

*Monika Płatek* ■

## Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki

### Rape. When an Old Term Acquires a New Meaning. A Consequence of False Sameness

**Streszczenie:** Artykuł poświęcony jest zbadaniu, czy ustawowe znamiona czynu ujętego w art. 197 k.k. w świetle wprowadzonych w nim zmian są zgodne z wymogami art. 36 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Konwencja antyprzemocowa, CETS210). Zagadnienie tu poruszane, z racji jego złożoności, ograniczone jest do porównania art. 36. 1a CETS210 i art. 197 § 1 k.k. (dalej 197 k.k.), a w ramach art. 197 k.k. do przedmiotu ochrony i strony przedmiotowej tego przestępstwa. Konwencja antyprzemocowa obowiązuje jako część składowa polskiego prawa od 1 sierpnia 2015 r. W efekcie pojęcie zgwałcenia (jego treść) pod wpływem ustawowych zmian uległo istotnym modyfikacjom. Wskutek nowelizacji kodeksu karnego i ratyfikacji Konwencji CETS210 mamy do czynienia z wieloznacznością. Konwencja antyprzemocowa nie narzuca modelu polityki karnej odnośnie do sposobu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Wymaga jednak, by osiągnięty efekt był tożsamy z tym, o którym mowa w art. 36 CETS210, zarówno na poziomie ustawy, jak i jej stosowania. Artykuł bada, czy można uznać, że pomimo różnej treści art. 197 k.k. odpowiada wymogom art. 36 CETS210.

**Słowa kluczowe:** zgwałcenie, przestępstwo zgwałcenia w kodeksie karnym z 1997, zgwałcenie w Konwencji antyprzemocowej, autonomia seksualna, wolność seksualna, Konwencja antyprzemocowa, Konwencja CEDAW, wyrok ETPCz *M.C. v. Bułgaria*.

**Abstract:** The question tackled in this article refers to the legal definition of rape provided in Art. 197 of the Polish Criminal Code (k.k.) in relation to Art. 36 of CETS210. The Council of Europe Convention on preventing and combatting violence against women and domestic violence (CETS210, Anti-violence Convention) entered into force and became a part of the Polish legal system on 1 August 2015. The Istanbul Convention incorporates specific legal provision on rape in Art. 36 CETS210. It states that the Parties should take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct

described in Art. 36 CETS210 is criminalised. Art. 36.1a CETS210 states that rape takes place when engaging in non-consensual vaginal, anal or oral penetration of a sexual nature of the body of another person with any bodily part or object. Where Art. 36 CETS protects freedom, autonomy and sexual autonomy of the person, Art. 197 k.k. protects merely sexual freedom combined with protecting the social customs. In order to establish the presence of rape one needs to prove the presence of violence, psychological aggression and/or deception. The paper examines the congruence between the two texts. They differ in words, the text concentrates on its meaning to evaluate if it is possible to reach, in Art. 197 k.k., the intended aim expressed in Art. 36 CETS210. It assesses how far the difference in the legal description of an act of "rape" affects the protected values by the legal provision in Art. 36 CETS210 and in Art. 197 k.k. and analyses if it is possible to reconcile the two without amending Art. 197 k.k.

**Keywords:** rape, sexual autonomy, sexual freedom, Art. 197 of the Polish Criminal Law, Istanbul Convention (CETS210), Art. 36 of CETS210, CEDAW Convention, ECHR *M.C. v. Bulgaria*.

## Wprowadzenie

1 sierpnia 2015 r. weszła w Polsce w życie Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (dalej: Konwencja antyprzemocowa, Konwencja stambulska, CETS210)<sup>1</sup>. Zawiera ona przepis odnoszący się wprost do regulacji przestępstwa zgwałcenia. Jest to art. 36 CETS210<sup>2</sup>. Z przepisów tych jednoznacznie wynika, że państwa-strony powinny podjąć stosowne kroki w celu kryminalizacji w prawie krajowym zgwałcenia jako typu przestępstwa obejmującego znamiona ujęte w art. 36 CETS210<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz.U. z 8 lipca 2015 r. poz. 961), podpisana przez Polskę 18 grudnia 2012 r. Ratyfikowana została przez Sejm RP 6 lutego 2015 r., przekazana 6 marca 2015 r. do podpisu Prezydentowi RP i podpisana przez Prezydenta RP 14 marca 2015 roku (Dz.U. z 23 marca 2015 r. poz. 398). Konwencja nabrała mocy i weszła w życie 1 sierpnia 2014 r. Warunkiem wejścia w życie Konwencji w ramach porządku prawnego Rady Europy była jej ratyfikacja przez 10 państw, z których co najmniej osiem wchodziło w skład państw-członków Rady Europy. Nastąpiło to 1 sierpnia 2014 r.

<sup>2</sup> Art. 36 CETS210: „1. Strony podejmą konieczne działania ustawodawcze lub inne mające na celu zagwarantowanie, że następujące umyślne działania podlegają odpowiedzialności karnej: a) dokonywanie penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym drugiej osoby jakkolwiek częścią ciała lub jakimkolwiek przedmiotem bez zgody tej osoby” itd., a następnie: „2. Zgoda musi być udzielona przez osobę zdolną do składania oświadczeń woli, co należy ocenić w świetle danych okoliczności.

3. Strony podejmują konieczne działanie ustawodawcze lub inne mające na celu zagwarantowanie, że postanowienia ustępu 1 niniejszego artykułu stosują się również do czynności dokonywanych wobec byłych lub obecnych współmałżonków lub partnerów, uznawanych na mocy przepisów prawa krajowego”.

<sup>3</sup> Konwencja antyprzemocowa posługuje się w polskiej wersji językowej terminem „gwałt”. Wydaje się, że bardziej prawidłowe byłoby zastosowanie polskiego terminu „zgwałcenie”. Można zrozumieć, iż w pracy translatorskiej zdecydowano się na przetłumaczenie słowa *rape* na słownikowe pojęcie „gwałt” z tego względu, że pojęcie „zgwałcenie” dotyczy przestępstwa seksualnego polegającego na gwałcie w opisie, jaki nadaje mu polski kodeks karny, a CETS 210 skierowane jest co najmniej do 47 państw

Opis i wymagane ustawowe znamiona czynu określone jako zgwałcenie w art. 36.1a CETS210 stanowią, że ma ono miejsce wówczas, gdy dochodzi do penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym drugiej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub jakimkolwiek przedmiotem bez zgody tej osoby.

Wymóg podjęcia koniecznych działań ustawodawczych lub innych mających na celu zagwarantowanie, iż tak określone umyślne działania podlegać będą odpowiedzialności karnej, spoczywa na państwie-stronie Konwencji antyprzemocowej. W tym przypadku, w zakresie stosownej kryminalizacji zgwałcenia, wymóg ten spoczywa na polskim ustawodawcy. W zakresie zaś stosowania prawa wymóg ten spoczywa na organach odpowiedzialnych za politykę karną i społeczną. Rzecz, zgodnie z treścią Konwencji stambulskiej, nie ogranicza się bowiem do zwalczania, eliminowania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, ale i do jej zapobiegania. Nie ogranicza się też do kobiet jako pokrzywdzonych tą formą przemocy. Zwraca jedynie uwagę na to, że kobiety i dziewczynki częściej padają jej ofiarą. Odpowiada to pogładowi, iż nie wystarczy skupić się na eliminacji patriarchy i męskiej dominacji. Rzecz bowiem w rutynach, obyczajach, zwyczajach, prawie, które reprodukuje opresję. Tę ze względu na płć dostrzegamy, bo dominuje. Tę, która źródło ma w etnicznym pochodzeniu, przynależności do klasy społecznej, różnicach w zamożności, poziomie edukacji, stanie zdrowia, w orientacji psycho-seksualnej, w identyfikacji płciowej, dostrzegamy w znacznie mniejszym stopniu. Rozumiejąc, że przemoc stanowi instrument podporządkowania i dominacji, Konwencja stambulska nie wyklucza i tego, że stosującymi przemoc mogą być kobiety oraz że pozycja kobiet i ich życiowa sytuacja są bardzo zróżnicowane także ze względu na warunki ekonomiczne, społeczne, rasę, stan cywilny, orientację psycho-seksualną czy identyfikację płciową.

Obowiązkiem strony Konwencji stambulskiej jest uzgodnienie treści zawartej w Konwencji i treści obowiązującej w ustawodawstwie krajowym<sup>4</sup>. Nie oznacza to obowiązku wyrażenia treści przepisów ustawy krajowej takimi samymi słowami, jakimi wyraża to Konwencja stambulska. Konwencja antyprzemocowa nie narzuca również modelu polityki karnej odnośnie do sposobu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Wymaga jednak, by osiągniany efekt był tożsamy z tym, o którym mowa

---

członkowskich Rady Europy. Z tego jednak względu, że Konwencja antyprzemocowa wymaga, aby treść art. 36 CETS210 odpowiadała krajowej typizacji tego, co w danym kraju określane jest jako *rape*, w dalszym tekście używam polskiego określenia „zgwałcenie” zarówno w stosunku do art. 36 CETS 210, jak i do art. 197 k.k.

<sup>4</sup> Art. 91.1 Konstytucji RP stanowi, iż ratyfikowana umowa międzynarodowa, po jej ogłoszeniu w Dzienniku Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej, stanowi część krajowego porządku prawnego i jest bezpośrednio stosowana, chyba że jej stosowanie jest uzależnione od wydania ustawy. Jednak art. 36 CETS210 wręcz odsyła strony do podjęcia koniecznych działań ustawodawczych i oczywiście nie nadaje się do stosowania wprost. Art. 91.2 Konstytucji RP stanowi, iż ratyfikowana umowa międzynarodowa ma pierwszeństwo przed ustawą, jeżeli ustawy tej nie da się pogodzić z umową. Konwencja antyprzemocowa jest taką umową, nadal jednak wymaga w przypadku art. 36 CETS210 uzgodnienia treści art. 197 k.k. z art. 36 CETS210.

w art. 36 CETS210, zarówno na poziomie ustawy, jak i jej stosowania. Kryminalizacji ma podlegać zgwałcenie jako czyn polegający na penetracji, do której dochodzi bez zgody osoby jej poddawanej.

Art. 36 CETS210 i stosownie art. 197 kodeksu karnego (k.k.) dotyczą przestępstwa zgwałcenia<sup>5</sup>. Ich treść jednak nie jest zbieżna. Termin użyty w art. 36 CETS210 dla oddania opisu czynu, jakim jest zgwałcenie, i znamion określających czynność sprawczą jako penetrację, do której dochodzi „bez zgody osoby”, różni się od opisu i znamion, o których mowa w art. 197 k.k.<sup>6</sup> Kodeks karny w art. 197 § 1 stanowi, iż zgwałcenie ma miejsce, gdy ktoś przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego.

*Ratio legis* wyznaczający zakres systemowego ujęcia przestępstwa zgwałcenia oddaje stan świadomości, wrażliwości i wiedzy decydujący o kształcie zarówno art. 36 CETS210, jak i art. 197 k.k. Oba przepisy wywodzą się z koncepcji odmiennie ujmujących kwestię zgody dysponentki/dysponenta dóbr. Art. 36 CETS210 zbudowany jest na podstawie koncepcji autonomii seksualnej<sup>7</sup>. Art. 197 k.k. wywodzi swoją konstrukcję z koncepcji wolności seksualnej.

Systemowe miejsce i ujęcie przestępstwa zgwałcenia w kodeksie karnym i konwencji antyprzemocowej zasługuje na uwagę, ponieważ art. 36 CETS210 jest integralną częścią konwencji antyprzemocowej, podobnie jak art. 197 k.k. jest integralną częścią kodeksu karnego. Zarówno Konwencja antyprzemocowa, jak i kodeks karny są integralną częścią polskiego porządku prawnego.

<sup>5</sup> Zgwałcenie:

„§ 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. § 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) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w §1-3 działa ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5”. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2204) – stan prawny przyjęty na dzień 12 października 2017 r.

<sup>6</sup> Poza analizą pozostaną typy kwalifikowane zgwałcenia, o których mowa w art. 197 § 3 k.k. i pozostałe czyny z rozdz. XXV kodeksu karnego wyczerpujące znamiona zgwałcenia w rozumieniu art. 36 CETS210, ale które występują pod terminami, które odrywają od nich asocjacje zgwałcenia. Nie tylko wykracza to poza format przewidziany dla tego typu publikacji, nie jest to też konieczne, bo jeśli przedmiot ochrony art. 197 § 1 k.k. będzie zgodny z przedmiotem ochrony art. 36 CETS210, to zgodność ta będzie automatycznie promieniowała na treść art. 197 § 2 i 3 k.k., ponieważ posługują się one definicją zgwałcenia wyrażoną w art. 197 § 1 k.k.

<sup>7</sup> Autonomia seksualna uwrażliwia na związek między relacją seksualną i relacją władczą. Przemoc, groźba, podstęp, przymuszenie do relacji seksualnej to demonstracja siły, ale i władzy. Prawo, które odmawia możliwości pozytywnego decydowania o sobie, wyrażając zaledwie zgodę na próbę odmowy, pośrednio sprzyja procesom reprodukującym zniewolenie. Jednym z pierwszych, którzy szerzej zajmowali się teoretycznym wymiarem autonomii seksualnej, był Stephen Schulhofer, *Unwanted Sex. Understanding the Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1998.

Zgodnie z zasadami poprawnej techniki prawodawczej w ustawie nie powtarza się postanowień umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską dających się bezpośrednio stosować<sup>8</sup>. Nie jest to jednak ten przypadek. Konwencja antyprzemocowa nie tworzy w art. 36 CETS210 odrębnie stypizowanego *sui generis* przestępstwa zgwałcenia, na podstawie którego możliwe byłoby pociągnięcie do odpowiedzialności osób za to przestępstwo. Art. 36 CETS210 nie obowiązuje *ex proprio vigore*. Jest zaleceniem dla ustawodawcy krajowego do osiągnięcia skutku wskazanego w art. 36 CETS210. Współgra to z wymogiem § 75.1 ztp, aby w przepisie karnym znamiona czynu zabronionego określone były w sposób wyczerpujący, bez odsyłania do nakazów albo zakazów zawartych w innych przepisach, w tym także w konwencjach<sup>9</sup>.

Wielokrotnie wprowadzane zmiany w polskim kodeksie karnym, także w przepisach dotyczących przestępstw seksualnych, dawały możliwość stosownej korekty przepisów rozdz. XXV kodeksu karnego. Nie skorzystano z tej możliwości<sup>10</sup>.

Mając więc na uwadze fakt, iż tekst art. 197 k.k.<sup>11</sup> nie uległ zmianie ani w trakcie, ani po ratyfikacji i w związku z ratyfikacją Konwencji antyprzemocowej, należy założyć, iż władze uznały, że treść przestępstwa zgwałcenia ujęta w kodeksie kar-

---

<sup>8</sup> Zob. § 4. Zasad techniki prawodawczej, Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. (Dz.U. z 7 marca 2016 r. poz. 283 (dalej: ztp) § 4.1. Ustawa nie może powtarzać przepisów zamieszczonych w innych ustawach. § 4.2. W ustawie nie powtarza się również postanowień umów międzynarodowych ratyfikowanych przez Rzeczpospolitą Polską oraz dających się bezpośrednio stosować postanowień aktów normatywnych ustanowionych przez organizacje międzynarodowe lub organy międzynarodowe.

<sup>9</sup> Zob. § 75 ztp: § 75.1. W przepisie karnym znamiona czynu zabronionego określa się w sposób wyczerpujący, bez odsyłania do nakazów lub zakazów zawartych w pozostałych przepisach tej samej ustawy, w przepisach innych ustaw, w tym ustaw określanych jako „kodeks”, w postanowieniach umów międzynarodowych ratyfikowanych za uprzednią zgodą wyrażoną w ustawie lub w dających się bezpośrednio stosować postanowieniach aktów normatywnych ustanowionych przez organizacje międzynarodowe lub organy międzynarodowe. § 75.2. Odesłanie, o którym mowa w ust. 1, stosuje się tylko w przypadku, gdy bezprawność czynu polega na naruszeniu nakazów lub zakazów wyraźnie sformułowanych w innych przepisach tej samej ustawy lub w postanowieniach umów lub aktów, o których mowa w ust. 1. W takim przypadku w przepisie karnym, stosując odesłanie, używa się zwrotu: „Kto wbrew przepisom art. ... (postanowieniom art. ...)”. § 75.3. Odesłanie, o którym mowa w ust. 1, stosuje się także w przypadku, gdy przepis karny przewiduje inną niż sprawstwo formę popełnienia czynu zabronionego albo przewiduje okoliczności wyłączające, łagodzące lub zaostrzające odpowiedzialność karną, co wyraża się zwrotem: „Kto czyni przygotowania do przestępstwa określonego w art. ...” albo: „Nie popełnia przestępstwa określonego w art. ..., kto...”, albo: „Nie podlega karze za przestępstwo określone w art. ..., kto ...”.

<sup>10</sup> Por. Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz.U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1363); weszła w życie 26 września 2005 r.; Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2009 r. Nr 206, poz. 1589); weszła w życie 8 czerwca 2010 r.

<sup>11</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1997 r. Nr 88, poz. 553 z późn. zm.); stan prawny na dzień 1 sierpnia 2017 r. Rozdział XXV kodeksu karnego z 1997 r. zatytułowany jest *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości*.

nym co do jego znaczenia, przedmiotu ochrony i znamion określających typ czynu zabronionego, o którym mowa w art. 197 k.k., pokrywa się z przedmiotem ochrony i treścią ustawowych znamion wyznaczonych zgwałceniu w art. 36 CETS210<sup>12</sup>. Powstaje zatem pytanie, czy różnica w opisie czynu, różnica w słowach użytych dla wyróżnienia konkretnego typu czynu zabronionego, różnica w sposobie ujęcia kwestii zgody dysponenta/dysponentki dóbr prowadzi również do zmiany, zarówno ontologicznej, jak i normatywnej, natury przestępstwa zgwałcenia<sup>13</sup>.

Zagadnienie tu poruszane zdecydowanie wykracza poza samą analizę art. 197 § 1 k.k.<sup>14</sup> Zostanie tu ograniczone do porównania art. 36. 1a CETS210 i art. 197 § 1 k.k. (dalej 197 k.k.), a w ramach art. 197 k.k. do przedmiotu ochrony i strony przedmiotowej tego przestępstwa.

Czy więc Konwencja antyprzemocowa, posługując się terminem przestępstwo zgwałcenia, które jest uregulowane także w polskim kodeksie karnym, tworzy w istocie przestępstwo odmiennie stypizowane i tym samym zobowiązując państwo-stronę do stosownej nowelizacji ustawy krajowej? Czy może zaledwie precyzyjniej oddaje istotę tego czynu, pozwalając na ograniczenie się do zmian krajowej polityki karnej?

Czy więc można uznać, w sytuacji, gdy ustawowe znamiona czynu przestępczego ujęte w art. 197 k.k. nie pokrywają się z treścią art. 36 CETS210, że zmiana wprowadzona w Konwencji antyprzemocowej ma charakter zaledwie pozorny, a jeśli nie, to jakie rodzi to wymagania dla państwa-strony Konwencji stambulskiej?

Odpowiadając na tak postawione pytanie, analizując stypizowany w art. 36 CETS210 i w art. 197 k.k. przedmiot ochrony i stronę przedmiotową przestępstwa zgwałcenia<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> *O ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zwalczaniu i zapobieganiu przemocy wobec kobiet*, Warszawa, 11 czerwca 2014, Sejm RP, VII Kadencja; Prezes Rady Ministrów RM-10-2-14; druk nr 2525, s. 23, <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/.../2515.pdf> [dostęp: 1.06.2017]. Mowa tu więc o możliwym porównaniu z punktu widzenia: 1) przedmiotu ochrony; 2) znamion strony przedmiotowej czynu zabronionego; 3) podmiotu gwałtu/zgwałcenia; 4) znamion określających czynność sprawczą; 5) skutku; 6) przedmiotu bezpośredniego działania; 7) znamion strony podmiotowej. W artykule ograniczam się do dwóch pierwszych punktów.

<sup>13</sup> Na podwójną naturę przestępstwa zwracają uwagę Andrzej Zoll i Włodzimierz Wróbel. Natura ontologiczna związana jest ze zmianą w świecie wywołaną zachowaniem człowieka. Dotyczy to zarówno fizycznego przemieszczania się, jak i nadania oraz odbioru przekazu o określonej treści. Natura normatywna związana jest z naruszeniem normy nakazującej lub zakazującej określonego zachowania pod groźbą kary. Odpowiada mi jasne postawienie przez obu autorów sprawy, iż to ustawodawca tworzy przestępstwa, wprowadzając do porządku prawnego określonej treści przepisy. Wydaje mi się, iż z racji pomocniczego charakteru prawa karnego to, jakie zachowania uznane zostaną za przestępne, powinno być ograniczone do tych, które powszechnie rozpoznane są jako te, które wzmożone być powinny sankcją prawa karnego. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2010, s. 151.

<sup>14</sup> Zob. M. Płatek, *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i perspektywy poszkodowanych*, w: J. Piotrowska, A. Synakiewicz (red.), *Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, Fundacja Feminoteka, Warszawa 2011, s. 23–43.

<sup>15</sup> Nie mniej ciekawa i wartościowa oraz warta przeprowadzenia jest analiza podmiotu i strony podmiotowej przestępstwa zgwałcenia. Tu zaledwie wspomniana, zasługuje na odrębny tekst. Obszerne

Badam zbieżność/odmienność przedmiotu ochrony i strony przedmiotowej obu przepisów, mając na uwadze koncepcję wolności seksualnej towarzyszącą art. 197 k.k. i koncepcję autonomii seksualnej towarzyszącą art. 36 CES210.

Gdyby przedmiot ochrony i strona przedmiotowa art. 36 CETS210 i art. 197 k.k. okazały się zbieżne, wówczas możliwa byłaby teza, iż mimo rozbieżnej treści obu przepisów przedmiot ochrony i strona przedmiotowa określona jako przestępstwo zgwałcenia obu przepisów są zbieżne.

Nie dawałoby to automatycznej pewności, że praktyka stosowania przepisu art. 197 k.k. odpowiada wymogom art. 36 CETS210. Jak bowiem zauważono w doktrynie, „fakt, że w języku prawnym czy prawniczym określone słowo ma nadane znaczenie, nie przesądza o tym, że zostanie ono przyjęte w procesie wykładni”<sup>16</sup>. Pozwalałoby jednak na założenie wysokiego prawdopodobieństwa zgodności celu obu przepisów pomimo różnicy w ich treści.

W przypadku wykazania rozbieżności przedmiotu ochrony i strony przedmiotowej obu przepisów będzie to argument na rzecz nowelizacji obecnego brzmienia art. 197 k.k. i stosownie rozdz. XXV kodeksu karnego w kierunku wymaganym art. 36 CETS210.

Na wstępie jednak, zanim przejdziemy do analizy przedmiotu ochrony i strony przedmiotowej przestępstwa ujętego w art. 36.1a CETS210 i w art. 197 k.k., należy przedstawić cele Konwencji antyprzemocowej, której art. 36 CETS210 jest częścią, oraz omówić wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (dalej: ETPCz), w sprawie *M.C. vs. Bułgaria* (nr 39272/98) (dalej: *M.C. vs. Bułgaria*)<sup>17</sup>.

Art. 36 CETS210 należy odczytywać w kontekście celów, jakie Konwencja stambulska ma osiągać. Już w jej tytule zaznaczone jest, że nie chodzi w niej zaledwie o eliminację przemocy widocznej, demonstrowanej w akcie zgwałcenia. Celem Konwencji stambulskiej jest zapobieganie przemocy, a więc taka zmiana, która eliminuje strukturalne<sup>18</sup> i kulturowe formy przemocy. To w nich upatruje się źródło

---

potraktowanie tych zagadnień wykracza jednak poza przewidziany dla „Archiwum Kryminologii” format.

<sup>16</sup> S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 19.

<sup>17</sup> ETPCz, *M.C. v. Bułgaria* (nr 39272/98), wyrok ostateczny 04/03/2004 (tu zachowuję pisownię anglojęzyczną z tej racji, iż nie ma oficjalnego tłumaczenia wyroku na język polski), [https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/m.c.v.Bułgaria\\_EN.asp](https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/m.c.v.Bułgaria_EN.asp) [dostęp: 7.07.2007].

<sup>18</sup> Norweski socjolog Johan Galtung, zgłębiając korzenie przemocy, wyodrębnił poza przemocą doświadczaną wprost, a przez to łatwą do zidentyfikowania i nazwania, dwie inne formy przemocy, które stanowią podłoże i przyczynę tej, którą dostrzegamy. Określił je stosownie jako przemoc kulturową i strukturalną. Przemoc strukturalna ugruntowana jest bezpośrednio w systemie prawa, prawie obyczajowym, sposobie egzekwowania norm, także prawnych. Ma miejsce wówczas, gdy dostęp do dóbr, praw, środków i możliwości uzależniony jest od płci, klasy, posiadanej cechy, takiej jak np.: narodowość, przynależność do grupy etnicznej, kolor skóry, tożsamość płciowa czy orientacja psycho-seksualna. Do kategorii przemocy kulturowej Galtung zaliczył: przekonania, wierzenia, przyzwyczajenia, zachowania, którymi ludzie „nasiąkają”, najczęściej pozarefleksyjnie przekazane w opowieściach, obecne

reprodukcji wzorów i rutyn odpowiedzialnych za powszechność i trudność eliminacji przemocy, którą identyfikujemy jako przemoc fizyczną, psychiczną, seksualną i – dzięki Konwencji stambulskiej – przemoc ekonomiczną (art. 3a CETS210).

Z kolei komentarz do Konwencji stambulskiej, *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence* (dalej: *Explanatory Report*, komentarz) w uwagach do art. 36 CETS210 wskazuje na wyrok *M.C. vs. Bułgaria* jako wskazówkę przy wykładni art. 36 CETS210. Wyrok ten *expressis verbis* powołuje się na autonomię seksualną jako standard kryterium badania woli dysponenta/dysponentki dobrem w przestępstwie zgwałcenia<sup>19</sup>. Za jego przybliżeniem przemawia wskazanie zawarte w komentarzu, iż w celu prawidłowej konstrukcji przestępstwa zgwałcenia w przepisach krajowych należy kierować się zastosowaną w wyroku ETPCz w sprawie *M.C. vs. Bułgaria* (nr 39272/98) interpretacją znaczenia pojęcia autonomii seksualnej.

## 1. Cele Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej

Cele Konwencji stambulskiej wyrażone są w Preambule i art. 1 CETS210. Konwencja stambulska ma na celu zapobieganie i zwalczanie przemocy wobec kobiet i przemocy domowej<sup>20</sup>. Konwencja CETS210 stawia sobie za cel przyczynienie się do eliminacji wszelkich form dyskryminacji kobiet i wspierania rzeczywistej równości kobiet i mężczyzn, także poprzez wzmocnienie pozycji tych pierwszych. Nie zwalniając z odpowiedzialności stosujących przemoc, Konwencja antyprzemocowa wychodzi naprzeciw wiedzy, iż przemoc doznawana przez kobiety i przemoc domowa są pochodną wzorów społecznych i praktyk reprodukcujących dyskryminację kobiet<sup>21</sup>. Nie

---

w pomnikach, nazwach ulic, wzorach promocji, przykładach wyróżnień, naśladować od dzieciństwa obserwowane działania innych. Przemoc kulturowa w ujęciu Galtunga koresponduje z tym, co filozof i socjolog Pierre Bourdieu określa mianem paradoksu doksy. Polega on na akceptowaniu porządku z wpiśnianymi wń relacjami dominacji, krzywdą, przywilejami i niesprawiedliwością, tak jakby były naturalne właśnie ze względu na to, że są powszechne. P. Bourdieu, *Męska dominacja*, tłum. L. Kopcińska, Oficyna Naukowa, Warszawa 2004, s. 7; J. Galtung, *Structural/Cultural/Direct Violence*, <https://pl.scribd.com/document/336024943/Structural-Cultural-Direct-Violence-Hand-out-pdf> [dostęp: 27.12.2017]; *idem*, *Cultural violence*, „Journal of Peace Research” 1990, t. 27, nr 3, s. 291–305.

<sup>19</sup> *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe, Istanbul, 11.V.2011, Treaty Series – CETS No. 210, p. 191, s. 32, <https://rm.coe.int/16800d383a> [dostęp: 17.07.2017]. Jest charakterystyczne, iż na dzień 13 lipca 2017 r. nie ma oficjalnego tłumaczenia wyjaśniającego memorandum.

<sup>20</sup> E. Kowalewska-Borys, E. Truskolaska, *Podstawowe założenia oraz pojęcia Konwencji stambulskiej*, w: E. Kowalewska-Borys (red.), *Przemoc w rodzinie w aspekcie Konwencji Rady Europy*, Warszawa 2015, s. 24–51.

<sup>21</sup> J. Galtung, *Cultural violence*, *op. cit.*, s. 291–305. Przykładem kulturowej przemocy, którą wskazuje Galtung, jest fakt, iż zabicie pojedynczego człowieka określane jest jako zabójstwo, już jednak zabójstwo



jest tak, że zastosowana przemoc psychiczna, fizyczna, seksualna czy ekonomiczna to zaledwie przejaw jednostkowej patologii, złego zachowania, które uzasadnić można postawą jednostki<sup>22</sup>. Dostrzega, że przemoc wobec kobiet jest przejawem nierównych stosunków między nimi i mężczyznami na przestrzeni wieków<sup>23</sup>. Przemoc wobec kobiet jest środkiem do podtrzymywania i reprodukcji poglądów o „naturalnej”, niższej w stosunku do mężczyzn, wartości kobiet, do ich dyskryminacji i dominacji nad nimi mężczyzn. To, co pierwotnie mogło mieć związek z fizyczną przeciętną przewagą mężczyzn, przeobraziło się w system przyzwalający na traktowanie kobiet jako niezdolnych do samodzielnych decyzji, wymagających kontroli, nadzoru, powołanych do celów usługowych i usługowych, bez prawa do pełnego życia i pełnego rozwoju. Elementem istotnym trzymającym kobiety w szachu jest reprodukcja przemocy; jej różne formy. Ma ona charakter systemowy i systematyczny. Konwencja zawiera ogólne przepisy dotyczące polityki przeciwdziałania przemocy motywowanej genderowo<sup>24</sup>. Identyfikuje też konkretne instytucje prawa szczególnie wrażliwe i odpowiedzialne za przemoc ze względu na płeć. Jednym z tych przepisów jest art. 36 CRTS210 dotyczący zgwałcenia.

Na pytanie, kiedy kobiety staną się w pełni ludźmi – zadane przez Catharine MacKinnon i Marthę Nussbaum – Konwencja antyprzemocowa nie daje pełnej odpowiedzi. Stwierdza jednak, że dopóty ignorowane będą źródła rodzące przemoc i sama przemoc wobec kobiet właśnie dlatego, że są kobietami, dopóki istnieć będą warunki do faktycznego umniejszania człowieczeństwa kobiet i ich uprzedmiotawiania<sup>25</sup>. Czynnikiem siły fizycznej od dawna nie stanowi i nie może przecież stanowić argumentu za tolerowaniem dyskryminacji i społecznych nierówności uchybiających pozycji kobiet. Również biologiczna i naturalna różnica między kobietami i mężczyznami wynikająca z faktu, iż to jedynie kobieta jest zdolna do urodzenia człowieka, nie uzasadnia jej prawnego, społecznego i kulturowego zniewolenia. Społeczne upośledzenie kobiet nie jest wynikiem procesów naturalnych, lecz kulturowych. Te są oparte na założeniu „naturalnej” niższości kobiet. Natura ma to do siebie, że się z nią nie dyskutuje. Naturę przyjmuje się taką, jaka jest. W ten sposób to, co w istocie kulturowe, uznawane za naturę, stwarzało/stwarza strukturalne przyzwolenie dla

---

wielu w trakcie konfliktu określanego wojną będzie niejednokrotnie powodem do wyniesienia na piedestał.

<sup>22</sup> *Idem, Peace, and peace research*, „Journal of Peace Research” 1969, t. 6, nr 3, s. 172, 173.

<sup>23</sup> Zob. praca zbiorowa: S. Rogowski (red.), *Pozycja prawna kobiet w dziejach*, „Kolonial Limited”, Instytut Historii Państwa i Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.

<sup>24</sup> *Gender – płeć społecznie kulturowa* – to zgodnie z definicją zawartą w Konwencji antyprzemocowej społecznie skonstruowana rola, zachowanie, działanie i atrybuty, które dane społeczeństwo uznaje za odpowiednie dla kobiet lub mężczyzn (art. 3.c CETS210).

<sup>25</sup> C.A. MacKinnon, *Are Women Human*, w: eadem (red.), *Are Women Human, and Other International Dialogues*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2006, s. 41–44; M. Nussbaum, *Kiedy kobiety staną się ludźmi*, tłum. Ł. Somer, „wyborcza.pl”, 29 maja 2007, <http://wyborcza.pl/1,75402,4182753.html> [dostęp: 3.01.2018].

dominacji mężczyzn<sup>26</sup>. W jej ramach jest także przyzwolenie na zadawanie kobietom przemocy, a także tolerowanie jej i ignorowanie. Bierze się ją za zjawisko typu: „tak to już jest”. Tym samym umyka uwadze, że źródło tego, co tak powszechne, znajduje się zarówno w treści tworzonego, także pod wpływem obyczajowości, prawa, jak i obyczajowości, na prawie tym wykształconej<sup>27</sup>. Tym samym także prawo reprodukuje warunki, które są odpowiedzialne za praktyki dyskryminacyjne<sup>28</sup>. Stąd określenie tego procesu jako *gender-based violence*, a nie *sex-based violence*<sup>29</sup>. Termin ten jest używany w odniesieniu do przemocy wobec kobiet zarówno w tekście Konwencji stambulskiej, jak i w aktach prawa Unii Europejskiej<sup>30</sup>. Jest wyrazem zrozumienia kulturowego, strukturalnego charakteru przemocy wobec kobiet. To nie płeć biologiczna, ale społeczne schematy postrzegania roli kobiet – tego, czym kobieta jest i do

---

<sup>26</sup> M. Duda, *Emancypanci i emancypatorzy*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2017, s. 153–161.

<sup>27</sup> Ogranicza kobiety; ma negatywny wpływ na jakość życia i mężczyzn. Upośledzając kobiety, hamuje równocześnie i mężczyzn. Obniża szanse na dobrostan, ograniczając rozwój i wykorzystanie pełni ludzkiego potencjału. Sytuacja ta ma miejsce w różnym stopniu w państwach Rady Europy i na świecie. Konkretnie przykłady, w których prawo przyczynia się do tworzenia i podtrzymywania strukturalnych podkładów dyskryminacji kobiet i przemocy w Polsce, podaję w odrębnej publikacji, zob. M. Płatek, *Prawnokarna ochrona praw kobiet*, w: L. Kondratiewa-Bryzik, W. Sokolewicz (red.), *Prawa kobiet we współczesnym świecie*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 38–67.

<sup>28</sup> K. Manne, *Down Girl: The Logic of Misogyny*, Oxford University Press, New York 2017, s. 7–30.

<sup>29</sup> Komitet CEDAW działa w ramach Konwencji ONZ w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (dalej: Konwencja CEDAW, CEDAW), przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r., obowiązującej w Polsce od 1982 r., Ustawa z dnia 2 kwietnia 1982 r. – Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz.U z 1982 r. Nr 10, poz. 71 – CEDAW). Komitet CEDAW jest ciałem czuwającym nad realizacją przez państwa-strony Konwencji zobowiązań z niej wynikających. Po raz pierwszy użył on określenia przemoc ze względu na płeć (*gender based violence*) w Zaleceniach ogólnych nr 19 z 1992 r. przyjętych na 11 sesji Komitetu CEDAW i zakwalifikował ją jako formę dyskryminacji, która poważnie ogranicza możliwości kobiet do korzystania z ich praw i wolności na równych zasadach z mężczyznami. Jednocześnie zdefiniował to zjawisko, używając dwóch kryteriów. Z jednej strony odwołał się do kryterium jakościowego i uznał, że zawarta w Konwencji definicja dyskryminacji obejmuje *gender based violence*, tzn. przemoc skierowaną przeciwko kobiecie dlatego, że jest kobietą. Z drugiej strony nawiązał do kryterium jakościowego. Stwierdził, że do tej formy przemocy należy zaliczyć taki jej rodzaj, który dotyka w nieproporcjonalnie wysokim stopniu kobiety (wyraźnie dominują wśród pokrzywdzonych). Równocześnie zaznaczono, że *gender based violence* stanowi pogwałcenie poszczególnych przepisów Konwencji, również wtedy, gdy nie wspominają one wyraźnie o przemocy. Zob. E. Zielińska, *Opinia dot. zakresu zobowiązań nałożonych na państwa-strony przez Konwencję Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, s. 7, [https://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/opinia\\_3.pdf](https://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/opinia_3.pdf) [dostęp: 7.07.2017].

<sup>30</sup> Zob. *Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu ustawy o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011* (druk sejmowy nr 2515), Helsińska Fundacja Praw Człowieka, Warszawa, 8 grudnia 2014 r., [http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC\\_opinia\\_08122014.pdf](http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC_opinia_08122014.pdf) [dostęp: 7.07.2017].

czego – warunkują przemoc. Kobiety nie stają się ofiarami przemocy ze względu na swe cechy biologiczne, ale z uwagi na fakt, że nie spełniają (bądź pod pretekstem, że nie spełniają) społecznych oczekiwań przypisanych do ich płci<sup>31</sup>.

Konwencja stambulska wskazuje na strukturalny charakter przemocy wobec kobiet jako przemocy ze względu na płeć. Oznacza to uznanie, że bezpośrednie doświadczane, obserwowane formy przemocy: fizycznej, psychicznej, seksualnej i/lub ekonomicznej, są w znacznej mierze wynikiem kulturowych wzorców, na które składa się akceptowana, ignorowana, niedostrzegana, pozostawiana poza refleksją aksjologiczną i prawną przemoc wobec kobiet. Ma ona odbicie zarówno w treści prawa, jak i sposobie jego stosowania, i w tym sensie ma charakter strukturalny. Innymi słowy, należy wziąć pod uwagę, iż tworzenie i egzekwowanie prawa może się odbywać w sposób, który choć niezamierzenie, to przyczynia się do przyzwolenia na przemoc bądź do jej lekceważenia lub/i niedostrzegania. Prawo, które z założenia ma być neutralne i równo stosowane do ludzi bez względu na ich płeć, w praktyce neutralne nie jest. Co więcej, może prowadzić do reprodukcji przemocy wobec kobiet i przemocy w rodzinie<sup>32</sup>.

Konwencja stambulska uznaje, że stosowana i doznawana przez kobiety przemoc to mechanizm spychania ich na podległą względem mężczyzn pozycję. Wśród drastycznych form przemocy Konwencja stambulska wymienia w Preambule: przemoc domową, molestowanie seksualne, zgwałcenie, małżeństwo z przymusu, przemoc ekonomiczną, przemoc psychiczną, przestępstwa popełniane w imię „honoru”, okaleczanie narządów płciowych. Wymienione w Preambule formy przemocy uznane są w Konwencji antyprzemocowej za poważne naruszenie praw człowieka: kobiet i dziewcząt, oraz główną przeszkodę w zapewnieniu równości kobiet i mężczyzn. Prawa człowieka kobiet i dziewcząt nie stanowią odrębnej grupy praw. Są integralną częścią praw człowieka. Nie ograniczają się tylko do kobiet. Również mężczyźni i chłopcy padają ofiarą molestowania seksualnego, zgwałcenia, małżeństwa z przymusu, przymuszania do popełniania przestępstw pod pretekstem ochrony „honoru”, okaleczania narządów płciowych; bywają ofiarami przemocy domowej. Konwencja stambulska to dostrzega. Uznaje jednak, iż ze względu na kulturowo przypisywane

---

<sup>31</sup> Są w ocenie stosującego przemoc nie dość uległe, nie dość posłuszne, nie tak, jak się oczekuje, wykonują swoje „naturalne” powinności. Por. E. Zielińska, *Opinia dot. zakresu zobowiązań nałożonych na państwa-strony przez Konwencję Rady Europy...*, *op. cit.*, s. 1–18. Co więcej, i co również świadczy o kulturowych przejawach dominacji, źródłem przemocy wobec kobiet ze strony mężczyzn jest także niewypełnianie przez nich ról kulturowo przypisanych mężczyznom. Mężczyźni odreagowują więc swoje porażki również przemocą wobec kobiet. Z kolei nietypowym zachowaniem byłaby w takich okolicznościach przemoc stosowana przez kobiety wobec mężczyzn (zły mąż, nie zapewnia utrzymania rodzinie, przepija, nie awansuje, traci pracę, nie sprawdza się jako ojciec, nie sprawdza się jako kochanek).

<sup>32</sup> M. Płatek, *Kryminologiczno-epistemologiczne i genderowe aspekty przestępstwa zgwałcenia*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 348–354.

role i wzory zachowań przemoc ta dotyka w nieproporcjonalnie większym stopniu kobiety i dziewczęta.

Rozpoznanie i nazwanie konkretnych form przemocy ma znaczenie. Rozdział V Konwencji dotyczący prawa materialnego opisuje rozpoznane formy przemocy, których ofiarą nieproporcjonalnie częściej padają kobiety i dziewczynki. Konwencja stambulska wyraża stanowisko, iż wdrożenie nie tylko *de iure*, ale także *de facto* równości kobiet i mężczyzn ma zasadnicze znaczenie dla zapobiegania rozpoznany w niej formom przemocy<sup>33</sup>. Art. 36 CETS210 należy więc odczytywać jako instrument zwalczania zgwałceń i przeciwdziałania im. Ma to jednocześnie służyć zwalczaniu i przeciwdziałaniu przemocy, w tym szczególnie doznawanej przez kobiety i dziewczynki.

Prace nad Konwencją antyprzemocową trwały od 2009 r. Problem przemocy wobec kobiet podejmowano i wcześniej. Konwencja stambulska precyzuje to, co wcześniej miała na uwadze ratyfikowana przez Polskę Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (CEDAW)<sup>34</sup>. O przemocy była w niej mowa początkowo nie wprost. Dostrzeżenie i zdefiniowanie tego, co bezrefleksyjnie przyjmowano jako zwyczajny element codzienności, nastęrcza niekiedy trudność właśnie przez wzgląd na swoją „normalność”. Na tym polega proces przypisywania naturze tego, co jest wytworem kultury<sup>35</sup>. Kulturowe arbitryzmy prezentowane jako część „naturalnego porządku świata” unikają obiektywizacji<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Zob. Preambuła CETS210.

<sup>34</sup> Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. z dnia 2 kwietnia 1982 r. Nr 10, poz. 71), zwana Konwencją CEDAW. Nakłada na państwa-strony obowiązek przeciwdziałania dyskryminacji kobiet. Przemoc uznana jest za element, który dyskryminuje.

<sup>35</sup> Nie bez znaczenia jest również niechęć ludzi władzy do przyznania, iż zjawisko takie ma miejsce i że wpływ na to mają procesy kulturowe, w tym i religijne, prezentujące kobiety jako podmioty niższe, „naturalnie” podporządkowane i stworzone dla męskiej pomocy. Religia sama w sobie może być neutralna. To, jak się ją interpretuje – nie. Interpretacja, która przyzwala na zniewolenie kobiety, bywa odrzucana, zwłaszcza przez feministyczne teolożki. Nie jest to jednak zjawisko powszechne. Temat ten poruszam szerzej w artykule: *Czy kobieta może być bohaterką*, w: A. Bartuś (red.), *Bohaterowie–antyo bohaterowie, Europa wobec wyzwań XXI wieku*, Oświęcimski Instytut Praw Człowieka, Oświęcim 2018, s. 23–48; poza tym odsyłam do: *List do biskupów Kościoła katolickiego o współdziałaniu mężczyzny i kobiety w Kościele i świecie*, Kongregacja Nauki i Wiary, 31 maja 2004 r. Kobieta jest tym, co stworzone miało być do pomocy, uzupełniać, żyć dla drugiego. Jednocześnie dla przedstawicieli tej samej Kongregacji Wiary nie ulega wątpliwości, że to, co definiuje człowieka, to cielesność, rozumność i wolność. Wolność, którą odbierają kobiecie, uznając, iż z racji płci biologicznej „naturalnie” przeznaczona jest do poświęcania się i do macierzyństwa (sic!). Zob. J. Melonowska, *Osobna: kobieta a personalizizm Karola Wojtyły Jana Pawła II. Doktryna i rewizja*, Difin, Warszawa 2016, s. 19–41; Z. Radzik, *Kościół kobiet. Hermeneutyczny ośrodek feministycznej interpretacji Biblii*, tłum. A. Mergler, „Praktyka Teoretyczna” 2013, nr 2, <http://www.praktykateoretyczna.pl/czasopismo/kosciol-kobiet-hermeneutyczny-srodek-feministycznej-interpretacji-biblii/> [dostęp: 3.01.2018].

<sup>36</sup> Por. P. Bourdieu, *Męska dominacja*, op. cit., s. 7–19.

Art. 5(a) CEDAW stanowi, iż państwa-strony podejmą wszelkie stosowne kroki w celu zmiany społecznych i kulturowych wzorców zachowania mężczyzn i kobiet dla osiągnięcia likwidacji przesądów i zwyczajów lub innych praktyk, opierających się na przekonaniu o niższości lub wyższości jednej z płci oraz na stereotypach roli mężczyzny i kobiety. Konkrety, jak należy tego dokonać, przynosi – opierając się także na doświadczeniach CEDAW – dopiero Konwencja stambulska.

Konwencja CEDAW została przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 18 grudnia 1979 r. W Polsce obowiązuje jako integralna część polskiego porządku prawnego od 2 kwietnia 1982 r. Na tym samym forum ONZ kilka lat później, w 1993 r., wyrażono już wprost myśl, że przemoc wobec kobiet to przejaw strukturalnej dyskryminacji, który jest naruszeniem praw człowieka. Myśl tę zawiera przyjęta 20 grudnia 1993 r. na 85 plenarnej sesji ONZ Deklaracja w sprawie eliminacji przemocy wobec kobiet (48/104 *Declaration on the Elimination of Violence against Women*)<sup>37</sup>. Mowa w niej o *gender-based violence*, przemocy motywowanej ze względu na płeć i powiązane z nią wyobrażenia o podległej pozycji i narzuconej kulturowo roli kobiety<sup>38</sup>.

Pojęcie przemocy ze względu na płeć kulturową w pełni wybrzmiało w dyskursie praw człowieka już w pierwszej połowie lat 90. Zawarte zostało w dokumencie końcowym Światowej Konferencji Praw Człowieka, zorganizowanej w 1993 r. w Wiedniu. Na konferencji tej potwierdzono również, iż prawa kobiet, prawo do wolności od przemocy i dyskryminacji, a także prawa reprodukcyjne, prawo do autonomicznej decyzji w sprawie posiadania dzieci to samoistne prawa człowieka<sup>39</sup>. Historyczne

---

<sup>37</sup> UN 48/104 Declaration on the Elimination of Violence against Women: „Recognizing that effective implementation of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women would contribute to the elimination of violence against women and that the Declaration on the Elimination of Violence against Women, set forth in the present resolution, will strengthen and complement that process [...] Affirming that violence against women constitutes a violation of the rights and fundamental freedoms of women and impairs or nullifies their enjoyment of those rights and freedoms, and concerned about the long-standing failure to protect and promote those rights and freedoms in the case of violence against women, Recognizing that violence against women is a manifestation of historically unequal power relations between men and women, which have led to domination over and discrimination against women by men and to the prevention of the full advancement of women, and that violence against women is one of the crucial social mechanisms by which women are forced into a subordinate position compared with men”, <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm> [dostęp: 1.06.2017].

<sup>38</sup> UN 48/104 Declaration on the Elimination of Violence against Women: „art. 1. For the purposes of this Declaration, the term “violence against women” means any act of gender-based violence that results in, or is likely to result in, physical, sexual or psychological harm or suffering to women, including threats of such acts, coercion or arbitrary deprivation of liberty, whether occurring in public or in private life”, <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm> [dostęp: 1.06.2017].

<sup>39</sup> Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993 Vienna Declaration and Programme of Action: „18. The human rights of women and of the girl-child are an inalienable, integral and indivisible part of universal human rights. The full and equal participation of women in political, civil, economic, social and cultural life, at the national, regional and international

wysiłki, by uzasadnić niższą wartość kobiet i ich podległość z racji płci, wspierane były (i wciąż są/bywają)<sup>40</sup> przez prawo, religię, obyczaj, historię i mity<sup>41</sup>. Podległą pozycję kobiet miał/ma uzasadniać „naturalny porządek rzeczy”<sup>42</sup>. Argument ten wciąż jest przywoływany bez względu na jego rozpoznany potencjał przemocowy. Potrzeba więc było intelektualnego namysłu, by dostrzec dyskryminacyjny charakter takiej narracji i uznać, że prawa człowieka to także prawa kobiet. To, co dziś może się wydać oczywiste, w 1993 r. w Wiedniu było nowatorskie, niemal odkrywczе. Dla niektórych, przywiązanych do patriarchalnych wzorców i korzystających z pośledniej pozycji kobiet, i dziś jest niechętnie przyznawane<sup>43</sup>.

W systemie prawa Rady Europy Konwencja antyprzemocowa obowiązuje od 1 sierpnia 2014 r.<sup>44</sup> Podobnie jak Konwencja CEDAW uznaje ona, iż strukturalny

levels, and the eradication of all forms of discrimination on grounds of sex are priority objectives of the international community”, <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/Vienna.aspx> [dostęp: 4.06.2017]. Zob. także: J. Symonides, *Powszechna deklaracja praw człowieka (po 60 latach)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 12, s. 3–16; S. Spurek, *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 22; V. Bryson, *Równość kobiet i mężczyzn a prawo karne*, tłum. A. Dominiczak, „Prawo i Płeć” 2002, nr 1, s. 24–26.

<sup>40</sup> Akcja polskiego rządu wspieranego przez hierarchów Kościoła katolickiego zarówno w Polsce, jak i w Rzymie oraz wspierana przez hierarchów Kościoła prawosławnego przeciwko *gender* jest dobrą ilustracją tendencji do unikania uznania praw kobiet jako praw człowieka. Zob. *Zagrożenia rodziny płynące z ideologii gender*. List Pasterski na Niedzielę Świętej Rodziny, 29 grudnia 2013 r. podpisany przez Wojciecha Polaka, sekretarza generalnego KEP, <http://episkopat.pl/list-pasterski-na-niedziele-swietej-rodziny-2013-roku/> [dostęp: 12.07.2017]; O. Szpunar, A. Jurek, *Jak Kempa walczy z ideologią gender*, „Gazeta Wyborcza” z 9 stycznia 2014 r., [http://wyborcza.pl/1,76842,15242819,Jak\\_Kempa\\_walczy\\_z\\_gender\\_Sprawdzamy\\_co\\_jest\\_prawda\\_.html](http://wyborcza.pl/1,76842,15242819,Jak_Kempa_walczy_z_gender_Sprawdzamy_co_jest_prawda_.html) [dostęp: 17.07.2017]. 8 stycznia 2017 r. powstał w Sejmie zespół: STOP Gender; w jego skład weszło 16 posłów; wszyscy z Solidarnej Polski („Ta ideologia działa jak mafia, w sposób zorganizowany. Podstępnie wchodzi do przedszkoli. Około 83 przedszkoli, głównie w Małopolsce, jest zainfekowanych zajęciami z tejże ideologii. Zarabiając pieniądze z Unii Europejskiej, deprawują nam dzieci. Oświadczam, że powiemy: dość tego!” – postraszyła Kempa w programie „Tomasz Lis na żywo” w TVP 1 (z 30 grudnia 2013 r.). I ogłosiła, że powoła zespół parlamentarny pod hasłem: „Stop ideologii gender”).

<sup>41</sup> B. Stark, *The women’s convention, reproductive rights and the reproduction of gender*, „Duke Journal of Gender Law and Policy” 2011, t. 18, nr 261, s. 261–304.

<sup>42</sup> M.A. Case, *After gender the destruction of man? The Vatican’s nightmare vision of the “Gender Agenda” for Law*, „Pace Law Review” 2011, t. 31, s. 802–817.

<sup>43</sup> Przykładem tego była i nadal jest niechęć części klasy politycznej demonstrowana wobec ratyfikacji Konwencji stambulskiej. Zob. Ł. Trybulski, *Episkopat krytykuje konwencję przeciw przemocy wobec kobiet. Zamiast ochrony będzie aborcja*, „na temat”, 2 października 2014 r. <http://natemat.pl/119101,episkopat-krytykuje-konwencje-przeciw-przemocy-wobec-kobiet-zamiast-ochrony-bedzie-pryzwolenie-na-aborcje> [dostęp: 7.07.2017]; R. Kowalski, *Rząd PiS przygotowuje wypowiedzenie Konwencji antyprzemocowej*, „oko.press”, 2 grudnia 2016 r., <https://oko.press/rzad-pis-przygotowuje-wypowiedzenie-konwencji-antyprzemocowej/> [dostęp: 7.07.2017].

<sup>44</sup> Na dzień 18 czerwca 2018 r. CETS210 jest ratyfikowana przez 31 kraje i podpisana przez 15, <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-conventions/treaty/210/signatures> [dostęp: 18.06.2018]. 19 maja 2017 r. jako 23 państwo Konwencję ratyfikowała Gruzja. Konwencja weszła w życie w Gruzji 1 września 2017 r.; 5 lipca 2017 r. Konwencję ratyfikowała Norwegia. Weszła ona w życie w Norwegii 1 listopada 2017. W 2018 r. Konwencję ratyfikowały: Chorwacja, Cypr, Estonia,

charakter przemocy wobec kobiet ze względu na płeć jest jednym z podstawowych czynników utrudniających eliminację dyskryminacji i osiągnięcie równości kobiet i mężczyzn. Konwencja CETS210 uznaje też i potwierdza, iż przemoc wobec kobiet stanowi poważne naruszenie praw człowieka i jest formą dyskryminacji<sup>45</sup>.

Realizacja określonych w art. 1 CETS210 celów Konwencji antyprzemocowej zakłada istnienie efektywnych instrumentów. Za jeden z bardziej skutecznych uznaje legislację. Nie oznacza to uznania omnipotencji prawa. Zwraca się jednak uwagę, że w ramach subsydiarnej roli prawa karnego sposób, w jaki wyznacza się przedmiot ochrony i stronę przedmiotową przestępstwa, ma znaczenie dla nazywania, informowania, a także internalizowania norm<sup>46</sup>. I tak uporczywe nękanie czy molestowanie seksualne nie są zjawiskami nowymi. Jednak bez nazwania ich były dolegliwością tłumaczoną „tradycją rycerską”, „formą zalotów”, elementem kultury, która przyzwalała na nieliczenie się ze zdaniem „adorowanej” osoby. Ukazanie istoty takich praktyk i nadanie im kryminalnego miana (uporczywe nękanie) lub umieszczenie wśród dyscyplinujących przepisów prawa pracy (molestowanie seksualne) umożliwiło zmianę perspektywy. W tym sensie regulacja prawna, niosąc ze sobą potencjał informacyjny, stwarza warunki dla prewencji. Ma ona szansę, gdy narzuca reguły postępowania, wpajając uznanie określonych zachowań za niestosowne i nieprzyzwoite. Zmiana nazwy zmienia nastawienie. Przykładem uświadomienie tego, że niepłacenie alimentów to przemoc ekonomiczna. Uporczywe unikanie płacenia alimentów, pomimo że uznane jest za przestępstwo, było tolerowane i przez władzę, i przez część opinii społecznej. Dowodem niewielka skuteczność ściągania alimentów i piramidalność alimentacyjnych długów<sup>47</sup>. Konwencja stambulska nazwała to formą przemocy, mając wpływ na zmianę społecznej reakcji na to zjawisko. Wcześniej tolerowane, dziś coraz

---

Niemcy, Islandia, Szwajcaria, Była Jugosłowiańska Republika Macedonii. Z państw członkowskich Rady Europy wciąż nie podpisały Konwencji Rosja i Azerbejdżan. 13 czerwca 2017 r. Konwencję podpisała Unia Europejska.

<sup>45</sup> E. Zielińska, *Opinia dot. zakresu zobowiązań nałożonych na państwa-strony przez Konwencję Rady Europy...*, *op. cit.*

<sup>46</sup> Można się spierać o to, czy prawo karne jest zaledwie emanacją utrwalonych przekonań, czy też przekonania te tworzy i czy prowadzi to do ich internalizacji. Można się spierać, czy prawo progresywnie, czy zaledwie regresywnie odtwarza to, co już uznane za niechciane. Można się także spierać, jak dalece prawo karne jest powołane do internalizowania norm poprawnego zachowania. W zależności od przytaczanych wybiórczo przykładów racje mogą się kształtować różnie. Konwencja stambulska zdaje się jednak te spory co najmniej łagodzić. Przepisy karne nadal traktowane są jako pomocnicze. Obowiązek główny spoczywa na innych metodach kontroli i kształtowania zachowań społecznych. Prawo karne pozostaje ostatecznością. Jako takie jednak ma oddawać myśl o istocie zgwałcenia w sposób, który gwałtom będzie przeciwdziałał. Zakwestionowanie autonomii seksualnej w treści prawa bądź jej nieuwzględnienie gwałtu reprodukuje. Nie chodzi więc o iluzoryczną wiarę, że prawo uczyni cuda, raczej o świadomość, że treść prawa może być odpowiedzialna za powodzenie lub niepowodzenie procesów nastawionych na przeciwdziałanie przemocy seksualnej.

<sup>47</sup> E. Stępień, *10,5 mld złotych. Tyle obecnie wynosi dług alimentacyjny w Polsce*, „Ona” z 18 maja 2017 r., <http://www.polskatimes.pl/strona-kobiet/macierzynstwo/a/105-mld-zlotych-tyle-obecnie-wynosi-dlug-alimentacyjny-w-polsce,12090403/> [dostęp: 25.05.2017].

częściej kompromituje i odbiera wiarygodność<sup>48</sup>. W przypadku przestępstwa zgwałcenia chodzi także o osiągnięcie zrozumienia, iż przemocą seksualną i zgwałceniem jest relacja, do której dochodzi w sposób opisany w art. 36 CETS210.

Badania i analizy, które poprzedziły przygotowanie Konwencji antyprzemocowej, potwierdziły istnienie w wielu państwach Rady Europy rozwiązań zarówno w prawie cywilnym, administracyjnym, jak i karnym wzmacniających uprzedzenia, zwyczaje oraz praktyki wynikające z przekonania o niższości kobiet oraz promujące stereotypy, patriarchalny model roli kobiet i mężczyzn<sup>49</sup>. Rozwiązania te istnieją pomimo tego, że państwa-strony to najczęściej także państwa-strony Konwencji CEDAW, która w art. 5(a) obliguje je do staranności w ich eliminacji. Stąd CETS210 poza przepisami dotyczącymi zintegrowanych polityk i profilaktyki zawiera także zalecenia wprowadzenia do systemu prawa karnego przepisów konkretnie precyzujących przedmiot ochrony, stronę przedmiotową, a niekiedy także podmiot i stronę podmiotową czynów ujętych w rozdziale dotyczącym prawa materialnego. Obowiązkiem państw-stron Konwencji antyprzemocowej jest zharmonizowanie krajowych przepisów, w tym przepisów kodeksu karnego, z treścią przepisów karnych zawartych w rozdz. V CETS210. W przypadku zgwałcenia dotyczy to zharmonizowania art. 36 CETS210 z art. 197 k.k.

Konwencja antyprzemocowa nie ogranicza się do zalecenia kryminalizacji zachowań i stworzenia w prawie krajowym typów przestępstw obejmujących znamiona określone w rozdz. V CETS210. Przewiduje też instrumenty, które przestępczości tej mają przeciwdziałać oraz minimalizować szkody nimi wyrządzone. Profilaktyce poświęcony jest art. 12 CETS210. Art. 25 CETS210 przewiduje utworzenie sieci łatwo dostępnych ośrodków świadczących pomoc dla ofiar gwałtów lub przemocy seksualnej w zakresie badań lekarskich i sądowych, wsparcia pourazowego oraz poradnictwa.

Art. 36 CETS210 i stosownie art. 197 k.k. nie powinny więc być rozpatrywane w oderwaniu, lecz w relacji do istniejących, zgodnych z Konwencją antyprzemocową polskich rozwiązań i rozwiązań wymaganych, ale wciąż nieistniejących. Konwencja stambulska wymaga stosownej implementacji przepisów zakazujących dyskryminacji kobiet (art. 4 ust. 2 i 3 CETS210) i dopełnienia staranności w zapobieganiu dyskryminacji

---

<sup>48</sup> Charakterystyczny jest tu przykład tolerancji w kwestii niepłacenia alimentów przez posłów, senatorów, członków rządu jeszcze kilka lat temu i społeczna anatema, jaka z tego samego powodu objęła już w czasie obowiązywania w Polsce Konwencji antyprzemocowej znanego działacza społecznego.

<sup>49</sup> Np. tylko kobieta może być zgwałcona (Irlandia); tylko dziewczynka powyżej 16 roku życia może wziąć ślub (Polska); z dzieckiem powyżej 15 roku życia można uprawiać seks, ale to dziecko nie może się samodzielnie udać do lekarza i zadbać o swoje zdrowie i podjąć decyzji w sprawie reprodukcji poza powszechnie dostępnymi prezerwatywami sprzedawanymi bez względu na wiek (Polska); przemoc w rodzinie nie jest przestępstwem, kryminalizowany jest dopiero eksces w stosowaniu przemocy (Polska); każda kobieta może wziąć urlop rodzicielski bez względu na sytuację pracowniczą ojca dziecka; ojciec dziecka może wziąć urlop rodzicielski, o ile matka dziecka ma stały etat (Polska); sędzia płci męskiej w sądzie rejonowym i apelacyjnym może pracować do 65 roku życia; sędzia płci żeńskiej z takim samym doświadczeniem przewidziana jest do przejścia na emeryturę po skończeniu lat 60 (Polska).



kobiet (art. 5 CETS210). Wiążący jest zawarty w art. 5 ust. 2 CETS210 standard należytej staranności w zakresie przeciwdziałania, ścigania oraz zadośćuczynienia ofiarom przemocy. Dotyczy zobowiązania dołożenia starań do zachowania zgodności między treścią art. 36 CETS210 i art. 197 k.k.<sup>50</sup>

## 2. Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie *M.C. vs. Bułgaria*

W sprawie *M.C. przeciwko Bułgarii* (nr 39272/98) [dalej: *M.C. vs. Bułgaria*] ETPCz zwrócił uwagę na reformę prawa karnego w zakresie określenia kwestii zgody przy ustawowych znamionach przestępstwa zgwałcenia. Zmiana polegała na odejściu od ujęcia historycznego w kierunku ujęcia równościowego („from a «historical approach» to the «equality approach» to the question of consent”; §127). Dotyczy odejścia od wymogu obecności elementu przemocy i groźby dla uznania, że doszło do zgwałcenia, na rzecz efektywnego respektu dla autonomii seksualnej jednostki („the development of law and practice in that area reflects the evolution of societies towards effective equality and respect for each individual’s sexual autonomy”, §165).

Sprawa wywodzi się ze skargi *M.C. vs. Bułgaria*. Skarga ta wpłynęła 23 grudnia 1997 r. 5 grudnia 2002 r. ETPCz uznał skargę za dopuszczalną. 13 listopada 2003 r. wydał w tej sprawie wyrok. Skarżąca *M.C.* zarzuciła władzom, że nie wywiązały się z zagwarantowania ochrony jej praw i z obowiązku przeprowadzenia skutecznego postępowania w sprawie o zgwałcenie. Ani prawo, ani praktyka krajowa w sprawach o zgwałcenie, ani śledztwo w sprawie zgwałcenia, którego padła ofiarą, nie zapewniły jej tego, co jest obowiązkiem władz – skutecznej ochrony przed zgwałceniem, przez co naruszyły jej zdaniem prawa człowieka zagwarantowane w Europejskiej konwencji praw człowieka (dalej: EKPCz) ujęte w art. 3, 8, 13, 14 EKPCz.

ETPCz uznał, że w sprawie doszło do naruszenia art. 3 EKPCz (zakazuje tortur, nieludzkiego i poniżającego traktowania albo karania) i art. 8 EKPCz (nakazuje poszanowanie życia prywatnego i rodzinnego)<sup>51</sup>.

Okoliczności sprawy były następujące. *M.C.*, obywatelka bułgarska, 11 sierpnia 1995 r. zgłosiła na policję, iż padła ofiarą zgwałcenia. Miała wówczas 14 lat i 10 miesięcy. Wiek zgody, obowiązujący wówczas w bułgarskim kodeksie karnym, wynosił lat 14. Okoliczności sprawy przedstawiały się następująco: skarżąca zgodziła się pójść 31 lipca 1995 r. na dyskotekę z trzema mężczyznami, z których jeden był

<sup>50</sup> W sprawach dotyczących wszelkich form przemocy wobec kobiet standard należytej staranności stosowany jest zarówno przez Komitet CEDAW, jak i przez ETPCz. Por. *Opinia Helsińskiej Fundacji...*, *op. cit.*, s. 11.

<sup>51</sup> W związku z tym uznał za niecelowe odrębne badanie, czy doszło do naruszenia art. 13 ETPCz (prawo do skutecznej obrony, również wtedy, gdy naruszenia praw dopuściły się osoby wykonujące funkcje urzędowe) i art. 14 EKPCz (zakaz dyskryminacji).

znajomym jej brata. Po zakończeniu imprezy mężczyźni mieli odwiedzić ją do domu. Zamiast tego w drodze powrotnej skręcili nad jezioro. Tam jeden z nich ją zgwałcił. Przerazona, nie walczyła, nie stawiała oporu, prosiła jednak, płacząc, by przestał. Czuła się jak sparaliżowana, była wstrząśnięta. Następnie zamiast do domu zawieźli ją do mieszkania starszego brata kolegi, wcześniej wstępując do restauracji. Miała nadzieję, że ją ochroni. Nie ochronił. Tym razem to on ją zgwałcił. Nie stosował przemocy. Pchnął ją na łóżko, nie groził, nie pytał, nie zważał na jej przerażenie i płacz. Następnego dnia znalazła ją tam matka i zabrała do domu. Wskazani mężczyźni zaprzeczyli, by doszło do gwałcenia. Twierdzili, że stosunki odbyły się za zgodą skarżącej. Twierdzili również, że po stosunku nie płakała, lecz była w dobrym nastroju. Również zeznający świadkowie z miasteczka, choć niespójnie co do detali, twierdzili, że spotkana w miasteczku skarżąca była w dobrym nastroju. Następnego dnia matka, której skarżąca powiedziała o zdarzeniu nad jeziorem, zaprowadziła ją do lekarza. Ten stwierdził przerwanie błony dziewiczej oraz otarcia i siniaki. Zwłoka w zawiadomieniu o zgwałceniu związana była z oświadczeniem pierwszego sprawcy, że się ze skarżącą ożeni, gdy ta osiągnie wiek uprawniający do zamążpójścia. Wiadomość o drugim gwałcie sprawiła, że rodzina M.C. podjęła decyzję o zgłoszeniu całego zdarzenia na policję.

Prowadzący śledztwo przez rok (od listopada 1995 do listopada 1996 r.) nie przedstawili nikomu żadnych zarzutów, nie dokonali żadnych czynności procesowych. W tym samym czasie wskazani sprawcy złożyli pozew przeciwko M.C. i jej matce o szkalowanie ich dobrego imienia. Sprawa trafiła do prokuratury; bez dalszego biegu. W listopadzie 1996 r. sprawę podjęto. Przesłuchano świadków. Prokurator uznał materiał za niekompletny. Zarządził dowód z opinii biegłych. Psychiatra i psycholog uznali, że nie ma podstaw do stwierdzenia, iż w stosunku do skarżącej została zastosowana przemoc lub groźby.

Obniżoną zdolność do stawiania oporu przez M.C. wytłumaczono wewnętrznym konfliktem między naturalnym zainteresowaniem seksualnym a poczuciem, że to, co robi, jest naganne. Skarżącą uznano za zdrową psychicznie i zdolną do zrozumienia wagi wydarzeń, podkreślając jednak, że jej młody wiek wskazuje na niewykształcony w pełni system wartości<sup>52</sup>.

W marcu 1997 r. prokuratura rejonowa umorzyła postępowanie karne. Na złożone przez skarżącą zażalenie prokuratura wydała postanowienie, że dla umorzenia podstawowe znaczenie miał fakt, iż w sprawie nie ustalono występowania przemocy fizycznej lub psychicznej i że do obcowania doszło wbrew jej woli i pomimo jej oporu. Fakt, iż nie jest normalne, by nieletnia dziewczica w krótkim okresie dwa razy pod rząd odbyła stosunki seksualne z dwoma różnymi mężczyznami, nie zmienia tego, iż brak dowodów, by uznać, że doszło do gwałcenia. W 2001 r. skarżąca przedstawiła

---

<sup>52</sup> A. Kurzawa, *Gwałt w polskim prawie. Na tle strasburskiego orzeczenia przeciw Bułgarii*, „Prawo i Płec” 2005, nr 2, s. 9.

pisemną opinię bułgarskich biegłych (psychiatry i psychologa). Wskazali oni, że istnieją dwa rodzaje reakcji ofiar zgwałcenia. Jeden charakteryzuje się stawianiem gwałtownego oporu, drugi „zastygłym strachem” (co nazwano syndromem infantylnizmu psychologicznego). Ten drugi wynika z braku, w obliczu gwałtu, możliwości sięgnięcia po zestaw adekwatnych reakcji. W tych warunkach reaguje biernością, poczuciem sparaliżowania, wrażenia wyjścia ze swojego ciała, emocjonalnym zobojętnieniem. To może być powodem biernego poddania się przemocy. W następstwie zaś próbą zerwania psychologicznych więzów ze zdarzeniem, jakby go nie było. Jak wykazały badania, reakcja taka nie należy do rzadkich<sup>53</sup>.

Kodeks karny Bułgarii w trakcie trwania postępowania definiował zgwałcenie jako obcowanie płciowe z kobietą niezdolną do obrony, bez jej zgody, zmuszoną do tego przemocą lub groźbą, lub która została doprowadzona przez sprawcę do stanu bezradności (art. 152 § 1 bułgarskiego k.k.).

Skarżąca przed ETPCz zarzuciła, że prawo i praktyka krajowa skupiły się na zebraniu dowodów na obecność przemocy lub groźby zamiast skoncentrować się na ustaleniu, czy faktycznie wystąpiła zgoda na stosunek. Skarżąca przedstawiła dowody na to, że powszechną praktyką postępowań krajowych w sprawach o przestępstwa seksualne jest ściganie, gdy występują przemoc i groźby. Dowodem było to, iż zdecydowana większość orzeczeń sądów bułgarskich zapadała w sprawach, w których zgwałceniu towarzyszyła przemoc i groźby, i gdzie sprawca nie był wcześniej znany ofierze, a ta doznała poważnych uszkodzeń ciała.

Skarżąca zarzuciła też władzom, iż ustalenie granicy zgody na obcowanie płciowe na lat 14 nie daje właściwej ochrony dziecka przed zgwałceniem.

W efekcie skarżąca podniosła, że z tych przyczyn śledztwo w jej sprawie nie było rzetelne i niesłusznie koncentrowało się na braku przemocy i groźb, a nie na ustaleniu występowania lub niewystępowania pozytywnej zgody i na zapewnieniu jej przez władze rzetelnego postępowania i stosownej ochrony, co stanowi naruszenie art. 3, 8, 13 i 14 EKPCz. Zdaniem skarżącej prawidłowe zastosowanie obowiązujących przepisów, zgodnie z obowiązkiem władz do przestrzegania EKPCz, doprowadziłoby do skazania sprawców na podstawie jej zeznań za naruszenie przepisów o zgwałceniu.

Rząd Bułgarii nie podzielił zdania skarżącej. Uznał, że nie naruszył żadnych pozytywnych obowiązków wynikających z EKPCz, a śledztwo było prowadzone bezstronnie i dogłębnie. Ponieważ jednak nie udowodniono w sprawie zastosowania przemocy lub groźby, nie istniały przesłanki do postawienia domniemanym sprawcom zarzutu<sup>54</sup>. Zdaniem rządu skarżąca dysponowała wymaganymi dla zachowania

<sup>53</sup> Zob. też. J. Herman, *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, tłum. A. i M. Kacmajor, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Gdańsk 1998, s. 53–58.

<sup>54</sup> Argumenty prezentowane przeciwko uznaniu, że doszło do zgwałcenia, dotyczą spożywania przez osobę alkoholu, jej ubioru (obcisłe dżinsy) czy zachowania (nie trzymała zaciśniętych kolan, nie krzyczała).

standardów wynikających z EKPCz środkami odwoławczymi zarówno w prawie karnym, jak i w prawie cywilnym.

ETPCz w swoim wyroku podkreślił pozytywny obowiązek państwa do ustanowienia i efektywnego stosowania prawa karzącego wszelkie formy gwałtu i seksualnego wykorzystywania. Podkreślił, iż państwa mają swobodę wyboru środków służących realizacji powinności wynikających z EKPCz. Osiągnięty efekt musi jednak odpowiadać standardom wymaganym przez EKPCz. Zdaniem ETPCz skuteczne odstraszanie w przypadku poważnych przestępstw „[...] można zaś osiągnąć jedynie dzięki skutecznym przepisom prawa karnego wspartym działaniem organów ścigania” (zob. np. sprawy *O’Keeffe przeciwko Irlandii*, wyrok ETPCz z dnia 28 stycznia 2014 r. [Wielka Izba] [skarga nr 35810/09], pkt 148).

ETPCz przypomniał (§ 149), że państwa-strony zobowiązały się wypełniać obowiązek nałożony na nie przez art. 1 EKPCz, w związku z artykułem 3EKPCz. Wymaga on zapewnienia jednostkom pozostającym pod ich jurysdykcją praw i wolności określonych w EKPCz. Obliguje to je do podjęcia właściwych działań mających na celu ochronę przed wszelkimi formami złego traktowania, nawet jeśli jego sprawcami są osoby prywatne (*A. przeciwko Zjednoczonemu Królestwu*, 23 września 1998 r., § 22, *Zbiór*, 1998–VI; *Z. i Inni przeciwko Zjednoczonemu Królestwu* [Wielka Izba], nr 29392/95, §§ 73–75, ETPCz 2001–V)<sup>55</sup>.

---

Znane jest wcześniejsze orzeczenie włoskiego sądu, że kobiety w dżinsach zgwałcić się nie da. A. Stanley, *Ruling in tight jeans and rape sets off anger in Italy*, „The New York Times”, 16 lutego 1999: „Alessandra Mussolini, an Italian politician and granddaughter of fascist leader Benito Mussolini, called the ruling “abhorrent” and “a time bomb waiting to explode.” In 1999, Italy’s highest appeals court provoked another controversy for throwing out the rape conviction and 34-month sentence of a man because the victim wore tight jeans. The incident happened in 1992 in the town of Muro Lucano in southern Italy. The 18-year-old told authorities that her instructor drove her to a secluded area and raped her. The instructor said they had consensual sex inside the car. In the decision, dubbed the “denim defense,” the court said that it’s “impossible” to remove the jeans if the victim was fighting “with all her force”. “That decision seemed like it came from 50 years ago,” Mussolini said, “The judges obviously had no sensitivity to the psychology of rape – no understanding of how victims think or how real life works.” In 1996, the Parliament revised its antiquated rape statute by classifying rape as a crime against a person. The old law, written in 1936 under Benito Mussolini, classified rape as a crime against public morality. Alessandra Mussolini helped draft the 1996 legislation”, <http://www.nytimes.com/1999/02/16/world/ruling-on-tight-jeans-and-rape-sets-off-anger-in-italy.html> [dostęp: 20.06.2017]; *Judge could lose job for berating rape victim: ‘Why couldn’t you just keep your knees together?’*, „The Washington Post; World View” September 9, 2016, [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/09/09/judge-could-lose-job-for-berating-rape-accuser-why-couldnt-you-just-keep-your-knees-together/?tid=a\\_inl&utm\\_term=.6bb26b2aea37](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/09/09/judge-could-lose-job-for-berating-rape-accuser-why-couldnt-you-just-keep-your-knees-together/?tid=a_inl&utm_term=.6bb26b2aea37) [dostęp: 20.06.2017]; K. Phillips, *A sexual assault case was tossed because the woman didn’t scream during alleged attack*, „The Washington Post: World View”, March 26, 2017, [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/03/26/italian-judge-tossed-sexual-assault-case-because-woman-didnt-scream-during-alleged-attack/?utm\\_term=.d0cf4908d1d2](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/03/26/italian-judge-tossed-sexual-assault-case-because-woman-didnt-scream-during-alleged-attack/?utm_term=.d0cf4908d1d2) [dostęp: 12.06.2017].

<sup>55</sup> M. Jankowska-Gilberg, *Zakres obowiązków pozytywnych państwa na tle aktualnego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego” 2009, t. VII, s. 35–48; zob. Wyrok z 4 XII 2003 r. w sprawie *M.C. vs. Bułgaria* (nr 39272/98), § 185.

ETPCz stwierdził istnienie pozytywnego obowiązku „stworzenia i stosowania w praktyce ram prawnych, zapewniających ochronę przed aktami przemocy ze strony osób prywatnych”. W sprawie *M.C. vs. Bułgaria* podkreślił zobowiązanie władz do starannego prowadzenia postępowań karnych w sprawach o zgwałcenie. Obowiązek ten, wynikający z art. 3 EKPCz, obejmuje również zapewnienie pokrzywdzonemu możliwości aktywnego udziału w śledztwie oraz kwestionowania przed sądami ewentualnej decyzji o jego umorzeniu. W tej sprawie ETPCz uznał, że śledztwo w sprawie prowadzone było ze znacznym opóźnieniem, a władze nie przyłożyły stosownej, dostatecznej uwagi do ochrony interesów i wrażliwości osób małoletnich w stopniu, który doprowadził do naruszenia art. 3 EKPCz i art. 8 EKPCz (§ 187).

Swoboda państw-stron w kształtowaniu sposobu realizacji zobowiązań EKPCz uwzględnia lokalne aspekty kulturowe i tradycję. Nie mogą one jednak prowadzić do ograniczenia praw człowieka chronionych przez EKPCz.

Art. 152 § 1 bułgarskiego k.k. nie wymagał fizycznego oporu ofiary. Mimo to skupiano się wyłącznie na poszukiwaniu występowania przemocy i gróźb. Wymóg ten wynika więc raczej z kulturowych rutyn, przyzwyczajzeń i wyobrażeń na temat tego, czym jest zgwałcenie. Z braku woli, ale może też i z bezradności wobec stereotypów kojarzących, pomimo odmiennej treści prawa, zgwałcenie z przemocą i groźbami.

ETPCz przyznał, że udowodnienie braku zgody, gdy brak jest śladów przemocy lub naocznych świadków, może nastrożać trudności. Tym bardziej jednak wymaga to zbadania wszystkich faktów i podejmowania decyzji na podstawie całokształtu okoliczności sprawy w kierunku ustalenia zgody/braku zgody. Tymczasem w sprawie ustalano zaledwie obecność/nieobecność przemocy i groźby. W efekcie opór fizyczny lub jego brak stał się koronnym argumentem co do bytu/niebytu zgwałcenia. Nie jest tak, że władze nie mogły przeprowadzić dogłębnego postępowania. Nie przeprowadziły wobec okoliczności, że po ustaleniu braku przemocy uznały, iż zgwałcenie nie miało miejsca.

ETPCz podkreślił w związku z tym, że zgodnie ze współczesnymi standardami i procesami społecznymi obowiązek państw w zakresie ochrony przed traktowaniem lub karaniem niezgodnym z art. 3 EKPCz musi obejmować również penalizację i skuteczność ścigania każdego niedobrowolnego aktu seksualnego, także w sytuacji gdy ofiara nie stawia fizycznego oporu. Zauważył, iż w ustawach karnych państw-stron odchodzi się od wymagania, aby ofiara zgwałcenia stawiała opór fizyczny. Podał, że w przypadku, gdy przepisy krajowe wśród ustawowych przesłanek przewidują występowanie przemocy, niektóre z ustawodawstw za obecność przemocy uznają działanie sprawcy podejmowane bez zgody osoby (§ 171). Nie znajduje współcześnie usprawiedliwienia podejście, według którego przemoc i groźba stanowią konstytutywny element znamion przestępstwa zgwałcenia. Ogranicza to prawo dysponenta/dysponentki dobrem zaledwie do odmowy. Sprowadza prawo jednostki tylko do niezgody na zbliżenie. W ten sposób w istocie odmawia jej prawa do korzystania

z pozytywnego prawa do decydowania o swoim życiu seksualnym. Stanowi to naruszenie tego, co ETPCz przywołał jako autonomię seksualną człowieka.

W sprawie *M.C. vs. Bułgaria* ETPCz po raz pierwszy *expressis verbis* wskazał na autonomię seksualną jako na test oceny, czy doszło do zgwałcenia. Odczytanie więc w kodeksie karnym takich słów, jak „przemoc”, „groźba”, „podstęp” wymaga, co podkreślił w swoim orzeczeniu ETPCz, uznania, że mają one miejsce zawsze wtedy, gdy brak jest pozytywnej (afirmacyjnej, czynnej) zgody – *affirmative consent*, czyli świadomej, wolnej, autonomicznej, swobodnej, nieprzymuszonej zgody na zbliżenie (§ 127)<sup>56</sup>.

ETPCz przywołał wcześniejsze orzecznictwo Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii w sprawie *Prokurator vs. Kunarac, Kovać i Vuković* (sprawa nr IT-96-23, wyrok z 22 lutego 2001 r.). Ten wskazał wprost na test zgody i na autonomię seksualną jako kryterium oceny, czy doszło do zgwałcenia. Podstawowym kryterium uznania, że do niego doszło, jest nie obecność siły, gróźb i przemocy, lecz brak pozytywnej, dobrowolnej, nieprzymuszonej zgody na zbliżenie. Zgwałcenie ma miejsce wtedy, gdy pogwałcona jest autonomia seksualna osoby (§ 104).

Wyrok w sprawie *M.C. vs. Bułgaria* zapadł 4 marca 2004 r. Dekadę później w życie weszła Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej. Art. 36 CETS210 stanowi, że narusza autonomię seksualną i dopuszcza się przemocy seksualnej, w tym gwałtu, ten, kto doprowadza do relacji seksualnej drugą osobę bez jej zgody.

### 3. Przedmiot ochrony przestępstwa określonego w art. 36 CETS210 i art. 197 k.k.

W przypadku przestępstw stypizowanych w przepisach części szczególnej kodeksu karnego na rodzajowy przedmiot ochrony wskazuje zazwyczaj tytuł rozdziału, w którym dane przestępstwo zostało umieszczone. Art. 36 CETS210 umieszczony jest w rozdz. V Konwencji antyprzemocowej. Rozdział ten został zatytułowany Prawo materialne. Tytuł nie dotyczy więc konkretnego przedmiotu ochrony, lecz zakresu, w jakim ustawodawca krajowy państwa-strony Konwencji zobowiązany jest co najmniej do zbadania, czy treść obowiązującego krajowego prawa materialnego pozostaje w zgodzie z treścią przepisów rozdz. V CETS210. W tym też sensie sam tytuł rozdz. V nie daje wskazówki co do przedmiotu ochrony zawartego w art. 36 CETS210.

<sup>56</sup> *M.C vs. Bułgaria* mówi wprost o wymogu zagwarantowania przez prawo i praktykę „effective equality and respect for each individual’s sexual autonomy” (§ 165). Nie ma tu miejsca na respektowanie wyobrażeń sprawcy. Jest wymóg wiedzy zweryfikowanej, na jakiej podstawie sprawca uznał, że osoba wyraziła autonomiczną, nieprzymuszoną zgodę na zbliżenie. Brak oporu, strach, płacz, paraliż odbierający mowę nie spełnia kryteriów autonomicznej, nieprzymuszonej zgody.

Art. 36 CETS210 poprzedzony jest tytułem: *Przemoc seksualna, w tym gwałt*. Gwałt, a więc zgwałcenie, uregulowany jest w art. 36.1a CETS210<sup>57</sup>. Wiadomo więc, iż jest to przepis, który odnosi się do zgwałcenia. To jednak, co konkretnie stanowi przedmiot ochrony, wynika z treści przepisu i z przygotowanego przez Radę Europy komentarza do Konwencji antyprzemocowej.

Treść art. 36.1a, jak już zaznaczono, jako zgwałcenie określa dokonywanie penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym drugiej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub jakimkolwiek przedmiotem bez zgody tej osoby.

*Explanatory Report* przywołuje wyrok w sprawie *M.C. vs. Bułgaria* i jako przedmiot ochrony wskazuje autonomię seksualną jednostki<sup>58</sup>.

Koncepcja autonomii seksualnej nie jest pojęciem nowym<sup>59</sup>. Zakłada ona jednocześnie spełnienie trzech elementów: 1) możliwości, by podejmować odpowiedzialne, dojrzałe, racjonalne wybory; 2) posiadania wolności od zewnętrznych nacisków i ograniczeń; 3) zapewnienia fizycznej nietykalności osoby. Autonomia seksualna zakłada wolność od przemocy, podstępu i przymusu psychicznego, a także prawo do wyrażenia pozytywnej woli. Brak przemocy, przymusu psychicznego czy podstępu nie pozwala na jednoznaczne uznanie, że osoba wyraziła zgodę na relację seksualną.

Wymóg zapewnienia autonomii seksualnej ma dwojaki charakter. Dotyczy jednostkowych, bezpośrednich relacji seksualnych. Jest także zaleceniem dla władzy zapewnienia stosownej jakości polityki społecznej, gwarantującej poszanowanie autonomii seksualnej w relacjach bezpośrednich. Zobowiązuje do: 1) zapewnienia edukacji i praktyk poszanowania dla autonomii seksualnej osób; 2) zapewnienia jednostce wiedzy i rozwoju, wolnych od pruderii, uprzedzeń, zabobonów, mizoginii i seksistowskich stereotypów<sup>60</sup>; 3) zadbania o środowisko społeczne wolne od prze-

---

<sup>57</sup> Pozostałe zachowania ujęte w art. 36 CETS210 dotyczą innych czynności seksualnych (art. 36.1.b CETS210) i doprowadzenia drugiej osoby bez zgody do podjęcia innych czynności seksualnych (art. 36.1.c CETS 210). W artykule ograniczam się do przestępstwa zgwałcenia, gdyż *a fortiori* to, co odnosi się do zgwałcenia, dotyczy także pozostałych, mniej surowo ocenianych czynów.

<sup>58</sup> *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe, Istanbul, 11.V.2011, Treaty Series – CETS No. 210, p. 191, s. 32 <https://rm.coe.int/16800d383a> [dostęp:18.06.2018]. Jest charakterystyczne, iż na dzień 18 czerwca 2018 r. nie ma oficjalnego tłumaczenia wyjaśniającego memorandum.

<sup>59</sup> S. Schulhofer, *Unwanted Sex. Understanding...*, *op. cit.*, s. 254–284; M. Horvath, J. Brown (red.), *Rape. Challenging Contemporary Thinking*, Willan Publishing, Portland, Oregon 2009; S. Schulhofer, *Taking sexual autonomy seriously*, „Law and Philosophy” 1992, t. 11, nr 1–2, s. 35–94. Shelach Day ma być może rację, wskazując na związek i relację autonomii seksualnej jako podstawy kształtowania ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia i poszanowania praw seksualnych i reprodukcyjnych kobiet. To jednocześnie może być trop wyjaśniający przyczynę posługiwania się pojęciem teorii wolności seksualnej. Zob. S. Day, *Women's sexual autonomy*, „Canadian Women Studies” 1996, t. 16, nr 3, s. 46–54.

<sup>60</sup> Na władzy spoczywa obowiązek umożliwienia jednostce samopoznania koniecznego dla podejmowania odpowiedzialnych, dojrzałych, racjonalnych wyborów dotyczących jej życia seksualnego. To wynika także z prawa krajowego. Zob. Preambuła do Ustawy o planowaniu rodziny; zob. Ustawa

mocy seksualnej, uprzedmiotawiania ludzi i traktowania ich jak obiekty seksualne i/lub rozrodcze.

Autonomia seksualna dotyczy autonomii korzystania w pełni z posiadanego potencjału seksualnego. Automatycznie wyklucza wszelkie formy seksualnego przymusu i nadużyć w jakimkolwiek czasie i sytuacji życiowej. Autonomia seksualna to prawo do seksualnej odrębności, integralności i bezpieczeństwa cielesnego. Oznacza możliwość podejmowania niezależnych decyzji dotyczących życia seksualnego, wolnych od cudzych zapatrywań i wyobrażeń<sup>61</sup>. Określa prawo jednostki do sprawowania kontroli nad własnym ciałem, czerpania zadowolenia z życia seksualnego, wolności od tortur, okaleczania, wymuszania seksu pod jakimkolwiek pozorem (także pod pozorem obowiązku małżeńskiego). Oznacza prawo do prywatności seksualnej, czyli do indywidualnych decyzji i zachowań w sferze intymnej w stopniu, w jakim nie narusza to praw innych osób. Jest równoznaczna z prawem do seksualnej równości. Oznacza wolność od wszelkich form dyskryminacji, niezależnie od płci, orientacji psycho-seksualnej, identyfikacji płciowej, wieku, po osiągnięciu wieku zgody, rasy, klasy społecznej, religii czy fizycznej albo emocjonalnej niepełnosprawności, która nie uniemożliwia świadomych, autonomicznych wyborów. Autonomia seksualna odnosi opisany powyżej proces do sfery wyborów i zachowań seksualnych<sup>62</sup>. Ograniczenia związane z wiekiem, jak przewiduje to art. 200 k.k. (wiek zgody lat 15), czy art. 9 Konwencji o cyberprzestrzeni (wiek zgody lat 16), są elementem tej koncepcji<sup>63</sup>. Koncepcja autonomii seksualnej nie tylko wymaga osiągnięcia wieku zgody,

---

z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.).

<sup>61</sup> Nie dotyczy to usprawiedliwionych ograniczeń swobody, jak w przypadku prawa władzy do wytyczania, z zachowaniem wymogu niedyskryminacji ze względu na orientację seksualną, rasę, pochodzenie itd., granic i kryminalizacji, np. narażenia na zarażenie chorobą weneryczną i/lub HIV (jak w art. 161 §2 k.k.). Narażenie takie jest przykładem braku poszanowania autonomii seksualnej jednostki.

<sup>62</sup> Autonomia seksualna jest pojęciem stosowanym nie tylko na gruncie prawa karnego. Ma ono zastosowanie jako przesłanka i kryterium podejmowanych działań w medycynie, psychologii, seksuologii. Nosi tam nazwę wolności seksualnej. Nie należy tych pojęć mylić z pojęciem wolności seksualnej, o której mówi polski ustawodawca i doktryna w art. 197 k.k. Swoją treścią bowiem pojęcie to lepiej odpowiada temu, co wyraża art. 36 CETS210. 26 sierpnia 1999 r. przyjęto podczas XIV Światowego Kongresu Seksuologów w Hongkongu Powszechną deklarację praw seksualnych. Następnie w 2002 r. została ona przyjęta przez WHO, czyli Międzynarodową Organizację Zdrowia. Założenia deklaracji stanowią dobrą ilustrację tego, co składa się na istotę autonomii seksualnej, [http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration\\_of\\_sexual\\_rights\\_sep03\\_2014.pdf](http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration_of_sexual_rights_sep03_2014.pdf) [dostęp: 1.07.2017].

<sup>63</sup> CETS210 zobowiązuje do eliminowania zjawisk, które pod pozorem moralności utrzymują dyskryminacyjne praktyki towarzyszące wykorzystaniu seksualnemu. Jest to możliwe także w drodze edukacji. Wyrok ten potwierdził, iż wprowadzenie do przedmiotów obowiązkowej wiedzy z zakresu życia seksualnego nie stanowi naruszenia prawa rodziców i ich poglądów religijnych i moralnych do wychowania dzieci. Wiedza ta jest również potrzebna jak matematyka czy języki obce i traktowana z naukowego punktu widzenia służy eliminowaniu przesądów, nierówności i w istocie zapobiega także przestępstwom seksualnym. Przy tym nie zawsze jest do tego konieczne prowadzenie zajęć z wychowania



seksualnego. Myślę, że podobny efekt dojrzałości i samoświadomości można osiągnąć w ramach dobrze prowadzonych zajęć z filozofii i etyki. Wzorce, które uniemożliwiają porozumienie się i które mogą prowadzić do przestępczości, czyniąc z mężczyzn sprawców, a z kobiet ofiary tak poważnego przestępstwa, jak zgwałcenie, nie znajdują usprawiedliwienia w ich podtrzymywaniu. Także z racji celów, dla których istnieje i jest stosowany kodeks karny. Nie służy on zaledwie karaniu sprawców. Celem jego, także w poprzednich kodyfikacjach, było przeciwdziałanie przestępstwom. 7 grudnia 1976 r. wydany został przez Europejski Trybunał Praw Człowieka wyrok w sprawie *Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen vs. Denmark* (nr 5095/71; 5920/72; 5926/72): „54. In order to examine the disputed legislation under Article 2 of the Protocol (P1-2), interpreted as above, one must, while avoiding any evaluation of the legislation's expediency, have regard to the material situation that it sought and still seeks to meet. The Danish legislator, who did not neglect to obtain beforehand the advice of qualified experts, clearly took as his starting point the known fact that in Denmark children nowadays discover without difficulty and from several quarters the information that interests them on sexual life. The instruction on the subject given in State schools is aimed less at instilling knowledge they do not have or cannot acquire by other means than at giving them such knowledge more correctly, precisely, objectively and scientifically. The instruction, as provided for and organised by the contested legislation, is principally intended to give pupils better information; this emerges from, inter alia, the preface to the "Guide" of April 1971. Even when circumscribed in this way, such instruction clearly cannot exclude on the part of teachers certain assessments capable of encroaching on the religious or philosophical sphere; for what are involved are matters where appraisals of fact easily lead on to value-judgments. The minority of the Commission rightly emphasized this. The Executive Orders and Circulars of 8 June 1971 and 15 June 1972, the "Guide" of April 1971 and the other material before the Court plainly show that the Danish State, by providing children in good time with explanations it considers useful, is attempting to warn them against phenomena it views as disturbing, for example, the excessive frequency of births out of wedlock, induced abortions and venereal diseases. The public authorities wish to enable pupils, when the time comes, "to take care of themselves and show consideration for others in that respect", "not ... [to] land themselves or others in difficulties solely on account of lack of knowledge" (section 1 of the Executive Order of 15 June 1972). These considerations are indeed of a moral order, but they are very general in character and do not entail overstepping the bounds of what a democratic State may regard as the public interest. Examination of the legislation in dispute establishes in fact that it in no way amounts to an attempt at indoctrination aimed at advocating a specific kind of sexual behavior. It does not make a point of exalting sex or inciting pupils to indulge precociously in practices that are dangerous for their stability, health or future or that many parents consider reprehensible. Further, it does not affect the right of parents to enlighten and advise their children, to exercise with regard to their children natural parental functions as educators, or to guide their children on a path in line with the parents' own religious or philosophical convictions. Certainly, abuses can occur as to the manner in which the provisions in force are applied by a given school or teacher and the competent authorities have a duty to take the utmost care to see to it that parents' religious and philosophical convictions are not disregarded at this level by carelessness, lack of judgment or misplaced proselytism. However, it follows from the Commission's decisions on the admissibility of the applications that the Court is not at present seized of a problem of this kind (paragraph 48 above). The Court consequently reaches the conclusion that the disputed legislation in itself in no way offends the applicants' religious and philosophical convictions to the extent forbidden by the second sentence of Article 2 of the Protocol (P1-2), interpreted in the light of its first sentence and of the whole of the Convention. Besides, the Danish State preserves an important expedient for parents who, in the name of their creed or opinions, wish to dissociate their children from integrated sex education; it allows parents either to entrust their children to private schools, which are bound by less strict obligations and moreover heavily subsidized by the State (paragraphs 15, 18 and 34 above), or to educate them or have them educated at home, subject to suffering the undeniable sacrifices and inconveniences caused by recourse to one of those alternative solutions. 55. The applicants also rely on the first sentence of Article 2 (P1-2).

wymaga także od władz zapewnienia, że z chwilą osiągnięcia wieku zgody jednostka jest przygotowana do podejmowania autonomicznych, dojrzałych, samodzielnych decyzji dotyczących życia seksualnego oraz że w równym stopniu jest zdolna do poszanowania autonomii seksualnej innych osób<sup>64</sup>. Poszanowanie autonomii seksualnej osoby zobowiązuje władzę do powstrzymania się od dyscyplinowania, ingerowania i różnicowania autonomii ludzi w takim zakresie jak płeć czy rodzaj związku<sup>65</sup>. Kierując się przesłanką zgody, nie wykluczamy przymusu, groźby lub/i podstępny jako wskaźnika, że do relacji doszło bez zgody osoby. Są to jednak przesłanki wtórne. Ustalamy bowiem obecność zgody, a nie obecność niezgody<sup>66</sup>.

Koncepcja autonomii seksualnej została wypracowana na gruncie doktryny prawa karnego wzbogaconej myślą jurysprudencki feministycznej<sup>67</sup> (zagadnienie to było również już wcześniej poruszane także w literaturze krajowej<sup>68</sup>). Wpływ na koncepcję

---

In this connection, it suffices to note that the respondent State has not denied and does not deny their children either access to educational institutions existing in Denmark or the right of drawing, by official recognition of their studies, profit from the education received by them" [...], <http://echr.ketse.com/doc/5095.71-5920.72-5926.72-en-19761207/view/> [dostęp: 1.07.2017].

<sup>64</sup> Autonomia seksualna odnosi się do wolności. Wolność zakłada prawo do decyzji – zarówno pozytywnej, jak i negatywnej. Decydowanie wymaga wiedzy, samoświadomości. Do władz należy nie tylko przeciwdziałanie zgwałceniom, ale i zagwarantowanie dostępu do wiedzy i kształtowania swobodnej, niezależnej świadomości. Skoro art. 200 k.k. przyzwała na współżycie z dzieckiem, które ukończyło lat 15, oznacza to, że już w tym momencie dziecko ma prawo mieć stosowne rozeznanie zarówno tego, kim jest, jak i czego chce. Wymóg ten wynika także z art. 48.1 Konstytucji RP (Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. [Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.]). Wymaga zapewnienia dostępu do lekarza, środków antykoncepcyjnych i efektywnego, odpowiedzialnego decydowania o swojej płodności. Rodzice mają prawo wychowywać dziecko zgodnie z własnymi przekonaniami. W procesie tym jednak są zobowiązani uwzględniać stopień jego dojrzałości, a także wolność jego sumienia i wyznania oraz jego przekonania. Kształtowanie przekonań wymaga dostępu do wiedzy, ale i umiejętności krytycznego, samodzielnego myślenia.

<sup>65</sup> Zgodnie z logiką autonomii seksualnej władza nadal ma prawo dowartościowywać pewne relacje względem innych. Nie może to się jednak odbywać w sposób dyskryminacyjny. Małżeństwo może więc być dowartościowane wobec konkubinatu. Nie można jednak w tych warunkach rezerwować danego typu związku dla par heteroseksualnych, odmawiając go parom homoseksualnym. Jest to bowiem przyzwolenie na dyskryminację, która reprodukuje wzorce podległości, zależności i upośledzenia, a te leżą u źródła zwalczanych w Konwencji stambulskiej form przemocy. Podobny pogląd wyrażony jest w sprawie *ETPCz Oliari vs. Italy* (nr 18766/11 and 36030/11).

<sup>66</sup> Por. M. Płatek, *Gwałt – przestępstwo w cieniu Temidy*, w: L. Gardocki i in. (red.), *Gaudium in Litteris est. Księga Jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman*, Liber, Warszawa 2005, s. 289–307.

<sup>67</sup> S.J. Schulhofer, *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1998, s. 274–282; C.A. MacKinnon, *Difference and dominance: On sex discrimination*, w: K.T. Bartlett, R. Kennedy (red.), *Feminist Legal Theory. Reading in Law and Gender*, Oxford University Press, Oxford 1991, s. 81–94; *M.C. vs. Bulgaria* (nr 39272/98); wyrok ostateczny 4 marca 2004 r.

<sup>68</sup> M. Płatek, *Gwałt – przestępstwo w cieniu...*, *op. cit.*, s. 289–307; *idem*, *Przeciwdziałanie wtórnej wiktyimizacji ofiar zgwałcenia*, w: L. Mazowiecka (red.), *Wiktyimizacja wtórna. Geneza, istota i rola w przekształceniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 80–108;

autonomii seksualnej miała myśl Judith Butler. Jej klasyczne dzieło *Gender Trouble* (Uwikłani w płć) zwróciło uwagę legislatorów na wcześniej niedostrzegany brak neutralności prawa. Regulacje dotyczące kobiet i mężczyzn, także w prawie karnym, pod pozorem różnic biologicznych dyskryminują pozycję w prawie, także w prawie karnym<sup>69</sup>. W *Undoing Gender* Judith Butler zwróciła uwagę, że koncepcja autonomii seksualnej nie ogranicza się do ustalenia kryterium wolności dysponentki/dysponenta dobra chronionego. Kształtuje w ten sposób także standard poszanowanie godności i autonomii człowieka.

Autonomia seksualna jako przedmiot ochrony art. 36 CETS210 jest jedynie aspektem tego, co mieści się w koncepcji autonomii człowieka<sup>70</sup>. Zgoda wymagana dla uznania, że nie dochodzi do naruszenia autonomii seksualnej jednostki, wynika z jednoczesnego poszanowania i ochrony wolności, godności i integralności cielesno-duchowej człowieka. Przystępstwo zgwałcenia jest związane z ciałem i przez ciało naraża na uprzedmiotowienie, odczłowieczenie jednostki w wyniku braku poszanowania seksualnej autonomii jednostki. Autonomia seksualna nie traci więc z pola widzenia aspektu seksualnego, jaki związany jest ze zgwałceniem. Zamach

---

*idem*, *Przestępstwo zgwałcenia...*, *op. cit.*, s. 23–43; *idem*, M. Płatek, *Tryptyk obyczajowy: zgwałcenie, kazirodztwo, prostytutka*, w: S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka, B. Orłowska-Zielińska (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Pracownia Wydawnicza ELSet, Olsztyn 2011, s. 258–292; *idem*, *Kryminologiczno-epistemologiczne...*, *op. cit.*, s. 349–382; *idem*, *Prawnokarna ochrona praw kobiet*, w: L. Kondratiewa-Bryzik, W. Sokolewicz (red.), *Prawa kobiet we współczesnym świecie*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 38–67; *idem*, hasło: *Prawo, Zgwałcenie*, w: M. Rudaś-Grodzka, K. Nadana-Sokołowska, A. Mroziak, K. Szczuka, K. Czeczot, B. Smoleń, A. Nasiłowska, E. Serafin, A. Wróbel (red.), *Encyklopedia gender. Płć w kulturze*, Wydawnictwo Czarna Owca, Warszawa 2014, s. 431–435, 591–596.

<sup>69</sup> J. Butler, *Uwikłani w płć*, tłum. K. Krasuska, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2008, s. 43–49. Przykładem tego, o czym dalej w tekście, jest chociażby utrzymywanie przez dekady wnioskowego trybu ścigania zgwałcenia, aby „oszczędzić wstydu ofierze”. Utrwalanie w ten sposób pomysłu, iż to ofiara ma się wstydzić tego, że została zgwałcona, zapewnia zarówno bezkarność sprawcy, obojętność organów ścigania, jak i wysokie prawdopodobieństwo reprodukcji wzorców zachowań prowadzących do kolejnych aktów gwałtu.

<sup>70</sup> *Idem*, *Undoing Gender*, Routledge, New York 2004, s. 25: „I began this chapter with a suggestion that perhaps the interrelated movements and modes of inquiry that collect here might need to consider autonomy as one dimension of their normative aspirations, one value to realize when we ask ourselves, in what direction ought we to proceed, and what kinds of values ought we to be realizing? I suggested as well that the way in which the body figures in gender and sexuality studies, and in the struggles for a less oppressive social world for the otherwise gendered and for sexual minorities of all kinds, is precisely to underscore the value of being beside oneself, of being a porous boundary, given over to others, finding oneself in a trajectory of desire in which one is taken out of oneself, and resituated irreversibly in a field of others in which one is not the presumptive center. The particular sociality that belongs to bodily life, to sexual life, and to becoming gendered (which is always, to a certain extent, becoming gendered for others) establishes a field of ethical enmeshment with others and a sense of disorientation for the first-person, that is, the perspective of the ego. As bodies, we are always for something more than, and other than, ourselves”.

na autonomię seksualną jest jednak jednocześnie zamachem na integralność i podmiotowość człowieka.

Dla dogmatycznego rozwoju koncepcji autonomii seksualnej znaczenie miały prace amerykańskiego prawnika Stephana Schulhofera<sup>71</sup>. Zwrócił on uwagę na trudność z ustaleniem, czy doszło do zgwałcenia, w sytuacjach, w których ewidentny był brak zgody na relację seksualną i równie ewidentny brak przemocy, groźby czy podstęp.

Znaczenie dla wypracowania koncepcji autonomii seksualnej miały również prace amerykańskiej karnistki Catharine A. MacKinnon<sup>72</sup>. Nie była pierwszą, która wskazywała na historyczne związki uregulowania przestępstwa zgwałcenia z zamachem na rzeczowe prawo własności<sup>73</sup>. MacKinnon była jednak jedną z pierwszych, która ten dogmatyczny problem osadziła w kontekście obyczajowości, genderowych norm społecznych i praktyk stosowania prawa<sup>74</sup>. MacKinnon zwróciła też uwagę na niedostrzegany wcześniej związek zgwałcenia z naruszeniem praw człowieka<sup>75</sup>.

Przemoc w bliskich związkach i zgwałcenie jako element tej przemocy traktowano jako zdarzenia należące do sfery życia prywatnego, wolnego od interwencji władz. Rozwój jurysprudencki feministycznej zakwestionował zasadność takiego podejścia. ETPCz wskazał w wyroku w sprawie *M.C. vs. Bułgaria*, iż na władzy spoczywa proaktywny obowiązek ochrony jednostki przed wszelką przemocą, także przemocą w bliskich związkach (§ 150–151)<sup>76</sup>. To miało miejsce w 2004 r. W 2011 r. koncepcja ta znalazła wyraz w ujęciu przedmiotu ochrony art. 36 CETS2010<sup>77</sup>.

<sup>71</sup> S. Schulhofer, *The feminist challenge in criminal law*, „University of Pennsylvania Law Review” 1995, t. 143, nr 6, s. 2151–2207.

<sup>72</sup> C.A. MacKinnon, *Reflexions on sex equality under the law*, „The Yale Law Journal 1991” nr 5, s. 1281–1328; poza tym: książka C.A. MacKinnon, *Sexual Harassment of Working Women*, Yale University Press, New Haven 1979, stała się inspiracją dla zmian prawodawstwa w USA i na świecie w kwestii napastowania seksualnego.

<sup>73</sup> Przed nią dostrzegali już chociażby J. Makarewicz – *idem*, *Zbrodnia i kara*, H. Altenberg, Lwów 1922, s. 24 i n.

<sup>74</sup> Por. C.A. MacKinnon, *Defining rape internationally: A comment on Akayesu*, w: eadem, *Are Women Human*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2006, s. 237–246.; K. Krasuska, *Gender (płeć)*, w: M. Rudaś-Grodzka, K. Nadana-Sokołowska, A. Mrozik, K. Szczuka, K. Czacot, B. Smoleń, A. Nasiłowska, E. Serafin, A. Wróbel (red.), *Encyklopedia gender...*, *op. cit.*, s. 155–158.

<sup>75</sup> C.A. MacKinnon, *Rape, genocide, and women's human rights*, „Harvard Women's Law Journal” 1994, nr 5, s. 183–196.

<sup>76</sup> Podobnie ETPCz powtórzył to w sprawie *Opuz przeciwko Turcji* (skarga nr 33401/02, wyrok z dnia 9 czerwca 2009 r.).

<sup>77</sup> Konwencja antyprzemocowa nastawiona jest przede wszystkim na zapewnienie relacji wolnych od przemocy, w tym wolności od zgwałcenia. Kwestia kary za naruszenie przepisów o zgwałceniu nie jest więc nieistotna; nie jest jednak kwestią pierwszorzędą. Sprawą pierwszorzędą jest kwestia zobowiązania ze strony państwa do zadbania o warunki, w których do relacji seksualnych między ludźmi dochodzi za ich zgodą. V.E. Munro, *Constructing consent: Legislating freedom and legitimating constraint in the expression of sexual autonomy*, „Acron Law Review” 2008, nr 41, s. 923–956.

Koncepcję autonomii seksualnej wcześniej stosowano w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla Rwandy, Aruszy i Tanzanii<sup>78</sup>, a także w orzecznictwie Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii<sup>79</sup>.

Autonomia seksualna wymaga dla podjęcia relacji seksualnej uzyskania autonomicznej, wolnej, świadomej, nieskrępowanej zgody, gdzie „tak” znaczy „tak”, w przeciwieństwie do wymaganego w ramach koncepcji wolności seksualnej wyraźnego uzyskania odmowy, gdzie „nie” znaczy „nie”.

Pod wpływem tego orzecznictwa i toczonych debaty niektóre państwa zmieniły w swoim ustawodawstwie znamiona przestępstwa zgwałcenia, uznając prawo do zgody (*consent*) jako przedmiot ochrony przy zgwałceniu<sup>80</sup>. Niektóre, nie zmieniając treści, brak zgody identyfikowały jako obecność przemocy<sup>81</sup>. W konwencji antyprzemocowej to autonomia seksualna, a nie wolność seksualna stanowi podstawę opisu przestępstwa zgwałcenia. W efekcie mamy do czynienia z sytuacją, kiedy to samo słowo „zgwałcenie” może mieć różne znaczenie. Może, ale nie musi. Konwencja antyprzemocowa wymaga, aby strony podjęły konieczne działania ustawodawcze lub inne mające na celu zagwarantowanie, że zostanie osiągnięty efekt wymagany w art. 36 CETS210. Zmiany ustawodawcze są więc opcją, nie koniecznością. Koniecznością jest polityka kryminalna, karna i społeczna respektująca wymogi autonomii seksualnej.

W jakim więc stopniu przedmiot ochrony art. 197 k.k. odpowiada wymogom art. 36 CETS210?

Przedmiotem ochrony w art. 197 k.k. jest wolność seksualna i obyczajowość. To wynika wprost z umieszczenia art. 197 w rozdz. XXV kodeksu karnego. Dotyczy on przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości. W dogmatyce podnosi się, iż już w tytule rozdz. XXV k.k. „wolność seksualna została podniesiona do rangi samodzielnego, rodzajowego przedmiotu ochrony”<sup>82</sup>. Uznano to za postęp w stosunku do wcześniejszych uregulowań, które ujmowały zgwałcenie jako przestępstwo przeciwko obyczajowości. W kodeksie karnym z 1997 r. zgwałcenie występuje jako przestępstwo przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości. Gdyby tekst, a nie jego treść miał wyłączne znaczenie, wówczas już na tym etapie analizy można by było

<sup>78</sup> Zob. sprawa *Prosecutor vs. Akayesu*, Case No ICTR 96-4-T Judgement 688 (Sept. 2, 1998), <http://www.unict.org/en/cases/ict96-4> [dostęp: 3.03.2013].

<sup>79</sup> Zob. sprawa *Prosecutor vs. Kunarac et al.*, Case Nos IT-96-23-T & IT 96-23/I-T. Judgement (Feb. 22. 2001).

<sup>80</sup> Wymóg taki wprowadzono np. w ustawodawstwie włoskim i szwedzkim, zastępując wcześniejszą obecność przemocy (Szwecja) czy zagrożenie moralności (Włochy). R.A. van Cleave, *Renaissance redux? Chastity and punishment in Italian rape law*, „Ohio State Journal of Criminal Law” 2008, t. 6, s. 335–350.

<sup>81</sup> Zob. § 158 *M.C. vs. Bułgaria*.

<sup>82</sup> J. Warylewski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej. Art. 197*, w: A. Wąsek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Komentarz do artykułów 117–221*, C.H.Beck, Warszawa 2006, s. 793.

uznać, że ustalone różnice przedmiotu ochrony w art. 36 CETS210 i art. 197 k.k. wskazują na potrzebę nowelizacji art. 197 k.k. Zbadajmy jednak meritum: wartość, jaką niosą ze sobą słowa użyte w tytule rozdz. XXV k.k. i w art. 197 k.k.

Komentarze podkreślają, iż niewypowiedzianym znamieniem czynu zabronionego z art. 197 k.k jest brak zgody<sup>83</sup>. Gdyby jednak tak było, przepis koncentrowałby się na braku zgody. Tymczasem jako przedmiot ochrony wskazana jest wolność seksualna i obyczajowość. Przedmiotem ochrony przestępstwa zgwałcenia była historycznie moralność, obyczajowość, a dopiero w jej ramach własność, a współcześnie wolność seksualna.

O ile ochrona własności jako źródło konstrukcji przestępstwa zgwałcenia jest rzadko sobie uświadamiana, autonomia seksualna nadal pozostaje słabo rozpoznana<sup>84</sup>. Obyczajowość i/lub moralność jako przedmioty ochrony wyznaczają ramy ochrony wolności seksualnej<sup>85</sup>. Przywołanie moralności i obyczaju pozwala na war-

<sup>83</sup> *Ibidem*, s. 809.

<sup>84</sup> Gwałt traktowano jako przestępstwo naruszające prawa ojców i mężów w stosunku do posiadanych przez nich kobiet. Przykładów takiego stosunku do zgwałcenia dostarcza zarówno Biblia, karząc jednakowo gwałciela i zgwałconą, jeśli do gwałtu doszło w mieście, oraz prawa historyczne i wciąż jeszcze współczesne pozwalające na uniknięcie kary w przypadku zgody na poślubienie „wybrakowanej” kobiety oraz różnic w karach w zależności od tego, czy zgwałcona była „dziewicą”, czy kobietą, która miała już za sobą inicjację seksualną. Zob. G. Vigarello, *Historia gwałtu*, tłum. A. Leyk, Aletheia, Warszawa 2010, s. 54–67; S. Brownmiller, *Against Our Will. Men, Women and Rape*, Simon & Schuster, New York 1975, s. 10, 11; M. Płatek, *Gwałt – przestępstwo w cieniu Temidy*, w: L. Gardocki i in. (red.), *Gaudium In Litteris est. Księga Jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman*, Liber, Warszawa 2005, s. 289–307.

<sup>85</sup> United Nation Human Rights Office, poprzez swojego przedstawiciela, komisarza ds. praw człowieka Zeida Ra'ada al-Husseina, 22 sierpnia 2017 r. poinformował o zmianach, jakie przyjęto w prawie karnym niektórych państw arabskich: w Libanie, Tunezji i Jordanii: „Lebanon, Tunisia and Jordan that allowed rapists to avoid criminal prosecution by marrying their victims. To punish a rape victim by making her marry the perpetrator of a horrible crime against her – there is no place in today's world for such hideous laws. I warmly welcome the stand that lawmakers in Lebanon, Tunisia and Jordan have taken towards eliminating violence against women and ensuring that perpetrators of such violence are held to account», High Commissioner Zeid said. On 16 August, Lebanon voted to repeal article 522 of its penal code, a law that provided that if a person accused of rape agreed to marry the victim, the accused not be subjected to criminal prosecution. Two weeks earlier, on 1 August, Jordanian lawmakers also voted to abolish a similar provision – article 308 of its penal code. The High Commissioner welcomes these positive developments. In Tunisia, on 26 July, the parliament adopted a law on eliminating violence against women and eliminating impunity for perpetrators, recognizing that violence against women includes economic, sexual, political and psychological violence. The law will come into effect next year. Tunisia has also established two human rights institutions this year dealing with human trafficking and improving the enjoyment of individual liberties and equality. «These are hard-won victories, thanks to the tireless campaigns over the years by human rights defenders – in particular women human rights defenders – in Tunisia, Lebanon and Jordan», High Commissioner Zeid said. «I call on the Governments and people of these countries – and other countries in the region – to build on this positive momentum, and to work towards the swift repeal of other legislation that condones sexual violence against women and girls and perpetuates discrimination against them in clear violation of international human rights law». The High Commissioner noted that in Lebanon, article

tościowanie postawy osoby pokrzywdzonej, szacując jej stopień przyczynienia się i „winy”. Obyczajowość wyjaśnia też mechanizm przyzwolenia na bezkarność sprawcy i przerwania odpowiedzialności za zgwałcenie na osobę pokrzywdzoną (zgwałcona ma się wstydzić zhańbienia i z tego powodu „wolno jej” powstrzymać się od zgłoszenia przestępstwa. Władza, wychodząc naprzeciw jej „hańbie”, powstrzymuje się od ścigania; dla mitygowania stopnia zhańbienia i wstydu powstrzymywała odpowiedzialność sprawców)<sup>86</sup>. Obyczajowość jako przedmiot ochrony występuje już w polskim kodeksie karnym od czasów kodeksu Makarewicza z 1932 r. Uwzględniała ją również włoski kodeks karny Mussoliniego. To za jego czasów, w 1936 r., gwałt we Włoszech został zakwalifikowany do przestępstw przeciwko moralności publicznej<sup>87</sup>. Doświadczenie uczy, iż obyczajowości blisko do moralizatorstwa i stwarzania w istocie przyzwolenia na bezkarność sprawców i obwinianie pokrzywdzonych.

Nie brak opinii, iż przestępstwo zgwałcenia ma niewiele wspólnego z seksem. Dotyczy raczej władzy i dominacji sprawcy nad osobą pokrzywdzoną<sup>88</sup>. Nie podzielam takiego stanowiska. Bliższe jest mi podejście Catharine MacKinnon, która podkreśla, iż zgwałcenie jest przestępstwem dotyczącym zachowań seksualnych<sup>89</sup>. Atakując wolność jednostki, jest jednocześnie przestępstwem dotyczącym relacji władzy, podległości i zniewolenia.

---

505 of the penal code continues to allow those accused of having sex with a minor to go free if they marry their victims, while article 508 allows for marital rape. Zeid called for article 505 to be repealed and for marital rape to be criminalized”, <http://www.standup4humanrights.org> [dostęp: 10.07.2017].

<sup>86</sup> Młodzi prawnicy nadal używają takich właśnie argumentów, optując za przywróceniem trybu wnioskowego ścigania zgwałcenia. Używają nawet „finezjnych” argumentów jak ten, iż tryb wnioskowy ma jedynie charakter procesowy, a nie materialny, więc czyn nadal pozostaje karalny. To, że pozostaje tak zaledwie na papierze, im nie przeszkadza. Zob. J.M. Ferenz, *Prawidłowość trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 5, s. 30.

<sup>87</sup> A. Stanley, *Ruling in tight jeans...*, *op. cit.* Trzeba jednak uczciwie przyznać, że podobnie jak w Polsce wymóg *querela*, a więc formalnej woli ścigania sprawcy wyrażony przez pokrzywdzoną miał znacznie dłuższą tradycję. Tam, gdzie zgwałcenie uchodzi za przestępstwo przeciwko moralności publicznej i obyczajowości, rozwiązania w postaci „ratowania honoru” przez sprawcę zgwałcenia, który godzi się poślubić zgwałconą, mają się nadal dobrze. Wylimitowane we Włoszech uznanie zgwałcenia za przestępstwo przeciwko osobie, a nie przeciwko moralności, nadal występuje np. w krajach Azji Środkowej i na Kaukazie, przyczyniając się do utrzymywania zwyczaju porywania kobiet w celach matrymonialnych. Art. 544 włoskiego kodeksu karnego obowiązywał do 1981 r. Stanowił on, iż gwałt przestaje być przestępstwem ściganym z urzędu, jeśli sprawca zgodzi się uratować „dobre imię” ofiary i jej rodziny i weźmie pokrzywdzoną za żonę. W 1996 r., w wyniku kolejnych zmian, przestał być przestępstwem przeciwko moralności i stał się przestępstwem przeciwko osobie. R.A. van Cleave, *Rape and the querela in Italy: False protection of Victim Agency*, „Michigan Journal of Gender and Law” 2007, t. 13, s. 273–310; *Rape and Sexual offences in Sweden, 2016, Statistics of Bra-crime statistics, Sweden*, <https://www.bra-se/bra-in-english/home/crime-and-statistics/rape-and-sex-offences.html> [dostęp: 17.07.2017].

<sup>88</sup> J. Filipovic, *Rape is about power not sex*, „The Guardian” 29 August 2013, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/aug/29/rape-about-power-not-sex> [dostęp: 17.07.2017].

<sup>89</sup> C.A. MacKinnon, *Rape, genocide...*, *op. cit.*, s. 5–16.

Koncepcja wolności seksualnej, skupiając się na poszukiwaniu przejawów braku zgody, sprzyja ignorowaniu pozytywnej woli osoby pokrzywdzonej. Nie bezpośrednio więc, ale podtrzymuje tradycyjne relacje władcze. Nie pozostawia miejsca na pytanie, czego osoba chce, a przyzwalając zaledwie na dowód z braku zgody, reprodukuje stosunki, w których osoby ze względu na ich pozycję społeczną lub pozycję w rodzinie nie mają prawa/warunków do zakomunikowania swej woli. Powaga zarzutu, że doszło do zgwałcenia, nie wynika tylko z faktu, że dotyczy intymnego tabu, jakim jest seks. Powaga ta bierze się stąd, iż zarzut taki narusza uporządkowaną, strukturalną hierarchię władzy (dziecko, które stawia zarzut, że zostało zgwałcone przez ojca, żona przez męża, młody chłopak przez księdza, kobieta przez mężczyznę). Tak postawiony zarzut burzy porządek „świata”. Dać temu wiarę, wysłuchać – oznacza zgodzić się na zakwestionowanie milcząco i często pozarefleksyjnie akceptowanego porządku podległości i posłuszeństwa. Trudno jest dopuścić do głosu tych, których obowiązkiem jest milczeć, słuchać i się podporządkować<sup>90</sup>.

Prawo nie musiało być ukształtowane w sposób, który pozwoli podtrzymać „ustalony porządek rzeczy”, w istocie utrwalający hierarchiczne, dyskryminujące stosunki społeczne. Tak jednak uczyniono. Z tego powodu nie ma w nim konstrukcji, która przewiduje wymóg pozytywnej zgody dysponenta dobra. Dlatego też pozytywna zgoda dysponentki dobrem stanowi tak trudny dla dogmatyków prawa karnego problem<sup>91</sup>. Tam jednak, gdzie w przepisach przywołana jest obyczajowość i moralność, a wolność ograniczona została do sprzeciwu, możliwe jest, iż wolność seksualna zaledwie maskuje równość, chroniąc nierówne standardy.

Brak jest w doktrynie odrębnych prac poświęconych koncepcji wolności seksualnej. Rozważania doktryny i judykatury, które uzasadniają sposób typizowania i rozstrzygania na podstawie art. 197 k.k., czy doszło do zgwałcenia, powołują się na wolność seksualną i wskazują na sposób identyfikowania koncepcji wolności seksualnej<sup>92</sup>. Jej sens można także odtworzyć z rozumowania doktryny i judykatury. Orientacja zarówno doktryny, jak i judykatury skupia się na poszukiwaniu wolności od przymusu, groźby i podstępów. Doktryna i judykatura nie bada obecności

<sup>90</sup> Przyjmuje się – zgodnie z rzeczywistością – że zgwałceń najczęściej dopuszczają się mężczyźni. Jednocześnie to oni należą do grupy, która tworzy prawo i sprawuje rządy. Michael Leshner, badając i opisując seksualne nadużycia w ortodoksyjnym środowisku żydowskim, uchwycił fenomen systematycznego skrywania, wyciszania, poświęcenia ofiar zgodny z tym, co Justyna Kopińska opisywała, gdy odpowiedzialnymi za molestowanie seksualne byli katolicy księża lub katolickie siostry. M. Leshner, *Sexual Abuse, Shonda and Concealment in Orthodox Jewish Communities*, McFarland & Company, Jefferson, North Carolina 2014, s. 94–109; J. Kopińska, *Czy Bóg wybaczy siostrze Bernadette?*, Świat Książki, Warszawa 2015, s. 92–105.

<sup>91</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 282.

<sup>92</sup> Zob.: J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973, s. 6–29; M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa–Poznań 1974, s. 59–66.



autonomicznej zgody. Jarosław Warylewski podkreśla, iż „przedmiotem ochrony w przypadku art. 197 k.k. jest wolność seksualna, konkretyzująca się w prawie do dysponowania swoim ciałem w sferze stosunków seksualnych, w prawie do wyboru partnera seksualnego i ich liczby oraz czasu, miejsca i formy kontaktów seksualnych, które powinny być wolne od rzeczywistego przymusu, groźby i podstęp<sup>93</sup>”.

Wolność seksualna to więc nie tylko wolność od przemocy, przymusu i podstępu. To dodatkowo wolność ograniczona do takiej porcji wolności od przemocy, przymusu i podstępu, która zostanie uznana przez oceniających zdarzenie za rzeczywistą. Wolność seksualna staje się w takich warunkach wolnością ograniczoną do niezgody. Kryteriami oceniającymi, czy brak zgody miał miejsce, jest obecność przemocy, przymusu lub podstępu, uznane za rzeczywistą przemoc, przymus lub podstęp. Podejściu temu towarzyszy utrwalone w doktrynie i podtrzymywane w orzecznictwie przekonanie, że „ofiara przestępstwa zwykle przyczynia się do jego popełnienia<sup>94</sup>”. Umyka refleksja, iż zgwałcenie jest przestępstwem, które właśnie na tym polega, że dochodzi do niego pomimo braku przyczynienia się ofiary, a sama jej obecność nie powinna być tożsama z przyczynieniem się.

Zarówno doktryna, jak i judykatura poszukują dla uznania, że doszło do zgwałcenia, występowania przemocy, groźby lub podstępu. Pozytywna odmowa nie jest traktowana jako równoznaczna z przemocą<sup>95</sup>. Jest to konstrukcja odmienna od tej, jaką przewiduje i której wymaga od ustawodawcy art. 36 CETS 210.

Art. 36 CETS 210 odwołuje się do zgody jako przejawu autonomii seksualnej. Nie wymaga to badania obecności przemocy, groźby lub podstępu, lecz ustalenia, co pozwalało uznać, iż została zakomunikowana autonomiczna, nieprzymuszona zgoda na relację seksualną w warunkach wolnych od kulturowo konstruowanych wzorców podległości i zależności. Art. 36 CETS210, nie przerzucając dowodu winy na oskarżonego, dla odparcia zarzutów wymaga wskazania, co przemawia za uznaniem, że relacja seksualna miała charakter konsensualny.

Sposób rozumienia wolności seksualnej związany jest z wyobrażeniem „normalnych” relacji seksualnych, najczęściej męsko-damskich. Ukształtowany został przez obyczajowość poprzedzającą wypracowanie polskiego kodeksu karnego z 1932 r.,

---

<sup>93</sup> J. Warylewski, *Rozdział XXV. Przesłpstwa przeciwko...*, *op. cit.*, s. 808. Warylewski wskazuje na różnicę między zgodą a żądaniem. „Żądanie jest wyrazem pragnień pokrzywdzonego, wymaga jego inicjatywy i choć zawiera w sobie zgodę (trudno byłoby żądać i jednocześnie nie godzić się na coś) – nie jest z nią tożsame. Autonomia seksualna nie wymaga inicjatywy osoby, lecz jej autonomicznej, niezależnej zgody. Warylewski jednak intuicyjnie, na gruncie dogmatycznym, prezentuje zarz tego, co w doktrynie określa się mianem autonomii seksualnej. Ma to miejsce wtedy, gdy dochodzi do rozróżnienia tego, co wymagane w art. 197 k.k., w stosunku do tego, czego art. 197 k.k. nie wymaga. Pośrednio więc wskazuje na nieobecność wymogu autonomii seksualnej dla wypełnienia znamion przestępstwa z art. 197 k.k.

<sup>94</sup> *Ibidem*, s. 811.

<sup>95</sup> Zob.: J. Leszczyński, *Przesłpstwo zgwałcenia...*, *op. cit.*, s. 6–29; M. Filar, *Przesłpstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Poznań 1974, s. 59–66.

który przyniósł do dziś obowiązującą i zawartą w art. 197 k.k. definicję zgwałcenia. Jest ona efektem długiego procesu dojrzewiania do traktowania zgwałcenia w kategorii naruszenia nie tyle praw rzeczowych powiązanych z obyczajowością, ile praw związanych z wolnością. W ujęciu art. 197 k.k. choć do wolności się odnosi, nadal dotyczy także ochrony obyczajowości<sup>96</sup>.

Z kolei sposób rozumienia autonomii seksualnej wynika z wizji „normalnych” stosunków seksualnych między ludźmi, jaką odzwierciedla Konwencja antyprzemocowa. Poprzedzona została, zanim wpłynęła na orzecznictwo ETPCz i treść CETS210, rozważaniami doktryny rozwijanej od wczesnych lat 70. XX w., na początku głównie w USA i Kanadzie. Konwencja antyprzemocowa nastawiona jest na promowanie wzorców społecznych i kulturowych dotyczących zachowania kobiet i mężczyzn wolnych od uprzedzeń, zwyczajów, tradycji oraz praktyk opartych na idei niższości kobiet (art. 12.1 CETS 210). W tych warunkach różnice w wizjach tego, co „normalne”, w sposobie oceny zachowania „racjonalnej osoby” przekładają się na różnice w sposobie rozumienia wolności i jej zakresu.

Autonomia seksualna jest wolnością do. Wolnością do czynienia dojrzałych, samodzielnych, nieprzymuszonych wyborów. Dopóki brak nieprzymuszonej, autonomicznej zgody na relację seksualną, kryteria „tak znaczy tak” nie zostały spełnione, nie można zakładać, że zgoda została udzielona. O zgodzie na relację seksualną nie można wnioskować z ubioru, choćby i wyzywającego, z miejsca spotkania, choćby było w parku i nocną porą, z zachowania na parkiecie, wspólnego tańca, przytulania, uśmiechu, pozwolenia na odprowadzenie się do domu, wypicia alkoholu, zgody na podwiezienie, przyjęcia zaproszenia na oglądanie znaczków czy słuchania płyt, z bogatej przeszłości seksualnej czy z faktu zawodowego świadczenia usług seksualnych. Gros tych i podobnych argumentów używanych dla uznania, że nie było niezgody na relację seksualną, wyklucza uznanie, że miała miejsce autonomiczna, nieprzymuszona zgoda.

Wolność seksualna zakłada, że człowiek ma prawo odmówić zgody na relację seksualną. Ma prawo do niezgody, do wyrażenia sprzeciwu, powiedzenia: „nie”. To niemal oksymoron wolności, a w każdym razie swoboda znacznie okrojona, zwłaszcza że badana jest przez pryzmat norm obyczajowych. Te operują standardami, które stwarzają pokusę przerzucania odpowiedzialności za zdarzenie na osobę pokrzywdzoną i według nierównych miar oceniają zachowania sprawców i osób pokrzywdzonych<sup>97</sup>. „Wolność seksualna rozumiana jest jako wolność «od» wszelkiego rodzaju nacisków prowadzących do naruszenia nieskrępowanego podejmowania

<sup>96</sup> M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie...*, *op. cit.*, s. 67–110.

<sup>97</sup> „Sama jest sobie winna”, „Jak suka nie da, to pies nie weźmie” to wiedza ludowa, rzecz jednak w tym, że wtóruje jej przez lata również ta naukowa: „Chłopak nie ma wpływu na wysokość swojego napięcia seksualnego, ale dziewczyna powinna wiedzieć, że każda sytuacja z wyżej wymienionych staje się dla niego jawną propozycją do «gwałtu», i jeżeli nie chce być zgwałcona, nie powinna dawać po temu okazji” – tak pisała nawet Michalina Wisłocka, zob.: A. Kościańska, *Zobaczyć łosia. Historia*

decyzji w zakresie stosunków seksualnych<sup>98</sup>. Nie ma więc wątpliwości, że wolność seksualna aspiruje do wolności. Wszystko jednak, na co na tym etapie kulturowo-obyczajowo-prawnym stać było dogmatykę i ustawodawcę, to uznanie wolności połowicznej, ograniczonej ochroną obyczajowości. W efekcie wolność seksualna nie poszukuje przejawów zgody, lecz jej braku. Kryterium nieobecności zgody jest obecność przemocy, gróźb, podstępu. W praktyce przemoc i jej cielesne dowody są tym, co ma poświadczyć o obecności przejawu nie tyle wolności, wyboru, przyzwolenia, ile jej braku.

Wolność seksualna przewiduje miejsce na brak zgody. „Nie, znaczy nie” jest testowane przez dodatkowy pryzmat obowiązującej obyczajowości. Stąd w praktyce wygląd, wiek, ubiór, zachowanie, wcześniejsze doświadczenia seksualne pokrzywdzonej, pora dnia, miejsce i stan osoby zgwałconej odgrywają istotną rolę przy ocenie, czy owo „nie” miało miejsce i czy mogło być dla sprawcy zrozumiałe. Wolność seksualna wspierana przez ochronę reguł obyczajowości odbiera zgwałconym prawo do wolności rozumianej jako prawo do podejmowania decyzji pozytywnej. Jednocześnie zwalnia sprawców od odpowiedzialności za ich zachowania i wybory seksualne, o ile dopuszczalne są normami obyczajowymi. Wśród nich jest zakładanie „naturalnej nieśmiałości” i podyktowanej wymaganiami obyczajowości niezgody, którą można traktować z przymrużeniem oka, jako że zwłaszcza młodym kobietom nie wypada wyrażać zgody<sup>99</sup>.

Jaskrawym przykładem tolerowania przemocy seksualnej jest przywiązanie do wnioskowego trybu ścigania przestępstw seksualnych<sup>100</sup>. Tłumaczone jako przejaw delikatności ustawodawcy, który rozumie wstyd i traumę ofiary, pozwalała na utrzymywanie osób poszkodowanych w poczuciu wstydu i na brak ścigania sprawców gwałtów, także gwałtów zbiorowych i ze szczególnym okrucieństwem. Oznaczało to w praktyce zgodę na nieściganie nawet zbrodni<sup>101</sup>. Do czasu prac nad wprowadze-

---

*polskiej edukacji seksualnej od pierwszej lekcji do internatu*, Wydawnictwo Czarne, Wołowiec 2017, s. 268.

<sup>98</sup> M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości*, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, t. 2, Zakamycze, Kraków 1999, s. 510.

<sup>99</sup> Powiedzenie, że gdy kobieta mówi „nie”, oznacza to „tak”, a gdy mówi „tak”, to oznacza, że jest k..., dobrze ilustruje sytuację pułapki, która obyczajowo pozbawia kobietę prawa do autonomicznego wyrażania zgody i takie właśnie ma zadanie. Ułatwia ignorowanie woli kobiety i interpretowanie jej zachowania w sposób egzonerujący sprawcę. Zob.: M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, *op. cit.*; J. Schulhofer, *Unwanted sex...op. cit.*, s. 516.

<sup>100</sup> To przywiązanie jest na tyle silne, że już po wprowadzeniu w projekcie kolejnych zmian do kodeksu karnego komisja ds. reformy prawa karnego przygotowała w lipcu 2014 r. projekt przywrócenia trybu wnioskowego. Nie brak też krytycznych głosów doktryny negatywnie oceniających zniesienie tego trybu. Zob.: M. Budyn-Kulik, *Zmiana trybu ścigania zgwałcenia – wołanie na puszczy*, „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 84–92.

<sup>101</sup> Art. 197 § 3 k.k. w brzmieniu: jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego,

niem Konwencji antyprzemocowej przestępstwo zgwałcenia ścigane było w Polsce na wniosek. Zmiana nastąpiła na mocy ustawy z 2013 r. i weszła w życie 27 stycznia 2014 r.<sup>102</sup>

Nieobecność autonomii seksualnej urzęda świat nierówno i nie przeciwdziała zgwałceniu<sup>103</sup>. W rzeczywistości większość ludzi na co dzień dokłada starań, by nie paść ofiarą zgwałcenia. Potencjalni sprawcy mają prawo do tego, by rozumieć, że są odpowiedzialni za swoje seksualne zachowania. „Nie” oznacza „nie”, ale dopiero „tak” wypowiedziane bez przymusu i pod wpływem nieskrępowanego pożądania jest przyzwoleniem na zbliżenie.

Konkludując tę część rozważań, należy stwierdzić, iż przedmiot ochrony art. 36 CETS210 i przedmiot ochrony art. 197 k.k. nie są ze sobą zbieżne. To nakłada na ustawodawcę krajowego obowiązek stosownej nowelizacji art. 197 k.k.

Zmiana wprowadzona w Konwencji antyprzemocowej nie ma zaledwie pozorowego charakteru. Z powodu odmiennej treści ustawa krajowa w art. 197 k.k. w sposób niezgodny z treścią art. 36 CETS210 określa przedmiot ochrony przestępstwa zgwałcenia.

#### 4. Strona przedmiotowa przestępstwa określonego w art. 36 CETS210 i art. 197 k.k.

Strona przedmiotowa opisuje czyn (zachowanie się) podmiotu przestępstwa (sprawcy, sprawczyni). W przypadku zgwałcenia określa sposób popełnienia przestępstwa.

W art. 36 CETS210 zgwałcenie polega na dokonaniu penetracji o charakterze seksualnym drugiej osoby bez jej zgody. Potencjalny sprawca popełnia więc tak określony czyn, gdy działa bez zgody osoby. Co wskazuje na brak zgody? Brak przyzwolenia<sup>104</sup>.

przyspasabiającego, brata lub siostry, podlega karze na czas nie krótszy od lat 3, co oznacza zbrodnię, został wprowadzony do kodeksu karnego na mocy ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. (Dz.U. z 2005 r. Nr 163, poz. 1363) i wszedł w życie 26 września 2005 r. Tymczasem art. 205 k.k., który stanowił, iż przestępstwa te ścigane są na wniosek, został uchylony dopiero ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 849), która weszła w życie 26 maja 2014 r. Przez lata więc dopuszczano, aby także zbrodnia ścigana była na wniosek, co w swej istocie jest sprzeczne z celami polityki karnej wyrażonej w art. 2 k.p.k. i poczuciem sprawiedliwości, a także z zasadami współżycia społecznego.

<sup>102</sup> Art. 205 k.k., przewidujący tryb wnioskowy m.in. dla art. 197 k.k., został uchylony ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. (Dz.U. z 2013 r. poz. 849).

<sup>103</sup> „Świat urządzony dla heteroseksualnych mężczyzn. W domu trzyma kobietę w szachu tradycji mężczyzna znajomy, na ulicy ma ją pod kontrolą – ten obcy, nieznan. Kobiety najczęściej są gwałcone; mężczyźni bez doświadczenia zgwałcenia najczęściej mają wpływ na treść tworzonego prawa [...]”: M. Płatek, *Kryminologiczno-epistemologiczne...*, op. cit, s. 349–382.

<sup>104</sup> Jak można ustalić obecność zgody? Można spytać i uzyskać pozytywną odpowiedź w warunkach, które gwarantują swobodę i brak przymuszenia. Można ustalić nie tylko czy, ale i jak. Czy może się to odbyć bez słów? Może. Jeśli zaangażowane w to osoby wykazują integralny, nieprzymuszony poziom

W art. 197 k.k. zgwałcenie polega na doprowadzeniu innej osoby do obcowania płciowego przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem. Choć art. 197 k.k. tego nie precyzuje, to analogicznie do art. 36 CETS210 uznaje za stosunek rodzaje penetracji waginalnej, analnej, oralnej o charakterze seksualnym jakąkolwiek częścią ciała lub jakimkolwiek przedmiotem.

Różnica treści w obu przepisach jest zasadnicza. W art. 36 CETS210 sposób popełnienia przestępstwa polega na działaniu wbrew woli osoby pokrzywdzonej. Wymaga to więc od sprawcy uprzedniego zapoznania się z wolą osoby, z którą chce wejść w relacje seksualne. Nie może jej odgórnie zakładać ani ignorować. Zgwałcenie następuje, gdy do stosunku dochodzi bez zgody osoby.

Art. 197 k.k. koncentruje się na fizycznym i/lub psychicznym przełamaniu oporu lub na podstępie. Jest bezradny wobec stanu woli osoby wykorzystanej lub ją ignoruje. Skupia się na uznaniu, że nastąpiło przekroczenie dopuszczalnych norm obyczajowych, poszukując obecności przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. Brak zgody dotyczy zarówno braku pozytywnej decyzji, jak również wyrażenia decyzji negatywnej. W przypadku jednak braku przemocy, groźby karalnej lub podstępu art. 197 k.k. stoi w obliczu trudności w ustaleniu przesłanek do uznania braku pozytywnej decyzji. Nie bada bowiem, co miałyby wskazywać na obecność pozytywnej decyzji. W efekcie kryterium odmowy stanowi obecność przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. Zawiera lukę, pomijając sytuację, w której zaskoczenie, wstyd, przerażenie samą propozycją seksualnego zbliżenia wprawia osobę w stupor; osoba ta, nie przejawiając entuzjazmu, pozostaje całkowicie bierna. Tego typu zachowania, gdy występuje pozorny brak przełamania oporu i gdy w istocie dochodzi do zgwałcenia, uwzględnia art. 36 CETS210, natomiast pomija art. 197 k.k.

Już więc na tym etapie analizy zaznacza się różnica ujęcia strony przedmiotowej art. 36 CETS210 i art. 197 k.k.

Różnice te są dalej idące. Art. 36 CETS210 jako założenie przyjmuje z definicji niezgodę na wejście w relację seksualną. Nie jest karalne dążenie do zaspokojenia popędu seksualnego. Wymaga ono jednak uzyskania zgody od osób w to zaangażowanych. To sfera intymności i autonomii jednostki. Relacja seksualna wymaga więc pozytywnego ustalenia istnienia zgody.

Art. 197 k.k. wychodzi z założenia istnienia przyzwolenia na współżycie seksualne. Uznaje, że czynności seksualne są ze swej natury pożądane i pożyteczne,

entuzjastycznej zgody. Czy pytanie o zgodę nie pozbawia relacji romantyzmu? Nie musi. Może świadczyć o umiejętności komunikowania się, szacunku dla osób, z którymi wchodzi się w relację seksualną. Zgoda dysponenta dobrem nie jest prostym zagadnieniem. Ważne jest jednak, by rozumieć, że nie ogranicza się ona do dowodu na brak obecności przemocy, groźby i podstępu. Ważne jest i to, że nie pozwala przyjąć, iż o wyrażeniu zgody świadczy ubiór, miejsce, stan czy zachowanie w warunkach, które nie są *explicite* relacją seksualną. Mini i wielki dekollet nie jest dobrym argumentem za uznaniem, że osoba wyraziła zgodę na zbliżenie. Namiętne rozbieranie partnera i zrywanie z siebie i mini, i bluzy z dekoltem po to, by doszło do zbliżenia, w warunkach wolnych od przymusu może być natomiast dobrym argumentem za uznaniem, że zgoda ma miejsce.

chyba że osoba, wobec której są adresowane, sprzeciwia się im w sposób wyrażony w polskim kodeksie karnym w art. 197 k.k. Tu również nie jest karalne dążenie do zaspokojenia popędu seksualnego. Sposób jednak wejścia w relację jest odmienny. Nie jest istotne ustalenie istnienia zgody, lecz ewentualnej niezgody. O niezgodzie świadczy zastosowana przemoc, groźba lub podstęp. To zakłada, że można doprowadzić do współżycia innymi sposobami, o ile pomija się przemoc, przymus psychiczny lub podstęp, wyłączając jednocześnie zgodę i ograniczając się do braku sprzeciwu.

Zgoda i brak sprzeciwu to nie są pojęcia tożsame. Autonomia wyraża się w pozytywnej zgodzie. Brak sprzeciwu wyraża się w braku wiedzy, czy ma miejsce pozytywna zgoda. Sposób uregulowania strony przedmiotowej art. 197 k.k. prowadzi do przeoczenia uprzywilejowania w prawie woli, ochoty i interesu strony aktywnie dążącej do relacji. W szarej strefie pozostawia stan, w którym brak jest zgody, ale i brak praktyk, narzędzi do okazania sprzeciwu. W takich warunkach art. 197 k.k. uznaje, że nie doszło do wyczerpania ustawowych znamion przestępstwa. W tych samych okolicznościach nie ma warunków do uznania, że nie wyczerpano przesłanek wymaganych dla bytu przestępstwa zgwałcenia z art. 36 CETS210.

Intencją Konwencji stambulskiej nie jest rozszerzanie kryminalizacji zgwałcenia i podnoszenie statystyk dotyczących tego przestępstwa. Zamiarem jest zwrócenie uwagi na potrzebę kształtowania takich stosunków, które odznaczać się będą wrażliwością poszanowania autonomii człowieka, także w relacjach intymnych.

Zgoda wymagana w art. 36 CETS210 zakłada równość i konsensualność partnerów. Pozwala pokonać przysłowiowy ambaras i sprawić, by „dwoje chciało na raz”. To możliwe jest w warunkach, gdy ma miejsce autonomiczne „tak”. Daje ono wysokie prawdopodobieństwo wolności od przedmiotowego i instrumentalnego traktowania.

Art. 197 k.k. zasadniczo nie bada obecności zgody. „Dla zaistnienia przestępstwa zgwałcenia wystarczający jest jakikolwiek widoczny sprzeciw ofiary, wskazujący na brak jej woli do podjęcia współżycia”<sup>105</sup>. Można odmówić, a następnie udowodnić, że odmowa miała miejsce. Warylewski uważa jednak, iż dochodzi do przestępstwa z art. 197 k.k. „wtedy i tylko wtedy, gdy pokrzywdzony nie wyraził prawnie skutecznej zgody na zachowanie sprawy. Brak zgody to zarówno brak pozytywnej decyzji, jak również wyrażenie decyzji negatywnej”<sup>106</sup>. Mowa więc o braku pozytywnej decyzji. Jednak uzasadnienie tego poglądu ujawnia rozdźwięk między uznaniem, że ma miejsce zgoda w rozumieniu art. 36 CETS210 a praktyką wykształconą na podstawie art. 197 k.k. Warylewski pisze: „Zgoda to jedynie przyzwolenie. Nie ma przestępstwa zgwałcenia wtedy, gdy ofiara – nawet niechętnie i z pewnymi oporami – pozwala jednak na zbliżenie seksualne”<sup>107</sup>. Ten tok rozumowania prowadzi do cytowanego orzeczenia SA w Krakowie, iż nie ma przestępstwa zgwałcenia „zwłaszcza gdy

<sup>105</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 października 2008 r.; II AKa 305/08 LEX nr 477649.

<sup>106</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2001, s. 27.

<sup>107</sup> *Ibidem*.

[ofiara] swym wcześniejszym postępowaniem sprawia na mężczyźnie wrażenie, że przyzwolenia udzieli”<sup>108</sup>. Zarówno doktryna, jak i wyrokujący sąd pomijają fakt, iż to, czy zgoda nastąpiła, czy nie, nie jest tu brane pod uwagę. Dla doktryny i sądu nie jest ważne, czy osoba pokrzywdzona chciała zbliżenia. Uwzględnia tylko to, co na ten temat myśli sprawca. Sprawca nie wie. Sprawca przypuszcza. Dla sądu to wystarczy. Jest to zrozumiałe, jako że przestępstwo z art. 197 k.k. wymaga umyślności. Sąd pomija jednak i kryteria, którymi kierował się sprawca. Pomija i nie bada, na czym sprawca opierał swoje przypuszczenie. Czy jest ono wynikiem uzyskania autonomicznej zgody, czy zaledwie wyobrażeniem o tym, iż brak oporu można odczytywać jako zgodę?<sup>109</sup>

Wydaje się więc, że tam, gdzie art. 36 CETS210 wychodzi wprost od autonomii i godności człowieka i wymaga zgody dysponenta/dysponentki dobrem, tam art. 197 k.k. autonomię i godność uwzględnia jedynie pośrednio. Obyczajowość ujęta w rozdz. XXV sprawia, że dla określenia bytu/niebytu przestępstwa z art. 197 k.k. ważne są kryteria obojętne z punktu widzenia art. 36 CETS210. To, w co pokrzywdzona była ubrana, jakie miała wcześniej kontakty seksualne, jakie robiła wrażenie i czy wyglądem nie prowokowała. Agnieszka Kościańska, analizując dyskurs społeczny, który towarzyszy przestępstwu seksualnym, zauważa, iż „najbardziej rozpowszechnionym stereotypem na temat gwałtu jest prowokacja. Zgodnie z tą narracją ofiara zachowuje się prowokująco i lekkomyślnie, czym doprowadza sprawcę do przekroczenia granic wytrzymałości – w tym ujęciu w pewnym momencie mężczyzna nie może się już zatrzymać”<sup>110</sup>. Z punktu widzenia art. 36 CETS210 te elementy i argumenty są irrelevantne.

W komentarzu do art. 197 k.k. czytamy: „Každy czyn atakujący wolność w dziedzinie seksualnej, atakuje zarazem ukształtowane historycznie i kulturowo uwarunkowane normy obyczajowe uznawane w tej dziedzinie za wiążące”<sup>111</sup>. Regulacja przestępstw seksualnych od 1932 r. wykazuje stały brak refleksji, iż ukształtowane normy obyczajowe stwarzają systemowe przyzwolenie na lekceważenie woli osób poszkodowanych, zwalniając sprawców z odpowiedzialności za podejmowane decyzje

<sup>108</sup> Wyrok SA w Krakowie z 23 marca 1994 r., II AKr 11/94, „Krakowskie Zeszyty Sądowe. Orzeczenia Sądu Apelacyjnego w Sprawach Karnych (KZS)” 1994, nr 4, poz. 18.

<sup>109</sup> Chcąc ośmieszyć ten tok rozumowania, można się spotkać z sarkazmem, iż wymaga to każdorazowego spisywania umowy. Nie wymaga. Wymaga zadawania innych pytań i porozumienia, także bez słów, na innej płaszczyźnie. Nie czekamy na „nie”, lecz na „tak”. Nie sprawdzamy przejawów odmowy, lecz przyzwolenia. Nie traktujemy oporu jako pozorów; i tu rzeczywiście należy zadbać o unikanie nieporozumień; o czym piszę w tekście. A swoją drogą umowa weszła również w użycie. Nie musi ograniczać spontaniczności i romantyzmu, może pomóc uniknąć nie tyle kłopotów, ile złej relacji. Przykładem takiej umowy jest np. popularna wśród młodych ludzi aplikacja „I consent”, C. Ritschel, *New APP creates legally binding contracts for consensual sex, including STD-Free guarantees*, „Independent” 11.01.2018, <https://www.independent.co.uk/life-style/consent-app-sexual-contracts-legalthings-phone-std-free-guarantee-a8154591.html> [dostęp:18.06.2018].

<sup>110</sup> A. Kościańska, *Płeć, przyjemność i przemoc*, Wydawnictwa Uniwersytetu Warszawskiego, Warszawa 2014, s. 165–168

<sup>111</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, op. cit., s. 28.

seksualne, tradycyjnie przerzucają odpowiedzialność za gwałt na ofiary i wzmacniają wiktymizację także przez system wymiaru sprawiedliwości<sup>112</sup>. Nie ma w tym premedytacji ani woli zwolnienia sprawcy z odpowiedzialności. Jest akceptacja obyczajów. Zgodnie z nim doktryna zauważa, iż niekiedy odróżnienie oporu rzeczywistego od pozornego może nastęrczać trudności z uwagi na pewne wzory zachowań, archetypicznie kształtujące obyczajowość seksualną w danym kręgu kulturowym czy w danym typie społeczności. Na przykład da się wskazać takie kręgi kulturowe czy społeczności, w których panuje przekonanie, że obowiązkiem „szanującej się kobiety” jest zawsze manifestowanie oporu wobec „zalotnika”, a kobieta, która wyłamuje się spod takiego wzorca swoistej „gry godowej”, narażona jest na ostracyzm. Kwestia ta będzie mieć znaczenie praktyczne w razie zetknięcia się sprawcy z odmiennie ukształtowanym kulturowo sposobem reagowania ofiary. Wówczas sprawca rzeczywisty opór ofiary „odczytać” może jako znany mu z dotychczasowego doświadczenia „obowiązkowy” opór pozorny<sup>113</sup>.

Obyczajowość narzuca wzorce zachowania, przewidując te „stosowne” dla kobiet i mężczyzn. Nie są tożsame<sup>114</sup>. Od kobiet wymagają niemożliwego – sprawowania

<sup>112</sup> Zob. szerzej: M. Płatek, *Przeciwdziałanie wtórnej wiktymizacji...*, s. 80–108.

<sup>113</sup> Ciekawe, że podnoszony aspekt doktryny zastrzega dla sprawców zagranicznych. Z pewnością i tym razem bez świadomości uprzedzeń, jakie demonstruje. M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, *op. cit.*, s. 516, 517.

<sup>114</sup> Praktyczną ilustrację różnicy między systemowym podejściem do przeciwdziałania zgwałceniom w systemie, w którym podstawą kryminalizacji zgwałcenia jest koncepcja wolności seksualnej (Polska) i autonomii seksualnej (Kanada), przynoszą kampanie prowadzone przez krajowe policje. W Polsce kampania skierowana była do kobiet. Policja radziła im zadbać o swoje bezpieczeństwo. Dowiadywały się, że wychodząc z domu, powinny m.in.:

- O zamiarze wyjścia z domu, miejscu zabawy, przewidywanej trasie oraz terminie powrotu informować zaufaną osobę. Będzie to pierwsza osoba, która rozpocznie poszukiwania, gdy nie powrócisz do domu w określonym czasie.
  - Nie akceptować jazdy windą z nieznanymi.
  - Nigdy nie chodzić na skróty, trzymać się miejsc uczęszczanych i dobrze oświetlonych. Po zmierzchu nosić ze sobą latarkę.
  - Podróżować środkami komunikacji miejskiej i siadać zawsze w grupie kilku osób lub blisko kierowcy. Nie podróżować pociągiem w pustym przedziale. Nie zgadzać się na podwiezienie przez nieznaną osobę. Nie korzystać z tzw. okazji.
  - Gdy jest się ofiarą napadu: uciekać. Krzyczeć, wzywając pomocy, np. „pali się”.
  - Postarać się zapamiętać jak najwięcej cech charakterystycznych napastnika.
  - Bronić się. Użyć czegokolwiek, aby ten atak odeprzeć: parasolki, obcasa buta, lakieru w sprayu, kluczy itp. Gdy walczy się o swoje zdrowie lub życie, prawo do samoobrony jest bardzo szerokie.
  - Wybierając się na imprezę lub spotkanie z przyjaciółmi, do klubu, pubu czy też w inne miejsce, gdzie jest podawany alkohol, mieć świadomość zagrożeń związanych z użyciem tzw. pigułki gwałtu itd.
- Z kampanii przebiegała myśl, że przeciwdziałanie zgwałceniom to sprawa kobiet. Mieści się to w intelektualnych ramach koncepcji wolności seksualnej. Zabrakło w niej wskazówek wynikających z koncepcji autonomii seksualnej, skierowanych co najmniej także do potencjalnych sprawców/sprawczyń, obecnych w kampaniach policji kanadyjskiej:
- Po pierwsze, nie gwałć. Gwałt ma miejsce wtedy, gdy nie ma nieprzymuszonej, autonomicznej zgody na zbliżenie.



kontroli nad zachowaniem innych osób. Mężczyzn – ta sama obyczajowość – zwalnia z kontroli nad własnym zachowaniem. Obejmując ochroną obyczajowość, stwarza się warunki dla reprodukcji przemocy seksualnej i pomija ochronę autonomii i godności człowieka<sup>115</sup>.

- Nie napadaj.
- Jeśli ona/on pije, to nie znaczy, że daje ci przyzwolenie do swego ciała.
- Gdy się do ciebie uśmiecha, gdy cię przytula w tańcu, gdy pozwala ci się odprowadzić do domu – to nie powód ani dowód, że chce uprawiać z tobą seks.
- To, że ty masz na to ochotę, nie jest jednoznaczne z jej/jego pożądaniem.
- Jej krótka spódniczka/jego seksowny wygląd nie jest twoją przepustką do zbliżenia.
- To, że ona/on chce wyglądać seksy i podniecająco i nawet jeśli cię podnieca, nie oznacza, że chce akurat ciebie.

W Polsce apel skierowany wyłącznie do kobiet uświadamiał je, że w domu zależą od partnera, poza domem są na terenie wrogim, niebezpiecznym, gdzie mogą liczyć tylko na siebie i tylko wtedy, gdy mają latarkę, pieniądze i chodzą oświetlonymi arteriami miasta. Spacerzy przy księżycu? Nie wchodzi w grę. Lekko i bez bagażu? Też nie. Policja, Przystępstwa zgwałcenia, statystyka i porady prewencyjne; <http://www.v10.pl/policja/Przystepstwa,zgwalcenia,statystyka,i,rady,prewencyjne,43918.html> [dostęp: 17.07.2017]; Wreszcie wakacje. Uwaga policja, <http://www.aktivlife.eu/?cmd=4&id=627> [dostęp: 28.08.2017]; M. Płatek, *Na początku jest mężczyzna*, „Niebieska Linia” 2011, nr 1, s. 1–4.

<sup>115</sup> Wcześniej obowiązująca linia orzecznictwa wymagała dla uznania, że doszło do zgwałcenia, aby osoba broniła się przez cały czas, by obrona była wystarczająco intensywna. Pomimo rezygnacji z wymogu „nieustającego sprzeciwu” przesłanka ta jest nadal wykorzystywana, by dowodzić, iż relacja seksualna była w istocie dobrowolna. Zob. Postanowienie SN z 18 lutego 2014 r., sygn. akt II KK 19/14. SN słusznie wskazał w tej sprawie, iż nie można dla bytu przestępstwa wymagać od osoby pokrzywdzonej, aby jej opór w trakcie czynu był stały: skarżący akcentował, że ustalony w sprawie stan faktyczny każe przyjąć, iż zdarzenie miało dwa etapy. Pierwszy, „obejmujący próbę nakłonienia pokrzywdzonej do odbycia stosunku, podczas którego doszło do szarpaniny”, oraz drugi, „sprowadzający się do obcowania płciowego”, kiedy to „oskarżony nie groził pokrzywdzonej werbalnie ani żadnym narzędziem, nie stosował wobec niej przemocy, nie przytrzymał, nie skrepował. Z pewnością nie zastosował on również jakiegokolwiek podstęp”. Jeżeli ponadto uwzględnić, że po pierwszej fazie zdarzenia pokrzywdzona „wyraziła ostatecznie zgodę na odbycie stosunku”, gdyż „samodzielnie zdjęła z siebie ubranie i podjęła współzycie, nie broniąc się ani nie protestując”, to „oskarżonemu nie można było przypisywać przestępstwa opisanego w art. 197 § 1 k.k.” Zarzut kasacji, sprowadzający się do twierdzenia, że Sąd Okręgowy do tej argumentacji nie odniósł się w należyty sposób, przy czym uchybienie to było rażące i mogło mieć wpływ na treść wyroku, należało uznać za chybiony. Jak wcześniej odnotowano, organ *ad quem* wytłumaczył, na czym polega różnica pomiędzy przestępstwem zgwałcenia i przestępstwem seksualnego wykorzystania bezradności lub niepoczytalności, i wykazał, że nie sposób uznać, iż oskarżony dopuścił się drugiego z wymienionych przestępstw. Sąd odwoławczy nie pominął przy tym zasadniczego argumentu podniesionego przez obrońcę, stwierdził bowiem, że „bezsportny na gruncie niniejszej sprawy jest fakt, iż sam akt seksualny odbył się już w momencie, w którym oskarżony zaprzestał stosowania przemocy, a pokrzywdzona obrony”. Zarazem jednak zauważył, że stało się to wtedy, gdy „opór pokrzywdzonej został przełamany przemocą i kiedy kobieta zdecydowała się podporządkować woli napastnika w obawie o swoje zdrowie i życie”, zatem „nie może budzić wątpliwości, że T.B. stosowaną przemocą doprowadził J.C. do obcowania płciowego w rozumieniu art. 197 § 1 k.k.” Prawidłowości tego stanowiska nie mogła podważyć argumentacja kasacji, tożsama zresztą z argumentacją apelacji. Wymaga podkreślenia, że skarżący niesłusznie interpretuje przebieg zdarzenia w taki sposób, iż pomiędzy pierwszym jego etapem, polegającym na stosowaniu przez oskarżonego przemocy, i to w takim nasileniu, że pokrzywdzona doznała obrażeń ciała, i etapem

Art. 197 k.k. najczęściej wymaga dla uznania, iż doszło do zgwałcenia, dowodu, że sprawca pokonał opór osoby, stosując przemoc, przymus lub podstęp. Opór jest więc co najmniej wskazany. Nie wystarczy brak wyrażenia zgody. Nie badamy w ramach art. 197 k.k., w jaki sposób sprawca doszedł do wniosku, że otrzymał zgodę. Badamy, czy ofiara stawiała opór. Gdy nie ma oporu wobec zachowania sprawcy, to jeśli nie udowodnimy podstępu, nie może być mowy o przemocy<sup>116</sup>.

Art. 36 CETS210 nie uzależnia bytu zgwałcenia od obecności przemocy, groźby lub podstępu. Uzależnia od braku uzyskania zgody. Dla niebytu nadużycia seksualnego zgoda musi być udzielona przez osobę zdolną do składania oświadczeń woli. Zgoda oceniana jest w świetle towarzyszących sprawie okoliczności (zob. art. 36.2 CETS210). Istotne jest jednak nie przełamywanie oporu, lecz nieuzyskanie zgody. Przemoc może być tego wskaźnikiem, ale nie musi.

W odniesieniu do art. 97 k.k. w orzecznictwie i w doktrynie panuje zgoda, że stawianie oporu fizycznego nie zawsze jest wymagane<sup>117</sup>. Skoro nie zawsze jest wymagane, oznacza to, że z zasady jest wymagane. To stawiany opór ma być komunikatem dla sprawcy, że nie ma zgody na zbliżenie. Nie każdy jednak opór. Tylko taki, który sąd uzna za zasadny. Ocena zależy więc będzie od tego, czy sąd podziela obowiązujące standardy obyczajowe z wpisanymi w nie uprzedzeniami, mizoginicznymi stereotypami i podwójnymi standardami wobec kobiet i mężczyzn, czy nie. I nie wiadomo, czy w sytuacji, gdy ich nie podziela, odmienna ocena nie zostanie

kolejnym, w którym doszło do obcowania płciowego, zdaje się nie dostrzegać związku. Tymczasem, jak to ustaliły orzekające sądy, zaniechanie przez pokrzywdzoną oporu było bezpośrednim skutkiem zastosowania wobec niej przemocy. Inaczej rzecz ujmując, gdyby oskarżony nie użył przemocy, wyzywając zarazem pokrzywdzoną, żeby „przestała walczyć”, nie odbyłby z nią stosunku. Sam obrońca przytoczył w kasacji zeznania pokrzywdzonej, wskazujące, że poddając się woli sprawcy, kierowała się strachem i poczuciem bezsilności, jednak powinien dostrzec, że te uczucia spowodowało u pokrzywdzonej wcześniejsze, nader brutalne zachowanie oskarżonego. Jeżeli natomiast argumentuje, że „w tym momencie oskarżony nie wpływał jednak w żaden sposób na proces decyzyjny pokrzywdzonej, nie groził jej, nie straszył, nie stosował wobec niej przemocy”, to pomija, iż to zastosowana przemoc doprowadziła do oczekiwanego przez oskarżonego zachowania pokrzywdzonej. Skarżący błędnie też interpretuje przepis art. 197 k.k., gdyż w żadnym razie nie wymaga on, by sprawca nieprzerwanie stosował wobec osoby pokrzywdzonej przemoc bądź jej groził. Na koniec należy zauważyć, że przyjęcie prezentowanej przez obrońcę koncepcji byłoby nie tylko wadliwe, ale też powodowałoby niekorzystny dla oskarżonego skutek w postaci przypisania mu dwóch przestępstw. Jeżeli bowiem obie fazy zachowania oskarżonego miałyby zostać potraktowane jako całkiem odrębne, a faza druga jako występpek z art. 198 k.k., to – konsekwentnie – faza pierwsza powinna zostać uznana za usiłowanie zgwałcenia, zagrożone taką samą karą jak przestępstwo dokonane (art. 14§ 1 k.k.). Nie neguje však autor kasacji, chociaż używa określeń ogólnych (że oskarżony podjął „próbę nakłonienia pokrzywdzonej do odbycia stosunku, podczas którego doszło do szarpaniny”), iż T.B. w owej pierwszej fazie zdarzenia stosował wobec pokrzywdzonej przemoc w zamiarze doprowadzenia jej do obcowania płciowego. Kierując się powyższymi względami, Sąd Najwyższy, orzekając w trybie przewidzianym w art. 535 § 3 k.p.k., rozstrzygnął jak w postanowieniu, <http://www.sn.pl/sites/orzecznictwo/Orzeczenia3/II%20KK%2019-14.pdf> [dostęp: 17.07.2017].

<sup>116</sup> M. Rodzynekiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, op. cit., s. 516.

<sup>117</sup> J. Warylewski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, op. cit., s. 810.

zakwestionowana, jako że nie oddaje prawidłowo motywacji sprawcy. Gdy wszelki inny lub dalszy opór byłby bezcelowy i narażałby ofiarę na dodatkowe cierpienie, wówczas w dogmatyce uznaje się, że wystarczający jest sprzeciw werbalny. „Wówczas aktem rzeczywistego oporu może być np. sprzeciw werbalny, prośba skierowana do sprawcy, krzyk, płacz”<sup>118</sup>. Ofiara ma więc przede wszystkim wykorzystywać ekwiwalent zachowań napastnika. Ma odpowiedzieć stawianiem oporu. Dopiero gdy to nie jest możliwe, może skorzystać z zachowań identyfikowanych z istotą podległą i słabszą: krzyki, płacze, prośby. Nie ma tu miejsca na ustalenie, czego osoba chce. Jest zaledwie miejsce na przyznanie, że wystarczająco komunikowała niechęć.

Doktryna i judykatura nieraz wyrażały pogląd, iż przestępstwa o charakterze seksualnym to przestępstwa skierowane właśnie przeciwko wolności człowieka<sup>119</sup>. Jak można wyczytać w jednym z pierwszych komentarzy do kodeksu karnego pod redakcją współautora kodeksu karnego z 1997 r. Andrzeja Zolla, „do przestępstw na tle seksualnym należą z jednej strony takie typy zachowań, które atakują przede wszystkim wolność życia seksualnego, albo dlatego, że do ich znamion należy przełamanie oporu ofiary, albo dlatego, że z uwagi na specyficzne znamiona sytuacyjne nie ma w ogóle możliwości samostanowienia seksualnego, bądź możliwość ta jest w istocie ograniczona”<sup>120</sup>. Wydaje się jednak, iż mówiąc o wolności, w domyśle miano wolność zaledwie seksualną, a nie prawo do autonomicznej zgody. Świadczy o tym tok rozumowania: „ponieważ zgwałceniem jest brak zgody (sprzeciw lub zgoda wyrażona pod wpływem błędu) osoby pokrzywdzonej, konsekwencją tego jest konieczność pokonania jej oporu przez sprawcę za pomocą groźby lub przemocy, czyli z zastosowaniem przymusu bądź przez użycie podstęp”<sup>121</sup>. Gdyby zgoda dysponenta/dysponentki dobrem była elementem respektowanym przez ustawodawcę, doktrynę i judykaturę, poszukiwano by wskaźnika świadczącego o wyrażeniu pozytywnej zgody, a nie obecności oporu. Tymczasem wolność seksualna z art. 197 k.k. nie przewiduje miejsca na zgodę w rozumieniu art. 36 CETS210. Pozostawia miejsce na odmowę. Obyczajowością ogranicza jej zakres. Pozwala także na lekceważenie oporu.

Stawiany opór można przełamać, uzasadniając to wcześniejszym zachowaniem, a nawet przeszłością seksualną ofiary. Uchodzi nawet tak absurdalne rozumowanie, że skoro osoba wygląda, jakby miała ochotę na seks, to znaczy, że nie doszło do zgwałcenia. Nie pojawia się w tym rozumowaniu myśl, że osoba może mieć ochotę na seks, ale to ona, a nie sprawca ma prawo decydować, z kim ten seks chce uprawiać. Trzeba jednak zaznaczyć, że tego typu problemy rzadko są przedmiotem rozważań sądu; najczęściej do sądu nie dochodzą. Podlegają, jak wynika z przeprowadzonych

<sup>118</sup> M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, op. cit., s. 516.

<sup>119</sup> Zob. przegląd orzecznictwa w tym zakresie: J. Warylewski, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, op. cit., s. 793.

<sup>120</sup> M. Rodzyńkiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, op. cit., s. 504, 505.

<sup>121</sup> J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej...*, op. cit., s. 28.

w 2014 r. badań nad przyczynami umorzenia postępowań w sprawach o zgwałcenia, na etapie postępowania przygotowawczego<sup>122</sup>.

Art. 36 CETS210 nie mówi *expressis verbis* o niedopuszczalności podstępu, ale to wynika z przesłanek strony przedmiotowej. Skoro konieczna jest nieprzymuszona, świadoma zgoda w warunkach wymaganych dla autonomii seksualnej, to podstęp zgodę wyklucza.

Art. 197 k.k. mówi o podstępie jako przesłance strony przedmiotowej przestępstwa zgwałcenia. Dochodzi do niego, gdy zgoda wynika z błędu. Osoba może być wprowadzona w błąd lub sprawca może błąd ofiary wykorzystać<sup>123</sup>. Istota podstępu polega na wprowadzeniu w błąd, który wpływa na podjęcie decyzji co do przyzwolenia na relację seksualną. Uznać można, iż kryminalizacja podstępu zbliża wymóg art. 36 CETS210 do treści art. 197 k.k. Stanowi przejaw respektowania autonomii seksualnej. Tu tkwi w art. 197 k.k. potencjał uznania praw dysponenta/dysponentki dobrem. Nadal jednak stosownie do ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia dla uznania, że doszło do naruszenia art. 197 k.k., liczy się wykazanie sprzeciwu, a nie braku wyrażenia zgody. Jednak aby osoba mogła wyrazić choćby i sprzeciw, musi mieć jasność sytuacji, w której się znajduje. Wyrażenie sprzeciwu jest wtórne do wyrażenia zgody. W przypadku podstępu, zgodnie z treścią art. 197 k.k., argumentuje się, iż ofiara wyraziła zgodę, bo była w błędzie. I dlatego nie wyraziła sprzeciwu. Tymczasem rozumowanie to, zgodnie z wymogami art. 36 CETS210, powinno przebiegać następująco: ofiara wyraziła zgodę, bo była w błędzie. W efekcie więc – nie wyraziła zgody.

Rozwiązania obowiązujące w art. 197 k.k., bardzo nowoczesne w 1932 r.<sup>124</sup>, współcześnie nowoczesne nie są<sup>125</sup>. Argumenty z 1932 r., dotyczące oporu uznawanego za

<sup>122</sup> A. Pietryka, *Odmowy wszczęcia i umorzenia postępowań w sprawach o zgwałcenia popełnione po zniesieniu wnioskowego trybu ścigania. Raport z badań aktowych przeprowadzonych na zlecenie Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania*, Warszawa, listopad 2014 r., [http://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/raport\\_wersja\\_ostateczna.pdf](http://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/raport_wersja_ostateczna.pdf) [dostęp: 17.07.2017].

<sup>123</sup> Klasycznych przykładów wprowadzenia w błąd dostarcza mitologiczny Zeus. Zapładnia Danae, córkę władcy Argos, przemieniając się w złoty deszcz. Przywdziewa postać Amfitriona, męża Alkmeny, płodząc z nią Herkulesa. Europę porywa pod postacią byka. Ledę uwodzi jako śnieżnobiały łabędź. By uwieść Kallisto, przemienił się w Artemidę, Ganimesesa porwał, zmieniając się w orła, a Io zgwałcił, przybierając formę chmury.

<sup>124</sup> W kodeksie karnym w 1932 r. nowoczesnym rozwiązaniem było przyjęcie, iż zgwałcenie mogło mieć miejsce wśród narzeczonych, bliskich znajomych i w małżeństwie. Nowoczesne było i to, że poza przemocą ustawowe przesłanki czynu wyróżniały także groźbę i podstęp. Podstęp był i wtedy szansą dla rozwinięcia teorii autonomii seksualnej. Wówczas z tego nie skorzystano. Nie było to niemożliwe. Działalność chociażby Ireny Krzywickiej i Tadeusza Żeleńskiego-Boya dostarczała stosownej ku temu pożywki intelektualnej, wciąż aktualnej. T. Żeleński-Boy, *Piekło kobiet*, Wolne Lektury, Fundacja Nowoczesna Polska, Warszawa 1930, s. 13, <https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/pieklo-kobiet.pdf> [dostęp: 17.07.2017]; I. Krzywicka, *Sąd idzie*, Czytelnik, Warszawa 1998.

<sup>125</sup> Seksizm polega na uznaniu, że ze względu na płeć kobieta jest istotą „z natury” mniej wartościową niż mężczyzna. Jest do służenia pomocą, poświęcania się i obsługi. Mizoginia jest środkiem do dyscyplinowania kobiet. Seksizm oddziela kobiety od mężczyzn. Mizoginia dzieli kobiety na porządne

udawany, wymagany dla zachowania pozorów „czci niewieściej”, który można lekceważyć, są nadal stosowane, choć stosowne już nie są<sup>126</sup>. Reifikują przyzwolenie na brak liczenia się ze zdaniem osoby pokrzywdzonej, gdy jest nią kobieta<sup>127</sup>. W orzeczeniu z 1974 r. SN określił, „iż podstęp polega na tym, że zabiegi są do tego stopnia oszukańcze, że zdolne są doprowadzić nawet rozważną, przestrzegającą zasad obyczajności kobietę do poddania się czynowi nierządnemu”<sup>128</sup>. Ustawodawca nie chronił praw człowieka do autonomicznej decyzji w sprawach seksualnych. Ograniczał to prawo do ludzi płci żeńskiej, którzy mogą udowodnić, iż cechuje je odpowiedni poziom rozwagi i obyczajowości. Nie chodziło o to, by relacje między ludźmi oparte były na wzajemnym poszanowaniu. Dawało prawdopodobieństwo bezkarności, gdy pojawiał się argument braku rozwagi i przestrzegania zasad obyczajowości. W tym samym czasie ten sam sąd nie widział nic złego w upijaniu kobiety przez mężczyznę, by doprowadzić ją do odbycia z nią stosunku. Pijaną zaś nie uznawał za „godną” ochrony, oferując jej łaskawą furtkę w postaci ścigania na wniosek. Nie ma pewności, czy SN był świadomy potencjalnej kryminogenności takiego stanowiska. Zarówno z tego powodu, że lekceważy ono prawo do autonomii i wolności od podstępu, jak i wtedy, gdy traktuje sprzeciw na zbliżenie zaledwie jako haracz płacony przez kobietę na rzecz obyczajowości wymagającej od niej „dobrego prowadzenia się” i „naturalnej” nieśmiałości.

Są jednak i orzeczenia, które proponują rewizję obyczajów opartych na podwójnych standardach. I tak Sąd Najwyższy w postanowieniu z dnia 9 kwietnia 2001 r. stwierdził, iż „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”<sup>129</sup>. To ważne. Przynosi uznanie, iż zgoda na relację seksualną nie jest

---

i nieporządne, wymuszając spolegliwość, pod groźbą ostracyzmu, wobec seksistowskich wzorców „porządnej, cnotliwej, niewiasty”. Żywotność seksistowskich wzorców tłumaczyć może połowiczność przyjętej koncepcji wolności seksualnej. Zob. K. Manne, *Down Girl. The Logic of Mysogyny*, Oxford University Press, New York 2018, s. 78–83.

<sup>126</sup> Odrębnym zagadnieniem jest kwestia obecności wstydu i frazy „chciałabym, a boję się”. Autonomia seksualna zakłada asertywność i prawo do wolności od wstydu za podejmowane autonomicznie decyzje seksualne. To nie teoria. To wolność od seksizmu i mizoginii. Co nie oznacza, że koncepcja autonomii seksualnej rozwiązała już wszelkie dylematy. „Tak znaczy tak” ma również wiele odcieni.; J. Vidler, *Ostensible consent and limits to sexual autonomy*, „MacQuarie Law Journal” 2017, t. 17, s. 103–124.

<sup>127</sup> Zgwałcenie jest postrzegane jako przestępstwo szczególnie poniżające. Zgwałconych mężczyzn poniża dodatkowo z tego powodu, iż odczuwają to jako sprowadzenie ich do roli wykorzystanej kobiety. Pozbawienie mężczyzny w akcie zgwałcenia atrybutów męskości szczególnie pozbawia honoru. Pisał o tym szeroko J. Giligan: *Wstyd i przemoc*, tłum. A. Jankowski, Media Rodzina, Poznań 2001, s. 236–278.

<sup>128</sup> Zob. orzeczenie SN (OSNKW 1974, z. 12, poz. 229) za: M. Rodzynekiewicz, *Rozdział XXV. Przestępstwa przeciwko...*, op. cit., s. 519.

<sup>129</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego – SN, Izba Karna z dnia 9 kwietnia 2001 r., II KKN 349/98; OSNKW 2001/7-8, poz. 53.

bezwarunkowa i na każdym jej etapie wymaga ustalenia przyzwolenia na warunki i sposób. Ważne jest też wskazanie linii orzeczniczej, która podkreśla, iż z „faktu, że żadna z pokrzywdzonych nie doznała nawet najdrobniejszych obrażeń cielesnych, nie należy wnioskować, że zachowanie sprawcy wobec napastowanych kobiet miało cechy znikomej szkodliwości społecznej”<sup>130</sup>.

Jednak przeprowadzone w Polsce w 2014 r. badanie odmów wszczęcia i umorzeń postępowań w sprawach o zgwałcenie przeprowadzone przez Artura Pietrykę dowodzą, że podobnie jak praktyka, o której mowa w *M.C. vs. Bułgaria*, odmowy i umorzenia mają miejsce zazwyczaj wtedy, gdy do zgwałcenia doszło na imprezie towarzyskiej, na randce lub gdy ofiara piła alkohol<sup>131</sup>. Pomimo więc jednostkowych orzeczeń i postanowień sądów wskazujących na obecność argumentacji opartej na koncepcji autonomii seksualnej, dominuje argumentacja rodem z koncepcji wolności seksualnej.

Tak więc i w tym przypadku, mając na uwadze stronę przedmiotową przestępstwa opisanego w art. 36 CETS210 i art. 197 k.k., istnieje, dla osiągnięcia standardu konwencyjnego, potrzeba nowelizacji art. 197 k.k. w duchu i treści wymaganej w art. 36 CETS210.

Na koniec, na wybranych, znaczących przykładach piśmiennictwa, pokusimy się o jeszcze jedno sprawdzenie, czy można liczyć, iż stan współczesnej dogmatyki pozwala na to, aby bez nowelizacji art. 197 k.k. osiągnąć standard wymagany w art. 36.

## 5. Relacja między art. 197 k.k. i art. 36 CETS210 – na tle polskiej dogmatyki prawnokarnej

Zbigniew Jędrzejewski, przywołując dorobek niemieckiej szkoły dogmatyków, w tym Hansa Welzla, Hansa-Heinricha Jeschecka i Ernsta Belinga, wskazuje, iż znamiona ogólnego pojęcia przestępstwa nie pozostają wzajemnie w stosunku niezwiązania czy niezależności (porządek topiczny), lecz łączy je wewnętrzny związek, ułożony wedle logicznych reguł nadrzędności i podrzędności, zasady i wyjątku (porządek systematyczny). System ten powinien być zupełny, niesprzeczny i na tyle zróżnicowany, by poszczególne elementy mogły zostać umieszczone na właściwym miejscu<sup>132</sup>.

Wewnętrzny związek nie ogranicza się więc do sprawdzenia, czy nastąpił czyn, następnie, czy jest on bezprawny, a potem, czy zawiniony, by w końcu dojść do kwestii orzekania warunków karalności i wysokości ewentualnej kary. Sprawdzenie, czy nastąpiło urzeczywistnienie znamion istoty czynu, wymaga więcej – hermeneutycznego

<sup>130</sup> Wyrok SN z 18-07-2007 WA 28/07 OSN w SK 2007/1/1683.

<sup>131</sup> A. Pietryka, *Odmowy wszczęcia i umorzenia postępowań w sprawach o zgwałcenia...*, op. cit., s. 52-60.

<sup>132</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, op. cit., s. 24.

zdekodowania normy postępowania zawartej w przepisie<sup>133</sup>. Rozumowanie to nie ogranicza się do konkretnego przestępstwa, ale wynika ze zrozumienia, że konkretne przestępstwo jest spójnym elementem systemu. Ten z kolei uwzględnia hierarchię aktów prawnych.

Poza hierarchią aktów prawnych, w tym ze zgodnością ustaw z konwencjami, znaczenie mają i inne okoliczności, a także czas, w jakim przepis powstaje. Jest on odbiciem mentalności, która obowiązuje i na którą przez zmiany prawa się oddziałuje. Zmieniając treść konkretnych przepisów, trzeba zachować wewnętrzny porządek. Zmiana treści konkretnych przepisów wpływa na to, co zostaje uznane za zachowanie niechciane i warte kryminalizacji. Stosownie wpływa to na sposób sprecyzowania ustawowych znamion czynu<sup>134</sup>. Konwencja antyprzemocowa wymaga, aby treść art. 197 k.k. była zgodna z treścią art. 36 CETS210.

Jak dotąd wykazaliśmy, iż brak jest podstaw do przyjęcia, że pomimo różnic w treści możliwe jest uznanie, że przedmiot ochrony i strona przedmiotowa obu przepisów są ze sobą zgodne. Nie są. Jednak, jak już zaznaczyliśmy, ETPCz w sprawie *M.C. vs. Bułgaria* 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 osoby. Konwencja antyprzemocowa w art. 36 CETS210 wprost jednak zaproponowała redakcję, która rezygnuje z przesłanki przemocy, groźby i podstępny, ograniczając się do braku zgody. Tu podejmujemy więc ostatnią próbę, by sprawdzić, czy na gruncie dogmatyki i badań praktyki odnośnie do postępowania w sprawach o zgwałcenie możliwe byłoby osiągnięcie standardu wymaganego w art. 36 CETS210 bez zmian art. 197 k.k.

Obowiązujące do dziś ustawowe przesłanki zgwałcenia z art. 197 k.k. powstawały w latach 20. XX w. W 1923 r. Stefan Glaser, skądinąd wybitny prawnik, podkreślał, iż „spółkowanie wymaga od mężczyzny już w normalnych warunkach przewyciężenia pewnego oporu”<sup>135</sup>. Jeśli ten tekst dziś nie budzi sprzeciwu, to dowód na zdolność prawa do reprodukcji uprzedzeń, nieuświadomionej mizoginii i szkodliwych patriarchalnych wzorców. Jeśli budzi sprzeciw, to dowód na możliwość przewyciężenia wzorców społecznych i kulturowych opartych na idei niższości kobiet<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> B. Brożek, *Normatywność prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 291, 292.

<sup>134</sup> N. Christie, *Changes in penal values*, w: N. Christie (red.), *Aspects of social control in welfare states*, „Scandinavian Studies in Criminology” 1968, t. 2, s. 161–172.

<sup>135</sup> Zob. np. Protokół z posiedzenia sekcji komisji kodyfikacyjnej prawa karnego KK, 28 maja 1932, s. 154.

<sup>136</sup> Por. B. Kutshinsky, *Knowledge and attitudes regarding legal phenomena in Denmark*, w: N. Christie (red.), *Aspects of social control...*, *op. cit.*, s. 125–160. Badania Kutshinsky’ego pokazują, iż stosunek społeczeństwa do więźniów jest kreowany przez społeczny dyskurs i pod wpływem akcentów tego dyskursu ulega zmianom. M. Torrey, *Feminist legal scholarship on rape: A maturing look at violence against women*, „William & Mary Journal of Women & the Law” 1995, nr 2, s. 35–51.

Czy wymaga to jednocześnie nowelizacji treści przepisów? Najczęściej tak, o czym świadczą przytaczane wcześniej zmiany w prawie polskim, szwedzkim czy włoskim. Zmiana prawa nie zmienia jednak automatycznie rutyn, praktyk oraz schematów myślenia i działania<sup>137</sup>. Zmiana prawa zmienia rutynę, praktyki i schematy myślenia i działania, gdy jest działaniem świadomym, konsekwentnym i gdy istnieje wola polityczna wprowadzenia zmian. Jest procesem znacznie trudniejszym, gdy przywiązanie do wcześniejszych rozwiązań napotyka na opór i niechęć. To ostatnie towarzyszy rodzimemu nastawieniu do Konwencji antyprzemocowej<sup>138</sup>.

Czas więc na wgląd i analizę treści art. 197 § 1 i 2 k.k. w relacji do art. 36 CETS210<sup>139</sup> z perspektywy dogmatyki prawa karnego. Słusznie się uważa, iż obowiązująca treść prawa karnego ma za zadanie umożliwić jego pewne stosowanie, pozbawiając go irracjonalności, dowolności i improwizacji<sup>140</sup>. Odpowiedzialność więc, bez względu na nasze przekonania moralne, musi być ujęta w ramy konkretności, jakimi są ustawowe znamiona czynu<sup>141</sup>.

Jak trafnie zauważa Jędrzejewski, „sprawdzenie, czy nastąpiło urzeczywistnienie znamion istoty czynu, może nastąpić po przyjęciu, że zachodzi czyn [...] Jeżeli okaże się, że zachowanie nie wyczerpuje znamion istoty czynu, ustalenie bezprawności jest już niepotrzebne”<sup>142</sup>.

W doktrynie uznaje się, iż art. 197 k.k. za przejaw braku zgody uznaje użycie przez sprawcę przemocy, groźby lub podstęp. Pomija to stan woli osoby, z którą dochodzi do relacji seksualnej. Art. 36 CETS210 zasadnie uznaje, że tam, gdzie jest zgoda osoby, z którą dochodzi do relacji seksualnej, tam nie ma przestępstwa. Z tego też powodu nietrafne jest mówienie w przypadku art. 197 k.k. o zgodzie pokrzywdzonego<sup>143</sup>. Jest jednak różnica między dostrzeżeniem tego, że ustawowe

<sup>137</sup> Zob.: P. Bourdieu, L. Wacquant, *Zaproszenie do socjologii refleksyjnej*, tłum. A. Sawisz, Oficyna Naukowa, Warszawa 2001, s. 257–264; H. Dębska, *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015, s. 53–63, 187; C. A. MacKinnon, *Law's power*, w: eadem, *Butterfly Politics*, Harvard University Press, Cambridge, MA–London 2017, s. 28–33; M. Płatek, *Kryminologiczno-epistemologiczne...*, *op. cit.*, s. 345–378.

<sup>138</sup> Zob. Opinia Ordo Iuris w sprawie Konwencji antyprzemocowej: [http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport\\_przemoc\\_OI.pdf](http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport_przemoc_OI.pdf) [dostęp: 4.04.2017]. Umyka uwadze, iż atakowana m.in. treść art. 12 CETS210 stanowi obowiązujące, choć lekceważone wymogi przepisów prawa obowiązujących w Polsce już od 1982 r. Art. CETS210 jest bowiem niemal dosłownym powtórzeniem art. 10c Konwencji ONZ w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet (CEDAW).

<sup>139</sup> Zob. Wyrok TK z dnia 7 stycznia 2004 r. Sygn. akt K 14/03. „W orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego utrwalony jest pogląd, iż ogólne zasady wynikające z art. 2 Konstytucji powinny być przestrzegane szczególnie restryktywnie, gdy chodzi o akty prawne odnoszące się do fundamentalnych wartości chronionych przez Konstytucję. Szczególnie doniosłe znaczenie winny one mieć na płaszczyźnie wolności i praw człowieka i obywatela” (K 33/00, OTK ZU, nr 7/2001, poz. 217).

<sup>140</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, *op. cit.*, s. 25.

<sup>141</sup> R. Ingarden, *O odpowiedzialności i jej podstawach*, w: L. Kowalik (red.), *Księżeczka o człowieku*, tłum. A. Węgrzecki, Wydawnictwo Literackie, Kraków 2017, s. 76–96.

<sup>142</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, *op. cit.*, s. 25, 26.

<sup>143</sup> A. Zoll, *Okoliczności wyłączające winę*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982, s. 9.



znamiona przestępstwa zgwałcenia z art. 197 k.k. nie biorą pod uwagę woli osoby, z którą dochodzi do relacji seksualnej, a stanowiskiem, iż zgoda w strukturze przestępstwa zgwałcenia nie odgrywa roli. Ciekawy przykład takiego rozumowania przeprowadza Krzysztof Szczucki, rozważając rolę zgody w przestępstwie zgwałcenia<sup>144</sup>.

Szczucki, nawiązując do doktryny niemieckiej, wskazuje za Jędrzejewskim na dwie konstrukcje funkcji zgody: *Einverständnis* i *Einwilligung*. Jędrzejewski objaśnia to klarownie. Rozróżnia zgodę, która wyłącza istotę czynu, *Einverständnis*, oraz taką która wyłącza bezprawność czynu, *Einwilligung*.

Nie ma realizacji istoty czynu zgwałcenia, jeżeli – jak pisze Jędrzejewski – kobieta zgadza się na stosunek<sup>145</sup>. *Einwilligung* wyczerpuje znamiona czynu przestępnego, ale w związku z zaistnieniem zgody usprawiedliwiającej uchyla bezprawność czynu. W ramach *Einverständnis* – jak pisze Szczucki – „mieści się konstrukcja zgody, która powoduje niewyczerpanie znamion czynu zabronionego”<sup>146</sup>. Jako przykład podaje, że nie dochodzi do realizacji znamion zmuszania, jeżeli ktoś zgadza się z żądaniem drugiej osoby. To argument niekoniecznie przekonujący. Nie mówi nic o warunkach, w jakich dochodzi do wyrażenia zgody na żądanie drugiej osoby. To jednak pozostaje poza zainteresowaniami Szczuckiego.

*Einwilligung* z kolei dotyczy zgody wyłączającej bezprawność czynu, którą określa jako „zgodę usprawiedliwiającą”. Można sobie wyobrazić, że mogłoby to mieć miejsce w sytuacji konsensualnych praktyk sado-masochistycznych (dalej: BDSM), gdzie strona aktywna byłaby sadystą, a pasywna masochistą<sup>147</sup>. To jednak przykład na brak podstaw do powoływania się na *Einwilligung*. Bo skoro przemocą doprowadzono do stosunku i skoro wola osoby pasywnej nie odgrywa roli, to jej zgoda lub brak zgody nie mają tu znaczenia. Znaczenie ma to, że przemocą doprowadzono do stosunku<sup>148</sup>. Skoro więc w obu przypadkach nie mamy warunków do uznania, że zgoda została wydana w warunkach wymaganych dla autonomii seksualnej, to nie ma warunków, by uznać, że relacja seksualna nie narusza prawa.

Szczucki podkreśla, iż zaproponowany przez niego kierunek ujmowania zgody charakteryzuje tych przedstawicieli niemieckiej doktryny prawa karnego, którzy stoją na gruncie bardziej obiektywistycznej perspektywy ochrony dóbr, uznając, iż są dobra warte ochrony bez względu na to, czy konkretny podmiot wyraża zgodę

<sup>144</sup> K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 12, s. 3–38.

<sup>145</sup> I w dogmatyce prawa razi, że zajmujący się tematem najczęściej nie dostrzegają, iż nie musi chodzić o kobietę; zgwałconym może być mężczyzna.

<sup>146</sup> K. Szczucki, *Rola zgody...*, op. cit, s. 33.

<sup>147</sup> B – *Bondage* (niewola), D – *Domination* (Dominacja), *Discipline* (Dyscyplina), S – *Submission* (Uległość), *Sadism* (Sadyzm), M – *Masochism* (Masochizm).

<sup>148</sup> Wątpliwe jest w świetle chociażby przywołanych orzeczeń ETPCz, czy można przyjąć, iż ma miejsce *Einwilligung*, gdy czyn narusza autonomię jednostki; zob. przyp. 93.

na ich naruszenie, czy nie, oraz dobra, których ochrona może być warunkowa<sup>149</sup>. To rozróżnienie, zdaniem Szczuckiego, jest związane ze sposobem rozumienia źródła ochrony dobra prawnego. Tam, gdzie uznaje się wolę dysponenta dobra za podstawę dla uznania bytu przestępstwa, mamy do czynienia z *Einverständnis*. I tak rzeczywiście zakaz wykonywania zabiegu lekarskiego bez zgody pacjenta, lecz ratujący mu życie, słusznie od woli zainteresowanego uzależnia ściganie tego czynu (art. 192 k.k.). Rozważania te prowadzą Szczuckiego do tematu konstrukcji zgody dysponenta dobrem, a w szczególności do konstrukcji zgody przy przestępstwie zgwałcenia. Warte jest podkreślenie, iż Szczucki, cytując Joan McGregor, dostrzega, iż „zgoda dysponenta dobrem i jej wykorzystanie na gruncie prawa karnego ma swoje źródło w relacji do jednostki, polegającej na respektowaniu jej autonomii<sup>150</sup>. McGregor stwierdza, że „if the law wants to protect women’s sexual autonomy then [...] it should [...] require positive signs of consent”, oraz, że zgwałcenie „is committed knowingly [...] whenever the accused fails to secure affirmative consent” (s. 191, 192). McGregor mówi więc wyraźnie o potrzebie respektowania autonomii seksualnej oraz że dochodzi do zgwałcenia, gdy oskarżony nie uzyskał pozytywnej zgody. Szczucki interpretuje to jednak inaczej, stosując koncepcję wolności seksualnej.

Rozważając konstrukcję zgody, Szczucki pomija orzeczenie ETPCz w sprawie *M.C. vs. Bułgaria*. Skupia się na treści art. 197 k.k. Cytując Marka Bielskiego<sup>151</sup>, wskazuje, iż wykorzystanie do przełamania oporu ofiary przemocy przymusu psychicznego oraz groźby bezprawnej jest równoznaczne z niemożliwością podjęcia przez nią zgody na relację.

Trudno się z takim stanowiskiem zgodzić. Wspomniane już praktyki BDSM dowodzą, że może być inaczej, i nie pozwalają na tak jednoznaczną konkluzję<sup>152</sup>. Przy praktykach BDSM możliwa jest sytuacja, kiedy stosowana jest przemoc, a relacja pozostaje relacją konsensualną. Obecność przemocy i jej skutków nie stanowi tu przesłanki dla uznania, że doszło do zgwałcenia<sup>153</sup>. Na gruncie koncepcji wol-

<sup>149</sup> Szczucki nie wyjaśnia, czy dotyczy to konkretnych dóbr, czy konkretnych aktów prawnych. Mogę sobie doskonale wyobrazić, iż zakaz pomocy bądź namawianie do samobójstwa jest właśnie przykładem bardziej zobiektywizowanej teorii zgody, lecz wydaje się, iż autor nie to ma na myśli. Co ma na myśli w tym przypadku, trudno ustalić, bo nie daje w przeciwieństwie do *Einverständnis* konkretnego przykładu.

<sup>150</sup> K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa...op. cit.*, s. 37; J. McGregor, *Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women’s Consent Seriously*, Ashgate, Aldershot 2005, s. 191, 192.

<sup>151</sup> M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, w: A. Zoll (red.), *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz*, t. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 575.

<sup>152</sup> A. Beckman, *The Social Construction of Sexuality and Perversion. Deconstructing Sadomasochism*, Palgrave, Hampshire 2009, s. 175–228.

<sup>153</sup> Cezary Mik w opinii na temat oceny merytorycznej konwencji CETS210 i jej zgodności z Konstytucją RP oraz z niektórymi konsekwencjami jej ratyfikacji dla Polski stwierdził, że art. 36 CETS210 wprowadza obowiązek kryminalizacji przemocy seksualnej, w tym gwałtu, wymagając jedynie umyślności działania sprawcy i braku przyzwolenia ofiary. Tymczasem, jak zauważył, „orzecznictwo ETPCz wskazuje, że naruszeniem praw człowieka jest też takie zachowanie seksualne, które

ności seksualnej, z pominięciem koncepcji autonomii seksualnej, powstaje sytuacja, w której nie identyfikujemy zgwałcenia tam, gdzie ono w istocie ma miejsce (obecność zgwałcenia i jednoczesny brak przemocy, brak groźby i brak zgody – jak w *M.C. vs. Bułgaria*); oraz identyfikujemy przestępstwo zgwałcenia tam, gdzie go nie ma (brak zgwałcenia, bo obecność konsensualnych praktyk BDSM).

Różnicę tę dużo wcześniej dostrzegł Marian Filar, którego prace Szczucki przywołuje<sup>154</sup>. Filar rozróżnił wolność do i wolność od. Dostrzegł i to, że w każdych warunkach wolność ta realizuje się w ramach obowiązującego systemu moralno-obyczajowego i społeczno-prawnego<sup>155</sup>. Z tego powodu Filar uznał, iż wszystko, co jest możliwe, to uznanie za przedmiot ochrony rodzajowej przestępstwa zgwałcenia wolności seksualnej. Szczucki podziela tę opinię. Praca Filara jest niewątpliwie znacząca, ale została napisana w 1985 r. Wydano ją, zanim powstały prace o koncepcji autonomii seksualnej i zanim ETPCz wydał wyrok w sprawie *M.C. vs. Bułgaria*. Jest różnica między uznawaniem koncepcji wolności seksualnej w 1985 r. i pomijaniem koncepcji autonomii seksualnej oraz i Konwencji antyprzemocowej od 2015 r.

Szczucki powtarza za Markiem Bielskim, iż nie ma znaczenia forma uzeńtrznienia oporu wobec sprawcy, o ile tylko obiektywnie może być rozumiana jako brak zgody na czynność seksualną<sup>156</sup>. Problem w tym, kto i jak określa

---

jest dokonane za zgodą osoby (i to nawet za zamkniętymi drzwiami), lecz prowadzi do upodlenia człowieka i szkód fizycznych, jak praktyki sado-masochistyczne”. C. Mik przywołał wyrok ETPCz w sprawie *Laskey, Jaggard i Brown vs. UK* (nr 109/95 615/703-705). W sprawie tej ETPCz uznał, że państwo nie narusza prawa do prywatności, zakazując niektórych nawet konsensualnych praktyk seksualnych, takich jak BDSM, gdy przemawia za tym argument zdrowia publicznego i dobrych obyczajów. Mik nie zwrócił jednak uwagi na to, że przywołany w 2014 r. wyrok w sprawie *Laskey i inni*, wydany był w 1997 r. Konwencja antyprzemocowa weszła w życie w 2014 r., a w międzyczasie zapadły i inne wyroki. Wydano m.in. wyrok w sprawie *K.A and A.D vs. Belgia* (nr 42758/98 i 45558/99). W tym wyroku również uznano, iż nie doszło do naruszenia art. 8 EKPCz, zakazując niektórych praktyk sdomasochistycznych. Zakaz jednak nie był motywowany zdrowiem czy obyczajowością, lecz brakiem poszanowania autonomii seksualnej jednostki. Dobro chronione więc było tym razem, pomimo tego, że nadal powoływano się na art. 8 EKPCz znacząco odmiennie. Oznacza to, że Mik nie dostrzegł, iż współcześnie ETPCz nie uznaje w ramach EKPCz praw władzy do ograniczania praktyk BDSM. Uznaje prawo do ograniczania takich praktyk BDSM, do których dochodzi bez zgody jednostki, z naruszeniem jej autonomii seksualnej. C. Mik, *Opinia w sprawie oceny merytorycznej Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Konwencja nr 210) podpisanej w Stambule 11 maja 2011 r., oceny jej zgodności z Konstytucją RP oraz o niektórych konsekwencjach jej ratyfikacji dla Polski*, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa, 31 grudnia 2014, s. 42, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2515> [dostęp: 1.06.2017]; European Court of Human Rights Press release issued by the Registrar Chamber Judgment K. A and A.D. v. Belgium; Press release – 073(2005), 17.02.2005, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=840593&Site=COE&direct=true> [dostęp: 1.06.2017].

<sup>154</sup> M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1985.

<sup>155</sup> *Ibidem*, s. 37, 38.

<sup>156</sup> M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k. ..., op. cit.*, s. 575.

kryteria tego, co ma uchodzić za „obiektywny brak zgody”, jak zademonstrowano to w *M.C. vs. Bułgaria*<sup>157</sup>.

Szczucki konkluduje, iż wydaje się jednak, że brak zgody należy wiązać przede wszystkim z decyzją negatywną ofiary, gdyż brak decyzji pozytywnej, innymi słowy obojętność, nie powinien być utożsamiany z brakiem zgody. Ofiara nie podejmuje decyzji negatywnej, zakłada w swojej świadomości ewentualność podjęcia obcowania płciowego, a zatem w takim przypadku nie dojdzie do naruszenia dobra chronionego w postaci wolności seksualnej<sup>158</sup>.

Takie stanowisko wydaje się być utrwalone w polskiej dogmatyce. Utrzymuje się od 1932 r. i trwa pomimo przyjęcia w 2015 r. Konwencji antyprzemocowej. Brak jest przy tym jasności, na jakiej podstawie, stosując jakie kryteria, sprawca ma dojść do wniosku, że ofiara ma obojętny stosunek do relacji seksualnej. W istocie bowiem nie pada pytanie o to, czy jest jej obojętne, czy dojdzie do stosunku. O owej obojętności lub braku sprzeciwu decyduje sprawca. Nie wie, jak jest, zakłada. Na podstawie czego? Szczucki tego nie wyjaśnia. Tymczasem nie jest wykluczone, że to, co Szczucki określa jako „obojętność”, jest stanem opisanym w sprawie *M.C. vs. Bułgaria*. To może być sparaliżowana strachem, przerażona, nieprotestująca osoba. W takich warunkach zaledwie pozornie bierze się pod uwagę stan woli pokrzywdzonej. Szczucki przyznaje jednak, iż koncepcja zgwałcenia w polskim prawie karnym nie przewidziała zgody jako ustawowej przesłanki zgwałcenia.

Szczucki uważa, że w tej sytuacji dochodzi do kolizji. Ustawodawca wymaga bowiem dla bytu przestępstwa z art. 197 k.k. użycia przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp. Z drugiej strony doktryna prawa karnego „wprowadza dodatkowo zagadnienie dysponenta dobrem”<sup>159</sup>. Szczucki słusznie zauważa, że zgoda wymaga cech autonomii. Trudno zgodzić się z tym, iż doktryna wprowadza wymóg zgody „dodatkowo”. Bez pozytywnej zgody mamy zaledwie możliwość odmowy, a to nie to samo. Szczucki dochodzi w związku z tym do punktu, w którym rozważa przyjęcie zgody jako podstawy odpowiedzialności za zgwałcenie. Zastrzeżenia, jakie zgłasza, wskazując na wiek, sprawność umysłową oraz wpływ środków odurzających, nie stanowią przeszkody dla przyjęcia autonomii seksualnej jako podstawy odpowiedzialności za zgwałcenie.

Wiek zgody wprowadza kryterium rozróżnienia między zgwałceniem (art. 197 k.k.) a tym, co prawidłowo powinno być nazwane zgwałceniem ustawowym, a co określone jest w art. 200 k.k. jako obcowanie płciowe z małoletnim<sup>160</sup>. Brak pełnej sprawności

<sup>157</sup> D.C. Hubin, K. Haely, *Rape and the reasonable man*, „Law and Philosophy” 1999, t. 18, nr 2, s. 113–139; N. Cahn, *The looseness of legal language: The reasonable woman standard in theory and in practice*, „Cornell Law Review” 1992, t. 77, s. 1398–1446.

<sup>158</sup> K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa...*, *op. cit.*, s. 37.

<sup>159</sup> *Ibidem*, s. 21.

<sup>160</sup> Zob. szerzej na ten temat M. Płatek, *Pozorna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 2, s. 3–18.

umysłowej nie wyklucza autonomii seksualnej, poza stanami ostrych zaburzeń, które najczęściej są okresowe<sup>161</sup>. Relacje seksualne pod wpływem alkoholu mogą być i bardzo często są konsensualne. Wykorzystywanie alkoholu i narkotyków, by konsensualność wykluczyć, oznacza podstęp wykluczony przesłanką świadomej zgody wymaganej przez art. 36 CETS210. Podobnie obojętność, jak i brak sprzeciwu nie odpowiadają wymogom zgody z art. 36 CETS210. Autonomia seksualna jest dobrem chronionym jako emanacja godności i wolności. Kryterium naruszenia autonomii seksualnej jest działanie bez zgody. Nie chodzi o zgodę dysponenta dobra na jego naruszenie. Chodzi o postępowanie zgodnie z wolą dysponenta dobrem.

Posłużmy się dla ilustracji przykładem podanym przez autora. Zdaniem Szczuckiego nie dochodzi do przemocy, a więc i do zgwałcenia, w sytuacji, gdy milioner uzależnia sfinansowanie świadczeń zdrowotnych dla śmiertelnie chorego dziecka od zgody matki na płciowe z nim obcowanie. Tymczasem zachowanie to realizuje znamiona występku z art. 199 k.k. i polega na zgwałceniu w formie nadużycia stosunku zależności. To, że art. 199 k.k. określany jest jako nadużycie zależności, nie zmienia faktu, że i ten typ czynu zabronionego dotyczy zgwałcenia i stanowi *lex specialis* wobec art. 197 k.k. Zgoda wymuszona nie jest zgodą w rozumieniu art. 36 CETS210.

Innego przykładu na brak spójności między wymogiem art. 36 CETS201 a stanowiskiem polskiej doktryny dostarcza jeden z najnowszych komentarzy do kodeksu karnego pod redakcją Michała Królikowskiego i Roberta Zawłockiego.

Autorzy komentarza do rozdz. XXV, w tym do art. 197 k.k., Magdalena Budyn-Kulik i Marek Kulik, stwierdzają w nim, iż przy interpretacji przepisów, zwłaszcza należących do różnych gałęzi prawa, należy się kierować zasadą niesprzeczności i wewnętrznej spójności systemu prawa. Skoro zatem prawo rodzinne nakłada pewien obowiązek na małżonków (obowiązek współżycia), to prawo karne nie może wprowadzać gwarancji uniemożliwiających jego egzekwowania w ramach ustawowej wolności seksualnej<sup>162</sup>.

To myśl równie kontrowersyjna, co w polskiej dogmatyce nowa. Nie oznacza opowiedzenia się za autonomią seksualną. Przeciwnie. Opowiada się za wyłączeniem w pewnych sytuacjach nawet wolności seksualnej.

Od przynajmniej 1932 r. co najmniej nie ulegało wątpliwości, iż wymuszenie współżycia przez jednego ze współmałżonków na drugim w sposób opisany w art. 197

---

<sup>161</sup> Ważne jest postępowanie zgodne z wymogami Konwencji ONZ o prawach osób z niepełnosprawnościami; Konwencja o prawach osób z niepełnosprawnościami (KPOzN) i Protokół dodatkowy (PD) przyjęte przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych 13 grudnia 2006 r. Konwencja weszła w życie 3 maja 2008 r. UE jest stroną KPOzN (umowa mieszana): podpisanie 30 marca 2007 r.; ratyfikacja 23 grudnia 2010 r.; Polska: podpisanie 30 marca 2007 r.; ratyfikacja 25 września 2012 r.

<sup>162</sup> M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Rozdział XXV. Przeprowadzenie przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości*, w: M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, wyd. 4, t. I, art. 117–221, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 667.

k.k. stanowi realizację znamion tego przestępstwa<sup>163</sup>. Przewrotne jest więc w tym przypadku powołanie się na wewnętrzną spójność systemu. Tekst opublikowany w roku 2017 r. pomija bowiem fakt obowiązywania od 2015 r. Konwencji antyprzemocowej. Pomija wymóg wynikający z art. 36 CETS 210. Nieprawidłowo też twierdzi, iż małżeństwo nakłada obowiązek współżycia. Brak współżycia, jeśli stanowi to dolegliwość, może być przesłanką do rozwodu. Współżycie nie jest i nie może być traktowane jako obowiązek. Instytucja małżeństwa zakłada współżycie seksualne. Nie jest to równoznaczne z prawem do nieliczenia się i lekceważenia wolności seksualnej/autonomii seksualnej współmałżonka. Nie oznacza też automatycznego przyzwolenia na stosunki seksualne. Władza, co wynika i z *M.C. vs. Bułgaria*, i z Konwencji antyprzemocowej, jest zobowiązana do zapewnienia także w relacjach małżeńskich ochrony przed współżyciem, do którego dochodzi bez zgody współmałżonka.

Jędrzejewski zwraca uwagę na to, iż zgoda dysponenta dobrem nastęrcza doktrynie trudności<sup>164</sup>. Traktowana jest jako ciało obce. Utrudnia sprowadzenie wszystkich okoliczności wyłączających bezprawność do jakiegoś ogólnego wspólnego mianownika<sup>165</sup>. Wydaje się jednak, że art. 36 CETS210 wychodzi naprzeciw tej trudności. Koncepcja autonomii seksualnej i wymóg autonomicznej zgody tworzą wspólny mianownik. Nauka płynie także z orzeczenia *M.C. vs. Bułgaria*. To, co na gruncie dogmatyki prawa karnego poddaje się finezyjnym analizom, na gruncie praktyki okazuje sprowadzać się do naruszania pozytywnych obowiązków władzy wynikających z EKPCz. Przejawia się to w braku wymaganej w obowiązującym prawie staranności zbierania dowodów, połowicznego badania faktów i braku podejmowania decyzji na podstawie całokształtu okoliczności sprawy.

Przyjęta w konwencji antyprzemocowej konstrukcja zgwałcenia wychodzi na przeciw dogmatycznym problemom, z jakimi od dawna boryka się doktryna prawa karnego. Zgoda dysponenta dóbr tak długo nastęrcza dogmatykom trudności, jak długo nie dostrzegają, iż problem zgody można usunąć z płaszczyzny bezprawności (okoliczności wyłączających bezprawność) i przyporządkować zgodę istocie czynu (*Tatsbestand*)<sup>166</sup> w ramach teorii usprawiedliwiania czynu. Niektórzy dogmatycy prawa karnego (Hans Jørgen Hirsch) sądzili nawet, iż są one nie do rozwiązania, Konwencja antyprzemocowa to rozwiązanie przynosi. Tak więc również przedstawione przykłady z zakresu dogmatyki prawa karnego wskazują na potrzebę nowelizacji art. 197 k.k. i stosownie tytułu i treści rozdz. XXV kodeksu karnego do wymogów art. 36 CETS210.

<sup>163</sup> J. Warylewski, *System...op. cit.*, s. 682; A. Michalska-Warias, *Zgwałcenie w małżeństwie*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 144–153.

<sup>164</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, *op. cit.*, s. 281, 282. Jędrzejewski mówi tu konkretnie o monistycznej teorii usprawiedliwienia (legalizacji) czynu, opartej na zasadzie rozważenia kolidujących dóbr (interesów), gdy jednym z nich jest zgoda dysponenta dobrem.

<sup>165</sup> *Ibidem*, s. 282.

<sup>166</sup> *Ibidem*.

## Zakończenie

Czasami rzecz dotyczy adekwatności użytego wyrazu. W angielskojęzycznej audycji TED poświęconej prawu, wybitny polski prawnik Marcin Matczak tłumaczył, dlaczego jego zdaniem prawo ze swej natury jest i musi być *complicated* – skomplikowane. Słuchając go, można było dojść do wniosku, że używa on niewłaściwego terminu. Mówi o zagmatwaniu i komplikacjach, mając na myśli złożoność materii. Nie tyle więc prawo ze swej natury jest *complicated*, ile *complex*<sup>167</sup>. I można prawo uczynić na tyle zawiłym, że stanie się skomplikowane; sam jednak fakt, że jest złożone, skomplikowanym go jeszcze nie czyni. Komplikacje pojawiają się wtedy, gdy używając sprecyzowanych w prawie pojęć, nadajemy im inny sens. Możemy to robić świadomie. Czasami jednak wydaje się, jak w przypadku Konwencji antyprzemocowej, że wyrażona w niej koncepcja nie została wciąż jeszcze wdrożona. Róża nazwana innym imieniem pachnieć będzie, jak chce Shakespeare<sup>168</sup>, tak samo; nie to samo jednak oznacza „zgwałcenie” w ujęciu art. 197 k.k. i art. 36 CETS210, choć tak samo się nazywa.

Przedmiot ochrony i strona przedmiotowa czynu zakazanego ujętego w art. 197 k.k., w rozdziale dotyczącym przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości, nie spełnia wymogów art. 36 CETS210<sup>169</sup>. To wskazuje na potrzebę stosownej nowelizacji art. 197 k.k. (i odpowiednio rozdz. XXV k.k.).

Przemawia za tym i stanowisko wyrażone przez Lecha Morawskiego. Zwracał on uwagę, iż mamy do czynienia z zasadniczym, niemal kantowskim przełomem

---

<sup>167</sup> M. Matczak, *Does the law must be complicated*, TEDx University of Warsaw, opublikowany 29 listopada 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=xTG1-r6lkeM> [dostęp: 12.06.2017].

<sup>168</sup> „What’s in a name? That which we call a rose By any other word would smell as sweet” (*Romeo and Juliet*, akt II, scena 2).

<sup>169</sup> Choć niekiedy słowa używane w przepisach pozostają te same, zmieniają sens ze względu na rozwój wiedzy i praktyki. Kiedyś człowiek po zawale uznawany był za obłożnie chorego, co oznaczało wymóg położenia się do łóżka. Dziś człowiek po zawale nadal uważany jest za obłożnie chorego. Nie oznacza to jednak obowiązku leżenia. Przeciwnie, obłożnie, a więc poważnie chory ma zalecane, by wstał i bardzo dużo się ruszał. Zob. wyrok SN III ARN 84/92 wydany 8 stycznia 1993 r., sędzia sprawozdawca J. Łętowski, gdzie SN przychylił się do rozumowania RPO, który uznał za nieprawidłową i formalną interpretację pojęcia „choroby obłożnej”, przyjętą przez NSA za *Małym słownikiem języka polskiego* z 1969 r., i ograniczenie się przez Sąd do jednej tylko przesłanki („leżenie w łóżku”), która miała decydować o zakwalifikowaniu danej choroby jako „obłożnej”. Pomijając kwestię, że *Słownik* jest wyrazem indywidualnego poglądu autora wyjaśniającego ogólne znaczenie danego hasła, rzecznik praw obywatelskich stwierdził, iż trzeba zwrócić uwagę, że w sprawie chodziło o prawne pojęcie zwrotu użytego w art. 18 ust. 1 cyt. ustawy z 1985 r. Ustawa nie zawiera definicji pojęcia „choroba obłożna”. Dla wyjaśnienia więc tego pojęcia należało mieć na uwadze zarówno względy prawne, jak i medyczne, wynikające z charakteru instytucji prawnej regulowanej powołanym przepisem.

Sąd stwierdził więc, iż „pojęcie «obłożna choroba» nie oznacza choroby powodującej konieczność nieustannego przebywania w łóżku, lecz taką chorobę, która powoduje istotne i trwałe zakłócenie warunków codziennej egzystencji chorego i wymaga otoczenia go stałą opieką i kontrolą lekarską”, <http://prawo.legeo.pl/prawo/iii-arn-84-92/> [dostęp: 7.06.2017].

w prawie i życiu społecznym. Oznacza on przechodzenie w dziedzinie prawa międzynarodowego od prawa państw do prawa państw i ludów<sup>170</sup>. Polega na odejściu od takiego pojmowaniu prawa międzynarodowego, w którym jest ono traktowane przede wszystkim jako instrument koordynacji stosunków w drodze bilateralnych lub multilateralnych umów, do których państwa mogą przystąpić albo nie. Nabiera nowego, jak podkreśla Morawski, znaczenia. W tym nowym prawo międzynarodowe staje się instrumentem ochrony dóbr wspólnych całej społeczności międzynarodowej.

Tak rozumiane prawo międzynarodowe reguluje już nie tylko stosunki między państwami, ale również stosunki między państwami i obywatelami oraz ich organizacjami. Procesom tym towarzyszy radykalna przemiana pojęcia suwerenności. Od takiego jej pojmowania, w którym wzajemne relacje między państwem a obywatelami są w zasadzie zastrzeżone do wyłącznej kompetencji państwa, do takiego, w którym suwerenność państwa postrzega się w jej koniecznym związku z suwerennością ludu i prawami człowieka<sup>171</sup>.

Morawski nie ma wątpliwości, iż oznacza to konieczność podania w wątpliwość tradycyjnego rozumienia słowa „suwerenność” i zbudowania go na nowych zasadach<sup>172</sup>. Jest to szczególnie związane z dynamiką procesów integracji europejskiej oraz upadkiem imperium sowieckiego. To, zdaniem Morawskiego, stworzyło „największą szansę, by Europa i świat stały się nie tylko wspólnotą rynków, handlu i komunikacji, ale również wspólnotą praw i wartości”<sup>173</sup>. Wspólnota praw i wartości, jak również ujęcie tej wspólnoty w duchu niedyskryminacji doprowadziły w długim procesie do wypracowania treści Konwencji antyprzemocowej i treści art. 36 CETS210.

Art. 36 CETS210, jak zaznaczano, pozostawia legislacji państw członkowskich Rady Europy typizację i szczegóły ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia. Nie pozostawia jednak swobody w zakresie wyboru *ratio legis* i teoretycznej koncepcji autonomii seksualnej, na której oparta ma być regulacja przemocy seksualnej, w tym przestępstwa gwałtu/zgwałcenia.

Konwencja CETS210 nie obowiązuje, jak już zaznaczano, *ex proprio vigore*, a jej postanowienia wymagają implementacji do prawa krajowego (art. 36 CETS210 mówi: strony stosują konieczne środki ustawodawcze). Obecne brzmienie art. 197 k.k. uniemożliwia prawidłową implementację Konwencji stambulskiej. W związku z tym, co wynika z obowiązku konwencyjnego, powinien być znowelizowany. Mam nadzieję,

---

<sup>170</sup> L. Morawski, *Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 1, s. 13.

<sup>171</sup> L. Morawski, *Suwerenność i prawo międzynarodowe...*, *op. cit.*, s. 14.

<sup>172</sup> Poglądy Profesora Lecha Morawskiego stoją w jaskrawej sprzeczności z poglądami mianowanego na stanowisko już wcześniej prawidłowo osadzone przez Parlament i przez to potocznie określanego mianem osadzonego „sędziego dublera” Trybunału Konstytucyjnego Lecha Morawskiego, <http://www.rp.pl/Polityka/170519745-Jak-prof-Lech-Morawski-Oxford-zaskoczyl.html#ap-1> [dostęp: 12.06.2017].

<sup>173</sup> L. Morawski, *Suwerenność i prawo międzynarodowe...*, *op. cit.*, s. 14.



że ten artykuł dostarcza argumentów na rzecz stosownej nowelizacji, umożliwiającej poprawną implementację treści Konwencji stambulskiej.

## Bibliografia

- Beckman A., *The Social Construction of Sexuality and Perversion. Deconstructing Sado-masochism*, Palgrave, Hampshire 2009.
- Bielski M., *Komentarz do art. 197 k.k.*, w: Zoll A. (red.), *Kodeks karny, część szczególna. Komentarz*, t. II, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, s. 557–715.
- Bourdieu P., *Męska dominacja*, tłum. L. Kopcińska, Oficyna Naukowa, Warszawa 2004.
- Bourdieu P., Wacquant L., *Zaproszenie do socjologii refleksyjnej*, tłum. A. Sawisz, Oficyna Naukowa, Warszawa 2001.
- Brownmiller S., *Against Our Will. Men, Women and Rape*, Simon & Schuster, New York 1975.
- Brożek B., *Normatywność prawa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Bryson V., *Równość kobiet i mężczyzn a prawo karne*, tłum. A. Dominiczak, „Prawo i Płeć” 2002, nr 1, s. 24–26.
- Budyn-Kulik M., *Zmiana trybu ścigania zgwałcenia – wołanie na puszczy*, „Palestra” 2014, nr 1–2, s. 84–92.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., *Rozdział XXV. Przepęstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości*, w: Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, wyd. 4, t. I, art. 117–221, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Butler J., *Undoing Gender*, Routledge, New York 2004.
- Butler J., *Uwikłani w płeć*, tłum. K. Krasuska, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2008.
- Cahn N., *The looseness of legal language: The reasonable woman standard in theory and in practice*, „Cornell Law Review” 1992, t. 77, s. 1398–1446.
- Case M.A., *After gender the destruction of man? The Vatican’s nightmare vision of the “Gender Agenda” for law*, „Pace Law Review” 2011, t. 31, s. 802–817.
- Christie N., *Changes in penal values*, w: Christie N. (red.), *Aspects of social control in welfare states*, „Scandinavian Studies in Criminology” 1968, t. 2, s. 161–172.
- Cleave R.A. van, *Rape and the querela in Italy: False protection of Victim Agency*, „Michigan Journal of Gender and Law” 2007, t. 13, s. 273–310.
- Cleave R.A. van, *Renaissance redux? Chastity and punishment in Italian rape law*, „Ohio State Journal of Criminal Law” 2008, t. 6, s. 335–350.
- Day S., *Women’s sexual autonomy*, „Canadian Women Studies” 1996, t. 16, nr 3, s. 46–54.
- Dębska H., *Władza, symbol, prawo. Społeczne tworzenie Trybunału Konstytucyjnego*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2015.
- Duda M., *Emancypanci i emancypatorzy*, Wydawnictwo Naukowe Uniwersytetu Szczecińskiego, Szczecin 2017.
- ETPCz: *Kjeldsen, Busk, Madsen and Pedersen vs. Denmark* (nr 5095/71; 5920/72; 5926/72).
- ETPCz: *M.C. vs. Bulgaria* (nr 39272/98).
- ETPCz: *Oliari vs. Italy* (nr 18766/11and36030/11).
- Ferenz J.M., *Prawidłowość trybu ścigania przępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych*, „Forum Prawnicze” 2014, nr 5, s. 28–41.

- Filar M., *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Uniwersytet Mikołaja Kopernika, Toruń 1985.
- Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa–Poznań 1974.
- Galtung J., *Cultural violence*, „Journal of Peace Research” 1990, t. 27, nr 3, s. 291–305.
- Galtung J., *Peace, and Peace Research*, „Journal of Peace Research” 1969, t. 6, nr 3, s. 167–191.
- Giligan J., *Wstyd i przemoc*, tłum. A. Jankowski, Media Rodzina, Poznań 2001.
- Herman J., *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, tłum. A. i M. Kacmajor, Gdańskie Wydawnictwo Psychologiczne, Gdańsk 1998.
- Hubin D.C., Haely K., *Rape and the reasonable man*, „Law and Philosophy” 1999, t. 18, nr 2, s. 113–139.
- Ingarden R., *O odpowiedzialności i jej podstawach*, w: Kowalik I. (red.), *Książeczka o człowieku*, tłum. A. Węgrzecki, Wydawnictwo Literackie, Kraków 2017, s. 76–96.
- Jankowska-Gilberg M., *Zakres obowiązków pozytywnych państwa na tle aktualnego orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, „Problemy Współczesnego Prawa Międzynarodowego” 2009, t. VII, s. 35–48.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa 2009.
- Kopińska J., *Czy Bóg wybaczy siostrze Bernadecie?*, Świat Książki, Warszawa 2015.
- Kościańska A., *Zobaczyć łosia. Historia polskiej edukacji seksualnej od pierwszej lekcji do internatu*, Wydawnictwo Czarne, Wołowiec 2017.
- Kowalewska-Borys E., Truskolaska E., *Podstawowe założenia oraz pojęcia Konwencji stambulskiej*, w: Kowalewska-Borys E. (red.), *Przemoc w rodzinie w aspekcie Konwencji Rady Europy*, Difin, Warszawa 2015, s. 24–51.
- Krasuska K., *Gender (płeć)*, w: Rudaś-Grodzka M., Nadana-Sokołowska K., Mrozik A., Szczuka K., Czeczot K., Smoleń B., Nasiłowska A., Serafin E., Wróbel A. (red.), *Encyklopedia gender. Płeć w kulturze*, Wydawnictwo Czarna Owca, Warszawa 2014, s. 155–158.
- Krzywicka I., *Sąd idzie*, Czytelnik, Warszawa 1998.
- Kurzawa A., *Gwałt w polskim prawie. Na tle strasburskiego przeczenia przeciw Bułgarii*, „Prawo i Płeć” 2005, nr 2, s. 8–14.
- Kutchinsky B., *Knowledge and attitudes regarding legal phenomena in Denmark*, w: Christie N. (red.), *Aspects of social control in welfare states*, „Scandinavian Studies in Criminology” 1968, t. 2, s. 125–160.
- Leshner M., *Sexual Abuse, Shondaand Concealment in Orthodox Jewish Communities*, McFarland & Company, Jefferson, North Carolina 2014.
- Leszczyński J., *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1973.
- MacKinnon C.A., *Are women human*, w: *Are Women Human, and Other International Dialogues*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2006.
- MacKinnon C.A., *Defining rape internationally: A comment on Akayesu*, w: MacKinnon C.A., *Are Women Human*, Harvard University Press, Cambridge, MA 2006, s. 237–246.
- MacKinnon C.A., *Difference and dominance: On sex discrimination*, w: Bartlett K.T., Kennedy R., *Feminist Legal Theory. Reading in Law and Gender*, Oxford University Press, Oxford 1991, s. 81–94.
- MacKinnon C.A., *Law's power*, w: MacKinnon C.A., *Butterfly politics*, Harvard University Press, Cambridge, MA–London 2017, s. 28–33.

- MacKinnon C.A., *Rape, genocide, and women's human rights*, „Harvard Women's Law Journal” 1994, nr 5, s. 183–196.
- MacKinnon C.A., *Reflexions on sex equality under the law*, „The Yale Law Journal” 1991, nr 5, s. 1281–1328.
- Makarewicz J., *Zbrodnia i kara*, H. Altenberg, Lwów 1922.
- Manne K., *Down Girl. The Logic of Mysogyny*, Oxford University Press, New York 2018.
- McGregor J., *Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Ashgate, Aldershot 2005.
- Melonowska J., *Osobna: kobieta a personalizizm Karola Wojtyły Jana Pawła II. Doktryna i rewizja*, Difin, Warszawa 2016.
- Morawski L., *Suwerenność i prawo międzynarodowe – od prawa państw do prawa ludów*, „Forum Prawnicze” 2011, nr 1, s. 13–36.
- Munro V.E., *Constructing consent: Legislating freedom and legitimating constraint in the expression of sexual autonomy*, „Acron Law Review” 2008, nr 41, s. 923–956.
- Piotrowska J., Synakiewicz A. (red.), *Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, Fundacja Feminoteka, Warszawa 2011, s. 23–43.
- Płatek M., *Gwałt – przestępstwo w cieniu Temidy*; w: Gardocki L. i in. (red.), *Gaudium in Litteris est. Księga Jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman*, Liber, Warszawa 2005.
- Płatek M., hasło: *Prawo, Zgwałcenie*, w: Rudaś-Grodzka M., Nadana-Sokołowska K., Mrozik A., Szczuka K., Czeczot K., Smoleń B., Nasiłowska A., Serafin E., Wróbel A. (red.), *Encyklopedia gender. Płeć w kulturze*, Wydawnictwo Czarna Owca, Warszawa 2014.
- Płatek M., *Kryminologiczno-epistemologiczne i genderowe aspekty przestępstwa zgwałcenia*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 345–378.
- Płatek M., *Na początku jest mężczyzna*, „Niebieska Linia” 2011, nr 1, s. 1–4.
- Płatek M., *Pozorna ochrona dziecka przed wykorzystaniem seksualnym*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 2, s. 3–18.
- Płatek M., *Prawnokarna ochrona praw kobiet*, w: Kondratiewa-Bryzik L., Sokolewicz W. (red.), *Prawa kobiet we współczesnym świecie*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2011, s. 38–67.
- Płatek M., *Przeciwdziałanie wtórnej wiktyimizacji ofiar zgwałcenia*, w: Mazowiecka L. (red.), *Wiktyimizacja wtórna. Geneza, istota i rola w przekształcaniu polityki traktowania ofiar przestępstw*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012, s. 80–108.
- Płatek M., *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i z perspektywy osób poszkodowanych*, w: Piotrowska J., Synakiewicz A. (red.), *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, Fundacja Feminoteka, Warszawa 2011, s. 23–43.
- Płatek M., *Tryptyk obyczajowy: zgwałcenie, kazirodztwo, prostytucja*, w: Pikulski S., Romańczuk-Grącka M., Orłowska-Zielińska B. (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Pracownia Wydawnicza ELSet, Olsztyn 2011, s. 258–292.
- Postanowienie Sądu Najwyższego – SN Izba Karne z dnia 9 kwietnia 2001 r., II KKN 349/98; OSNKW 2001/7-8 poz. 53.
- Pozycja prawna kobiet w dziejach*, red. S. Rogowski, „Kolonial Limited”: Instytut Historii Państwa i Prawa Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2010.
- Prosecutor vs. Kunarac et al.*, Case No IT-96-23-T & IT 96–23/I-T. Judgement (Feb. 22. 2001).
- Radzik Z., *Kościół kobiet*, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, Warszawa 2015.

- Rape. Challenging contemporary thinking*, Horvath M., Brown J. (red.), Willan Publishing, Portland, Oregon 2009.
- Ritschel C., *New APP creates legally binding contracts for consensual sex, including STD-Free guarantees*, „Independent”, 11 stycznia 2018.
- Rodzynkiewicz M., *Rozdział XXV. Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości*, w: Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, t. 2, Kraków 1999, s. 504–603.
- Schulhofer S., *Taking sexual autonomy seriously*, „Law and Philosophy” 1992, t. 11, s. 35–94.
- Schulhofer S., *The feminist challenge in criminal law*, „University of Pennsylvania Law Review” 1995, t. 143, nr 6, s. 2151–2207.
- Schulhofer S., *Unwanted Sex. The Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press, Cambridge, MA 1998.
- Schulhofer S., *Unwanted Sex. Understanding the Culture of Intimidation and the Failure of Law*, Harvard University Press Cambridge, MA 1998.
- Spurek S., *Ustawa o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Stark B., *The women’s convention, reproductive rights and the reproduction of gender*, „Duke Journal of Gender Law and Policy” 2011, t. 18, nr 261, s. 261–304.
- Symonides J., *Powszechna deklaracja praw człowieka (po 60 latach)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 12, s. 3–16.
- Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestęstwa na przykładzie przestęstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 12, s. 3–38.
- Torrey M., *Feminist legal scholarship on rape: A maturing look at violence against women*, „William & Mary Journal of Women & the Law” 1995, nr 2, s. 35–51.
- Vidler J., *Ostensible consent and limits to sexual autonomy*, „MacQuarie Law Journal” 2017, t. 17, s. 103–124.
- Vigarello G., *Historia gwałtu*, tłum. A. Leyk, Aletheia, Warszawa 2010.
- Warylewski J., *Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości. Rozdział XXV Kodeksu karnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2001.
- Warylewski J., *Rozdział XXV. Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej. Art. 197*, w: Wąsek A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom. 1. Komentarz do artykułów 117–221*, C.H. Beck, Warszawa 2006, s. 783–886.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Wydawnictwo Znak, Kraków 2010.
- Wyrok SA w Krakowie z 23 marca 1994 r., II AKr 11/94, „Krakowskie Zeszyty Sądowe. Orzeczenia Sądu Apelacyjnego w sprawach karnych (KZS)” 1994, nr 4, poz. 18.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 30 października 2008 r., II AKa 305/08 LEX, nr 477649.
- Wyrok SN z 18 lipca 2007 r., WA 28/07 OSNw SK 2007/1/1683.
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające winę*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1982.
- Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

### Źródła internetowe

- ETPCz: *M.C. vs. Bulgaria* (nr 39272/98), wyrok ostateczny 4.03.2004, [https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/m.c.v.bulgaria\\_EN.asp](https://www.coe.int/t/dg2/equality/domesticviolencecampaign/resources/m.c.v.bulgaria_EN.asp) [dostęp: 15.06.2017].
- European Court of Human Rights Press release issued by the Registrar Chamber Judgment K. A and A.D. v. Belgium; Press release – 073(2005) 17.2.2005 [dostęp: 15.06.2017]; <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=840593&Site=COE&direct=true> [dostęp: 1.07.2017].
- Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe, Istanbul, 11.V.2011, Treaty Series – CETS No. 210, p. 191, s. 32 <https://rm.coe.int/16800d383a> [dostęp: 17.07.2017].
- Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe, Istanbul, 11.V.2011, Treaty Series – CETS No. 210 <https://rm.coe.int/16800d383a>; jest charakterystyczne, iż na dzień 13.07.2017 nie ma oficjalnego tłumaczenia wyjaśniającego memorandum [dostęp: 17.07.2017].
- Filipovic J., *Rape is about power not sex*, „The Guardian”, 29 August 2013, <https://www.theguardian.com/commentisfree/2013/aug/29/rape-about-power-not-sex> [dostęp: 17.07.2017].
- Galtung J., *Structural/Cultural/Direct Violence*, <https://pl.scribd.com/document/336024943/Structural-Cultural-Direct-Violence-Hand-out-pdf> [dostęp: 17.07.2017].
- <http://www.nytimes.com/1999/02/16/world/ruling-on-tight-jeans-and-rape-sets-off-anger-in-italy.html> [dostęp: 17.07.2017].
- <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm> [dostęp: 17.07.2017].
- <https://www.independent.co.uk/life-style/consent-app-sexual-contracts-legalthings-phone-std-free-guarantee-a8154591.html> [dostęp: 17.07.2017].
- Kowalski R., *Rząd PiS przygotowuje wypowiedzenie Konwencji antyprzemocowej*, „oko.press”, 2 grudnia 2016 r., <https://oko.press/rzad-pis-przygotowuje-wypowiedzenie-konwencji-antyprzemocowej/> [dostęp: 17.07.2017].
- Matczak M., *Does the law must be complicated*, TEDx University of Warsaw, opublikowany 29 listopada 2016, <https://www.youtube.com/watch?v=xTG1-r6lkeM> [dostęp: 12.06.2017].
- Mik C., *Opinia w sprawie oceny merytorycznej Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Konwencja nr 210) podpisanej w Stambule 11 maja 2011 r., oceny jej zgodności z Konstytucją RP oraz o niektórych konsekwencjach jej ratyfikacji dla Polski*, Biuro Analiz Sejmowych, Warszawa, 31 grudnia 2014, <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk7.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=2515> [dostęp: 1.06.2017].
- Nussbaum M., *Kiedy kobiety staną się ludźmi*, tłum. Somer Ł., „wyborcza.pl” 29 maja 2007, <http://wyborcza.pl/1,75402,4182753.html> [dostęp: 15.10.2016].
- O ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zwalczaniu i zapobieganiu przemocy wobec kobiet*, Warszawa, 11 czerwca 2014, Sejm RP, VII kadencja; Prezes rady Ministrów RM-10-2-14; druk nr 2525, s. 23, <https://www.senat.gov.pl/download/gfx/senat/pl/.../2515.pdf> [dostęp: 1.06.2017].
- Opinia Helsińskiej Fundacji Praw Człowieka w sprawie projektu ustawy o ratyfikacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011* (druk sejmowy nr 2515), Helsińska

- Fundacja Praw Człowieka, Warszawa 8 grudnia 2014 r. [http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC\\_opinia\\_08122014.pdf](http://www.hfhr.pl/wp-content/uploads/2014/12/HFPC_opinia_08122014.pdf) [dostęp: 17.10.2016].
- Opinia Ordo Iuris w sprawie Konwencji antyprzemocowej: [http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport\\_przemoc\\_OI.pdf](http://www.ordoiuris.pl/public/pliki/dokumenty/Raport_przemoc_OI.pdf) [dostęp: 4.04.2017].
- Phillips K., *A sexual assault case was tossed because the woman didn't scream during alleged attack*, „The Washington Post: World View”, March 26, 2017, [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/03/26/italian-judge-tossed-sexual-assault-case-because-woman-didnt-scream-during-alleged-attack/?utm\\_term=.d0cf4908d1d2](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2017/03/26/italian-judge-tossed-sexual-assault-case-because-woman-didnt-scream-during-alleged-attack/?utm_term=.d0cf4908d1d2) [dostęp: 12.06.2017].
- Phillips K., *Judge could lose job for berating rape victim: 'Why couldn't you just keep your knees together?'* „The Washington Post; World View” September 9, 2016, [https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/09/09/judge-could-lose-job-for-berating-rape-accuser-why-couldnt-you-just-keep-your-knees-together/?tid=a\\_inl&utm\\_term=.6bb26b2aea37](https://www.washingtonpost.com/news/worldviews/wp/2016/09/09/judge-could-lose-job-for-berating-rape-accuser-why-couldnt-you-just-keep-your-knees-together/?tid=a_inl&utm_term=.6bb26b2aea37) [dostęp: 10.10.2017].
- Pietryka A., *Odmowy wszczęcia i umorzenia postępowań w sprawach o zgwałcenia popełnione po zniesieniu wnioskowego trybu ścigania. Raport z badań aktowych przeprowadzonych na zlecenie Pełnomocnika Rządu do Spraw Równego Traktowania*; Warszawa, listopad 2014 r., [http://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/raport\\_wersja\\_ostateczna.pdf](http://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/raport_wersja_ostateczna.pdf) [dostęp: 17.07.2017].
- Policja, Przestępstwa zgwałcenia; statystyka i porady prewencyjne; <http://www.v10.pl/policja/Przestepstwa,zgwalcenia,statystyka,i,rady,prewencyjne,43918.html>; Wreszcie wakacje. Uwaga policja; źródło: policja.pl; <http://www.aktivlife.eu/?cmd=4&id=627> [dostęp: 28.08.2017].
- Powszechna deklaracja praw seksualnych, [http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration\\_of\\_sexual\\_rights\\_sep03\\_2014.pdf](http://www.worldsexology.org/wp-content/uploads/2013/08/declaration_of_sexual_rights_sep03_2014.pdf) [dostęp: 20.07.2016].
- Prosecutor vs. Akayesu*, Case No ICTR 96–4-T Judgement 688 (Sept. 2, 1998), <http://unict.unmict.org/en/cases/ictr-96-4> [dostęp: 3.03.2013].
- Rape and Sexual offences in Sweden, 2016, Statistics of Bra-crime statistics, Sweden*, <https://www.bra.se/bra-in-english/home/crime-and-statistics/rape-and-sex-offences.html> [dostęp: 17.07.2017].
- Schüssler Fiorenza E., *Kościół kobiet. Hermeneutyczny ośrodek feministycznej interpretacji Biblii*, tłum. A. Mergler, „Praktyka Teoretyczna” 2013, nr 2, <http://www.praktykateoretyczna.pl/czasopismo/kosciol-kobiet-hermeneutyczny-srodek-feministycznej-interpretacji-biblii/> [dostęp: 3.01.2018].
- Stanley A., *Ruling in tight jeans and rape sets of anger in it*, „The New York Times”, Feb. 16, 1999, <http://www.nytimes.com/1999/02/16/world/ruling-on-tight-jeans-and-rape-sets-off-anger-in-italy.html> [dostęp: 21.12.2017].
- Stępień E., *10,5 mld złotych. Tyle obecnie wynosi dług alimentacyjny w Polsce*, „Ona”, 18 maja 2017, <http://www.polskatimes.pl/strona-kobiet/macierzynstwo/a/105-mld-zlotych-tyle-obecnie-wynosi-dlug-alimentacyjny-w-polsce,12090403/> [dostęp: 15.07.2017].
- Szpunar O., Jurek A., *Jak Kempa walczy z ideologią gender*, „Gazeta Wyborcza” z 9 stycznia 2014 r., [http://wyborcza.pl/1,76842,15242819,Jak\\_Kempa\\_walczy\\_z\\_gender\\_\\_Sprawdzamy\\_co\\_jest\\_prawda\\_.html](http://wyborcza.pl/1,76842,15242819,Jak_Kempa_walczy_z_gender__Sprawdzamy_co_jest_prawda_.html) [dostęp: 17.07.2017].
- Trybułski Ł., *Episkopat krytykuje konwencję przeciw przemocy wobec kobiet. Zamiast ochrony będzie aborcja*, „na temat”, 2 października 2014 r., <http://natemat.pl/119101>,

- episkopat-krytykuje-konwencje-przeciw-przemocy-wobec-kobiet-zamiast-ochrony-będzie-przyzwolenie-na-aborcje [dostęp: 7.07.2017].
- UN 48/104. Declaration on the Elimination of Violence against Women, <http://www.un.org/documents/ga/res/48/a48r104.htm> [dostęp: 1.06.2017].
- Zagrożenia rodziny płynące z ideologii gender*, List Pastorski na Niedzielę Świętej Rodziny, 29 grudnia 2013 r., podpisany przez Wojciecha Polaka, sekretarza generalnego KEP, <http://episkopat.pl/list-pasterski-na-niedziele-swietej-rodziny-2013-roku/> [dostęp: 12.07.2017].
- Zielińska E., *Opinia dot. zakresu zobowiązań nałożonych na państwa-strony przez Konwencję Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, [https://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/opinia\\_3.pdf](https://www.spoleczenstwoobywatelskie.gov.pl/sites/default/files/opinia_3.pdf) [dostęp: 07.07.2017].
- Żeleński-Boy T., *Piekło kobiet*, Wolne Lektury, Fundacja nowoczesna Polska, Warszawa 1930, s. 13, <https://wolnelektury.pl/media/book/pdf/pieklo-kobiet.pdf> [dostęp: 17.07.2017].

### Akty prawne

- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.).
- Konwencja ONZ w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji kobiet przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 18 grudnia 1979 r., obowiązująca w Polsce od 1982 roku, Ustawa z dnia 2 kwietnia 1982 r. (Dz.U. z 1982 r. Nr 10, poz. 71 [CEDAW]).
- Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r., podpisana przez Polskę 18 grudnia 2012 r. (Dz.U. z 8 lipca 2015 r. poz. 961).
- Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r. Nr 17, poz. 78 z późn. zm.).
- Zasady techniki prawodawczej, Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. (Dz.U. z 7 marca 2016 r. poz. 283).