

OPINIA ZEWNĘTRZNA

Prof. dr hab. Magdalena Budyn-Kulik
Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej
Lublin

Warszawa, 5 marca 2024 r.

Opinia projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny **druk nr 209**

Streszczenie:

1. Propozycja zmiany ujęcia zgwałcenia w art. 197 § 1 k.k. może budzić zastrzeżenia z perspektywy zgodności z Konstytucją RP. Znamię udzielenia wcześniejszej zgody jest niejednoznaczne podmiotowo (kto może skutecznie takiej zgody udzielić), co sprawia, że zakres kryminalizacji jest niedostatecznie określony. Przepis nie spełnia wymogu *nullum crimen sine lege certa (i scripta)*.
2. Propozycja ma charakter fragmentaryczny, nie uwzględnia perspektywy systemowej. Proponowane zmiany nie mają uzasadnienia merytorycznego, a jedynie kryminalnopolityczne. Jeżeli istnieje konieczność wprowadzenia znamienia zgody do opisu czynu z art. 197 § 1 k.k., lepszym rozwiązaniem byłoby jego dodanie do dotychczasowej treści przepisu.
3. Proponowane zmiany w zakresie kar prowadziłyby do powstania sprzeczności wewnątrzsystemowych (przestępstwo o niższym stopniu społecznej szkodliwości zagrożone karą łagodniejszą niż przestępstwo o wyższym jego stopniu).

I. Zgodność projektowanej ustawy z Konstytucją RP

Projekt dotyczy zmiany trzech przepisów kodeksu karnego art. 197 § 1 i 2, art. 198 i art. 199. Najdalej idąca modyfikacja dotyczy typu czynu zabronionego z art. 197 § 1 k.k. Zamiast znamion określających sposób doprowadzenia innej osoby do obcowania płciowego (przemocą, groźbą, podstępem) proponuje się znamie „bez wcześniejszego wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody przez tę osobę”. Wprowadzenie tego znamienia może budzić pewne wątpliwości co do zakresu kryminalizacji. Nie do końca jasna staje się wówczas sytuacja osób, które nie są w stanie wyrazić takiej zgody, np. ze względu na poziom rozwoju – czteroletnie dziecko. Możliwe są dwa kierunki wykładni. Pierwszy z nich prowadzi do wniosku, że osoba, która nie jest w stanie wyrazić takiej zgody nie może stać się przedmiotem czynności wykonawczej zgwałcenia. Wyłączenie grupy osób spod zakresu ochrony przed zgwałceniem nie znajduje uzasadnienia. Po proponowanej zmianie treści art. 197 § 1 k.k., przy przyjęciu takiej wykładni, bezprzedmiotowy w pewnej części stanie się art. 197 § 4 *in principio* (dotyczący zgwałcenia małoletniego). Drugi kierunek wykładni natomiast oznacza konieczność przyjęcia, że nie można legalnie obcować płciowo z osobą, która nie jest w stanie wyrazić zgody spełniającej warunki skuteczności (nawet ze względów tylko formalnych, np. wiek). Innymi słowy obcowanie płciowe z czteroletnim dzieckiem to zawsze będzie zgwałcenie. W tym przypadku, przynajmniej co do części pokrzywdzonych bezprzedmiotowy stałby się przepis art. 200 § 1 k.k. W tego typu spornych przypadkach ustalenie jednego „obowiązującego” kierunku wykładni jest długotrwałe, a często w ogóle nie dochodzi do „zadekretowania” któregoś z konkurujących poglądów. Trzeba pamiętać, że aktualnie w polskim systemie prawa nie ma sposobu pozwalającego na bezwzględne wymuszenie na wszystkich składach orzekających stosowania określonej wykładni. Niezależnie od przyjętego kierunku wykładni, proponowane ujęcie znamion zgwałcenia wygeneruje problemy z ustaleniem granicy ochrony prawnokarnej przed zgwałceniem. W świetle poglądów doktryny prawa karnego kwestia wieku osoby zdolnej wyrazić prawnie relewantną zgodę jest sporna. Pomimo toczących się dyskusji, nie ma w tej mierze konsensusu, trudno więc oczekiwać, aby w przypadku zgwałcenia nagle spór ten został w doktrynie rozwiązany. Przeciwnie, wydaje się, że ulegnie zaognieniu. Podniesione zastrzeżenia sprawiają, że opis czynu zabronionego z art. 197 § 1 k.k. w proponowanym brzmieniu budzi poważne wątpliwości w kwestii

spełnienia wymogu określoności czynu zabronionego (*nullum crimen sine lege scripta i certa*), wynikającego z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.¹

Konstytucja RP jest aktem prawnym o charakterze ramowym, nie można zatem ograniczać się jedynie do literalnego brzmienia konkretnych jej przepisów. Oceny zgodności z nią trzeba dokonywać także z perspektywy całego systemu prawa (zwłaszcza gałęziowego), który jest na niej oparty. Na kwestię zgodności z Konstytucją RP projektowanych zmian wpływ mają zatem także inne szczegółowe kwestie- merytoryczne, które zostały omówione w kolejnym punkcie opinii.²

II. Analiza projektowanej regulacji

Sposób ujęcia znamion zgwałcenia nie wymaga zmian. Opisywane w uzasadnieniu projektu przypadki niewłaściwych rozstrzygnięć były efektem błędnego stosowania prawa. Problemem w przypadku zgwałcenia nie jest wadliwa regulacja prawna, a nie zawsze poprawne funkcjonowanie szeroko rozumianej praktyki wymiaru sprawiedliwości. Należałoby raczej zaproponować wprowadzenie w jeszcze szerszym zakresie odpowiednich szkoleń dla osób mających do czynienia ze sprawami o zgwałcenie, czy wprowadzanie aktów podustawowych określających sposób postępowania z ofiarami zgwałceń. Takie rozwiązania są już podejmowane, ale być może z niewystarczającą intensywnością.

2.1. Zmiana tytułu rozdziału XXV kodeksu karnego

W projekcie zaproponowano zmianę tytułu rozdziału XXV kodeksu karnego na „Przestępstwa przeciwko autonomii seksualnej” zamiast „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej”. Propozycja ta nie powinna zostać uwzględniona. Tytuł

¹ Należy także zauważyć, choć nie wynika to już bezpośrednio z treści przepisu, ale wyraźnie zasugerowano to w uzasadnieniu projektu, że nowe ujęcie zgwałcenia mogłoby *de facto* doprowadzić do przełamania zasady domniemania niewinności (art. 42 ust. 3 Konstytucji RP) oraz poważnego ograniczenia prawa do obrony (art. 42 ust. 2 Konstytucji RP). Ponieważ projektodawcy/czynnie wyraźnie wiążą z jego wprowadzeniem pewne oczekiwania związane z koniecznością dowodzenia realizacji znamion czynu zabronionego przez sprawcę w procesie karnym. Fakt wyrażenia zgody lub jego brak nie będzie mógł stanowić domniemania opartego tylko na stwierdzeniu osoby pokrzywdzonej. Jak każda inna okoliczność mająca znaczenie dla merytorycznego rozstrzygnięcia sprawy będzie musiała być dowodzona.

² Warto podkreślić również, że polski kodeks karny w zakresie ochrony przez zgwałceniem realizuje postanowienia Konwencji Stambulskiej. Brak zgody mieści się bowiem w znamionach przestępstwa z art. 197 § 1 k.k. Ochrona zapewniana przez polskiego ustawodawcę ofiarom zgwałceń jest dalej idąca niż przewidziana w Konwencji Stambulskiej, ponieważ jej art. 36 ust. 2 wyłącza spod ochrony przez zgwałceniem osoby niezdolne do składania oświadczeń woli. Przyjęcie rozwiązania proponowanego w projekcie w zakresie znamienia zgody byłoby niekorzystne dla potencjalnych ofiar i miałyby także charakter dyskryminujący.

rozdziału części szczególnej kodeksu karnego nie ma tylko znaczenia porządkującego, ale wyznacza kierunek wykładni przepisów, które się w danym rozdziale znajdują. Określa bowiem tzw. rodzajowy przedmiot ochrony. Ma on wpływ na zastosowanie różnych instytucji prawa karnego materialnego (m.in. związanych z wymiarem kary).

Rozdział XXV kodeksu karnego nie zawiera tylko przepisów art. 197-199, których dotyczy analizowana propozycja zmian, ale znacznie więcej. Mieszczą się w nich różne typy czynów zabronionych. W rozdziale tym można wyodrębnić dwa, różne rodzajowo przedmioty ochrony: wolność seksualną oraz obyczajność. Przepisy tworzące poszczególne typy mogą chronić jedno z tych dóbr lub oba łącznie. Część z nich nie chroni autonomii czy wolności seksualnej, ale właśnie obyczajność, np. art. 200, 200b, 202 (część typów), czy art. 204 (w zakresie ułatwia uprawiania prostytucji innej osobie i czerpania korzyści z uprawiania prostytucji przez inną osobę”. Istnieją też typy, np. art. 201 k.k., w wypadku których określenie rodzajowych przedmiotów ochrony istniejących w rozdziale XXV jawi się jako problematyczne.³

Samo pojęcie autonomii jest szerokie i wieloznaczne. Zależy od dziedziny, której dotyczy (gospodarka, prawo, polityka), kontekstu (suwerenność, niezawisłość, niezależność, samorządność), a także tego, czy dotyczy zbiorowości, czy jednostki. W tym ostatnim przypadku jej znaczenie również jest zróżnicowane.⁴ Ustawodawca karny nie posługiwał się nim dotąd. Występuje ono na gruncie prawa cywilnego oraz na swego rodzaju styku prawa cywilnego i administracyjnego – w szeroko rozumianym prawie medycznym (autonomia pacjenta). Na gruncie każdej z tych gałęzi prawa pojęcie to ma nieco inne znaczenie i zakres, ale ze względu na ograniczenia formalne nie ma tu miejsca na szczegółowe ich omówienie.⁵

Pojęcie wolności ma natomiast na gruncie kodeksu karnego utrwaloną i dość jednoznaczną wykładnię, także w odniesieniu do sfery seksualnej człowieka. Wolność seksualna rozumiana jest jako wolność człowieka do swobodnego dysponowania własnym życiem seksualnym, jednak z ograniczeniami typowymi dla wszelkich wolności osobistych – bez naruszenia praw innych osób, przepisów prawa

³ M. Budyn-Kulik, M. Kulik [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. 2, Warszawa 2023, s. 741.

⁴ Można pojęcie to rozumieć m.in. jako samodzielność w decydowaniu o sobie oraz niezależność od innych norm niż własne sumienie. <https://sjp.pwn.pl/sjp/autonomia;2551312.html> [dostęp na 1.03.2024]; <https://encyklopedia.pwn.pl/szukaj/autonomia> [dostęp na 1.03.2024].

⁵ Uzyskanie zdolności do czynności prawnych ograniczonej i całkowitej uzależnione jest od osiągnięcia określonego wieku (odpowiednio 13 i 18 lat). Możliwość podejmowania decyzji medycznych przez pacjenta również (16, 18 lat).

i dobrych obyczajów.⁶ Przedmiotem ochrony w przypadku zgwałcenia jest zatem wolność seksualna rozumiana jako prawo do wolnego od przymusu i innej formy nieuczciwego wpływania na proces decyzyjny przez inną osobę, dysponowania własnym ciałem w sferze stosunków seksualnych, prawie do wyboru partnera seksualnego (w tym także liczby partnerów seksualnych), miejsca, czasu, sposobu, rodzaju i formy realizacji czynności seksualnych (odbycia stosunku płciowego, poddania się czy wykonania innej czynności seksualnej).⁷ Nie budzi wątpliwości, że wolność seksualna ma zarówno aspekt pozytywny („do”), jak i negatywny („od”).⁸ Ten pierwszy polega na swobodnym kształtowaniu własnego życia seksualnego (wchodzenia w relacje seksualne z dowolnie wybranym partnerem/partnerami lub powstrzymywania się od nich). Drugi oznacza zaś brak konieczności znoszenia niechcianych zachowań seksualnych ze strony innych osób.⁹

Pojęcie wolności jest zatem szersze od autonomii, która się w nim mieści. Proponowana zmiana tytułu rozdziału miałaby daleko idące konsekwencje, nieuwzględnione przez twórców/czynię projektu. Wiązałyby się z koniecznością gruntownego przemodelowania wszystkich typów czynów zabronionych zawartych w rozdziale XXV. Trzeba też pamiętać o tym, że wolność oznacza możliwość wyboru postępowania.¹⁰ Prawo może wolność jedynie chronić lub limitować jej zakres, wskazując sferę dozwolonego zachowania przez brak zakazów lub nakazów.¹¹ Ustawodawca musi to czynić z zachowaniem umiaru, ponieważ w przeciwnym razie mógłby spowodować „jurydyczne zniewolenie”.¹² Należy podkreślić, że ochrona

⁶ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op.cit., s. 741 i powołana tam literatura.

⁷ J. Warylewski [w:] J. Warylewski (red.), System Prawa Karnego, t. 10. Przesłępstwa przeciwko dobrom indywidualnym, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 680-681; M. Bielski [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), Kodeks karny. Część szczególna, t. II, cz. 1, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 667; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op.cit., s. 741; S. Hyps [w:] A. Grzeskowiak, K. Wiak (red.), Kodeks karny. Komentarz, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 1010; M. Filar, Przesłępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym, Wydawnictwo PWN, Warszawa- Poznań 1974, s. 57-59.

⁸ M. Kulik, Wolność jako przedmiot ochrony w prawie karnym [w:] Mozgawa M. (red.), Przesłępstwa przeciwko wolności, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2020, s. 43.

⁹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op.cit., s. 741.

¹⁰ M. Piechowiak, Prawo a wolność [w:] R. Hliwa, A.N. Schulz (red.), Prawa człowieka – Prawa rodziny 30 lat Poznańskiego Zakładu Instytutu Nauk Prawnych PAN, Fundacja "Promocja Praw Człowieka – Badania i Nauczanie", Poznań 2003, s. 38-43.

¹¹ A. Kalisz, Klauzula moralności (publicznej) w prawie polskim i europejskim jako przykład regulacyjnej, ochronnej oraz innowacyjnej funkcji prawa, Principia 2013, nr LVII-LVIII, s. 199.

¹² M. Budyn-Kulik, Aksjologiczne podstawy kryminalizacji w społeczeństwie ponowoczesnym, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2022, s. 288; J. Giezek, Kolizja dóbr a prawnokarna ochrona wolności [w:] Mozgawa M. (red.), Prawnokarne aspekty wolności, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 88; zob. też M. Hotel, A. Rychlewska, Jurydyzacja życia a skuteczność prawa, Kwartalnik Prawo-Spółczeństwo-Ekonomia 2015, nr 1, s. 44-47.

wolności umocowana jest wyraźnie w Konstytucji RP (art. 31). W jej przepisach nie pojawia się pojęcie autonomii w odniesieniu do praw jednostki.

2.2. Zmiana definicji zgwałcenia z art. 197 § 1 k.k.

We wszystkich polskich kodeksach karnych do znamion zgwałcenia należało określenie sposobu doprowadzenia innej osoby do obcowania płciowego – przemocą, groźbą lub podstępem. Znamiona te znalazły się również w treści art. 197 § 1 k.k. z 1997 r. W doktrynie prawa karnego nie ma wątpliwości co do tego, że rodzajowym przedmiotem ochrony tego przestępstwa jest wolność seksualna rozumiana jako prawo jednostki do swobodnego dysponowania swoim życiem seksualnym oraz obyczajność, która zakazuje niedobrowolnego obcowania płciowego oraz innych niedobrowolnych czynności seksualnych.¹³ Indywidualnym przedmiotem ochrony jest w tym przypadku zarówno wolność do samostanowienia o własnym życiu seksualnym (swoboda w nawiązywaniu, utrzymywaniu, kontynuowaniu oraz kończeniu szeroko rozumianych czynności seksualnych), jak i wolność od jakiegokolwiek przymusu w sferze seksualnej.¹⁴ Zakres ochrony wynikającej z art. 197 § 1 k.k. jest bardzo szeroki- nie ma znaczenia płeć sprawcy i osoby pokrzywdzonej, ich orientacja seksualna, relacja między nimi, a także wiek osoby pokrzywdzonej. Podlega zatem karze zarówno zgwałcenie homoseksualne, jak heteroseksualne, tzw. zgwałcenie w małżeństwie, sprawcą, podobnie, jak ofiarą, może być zarówno kobieta, jak i mężczyzna.

W doktrynie prawa karnego nie ulega żadnej wątpliwości, że tzw. ukrytym, czy milczącym znamieniem przestępstwa z art. 197 § 1 k.k. jest brak zgody pokrzywdzonego na ingerencję sprawcy w sferę wolności seksualnej.¹⁵ Brak zgody musi zostać przez pokrzywdzonego uzewnętrzniony; tak, by dotarł do świadomości sprawcy. Oznacza on zarówno brak decyzji pozytywnej, jak i wyrażenie decyzji negatywnej.¹⁶ Wbrew twierdzeniom zawartym w uzasadnieniu projektu, brak zgody jest łatwiejszy do stwierdzenia niż pozytywne ustalenie faktu jej udzielenia.

¹³ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks..., s. 777.

¹⁴ Szczegółowo na ten temat M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op.cit., s. 747-748 i powołana tam literatura.

¹⁵ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), Kodeks..., s. 778.

¹⁶ Szczegółowo na ten temat M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op.cit., s. 750 i powołana tam literatura.

Kwestią budzącą najwięcej kontrowersji w odniesieniu do art. 197 § 1 k.k. jest konieczność stawiania oporu przez osobę pokrzywdzoną.¹⁷ Pojawia się ona także w dyskursie publicznym, w którym przedstawiana jest zwykle w sposób uproszczony, świadczący o braku gruntownej znajomości omawianego zagadnienia. Brak oporu nie stanowi znamienia zgwałcenia. Pogląd, że immanentną cechą zgwałcenia świadczącą o braku zgody osoby pokrzywdzonej jest opór został wyrażony tylko w kontekście znamienia przemocy¹⁸ - nie można mówić o przemoc w sytuacji, gdy ofiara nie podjęła żadnych prób oporu.¹⁹ Nie znaczy to jednak, że musi ona stawiać opór fizyczny, bronić się efektywnie czy wyczerpać wszystkie dostępne środki obrony.²⁰ Polska doktryna i orzecznictwo odeszły od wymogu ekspresyjności oporu.²¹ Wyraźnie podkreśla się w literaturze prawa karnego, co znajduje też odzwierciedlenie w orzecznictwie, że za zmuszanie do obcowania płciowego należy uznać również taką sytuację, gdy ofiara zmęczona stawianiem oporu nie ma już siły go manifestować, co nie znaczy, że zgadza się poddać woli napastnika.²² Do zgwałcenia dochodzi również, gdy ofiara rezygnuje ze stawiania oporu z obawy przed wywołaniem większej agresji gwałcicieli.²³ Brak oporu może wynikać z sytuacji (czas, miejsce, zachowanie sprawcy).²⁴ Za wyraz przyzwolenia ofiary nie można uznać jej biernego zachowania wynikającego z zastraszenia jej, czy przełamania jej oporu już we wstępnej fazie zdarzenia.²⁵

Należy podkreślić, że sytuacja, w której osoba pokrzywdzona nie jest w stanie wyrazić sprzeciwu, np. z powodu strachu odczuwanego przed sprawcą, mieści się w znamionach przestępstwa z art. 198 k.k. (stan bezradności). Polski kodeks karny uwzględnia aktualnie, jak się wydaje, wszystkie możliwości doprowadzenia do obcowania płciowego osoby, która nie wyraża na to zgody. Przepis art. 197 k.k. zawiera przypadki związane z wyrażeniem pewnego sprzeciwu przez osobę

¹⁷ M. Budyn-Kulik, Wybrane wiktymologiczne (i psychologiczne) aspekty zgwałcenia [w:] M. Mozgawa (red.), Zgwałcenie, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 243-280; M. Filar, op.cit., s. 93-94; M. Budyn-Kulik, Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania, Prawo w Działaniu 2008, nr 5, s. 134; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op.cit., s. 751-752.

¹⁸ M. Filar, op.cit., s. 93.

¹⁹ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op.cit., s. 751; M. Rodzyńkiewicz [w:] A. Zoll (red.), Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna, t. 2, Wolters Kluwer, Warszawa 2006, s. 516.

²⁰ Wyrok SN z 8.10.1997 r., V KKN 346/96, Prok. i Pr. – wkł. 1998, nr 4, poz. 2.

²¹ M. Filar, op.cit., s. 95; wyrok SA w Krakowie z 2.10.1997 r., II AKa 185/97, KZS 1997, z. 9-10, poz. 34; wyrok SA w Katowicach z 8.4.2009 r., II AKa 72/09, OSA 2010, z. 8, poz. 37.

²² K. Daszkiewicz, Glosa do wyroku SN z 16.5.1968 r., VI KZP 49/68, Nowe Prawo 1969, nr 5, s. 854; J. Warylewski, op.cit., s. 685.

²³ Wyrok SA w Krakowie z 15.2.1996 r., II AKa 2/96, Prok. i Pr. – wkł. 1996, nr 10, poz. 20.

²⁴ Postanowienie SN z 13.1.2009 r., V KK 356/08, KZS 2009, z. 7-8, poz. 32.

²⁵ M. Filar, op.cit. s. 96-97.

pokrzywdzoną, co „wymaga” większego zaangażowania sprawcy w przełamanie jej woli, a co za tym idzie wiąże się z większym poziomem jego złej woli i stopnia społecznej szkodliwości czynu. Z kolei przepis art. 198 k.k. (a także 199 k.k.) odnosi się do pozostałych sytuacji, gdy osoba pokrzywdzona pozostaje bierna²⁶ w związku z czym zachowanie sprawcy cechuje się nieco niższym stopniem społecznej szkodliwości. Różnica ta znajduje odzwierciedlenie w zróżnicowaniu ustawowego zagrożenia, co wydaje się właściwe i uzasadnione.

Zastąpienie znamion „przemocą, groźbą lub podstępem” znamieniem zgody wywołałoby wiele wątpliwości, komplikacji i niespójności w systemie prawa karnego (kodeksie karnym). Pojęcie zgody [pokrzywdzonego] funkcjonuje na gruncie polskiego prawa karnego od dawna. W niektórych typach przestępstw zgoda lub zezwolenie uprawnionej osoby należą do znamion (w sensie pozytywnym „za zgodą” lub negatywnym „bez jej zgody”); niektórych nie należy, ale może wyłączyć przestępność czynu sprawcy. W większości typów przestępstw, w przypadku których zgoda należy do znamion czynu, z jego natury wynika, że jej dysponent to osoba dorosła, zdolna do jej wyrażenia, np. 223b k.k. W przypadku niektórych typów czynów zabronionych warunki relewantności zgody są określone w innych przepisach, np. art. 192 k.k. (ustawa o zawodach lekarza i lekarza dentysty²⁷).

Chociaż problematyka zgody pokrzywdzonego jest obecna na gruncie kodeksu karnego od dawna, nie wypracowano jednolitego stanowiska odnośnie do jej przesłanek oraz charakteru. Dlatego z dużym sceptycyzmem należy podejść do wyrażonego w uzasadnieniu projektu przekonania, że: „Definicja zgody, zwłaszcza zgody konkludentnej, zostanie wypracowana przez orzecznictwo i judykaturę, analogicznie do zgody ujmowalnej przy definiowaniu praw pacjenta, a więc na wyrażonej w sposób niebudzący wątpliwości co do woli osoby podejmującej obcowanie płciowe.”²⁸ Przez tyle lat nie wypracowano takiej „definicji”, trudno przypuszczać, aby miało to nastąpić w tym momencie. W doktrynie prawa karnego ścierają się w tej mierze trzy koncepcje: cywilistyczna (traktowanie zgody pokrzywdzonego jak czynności prawnej), karnistyczna (zgoda pokrzywdzonego jako działanie relewantne prawnokarnie) oraz koncepcja pośrednia.²⁹ Tymczasem

²⁶ Jest to stwierdzenie obiektywnej okoliczności, nie ocena.

²⁷ Ustawa z 5.12.1996, t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1516.

²⁸ Uzasadnienie projektu druk sejmowy nr 209, s. 7.

²⁹ Szerzej na ten temat M. Kulik, Prawo do prywatności a karalność spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu za zgodą pokrzywdzonego, Prok. i Pr. 1999, nr 10, s. 74-75.

zdaniem autorów/rek projektu za podstawę wykładni zgody należy przyjąć, zwłaszcza w odniesieniu do zgody konkludentnej, uregulowania z zakresu prawa medycznego. Takie stanowisko nie ma żadnego uzasadnienia na gruncie prawa karnego.

Zgoda pokrzywdzonego na gruncie prawa karnego musi spełniać określone warunki.³⁰ Najczęściej wymienia się tu: zdatność podmiotu do udzielenia zgody (wiek, działanie z rozeznanie); prawo podmiotu udzielającego zgody do swobodnego dysponowania danym dobrem; istnienie zgody w chwili zachowania sprawcy, który musi wiedzieć o jej istnieniu, świadome, dobrowolne udzielenie zgody, konkretność treści zgody, niesprzeczność zgody z zasadami współżycia społecznego.³¹

Warunkiem aktualnie rodzącym chyba najwięcej dyskusji, kontrowersji i problemów jest osiągnięcie odpowiedniego wieku umożliwiającego racjonalne decydowanie o sobie.³² Nie ma miejsca w niniejszej opinii na szczegółowe analizowanie tej kwestii, warto jedynie zaznaczyć, że na gruncie prawa karnego ścierają się różne poglądy na temat dolnej granicy tego wieku. Niektórzy uważają, że stanowi ją pełnoletniość, inni podają różne wartości – z reguły nie niższe niż 13 lat.³³ Na gruncie ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry, która została wskazana w uzasadnieniu projektu jako punkt odniesienia w tej mierze, jest to osiągnięcie pełnoletniości. W pewnym zakresie (obok zgody przedstawiciela ustawowego) może taką zgodę wyrazić pacjent po ukończeniu 16 lat (art. 32 ust. 5 ustawy o zawodach lekarza i lekarza dentystry). W przypadku przyjęcia, że zgoda pokrzywdzonego ma charakter cywilistyczny, należałoby odnieść tę wartość do wieku umożliwiającego składanie skutecznych oświadczeń woli. Nie jest jasne, czy wyrażenie zgody na obcowanie płciowe mieściłoby się w ograniczonej zdolności do czynności prawnych (13 lat), czy wiązałoby się z koniecznością posiadania pełnej zdolności do czynności prawnych (18 lat). Z pewnością dzieci w wieku niemowlęcym, ponimowlęcym, przedszkolnym nie są zdolne do wyrażenia skutecznej zgody na gruncie prawa karnego, podobnie jak niektóre osoby z deficytem intelektualnym. Generowałyby to problemy relacji

³⁰ M. Kulik, op.cit., s. 76-79.

³¹ M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), Prawo karne materialne, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 306.

³² Zob. np. M. Budyn-Kulik, Tzw. medycyna estetyczna z perspektywy prawa karnego [w:] M. Zdyb, E. Kruk, A. Wołoszyn-Cichocka (red.), Odpowiedzialność w ochronie zdrowia, C.H. Beck, Warszawa 2018, s. 285-288.

³³ A. Wąsek, Prawnokarna problematyka samobójstwa, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 73-74.

przepisów art. 197 § 1 k.k. do innych przepisów z rozdziału XXV: art. 197 § 4 (*in principio*), art. 198 k.k., 199 k.k., a także art. 200 § 1 k.k.

Wbrew pozorom oparcie odpowiedzialności na zgodzie pokrzywdzonego nie rozwiązałoby licznych problemów, także dowodowych, związanych z przestępstwem zgwałcenia.³⁴ Znamię to jest subiektywne, a nie można byłoby stosować doń porównania do modelowego obywatela.³⁵ W związku z tym zmiana znamion w tym zakresie nie zniósłaby konieczności przesłuchania osoby pokrzywdzonej w sprawie, a być może nawet zwiększyłaby ryzyko wtórnej wiktyimizacji z tym związanej.³⁶

Należy także pamiętać, że wyeliminowanie znamienia przemocy z opisu zgwałcenia miałyby skutki przy uznaniu przestępstwa za przestępstwo podobne (art. 115 § 3 k.k.), wymiarze kary (np. orzeczenie zakazu z art. 41a § 1 k.k.), czy orzeczeniu środków zabezpieczających (art. 93c pkt 4 k.k.). Wpłynęłoby też, jak się wydaje, na charakter przestępstwa zgwałcenia. Obecnie przyjmuje się, że jest ono materialne (skutkowe), a skutek stanowi doprowadzenie osoby pokrzywdzonej do stanu, w którym jej opór został przełamany i sprawca może podjąć obcowanie płciowe.³⁷ W sytuacji, gdy znamieniem byłoby udzielenie zgody na obcowanie płciowe, sam charakter przestępstwa by się nie zmienił, pozostałoby ono materialne, ale skutkiem byłoby faktyczne choćby rozpoczęcie obcowania płciowego.

Samo sformułowanie brzmienia przepisu art. 197 § 1 k.k. w nowym ujęciu także budzi wątpliwości. Znamię czasownikowe „doprowadza” ma uzasadnienie, kiedy z treści przepisu jasno wynika inicjatywa sprawcy (zmuszającego do dobytcia stosunku płciowego). Niejasne jest, czy osoba inicjująca zbliżenie (doprowadzająca) sama także powinna wyrazić w odpowiedniej formie zgodę na odbycie stosunku płciowego.

Owa zgoda miałyby być wyrażona wcześniej. W intencji twórców/czyń projektu miało to zapewne doprecyzować moment udzielenia zgody. Tymczasem wymóg ten

³⁴ Należy zauważyć, że wbrew stwierdzeniu z uzasadnienia projektu (s. 7) dowodzenie winy (ciężar dowodu) spoczywa na oskarżycielu, a nie na pokrzywdzonym. Zgwałcenie jest i zawsze było przestępstwem ściganym z oskarżenia publicznego, a zatem zawsze był to oskarżyciel publiczny (prokurator).

³⁵ M. Budyn-Kulik, *Aksjologiczne...*, s. 309-310.

³⁶ Wydaje się poza tym, że skoro zgoda pokrzywdzonego (jej brak), decyduje o bycie przestępstwa zgwałcenia, tryb ścigania tego przestępstwa (publicznoskargowy z urzędu) prowadzi do powstania pewnej sprzeczności. To pokrzywdzony ocenia, czy do pokrzywdzenia doszło, ale to państwo decyduje, czy wszcząć postępowanie. W przypadku innych typów przestępstw, których zaistnienie zależy od postrzegania sytuacji przez pokrzywdzonego (np. znieważenie, naruszenie nietykalkości cielesnej), tryb ścigania jest także uzależniony od woli pokrzywdzonego (prywatnoskargowy).

³⁷ M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *op.cit.*, s. 758-759.

wprowadza dodatkowe niejasności. Na ogólnych zasadach aktualnego rozumienia zgody w doktrynie prawa karnego przyjmuje się, że zgoda ma być udzielona przed czynem (bezpośrednio) i nie odwołana do jego zakończenia. Wprowadzenie dodatkowego znamienia „wcześniejszego” może oznaczać, że wystarczy, iż zgoda została udzielona kiedykolwiek przed popełnieniem czynu. Nie ma w nowej wersji mowy o konieczności jej nieodwołania. Problemem może być kwestia nie tylko przesłanek skutecznego wyrażenia zgody, ale także jego formy. Do obcowania płciowego (a zatem także zgwałcenia) dochodzi w większości przypadków bez obecności świadków. Powstaje pytanie, jak powinna zostać wyrażona owa zgoda – czy wystarczy forma ustna, czy może forma pisemna – a jeśli tak, to jaka. Na ile wcześniej owa zgoda powinna być wyrażona? Czy w przypadku udzielenia jej z dużym wyprzedzeniem czasowym, potrzebne byłoby jej jakieś potwierdzenie? Pozostawienie tych kwestii praktyce może doprowadzić do dużych rozbieżności wykładniczych i niejedności orzecznictwa, co z kolei stawiałoby pod znakiem zapytania zarówno gwarancyjną, jak i ochronną funkcję prawa karnego. Ani potencjalny sprawca nie miałby bowiem pewności, jakie zachowanie – otrzymanie zgody w jakim czasie, i w jakiej formie uchroni go przez zarzutem popełnienia zgwałcenia, a potencjalna ofiara mogłaby nie wiedzieć, że udzielenie zgody w niewłaściwy sposób może spowodować brak ochrony prawnokarnej. Jak trudne może być oparcie odpowiedzialności sprawcy za naruszenia wolności seksualnej na przesłance zgody pokazuje dyskusja dotycząca używania specjalnej aplikacji do udzielania zgody na odbycie stosunku seksualnego.³⁸

Odnosnie do wymiaru kary należy zauważyć, że proponowana zmiana zagrożenia karą w art. 197 § 1 k.k. prowadziłyby do absurdałnej sytuacji, w której popełnienie przestępstwa w typie podstawowym zagrożone byłoby karą surowszą (od lat 3 do 30) niż w typie kwalifikowanym z art. 197 § 3 k.k. (od lat 3 do 20). Pytanie o zasadność

³⁸ Zob. M. Budyn-Kulik, Zmiana trybu ścigania zgwałcenia – wołanie na puszczy, *Palestra* 2014, nr 1-2, s. 84, a także np. A. Nowacka-Isaksson, Szwecja: zaczęły obowiązywać nowe przepisy o zgodzie na seks, <https://www.rp.pl/Rzecz-o-prawie/307289991-Szwecja-zaczely-obowiazrywac-nowe-przepisy-o-zgodzie-na-seks.html>, [dostęp na 2.03.2024 r.]; M. Janik, Aplikacja do wyrażania zgody na seks. „Tylko pogarsza, i tak już drażliwą, sytuację kobiet”, <https://innpoland.pl/145291,szwedzi-wymyslili-aplikacje-do-wyrazania-zgody-na-seks>, [dostęp na 2.03.2024 r.]; J. Potocka, "Tak, chcę". Aplikacja ma sprawić, że Duńczycy unikną oskarżenia o gwałt, https://www.rmfm24.pl/fakty/swiat/news-tak-chce-aplikacja-ma-sprawic-ze-dunczycy-unikna-oskarzenia-nId,5037512?crp_state=1, [dostęp na 2.03.2024 r.]. Propozycja stosowania aplikacji do wyrażania zgody w Australii spotkała się z krytyką. Zob. A. Bartkiewicz, Komendant policji: A może aplikacja do wyrażania zgody na seks, <https://www.rp.pl/Spoleczenstwo/210319390-Komendant-policji-A-moze-aplikacja-do-wyrazania-zgody-na-seks.html>, [dostęp na 2.03.2024 r.]. Szerzej na ten temat M. Budyn-Kulik, *Aksjologiczne...*, s. 310-311.

przekształcenia typu podstawowego w zbrodnię pozostaje dyskusyjne. Taki zabieg zawsze stanowi efekt określonej polityki karnej państwa. Należałoby przeprowadzić dokładną analizę, jak wpisuje się to w systematykę kodeksu karnego. W obecnym kształcie przestępstwa z art. 197 k.k. przekształcenie to doprowadziłoby do spłaszczenia kar za poszczególne typy zgwałcenia, w tym utrudniłoby dostrzegane zróżnicowanie zagrożenia karą z typy podstawowe i kwalifikowane.

2.3. Zmiana art. 197 § 2 k.k.

Proponowana zmiana zagrożenia karą wydaje się niezasadna. Podniesienie dolnej granicy ustawowego jest bardzo duże z 6 miesięcy na 2 lata pozbawienia wolności. Określenie grożącej kar na od lat 2 do 10 rozbija spójność kodeksu karnego. Dotychczas ustawodawca posługiwał się przedziałem od roku do 10 lat.

2.4. Zmiana art. 198 k.k.

Z aprobatą można się odnieść do propozycji „rozbicia” na dwa typy dotychczasowego typu z art. 198 k.k. Odnośnie do zmiany w zagrożeniu karą *mutatis mutandis* odnoszą się uwagi poczynione w odniesieniu do art. 197 § 1 i § 2 k.k.

2.5. Zmiana art. 199 k.k.

Z aprobatą można się odnieść do propozycji „rozbicia” na dwa typy dotychczasowego typu z art. 199 § 1 k.k. Projektodawcy/czynie zapomnieli/ały chyba jednak o tym, że przepis art. 199 k.k. składa się aktualnie z więcej niż jednego paragrafu. Po wprowadzeniu w takim brzmieniu proponowanych zmian, doszłoby do zastąpienia obecnego § 2 art. 199 § 2 k.k. nową treścią. Aktualnie ma on treść następującą: „§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 został popełniony na szkodę małoletniego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.” Odwołuje się doń art. 199 § 3 k.k.: „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”. Z uzasadnienia projektu nie wynika, aby zamierzeniem projektodawców/czyn byłoby doprowadzenie do takiego właśnie stanu prawnego.

Odnośnie do zmiany w zagrożeniu karą *mutatis mutandis* odnoszą się uwagi poczynione w odniesieniu do art. 197 § 1 i § 2 k.k.

III. Podsumowanie

Propozycja zmiany ujęcia zgwałcenia w art. 197 § 1 k.k. może budzić zastrzeżenia z perspektywy zgodności z Konstytucją RP. Znamię udzielenia wcześniejszej zgody jest niejednoznaczne podmiotowo (kto może skutecznie takiej zgody udzielić), co sprawia, że zakres kryminalizacji jest niedostatecznie określony. Przepis nie spełnia wymogu *nullum crimen sine lege certa (i scripta)*.

Propozycja ma charakter fragmentaryczny, nie uwzględnia perspektywy systemowej. Sugerowane zmiany zaburzają spójność rozdziału XXV kodeksu karnego. Zmiana definicji zgwałcenia w sposób sugerowany w projekcie miałyby daleko idące konsekwencje, nieprzewidziane przez jego twórców/czynię. Nie przyczyniłaby się ona do wzrostu ochrony potencjalnych ofiar, przeciwnie, jej zakres podmiotowy mógłby ulec zawężeniu.

Proponowane zmiany w zakresie kar prowadziłyby do powstania sprzeczności wewnątrzsystemowych (przestępstwo o niższym stopniu społecznej szkodliwości zagrożone karą łagodniejszą niż przestępstwo o wyższym jego stopniu). Problemem nie jest zbyt niskie zagrożenie ustawowe przewidziane za przestępstwo a praktyka stosowania prawa, w tym wymierzanie adekwatnych kar przez sądy w ramach możliwości stworzonej przez ustawodawcę. Proponowane zmiany nie mają uzasadnienia merytorycznego, a jedynie kriminalnopolityczne. Nie należy się spodziewać, aby wpłynęły pozytywnie na zmniejszenie liczby popełnianych czynów, ani na efektywność postępowań w sprawach o zgwałcenia.

Jeżeli istnieje konieczność wprowadzenia znamienia zgody do opisu zgwałcenia warto rozważyć dodanie go do istniejących obecnie, np.: „Kto obcuje płciowo z inną osobą bez jej zgody, w szczególności doprowadzając ją do obcowania płciowego przemocą, groźbą lub podstępem” lub „Kto przemocą, groźbą lub podstępem lub w inny sposób bez jej zgody doprowadza inną osobę do obcowania płciowego”.