

Michał Głuchowski

Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą

ORCID: 0000-0001-5287-1930

gluchowskim@outlook.com

O rodzajach błędów w ramach przestępstwa zgwałcenia z użyciem podstępu – polemika

Wstęp

W numerze 55 „Studiów Prawnoustrojowych” ukazał się artykuł Michała Grudeckiego pt. *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym*. Autor odrzuca w nim utrwalony w polskiej karnistyce pogląd, że w przypadku przestępstwa zgwałcenia z użyciem podstępu (art. 197 § 1 Kodeksu karnego¹) należy według zobiektywizowanego kryterium rozróżniać błędy istotne z punktu widzenia wolności seksualnej oraz błędy dotyczące jedynie ubocznych motywów decyzji o podjęciu czynności seksualnej. Według dominującego stanowiska w tym drugim przypadku znamię podstępu miałyby nie być wypełnione. M. Grudecki uważa z kolei, że karnoprawną doniosłość błędu należy uzależniać wyłącznie od subiektywnego kryterium, to znaczy od tego, czy z perspektywy osoby wprowadzonej w błąd dany fakt był istotny przy podjęciu decyzji o czynności seksualnej². W nowszej literaturze poglądy takie wyrażane były jak dotąd jedynie w zagranicznych wypowiedziach³, więc artykuł M. Grudeckiego już z racji oryginalności tezy zasługuje na uwagę. Autor opiera swoje stanowisko na po-

¹ T.j. Dz.U. z 2022 r., poz. 1138 z późn. zm., dalej jako k.k.

² M. Grudecki, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2022, nr 55, s. 78.

³ J. Herring, *Mistaken sex*, „Criminal Law Review” 2005, s. 518; O. Madhloom, *Deception, mistake and non-disclosure: challenging the current approach to protecting sexual autonomy*, „Northern Ireland Legal Quarterly” 2019, t. 70, nr 2, s. 203; A. Pundik, Sh. Schnitzer, B. Blum, *Sex, lies, and reasonableness: the case for subjectifying the criminalisation of deceptive sex*, „Criminal Justice Ethics” 2022, t. 41, nr 2, s. 168; R. Vavra, *Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2018, nr 12, s. 613, 616; eadem, *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Baden-Baden 2020, s. 333–334, 370–371.

gładzie, że również w przypadku motywów klasyfikowanych przez większość doktryny jako uboczne wolność seksualna osoby wprowadzonej w błąd zostaje naruszona⁴. Tym samym według niego wskazane jest rozszerzenie zakresu penalizacji art. 197 § 1 k.k.

Celem niniejszej polemiki jest poddanie tych tez krytycznej ocenie i wykazanie, że wolność seksualna nie zostaje naruszona w przypadkach klasyfikowanych tradycyjnie jako „motywy uboczne”. Wypada przy tym jednak zaznaczyć, że sam odrzucam dominujący pogląd o konieczności rozróżniania błędów „istotnych” i „ubocznych” w ramach wykładni znamienia podstępny – rozumiem to znamię nawet szerzej niż sam M. Grudecki. Mój pogląd wynika jednak nie z chęci rozszerzenia zakresu kryminalizacji przestępstwa zgwałcenia z użyciem podstępu, lecz z przekonania, że już z ukrytego znamienia „braku zgody” wynika wyłączenie penalizacji motywów uznawanych tradycyjnie za „uboczne”⁵. Jako że artykuł M. Grudeckiego w znacznej części poświęcony jest krytyce dominującego w polskiej karnistyce rozumienia znamienia „podstępu”, przed omówieniem poglądów autora wskazane jest zwięzłe przypomnienie tradycyjnego stanowiska.

Tradycyjne ujęcie podstępu

Choć zakres zachowań objętych znamieniem „podstępu” w ramach art. 197 § 1 k.k. jest sporny⁶, to bez wątplenia obejmuje wprowadzenie⁷ ofiary w błąd co do przesłanki motywacyjnej jej decyzji o czynności seksualnej. Według ugruntowanego w polskiej karnistyce poglądu podstęp w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. występuje tylko wtedy, gdy błąd jest istotny z perspektywy naruszenia wolności seksualnej ofiary⁸. Przykładami są sytuacje, gdy sprawca podszywa

⁴ M. Grudecki, op. cit., s. 76.

⁵ Obszernie: M. Głuchowski, *Zakres zgody na czynność seksualną przy przestępstwie zgwałcenia z użyciem podstępu*, „Przebieg Sądowy” 2022, nr 11–12, s. 188–192.

⁶ Spór dotyczy tego, czy „podstęp”, oprócz wprowadzenia w błąd lub wykorzystania błędu co do przesłanki motywacyjnej decyzji o czynności seksualnej („wąskie ujęcie podstępu”), obejmuje też poprzedzone wprowadzeniem w błąd doprowadzenie ofiary do stanu, w którym nie można podjąć lub zrealizować decyzji, np. poprzez odurzenie ofiary narkotykami („szerokie ujęcie podstępu”). Pogląd szeroko ujmujący podstęp jest zdecydowanie wiodący – tak np.: wyrok SN z 27 maja 1985 r., sygn. akt II KR 86/85, Lex nr 17642; M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 108; M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna, t. 2: Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017, s. 682–683.

⁷ Według dominującego stanowiska podstęp obejmuje zarówno wprowadzenie w błąd, jak i wykorzystanie istniejącego błędu, ale M. Grudecki wyraził zastrzeżenia do tak szerokiego ujęcia – M. Grudecki, op. cit., s. 79.

⁸ Por. M. Filar, op. cit., s. 109; S. Hypś, *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1180.

się pod męża pokrzywdzonej⁹ lub jako fałszywy¹⁰ lub prawdziwy¹¹ ginekolog ukrywa czynności seksualne pod pozorami badania medycznego. Jeśli jednak błąd dotyczy zaledwie „ubocznych motywów”¹² decyzji o podjęciu czynności seksualnej, to ofiara mimo błędu świadomie godzi się na czynność seksualną¹³. Według reprezentatywnego poglądu Marka Bielskiego rozróżnienie między błędami istotnymi z perspektywy art. 197 k.k. oraz ubocznymi motywami decyzji „sprowadzać się winno do oceny, czy okoliczność, co do której ofiara była w błędzie, z punktu widzenia wzorców kulturowych mogła stanowić główną determinantę podjęcia świadomej decyzji w przedmiocie życia seksualnego”¹⁴.

Stanowisko M. Grudeckiego

Grudecki wskazał kilka przykładów motywów klasyfikowanych według tradycyjnego poglądu jako „uboczne”, w przypadku których – zdaniem autora – doprowadzenie do obcowania płciowego poprzez wywołanie tych błędów powinno być uznawane za karalne na podstawie art. 197 § 1 k.k., jeśli z perspektywy ofiary motyw ten był istotną determinantą jej decyzji¹⁵. Były to przypadki fałszywej obietnicy korzyści majątkowej (np. obietnicy awansu lub zapłaty)¹⁶ oraz uwiedzenie nieszczerą obietnicą małżeństwa¹⁷. Ponadto autor uważa, że *stealthing* (potajemne zdjęcie prezerwatywy w trakcie stosunku seksualnego) nie stanowiłby według przedstawicieli tradycyjnego poglądu zgwałcenia z użyciem podstęp¹⁸, co jednak nie wydaje się słuszne. Za sytuację analogiczną do *stealthingu* M. Grudecki uznał niezgodne z prawdą zapewnienie mężczyzny przez partnerkę, że stosuje ona antykoncepcję hormonalną¹⁹.

⁹ Zob. np. J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, Warszawa 2016, s. 697; A. Michalska-Warias, *Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014, t. 21, s. 132–133.

¹⁰ J. Warylewski, op. cit., s. 697; M. Bielski, op. cit., s. 683.

¹¹ A. Michalska-Warias, op. cit., s. 132; R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2018, nr 40, s. 266.

¹² M. Filar, op. cit., s. 109; M. Bielski, op. cit., s. 683.

¹³ M. Filar, op. cit., s. 109; J. Warylewski, op. cit., s. 696.

¹⁴ M. Bielski, op. cit., s. 684; aprobująco: A. Michalska-Warias, op. cit., s. 131; R. Krajewski, op. cit., s. 267; S. Tarapata, *Podstęp jako jedna z form przestępstwa zgwałcenia – zagadnienia wybrane*, „*Prawo w Działaniu*” 2022, t. 51, s. 56.

¹⁵ M. Grudecki, op. cit., s. 78.

¹⁶ *Ibidem*, s. 75. Tak np.: wyrok SN z 26 września 1974 r., sygn. akt III KR 105/74, OSNKW 1974, Nr 12, poz. 229; M. Filar, op. cit., s. 109; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Art. 117–221*, Warszawa 2017, s. 674.

¹⁷ M. Grudecki, op. cit., s. 75. Tak np.: wyrok SN z 26 września 1974 r., sygn. akt III KR 105/74, OSNKW 1974, Nr 12, poz. 229; M. Filar, op. cit., s. 109; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op. cit., s. 674.

¹⁸ M. Grudecki, op. cit., s. 76 z przywołaniem stanowiska R. Krajewskiego, op. cit., s. 269.

¹⁹ M. Grudecki, op. cit., s. 76.

Autor stwierdza, że we wszystkich podanych przypadkach ofiara nie dysponuje świadomie swoim życiem erotycznym, więc jej wolność seksualna zostaje naruszona²⁰. M. Grudecki definiuje wolność seksualną jako możliwość sprzeciwu wobec niechcianych stosunków seksualnych, a w powyższych przykładach czynność seksualna jest według autora tak samo niechciana, jak w przypadku błędów uchodzących według dominującego poglądu za „istotne” z perspektywy art. 197 k.k.²¹ Zgoda na obcowanie płciowe musi być bowiem całkowicie dobrowolna²², a ofiara ma prawo nie chcieć współżyć płciowo bez rekompensaty lub z osobą, która nie zostanie jej małżonkiem²³. Na poparcie konieczności szerokiej ochrony autonomii seksualnej autor przywołuje też porównanie z obszernym zakresem ochrony interesu majątkowego w ramach przestępstwa oszustwa z art. 286 k.k.²⁴ Dostrzega niekonsekwencję w tym, że sprawca zamawiający usługę z powziętym przed czynem zamiarem braku zapłaty odpowiada karnie za oszustwo, ale nieuczciwy klient prostytutki miałby według tradycyjnego poglądu nie odpowiedzieć za podstępne naruszenie jej wolności seksualnej²⁵. Według M. Grudeckiego nie byłoby zrozumiałe, dlaczego wolność seksualna w ramach art. 197 k.k. miałaby być chroniona w mniejszym stopniu niż interes majątkowy w ramach przestępstwa oszustwa, choć jest znacznie cenniejszym dobrem²⁶.

Jednocześnie M. Grudecki zauważa, że nie każdy przypadek wprowadzenia w istotny dla drugiej osoby błąd zasługuje na ukaranie – przykładem jest fałszywe zapewnienie o miłości. W takim wypadku według autora należy przyjąć, że czyn jest szkodliwy społecznie w stopniu nie większym niż znikomy i tym samym nie stanowi przestępstwa (art. 1 § 2 k.k.)²⁷.

Dobro prawne

Po zarysowaniu poglądów M. Grudeckiego należy przejść do ich oceny. Fundamentem stanowiska autora jest szerokie rozumienie wolności seksualnej oraz autonomii seksualnej²⁸. M. Grudecki słusznie kładzie nacisk na to,

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem, s. 77.

²² Ibidem.

²³ Ibidem.

²⁴ Ibidem, s. 80–81.

²⁵ Ibidem, s. 81.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Ibidem.

²⁸ O różnicy między wolnością seksualną a autonomią seksualną zob. L.E. Chiesa, *Solving the riddle of rape-by-deception*, „Yale Law & Policy Review” 2017, t. 35, nr 2, s. 421–422; M. Jarocka, *Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym*, „Studia Iuridica Torunensia” 2021, t. 28, s. 51–53; obszernie: M. Płatek, *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, t. 40, s. 285–291, 294–297.

że autonomia seksualna danej osoby zostaje naruszona, gdy podjęta czynność seksualna nie jest dobrowolna²⁹. Art. 197 § 1 k.k. powinien być bowiem interpretowany w świetle umów międzynarodowych wiążących Rzeczpospolitą Polską. W wyroku *M.C. v. Bułgaria* Europejski Trybunał Praw Człowieka orzekł, że z art. 3 i 8 Europejskiej konwencji praw człowieka³⁰ wypływa obowiązek penalizacji i skutecznego ścigania każdego niedobrowolnego aktu seksualnego³¹. Ten standard został potem uszczegółowiony w art. 36 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej³², z którego wynika obowiązek kryminalizacji wszystkich umyślnych czynności seksualnych odbywających się bez zgody drugiej osoby³³. Jak stanowi art. 36 ust. 2 konwencji stambulskiej, „zgoda musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle danych okoliczności”. Konieczna jest więc pozytywna zgoda (*affirmative consent*) – zgoda świadoma, autonomiczna i wolna od nacisków³⁴. Jednak konwencja stambulska nie uszczegóławia, jak należy rozumieć „dobrowolność” – pozostawia ona stronom konwencji określenie, jakie czynniki wyłączają autonomiczność zgody³⁵. Tym samym konwencja stambulska nie zobowiązuje stron do uznania, że w razie wywołania (subiektywnie istotnego) błędu zgoda drugiej osoby nie była udzielona dobrowolnie³⁶.

„Dobrowolność” czynności seksualnej to pojęcie wymagające pogłębionej wykładni w oparciu o istotę autonomii seksualnej³⁷. Również M. Grudecki nie podał w wątpliwość, że ewentualny błąd uchylający dobrowolność zgody musi

²⁹ Por. M. Grudecki, op. cit., s. 77.

³⁰ Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., (Dz.U. z 1993 r., Nr 61, poz. 284 ze zm.).

³¹ Wyrok ETPCz w sprawie *M.C. v. Bułgaria* z 4 grudnia 2003 r., skarga nr 39272/98, § 166.

³² Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r., (Dz.U. z 2015 r., poz. 961), dalej jako konwencja stambulska.

³³ Por. Rzecznik Praw Obywatelskich, wystąpienie do Prezesa Rady Ministrów w sprawie definicji zgwałcenia z 13 lutego 2021 r., XI.518.88.2020.ASZ, s. 4, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf; C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrehenslehre*, München 2020, s. 58.

³⁴ Rzecznik Praw Obywatelskich, op. cit., s. 2; M. Czechowska, *Czy w polskim prawie karnym potrzebna jest redefinicja zgwałcenia?*, „Probacja” 2021, nr 1, s. 87; obszerniej: M. Płatek, op. cit., 285–288.

³⁵ Council of Europe, *Explanatory report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, sprawozdanie wyjaśniające z 11 maja 2011 r., § 193, <https://rm.coe.int/ic-and-explanatory-report/16808d24c6>; S. Keßler, *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Berlin 2022, s. 92–93; A. Kempe, *Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention*, Berlin 2018, s. 43.

³⁶ Por. S. Keßler, op. cit., s. 93; J. Renzikowski, *Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht*, opinia prawna z 26 stycznia 2015 r., s. 12, <https://www.bundestag.de/resource/blob/357202/87f20df8e8751bfb54b1ed22da85106a/renzikowski-data.pdf>.

³⁷ Ze względu na konieczność prokonwencyjnej wykładni art. 197 k.k., zamiast posługiwać się pojęciem „wolność seksualna”, odwołując się do szerszego terminu „autonomia seksualna”.

być związany z chronionym dobrem prawnym³⁸. Uważa jedynie, że dobro prawne w postaci wolności seksualnej zostaje naruszone przez **każde** [podkr. aut.] wywołanie błędu istotnego dla danej osoby przy decyzji o czynności seksualnej i doprowadzenie w ten sposób do tej czynności. Jest to jednak zbyt szerokie ujęcie tego dobra prawnego. Definicja odwołująca się do prawa do swobodnego dysponowania własnym życiem seksualnym³⁹, choć słuszna, nie jest pomocna bez jej konkretyzacji. Zgodnie z poglądem dominującym w literaturze zagranicznej autonomia seksualna stanowi prawo swobodnego decydowania o podjęciu lub niepodjęciu aktywności seksualnej w konkretnej formie z konkretnym partnerem⁴⁰ w danym czasie⁴¹. Zbliżone wyliczenie przedstawił w polskiej doktrynie Jarosław Warylewski przy definiowaniu wolności seksualnej. Według J. Warylewskiego to dobro prawne konkretyzuje się „w prawie do dysponowania swoim ciałem w sferze stosunków seksualnych, w prawie do wyboru partnera seksualnego i ich liczby oraz czasu, miejsca i formy oraz sposobu realizacji kontaktów seksualnych, które powinny być wolne od rzeczywistego przymusu, groźby i podstępów”⁴². Co istotne, wszystkie wymienione cechy odnoszą się bezpośrednio do samego przebiegu danej czynności seksualnej. Nieprzypadkowo w wyliczeniu nie znalazły się okoliczności leżące czasowo poza odbywaną czynnością seksualną i same w sobie niemające związku z życiem seksualnym. W przypadku gdy druga osoba nie otrzyma obiecanej korzyści za czynność seksualną, uszczerbek po jej stronie polega nie na tym, że doszło do czynności seksualnej, lecz na tym, że nie uzyskała ona tej korzyści. Jeśli użyjemy przykładu M. Grudeckiego z klientem zamierzającym nie zapłacić prostytutce, to uszczerbek⁴³ po jej stronie ma charakter majątkowy – polega on nie na tym, że doszło do czynności seksualnej (wbrew jej woli), lecz na tym, że nie otrzymała ona zapłaty za usługę⁴⁴. Zaprezentowane przez M. Grudeckiego wnioski po porównaniu zgwałcenia z przestępstwem oszustwa z art. 286 k.k. nie są przekonujące. Choć jest sporne, czy przestępstwo oszustwa obejmu-

³⁸ O problemie, czy błąd podważający ważność zgody musi być związany z chronionym dobrem prawnym, zob. C. Roxin, L. Greco, op. cit., s. 696–700.

³⁹ Tak już: wyrok SN z 25 stycznia 1971 r., sygn. akt I KR 219/70, Lex nr 21365.

⁴⁰ Sformułowanie to obejmuje też, rzecz jasna, większą liczbę partnerów.

⁴¹ Wyrok Wyższego Sądu Krajowego w Hamm z 9 kwietnia 2019 r., sygn. akt 3 RVs 10/19, Beck-Rechtsprechung 2019, nr 8046, nb 13; Th. Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2022, s. 1318; S. Keßler, op. cit., s. 120; por. S.P. Green, *Lies, rape, and statutory rape*, [w:] A. Sarat (red.), *Law and lies*, Cambridge 2015, s. 195. Liczne źródła przytacza też: B. Corrèa Camargo, *Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts – Ein Beitrag zur Diskussion über die Strafbarkeit sexueller Täuschung und zur Auslegung von § 177 StGB*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2022, t. 134, nr 2, s. 351–352.

⁴² J. Warylewski, op. cit., s. 681.

⁴³ Dla uproszczenia pominięta zostanie tu kwestia, czy na gruncie prawa polskiego usługi prostytutki mogą być przedmiotem prawnie skutecznej umowy.

⁴⁴ Por. *R v Linekar* [1995] 3 All ER 69 73; J. Feinberg, *Harm to self*, New York–Oxford 1986, s. 295; E. Hoven, Th. Weigend, *Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht*, „Kriminalpolitische Zeitschrift” 2018, nr 3, s. 159; S. Tarapata, op. cit., s. 54.

je swoim zakresem wyłudzenie wykonania usługi⁴⁵, to przy przyjęciu tego dominującego poglądu dochodzi w tym wypadku do niekorzystnego rozporządzenia mieniem – powstaje uszczerbek na **mieniu** [podkr. aut.] w postaci ewentualnych wydatków poniesionych w celu wykonania usługi oraz w postaci utraconych korzyści⁴⁶. Naruszone dobro prawne jest więc zbieżne z dobrem chronionym przez art. 286 k.k. Natomiast zadaniem unormowania zgwałcenia w art. 197 k.k. nie jest ochrona interesów majątkowych osoby wprowadzonej w błąd. Poprzez ekstensywne rozumienie „wolności seksualnej” doszłoby w istocie do powoływania się na wolność seksualną w celu ochrony całkowicie innych dóbr prawnych. Nie można znaleźć tu niekonsekwencji w porównaniu z przestępstwem oszustwa. Unormowanie w art. 286 k.k. również nie służy szerokiej ochronie wolności decyzyjnej przy wszelkich przypadkach wprowadzenia w błąd, lecz ogranicza się do decyzji związanych z rozporządzaniem mieniem. Oceniając twierdzenie M. Grudeckiego, że przy przyjęciu dominującej wykładni art. 197 k.k. prostytutki byłyby pozbawione prawnokarnej ochrony wolności seksualnej⁴⁷, nie można się zgodzić z myślą, iż wskazane jest szersze rozumienie przestępstwa zgwałcenia przez podstęp. Art. 197 k.k. zabezpiecza prawo prostytutki do odmowy jakichkolwiek czynności seksualnych, nawet już po przyjęciu zapłaty i w trakcie ich podejmowania⁴⁸, na takich samych zasadach jak przy jakimkolwiek innym przypadku zgwałcenia⁴⁹. Jeśli natomiast postulowano by dążenie do karnoprawnej ochrony interesów **majątkowych** [podkr. aut.] prostytutki przed nieuczciwymi klientami, to ochrona ta mogłaby być realizowana co najwyżej poprzez tak szeroką interpretację art. 286 § 1 k.k., że nawet wykonywanie usług seksualnych mogłoby stanowić rozporządzanie mieniem w rozumieniu przepisu o oszustwie. Tematyka ta nie może zostać jednak rozwinięta w ramach niniejszego artykułu⁵⁰.

Ponadto należy zauważyć, że nawet przy przyjęciu poglądu M. Grudeckiego dla bytu przestępstwa z art. 197 k.k. nie ma znaczenia to, czy po czynności seksualnej rzeczywiście doszło do spełnienia obietnicy korzyści, czy też nie. Przywołując ponownie przykład z klientem prostytutki, dla przyjęcia „podstepu” w rozumieniu art. 197 k.k. nie jest istotne to, czy klient po wykonaniu czynności seksualnej zapłaci prostytutce, czy też nie. Wprowadzenie w błąd

⁴⁵ Zob. np. M. Gałązka, *Komentarz do art. 286 k.k.*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), op. cit., s. 1550.

⁴⁶ Postanowienie SN z 15 czerwca 2007 r., sygn. akt I KZP 13/07, OSNKW 2007, Nr 7–8, poz. 56; L. Wilk, *Komentarz do art. 286 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Art. 222–316*, Warszawa 2017, s. 733.

⁴⁷ M. Grudecki, op. cit., s. 77, 83.

⁴⁸ Ani wcześniejsze ustalenia z klientem podjęcia czynności seksualnej, ani dokonanie zapłaty nie sprawiają, że prostytutka nie ma prawa odmówić tej czynności.

⁴⁹ R. Krajewski, *Zgwałcenie osoby trudniącej się prostytutką*, „Ius Novum” 2012, nr 2, s. 70–71.

⁵⁰ Zob. S. Tarapata, op. cit., s. 54.

dotyczy **zamiaru** [podkr. aut.] zapłaty, a nie samego uiszczenia zapłaty. Przepięstwo z art. 197 k.k. zostaje dokonane już w momencie podjęcia czynności seksualnej⁵¹, więc późniejsze zdarzenia, takie jak niespełnienie obietnicy, nie mają wpływu na przestępczość czynu⁵². Następnie cofnięcie zgody przez osobę rozczarowaną po czynności seksualnej nie jest możliwe⁵³. Jako że według polskiej dogmatyki zgoda na czynność seksualną stanowi jedynie wolę naturalną (faktyczną)⁵⁴, polskiemu prawu karnemu obca jest idea zgody „warunkowej” na czynność seksualną, czyli – używając terminologii cywilistycznej – zgody, której doniosłość jest uzależniona od niewystąpienia warunku rozwiązującego w postaci niewypełnienia danego zobowiązania (tutaj: zapłaty za czynność seksualną)⁵⁵. Jedyny istotny moment oceny dobrowolności czynności seksualnej to chwila podejmowania tej czynności. Oznaczałoby to, że w przypadku gdyby klient prostytutki w chwili podejmowania czynności seksualnej nie miał zamiaru jej potem zapłacić, ale po zakończeniu czynności seksualnej jednak zmienił zdanie i uiszczył zapłatę, to i tak dopuściłby się zgwałcenia.

Identyfikacja naruszonego dobra prawnego jest trudniejsza przy przykładach związanych ze sferą uczuciową – fałszywą obietnicą małżeństwa i zapewnieniem o miłości. Prawo karne nie służy ochronie nadziei i uczuć w relacjach międzyludzkich, jeśli przy kłamstwie nie naruszono namacalnego, podlegającego karnoprawnej ochronie dobra prawnego⁵⁶. W chwili podejmowania czynności seksualnej partnerka seksualna wiedziała, z kim i jaką podejmuje czynność seksualną, na co się godziła. Zawiedzione oczekiwania romantyczne nie są natomiast przedmiotem ochrony karnoprawnej.

Niepewność prawna

Stanowisko M. Grudeckiego prowadziło też do niepewności prawnej. Autor bardzo szeroko zakreśla krąg karnoprawnie relewantnych błędów, a pole kryminalizacji zostaje zawężone na podstawie surowszej oceny przebie-

⁵¹ M. Bielski, op. cit., s. 686 i podana tam literatura.

⁵² Zob. szerzej: M. Głuchowski, op. cit., s. 197–198.

⁵³ Wyrok SN z 13 lutego 1979 r., sygn. akt III KR 241/78, Lex nr 21798; J. Warylewski, op. cit., s. 687.

⁵⁴ Por. Z. Jędrzejewski, *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5, s. 37, 40; idem, *Bezprawność jako element przestępczości czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa–Kraków 2009, s. 283, 286; K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 1, s. 34–35, 50.

⁵⁵ Zob. szerzej: M. Głuchowski, op. cit., s. 189–190, 198.

⁵⁶ E. Hoven, Th. Weigend, op. cit., s. 160.; por. też M. Bohlander, *Mistaken consent to sex, political correctness and correct policy*, „Journal of Criminal Law” 2007, t. 71, nr 5, s. 416; T. Hörnle, *Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische For-derungen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2015, t. 127, nr 4, s. 880–881.

głości postępowania oraz klauzuli szkodliwości społecznej według art. 1 § 2 k.k. M. Grudecki preferuje wykładnię, według której tylko szczególnie **przebiegłe** [podkr. aut.] zabiegi wprowadzające w błąd stanowią podstęp⁵⁷. Jest to interpretacja zgodna ze znaczeniem słowa „podstęp” w języku ogólnym⁵⁸, choć węższa niż wykładnia dominująca w polskiej karnistyce, według której dla przyjęcia podstępu wystarczające jest wykorzystanie już istniejącego błędu po stronie ofiary⁵⁹.

Zarówno wymóg szczególnej „przebiegłości”, jak i klauzula szkodliwości społecznej są kryteriami nieściślymi. Jako że proponowana przez M. Grudeckiego wykładnia ingeruje w sferę bliskich relacji międzyludzkich, wymóg przewidywalności karalności czynu ma szczególnie istotne znaczenie – nie tylko z powodu generalnie obowiązującej zasady określoności, ale i ze względu na ograniczenie pozytywnej autonomii seksualnej⁶⁰. Autonomia seksualna ma bowiem dwa wymiary – zarówno negatywny, jak i pozytywny⁶¹, obejmujący swobodę podejmowania czynności seksualnych niegodzących w swobody innych osób⁶², w tym swobodę podejmowania konsensualnych czynności seksualnych z drugą osobą. Prawo karne nie może ingerować w pozytywną autonomię seksualną bez szczególnie ważkich powodów⁶³. Przepisy karne wskazujące, w jakich warunkach podejmowanie czynności seksualnych jest zabronione, wyznaczają jednocześnie ramy zachowań dozwolonych, w które państwo nie powinno ingerować – wszystko to, co nie zostało zakazane, jest dozwolone i objęte swobodą korzystania z pozytywnej autonomii seksualnej. Jak ujmuje to Agata Wądołowska, „prawo karne, zabezpieczając »wolność od«, wyznacza jednocześnie granice »wolności do«”⁶⁴. Prawo karne może wspierać pozytywną autonomię seksualną poprzez odpowiednio wąskie⁶⁵ i ściśle wyznaczenie granic kryminalizacji. Jeśli jednak wyznaczona przez państwo granica penalizacji jest nieostra, to niepewność prawna zniechęca do korzystania z przysługu-

⁵⁷ M. Grudecki, op. cit., s. 79.

⁵⁸ S. Dubisz (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3: P-Ś, Warszawa 2003, s. 261: „obmyślane, sprytnie działające mające na celu zmylenie, oszukanie kogoś; fortel, wybieg, trik”; L. Drabik, E. Sobol, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2007, s. 399: „sprytnie działające mające na celu oszukanie kogoś”.

⁵⁹ Wyrok SN z 27 maja 1985 r., sygn. akt II KR 86/85, Lex nr 17642; M. Filar, op. cit., s. 108; M. Bielski, op. cit., s. 681–682.

⁶⁰ Por. C. Roxin, L. Greco, op. cit., s. 61.

⁶¹ T. Hörnle, op. cit., s. 859. Tak samo o wolności seksualnej: J. Warylewski, op. cit., s. 639; A. Wądołowska, *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4, s. 146.

⁶² Por. J. Warylewski, op. cit., s. 639 (o wolności seksualnej).

⁶³ Por. wyrok ETPCz z 17 lutego 2005 r. w sprawie *K.A. oraz A.D. v. Belgia*, skargi nr 42758/98 oraz 45558/99, § 83–84.

⁶⁴ A. Wądołowska, op. cit., s. 146.

⁶⁵ T. Hörnle, *Rape as non-consensual sex*, [w:] A. Müller, P. Schaber (red.), *Routledge handbook of the ethics of consent*, London–New York 2020, s. 236.

jącej jednostce swobody, nawet gdy dane czyny z dużym prawdopodobieństwem nie byłyby oceniane jako karalne.

Ocena stopnia szkodliwości społecznej czynu w wielu przypadkach nie byłaby oczywista. Istotnym w praktyce przykładem jest kłamstwo o nieposiadaniu kochanki. Przyjmijmy, że mężczyzna ma romans i przewiduje, iż w razie jego ujawnienia żona odeszłaby od niego. Jeśli żona zacznie podejrzewać męża o romans, ale ten odpowiednio sprytnymi zabiegami uspokoi żonę, że jest jej wierny, to czy dalsze współżycie płciowe z żoną będzie na tyle szkodliwe społecznie, że będzie stanowiło przestępstwo zgwałcenia? Intuicja prawdopodobnie protestuje przeciwko uznawaniu niewiernego męża za gwałcącego swoją żonę. Z drugiej strony, jeśli M. Grudecki uznaje obietnicę zaręczyn czy małżeństwa za relewantną z perspektywy art. 197 k.k., to czy dotrzymanie obowiązku wierności małżeńskiej nie powinno mieć przynajmniej tej samej wagi? Jest to w końcu dla wielu osób najbardziej fundamentalny warunek dalszego istnienia małżeństwa. Ponadto przebiegłe oszukiwanie małżonka o swojej wierności prowadzi w razie jego wykrycia do znacznie istotniejszych konsekwencji dla rodziny niż pozbawienie innej osoby rekompensaty za współżycie. Z drugiej strony, takie rozwiązanie stanowiłoby głęboką ingerencję państwa w życie rodzinne i w swoich praktycznych skutkach niebezpiecznie zbliżałoby się do penalizacji niewierności małżeńskiej⁶⁶. Podkreślić przy tym należy, że zgwałcenie jest obecnie ścigane z urzędu.

Często analiza społecznej szkodliwości czynu wymagałaby kompleksowej oceny szczegółów danej sprawy, co zilustruje pewien, na pierwszy rzut oka, dość egzotyczny przykład. Podanie fałszywej narodowości i wyznania zapewne nie byłoby oceniane jako przekraczające próg znikomej szkodliwości społecznej czynu – przemawiają za tym już względy antydyskryminacyjne⁶⁷. Czy jednak wynik ten zmieni się, gdy w rzeczywistości partnerzy seksualni należą do narodów będących w aktywnym konflikcie lub nawet w stanie wojny? Jak na gruncie oceny społecznej szkodliwości czynu zostałaby rozstrzygnięta sprawa Palestyńczyka skazanego w Izraelu za zgwałcenie, który przedstawił się Żydówce jako Żyd, a ponadto nieszczerze zapewniał, że nie jest żonaty i że jest zainteresowany „poważnym” związkiem?⁶⁸ Przy ocenie społecznej szkodliwości czynu należałoby uwzględnić sumarycznie wszystkie trzy wskazane błędy istotne dla partnerki seksualnej, nawet jeśli wprowadzenie w pojedynczy błąd (np. ten dotyczący „poważnych” zamiarów) nie przekraczałoby progu

⁶⁶ Por. D.P. Bryden, *Redefining rape*, „Buffalo Criminal Law Review” 2000, t. 3, nr 2, s. 466; A. Pundik, Sh. Schnitzer, B. Blum, op. cit., s. 178.

⁶⁷ O problemie, czy preferencje dotyczące narodowości i wyznania zasługują na ochronę prawną, zob. B. Corrêa Camargo, op. cit., s. 367–368.

⁶⁸ Wyrok Sądu Rejonowego w Jerozolimie z 19 lipca 2010 r. w sprawie *Państwo Izrael v. Sabbar Kashur*, CrimC (Jer) 561/08. Obszernie o tym wyroku: A. Gross, *Rape by deception and the policing of gender and nationality borders*, „Tulane Journal of Law and Sexuality” 2015, t. 24, s. 15–23.

z art. 1 § 2 k.k. Dla oceny społecznej szkodliwości czynu miałyby też znaczenie, czy sprawca doprowadził do obcowania płciowego (art. 197 § 1 k.k.), czy też „jedynie” do innej czynności seksualnej (art. 197 § 2 k.k.).

Przykłady nieoczywistych przypadków można mnożyć, a każdy nieoczywisty przypadek zwiększa niepewność prawną. M. Grudecki w ślad za Hubertem Myśliwcem⁶⁹ zarzucił preferowanemu przez M. Bielskiego kryterium oceny istotności błędu według wzorców kulturowych podatność na subiektywizm, a ta podatność nie sprzyjałaby realizacji zasady określoności⁷⁰. Z zarzutem tym należy się zgodzić⁷¹. Niemniej rozwiązanie proponowane przez M. Grudeckiego jest podatne na subiektywizm w nie mniejszym stopniu niż kryterium preferowane przez M. Bielskiego i większość przedstawicieli doktryny. Wiele stanów faktycznych związanych z wprowadzeniem partnera seksualnego w błąd będzie się bowiem rozgrywać właśnie w dolnym zakresie społecznej szkodliwości czynu, przez co często aktualizować się będzie problem oceny, czy próg z art. 1 § 2 k.k. został już przekroczony. Zdecydowana większość kłamstw w celu doprowadzenia do czynności seksualnej nie będzie zapewne uznawana za szkodliwą społecznie w stopniu większym niż znikomy. Jeśli M. Grudecki uznaje, że fałszywe zapewnienie o miłości nie przekracza tego progu, to i nie przekroczą go raczej dość częste⁷² przypadki zwiększania swojej atrakcyjności w oczach potencjalnych partnerów seksualnych, przykładowo poprzez zawyżanie zarobków i pozycji zawodowej, odejmowanie sobie lat czy dodawanie centymetrów wzrostu⁷³. Znaczne wątpliwości budzi jednak konstrukcja, która na poziomie znamion czynu zabronionego bardzo szeroko zakreśla zakres penalizacji, a następnie odsiewa zdecydowaną większość przypadków wypełniających te znamiona i bezprawnych poprzez nieostrą klauzulę społecznej szkodliwości czynu.

Ograniczenie zakresu kryminalizacji

Podsumowując, bardziej przekonujące jest ograniczenie zakresu penalizacji już na poziomie wykładni znamion czynu zabronionego do przypadków, w których naruszona została wolność seksualna drugiej osoby. Wolność tę należy rozumieć jednak wężiej, niż czyni to M. Grudecki – chroni ona prawo do decydowania o podjęciu konkretnej czynności seksualnej z konkretnym

⁶⁹ H. Myśliwiec, *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 11, s. 72.

⁷⁰ M. Grudecki, op. cit., s. 80.

⁷¹ Zob. szerzej: M. Głuchowski, op. cit., s. 188.

⁷² Por. J. Herring, op. cit., s. 520; J. Rubenfeld, *The riddle of rape-by-deception and the myth of sexual autonomy*, „Yale Law Journal” 2013, t. 122, nr 6, s. 1405.

⁷³ Część kobiet korzystających z aplikacji randkowych już w opisie swoich profili podaje warunek, że mężczyzna musi mieć przynajmniej 180 cm wzrostu.

partnerem w danej chwili⁷⁴. Zakresem jej ochrony nie są natomiast objęte wyobrażenia czy interesy prawne niezwiązane z naturą podejmowanej czynności lub tożsamością partnera. Niemniej ograniczenie pola kryminalizacji nie musi następować w ramach wąskiej wykładni znamienia „podstępu”, jak czyni to większość przedstawicieli doktryny. M. Grudecki słusznie podnosi, że ustawodawca nie wskazał, by tylko błędy konkretnego rodzaju mogły być relewantne dla przyjęcia „podstępu”⁷⁵. Zawężenie pola kryminalizacji do okoliczności istotnych z punktu widzenia wolności seksualnej wynika już z niepisanego⁷⁶ znamienia braku zgody na czynność seksualną. Jako że problem ten był przedmiotem mojej szerszej analizy w innym opracowaniu⁷⁷, wystarczy odesłać czytelnika do tamtejszego dzieła⁷⁸. Według mojego poglądu tematyka błędu nie ma znaczenia z perspektywy znamienia „podstępu”. Dla przyjęcia wypełnienia znamienia „podstępu” nie jest też konieczne stwierdzenie, że dany motyw, co do którego druga osoba była w błędzie, był z jej perspektywy istotną determinantą decyzji o czynności seksualnej. Ten wymóg zawarty jest już bowiem w znamieniu czasownikowym „doprowadza”. Wynika z niego konieczność istnienia związku przyczynowego między środkiem działania przestępnego (tutaj: podstępem) a czynnością seksualną⁷⁹. Gdyby dany motyw nie był subiektywnie istotny dla osoby podejmującej decyzję, to wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu nie „doprowadziłoby” do czynności seksualnej – co nie wyklucza jednak ewentualnej odpowiedzialności za usiłowanie.

W ostatecznym rozrachunku zakres penalizacji przestępstwa zgwałcenia z użyciem podstępu jest w ramach mojej konstrukcji identyczny, jak przy przyjęciu dominującej koncepcji. Czyn może stanowić zgwałcenie z użyciem podstępu jedynie wtedy, gdy błąd dotyczył rodzaju lub natury czynności seksualnej, lub też tożsamości sprawcy. W przypadku błędów dotyczących innych okoliczności, np. zamiaru zapłaty, według dominującego stanowiska nie jest spełnione znamie braku podstępu, a według preferowanego tu poglądu nie jest wypełnione znamie braku zgody na czynność seksualną.

⁷⁴ Zob. szerzej: M. Głuchowski, op. cit., s. 191.

⁷⁵ M. Grudecki, op. cit., s. 76.

⁷⁶ J. Warylewski, op. cit., s. 683; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, op. cit., 668.

⁷⁷ M. Głuchowski, op. cit., s. 188–198.

⁷⁸ Wypada jedynie zastrzec, że uwagi dotyczące rozróżnienia warunków doniosłości zgody wyłączającej wypełnienie znamion czynu zabronionego oraz zgody wyłączającej bezprawność czynu nie będą istotne dla M. Grudeckiego, gdyż autor uważa, że każda karnoprawnie doniosła zgoda dysponenta dobrem prowadzi do pierwotnej legalności czynu – M. Grudecki, *Zgoda dzierzyciela dobra na nietypowe zachowania seksualne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 3, s. 90–91.

⁷⁹ Wyrok SN z 2 września 2014 r., sygn. akt WA 24/14, Lex nr 1504769; M. Bielski, op. cit., s. 686.

Przykłady stanów faktycznych

Na koniec należy omówić kilka stanów faktycznych przytoczonych przez M. Grudeckiego, tzn. przykłady sytuacji, w których tradycyjny pogląd zaklasyfikowałby wywołany błąd jako dotyczący jedynie ubocznego motywu decyzji o czynności seksualnej. Wydaje się, że podane przez M. Grudeckiego przykłady nie są wyczerpującą listą przypadków uznawanych tradycyjnie za irrelewantne z punktu widzenia art. 197 k.k., które autor uznałby za wymagające kryminalizacji. Ich wyliczenie jest jedynie ilustracją generalnego problemu w oparciu o wybrane stany faktyczne, które były dotąd omawiane w doktrynie.

Należy zgodzić się z autorem, że w przypadku nieszczerzej obietnicy udzielenia korzyści majątkowej lub małżeństwa błąd byłby uznany przez większość przedstawicieli polskiej karnistyki za nieistotny z perspektywy art. 197 § 1 k.k. Jak wcześniej wskazano, jest to przekonujące rozwiązanie.

Nie można jednak zgodzić się z twierdzeniem M. Grudeckiego, jakoby *stealth* miał być uznawany przez zwolenników tradycyjnego poglądu za czyn niebędący zgwałceniem⁸⁰. Rzeczywiście, w pierwszej wypowiedzi w polskiej literaturze o podstępnym zdjęciu prezerwatywy taki pogląd wyraził Radosław Krajewski⁸¹. Potem jednak Marta Romańczuk-Grącka⁸², Maciej Bocheński i Mateusz Żebracki⁸³, a także Szymon Tarapata⁸⁴ stwierdzili, że *stealth* stanowi czyn penalizowany przez art. 197 § 1 k.k. Ponadto ja sam poświęciłem temu zagadnieniu osobny artykuł, w którym uznałem ten czyn za wypełniający znamiona zgwałcenia przez podstęp zarówno według tradycyjnego rozumienia tego przestępstwa, jak i według preferowanej przeze mnie wykładni⁸⁵. W przypadku *stealthingu* nie tylko zwiększa się ryzyko następstw w postaci ciąży⁸⁶ i zarażenia chorobą weneryczną, ale i samo obcowanie płcio-

⁸⁰ M. Grudecki, *Podstęp jako znamię...*, s. 76.

⁸¹ R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie...*, s. 269.

⁸² M. Romańczuk-Grącka, *Pojęcie i funkcje przymusu psychicznego w prawie karnym*, Warszawa 2020, s. 224.

⁸³ M. Bocheński, M. Żebracki, *Stealth as a form of rape – findings to date and future prospects for research*, „Problems of Forensic Sciences” 2021, t. 125, s. 46.

⁸⁴ S. Tarapata, op. cit., s. 55.

⁸⁵ M. Głuchowski, *Stealth – karalność zdjęcia prezerwatywy bez wiedzy partnerki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022, t. 84, nr 3, zwłaszcza s. 107–110, 114.

⁸⁶ O różnicy między potajemnym zdjęciem prezerwatywy a fałszywym zapewnieniem przez partnerkę, że przyjmuje ona antykoncepcję hormonalną, zob. M. Głuchowski, *Zakres zgody...*, s. 193–194; S. Keßler, op. cit., s. 150; M. El-Ghazi, *Fünf Jahre Reform des Sexualstrafrechts – eine erste Bestandsaufnahme*, „Strafverteidiger” 2021, nr 5, s. 317. Por. też argumentację zaprezentowaną przez Court of Appeal w sprawie *R v. Lawrence* [2020] EWCA Crim 971, pkt 36–37, w której odróżniono niezastosowanie prezerwatywy wbrew woli partnerki od przypadku, w którym sprawca niezgodnie z prawdą twierdził, że jest bezpłodny.

we bez użycia prezerwatywy jest czynnością seksualną innego rodzaju niż podobne obcowanie płciowe z jej użyciem⁸⁷.

Zakończenie

M. Grudecki wyraził nadzieję, że jego artykuł będzie stanowił przyczynek do pogłębionej dyskusji na temat racjonalnej interpretacji znamienia podstępu⁸⁸. Jest to słuszna myśl, gdyż na tym polu istnieje nadal szeroka przestrzeń do dyskursu naukowego. W kwestii rodzajów istotnych błędów przy zgwałceniu przy użyciu podstępu nie istnieją proste i oczywiste rozwiązania, o czym świadczy też spojrzenie komparatystyczne. W praktyce karnej innych państw można znaleźć całe spektrum rozwiązań, od szerokiej kryminalizacji pod rządami prawa Izraela⁸⁹, aż po bardzo wąskie zakreślenie pola kryminalizacji w prawie niemieckim⁹⁰. Stanowisko dominujące na tle prawa polskiego plasuje się pośrodku tego spektrum i jest zbliżone do tradycyjnego poglądu przyjętego na gruncie *common law*⁹¹.

Choć w niniejszej polemice odniesiono się krytycznie do części poglądów M. Grudeckiego, to należy podkreślić, że artykuł autora jest cennym głosem w dyskusji o wykładni znamion zgwałcenia z użyciem podstępu. Na uznanie zasługuje w szczególności zwrócenie uwagi na fakt, że znamię „podstępu” nie wymaga tak wąskiej interpretacji pod kątem rodzajów błędu, jaka przyjęła się w polskiej doktrynie. Pozostaje mi dołączyć do M. Grudeckiego w wyrażeniu nadziei, że prezentowane szeroko poglądy na wykładnię tego znamienia zostaną zrewidowane.

Wykaz literatury

Bielski M., *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Komentarz do art. 117–211a*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.

⁸⁷ Obszernie: M. Głuchowski, *Stealthing – karalność...*, s. 107–110; podobnie: S. Tarapata, op. cit., s. 55.

⁸⁸ M. Grudecki, *Podstęp jako znamię...*, s. 83.

⁸⁹ Zob. A. Pundik, *The law of deception*, „Notre Dame Law Review Online” 2018, t. 172, nr 1, s. 173–174.

⁹⁰ O unormowaniu obowiązującym do roku 2016 zob. J. Renzikowski, s. 11–12; o aktualnie obowiązującej regulacji zob. E. Hoven, Th. Weigend, op. cit., s. 157–160.

⁹¹ Zob. szerzej o rozróżnieniu między istotnym karnoprawnie *fraud in the factum* a irrelevantnym *fraud in the inducement* oraz o uwzględnianiu jedynie błędów dotyczących natury czynności seksualnej lub tożsamości partnera: P.J. Falk, *Rape by fraud and rape by coercion*, „Brooklyn Law Review” 1998, t. 64, nr 1, s. 157–162. O nowych tendencjach rozszerzania zakresu penalizacji w prawie karnym państw z kręgu *common law* zob. B. Corrêa Camargo, op. cit., s. 354.

- Bocheński M., Żebracki M., *Stealththing as a form of rape – findings to date and future prospects for research*, „Problems of Forensic Sciences” 2021, t. 125.
- Bohlander M., *Mistaken consent to sex, political correctness and correct policy*, „Journal of Criminal Law” 2007, t. 71, nr 5.
- Bryden D.P., *Redefining rape*, „Buffalo Criminal Law Review” 2000, t. 3, nr 2.
- Budyn-Kulik M., Kulik M., *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1: *Art. 117–221*, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Chiesa L.E., *Solving the riddle of rape-by-deception*, „Yale Law & Policy Review” 2017, t. 35, nr 2.
- Corrêa Camargo B., *Sexuelle Selbstbestimmung als Schutzgegenstand des Strafrechts – Ein Beitrag zur Diskussion über die Strafbarkeit sexueller Täuschung und zur Auslegung von § 177 StGB*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2022, t. 134, nr 2.
- Council of Europe, *Explanatory report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, sprawozdanie wyjaśniające z 11 maja 2011 r., <https://rm.coe.int/ic-and-explanatory-report/16808d24c6>.
- Czechowska M., *Czy w polskim prawie karnym potrzebna jest redefinicja zgwałcenia?*, „Probacja” 2021, nr 1.
- Drabik L., Sobol E., *Słownik języka polskiego PWN*, PWN, Warszawa 2007.
- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, t. 3: *P–Ś*, PWN, Warszawa 2003.
- El-Ghazi M., *Fünf Jahre Reform des Sexualstrafrechts – eine erste Bestandsaufnahme*, „Strafverteidiger” 2021, nr 5.
- Feinberg J., *Harm to self*, Oxford University Press, New York–Oxford 1986.
- Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, PWN, Warszawa–Poznań 1974.
- Fischer Th., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, C.H. Beck, München 2022.
- Gałązka M., *Komentarz do art. 286 k.k.*, [w:] A. Grzeškowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Głuchowski M., *Stealththing – karalność zdjęcia prezerwatywy bez wiedzy partnerki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022, t. 84, nr 3.
- Głuchowski M., *Zakres zgody na czynność seksualną przy przestępstwie zgwałcenia z użyciem podstępu*, „Przegląd Sądowy” 2022, nr 11–12.
- Green S.P., *Lies, rape, and statutory rape*, [w:] A. Sarat (red.), *Law and lies*, Cambridge University Press, Cambridge 2015.
- Gross A., *Rape by deception and the policing of gender and nationality borders*, „Tulane Journal of Law and Sexuality” 2015, t. 24.
- Grudecki M., *Podstęp jako znamień przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym*, „Studia Prawnoustrojowe” 2022, t. 55.
- Grudecki M., *Zgoda dziewczyciela dobra na nietypowe zachowania seksualne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, nr 3.
- Herring J., *Mistaken sex*, „Criminal Law Review” 2005.
- Hörnle T., *Rape as non-consensual sex*, [w:] A. Müller, P. Schaber (red.), *Routledge handbook of the ethics of consent*, Routledge, London–New York 2020.
- Hörnle T., *Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2015, t. 127, nr 4.

- Hoven E., Weigend Th., *Zur Strafbarkeit von Täuschungen im Sexualstrafrecht*, „Kriminalpolitische Zeitschrift” 2018, nr 3.
- Hypś S., *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Jarocka M., *Definicja zgwałcenia jako Jabłko niezgody w polskim systemie prawnym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. 28.
- Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Wolters Kluwer, Warszawa–Kraków 2009.
- Jędrzejewski Z., *Zgoda dysponenta dobrem a struktura przestępstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 5.
- Kempe A., *Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention*, Duncker & Humblot, Berlin 2018.
- Kebler S., *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin 2022.
- Krajewski R., *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „Studia Prawnoustrojowe” 2018, nr 40.
- Krajewski R., *Zgwałcenie osoby trudniącej się prostytutką*, „Ius Novum” 2012, nr 2.
- Madhloom O., *Deception, mistake and non-disclosure: challenging the current approach to protecting sexual autonomy*, „Northern Ireland Legal Quarterly” 2019, t. 70, nr 2.
- Michalska-Warias A., *Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2014, t. 21.
- 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, t. 40.
- Pundik A., *The law of deception*, „Notre Dame Law Review Online” 2018, t. 172, nr 1.
- Pundik A., Schnitzer Sh., Blum B., *Sex, lies, and reasonableness: the case for subjectifying the criminalisation of deceptive sex*, „Criminal Justice Ethics” 2022, t. 41, nr 2.
- Renzikowski J., *Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht*, opinia prawna z 26 stycznia 2015 r., <https://www.bundestag.de/resource/blob/357202/87f20df8e8751bfb54b1ed22da85106a/rezikowski-data.pdf>.
- Romańczuk-Grącka M., *Pojęcie i funkcje przymusu psychicznego w prawie karnym*, C.H. Beck, Warszawa 2020.
- Roxin C., Greco L., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck, München 2020.
- Rubinfeld J., *The riddle of rape-by-deception and the myth of sexual autonomy*, „Yale Law Journal” 2013, t. 122, nr 6.
- Rzecznik Praw Obywatelskich, wystąpienie do Prezesa Rady Ministrów w sprawie definicji zgwałcenia z 13 lutego 2021 r., XI.518.88.2020.ASZ, https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf.
- Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 1.
- Tarapata S., *Podstęp jako jedna z form przestępstwa zgwałcenia – zagadnienia wybrane*, „Prawo w Działaniu” 2022, t. 51.
- Vavra R., *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Nomos, Baden-Baden 2020.
- Vavra R., *Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung?*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2018, nr 12.

- Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, [w:] J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, seria: System Prawa Karnego, t. 10, C.H. Beck, Warszawa 2016.
- Wądołowska A., *Wolność seksualna jako przedmiot ochrony prawnokarnej*, „Prokuratura i Prawo” 2007, nr 4.
- Wilk L., *Komentarz do art. 286 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2: *Art. 222–316*, C.H. Beck, Warszawa 2017.

Summary

Rape using deception – polemics

Keywords: criminal law, rape by deception, sexual autonomy, sexual consent.

M. Grudecki takes the view that rape by deception (Article 197 section 1 of the Polish Criminal Code) should encompass every devious misrepresentation leading to a sexual act if the mistake concerns an issue that was material to the decision of the victim on the sexual activity. The aim of this paper is to establish the flaws of this opinion. The author presents the following conclusions. The interpretation favoured by M. Grudecki would extend the criminal liability for rape even to cases in which the sexual autonomy of the mistaken person was not violated. Furthermore, the scope of rape would be very broadly defined, but many misrepresentations would not constitute an offence due to their negligible social harmfulness (Article 1 section 2 of the Polish Criminal Code). This method of narrowing down the criminally relevant cases of deception would lead to legal uncertainty. The author agrees with M. Grudecki that the prevailing interpretation of the element of “deception” is too narrow. Nevertheless, the scope of the offence of rape by deception should be restricted based on the criterion of “lack of consent”.

