

ZGODA NA CZYNNOŚĆ SEKSUALNĄ W ŚWIETLE ART. 197 KODEKSU KARNEGO

JANUSZ BOJARSKI*

NATALIA DAŚKO**

DOI: 10.26399/iusnovum.v18.3.2024.20/j.bojarski/n.dasko

STRESZCZENIE

W XXI wieku następuje w wielu ustawodawstwach odejście od dotychczasowego oparcia znamion przestępstwa zgwałcenia na zastosowaniu różnego rodzaju przymusu i zastąpienie go naruszeniem woli osoby pokrzywdzonej. Celem artykułu, który ma charakter analityczny, jest wskazanie zmiany rozumienia znamion przestępstwa z art. 197 k.k. i dopasowanie tego artykułu do aktualnej świadomości i poglądów społeczeństwa. Problematyka ta jest stosunkowo słabo obecna w dyskusja naukowych, co prawdopodobnie wynika z faktu, że dopiero niedawno zwrócono uwagę na pewne zjawiska, takie jak *stealthing*. Autorzy stawiają tezę, że wobec obecnej wykładni znamion przestępstwa zgwałcenia, prezentowanej zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie, obecny stan prawny wypełnia kryteria z art. 36 Konwencji Stambulskiej, natomiast przed doktryną i orzecznictwem, a może i ustawodawcą stoi zadanie dostosowania przestępstwa zgwałcenia do współczesnych potrzeb. Wnioski wyciągnięte na podstawie przeprowadzonych badań ukazują problemy tylko wspomniane w piśmiennictwie prawnokarnym.

Słowa kluczowe: zgwałcenie, zgoda, prawo karne, przestępstwa seksualne, *stealthing*

* dr hab., Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (Polska), e-mail: bojarski@umk.pl, ORCID: 0000-0003-0590-7464

** dr, Katedra Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu (Polska), e-mail: ndasko@umk.pl, ORCID: 0000-0001-9122-4883



CONSENT TO SEXUAL ACTIVITY IN ACCORDANCE WITH ARTICLE 197 OF THE CRIMINAL CODE

ABSTRACT

IN THE 21st century, many pieces of legislation are moving away from basing the features of the crime of rape on the use of various types of coercion and replacing it with the violation of the will of the injured person. The aim of the article, which is of an analytical nature, is to indicate a change in the understanding of the features of a crime under Art. 197 of the Penal Code and its adaptation to the current awareness and views of society. This issue is relatively absent in scientific discussions, which is probably due to the fact that only recently has attention been paid to certain phenomena, such as *stealthing*. The authors thesis that in view of the current interpretation of the features of the crime of rape, presented both in the doctrine and case law, the current legal status meets the criteria of Art. 36 of the Istanbul Convention, while the doctrine and jurisprudence, and perhaps even the legislator, face the task of adapting the crime of rape to contemporary needs. The conclusions drawn on the basis of the research conducted show problems that are only mentioned in criminal law literature.

Keywords: rape, consent, criminal law, sexual crimes, stealthing

WSTĘP

Zgodnie z art. 36 tak zwanej Konwencji Stambulskiej¹ państwa strony są zobowiązane do wprowadzenia karalności penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakkolwiek częścią ciała lub przedmiotem oraz innych czynności o charakterze seksualnym wobec innej osoby bez jej zgody, a także doprowadzenia innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią. W myśl ust. 2 tego artykułu zgoda musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle danych okoliczności. Jak widać, regulacja ta jest bardzo kazuistyczna, jednak można to uznać za jej zaletę, gdyż wyraźnie pokazuje złożoność obecnego podejścia do zakresu i sposobu ochrony wolności seksualnej.

Uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że bardzo syntetyczne ujęcie znamion przestępstw określonych w artykułach 197, 198 oraz 199 k.k., w wersji uchwalonej w 1997 r., oraz ich wykładnia, nie odpowiadają dzisiejszym potrzebom. Późniejsze zmiany treści wspomnianych artykułów nie zmieniły niczego w tym względzie. Analiza literatury przedmiotu wskazuje bowiem na dualistyczne podejście do problemu – czy czynności seksualne zostały w jakiś sposób wymuszone, czy też nie. Nie uwzględnia się natomiast, że zgoda może zostać wyrażona tylko na określone formy kontaktu seksualnego oraz że w pewnym momencie może zostać ona cofnięta. Zwrócić należy także uwagę, że obecnie obowiązujące polskie prawo karne nie chroni wolności seksualnej przed pewnymi sposobami wymuszania aktywności seksualnej. Jako przykład podać można doprowadzanie do wykonania lub

¹ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Dz.U. z 2015 r., poz. 961).

poddania się czynności seksualnej za pomocą groźby popełnienia wykroczenia czy spowodowania postępowania dyscyplinarnego.

Wprowadzenie nowej definicji zgwałcenia, takiej jak chociażby w Konwencji Stambulskiej, niewątpliwie pociągnie za sobą trudności dowodowe jeszcze większe, niż to ma miejsce w przypadku określenia sposobu lub okoliczności doprowadzenia do czynności seksualnej bez zgody pokrzywdzonego. Zasadnie bowiem można chyba przypuszczać, że po zmianie definicji zgwałcenia pojawią się zarzuty dokonania tego przestępstwa, kiedy sprawca nie stosował przemocy, groźby ani podstęp². W końcu taki jest podstawowy cel tej zmiany. W związku z tym pojawiają się najprawdopodobniej nowe sytuacje, nieobjęte dotychczasowym stanem prawnym, kiedy problemem będzie nie tyle ustalenie stanu faktycznego, ile stwierdzenie, czy w tym konkretnym przypadku zachowanie jednej ze stron można było odczytać jako zgodę na kontakt seksualny. To z kolei będzie wymagało ustalenia szerszego kontekstu funkcjonowania tych osób w życiu społecznym. Ale mówi się też, że obecnie ofiara zmuszona jest do upokarzającego opisywania przebiegu zdarzenia i wykazywania, że przedsięwzięła jakieś działania mające na celu powstrzymanie sprawcy. W związku z tym zmniejszy się udział takich przypadków, kiedy dowodzenie wypełnienia znamion opierać się będzie na zabezpieczonych śladach na ciele osoby pokrzywdzonej czy śladach biologicznych sprawcy.

Jednak wspomniane tu ograniczenia zakresu ochrony wolności seksualnej powodują, że zasadne wydaje się bliższe przyjrzenie się problematyce zgody na obcowanie płciowe lub inne czynności seksualne w świetle obecnie obowiązujących przepisów. Zgoda na czynności seksualne, ze względu na ujęcie znamion, miała zawsze znaczenie drugoplanowe dla analizy przestępstwa zgwałcenia. W wypadku stosowania groźby bezprawnej lub podstępnie brak zgody jest oczywisty. Natomiast w wypadku stosowania przez sprawcę przemocy, komentatorzy ogniskują się na oporze wobec tej przemocy jako przejawie braku zgody, co często prowadzi do braku wewnętrznej konsekwencji w interpretacji znamion przestępstwa.

DOPROWADZENIE DO CZYNNOŚCI SEKSUALNEJ PRZEMOCĄ LUB GROŹBA

Naruszenie wolności seksualnej na gruncie art. 197 k.k. polega na doprowadzeniu do wykonania lub poddania się czynności seksualnej wbrew woli osoby pokrzywdzonej lub w sytuacji, kiedy podjęcie decyzji woli nie jest możliwe na skutek zabiegów zastosowanych przez sprawcę. Ta pierwsza sytuacja zachodzi przede wszystkim w wypadku zastosowania przemocy lub groźby bezprawnej. W obu sytuacjach stwierdzić można, że ustawodawca wymaga od pokrzywdzonego pewnego stopnia determinacji dla ochrony swojej wolności. Nie ma tego w przypadku przestępstwa

² Warto dodać, że Konwencja Stambulska w art. 36 wymaga, aby umyślne działania seksualne po prostu bez zgody innej osoby podlegały odpowiedzialności karnej. Natomiast złożony w Sejmie (Druk 209) projekt zmiany art. 197 k.k. zawiera wymaganie świadomej i dobrowolnej zgody.

wykonania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta (art. 192 k.k.) czy naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.). W tym drugim przypadku wystarczy, że sprawca nie reaguje na żądanie osoby uprawnionej. Podstawą analizy problemu może być opisywana w mediach sprawa, w której sąd uznał, że nie doszło do zgwałcenia, ponieważ kobieta nie krzyczała podczas zdarzenia.

Za punkt wyjścia dla rozważań może posłużyć przypadek, w którym przebieg zdarzeń miał wyglądać następująco. Kobieta³ przyjechała do rodziny na święta. Ponieważ miejsca do spania nie wystarczyło dla wszystkich, goście kładli się w kilka osób na jednym łóżku. Pokrzywdzona spała z kuzynostwem, ale było jej zbyt niewygodnie, więc położyła się do łóżka, w którym miał spać inny jej daleki krewny, który wrócił pijany około 3.00 w nocy, po czym doszło do czynności seksualnych. Sąd Okręgowy stwierdził, że doszło do zgwałcenia, ponieważ pokrzywdzona odpychała sprawcę i próbowała się odsuwać, płakała i mówiła, że tego nie chce. Natomiast zdaniem Sądu Najwyższego do zgwałcenia nie doszło, ponieważ zachowanie pokrzywdzonej, „tj. odpychanie rąk oskarżonego, gdy był nad nią oparty dwiema rękami, płacz oraz słowa, by ją zostawił, nie przekonują – w zestawieniu z tymi działaniami, które w tym czasie podejmował oskarżony, w tym odwracaniem pokrzywdzonej, rozszerzaniem jej nóg, zdejmowaniem swojej bielizny, a potem bielizny pokrzywdzonej oraz dokonywaniem czynności o charakterze seksualnym – by pokrzywdzona podjęła opór przed takim zachowaniem oskarżonego”⁴. Wyrażony przez Sąd Najwyższy pogląd daje dobry asumpt do analizy pewnych znamion przestępstwa zgwałcenia. Przy ocenie tak przedstawionego stanowiska tego Sądu konieczne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, jaką formę i intensywność musi mieć przeciwstawianie się przemoc, żeby można było uznać, że sprawca doprowadził do czynności seksualnej przemocą?

Przemoc jako znamię przestępstwa zgwałcenia S. Hypś definiuje jako użycie siły fizycznej wobec ofiary, osoby jej bliskiej lub rzeczy, dla uniemożliwienia lub przełamania oporu. Natomiast opór ten musi być rzeczywisty i zrozumiały dla sprawcy⁵. Dodać można, że zdaniem V. Konarskiej-Wrzosek⁶ oraz K. Nazar i J. Warylewskiego⁷ przemoc może zostać zastosowana wobec innej osoby niż pokrzywdzony lub osoba najbliższa, co różni te czynności wykonawcze od zastosowania groźby bezprawnej.

Zdaniem M. Berenta i M. Filara w wypadku stosowania przemocy podstawowe znaczenie ma opór pokrzywdzonego, wyrażający się niekoniecznie w fizycznym przeciwstawieniu się środkom stosowanym przez sprawcę, ale na przykład w formie płaczu, krzyku czy głośnego wzywania pomocy. Opór należy traktować jako uzewnętrznienie braku zgody. Nie można jednocześnie wymagać, aby

³ Pokrzywdzona w chwili czynu miała 14 lat, ale nie ma to znaczenia dla omawianych aspektów przestępstwa z art. 197 k.k.

⁴ Postanowienie SN z 5 października 2021 r., Dz.U. z 2015 r., poz. 961, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/V%20KK%20316-21.pdf> (dostęp: 14.07.2023).

⁵ S. Hypś *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Prawo karne*, red. A. Grześkowiak, Warszawa 2009, s. 317.

⁶ V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks Karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2018, s. 942.

⁷ K. Nazar, J. Warylewski, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2023, s. 1369.

pokrzywdzony wyczerpał wszystkie możliwości stawiania oporu⁸. Wobec takiego stanowiska można wysunąć zastrzeżenie utożsamienia stosowania przemocy z brakiem zgody. Czy w takim razie, jeżeli z jednej strony dojdzie do czynności seksualnych (np. dotykanie piersi), przy całkowitej fizycznej bierności drugiej strony, przy jednoczesnym sygnalizowaniu braku zgody jedynie w formie werbalnej, będzie można uznać, że do czynności seksualnej doprowadzono przemocą? Z drugiej jednak – ten uzewnętrzniony brak zgody musi charakteryzować się pewnym stopniem intensywności, gdyż nie wystarczy samo wyrażenie swojego sprzeciwu, ale musi przybrać formę krzyku czy płaczu.

M. Budyn-Kulik i M. Kulik zgadzają się z poglądem M. Filara⁹, zgodnie z którym nie można mówić o stosowaniu przemocy, jeżeli ofiara nie stawia oporu, przy czym nie musi to być opór fizyczny¹⁰.

Biorąc powyższe pod uwagę, stwierdzić należy, że określenie znamion przestępstwa z art. 197 k.k. oddala się od językowego brzmienia tego przepisu. Skoro bowiem przemoc to siła fizyczna służąca przełamaniu oporu, a przez opór rozumie się jednoznacznie, również pozawerbalne, wyrażenie sprzeciwu wobec zachowania sprawcy, to występuje w tym pewna sprzeczność. Jak można siłą przełamywać opór występujący w postaci głośnego wołania o pomoc? Czy jeżeli sprawca nie zatka w takiej sytuacji ust ofierze lub w inny sposób nie zmusi jej do zaprzestania krzyku, to nie dojdzie do zgwałcenia? Trudno sobie w ogóle wyobrazić przełamanie siłą fizyczną oporu w postaci płaczu. Zwłaszcza w przypadku dopuszczenia się przez sprawcę innej czynności seksualnej. Nie sposób bowiem uznać, że samo dotykanie intymnych części ciała ofiary, przy jej fizycznej bierności (brak odpychania sprawcy lub podobnego zachowania) samo w sobie jest stosowaniem siły fizycznej dla uniemożliwienia lub przełamania oporu. Ponieważ w wypadku braku fizycznego oporu ze strony pokrzywdzonego, w rzeczywistości nie dochodzi do użycia przemocy przez sprawcę, gdyż – jak to określa A. Marek – przemocą jest oddziaływanie środkami fizycznymi, które mają uniemożliwić lub przełamać opór ofiary¹¹. Warto przytoczyć także stanowisko Sądu Najwyższego; przemoc to „szeroko pojęta czynność fizyczna, skierowana (...) przeciwko samemu pokrzywdzonemu, co zmusza go do poddania się woli sprawcy i określonego zachowania się...”¹². Wynika stąd, że musi dojść do dwóch etapów w dokonywaniu przestępstwa zgwałcenia: najpierw sprawca musi zastosować przemoc, a potem musi dojść do czynności seksualnej.

Trudności budzi zrozumienie wyrażonego w doktrynie poglądu, że: „Wystarczy zatem, aby osoba pokrzywdzona uzewnętrzniała swoim działaniem brak zgody na odbycie stosunku płciowego, stawiała rzeczywisty opór sprawcy, a ten przełamał go”¹³. Czy należy to rozumieć w ten sposób, że konieczne jest i wyrażenie braku zgody, i stawianie fizycznego oporu sprawcy, czy też samo uzewnętrznienie braku zgody jest już

⁸ M. Berent, M. Filar, w: *Kodeks Karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2015, s. 1141–1142.

⁹ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 93.

¹⁰ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013, s. 605.

¹¹ A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997, s. 449.

¹² Wyrok SN z 12 sierpnia 1974 r., Rw 403/74, OSNKW 1974, nr 11, poz. 204.

¹³ K. Nazar, J. Warylewski, w: *Kodeks karny...*, op. cit., s. 1368.

tym oporem? Jednak w przypadku innego oporu niż fizyczny trudno mówić o jego przełamaniu. Sprawca tego rodzaju opór ignoruje, a go nie przełamuje.

M. Budyn-Kulik i M. Kulik piszą odnośnie do art. 197 k.k., że: „Zgoda pokrzywdzonego wyłącza (...) bezprawność zachowania sprawcy, jego czyn nie stanowi przestępstwa”. Trudno się zgodzić z tym stwierdzeniem przedstawionym w takim kontekście. Kontakty seksualne są bowiem pierwotnie legalne, a nie jedynie legalizowane przez decyzję osoby wyrażającą zgodę. Na ten problem zwróciła uwagę A. Michalska-Warias. Wyrażanie zgody na kontakt seksualny powoduje, że nie ma przestępstwa zgwałcenia, ale tej zgody nie można utożsamiać z kontratypem zgody pokrzywdzonego¹⁴. Po prostu w takim przypadku nie dochodzi do wypełnienia znamion czynu zabronionego. Takie też stanowisko wyraził J. Warylewski, stwierdzając, że koniecznym warunkiem popełnienia przestępstwa z art. 197 k.k. jest brak wyrażenia przez pokrzywdzonego prawnie skutecznej zgody. Przy czym ten brak zgody może polegać na wyrażeniu decyzji negatywnej, ale też na braku decyzji pozytywnej. Autor ten jednoznacznie określił brak zgody pokrzywdzonego jako niewypowiedziane znamię przestępstwa zgwałcenia¹⁵. Z tym poglądem zgadzają się M. Budyn-Kulik i M. Kulik, jednocześnie podkreślając, że brak pozytywnie wyrażonej zgody może wprowadzić sprawcę w błąd, co należy rozpatrywać w świetle art. 28 k.k.¹⁶

Jako przykład można podać sytuację, gdy pokrzywdzony nie jest w stanie sprzeciwić się napaści seksualnej z uwagi na paraliżujący go strach (ang. *frozen fright*). Brak sprzeciwu ze strony pokrzywdzonego siłą rzeczy poczytywany będzie przez sprawcę jako dorozumiana zgoda na podejmowane przez niego czynności seksualne. Nie sposób zatem zgodzić się ze wspomnianym wyżej stanowiskiem J. Warylewskiego, że do zgwałcenia dochodzi również w wypadku „braku decyzji pozytywnej” pokrzywdzonego. Brak decyzji pozytywnej, któremu nie towarzyszy zmanifestowany opór o określonym natężeniu, nawet gdy wewnętrznie pokrzywdzony nie zgadzał się na czynności seksualne, nie mieści się w zakresie kryminalizacji wyznaczonym przez art. 197 k.k.

M. Rodzyńkiewicz uważa, że opór jest wyrażeniem braku zgody na czynność seksualną¹⁷. Zauważyć przy tym należy, że podawane w literaturze przykłady oporu innego niż opór fizyczny, takie jak krzyk czy płacz, wskazują, że wymagane jest, aby to wyrażenie braku zgody przybrało pewną dozę intensywności. Pogląd taki prezentowany jest również w orzecznictwie, słusznie zauważył w tym kontekście Sąd Apelacyjny w Gdańsku, iż: „Nie sposób zgodzić się, że samo zablokowanie drzwi samochodowych w celu uniemożliwienia wyjścia przez nie przez pokrzywdzoną, czy też niezważanie na słowny jej sprzeciw, mogą dowodzić stosowania przez oskarżonego przemocy w odniesieniu do przestępstwa zgwałcenia”; i dalej:

¹⁴ A. Michalska-Warias, *Zgwałcenie w małżeństwie. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2016, s. 153–154.

¹⁵ J. Warylewski, w: *Kodeks Karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006, s. 809.

¹⁶ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, w: *Kodeks karny...*, op. cit., s. 605.

¹⁷ M. Rodzyńkiewicz, w: *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006, s. 605.

„Słusznie skarżący podkreśla – za Sądem Najwyższym (V KKN 95/99) – że możliwymi formami oporu ze strony osoby pokrzywdzonej przestępstwem zgwałcenia mogą być także np. głośne wzywanie pomocy, krzyk, płacz (...); rzecz jednak w tym, że w realiach niniejszej sprawy zachowania takie nie miały miejsca”¹⁸.

Ten przegląd poglądów prezentowanych w doktrynie i orzecznictwie skłania do postawienia tezy, że przestępstwo zgwałcenia, w postaci stosowania przemocy, rozumiane jest jak doprowadzenie innej osoby do czynności seksualnej, pomimo wyrażenia przez nią sprzeciwu.

ZAKRES ZGODY W WYPADKU JEJ WYRAŻENIA

O ile w wypadku przemocy ofiara ma możliwość wyrażenia sprzeciwu wobec uczestniczenia w czynności seksualnej, o tyle w przypadku użycia podstępem z istoty rzeczy taka możliwość jest wyłączona. W doktrynie wyróżnić można dwie sytuacje, kiedy uznaje się, że sprawca zastosował podstęp. Chodzi o wprowadzenie w błąd lub wyzyskanie błędu ofiary co do przesłanek warunkujących prawidłowy przebieg procesu decyzyjnego w zakresie zaangażowania seksualnego (ujęcie wąskie) oraz o doprowadzenie ofiary, wprowadzając ją w błąd lub wyzyskując jej błąd, do stanu, w którym nie potrafi ona podjąć swobodnej decyzji w tym przedmiocie z powodu wyłączenia aparatu wolitywno-ruchowego (ujęcie szerokie)¹⁹. Prowadzone są też rozważania, w jaki sposób może dojść do wspomnianego wprowadzenia w błąd.

W doktrynie dość powszechnie przyjmuje się, że w przypadku pierwszej sytuacji, czyli wprowadzenia w błąd lub wyzyskania błędu co do przesłanek motywacyjnych w zakresie czynności seksualnych, wyróżnić można błędy istotne, których wywołanie lub wyzyskanie przesądza o realizacji znamion przestępstw z art. 197 k.k., i błędy uboczne, które dla przesłanek motywacyjnych nie mają zasadniczego znaczenia²⁰. Biorąc za punkt wyjścia przedmiot ochrony, jakim jest wolność seksualna, M. Filar słusznie wywodził, że nie może być mowy o podstępie tam, „gdzie ofiara świadomie godzi się na stosunek, pozostając jedynie w błędzie co do ubocznych motywów tej decyzji”²¹. Jako okoliczności uboczne podaje się przede wszystkim wiek partnera, jego status majątkowy, stan cywilny, ale także wyznanie miłości, deklaracje małżeństwa czy przyrzeczenie zapłaty²². W ostatnim czasie to utrwalone w doktrynie podejście próbował zakwestionować M. Grudecki, wskazując, że ewentualna naganność motywów uznawanych jako uboczne nie może pozbawiać prawnokarnej ochrony w przypadku podjęcia niechcianej czynności seksualnej²³. W swoim wywodzie Autor podał następujące przykłady: obietnicę małżeństwa,

¹⁸ Wyrok SA w Gdańsku z 23.06.2022 r., II AKa 152/22, LEX nr 3436633.

¹⁹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, w: *Kodeks Karny...*, op. cit., s. 610–611.

²⁰ S. Hypś, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, art. 197, nb. 20; M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks Karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, art. 197, nt. 15.

²¹ Zob. M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia...*, op. cit., s. 109.

²² M. Bielski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, art. 197, nt. 54.

²³ M. Grudecki, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2022, nr 55, s. 77.

obietnicę zapłaty za stosunek seksualny, fałszywe wyznanie miłości oraz ściągnięcie prezerwatywy przez mężczyznę w czasie stosunku seksualnego, na który kobieta wyraziła zgodę wyłącznie pod warunkiem zabezpieczenia się przez mężczyznę²⁴. Nie sposób zgodzić się z Autorem, że pierwsze trzy przypadki odnoszą się do „niechciany aktywności seksualnych”, wszak w każdym z nich obie strony chcą zaangażować się seksualnie i nie ma pomyłki co do osoby partnera, a niespełnione obietnice pojawiają się już po tym zaangażowaniu i na jego przebieg wpływu nie mają. Ochrona wolności seksualnej na gruncie prawa karnego nie może rozciągać się na ewentualne oczekiwane benefity wynikające z dobrowolnego zaangażowania seksualnego. Czynione przez wspomnianego Autora analogie do przestępstwa oszustwa nie są trafne, choćby z uwagi na różny przedmiot ochrony art. 286 k.k. i art. 197 k.k. W wypadku oszustwa zarówno cel działania sprawcy, jak i negatywne jego konsekwencje są jednoznacznie określone. W wypadku przestępstwa zgwałcenia nie mają znaczenia ani cel działania sprawcy, ani przyczyny braku zgody osoby pokrzywdzonej. Również nie ma znaczenia, dlaczego zgoda ta została wyrażona, jeżeli obejmowała charakter czynności oraz partnera. W treści art. 197 k.k. pomija się bowiem te kwestie. Z kolei czwarta sytuacja różni się co do istoty od trzech poprzednich. W tym bowiem wypadku występuje błąd nie co do motywacji, ale co do formy czynności seksualnej.

To zjawisko, określane jako *stealthing*, stosunkowo niedawno stało się przedmiotem rozważań w polskiej literaturze karnistycznej. Polega ono właśnie na usunięciu prezerwatywy w trakcie stosunku przez mężczyznę, bez zgody drugiej osoby, kobiety lub mężczyzny, albo na celowym uszkodzeniu prezerwatywy przed lub w trakcie stosunku przez partnera²⁵. Ostatnie przytoczone znaczenie tego określenia przywodzi na myśl problem wspomniany przez R. Krajewskiego fałszywego zapewnienia swojego partnera przez kobietę o zażywaniu tabletek antykoncepcyjnych²⁶. We wszystkich tych przypadkach należy pozytywnie odpowiedzieć na pytanie, czy do kontaktu seksualnego doszło za obopólną zgodą. Ponadto nie doszło do wprowadzenia w błąd wpływającego na motywację jednego z partnerów. Do czynności seksualnych doszło, ponieważ obie strony tego chciały. Należy natomiast przyjąć, że do zbliżenia by nie doszło, gdyby jedna ze stron wiedziała, jaki ma być jego przebieg lub jakie mają być okoliczności.

M. Bielski wskazuje, że odróżnienie błędu istotnego od ubocznego zasadza się na ocenie czy okoliczność, co do której pokrzywdzony pozostawał w błędzie, z punktu widzenia wzorców kulturowych mogła stanowić główną przesłankę podjęcia świadomej decyzji o zaangażowaniu seksualnym²⁷. Zgadza się z nim Sz. Tarapata, pisząc, że swoboda podjęcia decyzji co do swojej aktywności seksualnej jest zapewniona wtedy, gdy jednostka ta ma możliwość rozpoznania wszystkich elementów, które w naszym kręgu kulturowym są istotne z punktu widzenia

²⁴ Ibidem, s. 75–76.

²⁵ M. Staroń, *Stealthing*, „Prokuratura i Prawo” 2023, nr 5, s. 73.

²⁶ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 269.

²⁷ M. Bielski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, art. 197, nt. 54.

zadecydowania o zaangażowaniu się w relację intymną²⁸. Takie określenie warunków swobodnego podjęcia decyzji należy uznać za zbyt szerokie, bowiem – co nie budzi wątpliwości w doktrynie – celem podjęcia czynności seksualnych niekoniecznie musi być zaspokojenie popędu płciowego. Innymi celami mogą być, rozważane właśnie w literaturze prawa karnego: osiągnięcie korzyści majątkowej lub zawarcie małżeństwa, czy szerzej – osiągnięcie pewnego statusu społecznego. W psychologii natomiast wskazuje się na takie cele, jak zemsta czy zadośćuczynienie za krzywdę lub zdradę²⁹. Przyjęcie natomiast takiej definicji swobody podejmowania decyzji w zakresie aktywności seksualnej wymagałoby najpierw rozstrzygnięcia, jakie to są istotne z punktu widzenia „naszego kręgu kulturowego” okoliczności. Czy chodzi o takie, które są społecznie akceptowane, jak np. prokreacja, czy takie, które rzeczywiście w danej kulturze motywują do kontaktów seksualnych, a jednocześnie nie są z reguły ujawniane, albo nie są pozytywne, jak np. zademonstrowanie swojej dominacji, zdrada, zagłuszenie własnych problemów emocjonalnych. Nadto nie jest łatwo określić, czy można przyjmować istnienie wspólnych wzorców kulturowych w zakresie zaangażowania seksualnego np. u kobiet w różnym wieku i z różnymi doświadczeniami życiowymi lub obracającymi się w różnych środowiskach³⁰. Trudno również, aby sąd analizował wszystkie możliwe elementy wpływające na decyzję o podjęciu aktu seksualnego pod kątem wprowadzenia w błąd, gdyż wiele z nich wychodzi daleko poza sferę płciowości.

Powszechne w doktrynie i orzecznictwie stanowisko, że swoboda decyzji woli, jeżeli chodzi o znamiona przestępstwa z art. 197 k.k., musi zostać naruszona w zakresie charakteru czynności oraz doboru partnera, można uznać za optymalne. Ten bowiem zakres swobody decyzyjnej pokrywa się z obszarem wolności seksualnej chronionej wspomnianym przepisem. W przeciwnym natomiast razie chroniona byłaby nie tylko wolność seksualna, ale też realizacja krótko lub długoterminowych celów, które dana osoba chciała osiągnąć, podejmując aktywność seksualną.

O ile w literaturze i orzecznictwie wiele uwagi poświęcono rozważaniom, kiedy można stwierdzić swobodne wyrażenie woli, o tyle analiza treści zgody nie cieszy się już większym zainteresowaniem. W praktyce natomiast może ona zostać wyrażona tylko na pewne formy czynności seksualnych, a na inne nie. Wskazany powyżej przykład wyrażenia zgody na stosunek seksualny pod warunkiem użycia prezerwatywy czy zgoda wyrażona przez kobietę lub mężczyznę na seks oralny, pod warunkiem, że ejakulacja nie nastąpi w ustach, bardzo dobrze ilustrują ten

²⁸ Sz. Tarapata, *Podstęp jako jedna z form przestępstwa zgwałcenia – zagadnienia wybrane*, „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2022, nr 51, s. 53.

²⁹ <https://www.self-psychologia.pl/medium/nieseksualne-powody-seksu> (dostęp: 22.08.2023).

³⁰ Warto podkreślić, że z jednej strony na świecie występuje tendencja do globalizacji kultury, z drugiej – same społeczeństwa stają się coraz bardziej zróżnicowane. Symptomatycznym przykładem mogą być konwersje religijne, takie jak stosunkowo popularne przyjmowanie islamu przez Polaków – zob. R. Kulig, *Dlaczego Polacy przechodzą na islam?*, <https://wiadomosci.onet.pl/religia/dlaczego-polacy-przechodza-na-islam/5n9dk> (dostęp: 15.09.2023) – i nie tylko Polaków – zob. P. Piętak, *Dlaczego islam jest tak atrakcyjny i pociągający dla miliardów ludzi?*, <https://www.gazetaprawna.pl/wiadomosci/artykuly/973761,islam-demokracja-cywilizacja-zachodnia.html> (dostęp: 15.09.2023).

problem. Oczywiście, doprowadzenie podstępem do obcowania płciowego w tych wypadkach może nastąpić tylko przy elemencie zaskoczenia, gdyby bowiem ofiara zorientowała się, że partner zdejmuje prezerwatywę albo zamierza ejakulować w jej ustach, musiałaby zademonstrować sprzeciw, inaczej musielibyśmy przyjąć, że choć strony umówiły się na inny przebieg czynności seksualnych, to nastąpiła dorozumiana zgoda na jego zmianę.

W judykaturze problem zakresu zgody w wyżej opisanym rozumieniu nie został dostrzeżony. W odniesieniu do zakresu zgodny na czynności seksualne przywołać można jedno z orzeczeń Sądu Najwyższego, który wskazał, iż: „Fakt, że pokrzywdzona akceptowała akt seksualny, a nawet chciała tego aktu, nie przesądza wcale o jej zgodzie na każdą jego formę. Należy bowiem przyjąć, że z zamachem na wolność seksualną mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy pokrzywdzona nie akceptuje aktu obcowania płciowego, ale także wtedy, gdy jej brak akceptacji odnosi się do sposobu, w jaki sprawca aktu tego dokonuje. Nie oznacza to oczywiście, iżby każdy tak rozumiany zamach na wolność seksualną innej osoby wyczerpywał znamiona przestępstwa zgwałcenia. To zależne jest bowiem od tego, czy jego zachowanie wyczerpuje znamiona tego przestępstwa opisane w kodeksie karnym”³¹. W omawianym stanie faktycznym pokrzywdzona zaakceptowała akt obcowania płciowego jako taki, sprzeciwiła się natomiast użyciu przez partnera narzędzia, które ten wprowadził do jej odbytu.

Tak jak w przywołanym judykacie, dotychczasowe rozważania w orzecznictwie i literaturze przedmiotu dotyczące zakresu zgody na czynności seksualne ogniskują się wokół problematyki siłowego wykroczenia poza ten zakres. W takich przypadkach zakwalifikowanie czynności seksualnych jako zgwałcenia nie budzi jednak wątpliwości, gdyż po pierwsze, ofiara orientuje się, że dochodzi do zmiany formy czynności seksualnej, po drugie, wyraża wobec tego sprzeciw, a po trzecie, sprawca używa przemocy lub groźby bezprawnej, aby czynność w zmienionej formie zrealizować.

Tymczasem zjawisko *stealthingu*, czy ejakulacja w ustach partnera czy partnerki, mimo wcześniejszego wyraźnego zastrzeżenia braku zgody na tę czynność, dotyczy zgola odmiennego problemu. M. Staroń stoi na stanowisku, że jeżeli użycie prezerwatywy byłoby bezwzględny warunkiem zgody na stosunek seksualny, jej zdjęcie należy zakwalifikować jako zgwałcenie³². Oczywiście pojawia się od razu problem z udowodnieniem, że mężczyzna jeszcze przed kontaktem seksualnym zamierzał zdjąć prezerwatywę. Co w sytuacji, kiedy decyzję podjął już w trakcie obcowania płciowego? Wydaje się, że problem wynika z utrwalonego założenia, że konieczne jest rozpatrywanie zgody jako czegoś, co jest wyrażane przed rozpoczęciem czynności seksualnej – i została ona wyrażona albo nie. Inaczej będzie, jeżeli uznamy, że za podstęp można uznać niedotrzymanie warunków udzielonej zgody.

W doktrynie prawa karnego na gruncie art. 197 k.k. często podkreśla się, że zgoda jest „niewysłowionym znamięm” tego przestępstwa. Tymczasem waga, jaką przywiązuje się do przesłanek prawnie skutecznej zgody i ewentualnych naruszeń w tym zakresie, jest znacznie mniejsza, niż ma to miejsce chociażby w przypadku

³¹ Postanowienie SN z 9.04.2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, nr 7–8, poz. 53.

³² M. Staroń, *Stealthingu...*, op. cit., s. 80.

przepisów o ochronie danych osobowych. Regulacje RODO wprost wskazują, jakie warunki musi spełnić zgoda na przetwarzanie danych osobowych; ma być to „dobrowolne, konkretne, świadome i jednoznaczne okazanie woli, którym osoba, której dane dotyczą, w formie oświadczenia lub wyraźnego działania potwierdzającego, przyzwala na przetwarzanie dotyczących jej danych osobowych”³³. Do tego w Preambule wiele miejsca poświęcono na wyjaśnienie, na czym polegają poszczególne elementy zgody w świetle przywołanej definicji, tj. dobrowolność, świadomość itd. (np. motywy 32, 42 RODO). Tak samo w literaturze przedmiotu problematyka zgody na przetwarzanie danych osobowych, jej warunków koniecznych, zakresu czy formy jest jednym z centralnych zagadnień, szczegółowo analizowanych³⁴. Natomiast w literaturze prawa karnego w przypadku art. 197 k.k., pomimo podkreślania istoty zgody na czynności seksualne, brak jest szerszych rozważań co do jej zakresu, co ma przecież zasadnicze znaczenie.

Nie ulega wątpliwości, że tak jak w wypadku przetwarzania danych osobowych, zgoda na czynności seksualne powinna być dobrowolna, konkretna, świadoma i jednoznaczna. Wyinterpretować z tego należy, że zgoda może mieć limitowany zakres i dotyczyć tylko określonych sposobów postępowania i form współżycia. Oczywiście, w sytuacjach intymnych nie sposób pozyskiwać zgód na czynności seksualne tak jak na przetwarzanie danych osobowych, chociaż trzeba stwierdzić, że w życiu codziennym przyzwyczailiśmy się do pewnych uciążliwości związanych z wszechobecnymi formularzami zgody na przetwarzanie danych osobowych, to każda zmiana w zakresie ustalonych wcześniej warunków zaangażowania seksualnego powinna spotkać się, choćby z milcząca, aprobatą drugiej strony. Problem, przed którym staje współczesne prawo karne na gruncie art. 197 k.k., to zmiana warunków wcześniej udzielonej zgody przez zaskoczenie i jego prawnokarna ocena. Przykładem tych sytuacji jest właśnie zjawisko *stealthingu* i ejakulacji w ustach partnera, mimo wcześniejszego wyraźnego zastrzeżenia braku zgody na tę czynność. Zjawiska te zapewne nie są nowe w relacjach intymnych, jednak w ostatnim czasie obserwowalny jest przynajmniej wzrost zainteresowania medialnego

³³ Art. 4 pkt 11 Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (tekst mający znaczenie dla EOG) (Dz Urz. UE L 119 z 4.05.2016, s. 1–88).

³⁴ Zob. np. D. Lubasz, *Warunki wyrażania zgody jako przesłanki legalizującej przetwarzanie danych osobowych*, GSP 2021, nr 4, s. 62–79; P. Fajgielski, w: *Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, wyd. II, Warszawa 2022, art. 4; D. Lubasz, W. Chomiczewski, M. Czerniawski, P. Drobek, U. Góral, M. Kuba, P. Makowski, K. Witkowska-Nowakowska, w: *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, Warszawa 2018, art. 4; P. Litwiński, *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2021, art. 4.

tymi tematami, wynikający ze zmian zachodzących w społeczeństwie w zakresie postaw i ocen relacji seksualnych, większej otwartości w tym zakresie i też większej samoświadomości.

Nie wydaje się, aby do tej pory *stealthing* czy niezaakceptowana wcześniej ejakulacja w ustach partnera były już przedmiotem rozważań sądów w Polsce, choć na świecie orzeczenia w tego rodzaju sprawach, przynajmniej w kwestii *stealthingu*, już zapadały³⁵. Nie ulega jednak wątpliwości, że prędzej czy później któryś z krajowych sądów będzie musiał zmierzyć się z pytaniem, czy *stealthing* lub niezaakceptowana ejakulacja, czy jeszcze jakaś inna nieustalona zmiana formy czynności seksualnej bez wiedzy pokrzywdzonego stanowią przestępstwo w świetle art. 197 k.k., czy są czynami niezabronionymi, a jedynie moralnie nagannymi, jak twierdzi np. R. Krajewski³⁶.

Wydaje się jednak, że nawet bez konieczności zmiany art. 197 k.k., w aktualnym stanie prawnym *stealthing* i podobne zachowania realizować mogą znamiona przestępstwa zgwałcenia. Takie stanowisko zasadza się na poglądzie, że za podstęp można uznać niedotrzymanie warunków udzielonej wcześniej zgody na formę czynności seksualnej. Tego typu podejście wymagałoby od sądów skrupulatniejszego badania zgody, nie tylko pod kątem jej udzielenia lub nie przed czynnością seksualną, ale także ustalenia, jaki był jej zakres, w wypadku niezaakceptowanej uprzednio zmiany formy czynności. Nieustalona zmiana formy czynności seksualnej przez zaskoczenie, której druga strona nie mogła się sprzeciwić, a jednocześnie bezwzględnie na taką formę nie wyraziłaby zgody, gdyby została poinformowana wcześniej, stanowi naruszenie wolności seksualnej. Nie jest to wprowadzenie czy wyzyskanie błędu co do motywacji, które *in genere* stanowią okoliczności uboczne, ale co do samej czynności seksualnej, a zatem jest to błąd o charakterze istotnym.

Nie sposób jednak tak samo ocenić przywoływany wcześniej przykład fałszywego uprzedniego zapewnienia przez kobietę o zażywaniu tabletek antykoncepcyjnych. W takim przypadku fałszywe zapewnienie dotyczy, co prawda ważkich, ale okoliczności jednak ubocznych dla samego zaangażowania seksualnego. Nie dochodzi bowiem do wprowadzenia w błąd lub wyzyskania błędu w zakresie tożsamości partnera, charakteru czynności czy formy współżycia. Ewentualna obawa związana z nieplanowaną ciążą partnerki sprowadza się do kategorii motywacji, dla której ktoś podjął lub odmówił zaangażowania seksualnego, a jak wspomiano wcześniej, doktryna co do zasady jest zgodna, że błąd w zakresie motywacji co do aktywności seksualnej ma charakter błędu ubocznego. Nie została przecież naruszona wolność seksualna, skoro zaangażowanie seksualne miało charakter dobrowolny, i nie doszło do błędu w doborze partnera. Przyjęcie odmiennej interpretacji wymagałoby rozważenia jeszcze dalej idącego stanu faktycznego – a co, jeśli mężczyzna chce mieć dzieci, a kobieta, świadoma tego faktu i pozornie aprobująca go, potajemnie zażywa tabletki antykoncepcyjne? Czy też można by przyjąć, że mężczyzna ten został zgwałcony? Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie jest, oczywiście, negatywna.

³⁵ M. Głuchowski podaje przykład wyroku Sądu Rejonowego w Lozannie z 2017 r., M. Głuchowski, *Stealthing – karalność zdjęcia prezerwatywy bez wiedzy partnerki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022, R. LXXXIV, z. 3, s. 100, z kolei M. Staroń omawia m.in. wyrok Sądu Apelacyjnego w Berlinie z 2022 r., M. Staroń, *Stealthing...*, op. cit., s. 77.

³⁶ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie*, op. cit., s. 269.

DYSKUSJE NAD KONIECZNOŚCIĄ ZMIAN OKREŚLENIA ZNAMION PRZESTĘPSTWA ZGWAŁCENIA ORAZ DOKONANE ZMIANY

Dyskusja nad nowym ukształtowaniem znamion przestępstwa zgwałcenia toczy się od pewnego czasu w różnych państwach, gdyż do tej pory ukształtowane zespoły znamion przestały odpowiadać współczesnym oczekiwaniom. Jest oczywiste, że zmiany następujące w społeczeństwie znajdują odzwierciedlenie w ewolucji norm prawnych. W obecnym świecie globalizującej się kultury naturalne zmiany są często przyspieszane przez wpływy zagraniczne, a różnica między normami narodowymi i ponadnarodowymi coraz częściej się zaciera. Niewątpliwie silnym bodźcem do rozważań nad regulacjami dotyczącymi przestępstwa zgwałcenia było orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz przyjęcie Konwencji Sтамбульсьkiej³⁷. Dyskusja taka przetoczyła się przez wiele państw. Poniżej przykłady zagraniczne.

Już w latach 2012–2013 rząd Finlandii rozważał zmiany w kodeksie karnym, mające na celu nowe zdefiniowanie przestępstwa zgwałcenia, oparte na braku zgody pokrzywdzonego. Jednakże wówczas uznano, że jest to niepotrzebne i sprzeczne z fińską tradycją prawa karnego. Podkreślono, że wprowadzenie szczegółowych warunków skuteczności takiej zgody naruszyłoby zasadę swobodnej oceny dowodów przez sąd³⁸. Jednakże bardzo podobne do polskiego określenie znamion przestępstwa zgwałcenia zostało poddane krytyce zarówno przez badaczy fińskich, jak i specjalistów z zagranicy. Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO) zarzuciła na przykład, że takie ujęcie przestępstwa powoduje, iż w postępowaniu sądowym główny nacisk kładziony jest na zachowanie się ofiary, a nie na czyn oskarżonego³⁹.

W Finlandii przestępstwo zgwałcenia polega na wymuszeniu stosunku seksualnego poprzez zastosowanie przemocy, groźbę zastosowania przemocy lub inne zmuszanie albo wykorzystanie stanu bezbronności ofiary. Wymuszenie innej niż stosunek czynności seksualnej poprzez wykorzystanie powyższych sposobów stanowi odrębne przestępstwo seksualne. Natomiast stosunek seksualny definiowany jest w sposób analogiczny do obcowania płciowego w prawie polskim. Dodać można, że wypełnia jego znamiona wprowadzenie palca do pochwy⁴⁰.

W Niemczech do 2016 r. przestępstwo zgwałcenia polegało na zmuszeniu do czynności seksualnych poprzez zastosowanie przemocy lub groźbę pozbawienia życia bądź spowodowania uszczerbku na zdrowiu lub doprowadzenie ofiary do stanu bezbronności i pozostawienie jej na łasce sprawcy. Jak twierdzi T. Hörnle, takie podejście do przestępstwa zgwałcenia miało swoje korzenie w średniowieczu i było kontynuowane przez kolejne niemieckie ustawy. Pomimo wielu modyfikacji niemieckiego prawa karnego podejście oparte na przymusie nie było kwestionowane. Dodatkowo, tam gdzie otwierało się pole do interpretacji, czyli w wypadku

³⁷ D. Alaattinoğlu, H. Kainulainen, J. Niemi, *Rape in Finnish Criminal Law and Process – A Discussion on, and Beyond, Consent*, „Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice” 2020, nr 2, s. 38.

³⁸ Ibidem, s. 39.

³⁹ Ibidem, s. 40.

⁴⁰ Ibidem, s. 34–35.

doprowadzenia do stanu bezbronności, Federalny Trybunał Sprawiedliwości (Bundesgerichtshof) ujął to znamie bardzo wąsko, wymagając, aby ofiara podejmowała wszelkie środki, by przeciwstawić się sprawcy⁴¹. Zmiany, które wprowadzono w 2016 r., były rezultatem działań organizacji pozarządowych oraz kobiecych. Nie sposób też pominąć wpływu Konwencji Stambulskiej⁴².

Obecnie paragraf 177 niemieckiego kodeksu karnego określa zgwałcenie jako zachowanie polegające na dokonaniu z inną osobą czynności seksualnej lub zmuszenie jej do wykonania wbrew woli tej osoby albo zmuszanie tej osoby do dokonania lub poddania się czynności seksualnej z osobą trzecią. W tym ujęciu istotny jest brak zgody osoby pokrzywdzonej. Przepis ten jest adaptacją zasady „nie znaczy nie”. Zmiany pociągnęły za sobą falę krytyki i prognozy fałszywych oskarżeń⁴³.

Jeżeli chodzi o Polskę, to w tym miejscu zwrócić należy uwagę na analizę zakresu kryminalizacji zgwałcenia, popełnionego poprzez zastosowanie groźby bezprawnej, dokonaną przez A. Michalską-Warias. Autorka słusznie wskazuje na wiele bardzo różnych zachowań, które mogą być groźbami wpływającymi na decyzję woli innej osoby, ale które nie wypełniają znamion przestępstwa z art. 197 k.k., jak chociażby wyrażenie groźby spowodowania postępowania dyscyplinarnego, postępowania w sprawach nieletnich czy popełnienia przestępstwa na szkodę innej osoby niż pokrzywdzony lub osoba jemu najbliższa. Inne z kolei groźby uznać można za wypełniające znamiona przestępstwa z art. 199 k.k.⁴⁴ Przy czym zauważyć trzeba, że różnica jeżeli chodzi o surowość sankcji między tymi przestępstwami jest ogromna. W przypadku typu podstawowego zgwałcenia grozi od 2 do 12 lat pozbawienia wolności, natomiast za wykorzystanie stanu zależności – do 3 lat pozbawienia wolności.

Ponadto Autorka twierdzi, że: „...z punktu widzenia analizy także takich groźb jako środków wywierania silnej presji na psychikę pokrzywdzonego, zupełnie prawdopodobne wydają się stany faktyczne, w których wola pokrzywdzonego zostanie sparaliżowana w stopniu równie silnym jak w przypadku groźby spowodowania postępowania karnego”⁴⁵. Z tym poglądem należy się całkowicie zgodzić. Można jednak jednocześnie zadać pytanie, czy wola pokrzywdzonego w ogóle musi być paraliżowana. Czy nie wystarczy sam dyskomfort spowodowany zachowaniem się sprawcy, polegający na znalezieniu się w sytuacji konieczności podjęcia wyboru między dwiema niekorzystnymi i niechcianymi alternatywami.

Jeżeli chodzi o wypełnienie przez polskie przepisy wymagań Konwencji Stambulskiej, to E. Lewandowska i D. Solodov zwracają uwagę, że istotne jest osiągnięcie jej celów i standardów, a nie kopiowanie jej postanowień w prawie wewnętrznym⁴⁶.

⁴¹ T. Hörnle, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, „German Law Journal” 2017, Vol. 18, No. 06, s. 1310–1312.

⁴² Ibidem, s. 1314–1315.

⁴³ Ibidem, s. 1316.

⁴⁴ A. Michalska-Warias, *Groźba bezprawna jako ustawowe znamie przestępstwa zgwałcenia*, „Ius Novum” 2016, nr 1, s. 10–17.

⁴⁵ Ibidem, s. 13.

⁴⁶ E. Lewandowska, D. Solodov, *Zasadność sporu odnośnie nowej definicji zgwałcenia – uwagi na tle proponowanych zmian*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54, s. 579.

ZAKOŃCZENIE

Mimo że czynności wykonawcze przestępstwa zgwałcenia, czyli przemoc, groźba oraz podstęp, nie zmieniły się od 1932 r., to w orzecznictwie, a zwłaszcza w doktrynie widać wyraźne zmiany w interpretacji tych pojęć, szczególnie gdy chodzi o „doprowadzenie przemocą”. Można założyć, że w doktrynie przyjęto taką interpretację przemocy, iż obowiązuje zasada „nie znaczy nie”. Przemoc nie musi przełamywać fizycznego oporu ofiary, ale musi być kontynuowana mimo wyraźnego jej sprzeciwu. W polskim prawie karnym brak zgody ujęty jest dosyć kazuistycznie. Dlatego nie występują u nas pewne problemy związane z ujęciem przestępstwa zgwałcenia na podstawie wyłącznie znamienia fizycznego przymusu. Można stwierdzić, że art. 197 k.k., wypełnia, co do istoty, kryteria Konwencji Stambulskiej⁴⁷.

Jak zaznaczono, stan taki został osiągnięty w wyniku ewolucji poglądów doktryny oraz orzecznictwa. Brzmienie przepisu nie zabezpiecza przed niebezpieczeństwem wydawania wyroków niemieszczących się w dzisiejszej interpretacji znamion przestępstwa zgwałcenia. Jednak zauważyć należy, że położenie akcentu na sprzeciwie pokrzywdzonego pozwala na uniknięcie problemów związanych z koncentrowaniem się na podjęciu działań obronnych – z jednej strony – oraz na wyrażeniu zgody – z drugiej. W tym ostatnim przypadku pojawia się problem dowodowy. Jak wykazać nieistnienie czegoś. W przypadku art. 192 k.k. zgoda ma często charakter sformalizowany bądź też wyrażana jest przy świadkach. Trudno tego oczekiwać w sytuacji intymnej. Natomiast wymaganie od ofiary podjęcia bardzo intensywnych działań obronnych jest dzisiaj anachronizmem. Byłoby paradoksem, gdyby mir domowy był chroniony pod tym względem bardziej niż wolność seksualna. Dlatego przyjęcie w polskiej doktrynie, mniej lub bardziej wyraźnie, zasady „nie znaczy nie” ocenić należy jak najbardziej pozytywnie.

Nie oznacza to jednak, że obecny stan prawny nie budzi wątpliwości. Przemiany społeczne powodują, że wolność, w tym także wolność seksualna, jest dobrem, któremu nadaje się coraz większe znaczenie. Dlatego konieczne są albo zmiany treści przepisów, albo ich wykładni doktrynalnej i sądowej. Takie zachowania jak groźba popełnienia wykroczenia czy popełnienia przestępstwa na szkodę osoby innej niż

⁴⁷ Art. 36 Konwencji brzmi:

1. Strony podejmują konieczne działania ustawodawcze lub inne mające na celu zagwarantowanie, że następujące umyślne działania podlegają odpowiedzialności karnej:
 - a. dokonywanie penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym drugiej osoby jakakolwiek częścią ciała lub jakimkolwiek przedmiotem bez zgody tej osoby;
 - b. dokonywanie innych czynności o charakterze seksualnym wobec drugiej osoby bez zgody tej osoby;
 - c. doprowadzenie drugiej osoby bez jej zgody do podjęcia czynności o charakterze seksualnym wobec osoby trzeciej.
2. Zgoda musi być udzielona przez osobę zdolną do składania oświadczeń woli, co należy ocenić w świetle danych okoliczności.
3. Strony podejmują konieczne działania ustawodawcze lub inne mające na celu zagwarantowanie, że postanowienia ustępu 1 niniejszego artykułu mają zastosowanie również do czynności dokonywanych wobec byłych lub obecnych współmałżonków lub partnerów, uznawanych na mocy przepisów prawa krajowego.

ofiara czy jej osoba najbliższa nie stanowią znamienia zgwałcenia. Natomiast zjawiska takie jak *stealthing* tak naprawdę wymagają odpowiedniej oceny. Samo rozpatrywanie kwestii wyrażenia zgody lub sprzeciwu na kontakt seksualny nie jest wystarczające. Niezbędne jest zagłębienie się w zakres tej zgody oraz prawnokarną ocenę naruszenia jej warunków.

BIBLIOGRAFIA

- Alaattinoğlu D., Kainulainen H., Niemi J., *Rape in Finnish Criminal Law and Process – A Discussion on, and Beyond, Consent*, „Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice” 2020, nr 2.
- Berent M., Filar M., w: *Kodeks Karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2015.
- Bielski M., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2013.
- Fajgielski P., w: *Komentarz do rozporządzenia nr 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Komentarz*, Warszawa 2022.
- Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974.
- Głuchowski M., *Stealthing – karalność zdjęcia prezerwatywy bez wiedzy partnerki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022, R. LXXXIV, z. 3.
- Grudecki M., *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2022.
- Hörnle T., *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, „German Law Journal” 2017, Vol. 18, No. 06, s. 1310–1312.
- <https://www.self-psychologia.pl/medium/nieseksualne-powody-seksu>.
- Hypś S., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grzeškowiak, K. Wiak, Warszawa 2021.
- Hypś S., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, w: *Prawo karne*, red. A. Grzeškowiak, Warszawa 2009.
- Konarska-Wrzosek V., w: *Kodeks Karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2018.
- Krajewski R., *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 269.
- Kulig R., *Dlaczego Polacy przechodzą na islam?*, <https://wiadomosci.onet.pl/religia/dlaczego-polacy-przechodza-na-islam/5n9dk>.
- Lewandowska E., Solodov D., *Zasadność sporu odnośnie nowej definicji zgwałcenia – uwagi na tle proponowanych zmian*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54.
- Litwiński P., *Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z dnia 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)*, w: *Ogólne rozporządzenie o ochronie danych osobowych. Ustawa o ochronie danych osobowych. Wybrane przepisy sektorowe. Komentarz*, red. P. Litwiński, Warszawa 2021.
- Lubasz D., *Warunki wyrażania zgody jako przesłanki legalizującej przetwarzanie danych osobowych*, GSP 2021, nr 4.

- Lubasz D., Chomiczewski W., Czerniawski M., Drobek P., Góral U., Kuba M., Makowski P., Witkowska-Nowakowska K., w: *RODO. Ogólne rozporządzenie o ochronie danych. Komentarz*, red. E. Bielak-Jomaa, Warszawa 2018.
- Marek A., *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997.
- Michalska-Warias A., *Grożba bezprawna jako ustawowe znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Ius Novum” 2016, nr 1.
- Michalska-Warias A., *Zgwałcenie w małżeństwie. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2016.
- Nazar K., Warylewski J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2023.
- Piętak P., *Dlaczego islam jest tak atrakcyjny i pociągający dla miliardów ludzi?*, <https://www.gazeta-prawna.pl/wiadomosci/artykuly/973761,islam-demokracja-cywilizacja-zachodnia.html>.
- Rodzinkiewicz M., w: *Kodeks Karny. Część szczególna. Komentarz. Tom II. Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2006.
- Staroń M., *Stealthing*, „Prokuratura i Prawo” 2023, nr 5.
- Tarapata Sz., *Podstęp jako jedna z form przestępstwa zgwałcenia – zagadnienia wybrane*, „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2022, nr 51.
- Warylewski J., w: *Kodeks Karny. Część szczególna. Tom I. Komentarz do artykułów 117–221*, red. A. Wąsek, Warszawa 2006.

Cytuj jako:

Bojarski J., Daśko N., *Zgoda na czynność seksualną w świetle art. 197 Kodeksu karnego*, „Ius Novum” 2024, nr 3(18), s. 18–34. DOI: 10.26399/iusnovum.v18.3.2024.20/j.bojarski/n.dasko