

OPINIA

nt. konieczności implementacji art. 36 ust. 1 i 2 Konwencji o przeciwdziałaniu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet (Konwencja stambulska) w zakresie znamienia braku zgody na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną do polskiego porządku prawnego

1. Kancelaria Wardyński i Wspólnicy została poproszona przez Amnesty International Polska (Amnesty International) o sporządzenie opinii prawnej na temat konieczności implementacji art. 36 ust. 1 i 2 Konwencji stambulskiej w zakresie znamienia braku zgody na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną, do polskiego porządku prawnego.
2. Opinia została sporządzona przez prawniczki Kancelarii: Adriannę Lipień oraz Zuzannę Śladowską pod kierunkiem adw. dr. Artura Pietryki.

I. WNIOSKI OPINII

1. Obecny stan prawny obowiązujący w Polsce w zakresie penalizacji nadużyć seksualnych jest silnie zakorzeniony w definicjach wprowadzonych w latach 30-tych XX wieku i na przestrzeni dekad nie uległ znaczącym zmianom.
2. W szczególności, utrzymywany jest stan – i nie zmienia tego zmiany, które wejdą w życie 1 października 2023 r. - w którym przestępstwo zgwałcenia ma złożony charakter wymagający wykazania, że do obcowania płciowego doszło, jeśli sprawca stosował przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, nie zaś, że do zgwałcenia doszło w sytuacji braku swobodnej zgody pokrzywdzonego. Podobnie, w przypadku czynów z art. 198 k.k. oraz art. 199 § 1-2 k.k. utrzymywana jest filozofia penalizacji oparta na założeniu, iż poniesienie odpowiedzialności karnej za dane zachowanie seksualne zależy od ustalenia konkretnego sposobu działania sprawcy (wykorzystanie bezradności lub braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowanie postępowaniem / wykorzystanie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia / nadużycie zaufania / udzielenie korzyści). Jednocześnie też w przepisach utrzymywane jest różnicowanie zagrożenia karą, której wysokość uzależniona jest od określonego sposobu działania sprawcy.
3. Standard przedstawiony w Raporcie wyjaśniającym do Konwencji stambulskiej w zakresie zgwałcenia wskazuje na zasadność wyeksponowania znamienia swobodnej zgody, jako warunkującego penalizację „przemocy seksualnej, w tym gwałtu”.
4. W orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka ukształtowana została koncepcja pozytywnych obowiązków materialnych państw, która nakazuje takie ukształtowanie znamion przestępstwa zgwałcenia, które kładą nacisk na udowodnienie w postępowaniu karnym, że do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej doszło w sytuacji braku swobodnej zgody pokrzywdzonego. Europejski Trybunał Praw Człowieka wskazuje też, że organy ścigania powinny w ramach śledztw koncentrować się na ustaleniu istnienia swobodnej zgody, nie zaś konieczności wykazania, że osoba pokrzywdzona stawiała opór lub sprawca stosował przemoc lub groźbę.
5. Komitet ds. Likwidacji dyskryminacji wobec kobiet (Komitet CEDAW) w swoim orzecznictwie wskazuje na konieczność takiego ukształtowania znamion przestępstwa zgwałcenia i tym samym reguł dowodowych z tym związanych, nakazujących skupienie się na ustaleniu w procesie karnym, czy do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej doszło w sytuacji braku swobodnej zgody, nie zaś na skutek sposobu działania sprawcy.
6. W ocenie Grevio – w świetle oceny rozwiązań szwedzkich oraz maltańskich - pełna implementacja postanowień art. 36 Konwencji stambulskiej w zakresie znamion przestępstwa zgwałcenia wymaga uzależnienia penalizacji wyłącznie od wykazania, że do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej doszło w sytuacji braku swobodnej zgody osoby pokrzywdzonej. Tak w przypadku Szwecji, jak i Malty Grevio uznał, iż przepisy należycie eksponują znamię braku zgody jako podstawy ponoszenia odpowiedzialności karnej. Jednocześnie Grevio uznał za właściwe zastąpienie tym znamieniem, uprzednio obowiązujących regulacji zakładających konieczność wykazania, iż do zgwałcenia doszło wskutek stosowania przemocy wobec osoby pokrzywdzonej. Za niewłaściwe Grevio uznał też zaniechanie różnicowania penalizacji w zależności od statusu / właściwości osoby pokrzywdzonej.

7. Polskie regulacje wykazują zasadnicze różnice w stosunku do rozwiązań przyjętych w krajach których przepisy uznane zostały za komplementarne z gwarancjami Konwencji stambulskiej, a także eksponowanych w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Komitetu ds. Likwidacji dyskryminacji wobec kobiet (Komitet CEDAW). Należy mieć na uwadze, że z uwagi na ratyfikację standard wynikający z EKPC oraz Konwencji stambulskiej jest wiążący dla polskiego ustawodawcy, organów ścigania i sądów.
8. Znamię swobodnej zgody osoby pokrzywdzonej na „obcowanie płciowe” lub „inną czynność seksualną” nie jest kluczowym warunkiem odpowiedzialności karnej. W żadnym bowiem z przypadków czynów zabronionych stypizowanych w art. 197-200 § 1 k.k. nie eksponuje się tego znamienia wprost. Ustawodawca bądź ukrywa je (art. 197 k.k., art. 199 k.k.), albo w ogóle zrezygnował z konieczności czynienia jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie (art. 198, art. 200 § 1 k.k.). Tym samym, przedmiotem dowodzenia w sprawach dotyczących wskazanych powyżej czynów, jest przede wszystkim sposób działania sprawcy doprowadzający osobę pokrzywdzoną do „obcowania płciowego” lub „innej czynności seksualnej”, nie zaś to, czy osoba pokrzywdzona wyraziła swobodną zgodę na „obcowanie płciowe” lub „inną czynność seksualną”.
9. Kodeks karny niezgodnie z rekomendacjami Grevio i brzmieniem art. 36 ust. 1 i 2 Konwencji stambulskiej wprowadza też różne traktowanie i zagrożenie ustawowe karą dla czynów zabronionych będących nadużyciami seksualnymi uzależnionymi od sposobu działania sprawcy (art. 197 k.k.), stanu pokrzywdzonego (art. 198 k.k.), czy też istnienia zgody (art. 199 k.k.).

II. PRAWO

Konwencja stambulska

10. Konwencja stambulska w art. 36 wprowadza obowiązek penalizacji przestępstwa „przemocy seksualnej, w tym gwałtu”.
11. Zgodnie z jej art. 36 ust. 1 państwa-strony przyjmą konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia, by za następujące umyślne czynności groziła odpowiedzialność karna: a) penetracja waginalna, analna lub oralna o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakkolwiek częścią ciała lub przedmiotem, bez jej zgody, b) inne czynności o charakterze seksualnym wobec innej osoby, bez jej zgody, c) doprowadzenie innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią.
12. W art. 36 ust. 2 Konwencji stambulskiej wskazano z kolei, że zgoda musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle danych okoliczności.

Raport wyjaśniający do Konwencji stambulskiej

13. Zgodnie z Raportem wyjaśniającym do Konwencji stambulskiej (ang. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*)¹ art. 36 ust. 1 należy rozumieć w ten sposób, że regulacja ta obejmuje wszelkie, umyślne, niedobrowolne formy aktów seksualnych, których podmiotem są inne osoby². Przy wykładni znamion poszczególnych przestępstw określonych w art. 36 Konwencji (w tym zgwałcenia) należy sięgać po dorobek orzecznicy Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC), a w szczególności wyrok w sprawie *M.C. przeciwko Bułgarii*³.
14. Ponadto w Raporcie wyjaśniającym zauważa się, że ściganie tych przestępstw wymaga, aby w okolicznościach każdego przypadku dokonywać oceny, czy pokrzywdzony dobrowolnie wyraził zgodę na uczestnictwo w akcie seksualnym, która musi uwzględniać kontekst różnego rodzaju typów zachowań noszących znamię przemocy seksualnej oraz unikać stereotypowego spojrzenia na seksualność kobiet i mężczyzn⁴. W art. 36 ust. 2 podkreślony został warunek braku zgody jako znamienia przestępstwa zgwałcenia. Zgoda ta musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle konkretnych okoliczności. W Raporcie wyjaśniającym wskazuje się natomiast, że państwowom pozostawia się swobodę w zakresie tego, jak znamię braku dobrowolnej zgody i okoliczności wyłączających jej istnienie, należy ująć w przepisach inkryminujących zgwałcenie⁵.
15. Standard przedstawiony w Raporcie wyjaśniającym do Konwencji stambulskiej w zakresie zgwałcenia wskazuje zatem na konieczność wyeksponowania znamienia swobodnej zgody, jako warunkującego penalizację „przemocy seksualnej, w tym gwałtu”.

¹ *Explanatory report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe Treaty Series No. 210.

² Por. *Explanatory report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Council of Europe Treaty Series No. 210, § 191.

³ *Ibidem*

⁴ *Explanatory report...*, § 192.

⁵ *Explanatory report...*, § 193.

Kodeks karny

16. Obecny kształt przestępstwa zgwałcenia w polskim systemie prawnym jest silnie zakorzeniony w definicji „czynu nierządnego”, wprowadzonego w art. 204 Kodeksu karnego z 1932 r.⁶ Pojęcie to było szerokie i obejmowało zarówno „spółkowanie”, jak i inne czynności o spółkowym charakterze⁷.

17. Jednocześnie pojęciem „czynu nierządnego”, a także „spółkowania” Kodeks karny z 1932 r. posługiwał się definiując inne niepożądane czyny o charakterze seksualnym wyrażone w innych jednostkach redakcyjnych:

Art. 203 § 1 stanowił, że:

Kto dopuszcza się czynu nierządnego względem osoby poniżej lat 15 albo osoby, zupełnie lub częściowo pozbawionej zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swym postępowaniem, podlega karze więzienia do lat 10.

Art. 204 § 1 przewidywał, iż:

Kto przemocą, groźbą bezprawną albo podstępem doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządному lub do wykonania takiego czynu, podlega karze więzienia do lat 10.

Art. 205 § 1 wskazywał, że:

Kto przez nadużycie stosunku zależności lub wyzyskanie krytycznego położenia doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządному lub do wykonania takiego czynu, podlega karze więzienia do lat 5.

Art. 206 § 1 penalizował czyn polegający na:

Kto spółkuje z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą, podlega karze więzienia do 5 lat

18. Taka technika ustawodawcza zakładająca ustanowienie złożonego charakteru przestępstw, polegających na niewłaściwych zachowaniach seksualnych, wyodrębnienie ich w różnych jednostkach redakcyjnych, a także zagrożonych różnymi wymiarami kary na dekady ukształtowała zakres penalizacji czynów, których naturę można określić jako „przemoc seksualna”.

19. Konstrukcja złożonego przestępstwa zgwałcenia została powtórzona w Kodeksie karnym z 1969 r.⁸ Jediną w zasadzie różnicą w stosunku do rozwiązań przyjętych w latach 30-tych XX. wieku było posłużenie się przez ustawodawcę nie tylko pojęciem „czyn nierządny”, ale także „czyn lubieżny”.

20. Natomiast wzorując się na tych rozwiązaniach penalizacji podano zachowania polegające na: dopuszczeniu się czynu nierządnego z osobą pozbawioną całkowicie lub w znacznym stopniu zdolności rozpoznania znaczenia czynu lub kierowania swym

⁶ Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z 11 lipca 1932 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 60, poz. 571 ze zm.)

⁷ W. Koziół, *Pojęcia: „czyn nierządny”, „czyn lubieżny”, „obcowanie płciowe” i „inna czynność seksualna” w orzecznictwie Sądu Najwyższego* (w:) *Przestępstwo zgwałcenia*, M. Mozgawa (red.), WKP 2012 LEX/el

⁸ Ustawa z 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz.U. Nr 13, poz. 94 ze zm.)

postępowaniem (art. 169 § 1); doprowadzeniu przez nadużycie stosunku zależności lub wyzyskanie krytycznego położenia innej osobę do poddania się czynowi nierządному lub do wykonania takiego czynu (art. 170 § 1); dopuszczeniu się obcowania płciowego z krewnym w linii prostej, bratem lub siostrą albo z osobą pozostającą w stosunku przysposobienia (art. 175); dopuszczeniu się czynu lubieżnego względem osoby poniżej lat 15 (art. 176), a także dopuszczeniu się czynu nierządnego w obecności osoby poniżej lat 15 albo publicznie (art. 177).

21. Na tych samych założeniach została wprowadzona penalizacja w Kodeksie karnym z 1997 r. tak w jego pierwotnej, jak i obecnej postaci. Art. 197 Kodeksu karnego w brzmieniu obowiązującym do 1 października 2023 r.⁹ stanowi, że:

§ 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 2. Jeżeli sprawca, w sposób określony w § 1, doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

§ 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępного, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

§ 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1-3 działa ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5.

22. Art. 198 K.k. przewiduje, że:

Kto, wykorzystując bezradność innej osoby lub wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, doprowadza ją do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat.

23. Art. 199 K.k. stanowi, iż:

§ 1. Kto, przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, doprowadza inną osobę do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Jeżeli czyn określony w § 1 został popełniony na szkodę małoletniego, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

⁹ Zgodnie z art. 5 ustawy z dnia 26 stycznia 2023 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania cywilnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2023 r. poz. 403), art. 197 K.k. w brzmieniu nadanym ustawą z 7 lipca 2022 r. Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600), wejdzie w życie w dniu 1 października 2023 r.

§ 3. Karze określonej w § 2 podlega, kto obcuje płciowo z małoletnim lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej albo doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, nadużywając zaufania lub udzielając w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy.

24. Zgodnie zaś z art. 200 § 1 K.k.;

Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

25. Warto podkreślić, że w dniu 1 października 2023 r. wprowadzone zostaną do Kodeksu karnego zmiany wynikające z nowelizacji z 7 lipca 2022 r.¹⁰ Polega ona na podwyższeniu górnej granicy zagrożenia ustawowego w przypadku czynu z art. 197 § 1 K.k. z 12 do 15 lat pozbawienia wolności. Jednocześnie przepisy te doprowadzą do zmian w zakresie typów kwalifikowanych i uzyskają brzmienie:

„Art. 197 § 3

Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) (uchylony), 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, 4) posługując się bronią palną, nożem lub innym podobnie niebezpiecznym przedmiotem lub środkiem obezwładniającym albo działając w inny sposób bezpośrednio zagrażający życiu, 5) wobec kobiety ciężarnej, 6) utrwalając obraz lub dźwięk z przebiegu czynu, podlega karze pozbawienia wolności od lat 3 do 20.

Art. 197 § 4

Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia wobec małoletniego poniżej lat 15 lub sprawca czynu określonego w § 1-3 działa ze szczególnym okrucieństwem lub następstwem tego czynu jest ciężki uszczerbek na zdrowiu, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.

Art. 197 § 5

Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1-4 jest śmierć człowieka, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8 albo karze dożywotniego pozbawienia wolności.”

26. Powyższe prowadzi do wniosku, że obecny stan prawny obowiązujący w Polsce w zakresie penalizacji wybranych nadużyć seksualnych jest silnie zakorzeniony w definicjach wprowadzonych w latach 30-tych XX wieku i na przestrzeni dekad nie uległ znaczącym zmianom.

27. W szczególności, utrzymywany jest stan – i nie zmieniają tego zmiany, które wejdą w życie 1 października 2023 r. - w którym przestępstwo zgwałcenia ma złożony charakter wymagający wykazania, że do obcowania płciowego doszło, gdyż sprawca stosował przemoc, groźbę bezprawną lub podstęp, nie zaś, że do zgwałcenia doszło w sytuacji braku swobodnej zgody pokrzywdzonego. Podobnie, w przypadku czynów z art. 198 k.k. oraz art. 199 § 1-2 k.k. utrzymywana jest filozofia penalizacji oparta na założeniu,

¹⁰ Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600).

iż poniesienie odpowiedzialności karnej za dane zachowanie seksualne zależy od ustalenia konkretnego sposobu działania sprawcy (wykorzystanie bezradności lub braku zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania postępowaniem / wykorzystanie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia / nadużycie zaufania / udzielenie korzyści). Jednocześnie też w przepisach utrzymywane jest różnicowanie zagrożenia karą, której wysokość uzależniona jest od określonego sposobu działania sprawcy.

III. STANDARD EUROPEJSKIEGO TRYBUNAŁU PRAW CZŁOWIEKA W ZAKRESIE ŚCIGANIA ZGWAŁCEŃ

28. Europejska Konwencja Praw Człowieka (EKPC) nie definiuje znamion przestępstwa zgwałcenia. Nie oznacza to jednak, że kwestia ścigania przemocy seksualnej, w tym zgwałceń, w aspekcie kształtu przepisów prawa materialnego, pozostaje irrelevantna z perspektywy orzecznictwa ETPC.
29. Kluczowe znaczenie ma tu sprawa *M.C. przeciwko Bułgarii*, w której ETPC wiele miejsca poświęcił zagadnieniu tzw. pozytywnych obowiązków państwa w aspekcie prawa materialnego.
30. W sprawie tej 14-letnia skarżąca została zgwałcona przez dwóch znajomych mężczyzn. Ginekolog potwierdził, że doszło do obcowania płciowego. Zawiadomienie o przestępstwie zostało złożone po 11 dniach od zdarzenia, gdyż jeden z mężczyzn skontaktował się z matką skarżącą, próbując przeproszać i obiecując małżeństwo. Na początku przesłuchano skarżącą i jej matkę, po czym przez rok w śledztwie nie były prowadzone żadne czynności. W tym czasie obaj mężczyźni złożyli przeciwko skarżącej i jej matce zawiadomienie o fałszywym oskarżeniu. Dopiero wtedy policja podjęła postępowanie i przesłuchała skarżącą oraz jej matkę, a także obu mężczyzn jako świadków. Na tym etapie śledczy sugerowali umorzenie postępowania, ale prokurator przeprowadził jeszcze dowód z opinii psychologa oraz psychiatry. Biegli stwierdzili, iż brak było podstaw do przyjęcia, że wobec pokrzywdzonej użyte były groźby, jak i że została skrzywdzona i podważyli też jej wiarygodność. Po ponad 1,5 roku od zdarzenia śledztwo zostało umorzone z uwagi na brak dowodów zmuszenia skarżącej do obcowania płciowego. W skardze do ETPC skarżąca zarzuciła naruszenie art. 3, art. 8, art. 13 oraz art. 14 EKPC, podnosząc, że władze bułgarskie nie zapewniły skutecznej ochrony jej praw. Podnosiła, że w krajowym postępowaniu karnym nadmierną uwagę przywiązano do wykazania, iż obcowanie płciowe było następstwem groźby lub przemocy, nie zaś braku jej swobodnej zgody.
31. ETPC nie miał wątpliwości, iż z art. 3 i art. 8 można wywieść, że państwo ma obowiązek odpowiedniego ukształtowania przepisów prawa materialnego, w tym w zakresie znamion czynu oraz regulacji procesowej umożliwiającej efektywne ściganie sprawców zgwałcenia i prowadzenia postępowań mających na celu wyjaśnienie okoliczności tego czynu.
32. W pierwszym aspekcie ETPC zauważył, że tendencją światową jest odchodzenie od wymagania, aby poniesienie odpowiedzialności za zgwałcenie było uzależnione od wykazania, iż ofiara stawiała sprawcy opór, w kierunku ustalenia, że brak było jej zgody na obcowanie płciowe. Stwierdził też, że odpowiednia praktyka i orzecznictwo w zakresie definiowania znamion zgwałcenia pozwalają na skuteczne karanie wszelkich niedobrowolnych aktów obcowania płciowego. Na tej podstawie ETPC stwierdził, że w przedmiotowej sprawie bułgarskie władze publiczne zbyt restrykcyjnie wykladały znamiona przestępstwa domagając się wykazania przez skarżącą, iż stawiała opór¹¹.
33. W kwestii efektywności prowadzonego śledztwa ETPC wskazał natomiast, że władze publiczne nie wykorzystały w pełni istniejących możliwości ustalenia okoliczności

¹¹ Wyrok w sprawie *M.C. przeciwko Bułgarii...*, § 164-166.

zdarzenia, w szczególności weryfikacji złożonych przez mężczyzn zeznań poprzez konfrontację, a także umożliwienie pokrzywdzonej zadawania pytań obu mężczyznom. Zdaniem ETPC ocena sposobu dokonania czynu powinna być skoncentrowana na braku swobodnej zgody skarżącej na obcowanie płciowe. ETPC podniósł także, że śledztwo prowadzone było opieszale i brakowało należytej dbałości dla ochrony praw pokrzywdzonej¹².

34. W orzecznictwie ETPC ukształtowana została koncepcja pozytywnych obowiązków materialnych państw, która nakazuje takie ukształtowanie znamion przestępstwa zgwałcenia, które kładą nacisk na udowodnienie w postępowaniu karnym, że do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej doszło w sytuacji braku swobodnej zgody pokrzywdzonego. ETPC wskazuje też, że organy ścigania powinny w ramach śledztw koncentrować się na ustaleniu istnienia swobodnej zgody, nie zaś konieczności wykazania, że osoba pokrzywdzona stawiała opór lub sprawca stosował przemoc lub groźbę.
35. Jednocześnie należy mieć na względzie, że wyroki ETPC wywierają skutek nie tylko w odniesieniu do państw-stron, których dana sprawa dotyczy, ale kształtują standardy powszechne, obowiązujące wszystkie państwa – strony EKPC.

¹² A. Kurzawa, *Gwałt w polskim prawie na tle strasburskiego orzeczenia przeciw Bułgarii*, „Prawo i Płeć” 2005/2, s. 8-15.

IV. STANDARD WYPRACOWANY W ORZECZNICTWIE KOMITETU CEDAW

36. Komitet ds. Likwidacji dyskryminacji wobec kobiet (Komitet CEDAW) podobnie jak ETPC wypracował standard orzeczniczy wskazujący w jaki sposób należy definiować zgwałcenie jako przejaw dyskryminacji. Kluczowe znaczenie mają w tym zakresie wskazania poczynione na gruncie sprawy *R.B.B. przeciwko Filipinom*¹³, ukazującej wpływ stereotypów na sytuację pokrzywdzonych przestępstwem przeciwko wolności seksualnej.
37. W 2006 r. 17-letnia skarżąca została zgwałcona przez sąsiada. Zgłosiła czyn policji i poddała się badaniu lekarskiemu. Mimo że była niema, nie zapewniono jej tłumacza przy przesłuchaniu, a tłumaczenia z języka migowego dokonała siostra. Tylko w przypadku niektórych czynności skarżąca otrzymała wsparcie profesjonalnego tłumacza. Policja złożyła akt oskarżenia w 2006 r., a w 2011 r. zapadł wyrok uniewinniający oparty na twierdzeniu, iż stosunek seksualny nie był wymuszony. Sąd podkreślił, że skarżąca nie stawiała oporu, nie protestowała, nie broniła się przed utratą honoru i czci. Sąd ocenił krytycznie okoliczność, że skarżąca nie próbowała uciec, nie artykułowała sprzeciwu, co czyniło ją niewiarygodną.
38. Komitet CEDAW orzekł, że władze filipińskie naruszyły art. 2 lit. c, d i f, art. 5 w związku z art. 1 Konwencji CEDAW¹⁴ i Rekomendacjami ogólnymi Komitetu CEDAW nr 18 dotyczącymi kobiet z niepełnosprawnościami oraz Rekomendacjami ogólnymi nr 19. Poza naruszeniami proceduralnymi (np. brak możliwości skorzystania z tłumacza) Komitet CEDAW wskazał, aby środki prawne dla osób pokrzywdzonych zgwałceniem lub innym przestępstwem seksualnym powinny być skuteczne, zaś sprawy powinny być rozpatrywane w sprawiedliwy, bezstronny i sprawny sposób, zaś organy ścigania nie powinny się kierować stereotypami.
39. Ponadto Komitet CEDAW wskazał, iż definicja zgwałcenia w przepisach filipińskich, w sposób niewystarczający akcentowała znamię braku dobrowolnej zgody na stosunek seksualny. Przyjmując powyższe, w zakresie zaleceń ogólnych wskazał, aby władze publiczne podjęły efektywne działania, by sprawy sądowe dotyczące zgwałceń nie były prowadzone przewlekłe. Dalej, władze publiczne powinny zapewnić, by takie sprawy toczyły się bezstronnie i rzetelnie, bez wpływu na nie uprzedzeń lub stereotypów dotyczących płci. Komitet CEDAW zasugerował wdrożenie szerokiej gamy środków dotyczących systemu prawnego, edukacji, a także postępowań sądowych. Miały one polegać na rewizji definicji zgwałcenia i wyeksponowaniu braku zgody, jako znamienia decydującego o odpowiedzialności. Nadto zmiany powinny dotyczyć usunięcia wymogu, aby nadużycie seksualne musiało zostać popełnione z użyciem siły lub przemocy. W tym zakresie za konieczne uznał minimalizowanie wtórnej wiktymizacji poprzez takie skonstruowanie definicji zgwałcenia, aby jej głównym znamieniem było istnienie „jednoznacznej i dobrowolnej zgody”, a także podkreślenie, że do czynu doszło poprzez przymus wobec osoby pokrzywdzonej. Skutkiem tej zmiany powinno być oczekiwanie od sprawcy wykazania, jakie kroki podjął celem uzyskania zgody pokrzywdzonego¹⁵.

¹³ Decyzja Komitetu CEDAW z 21 lutego 2014 r. zawiadomienie nr 31/2011 w sprawie *R.P.B. przeciwko Filipinom*.

¹⁴ Konwencja w sprawie likwidacji wszelkich form dyskryminacji przyjęta przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych z 18 grudnia 1979 r. (Dz.U. z dnia 2 kwietnia 1982 r.)

¹⁵ Szerzej w tym zakresie: A. Pietryka, *Ściganie przestępstwa zgwałcenia. Aspekty dogmatyczne i praktyczne*, Warszawa 2023, s. 205-214

40. Komitet CEDAW w swoim orzecznictwie także wskazuje zatem na konieczność takiego ukształtowania znamion przestępstwa zgwałcenia i tym samym reguł dowodowych z tym związanych, nakazujących skupienie się na ustaleniu w procesie karnym, czy do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej doszło w sytuacji braku swobodnej zgody, nie zaś na skutek sposobu działania sprawcy.

V. IMPLEMENTACJA ART. 36 UST. 1 I 2 KONWENCJI STAMBULSKIEJ W POLSCE W OPINII GREVIO

41. Konwencja stambulska jako „żywy instrument”, czyli akt kształtujący rzeczywiste i dostępne standardy wskazane w pkt. 10-15 podlega monitoringowi w zakresie implementacji przez państwa – strony jej przepisów do własnych porządków krajowych. Jest on prowadzony przez Grevio, czyli Grupę ekspertów oceniająca postępy państw - stron w zakresie wdrażania Konwencji stambulskiej.
42. Grevio przeprowadziła pierwszy monitoring sposobu implementacji Konwencji stambulskiej w Polsce. Stanowisko w tej procedurze złożyła Rada Ministrów, a raporty alternatywne przygotowali m.in. Rzecznik Praw Obywatelskich oraz Amnesty International. Na podstawie tych stanowisk Grevio przygotował następnie raport z rekomendacjami.

Stanowisko Rady Ministrów

43. Rada Ministrów w zakresie art. 36 wskazała na brak konieczności dodatkowych działań implementacyjnych. W stanowisku Rada Ministrów stwierdziła, że „[...] *W łącznym ujęciu przepisy rozdziału XXV Kodeksu karnego (Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i skromności) są w pełni zgodne z wymogiem kryminalizacji wszystkich przypadków niedobrowolnych kontaktów seksualnych (art. 36 Konwencji). Zgodnie z polskim prawem, osoba powyżej 15 roku życia jest zdolna do wyrażenia zgody na akty seksualne [...] Poszczególne elementy molestowania seksualnego zostały określone w Kodeksie karnym w następujący sposób: art. 190a - molestowanie skutkujące naruszeniem prywatności, art. 191 - przymuszanie do określonego zachowania, art. 197 § 2 - zachowanie prowadzące do poddania się innej czynności seksualnej, art. 216 - znieważenie, art. 217 - naruszenie nietykalności cielesnej.*
44. W dalszej części Rada Ministrów stwierdziła, iż: „[...] *molestowanie seksualne może również, w zależności od wagi czynu, zostać zakwalifikowane jako nieprzyzwoite zachowanie na podstawie sekcji 140 K.w. Oprócz odpowiedzialności karnej możliwa jest odpowiedzialność cywilna (art. 24 k.c. - środki ochrony dóbr osobistych). W odniesieniu do pomocnictwa lub podżegania do przemocy psychicznej, molestowania, przemocy seksualnej (w tym gwałtu), przymusowego małżeństwa, okaleczania żeńskich narządów płciowych, przymusowej aborcji i przymusowej sterylizacji, sąd zgodnie z art. 19 § 1 Kodeksu karnego wymierza karę za podżeganie lub pomocnictwo, w granicach kary przewidzianej za dane przestępstwo. W przypadku usiłowania, zgodnie z art. 14 § 1 k.k., sąd wymierza karę w granicach kary przewidzianej za dane przestępstwo. Karalne jest również publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa, podobnie jak publiczne pochwalanie jego popełnienia (art. 255 Kodeksu karnego)*”.

Stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich

45. Ze stanowiskiem co do braku potrzeby implementacji nie zgodził się Rzecznik Praw Obywatelskich. W Raporcie alternatywnym wskazał, że zgwałcenie jest przestępstwem tylko wtedy, gdy czynność seksualna jest wymuszona przez sprawcę za pomocą przymusu, groźby lub podstępny (art. 197 § 1 K.k.). To skłania do pytania o to, czy definicja zgwałcenia spełnia wymogi art. 36 Konwencji stambulskiej, która stanowi, że

definicja przestępstwa przeciwko wolności seksualnej powinna opierać się na braku zgody skarżącego, a nie na użyciu siły, groźby. Zalecił przy tym dokonanie zmian w odniesieniu do przestępstw zgwałcenia i innych przestępstw przeciwko wolności seksualnej, tak aby penalizować wszystkie niekonsensualne przypadki zachowań seksualnych¹⁶.

Stanowisko Amnesty International

46. Amnesty International wskazało z kolei w raporcie¹⁷, że jedną z konsekwencji brzmienia art. 197 k.k. jest to, że nacisk kładzie się na to, jak osoba pokrzywdzona stawiała opór i jak sprawca ten opór pokonał. Oznacza to, że prokuratorzy, a na dalszym etapie sędziowie, koncentrują się na ustaleniu, czy domniemany sprawca użył siły, groźby bezprawnej lub podstępny w celu przełamania oporu ofiary. Sytuacja ta prowadzi do skupienia się nie na braku zgody osoby pokrzywdzonej, ale raczej na ustaleniu poziomu sprzeciwu lub oporu m.in. jak zostały zakomunikowane sprawcy i jak długo to trwało.
47. Ponadto Amnesty International wskazywało, że źródła akademickie i polskie orzecznictwo sugerują, że opór osoby pokrzywdzonej są konieczne do wykazania, że doszło do wypełnienia znamion zgwałcenia. Jednak jedna z uchwał Sądu Najwyższego przewiduje między innymi, że opór nie jest konieczną cechą zgwałcenia, zwłaszcza gdy osoba, która przeżyła, nie miała możliwości stawiania oporu z powodu osaczenia przez gwałciciela lub dlatego, że jej opór mógłby sprowokować większą agresję i doprowadzić do gorszych konsekwencji. Podsumowując Amnesty International wskazało, że zgodnie z polskim prawem, stosunek płciowy, który odbywa się bez zgody osoby pokrzywdzonej, ale także bez użycia groźby, podstępny lub przemocy, nie jest uznawany za zgwałcenie. Stąd też zakres kryminalizacji zgwałcenia w Kodeksie karnym jest inny, węższy niż w Konwencji stambulskiej.

Raport Grevio nt. Polski

48. Grevio biorąc pod uwagę przedstawione powyżej stanowiska przygotował raport ewaluacyjny (ang. *Baseline Evaluation Report on legislative and other measures giving effect to the provisions of the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention)*)¹⁸ i sformułował szereg rekomendacji oraz spostrzeżeń pod adresem polskich regulacji.
49. Grevio zauważył, że ani zgwałcenie, ani pozostałe przestępstwa seksualne (art. 198-200 § 1 K.k.) nie opierają się wyłącznie na znamieniu braku swobodnej zgody, który to element sposobu działania sprawcy szczególnie eksponuje Konwencja stambulska. Zamiast tego są one uzależnione od stopnia zastosowanej przemocy fizycznej lub groźby, albo od bezradności ofiary, niezdolności do wyrażenia oporu lub zgody/woli. Takie podejście nie oddaje w pełni realiów doświadczania przez kobiety przemocy seksualnej i tego, jak reagują one na zagrożenie (np. ucieczką, walką, ale i zamrożeniem). Konsekwencją jak podkreśla Grevio jest to, że nie wszystkie formy przemocy seksualnej są penalizowane w Polsce. Inną konsekwencją wskazaną przez Grevio jest wprowadzenie wyższych standardów dowodowych w zakresie ustalenia,

¹⁶ Raport dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/chr-poland-submission-30-06-2020/16809eed4b>

¹⁷ Raport dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/poland-shadow-report-amnesty-international-grevio/16809efdd1>

¹⁸ Raport dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/grevio-baseline-report-on-poland/1680a3d20b>

czy osoba pokrzywdzona wykazywała opór fizyczny, a tym samym skupieniu się na zachowaniu osoby pokrzywdzonej wywołanego działaniem oskarżonego.

50. Ponadto Grevio zauważył, że polskie sądy mają możliwość wzięcia pod uwagę zgody osoby pokrzywdzonej na akt seksualny. Jednakże w orzecznictwie pojawia się wymaganie przeprowadzenia dowodu oporu, użycia przez sprawcę siły, gróźb lub bezprawnego podstęp. Sama świadomość sprawcy, że czyn seksualny został podjęty niekonsensualnie, nie może tym samym stanowić podstawy do skazania.
51. Jednocześnie Grevio z zadowoleniem przyjął fakt, że niektóre sądy stosują bardzo szeroką interpretację terminu "podstęp", jednakże obowiązujące prawo nadal wymaga, aby doświadczenia kobiet związane z gwałtem i przemocą seksualną były oceniane przez pryzmat użycia przemocy, groźby lub bezprawnego podstępu, a nie na podstawie braku zgody.
52. Ponadto, Grevio z niepokojem zauważył, że nie wszystkie przypadki przemocy seksualnej zagrożone są jednakową karą. Na przykład, stosunek seksualny poprzez wykorzystanie bezradności lub stanu psychicznego ofiary (art. 198) oraz stosunek seksualny wywołany wykorzystaniem sytuacji zależności (art. 199) zagrożony jest karą od 6 miesięcy do 8 lat lub maksymalnie 3 latami pozbawienia wolności. Jednocześnie czyny te dotyczą w istocie zgwałcenia kobiet, które zostały doprowadzone do stanu bezradności wynikającej z użycia siły lub przemocy, co prowadzi do niższych kar niż w przypadku zgwałcenia z użyciem przemocy. Ponadto, Grevio wyraził obawę, że w przypadku zgwałcenia kobiet z niepełnosprawnościami, takie przypadki byłyby ścigane na podstawie art. 198 i 199, koncentrując się na ich bezradności, zależności lub niepełnosprawności, a nie na ich seksualnej autonomii.
53. Grevio podkreślił też, że zasadą ustanowioną przez Konwencję stambulską jest, że wszelkie akty seksualne bez zgody osoby pokrzywdzonej stanowią podstawę do zastosowania sankcji odstraszających. Dokonanie czynu bez swobodnej zgody powinno skutkować wymierzeniem kary niezależnie od tego, czy czyn ten został popełniony przez kogoś, kto stosuje przemoc lub nadużywa swojej pozycji władzy nad ofiarą. Dlatego też Grevio ostrzegł przed tworzeniem hierarchii osób pokrzywdzonych na podstawie ich cech, takich jak młody wiek, bezradność, zależność, choroba lub inne okoliczności, i wezwał do podjęcia odpowiednich środków legislacyjnych by ten stan zmienić.
54. Grevio wezwał na koniec do zreformowania wszystkich przestępstw seksualnych zawartych w rozdziale XXV Kodeksu karnego, aby w pełni uwzględnić pojęcie swobodnej zgody, zgodnie z art. 36 Konwencji stambulskiej, oraz do zapewnienia odpowiednich sankcji za wszystkie czynności seksualne bez zgody osoby pokrzywdzonej, gdy okoliczności wykluczają możliwość wyrażenia zgody.

VI. IMPLEMENTACJA ART. 36 UST. 1 I 2 KONWENCJI STAMBULSKIEJ W INNYCH KRAJACH

55. Grevio poza Polską przeprowadził monitoring regulacji obowiązujących w 29 państwach-stronach Konwencji stambulskiej, podsumowując swoje ustalenia w raportach krajowych¹⁹.
56. Dla potrzeb niniejszej opinii konieczne jest przyjrzenie się niektórym z wniosków dotyczących implementacji Konwencji stambulskiej w systemach prawnych, w których Grevio uznał, że znamię braku swobodnej zgody jako podstawa penalizacji zostało właściwie wyartykułowane. Za wzorcowe można uznać rozwiązania przyjęte w tym zakresie w przepisach obowiązujących w Szwecji oraz na Malcie. Przepisy penalizujące zgwałcenie w tych krajach, jako jedyne i wyłączne znamię przewidują bowiem brak zgody osoby pokrzywdzonej na czynność seksualną.

Szwecja

57. Do zmiany definicji zgwałcenia doszło w Szwecji w 2018 r. Zmiana ta polegała na wprowadzeniu jako warunku penalizacji braku zgody wprost wyartykułowanego w treści przepisu będącego podstawą penalizacji. Jednocześnie zmiana ta polegała na objęciu definicją „przestępstwa seksualnego” wszystkich czynności seksualnych.
58. Przepis art. 1 kap. 6a szwedzkiego kodeksu karnego po zmianach wprowadzonych w 2018 r. stanowi, że kto wykonuje czynność seksualną na innej osobie dopuszczając się bez zgody tej osoby jednej z następujących czynności:
1. stosunek płciowy,
 2. doprowadzenie do poddania się innym czynnościom seksualnym niż stosunek płciowy,
 3. doprowadzenie do poddania się czynnościom seksualnym innej osoby,
 4. wprowadzenie w posiadanie innej osoby przyrządu seksualnego lub wykonanie takiej czynności na przyrządzie, który spowoduje, że ta osoba doznaje pobudzenia seksualnego, lub
 5. doprowadzenie innej osoby do takiej czynności seksualnej, która równie skutecznie może być uznana za nieprawidłową,
- zostanie skazany za przestępstwo seksualne na karę pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do sześciu lat.
59. Jeśli czyn z art. 1 kap. 6a spowodowałby ciężkie uszkodzenie ciała lub chorobę psychiczną u osoby pokrzywdzonej, sprawca zostanie skazany i zostanie wymierzona kara pozbawienia wolności od dwóch do dziesięciu lat. Z kolei w sytuacji, gdzie czyn z art. 1 kap. 6a spowodowałby śmierć osoby pokrzywdzonej lub ciężkie uszkodzenia ciała lub chorobę psychiczną, której skutki są trwałe, sprawca zostanie wymierzona kara pozbawienia wolności od czterech do dziesięciu lat lub dożywocie.

¹⁹ Raporty krajowe są dostępne pod adresem: <https://www.coe.int/en/web/istanbul-convention/country-monitoring-work>

60. Co warte podkreślenia, przestępstwo w tym kształcie zostało wprowadzone w miejsce przepisu art. 1 kap. 6, który przewidywał penalizację zgwałcenia i wykorzystania seksualnego, które to czyny wymagały udowodnienia użycia przez sprawcę siły, groźby lub wykorzystania bezbronnej sytuacji osoby pokrzywdzonej.
61. Oceniając powyższą regulację Grevio podkreślił, że nakłada ona na sprawcę obowiązek zapewnienia, iż wszystkie akty seksualne podejmowane są dobrowolnie, co powinno pozwolić odejść od orzecznictwa, które zbyt często koncentrowało się na zachowaniu osoby pokrzywdzonej, w tym jej zachowaniu, wyglądzie i działaniach przed, w trakcie i po akcie seksualnym²⁰.

Malta

62. Za kolejny wzorcowy, przykład implementacji art. 36 Konwencji stambulskiej, Grevio uznał także przepisy przyjęte w 2018 r. na Malcie. Zmiana wówczas wprowadzona polegała na odejściu od konieczności wykazania przez pokrzywdzonego, że do stosunku seksualnego doszło w wyniku przemocy.
63. Nowe rozwiązanie uregulowane *nota bene* w art. 197 maltańskiego kodeksu karnego penalizuje w pierwszej kolejności typ podstawowy polegający na dokonaniu stosunku płciowego z osobą, która nie wyraziła na to zgody (art. 197 § 1). Podlega on karze pozbawienia wolności na okres od sześciu miesięcy do dwunastu lat. Ponadto wprowadzony został przepis przewidujący typ polegający na dopuszczeniu się czynności seksualnej innej niż stosunek płciowy z osobą, która nie wyraziła na to zgody, który to czyn podlega karze pozbawienia wolności na okres od czterech miesięcy do ośmiu lat (art. 197 § 2).
64. Jednocześnie wprowadzony został szereg typów kwalifikowanych dla sytuacji, gdy:
- czyn określony w ust. 1 lub 2 został popełniony przez dwie lub więcej osób, co powinno skutkować zwiększeniem kary o połowę (art. 197 § 3);
 - czyn polega na dopuszczeniu się czynności seksualnej innej niż stosunek płciowy z osobą, która nie osiągnęła 12. roku życia, podlegający karze pozbawienia wolności na okres od ośmiu do dwudziestu lat (art. 197 § 4);
 - czyn polegający na dopuszczeniu się czynności seksualnej innej niż stosunek płciowy z osobą, która nie osiągnęła 9. roku życia, podlega karze pozbawienia wolności na okres od dwunastu do dwudziestu pięciu lat (art. 197 § 5);
 - czyn polegający na dopuszczeniu się stosunku płciowego z osobą, która nie osiągnęła 12. roku życia, podlega karze pozbawienia wolności na okres od dwunastu do dwudziestu pięciu lat (art. 197 § 6);

²⁰ Raport dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/grevio-inf-2018-15-eng-final/168091e686>

- czyn polegający na dopuszczeniu się stosunku płciowy z osobą, która nie osiągnęła 12. roku życia, podlega karze pozbawienia wolności na okres od piętnastu do trzydziestu lat (art. 197 § 7)²¹.

65. Co warte, podkreślenia, w art. 198 maltańskiego kodeksu karnego zdefiniowane zostało domniemanie braku zgody. Nie istnieje ona, chyba że została wyrażona dobrowolnie, w wyniku dobrowolnej woli osoby, ocenianej w kontekście okoliczności i stanu tej osoby w chwili, z uwzględnieniem m.in. jej stanu emocjonalnego i psychicznego.
66. W ocenie Grevio – w świetle oceny rozwiązań szwedzkich oraz maltańskich - pełna implementacja postanowień art. 36 Konwencji stambulskiej w zakresie znamion przestępstwa zgwałcenia wymaga uzależnienia penalizacji wyłącznie od wykazania, że do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej doszło w sytuacji braku swobodnej zgody osoby pokrzywdzonej. Tak w przypadku Szwecji, jak i Malty, Grevio uznał, iż przepisy należyście eksponują znamię braku swobodnej zgody jako podstawy ponoszenia odpowiedzialności karnej. Jednocześnie Grevio uznał za właściwe zastąpienie tym znamieniem, uprzednio obowiązujących regulacji zakładających konieczność wykazania, iż do zgwałcenia doszło wskutek stosowania przemocy wobec osoby pokrzywdzonej. Za niewłaściwe Grevio uznał też zaniechanie różnicowania penalizacji w zależności od statusu i właściwości osoby pokrzywdzonej.
67. Jednocześnie należy podkreślić, że Grevio wielokrotnie krytykował ustawodawstwa państw przewidujących podobne, jak w Polsce warunki odpowiedzialności tj. konieczność wykazania, że do zgwałcenia doszło w wyniku użycia przemocy lub groźby bezprawnej (np. w systemach prawnych Niderlandów²², Hiszpanii²³, Austrii²⁴, Islandii²⁵). Tym samym nie ulega wątpliwości, że Grevio w jednoznaczny sposób interpretuje i definiuje potrzebę penalizacji zgwałcenia, opartej na konieczności wykazania, że zgwałcenie ma miejsce w sytuacji braku swobodnej zgody osoby pokrzywdzonej.

²¹ Raport dostępny pod adresem: <https://rm.coe.int/grevio-inf-2020-17-malta-final-report-web/1680a06bd2>

²² Por. Sprawozdanie przedłożone przez Niderlandy zgodnie z art. 68 ust. 1 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Sprawozdanie bazowe) dostępne pod adresem: [16808d91ac \(coe.int\)](https://rm.coe.int/16808d91ac)

²³ Por. Sprawozdanie przedłożone przez Hiszpanię zgodnie z art. 68 ust. 1 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Sprawozdanie bazowe) dostępne pod adresem: [16809313e0 \(coe.int\)](https://rm.coe.int/16809313e0)

²⁴ Por. Sprawozdanie przedłożone przez Austrię zgodnie z art. 68 ust. 1 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Sprawozdanie bazowe) dostępne pod adresem: [16806ee8b2 \(coe.int\)](https://rm.coe.int/16806ee8b2)

²⁵ Por. Sprawozdanie przedłożone przez Islandię zgodnie z art. 68 ust. 1 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (Sprawozdanie bazowe) dostępne pod adresem: [1680a3b9e2 \(coe.int\)](https://rm.coe.int/1680a3b9e2)

VII. ZNAMIEŃ ZGODY W PRZYPADKU PRZESTĘPSTW Z ART. 197-200 K.K.

68. Z perspektywy uregulowań Konwencji stambulskiej i znamienia braku swobodnej zgody jako podstawy penalizacji kluczowe znaczenie mają przepisy art. 197-200 k.k. Penalizują one odpowiednio: zgwałcenie (art. 197 k.k.), wykorzystanie seksualne niepoczytalności lub bezradności (art. 198 k.k.), wykorzystanie seksualne stosunku zależności lub krytycznego położenia (art. 199 k.k.), molestowanie seksualne osoby poniżej 15. roku życia (art. 200 § 1 k.k.). W przypadku każdego z tych przestępstw rola swobodnej zgody jako podstawy penalizacji została przez ustawodawcę potraktowana odmiennie.

Zgwałcenie

69. Zgwałcenie w obecnym kształcie w Kodeksie karnym jest określane jako przestępstwo złożone, co oznacza, że niezbędne jest wykazanie, że do obcowania płciowego lub „innej czynności seksualnej” doszło w skutek użycia przez sprawcę „przemocy”, „podstępu” lub „groźby”.

70. Jak wskazuje się powszechnie w doktrynie i orzecznictwie, ukrytym znamieniem tego przestępstwa jest brak w chwili czynu dobrowolnej i świadomej zgody osoby pokrzywdzonej na obcowanie płciowe lub inną czynność seksualną²⁶, który musi zostać uzewnętrzniony tak, aby dotarł do świadomości sprawcy. W przeciwieństwie do elementu dobrowolnej i świadomej zgody, w art. 197 k.k. wyeksponowane zostały wprost pojęcia określające sposób popełnienia tego przestępstwa, tj. „przemoc”, „groźba bezprawna” oraz „podstęp”. Takie ukształtowanie znamion skutkuje tym, że przedmiotem dowodzenia w toku postępowania karnego jest wykazanie, czy do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej doszło w skutek określonego sposobu działania sprawcy (przemocy, groźby, podstępu).

71. „Przemoc” definiuje się jako każde oddziaływanie na osobę pokrzywdzoną lub jej otoczenie (inną osobę lub rzecz), które przez użycie środków fizycznych uniemożliwia jej opór, przełamuje go lub wywiera wpływ na jej procesy decyzyjne²⁷. Dla przyjęcia, że doszło do użycia przemocy, konieczne jest ustalenie braku zgody osoby pokrzywdzonej i przełamanie jej oporu. Ponadto wskazuje się, że osoba pokrzywdzona nie tyle musi bronić się fizycznie, ile uzewnętrznic opór lub sprzeciw. W orzecznictwie wskazuje się, że sprzeciw nie musi być okazywany przez cały czas wymuszania na osobie pokrzywdzonej niechcianych przez nią zachowań seksualnych, gdyż zaprzestanie okazywania protestu (oporu) jest często powodowane bezsilnością i postrzeganiem swojej sytuacji jako bez wyjścia²⁸. Stosowanie przemocy ma wywołać przymus (absolutny lub kompulsywny), a zatem musi cechować je jakiś stopień intensywności²⁹.

72. Pojęcie „groźby bezprawnej” jest uregulowane w art. 115 § 12 k.k., który stanowi, że jest nią zarówno groźba zdefiniowana w art. 190 k.k., jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Nie stanowi groźby zapowiedź spowodowania

²⁶ J. Warylewski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, R.A. Stefański (red.), Legalis 2015,

²⁷ M. Banaś-Grabek [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*, B. Gadecki (red.), Legalis 2020

²⁸ Postanowienie SN z 9 czerwca 2021 r. V KK 165/21, LEX nr 3212605.

²⁹ M. Budyn-Kulik, *Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania*, „Prawo w Działaniu” 5/2008, s. 135.

postępowania karnego, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem³⁰. Groźba może zostać wyrażona w jakiegokolwiek formie werbalnej lub niewerbalnej, a osoba pokrzywdzona musi mieć świadomość jej wyrażenia³¹. Musi być ona także realna, w tym sensie, że może potencjalnie wpływać na procesy decyzyjne osoby pokrzywdzonej³².

73. „Podstęp” polega natomiast na świadomym wprowadzeniu w błąd innej osoby, celem doprowadzenia jej do wyrażenia zgody, której inaczej by nie wyraziła, albo uniemożliwienia wyrażenia braku zgody³³. Pojęcie podstępu jest interpretowane w sposób szeroki³⁴.

Wykorzystanie seksualne niepoczytalności lub bezradności

74. Przestępstwo z art. 198 k.k. polega na doprowadzeniu innej osoby do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności poprzez wykorzystanie bezradności innej osoby lub wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej braku zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem.

75. W kwestii zgody na gruncie art. 198 K.k. wskazuje się, że nie jest ona do znamion tego czynu zabronionego³⁵. Ponadto podnosi się, że pokrzywdzony nie ma możliwości swobodnego lub świadomego samostanowienia w sferze życia seksualnego, a tym samym wyrażenia zgody. Co więcej, do penalizacji nie wymaga się wykazania, że sprawca przyczynił się do braku możliwości wyrażenia zgody, a chodzi o to, że jedynie wykorzystał fakt, iż ofiara nie może jej wyrazić³⁶. Tym samym nie dochodzi tutaj do uniemożliwienia pokrzywdzonemu podjęcia decyzji jak w przypadku przestępstwa zgwałcenia z art. 197 k.k.³⁷

Wykorzystanie seksualne stosunku zależności lub krytycznego położenia

76. Przestępstwo z art. 199 § 1 k.k. polega na doprowadzeniu innej osoby do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności poprzez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystaniu krytycznego położenia. Typ kwalifikowany tego przestępstwa zachodzi gdy osobą pokrzywdzoną jest małoletni (art. 199 § 2) lub do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej dochodzi poprzez nadużycie zaufania lub poprzez udzielenie korzyści majątkowej lub osobistej albo ich obietnicy (art. 199 § 3).

77. Na gruncie art. 199 k.k. w kwestii zgody wskazuje się, że do penalizacji konieczne jest wykazanie, że została ona świadomie wyrażona, jednakże sprawca przyczynił się (czy wręcz wymusił jej wyrażenie), wykorzystując istniejący stosunek zależności między nim

³⁰ Por. M. Kulik, *Przestępstwo zgwałcenia w ujęciu porównawczym* [w:] *Przestępstwo zgwałcenia*, red. M. Mozgawa, LEX 2012.

³¹ M. Budyn-Kulik, *Inna...*, s. 137.

³² Ibidem.

³³ J. Warylewski, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym* [w:] *System Prawa Karnego, Tom 10*, J. Warylewski (red.), Warszawa 2016, s. 690 i n.

³⁴ Por. wyrok SN z 27 maja 1985 r., II KR 86/85, OSNPG 1985/12, poz. 152.

³⁵ M. Budyn – Kulik, M. Kulik, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II, Komentarz do art. 177-221*, M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), Legalis.

³⁶ M. Bielski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.

³⁷ N. Kłaczyńska [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2014.

a ofiarą³⁸. Podkreśla się także, że zasadnicza różnica między typami wystawionymi w art. 199 k.k. a przestępstwami z art. 197 i 198 k.k. polega na tym, że w przypadku art. 199 k.k. pokrzywdzony podejmuje świadomą decyzję co do podjęcia czynności seksualnej, z tym że nie jest to decyzja dobrowolna (swobodna), bowiem stanowi ona wynik stosowanego przez sprawcę nacisku (§ 1 i 2), ewentualnie – mimo jej wolności podjęta jest w wyniku nieakceptowalnych sposobów oddziaływania sprawcy (§ 3). Konsekwencją takiego spostrzeżenia muszą być dwa założenia, a mianowicie: po pierwsze – skoro pokrzywdzony podejmuje jednak decyzję o podjęciu czynności seksualnej, to nie pojawia się po jego stronie opór wyrażany przed taką czynnością; po drugie – zgoda pokrzywdzonego, jakkolwiek zostaje przez niego udzielona, to jawi się jako nieskuteczna z uwagi na pojawiające się naciski motywacyjne lub – w przypadku § 3 – niedozwolony wpływ sprawcy związany z wykorzystaniem zaufania lub oferowanymi korzyściami³⁹.

Molestowanie seksualne osoby poniżej 15. roku życia

78. Art. 200 § 1 k.k. penalizuje obcowanie płciowe z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania.

79. Także i w przypadku tego czynu zabronionego wskazuje się, że wyrażenie zgody, czy też brak zgody na obcowanie płciowe nie jest relewantne dla ustalenia znamion tego czynu. Wskazuje się w szczególności, że ustawodawca przyjął, iż małoletni poniżej lat 15 nie jest zdolny do autodeterminacji seksualnej, stąd też nawet jeśliby wyraził zgodę na czynność seksualną (lub nawet podjął taką inicjatywę) – zgoda ta będzie uznana za nieskuteczną⁴⁰ i podkreśla się, że domniemanie to ma charakter niewzruszalny⁴¹.

³⁸ M. Budyn-Kulik, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do artykułów 117–221*, 2023, M. Królikowski (red.), R. Zawłocki (red.), 2023, wyd. 5.

³⁹ K. Lipiński [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), LEX/el

⁴⁰ K. Lipiński [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, J. Giezek (red.), LEX/el

⁴¹ M. Bielski [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, W. Wróbel (red.), A. Zoll (red.), Warszawa 2017

VIII. ZGODNOŚĆ POLSKICH ROZWIĄZAŃ Z ZALECENIAMI GREVIO I STANDARDAMI ORZECZNICZYMI

80. Polskie regulacje wykazują zasadnicze różnice w stosunku do rozwiązań przyjętych w Konwencji stambulskiej, w krajach, których przepisy uznane zostały za komplementarne z jej gwarancjami, a także eksponowanych i rozwijanych w orzecznictwie ETPC oraz Komitetu CEDAW. Należy mieć na uwadze, że z uwagi na ratyfikację standard wynikający z EKPC oraz Konwencji stambulskiej jest wiążący dla polskiego ustawodawcy, organów ścigania i sądów.
81. Znamię swobodnej zgody osoby pokrzywdzonej na „obcowanie płciowe” lub „inną czynność seksualną” nie jest kluczowym warunkiem odpowiedzialności karnej. W żadnym bowiem z przypadków czynów zabronionych stypizowanych w art. 197-200 § 1 k.k. nie eksponuje się tego znamienia wprost. Ustawodawca bądź ukrywa je (art. 197 k.k., art. 199 k.k.), albo w ogóle zrezygnował z konieczności czynienia jakichkolwiek ustaleń w tym zakresie (art. 198, art. 200 § 1 k.k.). Tym samym, przedmiotem dowodzenia w sprawach dotyczących wskazanych powyżej czynów, jest przede wszystkim sposób działania sprawcy doprowadzający osobę pokrzywdzoną do „obcowania płciowego” lub „innej czynności seksualnej”, nie zaś to, czy osoba pokrzywdzona wyraziła swobodną zgodę na „obcowanie płciowe” lub „inną czynność seksualną”.
82. Kodeks karny niezgodnie z rekomendacjami Grevio i brzmieniem art. 36 ust. 1 i 2 Konwencji stambulskiej wprowadza też różne traktowanie i zagrożenie ustawowe karą dla czynów zabronionych będących nadużyciami seksualnymi uzależnionymi od sposobu działania sprawcy (art. 197 k.k.), stanu pokrzywdzonego (art. 198 k.k.), czy też istnienia zgody (art. 199 k.k.).