

Preprint nr 11/2018 | Data publikacji: 14 VIII 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 11/2018, www.czpk.pl/preprinty]

Seweryn Cieślik

Zgoda dysponenta dobra prawnego na wkroczenie w sferę wolności seksualnej
(analiza prawnoporównawcza modelu przyjętego na gruncie
polskiego Kodeksu karnego oraz koncepcji *Yes Means Yes*)

1. Wprowadzenie

Problematyka związana z przestępstwami seksualnymi jest dziś przedmiotem ogromnego zainteresowania doktryny i stanowi odpowiedź na zmieniające się układy stosunków społecznych. Powstające w oparciu o tę tematykę opracowania dotyczą jednakże raczej kwestii związanych z elementami znamion poszczególnych typów czynów zabronionych, a także sposobem ich wykładni. Swoiste *novum* stanowi więc kompleksowe opracowanie¹ tematyki związanej ze zgodą, która – w czystej teorii YMY – rozumiana jest jako przesłanka wyłączna w przypadku której braku sprawcę należy pociągnąć do odpowiedzialności karnej za przestępstwo zgwałcenia. Opracowanie to wywarło niebagatelny

¹ Długoletnią debatę nad problemem przestępczości seksualnej wobec kobiet zwieńczyły J. Friedman i J. Valenti w swojej książce *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape* wydanej w 2008 roku. Książka ta przyjęła się niezwykle dobrze, o czym świadczy miejsce na prestiżowej liście 99 Publishers Weekly's Best Books of 2009 w kat. *Nonfiction*. Książka i płynące z niej założenia koncepcji Yes Mens Yes (dalej: YMY) zostaną poddane szerszej analizie w rozdziale 4 niniejszego opracowania.

wpływ na ustawodawstwo państw, w szczególności *common law* i stało się – choć, co trzeba przyznać, w większości z pewnymi zmianami względem oryginalnej koncepcji - podstawą zmian i założeń teoretycznoprawnych leżących u podstaw penalizacji przestępstw przeciwko wolności seksualnej. Tym bardziej więc wydaje się zasadnym poddanie koncepcji YMY bardziej jurydycznej analizie dokonanej przez pryzmat polskiej myśli prawniczej na temat zgody i w porównaniu do regulacji obowiązujących na gruncie obecnego Kodeksu karnego.

2. Pojęcie zgody (rozważania teoretycznoprawne)

Na wstępie jednak należy pokrótce przedstawić teoretycznoprawne założenia samego pojęcia zgody, ze szczególnym uwzględnieniem różnic co do jej charakteru w zależności od przyjętego modelu.

We współczesnej nauce prawa karnego istnieją równoległe obok siebie dwa poglądy na temat natury zgody. Pierwszy z nich, dominujący, zakłada, że ma ona charakter heterogeniczny². Cecha ta przejawia się m. in. poprzez przyjęcie, że zgoda może w jednym przypadku decydować o wyłączeniu bezprawności czynu³, a w drugim warunkować samą jego istotę⁴. Drugi natomiast zakłada, że zgoda powoduje w ogóle brak ataku na dobro prawne⁵. Nie dochodzi w tym przypadku do naruszenia normy sankcjonowanej, które to naruszenie warunkuje przyjęcie bezprawności zgodnie z koncepcją 5 – cio stopniową struktury przestępstwa⁶. Poniżej zostaną zaprezentowane główne założenia leżące u podstaw

² V. Vachev, *Rozwój instytucji zgody dysponenta dobrem i jej miejsce w strukturze przestępstwa*, (w:) S. Żółtek (red.), *Z zagadnień prawa karnego*, Internetowy Przegląd Prawniczy TBSP UJ 2015/1, s. 35. Autor przywołuje głównie literaturę niemiecką, która rozróżnia *Einwilligung* (zgodę wyłączającą bezprawność) i *Einverständnis* (zgodę wyłączającą istotę czynu).

³ W tym przypadku zgoda działa jak kontratyp, a ramach jego zastosowania dochodzi do wtórnej legalizacji czynu.

⁴ Tj. być przesłanką pierwotnie legalizującą dane zachowanie.

⁵ W Polsce pogląd ten jest reprezentowany głównie przez przedstawicieli Krakowskiej Szkoły Prawa Karnego. Zob. więcej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 168 i n. oraz 343 i n. Powołani autorzy czerpią z dorobku nauki niemieckiej. Zob. m. in. C. Roxin, *Strafrecht AT*, t. 1, wyd. 3, Monachium 1997, § 13 Nb 12; T. Weigend, *Straflosigkeit bei Einwilligung*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1986, Nr 98, s. 61; por. także H. Otto, *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, *Jura* 2004, Nr 10, s. 679 i n.

⁶ Jako elementy składające się na strukturę przestępstwa autorzy podają: czyn, bezprawność,

każdej z dwóch wymienionych sposobów rozumienia zgody.

Heterogeniczna natury zgody jest poglądem dość mocno przyjętym na gruncie niemieckiej nauki prawa karnego. W Polsce zaś przyjmuje ją A. Spotowski⁷. Autor ten rozróżnia sytuacje, w której zgoda wyznacza granice warunkującą o istocie czynu, a także stanowi znamię kontratypu. Do pierwszej grupy zalicza się te typy czynów zabronionych, gdzie w treści przepisu *expressis verbis* wskazano, że zachowanie podjęte przez sprawcę, by zostać uznany za godzące w dobro prawne, wymaga działania wbrew woli lub bez zgody dysponenta dobrem. Do takich należą m. in. art. 192 k.k. (przeprowadzenie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta) lub art. 278 § 2 k.k. (uzyskanie cudzego programu komputerowego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bez zgody osoby uprawnionej). Do tej samej grupy przestępstw, to jest tych, gdzie zgoda ma charakter świadczący o pierwotnej legalności zachowania, zaliczać karze autor typy, które nie odwołują się w swojej treści bezpośrednio do pojęcia zgody, lecz z których istoty ona wynika⁸. Skuteczne jej wyrażenie prowadzi do konkluzji, że odnosi ona taki sam skutek, jak w przypadku grupy przestępstw, które w ustawowym opisie zawierają znamię zgody. Charakter taki będą mieć przestępstwa kradzieży (art. 278 § 1 k.k.), czy naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.). Ponadto, doprowadzenie do obcowania płciowego po uzyskaniu zgody na taką formę kontaktu seksualnego przeważa, iż nie będzie możliwości skutecznego postawienia zarzutu zgwałcenia (art. 197 § 1 k.k.).

Z wyłączeniem bezprawności jako konsekwencją udzielenia zgody mamy – zdaniem A. Spotowskiego – do czynienia zawsze wtedy, gdy interes społeczny ustępuje pierwszeństwa interesowi jednostki⁹. Tak będzie w przypadku eksperymentu z art. 27 § 2 k.k. Co jednak trochę mniej zrozumiałe, autor dopuszcza możliwość wyłączenia bezprawności za zgodą dysponenta również w przypadku lekkiego uszkodzenia ciała (art. 157 § 2 k.k. Nie jest jednak do końca jasny powód tej tezy, tym bardziej biorąc pod uwagę, że przestępstwo ma charakter prywatnoskargowy i co do zasady nie ma interesu społecznego w objęciu go ściganiem z urzędu. Tutaj można też upatrywać pewnej niekonsekwencji i słabych punktów teorii A. Spotowskiego. Również przedstawiciele doktryny niechętnie podeszli do zaprezentowanej

karalność, karygodność, wina. Zob. więcej W. Wróbel, A. Zoll, *op cit...*, s. 162-176.

⁷ A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, PiP 1972, z. 3, s. 81 i n.

⁸ *Ibidem...*

⁹ *Ibidem...*

przez niego tezy, wskazując właśnie na sztuczność granicy pomiędzy czynami, w których zgoda warunkować będzie istotę czynu z jednej, a wpływać będzie na wyłączenie bezprawności takiego zachowania z drugiej strony¹⁰.

Krakowska Szkoła Prawa Karnego odrzuca koncepcję heterogeniczną. Pogląd opiera się na założeniu, że każda zgoda, nieważne czy wskazana wprost w treści przepisu, zawsze powoduje brak ataku na dobro prawne, a w konsekwencji nie pozwala na przyjęcie po stronie wykonawcy danego zachowania, bezprawności jego działania. Podkreśla się, że zgoda jest wynikiem autonomii woli dysponenta dobrem prawnym. Zgoda na „zabór”, czy „zniszczenie rzeczy” mieści się w elementach składających się na tzw. uprawnienia właścicielskie, są więc te czynności egzemplifikacją tych uprawnień. Tak samo skierowanie do swojego rozmówcy obelgi, jeśli uprzednio została wyrażona zgoda na taki sposób komunikowania się (np. wobec faktu używania w stosunku do takiej osoby określenia słownego mogącego mieć charakter obelżywy, jako czyjegoś pseudonimu), nie będzie naruszać subiektywnych odczuć jej adresata, choćby obiektywnie było odwrotnie. Należy jednak podkreślić, że nie w stosunku do każdego dobra prawnego możliwe jest wyrażenie prawnie relewantnej zgody¹¹.

3. Miejsce zgody na gruncie polskich regulacji określających warunki odpowiedzialności karnej za przestępstwo zgwałcenia (art. 197 § 1 k.k.)

Przestępstwo zgwałcenia nie zawiera definicji legalnej zgody. Pojęcie to nie występuje także w słowniczku ustawowym (tj. art. 115 k.k.). Zgoda jako taka występuje co prawda w kilku miejscach w ustawie, tak w części szczególnej (np. art. 192 k.k., gdzie spenalizowano udzielania zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta; art. 141 § 1 k.k., który przyjęciu obowiązku służby w obcy wojsku bez zgody właściwego organu; art. 153 § 1 k.k., mówiący o przerwaniu ciąży bez zgody kobiety ciężarnej), jak i w części ogólnej Kodeksu karnego (np. art. 27 § 2 k.k., który określa warunki kontratypu eksperymentu), jednak zawsze bez dalszego

¹⁰ J. Giezek, „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowi, (w:) Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009, s. 139; Z. Jędrzejewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność*, (w:) L. Paprzycki (red.) *System Prawa Karnego, T. 4. Nauka o Przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2013, s. 89.

¹¹ Nie można mówić np. o zgodzie na zabicie wyrażającego zgodę, bowiem brak jest po stronie nadawcy możliwości dysponowania swoim życiem. Tak m. in. :) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. t. II, Komentarz do art. 117–277 k.k.*, Kraków 2012, s. 320.

dopełnienia jej normatywnej treści. Oznacza to, że treść ta pozostawiona jest w całości – lub w przeważającej większości – do określenia przez praktykę.

Brak odwołania w treści przepisu, wprowadzającego odpowiedzialność karną za przestępstwo zgwałcenia, *expressis verbis* do pojęcia zgody nie może prowadzić do wniosku, że nie jest ona punktem zainteresowania ustawodawcy. Definicji zgody na gruncie przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na próżno szukać również w poprzednich polskich kodyfikacjach. Art. 204 Kodeksu karnego z 1932 r. oraz art. 168 Kodeksu karnego z 1969 r.¹² jako znamię czynności sprawczej wskazywały podjęcie przez sprawcę „czynu nierządnego”. Nie oznacza to jednak, by zgoda – lub jej brak – pozostała irrelevantna dla bytu przestępstwa zgwałcenia. Świadczy o tym bogate orzecznictwo minionego wieku. I tak, na gruncie kodeksu Makarewicza z 1932 roku zgoda dysponenta dobra na wkroczenie w sferę jego seksualności musi być wyrazem jego rzeczywistej woli, a nie wynikiem negatywnej sytuacji życiowej¹³. Nie będzie też prawnie skutecznym wyrażenie zgody w obawie o pogorszenie swojej sytuacji, która – w ocenie dysponenta dobra – grozić mu może niechybnie w razie odmowy poddania się zainicjowanemu przez sprawcę czynowi¹⁴. Ponadto, już w oparciu o przepisy kodeksu karnego z okresu PRL, sformułowano wprost tezę, iż zgoda, podobnie jak świadomość sprawcy, czy rzeczywistość oporu pokrzywdzonej, należy do znamion typu czynu zabronionego¹⁵.

Brak zgody warunkuje przyjęcie założenia o bezprawności czynu. Skutecznie wyrażona zaś prowadzi do wniosku, iż zachowanie podjęte przez potencjalnego sprawcę w ogóle nie może być przedmiotem prawnokarnego wartościowania. Innymi słowy, czyn jest pierwotnie legalny¹⁶ i nie ma potrzeby usprawiedliwiania go w żaden sposób. Art. 197 § 1 k.k. chroni wolność seksualną, do której treści zalicza się także możliwość dysponowania dobrem

¹² Oba wspomniane przepisy są odpowiednikami dzisiejszego art. 197 § 1 k.k.

¹³ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 14 maja 1936 r., I K 208/36, OSN(K) 1937/1/11, LEX.

¹⁴ *Ibidem*...

¹⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 1 marca 1995 r., II AKr 548/94, Prok.i Pr.-wkł. 1996/6/17, LEX.

¹⁶ Podział na pierwotną i wtórną legalność czynu jest poglądem przyjętym przez Krakowską Szkołę Prawa Karnego. To pierwsze określenie oznacza, że zachowanie jest od początku zachowaniem zgodnym z prawem, nie godzi w żadne dobro prawne i nie ma potrzeby usprawiedliwiania czynu w kategoriach zła lub dobra. Wtórna legalność czynu to nic innego, jak kontratypy, tj. okoliczności wyłączające bezprawność. Zob. więcej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 168 i n. oraz s. 343 i n.

w zakresie czasu, miejsca i sposobu wykonania czynności o charakterze seksualnym¹⁷. Nie godzi w wolność seksualną, a wręcz przeciwnie – jest wyrazem realizacji opisywanej wartości, prawa do samostanowienia, na której to wartości naruszenie dopiero reagować ma aparat państwowy. W konsekwencji sąd rozpoznający sprawę ma obowiązek ustalić, czy zgoda została udzielona i jaka była jej konkretna treść¹⁸.

Kwestią niebudzącą wątpliwość w orzecznictwie jest odmowa charakteru prawnie skutecznej zgody, oświadczeniu następczemu dysponenta dobra. Wynika to bowiem z tego, że podstawą prawnokarnego wartościowania jest moment realizacji znamion, a więc czas popełnienia przestępstwa. Nieporozumieniem jednak jest uzależnienie skuteczności samej zgody ze świadomością jej istnienia w percepcji sprawcy¹⁹. Zgoda – co do zasady - nie zalicza się do znamion przestępstwa, a warunkuje jego byt. Brak świadomości sprawcy o wyrażeniu przez dysponenta dobra zgody na kontakt seksualny może prowadzić co najwyżej do odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne zgwałcenia (art. 13 § 2 w zw. z art. 197 § 1 k.k.) wobec braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim przestępstwa. Będzie tak dlatego, że „atak” skierowany przeciwko dobru prawnemu w żaden, nawet abstrakcyjny sposób, mu nie zagraża. Zachowanie takie nie godzi w wolność seksualną, więc

¹⁷ Jak wskazał Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 09 kwietnia 2001 roku, sygn. akt II KKN 349/98, OSNKW 2001/7–8, poz. 53: „Z zamachem na wolność seksualną mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy osoba pokrzywdzona nie akceptuje aktu obcowania płciowego, ale także wtedy, gdy jej brak akceptacji odnosi się do sposobu, w jaki sprawca aktu tego dokonuje”. W piśmiennictwie pogląd ten wyrażał także m. in. L. Peiper (zob. L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego: prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach*, Kraków 1933, s. 423), a w czasach bardziej współczesnych M. Bielski (zob. M. Bielski, *Komentarz do art. 197 Kodeksu karnego*, (w:) W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, wyd. V, WKP, 2017.).

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 września 2005 r., sygn. akt II KK 504/04, Pal. 2007/11–12, poz. 308.

¹⁹ Pogląd taki wyraziła m. in. J. Długosz (zob. J. Długosz, *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego*, (w:) R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*, C. H. Beck, 2012, dostęp elektroniczny: http://www.ksiegarnia.beck.pl/media/product_custom_files/7/7/7743-zgoda-pokrzywdzonego-robert-zawlocki-darmowy-fragment.pdf s. 3).

wykluczonym będzie postawienie potencjalnemu sprawcy zarzutu dokonania lub usiłowania popełnienia przestępstwa. Większą kontrowersję budzi jednak pogląd, który opiera się na założeniu, że nie można mówić o popełnieniu przestępstwa z uwagi na brak ataku na dobro prawne w sytuacji, gdy po początkowym stawianiu oporu osoba podejmie czynność seksualną za swoją zgodą²⁰. Pogląd ten należy odrzucić z dwóch powodów. Po pierwsze, należy bardzo ostrożnie podchodzić do sytuacji wyrażenia zgody na kontakt seksualny po uprzednich próbach jego wymuszenia na pokrzywdzonym. Zgoda taka może być w wielu przypadkach prawnie irrelevantna. Jedynie dokładne wyjaśnienie okoliczności, choć w wielu przypadkach trudne, będzie mogło prowadzić do przyjęcia lub nie odpowiedzialności karnej za dane zachowanie. Po drugie, samo zastosowanie wobec pokrzywdzonego przemocy i natrafieniu tym samym na opór z jego strony, przy założeniu o kierunkowym charakterze działania sprawcy, stanowi samo w sobie przestępstwo usiłowania dokonania zgwałcenia, bowiem sprawca jest już na etapie realizacji znamion. Tu znów istotnym będzie dokładne wyjaśnienie okoliczności sprawy ze szczególnym uwzględnieniem czasu podejmowanych przez uczestników zdarzenia zachowań.

Na tle rozważań o zakresie pojęcia zgody w przypadku przestępstw seksualnych pojawia się ciekawy problem możliwości zgwałcenia w małżeństwie. Art. 23 k.r.o. nakłada na małżonków obowiązek pożycia, co mogłoby świadczyć o wprowadzeniu przez ustawodawcę wyjątku od zasady wolności seksualnej i tym samym pozbawienia małżonków względem siebie prawa do wyrażenia zgody lub sprzeciwu²¹. Przeświadczenie to jest jednak błędne. Po pierwsze, termin „wspólne pożycie” nie odnosi się wyłącznie do sfery seksualnej. Równie istotnym jest zbudowanie między małżonkami więzi duchowych i gospodarczych²². Nie da się stworzyć poprawnych relacji międzyludzkich, opartych na zasadzie równości i wzajemnego szacunku, jeśli ich podstawą zostanie uczyniony wymuszany kontakt seksualny przez choćby jedną ze stron. Brak pożycia małżeńskiego rozumianego jako aspekt fizyczny

²⁰ M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Studia Iuridica - Towarzystwo Naukowe w Toruniu, t. 13, Warszawa 1974, s. 97.

²¹ W piśmiennictwie na ten problem uwagę zwracali m. in. M. Siewierski, [w:] J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny*, t. II, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1987, s. 137–138; W. Świda, [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 496–497. Zagadnieniu poświęcono nawet odrębną monografię. Zob. więcej A. Michalska-Warias, *Zgwałcenie w małżeństwie. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Wolters Kluwer, 2015, s. 141–235.).

²² A. Zieliński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011, s. 62.

może być podstawą wymierzenia jednej z sankcji rodzinnoprawnych²³, a – w ostateczności – orzeczenia rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Po drugie, prawo do decydowania o swojej sferze seksualnej jest w nowoczesnym świecie jednym z podstawowych praw przyznanych jednostce i nie do pomyślenia jest sytuacja, w której brak możliwości zaprotestowania przeciwko małżonkowi co do podjęcia aktu seksualnego w konkretnym momencie wyinterpretowano by z treści przepisu tak ogólnego²⁴. Pogląd o dopuszczalności zgwałcenia w małżeństwie jest także powszechnie akceptowany w doktrynie.

W obecnym stanie prawnym pojęcie zgody nierozzerwalnie łączyć należy z formami doprowadzenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej określonymi w przepisie penalizującym zgwałcenie. Kryminalizacja zgwałcenia nie obejmuje bowiem samego dążenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, a wyłącznie ściśle określone sposoby realizacji takiego dążenia²⁵. Odpowiada bowiem za zgwałcenie tylko ten wypełnia znamiona czynności sprawczej uprzednio stosując wobec pokrzywdzonego przemoc²⁶, groźbę bezprawną²⁷ lub podstęp²⁸. Z racji, iż zgoda powoduje pierwotną legalność

²³ Terminu tego używa T. Sokołowski i jako przykład takiej sankcji podaje orzeczenie o winie w przypadku rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Zob. więcej T. Sokołowski, *Komentarz do art.23 Kodeksu rodzinnego i opiekuńczego*, (w:) H. Dolecki (red.), T. Sokołowski (red.), M. Andrzejewski, J. Haberko, A. Lutkiewicz-Rucińska, A. Olejniczak, A. Sylwestrzak, A. Zielonacki, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, LEX 2013, teza 3.

²⁴ Przy czym, co należy stanowczo podkreślić, nawet przepis rangi ustawowej, wprowadzający *expressis verbis* wyjątek w zakresie dysponowania przez jednego małżonka względem drugiego co do podjęcia decyzji w przedmiocie zgody na akt seksualny, byłby z całą pewnością niezgodny z Konstytucją.

²⁵ R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. 21, Legalis 2018.

²⁶ Przemoc rozumiana jest jako siła fizyczna lub psychiczna ukierunkowana na przełamanie oporu pokrzywdzonego. Opór musi być obiektywnie dostrzegalny i stanowi uzewnętrznienie braku zgody dysponenta dobra. - J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art.197 Kodeksu karnego*, (w:) T. Bojarski (red.), A. Michalska-Warias, M. Szwarczyk, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX 2016. Nierozzerwalnie więc pojęcie zgody łączy się z czynnością sprawczą stosowania przemocy.

²⁷ Definicja groźby znajduje się w art. 190 k.k. oraz w art. 115 § 12 k.k. Jej istotą jest również wytworzenie po stronie pokrzywdzonego elementów strachu, poczucia bezsilności. W tej sytuacji dochodzi formalnie do wyrażenia zgody (lub niewyrażenia sprzeciwu) jednakże warunki takiego oświadczenia nie mogą być uznane za prawnie relewantne.

²⁸ Podstęp rozumiany jest na dwa sposoby. Pierwsze rozumienie, węższe – za M. Bielskim – oznacza „wywołanie lub wykorzystanie błędu ofiary odnośnie do istotnych przesłanek motywacyjnych

czynu, to sama realizacja znamion polegających na „obcowaniu płciowym” lub „innej czynności seksualnej” nigdy nie będzie mogła być uznana za czyn bezprawny. Jedyne dowód przeciwny – wykazanie w toku postępowania tak przygotowawczego jak i przede wszystkim sądowego, że *in concreto* mamy do czynienia z sytuacją braku zgody, zmanifestowaną w jakiś obiektywny sposób, dostrzegalną dla sprawcy, przy spełnieniu pozostałych warunków, skutkować będzie pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności karnej.

Powyższe skłania ku postawieniu tezy, iż zgoda dysponenta dobra na wkroczenie w jego sferę wolności seksualnej, przy założeniu spełnienia przesłanek formalnych, jak chociażby wieku, stanu psycho-fizycznego, może być zarówno wyrażona wprost (poprzez słowa, gesty) jak i poprzez niezamanifestowanie niezgody. Prowadzi to też do dalej idącego wniosku: desygnaty pojęcia zgody na gruncie obecnie obowiązujących przepisów odkodowywane są przez organy prowadzące postępowania na etapie zarówno przygotowawczym, jak i później w postępowaniu przed Sądem w oparciu o zawarte w treści przepisów znamiona, jako efekt rozstrzygnięcia konkretnego przypadku.

4. Charakterystyka koncepcji *Yes Means Yes*²⁹

stanowiących postawę do decyzji co do zaangażowania seksualnego ofiary”. Ujęcie szerokie (dominujące w orzecznictwie) do powyższego dodaje jeszcze – znów za M. Bielskim „poprzedzone wprowadzeniem w błąd lub wykorzystaniem błędu ofiary doprowadzenie jej do stanu wykluczającego swobodną auto determinację seksualną z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego albo ruchowego”. W przypadku zastosowania podstępu, w zależności od konkretnej sytuacji możemy mieć do czynienia z brakiem wyrażenia prawnie relewantnej zgody z uwagi na brak komponentu intelektualnego po stronie pokrzywdzonego, lub z brakiem możliwości jej wyrażenia (klasycznym przypadkiem będzie tutaj wyłączenie świadomości po stronie pokrzywdzonego w wyniku podania mu tzw. pigułki gwałtu).

²⁹ Poddana analizie zostanie koncepcja *Yes Means Yes* w jej czystej postaci, w gruncie rzeczy przyjętej w ustawodawstwie stanu Kalifornia. W swojej dziewiczej postaci jednak *YMY* występuje bardzo rzadko. Z uwagi na swój radykalizm dotyczący warunków udzielenia prawnie relewantnej zgody dochodzi w przeważającej mierze do rozluźnienia tych obowiązków. We wchodzących w życie dnia 1 lipca 2018 roku przepisach kodeksu karnego Szwecji wprowadza się autonomiczną definicję zgody rozumianą nie tylko jako *verbal agreement* ale także jako *clearly demonstrated desire to engage in sexual activity*. W tym sensie dopuszcza się wyrażenie zgody poprzez inne znaki o ile, z obiektywnego punktu widzenia świadczą one bezsprzecznie o chęci podjęcia współżycia. Na amerykańskich uczelniach proponuje się różne inne rozwiązania, które mają złagodzić skutki wynikające z przyjęcia czystej koncepcji *YMY* (np.

na Pennsylvania’s Swarthmore College wystarczająca jest zgoda wyrażona poprzez gesty. Jednakże

Koncepcja Yes Means Yes³⁰ została po raz pierwszy, w sposób kompleksowy przedstawiona w publikacji pt. „Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape”. Książka ta składa się z szeregu krótkich esejów autorów związanych z ruchem feministycznym. Ich celem jest ukazanie problemu związanego ze zjawiskiem dopuszczania się przez studentów gwałtów na kampusach uniwersyteckich. Autorzy starają się zdiagnozować źródło problemu, upatrując go przede wszystkim w mętnych i niedokładnych przesłankach tego, co można nazwać gwałtem. Centralną uwagę poświęcają problematyce zgody, dochodząc do wniosku, że stanowi ona, z jednej strony najważniejszy, a z drugiej zaś – jedyny wystarczający faktor, wobec braku którego można zakwalifikować zachowanie inicjatora kontaktu seksualnego, jako zgwałcenia. Książka wywarła niebagatelny wpływ w społeczeństwie, co przyczyniło się z kolei do zmian ustawodawstwach różnych krajów. Rozpoczęła ją debata, a w jej konsekwencji kursy edukacji seksualnej na Colgate University w Hamilton Village, w stanie Nowy York³¹.

Opisana wyżej koncepcja nie była wcale pierwszą odpowiedzią na narastający problem dotyczący przestępstw seksualnych na amerykańskich kampusach. Wcześniej weszły w życie m. in. The Clery Act³², a także campus saVE act³³. Ta pierwsza wprowadza po stronie władz kampusów obowiązek prowadzenia rejestrów dotyczących zdarzeń, które mogą wypełniać znamiona określonych w ustawie przestępstw, są to przy tym np. zabójstwo, zgwałcenie, podpalenie, napad, kradzież samochodu, czy przemoc domowa. Prowadzące rejestry uczelnie zobowiązane są do 1) publikowania rocznych raportów bezpieczeństwa; 2) ujawniania statystyk kryminalnych dotyczących incydentów, które mają miejsce w kampusie w miejscach publicznych bezpośrednio przylegających do lub przebiegających przez kampus oraz w

zastrzeżenie to traci swoją aktualność z momentem, gdy jedna ze stron zadana pytanie ukierunkowane na otrzymanie zgody. W taki wypadku, otrzymanie odpowiedzi słownej, wyrażającej gotowość do podjęcia czynności seksualnej jest absolutnym obowiązkiem inicjującego czynność, z którego to obowiązku jest później rozliczany.

³⁰ Dalej: Yes Means Yes lub YMY.

³¹ Kurs odbył się w ramach szerszego programu pt. *Keep it Sexy, Colgate (KISC)*, którego celem było zwrócenie uwagi na kwestie związane z ideologią *gender*, równością w związkach i sposobem rozwiązywania problemów dotyczących podejmowania kontaktów seksualnych w stanie upojenia alkoholowego. Zajęcia odbyły się w okresie od 7 października do 4 listopada 2009 roku.

³² Pełna nazwa: The Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Campus Crime Statistics.

³³ Pełna nazwa: The Campus Sexual Violence Elimination Act. Ustawa ta znowelizowała wspomnianą w przypisie 32 Clery Act.

niektórych obiektach poza kampusem; 3) wydawania w odpowiednim czasie ostrzeżenia o przestępstwach, o których mowa w Clery Act, a które stanowią poważne lub ciągle zagrożenie dla studentów i pracowników; i 4) opracowania zasad reagowania kryzysowego, powiadomienia i testowania w zakresie wskazanym ustawą. Jej przepisy przyznają ponadto jednostce prawo do skargi zarówno co do jednostkowego zdarzenia, które może wypełniać znamiona przestępstwa, a także co do nierespektowania przez władze uczelni obowiązków nałożonych na nie przez ustawę. Z kolei druga z przywołanych powyżej ustaw, wprowadza minimum, jakie musi zagwarantować uczelnia w zakresie ochrony osób jej podległych³⁴. Wprowadza ona także obowiązek podejmowania działań edukacyjnych nastawionych na profilaktykę walki z przestępczością na tle seksualnym, informację na temat redukcji ryzyka w celu rozpoznawania znaków ostrzegawczych mogących świadczyć o znajdowaniu się w miejscu lub sytuacji potencjalnie wiktyimizującej, a także nastawionych na wsparcie zapewniane pokrzywdzonym ze strony osób postronnych. Obecnie procedowana w Kongresie jest także ustawa³⁵, której głównym celem zredukowanie do minimum przestępczości seksualnej na amerykańskich kampusach. Podnoszone są głosy, że dziś na możliwość wiktyimizacji kobiet na uniwersytetach, w związku z przestępstwem godzącym w jej wolność dysponowania i kształtowania swojej sfery seksualnej, jest bardziej prawdopodobne w stosunku do tej, która jest studentką, niż w stosunku do tej, która tego statusu nie posiada³⁶. Problem ten potęguje brak odpowiednich regulacji w zakresie ochrony jednostki. Co warto podkreślić, przepisy, zachęcając osoby do zgłaszania przypadków naruszeń ich sfery wolności, wprowadzają regulacje, dzięki którym wyłączona zostanie odpowiedzialność zgłaszającego za przewinienia związane np. ze spożywaniem alkoholu w wieku poniżej

³⁴ Ustawa wprowadza minimum środków bezpieczeństwa i gwarancji dla osoby wiktyimowanej, jakie władze uczelni zobowiązane są jej zapewnić w związku z zaistniałym, a mogącym wypełniać znamiona przestępstwa, zdarzeniem. Do owego minimum zalicza się m. in. zagwarantowanie ze strony uniwersytetu pomocy w postępowaniu przed uprawnionym do ścigania przestępstw organem, możliwości zmiany, na życzenie wiktyimowanego, miejsca pobytu, a także środowiska pracy, celem uniknięcia obecności w środowisku, gdzie doszło do zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, a także otrzymania rzetelnej i jasnej informacji o możliwych do podjęcia działania w zakresie terapii po przebytych urazie psychicznym związanym z doświadczeniem przestępstwa oraz w zakresie poradnictwa prawnego.

³⁵ Chodzi tu o ustawę The Bipartisan Campus Accountability and Safety Act.

³⁶ Ang. Currently, an American woman who attends college is more likely to be a victim of sexual assault than a woman who does not attend college.

minimalnego dopuszczalnego (sec.125.5.23-25 ustawy). Wymogiem przy tym nie jest konieczność przypisania odpowiedzialności osobie, której zgłoszenie dotyczy, a samo zgłoszenie zdarzenia w dobrej wierze (ang. *good faith*).

Pomimo tak licznych prób rozwiązania problemu związanego z narastającym zjawiskiem przestępczości seksualnej, nie doprowadziły one do satysfakcjonujących ich autów zmian. Yes Means Yes powstała więc, jako odpowiedź na co raz bardziej powszechne zjawisko naruszania wolności seksualnej. W świetle tej koncepcji centrum zainteresowania uczyniono osobę inicjującą aktywność seksualną, wymagając od niej otrzymania od drugiej strony czynności potwierdzającej zgody³⁷. Zgodnie z czystą koncepcją YMY zgodą jest poddanie się czynności seksualnej wyrażone przez osobę, której owa czynność bezpośrednio dotyczy przy spełnieniu warunków dobrowolności i świadomości ekspresji, potwierdzające jej chęć do rozpoczęcia, przebiegu i zakończenia interakcji seksualnej (SB 967.67386.a.1 Sexual act of California)³⁸. Przez wyrażenie „potwierdzającej” rozumie się m.in. świadomą i dobrowolną. Inaczej jednak niż na gruncie polskiej regulacji nie będzie stanowić prawnie relewantnej zgody sytuacja, gdy osoba pokrzywdzona nie będzie protestować lub opierać się działaniu sprawcy. Podobnie milczenie, na gruncie koncepcji Yes Means Yes nie oznaczać będzie zgody. Nie będzie także wyrażeniem zgody sytuacja, w której po stronie pokrzywdzonego nie dojdzie w żaden sposób do zmanifestowania oporu wobec podejmowanych przez sprawcę prób nawiązania kontaktu seksualnego. Podobnie jednak jak w Polsce nie istnieje możliwość wyrażenia zgody następczej, a ona sama może być odwołana w każdym czasie. Ponadto prawną doniosłość wyrażonej zgody determinuje wymaganie stawiane oskarżonemu co do obowiązku podjęcia starannych kroków w celu upewnienia się, czy druga strona wyraziła zgodę (ang. *existence of 'unequivocal and voluntary agreement' and requiring proof by the accused of steps taken to ascertain whether the complainant was consenting*). Koncepcja Yes Means Yes łączy bowiem, inaczej niż na gruncie polskich rozwiązań, w sobie elementy subiektywne z obiektywnymi. Zgoda więc nie istnieje obiektywnie, musi zostać także odczytana przez oskarżonego. Niewywiązanie się z powyższego obowiązku skutkować będzie nie odpowiedzialnością za usiłowanie nieudolne, a stanie się częścią zarzutu stawianego sprawcy w związku z postawieniem go w stan oskarżenia za popełniony czyn przeciwko wolności seksualnej. Zwolennicy czystej koncepcji Yes Means Yes wskazują, że usuwa on z

³⁷ Ang. *puts the responsibility on someone engaging in sexual activity to obtain affirmative consent.*

³⁸ *Handbook for Legislation on Violence against Women*, Department of Economic and Social Affairs Division for the Advancement of Women, United Nations, New York 2010, s. 27.

ofiary ciężar wykazania stawiania oporu, a także, że uwypukla prawo do decydowania o sobie w zakresie podejmowanych interakcji seksualnych. Ponadto, argumentuje się, że koncepcję tę można wykorzystać do stworzenia kultury szacunku i równouprawnienia³⁹. Jak dotąd koncepcja tam przyjęła się przede wszystkim w Stanie Nowy York oraz Californi.

Przedstawiona powyżej koncepcja budzi poważne wątpliwości natury prawnej i kształtuje odpowiedzialność karną w sposób niezwykle szeroki i trudny dla oskarżonego do obrony. Przede wszystkim, podnosi się w piśmiennictwie amerykańskim, że standard „affirmative consent” wynikający z przyjęcia koncepcji Yes Means Yes prowadzi do odwrócenia ciężaru dowodu⁴⁰. Z poglądem tym należy się zgodzić. Colifornia Senate Bill no. 967.67386.a.1 wymaga od strony czynności seksualnej podjęcia starań co do otrzymania zgody na rozpoczęcie czynności seksualnej. Staranie to przybiera formę obowiązku upewnienia się, że druga strona wyraziła zgodę⁴¹.

Z powyższego stanowiska płyną następujące wnioski. Zgoda jest jedynym znamieniem, wobec braku którego można mówić o realizacji przesłanek przestępstwa zgwałcenia. Przepis w żaden sposób nie odwołuje się do form doprowadzenia do czynności obcowania płciowego, które – jak to ma miejsce na gruncie polskiego Kodeksu karnego – pozwalają na uszczegółowienie cechy prawnie relewantnej zgody i wskazują jej granice⁴². Dodatkowo przepisy określające warunki „affirmative consent” wprowadzają obowiązek uzyskania jej w sposób werbalny. W końcu, nałożone przez ustawodawcę obowiązki w zakresie uzyskania

³⁹ K. de León, H. B. Jackson, *Why we made 'Yes Means Yes' California law*, Washington Post 13 October 2015, dostęp elektroniczny (na dzień 30 czerwca 2018 roku): https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2015/10/13/why-we-made-yes-means-yes-california-law/?utm_term=.b2c7ee41a79d

⁴⁰ C. Young, *Campus Rape: The Problem With 'Yes Means Yes'*, Time 29 August 2014, dostęp elektroniczny (na dzień 30 czerwca 2018 roku): <http://time.com/3222176/campus-rape-the-problem-with-yes-means-yes/>

⁴¹ Przepis wprost mówi, że: „*It is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity*”.

⁴² Tak jest np. przy przełamaniu oporu pokrzywdzonego poprzez użycie przemocy. W przypadku podstępnie nie dochodzi do przełamania oporu. W przypadku podstępnie nie dochodzi w ogóle do wyrażenia świadomej zgody wobec 1/ oddziaływania na element intelektualny zgody 2/ wyłączenia kompletnie świadomości (np. w wyniku podania pokrzywdzonemu tzw. pigułki gwałtu). Zob. więcej: M. Bielski, *Komentarz... teza 7*).

pewności posiadania zgody, prowadzą do wniosku, że w toku procesu to oskarżony ma przedstawiać dowód swojej niewinności. Twierdzenie strony pokrzywdzonej, iż nie wyraziła ona żadnej zgody lub zakres tej zgody był inny niż zaistniały przebieg zdarzenia, albo, że zgoda została przez stronę skarżącą cofnięta nie podlegają weryfikacji gdyż są przyjmowane przez sąd z góry. Prowadzić to może do, co prawda daleko idącego, wniosku, że w ramach czystej koncepcji Yes Means Yes każdy akt seksualny wymaga usprawiedliwienia z odwołaniem się do pojęcia „affirmative consent”.

Na zakończenie tego rozdziału poświęconego analizie zgody w ramach koncepcji Yes Means Yes warto przywołać argument socjologiczny. Krytycy zgodni są, że akty seksualne podjęte bez zgody jednej ze stron należy traktować jak zgwałcenie i z całą bezwzględnością karać. Wskazują jednak, iż oczywista zgoda na poddanie się zachowaniom mającym charakter czynności seksualnych może być z całą pewnością wyrażona poprzez oczywiste i jednoznaczne gesty. Wymóg słownego potwierdzenia chęci jest w tym sensie sztuczny, że pozbawia tych aktów immanentnej ich cechy, czyli pasji i pożądania, sprowadzając do prymitywnej postaci. Koncepcja ta jednak aprobowana przez coraz szersze gremium odbiorców. Jej odzwierciedlenie, na gruncie europejskim, spotkać możemy w Szwecji, gdzie od dnia 1 lipca 2018 roku wejdą w życie nowe przepisy dotyczące nowelizacji ichniejszego kodeksu karnego w zakresie zmiany znamion przestępstwa zgwałcenia.

5. Podsumowanie

Powyższa analiza przepisów polskiego Kodeksu karnego, a także głównych założeń wynikających z czystej koncepcji Yes Means Yes prowadzi przede wszystkim do wniosku, że mamy do czynienia z diametralnie innym spojrzeniem na pojęcie przestępstwa zgwałcenia. W obydwu systemach prawa zgoda stanowi centralny element zainteresowania, gdyż tylko jej brak może powodować odpowiedzialność karną, bo tylko wtedy dochodzi do naruszenia dobra prawnego w postaci wolności seksualnej każdej osoby. Co jednak różni prezentowane poglądy to warunki udzielenia prawnie relewantnej zgody oraz fakt odwrócenia ciężaru dowodu w procesie. Obecnie obowiązujące w Polsce rozwiązania zakładają koincydencję samego niechcianego przez pokrzywdzonego aktu seksualnego oraz sposobu doprowadzenia do takiego w postaci groźby, przemocy lub podstępu. Koncepcja Yes Means Yes pomija kompletnie element sposobu doprowadzenia do tych czynności i ustala, że jedynie relewantnym jest wystąpienie zgody obwarowanej do tego elementami „potwierdzenia”, „świadomości” i „dobrowolności” przy jednoczesnym nałożeniu na stronę inicjującą

opisanych powyżej obowiązków. Ukształtowanie odpowiedzialności karnej za jakiegokolwiek przestępstwo na zasadzie odwrócenia ciężaru dowodu na osobę oskarżonego jest w świetle standardów procedur karnych czasów współczesnych jest niedopuszczalne⁴³. Zdecydowanie jednak na plus należy ocenić każdą formę podjęcia debaty, jeśli wnioski z niej płynące mogą choćby w niewielkim stopniu przyczynić się do poprawy bezpieczeństwa społeczności oraz w odpowiedni sposób reagować na popełniono zło. Jednakże nadmiernie silna tendencja do poszerzania zakresu odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, naruszająca podstawowe zasady określone w procedurze karnej oraz pozbawiająca oskarżonego, w gruncie rzeczy możliwości realnej obrony (nie wystarczy bowiem nie danie wiary zeznaniom pokrzywdzonego występującego w charakterze świadka, bowiem do oskarżonego w dalszym ciągu należy konieczność wykazania swojej niewinności) budzi poważne wątpliwości nie tylko natury konstytucyjnej, lecz także jest sprzeczna z zasadami sprawiedliwości społecznej.

CZASOPISMO PRAWA KARNEGO i NAUK PENALNYCH

Preprint nr 11/2018 | Data publikacji: 14 VIII 2018 r. | Materiał autorski przed opracowaniem redakcyjnym i korektą (preprint) może różnić się od wersji docelowej (drukarskiej) | Copyright © 2018 by Krakowski Instytut Prawa Karnego Fundacja | Sposób cytowania preprintu: [Autor, *Tytuł opracowania*, CPKiNP preprint nr 11/2018, www.czpk.pl/preprinty]

⁴³ Wynika to z treści art. 167 k.p.k., który stwierdza, iż dowody przeprowadza się na wniosek stron albo z urzędu. Norma ta adresowana jest do orzekającego w sprawie sądu. Sytuacja ta przedstawia się więc odmiennie niż miało to miejsce na gruncie art. 167 § 1 k.p.k. w brzmieniu nadanym mu ustawą nowelizującą k.p.k. z dnia 27 września 2013 roku (Ustawa z 27.09.2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw - Dz.U. poz. 1247). Tak też J. Skorupka (red.), Wojciech Jasiński (red.) J. Zagrodnik, P. Wiliński, P. Kardas, Ł. Błaszczak, D. Gruszecka, K. Kremens *Ciężar dowodu i obowiązek dowodzenia w procesie karnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 9 – 10.