

Michał Grudecki

Zgoda dzierżyciela dobra na nietypowe zachowania seksualne*

1. Wprowadzenie

Zagadnienie zgody dzierżyciela dobra¹ budzi w piśmiennictwie z zakresu prawa karnego niemałe zainteresowanie, zwłaszcza ze względu na występujący niekiedy jej pozaustawowy charakter². Następnym powodem, w świetle którego jawi się ona jako niezwykle interesujący problem badawczy, jest jej szerokie zastosowanie w życiu codziennym. Często dochodzi przecież do sytuacji, w których dobra prawne pozornie podlegają naruszeniom bądź narażeniom na niebezpieczeństwo dokonywanym jednak za zgodą ich dzierżyciela. Jeden z takich przypadków stanowią nietypowe zachowania seksualne, będące przedmiotem niniejszego artykułu. Podjęcie takich działań może spowodować, chociażby złudne, wypełnienie znamion typów czynów zabronionych, w szczególności przeciwko życiu i zdrowiu.

* Artykuł stanowi rozszerzoną wersję referatu wygłoszonego przez Autora w trakcie ogólnopolskiej konferencji naukowej pt.: „Przestępczość seksualna – aspekty prawne i kryminologiczne”, która odbyła się 6 XII 2018 r. na Wydziale Prawa Uniwersytetu w Białymstoku. Powstał on w ramach projektu badawczego sfinansowanego ze środków Narodowego Centrum Nauki przyznanych na podstawie decyzji nr DEC-2018/29/N/H55/00725.

¹ W publikacji autor będzie się posługiwał określeniem „zgoda dzierżyciela dobra”, zamiast występującego często w starszej literaturze pojęcia „zgoda pokrzywdzonego”. Jak zauważa A. Zoll, „termin «zgoda pokrzywdzonego» zawiera do pewnego stopnia wewnętrzną sprzeczność. Zgoda na wejście w prawa dysponenta dobrem musi być wyrażona dobrowolnie, a więc nie można mówić o «pokrzywdzonym»”. A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 91. Autor odrzuca również sformułowanie „zgoda dysponenta dobrem” ze względu na istniejący podział na dobra dyspozytywne i niedyspozytywne. Tymi drugimi nie można przecież dysponować, a jedynie je dzierżyć. Tak też D. Zając, *Zgoda...*, s. 89.

² K. Szczucki, *Rola...*, s. 31.

Marian Filar zauważa, że „każdemu wolno dostarczać sobie rozkoszy seksualnej w sposób preferowany przez siebie, jeśli nie narusza to praw innych osób”³. *Prima facie* z tezą tą nie sposób polemizować. Jednak już po chwili zastanowienia można dojść do wniosku, że analizy wymaga ustalenie, w jakich przypadkach preferowany sposób dostarczania sobie rozkoszy seksualnej nie narusza praw innych osób.

Niniejsze przedłożenie, choć ze względu na wymaganą objętość nosi charakter przyczynkowski, stanowić będzie próbę odpowiedzi na pytanie o rzeczywisty charakter prawnokarnej zgody dzierżyciela dobra oraz jej przydatność w uwolnieniu od odpowiedzialności w przypadku nietypowych zachowań seksualnych⁴. Należy poddać pod dyskusję pytanie, czy w przypadku tego typu praktyk zasadne jest powoływanie się na konstrukcję zgody dzierżyciela dobra, która warunkuje ich pierwotną legalność. Aby stwierdzić bądź odrzucić bezprawność omawianych zachowań, konieczne wydaje się sięgnięcie do reguł postępowania z dobrem, a więc zbadanie ich społecznej akceptowalności.

2. Nietypowe zachowania seksualne w świetle ustawowych znamion typu czynu zabronionego

Pod pojęciem „nietypowe zachowania seksualne” kryją się, najogólniej rzecz ujmując, czynności polegające na zaspokajaniu popędu seksualnego w sposób odbiegający od normy⁵. Problem stanowi ustalenie, z jaką normą mamy do czynienia w dziedzinie seksuologii. Jak zauważają M. Mozgawa i M. Budyn-Kulik, „norma i dewiacja seksualna to pojęcia względne. Ich granice zmieniają się w zależności od czasu, miejsca, kultury. [...] Obecnie, wraz z rozluźnieniem norm obyczajowych, niezwykle trudno oddzielić dewiacje od normy, tym niemniej nadal pozostaje pewna grupa zachowań nieaprobowanych, uznawanych za dziwaczne czy godne potępienia”⁶. Zachowania takie nazywane są parafiliami – zaburzeniami preferencji seksualnych, a więc czynami stanowiącymi odchylenie „od szeroko pojętych norm (ogólnoludzkich – społecznych, kulturowych, prawnych, jak także medycznych), które

³ M. Filar, *Przestępstwa...*, s. 147.

⁴ Pominięte zostaną rozważania na temat przesłanek skutecznego udzielenia zgody. Zob. na ten temat W. Zając, *Zgoda...*, s. 90–91.

⁵ J. Leszczyński, *Sadyzm...*, s. 70.

⁶ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne...*, s. 44.

odnoszą się do zachowań seksualnych człowieka (określane również bywają jako dewiacje seksualne; dawniej zboczenia seksualne lub perwersyjne)⁷.

W niniejszej publikacji przedstawione zostaną dwie parafilie, które należą do najniebezpieczniejszych odmian aktywności seksualnej człowieka: sadomasochizm oraz asfiksjofilia. Wymienione zaburzenia preferencji seksualnych polegają na podejmowaniu takich aktywności, które narażają na niebezpieczeństwo zdrowie bądź życie ludzkie, a nawet naruszają te najcenniejsze dobra prawne, nie stanowiąc jednocześnie typów czynów zabronionych *sui generis* ani skierowanych przeciwko wolności seksualnej, jeżeli podejmowane są za obopólną zgodą partnerów.

Andrzej Sakowicz wskazuje, że „współcześnie termin «sadomasochizm» oznacza zaburzenie zachowań seksualnych charakteryzujące się zadawaniem sobie lub innym osobom bólu lub upokorzeń”⁸. Z kolei J. Warylewski dodaje do tej definicji zachowania polegające na krępowaniu⁹. Stanowią one połączenie działań sadystycznych i tych, które opierają się na masochizmie. Jak zauważa R. Krajewski, sadyzm i masochizm uzupełniają się (stąd mowa o praktykach/układach sadomasochistycznych), aczkolwiek rzadko występują u jednej osoby – częściej w parach¹⁰. W takim układzie jeden z partnerów czerpie satysfakcję z działań sadystycznych, drugi – z masochistycznych¹¹.

Sadyzm (*algolagnia activa*)¹² polega „na osiągnięciu satysfakcji seksualnej w sytuacji [...] związanej z dominacją i bezwzględnym podporządkowaniem partnera”¹³. Odmianą sadyzmu jest flagellantyzm, „który polega na czerpaniu satysfakcji seksualnej z chłostania siebie lub innych osób (rózgami, pejczeniami itp.)”¹⁴. Masochizm (*algolagnia passiva*)¹⁵ jest zaś dewiacją seksualną „polegającą na osiągnięciu satysfakcji seksualnej w wyniku cierpienia psychicznego lub fizycznego, zadawanego przez partnera lub samemu sobie zamiast albo w trakcie stosunku seksualnego”¹⁶.

W kwestii dalszych rozważań niezwykle istotne stają się słowa A. Sakowicza, który za przesłanki powodujące zetknięcie się praktyk sadomasochistycznych z prawem karnym uznaje ochronę moralności publicznej oraz

⁷ A. Gawliński, *Specyfika...*, s. 86.

⁸ A. Sakowicz, *Prawnokarne...*, s. 227.

⁹ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 401.

¹⁰ R. Krajewski, *Prawa...*, s. 278.

¹¹ R. Krajewski, *Prawa...*, s. 278.

¹² W swobodnym tłumaczeniu „czerpanie rozkoszy z zadawania bólu”.

¹³ R. Krajewski, *Prawa...*, s. 277.

¹⁴ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 401.

¹⁵ W swobodnym tłumaczeniu „czerpanie rozkoszy z zadawanego bólu”.

¹⁶ R. Krajewski, *Prawa...*, s. 277–278.

zdrowia i życia jednostek¹⁷. Praktyki te mogą bowiem odpowiadać znamionom typów czynów zabronionych z art. 217 § 1, 157 § 2 bądź § 1, 160 § 3 czy 189 § 1 k.k.¹⁸

Asfiksjofofilia stanowi parafilię seksualną polegającą na kontrolowanym doprowadzeniu do przejściowego niedotlenienia ośrodkowego układu nerwowego w celu wywołania bądź wzmocnienia podniecenia seksualnego¹⁹. Osoby cierpiące na tego typu parafilię, chcąc osiągnąć orgazm, podwieszają się, korzystając z zadzierzgnięcia, zakneblowania, nałożenia plastikowego worka na głowę czy unieruchomienia klatki piersiowej (np. przygnięcia ciężarem)²⁰. Orgazm osiągnięty dzięki tym praktykom jest silniejszy i zbliżony do stanu „halucynogeno-podobnego”²¹. Jest to zasadniczo praktyka autoerotyczna, aczkolwiek może być również stosowana w trakcie stosunku z partnerem²². Asfiksjofofilia stanowi zachowanie wysoce niebezpieczne, ponieważ poddający się tego typu praktykom może bardzo łatwo utracić przytomność z powodu niedotlenienia, a tym samym przestać panować nad „stosowanym duszącym mechanizmem i głębokością osiąganego niedotlenienia”²³. Tego rodzaju zachowania seksualne cechują się wysoką śmiertelnością bądź uszkodzeniami mózgu²⁴.

Prawnokarnie relewantne pozostają wyłącznie praktyki asfiksjofofilii, w trakcie których występują dwie osoby i jedna oddziałuje na drugą. W tym przypadku nie jest wykluczone oddziaływanie bezpośrednie, przykładowo podwieszanie, zadzierzgnięcie, duszenie czy nakładanie plastikowego worka na głowę, jak również pośrednie – poprzez namowę do dokonania samemu tej czynności. Zachowanie takie może wypełniać znamiona typów z art. 160 § 1,

¹⁷ A. Sakowicz, *Prawnokarne...*, s. 228.

¹⁸ Ustawa z 6 VI 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. z 2018 r., poz. 1600, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

¹⁹ A. Gross, *Uduszenie...*, s. 96.

²⁰ A. Gawliński, *Namowa...*, s. 111. Najczęściej wykorzystywany jest mechanizm zagardlenia bądź zatkania otworów oddechowych. Zob. A. Gawliński, *Specyfika...*, s. 79.

²¹ A. Gawliński, *Specyfika...*, s. 80.

²² „W średniowieczu w Anglii otwarty został nawet *Hanged Men's Club*, gdzie mężczyźni mogli zaspokajać swoje wyrafinowane erotyczne potrzeby, polegające właśnie m.in. na podduszaniu, z prostytutkami”. Zob. Gawliński, *Specyfika...*, s. 80. Cytowany autor podaje również dwa przykłady śmierci w trakcie stosunków seksualnych z wykorzystaniem podduszania. Wypadkowe uduszenie gwałtowne występuje jednak zdecydowanie częściej w przypadku czynności autoerotycznych. Zob. A. Gawliński, *Specyfika...*, s. 79, 83–84.

²³ A. Gross, *Uduszenie...*, s. 96.

²⁴ A. Gawliński, *Namowa...*, s. 111; A. Gawliński, *Specyfika...*, s. 80.

157 § 2 (ślady na szyi – siniaki), a nawet z art. 157 § 3, 156 § 2 czy 155 k.k. Warto zwrócić uwagę, że asfiksjozofilia może wystąpić jako jeden z elementów praktyk sadomasochistycznych.

3. Funkcje zgody w prawie karnym (krótki przegląd stanowisk)

W nauce prawa karnego wyróżniano dwie funkcje zgody: powodującą niewyczerpanie znamion typu czynu zabronionego bądź wyłączenie bezprawności²⁵. W nauce niemieckiej podział ten odzwierciedla rozróżnienie pomiędzy *Einverständnis* i *Einwilligung*²⁶.

Funkcja zgody, polegająca na uniemożliwieniu realizacji znamion typu czynu zabronionego, dotyczy dwóch sytuacji. Pierwsza z nich odnosi się do przypadków, w których brak zgody stanowi element opisu typu czynu zabronionego. Ustawodawca nie musi posłużyć się zwrotem „bez zgody”, ale także synonimicznymi, lecz oznaczającymi to samo np. „wbrew woli”, „wbrew uprawnieniu”. Wówczas jej udzielenie przez dzierżyciela dobra uniemożliwia realizację ustawowej istoty czynu²⁷. Przykładem podawanym powszechnie przez karnistów odnośnie do tego rodzaju zgody jest typ z art. 192 k.k.²⁸

Druga sytuacja ma miejsce wówczas, gdy ustawodawca w typie nie pomieszcza „wyraźnie znamienia braku zezwolenia, lecz wynika ono z charakteru przestępstwa i jest ustalane w drodze interpretacji”²⁹. Przykład tego typu sytuacji stanowią mogą ustawowe opisy czynów zabronionych określone w art. 189, 193, 197, 278 § 1 k.k.³⁰

Zgodę, stanowiącą okoliczność uniemożliwiającą przypisanie bezprawności, a więc tak zwany pozaustawowy kontratyp, traktowano „tylko przy tych przestępstwach, które chronią określone dobro prawne w interesie jednostki, zaś interes społeczny schodzi na dalszy plan”³¹, aczkolwiek wciąż pozostaje widoczny. W myśl tej teorii w przypadku naruszenia/narażenia na niebezpieczeństwo dobra prawnego dokonanego za zgodą jego dzierżyciela ma miejsce realizacja znamion typu wraz z jednoczesnym wypełnieniem

²⁵ Zob. A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 82.

²⁶ K. Szczucki, *Rola...*, s. 33.

²⁷ A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 82; K. Szczucki, *Zgoda...*, s. 32; Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 282–283.

²⁸ Przykład innych typów stanowią mogą typy z art. 191a, 211, 278 § 2, 251, 267 § 1 i 2 k.k.

²⁹ A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 83.

³⁰ Przykłady za: A. Spotowskim, *Zezwolenie...*, s. 83; K. Szczucki, *Zgoda...*, s. 32–33.

³¹ A. Spotowski, *Zezwolenie...*, s. 83.

znamion kontratypu, co uniemożliwia przypisanie zachowaniu cechy bezprawności³². Ujęcie to wiąże się z traktowaniem dobra prawnego w sposób nieco bardziej obiektywistyczny, wskazujący na socjalną ich wartość, niezależną od woli dzierżyciela³³. Zwolennicy tej teorii kontratypowej kolizji dóbr upatrują w zderzeniu interesu społeczeństwa w ochronie dobra z poszanowaniem wolności jego dzierżyciela³⁴.

4. Prawnokarny charakter zgody dzierżyciela dobra (stanowisko własne)

Porównując wskazane powyżej funkcje zgody, można dojść do wniosku, że różnicy „pomiędzy typami niezawierającymi *expressis verbis* znamienia braku zgody, którą zauważa się dopiero w procesie interpretacji, a typami czynów zabronionych będącymi w obszarze działania zgody wyłączającej bezprawność”³⁵, nie sposób praktycznie uchwycić, przez co ów podział traci rację bytu³⁶. Skutecznie udzielona zgoda w każdym przypadku uniemożliwia realizację znamion typu, jeżeli tylko dobro prawne, w które godzi sprawca, posiada dyspozytywny charakter³⁷. Brak wyszczególnienia w ustawie znamion „bez zgody”, „wbrew woli” albo „bez zezwolenia”, „wbrew warunkom zezwolenia” nie oznacza, że zgoda dzierżyciela dobrem jest prawnokarnie irrelevantna dla oceny, czy zachowanie sprawcy godzi w dobro prawne³⁸. Powyżej przedstawiona zasada nie ulega zmianie. Jeżeli dobro posiadało względną wartość społeczną, a dzierżyciel skutecznie zrzekł się prawnej ochrony, to pomimo naruszenia bądź narażenia nośnika owego dobra, nie miało miejsca jego rzeczywiste zagrożenie. Fakt braku zamieszczenia w ustawie znamion świadczących o względnym charakterze dobra prawnego ma znaczenie jedynie przy dowodzeniu. Jeżeli ustawodawca pomieścił tego typu znamiona w ustawie, to zachodzi potrzeba przeprowadzenia przez oskarżyciela dowodu

³² Autor jako kontratyp traktuje okoliczność zawężającą zakres zastosowania normy sankcjonowanej, a więc wyłączającą spod zakresu prawnokarnego zakazu pewne powtarzalne zachowania, które naruszając przyjęte w społeczeństwie reguły postępowania z dobrem prawnym, godzą w te dobra, aczkolwiek są uznawane za społecznie opłacalne.

³³ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 284.

³⁴ Z. Jędrzejewski, *Bezprawność...*, s. 285.

³⁵ K. Szczucki, *Rola...*, s. 35.

³⁶ J. Giezek również zauważa, że „poszukiwana przez A. Spotowskiego granica między zgodą a zezwoleniem uprawnionego jest w istocie granicą sztuczną”. A. Spotowski, *Przyczynowość...*, s. 161.

³⁷ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 90.

³⁸ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 90.

odnośnie do wystąpienia tego znamienia w danym stanie faktycznym³⁹. Gdy zaś „trzon ustawowej określoności” pozbawiony jest tego typu znamion, „dowód co do wystąpienia zgody dysponenta dobrem będzie musiał być przeprowadzony tylko wtedy, gdy powstaną wątpliwości – i w zasadzie ciężar dowodowy będzie spoczywał na oskarżonym”⁴⁰. Odrzucić należy kontratypowy charakter zgody dierzyciela dobra⁴¹ ze względu na fakt, że skutecznie wyrażona zgoda nie ogranicza zakresu zastosowania normy sankcjonowanej, lecz powoduje ograniczenie zakresu jej normowania.

Ponadto warto zwrócić uwagę na niedopuszczalność posługiwania się przez sądy konstrukcją tak zwanych kontratypów pozaustawowych ze względu na niezgodność tego typu prawnokarnej instytucji z zasadami legalizmu, podziału władzy oraz *nullum crimen sine lege*⁴². Biorąc pod uwagę powyższe zasady, a także zamknięty katalog źródeł prawa powszechnie obowiązującego z art. 87 Konstytucji⁴³, nie powinno się aprobeować tworzenia i stosowania struktur, które nie zostały wykreowane przez uprawnione do tego organy prawodawcze.

Oczywiście, nie sposób wyrażać poglądu o bezprawności zachowań podjętych po uprzednio wyrażonej i wiążącej zgodzie dierzyciela dobra. Opowiedzieć się więc trzeba za ich pierwotną legalnością. Należy jednak rozważyć, czy istota tej zgody opiera się na braku godzenia w dobro prawne, czy na zachowaniu zgodnym z regułami postępowania z dobrem prawnym jako przesłankami teje pierwotnej legalności.

W wyniku występującego w polskim systemie prawnym podziału na dobra posiadające względną oraz bezwzględną wartość społeczną, a zatem dyspozytywne i niedyspozytywne, znaczenie zgody dierzyciela dobra na naruszenie dobra prawnego w zasadzie pozostaje ograniczone do nielicznej grupy przypadków, polegających na zniszczeniu cudzej rzeczy, naruszeniu nietykalności cielesnej, spowodowaniu lekkiego uszczerbku na zdrowiu⁴⁴

³⁹ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 95.

⁴⁰ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 95.

⁴¹ Tak m.in. twierdzą R. Krajewski, *Prawa...*, s. 279 i J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 401.

⁴² Zob. m.in. H. Rajzman, *Analogia...*, s. 47; O. Sitarz, w: *Prawo...*, s. 172; A. Zoll, „*Pozaustawowe*”..., s. 428; A. Marek, V. Konarska-Wrzosek, *Prawo...*, s. 167; M. Kopeć, *Zwyczaj...*, s. 156–157; M. Grudecki, *Tak zwane...*, s. 53.

⁴³ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z 2 IV 1997 r., Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm., dalej: Konstytucja RP, Konstytucja.

⁴⁴ Pod pojęciem lekkiego uszczerbku na zdrowiu w niniejszej publikacji rozumiane będzie powodowanie naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwającego nie dłużej niż 7 dni.

czy znieważeniu⁴⁵. Jak już zostało wspomniane, niektórzy przedstawiciele doktryny prawa karnego przyjmują, że w przypadku skutecznie udzielonej zgody dzierżyciela dobra dyspozytywnego zachodzi niewypełnienie znamion typu czynu zabronionego ze względu na brak godzenia w dobro prawne. Dobro o względnej wartości społecznej posiada bowiem status dobra prawnego, dopóty dzierżyciel jest zainteresowany jego ochroną⁴⁶. Jeżeli nie jest nią zainteresowany i wyrazi zgodę na narażenie na niebezpieczeństwo bądź naruszenie tego dobra, traci ono przymiot dobra prawnego, a sprawca w nie godzący nie realizuje znamion typu.

W przypadkach dóbr, nawet indywidualnych, lecz posiadających bezwzględną wartość społeczną (np. zdrowie, życie), a więc takich, których ochrona leży w interesie nie tylko jednostki, ale i społeczeństwa, nie sposób przesądzać o ich dyspozytywności⁴⁷. Dobra te nie mogą podlegać swobodnemu naruszaniu nawet za zgodą ich dzierżyciela, co wynika z aksjologii, stanowiącej podstawę polskiego systemu prawa⁴⁸. Pomimo tego, na co zwraca uwagę D. Zając, dobra te nieustannie podlegają narażeniu na niebezpieczeństwo, przykładowo w ruchu drogowym⁴⁹. Niebezpieczeństwa bowiem nie sposób uniknąć całkowicie, ponieważ uniemożliwiłoby to normalne funkcjonowanie społeczeństwa, a także jego rozwój (zwłaszcza w szeroko rozumianej dziedzinie techniki), można je wyłącznie zmniejszyć dla potrzeb życia przy zachowaniu dalszego obrotu społecznego⁵⁰. Konieczne jest zatem określenie granicy, po przekroczeniu której zachowanie naruszające bądź narażające na niebezpieczeństwo dobro przestaje być społecznie akceptowalne i tym samym legalne⁵¹. Trzeba więc wyznaczyć zakres dozwolonego oddziaływania,

⁴⁵ Por. D. Zając, *Zgoda...*, s. 102–103. Zob. także P. Daniluk, *Kryteria...*, s. 97.

⁴⁶ Zob. przede wszystkim A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 90; A. Zoll, *Z problematyki...*, s. 53.

⁴⁷ J. Długosz, *Zgoda...*, s. 3.

⁴⁸ J. Długosz, *Zgoda...*, s. 3; D. Zając, *Zgoda...*, s. 104.

⁴⁹ D. Zając, *Zgoda...*, s. 104. Nie tylko tam, bo również w trakcie uprawiania sportu.

⁵⁰ Zob. np. A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 13; T. Kaczmarek, *Paradygmat...*, s. 147–148; O. Sitarz, J. Hanc, *Zabieg...*, s. 59.

⁵¹ A. Zoll, *Okoliczności...*, s. 97. Jacek Giezek zwraca uwagę, że „ustawową typizacją nie jest bowiem objęte każde niebezpieczne zachowanie, lecz [...] tylko takie, które okazało się z b y t niebezpieczne”. J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 163. Innymi słowy, „konieczne jest więc uwzględnienie społecznej tolerancji dla pewnych zachowań zagrożających dobrom społecznym”. A. Zoll, *Aksjologiczne...*, s. 306. Warto też zwrócić uwagę na tezę E. Plebanek, w myśl której „prawo karne państwa prawa nie może rościć sobie pretensji do rozstrzygania we własnym zakresie o przestępności czynów, które nie stanowią społecznie nieakceptowalnego zagrożenia dla dóbr prawnych, czy wręcz im służą”. E. Plebanek, *Karygodność...*, s. 130.

a następnie wypracować reguły postępowania, które zapobiegą przekroczeniu tego zakresu⁵². Postąpienie wbrew wspomnianym regułom powoduje jego przekroczenie i tym samym naraża dobra posiadające wartość społeczną na nieakceptowalne niebezpieczeństwo bądź narusza je w sposób niedopuszczalny w społeczeństwie.

Pomimo powyższych uwag warto postawić hipotezę, że w niektórych przypadkach społecznie akceptowalne jest również, dokonane za zgodą dzierżyciela, naruszenie dóbr posiadających bezwzględną wartość społeczną⁵³. Argumentem mogącym pomóc w obronie tej hipotezy jest legalność powodowania średnich⁵⁴ bądź nawet ciężkich uszczerbków na zdrowiu przez zawodników uprawiających sporty walki, w szczególności boks, w ramach ryzyka sportowego. Zadawane przez bokserów regulaminowe ciosy w głowę skutkują przyjęciem w trakcie meczu bokserkiego uderzeń o ogromnej sile w tę wrażliwą część ciała, efektem czego są urazy mózgu, a w konsekwencji średni bądź ciężki uszczerbek na zdrowiu, a nawet śmierć⁵⁵. U bokserów często występuje choroba zwana encefalopatią pourazową, której zaawansowany stan może wywołać zaburzenia świadomości, problemy z wykonywaniem codziennych czynności, koordynacją, spowolnienie myślenia i mówienia czy nawet parkinsonizm⁵⁶. Bokserzy mogą więc spowodować u swoich przeciwników nieuleczalną chorobę (art. 156 § 1 pkt 2 k.k.)⁵⁷, a w najgorszym wypadku ich uśmiercić⁵⁸, w pełni przestrzegając swoim zachowaniem reguł dyscypliny, jaką jest boks.

Mając powyższe na uwadze, można zauważyć, że w zasadzie problematyka zgody dzierżyciela dobra w każdym przypadku sprowadza się do

⁵² D. Gruszecka, *Ochrona...*, s. 160–161, 166. Jak pisze A. Zoll, „nie mogąc zakazać generalnie działalności narażającej na niebezpieczeństwo wartości społeczne, wprowadza się w zamian pewne reguły postępowania, które mają na celu ograniczenie tego niebezpieczeństwa do granic społecznie akceptowalnych”. A. Zoll, *Odpowiedzialność...*, s. 13.

⁵³ W celu innym niż leczniczy.

⁵⁴ Pod pojęciem średniego uszczerbku na zdrowiu w niniejszej publikacji będzie rozumiane oczywiście spowodowanie naruszenia czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia inny niż określony w art. 156 § 1 k.k.

⁵⁵ Por. M. Filar, *Herosi...*, s. 34–35. Zob. także wypowiedź dr M. Bujko: „Gdy bokser przyjmuje cios na głowę, to jego mózg dosłownie obija się o ściany czaszki. Najgorsze dla pięściarzy są ciosy wywołujące rotację głowy, trafiające w nią nie centralnie, a z boku z przyspieszeniem rotacyjnym, czyli tak zwane ciosy sierpowe”.

⁵⁶ I. Ptaszyńska-Sarosiek i in., *Cerebrastenia...*, s. 175.

⁵⁷ S. Chojecki i in., *Kontuzje...*, s. 199.

⁵⁸ T. Sowa, *Śmierć...*

ustalenia społecznej akceptowalności zachowań podjętych w jej ramach. Społeczeństwo akceptuje swobodę postępowania względem pewnej kategorii dóbr, zwanych dobrami o względnej wartości społecznej, a więc kreuje reguły postępowania z tymi dobrami w sposób umożliwiający skuteczne wyrażenie zgody na ich naruszenie bądź narażenie na niebezpieczeństwo w sposób niczym nieograniczony. Owa możliwość wyrażenia zgody stanowi wówczas element składowy tychże reguł⁵⁹. W przypadku innych dóbr, cenniejszych dla ogółu – posiadających bezwzględną wartość społeczną – jednostki także zezwalają na ich naruszenie za zgodą dzierżyciela, aczkolwiek w bardzo ograniczonym stopniu (np. dopuszczając uprawianie sportów walki), a zasady ostrożności są w tej kwestii wyjątkowo rygorystyczne. Co oczywiste, ze względu na dynamikę życia codziennego społeczeństwo, a tym samym ustawodawca, nie może nie akceptować narażania dóbr, w tym tych niedyspozytywnych, na niebezpieczeństwo – musi jedynie minimalizować stopień tego niebezpieczeństwa w drodze konstruowania reguł postępowania z dobrem, wskazujących zakres dozwolonego ryzyka. W powyższych przypadkach zgoda dzierżyciela dobra również stanowi element reguł postępowania z dobrem, zwiększający poziom dopuszczalnego ryzyka⁶⁰. Wyrażający zgodę jest świadomy prawdopodobieństwa wystąpienia negatywnych następstw, godzi się na nie i tym samym ryzyko, które nie posiadałoby takiej cechy bez uprzedniej zgody dzierżyciela dobra, staje się społecznie akceptowalne⁶¹.

Powyższe rozważania uprawniają do wysunięcia tezy, że być może wyróżnianie pierwotnej legalności w postaci braku naruszenia dobra prawnego nie jest zasadne. Sytuacja, w której sprawca nie wypełni znamion typu czynu zabronionego, zawsze wynika z nienaruszenia reguł postępowania z tym dobrem – faktu społecznej akceptowalności zachowania. Brak godzenia w dobro prawne, występujący w przypadku dóbr dyspozytywnych, ma więc charakter wtórny względem nienaruszenia reguł postępowania z dobrem. To właśnie w społecznej akceptowalności zachowań ma swoje źródło podział na dobra dyspozytywne i niedyspozytywne oraz odpowiednio dostosowane do ich ochrony reguły postępowania, mające zapobiegać nieadekwatnym naruszeniom bądź narażeniom na niebezpieczeństwo.

⁵⁹ Por. D. Zając, *Zgoda...*, s. 119.

⁶⁰ D. Zając, *Zgoda...*, s. 104.

⁶¹ D. Zając, *Zgoda...*, s. 105.

5. Prawnokarna ocena nietypowych zachowań seksualnych

Nietypowe zachowania seksualne prowadzące do pozbawienia wolności, naruszenia nietykalności cielesnej czy spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu są bez wątpienia czynnościami pierwotnie legalnymi, poniewaź reguły postępowania z dobrami prawnymi, takimi jak wolność, nietykalność cielesna czy zdrowie pozwalają na naruszenie tychże za zgodą ich dźerżyciela. Godzenie w wolność, nietykalność cielesną lub powodowanie lekkich uszczerbków na zdrowiu, ze względu na charakter tych dóbr i rodzaj czynów je naruszających, stanowią zachowania społecznie akceptowalne.

Daleko idące skutki w postaci spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu bądź śmierci nie należą do istoty parafilii sadomasochistycznej bądź asfiksjoofilii. W typie nieumyślnym mogą stanowić jednak efekt przekroczenia granic tego typu zachowań seksualnych. Podejmujący takie praktyki, zwłaszcza polegające na podduszaniu, każdorazowo naraża swojego partnera na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu⁶². W niektórych przypadkach następstwo to może wystąpić. Rodzi się pytanie, czy ryzyko spowodowania owego następstwa może zostać uznane za społecznie akceptowalne. Jeżeli przyjmiemy odpowiedź pozytywną, to zachowanie zgodne z zasadami nietypowych praktyk seksualnych, mającymi na celu minimalizację niebezpieczeństwa spowodowania negatywnych skutków w postaci średniego/ciężkiego uszczerbku na zdrowiu bądź śmierci, nie będzie rodziło możliwości przypisania realizacji znamion odpowiednich typów przestępstw czy to z narażenia, czy z naruszenia dobra i *a contrario* – w przypadku naruszenia tych zasad będzie miało miejsce wypełnienie znamion nieumyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu albo śmierci⁶³.

Społeczną akceptowalność nietypowych zachowań seksualnych jako zachowań ryzykownych można uzasadnić, zarówno odwołując się do koncepcji

⁶² Co ciekawe, A. Sakowicz uważa, że w trakcie praktyk sadomasochistycznych partner może narazić zdrowie lub życie drugiego partnera na niebezpieczeństwo jedynie nieumyślnie, twierdząc, że „niemożliwe jest uznanie, iż uczestnik owych praktyk działa z zamiarem spowodowania tego niebezpieczeństwa”. A. Sakowicz, *Prawnokarne...*, s. 238. Wydaje się jednak, że w przypadku asfiksjoofilii możliwe jest przyjęcie u podduszającego partnera przynajmniej zamiaru ewentualnego.

⁶³ Takie zasady można wyodrębnić. Przykładowo A. Gawliński opisuje, że kobieta zmarła w wyniku wypadkowego gwałtownego uduszenia podczas stosunku seksualnego, „przed stosunkiem pokazywała im [swoim partnerom – M.G.] filmy instruktażowe oraz pouczała o wykonaniu akcji reanimacyjnej, gdyby straciła przytomność”. A. Gawliński, *Specyfika...*, s. 83.

społecznej opłacalności⁶⁴, jak i sięgając po kryterium maksymalnego ryzyka zachowań nieopłacalnych, wyróżnione przez D. Zająca⁶⁵. Zdaje się bowiem, że nie są one kryteriami rozłącznymi.

W piśmiennictwie akcentowano, że aby wystąpienie niebezpieczeństwa było dopuszczalne, zachowanie musi posiadać społeczny sens i cel, a więc obiektywnie nieść ze sobą określone korzyści dla społeczeństwa, a nie tylko dla grupy czy jednostki⁶⁶. W myśl tej koncepcji górną granicę dopuszczalnego ryzyka stanowi wypadkowa „wszechstronnego rozważenia kolidujących wzajemnie interesów oraz wartości, przy którym na plan pierwszy wysuwa się z jednej strony rodzaj i rozmiar negatywnego skutku oraz prawdopodobieństwo jego wystąpienia, z drugiej zaś – rodzaj i rozmiar pozytywnego, społecznie aprobowanego celu oraz prawdopodobieństwo jego wystąpienia”⁶⁷.

Z kolei J. Warylewski zwraca uwagę, że do pewnego stopnia związek, w którym występują praktyki sadomasochistyczne, zasługuje na ochronę, a nie potępienie⁶⁸. Autor ten wskazuje, że reakcja prawno-karna może mieć miejsce dopiero wówczas, gdy „partnerzy zechcą przekroczyć granice ustanowione przez zakazy chroniące ludzkie życie lub zdrowie w wielkich rozmiarach”⁶⁹. Nie sposób zaprzeczyć, że w dzisiejszych czasach przyjemność seksualna niesie pozytywnie oceniane korzyści dla ogółu jednostek. Jak zaznacza M. Filar, przyjemność ta „sama w sobie została wyniesiona do rangi samoistnej i uprawnionej wartości społecznej”⁷⁰. Osoby uprawiające seks w nietypowy i niebezpieczny sposób dążą do tej przyjemności i tylko tak ową wartość są w stanie uzyskać – nie mogą zatem tego ryzyka wyeliminować⁷¹. Brak społecznej akceptacji niebezpieczeństwa uzyskania przez nie przyjemności seksualnej spowodowałyby niemożność realizacji owej wartości społecznej. Można więc zaryzykować postawienie tezy, że w omawianym przypadku „podjęcie zachowania, z którym wiąże się niebezpieczeństwo negatywnego

⁶⁴ Jak wskazuje J. Giezek, najogólniej zasada polega na stwierdzeniu, że „ryzyko staje się dozwolone wówczas, gdy bardziej opłaca się je podjąć niż go zaniechać”. J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 137.

⁶⁵ D. Zając, *Zgoda...*, s. 107 n.

⁶⁶ M. Bielski, *Naruszenie regul...*, s. 35.

⁶⁷ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 143.

⁶⁸ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 401.

⁶⁹ J. Warylewski, *Przestępstwa...*, s. 401. Wydaje się, że autor ma na myśli co najmniej spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu.

⁷⁰ M. Filar, *Przestępstwa...*, s. 144. Nieco wcześniej cytowany autor pisze, że seksualność stała się wręcz „operatywnym środkiem społecznej realizacji”. M. Filar, *Przestępstwa...*, s. 143.

⁷¹ Zob. M. Bielski, *Naruszenie...*, s. 35.

skutku [...] jest [...] ze społecznego punktu widzenia bardziej opłacalne niż jego zaniechanie⁷². Z pewnością społeczna opłacalność takich czynności jest nie mniejsza niż w przypadku sportów walki, nie wydaje się bowiem, by niezwykle ryzykowne dawanie upustu pierwotnym ludzkim emocjom i instynktom w miejscach „zrytualizowanej przemocy”⁷³, w postaci legalnego „okładania” się pięściami po wrażliwych częściach ciała, stanowiło zachowanie bardziej społecznie opłacalne od dawania lub otrzymywania przyjemności seksualnej w nietypowy i niekiedy równie niebezpieczny sposób. Tak samo można przecież ocenić prawdopodobieństwo wystąpienia negatywnego skutku w przypadku nietypowych zachowań seksualnych. Ryzyko to również nie jest dużo większe niż prawdopodobieństwo osiągnięcia przyjemności seksualnej; analogicznie jak w sportach ekstremalnych – odnośnie do nich – możliwości uzyskania satysfakcji związanej z adrenaliną, rywalizacją, wysiłkiem fizycznym⁷⁴. Dodatkowo warto zwrócić uwagę na konstatację J. Giezka, że ważenie kolidujących interesów – jak najszerszej ochrony dóbr prawnych oraz dopuszczenia pewnego stopnia ryzyka – nie może być czysto pragmatyczne, a więc opierać się na kryterium ekonomicznej opłacalności⁷⁵. Podsumowując, nietypowe praktyki seksualne, powodujące narażenie na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu, są społecznie akceptowalne – pierwotnie legalne w związku z wyrażeniem na nie prawnokarnie relewantnej zgody w przypadku zachowania zasad ostrożności wypracowanych przez podejmujących owe czynności⁷⁶.

Uwagi powyższego akapitu można odnieść również do sytuacji, w których w trakcie odbywania nietypowych praktyk seksualnych dojdzie do umyślnego bądź nieumyślnego spowodowania średniego uszczerbku na zdrowiu. Analogicznie jak w stosunku do uprawiania wysoce „kontuzjogennych” sportów, których opłacalność może budzić wątpliwości, aczkolwiek wciąż wpływa na ich akceptowalność w społeczeństwie, zachowania sadomasochistyczne rodzące naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, inny niż określony w art. 156 § 1 k.k., powinny być uznane za legalne⁷⁷.

⁷² M. Bielski, *Naruszenie...*, s. 36. Zob. też R. Krajewski, *Prawa...*, s. 281.

⁷³ M. Filar, *Herosi...*, s. 27.

⁷⁴ Jak zauważa J. Bafia, rozkosz erotyczna ma większą wartość od nietykłości cielesnej i integralności ciała. J. Bafia, *Polskie...*, s. 195.

⁷⁵ J. Giezek, *Przyczynowość...*, s. 142.

⁷⁶ Tak też A. Sakowicz, *Prawnokarne...*, s. 239.

⁷⁷ Pogląd ten wyrażają A. Sakowicz, *Prawnokarne...*, s. 238; J. Warylewski, *Karalność...*, s. 62; S. Leental, w: *Prawo...*, s. 186. Stanowisko to podziela jednak mniejszość.

W rozstrzygnięciu kwestii dopuszczalności podejmowania omawianych ryzykownych, nietypowych zachowań seksualnych nie jest istotny fakt, że praktyki te nie mieszczą się w normach większości systemów etycznych ani modelach seksuologicznych⁷⁸. W tym miejscu warto wspomnieć się argumentacją przedstawioną przez D. Zająca, który słusznie zauważa, że nie jest istotne, w jaki sposób dochodzi do narażenia na niebezpieczeństwo, a dopuszczalny jego poziom powinien być ustalany poprzez porównanie z podejmowaniem równie ryzykownych i społecznie nieopłacalnych zachowań, których legalność nie budzi wątpliwości, jak na przykład uprawianie sportów ekstremalnych, współżycie seksualne z osobą zarażoną wirusem HIV czy picie znacznej ilości alkoholu⁷⁹. Aprobaty wymaga również konkluzja D. Zająca wskazująca na irrelewantność różnicowania stopnia dopuszczalnego ryzyka ze względu na to, czy w danych przesłankach sam dzierżyciel dobra naraża je na niebezpieczeństwo, czy za jego zgodą czyni to druga osoba⁸⁰.

Proces wykładni w prawie karnym polega między innymi na odkodowaniu treści normy sankcjonowanej. Odczytanie prawnokarnego zakazu bądź nakazu postępowania nie jest możliwe bez sięgnięcia po reguły postępowania z dobrem, które współkształtują zakres normowania normy sankcjonowanej⁸¹. I tak T. Dukiet-Nagórska wskazuje, że „prawidłowa wykładnia powinna służyć realizacji wartości konstytucyjnych”⁸². Autorka twierdzi, że normy płynącej z art. 31 ust. 3 Konstytucji nie powinno się traktować wyłącznie jako wskazówki kierowanej do ustawodawcy, ale też do interpretatora⁸³. W odniesieniu do zasady proporcjonalności dokonujący wykładni winien porównywać nie tylko kolidujące w trakcie tego procesu wartości w postaci pewności prawa oraz funkcji normy dekodowanej z interpretowanego przepisu, jak wskazuje T. Dukiet-Nagórska⁸⁴, ale także wartości chronione oraz ograniczane przez tę normę. W omawianym przypadku będą nimi ochrona zdrowia lub życia i wolność seksualna. Zapewnienie właściwej proporcji – należytego zakresu pola karnego zakazu płynącego z normy sankcjonowanej – jest rolą poprawnie skonstruowanych i odczytanych reguł postępowania z dobrem. Zaakceptować należy tezę E. Plebanek, która zauważa, że naruszenie reguł

⁷⁸ Zob. A. Sakowicz, *Prawnokarne...*, s. 240.

⁷⁹ D. Zając, *Zgoda...*, s. 107.

⁸⁰ D. Zając, *Zgoda...*, s. 107.

⁸¹ Zob. przykładowo S. Tarapata, *Dobro...*, s. 280; P. Kardas, *O relacjach...*, s. 52.

⁸² T. Dukiet-Nagórska, *Znaczenie...*, s. 170.

⁸³ T. Dukiet-Nagórska, *Znaczenie...*, s. 170–171.

⁸⁴ T. Dukiet-Nagórska, *Znaczenie...*, s. 170–171.

postępowania z dobrem stanowi cechę zachowań bezprawnych, wynikającą właśnie z zasady proporcjonalności⁸⁵.

Nieuwzględnienie w ramach reguł postępowania z dobrami w postaci zdrowia i życia ludzkiego możliwości udzielenia zgody na ich narażenie na niebezpieczeństwo spowodowałby naruszenie prawa do wolności seksualnej, do osiągnięcia satysfakcji (przyjemności) z życia seksualnego u tych, którzy w inny sposób nie są w stanie jej uzyskać. Tym samym wykładnia zakresu normowania norm sankcjonowanych zakazujących narażania człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo utraty życia lub zdrowia bez wspomnianej powyżej możliwości jest niezgodna z zasadą proporcjonalności, gdyż narusza istotę wolności seksualnej, którą niewątpliwie jest prawo do osiągnięcia przyjemności z tej intymnej sfery życia jednostki. Ochrona dóbr prawnych w postaci zdrowia lub życia osób, które akceptują ryzyko ich naruszenia, przeważa w takim przypadku nad koniecznością poszanowania ich wolności seksualnej⁸⁶. Niespełniony zostaje zatem wymóg proporcjonalności *sensu stricto* przy tak dokonywanej interpretacji.

6. Podsumowanie

Rozwiązanie, które prowadzi do nadmiernej ingerencji w prawo do prywatności obywateli, trąci paternalizmem władz państwowych i sugeruje, że to one wiedzą, jak najlepiej chronić dobra prawne⁸⁷. Ustawodawca powinien tak konstruować pole kryminalizacji, aby obejmowało ono jedynie te zachowania, które nacechowane są agresją nieaprobowaną przez partnera aktu seksualnego⁸⁸. Ta sama uwaga dotyczy interpretatora, który we właściwy sposób musi owo pole zrekonstruować; odczytać w drodze wykładni intencję ustawodawcy. Aprobowana agresja seksualna w przypadku osób cierpiących na zaburzenia preferencji seksualnych w postaci sadomasochizmu czy asfiksjofilii często jest jedynym sposobem osiągnięcia przez nie przyjemności seksualnej, będącej niewątpliwie dobrem społecznym, stanowiąc swego

⁸⁵ E. Plebanek, *Karygodność...*, s. 131.

⁸⁶ Słusznie J. Warylewski zwraca uwagę, że „żadne skazanie nie jest w stanie zmienić preferencji seksualnych i narzucić skazanemu systemu wartości dotyczących zachowań związanych z pobudzaniem i zaspokajaniem popędu płciowego. O ile więc zachowania takie nie naruszają wolności innych ludzi, to powinny być dopuszczalne przez prawo, a w każdym razie przez prawo karne”. J. Warylewski, *Prawnokarne...*, s. 93.

⁸⁷ J. Warylewski, *Karalność...*, s. 80.

⁸⁸ J. Warylewski, *Karalność...*, s. 80; J. Warylewski, *Prawnokarne...*, s. 92.

rodzaju formę ekspresji ich osobowości⁸⁹. Fakt, że nietypowe zachowania seksualne niosą ze sobą ryzyko spowodowania uszczerbku na zdrowiu bądź utraty życia, nie czyni z nich praktyk społecznie nieakceptowalnych. Ocena ich społecznej opłacalności nie powinna odbiegać od oceny niebezpiecznych aktywności fizycznych – sportów walki, wypraw wysokogórskich czy chociażby podawanych za przykład przez D. Zajęca skoków spadochronowych typu BASE lub wingsuitingu⁹⁰.

Zgoda uczestnika nietypowego i niebezpiecznego aktu seksualnego wchodzi w skład reguł postępowania z dobrem w postaci życia bądź zdrowia ludzkiego. Stosunek seksualny, w którym dojdzie do naruszenia nietykalności cielesnej, wolności czy spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu w wyniku praktyk sadomasochistycznych lub asfiksjofilii, będzie pierwotnie legalny, ponieważ społeczeństwo akceptuje tego typu oddziaływania na owe dobra prawne. Legalne, pod warunkiem dochowania zasad ostrożności wykształconych w tego typu praktykach, będą również zachowania nieco bardziej ryzykowne, mogące narazić te dobra (życie, zdrowie) na niebezpieczeństwo zniszczenia bądź spowodowania ciężkiego uszczerbku, gdyż spełniają one wymóg społecznej opłacalności. Jeżeli jednak doprowadzą do spowodowania średniego, ciężkiego uszczerbku na zdrowiu czy nawet śmierci, sprawca-partner w akcie seksualnym zrealizuje znamiona odpowiednich typów tylko wówczas, gdy zostanie mu udowodnione, że w trakcie współżycia przekroczył wyżej wspomniane zasady ostrożności, mające zminimalizować grożące niebezpieczeństwo do akceptowalnego poziomu.

Można mieć nadzieję, że zachodzące w społeczeństwie przeobrażenia w podejściu do najcenniejszych dóbr prawnych doprowadzą w przyszłości do stanu, w którym, jak pisze L. Falandysz, obywatele będą mogli się angażować „we wszystko, czego pragną, nieważne jak dalece nienormalne, dewiacyjne mogą być te zachowania, pod warunkiem że: a) ludzie wiedzą, co czynią, b) zgadzają się na to, i c) nikt albo przynajmniej nikt poza uczestniczącymi w danej działalności nie jest poszkodowany”⁹¹. *De lege lata* zachowania dokonane za zgodą darczyńcy dobra, powodujące jego śmierć bądź ciężki uszczerbek na zdrowiu, pozostają społecznie nieakceptowalne. Zasada *volenti non fit iniuria* realizowana jest jednak w znacznym zakresie,

⁸⁹ J. Warylewski, *Karalność...*, s. 80. Warylewski jako ekspresję seksualną traktuje „wyrażanie i realizowanie preferencji seksualnych (dotyczących tzw. życia płciowego) oraz eksponowanie i podkreślanie własnej płciowości”. J. Warylewski, *Prawnokarne...*, s. 91.

⁹⁰ D. Zajęć, *Zgoda...*, s. 108–109. Zob. także A. Sakowicz, *Prawnokarne...*, s. 230.

⁹¹ L. Falandysz, *Pokrzywdzony...*, s. 242.

bowiem pozostałe niebezpieczne praktyki – w tym seksualne – podejmowane za zgodą ich uczestników, winny być, przy zachowaniu reguł ostrożności minimalizujących ryzyko powstania powyżej wskazanych skutków, oceniane jako legalne, a więc nieprzekraczające prawnokarnych zakazów.

Consent of the owner of legal interest to unusual sexual behavior

Summary

In this article, the author discusses the legality of unusual sexual behavior (such as sadomasochism and asphyxiophilia) undertaken with the partner's consent. According to the author, consent does not constitute an independent premise of the so-called primary legality of an act but in every case it is part of the rules concerning the proper way of dealing with the legal interest. This is because only some legal interests can be freely used by man. The author puts forward the thesis that unusual sexual behavior, which may even lead to moderate damage to health or to the exposition of the other participant to the danger of losing his or her life, is legal because this type of interaction with legal interests is socially acceptable. If the society accepts extreme sports and martial arts that affect the life and health of participants in a similar way to unusual sexual behavior then this acceptance must also apply to the latter.

Keywords

Unlawfulness of an act, the so-called primary legality of an act, consent of the owner of legal interest, unusual sexual behavior, acceptable risk

Author

Michał Grudecki – Ph.D. candidate, University of Silesia in Katowice, Faculty of Law and Administration

Bibliography

- Bafia J., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989.
- Bartosiak K., *Gdy gaśnie światło... Co nokaut robi z pięściarzem?*, < <https://sport.tvp.pl/23989568/gdy-gasnje-swiatlo-co-nokaut-robi-z-piesciarzem> >.
- Bielski M., *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, z. 1.
- Chojecki S. i in., *Kontuzje i urazy w boksie w opinii bokserów*, „Journal of Health Science” 2013, nr 3.
- Daniluk P., *Kryteria określające zakres dóbr prawnych będących przedmiotem dyspozycji w warunkach kontraktu zgody uprawnionego*, „Przegląd Sądowy” 2007, nr 4.
- Długosz J., *Zgoda dysponenta dobrem prawnym w świetle regulacji konstytucyjnych. Rozważania na pograniczu konstytucyjnego prawa jednostki do samostanowienia o sobie i dogmatyki prawa karnego*, w: *Zgoda pokrzywdzonego*, red. R. Zawłocki, Warszawa 2012.

- Dukiet-Nagórska T., *Znaczenie zasady proporcjonalności dla wykładni przepisów prawno-karnych*, w: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010.
- Falandysz L., *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktyologii*, Warszawa 1980.
- Filar M., *Herosi zinstytucjonalizowanej agresji. Problemy odpowiedzialności karnej zawodowych sportowców za wypadki sportowe*, „Przegląd Prawa Karnego” 1997, nr 16.
- Filar M., *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985.
- Gawliński A., *Namowa lub pomoc w samobójstwie. Aspekty kryminalistyczne i kryminologiczne*, Olsztynek 2017.
- Gawliński A., *Specyfika oględzin zwłok w przypadku wypadkowego uduszenia gwałtownego podczas czynności autoerotycznych (AEA)*, „Przegląd Policyjny” 2014, nr 1.
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
- Gross A., *Uduszenie gwałtowne w trakcie czynności autoerotycznych*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 1999, nr 1.
- Grudecki M., *Tak zwane kontraty typy pozaustawowe a zasada określoności w prawie karnym*, „Kwartalnik Prawo. Społeczeństwo. Ekonomia” 2018, nr 3.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.
- Kaczmarek T., *Paradygmat naruszenia (zagrożenia) dobra prawnego jako aksjologiczna podstawa kryminalizacji*, w: *Między nauką a praktyką prawa karnego. Księga jubileuszowa Profesora Lecha Gardockiego*, red. Z. Jędrzejewski i in., Warszawa 2014.
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 4.
- Kopeć M.D., *Zwyczaj jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w polskim prawie karnym*, Lublin 2015.
- Krajewski R., *Prawa i obowiązki seksualne małżonków. Studium prawne nad normą i patologią zachowań*, Warszawa 2009.
- Lelental S., w: *Prawo karne w zarysie*, red. J. Waszczyński, Łódź 1992.
- Leszczyński J., *Sadyzm i jego kryminogenne znaczenie*, „Nowe Prawo” 1990, nr 1–3.
- Marek A., Konarska-Wrzošek V., *Prawo karne*, Warszawa 2016.
- Mozgawa M., Budyn-Kulik M., *Prawnokarne aspekty pedofilii. Analiza dogmatyczna i wyniki badań empirycznych*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2006, z. 2.
- Plebanek E., *Karygodność jako element struktury przestępstwa w perspektywie zasady proporcjonalności*, w: *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2010.
- Ptaszyńska-Sarosiak i in., *Cerebrastenia pourazowa i encefalopatia pourazowa – trudności opiniodawcze*, „Archiwum Medycyny Sądowej i Kryminologii” 2010, nr 2–3.
- Rajzman H., *Analogia in bonam partem i zasada legalizmu w prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska” 1966, vol. XIII.
- Sakowicz A., *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006.
- Sitarz O., Hanc J., *Zabieg Kristellera w świetle przepisów prawa karnego*, „Prawo i Medycyna” 2017, nr 2.
- Sitarz O., w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2016.
- Sowa T., *Śmierć w ringu*, < <http://historiasportu.info/2016/03/25/smierc-w-ringu/> >.

- Spotowski A., *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 3.
- Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, z. 1.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- Warylewski J., *Karalność praktyk sadomasochistycznych a prawo do prywatności (Interpretacja art. 8 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności w orzeczeniu Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z siedzibą w Strasburgu – sprawa Laskey, Jaggard i Brown przeciwko Wielkiej Brytanii)*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 1999, t. IV.
- Warylewski J., *Prawnokarne uwarunkowania wolności w zakresie ekspresji seksualnej oraz twórczości (m.in. artystycznej, naukowej i dziennikarskiej)*, w: *Prawnokarne aspekty wolności. Materiały z konferencji Arłamów, 16–18 maja 2005 r.*, red. M. Mozgawa, Kraków 2006.
- Warylewski J., *Przestępstwa seksualne*, Gdańsk 2001.
- Zajac D., *Zgoda darczyńcy dobra prawnego na zachowanie ryzykowne jako okoliczność wpływająca na zakres odpowiedzialności karnej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, z. 2.
- Zoll A., *„Pozastawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, red. L. Leszczyński i in., Lublin 2005.
- Zoll A., *Aksjologiczne podstawy prawa karnego*, w: *Filozofia prawa a tworzenie i stosowanie prawa*, red. B. Czech, Katowice 1992.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna lekarza za niepowodzenie w leczeniu*, Warszawa 1988.
- Zoll A., *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego w świetle Konstytucji*, w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007.
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982.
- Zoll A., *Z problematyki kontratypów*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego. Prace Prawnicze” 1977, z. 74.