



Warszawa, 20-03-2024 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

II.510.277.2024.PZ

Pani Poseł

Barbara Dolniak

**Przewodnicząca Komisji Nadzwyczajnej
ds. zmian w kodyfikacjach**

Sejm Rzeczypospolitej Polskiej

Email: knkk@sejm.gov.pl

Dot. NKK.016.3.2024

Szanowna Pani Poseł,

w odpowiedzi na zaproszenie na posiedzenie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach, które odbędzie się w dniu 21 marca 2024 r., w zakresie punktu II. dotyczącego rozpatrzenia poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny (druk nr 209), przedstawiam uwagi.

Uwagi do druku sejmowego nr 209¹

Mając na uwadze wartości konstytucyjne leżące u podstaw zasad odpowiedzialności karnej oraz zasad tworzenia prawa karnego, zwracam uwagę na zasadę proporcjonalności wyrażoną wprost w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Projektowane przepisy, w tym propozycje zawarte w druku sejmowym nr 209, nie mogą naruszać

¹ <https://www.sejm.gov.pl/sejm10.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=209> (dostęp w dniu 19.03.2024 r.).

zakazu nadmiernej ingerencji ustawodawcy w prawa i wolności obywateli. Jak podkreślił Trybunał Konstytucyjny „rozważanie czy zakaz ten nie został naruszony przez ustawodawcę uwzględniać powinno specyfikę poszczególnych praw i wolności jednostki (surowsze standardy oceny przykładać należy np. do regulacji praw i wolności osobistych i politycznych niż do praw ekonomicznych czy socjalnych), bo z tego wynikają ogólne granice dopuszczalnych ograniczeń. Rozważania te powinny następnie udzielać odpowiedzi na trzy pytania: 1) czy wprowadzona regulacja ustawodawcza jest w stanie doprowadzić do zamierzonych przez nią skutków: 2) czy regulacja ta jest niezbędna dla ochrony interesu publicznego, z którym jest powiązana; 3) czy efekty wprowadzanej regulacji pozostają w proporcji do ciężarów nakładanych przez nią na obywatela. Ponadto, co warte podkreślenia, Trybunał uznał, że ingerencja ustawodawcy w konstytucyjne prawa i wolności jest możliwa, lecz nie może być nadmierna, to znaczy sprzeczna z zasadą proporcjonalności (zob. orzeczenia TK: z 30.10.1996 r., K 3/96, OTK 1996, nr 5, poz. 41; z 26.04.1995 r., K 11/94, OTK 1995, nr 1, poz. 12. oraz z 26.01.1993 r., U 10/92, OTK 1993, nr 1, poz. 2.).

Odnosząc powyższe poglądy Trybunału do propozycji zawartych w druku sejmowym nr 209, stwierdzić należy, że zaproponowana w petycji treść przepisów kryminalizujących zachowania naruszające autonomię seksualną innej osoby, nie spełnia testu proporcjonalności. **Zrównanie ustawowego zagrożenia karą zawartego w art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k. i art. 199 k.k. do poziomu od lat 3 do lat 30 nie znajduje oparcia w zróżnicowaniu jakościowym typów czynów zabronionych opisanych w tych przepisach.**

Zasada proporcjonalności wymaga, by ustawodawca precyzyjnie określił, dlaczego użycie przemocy jest w sposób tożsamy społecznie szkodliwe z zachowaniem polegającym na wykorzystaniu bezradności określonej osoby czy tej krytycznego położenia. W przypadku art. 198 k.k. proponowana jest znacząca zmiana ustawowego zagrożenia karą z poziomu od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności, do poziomu od lat 3 do lat 30 pozbawienia wolności, zaś w przypadku art. 199 § 1 k.k.

proponowana jest dotychczas nie zmiana ustawowego zagrożenia karą z poziomu od 1 miesiąca do 3 lat pozbawienia wolności, do poziomu od lat 3 do lat 30 pozbawienia wolności. Jak podkreślił Trybunał zasada proporcjonalności wymaga, by zastosowane środki ograniczające prawa i wolności obywatelskie były niezbędne, tzn., że powinny chronić określone wartości w sposób, bądź w stopniu, który nie mógłby być osiągnięty przy zastosowaniu innych środków. Niezbędność to również skorzystanie ze środków jak najmniej uciążliwych dla podmiotów, których prawa lub wolności ulegną ograniczeniu (por. wyrok TK z 5.02.2008 r., K 34/06, OTK-A 2008, nr 1, poz. 2).

Pod względem zasad techniki legislacyjnej propozycje zmian dotknięte są wadą, gdyż **postulaty opisane w druku sejmowym nr 209 nie uwzględniają zmian w Rozdziale XXV „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności” Kodeksu karnego, do których doszło w dniu 1 października 2023 r. na mocy ustawy z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. poz. 2600 z późn. zm.).**

Potrzeba wprowadzenia do znamion przestępstwa zgwałcenia znamienia „braku zgody” nie wynika wprost ani z Konwencji w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz. U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71), ani z Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 961 z późn. zm.; dalej: konwencja stambulska), ani z Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmienionej następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełnionej Protokołem nr 2 (Dz. U. z 1993 r. Nr 61, poz. 284 z późn. zm.; dalej: EKPC). Wszystkie ze wskazanych aktów prawnych obligują Rzeczpospolitą Polskę, jako stroną tych konwencji, do ochrony autonomii seksualnej swoich obywateli przed umyślnymi czynami atakującymi to dobro prawne, a nie do wprowadzenia znamion przestępstw o ściśle określonej treści.

Podkreślić należy w szczególności, że wyrażony w art. 45 konwencji stambulskiej obowiązek podjęcia „środków koniecznych” oznacza, że konwencja pozostawia państwom-stronom daleko idącą swobodę co do wyboru ostatecznego kształtu, jaki w prawie krajowym przybierze przepis realizujący konwencyjny standard. Tym samym nie musi on być wyrażony ani tymi samymi słowami, których konwencja stambulska używa w art. 36, ani też skonstruowany od strony technicznoprawnej w formie jednego, odrębnego przepisu² zawierającego znamię „braku zgody”.

Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³

Artykuł 3 Zakaz tortur

Nikt nie może być poddany torturom ani nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu.

Artykuł 8 ust. 1 Prawo do poszanowania życia prywatnego i rodzinnego

Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji.

² P. Bachmat, Opinia prawna w związku z rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2154), s. 7-8, dostępna:

<https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2154> (dostęp w dniu 12.12.2022 r.).

³ W szczególności do takiego wniosku nie prowadzi analiza wyroku ETPC z 4.12.2003 r., skarga nr 39272/98, M.C. przeciwko Bułgarii, LEX nr 100260; <http://www.echr.coe.int>. Zauważyć przy tym należy, że art. 152 § 1 bułgarskiego kodeksu karnego brzmi: „Kto obcuje płciowo z osobą płci żeńskiej: 1. pozbawioną możliwości samoobrony i bez jej zgody; 2. zmuszając ją do tego przemocą lub groźbą; 3. doprowadzając ją do stanu bezradności, podlega karze zgwałcenia od 2 do 8 lat pozbawienia wolności.” (<https://www.misp.government.bg/uploads/1/blgarsko-zakonodatelstvo/en/criminal-code.pdf>, dostęp w dniu 18.03.2024 r.). ETPC stwierdził naruszenie obowiązków formalnych wynikających z EKPC z uwagi na niewłaściwą tradycję i kulturę instytucjonalną ścigania przestępstwa zgwałcenia, nie zaś naruszenie obowiązków materialnych poprzez brak udzielenia przez prawo ochrony istoty autonomii seksualnej.

Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet⁴

Artykuł 1

W rozumieniu niniejszej konwencji określenie "dyskryminacja kobiet" oznacza wszelkie różnicowanie, wyłączenie lub ograniczenie ze względu na płeć, które powoduje lub ma na celu uszczuplenie albo uniemożliwienie kobietom, niezależnie od ich stanu cywilnego, przyznania, realizacji bądź korzystania na równi z mężczyznami z praw człowieka oraz podstawowych wolności w dziedzinach życia politycznego, gospodarczego, społecznego, kulturalnego, obywatelskiego i innych.

Konwencja stambulska

Artykuł 36 „Przemoc seksualna, w tym gwałt”

1. Strony przyjmą konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia, by za następujące umyślne czynności groziła odpowiedzialność karna:

⁴ Zalecenie Rec (2002)5 Komitetu Ministrów do państw członkowskich w sprawie ochrony kobiet przed przemocą: Państwa członkowskie powinny:

34. zapewnić, by prawo karne przewidywało, że każdy akt przemocy wobec osoby, w szczególności przemocy fizycznej lub seksualnej, stanowi naruszenie wolności i integralności fizycznej, psychicznej i/lub seksualnej tej osoby, a nie wyłącznie naruszenie moralności, honoru lub przyzwoitości;

35. przewidywać odpowiednie środki i sankcje w ustawodawstwie krajowym, umożliwiające podjęcie szybkich i skutecznych działań przeciwko sprawcom przemocy oraz naprawienie krzywd wyrządzonych kobietom będącym ofiarami przemocy. W szczególności prawo krajowe powinno

- penalizować przemoc seksualną i gwałt między małżonkami, stałymi lub okazjonalnymi partnerami i konkubentami;
 - penalizować wszelkie czynności seksualne popełniane na osobach nie wyrażających na nie zgody, nawet jeśli nie wykazują one oznak oporu;
 - karanie penetracji seksualnej jakiegokolwiek rodzaju lub w jakikolwiek sposób osoby nie wyrażającej na to zgody;
 - karanie wszelkich nadużyć bezbronności ciężarnej, bezbronnej, chorej, upośledzonej fizycznie lub umyślowo lub zależnej ofiary;
- karać wszelkie nadużycia pozycji sprawcy, a w szczególności osoby dorosłej wobec dziecka.

([https://www.coe.int/t/pace/campaign/stopviolence/Source/rec2002\(5\)_en.doc](https://www.coe.int/t/pace/campaign/stopviolence/Source/rec2002(5)_en.doc), dostęp w dniu 18.03.2024 r.).

- a. penetracja waginalna, analna lub oralna o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub przedmiotem, bez jej zgody,
 - b. inne czynności o charakterze seksualnym wobec innej osoby, bez jej zgody,
 - c. doprowadzenie innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią.
2. Zgoda musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle danych okoliczności.
3. Strony przyjmą konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia, by postanowienia ustępu 1 stosowały się również do czynów podejmowanych wobec byłych lub obecnych małżonków, lub partnerów, zgodnie z tym, jak to uznaje prawo wewnętrzne.

Artykuł 5 Zgwałcenie projektu Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej⁵

1. Państwa członkowskie zapewniają, aby następujące czyny umyślne podlegały karze jako przestępstwo:
- a) jakakolwiek czynność polegająca na penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym ciała kobiety bez jej zgody jakąkolwiek częścią ciała lub przedmiotem;
 - b) doprowadzenie kobiety do jakiegokolwiek czynności z inną osobą polegającej na penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym ciała kobiety bez jej zgody jakąkolwiek częścią ciała lub przedmiotem.
2. Państwa członkowskie zapewniają, aby przez czynność bez zgody rozumiana była jako czynność, która jest wykonywana bez zgody dobrowolnie wyrażonej przez kobietę lub która ma miejsce, gdy kobieta nie jest w stanie wyrazić wolnej woli ze względu na

⁵ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX:52022PC0105> (dostęp w dniu: 14.03.2024 r.).

swój stan fizyczny lub psychiczny, z wykorzystaniem w ten sposób niezdolności kobiety do wyrażenia wolnej woli, na przykład w stanie nieświadomości, odurzenia, snu, choroby, uszczerbku na zdrowiu lub niepełnosprawności.

3. Zgoda może zostać wycofana w dowolnym momencie czynności. Braku zgody nie można podważyć wyłącznie milczeniem kobiety, brakiem oporu słownego lub fizycznego z jej strony lub jej wcześniejszym zachowaniem seksualnym.

Rozdział XXV Kodeksu karnego⁶ (stan prawny na dzień 14 marca 2024 r.).

Art. 197. § 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego,
podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.

§ 2. Jeżeli sprawca, w sposób określony w § 1, doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności,
podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia:

1) wspólnie z inną osobą,

2) (uchylony),

3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry,

4) posługując się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem obezwładniającym albo działając w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu,

5) wobec kobiety ciężarnej,

⁶ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2024 r. poz. 17 z późn. zm.; dalej: Kodeks karny lub k.k.).

6) utrwalając obraz lub dźwięk z przebiegu czynu,
podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 20.

§ 4. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia wobec małoletniego poniżej lat 15 lub sprawca czynu określonego w § 1-3 działa ze szczególnym okrucieństwem lub następstwem tego czynu jest ciężki uszczerbek na zdrowiu,
podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.

§ 5. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1-4 jest śmierć człowieka, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.

Art. 198. Kto, wykorzystując bezradność innej osoby lub wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, doprowadza ją do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności,
podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

Art. 199. § 1. Kto, przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, doprowadza inną osobę do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności,
podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 został popełniony na szkodę małoletniego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

§ 3. Karze określonej w § 2 podlega, kto obcuje płciowo z małoletnim lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej albo doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, nadużywając zaufania lub udzielając w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy.

Art. 200. § 1. Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania,

podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.

Raport GREVIO (Grupy Ekspertów Rady Europy ds. Przeciwdziałania Przemocy Przeciwko Kobietom i Przemocy w Rodzinie)⁷:

pkt 215. - W związku z tym GREVIO z niepokojem zauważa, że brak zgody, który stanowi główny element sposobu, w jaki konwencja stambulska definiuje przemoc seksualną, nie stanowi znamienia przestępstwa zgwałcenia (art. 197), ani innego przestępstwa na tle seksualnym (artykuły od 198 do 200). Zamiast tego czyny te kwalifikowane są zależnie od natężenia przemocy fizycznej lub groźby zastosowanej przez sprawcę, bezradności ofiary lub jej niezdolności do przeciwstawienia się, lub wyrażenia zgody/woli. Jak GREVIO już podkreśliło, podejście to nie uwzględnia w pełni ani doświadczeń kobiet wykorzystywanych seksualnie, ani sposobu, w jaki reagują one na zagrożenie taką przemocą (ucieczka, walka, opór, podporządkowanie się lub przywiązanie)⁸. W efekcie, polskie prawo nie penalizuje wszystkich form przemocy seksualnej przewidzianych w konwencji. Takie podejście skutkuje również wysokimi standardami dowodowymi, jeżeli chodzi o fizyczny opór wobec napaści oraz większym naciskiem na zachowanie ofiary, niż na działania sprawcy.

pkt 216. - GREVIO zauważa, że według władz sądy mają możliwość wzięcia pod uwagę stopnia przyzwolenia ofiary na akt seksualny, ale przypominają, że zgodnie z orzecznictwem i doktryną skazanie za zgwałcenie wymaga udowodnienia oporu ofiary

⁷ Raport GREVIO w obu wersjach językowych dostępne:

<https://bip.brpo.gov.pl/pl/content/RPO-raport-grevio-przemoc-domowa> (dostęp w dniu 14.03.2024 r.).

⁸ Wskazane stwierdzenie stanowi wyimek z opracowania M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki.*, Archiwum Kryminologii 2018/Tom XL.

i użycia przez sprawcę siły, groźby lub podstępu (art. 197). Sama wiedza sprawcy, że stosunek nie był dobrowolny, nie prowadzi do skazania. Chociaż GREVIO z zadowoleniem odnotowuje, że w orzecznictwie zaczyna pojawiać się interpretacja uwzględniająca kontekst, a niektóre sądy przyjmują bardzo szeroką interpretację terminu „podstęp”, faktem pozostaje, że obowiązujące prawo wymaga, aby czyny takie jak zgwałcenie i przemoc seksualna, której ofiarami są kobiety, były oceniane w świetle użycia przemocy, groźby lub podstępu, a nie w świetle braku zgody. Potrzeba zmiany definicji zawartej w art. 197, w celu objęcia przepisami karnymi pełnego zakresu doświadczeń kobiet związanych z przemocą seksualną i zgwałceniem, które często popełniane są bez użycia siły lub groźby, została podkreślona w badaniach, zwrócono na nią uwagę Sejmu i uznana została przez sędziów. Taka zmiana doprowadziłaby do dostosowania Kodeksu karnego do wymogów art. 36 konwencji stambulskiej.

pkt 217. - Ponadto, GREVIO jest zaniepokojone, że nie wszystkie zgwałcenia pociągają za sobą takie same sankcje karne. Na przykład, stosunek płciowy, do którego doszło dzięki wykorzystaniu bezradności lub stanu psychicznego ofiary (art. 198) zagrożony jest karą pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do ośmiu lat, podczas gdy stosunek płciowy, do którego doszło dzięki wykorzystaniu stanu zależności (art. 199) jest zagrożony karą do trzech lat. Prawnicy zwrócili uwagę GREVIO, że przepisy te znajdują głównie zastosowanie w sprawach o zgwałcenie kobiet, które doprowadzono do stanu bezradności przy użyciu siły lub przemocy; kary są wtedy niższe niż w przypadku zgwałcenia z użyciem przemocy. Ponadto, GREVIO jest zaniepokojone, że w sprawach zgwałcenia kobiet niepełnosprawnych ściganie następuje na podstawie art. 198 i 199, z naciskiem na bezradność, zależność lub niepełnosprawność kobiety, a nie na jej seksualną autonomię.

pkt 218. - Konwencja stambulska ustanawia zasadę, że wszystkie akty seksualne popełnione bez zgody ofiary powinny podlegać odstrasżającym karom. To, że czyn został popełniony bez zgody ofiary, pociąga karę, niezależnie od tego, czy został popełniony przez osobę stosującą przemoc czy nadużywającą władzy nad ofiarą.

GREVIO ostrzega przed tworzeniem hierarchii ofiar, uwzględniającej pewne ich cechy, takie jak młodość, słabość, zależność lub choroba, i wzywa do przyjęcia odpowiednich rozwiązań prawnych, aby jasne było, że gwałt jest gwałtem. Jeżeli czynowi towarzyszy przemoc i znęcanie się lub inne okoliczności szczególnie traumatyzujące, należy uznawać je za okoliczności obciążające, aby zapewnić proporcjonalność kary w stosunku do powagi czynu.

pkt 219. - Zachowaniem umyślnym, które obecnie nie jest objęte polskim prawem dotyczącym przemocy seksualnej, jest doprowadzenie innej osoby do podjęcia, bez zgody, czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią, czego dotyczy art. 36 ust. 1 lit. c konwencji stambulskiej. Przepis ten ma zastosowanie, gdy sprawca nie jest osobą, która dopuszcza się aktu seksualnego, ale osobą, która zmusza ofiarę do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią, na przykład w kontekście kontroli i wykorzystywania jako formy przemocy ze strony partnera. Zamiar przestępczy jest szerszy niż w przypadku przestępstwa pomocnictwa lub współsprawstwa. Obejmuje on nie tylko zamiar pomocy w popełnieniu przestępstwa, takiego jak zgwałcenie i zamiar zgwałcenia jako takiego, ale także, łącznie, zamiar doprowadzenia do obu tych czynów. Innymi słowy, umyślne zachowanie, o którym mowa w art. 36 ust. 1 lit. c), wykracza poza zwykłe podżeganie do popełnienia przestępstwa lub ułatwianie jego popełnienia, ale obejmuje także złośliwe zachowanie, polegające na pozbawieniu kobiety prawa samodzielnego podejmowania decyzji w sprawach seksualnych.

pkt 220. - GREVIO wzywa polskie władze, by dokonały przeglądu wszystkich przepisów dotyczących przestępstw seksualnych, przewidzianych w dziale XXV Kodeksu karnego, w celu pełnego uwzględnienia pojęcia dobrowolnej zgody, zgodnie z wymogami art. 36 konwencji stambulskiej, oraz wprowadzenia odpowiednich sankcji za wszystkie czyny o charakterze seksualnym popełnione bez zgody ofiary, w tym, gdy okoliczności wyłączają wyrażenie ważnej zgody.

pkt 221. - Ponadto, GREVIO zdecydowanie zachęca polskie władze, by przyjęły przepisy karne ściśle dotyczące umyślnego zachowania przewidzianego w art. 36 ust. 1c konwencji stambulskiej, a mianowicie zmuszenia innej osoby do podjęcia, bez jej zgody, czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią.

Propozycja legislacyjna w zakresie zmiany definicji zgwałcenia zawarta w druku sejmowym nr 209:

Art. 1. W ustawie z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. U. z 2020 r. poz. 1444, poz. 1517) wprowadza się następujące zmiany:

- 1)** tytuł rozdziału XXV otrzymuje brzmienie: „Przestępstwa przeciwko autonomii seksualnej”;
- 2)** w art. 197 § 1 otrzymuje brzmienie: „§ 1. Kto doprowadza inną osobę do obcowania płciowego bez wcześniejszego wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody przez tę osobę, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.”;
- 3)** w art. 197 § 2 wyrazy „podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.” i zastępuje się wyrazami: „podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 10.”;
- 4)** art. 198 otrzymuje brzmienie: „Art. 198. § 1. Kto wykorzystując bezradność innej osoby lub wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, doprowadza ją do obcowania płciowego podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.
2. Jeżeli sprawca osobę określoną w § 1 doprowadza do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 10.”;
- 5)** w art. 199 § 1 i 2 otrzymują brzmienie: „§ 1. Kto, przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, doprowadza inną osobę do obcowania płciowego podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

2. Jeżeli sprawca w sytuacji określonej w § 1 doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 10.”

Analiza znamion typów czynów zabronionych opisanych w Rozdziale XXV „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”⁹

U podstaw każdej odmiany wolności, w tym wolności w decydowaniu o podejmowaniu lub niepodjęciu zachowań ze sfery życia seksualnego leży godność osoby ludzkiej. Wartością stanowiącą przedmiot ochrony typów czynów zabronionych opisanych w art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. oraz art. 200 § 1 k.k. jest swoboda decydowania o swoim życiu seksualnym, w tym o kierunku aktywności seksualnej lub jej braku. Naruszenie lub zagrożenie tej wartości ma często nieodwracalne skutki dla zdrowia psychicznego i dobrostanu emocjonalnego człowieka. Pozbawienie wolności w sferze podjęcia, kontynuowania i zakończenia zachowania ze sfery życia seksualnego lub decydowania w przedmiocie miejsca, czasu, sposobu, form czynności seksualnych, partnera i kontekstu podjętej aktywności seksualnej jest zachowaniem bezprawnym, zaś przybrane w formę przemocy, groźby bezprawnej lub podstępnej albo też podjęte w sytuacji wystąpienia jednej z okoliczności towarzyszących w postaci „bezradności innej osoby”, „wynikającego z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej braku zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”, „stosunku zależności”, „krytycznego położenia” i „małoletniości poniżej lat 15” staje się zachowaniem karalnym.

W orzecznictwie wskazuje się, że już sam art. 197 k.k. stanowi formę kryminalizacji uproszczonej i powinien być tak interpretowany, aby za karalne były uważane

⁹ Na podstawie P. Zakrzewski, *Rozdział XXV „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”*, [w:] *Kodeks Karny. Komentarz*, pod red. J. Majewskiego, Warszawa 2024 (Wydawnictwo Wolters Kluwer Polska S.A. w druku).

wszystkie zachowania, które albo uniemożliwiają zawarcie konsensusu co do istotnych elementów ze sfery życia seksualnego albo ten konsensus naruszają. Słusznie przyjmuje Sąd Najwyższy, że ocena, czy w wypadku działań podjętych w inkryminowanym czasie wobec osoby pokrzywdzonej przez sprawcę można mówić o zgodzie na określone zachowanie ze sfery życia seksualnego, wymaga poczynienia wcześniejszych ustaleń, czy zgoda taka w rzeczywistości została udzielona, w jakim czasie jej udzielono i jaki był jej ewentualny zakres (tak wyrok SN z 8 września 2005 r., II KK 504/04, LEX nr 200229).

Trafnie przyjmuje się w orzecznictwie, że dla przyjęcia, że sprawca wyczerpał znamiona przestępstwa z art. 197 k.k. nie jest istotne, w jakim celu działał sprawca, ale czy dopuścił się zamachu na wolność seksualną ofiary. **Przedmiotem ochrony w przypadku przestępstwa z art. 197 k.k. jest wolność seksualna człowieka, a zatem chodzi o swobodę decydowania w sferze seksualnej. Istotna zatem jest perspektywa ofiary, a nie sprawcy tego przestępstwa** (tak: wyrok SA w Gdańsku z 9 stycznia 2018 r., II AKa 411/17, LEX nr 2488269).

Zgoda, choć ma obiektywny charakter, często nie istnieje poza świadomością osób ją objętych. W istocie ustalenie tego, czy w danych warunkach doszło do bezprawnego zachowania ze sfery życia seksualnego zależeć będzie od stopnia konkretyzacji zgody, czyli od ilości aspektów będących jej przedmiotem. **W przypadku wyraźnego braku zgody na któryś z aspektów aktywności seksualnej, w tym na brak użycia środków antykoncepcyjnych czy środków zapobiegających transmisji chorób przenoszonych drogą płciową, podjęcie się takiego zachowania wykraczającego poza zakres zgody należy uznać za bezprawne.**

Znamię podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. oznacza wywołanie u osoby pokrzywdzonej przekonania, że podejmowane przez nią zachowanie ze sfery życia seksualnego pozostaje w ramach konsensu, podczas gdy zgoda na jego podjęcie nie została przez nią wyrażona. Zaznaczyć przy tym należy, że termin podstęp jest pojemny znaczeniowo. Nie można jego desygnatów sprowadzić do jednej precyzyjnie

określonej metody działania. Sam fakt posłużenia się podstępem stanowi podstawę do przypisania odpowiedzialności za realizację znamion czynu zabronionego z art. 197 § 1 k.k. (tak postanowienie SN z 2 grudnia 2020 r., II KK 248/20, LEX nr 3093412).

Trafnie przyjmuje Sąd Najwyższy, że dla przyjęcia, iż sprawca doprowadził podstępem ofiarę do obcowania płciowego nie jest konieczne, by pod wpływem podanych jej podstępnie substancji, ofiara straciła świadomość. Wystarczające jest stwierdzenie, że osoba pokrzywdzona pod wpływem podanych jej w ten sposób środków zgodziła się na obcowanie płciowe, na które w normalnych warunkach, tj. gdyby nie pozostawała w stanie odurzenia, nie wyraziłaby zgody (tak: postanowienie SN z 9 kwietnia 2021 r., V KK 87/21, LEX nr 3160008).

Zgodzić należy się z Sądem Najwyższym, że **za podstępne należy uznać zachowania, które mogą prowadzić do podjęcia przez ofiarę samodzielnej decyzji odnośnie nawiązania kontaktu seksualnego (decyzja ta nie może być jednak uznana za prawnorelevantną zgodę na czynność seksualną ze strony dysponenta dobra)** lub prowadzą do braku możliwości wyrażenia swojej woli w przedmiocie kontaktu seksualnego w momencie podjęcia czynności seksualnej przez sprawcę z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego ofiary (np. podanie nieświadomej ofierze „tabletki gwałtu” prowadzącej do stanu nieprzytomności) albo z uwagi na niemożność powzięcia oporu przez ofiarę (np. związanie pod pozorem zabawy, a następnie seksualne wykorzystanie niemogącej ruszać się ofiary). **Warunkiem przyjęcia podstępu, także w obu ostatnio wymienionych wypadkach, jest wcześniejsze doprowadzenie ofiary do takiego stanu przez wprowadzenie jej w błąd lub wykorzystanie błędu** (tak wyrok SN z 4 grudnia 2018 r., II KK 114/18, LEX nr 2603598).

Trafnie przyjmuje się w orzecznictwie, że podstępem na gruncie art. 197 k.k. jest zarówno wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu ofiary co do przesłanek jej procesu motywacyjnego, w wyniku którego ofiara podjęła decyzję aprobującą czyn sprawcy, jak i takie zachowanie sprawcy, które przez wprowadzenie w błąd lub

wykorzystanie błędu ofiary doprowadza ją do stanu, w którym nie można podjąć lub zrealizować decyzji woli ze względu na wyłączenie zdolności poznawczych, decyzyjnych czy ruchowych. W pierwszym przypadku pokrzywdzony wyraża pozornie zgodę - pozornie, ponieważ nie dotyczy ona rzeczywistego stanu rzeczy, a jedynie istniejącego w świadomości pokrzywdzonego. W drugim zaś pokrzywdzony nie jest w stanie w ogóle zgody wyrazić, np. na skutek uśpienia czy upicia (tak wyrok SA w Katowicach z 28 marca 2018 r., II AKa 91/18, LEX nr 2490246).

Znamię przemocy nie zostało przez ustawodawcę doprecyzowane (jak ma to miejsce np. w przypadku art. 191 § 1 k.k., gdzie mowa o „przemocy wobec osoby”), a tym samym należy przyjąć, że przemocą w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. jest oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają opór ofiary (np. związanie ofiary) lub go przełamują (np. bicie, maltretowanie). **Może ona być skierowana bezpośrednio na ofiarę, a także na inną osobę** (tak wyrok SA w Krakowie z 14 września 2016 r., II AKa 99/16, LEX nr 2268992).

Przemoc w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. to także przemoc wobec rzeczy lub zwierzęcia, która jest w stanie tak silnie oddziaływać na psychikę osoby pokrzywdzonej, że staje się środkiem doprowadzającym do realizacji znamion czynu zabronionego z art. 197.

Zaznaczyć należy, że każde użycie siły, nawet bardzo niewielkiej, należy traktować jako używanie przemocy w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. Nie musi to być zachowanie, które stwarza niebezpieczeństwo dla życia lub zdrowia.

Trafnie przyjmuje się w orzecznictwie, że przemoc w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. to nie tylko *vis absoluta*, ale także *vis compulsiva*, czyli wywieranie wpływu przez wyrządzaną aktualnie dolegliwość na procesy motywacyjne ofiary w celu ukształtowania ich zgodnie z wolą sprawcy. Stąd też przemoc nie musi być kierowana wyłącznie na ofiarę, ale także na osobę trzecią lub rzecz (tak: wyrok SA w Gdańsku z 9 lutego 2017 r., II AKa 294/16, LEX nr 2341089).

Nie ma również podstaw, aby wyłączyć z zakresu znaczenia znamienia przemoc w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. przemoc ekonomiczną, która nie jest jednocześnie desygnatem znamienia groźby bezprawnej ani znamienia wykorzystania krytycznego położenia innej osoby. **Przemoc ekonomiczna może wystąpić nawet wówczas, gdy osoba nią dotknięta, nie znajduje się w krytycznym położeniu w rozumieniu art. 199 § 1 k.k. Wystarczające jest ustalenie, że sprawca wytworzył kontekst sytuacyjny, w którym osoba pokrzywdzona znalazła się w anormalnej sytuacji motywacyjnej, z której wyjściem było podjęcie przez nią zachowania ze sfery życia seksualnego na przykład z osobą, z którą w normalnych warunkach motywacyjnych, czyli takich niewytworzonych przez sprawcę, takiego rodzaju zachowania by nie podjęła.**

Znamię przemocy w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. zostało zdekodowane w orzecznictwie jako zachowanie rozciągnięte w czasie, składające się z wielu różnych aktywności sprawcy, których rezultatem jest przełamanie niechęci osoby pokrzywdzonej wobec podjęcia zachowania ze sfery życia seksualnego. Zabieranie użytkowanych przez pokrzywdzoną laptopa i telefonu, zamykanie jej w domu, odbieranie dostępu do telewizji, to działania będące przemocą nakierowaną na przełamanie oporu pokrzywdzonej i zmuszenie jej do poddania się woli oskarżonego co do nawiązania kontaktu seksualnego. W sytuacji długotrwałego i wielokrotnego wykorzystywania seksualnego zastosowanie takich środków z jednej strony powoduje przełamanie oporu ofiary w danym momencie i osiągnięcie efektu w postaci doprowadzenia do obcowania płciowego, z drugiej zaś buduje u ofiary przekonanie o możliwości zastosowania takich środków w przyszłości, a zatem stanowi element ułatwiający sprawcy na przyszłość doprowadzanie do obcowania płciowego za pomocą groźby zastosowania takich środków, gdyż ofiara ma świadomość realności takich gróźb (tak: wyrok SA w Gdańsku z 9 lutego 2017 r., II AKa 294/16, LEX nr 2341089).

Nie można także pominąć sytuacji wytworzenia stałego, powtarzającego się kontekstu sytuacyjnego, który sprawca wykorzystuje do podjęcia z osobą pokrzywdzoną

niechcianych przez nią zachowań seksualnych, a który to kontekst jest tego rodzaju, że nie pozwala osobie pokrzywdzonej skorzystać ze swojej autonomii seksualnej. W takim wypadku reakcja na napaść seksualną brakiem aktywnego oporu i odczuwaniem wspomnianego już „paraliżu strachu” (*frozen fright*) może zostać zakwalifikowana jako reakcja na przemoc długotrwałą, która nie wymaga, ani jej każdorazowego zastosowania, ani tym bardziej każdorazowego manifestowania sprzeciwu po stronie osoby pokrzywdzonej.

Sprawca nie musi także oddziaływać na osobę pokrzywdzoną fizycznie, przytrzymując jej ręce, przez cały czas trwania zachowań seksualnych przez nią nieaprobowanych. Wystarczy, że dojdzie na skutek zastosowania przemocy do przełamania jej oporu i wymuszenia czynności seksualnych, na które osoba pokrzywdzona nie wyraziła zgody. Trafnie Sąd Najwyższy przyjął, że przepis art. 197 k.k. w żadnym razie nie wymaga, by sprawca nieprzerwanie stosował wobec osoby pokrzywdzonej przemoc bądź jej groził (tak postanowienie SN z 18 lutego 2014 r., II KK 19/14, LEX nr 1458630).

Znamię groźby bezprawnej należy rozumieć podobnie jak w czynie zabronionym zmuszania z art. 191 § 1 k.k. W warunkach przestępstwa zgwałcenia groźba najczęściej zawiera zapowiedź natychmiastowego naruszenia dobra cennego dla osoby zmuszanej (np. okaleczenia ofiary lub osoby jej najbliższej). Nie musi ona być zwerbalizowana, wyrazić ją można poprzez sugestywne działanie, np. wyjęcie i demonstrowanie noża, jako zagrożenie posłużeniem się nim (tak: wyrok SA w Krakowie z 14 września 2016 r., II AKa 99/16, LEX nr 2268992).

W zakresie **znaczenia znamienia wykorzystania** zawarta jest pewna subsydiarność tego sposobu na naruszenie wolności seksualnej, gdyż, jak prawidłowo wskazuje się w orzecznictwie, przyjęcie jednej z przewidzianych w art. 197 § 1 k.k. form działania wyłącza jednoczesne przyjęcie, że wykorzystano **stan bezradności** osoby pokrzywdzonej w rozumieniu art. 198 k.k. Tak samo należy rozumieć to znamię w przypadku wystąpienia u osoby pokrzywdzonej „upośledzenia umysłowego”. Nieskorzystanie z tej okoliczności przez oskarżonego, który o tym fakcie wiedział, i

zastosowanie przez niego przemocy skutkuje przypisaniem (surowszej) odpowiedzialności z art. 197 § 1 k.k., nie zaś z art. 198 k.k. (tak wyrok SA w Krakowie z 6 marca 2014 r., II AKa 5/14; wyrok SA w Katowicach z 15 maja 2013 r., II AKa 90/13, LEX nr 1335649). W tym zakresie wskazać ponadto należy, że wykorzystanie snu ofiary, czyli typowego stanu fizjologicznego, jako okazji do rozpoczęcia z nią obcowania płciowego, kontynuowanego po jej przebudzeniu z użyciem przemocy dla pokonania oporu pokrzywdzonej, nie jest wykorzystaniem jej bezradności w rozumieniu art. 198 k.k. Takie działanie w orzecznictwie prawidłowo jest kwalifikowane jako zgwałcenie przewidziane w art. 197 § 1 k.k. (tak wyrok SA w Łodzi z 11 grudnia 2012 r., II AKa 256/12, LEX nr 1353514).

„Bezradność” rozumiana jest jako nieumiejętność radzenia sobie w trudnej sytuacji. Tak więc źródłem bezradności może być niemożność radzenia sobie w danej sytuacji na skutek różnych obiektywnych, a także subiektywnych powodów. Przy ocenie w tym przedmiocie należy zatem uwzględnić szereg okoliczności, w tym takie jak: wiek, stan psychofizyczny pokrzywdzonego, jego rozwój umysłowy i emocjonalny, iloraz inteligencji, stosunki i relacje rodzinne w jakich pozostaje, sytuację materialną, uzyskiwane wsparcie ze strony bliskich (tak: wyrok SA w Białymstoku z 26 kwietnia 2018 r., II AKa 25/18, LEX nr 2685546).

„Bezradność” może zostać spotęgowana kontekstem sytuacji, w jakiej znalazła się osoba pokrzywdzona, gdyż ta może nie móc się przeciwstawić sprawcy na przykład z uwagi na to, że jest pozbawiona wolności, zastraszona, sam na sam z oskarżonym - zimą, w altanie na ogrodach działkowych, gdzie w pobliżu nikt nie mieszka (tak: postanowienie SN z 6 lutego 2017 r., V KK 394/16, LEX nr 2241418). W takim wypadku **reakcja na napaść seksualną brakiem aktywnego oporu i odczuwaniem swojego rodzaju „paraliżu strachu” (*frozen fright*) może zostać zakwalifikowana, jako „bezradność”, zaś jej wykorzystanie stanowi o karalności podjętego przez sprawcę zachowania.**

Trafnie wskazuje Sąd Najwyższy, że „wykorzystania bezradności innej osoby” nie można sprowadzać tylko do wykorzystania utraty przez nią świadomości, ale jest nim wykorzystanie każdej niemożności dysponowania sobą w zakresie wolności seksualnej, w tym także z powodu upojenia alkoholowego, mogącego *in concreto* wywołać stan bezradności. Sprawca odpowiada z tego przepisu, gdy ze względu na okoliczności podmiotowe pokrzywdzonego, nie jest w stanie uzyskać od niego zgody na określony rodzaj aktywności seksualnej ze względu na znany sprawcy stan psychofizyczny (tak postanowienie SN z 20 kwietnia 2016 r., III KK 489/15, LEX nr 2044482; wyrok SN z 25 listopada 2009 r., V KK 271/09, LEX nr 553764; wyrok SA w Katowicach z 26 sierpnia 2010 r., II AKa 213/10, LEX nr 686856). Stan ten może wynikać z natężonego przez długi czas silnego stresu i poczucia braku możliwości obrony, a w konsekwencji z psychologicznego mechanizmu obronnego, kompensującego emocje u osoby pokrzywdzonej. **„Bezradność” oznacza stan, w którym osoba pokrzywdzona nie ma na tyle sił czy możliwości, aby wyrazić skutecznie swój sprzeciw wobec sprawcy lub w ogóle nie jest w stanie podjąć decyzji** (tak wyrok SA w Katowicach z 26 kwietnia 2012 r., II AKa 107/12, LEX nr 1220203; wyrok SA w Katowicach z 26 sierpnia 2010 r., II AKa 213/10, LEX nr 686856). Osoba bezradna to osoba bezsilna, słaba lub tylko osłabiona pod względem fizycznym lub psychicznym. Przesądzić o tym może stan upojenia alkoholem, stan stężenia amfetaminy w organizmie połączony ze stanem kalectwa w postaci niedowładu obu kończyn dolnych (tak wyrok SA w Katowicach z 15 maja 2009 r., II AKa 102/09, LEX nr 577328). Tak więc źródłem bezradności nie muszą być (na zasadzie warunku koniecznego) przyczyny o charakterze fizycznym lub fizjologicznym, może to być oczywiście kalectwo, osłabienie fizyczne (choćby chwilowe), ale także **niemożność radzenia sobie w danej sytuacji na skutek różnych obiektywnych, a także subiektywnych powodów** (tak wyrok SN z 21 kwietnia 2006 r., IV KK 41/06, LEX nr 1614938).

W zakresie znamienia **„braku zdolności osoby do rozpoznania znaczenia czynu”** oraz **„braku zdolności osoby do pokierowania swoim postępowaniem”** wskazać

należy, że w aspekcie kierowania swoim postępowaniem można rozgraniczyć sytuacje w zależności od tego, na którym poziomie intencjonalnego zachowania się odpadła możliwość kierowania: czy na poziomie doboru intencji, wpływu intencji na zachowanie się, czy na poziomie możliwości podjęcia zachowania zgodnego z intencją. W każdym jednak wypadku odpada możliwość przypisania osobie pokrzywdzonej możliwości kierowania swoim postępowaniem. Osoba pokrzywdzona może mieć świadomość i chcieć podjąć zachowanie ze sfery życia seksualnego, ale może, ze względu na zaburzenia kompulsywne i przy braku wglądu w mechanizmy reagowania na bodźce, nie mieć możliwości przestać chcieć. U podstaw nierozpoznania znaczenia czynu leży brak możliwości rozpoznania znaczenia faktycznego czynu (na przykład brak rozpoznania, że dane zachowanie wywołać może ból lub dyskomfort), brak możliwości rozpoznania jego oceny prawnej (na przykład brak świadomości tego, że osoba nie jest prawnie zobowiązana do podjęcia zachowania ze sfery życia seksualnego) lub brak możliwości rozpoznania jego warstwy społecznej, rozumianej jako ocen społecznych wiążących się z danym zachowaniem ze sfery życia seksualnego, co może prowadzić do krzywdy, jako następstwa podjęcia takiego rodzaju zachowania. Trafnie zatem wskazuje Sąd Najwyższy, że zwrot „brak zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem” odpowiada zawartemu w art. 31 § 1 k.k. opisowi niepoczytalności spowodowanej chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym (tak postanowienie SN z 29 stycznia 2002 r., I KZP 30/01, LEX nr 50502).

Dla wypełnienia znamienia „**nadużycia stosunku zależności**” sprawca musi świadomie wykorzystać relację łączącą go z pokrzywdzonym jako czynnik oddziaływania na jego psychikę, tak aby wyraził on zgodę na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną (tak wyrok SN z 6 maja 2014 r., V KK 358/13, LEX nr 1482486). Stosunek zależności to taki stosunek prawny lub faktyczny, który daje jednej osobie możliwość wywierania określonego wpływu bezpośredniego lub pośredniego na losy i

położenie prawne, społeczne i ekonomiczne innej osoby (tak: postanowienie SN z 18 grudnia 2008 r., V KK 304/08, LEX nr 485036).

Przez znamię „**wykorzystania krytycznego położenia**” rozumie się w orzecznictwie Sądu Najwyższego posłużenie się przez sprawcę taką sytuacją, w której osobie znajdującej się w nim realnie grozi doznanie poważnego uszczerbku lub dolegliwości, niebezpieczeństwu temu zaś zapobiec może odpowiednie zachowanie się sprawcy, natomiast „doprowadzenie” to sytuacja wiążąca się ze złamaniem za pomocą m.in. powyższej metody oporu osoby pokrzywdzonej (tak wyrok SN z 5 lutego 2009 r., II KK 251/08, LEX nr 486551).

Trafnie wskazuje się w literaturze, że powodami krytycznego położenia mogą być zdarzenia losowe, w tym utrata miejsca zamieszkania na skutek powodzi czy pożaru, utrata źródła utrzymania na skutek utraty pracy czy też zaprzestanie łożenia na utrzymanie przez inną osobę, utrata zdrowia na skutek choroby czy wypadku, utrata płynności finansowej z uwagi na błędy inwestycyjne czy zaprzestanie prowadzenia działalności gospodarczej, brak możliwości wydostania się z trudnej sytuacji faktycznej, z uwagi na pozbawienie wolności przez inną osobę, utknięcie w zamkniętym pomieszczeniu czy zgubienie się na szlaku w górach¹⁰.

Krytyczne położenie to stan charakteryzujący kontekst sytuacyjny, w jakim znalazła się osoba pokrzywdzona. Tym różni się od bezradności, że istnieje obiektywnie. Wykorzystanie przez sprawcę subiektywnego przekonania osoby pokrzywdzonej o tym, że znajduje się ona w krytycznym położeniu, w sytuacji, gdy obiektywnie rzecz ujmując jest zupełnie inaczej, należy kwalifikować jako wykorzystanie bezradności.

Do istoty znamienia „**nadużycia zaufania**” w rozumieniu art. 199 § 3 k.k., jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie Sądu Najwyższego, należy wykorzystanie przez sprawcę faktu, że małoletnia ofiara podejmuje świadomą decyzję w przedmiocie

¹⁰ Por. V. Konarska-Wrzosek, Komentarz do art. 199 w: V. Konarska-Wrzosek (red.), 2020, LEX teza nr 7.

zadysponowania swoją seksualnością na podstawie motywacji, która nie mogłaby się stać podstawą takiej decyzji, gdyby nie okoliczność, że ofiara ma zaufanie do sprawcy. Art. 199 § 3 k.k. kryminalizuje obcowanie płciowe z małoletnim lub dopuszczenie się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej albo doprowadzenie jej do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania za jej zgodą, tyle że podjętą w wyniku szczególnej motywacji, którą jest zaufanie do sprawcy (tak postanowienie SN z 11 lipca 2018 r., III KK 328/18, LEX nr 2522988).

W zakresie **znamienia doprowadzenia innej osoby** wskazać należy, że przestępstwo z art. 197 k.k. w obu jego formach nie jest tzw. przestępstwem własnoręcznym. Oznacza to, iż dla jego dokonania wystarczające jest, że sprawca opisanymi tam metodami doprowadza ofiarę do poddania się lub wykonania określonych tam przedmiotowo czynów, choć sam czynów tych nie dokonuje (np. nie obcuje płciowo z ofiarą, choć w praktyce tak właśnie najczęściej się dzieje). Dla bytu tego przestępstwa niezbędne jest natomiast coś innego - to, by sprawca (i to zarówno czynu z § 1, jak i § 2 art. 197 k.k.) swym opisanym w tych przepisach zachowaniem dopuścił się zamachu na wolność seksualną ofiary w sposób umyślny, tj. mając świadomość braku jej przyzwolenia na określone zachowania seksualne, doprowadził ją do nich umyślnie za pomocą opisanych tam środków działania¹¹.

Trafnie przyjmuje się w rzeczonym zakresie w orzecznictwie, że sprawcami czynu, o jakim mowa w art. 197 § 1 i 3 k.k. mogą być także osoby, które nie mają z ofiarą przestępstwa cielesnego kontaktu, a jedynie realizują znamię „doprowadzenia innej osoby do obcowania płciowego”, stosując przemoc, groźbę czy podstęp skierowane do ofiar mając jedynie świadomość, iż wspólnie podjęte przez nich czynności zmierzają do zgwałcenia ofiary, przez chociażby jednego ze sprawców (tak wyrok SA w Szczecinie z 20 lutego 2014 r., II AKa 228/13, LEX nr 2674640).

¹¹ M. Filar, Glosa do wyroku SN z dnia 26 października 2001 r., WA 25/01, OSP 2002, nr 6, s. 87.

Analiza potrzeby implementacji konwencji stambulskiej

W opiniach prawnych dotyczących problematyki implementacji konwencji stambulskiej wskazuje się, że wyrażony w art. 45 konwencji obowiązek podjęcia „środków koniecznych” oznacza, że konwencja pozostawia państwom-stronom daleko idącą swobodę co do wyboru ostatecznego kształtu, jaki w prawie krajowym przybierze przepis realizujący konwencyjny standard. W szczególności nie musi on być wyrażony ani tymi samymi słowami, których konwencja używa w art. 36, ani też skonstruowany od strony technicznoprawnej w formie jednego, odrębnego przepisu¹².

Istotne jest osiągnięcie celu wskazanego w treści przepisu art. 36 ust. 1 konwencji, tj. doprowadzenie do takiego ukształtowania prawa krajowego, aby za zachowania polegające od strony przedmiotowej (tj. zachowania sprawcy) na:

a) penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub przedmiotem, bez jej zgody,

b) innych czynnościach o charakterze seksualnym wobec innej osoby, bez jej zgody,

c) doprowadzeniu innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią,

popęłnione umyślnie, groziła odpowiedzialność karna.

M. Płatek wskazuje, że obowiązkiem strony konwencji stambulskiej jest, aby treść zawarta w konwencji i treść obowiązująca w ustawodawstwie krajowym była zgodna.

Nie oznacza to obowiązku wyrażenia treści przepisów ustawy krajowej takimi samymi słowami jakimi wyraża to konwencja stambulska¹³. Autorka dodaje ponadto, że ETPC

¹² P. Bachmat, Opinia prawna w związku z rządowym projektem ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny

oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 2154), s. 7-8, dostępna:

<https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2154> (dostęp w dniu 12.12.2022 r.).

¹³ M. Płatek, Opinia prawna na temat Projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk 2154), s. 7-8, dostępna:

<https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/opinieBAS.xsp?nr=2154> (dostęp w dniu 12.12.2022 r.).

w sprawie M.C. vs. Bułgaria¹⁴ wskazał, że są ustawodawstwa (Niemcy, Belgia, Finlandia), które zachowując definicje przestępstwa zgwałcenia, odwołują się do groźby i przemocy i za obecność przemocy w praktyce i orzecznictwie uznają wszystkie niedobrowolne akty obcowania, gdy dochodzi do nich bez zgody osoby¹⁵.

W ocenie M. Płatek sposób uregulowania strony przedmiotowej art. 197 § 1 k.k. „w szarej strefie pozostawia stan, w którym brak jest zgody, ale i brak praktyk, narzędzi do okazania sprzeciwu”¹⁶, gdyż w takich warunkach art. 197 § 1 k.k. uznaje, że nie doszło do wyczerpania ustawowych znamion przestępstwa. Z tego powodu Autorka wywodzi potrzebę implementacji art. 36 ust. 1 konwencji. Stwierdzenie uprzednie należy jednak ocenić jako nazbyt ogólne oraz pomijające treść art. 36 konwencji stambulskiej, w której za opisane umyślne zachowania ma grozić odpowiedzialność karna, nie zaś odpowiedzialność karna tylko za zgwałcenie. W twierdzeniu tym Autorka pominęła ponadto całkowicie treść art. 198 k.k., art. 199 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k., w ramach których opisane zostały konteksty sytuacyjne kładące nacisk na stan osoby pokrzywdzonej aktem seksualnym, która nie jest w stanie wyrazić swojej autonomii seksualnej, a ujęte w znamiona „wykorzystanie bezradności innej osoby”, „wykorzystanie wynikającego z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej braku zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”, „nadużycie stosunku zależności”, „wykorzystanie krytycznego położenia” i „małoletni poniżej lat 15”.

Wskazać należy, że propozycja wpisania zgody do art. 197 § 1 k.k., którą należałoby ująć w następujący sposób „kto doprowadza inną osobę do obcowania płciowego bez jej zgody”, zmienia w formule zdania zawartego w dotychczasowym brzmieniu art. 197 § 1 k.k. okolicznik sposobu zapisany poprzez zwrot „przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem”, który odpowiada na pytanie „w jaki sposób?”, na okolicznik okoliczności

¹⁴ Wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie M. C. przeciwko Bułgarii, skarga nr 39272/98.

¹⁵ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki.*, Archiwum Kryminologii 2018/Tom XL, s. 309.

¹⁶ *Ibidem*, s. 300.

towarzyszącej (okolicznik czynnika towarzyszącego, okolicznik akcesoryjny) zapisany poprzez zwrot „bez jej zgody”, który odpowiada na pytanie „w jakich okolicznościach?”. Zmiana ta oznaczałaby rozszerzenie pola kryminalizacji art. 197 § 1 k.k. o takie sytuacje, w których stan „braku dobrowolnej zgody osoby pokrzywdzonej aktem seksualnym” nie jest tylko wynikiem działań sprawcy, który to wymóg wynika z dzisiejszego brzmienia art. 197 § 1 k.k., na stan, który powinien istnieć także niezależnie od zachowania się sprawcy i stanowić dla tego zachowania kontekst, w którym następuje kryminalizowane zachowanie się sprawcy w postaci „doprowadzenia innej osobę do obcowania płciowego”. Art. 197 § 1 k.k. sformułowany przy pomocy zwrotu „bez jej zgody” miałby szersze pole kryminalizacji, niż to wyznaczone przy pomocy zwrotu „przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem”, które pokrywałoby się z polami kryminalizacji wyznaczonymi przez typy czynów zabronionych z art. 198 k.k., art. 199 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k.

Obecne pole kryminalizacji art. 197 § 1 k.k. na poziomie karalności *in abstracto* (na poziomie językowego znaczenia przepisu bez odniesienia do konkretnego stanu faktycznego) nie pokrywa się z polami kryminalizacji wyznaczonymi przez typy czynów zabronionych z art. 198 k.k., art. 199 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k., w ramach których opisane zostały konteksty sytuacyjne kładące nacisk na stan osoby pokrzywdzonej aktem seksualnym, która nie jest w stanie wyrazić swojej autonomii seksualnej, a ujęte w znamiona „bezradność innej osoby”, „wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”, „stosunek zależności”, „krytyczne położenie” i „małoletniość poniżej lat 15”. **Nowe pole kryminalizacji art. 197 § 1 k.k. określone przez zwrot „bez jej zgody” pokrywałoby się *in abstracto* z polami kryminalizacji wyznaczonymi przez wskazane typy czynów zabronionych z art. 198 k.k., art. 199 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k. Stan taki, z uwagi na proponowane w druku sejmowym nr 209 zrównanie zagrożeń ustawowych art. 197 § 1, art. 198 k.k. i art. 199 § 1 k.k. i tym samym brak możliwości zastosowania jednej z reguł wyłączenia wielości**

ocen, rodziłby wątpliwości z punktu widzenia leżącej u podstaw art. 2 Konstytucji RP zasady *nullum crimen sine lege certa* rozumianej jako postulat skierowany do ustawodawcy oznaczający konieczność takiego opisywania znamion poszczególnych przestępstw, aby można było odróżnić je wzajemnie od siebie.

Nowe pole kryminalizacji art. 197 § 1 k.k. zakreślone przez zwrot „bez jej zgody” oznaczałoby, że typ ten w zakresie pokrywającym się z okolicznościami wpisanymi w typy czynów zabronionych z art. 198 k.k., art. 199 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k. staje się typem podstawowym, zaś wskazane typy stają się względem niego typami kwalifikowanymi. Należało wówczas odpowiednio zmniejszyć zagrożenie karne za zachowanie polegające na doprowadzeniu innej osoby do obcowania płciowego bez jej zgody. Wówczas z obecnej treści art. 197 § 1 k.k. zawierającej zwrot „przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem” należałoby uczynić typ kwalifikowany względem

typu zwierającego zwrot „bez jej zgody”, tak, jak to miało miejsce w projekcie Kodeksu karnego z 1932 r., który to projekt ostatecznie nie stał się obowiązującym prawem¹⁷.

Celem art. 36 konwencji stambulskiej nie jest jednak wprowadzenie typu uprzywilejowanego zwierającego zwrot „bez jej zgody” względem art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. i art. 200 § 1 k.k., a objęcie kryminalizacją zachowań umyślnych w nim opisanych. Tymczasem analiza treści art. 198 k.k., art. 199 § 1 k.k. i art. 200 § 1 k.k. wskazuje jednoznacznie, że przepisy te łącznie z okolicznikami sposobu ujętymi w art. 197 § 1 k.k. w postaci „przemocy”, „groźby bezprawnej” i „podstępu” oraz okolicznikami sposobu ujętymi w art. 199 § 3 k.k. w postaci „nadużycia zaufania małoletniego” oraz „udzielenia małoletniemu w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy”, obejmują wszystkie możliwe do wyobrażenia przypadki, kiedy zgody bądź nie było, bądź nie była świadoma i swobodna.

¹⁷ Projekt Kodeksu karnego w redakcji przyjętej w trzecim czytaniu w 1931 r. przez Sekcję Prawa Karnego Komisji Kodyfikacyjnej RP (strona 37):

„ROZDZIAŁ XXXII.

NIERZĄD.

Art. 199. 1. Kto dopuszcza się czynu nierządowego względem innej osoby bez jej wyraźnego lub dorozumianego zezwolenia, ulega karze więzienia do lat 2 lub aresztu do lat 2.

2. Ściganie odbywa się na wniosek pokrzywdzonego.

Art. 200. Kto dopuszcza się czynu nierządowego względem dziecka poniżej lat 13 albo osoby, zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swym postępowaniem, ulega karze więzienia do lat 10.

Art. 201. Kto dopuszcza się czynu nierządowego względem nieletniego poniżej lat 17, ulega karze więzienia do lat 5.

Art. 202. 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną albo podstępem doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządnemu lub do wykonania takiego czynu, ulega karze więzienia do lat 10.

2. Ściganie odbywa się na wniosek pokrzywdzonego.

Art. 203. 1. Kto przez nadużycie stosunku zależności lub wyzyskanie krytycznego położenia doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządnemu lub do wykonania takiego czynu, ulega karze więzienia do lat 5.”,

(<https://bibliotekacyfrowa.pl/dlibra/publication/39736/edition/40620/content> dostęp 18.03.2024 r.).

W doktrynie wskazuje się jednoznacznie, że przestępstwa z rozdziału XXV k.k., w tym przestępstwo zgwałcenia, mogą mieć miejsce jedynie wtedy, gdy nie wystąpiło skuteczne zezwolenie osoby uprawnionej na określone zachowanie. W tym kontekście **relewantna prawnie zgoda wyznacza zakres czynów legalnych, zaś jej brak - zakres czynów bezprawnych. Oczywistym jest, że tylko takie zachowania, które są uznawane przez porządek prawny za bezprawne, mogą zostać uznane za karalne, a więc takie, które realizują znamiona jakiegokolwiek typu czynu zabronionego, w tym z art. 197 § 1 k.k.**

Wskazana opinia została zawarta również w komentarzu do art. 36 konwencji stambulskiej autorstwa W. Zalewskiego. Zdaniem Autora „wymóg konwencyjny jest w pełni spełniony w polskim prawie karnym”. W Zalewski zaznacza, że wprowadzie „w przepisach rozdziału XXV k.k. – „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności” nie mówi się wprost o „braku zgody”, jako znamieniu typu czynu zabronionego, to jednak nie ulega wątpliwości, że regulacja obejmuje wszelkie przypadki konwencyjne”¹⁸. Przeciwnego zdania są autorzy raportu „Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania”, w których ocenie warunek zgody winien „na polu przestępstwa zgwałcenia pełnić rolę warunku nieskorelowanego i tym samym samodzielnie wyznaczającego sytuację, w której dojść może do przekroczenia normy sankcjonowanej zakazującej zgwałcenia”¹⁹. Autorzy Ci wskazują, że „atak na samostanowienie w zakresie stosunków seksualnych może mieć miejsce nie tylko wówczas, gdy zachowaniu sprawcy będą towarzyszyły metody działania wskazane w art. 197 § 1 k.k., że tym samym może mieć on miejsce także w sytuacji, w której brakowi owych metod towarzyszył będzie zachodzący po drugiej

¹⁸ W. Zalewski, Komentarz do art. 36, w: *Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, red. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Warszawa 2016, teza nr 6.

¹⁹ P. Banaszak-Grzechowiak, K. Burdziak, Ł. Pohl, *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania*, Warszawa 2021, s. 21-22; dostępny: https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/05/IWS_Banaszak-Grzechowiak-P.-Burdziak-K.-Pohl-L._Przestepstwo-zgwalcenia-w-wybranych-panstwach-europejskich-raport-z-badania.pdf (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).

stronie brak zgody na akt seksualny – brak w zupełności wystarczający dla uznania, iż zachowanie zrealizowane w takiej sytuacji to czyn naruszający sferę wolności seksualnej człowieka, bo ignorujący wagę wskazanego samostanowienia”²⁰. Brak jakichkolwiek przykładów oraz brak odniesień w rzeczonym raporcie do treści art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. oraz art. 200 § 1 k.k. nie pozwala uznać wskazanej tezy za trafną. W kontynuacji rzeczzonego raportu Autorzy nie poszerzyli analizy polskich rozwiązań dotyczących przestępstwa zgwałcenia ani o jego zdanie, akceptując ustalenia poczynione uprzednio, w starszej wersji raportu²¹. Autorzy skrytykowali przy tym rozwiązania niemieckie oparte o znamię „wbrew rozpoznawalnej woli”²², wskazując przy tym, że warunek „braku zgody” winien zostać zapisany jako znamię przestępstwa zgwałcenia. Autorzy nie odwołują się przy tym do ustaleń poczynionych w orzecznictwie i literaturze, ograniczając się tylko do literalnego odczytywania przepisów²³.

Mając powyższe na uwadze, wskazać należy na pogląd W. Zalewskiego, w którym Autor wskazuje, że **„doktryna wypracowała szereg warunków uprawniających zgodę. Po pierwsze, może ją wyrazić jedynie osoba pełnoletnia i poczytalna. Po**

²⁰ *Ibidem*.

²¹ Ł. Pohl, P. Banaszak-Grzechowiak, M. Galiński *Ujęcie przestępstwa zgwałcenia w wybranych krajach europejskich oraz analiza polskiego ujęcia tego przestępstwa pod kątem ewentualności poszerzenia jego znamion o warunek „braku zgody”, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2024/03/2024_PrawoKiK_Ujecie_przestepstwa_zgwalcenia_w_wybranych_krajach_europejskich.pdf (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).*

²² Art. 177 § 1 StGB: „Kaźda osoba, która wbrew rozpoznawalnej woli innej osoby wykonuje czynności seksualne na tej osobie lub dopuszcza się czynności seksualnych przez tę osobę lub powoduje, że osoba ta wykonuje lub toleruje czynności seksualne na lub przez osobę trzecią, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do pięciu lat.”, https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/_177.html (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).

²³ O złożoności problemów wiążących się ze stworzeniem regulacji adekwatnie reagującej na wszelkie przypadki niedobrowolnych czynności seksualnych zob. M. Głuchowski, *Reforma niemieckiego prawa karnego seksualnego z 2016 roku (napaść seksualna i zgwałcenie według modelu „nie znaczy nie”, Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 4/2021, s. 5-36, <https://czpk.pl/zeszyty-archiwum/michal-gluchowski-reforma-niemieckiego-prawa-karnego-seksualnego-z-2016-roku-napasc-seksualna-i-zgwalcenie-wedlug-modelu-nie-znaczy-nie> (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).*

drugie, zgoda musi być dobrowolna. Po trzecie, zgoda musi być uprzednia, tzn. musi być wyrażona przed naruszeniem dobra. Po czwarte, musi być wyraźna²⁴.

Autor doprecyzowuje, że ostatni warunek nie oznacza jednak żadnej „umowy” o naruszenie. Z punktu widzenia prawa karnego istotne jest, że ofiara zrzekła się ochrony dobra, którym może rozporządzać swobodnie. Oświadczenie to nie musi dotrzeć do sprawcy²⁵.

Dla porównania, wskazać można, iż zgodnie z irlandzkim prawem karnym mężczyzna popełnia gwałt, jeśli jednocześnie (a) obcuje bezprawnie z kobietą, która w czasie stosunku nie wyraża na to zgody, oraz (b) w tym czasie wie, że ona nie wyraża zgody na stosunek lub jest lekkomyślny co do tego, czy ona wyraża na to zgodę, czy też nie. Ustawa wskazuje jednocześnie, że jeżeli na rozprawie w sprawie o przestępstwo zgwałcenia ława przysięgłych musi rozważyć, czy mężczyzna wierzył, że kobieta wyraża zgodę na stosunek płciowy, istnienie lub brak uzasadnionych podstaw do takiego przekonania jest sprawą, którą ława przysięgłych ma wziąć pod uwagę, w połączeniu z innymi istotnymi kwestiami, przy rozważaniu, czy on był o tym przekonany²⁶. W prawie karnym irlandzkim zasada, że oskarżenie musi udowodnić brak zgody, a nie obecność siły, jest dobrze ugruntowana. Brak zgody jest kwestią faktyczną, o której decyduje ława przysięgłych, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności i postępując zgodnie ze wskazówkami sędziego. Jeśli chodzi o *mens rea* (umyślność) gwałtu, oskarżony może bronić się „*genuine belief*” (szczerze przeświadczenie), dzięki czemu ma prawo do uniewinnienia, jeśli rzeczywiście nie przyszło mu do głowy, że ofiara może nie wyrazić zgody. Widać zatem, że **w ustawodawstwach, gdzie znamię zgody jest wpisane w znamiona przedmiotowe typu czynu zabronionego opisującego**

²⁴ W. Zalewski, Komentarz do art. 36, w: Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, red. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Warszawa 2016, teza nr 9.

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Criminal Law (Rape) Act, 1981. Dostępny:

<https://www.irishstatutebook.ie/eli/1981/act/10/section/2/enacted/en/html> (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).

zgwalcenie, problemem staje się dobór okoliczności świadczących o usprawiedliwionym przekonaniu sprawcy, iż osoba pokrzywdzona wyraziła zgodę na takie, a nie inne zachowanie, w tym na zachowanie o charakterze seksualnym. Przenosi to problem ochrony osób dotkniętych niekonsensualnym aktem seksualnym z poziomu kształtu znamion na poziom praktyki stosowania przepisów. Stan taki stanowi argument za tezą, że zmiana treści art. 197 § 1 k.k. czy też art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. oraz art. 200 § 1 k.k. nie stanowi właściwego remedium na zwiększenie poziomu ochrony ofiar przemocy seksualnej, a oznaczać będzie przeniesienie sporu z poziomu ustaleń co do treści przepisów i wyznaczonego przez nie zakresu kryminalizacji na poziom praktyki dowodzenia znamion, a tu łatwiej o nadużycia i naruszenie zasady *nullum crimen sine lege scripta*.

Prawidłowa interpretacja zawartych w art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. oraz art. 200 § 1 k.k. znamion przedmiotowych pozwala przyjąć, że wyczerpują one bez reszty pole kryminalizacji wyznaczone przez art. 36 konwencji stambulskiej. Tylko na pierwszy rzut oka przypadkiem, który wydaje się najbardziej trudnym, jest ten opisany m. in. przez J. Błachut i M. Grzyb, gdy niezgoda ofiary, nie zostaje w żaden sposób zmanifestowana, z uwagi na to, że część kobiet może nie reagować na napaść seksualną aktywnym oporem a odczuwać swojego rodzaju „paraliż strachu” (*frozen fright*) i nie być w stanie stawić czynnego oporu²⁷. Trafnie wskazują Autorki, że „nie oznacza to, że wyraża zgodę”, gdyż „sprawca samą swoją postawą, zachowaniem (bez uciekania się do groźby bezprawnej), przewagą sił nad ofiarą w połączeniu z okolicznościami sytuacji, doprowadza ofiarę do stanu sparaliżowania strachem”²⁸. Uwzględnienie jednej z trzech, obok walki i ucieczki, naturalnych reakcji na zagrożenie w postaci zamrożenia, nakazuje zwrócić uwagę na znamię w postaci „wykorzystania bezradności innej osoby”. Z punktu widzenia obecnej treści art. 197 § 1 k.k.

²⁷ J. Błachut, M. Grzyb, *Jeżeli kobieta mówi „nie”, to co to oznacza?* w: Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara, Tom II, pod red. A. Adamskiego, J. Bojarskiego, P. Chrzczonowicza, M. Leciaka, Toruń 2012, s. 345.

²⁸ *Ibidem*.

zawierającej okoliczniki sposobu w postaci „przemocy”, „groźby bezprawnej” i „podstępu” bezradność innej osoby jest bowiem rezultatem działań sprawcy, zaś z punktu widzenia art. 198 k.k. bezradność innej osoby jest okolicznością towarzyszącą zachowaniu się sprawcy, której on swoim zachowaniem nie wywołał, a którą on wykorzystuje po to by doprowadzić tę osobę do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności.

Jeśli zatem sprawca bez użycia przemocy, groźby bezprawnej czy podstępu w celu przełamania autonomii woli osoby pokrzywdzonej doprowadzi ją do stanu bezbronności i stan taki wykorzysta w celu doprowadzenia tejże do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, zachowanie jego winno być kwalifikowane z art. 198 k.k. W takim układzie faktycznym, przeważającym czynnikiem pojawienia się stanu zamrożenia, jako reakcji na poczucie zagrożenia, jest bowiem predyspozycja osoby pokrzywdzonej. **Celowe wywołanie przez sprawcę poczucia zagrożenia prowadzącego do stanu zamrożenia u innej osoby bez jednoczesnego albo wcześniejszego odwołania się do przemocy, groźby bezprawnej czy podstępu, winno być kwalifikowane jako „wykorzystanie bezradności innej osoby” w rozumieniu art. 198 k.k.** Tak samo rzecz się ma w sytuacji, gdy nieprzemoczny czynnik wywołujący sytuację zagrożenia, skutkującą poczuciem przymusu i zamrożeniem, nie jest wynikiem zachowania się samego sprawcy, lecz sprawca znalazł się z osobą pokrzywdzoną w sytuacji, w której u niej już zaszedł proces zamrożenia. **Wykorzystanie przez sprawcę takiego stanu zamrożenia i doprowadzenie osoby znajdującej się w tym stanie do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, przy braku możliwości po jej stronie dysponowania swoją autonomią seksualną, również winno być kwalifikowane jako „wykorzystanie bezradności innej osoby” w rozumieniu art. 198 k.k.** W zakresie znamienia „doprowadzenia człowieka do stanu bezbronności” wskazać należy, że ma to miejsce, zarówno wówczas, gdy pokrzywdzony zostanie związany w sposób fizyczny np. liną,

łańcuchem, taśmą remontową, zostanie unieruchomiony za pomocą środków chemicznych, np. zostanie wprowadzony w stan paraliżu czy odurzenia, zostanie doprowadzony do stanu, w którym nie może się ruszać z uwagi na obrażenia ciała, lecz nie była wcześniej wobec niego stosowana przemoc przez sprawcę, np. pokrzywdzony został wprowadzony przez sprawcę w błąd, przez co spadł z dużej wysokości, jak również zostanie „związany” strachem, np. zastraszony groźbą użycia lub użyciem przemocy wobec rzeczy lub wobec zwierzęcia, albo też inną groźną bezprawną, w tym taką, która w treści nie zawiera przekazu o natychmiastowym użyciu przemocy, a o popełnieniu na szkodę pokrzywdzonego lub innej osoby przestępstwa, o ile groźba taka przełamuje opór pokrzywdzonego w taki sposób, że staje się on bezbronny wobec sprawcy. Reakcja zamrożenia spowodowana przewagą po stronie sprawcy wpisuje się w zakres znaczeniowy tego znamienia.

Modelowe rozwiązania ONZ dotyczące problematyki zgwałcenia

W rekomendacjach ONZ²⁹ wskazuje się na modelowe rozwiązania, w ramach których zgoda musi być wyrażona dobrowolnie, musi być prawdziwa i wynikać z wolnej woli osoby, ocenianej w kontekście otaczających okoliczności, i może być w każdej chwili wycofana. Choć zgoda nie musi być we wszystkich przypadkach wyraźna, nie można jej wywnioskować z:

- (a)** milczenia ofiary;
- (b)** braku oporu, werbalnego lub fizycznego, ze strony ofiary
- (c)** wcześniejszych zachowań seksualnych ofiary; lub
- (d)** statusu, zawodu lub związku ofiary z oskarżonym.

²⁹ D. Šimonović, A framework for legislation on rape (Model Rape Law) : report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, ONZ, 2021, s. 7-8 <https://digitallibrary.un.org/record/3929055?ln=ar> (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).

W relewantnym dla niniejszych analiz zakresie we wskazanych rekomendacjach wskazuje się, że osobę uważa się za niezdolną do wyrażenia prawdziwej zgody, gdy jest nieprzytomna, śpi lub jest poważnie odurzona w wyniku działania narkotyków lub alkoholu spożytego dobrowolnie, niedobrowolnie lub nieświadomie. Brak zgody zakłada się w przypadku, gdy penetracja została dokonana przy użyciu siły, groźby użycia siły lub przymusu. Wskazuje się, że istnieje szeroki zakres okoliczności zastosowania przymusu, w tym okoliczności, w których:

(a) ofiara była poddana nadużyciom, przemocy, przymusowi, podstępowi, zatrzymaniu lub psychologicznej opresji lub zastraszeniu, które przyczyniły się do podporządkowania lub uległości ofiary; lub

(b) ofiara podlegała groźbie (wyraźnej lub dorozumianej) wyrządzenia obecnie lub w przyszłości fizycznej lub niefizycznej szkody ofierze lub osobie trzeciej.

W ramach wskazanego modelu wskazuje się również, że brak zgody jest domniemany, gdy:

(a) ofiara była odurzona w wyniku działania narkotyków lub alkoholu spożytego dobrowolnie, mimowolnie lub nieświadomie;

(b) gdy choroba, obrażenia ciała lub inna szczególna słabość ma wpływ na zdolność ofiary do wyrażenia zgody; lub

(c) gdy sprawca znajduje się w pozycji władzy, zaufania, wpływu lub zależności od ofiary i mógł wykorzystać tę pozycję, aby wymusić spółkowanie.

W ramach opisywanego modelowego rozwiązania proponuje się, aby brak zgody był również domniemywany, gdy sprawca nadużywa relacji lub pozycji władzy lub autorytetu nad ofiarą. Wymienione poniżej pozycje i relacje obejmują, ale nie ograniczają się do sytuacji, w których sprawca znajduje się w pozycji władzy lub autorytetu, wpływu lub dominacji nad ofiarą:

- (a)** w środowisku szkolnym, szpitalnym, religijnym, w zakładzie poprawczym lub opiekuńczym;
- (b)** w środowisku zawodowym lub aktywności zawodowej;
- (c)** w placówce opiekuńczej, domu pomocy społecznej, domu wolontariuszy, domu dziecka lub sierocińcu;
- (d)** w kontekście zapewnienia ofierze wsparcia lub leczenia medycznego, psychologicznego lub psychospołecznego;
- (e)** w ramach relacji opiekun – podopieczny;
- (f)** poprzez działanie w charakterze członka organów ścigania, pracownika, kuratora sądowego, trenera sportowego, instruktora, duchownego, opiekunki do dzieci lub w jakimkolwiek innym charakterze związanym z opieką nad ofiarą; lub
- (g)** poprzez inne ogólne zaangażowanie i odpowiedzialność za opiekę, szkolenie lub nadzór nad ofiarą.

Wnioski

1. Lektura wyżej opisanych modelowych rozwiązań ONZ dotyczących problematyki zgwałcenia pozwala przyjąć, że w znamionach kształtujących opisy typów czynów zabronionych z art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. i art. 200 § 1 k.k., w postaci okoliczników sposobu takich jak „przemoc”, „groźba bezprawna” „podstęp”, „nadużycie zaufania małoletniego”, „udzielenie małoletniemu w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy” oraz w postaci okoliczników okoliczności towarzyszących takich jak „bezradność innej osoby”, „wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”, „stosunek zależności”, „krytyczne położenie” i „małoletniość poniżej lat 15” mieszczą się wszystkie tam opisane sytuacje.

2. Mając na uwadze wyżej opisane modelowe rozwiązania rekomendowane przez ONZ oraz treść art. 36 konwencji stambulskiej za wątpliwe należy uznać zarzuty GREVIO sformułowane w pkt 215, pkt. 216, pkt 217, pkt 218 oraz pkt 220, a wskazujące na konieczność dokonania przez Polskę zmian legislacyjnych w obrębie rozdziału XXV Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Analiza standardów orzeczniczych wskazuje, że koncepcja zgody, jako pozytywnej przesłanki zachowania legalnego oraz koncepcja sprzeciwu, jako wyrazu braku zgody, jako negatywnej przesłanki zachowania karalnego nie są ze sobą sprzeczne. Orzecznictwo sądowe zna bowiem przypadki domniemania braku zgody, jak i przypadki domniemania sprzeciwu, a tym samym ich wystąpienie nie jest obecnie warunkiem koniecznym każdego naruszenia sfery autonomii seksualnej. Uzasadnia to wniosek, że nie jest niezbędna implementacja art. 36 konwencji stambulskiej na poziomie tekstu prawnego.
3. Zarzuty sformułowane przez GREVIO w pkt 219 i pkt 221 nie uwzględniają powszechnego w literaturze i orzecznictwie rozumienia znamienia doprowadzenia innej osoby z art. 197 § 1 i 2 k.k., które w obu jego formach nie jest tzw. przestępstwem własnoręcznym. Oznacza to, iż dla jego dokonania wystarczające jest, że sprawca opisanymi tam metodami doprowadza ofiarę do poddania się lub wykonania określonych tam przedmiotowo czynów, choć sam czynów tych nie dokonuje.
4. Całkowita rezygnacja ze znamienia „przemocy” oraz znamienia „podstępu” rozumianego jako „wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu” może prowadzić do częściowej dekryminalizacji zachowań objętych dotychczasowym brzmieniem za art. 197 § 1 k.k., co doprowadzi, zgodnie z art. 4 § 4 k.k. do zatarcia wyroków skazujących dotyczących tych zachowań.

Podsumowując, pragnę podkreślić, że ustawodawca dysponuje pewną swobodą w sferze prowadzenia polityki karnej, w tym w sferze kształtowania znamion przestępstw,

kryminalizowania określonych zachowań czy określania wysokości kar. Nie jest rolą Rzecznika Praw Obywatelskich przedstawianie w tym zakresie postulatów czy odnoszenie się do decyzji podejmowanych w granicach swobody politycznej ustawodawcy. Należy natomiast stwierdzić, że – **z prawnego punktu widzenia – wprowadzenie proponowanych w druku sejmowym nr 209 zmian legislacyjnych do art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k. i art. 199 § 1 k.k. nie jest konieczne dla wdrożenia do polskiego prawa regulacji międzynarodowych, w szczególności zawartych w Konwencji stambulskiej.** Regulacje międzynarodowe nakazują osiągnięcie pewnego efektu normatywnego, polegającego na tym, aby autonomia seksualna człowieka była objęta adekwatną ochroną prawnokarną. Przeprowadzona w niniejszej opinii dogłębna analiza przepisów Kodeksu karnego, a także poglądów wyrażonych na tle tych przepisów w nauce prawa i orzecznictwie, pozwala na postawienie wniosku, że poziom tej ochrony jest w aktualnym stanie prawnym wystarczający i odpowiada standardowi międzynarodowemu, w szczególności wynikającemu z Konwencji stambulskiej. W konsekwencji **ewentualne zmiany w tym zakresie należy postrzegać jako działania z obszaru polityki karnej, objęte swobodą polityczną ustawodawcy.**

Z wyrazami szacunku

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-wydano i podpisano elektronicznie/

Do wiadomości:

- Pan Adam Bodnar Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny (ePUAP);
- Pan Poseł Marek Ast Przewodniczący Komisji Ustawodawczej Sejmu RP (ePUAP);

- Pan Senator Krzysztof Kwiatkowski Przewodniczący Komisji Ustawodawczej Senatu RP (ePUAP);

- Pani Agnieszka Grybska – Sekretarz Komisji Nadzwyczajnej ds. zmian w kodyfikacjach Sejmu RP, email: agnieszka.grybska@sejm.gov.pl