

Krzysztof Szczucki

## Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia

### Wprowadzenie

Konstrukcja zgody dysponenta dobrem budzi wśród osób zajmujących się prawem karnym duże zainteresowanie i jednocześnie wiele wątpliwości, uzasadnionych tym, że – z pewnymi wyjątkami – ma ona charakter pozaustawowy. Oznacza to, że jej kształt oraz funkcje są rekonstruowane przez doktrynę i orzecznictwo. Przykładowo, można wskazać takie zagadnienia problemowe jak: kształt zgody (jej struktura), funkcja zgody w prawie karnym, czy też - problem jeszcze bardziej fundamentalny – zasadność konstruowania kontratypów pozaustawowych w ogóle. Mając na uwadze te wątpliwości warto zastanowić się nad celowością odwoływania się do konstrukcji zgody dysponenta dobrem z uwagi na jej funkcjonalność i swoistą ekonomikę, tj. wkład, jaki należy włożyć w proces odpowiedniego ukształtowania tej konstrukcji, a także zbadania czy zgoda miała miejsce. Może się bowiem okazać, że ten sam efekt można osiągnąć przez wykorzystanie instrumentów bardziej precyzyjnych i zarazem budzących mniej wątpliwości.

### Rola zgody w strukturze przestępstwa

Odnosząc się wpięty do problematyki terminologicznej należy zauważyć, że zaistnienie zgody, niezależnie od płaszczyzny jej wystąpienia, uniemożliwia wejście w stan pokrzywdzenia, wobec czego nieuprawnione jest określanie tej konstrukcji nazwą „zgoda pokrzywdzonego”, a raczej, tak jak w niniejszym opracowaniu, nazwą „zgoda dysponenta dobrem”<sup>1</sup>.

<sup>1</sup>A. Spotowski, który w tytule swojego artykułu sam posługuje się nazwą „zgoda pokrzywdzonego” zauważa, że zwrot ten jest całkowicie nieprzydatny dla oznaczenia zgody powodującej brak realizacji istoty czynu. Wskazuje on jednak na możliwość – przy wskazaniu jednak licznych wątpliwości - wykorzystania tego określenia wobec zgody wyłączającej bezprawność (por. A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna*, „Państwo i Prawo” 1972, nr 3, s. 82). Również A. Zoll zauważa nieporozumienie terminologiczne, gdy pisze: „Termin >>zgoda pokrzywdzonego<< zawiera do pewnego stopnia wewnętrzną sprzeczność. Zgoda na wejście w prawa dysponenta dobrem musi być wyrażona dobrowolnie, a więc nie można mówić o >>pokrzywdzonym<<” (por. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, Warszawa 1982, s. 91).

Pojęciu „zgoda dysponenta dobrem” nadaje się dwie różne funkcje<sup>2</sup>. Otóż, z jednej strony zgoda dysponenta dobrem może powodować nie wyczerpanie znamion czynu zabronionego, zaś z drugiej strony może w niektórych wypadkach wyłączać bezprawność czynu. Zatem, w sytuacji gdy brak zgody jest elementem opisu typu czynu zabronionego, udzielenie zgody przez dysponenta dobrem uniemożliwia wypełnienie znamion, co oznacza, że czyn zabroniony nie zostaje popełniony<sup>3</sup>. Witold Świda zauważył, że w obszarze oddziaływania zgody powodującej brak wyczerpania typu czynu zabronionego, można wskazać dwie grupy przestępstw: zawierające w znamionach brak zezwolenia oraz nie zawierające wprost znamienia braku zezwolenia, które wynika jednak z charakteru przestępstwa i jest ustalane w drodze interpretacji<sup>4</sup>. Najbardziej wyrazistym przykładem zgody dysponenta dobrem powodującej nie wyczerpanie znamion czynu zabronionego, mieszczącym się w pierwszej z ww. grup jest art. 192 § 1 k.k., wprowadzający typ czynu zabronionego polegający na wykonaniu zabiegu leczniczego bez zgody pacjenta. Otóż, jeżeli zabieg leczniczy był poprzedzony zgodą pacjenta, to nie można mówić o wkroczeniu przez lekarza w obszar realizacji typu. W ramach drugiej grupy można natomiast przykładowo wskazać naruszenie miru domowego (art. 193 k.k.), bowiem nie jest możliwe wdarcie się do cudzego domu, jeżeli osoba uprawniona wyraża zgodę. W ramach tej kategorii typów czynów zabronionych wskazuje się także zgwałcenie (art. 197 k.k.). W tym miejscu można jedynie zasygnalizować istnienie licznych wątpliwości związanych z relacją konstrukcji zgody z konstrukcją zgwałcenia jako typu czynu zabronionego, co szczegółowo będzie rozważane w dalszej części artykułu.

Zgoda wyłączająca bezprawność czynu ma natomiast charakter wtórny względem wypełnienia znamion czynu zabronionego, bowiem owo wyłączenie następuje pomimo zrealizowania znamion typu. Przykładem wykorzystania koncepcji zgody na tej płaszczyźnie może być stan faktyczny zbudowany w oparciu o art. 288 k.k. („Kto cudzą rzecz niszczy, uszkadza lub czyni niezdatną do użytku”). Jak wskazuje Zbigniew Jędrzejewski: „Kiedy

<sup>2</sup>Na marginesie można zauważyć, że problematyczna jest już sama definicja dobra prawnego. Wybrane definicje wskazał H. J. Hirsch (por. H. J. Hirsch, *W kwestii aktualnego stanu dyskusji o pojęciu dobra prawnego*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 1, s. 11-12), z których na szczególną uwagę zasługuje definicja Clausa Roxina („Dobrami prawnymi są stany lub założenia, które są korzystne dla poszczególnej osoby i dla jej swobodnego rozwoju w ramach systemu społecznego zbudowanego dla ich zrealizowania albo też są korzystne dla funkcjonowania tego systemu”) oraz definicja, jak zauważa H. J. Hirsch najczęściej przyjmowana, wedle której dobro prawne określane jest mianem „karnoprawnie chronionej wartości bądź karnoprawnie chronionego interesu”.

<sup>3</sup>A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego ...*, op. cit., s. 82.

<sup>4</sup>W. Świda, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1970, s. 172.

właściciel pozwala innej osobie na zniszczenie rzeczy, to zgoda ta nie zmienia faktu, że rzecz fizycznie zniszczono i naruszono cudzą własność<sup>5</sup>. Wobec tego, sprawca wypełnia znamiona typu czynu zabronionego polegającego na niszczeniu lub uszkodzeniu mienia, niemniej jednak, ze względu na zgodę dysponenta dobrem, dochodzi do wyłączenia bezprawności.

Wskazane wyżej dwie funkcje zgody stanowią odzwierciedlenie przyjętego w niemieckiej doktrynie rozróżnienia pomiędzy *Einverständnis* i *Einwilligung*<sup>6</sup>. Otóż w ramach *Einverständnis* mieści się konstrukcja zgody, która powoduje nie wyczerpanie znamion czynu zabronionego, np. nie dochodzi do realizacji znamion zmuszania, jeżeli ktoś zgadza się z żądaniem innej osoby. Podobnie kwalifikuje się czyn zabroniony polegający na zgwałceniu. W zakres zbioru *Einwilligung* ma natomiast wchodzić zgoda wyłączająca bezprawność czynu, ma to być tzw. „zgoda usprawiedliwiająca”<sup>7</sup>. Akceptacja tego rozróżnienia lub też opowiedzenie się za rozumieniem zgody jedynie w perspektywie jednej z omawianych tu płaszczyzn uzależnione jest od ujęcia dobra prawnego. Część doktryny niemieckiej opowiada się za indywidualistycznie pojmowanym dobrem prawnym. Z tej perspektywy zadaniem prawa karnego jest zapewnienie obywatelom nieskrępowanego i niezakłóconego współżycia wraz z przyznaniem wszystkich konstytucyjnie gwarantowanych praw zasadniczych. Dobra prawne służą nieskrępowanej samorealizacji jednostki, wobec czego nie może zachodzić naruszenie dobra, gdy czyn polega na jego dysponowaniu<sup>8</sup>. Ten kierunek ujmowania zgody prowadzi do przyjęcia teorii *Einverständnis* przypisującej zgodzie rolę wyłączającą istotę czynu. Natomiast inni przedstawiciele niemieckiej doktryny prawa karnego reprezentują stanowisko charakteryzujące się bardziej obiektywistyczną perspektywą spoglądania na dobro prawne oraz podkreślają wartość pewnych dóbr, niezależną od woli ich dzierżyciela<sup>9</sup>. Akceptacja takiego ujęcia zgody prowadzi, jak wskazuje Zbigniew Jędrzejewski, do następującej konkluzji: „Jeżeli w konkretnym przypadku jednostka rezygnuje z ochrony, choć dobro nadal na nią zasługuje, z reguły do usprawiedliwienia takiej ochrony ze strony prawa karnego nie wystarcza pozostający jeszcze interes wspólnoty (wtedy

<sup>5</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009, s. 283.

<sup>6</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit., s. 283, Autor wskazuje, że omawianą tu konstrukcję przypisuje się F. Geerdsowi (F. Geerds, *Einwilligung und Einverständnis des Verletzten*, Kiel 1953), niemniej jednak w rzeczywistości jest ona starsza (por. m. in. E. Mezger, *Die subjektiven Unrechtselemente*, Der Gerichtssaal 1924, Bd. 89, s. 207 i nast.).

<sup>7</sup> Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit., s. 283.

<sup>8</sup> C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl. München 2006, s. 545 i n.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit., s. 284.

<sup>9</sup> H.-H. Jescheck, Th. Weigand, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 257 i n.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit., s. 284.

następuje wyłączenie bezprawności). Niekiedy społeczny interes w utrzymaniu dobra może jednak legitymować ochronę niezależnie od woli dysponenta dobrem. W wypadku najistotniejszych dóbr osobistych dla wyłączającej bezprawność zgody społeczeństwo ustanawia wtedy pewne granice”<sup>10</sup>. Jak widać przyjęcie określonego poglądu na funkcję koncepcji dobra niesie za sobą konsekwencje w postaci przypisania zgodzie określonej roli w strukturze przestępstwa, która w przypadku subiektywnego ujęcia może polegać na wyłączeniu realizacji znamion istoty czynu z powodu braku naruszenia dobra, a w przypadku ujęcia obiektywnego, na wyłączeniu bezprawności w wyniku rozważania interesów (kolizja interesu społeczeństwa w utrzymaniu dobra z interesem jednostki polegającym na swobodnym dysponowaniu dobrem). Za Clausem Roxinem można wskazać następujące praktyczne skutki rozróżniania między *Einverständnis* i *Einwilligung*<sup>11</sup>:

1. W obszarze właściwym dla *Einverständnis* zgodę rozumie się jako wewnętrzną wolę zgadzającego się, zaś w przypadku *Einwilligung* wymaga się co najmniej wyrażenia zgody poprzez słowa lub jakieś zachowanie.
2. Do stwierdzenia skuteczności zgody wyłączającej istotę czynu wystarcza tzw. naturalna wola dysponenta dobrem, także w przypadku młodego wieku lub upośledzenia umysłowego. Warunkiem skuteczności zgody wyłączającej bezprawność ma być natomiast zdolność osądu dysponenta dobrem.
3. Na skuteczność zgody na płaszczyźnie *Einverständnis* nie wpływają tzw. braki woli (podstęp, przymus, błąd), natomiast w przypadku *Einwilligung* taka zgoda jest nieskuteczna.
4. Z podziałem na *Einverständnis* i *Einwilligung* wiąże się również inne konsekwencje w przypadku, kiedy sprawcy nie jest znane rzeczywiście udzielone przyzwolenie dzierzyciela dobra prawnego. W przypadku *Einverständnis* można mówić co najwyżej o usiłowaniu nieudolnym z powodu braku przedmiotu, bowiem nie dochodzi do urzeczywistnienia obiektywnej istoty czynu. W obszarze zgody wyłączającej bezprawność powyższy problem rozstrzyga się na płaszczyźnie nieświadomości znamienia kontratypu. Możliwe są zatem, na płaszczyźnie *Einwilligung*, teorie wskazujące na: od całkowitego wyłączenia bezprawności (teorie obiektywistyczne) po odpowiedzialność za przestępstwo dokonane (teorie subiektywistyczne). Możliwe jest także stosowanie zasad odpowiedzialności za usiłowanie.

<sup>10</sup>Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit., s. 284-285.

<sup>11</sup>C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl. München 2006, s. 545 i n.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit., s. 286-287.

5. Podobny problem przedstawia się, gdy sprawca błędnie przyjmie istnienie zgody dysponenta dobrem. W ramach płaszczyzny *Einverständnis* dochodzi do wyłączenia zamiaru, np. kto sądzi błędnie, że właściciel udzielił mu zgody na wejście do domu, ten nie ma zamiaru się do niego „wdzierać”. Natomiast, w ramach *Einwilligung*, zachodzi urojenie znamienia sytuacji kontratypowej. Problematyka urojenia znamienia kontratypu nie została uregulowana w niemieckiej ustawie karnej, a jej ocena jest przedmiotem sporu. Odniesienie tego problemu na grunt polski prowadzi do stwierdzenia, że urojenie zgody rozumianej jako *Einverständnis* spowoduje wyłączenie zamiaru (art. 28 § 1 k.k.), zaś urojenie zgody rozumianej jako *Einwilligung* należy odczytywać poprzez konstrukcję błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu (art. 29 k.k.).

Zaprezentowany wyżej podział na zgodę powodującą brak realizacji znamion typu czynu zabronionego oraz zgodę wyłączającą bezprawność nie jest jednak oczywisty i możliwy do przyjęcia bez zastrzeżeń. Szczególnie wątpliwości mogą wiązać się z kryteriami budującymi granicę pomiędzy typami nie zawierającymi *expressis verbis* znamienia braku zgody, którą zauważa się dopiero w procesie interpretacji, a typami czynów zabronionych będącymi w obszarze działania zgody wyłączającej bezprawność. Dla zilustrowania tych zastrzeżeń warto ponownie odwołać się do przywołanych wyżej przykładów<sup>12</sup>. Jak już wyżej zauważono, wskazuje się, że zgoda wyłącza możliwość realizacji typu polegającego na naruszeniu miru domowego, natomiast w przypadku zniszczenia mienia powoduje ona jedynie wyłączenie bezprawności. Czy rzeczywiście typy te różnią się tak zasadniczo, aby można było zakwalifikować je do dwóch odrębnych kategorii? Wskazuje się, że jeżeli prawny posiadacz mieszkania zgadza się na wejście innej osoby do mieszkania, to nie dochodzi do „wdarcia się”<sup>13</sup>. Kwalifikowanie zgody na zniszczenie mienia do kategorii zgody skutkującej wyłączeniem bezprawności uzasadnia się tym, iż „zgoda ta nie zmienia faktu, że rzecz faktycznie zniszczono i naruszono cudzą własność”<sup>14</sup>. Czy jednak temu wnioskowi można przypisać właściwość *differentia specifica*? Wydaje się, że w obszarze władztwa przysługującego właścicielowi nad określoną rzeczą leży prawo do jej zniszczenia lub też wyrażenia zgody na jej zniszczenie, o ile mieści się to w granicach prawa oraz zasadach

<sup>12</sup>Celowo pomijam tutaj problematykę art. 197 k.k., która będzie poruszana w dalszej części artykułu.

<sup>13</sup>S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 193; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit, s. 283.

<sup>14</sup>Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit, s. 283.

współzycia społecznego<sup>15</sup>. Nie zmienia to oczywiście faktu, że rzecz zostaje zniszczona, niemniej jednak, w przypadku naruszenia miru domowego, zgoda uprawnionego również nie zmienia faktu, że adresat zgody wszedł w obszar władztwa innej osoby. Zarówno w jednym, jak i w drugim przypadku, podmiot dysponował określonym dobrem i, w ramach swojej kompetencji, udzielił zgody na działanie dotyczące tego dobra. Różnica polega jedynie na ujęciu znamion. W typie czynu zabronionego polegającym na naruszeniu miru domowego pojawia się nacechowane pejoratywnie znamię „wdziera się”, co można rozumieć jako wejście wbrew woli uprawnionego. W art. 288 k.k. pojawia się słowo „niszczy”, które samo w sobie nie sugeruje istnienia lub też braku zgody na ową czynność. Ta różnica wydaje się być jednak zbyt mało wyrazista, by móc z przekonaniem mówić o podziale zgody na dwie kategorie z wykorzystaniem kryterium jej skutków.

Należy również zauważyć, że zaakceptowanie zaprezentowanych wyżej skutków podziału między *Einverständnis* i *Einwilligung*, przy założeniu, że akceptuje się umieszczenie zgody na współzycie płciowe na płaszczyźnie *Einverständnis* prowadziłoby do istotnych konsekwencji. Otóż, oznaczałoby to, że do zaistnienia zgody wystarcza wewnętrzne wola zgadzającego się (pkt 1), którego wiek i zdolność umysłowa nie ma znaczenia (pkt 2), a także na jej skuteczność nie wpływają tzw. braki woli (pkt 3).

Pozornie klarowny podział między zgodą wyłączającą istotę czynu (*Einverständnis*) oraz zgodą wyłączającą bezprawność (*Einwilligung*) budzi liczne kontrowersje również w niemieckiej doktrynie prawa karnego. Z jednej strony odrzuca się wskazany podział i przypisuje się zgodzie w każdym wypadku wyłączenie istoty czynu<sup>16</sup>, zaś drugi nurt krytyczny nie odrzuca w całości tego podziału, zaś podważa ostry podział warunków skuteczności zgody, przytoczony wyżej za Clausem Roxinem. Wedle przedstawicieli tego nurtu, przynajmniej przy *Einverständnis* nie da się ustalić jednolitych warunków jej skuteczności, a powinny być one konstruowane w zależności od specyficznej struktury

<sup>15</sup>J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2006, s. 66 i n.; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 169.

<sup>16</sup>Por. m. in. D. Kientzy, *Der Mangel am Straftatbestand infolge Einwilligung des Rechtsgutsträgers*, Tübingen 1970, s. 65 i n.; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, op. cit., s. 288.

konkretnego typu czynu zabronionego<sup>17</sup>. Pojawiają się także teorie rezygnujące z formułowania ogólnych warunków skuteczności zgody wyłączającej bezprawność<sup>18</sup>.

W polskiej doktrynie prawa karnego teorię opartą na odrzuceniu podziału między zgodą wyłączającą istotę czynu i zgodą wyłączającą bezprawność konstruuje Andrzej Zoll<sup>19</sup>. Otóż, autor ten zauważa, że określoność czynu, typizująca zachowanie społecznie szkodliwe, musi się składać nie tylko ze znamion wskazanych *expressis verbis* w przepisie części szczególnej kodeksu karnego, ale również ze znamion wynikających z całego systemu prawa karnego. Wobec tego, w ramy określoności czynu należy również wpisać znamiona określające dobra stanowiące wartość społeczną oraz znamiona opisujące reguły postępowania z danym dobrem. Do wyłączenia realizacji istoty czynu, a zatem do braku zrealizowania zachowania typowego, nawet jeżeli wypełnione zostały znamiona z przepisu części szczególnej kodeksu karnego, dochodzi, gdy dobro chronione nie zostało zaatakowane przez konkretny czyn bądź czyn ten nie naruszył reguły postępowania wobec danego dobra. Jak stwierdza Andrzej Zoll: „Dobro stanowiące wartość społeczną nie jest jednak znamieniem zawartym w ustawowym trzonie określoności czynu. Jest znamieniem, które musi być wyinterpretowane z treści całego trzonu ustawowego lub z systematyki kodeksowej, z kontekstu, w jakim znalazł się w ustawie karnej przepis zawierający dany trzon określoności”<sup>20</sup>. Co więcej, może zdarzyć się przypadek, kiedy zrealizowanie znamion typu, określonych w przepisie w części szczególnej, nie będzie jednocześnie zagrażało dobru stanowiącemu wartość społeczną. Andrzej Zoll dzieli takie przypadki na dwie kategorie. W ramach pierwszej z nich wskazuje, że zachowania służące ochronie jakiegoś dobra nie mogą być jednocześnie uznane za zagrażające temu dobru. Dla przykładu można wskazać tu udany zabieg leczniczy, który, naruszając nawet integralność ciała ludzkiego, nie może być uznany za czyn skierowany przeciwko zdrowiu. Konstruując drugą kategorię, szczególnie istotną z punktu widzenia niniejszego artykułu, autor zwraca uwagę, że w niektórych wypadkach dane dobro ma tylko wtedy wartość społeczną, gdy w jego ochronie zainteresowany jest dzierzyciel tego dobra. Andrzej Zoll nazywa je dobrami mającymi względną wartość społeczną.

<sup>17</sup>H.-H. Jescheck, Th. Weigand, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil*, 5 Aufl., Berlin 1996, s. 374.; C. Roxin, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I, Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4 Aufl. München 2006, s. 544; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, *op. cit.*, s. 289.

<sup>18</sup>G. Stratenwerth, L. Kuhlen, *Strafrecht. Allgemeiner Teil I. Die Straftat*, Köln-Berlin-München 2004, s.138-139; cyt. za: Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, *op. cit.*

<sup>19</sup>Rekonstrukcja teorii Andrzeja Zolla została dokonana w oparciu o książkę: A. Zoll, *Okoliczności ...*, *op. cit.*, Warszawa 1982, s. 86 - 95.

<sup>20</sup>A. Zoll, *Okoliczności ...*, *op. cit.*, s. 88

Jak już wyżej zauważono, ustawa może określić typ czynu zabronionego poprzez użycie znamienia takiego jak „bez zgody” lub „wbrew woli”. Znamiona te występują, kiedy typ czynu zabronionego dotyczy dobra o charakterze indywidualnym. W przypadku dóbr nie mających charakteru indywidualnego, podobną funkcję spełniają znamiona „bez zezwolenia” albo „wbrew warunkom zezwolenia”. Jakkolwiek, co podkreśla Andrzej Zoll, ustawa karna w wielu wypadkach nie posługuje się tymi znamionami, co jednak nie może oznaczać, że zgoda dzierżyciela dobra nie wpływa na ocenę czy czyn zagraża dobru stanowiącemu wartość społeczną<sup>21</sup>. Autor, w sporze między zwolennikami odróżniania dwóch odmian zgody dysponenta dobrem (wyłączającej istotę czynu oraz wyłączającej bezprawność) a zwolennikami jednolitego traktowania tej instytucji, opowiada się za drugą koncepcją, tj. przyjmującą jednolitą funkcję zgody dysponenta dobrem. Otóż, zgoda na zniszczenie dobra, nawet jeżeli dana norma nie chroni wyraźnie woli podmiotu, usuwa to dobro z zakresu dóbr chronionych daną normą. Wedle tej interpretacji, owa zgoda na zniszczenie dobra powoduje, iż dobro zostaje naruszone jedynie w sensie „fizykalnym”, natomiast nie dochodzi do naruszenia interesu społecznego będącego podstawą ochrony prawnokarnej. Wobec tego, zgoda wyłącza typowość zachowania, a nie tylko jego bezprawność<sup>22</sup>. Innymi słowy, podmiot wchodzący w obszar dobra za zgodą dysponenta tego dobra, nie wchodzi w ogóle w zakres typu czynu zabronionego, co oznacza, że jego czyn jest pierwotnie legalny. Andrzej Zoll wskazał następujące argumenty przemawiające za przyjętym stanowiskiem<sup>23</sup>:

- 1) w wypadku zgody dysponenta dobrem brak jest zespołu znamion odzwierciedlających wypowiedź normatywną zezwalającą na naruszenie dobra mającego wartość społeczną w celu ratowania lub uzyskania dobra mającego priorytet nad dobrem poświęconym. Ponadto, brak jest dobra, którego ratowanie lub uzyskanie mogłoby być celem działania sprawcy naruszenia poświęconego dobra. Należy zauważyć, że sprawca nie działa w celu uszanowania woli dzierżyciela dobra, ale w innym, nie mającym wpływu na skuteczność zgody celu;
- 2) legalność naruszenia dobra ma źródło w samej zgodzie, której skuteczność, w przypadku dóbr o względnej wartości społecznej, nie zależy od jej społecznej zasadności;
- 3) ponadto, należy odróżnić dobro mające wartość społeczną od „fizycznego” przedmiotu, z którym ta wartość jest związana. Andrzej Zoll wskazuje przykładowo problem

<sup>21</sup> A. Zoll, *Okoliczności ...*, op. cit., s. 92

<sup>22</sup> A. Zoll, *Okoliczności ...*, op. cit., s. 94

<sup>23</sup> *Ibidem*, s. 94.



zniszczenia rzeczy. Otóż, zniszczenie jakiegoś przedmiotu może powodować stratę społeczną, ale nie będzie stanowiło naruszenia własności, która jest w tym wypadku dobrem chronionym, gdyż w jej istocie mieści się prawo do swobodnego dysponowania przedmiotem własności.

W związku z powyższym, uprawnione jest twierdzenie, że zgoda dysponenta dobrem powoduje brak naruszenia realizacji ustawowej określoności czynu, bowiem nie dochodzi do naruszenia dobra. Zatem, legalność czynu w takiej sytuacji nie wymaga powoływania się na kontratyp<sup>24</sup>. Ponadto, zdaniem Andrzeja Zolla, wyrażenie znamion „bez zgody” wyraźnie w trzonie ustawowej określoności ma znaczenie jedynie procesowe. W takich sytuacjach wymagane jest bowiem przeprowadzenie każdorazowo dowodu co do zaistnienia tego znamienia. Jeżeli zaś znamie „bez zgody” nie jest wymienione, dowód co do wystąpienia zgody musi być przeprowadzony jedynie w razie wątpliwości, a ciężar dowodowy w zasadzie spoczywa na oskarżonym<sup>25</sup>. Problematyka dowodzenia zgody na gruncie typu czynu zabronionego zgwałcenia budzi liczne wątpliwości, o czym będzie mowa w dalszej części pracy.

Niezależnie od wyznawanej teorii roli zgody w strukturze przestępstwa, pamiętać należy, że zgoda może obejmować naruszenie jedynie dobra, którym jego dzierżyciel może dysponować. Jak zauważył Marian Cieślak, stojąc na gruncie rozróżniania zgody wyłączającej istotę czynu oraz zgodę wyłączającą bezprawność: „Ze względu na brak tego warunku wyłącznej dyspozycji dobrem nie jest kontratypem zgoda pokrzywdzonego w tych wypadkach, w których dany czyn – jako ustawowy typ czynu (jak np. zabójstwo, ciężkie uszkodzenie ciała, kazirodztwo) [...] – godzi bezpośrednio nie tylko w interes indywidualny, ale także w społeczny”<sup>26</sup>. Podobny pogląd wyraził Lech Gardocki, który wskazuje, jako jedną z przesłanek prawnej skuteczności zgody, wymóg, by zgoda dotyczyła dobra, którym osoba udzielająca zgody może swobodnie dysponować. Do katalogu tych dóbr autor zalicza: wolność, nietykalność cielesną, mienie oraz bezpieczeństwo<sup>27</sup>. Jak zauważa Lech Gardocki:

<sup>24</sup>A. Zoll, *Okoliczności ...*, op. cit., s. 95.

<sup>25</sup>*Ibidem*, s. 95.

<sup>26</sup>M. Cieślak, *Polskie prawo karne. Zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1995, s. 239.

<sup>27</sup>Marian Cieślak zalicza do tego katalogu także m. in. godność osobistą (por. M. Cieślak, *Polskie prawo karne ...*, op. cit., s. 239). Taki wniosek może uzyskać akceptację jedynie pod warunkiem, że dokona się wyraźnego podziału między godnością osobistą a godnością osobową, która jest przyrodzona i niezbywalna.

„większość dóbr prawnych nie może być bezkarnie naruszana, nawet za zgodą pokrzywdzonego”<sup>28</sup>.

Rozważając problematykę roli zgody w strukturze przestępstwa należy odwołać się także do zaproponowanego przez Mariana Cieślaka podziału kontratypów na bezwzględne i względne<sup>29</sup>. Kontratypy względne wyłączają tylko bezprawność kryminalną, powodując, że czyn wypełniający znamiona nie jest czynem zabronionym w rozumieniu prawa karnego, zaś kontratypy bezwzględne wyłączają każdą bezprawność, nie tylko karną. Autor zalicza prawnie skuteczną zgodę do zbioru kontratypów bezwzględnych, bowiem odpada tu społeczna racja zakazu. Lepsze zrozumienie tej problematyki może nastąpić przez sięgnięcie do teorii norm sprzężonych i jej aplikacji do prawa karnego. Zgodnie z tą teorią, z przepisu prawa karnego można wyprowadzić dwie normy: sankcjonowaną, wyrażającą powinność określonego zachowania się, oraz sankcjonującą, która wprowadza karalność naruszenia normy sankcjonowanej<sup>30</sup>. Norma sankcjonowana powinna być prakseologicznie wcześniejsza wobec normy sankcjonującej. Powinność wyrażona w normie sankcjonowanej nie musi od razu wiązać się z odpowiedzialnością karną (normą sankcjonującą), może bowiem mieć charakter *lex imperfecta* lub wiązać się z sankcjami prawa cywilnego. W świetle tego rozumienia norm prawa karnego można stwierdzić, że kontratypy bezwzględne wyłączają naruszenie normy sankcjonowanej, to jest nie dochodzi do zachowania, które może wejść w zakres oceny karnoprawnej, tj. w obszar obowiązywania normy sankcjonującej.

Uznając, że rozumienie funkcji zgody w strukturze przestępstwa zaproponowane przez Andrzej Zolla najlepiej oddaje rzeczywistą rolę tej konstrukcji, nie można jednocześnie odrzucić lub uznać za niezasadną koncepcji wyróżniającej dwie funkcje zgody. Zasadniczą wartością tej koncepcji jest wskazanie, że waga poszczególnych dóbr będących w dyspozycji określonego podmiotu nie jest taka sama, ponieważ część ma charakter bardziej indywidualny, zaś w ochronie innych w większej proporcji zainteresowane jest także społeczeństwo, co nie oznacza, że dysponent nie może podejmować co do nich określonych decyzji. Jak już wyżej wspomniano, wyjątkiem są oczywiście dobra wyłączone z zakresu władztwa podmiotu, którego dotyczą.

<sup>28</sup> L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2006, s. 125.

<sup>29</sup> M. Cieślak, *Polskie prawo karne ...*, op. cit., s. 218.

<sup>30</sup> M. Królikowski, R. Zawłocki, *Wprowadzenie*, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 40.

## Konstrukcja zgody dysponenta dobrem

Założeniem niniejszego artykułu nie jest omawianie konstrukcji zgody dysponenta dobrem, która ma bardzo złożoną strukturę, niemniej dla pełnego zrozumienia tematu konieczne wydaje się chociaż skrótowe zaprezentowanie tego zagadnienia<sup>31</sup>. Problematyka tej konstrukcji jest przedmiotem licznych interesujących debat i sporów w doktrynie anglosaskiej, wobec czego wydaje się, że zaprezentowane tam koncepcje zasługują na szczególną uwagę. Zgoda dysponenta dobrem i jej wykorzystanie na gruncie prawa karnego ma swoje źródło w relacji do jednostki, polegającej na respektowaniu jej autonomii<sup>32</sup>. Z zasady tej wynika prawo jednostki do decydowania o roli i przeznaczeniu dóbr jej dotyczących – w granicach przewidzianych prawem – i w tym zakresie do podejmowania decyzji o pozwoleniu innej osobie na wkroczenie w obszar dobra objętego autonomią.

Konstrukcję zgody należy rozpatrywać dwupłaszczyznowo, tj. w obszarze faktycznym (prakseologicznie pierwotnym) oraz obszarze normatywnym<sup>33</sup>. W ramach obszaru faktycznego analizuje się zgodę jako zjawisko społeczne, pewien fakt, który miał miejsce w relacjach międzyludzkich. Odwołanie się do płaszczyzny normatywnej pozwala nam natomiast na ocenę prawnej relewantności zgody. Innymi słowy, przeprowadzenie analizy właściwej dla obszaru normatywnego prowadzi do wniosku czy przewidziana prawem rola zgoda (jej zaistnienie stwierdzono bowiem już na płaszczyźnie faktycznej) zaktualizuje się w konkretnym przypadku.

W literaturze wskazuje się trzy podstawowe podejścia do rozumienia zgody na płaszczyźnie faktycznej<sup>34</sup>:

- 1) podejście wewnętrzne (*a subjective view*), polegające na badaniu zjawiska zgody z punktu widzenia stanu psychicznego osoby wyrażającej zgodę. O zaistnieniu zgody można wtedy mówić, o ile zaistniała ona w psychice jednostki, została przez nią

<sup>31</sup>Więcej na ten temat: A. Wertheimer, *Consent to Sexual Relations*, Cambridge 2003; P. Westen, *The Logic of Consent*, Aldershot 2004.

<sup>32</sup>J. McGregor, *Is It Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*, Aldershot 2005, s. 124.

<sup>33</sup>Koncepcję ontologii zgody w oparciu o zaprezentowane tu ujęcie dwustopniowe konstruuje Peter Westen (por. P. Westen, *The Logic ...*, *op. cit.*).

<sup>34</sup>P. Westen, *The Logic ...*, *op. cit.*, s. 144; J. McGregor, *Is It Rape? ...*, *op. cit.*, s. 116; D. Husak, *The Complete Guide to Consent to Sex: Alan Wertheimer's Consent to Sexual Relations*, w: „Law and Philosophy” 2006, nr 25

„przeżyta”. W myśl tej teorii nie jest konieczne okazanie zgody lub też jej braku na zewnątrz.

2) podejście zewnętrzne (*a performative view*), rozumiane jako przeniesienie problematyki zgody z płaszczyzny subiektywnego przeżycia jednostki na płaszczyznę ekspresji, tj. aktu zewnętrznego, możliwego do bezpośredniego odczytania przez inną osobę. Innymi słowy, jest to zespół zachowań werbalnych i niewerbalnych stanowiących o zgodzie podmiotu.

3) podejście mieszane (*a hybrid view*), zgodnie z którym na zgodę składa się zachowanie podjęte przez człowieka mające umocowanie w woli wyrażenia zgody.

Jak słusznie wskazuje Peter Westen, żadna z tych koncepcji nie jest z góry predestynowana do pełnienia charakteru normatywnego<sup>35</sup>. Na ustawodawcy spoczywa natomiast ciężar wyboru jednej z tych koncepcji i obudowania jej takimi elementami, które pozwolą na uniknięcie negatywnych zjawisk wiążących się z każdą z nich.

Z płaszczyzną normatywną zgody, poza wyborem jednej z koncepcji odczytanych w jej obszarze faktycznym, wiąże się zagadnienie przesłanek prawnej relewantności zgody, w doktrynie anglosaskiej nazywanych przesłankami skuteczności zgody (*principles of valid consent*)<sup>36</sup>. Można do nich zaliczyć<sup>37</sup>:

- 1) podstęp, w ramach którego wyróżnia się podstęp co do faktów (*fraud in the factum*), kiedy ofiara wprowadzana jest w błąd co do czynności względem jej osoby, oraz podstęp co do okoliczności motywacyjnych (*fraud in the inducement*).
- 2) przymus, polegający na spowodowaniu przez podmiot A wyrażenia zgody przez podmiot B w następujących okolicznościach:
  - a) A straszy B, że pogorszy sytuację B,
  - b) A straszy B, że pogorszy swoją sytuację, np. popełni samobójstwo,
  - c) C straszy B, że pogorszy sytuację B, jeżeli ten nie podejmie zachowania oczekiwanego przez A,
  - d) A straszy B, że pogorszy sytuację D.

<sup>35</sup>P. Westen, *The Logic ...*, *op. cit.*, s. 160.

<sup>36</sup>A. Wertheimer, *Consent ...*, *op. cit.*, s. 2 i n. Autor dzieli dodatkowo przesłanki na przesłanki skuteczności zgody w obszarze prawnym (*principles of valid consent for the law*) oraz moralnym (*principles of valid consent for morality*).

<sup>37</sup>Por. m. in. A. Wertheimer, *Consent ...*, *op. cit.*, s. 163-257; J. McGregor, *Is It Rape? ...*, *op. cit.*, s. 163-194, D. Husak, *The Complete Guide to Sex ...*, *op. cit.*, s. 277-281; *Discussion Paper on Rape and Other Sexual Offences*, [http://www.scotland.gov.uk/downloads/dp131\\_rape.pdf](http://www.scotland.gov.uk/downloads/dp131_rape.pdf) [dostęp: 6.7.2010 r.] .

3) udzielenie zgody przez osobę do tego niezdolną, tj. nieświadomej otaczającej ją rzeczywistości, okoliczności wpływających na wyrażenie zgody, a także konsekwencji, jakie mogą się z tym wiązać. O braku zdolności do wyrażenia zgody może świadczyć wiek, niepełnosprawność umysłowa oraz wpływ środków odurzających.

### **Konstrukcja typu czynu zabronionego zgwałcenia**

Zgwałcenie w swoim typie podstawowym polega na doprowadzeniu innej osoby do obcowania płciowego z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem. Indywidualnym przedmiotem ochrony w art. 197 jest wolność seksualna. Marek Bielski zauważa, że jest to wolność od nacisków dotyczących podejmowania decyzji w sferze życia seksualnego człowieka<sup>38</sup>. Ponadto, autor wskazuje, że: „Artykuł 197 chroni przed przełamującymi opór ofiary naciskami w formie przymusu fizycznego w postaci przemocy oraz przymusu psychicznego w postaci groźby bezprawnej. Artykuł 197 chroni także wolność od podstępnego doprowadzenia do czynności seksualnych, które to zachowanie sprawcy wyłącza opór ofiary podejmującej decyzje co do kontaktu seksualnego na podstawie błędnych przesłanek motywacyjnych”<sup>39</sup>. Wykorzystanie wskazanych środków jest równoznaczne z niemożliwością podjęcia przez ofiarę swobodnej decyzji dotyczącej swojego życia seksualnego.

Podobny pogląd w przedmiocie indywidualnego przedmiotu ochrony w omawianym typie czynu zabronionego wyraził Marian Filar, który, prowadząc swoje rozważanie jeszcze na gruncie art. 168 k.k. z 1969 r., również identyfikuje go jako wolność seksualną<sup>40</sup>. W swoim opracowaniu na temat przestępstw seksualnych w polskim prawie karnym, autor wskazał, że wolność w ujęciu prawnokarnym może być rozumiana jako wolność „od czegoś” lub wolność „do czegoś”, przy czym systematyka art. 168 k.k. z 1969 r. miała sugerować, że przedmiotem ochrony była wolność do określonego zachowania się, a zatem swoboda dyspozycji seksualnej, czy też swoboda dyspozycji własnym ciałem<sup>41</sup>. Autor zauważa jednak, że: „Życie płciowe obwarowane jest licznymi zakazami i nakazami moralno-obyczajowymi, a

<sup>38</sup>M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz, t. II*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 575.

<sup>39</sup>*Ibidem*, s. 575.

<sup>40</sup>Art. 168 § 1 k.k. z 1969 r. w brzmieniu: „Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do poddania się czynowi nierządному lub do wykonania takiego czynu, podlega karze pozbawienia wolności od roku do 10 lat”.

<sup>41</sup>M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 36-37.

co za tym idzie i prawnymi, i mimo zmian w tym zakresie daleko jednak do stanu, w którym życie to byłoby wolne od jakichkolwiek zakazów czy nakazów społeczno-prawnych i uzależnione jedynie od woli indywidualnego jego dysponenta”. Dalej autor stwierdza: „W tym stanie rzeczy tzw. >>wolność seksualna<< nie stanowi żadnej integralnej, samej w sobie wolności >>do<<, lecz jest po prostu jednym ze składników panującej obyczajowości seksualnej. Jednym z zasadniczych kanonów tej obyczajowości jest natomiast zakaz osiągnięcia stosunków seksualnych w drodze przymusu lub innych metod uznanych za niedozwolone, czyli wolność >>od<< tych metod. Zakaz stosowania tych metod jest więc częścią obyczajowości seksualnej”<sup>42</sup>. W nowszym opracowaniu, opartym już o art. 197 k.k., Marian Filar stwierdził *expressis verbis*, że przedmiotem ochrony rodzajowej jest tu wolność od wszelkich form przymusu w sferze życia seksualnego<sup>43</sup>. Nie wdając się w rozważania nad zasadnością pozbawiania wolności „od” cechy samodzielności, należy zauważyć, że zdaniem Mariana Filara desygnatem indywidualnego przedmiotu ochrony jest w tym przypadku wolność seksualna<sup>44</sup>.

Wobec powyższego, można bez większych wątpliwości stwierdzić, że dobrem prawnym chronionym w art. 197 k.k. jest wolność seksualna, rozumiana jako wolność od nacisków w przedmiocie podejmowania decyzji dotyczących życia seksualnego.

Jakkolwiek, konstatacja ta uprawnia już do pewnych konkluzji w zakresie zbudowania rozstrzygnięcia w zakresie kształtu relacji między zgodą a typem czynu zabronionego zgwałcenia, zasadne wydaje się przeanalizowanie wpiętych znamion opisanych jako przemoc, podstęp i groźba bezprawna, co pozwoli na pełniejsze zrekonstruowanie problemu.

Przemoc można zdefiniować jako oddziaływanie siłą fizyczną na osobę albo na rzecz w celu wpłynięcia na czyjś proces decyzyjny. Przemoc może być skierowana nie tylko wobec ofiary, na której proces decyzyjny sprawca chce wpłynąć, ale także wobec osoby trzeciej lub

<sup>42</sup>M. Filar, *Przestępstwa seksualne ...*, *op. cit.*, s. 37-38.

<sup>43</sup>M. Filar, *Komentarz do rozdziału XXV kodeksu karnego*, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. Oktawia Górniok, Warszawa 2006, s. 641.

<sup>44</sup>M. Bielski podkreśla istotną funkcję obyczajowości seksualnej, która jest dobrem o charakterze ogólnym (ponadindywidualnym), wskazując jednak, że jest to dobro naruszane równolegle z wolnością seksualną (tak jest w przypadku art. 197 k.k.) lub też samodzielnie (por. M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, *op. cit.*, s. 569-570). Podobne wnioski konstruuje M. Filar, *Komentarz do rozdziału XXV kodeksu karnego*, *op. cit.*, s. 641). Na wolność decydowania o swoim życiu seksualnym, jako indywidualny przedmiot ochrony w art. 197 k.k., wskazują także m. in. M. Bojarski (M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2004, s. 449) oraz L. Gardocki (L. Gardocki, *Prawo karne*, *op. cit.*, s. 250).

rzeczy, pod warunkiem że może to wpłynąć na decyzję ofiary, np. sprawca bije dziecko ofiary, ażeby skłonić ją do podjęcia z nim obcowania płciowego<sup>45</sup>. W doktrynie pojawiały się również stanowiska, wedle których oddziaływanie sprawcy musi być ukierunkowane na ciało ofiary, bowiem w przeciwnym razie nie można mówić o zaistnieniu zgwałcenia<sup>46</sup>. Pogląd ten jest jednak nieuzasadniony, bowiem ani art. 168 k.k. z 1969 r. ani art. 197 k.k. nie wyrażają wymogu tożsamości podmiotu, wobec którego zostaje wyrażona przemoc, z podmiotem, którego wolność seksualna jest naruszana<sup>47</sup>. Z poruszoną tu problematyką oddziaływania na rzecz wiąże się jednak jeszcze inne zagadnienie, mianowicie pytanie o konieczność uwzględnienia proporcji dóbr. Otóż, czy wartość rzeczy (materialna lub sentymentalna) ma jakieś znaczenie w ocenie czy do obcowania płciowego doprowadzono przemocą. Co więcej, czy w ogóle zgwałceniem można nazwać stan faktyczny, w którym ofiara podejmuje się obcowania płciowego z powodu zniszczenia przez sprawcę jakiegoś przedmiotu, nawet bardzo wartościowego. Wydaje się, że odpowiedź może być pozytywna, o ile uzna się, że sprawca w ten sposób generuje obawy ofiary, a nawet oddziałuje na nią przemocą za pośrednictwem rzeczy, co może być ustalone dopiero na gruncie konkretnego stanu faktycznego<sup>48</sup>. Wobec tego, można wskazać dwa rodzaje przemocy, tj. przemoc bezpośrednio prowadzącą do obcowania płciowego (sprawca rozpoczyna obcowanie płciowe nie zważając na opór ofiary) oraz przemoc mającą skłonić ofiarę do obcowania płciowego (sprawca skłania ofiarę do rezygnacji z oporu chociażby poprzez pobicie lub też zniszczenie rzeczy)<sup>49</sup>. Zaproponowany tu podział na dwa rodzaje przemocy ma szczególne znaczenie z punktu widzenia wzmiankowanej wyżej konstrukcji zgody oraz jej dwóch płaszczyzn, tj. faktycznej

<sup>45</sup>M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, op. cit., s. 589.

<sup>46</sup>J. Leszczyński, *Przestępstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973, s. 61-67; także J. Wawrowski, wskazujący, iż bardziej przekonujący wydaje się pogląd, że przemoc może być stosowana wyłącznie względem człowieka (por. J. Wawrowski, *Przestępstwo z użyciem przemocy – przemoc, a przemoc wobec osoby*, „Przegląd Sądowy” 2007 r., nr 6, s. 122). Podobnie A. Marek, zdaniem którego trudno zaaprobować pogląd, że środkiem prowadzącym do zgwałcenia może być przemoc skierowana na rzecz i polegająca na jej zaborze, zniszczeniu lub uszkodzeniu. Jak wskazuje A. Marek: „Wprawdzie w art. 197 § 1 użyto ogólnego określenia >>przemoc<<, a nie >>przemoc wobec osoby<< (jak w art. 191), jednakże uwzględnić należy charakter przestępstwa zgwałcenia, w tym brak aksjologicznej proporcji między utratą rzeczy, nawet cennej, a wartością wolności seksualnej i integralności cielesnej” (por. A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 384).

<sup>47</sup>M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, op. cit., s. 590.

<sup>48</sup>Podobne uwagi podnosi M. Filar na gruncie znamienia groźby bezprawnej (por. M. Filar, *Przestępstwa seksualne ...*, op. cit., s. 48).

<sup>49</sup>Wskazane tu rodzaje przemocy nie mogą być utożsamiane z podziałem zaprezentowanym przez M. Bielskiego (por. M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, op. cit., s. 589). Otóż, autor ten dzieli przemoc na przemoc bezpośrednią (ukierunkowaną wobec osoby) oraz przemoc pośrednią (wobec rzeczy). Owa przemoc bezpośrednia zawiera sobie zarówno przemoc bezpośrednio prowadzącą do obcowania płciowego oraz przemoc mającą skłonić ofiarę do podjęcia obcowania płciowego. Natomiast, w ramach podziału zaprezentowanego w niniejszym artykule, przemoc wobec rzeczy jest uwzględniana w ramach przemocy mającej skłonić ofiarę do podjęcia obcowania płciowego.

oraz normatywnej. Nakładając tę strukturę rozumienia zgody na wskazywany tu podział rodzajów przemocy, należy stwierdzić, że w przypadku przemocy bezpośrednio prowadzącej do obcowania płciowego nie można mówić o zgodzie w ogóle, natomiast w przypadku przemocy mającej skłonić ofiarę do obcowania płciowego można mówić o zgodzie faktycznej, która, właśnie ze względu na zastosowaną przemoc, nie uzyska miana zgody prawnie relewantnej.

Jak już wyżej zostało wspomniane, przemoc sprawcy wiąże się z oporem ofiary. Jak zauważa Marek Bielski, do przyjęcia, że doszło do zastosowania przemocy, nie wystarczy wykazanie użycia siły fizycznej, ale konieczne jest wykazanie oporu ofiary, którego przełamanie nastąpiło w wyniku zastosowania przemocy lub jej użycie uniemożliwiło zmanifestowanie oporu<sup>50</sup>. Autor, pod pojęciem oporu rozumie zmanifestowany zewnętrznie sprzeciw ofiary wobec czynności, do której użyta siła ma ją przymusić. Nie można jednak zgodzić się z Markiem Bielskim, gdy stwierdza, że: „Braku oporu w świetle znamion art. 197 nie należy utożsamiać ze zgodą na podjęcie czynności seksualnej, gdyż wyrażenie takiej zgody oznacza, iż nie dochodzi do ataku na dobro prawne w postaci wolności seksualnej”<sup>51</sup>. Autor nie tłumaczy dlaczego funkcja zgody polegająca na wyłączeniu ataku na dobro prawne, nie pozwala na utożsamianie zgody z brakiem oporu. Jak już wyżej wskazywano, brak oporu, w zależności od przyjętego ujęcia zgody, nie musi być równoznaczny z jej udzieleniem, niemniej jednak bez wątpienia może być przesłanką prowadzącą do takiego wniosku. Jeżeli zaś chodzi o skutki zgody – autor wskazuje brak naruszenia dobra prawnego – to, niezależnie od przyjętej koncepcji roli zgody w strukturze przestępstwa zgwałcenia, wystąpią one dopiero po spełnieniu warunków prawnej relewantności zgody. Rację ma jednak Marek Bielski, gdy konstatuje, że nie ma znaczenia forma uzewnętrznienia oporu wobec sprawcy o ile tylko obiektywnie może być rozumiana jako brak zgody na czynność seksualną<sup>52</sup>. Słuszne wydaje się stanowisko Mariana Filara, gdy stwierdza, że fundamentalną cechą odbioru przez ofiarę zachowania sprawcy jest brak zgody na zachowanie się sprawcy<sup>53</sup>. Wydaje się jednak, że brak

<sup>50</sup>Zdaniem J. Wawrowskiego do stwierdzenia użycia przemocy wystarczy działanie sprawcy w celu przełamania woli oporu ofiary (por. J. Wawrowski, *Przestępstwa z użyciem przemocy ...*, *op. cit.*, s. 124). Pogląd nie jest o tyle łatwy do zaakceptowania, że sprawcy trudno jest rozpoznać (często może to być niemożliwe) samą wolę oporu dopóki, dopóty nie urzeczywistni się ona już w formie aktu oporu, np. sprzeciwu werbalnego.

<sup>51</sup>M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, *op. cit.*, s. 590.

<sup>52</sup>Nie jest niezbędne stawianie oporu fizycznego, natomiast za akt oporu uznany może być sprzeciw werbalny, prośba skierowana do sprawcy, krzyk płacz (por. M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, *op. cit.*, s. 591). Podobnie: wyrok SA w Krakowie z dnia 15 lutego 1996 r., II AKa 2/96, KZS 1996, z. 3, poz. 22 z glosą J. Gurgula, Prokuratura i Prawo 1997, nr 2; wyrok SN z dnia 14 czerwca 2006 r., WA 19/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1243; wyrok SN z dnia 26 lipca 2001 r., V KKN 95/99, Lex nr 51671.

<sup>53</sup>M. Filar, *Przestępstwa seksualne*, *op. cit.*, s. 46.



zgody należy wiązać przede wszystkim z decyzją negatywną ofiary, bowiem brak decyzji pozytywnej, innymi słowy obojętność, nie powinien być utożsamiany z brakiem zgody. Ofiara, nie podejmując decyzji negatywnej, zakłada w swojej świadomości ewentualność podjęcia obcowania płciowego, a zatem w takim przypadku nie dojdzie do naruszenia dobra chronionego w postaci wolności seksualnej.

Doprowadzenie innej osoby od obcowania płciowego może nastąpić także z użyciem groźby bezprawnej. Zgodnie zaś z art. 115 § 12 k.k., groźbą bezprawną jest zarówno groźba, o której mowa w art. 190 k.k. (groźba karalna), jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Nie stanowi groźby bezprawnej zapowiedź postępowania karnego, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem. Istotą groźby bezprawnej jest to, aby wzbudziła w zagrożonym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona<sup>54</sup>. Oceny powstania owej uzasadnionej obawy dokonuje się w oparciu o zobiektywizowane kryterium indywidualne. Otóż, obawa jest uzasadniona, o ile „każdy człowiek o podobnej do zagrożonego osobowości i w podobnej sytuacji odczuwałby obawę przed taką groźbą”<sup>55</sup>.

Zauważyć należy, że przy ocenie realności groźby decydującym jest nie rodzaj dobra, którego naruszeniem sprawca grozi, lecz spowodowane tą groźbą natężenie strachu ofiary i jego wpływ na jej proces motywacyjny<sup>56</sup>. Wobec tego uzasadnione jest twierdzenie, że sprawca nie musi ukierunkowywać działania będącego emanacją groźby bezpośrednio na ciało ofiary, lecz może wypowiedzieć swoją groźbę „za pośrednictwem rzeczy”, a więc pozornie tylko ograniczyć swoją groźbę do zniszczenia rzeczy, aby w ten sposób wpłynąć na przebieg procesu motywacyjnego ofiary i skłonić ją do obcowania płciowego<sup>57</sup>. Niemniej jednak, wydaje się, że wartość dobra, na które bezpośrednio jest ukierunkowana groźba, nie może pozostać bez znaczenia. W takiej sytuacji, niezależnie od obiektywnej wartości rzeczy, konieczne jest odwołanie do wspomnianego już wyżej zobiektywizowanego kryterium indywidualnego.

<sup>54</sup>J. Majewski, *Komentarz do art. 115 § 12 k.k.*, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, t. I*, red. A. Zoll, Warszawa 2007, s. 1213.

<sup>55</sup>Wyrok SN z dnia 9 grudnia 2002 r., IV KKN 508/99, Lex nr 75496; por. też M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, *op. cit.*, s. 592.

<sup>56</sup>M. Filar, *Przestępstwa seksualne ...*, *op. cit.*, s. 48.

<sup>57</sup>M. Filar, *Przestępstwa seksualne ...*, *op. cit.*, s. 48.

Dokonanie przestępstwa zgwałcenia może nastąpić także poprzez użycie podstęp. Podstęp, inaczej niż przemoc lub groźba bezprawna, nie jest zorientowany na przełamanie oporu ofiary z pomocą przymusu, ale na wprowadzenie ofiary w błąd lub też wykorzystanie jej błędu w sposób umożliwiający doprowadzenie jej do obcowania płciowego<sup>58</sup>. W polskiej doktrynie wyróżnia się dwa ujęcia podstępu. Ujęcie wąskie polega na uznaniu, że podstępem jest wywołanie lub wykorzystanie błędu ofiary w obszarze przesłanek motywacyjnych mających znaczenie w procesie podejmowania decyzji dotyczącej zaangażowania seksualnego. Na ujęcie szerokie natomiast składa się poprzedzone lub wprowadzeniem w błąd lub wykorzystaniem błędu ofiary doprowadzenie do stanu, w którym ofiara pozbawiona jest możliwości ukierunkowywania swoich zachowań seksualnych z powodu wyłączenia aparatu decyzyjnego<sup>59</sup>.

Ofiara podstępu w sposób dobrowolny podejmuje decyzję w obszarze swojej seksualności, niemniej jednak najprawdopodobniej nie podjęłaby się obcowania płciowego ze sprawcą, gdyby ten nie wpłynął na jej proces decyzyjny przez wprowadzenie jej w błąd lub utwierdzenie w błędzie. Taki sposób działania sprawcy opisują takie stany faktyczne, jak np. lekarz ginekolog doprowadzający kobietę do obcowania płciowego pod pretekstem badań ginekologicznych, czy też mężczyzna podejmujący w nocy współżycie płciowe z żoną swojego brata bliźniaka, podczas gdy ta pozostaje w oczywistym błędzie co do tożsamości partnera. Do podstępu w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. nie dojdzie, gdy ofiara pozostaje w błędzie jedynie co do ubocznych motywów podjętej decyzji<sup>60</sup>. Jak zauważa Marek Bielski: „Odróżnienie błędu istotnego od błędu nieistotnego w tym wypadku 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”<sup>61</sup>. Nie dochodzi zatem do zgwałcenia na przykład, gdy kobieta odbyła stosunek płciowy pod wpływem obietnicy małżeństwa, która nie została później spełniona<sup>62</sup>.

<sup>58</sup>M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k., op. cit.*, s. 593.

<sup>59</sup>M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k., op. cit.*, s. 593; M. Filar, *Przestępstwa seksualne ..., op. cit.*, s. 49, M. Filar, *Komentarz do art. 197 k.k., w: Kodeks karny. Komentarz*, red. Oktawia Górniok, Warszawa 2006, s. 644; B. Kurzepa, *Głosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Rzeszowie z dnia 17 października 2002 r., II AKa 96/02*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2005, z. 3, poz. 43; por. też wyrok SN z dnia 27 maja 1985 r., II KR 86/95, OSNPG 1985, nr 12, poz. 152.

<sup>60</sup>Wyrok SN z dnia 26 września 1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 229.

<sup>61</sup>M. Bielski, *Komentarz do art. 197 k.k., op. cit.*, s. 595.

<sup>62</sup>M. Filar, *Przestępstwa seksualne ..., op. cit.*, s. 50.

Jak już wyżej zauważono, w polskiej doktrynie prawa karnego, za podstępne uznaje się także działania, oparte na wprowadzeniu w błąd lub wykorzystaniu błędu, prowadzące do wyłączenia możliwości podejmowania decyzji przez sprawcę albo pozbawienie sprawcy możliwości stawiania oporu. Przykładowo można wskazać podanie nieświadomej ofierze „tabletki gwałtu” lub też skrępowanie jej ruchów podczas zabawy, względnie poddanie hipnozie i następnie doprowadzenie do obcowania płciowego.

Ocena działań podstępnych powinna następować z uwzględnieniem kryterium indywidualno-objektywnego. Przykładowo, Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 26 września 1974 r. stwierdził, że: „Istotą podstępu w rozumieniu art. 168 § k.k. jest podjęcie takich oszukańczych zabiegów, które zdolne są doprowadzić nawet rozważną, przestrzegającą zasad obyczajności kobietę do poddania się czynowi nierządному. Nie stanowi przeto takiego podstępu nakłanianie pełnoletniej, znającej działanie alkoholu kobiety do picia napojów alkoholowych, chociażby nakłaniający miał na celu odbycie z odurzoną alkoholem stosunku płciowego”<sup>63</sup>. Inną konstatację przyjął Sąd Najwyższy na gruncie stanu faktycznego z udziałem niedoświadczonej życiowo uczennicy<sup>64</sup>. Wobec tego, za zgwałcenie można uznać takie sytuacje, gdy kobieta nie jest świadoma oddziaływania na jej organizm środkami odurzającymi lub też ma taką świadomość, ale ze względu na oczywisty brak doświadczenia życiowego (np. ze względu na swój wiek) nie zdaje sobie sprawy ze skutków działania tych środków.

Dokonane wyżej omówienie problematyki dobra chronionego oraz znamion przemocy, groźby bezprawnej i podstępu pozwala na podjęcie próby umiejscowienia zgody w strukturze przestępstwa zgwałcenia, a także opisanie relacji między koncepcją zgody a znamionami typu czynu zabronionego zgwałcenia. Taka perspektywa powinna wskazać odpowiedź na pytanie czy instrument w postaci zgody jest adekwatny do konstrukcji art. 197 k.k., a zatem czy posługiwanie się nim jest uzasadnione.

### **Relacja zgody do znamion typu czynu zabronionego zgwałcenia**

Wyróżniono wyżej dwie różne funkcje instrumentu jakim jest zgoda dysponenta dobrem, tj. zgodę powodującą nie wyczerpanie znamion czynu zabronionego (*Einverständnis*) oraz zgodę wyłączającą bezprawność czynu (*Einwilligung*). Jakkolwiek podział ten nie jest powszechnie

<sup>63</sup>Wyrok SN z dnia 26 września 1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 229.

<sup>64</sup>Wyrok SN z dnia 8 lipca 1983 r., IV KR 124/83, OSNKW 1984, nr 1, poz. 13.

akceptowany i stanowi przedmiot krytyki również w polskiej doktrynie, to jednak w obszarze problemowym niniejszego artykułu nie mieści się konieczność ostatecznego rozstrzygnięcia na rzecz jednej z teorii, bowiem typ czynu zabronionego zgwałcenia skodyfikowany w art. 197 k.k. jest w przeważającej mierze zgodnie umiejscawiany na płaszczyźnie *Einverständnis*<sup>65</sup>. Oznacza to, że ewentualna zgoda dysponenta dobrem ma powodować nie wyczerpanie znamion czynu zabronionego.

Wolność seksualna rozumiana jako wolność od wkraczania w sferę seksualną osoby wbrew jej woli może, bez większych wątpliwości, być zakwalifikowana do katalogu dóbr prawnych pojmowanych indywidualistycznie, służących nieskrępowanej samorealizacji jednostki. Co więcej, swobodny wybór jednostki w zakresie osób i zachowań akceptowanych przez nią w obszarze życia seksualnego stanowi podkreślenie jej autonomii. Bez wątpienia, jeżeli mielibyśmy rozpatrywać wolność seksualną od strony pozytywnej, tj. „wolność do”, należałoby wskazać jej granice, oparte w szczególności na wolności innych osób oraz panujących normach obyczajowych. Jak już jednak wyżej zwrócono uwagę, art. 197 k.k. ma na celu ochronę „wolności od”. Wobec tego, można stwierdzić, że dobro prawne w postaci wolności seksualnej ma tylko wtedy wartość społeczną, gdy w jego ochronie zainteresowany jest dzierżyciel tego dobra. Zatem, za Andrzejem Zollem, możemy je nazwać dobrem mającym względną wartość społeczną<sup>66</sup>.

Mając już świadomość możliwego miejsca i funkcji zgody dysponenta dobrem w strukturze przestępstwa zgwałcenia, należy zastanowić się, czy rzeczywiście instrument ten odgrywa w tym wypadku rzeczywiście taką rolę, jaką mu się przypisuje. Zbigniew Jędrzejewski stwierdza, że: „Nie ma realizacji istoty czynu zgwałcenia (art. 197 k.k.; § 177 StGB), jeżeli kobieta zgadza się na stosunek płciowy”<sup>67</sup>. Konkluzja ta pozornie wydaje się być oczywista, niemniej jednak na gruncie polskiego prawa karnego wiąże się z nią wiele wątpliwości. Nie wystąpiłyby one, a już na pewno nie w takim natężeniu, gdyby polski ustawodawca karny zastosował metodę regulacji powszechną w systemach anglosaskich. Wskazać można regulację kodeksu karnego stanu Nowy Jork, wedle którego przestępstwo seksualne ma miejsce, gdy mężczyzna podejmuje obcowanie płciowe bez zgody kobiety.

<sup>65</sup>Por. m. in. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, *op. cit.*, s. 283; A. Spotowski, *Zezwolenie uprawnionego ...*, *op. cit.*, s. 83, a także A. Zoll, który nie odnosi się bezpośrednio do problematyki zgwałcenia, niemniej jednak odrzuca podział funkcji zgody (por. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające ...*, *op. cit.*, s. 88-95).

<sup>66</sup>A. Zoll, *Okoliczności wyłączające ...*, *op. cit.*, s. 89-90.

<sup>67</sup>Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu ...*, *op. cit.*, s. 283.

Również w Kanadzie czynem zabronionym jest obcowanie płciowe z drugą osobą bez jej zgody. Wobec takiego sposobu ujęcia czynu zabronionego, nie można mieć wątpliwości, że brak zgody jest warunkiem przypisania komuś czynu zabronionego. Prawna relewantność zgody jest natomiast oceniana z punktu widzenia przesłanek wskazanych w ustawie lub wypracowanych w orzecznictwie. Zupełnie odmienną koncepcję skonstruowania typu czynu zabronionego zgwałcenia przyjęto w polskim prawie karnym. Otóż ani w typie podstawowym, ani w typach kwalifikowanych nie wyrażono wprost znamienia zgody. W art. 197 § 1 k.k. wskazano, że doprowadzenie do obcowania płciowego musi nastąpić z użyciem przemocy, groźby bezprawnej lub podstępem. Zatem, z jednej strony ustawodawca *expressis verbis* wskazał owe znamiona, zaś z drugiej strony doktryna prawa karnego wprowadza dodatkowo zagadnienie zgody dysponenta dobrem. Zetknięcie się znamion czynności sprawczej oraz konstrukcji zgody prowadzi do *prima facie* niezauważalnej kolizji. Jak już wskazano wyżej, zgoda dysponenta dobrem jest conceptem o dość skomplikowanym charakterze, składa się z płaszczyzny faktycznej oraz nałożonych na nią wymogów normatywnych. Zgoda, dla zyskania miana prawnej relewantności musi być podjęta w sposób wolny od przymusu, podstępem oraz przez osobę do tego zdolną. Wobec tego, powstaje pytanie, czy rozpatrując stan faktyczny zakwalifikowany z art. 197 § 1 k.k. należy oddzielnie badać przesłanki prawnej relewantności zgody i znamiona czynności sprawczej, a może w tym wypadku znamiona czynności sprawczej pełnią jednocześnie funkcję warunków relewantności zgody. Wskazane tu zagadnienie nie ma charakteru jedynie akademickiego, a jego rozstrzygnięcie niesie za sobą istotne konsekwencje.

Utożsamienie warunków prawnej relewantności zgody z warunkami czynności sprawczej czynu zabronionego zgwałcenia prowadziłoby do faktycznego odrzucenia możliwości jednolitego rozumienia zgody w całym systemie prawa karnego<sup>68</sup>. Uzależnienie kształtu przesłanek normatywnej skuteczności zgody od znamion typu czynu zabronionego w przypadku art. 197 k.k. nie niesie za sobą szczególnie negatywnych konsekwencji, gdy odpowiednio zrekonstruuje się znamiona przemocy, groźby bezprawnej i podstępem. Niemniej jednak, komplikacje pojawiłyby się dopiero na gruncie oceny stanu faktycznego związanego z innym typem czynu zabronionego, np. naruszeniem miru domowego. Ustawodawca w art. 193 k.k. nie określił znamion, które mogłyby być uznane za przesłanki prawnej relewantności

<sup>68</sup>Koncepcję jednolitego rozumienia zgody dysponenta dobrem, jak się wydaje proponuję Andrzej Zoll (por. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające ...*, *op. cit.*, s. 88-95).

zgody dysponenta dobrem<sup>69</sup>. Zatem, nawet jeżeli uznać, że przesłanki w przypadku zgwałcenia są tożsame ze znamionami czynności sprawczej z art. 197 k.k., to jedynie na zasadzie wyjątku. Podobnym wyjątkiem jest art. 192 k.k., w wypadku którego przesłanki relewantności zgody należy badać odwołując się do ustaw szczególnych. Zwolennikiem przyznania znamionom czynności sprawczej z art. 197 k.k. jednocześnie charakteru przesłanek prawnej skuteczności zgody jest Jarosław Warylewski. Jak bowiem stwierdza: „Sprawcy może bardzo zależeć, aby zgoda została wyrażona. Może o to prosić lub błagać, nakłaniać do tego, przekonywać. Dopóki nie posunie się do użycia przemocy, groźby czy podstęp, zachowania takie nie wyłączają prawnej skuteczności zgody”<sup>70</sup>.

Jak widać, utożsamianie przesłanek prawnej relewantności zgody ze znamionami czynności sprawczej zgwałcenia, tj. przemocą, groźbą bezprawną i podstępem, prowadzi do dość istotnych konsekwencji, których świadomość znacznie utrudnia, jeżeli nie czyni niemożliwym, zaakceptowanie tego sposobu interpretacji relacji pomiędzy zgodą a typem czynu zabronionego. Wobec tego należy rozważyć inne możliwe rozumienie owej relacji, mianowicie sprzeciwiające się utożsamianiu, czy też szukaniu wspólnego zakresu pomiędzy przesłankami warunkującymi zaistnienie zgody w ramach płaszczyzny normatywnej a znamionami zgwałcenia. Z takim podejściem wiąże się konieczność zrekonstruowania opisu zgody, a w szczególności wspomnianych już wielokrotnie przesłanek jej prawnej relewantności. Następnie należy zbadać ewentualną zbieżność zakresów znamion czynności sprawczej z konstrukcją zgody. Otóż, stwierdzenie wystąpienia ewentualnych różnic pomiędzy zakresami wskazanych zbiorów prowadziłoby do nieuniknionego wniosku o konieczności badania, niezależnie w każdym przypadku, wystąpienia znamion z art. 197 k.k. oraz warunków pozwalających na stwierdzenie zaistnienia zgody. Konsekwentnie argumentując w tym kierunku można dojść do następujących wniosków:

<sup>69</sup>J. Wojciechowska wskazuje, że: „Brak zgody właściciela lub uprawnionego użytkownika miejsc, o których mowa w art. 193 KK, może być wyrażony słownie w sposób wyraźny lub w sposób dorozumiany” (J. Wojciechowska, *Komentarz do art. 193 k.k.*, w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 883). Autorka nie omawia problematyki przesłanek prawnej relewantności zgody, jak się wydaje dlatego, że nie zostały one wskazane bezpośrednio w art. 193 k.k., ani w przepisach ogólnych.

<sup>70</sup>J. Warylewski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom I*, red. A. Wąsek, R. Zawłocki, Warszawa 2010, s. 932. Jarosław Warylewski jest także zwolennikiem spoglądania na zgodę z perspektywy dwóch płaszczyzn, tj. płaszczyzny faktycznej oraz płaszczyzny normatywnej. Jak wskazuje J. Warylewski: „Pamiętać należy, że zgoda może być prawnie skuteczna, nawet jeżeli zostanie wyrażona pod wpływem wielu zabiegów sprawcy” (J. Warylewski, *Komentarz do art. 197 k.k.*, *op. cit.*, s. 932). Z wskazanego tu fragmentu wynika, że zgoda może być nieskuteczna (tj. ograniczać się jedynie do płaszczyzny faktycznej) albo skuteczna (tj. może łączyć w sobie płaszczyznę faktyczną i normatywną).

- 1) o istnieniu prawnie relewantnej zgody na współżycie seksualne i braku wypełnienia znamion zgwałcenia,
- 2) o istnieniu prawnie relewantnej zgody na współżycie seksualne i mimo to, wypełnieniu znamion zgwałcenia,
- 3) o braku prawnie relewantnej zgody i mimo to, braku wypełnienia znamion zgwałcenia,
- 4) o braku prawnie relewantnej zgody i wypełnieniu znamion zgwałcenia.

Szczególnie niespodziewane i jak się również wydaje, trudne do zaakceptowania są wnioski z punktu drugiego i trzeciego. Z jednej strony, dokonując obserwacji w optyce *stricte* spekulatywnej, dwutorowe badanie zgody i wypełnienia znamion może prowadzić do stwierdzenia, że podmiot A wyraził prawnie relewantną zgodę na współżycie seksualne, niemniej jednak podmiot B, podejmując obcowanie płciowe, wypełnił zarazem znamiona czynu zabronionego zgwałcenia. Z drugiej zaś strony, co budzi jeszcze większe wątpliwości, możliwy byłby wniosek, że podmiot A nie wyraził prawnie relewantnej zgody, natomiast podmiot B nie wypełnił znamion przestępstwa zgwałcenia.

Powyższe rozważanie może wydawać się zbyt abstrakcyjne, dlatego warto wskazać konkretne przykłady trudności mogących wystąpić podczas zestawiania przesłanek prawnej relewantności zgody ze znamionami czynności sprawczej czynu zabronionego zgwałcenia. Dodatkową trudnością w przeprowadzeniu takiej operacji myślowej jest brak, ze wskazanymi wcześniej wyjątkami, znaczącego dorobku polskiego orzecznictwa i doktryny w zakresie zgody. Jak już wyżej zauważono powoduje to znaczne trudności w zrekonstruowaniu instytucji zgody i w konsekwencji, skłania do odwołania się do innych porządków prawnych, szczególnie amerykańskiego, brytyjskiego i niemieckiego.

W świetle przeprowadzonych wyżej rozważań, należy podjąć próbę ustalenia relacji pomiędzy przesłankami prawnej relewantności zgody i takimi znamionami zgwałcenia, jak przemoc, podstęp i groźba bezprawna.

Już *prima facie* można zauważyć, że jedną z podstawowych różnic jest kategoria zdolności do wyrażenia zgody, która została wskazana jako jedna z trzech przesłanek prawnej relewantności zgody, zaś nie jest wymieniona w znamionach czynu zabronionego zgwałcenia. W ramach zdolności do wyrażenia zgody uwzględnia się wiek, sprawność umysłową oraz wpływ środków odurzających. Problem wieku wydaje się być rozstrzygnięty na poziomie art.

200 § 1 k.k., zgodnie z którym: „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”. Rozstrzygnięcie te ma charakter jedynie pozorny, ponieważ zachowuje swoją aktualność, jedynie wtedy, gdy ustawodawca konstruując instrument zgody, nada charakter normatywny zgodzie faktycznej (na poziomie czysto abstrakcyjnym, bez odwołania do konkretnego typu czynu zabronionego) udzielonej przez osobę mającą ukończony piętnasty rok życia. Jeżeli jednak wyznaczy taką granicę choćby na siedemnasty rok życia, to może okazać się, iż osoba obcująca płciowo z osobą mającą lat szesnaście, nie wypełni znamion typu czynu zabronionego opisanego w art. 200 k.k., natomiast ocena jej czynu będzie musiała być przeniesiona na poziom art. 197 k.k. W takiej sytuacji może się okazać, że brak było prawnie relewantnej zgody, niemniej nie zrealizowano znamion czynu zabronionego zgwałcenia, o ile nie zastosowano przemocy, podstępów lub groźby bezprawnej. Mielibyśmy bowiem wtedy do czynienia z naruszeniem dobra prawnego w postaci wolności seksualnej, na którego ochronę ukierunkowany jest przecież art. 197 k.k., niemniej owa ochrona zaktualizowałaby się jedynie w przypadku wkroczenia w obszar dobra z użyciem przemocy, podstępów lub groźby bezprawnej. W przypadku zaś ustalenia granicy wiekowej przykładowo na 13 rok życia, należałoby stwierdzić istnienie prawnie relewantnej zgody, przy jednoczesnym wypełnieniu znamion z art. 200 k.k. Zagadnienie komplikuje się również, gdy pod uwagę weźmie się problematykę przymusu. Można bowiem wskazać stan faktyczny, w którym milioner oferuje sfinansowanie świadczenia zdrowotnego śmiertelnie choremu dziecku, pod warunkiem wyrażenia przez matkę zgody na obcowanie płciowe. Takie zachowanie milionera nie realizuje znamion przemocy, podstępów lub groźby bezprawnej w rozumieniu art. 197 k.k. Jeżeli zaś owa propozycja milionera wyłączałaby możliwość przekształcenia zgody w kierunku prawnej relewantności, to można by mówić o braku zgody w rozumieniu normatywnym, przy jednoczesnym braku wypełnienia znamion czynu zabronionego zgwałcenia.

W świetle tych zagadnień nasuwa się zasadnicza wątpliwość dotycząca użyteczności wykorzystywania konstrukcji zgody na gruncie przestępstw seksualnych.



## Zakończenie

W świetle przeprowadzonego wyżej wywodu należy zastanowić się, czy właściwe jest wykorzystanie złożonej konstrukcji jaką jest zgoda, w sytuacji gdy założony cel można osiągnąć w sposób budzący mniej wątpliwości. Innymi słowy, czy konstrukcja zgody jest na tyle użyteczna i potrzebna, że ustawodawca, względnie orzecznictwo lub doktryna, wprowadzając lub rekonstruując ją, są gotowi na poniesienie wiążących się z nią konsekwencji, szczególnie w aspekcie wyboru odpowiedniego rozumienia zgody w ramach płaszczyzny faktycznej, a także odpowiedniego skonstruowania przesłanek prawnej relewantności. Może okazać się bowiem, że, przynajmniej w obszarze przestępstw seksualnych, konstrukcja ta nie ma charakteru koniecznego, co więcej, niepotrzebnie komplikuje zagadnienie.

Zauważono wyżej, że relacja między zgodą a typem czynu zabronionego zgwałcenia może zostać zrekonstruowana na dwa sposoby. Otóż, możliwy jest wniosek, że znamiona przemocy, podstępu i groźby bezprawnej są jednocześnie przesłankami prawnej relewantności zgody na współżycie seksualne, a także wniosek przeciwny, wedle którego należy wskazać odrębne przesłanki prawnej relewantności zgody. Nasuwa się jednak pytanie, czy rezygnacja z odwoływania się do koncepcji zgody doprowadziłaby do zmiany w ocenie czynu kwalifikowanego jako zgwałcenie. Odpowiedź na tak postawione pytanie może doprowadzić do wniosku o bezzasadności wskazanego tu dylematu dotyczącego relacji między zgodą a typem czynu zabronionego zgwałcenia. Należy zauważyć, że konstrukcja zgody sugeruje patrzenie na problem obcowania płciowego od strony pozytywnej. Oznacza to, że należy dowieść istnienia zgody najpierw w rozumieniu faktycznym, a następnie zbadać, czy zostały spełnione przesłanki jej relewantności. Już na tym etapie powstają dwie zasadnicze wątpliwości.

Po pierwsze, okazuje się, że w pewnym stopniu każde obcowanie płciowe jest w obszarze zainteresowania prawa karnego już od samego początku, co może prowadzić do ingerencji prawa w intymną sferę relacji międzyludzkiej. Szczególne zagrożenie związane jest z próbą kształtowania przez prawo formy porozumiewania się dwojga osób prowadzącego do obcowania płciowego. Wydaje się, że relacje seksualne mają na tyle prywatny i intymny charakter, że nie można narzucać ich uczestnikom sposobu ich nawiązywania, np. przez

stawianie wymogu werbalnej prośby o zgodę i otrzymania werbalnej odpowiedzi. W różnych sytuacjach relacje seksualne mogą być nawiązywane z wykorzystaniem różnych form.

Po drugie, wiąże się z tym problem dowodzenia już podczas procesu karnego. Zgodnie z fundamentalną zasadą procesu karnego, przewidzianą w art. 5 § 1 k.p.k., oskarżonego uważa się za niewinnego, dopóki jego wina nie zostanie udowodniona i stwierdzona prawomocnym wyrokiem sądu. Jak stwierdzają Tomasz Grzegorzczuk i Janusz Tylman: „Domniemanie niewinności natomiast, jako domniemanie szczególnego rodzaju, powoduje, że oskarżony nie musi niczego udowadniać, bowiem od razu istnieje pewien (określony) stan działający na jego korzyść, dopóki domniemanie nie zostanie obalone, a więc dopóki nie zostanie udowodnione coś przeciwnego”<sup>71</sup>. Wydaje się zatem, że to na oskarżeniu, a pośrednio także na pokrzywdzonej, spoczywałby obowiązek udowodnienia braku zgody pokrzywdzonej na obcowanie płciowe z oskarżonym. Wobec tego, teza Andrzeja Zolla, wedle której mamy do czynienia ze swoistym domniemaniem braku zgody, zaś ciężar udowodnienia jej zaistnienia spoczywa na oskarżonym, wydaje się być sprzeczna z wnioskami wypływającymi z wykładni art. 5 § 1 k.p.k.<sup>72</sup>. Zaakceptowanie tego poglądu prowadziłoby do błędnego wniosku, że oskarżenie powinno dowieść realizacji znamion zgwałcenia, zaś oskarżony może podjąć próbę udowodnienia, że współżycie odbyło się za zgodą pokrzywdzonej. Wobec tego prawidłowa wydaje się być konkluzja, że to oskarżyciel, a pośrednio także pokrzywdzona, powinni przeprowadzić dowód na brak zgody. Z punktu widzenia funkcjonalnego taki wniosek może się jednak okazać wysoce niepożądany, szczególnie za względu na i tak trudną sytuację osoby pokrzywdzonej.

Z zagadnieniem aplikacji konstrukcji zgody do problematyki typu czynu zabronionego zgwałcenia wiąże się jeszcze jedna zasadnicza wątpliwość. Pamiętać należy, że znamiona groźby bezprawnej, podstępu i przemocy w zasadzie mieszczą się w przesłankach wyłączających prawną relewantność zgody. Innymi słowy, udowodnienie przez oskarżyciela zrealizowania znamienia groźby bezprawnej, podstępu lub przemocy czyni tym samym bezzasadnym odwoływanie się do zagadnienia zgody. Przeciwny pogląd prowadzić może do wniosku, że niezależnie od siebie należy stwierdzić wypełnienie znamion zgwałcenia, tj. groźby bezprawnej, podstępu lub zgwałcenia, a także zbadać przesłanki braku prawnej relewantności zgody, które, jak tu wskazano, w istotnej części się pokrywają. Zgoda ma tu

<sup>71</sup> T. Grzegorzczuk, J. Tylman, *Polskie postępowanie karne*, Warszawa 2007, s. 143.

<sup>72</sup> A. Zoll, *Okoliczności ...*, *op. cit.*, s. 95.

zatem charakter pewnego *superfluum*, które nie wprowadza żadnych pozytywnych efektów, natomiast jedynie komplikuje całe zagadnienie. Oparcie konstrukcji typu czynu zabronionego o znamiona groźby bezprawnej, podstępu lub przemocy (lub też do tych podobne) pozwala od razu na przejście do zasadniczego etapu oceny czynu, bez konieczności analizowania wszystkich elementów konstrukcji zgody, co w efekcie, bez konieczności badania trudnego przecież do udowodnienia zaistnienia zgody, pozwala na osiągnięcie tego samego skutku.

Należy także zauważyć, że konstrukcja typu czynu zabronionego w oparciu o koncepcję zgody ma charakter subiektywny, inaczej, a przynajmniej w dużym stopniu, niż w przypadku oparcia o znamiona groźby bezprawnej, podstępu, przemocy. W ten sposób przejawia się zasadnicza różnica w podejściu do typizacji przestępstw przeciwko wolności seksualnej w Polsce i w państwach anglosaskich. Otóż, w przeciwieństwie do Polski, gdzie znamiona pozwalają na w miarę obiektywną ocenę ich zaistnienia, w państwach anglosaskich typy przestępstw przeciwko wolności seksualnej konstruuje się często wyłącznie w oparciu o konstrukcję zgody. W zasadzie jeden typ czynu zabronionego obejmuje obszar regulacji wypełniany w polskim systemie prawa karnego przez całą grupę typów czynów zabronionych<sup>73</sup>. W ocenie autora niniejszego artykułu kształtowanie typów czynów zabronionych w oparciu o rozwiązanie wykorzystane w polskim systemie prawa karnego realizuje, podobnie jak rozwiązanie oparte o koncepcję zgody, podstawową funkcję, jak jest stwierdzenie zaistnienia zgwałcenia i przypisanie odpowiedzialności konkretnemu sprawcy, z tą różnicą, że rozwiązanie polskie nie zostało zbudowane z wykorzystaniem konstrukcji, co do której kształtu trudno uzyskać jednoznaczne stanowisko.

W związku z powyższym, biorąc także pod uwagę trudności z jednoznacznym rozumieniem zgody, wydaje się, że zgoda nie ma rzeczywistego znaczenia w odniesieniu do typu czynu zabronionego zgwałcenia. Nie oznacza to jednak, że w omawianiu problematyki przestępstw seksualnych nie można powoływać się na koncepcję zgody. Bez wątpienia zasługuje ona na uwagę dlatego że stanowi emanację autonomii jednostki w obszarze życia seksualnego. Niemniej jednak, wydaje się, że nie należy posługiwać się nią

<sup>73</sup> Przykładowo można wskazać przywoływaną już wyżej regulację karną stanu Nowy Jork, zgodnie z którą zgwałcenia dopuszcza się mężczyzna, który współżył z kobietą bez jej zgody. Brak zgody ma natomiast miejsce m. in., gdy kobieta nie była zdolna do jej wyrażenia z powodu niezdolności umysłowej lub też nie miała ukończonego 17 roku życia (por. P. Westen, *The Logic ...*, *op. cit.* s. 16 i n.). Jak widać, jeden typ czynu zabronionego zastępuje przewidziane w polskim prawie karnym typy czynów zabronionych zgwałcenia, współżycia płciowego z osobą w stanie ograniczonej poczytalności, pedofilii, czy też wymuszenia współżycia płciowego na osobie podległej.

w konstruowaniu typu czynu zabronionego zgwałcenia, czy też podczas oceny konkretnego zdarzenia. Z przeprowadzonej w niniejszym artykule krytyki koncepcji zgody nie powinno się wyprowadzać generalnego wniosku, prowadzącego do przekonania o bezużyteczności tego instrumentu w całym systemie prawa karnego, niemniej należy poddać pod rozagę celowość powoływania się na mało przejrzystą konstrukcję zgody w świetle możliwości uwzględnienia autonomii w dysponowaniu dobrem poprzez wprowadzenie do danego typu czynu zabronionego modelowych przesłanek wyłączających prawną relewantność zgody. Prowadziłoby to do wymogu udowodnienia wypełnienia lub nie tych znamion, bez odwoływania się do pozakodeksowej zgody dysponenta dobrem.