Marika Jarocka

Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń

marika.jarocka@interia.pl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0487-8761>

Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym

<http://dx.doi.org/10.12775/SIT.2021.003>

Definicja przestępstwa zgwałcenia w polskim systemie prawnym, zgodnie z art. 197 § 1 Kodeksu karnego, oparta jest na zastosowaniu znamion przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu¹. Nieco odmiennie unormowano to zagadnienie w art. 36 Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (dalej: Konwencja stambulska), zgodnie z którym zgwałcenie następuje w momencie braku zgody osoby na stosunek seksualny lub jakąkolwiek czynność seksualną². Regulacja uwzględniająca ten zapis dotychczas wprowadzona została w zaledwie kilku krajach europejskich. Zdecydowały się na to: Szwecja, Wielka Brytania, Belgia, Cypr, Niemcy, Irlandia, Islandia, Luksemburg i Grecja³.

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (tekst jednolity: Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 ze zm.).

² Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz.U. z 2015 r., poz. 961).

³ A. Błuś, *Czy Europejki są właściwie chronione przed przemocą seksualną*, <https://amnesty.org.pl/czy-europejki-sa-wlasciwie-chronione-przez-przemoca-seksualna> (dostęp: 10.01.2021 r.).

Zgwałcenie często mylnie kojarzone jest jedynie ze stosunkiem seksualnym, który został wymuszony przy użyciu przemocy fizycznej, ewentualnie psychicznej. Ciągłe utrwalane jest również przekonanie, iż ofiara powinna aktywnie przeciwstawić się oprawcy i zastosować środki umożliwiające przerwanie jego ataku. Dlatego obecnie preferowane są modele, które w strukturze definicyjnej zgwałcenia wyraźnie eksponują, że przesłankę przestępstwa stanowi brak zgody osoby, która stała się ofiarą. Ma to służyć nie tylko dokładnej kryminalizacji zachowań, ale także edukacji społeczeństwa w kwestii czynów zabronionych, dzięki czemu regulacja staje się bardziej klarowna dla ogółu, nawet dla osób, które na co dzień nie mają styczności z tego typu zagadnieniami i nie znają sposobu ich interpretacji.

W odniesieniu do różnic tkwiących w pojęciach przemocy, groźby bezprawnej, podstępny oraz braku zgody przeanalizować powinno się odmienną znaczeniową i sposób ich definiowania na kanwie prawa polskiego. Wprowadzony we wspomnianą już Konwencję stambulską zapis sugeruje, aby państwa oparły definicję zgwałcenia na braku zgody osoby, by zagwarantować ochronę ofiar oraz zapewnić, że opisane działania będą podlegać odpowiedzialności karnej. W związku z tym oraz dążeniami środowisk feministycznych rozważyć należy potrzebę modyfikacji przepisu w polskim Kodeksie karnym.

1. Definicja zgwałcenia w Kodeksie karnym

Przestępstwo zgwałcenia w Kodeksie karnym (dalej: k.k.) umieszczono w rozdziale XXV dotyczącym przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności. Uregulowane zostało w przepisie art. 197 k.k. Opisano w nim dwa podstawowe typy zgwałcenia, § 1 definiuje zgwałcenie jako zachowanie polegające na doprowadzeniu przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem do obcowania płciowego, natomiast § 2 odnosi się do doprowadzenia przy pomocy tych samych środków do poddania się innej czynności seksualnej

lub wykonywania tej czynności⁴. Zgwałcenie nastąpi zawsze, gdy przełamana zostanie wola osoby i dojdzie do niego mimo jej wyraźnego sprzeciwu⁵.

Pierwszy element definicji zgwałcenia – przemoc, rozumiany jest jako każde użycie siły fizycznej mające na celu zarówno przełamanie oporu osoby, jak i niedopuszczenie do stawiania go przez nią⁶. Przyjmuje się, że dla przeciwstawienia się osobie wymuszającej obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną wymagany jest zewnętrzny wyraz woli. W odniesieniu do tego przywołać można wyrok Sądu Najwyższego, w którym stwierdzono, że: „W wypadku działania sprawcy przestępstwa zgwałcenia «przemocą» formą uewnętrznienia braku zgody winien być jednak pewien, relacjonowany do proporcji sił stron, stopień oporu ze strony ofiary, przy czym opór nie musi polegać nawet na fizycznym przeciwstawianiu się użytym przez sprawcę środkom zmuszania (przykładowo: wystarczające jest głośne wzywanie pomocy, krzyk, płacz itp.)”⁷.

Groźba bezprawna rozumiana jest jako oddziaływanie psychiczne zmierzające do spowodowania uległości celem wykonania określonych zachowań seksualnych, które przeciwstawnie są woli osoby pokrzywdzonej. Może być stosowana samoistnie, w połączeniu z przemocą lub podstępem⁸.

Ostatnie z ustawowych znamion, podstęp, wynikać ma z błędu ofiary. Sąd Najwyższy jako zachowanie podstępne uznał takowe, które „prowadzi do podjęcia przez ofiarę samodzielnej decyzji odnośnie [do] nawiązania kontaktu seksualnego lub prowadzi do braku możliwości wyrażenia swojej woli w przedmiocie kontaktu seksualnego w momencie podjęcia czynności seksualnej przez sprawcę

⁴ M. Bielski, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 665.

⁵ J. Warylewski, „Zgoda pokrzywdzonego a przestępstwa seksualne”, fragmenty pracy doktorskiej, Sopot 1997, <http://warylewski.com.pl/arche1/goda.htm> (dostęp: 10.01.2021 r.).

⁶ V. Konarska-Wrzošek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 982.

⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 26 lipca 2001 r., V KKN 95/99, Lex nr 51671.

⁸ V. Konarska-Wrzošek, op.cit., s. 983.

z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego ofiary albo z uwagi na niemożność powzięcia oporu przez ofiarę”⁹.

Indywidualnym przedmiotem ochrony w art. 197 k.k. § 1 jest wolność seksualna, która oznacza wolność jednostki od wszelkiego rodzaju nacisków dotyczących się jej życia seksualnego. Chronione są zarówno naciski w formie przymusu fizycznego (od przemocy), jak i psychicznego (w postaci groźby bezprawnej). Ochronie podlega również sytuacja, w której ofiara w wyniku podstępu podejmuje swobodną decyzję dotyczącą kontaktu seksualnego. Podkreśla się, że we wszystkich wymienionych sytuacjach osoba nie podejmuje samodzielnie i dobrowolnie stosunku seksualnego¹⁰.

Warto zaznaczyć, iż zgwałcenie jako przestępstwo przeciwko wolności seksualnej dotyczyć może każdego człowieka; nie jest to zależne od jego płci, wieku ani rozwoju fizycznego. Odpowiedzialność karną za ten czyn ponosi się niezależnie od istniejących powiązań pomiędzy sprawcą a ofiarą, dlatego możliwe jest zgwałcenie w małżeństwie oraz konkubinacie¹¹. Z uwagi na wolność seksualną, która stanowi tutaj dobro chronione, ofiarą może być także osoba trudniąca się prostytutką (zarówno kobieta, jak i mężczyzna), jeśli dochodzi do wyczerpania znamion przestępstwa z art. 197 k.k.¹² Istotę zgwałcenia stanowi każdorazowo doprowadzanie do stosunku seksualnego metodami zabronionymi przez prawo.

2. Wolność seksualna jako dobro prawne

Dla dogłębnego zrozumienia regulacji przybliżyć należy dobro prawne, jakim jest wolność seksualna. Jest ona rozumiana „jako

⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 4 grudnia 2018 r., II KK 114/18, Lex nr 2603598.

¹⁰ M. Berent, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, s. 1217.

¹¹ Ibidem, s. 1222.

¹² Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 czerwca 1971 r., II KR 86/71, Lex nr 21408.

wolność od wszelkich nacisków prowadzących do naruszenia nie-
skrepowanego podejmowania decyzji w zakresie stosunków seksu-
alnych”¹³. Oznacza prawo do sprzeciwu wobec niechcianych zbliżeń
seksualnych. Zatem zastosowane w art. 197 k.k. określenia wyłąc-
zają możliwość podjęcia swobodnej decyzji o swojej seksualności.
Kodeks karny odwołuje się do wolności jednostki w sensie negatyw-
nym: „od” przymusu, groźby i podstęp. Warto jednak podkreślić
także istnienie wolności w sensie pozytywnym, „do” swobodnego
decydowania o swojej seksualności, jakie postulowane jest na kan-
wie autonomii seksualnej¹⁴. Wolność seksualna każdego człowieka
będzie odnosić się do swobodnego decydowania o życiu seksualnym,
w tym o podejmowaniu, trwaniu oraz zakończeniu jakichkolwiek
czynności seksualnych¹⁵. Podnoszone było, że zamach na wol-
ność seksualną następuje także w momencie, gdy brak akceptacji
odnosi się „do sposobu, w jaki sprawca aktu tego dokonuje”¹⁶.
Zważywszy na fakt, że najwyższym dobrem jest w tym przypadku
wolność seksualna, nie jest istotne, w jakim celu działał sprawca,
ale to, czy dopuścił się ataku na wolność seksualną człowieka¹⁷.

3. Rola zgody dysponenta dobra prawnego

Należy odnieść się do dwóch podstawowych modeli dotyczących na-
tury zgody. Pierwszy z nich zakłada, iż zaistnienie zgody dysponenta
dobra równoznaczne jest z tym, że dobro prawne nie zostało naru-

¹³ M. Płatek, *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i z perspektywy osób poszkodowanych*, w: *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011, s. 27.

¹⁴ A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 143.

¹⁵ M. Bielski, w: *Kodeks karny*, s. 667.

¹⁶ Zob. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 kwietnia 2001 r., II KKN 349/98, Lex nr 47623.

¹⁷ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 października 2007 r., III KK 116/07, Lex nr 346227.

szzone, nie wyczerpano znamion czynu zabronionego (niem. *Einverständnis*). Drugi nawiązuje do wyłączenia bezprawności, zawsze kiedy udzielona została zgoda (niem. *Einwilligung*)¹⁸. W odniesieniu do przepisu art. 197 k.k. powstaje pewna nieścisłość, gdyż znamiona czynu nie zostaną zrealizowane, gdy osoba wyrazi na to zgodę, co oczywiście przesądza, że udzielone pozwolenie mieści się w pierwszym modelu (*Einverständnis*). Problematiczny wydaje się brak uwzględnionego w przepisie artykułu „braku zgody”. W systemach prawnych, które przywołują w zapisie definicji zgwałcenia istnienie zgody osoby, oczywiste jest, że jej brak w chwili podejmowania czynności seksualnych warunkuje wypełnienie znamion czynu zabronionego¹⁹. Rodzi to zatem pewne trudności, gdyż istnieją ustawowe znamiona przestępstwa zgwałcenia, a także zgoda dysponenta dobra prawnego.

Zastosowanie któregoś ze znamion definiujących przestępstwo zgwałcenia wyłącza, w sposób pewny, możliwość swobodnej decyzji osoby, względem której stosowane są takowe zabiegi. W tym miejscu można sobie pozwolić na refleksję dotyczącą postulowanego braku zgody. Zapis zamieszczony w Konwencji stambulskiej stanowczo podkreśla, że brak zgody stanowi podstawową przesłankę stanowiącą naruszenie integralności seksualnej. W opozycji do tego znajdzie się zatem zgoda dysponenta dobrem prawnym, która powoduje niewyczerpanie znamion czynu zabronionego. Dla swojej prawnej relewantności zgoda wymaga wolności od przymusu, podstęp, a także wyrażenia jej przez osobę do tego zdolną. Zgoda powoduje, iż nie dochodzi do wyczerpania znamion czynu zabronionego, nie możemy wówczas mówić o przestępstwie²⁰.

¹⁸ S. Cieślík, *Zgoda dysponenta dobra prawnego na wkroczenie w sferę wolności seksualnej (analiza prawnoporównawcza modelu przyjętego na gruncie polskiego Kodeksu karnego oraz koncepcji Yes Means Yes)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, z. 11, s. 2–3.

¹⁹ K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1, s. 52.

²⁰ Ibidem, s. 32.

4. Zgwałcenie w Konwencji stambulskiej i Kodeksie karnym

Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 2011 r. weszła w Polsce w życie 1 sierpnia 2015 r. Zobowiązuje ona państwa, które są jej stronami, do wdrażania jej zapisów i respektowania ich. Przybliżyć należy zarówno zapis Konwencji stambulskiej, jak i Kodeksu karnego, gdyż razem stanowią część polskiego porządku prawnego.

Rozbieżności definicyjne zgwałcenia pojawiają się w Konwencji stambulskiej i polskim Kodeksie karnym. Zgodnie z art. 36 Konwencji zgwałcenie następuje w chwili dokonywania penetracji waginalnej, analnej lub oralnej, dokonywania innych czynności seksualnych, nie uzyskawszy wcześniej zgody pokrzywdzonego, oraz doprowadzenia drugiej osoby, bez jej przyzwolenia, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym wobec osoby trzeciej. Podstawą owej definicji, opartej na zgodzie dysponenta dobra prawnego, jest teoria autonomii seksualnej. Tak postrzegana autonomia odnosi się do władztwa nad swoim ciałem, możliwości swobodnego decydowania o sobie²¹. Pojęciu autonomii seksualnej należy poświęcić uwagę, zważywszy na fakt jej istotnej roli w definicji zgwałcenia, w rozumieniu Konwencji. Autonomia ta opiera się na wolności od zewnętrznych nacisków, możliwości podejmowania racjonalnych wyborów oraz zagwarantowaniu nietykalności osoby. Tak rozumiana autonomia seksualna odnosi nie tylko do wolności od przymusu, groźby i podstępu, które definiują zgwałcenie w prawie polskim, ale także do niepodważalnego prawa do wyrażenia swojej woli²².

W tym miejscu podkreślić można podstawową odrębność definicji zgwałcenia w obrębie wspomnianych aktów. Autonomia seksualna kładzie nacisk na wolę osoby względem podejmowania aktywności seksualnej. Rodzima regulacja nie powtarza tego zapisu wprost.

²¹ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, t. XL, s. 286.

²² Ibidem, s. 285.

Autonomia ta oznacza całkowitą, niczym nieskrępowaną wolność seksualną, prawo do decydowania o swoim ciele, poszanowania prywatności, wyboru partnerów seksualnych. Ma ona bardzo szeroki zakres, gdyż zawiera wszystkie znamiona wyrażone w definicji kodeksowej, jednak to zgoda jest jej dominującym elementem. Wymagana jest więc tutaj pozytywna reakcja osoby na aktywność seksualną.

Obecnie uznaje się, że autonomia seksualna odgrywa kluczową rolę w postrzeganiu przestępstwa zgwałcenia, gdyż w centrum stawia zgodę, natomiast znamiona siły i oporu traktuje jako drugorzędne.

Kodeks karny opiera definicję zgwałcenia na znamionach przemocy, groźby bezprawnej oraz podstępu. Ich podstawą jest wolność seksualna jako dobro chronione. Wolność seksualna, jak było już wspomniane, rozumiana jest jako wolność „od”, zatem jej istota ogranicza się do sprzeciwu. Doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej albo jej wykonania przy zastosowaniu znamion z art. 197 k.k. jest równoznaczne z odmową dysponenta dobra prawnego. Dlatego w chwili weryfikacji dokonania przestępstwa badane jest, czy zaistniały znamiona przemocy, groźby lub podstępu oraz czy osoba stawiała sprzeciw²³. Przestępstwo zgwałcenia na kanwie Kodeksu karnego wymaga zatem wyraźnej odmowy. Jednakże brak odwołania do zgody, jako jednej z przesłanek wyrażonych w artykule, nie przesądza o tym, iż nie jest to elementem istotnym dla bytu przestępstwa. Chociaż nie jest to wyraźnie zaznaczone w art. 197 k.k., w doktrynie podkreśla się, że brak zgody to warunek konieczny dla stwierdzenia dokonania przestępstwa. Mimo kodeksowej regulacji w orzecznictwie spotkać można zdanie takie, jakie wyraził Sąd Najwyższy, gdy stwierdził, że sąd każdorazowo powinien ustalić, „czy zgoda na czynność seksualną została udzielona, w jakim czasie jej udzielono i jaki był zakres tej zgody”²⁴. Jednak jednostkowe orzeczenia sądów, które wykazują, że zgwałcenie oparte jest na autonomii seksualnej i następuje, gdy osoba nie wyraziła zgody, nie zmieniają podstawy

²³ Ibidem, s. 300.

²⁴ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2005 r., II KK 504/04, Lex nr 200229.

pojmowania zgwałcenia i definiowania go poprzez koncepcję wolności seksualnej²⁵.

Wolność seksualna odnosi się do sprzeciwu, nie powieła zapisów z zakresu autonomii seksualnej dotyczącego wyrażonej wprost zgody. Badając wolność seksualną, badamy jednocześnie, czy zaistniał sprzeciw, a nie zgoda. Sprzeciw osoby wobec stosunków seksualnych utożsamiany jest ze znamionami przemocy, groźby i podstępów.

Analizując postulat zgody przy zbliżeniach seksualnych jako przesłanki dokonania przestępstwa zgwałcenia, dostrzec można społeczną potrzebę nowelizacji polskiej regulacji. Prawo powinno zawsze być jasne i klarowne dla jego odbiorców. Uwagę skupić należy właśnie na tym, aby potencjalne ofiary zgwałcenia były świadome swojego prawa do wyrażania sprzeciwu i konieczności wyrażenia przez nie zgody.

Podstawową różnicę w definicjach zgwałcenia stanowi zatem obecność zgody bądź obecność sprzeciwu. Konwencja w każdym przypadku powołuje się na potrzebę zaistnienia zgody osoby, natomiast na kanwie prawa polskiego podkreślane jest, że wymagany jest wyraźny sprzeciw. Jest on traktowany jako warunek *sine qua non* przestępstwa zgwałcenia²⁶. Ma on być zmanifestowany w sposób wyraźny, obiektywnie zrozumiały. Zauważyć można, że poprzez takie pojmowanie zgwałcenia wyłącza się podstawę autonomii seksualnej każdego człowieka, jaką jest zgoda, wola człowieka. Koncentruje się ono na przełamaniu oporu osoby przy zastosowaniu fizycznego lub psychicznego nacisku²⁷. Aby stwierdzić, że doszło do zgwałcenia, bada się, czy zastosowano któreś z ustawowych znamion przestępstwa, w wyniku czego osoba wyraziła sprzeciw wobec tych praktyk, a nie to, czy osoba uprzednio udzieliła zgody. Poprzez taki zapis dochodzi do względnego wyłączenia z kategorii zgwałcenia zbliżeń, podczas których osoba nie zastosowała względem drugiej znamion czynu niedozwolonego opisanych w art. 197 k.k., chociażby ze względu na zaskoczenie, chwilowe sparaliżowanie, sytuacje, w których osoba z różnych powodów pozostawała bierna.

²⁵ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin*, s. 305.

²⁶ V. Konarska-Wrzošek, *op.cit.*, s. 986.

²⁷ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin*, s. 299.

Oczywiście dorozumiane jest, iż w chwili zastosowania któregoś ze znamion zgwałcenia (przemoc, groźba bezprawna lub podstęp) nie dochodzi do zgody na stosunek, jednakże zawęża to sposób definiowania i dokładnego zrozumienia przestępstwa, chociaż w orzecznictwie często można spotkać się z dogłębną analizą zapisu kodeksowego. Tak też w jednym z wyroków zawarto tezę, zgodnie z którą: „Nie ma znaczenia forma uzewnętrznienia oporu wobec sprawcy, o ile tylko obiektywnie może być rozumiana jako brak zgody na czynność seksualną. W szczególności nie jest niezbędne stawianie oporu fizycznego”²⁸. Jednak zgoda osoby wyrażająca jego autonomię będzie zawsze uwzględniana pośrednio²⁹.

Przyglądając się bliżej zapisom Konwencji, dostrzec można, że zgwałcenie następuje już w chwili braku zgody, przyzwolenia i działania wbrew woli osoby na czynności seksualne³⁰. Badanie, czy zaistniało przestępstwo, będzie tutaj polegało na wykazaniu, czy osoba wyraziła zgodę na stosunek lub inne czynności seksualne, nie muszą więc zostać spełnione przesłanki z art. 197 k.k.³¹ Kwestię podstawową stanowi świadoma, pozytywna odpowiedź na zbliżenie, „chroniąca” także te stosunki, podczas których nie stosuje się przemocy, groźby ani podstępu. Celem zapisu jest ochrona równości stron, wspólnego i zgodnego stwierdzenia chęci partnerów na bliższe relacje.

W obu przypadkach penalizowane jest nie zmierzanie do zaspokojenia swojego popędu seksualnego, gdyż nie liczy się cel działania sprawcy, ale naruszenie integralności seksualnej drugiej osoby. Wymagany jest jednak, zgodnie z art. 36 Konwencji, brak zgody, natomiast na podstawie art. 197 k.k. – sprzeciw. Zgoda wyrażająca się w autonomii seksualnej ma wymiar pozytywny. Podkreśla to prawo człowieka do decydowania o swoim cielem i seksualności. Wyraża także wzajemny szacunek, którym powinny darzyć się osoby podejmujące wspólnie czynności seksualne. Artykuł 197 k.k. sku-

²⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 15 lutego 1996 r., II AKa 2/96, Lex nr 25602.

²⁹ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin*, s. 301.

³⁰ Ibidem, s. 299.

³¹ Ibidem, s. 300.

pia się na sprzeciwie wobec stosowanych względem osoby praktyk, co wyłącza wolę jako podstawową przesłankę³².

Różnicę w ich definiowaniu można spostrzec już w umiejscowieniu w czasie. Wymagany przez Kodeks karny sprzeciw wobec sprawcy następuje w chwili podejmowania przez niego czynności zmierzających do przełamania oporu osoby, natomiast obecność zgody, która wyrażona jest na kanwie Konwencji stambulskiej, powinna zaistnieć przed podjęciem jakichkolwiek czynności. Zgoda występuje przed sprzeciwem na czynności seksualne, który jest wtórna względem niej, więc uznać można, iż zapis Konwencji ochrony osobę wcześniej aniżeli pozwala na to rodzima kodyfikacja.

W wielu państwach uznaje się, że zastosowanie znamion zgwałcenia, które są wypracowane też przez polską doktrynę, równoznaczne jest z brakiem zgody osoby. Jednakże powszechnie sądzi się, że kodyfikacje, które eksponują element zgody w strukturze definicji zgwałcenia, lepiej je odzwierciedlają, ponieważ kładą nacisk na ochronę autonomii seksualnej i bardziej precyzyjnie nawiązują do zasady *nul-lum crimen, nulla poena sine lege*³³. Ograniczenie definicji zgwałcenia do wyrażonych znamion może, chociaż oczywiście nie musi, zmniejszyć liczbę tych faktycznie wykrytych. Podczas analizy przepisu osoby niezaznajomione z jego znaczeniem i niepewne swoich praw mogą odczytywać zachowania, które zostały na nich w jakiś sposób wymuszone, i sytuacje, które zaszły bez wyrażonej przez nie zgody, jako prawnie relewantne i uznać je za dopuszczalne w społeczeństwie.

5. Istota zgody na podstawie wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *M. C. vs. Bułgaria*

Istota zgody definiującej zgwałcenie poruszona została przez Europejski Trybunał Praw Człowieka, który badał sprawę *M. C.* prze-

³² Ibidem, s. 300.

³³ E. Dowds, *Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force*, „Modern Law Review” 2020, Vol. 83, Issue 1, s. 42.

ciwko Bułgarii. Skarga skierowana została do Trybunału w 1997 r., wyrok zapadł w 2003 r.³⁴ Sprawa tyczyła się zgwałcenia czternastoletniej obywatelki Bułgarii – M.C., która zarzucała, iż nie została jej zagwarantowana ochrona podstawowych praw oraz nie przeprowadzono dokładnego postępowania w sprawie. Powoływała się na naruszenie art. 3, 8 i 14 Europejskiej konwencji praw człowieka³⁵.

Zgłoszone zostało, że dziewczynka padła ofiarą zgwałcenia. Po dyskotecce, na którą wybrała się z trzema mężczyznami, została przez nich wywieziona nad jezioro, gdzie jeden z nich dopuścił się jej zgwałcenia. M.C. przyznała, iż nie krzyczała, nie stawiała oporu, nie zastosowano względem niej oczywistej siły ani groźby. Z powodu strachu i sparaliżowania jedynie prosiła, aby przestał. Następnie została zgwałcona przez kolejnego z trzech mężczyzn, za drugim razem także ograniczyła się jedynie do próśb. Mężczyźni zaprzeczyli później, jakoby doszło do zgwałcenia, gdyż jak wspólnie stwierdzili, dziewczyna nie broniła się przed tym. Postępowanie zostało umorzone, gdyż wykazano, że nie ma podstaw ku temu, aby stwierdzić, iż zastosowano względem dziewczyny przemoc lub groźbę bezprawną. Wymagane było przedstawienie opinii psychiatrycznych, które wykazywały, że ofiara zgwałcenia może zachowywać się biernie w czasie ataku, charakteryzować się tzw. zastygłym strachem, nazywanym inaczej syndromem traumatycznego infantyizmu psychologicznego³⁶. W tym przypadku, podobnie jak czyni się dziś, badano, czy zastosowano względem dziewczyny przemoc lub groźbę. Chociaż definicja zgwałcenia, zgodnie z prawem bułgarskim, odnosiła się do „obcowania płciowego z kobietą niezdolną do obrony, bez jej zgody” w sprawie skupiono się na odnalezieniu znamion przemocy lub groźby, co jak podkreślił później Trybunał, powoduje uwolnienie niektórych sprawców przestępstwa zgwałcenia od odpowiedzialności³⁷.

³⁴ ETPCz: *M.C. vs. Bulgaria* (nr 39272/98), wyrok ostateczny z dnia 4 marca 2004 r.

³⁵ E. Dowds, op.cit, s. 42.

³⁶ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin*, s. 281.

³⁷ A. Kurzawa, *Gwałt w polskim prawie na tle strasburskiego orzeczenia przeciw Bułgarii*, „Prawo i Płeć. Pismo centrum praw kobiet” 2005, nr 2, s. 10.

Sprawa oddaje pewien sposób pojmowania zgwałcenia, które wymaga współistnienia siły, groźby lub podstępów oraz stawianego oporu, rzeczywistego sprzeciwu. Wydaje się, że przedstawiona sytuacja, w której osoba pozostaje bierna, nie jest wystarczająca do udowodnienia, że doszło do zgwałcenia.

W toku sprawy ETPCz udowodnił, że mimo braku zastosowania znamion przemocy lub groźby zgwałcenie następuje, jeśli nie wyrażono zgody na podejmowane czynności. Stanowi to potwierdzenie tezy, iż początkowo zawsze powinno się doszukiwać istnienia zgody osoby, a nie jej sprzeciwu spowodowanego naciskiem fizycznym lub psychicznym. Po raz pierwszy podkreślono wówczas rangę autonomii seksualnej, która stanowi podstawową przesłankę przy ocenie, czy doszło do zgwałcenia³⁸. W związku z tym poza wyrażaniem znamion przemocy, groźby i podstępów regulacje kodeksowe powinny stwierdzać, że mogą one zachodzić, jednak uprzednio ustalić należy, czy została wyrażona zgoda, w przeciwnym wypadku dojdzie do pokrzywdzenia autonomii seksualnej³⁹.

6. Modele definicji oparte na zgodzie

Obecnie jedynie kilka państw europejskich opiera definicję zgwałcenia na braku zgody osoby⁴⁰. Jednakże wiele środowisk podkreśla, jak ważne jest zastąpienie znamion przestępstwa zgwałcenia i definiowanie go poprzez zgodę, gdyż może to doprowadzić do zwiększenia efektywności wykrywania i ścigania przestępstw zgwałcenia.

Jako przykład respektowania świadomej i niewymuszonej zgody podać można zapis, który eksponowany jest na kanwie prawa brytyjskiego. W Anglii ustawa o przestępstwach seksualnych z 2003 r. w sekcji pierwszej definiuje zgwałcenie jako celową penetrację pochwy, odbytu lub jamy ustnej osoby, gdy ta nie wyraża na to zgody⁴¹. Następuje, kiedy osoba nie wyraża zgody, a sprawca nie

³⁸ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin*, s. 284.

³⁹ Ibidem.

⁴⁰ A. Błuś, op.cit.

⁴¹ Sexual Offences Act, 2003.

ma racjonalnych podstaw, aby uważać, że jest inaczej. Zgoda dla swojej relewantności wymaga swobody wyboru i zdolności do podjęcia takiej decyzji. Istotne jest również ustalenie, czy zostały podjęte wszelkie wymagane kroki w celu uzyskania takiej zgody⁴². Uwzględnia się wiele sytuacji, w których zgoda została udzielona lub nie. Kiedy osoba wyraża zgodę, uznaje się, iż mogło to nastąpić również z pewną dozą niechęci, jednak takowa także traktowana jest jako zgoda osoby. Spotykane są też sytuacje, w których ofiara nie udziela zgody, jednak poddaje się oprawcy i przystaje na jego działanie. W tym miejscu nie jest wymagane użycie siły, groźby bezprawnej bądź podjęcie przez ofiarę prób uwolnienia się. Badane jest każdorazowo, czy osoba zgwałcona udzieliła wcześniej zgody, która pojmowana jest jako pewien stan umysłu odnoszący się do wewnętrznego, niewymuszonego niczym przyzwolenia⁴³. Zgwałcenie w prawie angielskim ma bardzo szeroki zakres. Ujmowane są tu także sytuacje, z którymi muszą mierzyć się ofiary, takie jak nacisk ograniczający ich możliwości do podejmowania decyzji dotyczących ich życia seksualnego.

Wprowadzenie takiej modyfikacji do definicji przestępstwa zgwałcenia zaplanowano w Danii na początek 2021 r.⁴⁴ Kwestia sporna dotyczyła zastosowania w definicji zwrotu „zgoda” lub „dobrowolność”⁴⁵. Jednakże oczywiste było, że jej podstawą musi być poszanowanie autonomii seksualnej i dostosowanie przepisu tak, aby zapewnić jednostce pełną ochronę prawną. W trakcie prac nad zmianą przepisu wskazano kilka podstawowych kwestii dotyczących zgwałcenia. Zaznaczono, że każda czynność seksualna musi być dobrowolna, a te wykonane bez zgody podlegać muszą karze. Podkreślono również, że wymóg zgody stanowi przejaw ochrony praw, równości oraz autonomii, dlatego wymagane jest dokładne określenie, iż w przypadku nieudzielenia wyrażnej zgody dochodzi

⁴² E. Dowds, op.cit., s. 45.

⁴³ Ibidem, s. 46.

⁴⁴ J. Vestergaard, *The rape law revision in Denmark: Consent or voluntariness as the key criterion?*, „Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice” 2020, Vol. 8, Issue 2, s. 29.

⁴⁵ Ibidem, s. 5.

do naruszenia autonomii seksualnej jednostki i zgwałcenia, co skutkować musi odpowiedzialnością sprawcy⁴⁶.

Konwencja stambulska, chociaż za zgwałcenie przyjmuje każdy stosunek bez udzielonej na niego zgody, nie nakłada na państwa obowiązku zadbania o literalną spójność definicyjną zgwałcenia⁴⁷. Jednakże uznaje się, iż nawet jeśli zgwałcenie normowane jest przy użyciu znamion przemocy, groźby bezprawnej bądź podstępny, podstawę przy ustalaniu treści zapisu powinna stanowić zgoda celem ochrony autonomii seksualnej⁴⁸.

7. Zakończenie

Różnice definicyjne występujące w prawie polskim oraz systemach karnych innych państw w odniesieniu do prawa międzynarodowego stwarzają potrzebę debaty. Powodów takiego rozróżnienia można zapewne doszukiwać się w społecznym postrzeganiu zgwałcenia. To, co stanowi zgwałcenie, zależnie od tego, jak będzie definiowane przez ustawę oraz orzecznictwo, wpływać będzie na jego kształt w prawie krajowym oraz społeczeństwie.

Coraz częściej uznaje się, iż wystarczające jest stwierdzenie osoby, że nie godzi się na obcowanie płciowe lub inne czynności seksualne, co oczywiście nawiązuje do zmiany pożądaną przez współczesne środowiska feministyczne oraz orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. W orzecznictwie polskim uznaje się, że „Sąd każdorazowo powinien ustalić, czy zgoda została udzielona, w jakim czasie jej udzielono i jaki był zakres zgody”⁴⁹. Nie znajduje to natomiast odzwierciedlenia w postrzeganiu tego przestępstwa przez społeczeństwo. Często kojarzone jest jedynie z atakiem na osobę przy zastosowaniu siły oraz aktywną reakcją ofiary przejawiającą się

⁴⁶ Ibidem, s. 9.

⁴⁷ Ibidem, s. 6.

⁴⁸ E. Dowds, op.cit., s. 63.

⁴⁹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2005 r., II KK 504/04, Lex nr 200229.

próbą ucieczki, krzykiem⁵⁰. Niektórzy uważają, że niewypowiedzenie słowa „nie” oraz brak walki ze strony ofiary mogą stanowić usprawiedliwienie dla stosunku bez zgody⁵¹.

Aby umożliwić lepsze zrozumienie przestępstwa zgwałcenia oraz zagwarantować pewność prawa i jego klarowność wyrażoną w zasadzie *nullum crimen, nullum poena sine lege*, wymagana byłaby taka redakcja przepisu, by odpowiadał on standardom europejskim. Służyłoby to edukacji społeczeństwa dotyczącej autonomii i wolności seksualnej, a także szacunku względem autonomii drugiej osoby. Umieszczenie zgody w towarzystwie ustawowych znamion przestępstwa z przepisu art. 197 § 1 k.k. ujęłoby wszystkie przypadki związane z niechcianymi czynnościami seksualnymi. Odnosząc się jednak do znaczącej roli orzecznictwa, stwierdzić należy, że to właśnie analiza zgwałcenia dokonywana przez wymiar sprawiedliwości stanowi jego rzeczywisty obraz, natomiast definicję postrzegać należy jedynie jako podstawę podczas interpretacji poszczególnych przypadków naruszeń integralności seksualnej. Wymaga ona każdorazowo szerokiej wykładni, która respektować powinna prawo człowieka do swobodnego decydowania o swoim życiu seksualnym i chronić wszelkie próby jego naruszenia.

Wydaje się, że podstawę niezgody w definicji przestępstwa zgwałcenia stanowi odpowiedni dobór słów. Zważywszy na interpretacje przestępstwa z art. 197 k.k., dojść można do wniosku, że orzecznictwo uwzględnia zgodę osoby. Natomiast bezspreczne jest, iż te definicje zgwałcenia, które za główne kryterium uznają zgodę osoby, w sposób współcześnie pożądany eksponują prawo jednostki do poszanowania jej autonomii. Podążając za tymi postulatami, należy zapewne znowelizować definicję zgwałcenia tak, aby to zgoda stanowiła jej podstawę.

⁵⁰ J. Widacki, A. Szuba-Boroń, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce w latach 1999–2017*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. XLI, nr 2, s. 267.

⁵¹ E. Dowds, op.cit., s. 39.

STRESZCZENIE

Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym

Definicja zgwałcenia jest obecnie wysoce kontrowersyjna. Ta wypracowana w polskim systemie prawnym odbiega pod względem treści od postulowanej w art. 36 Konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. W nawiązaniu do społecznego odbioru przestępstwa z art. 197 Kodeksu karnego wydaje się, iż wyjaśnienia wymagają różnice leżące u podstaw obu definicji. Artykuł poświęcony będzie dokładnej analizie przepisu przestępstwa z art. 197 k.k., art. 36 Konwencji, wskazaniu ich różnic oraz rozważeniu potrzeby zmiany definicji w polskim Kodeksie karnym.

Słowa kluczowe: zgwałcenie; zgwałcenie w art. 197 k.k.; zgwałcenie w Konwencji stambulskiej; wolność seksualna; autonomia seksualna

SUMMARY

The definition of rape as an apple of discord in the Polish legal system

The definition of rape is highly controversial today. The one developed in the Polish legal system, differs in substance from that postulated in Art. 36 of the Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence. With reference to the public perception of the crime under Article 197 of the Penal Code, it seems that the differences in both definitions need to be clarified. The article will be devoted to a thorough analysis of the provision of the crime under article 197 of the Criminal Code, Article 36 of the Convention, indicating their differences and considering the need to change the definition in the Polish Penal Code.

Keywords: rape; rape in article 197 of the Polish Criminal Code; rape under the Istanbul Convention; sexual freedom; sexual autonomy

BIBLIOGRAFIA

- Błuś A., *Czy Europejki są właściwie chronione przed przemocą seksualną*, <https://amnesty.org.pl/czy-europejki-sa-wlasciwie-chronione-przez-przemoca-seksualna> (dostęp: 10.01.2021 r.).
- Cieślak S., *Zgoda dysponenta dobra prawnego na wkroczenie w sferę wolności seksualnej (analiza prawnoporównawcza modelu przyjętego na gruncie polskiego Kodeksu karnego oraz koncepcji Yes Means Yes)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, z. 11.
- Dowds E., *Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force*, „Modern Law Review” 2020, Vol. 83, Issue 1, <https://doi.org/10.1111/1468-2230.12461> (dostęp: 10.01.2021 r.).
- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Konarska-Wrzošek V., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Kurzawa A., *Gwałt w polskim prawie na tle strasburskiego orzeczenia przeciw Bułgarii*, „Prawo i Płeć. Pismo centrum praw kobiet” 2005, nr 2, s. 8–20.
- Michalska-Warias A., *Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, t. 21, s. 129–144.
- Myśliwiec H., *Seksualne wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności innej osoby (art. 198 k.k.)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2013, z. 2.
- Płatek M., *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i z perspektywy osób poszkodowanych*, w: *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011.
- Płatek M., *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, t. XL, s. 263–325.
- Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1.
- Vestergaard J., *The rape law revision in Denmark: Consent or voluntariness as the key criterion?*, „Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice” 2020, Vol. 8, Issue 2, s. 5–32.
- Warylewski J., *„Zgoda pokrzywdzonego a przestępstwa seksualne”*, fragmenty pracy doktorskiej, Sopot 1997, <http://warylewski.com.pl/archel/goda.htm> (dostęp: 10.01.2021 r.).
- Wądołowska A., *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4.

- Widnicki J., Szuba-Boroń A., *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce w latach 1999–2017*, „Archiwum Kryminologii” 2019, t. XLI, nr 2, s. 253–285.
- Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017.