

Denis Solodov

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0003-2884-9420

denis.solodov@uwm.edu.pl

Ewelina Lewandowska

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-6280-6793

ewelina.lewandowska@uwm.edu.pl

Zasadność sporu odnośnie nowej definicji zgwałcenia – uwagi na tle proponowanych zmian

Wprowadzenie

Definicja przestępstwa zgwałcenia zawarta w art. 197 § 1 Kodeksu karnego¹ (dalej jako k.k.) od lat stanowi przedmiot dyskusji. Wątpliwości badaczy i praktyków budzi niemal każdy z jej elementów składowych – obcowanie płciowe², przemoc³, podstęp⁴, groźba bezprawna⁵. Powodem jest mało precyzyjna, niejednoznaczna terminologia zastosowana przez ustawodawcę. W orzecznictwie sądów polskich również znajdziemy różne podejścia, jeśli chodzi o zakres semantyczny i legalny poszczególnych znamion; z reguły znajdu-

¹ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 z dnia 25 sierpnia 2020 r.

² K. Burdziak, *Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 5 lipca 2017 r., III KK 273/17*, „Glosa, Orzecznictwo Sądów Polskich” 2018, nr 10(102), s. 55–56; M. Bielski, *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2008, nr 1, s. 211–229.

³ M. Mozgawa, *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, Warszawa 2012, s. 467–472; A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 449.

⁴ H. Myśliwiec, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11, s. 66–69; R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40, s. 262–267.

⁵ A. Michalska-Warias, *Groźba bezprawna jako ustawowe znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Ius Novum” 2016, 1, s. 7–9.

je to swoje uzasadnienie w okolicznościach konkretnej sprawy⁶. Ta wieloznaczność tłumaczy, dlaczego treść art. 197 k.k. wielokrotnie stawała się obiektem nowelizacji. Jedną z ostatnich propozycji dość radykalnych zmian, jeśli chodzi o ukształtowanie znamion przestępstwa zgwałcenia, zgłoszona w marcu 2021 r., przewiduje, że za zgwałcenie ma być uznawane doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego „bez wcześniejszego wyrażenia świadomej i dobrowolnej zgody przez tę osobę”. Według autorów projektu zmienić się ma też tytuł rozdziału z *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości* na *Przestępstwa przeciwko wolności i autonomii seksualnej*. Konieczność tych zmian inicjatorzy nowelizacji wiążą z „brakiem adekwatnej reakcji organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości” wobec tego typu przestępstw. W ich opinii aktualna definicja legalna zgwałcenia uzależnia byt danego przestępstwa od zgromadzenia dowodów świadczących o oporze ofiary wobec sprawcy, co w praktyce w niektórych sytuacjach pozbawia osoby pokrzywdzone ochrony prawnej⁷.

Pomysł modyfikacji definicji legalnej zgwałcenia popiera również Rzecznik Praw Obywatelskich, który wskazuje, że „przyjęta w polskim ustawodawstwie definicja zgwałcenia, a wraz z nią innych przestępstw seksualnych (art. 197 Kodeksu karnego), jest wyrazem teorii wolności seksualnej, która uwypukla konieczność wyrażenia sprzeciwu wobec niechcianych zachowań seksualnych. Współczesne standardy ochrony praw człowieka mówią natomiast w tym miejscu o teorii autonomii seksualnej, która kładzie nacisk na świadomą zgodę, wolną od przymusu, strachu i dezorientacji”. Jego zdaniem art. 197 k.k. chroni „jedynie przed przełamującymi opór ofiary naciskami w formie przymusu fizycznego w postaci przemocy oraz przymusu psychicznego w postaci groźby bezprawnej, a także przed podstępny doprowadzeniem do czynności seksualnych, a nie przed jakimkolwiek niekonsensualnym zachowaniem seksualnym”. W związku z tym proponuje się zamienić sformułowanie „doprowadza do obcowania płciowego przemocą, groźbą lub podstępem” na „brak dobrowolnej i świadomej zgody na obcowanie płciowe”⁸. W odpowiedzi Ministerstwo Sprawiedliwości wskazało, że brak zgody na obcowanie płciowe jest w obecnym stanie prawnym immanentną cechą przestępstwa zgwałcenia, a więc sformułowanie znamion przedstępstwa zgwałcenia, które znajdziemy w art. 197 k.k., nie wymaga podjęcia działań legislacyjnych we wskazanym przez Rzecznika Praw Obywatelskich kierunku⁹.

⁶ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 11 maja 2018 r., sygn. akt II AKa 40/18, Lex nr 2614566; wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2015 r., sygn. akt WA 14/15, Lex nr 2053652.

⁷ Projekt „Ustawa z dnia ... 2021 r. o zmianie ustawy Kodeks karny”, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/dok?OpenAgent&9-020-429-2021> (data dostępu: 1.07.2021).

⁸ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Premiera, https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf (data dostępu: 1.07.2021).

⁹ MS odmawia prac nad nową definicją zgwałcenia, <https://www.prawo.pl/prawo/definicja-zgwalcenia-ms-odmawia-prac-legislacyjnych,508505.html> (data dostępu: 1.07.2021).

Należy zwrócić uwagę na to, że impulsem do tej dyskusji była kampania „Tak to miłość” zainicjowana przez stowarzyszenie Amnesty International. Ideą przewodnią kampanii było dostosowanie definicji zgwałcenia do aktualnie obowiązujących standardów międzynarodowych, które przewidują konieczność kryminalizacji każdego aktu seksualnego, gdzie brak jest zgody drugiej strony niezależnie od tego, czy spotkał się on z głośnym i stanowczym oporem ze strony ofiary¹⁰. W raporcie „Poland: *Shadow Report* on aspects of the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence” z 2020 r. Amnesty International stwierdza, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie sądów polskich dominuje przekonanie o konieczności udowodnienia oporu ze strony pokrzywdzonego, co jest tym jakby drugim, po braku zgody, znamieniem przestępstwa zgwałcenia. Zdaniem stowarzyszenia sądy polskie dość często interpretują ten wymóg w sposób wąski, oczekując od oskarżenia dowodów stawiania oporu w formie fizycznej¹¹.

Na wstępie należy zaznaczyć, że nie ma wątpliwości, iż argumenty przedstawione przez różne strony tej dyskusji mają charakter rzeczowy, praktyczny, są jak najbardziej uzasadnione, a więc zasługują na uwagę. Rozważania nad zasadnością postulowanych zmian należy zacząć od oceny aktualnego stanu prawnego, przede wszystkim od kwestii zgodności przepisów krajowych w części dotyczącej przestępstwa zgwałcenia z prawem międzynarodowym.

Konwencja stambulska

Od 1 sierpnia 2015 r. obowiązują Polskę¹² założenia tzw. Konwencji stambulskiej (dalej jako Konwencja)¹³. Jest to akt prawa międzynarodowego, który wieńczy dotychczasową aktywność Rady Europy w kierunku zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet, tworząc podstawy prawne ochrony kobiet

¹⁰ *Amnesty International – konieczna jest zmiana definicji gwałtu w Polsce*, <https://publicystyka.ngo.pl/amnesty-international-konieczna-jest-zmiana-definicji-gwaltu-w-polsce> (data dostępu: 17.05.2021).

¹¹ Poland: *Shadow Report* on aspects of the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, 2020, <https://rm.coe.int/poland-shadow-report-amnesty-international-greivio/16809efdd1> (data dostępu: 1.07.2021)

¹² Warto zaznaczyć, że w chwili zakończenia prac nad niniejszym opracowaniem do dalszych prac w Sejmowej Komisji Sprawiedliwości i Praw Człowieka skierowano projekt Ordo Iuris, który zakłada wypowiedzenie Konwencji stambulskiej, <https://wiadomosci.gazeta.pl/wiadomosci/7,114884,26934129,sejm-projekt-or-do-iuris-ws-wypowiedzenia-konwencji-stambulskiej.html> (data dostępu: 1.07.2021).

¹³ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Dz.U. z 2015 r., poz. 398).

przed wszelkimi formami przemocy, w tym przemocy domowej, na terytorium państw europejskich¹⁴.

Jednym z podstawowych elementów-postulatów Konwencji jest sprawa wzajemnej koordynacji działań na polu zapobiegania i prewencji przemocy wobec kobiet. Dążąc do utworzenia jednolitej przestrzeni prawnej, Konwencja żąda od państw sygnatariuszy dostosowania prawa karnego krajowego, mianowicie podjęcia działań ustawodawczych w kierunku kryminalizacji zachowań polegających na:

- penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub przedmiotem, bez jej zgody,
- innych czynnościach o charakterze seksualnym wobec innej osoby, bez jej zgody,
- doprowadzeniu innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią (art. 36 § 1 Konwencji).

Zgoda, o której mowa w art. 36 § 1 Konwencji, ma mieć charakter dobrowolny, a fakt jej wyrażenia należy ustalać w świetle wszelkich znanych (ustalonych) okoliczności (art. 36 § 2 Konwencji).

Konieczność dostosowania prawa karnego krajowego

W związku z powyższym pojawia się pytanie, czy treść ww. normy (art. 36 Konwencji) powinna zostać przeniesiona *ad verbum* do treści art. 197 k.k. i zastąpić aktualny kształt ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia. Wydaje się, że odpowiedź na to pytanie jest w miarę jednoznaczna. Analiza przepisów zawartych w art. 36 Konwencji prowadzi do niebudzącego wątpliwości wniosku, że twórcy Konwencji postawili akcent na osiągnięciu określonych celów, jednym z których jest kryminalizacja szeregu czynów umyślnych. W treści Konwencji nie znajdziemy wskazania na konieczność „mechanicznego” kopiowania treści jej przepisów do prawa krajowego. Charakterystycznym pod tym względem jest to, że Konwencja nie narzuca określonego trybu ścigania zgwałceń. Nie znajdziemy w jej treści wskazania na to, który z trybów – publiczny czy mieszany – jest trybem preferowanym. Przepisy Konwencji stanowią jedynie o tym, że osiągnięty efekt dostosowania prawa krajowego musi być tożsamy z tym pożądanym, opisanym w treści Konwencji, zarówno na poziomie ustawy (karnej), jak i praktyki jej stosowania. Takie ukierunkowanie Konwencji na osiągnięcie określonych celów i podtrzymywa-

¹⁴ Szerzej na ten temat: E. Kowalewska-Borys, E. Truskolaska, *Podstawowe założenia oraz pojęcie konwencji stambulskiej*, [w:] E. Kowalewska-Borys (red.), *Przemoc w rodzinie w aspekcie Konwencji Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, Warszawa 2015, s. 24–51.

nie określonych standardów ochrony należy uznać za punkt wejściowy analizy aktualnie obowiązujących przepisów karnych.

W doktrynie opinie co do zgodności treści obowiązującego art. 197 § 1 k.k. z założeniami Konwencji (art. 36) są podzielone. Zdaniem części badaczy definicja legalna zgwałcenia, którą znajdziemy w art. 197 § 1 k.k., nie zawiera tak istotnego elementu, jak penetracja, do której dochodzi „bez zgody osoby”. Zgwałcenie w świetle obowiązującej definicji legalnej oznacza bowiem poddanie się obcowaniu płciowemu, innej czynności seksualnej lub wykonaniu takiej czynności z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. Nie ma tu mowy o penetracji bez zgody¹⁵. Niemniej jednak problem ten wydaje się być wyłącznie kwestią semantologiczną, nie zaś legalną, prawną. Nietrudno zauważyć, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie zwrot „obcowanie płciowe”, zawarty w dyspozycji art. 197 § 1 k.k., jest traktowany w sposób zbieżny z założeniami twórców Konwencji¹⁶. Warto również zaznaczyć, że to, w jaki sposób zdefiniowano znamiona przestępstwa zgwałcenia, jednoznacznie wyklucza element zgody po stronie ofiary. Ten brak zgody jest nieodzownym składnikiem konstrukcji art. 197 k.k. Niemniej jednak należy przyznać, że jest to znamię niejako „ukryte” – przemoc, groźba oraz podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. skutecznie wykluczają możliwość swobodnego jakiegokolwiek wyboru, jeśli chodzi o pokrzywdzonego¹⁷. Na znaczenie zgody, jej ustalenia, w kontekście zgwałcenia, zwracał uwagę Sąd Najwyższy, wskazując, że sąd „każdorazowo powinien ustalić, czy zgoda na czynność seksualną została udzielona, w jakim czasie jej udzielono i jaki był zakres tej zgody”¹⁸.

Wątpliwości badaczy budzi natomiast zawarte w treści art. 197 § 1 k.k. „wyliczenie” różnych wariantów *modus operandi* sprawcy – przemoc, groźba bezprawna, podstęp. Lista ta jest zamknięta, co w praktyce powoduje, że organy ścigania i sądy interpretują każde z tych znamion w sposób wyjątkowo szeroki¹⁹. Z jednej strony to „wyliczenie” ma określony walor praktyczny. Najczęściej spotykana w przypadku tego rodzaju przestępstw przemoc fizyczna pozostawia zauważalne ślady (materialne), co pozwala niejako zobiektywizować

¹⁵ M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, nr 40, s. 309.

¹⁶ Uchwała Sądu Najwyższego z 19 maja 1999 r., sygn. akt I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7–8, s. 37.

¹⁷ P. Banaszak-Grzechowiak, K. Burdziak, Ł. Pohl, *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania*, Warszawa 2021, s. 21, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/05/IWS_Banaszak-Grzechowiak-P.-Burdziak-K.-Pohl-L._Przeste%CC%A8pstwo-zgwalcenia-w-wybranych-pan%CC%81stwach-europejskich-raport-z-badania.pdf (data dostępu: 1.07.2021).

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z 8 września 2005 r., sygn. akt II KK 504/04, Lex nr 200229.

¹⁹ J. Warylewski, *Podanie ofierze alkoholu jako podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. Dopuszczalność kumula-tywnej kwalifikacji z art. 197 § 1 i art. 197 § 2 k.k. Glosa do wyroku sądu apelacyjnego z dnia 28 marca 2018 r., II Aka 91/18*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018, nr 2, s. 83–84; R. Krajewski, op. cit., s. 262–267.

proces dowodzenia. W przypadku gróźb czy podstępu również można oczekiwać, że zostaną dowody materialne zachowań sprawcy w postaci udokumentowanego stanu nietrzeźwości (np. przy zastosowaniu przez sprawcę podstępu) lub też nagrań cyfrowych ukazujących groźby. Zastosowana w treści art. 197 § 1 k.k. konstrukcja pozwala również na odgraniczenie współsprawstwa od pomocnictwa, co jest niezwykle istotne przy dowodzeniu zgwałcenia zbiorowego. Z drugiej strony pojawiają się wątpliwości, czy przy wykładni dosłownej art. 197 k.k. tak słabo wyeksponowany element, jak zgoda ofiary, nie będzie traktowany marginalnie. Istnieje bowiem ryzyko, że akcent będzie stawiany na *modus operandi* sprawcy, na dowodzeniu, że jego zachowanie zawiera znamiona przestępstwa. Analiza praktyki²⁰ pokazuje jednak, że znaczenie kluczowe w wielu sprawach nadaje się oporowi pokrzywdzonego jako uzewnętrznionemu sprzeciwowi wobec działań sprawcy. Zgadza się to z tezą, że zachowanie ofiary oraz subiektywna jego interpretacja przez sprawcę ma bezpośredni wpływ na to, czy przyjęta zostanie kwalifikacja zgwałcenia²¹. Na podkreślenie zasługuje to, że opór ofiary „nie musi polegać na fizycznym przeciwstawieniu się użytym przez sprawcę środkom zmuszania i w zależności od sytuacji jego dostrzegane dla sprawcy uzewnętrznienie może sprowadzać się do innych form, np. płaczu, ustnych wypowiedzi, szarpania czy prób wzywania pomocy”²². Analiza akt postępowań karnych pokazuje, że to na ofierze ciąży niejako obowiązek wykazania, że nie wyrażała ona zgody na zbliżenie, i co więcej – że stawiała opór. Proces dowodzenia koncentruje się często na wykazaniu zgody

²⁰ Analiza akt spraw karnych obejmowała łącznie 280 spraw z art. 197 k.k. w okresie od 2007 do 2017 r., przy czym wyznacznikiem była kwalifikacja prawna czynu z art. 197 k.k. W badaniach wystąpiło 347 sprawców, łącznie 306 pokrzywdzonych, z czego 130 pokrzywdzonych poniżej lat 15 – najmłodsza ofiara miała 8 miesięcy. W okresie objętym badaniami w jednym przypadku nie skazano sprawcy z art. 197 k.k., natomiast przyjęto kwalifikację z art. 200 k.k. z powodu braku wniosku o ściganie od przedstawicieli ustawowych małoletniego pokrzywdzonego. Na obszar badawczy wybrano kilka województw. Objęto nim okręgi działalności Sądów Okręgowych w Bydgoszczy, Elblągu, Gdańsku, Lublinie, Olsztynie oraz w Warszawie. Wśród nich znalazły się również okręgi działalności Sądów Rejonowych – Sąd Rejonowy w Iławie, Olsztynie oraz w Gdańsku. W związku z tym, że problematyka dotycząca samego przestępstwa zgwałcenia jest złożona, analiza akt spraw karnych obejmowała głównie problematykę procesowo-kryminalistyczną. Analizie poddano takie zagadnienia, jak: zmiana trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia, problematyka przesłuchania pokrzywdzonych, taktyka dowodzenia w sprawach o zgwałcenie oraz kryminalistyczna charakterystyka przestępstwa zgwałcenia. W analizowanych sprawach w 17 przypadkach sprawcę/sprawców uniewinniono od stawianych zarzutów, zaś w 13 przypadkach sąd rozpoznający sprawę przyjął inną kwalifikację prawną czynu. Tylko w 250 sprawach zapadł prawomocny wyrok za przestępstwa z art. 197 k.k.

²¹ M. Grzyb, *Polskie prawo jest ślepe na prawdziwe oblicze przemocy seksualnej. O zmianie definicji zgwałcenia z art. 197 kk*, <https://klubjagiellonski.pl/2021/04/11/polskie-prawo-jest-slepe-na-prawdziwe-oblicze-przemocy-seksualnej-o-zmianie-definicji-zgwalcenia-z-art-197-kk/> (data dostępu: 17.05.2021); N. Kłaczyńska, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 520.

²² Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z 8 kwietnia 2009 r., sygn. akt II AKa 72/09, Lex nr 519644.

lub jej braku po stronie pokrzywdzonego, a także stawianego przez niego oporu. Często przyjmuje się, iż wiarygodność zeznań pokrzywdzonego zależy od „wiarygodności” pokrzywdzonego oraz innych zebranych dowodów. W przeanalizowanych sprawach, w których zachodziły wątpliwości co do prawdomówności pokrzywdzonego czy też przy braku dowodów materialnych inkryminujących sprawcę, organ ścigania powoływał biegłych psychologów w celu ustalenia:

- czy pokrzywdzony ma zdolność do konfabulowania i wymyślenia faktów,
- czy zeznania pokrzywdzonego opierają się na jego rzeczywistych przeżyciach.

Badania świadczą o tym, że nadal dominują pewne stereotypy, jeśli chodzi o ocenę sytuacji, w których ofiara w pewien sposób „przyczynia się” do popełnienia przestępstwa, np. ma wyzywający ubiór czy zachowuje się prowokująco. W przeanalizowanych sprawach ofiary zgwałcenia ani nie były ubrane wyzywająco, ani nie sprowokowały swoim zachowaniem sprawcy. W połowie spraw ofiarę i sprawcę łączyły bliższe relacje – mąż, ojciec, syn, brat, wujek, partner, ojczym, dziadek. Należy również wskazać, że w sprawach, w których sprawcami byli mężowie, prawie połowa z nich nie widziała nic złego w tym, iż wymuszali oni na swoich żonach stosunki płciowe. Charakterystycznym dla tych spraw był brak wyraźnego oporu fizycznego ze strony ofiary (kobiety). Pewnym uogólnieniem jest jednak twierdzenie, że obecne podejście do przestępstw seksualnych w Polsce ma swoje źródło w tradycyjnych i „seksistowskich” normach kulturalno-obyczajowych, tzw. męskim przywileju seksualnym²³. To, czy aspekty kulturalno-obyczajowe mają w naszym kraju wpływ na fakt, kto najczęściej staje się ofiarą zgwałcenia oraz to, na ile ten wpływ jest istotny, jest kwestią dyskusyjną i stosunkowo mało zbadaną. Na uwagę zasługują natomiast aspekt psychologiczny zachowania się ofiary. Najnowsze badania świadczą o tym, że brak stawiania przez ofiarę (kobietę) oporu w przypadku zgwałcenia, a takich spraw jest – jak wynika z badań autorów niniejszego artykułu – najwięcej, jest objawem dość specyficznej reakcji psychologicznej. W jej przypadku zamiast odruchów, które możemy nazwać tradycyjnymi – „zamrożenie”, „walka” i „ucieczka”²⁴, ma miejsce specyficzna dla kobiet (szczególnie młodych) reakcja „bądź przyjazna” (ang. *friend*). Polega to na tym, że kobieta (ofiara zgwałcenia) demonstruje zachowanie świadczące o zgodzie na obcowanie płciowe, akceptacji gwałciiciela i jego „motywów”. Ta kontrintuicyjna, wysoce nielogiczna reakcja od kilku lat jest przedmiotem badań. Jej występowanie stwierdzono w znacznej części spraw karnych o zgwałcenie. Niemniej jednak wiele kwestii pozostaje wciąż otwartych, m.in. nie wiemy, co powoduje występowanie jej tylko u części kobiet (ofiar), jakie warunki muszą zostać

²³ M. Grzyb, op. cit.

²⁴ M. Lis-Turlejska, *Psychologiczne konsekwencje traumatycznego stresu – współczesne kierunki badań*, „Nowiny Psychologiczne” 2000, nr 2, s. 25–36.

spełnione, aby tego typu reakcja wystąpiła, jak zdiagnozować występowanie takiej reakcji *post factum*, czy można tę reakcję w jakiś sposób zmierzyć oraz stopniować²⁵. Świadomość tego zjawiska przyczyniła się do zmiany dotychczasowego podejścia prawników zachodnich do oceny zachowania się ofiar zgwałcenia. W najnowszych wytycznych dla oskarżycieli publicznych w sprawach o zgwałcenie w Wielkiej Brytanii znajdziemy trzy typowe scenariusze zachowań ofiar (kobiet), z których każdy nie wyklucza popełnienia przestępstwa:

1. ofiara walczy, tj. stawia rzeczywisty opór (fizyczny) sprawcy, a nawet go atakuje;

2. ofiara jest jakby sparaliżowana całą tą sytuacją;

3. ofiara stara się być przyjazna wobec sprawcy, pokazując swoim zachowaniem, że akceptuje całą tę sytuację.

Pierwszy z opisanych scenariuszy zdarza się, według autorów wytycznych, niezwykle rzadko. Większość kobiet (ofiar zgwałcenia) znajduje się w stanie szoku i psychologicznie nie jest przygotowana do stawiania oporu (fizycznego). Czasem powodem jest to, że sprawca jest uzbrojony, a więc, według ofiary, stawianie oporu w takich okolicznościach może jeszcze bardziej pogorszyć sytuację. Drugi z opisanych scenariuszy widzimy, kiedy kobieta ma wyjątkowo silną reakcję prymitywną, półświadomą. Ofiara unika gwałtownych ruchów, podejmowania aktywnych działań obrończych, co sprawia wrażenie, że jest jakby sparaliżowana. W takiej sytuacji kobieta (ofiara zgwałcenia), zarówno psychologicznie, jak i fizycznie, nie jest w stanie stawiać oporu napastnikowi. Reakcja trzecia – bądź przyjazna – również nie jest reakcją do końca świadomą i racjonalną. Przyjmując postawę akceptującą, ofiara zgwałcenia „liczy” na to, że podporządkowując się sprawcy da się z tej niebezpiecznej sytuacji wyjść z minimalnymi „stratami”. Na podkreślenie zasługuje to, że zachowując się w powyższy sposób ofiara nie zastanawia się nad tym, w jaki sposób to jej zachowanie będzie później ocenione przez osoby trzecie, w tym organy ścigania i sąd. Jej myśli dominuje dążenie do pozostawienia niekomfortowej, stresującej sytuacji²⁶.

Wracając do opisu ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia zawartych w treści art. 197 § 1 k.k. oraz praktyki jej stosowania, nie można nie zauważyć, że w świetle tej nowej wiedzy na temat mechanizmów determinujących zachowanie się ofiar zgwałcenia pojawia się tu pewna odczuwalna

²⁵ F. Mason, Z. Lodrick, *Psychological consequences of sexual assault*, „Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology” 2013, nr 27(1), s. 29–30; R.R. Luby, *Sexual violence: a trauma-informed approach for mental health nurses supporting survivors*, „Mental Health Practice” 2021, vol. 24, issue 3; K. Carmit, T. Noga, T. Anat, N. Racheli, *Beyond fight, flight, and freeze: Towards a new conceptualization of peritraumatic responses to child sexual abuse based on retrospective accounts of adult survivors*, „Child Abuse & Neglect” 2021, vol. 112.

²⁶ N. Burrowes, *Responding to the challenge of rape myths in court. A guide for prosecutors*, s. 20, www.nb-research.com/wp-content/uploads/2015/01/Responding-to-the-challenge-of-rape-myths-in-court_Nina-Burrowes.pdf (data dostępu: 1.07.2021).

ułomność. Wyraźny akcent na *modus operandi* sprawcy skłania do wniosku, że zachowanie pokrzywdzonego w sytuacji zgwałcenia jest (powinno być) konfrontacyjne wobec działań sprawcy. Ten ostatni ma „atakować”, stosując przemoc, groźby bezprawne lub podstęp, a ofiara ma się bronić w ten lub inny sposób urzeczywistniając brak akceptacji na wymuszane przez sprawcę czynności seksualne i obcowanie płciowe. Jak widzimy, jest to podejście nie tylko nieadekwatne ze względu na aktualny stan naszej wiedzy odnośnie mechanizmów decyzyjnych, które „demonstrują” ofiary zgwałceń, ale też krzywdzące względem kobiet – ofiar zgwałceń nie tylko faktycznych, ale też potencjalnych, przyszłych, jeśli będziemy pamiętali o powrotności do przestępstwa wśród sprawców tego rodzaju czynów. Widzimy również, że dominujące w doktrynie i orzecznictwie racjonalne podejście do oceny zachowań ofiar zgwałcenia, które opiera się o założenie, iż ofiara zgwałcenia kieruje się pewną (zrozumiałą) logiką, może być mylące. Element (wyrażenia) zgody, na który nacisk kładzie Konwencja (art. 36), nie jest bowiem terminem *stricte* prawniczym. Ocena, czy do takiej zgody doszło, powinna być dokonywana w sposób nie intuicyjny, a kompetentny, w oparciu o aktualną wiedzę na temat zachowania się w sytuacji stresowej. W praktyce oznacza to konieczność sięgania po opinie biegłych z zakresu psychologii stresu.

Wnioski

1. Dyskusja wokół konieczności zmiany ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia ma nie tylko wymiar polityczny, ale też pewną wartość merytoryczną. Konwencja stambulska nie wymusza na państwach sygnatariuszach przeniesienia *ad verbum* treści art. 36 § 1, 2 do prawa karnego krajowego. Pod tym względem obowiązujące przepisy krajowe (art. 197 k.k.) nie są sprzeczne z założeniami Konwencji.

2. W praktyce niejako dominuje podejście tradycyjne do oceny zachowań ofiar zgwałceń, które stawia akcent na kwestię oporu fizycznego ofiary. Urzeczywistnieniem takiego oporu mogą być nie tylko aktywne działania obrończe, fizyczne, ale też inne reakcje, których powodem jest brak zgody na obcowanie płciowe i inne czynności seksualne – płacz, słowa itd.

3. W świetle najnowszych badań, ukazujących rzeczywistość zachowania się kobiet w sytuacjach stresowych spowodowanych zgwałceniem, to tradycyjne, powszechnie akceptowane podejście niejako traci na wiarygodności. Niemniej jednak możliwość rozwiązania tak skomplikowanej kwestii, jaką jest zgoda pokrzywdzonego w kontekście przestępstwa zgwałcenia przy pomocy środków prawnych, również budzi wątpliwości. Wydaje się, że celowe powinno być zwiększenie świadomości przedstawicieli organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości, jeśli chodzi o aktualny stan wiedzy psychologicznej w tym zakresie.

Możliwe jest też opracowanie metodyki badań psychologicznych, pozwalających na obiektywną i uzasadnioną naukowo ocenę zachowań pokrzywdzonego w przypadku tego typu przestępstw.

Wykaz literatury

- Banaszak-Grzechowiak P., Burdziak K., Pohl L., *Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania*, Warszawa 2021, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2021/05/IWS_Banaszak-Grzechowiak-P.-Burdziak-K.-Pohl-L._Przeste%CC%A8pstwo-zgwalcenia-w-wybranych-pan%CC%81stwach-europejskich-raport-z-badania.pdf.
- Bielski M., *Wykładnia znamion „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w doktrynie i orzecznictwie sądowym*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2018, nr 1.
- Burdziak K., *Postanowienie Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 5 lipca 2017 r., III KK 273/17*, „Glosa, Orzecznictwo Sądów Polskich” 2018, nr 10.
- Burrowes N., *Responding to the challenge of rape myths in court. A guide for prosecutors*, www.nb-research.com/wp-content/uploads/2015/01/Responding-to-the-challenge-of-rape-myths-in-court_Nina-Burrowes.pdf.
- Carmit K., Noga T., Anat T., Racheli N., *Beyond fight, flight, and freeze: Towards a new conceptualization of peritraumatic responses to child sexual abuse based on retrospective accounts of adult survivors*, „Child Abuse & Neglect” 2021, vol. 112.
- Grzyb M., *Polskie prawo jest ślepe na prawdziwe oblicze przemocy seksualnej. O zmianie definicji zgwałcenia z art. 197 kk*, <https://klubjagiellonski.pl/2021/04/11/polskie-prawo-jest-slepe-na-prawdziwe-oblicze-przemocy-seksualnej-o-zmianie-definicji-zgwalcenia-z-art-197-kk/>.
- Kłaczyńska N., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Gizek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Kowalewska-Borys E., Truskolaska E., *Podstawowe założenia oraz pojęcie konwencji stambulskiej*, [w:] E. Kowalewska-Borys (red.), *Przemoc w rodzinie w aspekcie Konwencji Rady Europy w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*, Difin, Warszawa 2015.
- Krajewski R., *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Lis-Turlejska M., *Psychologiczne konsekwencje traumatycznego stresu – współczesne kierunki badań*, „Nowiny Psychologiczne” 2000, nr 2.
- Luby R.R., *Sexual violence: a trauma-informed approach for mental health nurses supporting survivors*, „Mental Health Practice” 2021, vol. 24, issue 3.
- Mason F., Lodrick Z., *Psychological consequences of sexual assault*, „Best Practice & Research Clinical Obstetrics & Gynaecology” 2013, nr 27(1).
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010.
- Michalska-Warias A., *Groźba bezprawna jako ustawowe znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Ius Novum” 2016, nr 1.
- Mozgawa M., *Przestępstwa przeciwko wolności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2012.

- Myśliwiec H., *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11.
- Platek M., *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, nr 40.
- Warylewski J., *Podanie ofierze alkoholu jako podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. Dopuszczalność kumulatywnej kwalifikacji z art. 197 § 1 i art. 197 § 2 k.k. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego z dnia 28 marca 2018 r., II Aka 91/18*, „Gdańskie Studia Prawnicze – Przegląd Orzecznictwa” 2018, nr 2.

Summary

The legitimacy of the discussion on a new definition of rape

Keywords: penal law, rape, Istanbul Convention, victim psychology, court case-law.

In the article, the need for the change of the legal definition of rape is discussed. The authors analyse the requirements of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence (Convention) and the draft law amending the definition of rape submitted in March 2021. The Convention is an integral part of Polish law. Nonetheless, it is highly questionable whether the Convention obliges state parties to copy the elements of the definition of rape found in Article 36 of the Convention.

