

Seweryn Cieřlik

**Zgoda dysponenta dobra prawnego
na wkroczenie w sferę wolności seksualnej
(analiza prawnoporównawcza
modelu przyjętego w polskim Kodeksie karnym
oraz koncepcji *Yes Means Yes*)**

1. Wprowadzenie

Problematyka związana z przestępstwami seksualnymi jest dziś przedmiotem ogromnego zainteresowania doktryny i stanowi odpowiedź na zmieniające się układy stosunków społecznych. Opracowania traktujące na ten temat dotyczą jednak raczej kwestii podstawowych znamion poszczególnych typów czynów zabronionych, a także ich wykładni. W takiej sytuacji swoiste *novum* stanowi kompleksowe opracowanie¹ tematyki związanej ze zgodą, która – w czystej teorii *Yes Means Yes* – rozumiana jest jako przesłanka wyłączna, w przypadku braku której sprawcę należy pociągnąć do odpowiedzialności karnej za przestępstwo zgwałcenia. Opracowanie to wywarło niebagatelny wpływ na ustawodawstwo państw, w szczególności *common law*, i stało się – choć, co trzeba przyznać, że w większości z pewnymi zmianami względem oryginalnej koncepcji – podstawą zmian i założeń teoretycznoprawnych leżących u podstaw penalizacji przestępstw przeciwko wolności seksualnej. Tym bardziej zasadne wydaje się więc poddanie koncepcji *Yes*

¹ Długoletnią debatę o problemie przestępczości seksualnej wobec kobiet podsumowały w swojej książce J. Friedman i J. Valenti: *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape* wydanej w 2008 r. Została przyjęta niezwykle dobrze, o czym świadczy jej miejsce na prestiżowej liście 99 publikacji Weekly's Best Books z 2009 r. w kategorii *Nonfiction*. Analizy jej tekstu oraz przedstawienia założeń koncepcji *Yes Mens Yes* dokonano w rozdziale 4 niniejszego opracowania.

Means Yes jurydycznej analizie, której dokonano przez pryzmat polskiej myśli prawniczej na temat zgody oraz porównano do regulacji obowiązujących na gruncie obecnego Kodeksu karnego².

2. Pojęcie zgody – rozważanie teoretycznoprawne

Na wstępie pokrótce przedstawiono teoretycznoprawne założenia samego pojęcia „zgoda”, ze szczególnym uwzględnieniem różnic co do jej charakteru w zależności od przyjętego modelu.

We współczesnej nauce prawa karnego funkcjonują dwa poglądy na temat natury zgody. Pierwszy z nich, dominujący, zakłada, że ma ona charakter heterogeniczny³. Cecha ta przejawia się m.in. w przyjęciu założenia, że zgoda może w jednym przypadku decydować o wyłączeniu bezprawności czynu⁴, a w drugim warunkować samą jego istotę, tj. być przesłanką pierwotnie legalizującą dane zachowanie. W myśl drugiego z nich zgoda powoduje brak ataku na dobro prawne⁵. W tym przypadku nie dochodzi do naruszenia normy sankcjonowanej, które to naruszenie warunkuje przyjęcie bezprawności zgodnie z koncepcją pięciostopniowej struktury przestępstwa⁶. Poniżej zaprezentowano główne założenia leżące u podstaw każdego z dwóch wymienionych sposobów rozumienia zgody.

Pogląd o heterogenicznej naturze zgody jest dość mocno przyjęty na gruncie niemieckiej nauki o prawie karnym. W Polsce przyjmuje ją A. Spotowski⁷. Autor ten rozróżnia sytuację, w której zgoda wyznacza granicę warunkującą o istocie czynu, a także stanowi znamię kontratypu. Do pierwszej grupy zalicza on te typy czynów zabronionych, w przypadku których w treści

² Ustawa z 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2018, poz. 1600 tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

³ V. Vachev, *Rozwój...*, s. 35. Autor ten przywołuje głównie literaturę niemiecką, która rozróżnia *Einwilligung* (zgodę wyłączającą bezprawność) i *Einverständnis* (zgodę wyłączającą istotę czynu).

⁴ W tym przypadku zgoda działa jak kontratyp, a w ramach jego zastosowania dochodzi do wtórnej legalizacji czynu.

⁵ W Polsce pogląd ten jest reprezentowany głównie przez przedstawicieli Krakowskiej Szkoły Prawa Karnego. Zob. więcej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 168 n., 343 n. Przywołani autorzy czerpią z dorobku nauki niemieckiej. Zob. m.in. C. Roxin, *Strafrecht...*, s. 12; por. H. Otto, *Ein willigung...*, s. 679 n.

⁶ Jako elementy składające się na strukturę przestępstwa autorzy podają: czyn, bezprawność, karalność, karygodność, wina. Zob. więcej W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 162–176.

⁷ A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 81.

przepisu *expressis verbis* wskazano, że zachowanie podjęte przez sprawcę, by zostać uznany za godzące w dobro prawne, wymaga działania wbrew woli lub bez zgody dysponenta dobrem. Do takich należą m.in. art. 192 k.k. (przeprowadzenie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta) lub art. 278 § 2 k.k. (uzyskanie cudzego programu komputerowego w celu osiągnięcia korzyści majątkowej bez zgody osoby uprawnionej). Do tej samej grupy przestępstw, tj. tych, gdzie zgoda ma charakter świadczący o pierwotnej legalności zachowania, autor zalicza typy, które nie odwołują się w swojej treści bezpośrednio do pojęcia zgody, lecz wynika ona z ich istoty⁸. Skuteczne jej wyrażenie prowadzi do konkluzji, że odnosi ona taki sam skutek, jak w przypadku grupy przestępstw, które w ustawowym opisie zawierają znamię zgody. Charakter taki będą mieć przestępstwa kradzieży (art. 278 § 1 k.k.) czy naruszenia miru domowego (art. 193 k.k.). Ponadto doprowadzenie do obcowania płciowego po uzyskaniu zgody na taką formę kontaktu seksualnego przeważa tak, że nie będzie możliwości skutecznego postawienia zarzutu zgwałcenia (art. 197 § 1 k.k.).

Zdaniem A. Spotowskiego z wyłączeniem bezprawności jako konsekwencją udzielenia zgody mamy do czynienia zawsze wtedy, gdy interes społeczny ustępuje pierwszeństwa interesowi jednostki⁹. Tak będzie w przypadku eksperymentu z art. 27 § 2 k.k. Autor, co jednak jest mniej zrozumiałe, dopuszcza możliwość wyłączenia bezprawności za zgodą dysponenta również w przypadku lekkiego uszkodzenia ciała (art. 157 § 2 k.k.). Powód tej tezy nie jest jednak do końca jasny, tym bardziej jeśli weźmiemy pod uwagę to, że przestępstwo ma charakter prywatnoskargowy i co do zasady nie ma interesu społecznego w objęciu go ściganiem z urzędu. Tutaj można też upatrywać pewnej niekonsekwencji i słabych punktów teorii A. Spotowskiego. Również przedstawiciele doktryny niechętnie podeszli do zaprezentowanej przez niego tezy, wskazując na sztuczność granicy pomiędzy czynami, w których zgoda będzie warunkować istotę czynu z jednej strony, a wpływać na wyłączenie bezprawności takiego zachowania z drugiej¹⁰.

Krakowska Szkoła Prawa Karnego odrzuca koncepcję heterogeniczną. Pogląd ów opiera na założeniu, że każda zgoda, nieważne, czy wskazana wprost w treści przepisu, zawsze powoduje brak ataku na dobro prawne, a w konsekwencji nie pozwala na przyjęcie po stronie wykonawcy danego zachowania, bezprawności jego działania. Podkreśla, że zgoda jest wynikiem

⁸ A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 82.

⁹ A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 83.

¹⁰ J. Giezek, „*Zezwolenie*”..., s. 139; Z. Jędrzejewski, *Okoliczności...*, s. 89.

autonomii woli dysponenta dobrem prawnym. Zgoda na „zabór” czy „zniszczenie rzeczy” mieści się w elementach składających się na tzw. uprawnienia właścicielskie, są więc te czynności egzemplifikacją tych uprawnień. Podobnie skierowanie do swojego rozmówcy obelgi, jeśli uprzednio została wyrażona zgoda na taki sposób komunikowania się (np. wobec faktu używania w stosunku do takiej osoby określenia słownego mogącego mieć charakter obelżywy jako czyjegoś pseudonimu), nie będzie naruszać subiektywnych odczuć jej adresata, choćby obiektywnie było odwrotnie. Należy jednak podkreślić, że wyrażenie prawnie relewantnej zgody nie jest możliwe w stosunku do każdego dobra prawnego¹¹.

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

Przestępstwo zgwałcenia nie zawiera definicji legalnej zgody. Pojęcie to nie występuje także w słowniczku ustawowym (tj. art. 115 k.k.). Zgoda jako taka co prawda pojawia się w kilku miejscach w ustawie, tak w części szczególnej¹², jak i w części ogólnej Kodeksu karnego¹³, jednak zawsze bez dalszego dopełnienia jej normatywnej treści. Oznacza to, że treść ta pozostawiona jest w całości – lub w przeważającej większości – do określenia przez praktykę.

Brak odwołania w treści przepisu wprowadzającego odpowiedzialność karną za przestępstwo zgwałcenia *expressis verbis* do pojęcia zgody nie może prowadzić do wniosku, że nie jest ona punktem zainteresowania ustawodawcy. Definicji zgody na gruncie przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności na próżno szukać również w poprzednich polskich kodyfikacjach. Artykuł 204 k.k. z 1932 r. oraz art. 168 k.k. z 1969 r.¹⁴ jako znamię czynności sprawczej wskazywały podjęcie przez sprawcę „czynu nierządno-go”. Nie oznacza to jednak, by zgoda – lub jej brak – pozostała irrelewantna

¹¹ Nie można mówić np. o zgodzie na zabicie wyrażającego zgodę, bowiem po stronie nadawcy nie ma możliwości dysponowania swoim życiem. Tak m.in. A. Zoll, w: *Kodeks...*, s. 320.

¹² Na przykład art. 192 k.k., gdzie spenalizowano udzielanie zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta; art. 141 § 1 k.k., który mówi o przyjęciu obowiązku służby w obcym wojsku bez zgody właściwego organu; art. 153 § 1 k.k., mówiący o przerwaniu ciąży bez zgody kobiety ciężarnej.

¹³ Na przykład art. 27 § 2 k.k., który określa warunki kontratypu eksperymentu.

¹⁴ Oba wspomniane przepisy są odpowiednikami dzisiejszego art. 197 § 1 k.k.

dla bytu przestępstwa zgwałcenia. Świadczy o tym bogate orzecznictwo minionego wieku. I tak na gruncie kodeksu Makarewicza z 1932 r. zgoda dysponenta dobra na wkroczenie w sferę jego seksualności musi być wyrazem jego rzeczywistej woli, a nie wynikiem negatywnej sytuacji życiowej¹⁵. Nie będzie też prawnie skuteczne wyrażenie zgody w obawie przed pogorszeniem swojej sytuacji, która – w ocenie dysponenta dobra – może mu niechybnie grozić w razie odmowy poddania się zainicjowanemu przez sprawcę czynowi¹⁶. Ponadto już w oparciu o przepisy Kodeksu karnego z okresu PRL sformułowano wprost tezę, że zgoda, podobnie jak świadomość sprawcy czy rzeczywistość oporu pokrzywdzonej, należy do znamion typu czynu zabronionego¹⁷.

Brak zgody warunkuje przyjęcie założenia o bezprawności czynu, zaś skutecznie wyrażona prowadzi do wniosku, że zachowanie podjęte przez potencjalnego sprawcę w ogóle nie może być przedmiotem prawnokarnego wartościowania. Innymi słowy, czyn jest pierwotnie legalny¹⁸ i nie ma potrzeby usprawiedliwiania go w jakikolwiek sposób. Artykuł 197 § 1 k.k. chroni wolność seksualną, do której treści zalicza się także możliwość dysponowania dobrem w zakresie czasu, miejsca i sposobu wykonania czynności o charakterze seksualnym¹⁹. Nie godzi w wolność seksualną, wręcz przeciwnie – jest wyrazem realizacji opisywanej wartości, prawa do samostanowienia, na naruszenie której to wartości powinien dopiero reagować aparat państwowy. W konsekwencji sąd rozpoznający sprawę ma obowiązek ustalić, czy zgoda została udzielona i jaka była jej konkretna treść²⁰.

Kwestią niebudzącą wątpliwości w orzecznictwie jest odmowa charakteru prawnie skutecznej zgody oświadczeniu następczemu dysponenta dobra.

¹⁵ Wyrok SN z 14 V 1936 r., I K 208/36.

¹⁶ Wyrok SN z 14 V 1936 r., I K 208/36.

¹⁷ Wyrok SA w Warszawie z 1 III 1995 r., II AKr 548/94.

¹⁸ Podział na pierwotną i wtórną legalność czynu został przyjęty przez Krakowską Szkołę Prawa Karnego. Pierwsze z określeń oznacza, że zachowanie od początku jest zgodne z prawem, nie godzi w żadne dobro prawne i nie ma potrzeby usprawiedliwiania czynu w kategoriach zła lub dobra. Wtórna legalność czynu to nic innego, jak kontraty, tj. okoliczności wyłączające bezprawność. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie...*, s. 168 n., 343 n.

¹⁹ Jak wskazał SN w postanowieniu z 9 IV 2001 roku, II KKN 349/98: „Z zamachem na wolność seksualną mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy osoba pokrzywdzona nie akceptuje aktu obcowania płciowego, ale także wtedy, gdy jej brak akceptacji odnosi się do sposobu, w jaki sprawca aktu tego dokonuje”. W piśmiennictwie pogląd ten wyrażał także m.in. L. Peiper (zob. *Komentarz...*, s. 423), a w czasach bardziej współczesnych M. Bielski (zob. *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 8).

²⁰ Wyrok SN z 8 IX 2005 r., II KK 504/04.

Innymi słowy, nie może ona zostać wyrażona dopiero po zaistnieniu zdarzenia. Wynika to z tego, że podstawą prawnokarnego wartościowania jest moment realizacji znamion, a więc czas popełnienia przestępstwa. Nieporozumieniem jednak jest uzależnienie skuteczności samej zgody ze świadomością jej istnienia w percepcji sprawcy²¹. Zgoda co do zasady nie zalicza się do znamion przestępstwa, a warunkuje jego byt. Brak świadomości sprawcy co do wyrażenia przez dysponenta dobra zgody na kontakt seksualny może prowadzić co najwyżej do odpowiedzialności za usiłowanie nieudolne zgwałcenia (art. 13 § 2 w zw. z art. 197 § 1 k.k.) wobec braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim przestępstwa. Będzie tak dlatego, że „atak” skierowany przeciwko dobru prawnemu w żaden, nawet abstrakcyjny sposób, mu nie zagraża. Zachowanie takie nie godzi w wolność seksualną, więc wykluczone będzie postawienie potencjalnemu sprawcy zarzutu dokonania lub usiłowania popełnienia przestępstwa. Większą kontrowersję budzi jednak pogląd, który opiera się na założeniu, że nie można mówić o popełnieniu przestępstwa z uwagi na brak ataku na dobro prawne w sytuacji, gdy po początkowym stawianiu oporu osoba podejmie czynność seksualną za swoją zgodą²². Pogląd ten trzeba odrzucić z dwóch powodów. Po pierwsze, należy bardzo ostrożnie podchodzić do sytuacji wyrażenia zgody na kontakt seksualny po uprzednich próbach jego wymuszenia na pokrzywdzonym. Zgoda taka może być w wielu przypadkach prawnie irrelevantna. Jedynie dokładne wyjaśnienie okoliczności, choć w wielu przypadkach trudne, będzie mogło prowadzić do przyjęcia lub nieprzyjęcia odpowiedzialności karnej za dane zachowanie. Po drugie, samo zastosowanie wobec pokrzywdzonego przemocy i tym samym natrafienie na opór z jego strony, przy założeniu o kierunkowym charakterze działania sprawcy, stanowi przestępstwo usiłowania dokonania zgwałcenia, bowiem sprawca jest już na etapie realizacji znamion. Tu znów istotne będzie dokładne wyjaśnienie okoliczności sprawy ze szczególnym uwzględnieniem czasu podejmowanych przez uczestników zdarzenia zachowań.

Na tle rozważań o zakresie pojęcia zgody w przypadku przestępstw seksualnych pojawia się też problem możliwości zgwałcenia w małżeństwie. Artykuł 23 k.r.o.²³ nakłada na małżonków obowiązek pożycia, co mogłoby świadczyć o wprowadzeniu przez ustawodawcę wyjątku od zasady wolności

²¹ J. Długosz, *Zgoda...*

²² M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 97.

²³ Ustawa z 25 VI 2015 r. – Kodeks rodzinny i opiekuńczy, Dz.U. z 2019 r., poz. 2086, dalej: k.r.o.

seksualnej i tym samym pozbawienia małżonków względem siebie prawa do wyrażenia zgody lub sprzeciwu²⁴. Przeświadczenie to jest jednak błędne. Po pierwsze, termin „wspólne pożycie” nie odnosi się wyłącznie do sfery seksualnej. Równie istotne jest zbudowanie między małżonkami więzi duchowych i gospodarczych²⁵. Nie da się stworzyć poprawnych relacji międzyludzkich, opartych na zasadzie równości i wzajemnego szacunku, jeśli ich podstawą będzie kontakt seksualny wymuszany przez choćby jedną ze stron. Brak pożycia małżeńskiego rozumianego jako aspekt fizyczny może być podstawą do wymierzenia jednej z sankcji rodzinnoprawnych²⁶, a w ostateczności orzeczenia o rozwiązaniu małżeństwa przez rozwód. Po drugie, prawo do decydowania o swojej sferze seksualnej jest w nowoczesnym świecie jednym z podstawowych praw przyznanych jednostce i nie do pomyślenia wydaje się sytuacja, w której brak możliwości zaprotestowania przeciwko małżonkowi w kwestii podjęcia aktu seksualnego w konkretnym momencie, wyinterpretowano by z treści przepisu tak ogólnego²⁷. Pogląd o dopuszczalności zgwałcenia w małżeństwie jest także powszechnie akceptowany w doktrynie.

W obecnym stanie prawnym pojęcie zgody należy nierozzerwalnie łączyć z formami doprowadzenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej określonymi w przepisie penalizującym zgwałcenie. Kryminalizacja zgwałcenia nie obejmuje bowiem samego dążenia do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, a wyłącznie ściśle określone sposoby realizacji takiego dążenia²⁸. Odpowiada bowiem za zgwałcenie tylko ten, kto wypełnia znamiona czynności sprawczej uprzednio stosując wobec pokrzywdzonego przemoc²⁹,

²⁴ W piśmiennictwie na problem ten uwagę zwracali m.in. M. Siewierski, w: *Kodeks...*, s. 137–138; W. Świda, w: *Kodeks...*, s. 496–497.

²⁵ A. Zieliński, G. Jędrejek, *Prawo...*, s. 62.

²⁶ Terminu tego używa T. Sokołowski, który jako przykład takiej sankcji podaje orzeczenie o winie w przypadku rozwiązania małżeństwa przez rozwód. Zob. T. Sokołowski, w: *Kodeks...*, komentarz do art.23 k.r.o., teza 3.

²⁷ Przy czym, co należy stanowczo podkreślić, nawet przepis rangi ustawowej, wprowadzający *expressis verbis* wyjątek w zakresie dysponowania przez jednego małżonka swoją sferą seksualną – co do podjęcia decyzji w przedmiocie zgody na akt seksualny ze współmałżonkiem – byłby z całą pewnością niezgodny z Konstytucją.

²⁸ J. Warylewski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k. k., teza 14.

²⁹ Przemoc rozumiana jest jako siła fizyczna lub psychiczna ukierunkowana na przełamanie oporu pokrzywdzonego. Opór musi być obiektywnie dostrzegalny i stanowić uzewnętrznienie braku zgody dysponenta dobra. Por. J. Piórkowska-Flieger, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 3. Nierozzerwalnie więc pojęcie zgody łączy się z czynnością sprawczą stosowania przemocy.

groźbę bezprawną³⁰ lub podstęp³¹. Z racji tego, że zgoda powoduje pierwotną legalność czynu, sama realizacja znamion polegających na „obcowaniu płciowym” lub „innej czynności seksualnej” nigdy nie będzie mogła być uznana za czyn bezprawny. Jedynie dowód przeciwny – wykazanie w toku postępowania tak przygotowawczego, jak i przede wszystkim sądowego, że *in concreto* mamy do czynienia z sytuacją braku zgody, zmanifestowaną w jakiś obiektywny sposób, dostrzegalną dla sprawcy, przy spełnieniu pozostałych warunków, skutkować będzie pociągnięciem sprawcy do odpowiedzialności karnej.

Powyższe skłania do postawienia tezy, że zgoda dysponenta dobra na wkroczenie w jego sferę wolności seksualnej, przy założeniu spełnienia przesłanek formalnych, jak chociażby wieku i stanu psychofizycznego, może być zarówno wyrażona wprost (poprzez słowa, gesty), jak i poprzez niezamanifestowanie niezgody. Prowadzi to też do daleko idącego wniosku, że desygnaty pojęcia zgody na gruncie obecnie obowiązujących przepisów odkodowywane są przez organy prowadzące postępowania na etapie zarówno przygotowawczym, jak i później w postępowaniu przed sądem w oparciu o zawarte w treści przepisów znamiona, będące efektem rozstrzygnięcia konkretnego przypadku.

4. Charakterystyka koncepcji *Yes Means Yes*³²

Koncepcja *Yes Means Yes* została po raz pierwszy w sposób kompleksowy przedstawiona w publikacji pt. *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape*. Książka składa się z szeregu krótkich esejów,

³⁰ Definicję groźby znajdujemy w art. 190 k.k. oraz w art. 115 § 12 k.k. Jej istotą jest również wytworzenie po stronie pokrzywdzonego elementów strachu i poczucia bezsilności. W tej sytuacji formalnie dochodzi do wyrażenia zgody (lub niewyrażenia sprzeciwu), jednak warunki takiego oświadczenia nie mogą być uznane za prawnie relewantne.

³¹ Podstęp rozumiany jest na dwa sposoby. Pierwsze jego rozumienie, węższe, oznacza „wywołanie lub wykorzystanie błędu ofiary odnośnie do istotnych przesłanek motywacyjnych stanowiących postawę decyzji co do zaangażowania seksualnego ofiary”. Drugie, szerokie (dominujące w orzecznictwie), do powyższego dodaje jeszcze „poprzedzone wprowadzeniem w błąd lub wykorzystaniem błędu ofiary doprowadzenie jej do stanu wykluczającego swobodną auto determinację seksualną z uwagi na wyłączenie aparatu decyzyjnego albo ruchowego”. W przypadku zastosowania podstępu, w zależności od konkretnej sytuacji możemy mieć do czynienia z brakiem wyrażenia prawnie relewantnej zgody z uwagi na brak komponentu intelektualnego po stronie pokrzywdzonego, lub z brakiem możliwości jej wyrażenia (klasycznym przypadkiem będzie tutaj wyłączenie świadomości po stronie pokrzywdzonego w wyniku podania mu tzw. pigułki gwałtu). Zob. M. Bielski w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 52.

³² Analizie zostanie poddana koncepcja *Yes Means Yes* w jej czystej postaci, przyjętej w ustawodawstwie stanu Kalifornia. W swojej dziewiczej postaci jednak *Yes Means Yes*

których autorzy związani są z ruchem feministycznym. Ich celem było ukazanie problemu związanego ze zjawiskiem dopuszczania się przez studentów gwałtów, które miały miejsce na kampusach uniwersyteckich. Autorzy starają się zdiagnozować źródło problemu, upatrując je przede wszystkim w mętnych i niedokładnych przesłankach tego, co można nazwać gwałtem. Centralną uwagę poświęcają problematyce zgody, dochodząc do wniosku, że stanowi ona z jednej strony najważniejszy, a z drugiej – jedyny wystarczający czynnik, wobec którego braku zachowanie inicjatora kontaktu seksualnego można zakwalifikować jako zgwałcenie. Książka odbiła się szerokim echem w społeczeństwie, co z kolei przyczyniło się do zmian w ustawodawstwach różnych krajów. Rozpoczęła ją debata, a w jej konsekwencji kursy edukacji seksualnej na Colgate University w Hamilton Village w stanie Nowy York³³.

Opisana wyżej koncepcja nie była wcale pierwszą odpowiedzią na narastający problem dotyczący przestępstw seksualnych na amerykańskich kampusach. Wcześniej weszły w życie m.in. The Clery Act³⁴, a także campus sa VE Act³⁵. Ta pierwsza nakłada na władze kampusów obowiązek prowadzenia rejestrów dotyczących zdarzeń, które mogą wypełniać znamiona określonych w ustawie przestępstw, a są to: zabójstwo, zgwałcenie, podpalenie,

występuje bardzo rzadko. Z uwagi na swój radykalizm dotyczący warunków udzielenia prawnie relewantnej zgody dochodzi w przeważającej mierze do rozluźnienia tych obowiązków. W przepisach k.k. Szwecji, które weszły w życie 1 lipca 2018 r., wprowadza się autonomiczną definicję zgody rozumianą nie tylko jako *verbal agreement*, ale także jako *clearly demonstrated desire to engage in sexual activity*. W tym sensie dopuszcza się wyrażenie zgody poprzez inne znaki, o ile, z obiektywnego punktu widzenia, świadczą one bezsprzecznie o chęci podjęcia współżycia. Na amerykańskich uczelniach proponuje się różne inne rozwiązania, które mają złagodzić skutki wynikające z przyjęcia czystej koncepcji *Yes Means Yes* (np. na Pennsylvania's Swarthmore College wystarczy zgoda wyrażona poprzez gesty. Jednakże zastrzeżenie to traci swoją aktualność z momentem, gdy jedna ze stron zada pytanie ukierunkowane na otrzymanie zgody. W takim wypadku otrzymanie odpowiedzi słownej wyrażającej gotowość do podjęcia czynności seksualnej jest absolutnym obowiązkiem inicjującego czynność, z którego to obowiązku jest on później rozliczany).

³³ Kurs odbył się w ramach szerszego programu pt. *Keepit Sexy, Colgate (KISC)*, którego celem było zwrócenie uwagi na kwestie związane z ideologią *gender*, równością w związkach i sposobem rozwiązywania problemów dotyczących podejmowania kontaktów seksualnych w stanie upojenia alkoholowego. Zajęcia odbyły się w okresie od 7 października do 4 listopada 2009 r.

³⁴ Pełna nazwa: The Jeanne Clery Disclosure of Campus Security Policy and Campus Crime Statistics.

³⁵ Pełna nazwa: The Campus Sexual Violence Elimination Act. Ustawa ta znowelizowała wspomnianą w przypisie 32 Clery Act.

napad, kradzież samochodu czy przemoc domowa. Uczelnie prowadzące rejestry są zobowiązane do:

- 1) publikowania rocznych raportów bezpieczeństwa;
- 2) ujawniania statystyk kryminalnych dotyczących incydentów, które mają miejsce w kampusie w miejscach publicznych bezpośrednio przylegających do lub przebiegających przez kampus oraz w niektórych obiektach poza kampusem;
- 3) wydawania w odpowiednim czasie ostrzeżenia o przestępstwach, o których mowa w Clery Act, a które stanowią poważne lub ciągłe zagrożenie dla studentów i pracowników;
- 4) opracowania zasad reagowania kryzysowego, powiadomienia i testowania w zakresie wskazanym ustawą.

Jej przepisy przyznają ponadto jednostce prawo do skargi zarówno w przypadku jednostkowego zdarzenia, które może wypełniać znamiona przestępstwa, jak również nierespektowania przez władze uczelni obowiązków nałożonych na nie przez ustawę. Z kolei druga z przywołanych powyżej ustaw wprowadza minimum, jakie musi zagwarantować uczelnia w zakresie ochrony osób jej podległych³⁶. Wprowadza także obowiązek podejmowania działań edukacyjnych nastawionych na profilaktykę walki z przestępczością na tle seksualnym, informację na temat redukcji ryzyka w celu rozpoznawania znaków ostrzegawczych mogących świadczyć o znajdowaniu się w miejscu lub sytuacji potencjalnie wiktyimizującej, a także nastawionych na wsparcie zapewniane pokrzywdzonym ze strony osób postronnych. Obecnie w Kongresie procedowana jest także ustawa³⁷, której główny cel to zredukowanie do minimum przestępczości seksualnej na amerykańskich kampusach. Podnoszone są głosy, że dziś możliwość wiktyimizacji kobiet na uniwersytetach, w związku z przestępstwem godzącym w ich wolność dysponowania i kształtowania swojej sfery seksualnej, jest bardziej prawdopodobna w stosunku

³⁶ Ustawa wprowadza minimum środków bezpieczeństwa i gwarancji dla osoby wiktyimizowanej, jakie władze uczelni zobowiązane są jej zapewnić w związku z zaistniałym, a mogąym wypełniać znamiona przestępstwa, zdarzeniem. Do owego minimum zalicza się m.in. zagwarantowanie przez uniwersytet pomocy w postępowaniu przed uprawnionym do ścigania przestępstw organem, możliwości zmiany, na życzenie wiktyimizowanego, miejsca pobytu, a także środowiska pracy, celem uniknięcia obecności w środowisku, gdzie doszło do zdarzenia będącego przedmiotem postępowania, a także otrzymania rzetelnej i jasnej informacji o możliwych do podjęcia działaniach w zakresie terapii po przebytych urazach psychicznych związanych z doświadczeniem przestępstwa oraz w zakresie poradnictwa prawnego.

³⁷ Chodzi tu o ustawę The Bipartisan Campus Accountability and Safety Act.

do osób, które są studentkami, niż w stosunku do osób, które tego statusu nie posiadają³⁸. Problem ten potęguje brak odpowiednich regulacji w zakresie ochrony jednostki. Warto podkreślić, że przepisy, zachęcając osoby do zgłaszania przypadków naruszeń ich sfery wolności, wprowadzają regulacje, dzięki którym wyłączona zostanie odpowiedzialność zgłaszającego za przewinienia związane np. ze spożywaniem alkoholu w wieku poniżej minimalnego dopuszczalnego (sec.125.5.23-25 ustawy). Wymogiem przy tym nie jest konieczność przypisania odpowiedzialności osobie, której zgłoszenie dotyczy, a samo zgłoszenie zdarzenia w dobrej wierze (ang. *goodfaith*).

Pomimo tak licznych prób rozwiązania problemu związanego z narastającym zjawiskiem przestępczości seksualnej, nie doprowadziły one do satysfakcjonujących zmian. *Yes Means Yes* powstała więc jako odpowiedź na coraz powszechniejsze zjawisko naruszania wolności seksualnej. W świetle tej koncepcji centrum zainteresowania uczyniono osobę inicjującą aktywność seksualną, wymagając od niej otrzymania od drugiej strony czynności potwierdzającej zgodę³⁹. W myśl założeń koncepcji *Yes Means Yes* zgodą jest poddanie się czynności seksualnej wyrażone przez osobę, której owa czynność bezpośrednio dotyczy przy spełnieniu warunków dobrowolności i świadomości ekspresji, potwierdzające jej chęć do rozpoczęcia, przebiegu i zakończenia interakcji seksualnej (SB 967.67386.a.1 Sexual act of California)⁴⁰. Przez wyrażenie „potwierdzające” rozumie się czynność m.in. świadomą i dobrowolną. Inaczej niż na gruncie polskiej regulacji, nie będzie stanowić prawnie relewantnej zgody sytuacja, gdy osoba pokrzywdzona nie będzie protestować lub opierać się działaniu sprawcy. Na gruncie koncepcji *Yes Means Yes* także milczenie nie będzie oznaczać zgody. Wyrażeniem zgody nie będzie sytuacja, w której po stronie pokrzywdzonego nie dojdzie w żaden sposób do zmanifestowania oporu wobec podejmowanych przez sprawcę prób nawiązania kontaktu seksualnego. Podobnie jak w Polsce nie ma tu możliwości wyrażenia zgody następczej, a ona sama może być odwołana w każdym czasie. Prawną doniosłość wyrażonej zgody determinuje ponadto wymaganie stawiane oskarżonemu co do obowiązku podjęcia starannych kroków w celu upewnienia się, czy druga strona wyraziła zgodę (ang. *existence of 'une qui vocal and voluntary agreement' and requiring proof by the accused of stepstaken to ascertain whether the complainant was consenting*).

³⁸ Ang. Currently, an American Woman Who Attends College is More Likely to be a Victim of Sexual Assault Than a Woman Who Does Not Attend College.

³⁹ Ang. *Puts the Responsibility on Someone Engaging in Sexual Activity to Obtain Affirmative Consent.*

⁴⁰ *Handbook...*, s. 27.

Koncepcja *Yes Means Yes* łączy w sobie, inaczej niż na gruncie polskich rozwiązań, elementy subiektywne z obiektywnymi. Zgoda nie istnieje więc obiektywnie, musi zostać odczytana także przez oskarżonego. Niewywiązanie się z powyższego obowiązku nie będzie skutkowało odpowiedzialnością za usiłowanie nieudolne, ale stanie się częścią zarzutu stawianego sprawcy w związku z postawieniem go w stan oskarżenia za czyn popełniony przeciwko wolności seksualnej. Zwolennicy czystej koncepcji *Yes Means Yes* wskazują, że usuwa on z ofiary ciężar wykazania stawiania oporu, a także podkreśla prawo do decydowania o sobie w zakresie podejmowanych interakcji seksualnych. Ponadto argumentuje się, że można ją wykorzystać do stworzenia kultury szacunku i równouprawnienia⁴¹. Jak dotąd, przyjęła się ona w stanie Nowy York oraz w Kalifornii.

Przedstawiona powyżej koncepcja budzi poważne wątpliwości natury prawnej i kształtuje odpowiedzialność karną w sposób niezwykle szeroki i trudny dla oskarżonego do obrony. W piśmiennictwie amerykańskim podnosi się, że standard *affirmative consent* wynikający z przyjęcia projektu *Yes Means Yes* prowadzi do odwrócenia ciężaru dowodu⁴². Z poglądem tym należy się zgodzić. California Senate Bill no. 967.67386.a.1 wymaga od strony czynności seksualnej podjęcia starań, aby otrzymać zgodę na rozpoczęcie czynności seksualnej. Staranie to przybiera formę obowiązku upewnienia się, że druga strona wyraziła zgodę⁴³.

Z powyższego stanowiska płyną następujące wnioski. Zgoda jest jedynym znamięm, wobec braku którego można mówić o realizacji przesłanek przestępstwa zgwałcenia. Przepis w żaden sposób nie odwołuje się do form doprowadzenia do czynności obcowania płciowego, które – jak to ma miejsce na gruncie polskiego Kodeksu karnego – pozwalają na uszczegółowienie cechy prawnie relewantnej zgody i wskazują jej granice⁴⁴. Dodatkowo przepisy określające warunki *affirmative consent* wprowadzają obowiązek uzyskania jej w sposób werbalny. W końcu nałożone przez ustawodawcę obowiązki w zakresie uzyskania pewności posiadania zgody prowadzą do

⁴¹ K. de León, H. B. Jackson, *Why we made...*

⁴² C. Young, *Campus...*

⁴³ Przepis wprost mówi: *It is the responsibility of each person involved in the sexual activity to ensure that he or she has the affirmative consent of the other or others to engage in the sexual activity.*

⁴⁴ Tak jest np. przy przełamaniu oporu pokrzywdzonego poprzez użycie przemocy. W przypadku podstępu nie dochodzi do przełamania oporu ani w ogóle do wyrażenia świadomej zgody wobec: 1) oddziaływania na element intelektualny zgody, 2) wyłączenia kompletnie świadomości (np. w wyniku podania pokrzywdzonemu tzw. pigułki gwałtu). Zob. M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 7.

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

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

5. Podsumowanie

Powyższa analiza przepisów polskiego Kodeksu karnego, a także głównych założeń wynikających z czystej koncepcji *Yes Means Yes* prowadzi do wniosku, że w aktach tych mamy do czynienia z diametralnie innym spojrzeniem na pojęcie przestępstwa zgwałcenia. W obydwu systemach prawa zgoda stanowi centralny element zainteresowania, gdyż tylko jej brak może powodować odpowiedzialność karną; tylko wtedy dochodzi do naruszenia dobra prawnego w postaci wolności seksualnej każdej osoby. Prezentowane poglądy różnią jednak warunki udzielenia prawnie relewantnej zgody oraz fakt odwrócenia ciężaru dowodu w procesie. Rozwiązania obowiązujące obecnie w Polsce zakładają koincydencję niechcianego przez pokrzywdzonego aktu seksualnego oraz sposobu doprowadzenia do niego w postaci groźby, przemocy lub podstęp. Koncepcja *Yes Means Yes* pomija element sposobu doprowadzenia do tych czynności i ustala, że jedynie relewantne jest wystąpienie zgody obwarowanej elementami „potwierdzenia”, „świadomości”

i „dobrowolności”, przy jednoczesnym nałożeniu na stronę inicjującą opisanych powyżej obowiązków. Ukształtowanie odpowiedzialności karnej za jakiegokolwiek przestępstwo na zasadzie odwrócenia ciężaru dowodu na osobę oskarżonego w świetle standardów procedur karnych czasów współczesnych jest niedopuszczalne⁴⁵. Zdecydowanie jednak *in plus* należy ocenić każdą formę podjęcia debaty, jeśli wnioski z niej płynące mogą choćby w niewielkim stopniu przyczynić się do poprawy bezpieczeństwa społeczności oraz odpowiednio reagować na popełniane zło. Zbyt silna tendencja do poszerzania zakresu odpowiedzialności karnej za przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, naruszająca podstawowe zasady określone w procedurze karnej oraz pozbawiająca oskarżonego w gruncie rzeczy możliwości realnej obrony (nie wystarczy bowiem nie danie wiary zeznaniom pokrzywdzonego występującego w charakterze świadka, bowiem do oskarżonego w dalszym ciągu należy konieczność wykazania swojej niewinności), budzi poważne wątpliwości nie tylko natury konstytucyjnej, lecz także jest sprzeczna z zasadami sprawiedliwości społecznej.

**Consent of the owner of legal interest to enter the sphere of sexual freedom
(comparative legal analysis of the model adopted in the Polish Criminal Code
and the concept of *Yes Means Yes*)**

Summary

This article is devoted to the issue of consent of the owner of legal interest to enter the sphere of his or her sexual freedom, as well as the differences in how this consent is understood on the basis of applicable regulations in Poland and on the *Yes Means Yes* concept. The main purpose of the text is to confront two diametrically different positions with regard to the nature of consent, the form that determines its effectiveness, and the effects of its absence in particular cases. The author critically analyses those positions and indicates their advantages and disadvantages, aiming, in consequence, to answer the question about the need and legitimacy of introducing changes to the Polish regulation in the direction resembling the solutions corresponding to the *Yes Means Yes* concept.

Keywords

Comparative analysis, consent, rape, sexual freedom, *Yes Means Yes* concept

⁴⁵ Wynika to z treści art. 167 k.p.k., który stwierdza, że dowody przeprowadza się na wniosek stron albo z urzędu. Norma ta adresowana jest do sądu orzekającego w sprawie. Sytuacja ta przedstawia się więc odmiennie, niż miało to miejsce na gruncie art. 167 § 1 k.p.k. w brzmieniu nadanym mu ustawą nowelizującą k.p.k. z 27 IX 2013 r., Dz.U. z 2013 r., poz. 1247.

Author

Seweryn Cieślík – M.A., judicial trainee at National School of Judiciary and Public Prosecution

Bibliography

- Bielski M., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Department of Economic and Social Affairs. Division for the Advancement of Women, *Handbook for Legislation on Violence against Women*, New York 2010.
- Długosz J., *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu dogmatyki konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego*, w: *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012, < http://www.ksiegarnia.beck.pl/media/product_custom_files/7/7/7743-zgoda-pokrzywdzonego-robot-zawlocki-darmowy-fragment.pdf >.
- Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa 1974.
- Friedman J., Valenti J., *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape*, Berkeley 2008.
- Giezek J., „Zezwolenie” na naruszenie dobra prawnego – negatywne znamię typu czy okoliczność kontratypowe, w: *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, red. Ł. Pohl, Poznań 2009.
- Jędrzejewski Z., *Okoliczności wyłączające bezprawność*, w: *System Prawa Karnego, T. 4. Nauka o Przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. Paprzycki, Warszawa 2013.
- León K. de, Jackson H.B., *Why we Made “Yes Means Yes” California Law*, < https://www.washingtonpost.com/news/in-theory/wp/2015/10/13/why-we-made-yes-means-yes-california-law/?utm_term=.b2c7ee41a79d >.
- Michalska-Warias A., *Zgwałcenie w małżeństwie. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2015.
- Otto H., *Einwilligung, mutmaßliche, gemutmaßte und hypothetische Einwilligung*, Jura 2004.
- Peiper L., *Komentarz do kodeksu karnego: prawa o wykroczeniach i przepisów wprowadzających wraz z niektórymi ustawami dodatkowymi i wzorami orzeczeń do prawa o wykroczeniach*, Kraków 1933.
- Piórkowska-Flieger J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016.
- Roxin C., *Strafrecht AT*, T. 1, wyd. 3, Monachium 1997.
- Siewierski M., w: *Kodeks karny. T. II. Komentarz*, red. J. Bafia, Warszawa 1987.
- Sokołowski T., w: *Kodeks rodzinny i opiekuńczy. Komentarz*, red. H. Dolecki, T. Sokołowski, Warszawa 2013.
- Spotowski A., *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” 1972, z. 3.
- Świda W., w: *Kodeks karny z komentarzem*, red. I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, Warszawa 1973.
- Vachev V., *Rozwój instytucji zgody dysponenta dobrem i jej miejsce w strukturze przestępstwa*, w: *Z zagadnień prawa karnego*, red. S. Żółtek, „Internetowy Przegląd Prawniczy” TBSP UJ 2015/1.

- Warylewski J., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa 2017.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.
- Young C., *Campus Rape: The Problem With "Yes Means Yes"*, < <http://time.com/3222176/campus-rape-the-problem-with-yes-means-yes/> >.
- Zieliński A., Jędrejek G., *Prawo rodzinne i opiekuńcze w zarysie*, Warszawa 2011.
- Zoll A., w: *Kodeks karny. Część szczególna. T. II, Komentarz do art. 117–277 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Kraków 2012.