



MIKOŁAJ MAŁECKI

*Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku**z 8 czerwca 2010 r.,**II AKa 48/10¹*

Rejestracja za pomocą środków audiowizualnych zgwałcenia, dokonywanego przez innych sprawców, nie jest ujęta w znamionach strony przedmiotowej przestępstwa z art. 197 § 3 k.k. Jednakże jeżeli zachowanie takie stanowi istotny, immanentny element czynu, jest niejako jego dopełnieniem oraz zostało podjęte w wyniku przyjętego między sprawcami podziału ról – to osoba je realizująca jest współsprawcą zgwałcenia zbiorowego.

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku zawiera dyskusyjne rozstrzygnięcie dotyczące przypisania jednemu z oskarżonych odpowiedzialności za współsprawstwo (art. 18 § 1 k.k.). Sąd ten uznał – w ślad za sądem I instancji – że osoba, która za pomocą telefonu komórkowego rejestruje przebieg zgwałcenia dokonywanego przez inną osobę, jest współsprawcą zgwałcenia zbiorowego (art. 197 § 3 k.k.²). Na pierwszy rzut oka pogląd ten może wydawać się kontrowersyjny w świetle formalnoobiektywnej koncepcji współsprawstwa, a w koncepcji materialnoobiektywnej byłby do zaakceptowania pod pewnymi warunkami.

Na potrzeby poniższych analiz warto uwypuklić następujące elementy rozpatrywanego zdarzenia, w kolejności chronologicznej: (1) Jacek J. zrywa siłą z pokrzywdzonej biustonosz; (2) Pokrzywdzona udaje się do łazienki; (3) Osoby przebywające w pokoju pod nieobecność pokrzywdzonej postanawiają, że doprowadzą ją do obcowania płciowego; (4) Pokrzywdzona wychodzi z łazienki, a Jacek J. zastawia swoją osobą wyjście z mieszkania, aby kobieta go nie opuściła; (5) Pokrzywdzona nie próbuje opuścić mieszkania i wraca do pokoju; (6) Sprawcy – oprócz Jacka J. – biją pokrzywdzoną rękami po głowie, kopią w twarz, przewracają na podłogę, po czym wykorzystując przewagę fizyczną, trzymając za ramiona

¹ Zob. „Orzecznictwo Sądów Apelacji Białostockiej” 2010, nr 2.

² Wyrok zapadł w stanie prawnym sprzed nowelizacji k.k. w 2009 r. Zob. *Ustawa z dnia 5 listopada 2009 roku o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Dz.U. Nr 206, poz. 1589. Aktualnie zgwałcenie zbiorowe jest opisane w art. 197 § 3 pkt 1 k.k.

i nogi, rozbierają kobietę do naga; (7) Sprawcy – oprócz Jacka J. – wkładają do pochwy pokrzywdzonej różne przedmioty; (8) Jacek J. filmuje całe zdarzenie za pomocą telefonu komórkowego, wykonując m.in. zbliżenia organów płciowych kobiety w chwili, gdy sprawcy wkładają do jej pochwy marchewkę i drewniany trzonek do szufelki.

W trakcie procesu Jacek J. wyjaśnił, że film miał być odtwarzany innym osobom i w ten sposób stanowić przedmiot „zabawy”, „rozrywki”. Pokrzywdzona zeznała, że film miał być puszczone w Internecie.

Dla uporządkowania dalszych analiz warto już na wstępie pokrótce przypomnieć główne kierunki interpretacyjne art. 18 § 1 zdanie 2 k.k. w zakresie znamienia „wspólnego” wykonania czynu zabronionego. W zależności od przyjętej koncepcji różnie ukształtują się granice odpowiedzialności za współsprawstwo, różnie też trzeba będzie ową odpowiedzialność uzasadniać.

Kontekst historyczny pozwala na wyróżnienie teorii subiektywnych, obiektywnych i mieszanych współsprawstwa³.

Ujęcia subiektywne – aktualnie nie do zaakceptowania w czystej postaci⁴ – zwracają uwagę na odróżnienie działania *cum animo auctoris* i *cum animo socii*. Współsprawcą jest przede wszystkim osoba traktująca czyn jako swój własny, działająca dla siebie, a nie wyłącznie dla kogoś innego.

Ujęcia obiektywne odwołują się do wymogu realizacji przez sprawcę przedmiotowych znamion czynu zabronionego. „Wykonanie” czynu polega na realizacji znamion danego typu przestępstwa. Współsprawcą jest więc osoba, która współwykonuje czyn zabroniony, to znaczy realizuje choćby część jego znamion (teorie formalnoobiektywne)⁵.

W ramach ujęć obiektywnych wyróżnia się koncepcję materialnoobiektywną, która akceptuje stanowisko formalistyczne, jednak rozszerza pojęcie współsprawstwa również na przypadki, gdy dana osoba wprawdzie nie realizuje choćby jednego znamienia czynu zabronionego, ale jej wkład w popełnienie przestępstwa jawi się jako „istotny” (jest przyczyną dokonania przestępstwa)⁶.

Ujęcia mieszane łączą w sobie elementy formalistyczne oraz subiektywne. W pierwszej kolejności należy badać, czy zostało zrealizowane znamię czasownikowe typu czynu zabronionego, a jeśli tak, mamy do czynienia ze współsprawstwem. Natomiast w przypadku braku spełnienia kryteriów formalnoobiektywnych należy posiłkowo odwołać się do przesłanek subiektywnych⁷.

³ Zob. szerzej A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 100 i n.

⁴ Zob. szerzej A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 47.

⁵ Można w związku z tym mówić o restrykcyjnym (wąskim) rozumieniu sprawstwa na gruncie art. 18 § 1 k.k. Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Zakamycze 2001, s. 480 i n.

⁶ Na przesłankę istotności wkładu w realizację wspólnego czynu zwrócił uwagę A. Wąsek, op. cit., s. 117.

⁷ Zob. szerzej A. Liszewska, op. cit., s. 46.

Argumentacja sądu apelacyjnego zmierzała do wykazania, że czyn Jacka J. stanowił immanentny, istotny składnik badanego zdarzenia oraz był wynikiem podjętego wcześniej porozumienia i podziału ról między oskarżonymi.

W ocenie sądu wskazywały na to następujące okoliczności: (1) Oskarżony utożsamiał się ze wszystkimi działaniami, podejmowanymi przez pozostałych sprawców w czasie gwałcenia kobiety, i przyjmował je za swoje; (2) Kręcenie filmu w znaczący sposób determinowało postępowanie pozostałych współsprawców tak, aby film był „ciekawszy”; (3) Filmowanie stanowiło integralny element zdarzenia, dopełniający całe zajście, o czym świadczy sposób filmowania, zwłaszcza wyraźne zbliżenia organów płciowych w czasie, gdy do pochwy były wkładane przedmioty, oraz wypowiedzane słowa i komentarze, odnoszące się do sposobu gwałcenia, np. „rozszerzaj nogi”.

Sąd Apelacyjny uznał, że współsprawstwo oskarżonego w dokonaniu zarzucanego mu czynu mieści się w formule „współsprawstwa mieszanego” i z tego powodu należy pociągnąć go do odpowiedzialności za gwałt zbiorowy.

Czy sąd miał do dyspozycji jakieś sensowne alternatywy? Wydaje się, że co najmniej trzy: (1) akceptacja tezy o formalnoobiektywnym charakterze przesłanki współuczestniczenia w wykonaniu czynu zabronionego; (2) poszukiwanie podstaw do pociągnięcia odpowiedzialności Jacka J. za pomocnictwo; (3) stwierdzenie realizacji znamion przestępstwa *sui generis*, innego niż zgwałcenie.

Jeśli chodzi o pierwszą koncepcję, to nie ma wątpliwości, że Jacek J. ani nie doprowadzał pokrzywdzonej do obcowania płciowego w żaden ze sposobów wymienionych w art. 197 § 1 k.k., ani nie wykonywał własnoręcznie na jej ciele żadnej czynności seksualnej. Zachowanie polegające na zerwaniu siłą z pokrzywdzonej biustonosza – co słusznie zauważył sąd apelacyjny – nie może zostać uznane za stosowanie przemocy w kontekście wypełnienia jednego ze znamion art. 197 § 1 k.k., a to co najmniej z dwóch powodów: po pierwsze, nie ustalono, że zachowanie to miało doprowadzić pokrzywdzoną do obcowania płciowego; po drugie, było to zachowanie podjęte przed powzięciem porozumienia dotyczącego dokonania zgwałcenia, a zatem nie może zostać „zaliczone” na konto Jacka J. jako realizacja jednego ze znamion przedmiotowych czynu zabronionego realizowanego „wspólnie i w porozumieniu” z inną osobą. W tym zakresie oskarżony nie uczestniczył w realizacji znamion zarzucanego mu przestępstwa.

Można jednak zastanowić się, czy w ramach art. 197 k.k. da się odnaleźć jakieś znamię czynu zabronionego, które odpowiadało (albo przynajmniej teoretycznie mogłoby odpowiadać) zachowaniu polegającemu na nagrywaniu zgwałcenia za pomocą telefonu komórkowego. Jeżeli tak, to oskarżony mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności za współsprawstwo w myśl kryteriów formalistycznych jako osoba realizująca przynajmniej jedno ze znamion czynu zabronionego.

Sądzę, że istnieje taka możliwość i należałoby ją rozważyć. Chodzi mianowicie o znamię „szczególnego okrucieństwa” z kwalifikowanego typu zgwałcenia (art. 197 § 4 k.k.)

W literaturze spotyka się pięć kierunków interpretacyjnych tego znamienia⁸: (1) rozstrzygająca jest skala skutków zgwałcenia w sferze fizycznej i psychicznej ofiary; (2) liczy się dysproporcja pomiędzy oporem stawianym przez ofiarę a środkami ukierunkowanymi na jego przełamanie, zastosowanymi przez sprawcę; (3) decydujący jest szczególnie zabarwiony zamiar sprawcy, który obejmuje nie tylko obcowanie płciowe, ale też elementy dodatkowe w postaci chęci poniżenia ofiary, zadania jej bólu itp.; (4) należy oceniać sposoby zachowania się sprawcy (szczególne okrucieństwo związane ze sposobem i rodzajem działań); (5) ma znaczenie osoba ofiary – zgwałcenie dziecka, starca, kobiety w zaawansowanej ciąży jest czynem szczególnie okrutnym.

Analizowane zachowanie Jacka J. mieściłoby się *in abstracto* w ramach szczególnego okrucieństwa rozumianego w sposób opisany w punktach 1, 3 oraz 4, odpowiednio pod warunkiem, że: (ad. 1) w psychice pokrzywdzonej pojawiły się dotkliwe skutki świadomości tego, że zdarzenie zostało zarejestrowane; (ad. 3) decydującym impulsem do dokonania czynu była chęć jego nagrania; (ad. 4) w czasie czynu miało miejsce np. dobitne podkreślanie przez sprawców faktu, że jeden z nich nagrywa całe zajście telefonem komórkowym bądź dostosowywanie się „aktorów” do „wskazówek” operatora kamery itp.

Czy w rozpatrywanym stanie faktycznym zaistniały takie okoliczności? Jak już powiedziano, nagrywanie filmu w pewien sposób determinowało zachowania współsprawców, a swoiste „trofeum” w postaci nagrania miało być udostępniane innym osobom (niewykluczone, że poprzez sieć internetową), oraz stanowić przedmiot zabawy i rozrywki – jak wyjaśniał oskarżony. Sądzę, że dla wzmocnienia tezy na temat szczególnego okrucieństwa opisywanego czynu, należałoby dodatkowo wykazać, że z perspektywy celu działania sprawców nagrywanie filmu miało być sposobem na szczególne upokorzenie ofiary, ewentualnie w rezultacie (objętym świadomością sprawców) *de facto* doprowadziło do głębokiej rany w psychice pokrzywdzonej. Nie jest wykluczone, że pod tymi warunkami dałoby się obronić tezę o odpowiedzialności oskarżonego i pozostałych osób uczestniczących w zgwałceniu za podwójnie kwalifikowane zgwałcenie zbiorowe ze szczególnym okrucieństwem (art. 197 § 3 w zw. z art. 197 § 4 w zw. z art. 11 § 2 k.k.)

Druga opcja to poszukiwanie uzasadnienia dla odpowiedzialności karnej Jacka J. w obrębie art. 18 § 3 k.k. (pomocnictwa do zgwałcenia zbiorowego). Zgodnie z powszechnie akceptowanym kierunkiem wykładni znamion tej niesprawczej formy współdziałania, pomocnik musi faktycznie ułatwić innej sobie popełnienie czynu zabronionego (wytworzyć stan obiektywnie ułatwiający reali-

⁸ Zob. szerzej M. Bielski (w:) A. Barczak-Oplustil, M. Bielski, G. Bogdan, Z. Cwiakalski, M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, T. II, Komentarz do art. 117-277 k.k.*, (red.) A. Zoll, Warszawa 2008, s. 606–607.

zając znamion innego przestępstwa)⁹. W tej perspektywie należy przeanalizować dwa czyny Jacka J.

Nagrywanie telefonem komórkowym przebiegu zgwałcenia generalnie rzecz biorąc nie ułatwia dokonania tego czynu. Trudno uznać, że doprowadzenie do obcowania płciowego jest łatwiejsze w sytuacji, gdy ktoś filmuje całe zajście, niż bez udziału tego ostatniego czynnika. *In concreto*, nie przeprowadzono żadnego dowodu w kierunku wykazania, że zgwałcenie pokrzywdzonej nie zostałoby dokonane bądź miałyby inny przebieg, gdyby wyeliminowano z jego przebiegu zachowanie oskarżonego. Nie można jednak stracić z oczu faktu, że Jacek J. odgrywał dość znaczącą rolę w całym zajściu. Zgwałcenie nie przybrało formy klasycznego i pełnego stosunku seksualnego, lecz polegało na umieszczaniu w pochwie kobiety różnych przedmiotów, co wskazuje na ośmieszający i głównie „rozrywkowy” dla sprawców charakter całego zajścia. Może to skłaniać do intuicyjnego opowiedzenia się za współsprawstwem zgwałcenia po stronie Jacka J. (przy spełnieniu omówionych wcześniej kryteriów), a nie jedynie pomocnictwem.

Niezależnie jednak od oceny powyższego czynu, na uwagę zasługuje jeszcze jedno zachowanie oskarżonego. Pozostaje ono niejako na drugim planie omawianej sprawy, przez co – w mojej opinii – nie została dostrzeżona jego waga.

Cofnijmy się do momentu, w którym pokrzywdzona opuszcza towarzystwo i udaje się do łazienki. W tym czasie osoby znajdujące się w mieszkaniu łącznie z Jackiem J. porozumiewają się co do dokonania zgwałcenia na nieobecnej w pokoju kobiecie. Wszyscy zatem mają zamiar zatrzymania kobiety w mieszkaniu i zrealizowania treści porozumienia.

Pokrzywdzona opuszcza łazienkę. Co robi Jacek J.? Jak ustalono, ustawia się w taki sposób, że zastawia kobiecie wyjście z mieszkania, aby go nie opuściła.

Mówiąc językiem ustawy: sprawca mając zamiar, aby inne osoby dokonały zgwałcenia zbiorowego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, blokując kobiecie wyjście z mieszkania. A zatem: dokonane pomocnictwo do zgwałcenia zbiorowego? Okazuje się, że nie. Jacek J. co prawda ułatwiał zaplanowany czyn, ale ostatecznie nie ułatwił jego popełnienia. Ważne jest bowiem to, że kobieta – jak wynika z materiału dowodowego – nie próbowała opuścić lokalu, lecz sama wróciła do pokoju. Zachowanie oskarżonego nie doprowadziło do powstania skutku w postaci stanu obiektywnie ułatwiającego innym osobom dokonanie zamierzonego czynu zabronionego.

Czy zachowanie to było bezkarne? Też nie! Wszak Jacek J. w zamiarze, aby zostało dokonane przez inne osoby zgwałcenie pokrzywdzonej, swoim zachowaniem bezpośrednio zmierzał do ułatwienia im dokonania tego czynu zabronionego, które to ułatwienie nie nastąpiło. Mężczyzna zrobił już wszystko, co jako

⁹ Zob. P. Kardas (w.): G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, T. I, *Komentarz do art. 1-116 k.k.*, (red.) A. Zoll, Zakamycze 2004, s. 374.

pomocnik mógł zrobić – asekuracyjnie zablokował wyjście z domu na wypadek, gdyby kobieta próbowała uciec. Ułatwiłby dokonanie zgwałcenia, gdyby kobieta faktycznie chciała uciec, a on by ją zatrzymał. Ponieważ jednak nie miał okazji, aby to zrobić, pochód jego przestępstwa zakończył się na etapie usiłowania pomocnictwa do zgwałcenia zbiorowego.

Konstrukcja krzyżowania się form stadialnych i zjawiskowych przestępstwa jest akceptowana w orzecznictwie¹⁰ oraz – z pewnymi kontrowersjami – w literaturze¹¹, stąd należało przyjąć, że Jacek J. wymienionym zachowaniem – niezależnie od oceny jego pozostałych czynów – popełnił przestępstwo z art. 13 § 1 w zw. z art. 18 § 3 w zw. z art. 197 § 3 k.k. (ewentualnie w zw. z art. 197 § 4 w zw. z art. 11 § 2 k.k. w zależności od rozstrzygnięcia omówionych wcześniej wątpliwości odnośnie do znamienia „szczególnego okrucieństwa”).

Niejako równoległe do rozważań na temat współsprawstwa zgwałcenia zbiorowego można zastanowić się, czy zachowanie Jacka J. zrealizowało znamiona jakiegoś innego, samodzielnego czynu zabronionego?

Sąd apelacyjny milczy w tej sprawie. Tymczasem nasuwa się przypuszczenie, że w grę mógłby wejść art. 191 § 1 k.k. Pokrzywdzona została zmuszona do znoszenia tego, że jest nagrywana telefonem komórkowym i to w trakcie popełnienia przestępstwa na jej szkodę, przy czym znamię przemocy wobec pokrzywdzonej zostało zrealizowane przez pozostałych współsprawców (kwalifikacja: art. 191 § 1 w zw. z art. 18 § 1 zdanie 2 k.k. z odwołaniem się do formalnoobiektywnych przesłanek współsprawstwa).

Powyższe rozwiązanie nie budziłoby wątpliwości, gdyby nie nowelizacja kodeksu karnego ustawą z dnia 5 listopada 2009 r.¹², która weszła w życie dnia 8 czerwca 2010 r. (czyli po popełnieniu omawianego czynu). Ustawodawca wprowadził do kodeksu karnego art. 191a k.k., który penalizuje utrwalanie wizerunku nagej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej poprzez używanie w tym celu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny wobec tej osoby, oraz rozpowszechnianie wizerunku nagej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody.

Wydaje się jasne, że w aktualnym stanie prawnym zachowanie Jacka J. wyczerpuje znamiona art. 191a § 1 k.k. (utrwalanie wizerunku nagej osoby w trakcie czynności seksualnej), przy czym przemoc wobec kobiety została zastosowana przez pozostałe osoby uczestniczące w zajściu (współsprawstwo). Ponieważ jednak w czasie czynu przepis ten nie obowiązywał, trzeba rozważyć dwie możliwości związane z jego prawnym charakterem.

Jeżeli art. 191a § 1 k.k. jest typem kwalifikowanym w stosunku do art. 191 § 1 k.k. (zwiększona zawartość bezprawia z uwagi na okoliczności opisane w pierw-

¹⁰ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 roku, I KZP 11/03, OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 89.

¹¹ Zob. P. Kardas, *Kodeks...*, op. cit., s. 383 i cytowanych tam autorów.

¹² Zob. cyt. ustawę z 2009 roku, Dz.U., Nr 206, poz. 1589.

2/2011

szym z tych przepisów), to nie ma przeszkód, aby zachowanie Jacka J. – aktualnie wyczerpujące znamiona typu kwalifikowanego – uznać za dokonanie czynu z art. 191 § 1 k.k.

Jeżeli art. 191a § 1 k.k. objął zakresem penalizacji zachowania wcześniej niekaralne, to czyn Jacka J. w chwili jego popełnienia nie wyczerpywał znamion art. 191 § 1 k.k.

W literaturze można spotkać odmienne opinie na ten temat¹³. Z uzasadnienia projektu nowelizacji wynika natomiast, że projektodawca postrzegał wprowadzone rozwiązanie jako swoiste *novum* w zakresie kryminalizacji tego rodzaju zachowań¹⁴.

Sądzę, że racja leży po stronie M. Filara, który uważa, że większość zachowań typizowanych przez art. 191a § 1 k.k. była już objęta kryminalizacją w ramach art. 191 § 1 k.k.¹⁵ Przemawia za tym przede wszystkim rezultat językowej i celowościowej wykładni art. 191 § 1 k.k.

Należałoby więc opowiedzieć się za pierwszą z zaproponowanych opcji. Pokrzywdzona niewątpliwie została zmuszona do znoszenia stanu, którego pragnęłaby uniknąć. W tym świetle Jacek J. mógłby odpowiadać za współsprawstwo czynu z art. 191 § 1 k.k., natomiast w stosunku do osób realizujących tym samym czynem znamiona zgwałcenia zbiorowego, zachodziłby zbieg przepisów – pomijalny bądź pozorny – rozstrzygnięty poprzez zakwalifikowanie ich czynu z przepisu bardziej szczegółowo opisującego przestępne zmuszenie innej osoby do określonego zachowania (w tym wypadku zgwałcenie).

Podsumowując powyższe analizy, staje się jasne, że Sąd Apelacyjny w Białymstoku nie rozważył wszystkich dostępnych możliwości związanych z subsumcją stanu faktycznego pod przepis ustawy. Tymczasem Jacek J. mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za: (1) usiłowanie pomocnictwa do zgwałcenia zbiorowego (to bez żadnych wątpliwości), (2) zgwałcenie grupowe ze szczególnym okrucieństwem, (3) zmuszenie innej osoby do znoszenia określonego stanu (we współsprawstwie).

Zaprezentowane uwagi warto do pewnego stopnia zgeneralizować i przedstawić w formie ogólnych wytycznych, które mogłyby stanowić punkt odniesienia dla rozstrzygnięcia w przyszłości podobnych stanów faktycznych.

¹³ Zob. M. Filar (w:) M. Bojarski, M. Filar, W. Filipkowski, O. Górniok, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E. Plywaczewski, W. Radecki, Z. Sienkiewicz, Z. Siwik, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, *Kodeks karny. Komentarz*, (red.) M. Filar, Warszawa 2010, s. 921; M. Królikowski (w:) M. Fleming, M. Królikowski, B. Michalski, W. Radecki, R.A. Stefański, J. Warylewski, A. Wąsek, J. Wojciechowska, J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Część szczególna, T. I, Komentarz do art. 117-221*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 861; M. Mozgawa (w:) M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, (red.) M. Mozgawa, Warszawa 2010, s. 391.

¹⁴ Zob. uzasadnienie *Rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw*, Druk Sejmowy VI Kadencji, nr 1394 z dnia 21 listopada 2008 roku.

¹⁵ M. Filar, op. cit., s. 921.

Sądzę, że na podstawie przeprowadzonych rozważań można sformułować następujące tezy:

1) Utrwalanie wizerunku nagiej osoby w trakcie czynności seksualnej, poprzez użycie wobec niej przemocy, realizuje znamiona art. 191a § 1 k.k., który wszedł w życie dnia 8 czerwca 2010 r. Przedtem zachowania te były penalizowane w ramach typu podstawowego z art. 191 § 1 k.k.

2) Rejestrowanie przebiegu zgwałcenia za pomocą środków audiowizualnych nie stanowi realizacji znamion przedmiotowych przestępstwa zgwałcenia w typie podstawowym, w tej sytuacji nie ma więc podstaw do przyjęcia współsprawstwa zgwałcenia w myśl koncepcji formalnoobiektywnej.

3) W myśl koncepcji materialnoobiektywnej opisane zachowanie mogłoby prowadzić do odpowiedzialności za współsprawstwo zgwałcenia, o ile spełniałoby kryterium „istotności” wkładu w dokonanie czynu zabronionego.

W omawianym przypadku istotność wkładu ma miejsce w sytuacji, w której element audiowizualnej rejestracji zdarzenia jest pierwszoplanowym motywem dokonania zgwałcenia. Sprawcy muszą w pierwszym rzędzie kierować się chęcią sfilmowania aktu zgwałcenia bądź to dla upokorzenia ofiary w ten właśnie sposób, bądź do zdobycia swego rodzaju „trofeum” z dokonanego czynu itp. Chęć nagrania przebiegu zgwałcenia musi więc być jednym z powodów ataku na dobro prawne, chronione w art. 197 § 1 oraz 3 k.k., czyli wolność seksualną człowieka.

„Bierna” rejestracja zdarzenia przez obserwatora stojącego niejako „z boku” nie stanowi warunku, bez którego zgwałcenie nie mogłoby się odbyć (w ogóle albo w sposób, w jaki *in concreto* zostało dokonane), a więc nie jest „istotnym” wkładem w dokonanie tego przestępstwa. Wydaje się, że zachowanie operatora kamery musi cechować się pewnym zaangażowaniem w wykonywaną czynność i znajdować aprobatę po stronie wykonawców bezpośrednich.

4) Rejestrowanie przebiegu zgwałcenia za pomocą środków audiowizualnych w pewnych okolicznościach może być uznane za szczególne okrucieństwo, a więc realizację znamienia kwalifikującego, określonego w art. 197 § 4 k.k., i prowadzić do odpowiedzialności za zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem po stronie sprawcy pojedynczego, gdy własnoręcznie rejestruje on zajście, czy wszystkich współsprawców gwałtu działających w porozumieniu z taką osobą. W myśl koncepcji formalnoobiektywnej, w takiej sytuacji osoba filmująca gwałt realizuje jedno ze znamion przedmiotowych czynu zabronionego i może zostać uznana za współsprawcę szczególnie okrutnego zgwałcenia zbiorowego.

Aby czyn w takim wypadku cechował się szczególnym okrucieństwem, przede wszystkim ofiara musi zdawać sobie sprawę z tego, że całe zajście jest nagrywane, oraz powinny wystąpić dodatkowe okoliczności związane z użyciem przez sprawców właśnie takiego sposobu zintensyfikowania okrucieństwa zgwałcenia, np. zapowiedzi zamieszczenia nagrania w Internecie, podkreślanie faktu rejestracji zdarzenia, dostosowywanie się przez gwałcicieli do „wskazówek” operatora kamery), które wywołują u ofiary ponadprzeciętnie negatywne przeżycia

psychiczne (lęk przed publicznym upokorzeniem bądź innymi konsekwencjami czynu itp.), wykraczające poza zwyczajne okrucieństwo związane z niemal każdym zgwałceniem.

W takim wypadku dokonane zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem konsumuje realizację znamion art. 191a § 1 k.k. (pomijany zbieg przepisów).

Truizmem będzie stwierdzenie, że oskarżony dopuścił się zachowania wysoce nagannego i bezprawnego. Sąd Apelacyjny w Białymstoku uznał, że Jacek J. powinien ponieść za nie odpowiedzialność na równi ze sprawcami wykonawczymi, opierając się na materialnoobiektywnej koncepcji współsprawstwa, która na dzień dzisiejszy broni się przede wszystkim tym, że jest powszechnie aprobowana w orzecznictwie.

Analizowana sprawa ukazuje w jasnym świetle niektóre z praktycznych konsekwencji, do jakich prowadzi konstrukcja materialnoobiektywnych kryteriów współsprawstwa. Nadmierna koncentracja na wątku współsprawstwa zgwałcenia spowodowała, że sądowi umknęło kilka możliwości zakwalifikowania czynu Jacka J. jako innego przestępstwa. W efekcie przyjętej w omawianym judykacie strategii interpretacyjnej mogło się wydawać, że jedyną alternatywą było uniewinnienie Jacka J. od popełnienia zarzucanego mu czynu zgwałcenia zbiorowego i w efekcie całkowite uwolnienie go od odpowiedzialności karnej. Jak starano się wykazać, nie jest to prawda.

Na błędne rozstrzygnięcie analizowanej sprawy w pewnym sensie miał również wpływ ustawodawca. Nowelizacja wprowadzająca do kodeksu karnego nowy typ przestępstwa z art. 191a § 1 k.k. mogła sugerować, że czyn oskarżonego nie był uznawany za karalny w dniu jego popełnienia. Jak powiedziano, pogląd ten nie wydaje się słuszny.

Wątpliwości może budzić stwierdzenie, że osoba nierealizująca żadnego znamienia czynu zabronionego: niestosująca przemocy, groźby bezprawnej ani podstępów oraz niedoprowadzająca poprzez to do poddania się przez inną osobę czynności seksualnej ani fizycznie niewykonująca tej czynności, a tylko filmująca zgwałcenie wykonywane przez inną osobę, jest w pełnym tego słowa znaczeniu sprawcą zgwałcenia zbiorowego. Są to wątpliwości nie tylko natury semantycznej (czy osoba ta „sprawiała” gwałt?) i sprawiedliwościowej (czy powinna odpowiadać na równi z „własnoręcznymi” wykonawcami czynu?), ale przede wszystkim dogmatycznej, związanej z analizą wykładniczą tekstu ustawy karnej (czy nie jest to wykładnia rozszerzająca na niekorzyść oskarżonego?).

Koncepcja formalnoobiektywna opiera się na bardziej stabilnym niż jej konkurentki fundamencie, a jest nim ustawowe określenie sprawstwa. Sądzę zatem, że uznanie analizowanego czynu za niekaralny w obrębie przepisów art. 197 k.k. – przy braku w czynie cech szczególnego okrucieństwa – lepiej odpowiadałoby treści normy sankcjonującej zgwałcenie „wspólnie” z inną osobą, w kontekście przesłanek współsprawstwa w rozumieniu art. 18 § 1 zdanie 2 k.k. Z tego powodu analizowany wyrok i jego uzasadnienie nie zasługują na aprobatę.

STRESZCZENIE

Sąd Apelacyjny w Białymstoku uznał, że osoba, która za pomocą telefonu komórkowego rejestruje przebieg zgwałcenia dokonywanego przez inną osobę, jest współsprawcą gwałtu zbiorowego. Celem rozważań przeprowadzonych w głosie jest *in concreto* ukazanie mankamentów analizowanego orzeczenia, w wymiarze ogólnym zaś krytyczna ocena koncepcji materialno-obiektywnej i mieszanej współsprawstwa, na których oparł się sąd apelacyjny. Nadmierna koncentracja na wątku współsprawstwa zgwałcenia spowodowała, że sędziwi umknęły inne możliwości pociągnięcia oskarżonego do odpowiedzialności karnej. Efektem przeprowadzonych analiz jest: wskazanie czynów zabronionych, w świetle których można było rozpatrywać odpowiedzialność oskarżonego; próba sformułowania ogólnych wytycznych, które mogłyby stanowić punkt odniesienia dla rozstrzygania w przyszłości podobnych stanów faktycznych; niejako na marginesie zwrócenie uwagi na nowy typ przestępstwa z art. 191a § 1 k.k., którego znamiona wyczerpało zachowanie oskarżonego.

SUMMARY

The Court of Appeal in Białystok decided that a person who with the use of a cellular telephone records the course of rape being committed by another person is a co-perpetrator of a group rape. The aim of the gloss analysis *in concreto* is to show deficiencies of the analyzed decision and in general to critically assess the substantial-objective and mixed concept of co-perpetration on which the Court of Appeal based its decision. The excessive concentration on the theme of rape co-perpetration caused that other possibilities of prosecuting the accused escaped the Court's attention. The conducted analysis results in (1) a presentation of forbidden acts in the light of which the liability of the accused could have been examined; (2) an attempt to formulate general guidelines that could be a point of reference for decision making in similar states of affairs in the future; (3) marginally in a way, focusing on a new type of crime under Article 191a § 1 of the penal code which has all the features that the accused person's behavior showed.