

KRZYSZTOF SZCZUCKI



## KONSTRUKCJA ZGODY DYSPONETA DOBREM I JEJ ZNACZENIE DLA PRAWA KARNEGO W ŚWIETLE ANGŁOSASKIEJ KULTURY PRAWNEJ

### Wstęp

Pojęcie zgody jest przywoływane w polskiej literaturze prawa karnego w różnych kontekstach przez różnych autorów. Zgoda jest zwykle rozumiana jako instrument wyłączający istotę czynu albo bezprawność<sup>1</sup>. Niezależnie jednak od próby umiejscowienia zgody w strukturze przestępstwa, warto zwrócić uwagę na rozumienie samego pojęcia zgody, jej definicji, warunków zaistnienia, czy też przesłanek nie pozwalających na zakwalifikowanie określonego stanu faktycznego jako zgody wywołującej określone skutki prawne.

W tym miejscu warto przywołać stan faktyczny prezentujący koncepcję zgody, by móc wyobrazić sobie, jakie znaczenie ma jej zastosowanie w prawie karnym. 17 września 1972 r. w Teksasie, we wczesnych godzinach rannych, Elizabeth Wilson, dwudziestopięcioletnia kobieta, wróciła do domu i położyła się spać. Po kilku godzinach snu obudził ją hałas. Kiedy zapaliła światło, zobaczyła mężczyznę trzymającego nóż. Kobieta natychmiast pobiegła do łazienki, zamknęła drzwi i podjęła próbę zadzwonienia na numer alarmowy. W tym samym czasie mężczyzna (Joel Valdez) wyłamał drzwi, wyrwał telefon z rąk kobiety i, cały czas trzymając nóż, nakazał kobiecie rozpoczęcie aktu płciowego. Elizabeth Wilson w strachu przed zakażeniem wirusem HIV, powiedziała, że zgodzi się na podjęcie współżycia, o ile Valdez użyje prezerwatywy. Tak też się stało. Po opuszczeniu mieszkania przez mężczyznę Elizabeth natychmiast zaalarmowała sąsiadów. Przed zakończeniem postępowania karnego ława przysięgłych otrzymała instrukcję, która mówiła, że zgodnie z prawem obowiązującym w Teksasie zgoda wyłącza

---

<sup>1</sup> Por. Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, (w:) „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 37 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 124 i n.; A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 89 i n.; A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, (w:) „Państwo i Prawo” 1972, nr 3, s. 81 i n.; A. Gubiński, *Zgoda pokrzywdzonego*, (w:) „Państwo i Prawo” 1970, nr 7, s. 55 i n.

możliwość skazania za przestępstwo zgwałcenia. Po naradzie ława przysięgłych nie zgodziła się na przypisanie mężczyźnie przestępstwa zgwałcenia<sup>2</sup>.

Werdykt ławy przysięgłych intuicyjnie wydaje się rażąco niesprawiedliwy. Wskazuje on jednak, jakie skutki może przynieść posługiwanie się konstrukcją, która rozumiana jest jedynie powierzchownie. Zgoda jest pojęciem, którym posługujemy się na co dzień, w różnych aspektach życia. Posługiwanie się koncepcją zgody w życiu codziennym nie wymaga jej definiowania, budowania zespołu warunków umożliwiających jej zastosowanie. Problem pojawia się jednak wtedy, gdy chcemy wykorzystać instrument życia codziennego w konstruowaniu jakiegoś rozwiązania prawnego, co pociąga za sobą konieczność takiego zdefiniowania określonej koncepcji, by była ona tak samo rozumiana przez prawodawców, stosujących prawo oraz podmioty mające zgodnie z tym prawem postępować<sup>3</sup>.

Licznych opracowań, również w polskiej nauce prawa, doczekała się głównie koncepcja zgody na zabieg leczniczy<sup>4</sup>. W związku z tym świadomie pomijam tę problematykę.

Zagadnienie konstrukcji zgody dysponenta dobrem jest przedmiotem licznych debat i sporów doktrynalnych w obszarze anglosaskiej kultury prawnej. Wypracowane tam założenia i wnioski wydają się bardzo interesujące i na tyle uniwersalne, że warto na ich podstawie spróbować zrekonstruować instrument zgody. Celem niniejszego opracowania, oprócz omówienia konstrukcji zgody, jest próba wypracowania wniosków o charakterze *de lege ferenda*, które mogą lub też powinny być przyjęte na gruncie polskiego prawa karnego. Podobnie, jak przedstawiciele doktryny anglosaskiej, rozważania teoretyczne obrazuję przykładowymi stanami faktycznymi, które pozwalają na pełniejsze zrozumienie zagadnienia oraz utwierdzają w przekonaniu, że wskazane wątpliwości nie mają charakteru jedynie teoretycznego. Przywołane przeze mnie stany faktyczne, mające swoje źródło głównie w piśmiennictwie i judykatach angielskich i amerykańskich, dotyczą przede wszystkim przestępstw przeciwko wolności seksualnej. Jest to uzasadnione tym, iż głównie tych przestępstw dotyczy wskazana debata, a ponadto przyczynia się również do tego kierunku feministyczny w prawie, który kształtuje się w tych państwach.

---

<sup>2</sup> P. Westen, *The Logic of Consent*, Aldershot 2004, s. 1–3.

<sup>3</sup> Jak wskazuje P. Westen za H.L.A. Hartem, pisząc o pojęciu takim jak zgoda: „We may have adequate mastery of them for the purpose of their day-to-day use; and yet they still require elucidation; for we are puzzled when we try to understand our own conceptual apparatus. We may know how to use these concepts, but we cannot say how or describe how we do this in ways which are intelligible to others and indeed to ourselves” (H.L.A. Hart, *Analytical Jurisprudence in Mid-Twentieth Century: A Reply to Professor Bodenheimer*, (w:) „University of Pennsylvania Law Review” 1957, nr 105, s. 964, cyt. za: P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 3).

<sup>4</sup> Por. m.in. J. Bujny, *Prawa pacjenta. Między autonomią a paternalizmem*, Warszawa 2007; T. Dukiet-Nagórska, *Autonomia pacjenta a polskie prawo karne*, Warszawa 2008.

## Konstrukcja zgody

Posługiwanie się koncepcją zgody bierze swój początek z podejścia respektującego autonomię jednostki i traktującego poszczególne jednostki jako równe sobie<sup>5</sup>. Konstrukcja zgody pozwala jednostce na samodzielne decydowanie o dobrach jej dotyczących, w związku z czym wyłącznie jednostka dysponująca danym dobrem może podjąć decyzję pozwalającą innemu podmiotowi na ingerencję w obszarze dobra objętego jej autonomią. Zgoda może obejmować swoim zakresem jedynie dobra znajdujące się w dyspozycji danej jednostki, zachodzi tu zatem pewna analogia do łacińskiej paremii przywoływanej w obrocie cywilnoprawnym: *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse haberet*. Tak jak co do zasady nie można przenieść na drugiego praw do czyjejś rzeczy (prawa własności, użytkowania itd.), tak też nie można umożliwić jakiegokolwiek podmiotowi ingerencji w dobro, które nie znajduje się w obszarze kontrolowanym przez daną jednostkę, tj. w obszarze jej autonomii.

Jak już wcześniej zauważono, zgoda w zakresie swojej funkcji ma szczególne znaczenie, bowiem wiąże się z nią skutek zmiany moralnej i prawnej oceny relacji zachodzących pomiędzy osobami wyrażającymi zgodę lub też tymi, których ta zgoda dotyczy<sup>6</sup>. Rozumienie zgody powinno odbywać się dwustopniowo, co oznacza, że w pierwszej kolejności powinniśmy badać zgodę jako zjawisko faktyczne, a dopiero po stwierdzeniu jej zaistnienia przejść do zbadania zgody od strony normatywnej, tj. przesłanek warunkujących jej prawną relewantność<sup>7</sup>. Wagę tego rozróżnienia i możliwe konsekwencje ewentualnego błędu w tym aspekcie podkreśla rozstrzygnięcie w cytowanej we wstępie sprawy rozstrzyganej w Teksasie, w której ława przysięgłych uznała, że Joe Valdez nie jest winny zgwałcenia Elizabeth Wilson, ponieważ wyraziła ona zgodę na współzycie płciowe. Otóż ława przysięgłych stwierdziła zaistnienie jedynie zgody w ujęciu faktycznym, natomiast zinterpretowała ją jako zgodę w ujęciu normatywnym, a zatem wyłączającą możliwość pociągnięcia Valdeza do odpowiedzialności za zgwałcenie<sup>8</sup>. Nie można mieć wątpliwości, że Elizabeth Wilson wyraziła zgodę w rozumieniu faktycznym, natomiast bez szczególnie skomplikowanych badań można stwierdzić, że jej zgoda nie spełniła warunków prawnej relewantności, o których będzie jeszcze mowa w dalszej części artykułu. Innymi słowy, wystąpienie zgody jedynie jako zjawiska faktycznego nie niesie za sobą jeszcze żadnych konsekwencji prawnych,

<sup>5</sup> J. McGregor, *Is It Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Aldershot 2005, s. 124.

<sup>6</sup> Szczególną wagę zgody podkreśla już tytuł artykułu Heidi Hurd (por. H. Hurd, *The moral magic of consent*, (w:) „Legal Theory” 1996, t. 2, z. 2, s. 121–146).

<sup>7</sup> Koncepcję ontologii zgody w oparciu o zaprezentowane tu ujęcie dwustopniowe konstruuje Peter Westen (por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit.).

<sup>8</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 9–10.

które następują dopiero poprzez nałożenie na tego rodzaju zjawisko pewnego schematu normatywnego (wedle koncepcji przyjętej w danym systemie prawnym).

Konstrukcja polegająca na wydzieleniu pewnej płaszczyzny faktycznej i zawężeniu odpowiedzialności tylko do jej części poprzez nałożenie siatki kryteriów normatywnych nie jest obca prawu karnemu oraz filozofii prawa karnego. Przykładem może być pojęcie czynu<sup>9</sup> czy też konstrukcja obiektywnego przypisania<sup>10</sup>. Podobny schemat rozumowania prezentuje także Anthony Duff wyprowadzający z pojęcia odpowiedzialności, odpowiedzialność faktyczną (*responsibility*) oraz odpowiedzialność prawną (*liability*)<sup>11</sup>. Autor posługuje się przykładem obrony koniecznej, kiedy to broniący się jest odpowiedzialny faktycznie (*responsible*) za pozbawienie życia zamachowca, niemniej nie jest odpowiedzialny karnie (*liable*). Jeżeli jednak okaże się, że przesłanki obrony koniecznej nie zostały spełnione, to odpowiedzialność faktyczna przekształci się w odpowiedzialność prawną, w tym wypadku karnoprawną.

Złożoną (dwustopniową) konstrukcję zgody z kilku powodów należy uznać za bardziej uzasadnioną. Przede wszystkim porządkuje ona proces myślenia o zgodzie, a co za tym idzie, badania, czy rzeczywiście miała ona miejsce. Pozwala to na uniknięcie takich błędów, o jakich była mowa na gruncie stanu faktycznego sprawy opisanej we wstępie. Ponadto ujęcie złożone podkreśla, że zgoda nie jest zjawiskiem mającym swój początek w konstrukcjach normatywnych. Jest ono, co dokładnie odbija się w dwustopniowym schemacie zgody, zjawiskiem powszechnym, doświadczanym na co dzień, na które prawo próbuje nałożyć pewne rozstrzygnięcia normatywne. Koncepcja oparta na jednolitym schemacie zgody fałszuje ten obraz, a ponadto wprowadza znaczne trudności w opisie przeżyć psychicznych i zachowań osób, których zgoda, na gruncie koncepcji złożonej, nie może być uznana za prawnie relewantną. Co więcej, teoria złożona słusznie uchyla się od oceny możliwości udzielenia zgody rozumianej jako fakt przez osobę, która z racji wieku lub też z powodu innych okoliczności jest traktowana

---

<sup>9</sup> Jak wskazuje M. Cieślak: „Należy zdać sobie sprawę, że w rzeczywistości obiektywnej nie ma czynów w postaci jakichś odrębnych, oddzielonych od siebie aktów. Istnieją tylko tak czy inaczej zachowujący się ludzie, i to ich zachowanie się, będące przecież wyrazem ich nieprzerwanej egzystencji, jest pewną ciągłością, złożoną z najróżnorodniejszych zlewających się ze sobą przejawów aktywności i bierności («działań» i «zaniechań»). W tej ciągłości, którą można by przyrównać do rzeki lub taśmy filmowej, dopiero obserwator (a może być nim nawet sam podmiot zachowania się) wyróżnia interesujące go fragmenty (wycinki) tak, jakby wycinał klatki w taśmie filmowej, i nazywa je »czynami«. Ta niezwykle ważna okoliczność, podkreśla dodatkowo konwencjonalność karnoprawnego pojęcia czynu, relatywizując i komplikując zarazem kwestie jego ekstensji i granic” (por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, op. cit., s. 149).

<sup>10</sup> „Dla obiektywnego przypisania skutku danemu podmiotowi nie wystarczy informacja, że jego zachowanie się spowodowało skutek, który odpowiada zespołowi znamion czynu zabronionego. Konieczne jest – mówiąc ogólnie – dodatkowe wartościowanie zachowania, które spowodowało skutek najczęściej w kontekście treści i celu normy prawa karnego, odnoszącej się do spowodowania ustawowo opisanego skutku” (M. Królikowski, *Komentarz do art. 1 k.k.*..., op. cit., s. 144).

<sup>11</sup> R.A. Duff, *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford 2007, s. 19 i n.

przez prawo w sposób szczególny, a prowadzi ona jedynie do wniosku, co zostało już kilkakrotnie podkreślone, że jej zgoda nie ma znaczenia legalizującego.

W literaturze wyróżnia się trzy zasadnicze podejścia do rozumienia zgody w ramach płaszczyzny faktycznej:

- 1) podejście wewnętrzne (*a subjective view*),
- 2) podejście zewnętrzne (*a performative view*),
- 3) podejście mieszane (*a hybrid view*)<sup>12</sup>.

## Zgoda jako fakt

### Zgoda jako przeżycie psychiczne

Podejście wewnętrzne polega na badaniu zjawiska zgody z punktu widzenia stanu psychicznego osoby ją wyrażającej. Innymi słowy, do zaistnienia zgody jest konieczne wewnętrzne przeżycie jednostki aprobujące określone zachowanie innego podmiotu wkraczającego w obszar jej autonomii. Takie rozumienie koncepcji zgody oznaczałoby, że w sytuacji, gdy kobieta, która w żaden zewnętrzny sposób nie okazuje zgody na obcowanie płciowe, podczas gdy jej psychika ukierunkowana jest na akceptację dążeń jej partnera, wyraża zgodę, która nie pozwoli na postawienie mężczyźnie zarzutu zgwałcenia tej kobiety. *A contrario*, jeżeli zachowanie kobiety sugeruje jej zgodę, niemniej jednak jej wewnętrzne przeżycie jest ukierunkowane na odmowę, to nie można mówić o zaistnieniu zgody, nawet jeżeli kobieta nie protestowała podczas podejmowanych przez mężczyznę działań, prowadzących do obcowania płciowego. Dla jeszcze pełniejszego zobrazowania tego podejścia do zagadnienia, czym jest zgoda, można wskazać stan faktyczny, w którym osoba zostawia na parkingu samochód z nadzieją, by ktoś go zabrał, ponieważ liczy na duże odszkodowanie. Zatem, jeżeli wewnętrzne podejście do zgody miałoby charakter obowiązujący, to osoba, która zabrała ten samochód w celu przywłaszczenia, zrobiła to za zgodą właściciela samochodu.

Do głównych zwolenników wewnętrznego podejścia do konstrukcji zgody należą Heidi Hurd oraz Larry Alexander. Zdaniem tych autorów, zgoda – o ile mamy na względzie zasadę autonomii jednostki – nie może być definiowana inaczej, jak tylko poprzez wolę danego podmiotu, bowiem autonomia przejawia się w możliwości wyrażenia woli zmiany moralnych praw i obowiązków innych osób względem niej. Zgodnie z tym założeniem zgoda jest instrumentem stojącym na straży autonomii osoby, który implikuje konsekwencje w postaci przekształcenia praw i obowiązków innych ludzi<sup>13</sup>. Innymi słowy, zgoda lub jej brak uzależniona

<sup>12</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 144; J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 116; D. Husak, *The Complete Guide to Consent to Sex: Alan Wertheimer's Consent to Sexual Relations*, (w:) „Law and Philosophy” 2006, nr 25.

<sup>13</sup> H. Hurd, *The Moral Magic...*, op. cit., (w:) „Legal Theory” 1996, t. 2, z. 2.

jest od stosunku woli podmiotu A do zachowania podmiotu B, zmierzającego do naruszenia obszaru autonomii podmiotu A.

Mimo że Heidi Hurd i Larry Alexander zgodnie opowiadają się za wewnętrznym podejściem do pojęcia zgody, różnią się jednak w ocenie kształtu, czy też kierunku przeżycia wewnętrznego składającego się na zgodę. Hurd twierdzi, iż owe przeżycie wewnętrzne polega na zaistnieniu intencji, by druga strona przekroczyła granice wyznaczone przez autonomię jednostki, co byłoby niedopuszczalne w przypadku braku zgody<sup>14</sup>. Alexander uważa natomiast, że intencją podmiotu wyrażającego zgodę (podmiot A) jest skłonienie drugiej osoby (podmiot B) do rezygnacji z ewentualnego moralnego oporu wobec wkroczenia w sferę autonomii, w sytuacji gdy podmiot B chciałby w tę sferę wkroczyć<sup>15</sup>.

Joan McGregor przytacza w przywołanej pracy wyrok brytyjski, który w obrazowy sposób przedstawia omawianą tu koncepcję zgody. Mężczyzna (nazwiskiem Malone) został oskarżony o zgwałcenie szesnastoletniej dziewczyny będącej pod wpływem środków odurzających. Gdy dziewczyna zorientowała się, że Malone zmierza do rozpoczęcia z nią obcowania płciowego, chciała zaprotestować, niemniej jednak wpływ środków odurzających jej to uniemożliwił. W trakcie procesu karnego oskarżony wskazywał, że zgoda, a także jej brak, powinna być zakomunikowana, tj. okazana drugiej osobie. Brytyjski *Court of Appeal* orzekł jednak, że z punktu widzenia prawa, zgoda jest przeżyciem wewnętrznym, wobec czego Malone dopuścił się zgwałcenia<sup>16</sup>.

Przeżycie psychiczne podmiotu A akceptujące dążenia podmiotu B nie powinno być utożsamiane z pragnieniem (*desire*) podmiotu A. W literaturze można spotkać przykład dwojga młodych ludzi, którzy chcieliby podjąć współżycie seksualne, niemniej jednak postanowili zachować wstrzeźliwość do czasu zawarcia związku małżeńskiego. Jak widać, sama chęć podjęcia współżycia nie jest równoznaczna z zgodzie na jego podjęcie, ze względu na brak odpowiedniej woli. *Per analogiam*, jeżeli żona nie mając ochoty na współżycie seksualne ze swoim mężem podejmuje je tylko z tego powodu, by nie wyrządzić mu przykrości, nie możemy mówić o zgwałceniu, bowiem wystąpiła wola, mimo braku chęci<sup>17</sup>.

Peter Westen, próbując odpowiedzieć na problemy związane z możliwością wskazania rodzaju przeżycia psychicznego, które byłoby równoznaczne z wyrażeniem zgody, wskazuje na następującego rodzaju przeżyć mogące towarzyszyć zgodzie:

- 1) bezwarunkowy entuzjazm – osoba A chce podjąć współżycie seksualne z osobą B,

---

<sup>14</sup> Ibidem.

<sup>15</sup> L. Alexander, *The Moral Magic of Consent II*, (w:) „Legal Theory” 1996, nr 2.

<sup>16</sup> Regina v. Malone; por. J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 119.

<sup>17</sup> A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 157, który cytuje także Simona Blackburna: „Sometimes we act no so much in ways that we want to act, but in ways we feel to act” (por. S. Blackburn, *Rulling Passions*, Oxford, 1998, s. 123).

- 2) mniejsze zło – osoba A ma nadzieję, że osoba B nie będzie chciała podjąć z nią współżycia seksualnego, niemniej jednak nie odmówi, gdyby było inaczej. Osoba A nie chce bowiem sprawić przykrości osobie B,
- 3) obojętność – osobie A jest obojętne czy dojdzie do współżycia płciowego. Akceptuje ona zarówno obcowanie płciowe, jak i jego brak,
- 4) zatwierdzenie – osoba A wie, że tylko jej zgoda może pozwolić osobie B na podjęcie z nią współżycia płciowego i dlatego wyraża zgodę,
- 5) bezwarunkowa odmowa – osoba A nie chce podjąć obcowania płciowego z osobą B i zrobi wszystko, by tego uniknąć<sup>18</sup>.

Wydaje się, że nawet bez głębszych rozważań można stwierdzić, iż przeżycie psychiczne zakwalifikowane jako „bezwarunkowa odmowa” może zostać wykluczone z zakresu rodzajów stanów psychicznych uprawniających do stwierdzenia zaistnienia zgody w ujęciu faktycznym. Najmniej wątpliwości wiąże się z „bezwarunkowym entuzjazmem”, bowiem osoba go wyrażająca, jak samo określenie wskazuje, bezwarunkowo chce współżycia płciowego, a zatem wyraża na nie zgodę. Większych trudności w kwalifikacji nie budzi jednak także stan „mniejszego zła” oraz stan „obojętności”. W wariancie „mniejszego zła” osoba A rozważa różne możliwości, tj. bierze pod uwagę swoją aktualną niechęć do podjęcia obcowania płciowego, wie, iż może swobodnie odmówić, ale jest także świadoma konsekwencji, jakie może za sobą pociągnąć odmowa wyrażenia zgody (np. przykrość osoby B). W przypadku zaś „obojętności” przeżycie psychiczne osoby A jest ukierunkowane zarówno na akceptację obcowania płciowego, jak i jego braku.

Kolejnym zagadnieniem wymagającym rozpatrzenia na gruncie koncepcji zgody w ramach jej pierwszego stopnia (płaszczyzna faktyczna) jest zespół kryteriów stanowiących o zaistnieniu zgody. Wskazywano wcześniej, że w ramach pierwszego stopnia konstrukcji omawianej w niniejszej pracy, nie oceniamy zgody pod kątem normatywnym, a jedynie stwierdzamy jej istnienie. Dopiero wówczas, po potwierdzeniu zaistnienia zgody, nakładamy na nią odpowiednie kryteria normatywne, co prowadzi nas do wniosku o relewantności albo irrelewantności faktycznej zgody z punktu widzenia prawa karnego. Taka procedura postępowania jest prawidłowa, niemniej jednak nie można nie zauważyć, że już na płaszczyźnie faktycznej trzeba wprowadzić pewne kryteria oceny, pozwalające na stwierdzenie, czy zgoda nastąpiła, mimo że nie nastąpi tu jeszcze ocena ewentualnych skutków tej zgody. Jest to szczególnie istotne na gruncie wewnętrznego, subiektywnego ujęcia zgody.

Peter Westen, rozważając podniesione wyżej wątpliwości, podaje kilka przykładowych stanów faktycznych, które utwierdzają w przekonaniu, że rzeczywiście powyższy problem nie jest istotny jedynie na gruncie teoretycznym, ale ma niezwykle ważne znaczenie praktyczne. Otóż, czy zgodę w rozumieniu faktycznym wyraziła osoba:

---

<sup>18</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 28.

- 1) która spała, kiedy druga osoba zainicjowała współżycie płciowe<sup>19</sup>,
- 2) której, pod pretekstem przeciwdziałania silnemu bólowi, podano leki rozluźniające mięśnie, w efekcie czego osoba świadoma tego, co się z nią dzieje, nie była w stanie w żaden sposób zareagować, a lekarz podjął współżycie płciowe<sup>20</sup>,
- 3) której podano lek o działaniu hipnotyzującym, w wyniku którego była ona świadoma, ale nie kontrolowała czynności swojego ciała, co zostało wykorzystane do podjęcia z nią współżycia seksualnego<sup>21</sup>.

Biorąc powyższe przykłady pod uwagę, dość oczywiste wydaje się stwierdzenie, że zgoda w tych wypadkach nie nastąpiła. Wobec tego można sformułować tezę, iż człowiek może wyrazić zgodę na współżycie przed utratą świadomości lub też po jej odzyskaniu, ale nigdy w trakcie braku świadomości, bowiem jest to równoznaczne z brakiem zdolności do wyrażenia wewnętrznej zgody w rozumieniu faktycznym. Odmiennej ocenie poddać należy działanie pod wpływem dobrowolnie zażytych środków odurzających, co będzie szczegółowo omówione w dalszej części opracowania.

Rozważając problematykę zgody w ujęciu faktycznym, rozumianej jako przeżycie psychiczne, należy zastanowić się także nad jej zakresem, rozumianym jako obszar uświadomienia przez podmiot czynności i związanych z nią okoliczności, na które wyraża zgodę. Czynność będąca przedmiotem zgody może wiązać się z okolicznościami rzeczywiście istniejącymi albo wynikającymi jedynie z błędnego przekonania podmiotu. Wyrażenie zgody na czynność spowodowaną rzeczywiście istniejącymi okolicznościami ma miejsce, gdy podmiot jest ich świadomy i zgadza się na nie. Zgoda na czynność związaną z okolicznościami, które nie istnieją, następuje, gdy podmiot jest błędnie przekonany co do ich istnienia i pod ich wpływem decyduje się na wyrażenie zgody<sup>22</sup>.

Dla pełnego wyjaśnienia podejścia wewnętrznego jest potrzebne wprowadzenie jeszcze kategorii ryzyka, które bezpośrednio jest związane z okolicznościami, w których dochodzi do wyrażenia zgody. Jak już wyżej zauważono, podmiot powinien być świadomy czynności, na którą się zgadza, oraz okoliczności jej towarzyszących. Niemniej jednak z określoną czynnością może również wiązać się ryzyko wystąpienia takich okoliczności, których podmiot chciałby uniknąć. Czy wobec tego można zaakceptować tezę, że zgadzając się na okoliczności bezpośrednio związane z czynnością będącą przedmiotem zgody (nazwijmy je czynnościami podstawowymi), podmiot wyraża również zgodę na inne okoliczności i związane

<sup>19</sup> North Caroline v. Moorman, 320 N.C. 387, 391, 358 S. E. 2d 502, 505 (1987).

<sup>20</sup> Massachusetts v. Helfant, 398 Mass. 214, 217, 496 N.E. 2d 433, 437 (1986).

<sup>21</sup> P. Westen, za *Wall Street Journal* z 3 lipca 1995 r., wskazuje, że odnotowano stosowanie środka odurzającego o nazwie „Burundanga”, którego działania polega na pozbawieniu ofiary możliwości kierowania swoim zachowaniem. Innymi słowy, ciało ofiary reaguje na dyspozycje innej osoby, zamiast na żądanie wynikające z woli ofiary, por. P. Westen, *The logic...*, op. cit., s. 57.

<sup>22</sup> P. Westen, *The logic...*, op. cit., s. 39.



z nimi czynności (nazwijmy je czynnościami nadzwyczajnymi)? Zaakceptowanie takiej tezy prowadziłoby do nadzwyczaj szerokiego pojmowania zakresu zgody podmiotu, a w konsekwencji do zaprzeczenia zasady autonomii jednostki, będącej przecież fundamentem konstrukcji zgody prawnie relewantnej. Pacjent, któremu przed poważnym zabiegiem przedstawiono ryzyko śmierci, wyrażając zgodę na ten zabieg, zgadza się jednocześnie na ryzyko śmierci, a nie na swoją śmierć. Tym samym oczekuje on od lekarzy podjęcia wszystkich, zgodnych z ich wiedzą działań, zmierzających do osiągnięcia zakładanego celu zabiegu i zachowania pacjenta przy życiu. Zgadza się na ryzyko śmierci, pacjent nie zgadza się na podjęcie przez lekarzy działań zmierzających bezpośrednio do jego uśmiercenia ani nawet na śmierć w wyniku lekkomyślności czy też niedbałości lekarzy. Dla dokładnego zarysowania istoty tej dyferencjacji można posłużyć się jeszcze jednym przykładem. Otóż, wracając do przywołanego wcześniej pacjenta wyrażającego zgodę na ekstrakcję zęba z wykorzystaniem znieczulenia ogólnego, nie wyraża on tym samym zgody, jak to już zostało powiedziane, na współżycie płciowe z lekarzem w trakcie działania środków znieczulających. Niemniej jednak, mając świadomość sposobu działania środków znieczulających, przejawiającego się w braku kontroli nad swoim ciałem, pacjent zgadza się na ryzyko podjęcia przez lekarza działań niezwiązanych z ekstrakcją zęba, tj. np. współżycia seksualnego. Jakkolwiek pacjent akceptuje ryzyko podjęcia takich czynności przez lekarza, to nie wyraża on na nie zgody. Innymi słowy, można stwierdzić, że pacjent podejmuje ryzyko, ponieważ w określonych okolicznościach spodziewane efekty są dla niego bardziej istotne lub też ryzyko to jest stosunkowo małe.

Podsumowując ten etap rozważań nad problematyką zgody, można za P. Westenem stwierdzić, że warunkiem zaistnienia faktycznej zgody w rozumieniu wewnętrznym jest, aby:

- 1) podmiot wiedział, że okoliczności bezpośrednio związane z czynnością istnieją, jeżeli rzeczywiście istnieją,
- 2) podmiot był przekonany o istnieniu okoliczności związanych z czynnością, nawet jeżeli te w rzeczywistości nie istnieją,
- 3) podmiot był przekonany o możliwości zaistnienia okoliczności związanych z czynnością, jeżeli takie czynności mogą wystąpić<sup>23</sup>.

Jak można zauważyć, wskazane wyżej przesłanki podkreślają subiektywny charakter zgody na płaszczyźnie faktycznej. Subiektywne spojrzenie na zgodę jest jeszcze bardziej wyraźne, gdy weźmie się pod uwagę przesłankę wolności, zaproponowaną przez Petera Westena. Mianowicie, zgoda podmiotu ma również miejsce, gdy nie ma on kontroli nad tym, czy czynność nastąpi, niemniej jednak jego przeżycie psychiczne wskazuje na akceptację określonych okoliczności<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> P. Westen, *The logic...*, op. cit., s. 40.

<sup>24</sup> *Ibidem*, s. 53.

Wewnętrzne podejście do zgody nie oznacza jednak, że zachowanie człowieka, a zatem również jego słowa, nie mają żadnego znaczenia. Otóż owe znaki o charakterze werbalnym i niewerbalnym mogą być pomocne w zinterpretowaniu, czy zgoda w świadomości drugiego człowieka zaistniała<sup>25</sup>.

## Podejście zewnętrzne

Podejście zewnętrzne do koncepcji zgody polega natomiast na przeniesieniu problematyki zgody z płaszczyzny subiektywnego przeżycia jednostki na płaszczyznę zachowania się, tj. aktu zewnętrznego, możliwego do zinterpretowania przez inną osobę. Różnicę między ujęciem zgody wewnętrznym i zewnętrznym można zauważyć już na poziomie semantycznym, szczególnie w wypowiedziach doktryny i orzecznictwa. Jeżeli w piśmiennictwie pojawiają się wyrażenia „komunikować zgodę”, „prezentować zgodę”, „wyrażać zgodę”, to nie ma wątpliwości, że autor, bardziej lub mniej świadomie, opowiada się za wewnętrznym ujęciem zgody, tj. rozumianej jako przeżycie psychiczne, które dopiero już po zaistnieniu może (ale nie musi) być komunikowane na zewnątrz. Używanie zaś takich sformułowań, jak: „zgodzić się ustnie”, „zgodzić się pisemnie”, „zgodzić się bezpośrednio” oznacza przyjęcie koncepcji zgody rozumianej w ujęciu zewnętrznym<sup>26</sup>.

Jak wskazuje Joan McGregor, słowa i czyny osoby, a także warunki, w jakich one mają miejsce, są fundamentalne dla zewnętrznej koncepcji zgody<sup>27</sup>. Można zaryzykować twierdzenie, że zgoda w teorii zewnętrznej (performatywnej) może być interpretowana na podstawie tez Johna L. Austina uznających, że są takie słowa i zachowania, które mogą być całkowicie odmiennie interpretowane w zależności od konwencji, np. jeżeli osoba podniesie rękę w odpowiednim momencie podczas licytacji lub też – będąc radnym – podniesie rękę podczas jawnego głosowania, jej gest zostanie potraktowany jako odpowiednio: złożenie oferty i oddanie głosu. W swojej teorii John L. Austin dzieli czynność na akt lokucyjny, illokucyjny oraz perlokucyjny. Biorąc pod uwagę przykład z głosowania, można uznać, że akt lokucyjny przejawiał się w postaci podniesienia ręki, akt illokucyjny to w tym przypadku oddanie głosu, zaś akt perlokucyjny oznaczać będzie podjęcie uchwały<sup>28</sup>. Odnosząc teorię Johna L. Austina do problematyki

<sup>25</sup> J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 122.

<sup>26</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 65.

<sup>27</sup> J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 126. Autorka nieprawidłowo ocenia jednak treść zewnętrznej koncepcji zgody, ponieważ za jej istotny element uznaje intencję podmiotu wyrażającego zgodę. Jak się wydaje, połączenie elementów w postaci przeżycia psychicznego i zachowania następuje dopiero w mieszczym podejściu do zgody, zaś teoria zewnętrzna ogranicza się do interpretacji zachowania podmiotu („It is, however, necessary to have the intention to consent: the performative account is not merely about consent as behavior, action, words, or gestures; the actor must intend that they be taken as consent”).

<sup>28</sup> Por. J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Londyn 1976.

wyrażenia zgody, łatwo zauważyć, że nie obowiązuje jedna konwencja, wedle której należy interpretować zachowanie człowieka<sup>29</sup>.

Alan Wertheimer, nawiązując do teorii Hurd i Alexandra, zauważa, że wewnętrzna zgoda podmiotu B ma znaczenie moralne (i jak się wydaje, prawne również), bowiem zmienia ona ocenę działania podmiotu A, co byłoby niemożliwe w przypadku zaakceptowania wewnętrznej teorii zgody. Kwalifikacja zachowania podmiotu A może nastąpić tylko na podstawie zewnętrznego zachowania podmiotu B, ponieważ nie mamy możliwości wniknięcia w umysł podmiotu B i w ten sposób poznania jego przeżycia wewnętrznego<sup>30</sup>. Podobne stanowisko zajął sąd w stanie Wisconsin, gdy stwierdził, że kobieta nie mogła się zgodzić bez użycia słów lub nie zachowując się w sposób wyrażający akceptację zamierzeń drugiej osoby, bowiem zgoda składa się z tego rodzaju słów i zachowań<sup>31</sup>.

Opowiadając się za rozumieniem zgody w ujęciu wewnętrznym, podnosi się często argument roli, jaką ma ona do spełnienia, a mianowicie przekształcenia czynu niezgodnego z prawem w czyn z prawem zgodny. Otóż kontynuując rozważanie tego argumentu, mówi się, że ujęcie zewnętrzne wprowadza do koncepcji zgody pewną funkcję gwarancyjną, której wewnętrzne rozumienie zgody w ogóle nie zawiera, bowiem, jak to już wyżej zauważono, z oparciem zgody jedynie na przeżyciu psychicznym wiąże się podstawowa trudność, polegająca na sposobie poznania zgody osoby A przez osobę B. Pamiętając, że problem prawnej relewantności zgody należy raczej do płaszczyzny normatywnej w dwustopniowym rozumieniu zgody, należy jednak podkreślić, że ujęcie zewnętrzne również niesie ze sobą pewne rekonstrukcyjne zakłopotanie. Jeżeli bowiem uznać, że zgoda jest wyrażana poprzez zachowanie podmiotu, to wiąże się z tym pytanie, czy jest możliwe stworzenie uniwersalnego opisu zachowania zawsze oznaczającego zgodę. Innymi słowy, czy osoba interpretująca zachowanie może mieć zawsze pewność prawidłowej interpretacji. Z tym zagadnieniem wiąże się też kolejne pytanie. Ewentualne niepowodzenie w skonstruowaniu enumeratywnej listy elementów takiego zachowania niesie za sobą konieczność przyjęcia określonego punktu widzenia w obszarze interpretacji. Może to być punkt widzenia podmiotu wyrażającego zgodę, podmiotu, do którego zgoda ta jest adresowana, albo też punkt widzenia osoby trzeciej.

Peter Westen, rozważając problematykę podmiotu interpretującego zgodę, wprowadza w swojej argumentacji kategorię „społeczności interpretującej”<sup>32</sup>.

<sup>29</sup> J.L. Austin, *How to Do Things with Words*, Londyn 1976, s. 131.

<sup>30</sup> A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 146; J. Feinberg, *Harm to Self. The Moral Limits of the Criminal Law*, Nowy Jork 1986, s. 173.

<sup>31</sup> *Wisconsin v. Lederer*, 99 Wis. 2d 430, 434, 299 N. W. 2d 457, 460 (1980): „Defendant contends that two parties may enter into consensual sexual relations without freely given consent through words or acts. We reject this contention as we know of no other means of communicating consent”; por. też *Connecticut v. Richard T. Smith*, 210 Conn. 132, 140, 554 A. 2d 713, 717 (1989).

<sup>32</sup> Jednym z głównych zwolenników teorii interpretacji opartej na społeczności interpretującej jest Stanley Fish, który twierdzi, że nie ma żadnych określonych znaczeń i że stabilność tekstu jest iluzją. Jak

Zdaniem Petera Westena, powszechne jest opisywanie zachowania podmiotu A nazwą „zgoda”, kiedy:

- 1) podmiot B rozumie to zachowanie jako zgodę oraz
- 2) społeczność interpretująca podmiotu B również interpretuje zachowanie podmiotu A jako zgodę<sup>33</sup>.

Przez społeczność interpretującą rozumie się prawdziwych lub fikcyjnych obserwatorów, którzy wiedzą wszystko, co podmiot B wie na temat zachowania podmiotu A, wszystko o znanych podmiotowi B konwencjach społecznych w zakresie wyrażania pragnień, preferencji i wyborów, a także wie wszystko o innych zachowaniach podmiotu A, a także innych konwencjach społecznych, o których podmiot B by wiedział, gdyby dołożył należytej staranności<sup>34</sup>. Zdaniem Petera Westena, o zgodzie można mówić tylko wtedy, gdy jest ona rozumiana tak samo, jak w danym przypadku rozumie ją społeczność interpretująca. Otóż nie ma znaczenia przekonanie podmiotu B o zgodzie podmiotu A, jeżeli w świetle wiedzy społeczności interpretującej do zgody nie doszło. Inaczej należy rozumieć sytuację, kiedy podmiot B jest przekonany o braku zgody (a mimo to zachowuje się tak jakby ją otrzymał), natomiast społeczność interpretująca przekonana jest o istnieniu zgody. W takim stanie faktycznym powinno się dokonać oceny efektu interpretacji dokonanej przez podmiot B. Jeżeli przekonanie o braku zgody było uzasadnione, należy uznać, że zgoda nie zaistniała (mimo innego zdania społeczności interpretującej), natomiast jeżeli przekonanie takie nie było uzasadnione, można stwierdzić, że zgoda zaistniała<sup>35</sup>.

Koncepcja zewnętrzna zgody niesie za sobą konsekwencje, zobrazowane w stanie faktycznym sprawy *People v. Burnham*, która toczyła się w Stanach Zjednoczonych<sup>36</sup>. Victor Burnham znęcał się fizycznie nad żoną Rebecą do momentu, gdy ta zgodziła się, pod wpływem strachu przed dalszym biciem, na to, by stać przed domem i zachęcać przejeżdżających kierowców do podejmowania z nią obcowania płciowego. Podczas gdy Rebeca współżyła płciowo z kierowcą, Victor robił jej zdjęcia. Przedmiotową sprawę można ocenić na dwa sposoby:

---

mówi S. Fish: „Twierdzą, że znaczenia pojawiają się już gotowe nie z powodu norm osadzonych w języku, lecz ponieważ język jest zawsze, od samego początku, postrzegany w obrębie pewnej struktury norm. Struktura ta nie jest jednakże abstrakcyjna i niezależna, lecz społeczna. Dlatego też nie jest to pojedyncza struktura, pozostająca w jakiejś uprzywilejowanej relacji wobec procesu komunikacji, tak jak występuje on w jakiegokolwiek sytuacji, lecz struktura, która zmienia się, gdy jednak sytuacja, z jej przyjętym tłem praktyk, celów i dążeń ustępuje miejsca innej” (por. S. Fish, *Czy na tych ćwiczeniach jest tekst?*, (w:) S. Fish, *Interpretacja, retoryka, polityka*, Kraków 2002, s. 59–80).

<sup>33</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 71.

<sup>34</sup> Ibidem, s. 72.

<sup>35</sup> Pomijam tu na razie zagadnienie usiłowania nieudolnego; por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 74–75.

<sup>36</sup> *People v. Burnham*, 176 Cal. App. 3d 1134, 222 Cal. Rptr 630 (1985); por. A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 149.

- 1) z punktu widzenia wewnętrznej teorii Rebeca nie udzieliła kierowcom zgody na obcowanie płciowe, ponieważ nie miała takiej woli, jej wewnętrzne przeżycie psychiczne ukierunkowane było na brak zgody,
- 2) z punktu widzenia zewnętrznej teorii można uznać, że zgoda nastąpiła, gdyż wskazywało na to zachowanie Rebeci względem kierowców.

Alan Wertheimer, broniąc zewnętrznego spojrzenia na konstrukcję zgody, przywołuje tezę z orzeczenia sądu z New Jersey, w myśl którego zachowanie podmiotu A może być uznane za zgodę, gdy materiał dowodowy wskazuje, że rozsądny człowiek (podmiot B) mógłby je zinterpretować jako powstałe w wyniku swobodnej akceptacji dążeń podmiotu B<sup>37</sup>.

Konstrukcja zgody oparta na standardzie rozsądnego człowieka, na gruncie teorii zewnętrznej, daleka jest od klarowności. Można stwierdzić, że rozsądny człowiek w przedstawionym wyżej stanie faktycznym może w zależności od dodatkowych okoliczności powziąć uzasadnione przekonanie, że Rebeca nie wyraziła zgody na współżycie seksualne albo że ją wyraziła. Przekonanie o braku zgody mogłoby być uzasadnione, gdyby kobieta miała widoczne ślady pobicia, czy też powiedziała, że robi to z przymusu. Załóżmy jednak, że Rebeca ani nie miała śladów pobicia, ani nie podzieliła się z owymi kierowcami informacją o zaistniałej sytuacji. Okaze się wtedy, że rozsądny człowiek być może mógł zinterpretować jej zachowanie jako powstałe w wyniku swobodnej akceptacji dążeń. Jakkolwiek nie budzi wątpliwości, że z moralnego punktu widzenia należy negatywnie oceniać zachowanie kobiety wchodzącej w relacje seksualne z każdym dążącym do tego mężczyzną, to nie można stwierdzić, że takie relacje zawsze wynikają z przymusu wywartego na kobiecie. Jak widać, poza powszechnie znanym problemem zdefiniowania rozsądnego człowieka, pojawia się kolejna wątpliwość w postaci oceny przesłanek mogących prowadzić do wniosku o swobodnej akceptacji dążeń podmiotu.

Z problematyką zewnętrznego ujęcia zgody, szczególnie w obszarze przestępstw seksualnych, wiąże się interesująca debata pod hasłem: „nie” znaczy „nie” (*no means no*). Pozornie tylko oczywiste stwierdzenie powoduje wiele wątpliwości interpretacyjnych w obszarze prawa karnego, a szczególnie w zakresie rozumienia zgody. Odwołując się do teorii języka zaprezentowanej przez Johna L. Austina, „tak” w kontekście wolności seksualnej należy rozumieć jako zgodę na współżycie płciowe z osobą to proponującą, natomiast „nie” powinniśmy interpretować jako odmowę. Okazuje się jednak, że „nie” nie zawsze jest interpretowane jako odmowa. Obcowanie płciowe należy do intymnej sfery życia człowieka i nie poddaje się wielu kryteriom formalnym. Trudno bowiem wymagać, aby każdy akt współżycia płciowego był poprzedzony formalnym pytaniem jednego

<sup>37</sup> „Permission is demonstrated when the evidence, in whatever form, is sufficient to demonstrate that a reasonable person would have believed that the alleged victim had affirmatively and freely given authorization to the act” (New Jersey in the interest of M.T.S., 609 A.2d 1266 (1992), 129 N.J. 422, 445, cyt. za: A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 149).

z partnerów o zgodę i formalną odpowiedź drugiego. Tak daleka ingerencja prawa w relacje międzyludzkie wydaje się niemożliwa, a jej potrzeba równie wątpliwa. Inaczej będzie wyglądała inicjacja stosunku płciowego między małżonkami, inaczej między parą pierwszy raz podejmującą współżycie seksualne, a jeszcze inaczej między osobami, które dopiero się poznały. Co więcej, w różnych warstwach społecznych oraz w różnych kręgach kulturowych „nie” może mieć inne znaczenie. Czy „nie” osoby swobodnie poddającej się działaniu partnera, gdy zmierza on do podjęcia z nią obcowania płciowego, należy zinterpretować jako brak zgody?

Jednym z autorów bardziej zaangażowanych w popularyzowanie maksymy „nie” znaczy „nie” jest Susan Estrich<sup>38</sup>. Mogłoby się wydawać, że naczelną ideą popularyzacji tego hasła jest zwrócenie większej uwagi mężczyźn na oczekiwania kobiet, zanim podejmą działania zmierzające do obcowania płciowego. Susan Estrich w rzeczywistości proponuje następujące rozwiązanie:

- 1) mężczyzna musi rozumieć „nie” jako żądanie kobiety, aby zaprzestał działań zmierzających do rozpoczęcia współżycia płciowego oraz
- 2) mężczyzna powinien mieć świadomość, że „nie” kobiety jest prawnie relewantne, a kontynuowanie działania ukierunkowanego na stosunek seksualny będzie niosło za sobą odpowiedzialność karną za zgwałcenie<sup>39</sup>.

Wydaje się jednak, że przyjęcie takiej generalnej dyrektywy interpretacyjnej nie jest uzasadnione. Wskazany był już wyżej przykład kobiety mówiącej „nie” i jednocześnie swobodnie poddającej się czynnościom mężczyzny. Podobne rodzaje zachowań wystąpiły w stanie faktycznym, który legł u podstaw rozstrzygnięcia w sprawie *North Carolina v. Alston*, w której sąd nie przychylił się do zarzutu zgwałcenia, ponieważ, mimo że kobieta płakała i mówiła „nie”, oskarżony doprowadził ją do obcowania płciowego bez użycia przemocy<sup>40</sup>. Można oczywiście nie zgodzić się z rozstrzygnięciem sądu, niemniej jednak wskazuje ono, że „nie” nie zawsze znaczy „nie”.

Wobec powyższego, można postawić zasadne pytanie, jak należy rozumieć zgodę na płaszczyźnie faktycznej w ujęciu zewnętrznym. Nie ma dobrej, uniwersalnej odpowiedzi na tak postawione pytanie. Rekonstrukcja zgody, na gruncie ujęcia zewnętrznego, powinna być dokonywana *a casu ad casum* z uwzględnieniem ogólnej dyrektywy, aby interpretować zachowanie człowieka całościowo, tj. nie tylko jego słowa, ale również gesty i całokształt zachowania. Ujęcie zewnętrzne w swojej istocie zakłada wyrażanie zgody poprzez zachowanie, a nie jedynie komunikację werbalną.

---

<sup>38</sup> S. Estrich, *Palm Beach Stories*, (w:) „Law and Philosophy” 1992, nr 11, s. 5–33, cyt. za: P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 81.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> *North Carolina v. Alston*, 310 N.C. 399, 401-03, 312 S.E.2d 470, 471-73 (1984).

## Podejście mieszane

Nie można mieć wątpliwości, że przedstawione wyżej koncepcje ontologicznego ujęcia radykalnie się od siebie różnią. W rozumieniu wewnętrznym zgoda może być udzielona przez człowieka bez jakiegokolwiek odzwierciedlenia tego w jego zachowaniu. Ponadto człowiek może nawet zachowywać się tak, jakby zgoda została udzielona, mimo jej braku. Zgodnie zaś z rozumowaniem przyjętym przez zwolenników ujęcia performatywnego zgoda pojawia się dopiero wraz z wyrażającym ją zachowaniem. Innymi słowy, zachowanie wyrażające zgodę jest zgodą<sup>41</sup>. Podstawową trudność w obronie stanowiska wewnętrznego jest ustalenie rodzaju przeżycia psychicznego, które mogłoby być interpretowane jako zgoda. Wyobraźmy sobie następujący przypadek. Otóż mężczyzna mówi swojej partnerce, że zakończy ich związek, chyba że zgodzi się ona na podjęcie z nim relacji seksualnych, których dotychczas nie rozpoczęli. Kobieta, nie chcąc stracić swojego ukochanego, przystaje na jego propozycję. Czy ten stan faktyczny można zakwalifikować jako zgodę w myśl ujęcia wewnętrznego? Podobne komplikacje mają miejsce w przypadku teorii zewnętrznej, bowiem równie trudne jest opisanie zachowania wyrażającego zgodę. Trudno chociażby ocenić z punktu widzenia teorii zgody zachowanie kobiety będącej pod wpływem alkoholu, która biernie poddaje się działaniom mężczyzny zmierzającym do obcowania płciowego. Czy bierna akceptacja jest już zgodą?

W związku z powyższymi wątpliwościami, w doktrynie zaproponowano jeszcze jedno ujęcie problematyki zgody, a mianowicie teorię mieszaną (hybrydalną). Douglas Husak oraz George Thomas konstatują, że opis ontologicznych aspektów zgody byłby niepełny bez odwołania się do elementu wewnętrznego, tj. do psychiki wyrażającego zgodę<sup>42</sup>. Nikt nie może wyrazić prawnie relewantnej zgody bez takiej woli. Innymi słowy, na zgodę składa się zachowanie podjęte przez człowieka mające umocowanie w woli wyrażenia zgody. Teoria ta, biorąc pod uwagę, że nie ma możliwości pełnego połączenia obydwu ujęć, stara się wybrać i zespolić te ich elementy, które najlepiej realizują zadania stawiane przed zgodą. Aplikując teorię mieszaną, nie pozwala się na akceptację zachowania podmiotu A bez woli podmiotu B z jednej strony, a także na obciążanie podmiotu A obowiązkiem badania przeżyć psychicznych (woli) podmiotu B, by osiągnąć przekonanie o zaistnieniu zgody.

Można jednak postawić sobie pytanie, czy teoria mieszana rzeczywiście odpowiada na wskazane wcześniej wątpliwości, szczególnie w zakresie występowania woli udzielenia zgody. Jako rudymtarne, w mojej ocenie, założenie ujęcia hybrydalnego, należy uznać koncepcję rozsądnego człowieka, który powinien interpretować całokształt zachowania drugiej osoby, by ocenić czy jest ono spo-

<sup>41</sup> D.N. Husak, G. Thomas, *Rapes Without Rapists...*, op. cit., s. 90.

<sup>42</sup> Ibidem, s. 91.

wodowane wolą wyrażenia zgody. Podobnie, jak w przypadku teorii zewnętrznej, można próbować postawić tu zarzut komplikacji, jakie możemy napotkać aplikując standard rozsądnego człowieka do teorii zgody, polegający na trudności w zdefiniowaniu standardów, którymi powinien kierować się rozsądny człowiek w ocenie zachowania drugiej osoby. Odpowiedzią na te wątpliwości może być konstrukcja usprawiedliwionego błędu.

Koncepcję usprawiedliwionego błędu w obszarze zgwałcenia proponują i rozwijają Douglas Husak i George Thomas<sup>43</sup>. W swoim artykule zatytułowanym pozornie przewrotnie „Rapes Without Rapists: Consent and Reasonable Mistake” autorzy zwrócili uwagę na możliwość zaistnienia czynu zgwałcenia przez sprawcę, któremu nie można postawić zarzutu zgwałcenia. Otóż osoba dopuszczająca się współżycia seksualnego bez zgody drugiej osoby popełnia czyn zabroniony zgwałcenia<sup>44</sup>. Ofiara tego czynu została zgwałcona. Niemniej jednak popełnienie czynu zgwałcenia przez sprawcę nie oznacza jeszcze, że sprawca popełnił przestępstwo zgwałcenia. Do jego zaistnienia konieczne jest wypełnienie nie tylko znamion *actus reus*, ale także *mens rea*<sup>45</sup>.

Kiedy wobec tego mamy do czynienia z usprawiedliwionym błędnym przekonaniem o zaistnieniu zgody? Douglas Husak i George Thomas konkludują swoje rozważania w sposób następujący. Zachowanie się człowieka w sposób przypominający zachowanie towarzyszące zwykle wyrażeniu zgody nie musi być tożsame z wyrażeniem zgody. Zachowanie takie usprawiedliwia jednak błędne przekonanie o zaistnieniu zgody. W takiej więc sytuacji mamy do czynienia na przykład z osobą, która popełniła czyn zgwałcenia, natomiast nie może za zgwałcenie odpowiadać.

## Zgoda w ujęciu normatywnym

Powyżej przedstawione zostały trzy ujęcia zgody w ramach jej płaszczyzny faktycznej, tj. wewnętrzne, zewnętrzne oraz mieszane. Każde z nich ma pewne aspekty pozytywne oraz negatywne, które należy wziąć pod uwagę, gdy rozpatruje się problem prawnej relewantności zgody. W pierwszej kolejności rozpatrzeć należy zagadnienie dotyczące możliwości wyboru jednej z tych koncepcji, która będzie najlepiej spełniać rolę przewidzianą dla konstrukcji zgody w ramach przestępstw przeciwko wolności seksualnej, a w szczególności przestępstwa zgwałcenia.

<sup>43</sup> D.N. Husak, G. Thomas, *Rapes Without Rapists...*, op. cit., s. 91.

<sup>44</sup> Należy zwrócić uwagę, że istota czynu zgwałcenia została inaczej uregulowana w polskim prawie karnym, o czym będzie mowa w dalszej części opracowania.

<sup>45</sup> Na poziomie polskiego prawa karnego problem ten można sprowadzić do zagadnienia błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Zgodnie z art. 28 k.k. nie popełnia umyślnie czynu zabronionego, kto pozostaje w błędzie co do okoliczności stanowiącej jego znamię.



Zdaniem Alana Wertheimera, z koncepcją zgody wiążą się dwa podstawowe wnioski<sup>46</sup>:

- 1) zgoda podmiotu A czyni zachowanie podmiotu B moralnie dopuszczalnym<sup>47</sup>,
- 2) zgoda podmiotu A czyni zachowanie podmiotu B zgodnym z prawem.

Przedmiotem zainteresowania niniejszego artykułu jest normatywne znaczenie zgody. Ze wskazanych wyżej wniosków wynika, iż zgoda może skutkować transformacją czynu niezgodnego z prawem w czyn z prawem zgodny. Czy wobec tego uprawniony byłby wniosek, że do takiej transformacji prowadzi każde z omówionych wyżej ujęć zgody, pod warunkiem spełnienia dodatkowych wymogów? Czy też konieczny jest wybór jednego z nich? Czy przyjęcie stanowiska opowiadającego się za brakiem możliwości stosowania wszystkich ujęć zgody prowadzi do swobodnego wyboru jednego z nich, bez konieczności uzasadnienia? W końcu, czy możliwy jest obiektywny wybór jednego z ujęć, poparty uzasadnieniem wskazującym na jego szczególną adekwatność do przekształcającej roli zgody?

W praktyce aprobuje się różne ujęcia zgody. Dla przykładu można wskazać Kanadę, w której porządku prawnym opowiedziano się za zgodą rozumianą jako przeżycie psychiczne<sup>48</sup>, w stanie Wisconsin natomiast zgodę rozumie się w ujęciu zewnętrznym<sup>49</sup>, zaś w Colorado przyjęto zgodę w ujęciu mieszanym<sup>50</sup>.

Wybór jednego z przedstawionych wyżej ujęć zgody, poparty obiektywnym uzasadnieniem adekwatności do przewidzianej dla niego funkcji o charakterze normatywnym, jest bardzo trudny. Co więcej, teza jakoby jedno z tych ujęć miało oczywistą przewagę nad pozostałymi i tym samym odpowiadało oczekiwaniom, jest trudna do uzasadnienia i w efekcie czyniłaby ten wybór praktycznie niemożliwym<sup>51</sup>.

Jeden z zasadniczych argumentów przeciw wewnętrznemu ujęciu zgody, a zarazem akceptujący ujęcie zewnętrzne zgody, został podniesiony przez Joela Feinberga. Mianowicie, stwierdził on, iż definiowanie zgody poprzez zespół zachowań możliwych do odczytania przez inną osobę oraz jej społeczność interpretującą uniemożliwia wprowadzenie do systemu odpowiedzialności obiektyw-

---

<sup>46</sup> A. Wertheimer, *What Is Consent? And Is It Important?*, (w:) „Buffalo Criminal Law Review” 2000, nr 3, s. 560. A. Wertheimer właściwie wskazuje trzy wnioski, niemniej jednak wniosek wskazany jako drugi (zgoda podmiotu A czyni zachowanie podmiotu B moralnie dopuszczalnym, o ile jest ono zgodne z regulacjami obowiązującymi w instytucji, której podlegają podmiot A i B, np. kodeks etyki studenta określonego uniwersytetu) nie odnosi się do problematyki prawnej. Wniosek ten wydaje się być nieprawidłowy, gdyż ocena moralności zachowania się podmiotu A i B powinna być niezależna od postanowień kodeksu etyki, od którego zależeć powinno dopiero ustalenie ewentualnych konsekwencji takiego zachowania.

<sup>47</sup> Wątpliwości budzi stwierdzenie, że zgoda jest jedynym elementem wystarczającym do oceny moralności zachowania, bowiem prowadzi ono do relatywizacji norm moralnych. Niemniej jednak zagadnienie oceny moralności nie jest przedmiotem niniejszej pracy.

<sup>48</sup> Regina v. Olugboja, [1982] 1 Q.B. 320, 331 (por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 140).

<sup>49</sup> Consent to sexual contact consists of „actual words or conduct indicating freely given agreement to have sexual intercourse or sexual contact” (Washington Rev. Code § 9A.44.010 (2000); por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 140).

<sup>50</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 140.

<sup>51</sup> Ibidem, s. 141.

nej. Ten rodzaj odpowiedzialności mógłby mieć miejsce, gdyby możliwe było zarzucenie komuś działania wbrew nie wyrażonym na zewnątrz przeżyciom psychicznym drugiej osoby<sup>52</sup>. Przykładem odpowiedzialności obiektywnej mogłoby być oskarżenie o zgwałcenie i skazanie kierowców, którzy obcowali płciowo z Rebecą Burnham i nie mieli żadnych podstaw do uznania, że jej zachowanie spowodowane jest przymusem ze strony męża<sup>53</sup>. Owi kierowcy nie mieli możliwości poznania przeżyć psychicznych pani Burnham, chyba że ona sama, poprzez słowa lub też z wykorzystaniem komunikacji niewerbalnej, wskazałaby na taką ewentualność. Nie oznacza to, oczywiście, moralnej akceptacji zachowania kierowców. Co więcej, nie rozstrzygamy tutaj faktycznego zaistnienia zgody – w ramach płaszczyzny faktycznej można opowiedzieć się za innym ujęciem konstrukcji zgody, natomiast wskazujemy, że z normatywnego punktu widzenia najbardziej odpowiednią koncepcją zgody, przynajmniej wedle Joela Feinberga, jest ujęcie zewnętrzne<sup>54</sup>.

W tym miejscu należy także zauważyć, że zaaprobowanie czystej koncepcji ujęcia wewnętrznego zgody może prowadzić do ryzyka zaistnienia niższego stopnia ochrony jednostki przed niechcianym współżyciem seksualnym, niż w przypadku ujęcia zewnętrznego. Otóż podmiot inicjujący współżycie płciowe z innym podmiotem może, mimo najlepszej woli, nie zdawać sobie sprawy z jego przeżyć psychicznych. Można zatem przyjąć, że gdyby miał świadomość braku zgody, na pewno nie podjąłby się współżycia płciowego.

Susan Estrich zauważa natomiast, że rozumienie zgody w ujęciu wewnętrznym ma jeszcze jeden zasadniczy aspekt negatywny. Może ono prowadzić do powiększenia rozmiaru krzywdy kobiety podczas procesu karnego, gdy dochodzi do konieczności zbadania wcześniejszych zachowań seksualnych kobiety, aby móc dojść do przekonania, czy oskarżony powinien był wiedzieć, że nie wyraziła ona zgody na obcowanie płciowe<sup>55</sup>. W odpowiedzi na te wątpliwości Susan Estrich zaproponowała inne rozwiązanie. Po pierwsze, zauważyła, że typy czynów zabronionych oparte na konstrukcji zgody składają się łącznie z następujących trzech elementów:

---

<sup>52</sup> J. Feinberg, *Harm To Self...*, op. cit., s. 176.

<sup>53</sup> *People v. Burnham*, 176 Cal. App. 3d 1134, 222 Cal. Rptr 630 (1985); por. A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 149.

<sup>54</sup> Już w tym miejscu należy zwrócić uwagę, że z punktu widzenia polskiej doktryny prawa karnego, o odpowiedzialności obiektywnej można mówić, jeżeli w procesie przypisywania konkretnej osobie odpowiedzialności za czyn, nie bierze się pod uwagę strony podmiotowej, a zatem zamiaru sprawcy. Wracając jeszcze do przykładu sprawy *People v. Burnham*, nie można stwierdzić, że kierowcy byłiby odpowiedzialni obiektywnie, gdyby opowiedzieć się za ujęciem wewnętrznym zgody, o ile weźmie się pod uwagę ich zamiar. Z punktu widzenia strony podmiotowej istotne jest to, że sprawca obejmował swoją świadomością znamiona czynu (chciał popełnić czyn zabroniony albo przewidywał możliwość popełnienia czynu zabronionego) albo powinien był mieć świadomość zrealizowania się znamion czynu (powinien był przewidzieć możliwość popełnienia czynu zabronionego). Jeżeli sprawca nie obejmował swoją świadomością braku zgody i nie chciał współżyć seksualnie bez zgody, odpowiedzialność karna nie mogłaby być mu przypisana.

<sup>55</sup> S. Estrich, *Rape*, (w:) „Yale Law Journal” 1986, nr 95, s. 1099 i n.

- 1) opis zachowania (np. obcowanie płciowe sprawcy z ofiarą),
- 2) sprawca ma świadomość albo powinien mieć świadomość braku zgody,
- 3) brak zgody prawnie relewantnej.

Autorka proponuje zbudowanie typu czynu zabronionego zgwałcenia jedynie w oparciu o dwa pierwsze elementy, z pominięciem trzeciego<sup>56</sup>. Peter Westen, oceniając koncepcję Susan Estrich, konstatuje, że podobny skutek można osiągnąć poprzez wprowadzenie konstrukcji usiłowania<sup>57</sup>. Różnica ostatecznie polegałaby jedynie na tym, przy założeniu takiej samej karalności, iż w przypadku propozycji Susan Estrich sprawca odpowiadałby za zgwałcenie, natomiast w oparciu o koncepcję Petera Westena za usiłowanie zgwałcenia. Na marginesie należy zauważyć, że rozwinięcie propozycji Susan Estrich prowadzi w zasadzie do odrzucenia koncepcji zgody w ogóle. Odrzucenie subiektywnego elementu w postaci zgody, leżącego po stronie ofiary, przenosi środek ciężkości oceny na zachowanie sprawcy. Konsekwencją takiej interpretacji mogłoby być skonstruowanie typu czynu zabronionego w oparciu o takie znamiona charakteryzujące działanie sprawcy, jak np. przemoc, groźba, podstęp.

Heidi Malm zwraca jednak uwagę na swego rodzaju niestabilność immanentnie związaną z ujęciem zgody w perspektywie wewnętrznej, tj. przeżycia psychicznego. Przeżycie psychiczne w początkowym stadium może być ukierunkowane na zgodę, po czym już w trakcie może ulec radykalnej zmianie<sup>58</sup>. Prowadziłoby to do znacznych trudności w prawnej ocenie zdarzenia, a co więcej istotne komplikacje w relacjach między ludźmi.

Zwolennicy zewnętrznego rozumienia zgody, wyliczając negatywne cechy ujęcia wewnętrznego, zapominają o wadach swojej propozycji. Wystarczy przypomnieć tu dwie, omawiane już wcześniej wady. Po pierwsze, nie wiadomo z jakiej perspektywy udzielenie zgody miałyby być stwierdzane. Można wskazać różne potencjalne rozstrzygnięcia, np. perspektywę oskarżonego, perspektywę tzw. społeczności interpretującej, czy też w końcu perspektywę rozsądnego człowieka. Po drugie, wystarczy przypomnieć stan faktyczny sprawy *People v. Burnham*, w której opowiedzenie się za którąś z koncepcji zgody prowadziło w konsekwencji do stwierdzenia istnienia zgody albo jej braku.

Próbując podsumować rozważania na temat najbardziej odpowiedniego ujęcia zgody z perspektywy płaszczyzny normatywnej warto zwrócić uwagę na pewien pesymizm poznawczy podniesiony przez Petera Westena. Otóż, jego zdaniem, wybór pomiędzy ujęciem wewnętrznym oraz ujęciem zewnętrznym nie jest wyborem pomiędzy opcją moralnie słuszną i moralnie niesłuszną<sup>59</sup>. Jest to wybór

---

<sup>56</sup> W ten sposób pogląd S. Estrich zinterpretował – jak się wydaje – prawidłowo, P. Westen (P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 153); por. S. Estrich, *Rape*, „Yale Law Journal” 1986, nr 95, s. 1095 i n.

<sup>57</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 154.

<sup>58</sup> H. Malm, *The Ontological Status of Consent and Its Implications for the Law on Rape*, (w:) „Legal Theory” 1996, nr 2, s. 149.

<sup>59</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 160.

jednej z zaproponowanych koncepcji uwarunkowany obudowaniem konstrukcji zgody takimi instrumentami, aby w najbardziej możliwym stopniu pozwalała na uniknięcie wad poszczególnych ujęć zgody. W związku z tym system prawny posługujący się konstrukcją zgody może oprzeć się na ujęciu:

- 1) wewnętrznym,
- 2) zewnętrznym,
- 3) jednocześnie wewnętrznym i zewnętrznym niezależnie (przy czym wystąpienie jednego z nich wystarczy do stwierdzenia zaistnienia zgody),
- 4) mieszanym (muszą wystąpić łącznie elementy ujęcia wewnętrznego i zewnętrznego).

Warto zwrócić uwagę na jeszcze jeden, nie spotykany w literaturze, sposób ukształtowania relacji między faktyczną i normatywną płaszczyzną zgody. Otóż, odwołując się do opisu struktury decyzji zaproponowanego przez Mieczysława Krąpca, człowiek w pierwszej kolejności podejmuje wewnętrzną decyzję dotyczącą sposobu działania i ewentualnie dopiero w następnej kolejności ujawnia ją na zewnątrz<sup>60</sup>. Wobec tego, właściwe zrekonstruowanie zgody ma miejsce, o ile w płaszczyźnie faktycznej zaakceptujemy ujęcie wewnętrzne, zaś wymóg ekspresji przeniesiemy na płaszczyznę normatywną.

Niemniej jednak wydaje się, że Peter Westen ma rację, kiedy twierdzi, że żadna z koncepcji nie jest z góry w swej istocie predestynowana do pełnienia charakteru normatywnego. W związku z tym, na ustawodawcy spoczywa ciężar wyboru jednej z tych koncepcji i, w konsekwencji, obudowanie jej takimi elementami, które w możliwie największym stopniu pozwolą na uniknięcie opisanych wyżej negatywnych zjawisk.

## Zgoda prawnie relewantna

Powyżej rozważano dwie płaszczyzny zgody, tj. zgodę w rozumieniu faktycznym oraz zgodę w ujęciu normatywnym. Zauważono, że zgoda faktyczna realizuje funkcję zgody w rozumieniu prawa karnego, o ile spełnia warunki modelowej zgody przewidzianej przez prawodawcę. Do przesłanek zaistnienia prawnie relewantnej zgody, odpowiadającej modelowi przewidzianemu w systemie prawnym, niewątpliwie, o czym była już mowa wyżej, konieczna jest reakcja podmiotu A w odpowiedzi na zachowanie podmiotu B, które wymaga zgody. Owa reakcja może być rozumiana zgodnie z ujęciem zgody w sposób wewnętrzny, zewnętrzny albo mieszany. Każde z ujęć zgody może odpowiednio zrealizować

<sup>60</sup> M.A. Krąpiec, rozważając problematykę prawa naturalnego, zwraca uwagę na to, iż: „Nikt bowiem nie może mnie zmusić do tego, bym sam dobrowolnie chciał tego w swym działaniu (poprzez mój osobisty wybór sądu praktycznego o zdeterminowanej treści wiążącej mnie do »takiego oto« działania), czego nie chcę. Zatem moment wewnętrznej decyzji stanowi główne odniesienie – analogat główny – rozumienia obowiązywalności prawa” (por. M.A. Krąpiec, *Człowiek i prawo naturalne*, Lublin 2009, s. 235).

funkcję przewidzianą dla zgody w prawie karnym, o ile ustawodawca obuduje ją odpowiednimi kryteriami. Niemniej jednak, wskazać należy na jeszcze inny zbiór przesłanek wymaganych do uznania zgody za prawnie relewantną, który nie jest bezpośrednio związany z tym czy też innym ujęciem samej zgody.

Wydaje się, że do zakresu minimalnych wymogów wobec aktu wyrażenia zgody, jako immanentnie związanych z tą koncepcją, niezależnie od obszaru jej wykorzystania, należy zaliczyć zdolność do wyrażenia zgody, odpowiednią wiedzę i swobodę. W doktrynie anglosaskiej, rozpatrując zagadnienie zgody, zwraca się szczególną uwagę na negatywne rozumienie przesłanek prawnej relewantności zgody. Zalicza się do nich:

- 1) podstęp
- 2) przymus,
- 3) udzielenie zgody przez osobę do tego niezdolną<sup>61</sup>.

Za Alanem Wertheimerem wymogi te możemy nazwać przesłankami skuteczności zgody (*principles of valid consent*)<sup>62</sup>.

## Podstęp

Jak już wcześniej zauważono, wyrażenie zgody powinno odbywać się dobrowolnie, a zatem w wyniku dokonania przez podmiot oceny różnych okoliczności, przesłanek i uwarunkowań. Człowiek – z pewnymi wyjątkami, o których będzie mowa – ma zdolność do samodzielnej oceny tych elementów, a następnie ustosunkowania się do nich poprzez wyrażenie zgody lub jej odmowę. Ten modelowy schemat działania ma miejsce, o ile nie zakłócą go inne zewnętrzne okoliczności. Jedną z nich może być podstęp, przejawiający się we wprowadzeniu drugiej osoby w błąd, tak aby wpłynąć na jej proces decyzyjny. Joan McGregor zauważa, że wśród działań podstępnych (wprowadzających w błąd) można wskazać takie, które przekształcają proces decyzyjny z dobrowolnego w zupełnie niedobrowolny, a także te, w niewielkim stopniu wpływające na decyzję podmiotu wyrażającego zgodę.

Podstęp dzieli się zwykle na podstęp co do faktów (*fraud in the factum*), kiedy ofiara jest wprowadzana w błąd co do czynności względem jej osoby, oraz podstęp co do okoliczności motywacyjnych (*fraud in the inducement*)<sup>63</sup>.

---

<sup>61</sup> Por. m.in. A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 163–257; J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 163–194, D. Husak, *The Complete Guide to Sex...*, op. cit., s. 277–281; *Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*, [http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dp131\\_rape.pdf](http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dp131_rape.pdf) [dostęp: 21.11.2009 r.].

<sup>62</sup> A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 2 i n. Autor dzieli dodatkowo przesłanki na przesłanki skuteczności zgody w obszarze prawnym (*principles of valid consent for the law*) oraz moralnym (*principles of valid consent for morality*).

<sup>63</sup> J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 181–182; P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 198; A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 194–197.

Przykładem podstępu w obszarze faktycznym może być działanie lekarza ginekologa, który pod pretekstem przeprowadzenia badania doprowadza nieświadomą tego kobietę do obcowania płciowego. Brak zgody na współżycie płciowe wydaje się w tym przypadku oczywisty.

Obrazując problem podstępu co do okoliczności motywacyjnych, można wskazać tzw. kazuś brata bliźniaka oraz kazuś kłamcy. Kazuś brata bliźniaka dotyczy sytuacji, w której mężczyzna A, którego brat bliźniak jest żonaty z B, kładzie się do łóżka śpiącej już B i inicjuje stosunek płciowy, któremu B poddaje się, myśląc, że czyni to ze swoim mężem. Kazuś kłamcy dotyczy natomiast sytuacji, w której kobieta stawia mężczyźnie warunek, że nie podejmie z nim relacji seksualnych, o ile ten nie będzie miał wobec niej poważnych zamiarów. Mężczyzna potwierdza zamiary, podczas gdy swoim kolegom mówi, że wcale takowych nie ma<sup>64</sup>. Wskazane stany faktyczne prowadzą do konkluzji, że osoba działająca pod wpływem podstępu co do okoliczności motywujących, ma świadomość na co wyraża zgodę (w tych przypadkach na obcowanie płciowe), niemniej jednak jej zgoda jest motywowana błędnym przekonaniem o określonych przesłankach.

Kryminalizacji jest poddawany zwykle podstęp co do faktów<sup>65</sup>. Podstawowym elementem różnicującym ocenę *fraud in the factum* oraz *fraud in the inducement* jest przedmiot zgody wyrażanej przez podmiot znajdujący się pod wpływem działania podstępnego. Otóż w przypadku podstępu co do faktów podmiot wyraża zgodę na inną czynność niż obcowanie płciowe (np. na badanie lekarskie). Można zatem stwierdzić, odwołując się do wyżej wskazanego wniosku Joan McGregor, że jest to egzemplifikacja zupełnego zakłócenia procesu decyzyjnego podmiotu, który działa w pełnym i usprawiedliwionym przekonaniu, że wyraża zgodę jedynie na określoną procedurę medyczną. W przypadku okoliczności motywacyjnych sytuacja jest jakościowo inna. Podmiot A od samego początku wyraża bowiem zgodę na działanie podmiotu B, biorąc jednak pod uwagę nie tylko okoliczności prawdziwe, ale również inne, skonstruowane przez podmiot B, mające na celu wpłynąć na proces decyzyjny podmiotu A.

Z kategorią *fraud in the inducement* wiąże się jednak zasadniczy problem interpretacyjny. Jak wiadomo, w naturze człowieka leży potrzeba zainteresowania wśród osób płci przeciwnej. W związku z tym zarówno mężczyźni jak i kobiety podejmują różne działania mające na celu zwrócenie na siebie uwagi drugiej osoby, prowadzące w efekcie do zawarcia znajomości, która może wiązać się z podjęciem współżycia płciowego. Problematyczne jest jednak postawienie

<sup>64</sup> A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 196.

<sup>65</sup> „The proposition that fraud vitiates consent in criminal matters is not true if taken to apply in the fullest sense of the word, and without qualification... Many seductions would be rapes, and so might acts of prostitution procured by fraud, as for instance by promises not intended to be fulfilled... The only cases in which fraud indisputably vitiates consent in these matters are cases of fraud as to the nature of the act done” (R v. Clarence, 22 QBD 13 (1886-90) All ER 133, cyt. za: A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 196).

granicy pomiędzy wskazanym tu działaniem, które można nazwać uwodzeniem, a zachowaniem wypełniającym już znamiona podstępu co do okoliczności motywacyjnych<sup>66</sup>. Czy pożyczanie od znajomego wysokiej klasy samochodu i sugerowanie kobiecie, że jest się jego właścicielem, co ma być oznaką bogactwa, jest już działaniem podstępnym? Czy okłamywanie partnera na temat swojego wykształcenia jest również działaniem podstępnym? Czy w końcu takim działaniem jest okłamywanie drugiej osoby w zakresie swojej tożsamości? Przykładem może być prawdziwa historia niejakiego Oscara Kendalla, który wmawiał kobietom, że jest słynnym fotografem mody i pod pretekstem obiecywanej im kariery modelek współżył z nimi seksualnie<sup>67</sup>.

Próbując ustosunkować się do tego zagadnienia, wskazuje się, że prawo karne powinno chronić słabszych, a zatem w omawianych tu przypadkach osobę poddaną działaniu, które może być zakwalifikowane jako podstępne. Wymóg ingerencji prawnokarnej może wydawać się tu jednak wątpliwy, bowiem trudno oczekiwać od prawa karnego regulowania czynników wpływających na motywację podmiotu wyrażającego zgodę, a już szczególnie w tak intymnym obszarze relacji międzyludzkich, jakim jest współżycie seksualne. Kierowanie wobec prawa karnego żądań tego rodzaju mogłoby prowadzić do sytuacji dość absurdalnych. Trudno, a może to być nawet niemożliwe, ocenić, jakie czynniki w rzeczywistości skłoniły partnerów do podjęcia obcowania płciowego. Chcąc uniknąć jakiegokolwiek zakłócenia procesów decyzyjnych, co możliwe jest chyba tylko w konstrukcjach modelowych, należałoby postawić przed każdą osobą inicjującą relację o charakterze seksualnym żądanie przedstawienia pełnego obrazu swojej osoby, tak aby przypadkiem partner nie znalazł się w błędnym przekonaniu co do cechy, która jest dla niego szczególnie istotna.

Powyższe argumenty nie prowadzą jednak do wniosku, że wszystkie okoliczności kwalifikowane jako *fraud in the inducement* powinny znaleźć się poza obszarem działania prawa karnego. Przykładem takich okoliczności może być przywoływany już wcześniej stan faktyczny nazwany kazusem brata bliźniaka. Tego typu błąd bez wątpienia powinien mieć charakter prawnie relewantny, zatem zgoda kobiety nie ma w tym wypadku mocy okoliczności wyłączającej przestępność czynu. Jak wobec tego należy ocenić kategorię podstępu co do okoliczności motywacyjnych? Wydaje się, że właściwym rozstrzygnięciem tak postawionego problemu jest próba przekształcenia *fraud in the inducement* w *fraud in the factum*<sup>68</sup>. Wracając jeszcze do stanu faktycznego z bratem bliźniakiem, podstęp, po przekształceniu z kategorii okoliczności motywacyjnych do kategorii faktów, polegałby na wprowadzeniu w błąd kobiety, która wyraża zgodę jedynie na współżycie seksualne ze swoim mężem. Kwalifikując całe wydarzenie do *fraud in the inducement*, stwierdzaliśmy,

<sup>66</sup> J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 184.

<sup>67</sup> Por. artykuł *Rape suspect jailed*, (w:) „Rome News Tribune”, 18 września 1977 r.

<sup>68</sup> J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 188 i n.

że kobieta wyraziła zgodę na współzycie seksualne będąc pod wpływem błędnych okoliczności motywacyjnych, wedle których mężczyzna obok miał być jej mężem. Otóż w przypadku rekonstrukcji zdarzenia w kontekście *fraud in the factum* stwierdzamy, że kobieta wyraziła zgodę na współzycie seksualne z mężem (analogicznie, jak w przypadku badań ginekologicznych, gdy kobieta wyraziła zgodę na badanie), podczas gdy do obcowania płciowego doprowadził brat bliźniak jej męża (w przypadku stanu faktycznego dot. badań ginekologicznych faktycznie doszło do współzycia płciowego). Zatem po dokonanej transformacji doskonale widać, że kobieta wyraziła zgodę na zachowanie zupełnie inne od tego, które faktycznie miało miejsce.

Proponowane tu rozwiązanie nie ma, oczywiście, charakteru idealnego. Joan McGregor zwraca bowiem uwagę, że właściwie każde zachowanie mające cechy podstępny co do okoliczności motywacyjnych może zostać zrekonstruowane i odczytane jako podstęp co do faktów<sup>69</sup>. Można bowiem stwierdzić, że wprowadzenie drugiej osoby w błąd w zakresie swojego wykształcenia jedynie zmotywowało ją do podjęcia współzycia seksualnego (*fraud in the inducement*), ale można także wysnuć wniosek, iż kobieta wyraziła zgodę na współzycie seksualne z mężczyzną z wyższym wykształceniem, podczas gdy w rzeczywistości obcowała płciowo z mężczyzną z niższym poziomem wykształcenia (*fraud in the factum*).

Wobec powyższego potrzebna jest próba skonstruowania granicy pomiędzy tymi dwoma rodzajami podstępu. W mojej ocenie, szczególną uwagę należy zwrócić na podmiot i przedmiot zachowania. Osoba wyrażająca zgodę powinna mieć świadomość do kogo ją adresuje, a zatem powinna znać dane tej osoby pozwalające na jej identyfikację. W zasadzie wydaje się, że wystarczająca jest świadomość podstawowych danych z zakresu tożsamości danej osoby, a w szczególności jej imię i nazwisko. Zakres tych danych może ulec rozszerzeniu w sytuacji udzielania zgody na zachowanie wymagające określonych kwalifikacji, jak np. osoba przeprowadzająca zabieg kosmetyczny, czy też naprawiająca samochód. W tych przypadkach bowiem wymagane uprawnienia i kwalifikacje nie są okolicznościami motywującymi do udzielenia zgody, ale mającymi fundamentalne znaczenie dla podjęcia decyzji o udzieleniu zgody. Wiedza dotycząca przedmiotu zgody powinna polegać na świadomości, iż dotyczy ona określonego zachowania. Tak skonstruowane przesłanki pozwalają na stwierdzenia, że wprowadzenie drugiej osoby w błąd w zakresie tu wskazanym (tj. co do adresata zgody i jej przedmiotu) jest równoznaczne z podstępem co do faktów, natomiast wprowadzenie w błąd w zakresie innych okoliczności ma charakter podstępu co do okoliczności motywacyjnych.

---

<sup>69</sup> Ibidem, s. 188 i n.



## Przymus

Przymus polega na spowodowaniu przez podmiot A wyrażenia zgody przez podmiot B w następujących okolicznościach:

- 1) A straszy B, że pogorszy sytuację B,
- 2) A straszy B, że pogorszy swoją pozycję, np. popełni samobójstwo,
- 3) C straszy B, że pogorszy sytuację B, jeżeli ten nie wyrazi zgody na zachowanie A<sup>70</sup>.

Stosowanie przymusu w celu uzyskania zgody drugiej osoby polega na narzuceniu jej wyboru pomiędzy dwoma alternatywnymi rozwiązaniami, np. osoba A żąda rozpoczęcia obcowania płciowego z osobą B argumentując, że w przeciwnym wypadku ją pobije i podejmie współżycie z użyciem przemocy. Zauważmy, że osoba B ma do wyboru rozwiązanie złe (obcowanie płciowe) i jeszcze gorsze (pobicie i obcowanie płciowe bez zgody). Możemy jednak spotkać się z takimi stanami faktycznymi, w których propozycja może być odebrana nie jako groźba zastosowania przymusu, ale jako oferta<sup>71</sup>. Weźmy pod uwagę następujące dwa stany faktyczne:

- 1) matka ma śmiertelnie chore dziecko, które może zostać wyleczone pod warunkiem przeprowadzenia operacji, której koszt wynosi milion dolarów. Do kobiety, która nie dysponuje środkami na opłacenia nawet części tych kosztów, zwrócił się pewien milioner z propozycją opłacenia kosztów operacji, pod warunkiem, że kobieta nawiąże z nim relacje seksualne;
- 2) mężczyzna grozi kobiecie, że zabije jej dziecko, jeżeli ta nie rozpocznie z nim obcowania płciowego.

Już powierzchowna analiza wskazanych stanów faktycznych prowadzi do wniosku, że są one jakościowo różne. W kazusie pierwszym sytuacja kobiety, związana z chorobą jej dziecka, może ulec poprawie, o ile wyrazi ona zgodę na współżycie płciowe z milionerem. Do przeciwnej oceny skłania kazus drugi, bowiem sytuacja kobiety może ulec radykalnemu pogorszeniu, o ile nie przystanie ona na żądanie mężczyzny. Zatem o ofercie możemy mówić w kazusie pierwszym, natomiast o groźbie zastosowania przymusu w kazusie drugim.

Przed przejściem do konkluzji warto zwrócić uwagę na jeszcze jedno zagadnienie związane z problematyką różnic między groźbą zastosowania przymusu a ofertą. Do ilustracji tego zagadnienia może służyć stan faktyczny „złego samarytanina”<sup>72</sup>. Kobieta imieniem Mary jechała wraz ze swoim dzieckiem samochodem po rzadko uczęszczanej drodze. Nagle, z niewiadomych przyczyn, Mary straciła panowanie nad pojazdem, samochód uderzył w barierkę i następnie wjechał do rowu. Mary nie odniosła poważnych ran, natomiast jej dziecko doznało licznych

<sup>70</sup> D. Husak, *The Complete Guide...*, op. cit., s. 280.

<sup>71</sup> J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 168 i n.

<sup>72</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 181 i n. Stan faktyczny przytoczono z uzupełnieniem przez autora niniejszej pracy, aby zwrócić uwagę na istotne elementy wiążące się z zagadnieniem przymusu.

uszkodzeń, które mogły spowodować nawet śmierć w przypadku braku szybkiej pomocy lekarskiej. Telefon komórkowy Mary w efekcie wypadku nie nadawał się do użytku. Po kilku minutach kobiecie udało się zatrzymać zbliżający się pojazd. Prowadzący go kierowca Jack zgodził się pomóc, pod warunkiem, że kobieta najpierw podejmie z nim współżycie płciowe. Kobieta, zdając sobie sprawę, że droga jest rzadko uczęszczana i jest to jedyny sposób ratunku dla jej dziecka, wyraziła zgodę na obcowanie płciowe z kierowcą.

Biorąc powyższy stan faktyczny pod uwagę, można stwierdzić, że propozycja kierowcy nie miała charakteru groźby zastosowania przymusu, bowiem zachowanie Jacka nie prowadziło Mary do przekonania, że jeżeli nie zgodzi się na propozycję, to znajdzie się w gorszym położeniu niż to, w którym znalazła się wskutek wypadku. Niemniej jednak można wskazać przedstawicieli doktryny wyrażających odmienne zdanie, kwalifikujących zachowanie kierowcy w ramach zgwałcenia<sup>73</sup>. W związku z tym stanem faktycznym, a także dwoma opisanymi wyżej, należy zastanowić się nad definicją groźby zastosowania przymusu.

Z przywoływanych opinii i teorii pojawiających się w doktrynie anglosaskiej można wywnioskować, iż próba definiowania przymusu (groźby jego zastosowania) powinna być czyniona w związku z sytuacją ofiary, tj. spowodowanym przez sprawcę pogorszeniem, polepszeniem lub też brakiem zmiany jej dotychczasowego położenia. Wobec tego jest konieczne skonstruowanie przesłanek pozwalających na stwierdzenie pogorszenia sytuacji drugiej osoby. Jedną z propozycji interpretacji „pogorszenia sytuacji drugiej osoby” zaproponował Alan Wertheimer<sup>74</sup>. Mianowicie, do pogorszenia sytuacji drugiej osoby dochodzi, gdy pozostawia się ją w położeniu gorszym od najgorszego położenia, w jakim prawo pozwala zostawić drugą osobę. Peter Westen słusznie zauważa, że propozycja Alana Wertheimera z jednej strony jest zbyt wąska, a jednocześnie także za szeroka. Z jednej strony bowiem, akceptując tę definicję, nie można by postawić zarzutu pracodawcy uzależniającemu zatrudnienie kobiety od wyrażenia przez nią zgody na współżycie seksualne. Otóż pracodawca ma prawo odmówić zatrudnienia drugiej osoby, w związku z czym nie stawia on jej w położeniu gorszym od najgorszego położenia, na które pozwala prawo<sup>75</sup>. Z drugiej zaś strony groźbę zastosowania przymusu można by przypisać mężczyźnie, który mówi, że w przypadku braku zgody na współżycie seksualne, zabije złotą rybkę należącą do kobiety, czy też ukradnie jej niewielką kwotę pieniędzy<sup>76</sup>. Jakkolwiek przykłady

<sup>73</sup> Por. J. McGregor, *Why When She Says No She Doesn't Mean Maybe and Doesn't Mean Yes*, (w:) „Legal Theory” 1996, nr 2, s. 197; P. Westen wskazuje jeszcze pracę D. Archarda (D. Archard, *Sexual Consent*, Boulder 1998, s. 55–60) oraz A. Wertheimera (A. Wertheimer, *Coercion*, Princeton 1987, s. 218).

<sup>74</sup> A. Wertheimer, *Coercion*, Princeton 1987, s. 217–221, cyt. za: P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 182 i n.

<sup>75</sup> Argument ten przestaje być jednak aktualny, jeżeli w danym systemie prawnym funkcjonuje zakaz odmowy zatrudnienia z przyczyn związanych z wolnością seksualną człowieka.

<sup>76</sup> P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 182–183.

te nie będą brzmiały dziwnie, to zastosowanie propozycji Alana Wertheimera mogłoby prowadzić właśnie do takich konsekwencji.

Inną propozycję rozstrzygnięcia omawianego tu zagadnienia przedłożył Peter Westen<sup>77</sup>. Jego zdaniem, pogorszenie sytuacji drugiej osoby powinno być oceniane z perspektywy najgorszego położenia na jakie pozwalają granice wytyczone przez dany czyn zabroniony jako rezultat braku zgody. Sam Peter Westen nie wyjaśnia dokładnie swojej propozycji, niemniej jednak można próbować dokonać jej interpretacji, nie zapominając jednocześnie o roli, jaką ta konstrukcja ma do spełnienia. Zatem do niedopuszczalnego pogorszenia sytuacji drugiej osoby dojdzie, o ile owe pogorszenie wypełnia znamiona konkretnego czynu zabronionego. W tej sytuacji nie dopuści się groźby zastosowania przymusu osoba, która jako konsekwencję braku zgody drugiej osoby na współżycie płciowe, zagrozi zachowaniem, które nie wypełnia znamion żadnego czynu zabronionego, np. kradzież małej kwoty pieniędzy. Nie oznacza to jednak, że czyn taki musi być zgodny z całym porządkiem prawnym. Propozycja Petera Westena może spełnić stawiane wobec niej wymagania również w przypadku wskazanej wcześniej odmowy zatrudnienia, pod warunkiem jednak, że odmowa z przyczyn seksualnych wypełnia znamiona typu czynu zabronionego przewidzianego w danym systemie prawnym. Zauważyć jednak należy, że przy takim założeniu podobny skutek miałby miejsce na gruncie propozycji Alana Wertheimera<sup>78</sup>.

## Zdolność do wyrażenia zgody

Zgoda, jako emanacja autonomii woli, może być udzielona tylko przez osobę zdolną do jej wyrażenia, tj. świadomą otaczającej ją rzeczywistości, okoliczności wpływających na wyrażenie zgody, a także generalnych konsekwencji, jakie mogą się z tym wiązać. W literaturze wskazuje się następujące elementy, które należy brać pod uwagę podczas badania zdolności do wyrażenia zgody:

- 1) wiek,
- 2) niepełnosprawność umysłowa,
- 3) wpływ środków odurzających.

<sup>77</sup> Ibidem, s. 183.

<sup>78</sup> Wydaje się, że najbardziej odpowiednia i funkcjonalna jest koncepcja mająca swoje źródło w polskim kodeksie karnym. Warto w tym miejscu zasygnalizować problematykę groźby bezprawnej, która wydaje się być konstrukcyjnie najbardziej zbliżona do zagadnienia pogorszenia położenia drugiej osoby. Zgodnie z art. 115 § 12 k.k. groźbą bezprawną jest zarówno groźba z art. 190 k.k., jak i groźba postępowania karnego lub rożgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Nie stanowi natomiast groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jeżeli ma ono jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem. Zgodnie zaś z art. 190 k.k. czynem zabronionym jest groźenie innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona. Jak widać, konstrukcja groźby bezprawnej jest czytelna, co powinno być jedną z podstawowych dyrektyw związanych z konstrukcjami otaczającymi koncepcję zgody.

Przesłanka wieku wydaje się, przynajmniej co do zasady, budzić najmniej wątpliwości. Otóż powszechnie uważa się, że człowiek jest w stanie świadomie podejmować decyzje, odpowiadając zarazem za ich skutki dopiero po przekroczeniu pewnej granicy wieku, tym samym dopiero od tego momentu w pełni staje się „dzierżycielem” swojej autonomii woli. Dla przykładu można wskazać konstrukcję zdolności do czynności prawnych, ponoszenie odpowiedzialności karnej, możliwość uzyskania prawa jazdy itd. Wobec tego, nie dziwi fakt, że również zdolność do wyrażenia zgody, a zatem dotknięcia samej istoty swojej autonomii woli, mają osoby, które osiągnęły już pewną dojrzałość psychiczną i fizyczną. Ustawodawca, konstruując normy generalne i abstrakcyjne, musi *ex definitione* posługiwać się pewnymi uogólnieniami. Spośród kryteriów, jakimi można by posłużyć się w konstruowaniu koncepcji zgody, najbardziej optymalne wydaje się być kryterium wieku.

Podobne wnioski podnosi się względem osób niepełnosprawnych umysłowo, które nie są w stanie rozpoznać znaczenia i konsekwencji swoich czynów, a także z powodu łatwości bezkrytycznie poddają się działaniom innych osób<sup>79</sup>. Inaczej jednak niż w przypadku dzieci – które w pewnym momencie osiągną wiek będący przesłanką skuteczności zgody – osoby niepełnosprawne umysłowo zwykle nie mają szans na powrót do sprawności. Do każdego z takich przypadków należy podchodzić indywidualnie, bowiem nie można wskazać ogólnego i abstrakcyjnego kryterium, które nie skrzywdziłoby osób niepełnosprawnych.

Najwięcej wątpliwości dotyczy przesłanki działania pod wpływem środków odurzających. Wiąże się z tym podstawowe pytanie. Czy zgoda osoby będącej pod wpływem środków odurzających ma charakter prawnie relewantny? Odpowiedzią na tak postawione pytanie może być teoria odpowiedzialności (*responsibility claim*) połączona z teorią ważności zgody (*responsibility-entails-validity claim*)<sup>80</sup>. W ramach tych teorii można wyróżnić cztery spojrzenia na odpowiedzialność podmiotu wyrażającego zgodę.

Hedi Hurd wskazuje na istotne znaczenie dwóch z nich, tj. teorię przewidywania (*reasoning view*) oraz teorię prewencji (*incentive view*). Wedle teorii przewidywania środki odurzające niezwykle rzadko całkowicie pozbawiają człowieka możliwości oceny swojego działania. Zgodnie zaś z teorią prewencji uznanie wpływu środków odurzających za okoliczność wyłączającą odpowiedzialność mogłoby zostać odebrane jako sygnał do znacznej swobody działania usprawiedliwionej spożyciem określonych substancji<sup>81</sup>.

Alan Wertheimer proponuje uwzględnienie jeszcze dwóch sposobów interpretacji teorii odpowiedzialności. Mianowicie, wskazuje on na teorię przeniesienia (*flow-through view*) oraz teorię podwójnej oceny (*dual-self view*)<sup>82</sup>. Teoria przenie-

<sup>79</sup> J. McGregor, *Is It Rape?...*, op. cit., s. 155–159.

<sup>80</sup> A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 238–245.

<sup>81</sup> H. Hurd, *The moral magic...*, op. cit., s. 141.

<sup>82</sup> A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 240–242.

sienia polega na uznaniu, że jeżeli człowiek w momencie I ma zdolność ukierunkowana swojego zachowaniem w momencie II, to nasza ocena wykorzystania tych możliwości powinna być taka sama w momencie II, jak w momencie I, pomimo że w osoba ta w momencie II, ze względu na działanie środków odurzających, nie była już w stanie kierować swoim postępowaniem. O teorii podwójnej oceny można zaś mówić, gdy stwierdzamy, że decyzja o zażyciu środków odurzających podjęta w momencie I powoduje brak odpowiedzialności za zachowanie w momencie II, kiedy owe substancje zaczynają działać. Nie oznacza to jednak, że wedle teorii podwójnej oceny człowiek zażywający środki odurzające zwolniony jest z odpowiedzialności. Odpowiedzialność ta spoczywa na człowieku za spożycie środków odurzających w momencie I, co doprowadziło do zachowania w momencie II. Nie można natomiast przypisać mu odpowiedzialności za samo zachowanie w momencie II. Zaprezentowane tu dwie teorie można zilustrować stanem faktycznym, w którym studentka uczestnicząca w zabawie zorganizowanej w akademiku, po dobrowolnym spożyciu dużej ilości alkoholu, wyraża zgodę na współżycie seksualne z innym uczestnikiem zabawy. Zgodnie z teorią przeniesienia można stwierdzić, iż studentka ukierunkowała swoje zachowanie poprzez dobrowolne spożycie alkoholu, zatem odpowiada ona również za swoje późniejsze działanie. Wobec tego, jej zgoda ma charakter prawnie relewantny. Odnosząc ten stan faktyczny do teorii podwójnej oceny, należałoby stwierdzić, że studentce można przypisać odpowiedzialność za spożycie alkoholu prowadzące do wyrażenia zgody na współżycie seksualne, ale już nie za samo wyrażenie zgody na obcowanie płciowe. Faktyczne wyodrębnienie tych teorii opiera się na znacznie wysublimowanym wnioskowaniu, zaś skutki zastosowania każdej z nich będą podobne. Mianowicie, zgoda zostanie uznana za ważną

Warto zauważyć, że zaprezentowane wyżej koncepcje skłaniają do dalekiej analogii do konstrukcji zawinienia na przedpolu czynu. Otóż jednostka spożywająca alkohol powinna być świadoma tego, że skutek jego działania może wyrazić zgodę na coś, na co, działając w stanie trzeźwości, nigdy by zgody nie wyraziła.

W debacie pojawiają się także głosy przeciwne, wskazujące na brak odpowiedzialności i prawnej relewantności zgody wyrażonej pod wpływem środków odurzających. Susan Estrich wskazuje, że człowiek zapominając przez zaniechanie o zamknięciu samochodu, nie udziela automatycznie zgody na przywłaszczenie sobie tego samochodu przez inną osobę. Podobnie, zdaniem autorki, nie można stwierdzać, że zażycie przez człowieka środków odurzających i wyrażenie pod ich wpływem zgody powinno dopuszczać wniosek o jej prawnej relewantności<sup>83</sup>.

---

<sup>83</sup> S. Estrich, *Palm Beach Stories*, op. cit., s. 10, cyt. za: A. Wertheimer, *Consent...*, op. cit., s. 243.

## Wnioski

Przeprowadzony wywód na temat problematyki konstrukcji zgody niewątpliwie prowadzi do podstawowego wniosku, a mianowicie, że jest to instrument wysoce skomplikowany, a może się zdarzyć, że także niezupełnie czytelny. Wiele wątpliwości i tym samym trudności wiąże się już ze zrekonstruowaniem w schemacie zgody dwóch płaszczyzn, tj. faktycznej, rozpoznającej zgodę jako pewien fakt społeczny, oraz normatywnej, składającej się z zespołu uwarunkowań i przesłanek prowadzących do wniosku o prawnej relewantności zgody. Już na etapie omawiania płaszczyzny faktycznej dostrzeżono trzy możliwe interpretacje ontologiczne zgody dysponenta dobrem (ujęcie wewnętrzne, zewnętrzne oraz mieszane), co na tym poziomie nie budzi szczególnego niepokoju, niemniej istotna trudność ukazuje się dopiero na płaszczyźnie normatywnej, bowiem prawodawca przewidując dla konstrukcji zgody pewną funkcję w systemie prawnym, powinien w pierwszej kolejności rozstrzygnąć czym ta zgoda rzeczywiście jest oraz, w konsekwencji, w jaki sposób można ją poznać. Innymi słowy, prawodawca powinien wskazać jaki wycinek zachowania człowieka zostanie przez niego odczytany jako zgoda dysponenta dobrem. Na tym jednak nie kończą się wyzwania stojące przed systemem prawa. Otóż poza tym, co zostało już wskazane, w konstrukcji zgody należy umieścić przesłanki wyłączające jej prawną relewantność, jak np. przymus, podstęp, brak zdolności.

Niezależnie od dyskusji na temat funkcji zgody, czyli włączenia przez nią istoty czynu lub bezprawności, należy zastanowić się nad kodyfikacją tej konstrukcji, poprzez wskazanie relewantnego prawnie jej kształtu oraz przesłanek wyłączających określony prawem skutek jej zaistnienia<sup>84</sup>. Innym rozwiązaniem, przy założeniu, że zgoda miałaby nadal mieć w głównej mierze charakter pozaustawowy, jest wypracowanie tych elementów w judykaturze i doktrynie.

Ponadto niezależnie od powyższego wniosku warto się jeszcze zastanowić nad zakresem zastosowania konstrukcji zgody dysponenta dobrem. Wskazana na wstępie debata tocząca się w obszarze anglosaskiej kultury prawnej dotyczy, jak zauważono, problematyki przestępstw przeciwko wolności seksualnej. W tym obszarze bowiem, jak w soczewce, unaocznia się fundamentalny dla tej problematyki konflikt pomiędzy podejściem obiektywnym a subiektywnym do typizacji czynu. Dla przykładu można przywołać regulację kodeksu stanu Nowy Jork, zgodnie z którym przestępstwo seksualne ma miejsce, gdy mężczyzna podejmuje obcowanie płciowe bez zgody kobiety (art. 130.20). Według zaś art. 130.05 tego kodeksu, zjawisko braku zgody występuje m.in. wtedy gdy osoba jest niezdolna do wyrażenia zgody ze względu na swój wiek lub też zastosowano przymus albo pod-

---

<sup>84</sup> Zauważyć należy, że zgoda została uregulowana w odniesieniu do problematyki świadczeń zdrowotnych. Por. ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentystry.

stęp<sup>85</sup>. W polskim kodeksie karnym natomiast typ czynu zabronionego zgwałcenia przybrał następujący kształt: „kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego”. Rozwiązanie wprowadzone w kodeksie karnym stanu Nowy Jork opiera się niewątpliwie na kryterium o charakterze subiektywnym, jakim zawsze będzie zgoda dysponenta dobrem, niezależnie od nałożonych na nią kryteriów normatywnych. Polskie rozwiązanie opiera się zaś na znamionach przemocy, podstępu i groźby bezprawnej, które mają charakter dalece bardziej obiektywny i łatwiejszy do oceny na podstawie odpowiednich kryteriów.

W związku z powyższym wydaje się, że do wykorzystania konstrukcji zgody dysponenta dobrem w systemie prawa karnego należy podchodzić ze szczególną ostrożnością, niezależnie od przypisywanej jej funkcji. W przypadku typów czynów zabronionych, w których znamionach umieszczono brak zgody, warto rozważyć ich przekształcenie poprzez zamianę tego znamienia na znamiona przemocy, podstępu, groźby bezprawnej, które i tak w konstrukcji zgody decydują ostatecznie o jej prawnej relewantności, a nie powodują tylu wątpliwości interpretacyjnych. Innym sposobem zaradzenia powstałym wątpliwościom może być skodyfikowanie konstrukcji zgody dysponenta dobrem, tak aby możliwe było odczytywanie w sposób prawidłowy preferowanego przez ustawodawcę ujęcia zgody na płaszczyźnie faktycznej oraz normatywnej.

## STRESZCZENIE

Celem niniejszego opracowania jest próba wyjaśnienia samego pojęcia zgody, jej definicji, warunków zaistnienia, czy też przesłanek nie pozwalających na zakwalifikowanie określonego stanu faktycznego jako zgody wywołującej określone skutki prawne. Posługiwanie się koncepcją zgody w życiu codziennym nie wymaga jej definiowania. Problem pojawia się jednak wtedy, gdy instrument życia codziennego jest wykorzystywany w konstruowaniu jakiegoś rozwiązania prawnego, co pociąga za sobą konieczność takiego zdefiniowania określonej koncepcji, by była ona tak samo rozumiana przez prawodawcę, stosujących prawo oraz podmioty mające zgodnie z tym prawem postępować. Wnioski wypracowanej w anglosaskiej kulturze prawnej wydają się bardzo interesujące i na tyle uniwersalne, że warto na ich podstawie spróbować zrekonstruować instrument zgody. Celem niniejszego opracowania, oprócz omówienia konstrukcji zgody, jest próba wypracowania wniosków o charakterze *de lege ferenda*, które mogą lub też powinny być przyjęte na gruncie polskiego prawa karnego. Tak przeprowadzona analiza prowadzi do wniosku, wedle którego do wykorzystania konstrukcji zgody dysponenta dobrem w systemie prawa karnego należy podchodzić ze

---

<sup>85</sup> Por. P. Westen, *The Logic...*, op. cit., s. 16 i n. Zauważyć należy, że w zakres tego typu wchodzi nie tylko wskazany w polskim kodeksie karnym typ zgwałcenia, ale również m.in. czyn lubieżny.

szczególną ostrożnością, niezależnie od przypisywanej jej funkcji. Warto rozważyć skodyfikowanie konstrukcji zgody dysponenta dobrem, tak aby było możliwe prawidłowe odczytywanie preferowanego przez ustawodawcę ujęcia zgody na płaszczyźnie faktycznej i normatywnej.

## SUMMARY

The aim of the study is to explain the very concept of 'consent', its definition, conditions for its occurrence and constraints that do not let an actual state be qualified as consent incurring legal consequences. The use of the concept of consent in everyday life does not require a definition. The problem arises however when the instrument of everyday life is used to construct a legal solution, which implies the need to define such a concept so that it can be understood in the same way by the legislative, practitioners and entities obliged to comply with the law. The conclusions made in the Anglo-Saxon legal culture seem to be very interesting and so universal that based on them the instrument of consent is worth reconstructing. The objective of the study, apart from discussing the concept of consent, is to make conclusions *de lege ferenda*, which can or should be transparent in the Polish criminal law. Such an analysis leads to a conclusion that the use a victim's consent in the system of criminal law should be given special prudence, regardless of the function assigned to it. It is also worth considering the codification of a victim's consent so that it would be possible to properly understand consent interpretation that the legislature prefers on the practical and statutory level.