

**WYROK Z DNIA 26 PAŹDZIERNIKA 2001 R.
(WA 25/01)**

1) Nie każda ingerencja w narządy płciowe innej osoby, poprzedzona użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem, musi pociągnąć za sobą dla sprawcy takiego zachowania odpowiedzialność karną na podstawie art. 197 § 2 k.k., warunkiem bowiem niezbędnym do wypełnienia znamion tego czynu, jest również i to, by zachowanie sprawcy miało „charakter seksualny”, to jest wiązało się z jakąś formą zaspokożenia lub pobudzenia popędu płciowego.

2) W wypadku, w którym przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nie przekraczającą 5 lat, zamiast tej kary, w stosunku do żołnierza, sąd może orzec karę ograniczenia wolności tylko w wyniku podwójnej komutacji na podstawie art. 330 k.k. w zw. z art. 329 k.k., nigdy zaś wprost na podstawie art. 58 § 3 k.k.

*Przewodniczący: sędzia SN płk J. Steckiewicz
(sprawozdawca).*

Sędziowie SN: płk M. Buliński, płk J. Medyk.

*Prokurator Naczelnej Prokuratury Wojskowej: płk F.
Szymański.*

Sąd Najwyższy po rozpoznaniu w dniu 23 października 2001 r. na rozprawie sprawy: ppor. Rafała K., chor. Romana K., chor. Mariusza K., skazanych nieprawomocnie za popełnienie przestępstw określonych w art. 352 § 1 w zw. z art. 352 w zb. z art. 157 § 2 k.k. i art. 193 k.k. (...), st. plut. Tomasza M., skazanego nieprawomocnie za popełnienie przestępstw określonych w art. 191 § 1 w zb. z art. 157 § 2 k.k. oraz art. 193 k.k. (...) z powodu apelacji na niekorzyść, wniesionych przez prokuratora i oskarżyciela posiłkowego od wyroku Wojskowego Sądu Okręgowego w P. z dnia 13 lipca 2001 r. zmienił zaskarżony wyrok przez:

przyjęcie za podstawę wymiaru kary ograniczenia wolności ppor. Rafałowi K., chor. Romanowi K., chor. Mariuszowi K. i st. plut. Tomaszowi M. zamiast art. 58 § 3 k.k. – art. 330 k.k. w zw. z art. 329 k.k. (...).

Z uzasadnienia:

Nieprawomocnym wyrokiem Wojskowego Sądu Okręgowego w P. z dnia 13 lipca 2001 r., skazani zostali:

I. ppor. Rafał K. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 352 § 1 k.k. w zw. z art. 353 k.k. w zb. z art. 157 § 2 k.k. i art. 193 k.k. (...), na karę 9 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem pozostawania w czasie od zakończenia zajęć służbowych do capstrzyku w poniedziałki i wtorki każdego tygodnia w miejscu wskazanym przez dowódcę macierzystej jednostki oraz nawiązkę w kwocie 2000 złotych na rzecz pokrzywdzonego (...);

II. chor. Roman K. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 353 § 1 w zw. z art. 353 w zb. z art. 157 § 2 i art. 193 k.k. (...), na karę 12 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem pozostawania w czasie od zakończenia zajęć służbowych do capstrzyku we wtorki i środy każdego tygodnia w miejscu wskazanym przez dowódcę macierzystej jednostki oraz nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego w kwocie

2000 zł (...);

III. chor. Mariusza K. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 352 § 1 w zw. z art. 353 w zb. z art. 157 § 2 i art. 193 k.k. (...), na karę 12 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem pozostawania w czasie od zakończenia zajęć służbowych do capstrzyku w środy i czwartki każdego tygodnia w miejscu wskazanym przez dowódcę macierzystej jednostki wojskowej oraz nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego w kwocie 2000 zł (...);

IV. st. plut. Tomasza M. za popełnienie przestępstwa określonego w art. 191 § 1 w zb. z art. 157 § 2 k.k. (...) na karę 6 miesięcy ograniczenia wolności z obowiązkiem pozostawania w czasie od zakończenia zajęć służbowych do capstrzyku w czwartki i piątki każdego tygodnia w miejscu wskazanym przez dowódcę macierzystej jednostki i nawiązkę na rzecz pokrzywdzonego w kwocie 2000 zł (...).

Podstawą wymiaru kary ograniczenia wolności był art. 58 § 3 k.k. (...).

Apelację od tego orzeczenia na niekorzyść wszystkich oskarżonych wnieśli prokurator i pełnomocnik oskarżyciela posiłkowego. (...)

Sąd Najwyższy zważył, co następuje :

1. Sąd Najwyższy nie podziela poglądu wyrażonego w apelacjach prokuratora i oskarżyciela posiłkowego, że dla bytu przestępstwa określonego w art. 197 § 2 k.k. nie ma znaczenia cel działania sprawcy. Nie aprobeuje tym samym twierdzenia, że ingerencja w okolice krocza innej osoby, połączona z dotykaniem narządów płciowych, w każdym przypadku, nawet wówczas, gdy z ustaleń faktycznych wynika – jak niniejszej w sprawie, że zachowanie sprawców było grubiańskim żartem, uznane być musi za wypełnienie znamienia poddania się „innej czynności seksualnej”.

Sąd Najwyższy rozpoznający niniejszą sprawę widzi potrzebę wyraźnego rozróżnienia – jeżeli chodzi o cel działania sprawcy – czynów sklasyfikowanych w § 1 i 2 art. 197 k.k., w ten sposób, że dla oceny, czy dane zachowanie było, czy też nie było wypełnieniem znamienia „inna czynność seksualna”, niezbędne jest określenie motywów działania. Tylko bowiem wykazanie, że zachowanie oskarżonych zmierzało do pobudzenia lub zaspokojenia popędu płciowego w inny sposób niż obcowanie płciowe, jest warunkiem niezbędnym do przypisania popełnienia przestępstwa określonego w art. 197 § 2 k.k.

Kodeks karny w art. 197 rozróżnia dwa przestępstwa. Pierwsze z nich polega na doprowadzeniu – w wyniku użycia przemocy, groźby bezprawnej lub podstępnie – innej osoby do „obcowania płciowego” (§ 1), drugie zaś – poddania się (albo wykonania) „innej czynności seksualnej”.

Interpretacja czynu stypizowanego w art. 197 § 1 k.k. nie budzi większych wątpliwości. Przyjmuje się zatem, że obcowanie płciowe obejmuje swym przedmiotowym zakresem przede wszystkim akty spółkowania oraz inne czynności seksualne stanowiące ich surogaty, traktowane przez sprawcę jako ekwiwalentne i równoważne spółkowaniu (patrz: M. Filar: Przesłępstwa seksualne w nowym kodeksie karnym. Krótkie komentarze, z. 2, s. 19, Warszawa 1997). Zgodzić się też należy z poglądem, że zaspokojenie popędu płciowego nie jest immanentną cechą zgwałcenia określonego w art. 197 § 1 k.k., a zatem zachowanie sprawcy może mieć również motywy pozaseksualne.

W przekonaniu Sądu Najwyższego zgoła inna powinna być, jeżeli chodzi o cel działania sprawcy, ocena zachowania stypizowanego w art. 197 § 2 k.k., chyba niezbyt fortunnie nazywanego również zgwałceniem (patrz: A. Marek: Kodeks

karny część szczególna. Komentarz, Warszawa 2000, s. 144).

Sąd Najwyższy określił już, co należy rozumieć przez pojęcie „inna czynność seksualna” (uchwała z dnia 19 maja 1999 r. OSNKW 1999, z. 7–8, poz. 37). Wyrażony w tej uchwale pogląd, co do istoty jest aprobowany przez naukę (zob. glosa J. Warylewskiego OSP 1999, z. 12, poz. 224).

Sąd Najwyższy rozpoznający niniejszą sprawę podziela w pełni zapatrywanie wyrażone w powołanej uchwale, mając jednak na uwadze, że niektóre określenia w niej użyte, np. „seksualne zaangażowanie ofiary”, nie są ściśle i stwarzają podstawy do ich interpretacji. W szczególności za trafne i niezwykle cenne dla praktyki orzeczniczej uznaje uzasadnienie tej uchwały, w której zwraca się uwagę, że przy ustalaniu znamienia „innej czynności seksualnej” nie można pomijać ocen o charakterze podmiotowym, które niejednokrotnie, *in concreto*, wręcz mogą przesądzać o prawnej ocenie (kwalifikacji prawnej) zachowania sprawcy. Nie pozbawione racji jest też zwrócenie uwagi, że również oceny kulturowe mogą mieć znaczenie dla uznania jakiejś czynności za seksualną w rozumieniu kodeksu karnego.

Zawężone, zbyt formalne, ograniczone tylko do oceny strony przedmiotowej czynu zachowanie sprawcy – jak chcą tego autorzy apelacji – niepotrzebnie rozszerzałoby zakres odpowiedzialności karnej z art. 197 § 2 k.k., poza intencje ustawodawcy, a niekiedy również poza zdrowy rozsądek.

Ponieważ autorzy obu apelacji, na poparcie swych twierdzeń, powołali się na postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2001 r. (OSNKW 2001, z. 7–8, poz. 53), stwierdzić należy, że zostało ono przez nich odczytane (zinterpretowane) zbyt powierzchownie. Nie ulega bowiem 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., a w takiej sytuacji cel działania sprawcy rzeczywiście nie byłby istotny.

Odnosząc to do realiów rozpoznawanej sprawy Sąd Najwyższy stwierdza, że zachowania oskarżonych zasadnie uznano za niewyczerpujące pojęcie „zgwałcenia”, którym posługuje się art. 197 § 3 k.k. i które odnosi się także do zachowania określonego w art. 197 § 2 k.k.

Doprowadzenie innej osoby do poddania się czynności seksualnej albo wykonanie takiej czynności, nie będącej obcowaniem płciowym, to zachowanie polegające na przedsięwzięciu różnych działań cielesnych o charakterze seksualnym w stosunku do innej osoby, zmierzające do zaspokojenia lub pobudzenia popędu płciowego. W omawianym przepisie chodzi bowiem o czynność o charakterze seksualnym, która ma związek z życiem płciowym, a czegoś takiego w niniejszej sprawie nie ustalono.

Autorzy apelacji nie kwestionują tego, że oskarżeni „dla żartu”, wyrażając jednocześnie dezaprobatę do planów pokrzywdzonego zostania żołnierzem zawodowym, postanowili zadrwić z niego i dokuczyć mu. Żaden ze sprawców nie dążył też do zaspokojenia lub pobudzenia swojego popędu płciowego. Wykonane przez nich czynności – ogolenie krocza i (przy okazji) dotykanie członka pokrzywdzonego oraz spryskanie go płynem, nie było „czynnością seksualną”, a zatem chociaż doszło do bezpośredniego kontaktu ciała sprawców z organami płciowymi pokrzywdzonego, to jednak zachowania takiego, ze względu na brak „seksualnego zaangażowania”, nie można było zakwalifikować z art. 197 § 2 k.k.

Reasumując: Nie każda ingerencja w narządy płciowe innej osoby, poprzedzona użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem, musi pociągać za sobą dla sprawcy takiego zachowania odpowiedzialność karną na podstawie art. 197 § 2 k.k., warunkiem bowiem niezbędnym do wypełnienia znamion tego czynu jest również i to, aby zachowanie sprawcy miało „charakter seksualny”, to jest wiązało się z jakąś formą zaspokojenia lub pobudzenia popędu płciowego.

2. Apelację prokuratora w części kwestionującej zasadność przyjętej przez sąd pierwszej instancji za podstawę orzeczenia wobec oskarżonych kar ograniczenia wolności art. 58 § 3 k.k., zamiast art. 330 k.k. w zw. z art. 329 k.k., trzeba uznać za słuszną.

Sąd w wyroku zaskarżonym apelacjami nie uzasadnił swojego stanowiska, nie wiadomo zatem, dlaczego uznał za możliwe orzeczenie wobec żołnierzy kary ograniczenia wolności na podstawie art. 58 § 3 k.k., a nie – jak należało – na podstawie przepisów przewidzianych dla żołnierzy, tj. zawartych w części wojskowej kodeksu karnego.

W myśl art. 317 § 1 k.k., przepisy części ogólnej i szczególnej kodeksu karnego stosuje się do żołnierzy, jeżeli część wojskowa tego kodeksu nie zawiera przepisów odmiennych. Przepisem odmiennym, o jakim mowa w art. 317 § 1 k.k., jest niewątpliwie taki przepis części wojskowej, który reguluje tę samą kwestię, lecz czyni to inaczej.

Przykładem tego mogą być art. 329 k.k. i korespondujący z nim art. 330 k.k., które to przepisy z części wojskowej kodeksu karnego regulują tę samą zasadniczą kwestię, co art. 58 § 3 k.k. i uzupełniający go art. 58 § 4 k.k. – należące do części ogólnej, a mianowicie, jakie kary i pod jakimi warunkami sąd może orzec zamiast przewidzianej w sankcji za określone przestępstwo kary pozbawienia wolności, jeżeli ustawowe zagrożenie nią nie przekracza 5 lat. Według art. 58 § 3 k.k. sąd może w takim wypadku orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności, w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny, z wyłączeniem jednak sytuacji przewidzianej w art. 58 § 4 k.k., tj. wówczas gdy sprawca występku umyślnego był uprzednio skazany na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 6 miesięcy bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Natomiast według art. 329 k.k., w takim wypadku, w stosunku do żołnierza, sąd może orzec karę aresztu wojskowego i to pod warunkiem, że wymierzona kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza niż 2 lata, zaś spośród kar wskazanych w art. 58 § 3 k.k. – co wynika z art. 330 k.k. – tylko karę ograniczenia wolności, a i to dopiero wtedy, gdyby kara aresztu wojskowego nie była surowsza od roku, za to bez ograniczenia przewidzianego w art. 58 § 4 k.k.

Trzeba zatem przyjąć, że chociaż art. 329 k.k. i art. 330 k.k. regulują tę samą kwestię, co art. 58 § 3 k.k. i uzupełniający go art. 58 § 4 k.k., to jednak czynią to inaczej, czyli stanowią odmiennie.

W konsekwencji, zgodnie z regułą zawartą w art. 317 § 1 k.k., należy uznać, że stosowanie art. 58 § 3 k.k. i art. 58 § 4 k.k. wobec żołnierzy jest wyłączone. Nie powinno to zresztą dziwić, gdy się zważy, że kara ograniczenia wolności w postaci przewidzianej dla żołnierzy pod wieloma względami różni się od kary ograniczenia wolności w postaci przewidzianej dla osób nie będących żołnierzami (por. art. 34 i 323 k.k.).

Przedstawione rozważania upoważniają do wyrażania poglądu, iż w wypadku, w którym przestępstwo zagrożone jest karą pozbawienia wolności nie przekraczającą 5 lat, zamiast tej kary, w stosunku do żołnierza, sąd może orzec karę ograniczenia

wolności tylko w wyniku podwójnej komutacji na podstawie art. 330 k.k. w związku z art. 329 k.k., nigdy zaś wprost na podstawie art. 58 § 3 k.k.

Ponieważ sąd pierwszej instancji w zaskarżonym wyroku postąpił odwrotnie i za podstawę wymiaru kary ograniczenia wolności przyjął art. 58 § 3 k.k., to Sąd Najwyższy dokonał stosownej zmiany tego orzeczenia, uznając, że samo wymierzenie oskarżonym żołnierzom tych kar było trafne i uzasadnione. (...)