej przemocy seksualnej wobec dziecka, w szczególności dziecka małego, ustawodawca, co za tym idzie także orzecznictwo i doktryna, tradycyjnie i konsekwentnie od wejścia w życie Kodeksu karnego z 1932 r. stoją na jednoznacznym stanowisku, że aby przypisać sprawcy czyn z art. 197 § 3 pkt 2 k.k., koniecznym jest, by małoletnia ofiara stawiała opór, tj. zamknięty, zewnętrzny sprzeciw wobec czynności seksualnej sprawcy.

³⁴ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie *Mc v BULGARIA*, skarga nr 39272/98.

³⁵ M. Płatek, *Dość milczenia...*, s. 29.

³⁶ M. Płatek, *Współczesne...*, s. 302.

W konsekwencji organy ścigania, a następnie sąd winny zebrać materiał dowodowy powalający na ustalenie, czy do takiego oporu ze strony ofiary dochodziło, a jeśli tak, to w jakiej formie. Podobnie materiał dowodowy musi zostać gromadzony na ewentualne zaistnienie znamienia groźby lub podstęp. Z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić.

Ujawnienie wykorzystywania seksualnego jest dla dzieci procesem trudnym. Hewitt twierdzi, że liczba udowodnionych przypadków wykorzystywania młodszych dzieci jest mniejsza niż w wypadku dzieci starszych, ponieważ odsetek potwierdzonych zarzutów odzwierciedla zdolność dzieci do udzielania informacji na temat takich faktów związanych z wykorzystywaniem jak częstość, z jaką powtarzały się incydenty wykorzystania czy też to, kiedy się one zaczęły³⁷.

Krzywdzenie seksualne dziecka rzadko jest pojedynczym, wyizolowanym aktem. Znacznie częściej jest to toczący się przez lata proces, który ma swój określony przebieg i dotyczy relacji seksualnych między dzieckiem a osobą starszą, spokrewnioną lub nienależącą do rodziny, ale bliską emocjonalnie. Taka relacja oparta jest na wykorzystywaniu przez dorosłego swojej przewagi wynikającej z wieku, autorytetu, wiedzy, doświadczenia, władzy nad dzieckiem³⁸ i nie występuje w próżni, a czynniki związane z sytuacją rodzinną dziecka – często patologiczną – zarówno zwiększają ryzyko jego wykorzystania, jak i wzmacniają jego negatywny wpływ³⁹. To wszystko, podobnie jak okres wykorzystywania, przekłada się na walory dziecka jako świadka w późniejszym czasie (jego opóźnienia rozwojowe, zaniedbania wychowawcze, w konsekwencji zubożone słownictwo, brak orientacji). W takiej sytuacji dziecko jako świadek będzie miało niewątpliwie problem z werbalizacją doświadczeń, ich opisaniem, zrozumieniem. Trudności dzieci w wieku przedszkolnym z ujawnianiem doświadczeń wykorzystywania wynikają nie tylko z ich ograniczeń językowych, ale są to też trudności związane z ujawnieniem zawstydzającego lub słabo rozumianego doświadczenia, któremu towarzyszyły groźby albo dezorientujące komunikaty, takie jak „to taka zabawa”⁴⁰. Sam fakt zaistnienia przemocy w rodzinie, w sposób ciągły i długotrwały skutkuje biernością postaw dzieci wobec zachowań opiekunów

³⁷ S.K. Hewitt, *Assessing...*

³⁸ M. Czub, *Zrozumieć...*, s. 189.

³⁹ W.N. Friedrich, *Korelaty...*, s. 9.

⁴⁰ S. Brilleslijper-Kater, W.N. Friedrich, D.L. Corwin, *Wiedza...*, s. 71.

bądź innych członków rodziny, co manifestuje się również biernością wobec przemocy seksualnej skierowanej przeciwko nim.

U dzieci krzywdzonych częściej występują problemy z językiem ekspresywnym⁴¹. Rodziny dzieci krzywdzonych są często dotknięte wieloma problemami. W takich rodzinach komunikacja jest zniekształcona, a treść komunikatów nieistotna. Interakcje werbalne pomiędzy małżonkami są bardzo ograniczone, a komunikacja werbalna z dziećmi ogranicza się do zakazów i tłumienia ich aktywności⁴². Według Lamers-Winkelman, Lamers i Brikeslijper-Kater⁴³ brak komunikacji w tych rodzinach, zwłaszcza niska wartość komunikacji werbalnej, musi wywierać istotny wpływ na zdolności dzieci z takich rodzin do ujawniania wszelkich doświadczeń – nie tylko ze względu na opóźnienie rozwoju mowy, ale także (przede wszystkim) z powodu (negatywnych) uczuć i emocji towarzyszących interakcjom werbalnym w ich rodzinach. Te dzieci nie przywykły do wyrażania swoich uczuć za pomocą słów, a wiele z nich nauczyło się, że nie powinny się odzywać niepytane⁴⁴.

Trudno jest oddzielić wpływ wykorzystywania seksualnego od oddziaływania czynników rodzinnych, w tym innych form krzywdzenia dzieci. Na przykład w grupie uczestników programu badawczego *Mother-Infant Project* – trwającego 27 lat badania podłużnego, które przeprowadzono na Uniwersytecie Minnesoty – żadne z dzieci wykorzystywanych seksualnie nie było ofiarą wyłącznie tej formy krzywdzenia⁴⁵. Mimo bardzo młodego wieku wszystkie badane dzieci doświadczyły co najmniej jednej, zwykle dwóch innych form krzywdzenia, na przykład przemocy fizycznej czy też przemocy i zaniedbania emocjonalnego. Przenosząc powyższe badania na grunt polski, należy zaryzykować stwierdzenie, że sam fakt doświadczania przez małoletnich w ich domach przemocy fizycznej i psychicznej jako aktów znęcania się nad nimi przez opiekunów prawnych wyczerpuje znamię przemocy w przypadku dochodzenia do aktów obcowania płciowego, jak i innych czynności seksualnych.

Diagnostyka wykorzystywania seksualnego opiera się w znacznej mierze na wywiadzie uzyskanym od dziecka. Osoba zbierająca wywiad

⁴¹ J. Eckenrode, M. Laird, J. Doris, *School...*, s. 53–62.

⁴² S. Minuchin, B. Montalvo, B.G. Guerney, B.L. Rosman, F. Schumer, *Families...*

⁴³ F. Lamers-Winkelman, J.M. Lamers, S.N. Brikeslijper-Kater, *The recollection...*

⁴⁴ Zob. F. Lamers-Winkelman, J.M. Lamers, S.N. Brikeslijper-Kater, *The recollection...*

⁴⁵ M.F. Erickson, B. Egeland, *A developmental...*, s. 156–168.

musi bardzo uważać, by zadawać pytania otwarte i nie sugerować dziecku odpowiedzi. Amerykańskie Stowarzyszenie Profesjonalistów ds. Wykorzystywania seksualnego Dzieci (American Professional Association on the Abuse of Children – APSAC) wydało dokładne wytyczne dotyczące właściwego sposobu przeprowadzania wywiadu w celu diagnozowania, czy dziecko było wykorzystywane seksualnie. Aby poradzić sobie z trudnościami związanymi z ograniczonymi umiejętnościami werbalnymi dzieci – ofiar wykorzystywania, zostały opracowane inne metody zbierania wywiadu, takie jak rysunki, wywiad przez zabawę, a także wykorzystywanie lalek anatomicznych. Użyteczność takich metod zależy jednak w dużej mierze od umiejętności i doświadczenia badającego⁴⁶. Nawet przy zastosowaniu tychże metod czasami jest wręcz niemożliwe uzyskanie dokładnego wywiadu od bardzo małego dziecka. Wtedy badający, a w konsekwencji również prokuratura i sąd, muszą oprzeć się na relacjach krewnych, policji, sąsiadów i innych dzieci.

Bezpośrednie ujawnienie przez dziecko doznawanej krzywdy często zdarza się, gdy dziecko znajduje się w sytuacji przerastającej dostępne mu sposoby radzenia sobie lub na skutek zmiany jego sytuacji życiowej (dojrzewanie, umieszczenie dziecka w rodzinie zastępczej, zagrożenie krzywdzenia innej bliskiej osoby np. siostry). Dziecko szuka wtedy osoby, którą mogłoby obdarzyć zaufaniem i podejmuje próbę ujawnienia swoich doświadczeń. Charakterystyczną sytuacją ujawnienia jest ta, gdy dziecko zostaje oddzielone od sprawcy, na przykład na skutek ingerencji sądu z powodu przemocy domowej lub nieprawidłowej opieki nad dzieckiem. Trafia wówczas do rodziny zastępczej i gdy poczuje się bezpiecznie, nabierze zaufania do swoich nowych opiekunów, zacznie się zwierzać z przykrych doświadczeń z przeszłości. Jest to typowe i zrozumiałe z punktu widzenia emocjonalności człowieka, iż dopiero w sytuacji, gdy sprawca nie zagraża już bezpośrednio bezpieczeństwu dziecka, ono decyduje się na ujawnienie tajemnicy⁴⁷.

Ujawnienie faktu molestowania jest dla dziecka niezwykle stresującym wydarzeniem. Z jednej strony musi ono pokonać lęk przed sprawcą (który często mu grozi, szantażuje, zmusza do zachowania tajemnicy), z drugiej – wstyd związany z przyznaniem się do uczestnictwa

⁴⁶ *Use of...*

⁴⁷ Zob. M. Czub, *Zrozumieć...*, s. 191.

w czynnościach seksualnych, a także obawę o dalsze losy swoje, swojej rodziny, często zaś również sprawcy. Bardzo istotną kwestią jest stosunek dziecka do sprawcy wykorzystywania. Często nie jest on jednoznacznie negatywny. Jeśli sprawca był osobą bliską dla dziecka (ojcem), był jedną z niewielu osób, które poświęcały mu uwagę i zainteresowanie, to oprócz trudności związanych z wykorzystywaniem seksualnym dziecko mogło przeżywać radość i zadowolenie w kontakcie z nim. Takie uczucia wzmacniają poczucie winy⁴⁸. Silny związek ze sprawcą może sprawić, że dziecko będzie prezentować negatywne objawy po ujawnieniu wykorzystywania. Początkowa ulga spowodowana ustającą przemocą może być zagłuszana poczuciem winy za „nieszczęście” sprawcy oraz żalem za utraconą bliskością.

Bycie ofiarą wykorzystywania seksualnego wiąże się z występowaniem specyficznych objawów: objawów stresu pourazowego (PTSD) i seksualizacją zachowań, a także z wieloma objawami o bardziej ogólnym charakterze, takimi jak depresja, agresja i skłonność do wycofywania się z kontaktów społecznych. Jednakże, jak pokazują badania, 30–40% ofiar wykorzystywania seksualnego nie miało żadnych objawów w chwili badania. Tłumaczono to tym, że u niektórych dzieci symptomy nie pojawiają się natychmiast, a dopiero po pewnym czasie, np. w okresie adolescencji, a ponadto uznano za możliwą tezę, że dzieci „bezobjawowe” rzeczywiście mniej przeżyły to, że zostały wykorzystane seksualnie lub sam fakt wykorzystania był mniej poważny⁴⁹. Badanie stresu pourazowego i zaburzeń pokrewnych u dzieci – ofiar wykorzystywania seksualnego jest utrudnione, gdyż wielu kryteriów stosowanych do diagnozowania stresu pourazowego u dorosłych nie sposób zastosować w badaniach dzieci. Żaden przedszkolak nie opisze np. obronnych strategii unikania czy swoich stanów wewnętrznych⁵⁰.

W toku zbierania materiału dowodowego do przestępstwa zgwałcenia duży nacisk kładzie się na ustalenie zaistnienia obrażeń fizycznych u dzieci, które w bezpośredni sposób mogłyby wskazywać na zaistnienie znamienia przemocy ze strony sprawcy. Jednak w przypadku większości dzieci objawy fizyczne są często nieznaczne lub wcale nie występują⁵¹.

⁴⁸ Zob. M. Czub, *Zrozumieć...*, s. 199.

⁴⁹ W.N. Friedrich, *Bezpośrednie...*, s. 42.

⁵⁰ M.S. Scheeringa, C.D. Peebles, C.A. Cook, C.H. Zeanah, *Toward...*, s. 52–60.

⁵¹ D. Muram, *Child...*, nr 13, s. 211–216.

Jak stwierdzono, u 56–90% badanych dziewczynek, u których potwierdzono wykorzystywanie seksualne, badanie fizykalne nie wykazywało żadnych zmian⁵². Niektóre formy wykorzystania (inne czynności seksualne z art. 197 § 2 k.k.) nie powodują obrażeń ciała i w tych przypadkach badanie nie wykaże odchyień od stanu prawidłowego⁵³. W wielu przypadkach obrażenia są powierzchowne i w przeciągu kilku dni proces gojenia jest zakończony. Jeśli dziecko jest badane po jakimś czasie od zdarzenia, cechy anatomiczne okolicy moczowo-płciowej są niezmiennione⁵⁴. Nawet w przypadku penetracji waginalnej u wielu pacjentek lekarz nie jest w stanie jej potwierdzić⁵⁵. Przemoc z penetracją analną jest częstą formą wykorzystywania dzieci, zwłaszcza chłopców⁵⁶. Chociaż obrażenia w obrębie narządów płciowych są często rozpoznawane jako oznaki wykorzystywania, obrażenia odbytu i okolic odbytu są czasem traktowane przez lekarzy jako związane z często występującymi u dzieci zaburzeniami jelitowymi (np. zaparciami lub biegunką)⁵⁷. Niestety dzieci wykorzystywane seksualnie również często cierpią na zaparcia czynnościowe, zaś uszkodzenie podczas penetracji mięśnia zwieracza odbytu nierzadko powoduje zanieczyszczenie się kałem.

Brak odchyień od stanu prawidłowego w okolicy odbytu, pomimo stwierdzonego wykorzystania, daje się łatwo wytłumaczyć. Wiele ofiar wykorzystywania seksualnego z penetracją analną nie odnosi znaczących obrażeń fizycznych, ponieważ zarówno mięsień zwieracza odbytu, jak i kanał odbytniczy mają znaczną zdolność dylatacji. Penetracja nawet penisem dorosłego mężczyzny może mieć miejsce bez spowodowania znacznych obrażeń u dziecka. Ból, który towarzyszy penetracji analnej, może spowodować spastyczny skurcz zwieracza odbytu, powodując tym samym wystąpienie zaparcia czynnościowego, dając tym samym wiarygodne wytłumaczenie dla zgłaszanego przez dziecko bólu i krwawienia z odbytnicy.

Wiele dzieci nie ujawnia od razu faktu wykorzystywania seksualnego, wiele ofiar zostaje przyprowadzonych na badanie fizykalne dopiero wiele dni, miesięcy czy nawet lat po takim incydencie. Do tego czasu

⁵² D. Muram *Child...*, nr 160, s. 328–333.

⁵³ J.A. Adams, S. Knudson, *Genital...*, s. 850–857.

⁵⁴ Zob. D. Muram, *Child...*, nr 160, s. 328–333.

⁵⁵ Zob. D. Muram, *Child...*, nr 13, s. 211–216.

⁵⁶ C.J. Hobbs, M. Wynne, *Sexual...*, s. 195–210.

⁵⁷ G. Clayden, *Anal appearances...*, s. 620–621.

wszelkie obrażenia zdążą się często całkowicie zagoić i badanie lekarskie ujawnia niewiele lub też nie wykazuje jakichkolwiek odchyłeń od stanu prawidłowego. Chociaż w piśmiennictwie opisywanych jest wiele przypadków dzieci – ofiar badanych po penetracji analnej, nadal trudno jest jednoznacznie ustalić, które ze stwierdzonych objawów były spowodowane przemocą⁵⁸.

O innym aspekcie przemocy seksualnej wobec dziecka pisze Magdalena Czub, wskazując, że wieloletnia przemoc emocjonalna, fizyczna i psychiczna w rodzinie doprowadza do sytuacji, że dziecko jest na tyle silnie strauumatyzowane, że poddaje się biernie sprawcy⁵⁹. Nie znaczy to jednak, że przemoc nie miała miejsca. Podobnie dzieje się, gdy dziecko zastyga w przerażeniu i nie może się poruszyć lub gdy wcześniejsze doświadczenia mówią mu o bezcelowości wszelkich prób obrony⁶⁰. Dochodzi wówczas do zmiany świadomości ofiary, która przestaje normalnie odczuwać i spostrzegać rzeczywistość. Odczuwanie bólu, czasu, realności wydarzeń ulega zaburzeniu. Dziecko takie ma poczucie całkowitej przewagi sprawcy, osamotnienia i bezcelowości jakiegokolwiek walki czy podejmowania próby zmiany sytuacji. Agresor wzmacnia jego przekonanie, że sytuacja nie może się zmienić, a sprawca jest „najsilniejszą osobą na świecie”. Dziecko czuje się bezgranicznie osamotnione – otaczający je ludzie nie wiedzą o przemocy (a ono boi się o niej powiedzieć) lub też są ofiarami tego samego sprawcy. Również wówczas, pomimo występowania nawet ekstremalnej przemocy, dziecko może nie mieć silnych i długotrwałych obrażeń fizycznych⁶¹.

Najbardziej diagnostycznymi symptomami w sferze somatycznej są choroby przenoszone drogą płciową i ciąża⁶², przy czym z przyczyn oczywistych ciąża nie będzie wchodziła w grę w przypadku przemocy wobec chłopców czy dziewcząt w okresie przed pokwitaniem.

Konkludując powyższe rozważania, udowodnienie w toku postępowania przygotowawczego jak i sądowego aktów przemocy, gróźb, nie mówiąc już o tak wyrafinowanej formie manipulacji jak podstęp wobec małego dziecka, graniczy często wręcz z niemożliwością, co stoi

⁵⁸ C.J. Hobbs, J.M. Wynne, *Buggery...*, s. 792–796.

⁵⁹ Zob. M. Czub, *Zrozumieć...*, s. 48.

⁶⁰ J.L. Hermann, *Przemoc...*

⁶¹ Zob. J.L. Hermann, *Przemoc...*

⁶² Zob. J.L. Hermann, *Przemoc...*

w sprzeczności z zamierzeniami ustawodawcy w kwestii zwiększenia bezpieczeństwa dzieci skutkujących podniesieniem sankcji karnej za przestępstwo zgwałcenia. Jednoznacznie wskazują na to statystyki policyjne, z których wynika, że od 1999 r. liczba postępowań wszczętych z art. 197 k.k. wzrasta, natomiast spada liczba przestępstw stwierdzonych (w 2021 r. odpowiednio 2257 postępowań wszczętych, przy 1081 przestępstwach stwierdzonych)⁶³. Podobnie niepokojące dane występują w statystykach Ministerstwa Sprawiedliwości, które wskazują, że w okresie od 2015 do 2018 r. prawomocnie skazano osoby dorosłe za czyn z art. 197 § 3 pkt 2 k.k. odpowiednio w każdym roku w liczbie: 62 79, 58 i 75⁶⁴. Jest to skala niewielka, biorąc pod uwagę, że w tym czasie osób skazanych z art. 200 § 1 k.k. było od 610 w 2015 r. do 585 w 2018 r.

Skąd ta rozbieżność? Odpowiedź jest prosta: dużo łatwiej i szybciej jest zakwalifikować obcowanie płciowe z małoletnim jako czyn z art. 200 § 1 k.k., gdzie nie trzeba udowodniać dodatkowych znamion zgwałcenia, niż żmudnie, często ze szkodą dla dziecka, przy długo trwającym postępowaniu przygotowawczym, przy trudnościach technicznych z opiniowaniem biegłych (w tym poszukiwaniem dobrze wyspecjalizowanych biegłych z dziedziny przemocy seksualnej), poszukiwanie – często bez sukcesów – dowodów na przełamywanie woli małoletniej ofiary przemocy seksualnej. Zatem resumując, należy jeszcze raz podkreślić, że obecne brzmienie art. 197 k.k., znowelizowane w 2009 r., podnoszące sankcję karną wobec sprawcy zgwałcenia dziecka, w tym zgwałcenia kazirodczego, znacząco w stosunku do przepisu art. 200 § 1 (zagrożonego karą od 2 do 12 lat pozbawienia wolności) i czyniące z niego zbrodnię, nie przeniosło się w żaden sposób na rzeczywistą ochronę dziecka przed nadużyciami seksualnymi.

W tym miejscu warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden ważny aspekt proceduralny gromadzenia materiału dowodowego dotyczącego przemocy seksualnej, w tym zgwałcenia na szkodę małoletniego. Polska procedura karna, konkretnie art. 185a k.p.k.⁶⁵, umożliwia przesłuchanie

⁶³ < <http://statystyka.policja.pl/st/kodeks-karny/przestepstwa-przeciwko-6/63496,Zgwalcenie-art-197.html> >.

⁶⁴ < <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> >; również K. Dudka, *Praktyka...*

⁶⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2018, poz. 1987, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks postępowania karnego, k.p.k.

dziecka jako pokrzywdzonego tylko wówczas, gdy jego zeznania mogą mieć istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy i tylko raz, chyba że wyjdą na jaw istotne okoliczności, których wyjaśnienie wymaga ponownego przesłuchania, lub żąda tego oskarżony, który nie miał obrońcy w czasie pierwszego przesłuchania pokrzywdzonego, w warunkach przyjaznych, przez sędziego, w obecności psychologa i stron. W przepisie tym zamyka się praktycznie całość norm gwarantujących zabezpieczenie interesów procesowych małoletniej ofiary przemocy seksualnej w toku postępowania karnego. Kodeks postępowania karnego w jego obecnym brzmieniu nie przewiduje zatem żadnej procedury przygotowującej małoletniego świadka do tegoż przesłuchania, co w kontekście wyżej wskazanych trudności dowodowych, wyników badań naukowych dotyczących faz ujawniania wykorzystywania seksualnego przez dziecko, konieczności jego „otwierania” terapią psychologiczną i często psychiatryczną⁶⁶, sprowadza się do niezwykle technicznej czynności wezwania dziecka na przesłuchanie, przeprowadzenie jej w standardowym czasie kilkudziesięciu zazwyczaj minut i pozyskania z tego przesłuchania prócz zeznań dziecka, opinii psychologa co do jego rozwoju intelektualnego, umiejętności postrzegania i odtwarzania spostrzeżeń. Owszem, w wielu przypadkach powołuje się również biegłego psychologa celem przeprowadzenia badania małoletniego pokrzywdzonego, jednakże należy podkreślić, że jest to jednorazowe badanie przeprowadzone przez biegłego psychologa, najczęściej obcego dziecku, widzianego często pierwszy bądź drugi (po czynności przesłuchania) raz w życiu. Nie wpisuje się więc takie badanie psychologiczne dziecka w procedury opisywane przez psychologów i badaczy zajmujących się tematem przemocy seksualnej wobec dzieci. Zauważyć ponadto należy, że nierzadko, gdy fakt wykorzystywania seksualnego został ujawniony, dziecko znajduje się już pod opieką specjalistów z dziedziny czy to psychiatrii, czy to psychologii, gdzie przechodzi przez wiele miesięcy bądź lat odpowiednią terapię i bywa tak, że opiekunowie małoletniego dostarczają do organów ścigania czy sądu zaświadczenie lekarskie informujące o występowaniu syndromu stresu pourazowego (PTSD) i przeciwwskazaniach do uczestnictwa dziecka w procedurze karnej. Jak w takim wypadku postąpić, kiedy przesłuchanie pokrzywdzonego jest niezbędne dla toczącego się

⁶⁶ Zob. M. Czub, *Zrozumieć...*, s. 198–199.

postępowania? A przesłuchanie pokrzywdzonego jest niezbędne zawsze, z uwagi na intymny charakter czynu i brak w większości przypadków jakichkolwiek innych dowodów. Z praktyki wiadomo, że sądy, pomimo przedkładania do akt takich zaświadczeń, decydują się na przesłuchanie dziecka, uznając je za niezbędne i nie widząc możliwości zawieszenia postępowania, doprowadzając tym samym do negatywnych skutków w psychice dziecka w postaci regresu terapii i nasilania się symptomów PTSD⁶⁷, czyli tzw. wtórnej wiktymizacji. Tak więc również przepisy art. 185a Kodeksu postępowania karnego w zakresie ochrony praw dziecka – uczestnika postępowania karnego w dużej mierze są martwe⁶⁸ i przegrywają z priorytetem gromadzenia materiału dowodowego i wyczerpania w tym zakresie inicjatywy dowodowej.

Postępowanie karne następujące w wyniku ujawnienia przemocy przez dziecko jest czynnikiem modyfikującym skutki samego doświadczenia. Powrót do równowagi po doświadczeniu molestowania seksualnego jest procesem długotrwałym i wieloetapowym. Badania wykazały, że nasilenie symptomów wiąże się z tym, jak długi jest okres od ujawnienia do zakończenia sprawy sądowej⁶⁹. Czynnikiem wpływającym na nasilenie symptomów u dzieci wykorzystywanych seksualnie jest kilkukrotne powtarzanie zeznań w różnych okresach, co niestety się zdarza, a jednocześnie nie sposób tego uniknąć, gdy dziecko przesłuchiwane za pierwszym razem nie było odpowiednio przygotowane i nie funkcjonowało w tzw. fazie ujawniania⁷⁰. Nierzadko się zdarza tak, że w stosunku do tej samej rodziny na przestrzeni kilku lat dochodzi do zgłaszania szeregu podejrzeń ze strony organizacji gminnych i instytucji pomocowych dotyczących zaistnienia przemocy, w tym przemocy seksualnej, jednakże dopiero zaistnienie określonego przebiegu zdarzeń w postaci np. odebrania dzieci biologicznym rodzicom i umieszczenia ich w rodzinie zastępczej doprowadza do ujawnienia przez dzieci doznanej krzywdy. Skutkuje to przeprowadzaniem przez organy ścigania żmudnego śledztwa obejmującego wiele lat wstecz, w tym czas, gdy małe dzieci, z uwagi na swój wiek, nie miały rozeznania, co się z nimi działo.

⁶⁷ Taką decyzję podjął Sąd Rejonowy w Kartuzach w sprawie II K 527/19.

⁶⁸ Autor artykułu przez 20 lat czynnej praktyki nie spotkał się z przypadkiem odstąpienia od przesłuchania dziecka.

⁶⁹ K.A. Kendall-Tackett, L.M. Williams, D. Finkelhor, *Impact...*, s. 164–180.

⁷⁰ Zob. M. Czub, *Zrozumieć...*, s. 72.

6. Postulaty *de lege ferenda*

Zamykając powyższe rozważania, *de lege ferenda* należałoby zweryfikować dotychczasowe tradycyjne stanowisko polskiego prawa karnego materialnego, jak również doktryny i orzecznictwa w zakresie znamion czynu z art. 197 k.k. w kontekście rozwiązań międzynarodowych konwencji, w tym przywołanej wcześniej Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych oraz Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Konieczne jest uznanie, że przedmiotem ochrony rozdziału XXV k.k. jest wolność seksualna rozumiana jako autonomia i tym samym rozważanie, w jakim zakresie znamiona przemocy, groźby czy postępu winny być warunkiem *sine qua non* zaistnienia przestępstwa zgwałcenia, szczególnie jeśli mowa o dzieciach. Szersza wykładnia przepisu art. 197 k.k. byłaby uzasadniona właśnie ratyfikowaniem przez Polskę wspomnianych dwóch konwencji.

Nie sposób nie wspomnieć w tym miejscu, że w literaturze anglojęzycznej mówi się np. o gwałcie z przepisu (*statutory rape*), który ma miejsce wtedy, kiedy stosunek seksualny odbył się wprawdzie za zgodą ofiary, ale ofiara ta z różnych względów, objętych regulacjami prawnymi, nie była władna do wyrażenia takiej zgody, a więc była chociażby osobą nieletnią, znajdowała się w stanie chwilowej lub trwałej niepoczytalności itp. Ten typ zgwałcenia należy traktować jak akt agresji bez względu na to, czy zawiera elementy przemocy fizycznej, czy też nie. Ewidentnie świadczy on o słuszności poglądu, że przestępstwa seksualne, a w każdym razie te, które naruszają nietykalność cielesną, bez względu na ich stopień „gwałtowności” w ich dokonywaniu, zawsze motywowane są agresją⁷¹.

W Polsce jako dobry omen należy traktować pojedyncze głosy w doktrynie oraz nieliczne orzecznictwo idące w kierunku wskazania, że każdy, nawet niewielki akt przemocy wobec dziecka, w tym dziecka małego, mieści się w znamionach zgwałcenia. Jak podkreślił Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 lipca 2001 r.: „Opór nie musi polegać na fizycznym przeciwstawieniu się użytym przez sprawcę środkom zmuszania (przykładowo wystarczające jest głośne wzywanie pomocy, krzyk, płacz itp.)”⁷².

⁷¹ K. Pospieszyl, *Przestępstwa...*, s. 28.

⁷² Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2001 r., V KKN 95/99; również wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 kwietnia 2009 r., II AKa 72/09.

Dysproporcja sił pomiędzy małym dzieckiem a osobą dorosłą oraz rozwój psychofizyczny małego dziecka winny rodzic z założenia domniemanie, że obcowanie seksualne z takim dzieckiem odbywa się na zasadzie przymusu czy to psychicznego, czy też fizycznego poprzez choćby przytrzymanie. O takiej możliwości domniemania braku zgody w pewnych okolicznościach wspomina również J. Warylewski⁷³, przy czym w przypadku małych dzieci takie domniemanie winno być standardem. Przytoczyć warto wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 1975 r., w uzasadnieniu którego Sąd Najwyższy wniósł: „Każde użycie przez sprawcę siły – choćby w niewielkim natężeniu – które powoduje, że dziecko poddaje się czynowi nierządnemu, trzeba oceniać jako stosowanie przemocy w rozumieniu art. 168 kk⁷⁴. Również M. Mozgawa w zaktualizowanym komentarzu do art. 197 Kodeksu karnego wskazuje, idąc niejako w kierunku międzynarodowych rozwiązań, że przestępstwo zgwałcenia może mieć miejsce jedynie wtedy, gdy nie wystąpiło **skuteczne zezwolenie** osoby uprawnionej na określone zachowanie sprawcy⁷⁵. Są też autorzy, których zdaniem sam fakt zgwałcenia dziecka należy traktować jako zgwałcenie szczególnie okrutne z art. 197 § 4 k.k.⁷⁶

Zatem, biorąc pod uwagę wykładnię celowościową i zamierzenia ustawodawcy ukierunkowane na zwiększenie ochrony seksualności i psychiki małoletniego, to jest właściwy kierunek interpretacji przepisu art. 197 k.k. w przypadku zgwałcenia (w szczególności obcowania płciowego z art. 197 § 1 k.k.) małego dziecka, skutkujący sprawiedliwym – w odczuciu społecznym – rozstrzygnięciem sądu. Litera i wykładnia prawa nie powinna bowiem zmierzać w kierunku abstrakcyjnych rozważań, odstających znacząco od realiów praktyki i społecznej nauki prawa, a obowiązujące prawo – przy takiej jego interpretacji – czyniłoby zadość wymogom konwencyjnym. Należy przypomnieć, że szersza wykładnia przepisu uzasadniona ratyfikowaniem przez Polskę konwencji nie stanowi naruszenia konstytucyjnej zasady określoności przepisów karnych ani zakazu rozszerzającej wykładni. Bowiem ratyfikacja umowy międzynarodowej, jaką jest konwencja, powoduje jej wejście do systemu

⁷³ Zob. J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 73.

⁷⁴ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 kwietnia 1975 r., IV K 373/74.

⁷⁵ M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, LEX/el. 2019, komentarz aktualizowany do art. 197 k.k.

⁷⁶ B. Kunicka-Michalska, *Wybrane...*; zob. również wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 lutego 1971 r., IV KR 5/71.

obowiązujących źródeł prawa, wobec czego rozumienie znamion czynu zabronionego powinno odbywać się z uwzględnieniem całości danego systemu prawnego. Nie jest przy tym rzeczą nową w doktrynie prawa karnego, że z biegiem czasu następuje zmiana znaczenia treści przepisu. W doktrynie prawa karnego zauważalna jest przy tym kwestia sposobu interpretacji przepisów karnych, a jednym z nurtów w tym zakresie jest tzw. interpretacja dialektyczno-dynamiczna, uwzględniająca funkcję prawa karnego oraz intencję ustawodawcy.

Ponadto zgodzić się należy również ze stanowiskiem M. Płatek, że wskazane byłoby rozważenie wprowadzenia do Kodeksu karnego kontrtypu dopuszczenia się obcowania płciowego lub niekaralności czynu z art. 200 § 1 k.k., gdy różnica wieku między małoletnim sprawcą i ofiarą nie przekracza 3–4 lat, a z okoliczności sprawy wynika, że nie doszło do nadużycia zaufania ofiary⁷⁷. Takie rozwiązania prawne występują już w prawodawstwie takich krajów jak Szwajcaria, Austria czy Australia⁷⁸. Ponadto taki zapis wpisywałby się w ogólnoeuropejski trend zasugerowany art. 18 ust. 3 Konwencji Rady Europy o ochronie dzieci przed seksualnym wykorzystaniem i niegodziwym traktowaniem w celach seksualnych.

Summary

The purpose of this article is to present the difficulties in collecting evidence during preparatory and judicial proceedings concerning sexual violence against young children, in particular rape, in the light of existing legal solutions, that is the elements of the prohibited act stated in Article 197 of the Polish Criminal Code. The author points to the discrepancies in the definitions of rape functioning in Polish law and those found in international conventions and the judicial practice of the European Court of Human Rights, suggesting a departure from the traditional and literal interpretation of the elements that constitute the prohibited act of rape.

Keywords

minor victim, criminal procedure, child, rape, criminal responsibility

⁷⁷ Zob. M. Płatek, *Pozorna...*, s. 17.

⁷⁸ Zob. J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 193–199.

Bibliography

- Adams J.A., Knudson S., *Genital findings in adolescent girls referred for suspected sexual abuse*, „Archives of Pediatric and Adolescent Medicine” 1996, nr 15.
- Bielski M., *Rozdział XXV, Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Kodeks karny Część szczególna, Komentarz, t. II Komentarz do art. 117 – 277 kk*, red. A. Zoll, Warszawa 2008.
- Brilleslijper-Kater S., Friedrich W.N., Corwin D.L., *Wiedza na temat seksualności i reakcje emocjonalne jako wskaźniki wykorzystywania seksualnego u małych dzieci – wyzwania teoretyczne i badawcze*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2012, nr 4 (41).
- Clayden G., *Anal appearances and child sexual abuse*, „Lancet” 1987, nr 1.
- Czub M., *Zrozumieć dziecko wykorzystywane seksualnie*, Sopot 2015.
- Dąbrowska M., *Grooming – wybrane aspekty prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2018.
- Dudka K., *Praktyka ścigania przestępstw zgwałcenia w świetle badań Instytutu Sprawiedliwości*, w: *Zgwałcenie. Definicja, reakcja, wsparcie dla ofiar*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2016.
- Eckenrode J., Laird M., Doris J., *School performance and disciplinary problems among abused and neglected children*, „Developmental Psychology” 1993, vol. 29.
- Eichstaedt K., Gałęcki P., Depko A., *Metodyka pracy biegłego psychiatry, psychologa oraz seksuologa w sprawach karnych, nieletnich oraz wykroczeń*, Warszawa 2017.
- Erickson M.F., Egeland B., *A developmental view of the psychological consequences of maltreatment*, „School of Psychology Review” 1987, nr 16.
- Filar M., *Seksualne wykorzystanie dzieci w świetle polskiego kodeksu karnego (na tle porównawczym)*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2002, nr 1 (1).
- Filar M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016.
- Flam A.M., Haugstvedt E., *Sygnaly testowe? Niewielkie znaki ważnych zdarzeń- badanie jakościowe okoliczności ułatwiających dorosłym zauważenie pierwszych oznak wykorzystywania seksualnego dzieci*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2014, nr 13 (1).
- Friedrich W.N., *Bezpośrednie konsekwencje wykorzystywania seksualnego dzieci*, „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2012, nr 4 (41).
- Friedrich W.N., *Korelaty zachowań seksualnych małych dzieci*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2004, nr 9.
- Glaser D., Frosh S., *Dziecko seksualnie wykorzystywane*, Warszawa 1995.
- Hermann J.L., *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, Gdańsk 1999.
- Hewitt S.K., *Assessing allegations of sexual abuse in preschool children: Understanding small voices*, Thousand Oaks, S.A., 1999.
- Hobbs C.J., Wynne J.M., *Buggery in childhood – a common syndrome of child abuse*, „Lancet” 1986, nr 2.
- Hobbs C.J., Wynne M., *Sexual abuse of English boys and girls: The importance of anal examination*, „Child Abuse and Neglect” 1989, nr 13.
- Jabłońska K., *Przemoc i wykorzystywanie seksualne dzieci w praktyce zawodowej ratowników medycznych*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2020, nr 19 (1).

- Kemp C., *Sexual abuse, another hidden pediatric problem*, „Pediatrics” 1978, nr 62.
- Kendall-Tackett K.A., Williams L.M., Finkelhor D., *Impact of sexual abuse on children: A review and synthesis of recent empirical studies*, „Psychological Bulletin” 1993, nr 113 (1).
- Konarska-Wrzosek V., w: *Kodeks Karny, Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Lex 2018.
- Kunicka-Michalska B., *Wybrane problemy przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności popełnianych za pośrednictwem systemu informatycznego*, „Przegląd Prawa Karnego” 2003, 22.5.
- Lamers-Winkelman F., Lamers J.M., Brikeslijper-Kater S., *The recollection of children from multi-problem families about a camping experience*, 2004.
- Marzec-Holka K., *Przemoc seksualna wobec dziecka. Studium pedagogiczno – kryminologiczne*, Bydgoszcz 1999.
- Minuchin S., Montalvo B., Guerney B.G., Rosman B.L., Schumer F., *Families of the slums: An exploration of their structure and treatment*, New York 1967.
- Mozgawa M., Budyn-Kulik M., *Prawnokarne aspekty pedofilii. Analiza dogmatyczna i wyniki badań empirycznych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, z. 2.
- Mozgawa M., w: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2019.
- Mozgawa M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019.
- Muram D., *Child sexual abuse – genital tract findings In prepubertal girls, I. The unaided medical examination*, „American Journal of Obstetric and Gynecology” 1989, nr 160.
- Muram D., *Child sexual abuse: Relationship between sexual acts and genital findings*, „Child Abuse and Neglect” 1989, nr 13.
- Myśliwiec H., *Zgwałcenie pedofilskie i kazirodzcze – charakterystyka nowych kwalifikowanych typów zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa karnego i Nauk Penalnych” 2010, z. 3.
- Płatek M., *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, Warszawa 2011.
- Płatek M., *Pozorna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym (po nowelizacji k.k.)*, „Państwo i Prawo” 2011, z. 2.
- Płatek M., *Współczesne zagadnienia kryminalizacji i penalizacji przestępstw seksualnych*, w: *Granice kryminalizacji i penalizacji*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, Olsztyn 2013.
- Pospieszyl I., *Razem przeciw przemocy*, Warszawa 1999.
- Pospieszyl K., *Przestępstwa seksualne*, Warszawa 2006.
- Rosenhan D.L., Seligman M.E.P., *Psychopatologia*, Warszawa 1994.
- Sajkowska M., *Dziecko wykorzystywane seksualnie. Diagnostyka, interwencja, pomoc psychologiczna*, Warszawa 2010.
- Scheeringa M.S., Peebles C.D., Cook C.A., Zeanah C.H., *Toward establishing procedural, criterion, and discriminant validity for PTSD in early childhood*, „Journal of the American Academy of Child and Adolescent Psychiatry” 2001, vol. 40.
- Spurek S., *Ofiary zgwałcenia a Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, w: *Zgwałcenie. Definicja, reakcja, wsparcie dla ofiar*, red. L. Mazowiecka, Warszawa 2016.
- Szymańska-Pytlińska M., Chodecka A., *Zagrożenia wtórną wiktyimizacją dziecka – ofiary wykorzystywania seksualnego związane z badaniami sądowymi*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2014, nr 13 (1).

Odpowiedzialność sprawców wykorzystywania seksualnego...

Uławska M., *Czynniki modyfikujące ujawnienie przez dziecko doświadczeń wykorzystania seksualnego*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2007, nr 21 (4).

Use of anatomical dolls in child sexual abuse assessments, American Professional Society on the Abuse of Children, Chicago, IL, 1995.

Warylewski J., w: *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 1, red. A. Wąsek, Warszawa 2006.

Warylewski J., *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001.

Warylewski J., w: *System Prawa Karnego, Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, t. 10, red. J. Warylewski, Warszawa 2012.

Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.

Zmarzlik J., *Gdy sprawcą jest duchowny*, „Dziecko krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2015, nr 14 (1).

