

**Bartosz Łabuś<sup>1</sup>**

## **Koncepcja „yes means yes” w perspektywie znamion przestępstwa zgwałcenia w polskim Kodeksie karnym**

### **Streszczenie**

*Zamieszczone w opracowaniu rozważania poświęcone są analizie potrzeby nowelizacji art. 197 § 1 k.k. w zgodzie z tendencją zyskującą w ostatnich latach popularność w ustawodawstwach szeregu państw europejskich oraz systemu common law do definiowania zgwałcenia od strony negatywnej, a zatem przez pryzmat przesłanki braku zgody partnera. Twierdzi się wszak, że w sytuacji, gdy sprawca doprowadza ofiarę do obcowania płciowego inaczej, aniżeli przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, to nawet jeśli nie wyraziła ona zgody na podjęcie współżycia seksualnego, czyn miałby nie stanowić przestępstwa z art. 197 § 1 kk. Centralnym punktem prowadzonej analizy uczyniono wykładnię znamienia przemocy i wyrażono krytyczną ocenę dotychczasowego sposobu rozumienia tej przesłanki.*

### **Słowa kluczowe**

*Zgwałcenie, przemoc, obcowanie płciowe, inna czynność seksualna, „no means no”, „yes means yes”, brak zgody.*

### **1. Uwagi wprowadzające**

Konstrukcja podstawowych elementów przestępstwa zgwałcenia penalizowanego w Polsce na gruncie art. 197 k.k.<sup>2</sup> nie uległa niemalże żadnym zmianom od chwili wejścia w życie pierwszego pozaborowego

---

<sup>1</sup> Bartosz Łabuś, absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego w Krakowie, aplikant adwokacki I roku, Krakowska Izba Adwokacka, ORCID 0009-0004-6081-6068.

<sup>2</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 2022 r., poz. 1138, tekst jedn. ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

Kodeksu karnego. Art. 197 § 1 i 2 k.k. w aktualnym brzmieniu, od poprzedzających go art. 204 Kodeksu karnego z 1932 r.<sup>3</sup> i art. 168 Kodeksu karnego z 1969 r.<sup>4</sup> odróżnia wyłącznie zastosowanie przez ustawodawcę, w miejsce przesłanki czynu nierządowego, znamion obcowania płciowego i innej czynności seksualnej. Długi okres obowiązywania regulacji kryminalizującej zgwałcenie w praktycznie niezmodyfikowanej postaci zrodził w ostatnich latach pytanie o dalszą skuteczność tego rozwiązania w zapewnianiu społecznie oczekiwanego poziomu ochrony przed różnorodnymi atakami godzącymi w wolność seksualną jednostki. Posłużenie się przez polskiego prawodawcę w ramach art. 197 § 1 k.k. znamionami przemocy, groźby bezprawnej oraz podstępny miałyby bowiem, w opinii zwolenników reformy części rozdziału XXV Kodeksu karnego<sup>5</sup>, uniemożliwić objęcie zakresem art. 197 k.k. wszelkich zachowań stanowiących *de facto* zgwałcenie. Mowa tu o tych sytuacjach, gdy sprawca nakierowując ofiarę na podjęcie lub znoszenie pewnego zachowania seksualnego działa w inny, aniżeli przewidziany w ustawie sposób. Z uwagi na treść art. 197 § 2 k.k. zawężenie kręgu prawnie relevantnych postaci aktywności sprawczej poprzez wyraźne dookreślenie w przepisie karnym sposobów postępowania napastnika czyniłoby wszakże fragmentaryczną nie tylko penalizację wypadków doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego, ale również do poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej<sup>6</sup>.

<sup>3</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz. U. z 1932 r., Nr 60, poz. 571 ze zm., dalej: Kodeks karny z 1932 r., k.k. z 1932 r.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz. U. 1969 r., Nr 13, poz. 94 ze zm., dalej: Kodeks karny z 1969 r., k.k. z 1969 r.

<sup>5</sup> List Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ; Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX Kadencji; List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego z dnia 14 lipca 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ; List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego z dnia 11 lutego 2022 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ.

<sup>6</sup> Z uwagi na treść art. 197 § 2 k.k. poczynione w ramach niniejszego opracowaniu rozważania dotyczące problematyki doprowadzenia pokrzywdzonego do obcowania płciowego na gruncie polskiego Kodeksu karnego należy odnieść również do zagadnienia doprowadzenia innej osoby do poddania się albo wykonania innej czynności seksualnej. Niejednolity charakter poszczególnych stanowych regulacji prawnych kryminalizujących zgwałcenie (oraz inne zbliżone przestępstwa seksualne), obejmujących zróżnicowane, niepokrywające się zakresy nieakceptowalnych czynności seksualnych, nakazuje natomiast ograniczyć poczynione w ramach niniejszego opracowania rozważania dotyczące amerykańskiego *rape law* do wypadków doprowadzenia pokrzywdzonego do podjęcia tzw. prawidłowego stosunku seksualnego (zob. New York Penal Code § 130.35, § 130.52, § 130.65, (2014); The Penal Code of California § 261, (2021); The Penal

Twierdzi się<sup>7</sup>, iż celem wyeliminowania wskazanej powyżej luki zachodzącej w zakresie normowania przepisów z art. 197 § 1 i 2 k.k. ustawy opis przestępstwa zgwałcenia powinien zostać oparty wyłącznie na wyrażonym *expressis verbis* znamieniu braku zgody pokrzywdzonego wobec współżycia seksualnego. To coraz częściej proponowane w Polsce rozwiązanie, choć znacząco odbiegające od założeń leżących u podstaw dotychczas obowiązującego art. 197 k.k., nie ma w żadnym wypadku charakteru nowatorskiego. Na przestrzeni ostatnich lat wiele państw europejskich przeprowadziło już bowiem szereg zmian normatywnych implementujących do lokalnych porządków prawnych założenia koncepcji „yes means yes”<sup>8</sup>, przyjmując w ten sposób nowy kształt struktury elementów przestępstwa zgwałcenia<sup>9</sup>. Źródła przekonania o potrzebie rezygnacji z precyzowania w opisie typu zgwałcenia jakichkolwiek postaci działania napastnika, przede wszystkim przemocy, należy doszukiwać się jednak nie w systemie prawa kontynentalnego, a w *common law*. To właśnie tam, w szczególności w Stanach Zjednoczonych, dyskusja w niniejszym zakresie toczy się zdecydowanie najdłużej i obfituje w adoptowane następnie w pozostałych porządkach prawnych rozwiązania.

## **2. Przestępstwo zgwałcenia w Stanach Zjednoczonych**

### **2.1. Ewolucja struktury znamion przestępstwa zgwałcenia**

W anglosaskiej literaturze za autora pierwszej definicji zgwałcenia uważa się Brytyjczyka W. Blackstone’a. W opublikowanej u schyłku XVIII

---

Code of California § 286, (2013); The Penal Code of California § 287, (2018); Montana Code § 45–5–502, § 45–5–503, (2019)).

<sup>7</sup> List Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ; Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX Kadencji; List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego z dnia 14 lipca 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ; Opinia Zespołu ds. Prawa Karnego Stowarzyszenia Sędziów Polskich IUSTITIA dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 września 2021 roku, Bydgoszcz, dnia 27 września 2021 r., s. 18; List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego z dnia 11 lutego 2022 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 197 k.k., teza 83.

<sup>8</sup> Tłum. własne: „tak znaczy tak”, „tylko tak oznacza zgodę”.

<sup>9</sup> Zob. np. Strafgesetzbuch § 177, (2016), Niemcy; Brottsbalk 6 kap. § 1, (2018), Szwecja; Rikoslaki 20 luku § 1, (2022), Finlandia; Code Penal § 375, (2022), Belgia.

w. pracy *Commentaries on the Laws of England* określił on zgwałcenie jako „*carnal knowledge of a woman forcibly and against her will*”<sup>10</sup>. Definicja W. Blackstone’a znajdowała zastosowanie wyłącznie do kontaktów seksualnych podejmowanych z inicjatywy mężczyzny, podczas gdy ofiarą zgwałcenia mogła być tylko kobieta. Mężczyzna powinien był doprowadzić partnerkę do obcowania płciowego przemocą fizyczną lub groźbą jej użycia<sup>11</sup>. Kobieta miała się tymczasem nie godzić na odbycie stosunku seksualnego. Co istotne, była ona zobowiązana zmanifestować swój sprzeciw wobec kontaktu płciowego poprzez odpieranie ze wszystkich sił wymuszanych na niej przez sprawcę prób nawiązania współżycia<sup>12</sup>. Niniejszy wymóg miał na celu uniemożliwić kobietom formułowanie fałszywych oskarżeń przeciwko mężczyznom<sup>13</sup>. Zdaniem N. J. Little’a opierał się on również na przekonaniu, iż żadna partnerka niewyrażająca zgody na zbliżenie intymne z mężczyzną nie oddałaby mu się nie podejmując uprzednio akcji obronnej<sup>14</sup>. Przypuszczenie, że kontakt seksualny odbywał się wbrew woli kobiety można było zatem uznać za uzasadnione tylko w wypadku siłowego przeciwstawienia się pokrzywdzonej napastnikowi.

Powyższe kryteria wyznaczające ramy przestępstwa zgwałcenia znalazły szerokie odzwierciedlenie w amerykańskim ustawodawstwie karnym<sup>15</sup>, przeważnie utrzymując się w nim przez większą część XX w. Jeszcze w 1997 r. E. J. Kramer pisała, że „*not all rape laws use gender neutral language, however. Statutes in some states still define rape and other sexual offenses solely as crimes by men against women*”<sup>16</sup>. Uwaga autorki pozostaje nadal aktualna, albowiem zawężenie kręgu podmiotowego sprawców i ofiar zgwałcenia ze względu na ich płeć w dalszym ciągu obowiązuje w stanie Georgia<sup>17</sup>. Obecnie praktycznie w każdej legislacji stanowej zrezygnowano natomiast z wymo-

<sup>10</sup> S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 336. Tłum. własne: „stosunek seksualny odbywany z kobietą za sprawą przemocy i wbrew jej woli”.

<sup>11</sup> M. J. Anderson, *All-American...*, s. 628.

<sup>12</sup> M. J. Anderson, *All-American...*, s. 628.

<sup>13</sup> S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 336.

<sup>14</sup> N. J. Little, *From...*, s. 1329.

<sup>15</sup> P. G. Baroni, J. F. Decker, *No Still Means Yes: The Failure of the Non-Consent Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2011, vol. 101, nr 4, s. 1083.

<sup>16</sup> E. J. Kramer, *When...*, s. 302. Tłum. własne: „jednakże nie wszystkie ustawy posługują się językiem neutralnym płciowo. Ustawy w niektórych stanach wciąż definiują zgwałcenie, a także inne przestępstwa seksualne wyłącznie jako czyny mężczyzn skierowane przeciwko kobietom”.

<sup>17</sup> Georgia Code § 16–6–1, (2011).

gu stawiania przez pokrzywdzonego wyraźnego oporu sięgającego granic jego fizycznych możliwości<sup>18</sup>. Przestępstwo to wciąż utrzymuje się już tylko w stanie Louisiana i stanowi element kwalifikowanego typu zgwałcenia pierwszego stopnia<sup>19</sup>. O ile zatem w wyniku postępujących w amerykańskim społeczeństwie przemian światopoglądowych *rape law* niewątpliwie ewoluowało zwłaszcza na przestrzeni II poł. XX w.<sup>20</sup>, o tyle zgwałcenie niezmiennie pozostawało przez ten czas utożsamiane z podjęciem przez sprawcę obcowania płciowego, wbrew woli partnera, przy użyciu przemocy fizycznej lub groźby jej zastosowania<sup>21</sup>. Radykalna zmiana w sposobie postrzegania omawianego typu nastąpiła dopiero wraz z przełomem stuleci. Dała ona zarazem początek postępującej do dziś wśród przedstawicieli doktryny amerykańskiego prawa karnego polaryzacji<sup>22</sup>. Coraz wyraźniej zaczął być bowiem akcentowany pogląd domagający się rozszerzenia dotychczasowego zakresu penalizacji w taki sposób, aby do zakwalifikowania zachowania jako zgwałcenie wystarczające było już samo podjęcie przez napastnika niekonsensualnego<sup>23</sup> kontaktu płciowego, w szczególności zaś bez konieczności zastosowania wobec pokrzywdzonego jakiegokolwiek formy przemocy<sup>24</sup>.

---

<sup>18</sup> J. Dressler, *Where...*, s. 419; M. J. Anderson, *Negotiating...*, s. 1403; S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 336; Tentative Draft No. 5, Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offences, s. 116.

<sup>19</sup> Louisiana Revised Statutes § 14:42, (2022).

<sup>20</sup> K. L. Scheppele, *The Re-Vision...*, s. 1102; M. R. Lyon, *No...*, s. 281; S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 337.

<sup>21</sup> M. R. Lyon, *No...*, s. 288–291; M. J. Anderson, *All-American...*, s. 628; S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 337–338.

<sup>22</sup> Zob. J. Dressler, *Where...*, s. 411.

<sup>23</sup> W ramach niniejszego opracowania, w odniesieniu do rozważań prowadzonych na gruncie polskiego prawa karnego, poprzez niekonsensualny stosunek płciowy należy rozumieć stosunek podjęty bez uprzedniego wyrażenia przez pokrzywdzonego zdolnego do powzięcia woli i udzielenia zgody prawnie skutecznej dobrowolnej zgody na udział w akcie seksualnym. Stosunkiem niekonsensualnym nie będzie zatem zbliżenia intymne podjęte np. z osobą znajdującą się w stanie bezradności albo z małoletnim poniżej lat 15. Ze względu na zróżnicowany charakter poszczególnych stanowych regulacji prawnych kryminalizujących zgwałcenie (oraz inne zbliżone przestępstwa seksualne), w odniesieniu do rozważań prowadzonych na gruncie amerykańskiego prawa karnego, poprzez niekonsensualny stosunek płciowy należy natomiast rozumieć stosunek podjęty bez uprzedniego wyrażenia przez pokrzywdzonego prawnie relewantnej zgody na przystąpienie do obcowania płciowego.

<sup>24</sup> J. Dressler, *Where...*, s. 421–427; M. R. Lyon, *No...*, s. 288–291; M. J. Anderson, *Negotiating...*, s. 1404.

Na początku lat dwutysięcznych M. J. Anderson wskazywała, iż w świadomości społecznej głęboko zakorzeniony jest mylny obraz zgwałcenia jako przestępstwa, co do zasady, szczególnie brutalnego<sup>25</sup>. Autorka określa ten stereotypowy wizerunek komentowanego typu mianem „*classic rape narrative*”<sup>26</sup>. Twierdzi ona zarazem, że będąca pochodną tego nieporozumienia legislacyjna tendencja do ujmowania zgwałcenia w charakterze zachowania nierozdzielnie związanego z naciskiem fizycznym prowadzi do zniekształcenia jego istoty, odrywając byt tego typu od racji faktycznie przemawiających za jego penalizacją<sup>27</sup>. M. J. Anderson przeciwstawia powyższe nieadekwatne wyobrażenie bardziej realistycznemu, jej zdaniem, odzwierciedleniu schematu postępowania sprawców na kanwie większości zgwałceń w postaci koncepcji „*all-American rape*”<sup>28</sup>. Zaprezentowany przez autorkę kanon wyraża zgwałcenie wolne od przemocy, mające miejsce pomiędzy znającymi się osobami, będące najczęściej wynikiem nieporozumienia lub efektem upojenia alkoholowego. Ofiara „*all-American rape*” nie opiera się aktywnie napastnikowi, lecz panikuje lub pozostaje w bezruchu. Sprawca takiego czynu nie jest zaś najczęściej bezwzględny przestępcą, a raczej, jak przedstawia go N. J. Little – „*literally the boy next door*”<sup>29</sup>. M. J. Anderson dała tym samym wyraz coraz bardziej powszechnemu obecnie w anglosaskim dyskursie przekonaniu, iż do dokonania znacznej części ataków na tle seksualnym dochodzi w wyniku podjęcia aktywności sprawczej pozbawionej elementu przymusu fizycznego. Niewątpliwie podobnego zdania jest N. J. Little pisząc, że „*(...) traditional image of rape (...) is the anomaly, and that the statistically typical rape, involves a consensual date or social interaction, coupled with a man's refusal to accept the boundaries placed on the encounter by the woman*”<sup>30</sup>.

Zdaniem S. J. Schulhofera potrzeba ukształtowania struktury elementów przestępstwa zgwałcenia w sposób odzwierciedlający przeświadczenie, że penalizacji wymaga każdy niekonsensualny stosunek płciowy, bez względu na obraną przez sprawcę metodę doprowadze-

<sup>25</sup> M. J. Anderson, *All-American...*, s. 625–626.

<sup>26</sup> M. J. Anderson, *All-American...*, s. 626. Tłum. własne: „zgwałcenie klasyczne”.

<sup>27</sup> M. J. Anderson, *All-American...*, s. 627–628.

<sup>28</sup> Tłum. własne: „zgwałcenie amerykańskie”.

<sup>29</sup> N. J. Little, *From...*, s. 1332. Tłum. własne: „dosłownie chłopak z sąsiedztwa”.

<sup>30</sup> N. J. Little, *From...*, s. 1331. Tłum. własne: „(...) to tradycyjne ujęcie zgwałcenia (...) jest anomalią, podczas gdy do statystycznie najczęstszych zgwałceń dochodzi podczas randek, czy innych dobrowolnych spotkań, w wyniku nieuszanowania przez mężczyzn granic postawionych im przez kobiety”.

nia<sup>31</sup> pokrzywdzonego do podjęcia obcowania seksualnego, nie powinna budzić najmniejszych wątpliwości<sup>32</sup>. Autor nie jest w swoim przekonaniu odosobniony, albowiem pogląd opowiadający się za zmianą w percepcji omawianego typu stał się w Stanach Zjednoczonych stanowiskiem większościowym. Powyższy trend dominuje w aktualnej amerykańskiej doktrynie prawa karnego, judykaturze, a także w ustawodawstwie stanowym<sup>33</sup>. Przepisy kryminalizujące zgwałcenie w znowelizowanym brzmieniu, opartym wyłącznie na znamieniu braku zgody pokrzywdzonego, przyjęto już w ponad połowie stanowych ustaw karnych<sup>34</sup>. Wymaga jednak podkreślenia, że w pojedynczych stanach obowiązują regulacje prawne jedynie pozornie penalizujące wszelkie kontakty seksualne inicjowane wbrew woli partnera. Zawierają one bowiem w swojej treści, niejako pośrednio, wymóg zastosowania przez sprawcę przemocy. Zastrzeżenie to nie jest wyrażone wprost w opisie typu, natomiast wynika z legalnej definicji przesłanki braku stosownego przyzwolenia ze strony ofiary<sup>35</sup>. Mimo wszystko, liczba i tych stanów maleje. W 2022 r. od powyższego schematu formułowania znamion odszedł ustawodawca stanu Alaska, a przyjętą wówczas nowelą do lokalnego porządku prawnego zaimplementowano zasadę penalizacji każdego niekonsensualnego stosunku płciowego w jej czystszej postaci<sup>36</sup>.

O dynamice i wielowymiarowości zachodzących w obrębie amerykańskiego *rape law* przemian dobitnie świadczy również fakt zmodyfikowania w 2013 r. definicji zgwałcenia stosowanej przez FBI<sup>37</sup> do celów statystycznych z zakresu przestępczości seksualnej. Jej poprzednia wersja, określająca zgwałcenie jako „*the carnal knowledge of a female forcibly*

---

<sup>31</sup> Pomimo posłużenia się w ramach niniejszego opracowania pojęciem „doprowadzenia” amerykańskie regulacje kryminalizujące zgwałcenie, odmiennie aniżeli ma to miejsce na gruncie art. 197 k.k., przeważnie cechują się własnoręcznością (zob. New York Penal Code § 130.35, (2014); The Penal Code of California § 261, (2021); por. The Penal Code of California § 266, (2020); The Penal Code of California § 266d, (1975); The Penal Code of California § 266j, (1987); Delaware Criminal Code § 767, (1995); Delaware Criminal Code § 768, (2009)).

<sup>32</sup> S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 342.

<sup>33</sup> S. J. Schulhofer, *Consent...*, s. 665–666.

<sup>34</sup> S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 342–343.

<sup>35</sup> Zob. Arizona Revised Statutes § 13–1401, (A), (7), (a) i § 13–1406, (2021); Delaware Criminal Code § 761, (k), (1), (2021) i Delaware Criminal Code § 772, (2010).

<sup>36</sup> Alaska Statutes § 11.41.420, (a), (5) i § 11.41.470, (10) (2022); por. Alaska Statutes § 11.41.410 i § 11.41.470, (8), (A) (2021).

<sup>37</sup> Federal Bureau of Investigation, dalej: FBI.

*and against her will*<sup>38</sup>, treściowo niemalże w całości pokrywała się z tą, która została zaprezentowana przez W. Blackstone'a u schyłku XVIII w. Nowa definicja zerwała natomiast z uprzednim rozumieniem pojęcia zgwałcenia i stanowi nośnik aktualnych przekonań prezentowanych na łamach anglosaskiego prawa karnego, albowiem niniejszy czyn traktuje jako „*penetration (...) without the consent of the victim*”<sup>39</sup>.

## 2.2. „No means no” i „yes means yes”

Kierunek, w którym *common law*, a w szczególności ustawodawstwo Stanów Zjednoczonych, będą w najbliższych latach podążać nie budzi wątpliwości – obecny tam trend jest jasny. Jak zauważa A. Gruber, „*forcible rape is totally passé (...)*”<sup>40</sup>. Przyjęcie, iż do realizacji znamion zgwałcenia wystarczające jest już samo podjęcie niekonsensualnego obcowania płciowego uwydatniło jednak pewien niewystępujący uprzednio wyraźnie problem. Konieczne stało się bowiem ustalenie znaczenia przesłanki braku zgody pokrzywdzonego. W niniejszym zakresie wykształciły się dwa modelowe rozwiązania określane powszechnie mianem doktryn „*no means no*”<sup>41</sup> oraz „*yes means yes*”. W świetle koncepcji „*no means no*”<sup>42</sup> poprzez zgwałcenie należy rozumieć podjęcie lub kontynuowanie współżycia seksualnego w następstwie wyrażenia przez partnera sprzeciwu wobec spółkowania. Na gruncie koncepcji „*yes means yes*”<sup>43</sup> zgwałceniem będzie natomiast nawiązanie kontaktu płciowego w braku wcześniejszej zgody ze strony partnera.

### 2.2.1. „Yes means yes”

Koncepcja „*yes means yes*” stanowi rozwiązanie cieszące się aktualnie większą popularnością od konkurencyjnego „*no means no*”. U jej aksjologicznych podstaw leży przekonanie o zasadniczym braku woli nawiązywania przez ludzi kontaktów seksualnych z losowo napotkanymi osobami, w dowolnym miejscu i czasie, a jedynie w wypadku wyrażenia

<sup>38</sup> Tłum. własne: „stosunek seksualny odbywany z kobietą za sprawą przemocy i wbrew jej woli”.

<sup>39</sup> „*Penetration, no matter how slight, of the vagina or anus with any body part or object, or oral penetration by a sex organ of another person, without the consent of the victim*”; <https://ucr.fbi.gov/crime-in-the-u.s/2013/crime-in-the-u.s.-2013/violent-crime/rape>, (czerwiec 2023). Tłum. własne: „penetracja podejmowana (...) bez zgody ofiary”.

<sup>40</sup> A. Gruber, *Consent...*, s. 416. Tłum. własne: „zgwałcenie definiowane przez przymat przemocy jest passé (...)”.

<sup>41</sup> Tłum. własne: „nie znaczy nie”, „dopiero nie oznacza sprzeciw”.

<sup>42</sup> Zob. Nebraska Revised Statutes § 28-318, (8), (2016).

<sup>43</sup> Zob. Wisconsin Statutes § 940.225, (4), (2016).



przez nich takiej intencji. Zdaniem S. J. Schulhofera przyjęcie, że niekonsensualny kontakt płciowy nabiera charakteru zgwałcenia dopiero w następstwie wyrażenia przez ofiarę sprzeciwu tworzy natomiast domniemanie, że pokrzywdzony w okresie poprzedzającym uzewnętrznienie swojej niechęci godził się na podjęcie współżycia<sup>44</sup>. Osoba zamierzająca zainicjować zbliżenie intymne mogłaby zatem z powodzeniem z góry założyć stosowną zgodę po stronie każdego ewentualnego partnera<sup>45</sup>. Na ten temat podobnie wypowiada się M. J. Anderson twierdząc, iż na gruncie koncepcji „no means no” mężczyzna ma prawo swobodnie rozpocząć penetrację i kontynuować ją aż do momentu, w którym kobieta się temu sprzeciwi<sup>46</sup>. Wdrożenie standardu „yes means yes” miałyby tymczasem przekształcić ciążyący na pokrzywdzonym obowiązek uzewnętrznienia własnej niechęci względem obcowania płciowego w obarczającą sprawcę powinność zapewniania zgody drugiej ze stron stosunku seksualnego na przystąpienie do współżycia, jeszcze zanim ono nastąpi<sup>47</sup>. Niniejszy zabieg, wprowadzając do porządku prawnego domniemanie braku akceptacji nieoczekiwanych czynności seksualnych, wykluczyłby w efekcie możliwość przyjęcia przez jednostkę *implicite* zgody innej osoby na udział w akcie płciowym<sup>48</sup>.

Stopień rozpowszechnienia powyższego modelu jest w Stanach Zjednoczonych szczególnie widoczny na płaszczyźnie aktów prawa wewnętrznego, a zatem regulacji prawnych najbliższych obywatelom. Mowa tu w szczególności o obowiązujących na amerykańskich uczelniach regulaminach określających, pod rygorem odpowiedzialności dyscyplinarnej, pożądany sposób zachowania się studentów, również w sferze ich życia seksualnego. Obecnie ponad 800 amerykańskich placówek edukacyjnych przyjęło w ramach własnych regulacji wewnętrznych standard *affirmative consent*<sup>49</sup> przewidujący wymóg uzyskania wyraźnej, uprzedniej zgody partnera na podjęcie z nim współżycia płciowego<sup>50</sup>. W stanach California i New York obowiązek wprowadzenia do wewnątrzuczelnianych

---

<sup>44</sup> S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 666; por. P. G. Baroni, J. F. Decker, *No...*, s. 1119.

<sup>45</sup> S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 677.

<sup>46</sup> M. J. Anderson, *Negotiating...*, s. 1420; Mimo, iż autorka wskazuje na wady koncepcji „no means no” nie jest ona zwolenniczką rozwiązania w postaci koncepcji „yes means yes” (zob. M. J. Anderson, *Negotiating...*, s. 1406, 1420–1421).

<sup>47</sup> S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 677.

<sup>48</sup> N. J. Little, *From...*, s. 1347; S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 677.

<sup>49</sup> Tłum. własne: wyraźna zgoda.

<sup>50</sup> S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 672.

regulaminów kanonu *affirmative consent* został nałożony na lokalne instytucje naukowe odgórnie, na poziomie przepisów prawa stanowego<sup>51</sup>.

### 2.2.2. *Affirmative consent*

W przedstawionym świetle wyraźnie wybrzmiewa potrzeba precyzyjnego określenia tych elementów zachowania jednostki, które, na płaszczyźnie przestępstwa zgwałcenia, mogą stanowić podstawę interpretacji treści jej stosunku psychicznego do podejmowanego aktu seksualnego. Nieostrość granicy pomiędzy założeniami doktryn „*no means no*” i „*yes means yes*” doprowadziła do zasadniczego utożsamienia postulatu zapewnienia zgody partnera w przedmiocie współżycia, przed jego rozpoczęciem, z wytycznymi reguły *affirmative consent*, a zatem wymogiem wyrażności tego przyzwolenia. Najbardziej radykalne z prezentowanych w Stanach Zjednoczonych stanowisk nakazuje więc przyjąć, aby osoby pragnące przystąpić do obcowania płciowego były zobowiązane zawrzeć najpierw stosowne pisemne porozumienie. Powyższy pogląd, o ile intensywnie piętnowany przez przeciwników standardu *affirmative consent* jest, zdaniem A. Gruber, wypaczeniem idei „*yes means yes*”<sup>52</sup>. S. J. Schulhofer podkreśla, że żaden poważny zwolennik powyższej koncepcji nigdy nie zaproponował rozwiązania o podobnym pokroju<sup>53</sup>. Zgodnie z drugim, bardziej liberalnym poglądem osoba dążąca do nawiązania kontaktu seksualnego powinna uzyskać uprzednią werbalną zgodę partnera na podjęcie spółkowania. Zgoda ta, zdaniem niektórych, musi ponadto przybrać postać „(...) «*enthusiastic*» *verbal yes*”<sup>54</sup> tak, aby uniknąć wątpliwości co do rzeczywistych intencji wyrażającej swoją wolę jednostki<sup>55</sup>. W takim wypadku „(...) *yes means no, unless the yes is declared with alacrity*”<sup>56</sup>.

Nietypową propozycję na tle pozostałych rozwiązań przedstawianych przez reprezentantów doktryny *rape law* w Stanach Zjednoczonych przedkłada M. J. Anderson. Jej zdaniem partnerzy stosunku seksualnego powinni każdorazowo przeprowadzać ustne negocjacje określające za-

<sup>51</sup> California Education Code § 67386, (a), (2019); New York Education Law § 6441, (2015).

<sup>52</sup> A. Gruber, *Consent...*, s. 431.

<sup>53</sup> S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 667.

<sup>54</sup> A. Gruber, *Consent...*, s. 432–433. Tłum. własne: „(...) «entuzjastycznie» wypowiedziane tak”.

<sup>55</sup> A. Gruber, *Consent...*, s. 432.

<sup>56</sup> A. Gruber, *Consent...*, s. 432. Tłum. własne: „(...) tak oznacza nie, dopóki nie zostanie ono ochoczo oznajmione”.

kres antycypowanego przez nich zbliżenia płciowego<sup>57</sup>. Zgodnie z założeniami autorki „(...) *the law should define «rape» as engaging in an act of sexual penetration with another person when the actor fails to negotiate the penetration with the partner before it occurs*”<sup>58</sup>. O ile zaprezentowana przez M. J. Anderson koncepcja, jako idea o zdecydowanie mniejszościowym charakterze, wniosła najpewniej niewielki wkład w rozwój komentowanej dziedziny, o tyle uwagi wymaga przewidziane przez nią odstępstwo od zasady ustności opisywanych negocjacji. Powyższy wyjątek dotyczy wypadku, gdy pomiędzy stronami stosunku seksualnego występuje relacja tego rodzaju, że są one w stanie sprawnie odczytywać wzajemne niewerbalne sygnały wskazujące na chęć podjęcia współżycia seksualnego. Autorka dopuszcza, aby partnerzy oparli na nich wówczas w całości swoje porozumienie, zupełnie odstępując od ustnej wymiany zdań<sup>59</sup>. Podstawę do wyinterpretowania zgody jednostki na przystąpienie do spółkowania mógłby zatem w niniejszej sytuacji stanowić już nie tylko określony wycinek zachowania ludzkiego, a jego całość, tak więc zarówno słowa, jak i mowa ciała.

Pomimo znacznego zróżnicowania przywołanych powyżej stanowisk obecnych w doktrynie amerykańskiego prawa karnego należy stwierdzić, że żadne z nich nie zasługuje na pełną akceptację (i ewentualną implementację w polskim porządku prawnym). Przyjęcie standardu zezwalającego na interpretowanie zgody partnera seksualnego w przedmiocie podjęcia współżycia wyłącznie ze ściśle oznaczonych fragmentów jego zachowania jest rozwiązaniem sztucznym, które nie oddaje realiów okoliczności w jakich dochodzi do nawiązywania przeważającej większości kontaktów płciowych. Prawo karne materialne, będące instrumentem służącym do regulowania stosunków społecznych, powinno z daleko posuniętą ostrożnością ingerować w te sfery ludzkiej aktywności, które cechują się intymnością. Jako narzędzie subsydiarne niewątpliwie nie jest ono bowiem najodpowiedniejszym środkiem oddziaływania na kształt każdego rodzaju relacji międzyludzkich. Dotyczy to w szczególności sfery kontaktów seksualnych. Prawo karne powinno zatem możliwie najdokładniej odzwierciedlać wykształcone już w tym obszarze wzorce postępowania, nie zaś, niczym reguła *affirmative consent*, kreować nowe.

---

<sup>57</sup> M. J. Anderson, *Negotiating...*, s. 1407.

<sup>58</sup> M. J. Anderson, *Negotiating...*, s. 1407. Tłum. własne: „(...) prawo powinno definiować «zgwałcenie» jako doprowadzenie do obcowania płciowego w razie niewynegocjowania uprzednio zgody”.

<sup>59</sup> M. J. Anderson, *Negotiating...*, s. 1407.

### 2.3. Całość zachowania ludzkiego jako podstawa interpretacji zgody jednostki w przedmiocie współżycia seksualnego

Akt seksualny stanowi kompleks ruchów opartych na wzajemnej komunikacji pomiędzy partnerami, pozostającymi ze sobą w niemalże ciągłej bliskości fizycznej. Kluczowe znaczenie w zachodzącej pomiędzy nimi wymianie bodźców ma zatem, poza wypowiedzianymi słowami, także mowa ciała. Zgoda jednostki na podjęcie współżycia powinna być tym samym wywodzona z pełni zachowania ludzkiego, nie zaś tylko z jego poszczególnych fragmentów. Z całą pewnością brak jest bowiem wyłącznie jednego, dającego się ustawowo lub doktrynalnie uchwycić, społecznie akceptowalnego sposobu nawiązywania kontaktów płciowych. Podlega on natomiast swobodnemu kształtowaniu przez samych partnerów w ramach poszczególnych stosunków intymnych. Rację ma więc S. J. Schulhofer wskazując, że „(...) *it should be uncontroversial that consent (...) is something communicated by the totality of a person's conduct (...)*”<sup>60</sup>. Autor słusznie twierdzi przy tym, iż „(...) *the aim is to determine when the totality of an individual's conduct, including action and inaction, communicates willingness for the act of sexual intimacy to occur*”<sup>61</sup>.

Uważam, że w celu wyinterpretowania zgody jednostki na przystąpienie do spółkowania jej zachowanie powinno zostać poddane ocenie w ujęciu całościowym, nie zaś jedynie z perspektywy konkretnego układu sytuacyjnego, w którym dochodzi do podjęcia prób nawiązania współżycia. Pod rozważę należy wziąć zatem zarówno kompleksy ruchów bezpośrednio poprzedzające kontakt płciowy, jak i te mające miejsce w przeszłości. Osoba dążąca do rozpoznania znaczenia poszczególnych wycinków zachowania partnera odczytuje je w perspektywie posiadanej już wiedzy, nie ograniczając zakresu swojego poznania wyłącznie do informacji odbieranych w momencie zbliżenia intymnego. To, który z fragmentów wartościowanego postępowania jednostki faktycznie komunikuje chęć podjęcia przez nią współżycia jest natomiast determinowane w oparciu o aktualny charakter przekonań kulturowych oraz okoliczności indywidualnego wypadku. Oznacza to, że tożsamemu elementowi aktywności, w zależności od zewnętrznych uwarunkowań, może towarzyszyć zupełnie odmienny przekaz. W rezultacie, nie sposób kategorycznie

<sup>60</sup> S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 667. Tłum. własne: „(...) powinno być jasne, że zgoda (...) jest komunikowana przez całość zachowania jednostki (...).”

<sup>61</sup> S. J. Schulhofer, *Consent:...*, s. 668. Tłum. własne: „(...) celem jest ustalenie, kiedy całość zachowania jednostki, włączywszy w to jej aktywność, jak i pasywność, wyraża chęć podjęcia przez nią zbliżenia intymnego”.

wykluczyć, aby o rzeczywistym kształcie stosunku wolitalywnego człowieka względem obcowania seksualnego mogły świadczyć takie motywy jak chociażby jego sugestywny ubiór czy podjęty uprzednio z określonym partnerem akt seksualny.

Zgodnie z dominującym w nauce polskiego prawa karnego poglądem poprzez zachowanie człowieka należy rozumieć już samą aktywność jego mózgu, pozostającą w jakkolwiek dostrzegalnej zewnętrznie relacji z otoczeniem. Brak jest zatem przeszkód do przyjęcia, aby także postawy ludzkie charakteryzujące się *prima facie* zupełną biernością<sup>62</sup> były zdolne komunikować pozytywny stosunek psychiczny partnera względem spółkowania. Generalna zasada adekwatności każdego z wycinków postępowania jednostki w procesie oceny jej subiektywnego nastawienia wobec możliwości nawiązania współżycia płciowego powinna doznać jednak pewnego ograniczenia. Cezurą ich relewantności w niniejszej perspektywie będzie nieskrępowana zdolność jednostki do powzięcia woli, a nadto występująca w chwili podjęcia zachowania dostateczna zdolność do jej swobodnego wyrażenia. Odruchy bezwarunkowe, stan paraliżu lub sen nie mogą tym samym wskazywać na rzeczywisty kształt wewnętrznych przekonań określonej osoby w odniesieniu do antycypowanego aktu seksualnego. Powyższe nie wyklucza zarazem w żadnym wypadku możliwości wyrażenia przez partnera zgody *pro futuro* na wypadek wystąpienia którejś z tych okoliczności.

W przedmiocie barier warunkujących zakres rzeczowej swobody interpretacyjnej nie mogę się już zgodzić ze S. J. Schulhoferem. Autor, dostrzegając, że „(...) «yes» does not always mean yes”<sup>63</sup>, nadaje jednocześnie prymat bezwzględności zwrotom sugerującym niechęć jednostki względem spółkowania twierdząc, iż „obviously «no» must mean no”<sup>64</sup>. Jego zdaniem „a clear verbal refusal-such as «No», «Stop», or «Don’t»-suffices to establish the lack of consent”<sup>65</sup>. Podobnie jak w wypadku zwrotów zaledwie iluzorycznie sugerujących zgodę, nie sposób definitywnie przesądzić, aby słowa wskazujące na brak

---

<sup>62</sup> Wskazywanie na pasywność partnera seksualnego stanowi pewne uproszczenie, albowiem nie sposób mówić o dosłownie rozumianej pełnej bierności jednostki. Osoba żywa nieustannie „się zachowuje”, a więc przejawem jej bierności jest *de facto* aktywność.

<sup>63</sup> S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 342. Tłum. własne: „(...) «tak» nie zawsze oznacza zgodę”

<sup>64</sup> S. J. Schulhofer, *Reforming...*, s. 340. Tłum. własne: „«nie» oczywiście zawsze oznacza sprzeciw”.

<sup>65</sup> S. J. Schulhofer, *Consent...*, s. 669. Tłum. własne: „słowa wyraźnego sprzeciwu, takie jak «nie», czy «przestań» wystarczają do skutecznego zakomunikowania braku zgody”.

woli udziału w akcie seksualnym powinny być każdorazowo rozumiane zgodnie z ich dosłownym brzmieniem. Odmienne założenie pozostałoby bowiem w sprzeczności z naturą niejednego zbliżenia intymnego. Partnerzy stosują szereg zróżnicowanych metod mających na celu pobudzenie napięcia seksualnego. Uwodzenie może zatem przybrać formę wypowiedzi jedynie pozornie wskazujących na brak akceptacji inicjowanego stosunku płciowego, które, rozpatrywane w perspektywie całości kontekstu sytuacyjnego, jawią się jako wycinki zachowania komunikujące zgodę.

### 3. Przestępstwo zgwałcenia w Polsce

Od 2021 r. w Polsce podejmowane są zdecydowane starania o modyfikację art. 197 k.k. i nadanie mu brzmienia zbliżonego do treści nowoprzyjmowanych w pozostałych państwach europejskich<sup>66</sup> oraz w systemie *common law* przepisów penalizujących zgwałcenie. Propozycja wyeliminowania z ustawowego opisu typu znamion przemocy, groźby bezprawnej i podstępny oraz oparcia legalnej konstrukcji zgwałcenia wyłącznie na znamieniu braku zgody pokrzywdzonego spotkała się z aprobatą dwóch kolejnych Rzeczników Praw Obywatelskich – Adama Bodnara i Marcina Wiącka<sup>67</sup>. Do Sejmu został natomiast skierowany poselski projekt ustawy wprowadzającej szereg zmian w obrębie rozdziału XXV Kodeksu karnego, a przy tym w pełni nowelizującej art. 197 § 1 k.k.<sup>68</sup>

Podstawowy argument prezentowany na poparcie potrzeby wdrożenia zmian w granicach regulacji przestępstwa zgwałcenia oparty jest na przekonaniu, że „w sytuacji, gdy sprawca nie doprowadza ofiary do obcowania płciowego przemocą, groźbą lub podstępem, to nawet jeśli ofiara nie wyraziła zgody na obcowanie płciowe, czyn nie stanowi przestępstwa z art. 197 § 1 k.k.”<sup>69</sup> Zdaje się, że zarysowany

<sup>66</sup> Zob. np. Strafgesetzbuch § 177, (2016), Niemcy; Brottsbalk 6 kap. § 1, (2018), Szwecja; Rikoslaki 20 luku § 1, (2022), Finlandia; Code Penal § 375, (2022), Belgia.

<sup>67</sup> List Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ; List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego z dnia 14 lipca 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ; List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego z dnia 11 lutego 2022 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ.

<sup>68</sup> Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX Kadencji.

<sup>69</sup> List Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ, s. 3.

przez A. Bodnara problemu został dostrzeżony również w środowisku sędziowskim. Z opinii Zespołu ds. Prawa Karnego Stowarzyszenia Sędziów Polskich IUSTITIA dotyczącej projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 września 2021 r. można wyczytać, że „w praktyce orzeczniczej spotykane są (...) wcale nierzadko sytuacje, gdy ofiara zgwałcenia nie wyrażała zgody na obcowanie płciowe, a jednocześnie sprawca nie działał przemocą, groźbą bezprawną, ani podstępem”<sup>70</sup>. Art. 197 k.k. w obecnym brzmieniu miałby zatem nie zapewniać dostatecznego standardu ochrony poprzez wprowadzenie jedynie częściowej kryminalizacji godzących w wolność seksualną jednostki stosunków płciowych i innych czynności seksualnych. Należy przyznać, iż z uwagi na swoją treść polska regulacja zgwałcenia może sprawiać na pierwszy rzut oka wrażenie uzależniającej realizację znamion typu od podjęcia przez napastnika wąsko sprecyzowanych w przepisie karnym aktywności, omyłkowo pozostawiając inne postaci zachowania sprawczego poza sferą swojego oddziaływania. Powyższe spostrzeżenie nie musi jednak okazać się prawidłowe. Uważam, że z zastrzeżeniem art. 198, 199 § 1 i 2 oraz 200 § 1 k.k. ukształtowanie definicji zgwałcenia od strony pozytywnej, jak ma to aktualnie miejsce, nie uniemożliwia objęcia zakresem art. 197 k.k. wszelkich domagających się reakcji ze strony prawa karnego stosunków seksualnych podjętych bez uprzedniego wyrażenia przez pokrzywdzonego prawnie relewantnej zgody. Kwestia występowania w obszarze normowania tego typu czynu zabronionego komentowanej luki, jak i jej wyeliminowania jest natomiast zagadnieniem w przeważającej mierze doktrynalnym i orzeczniczym, nie zaś legislacyjnym i nie rodzi potrzeby nowelizacji żadnego z fragmentów rozdziału XXV Kodeksu karnego.

### **3.1. Pojęcie przemocy**

#### **3.1.1. Zastana definicja przemocy**

Kluczowe znaczenie dla ustalenia rzeczywistego zasięgu kryminalizacji przepisów z art. 197 § 1 i 2 k.k. ma określenie prawidłowej wykładni zawartych w nich znamion określających sposób zachowania się sprawcy, przede wszystkim jednak, jak sądzę, przesłanki przemocy. Prezentowane w literaturze poglądy co do sposobu interpretacji tego pojęcia, wy-

---

<sup>70</sup> Opinia Zespołu ds. Prawa Karnego Stowarzyszenia Sędziów Polskich IUSTITIA dotycząca projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 16 września 2021 roku, Bydgoszczy, dnia 27 września 2021 r., s. 18.

rażane zarówno na gruncie art. 197 k.k., jak i innych typów czynów zabronionych, zgodnie bazują na konstrukcji przełamania, względnie uniemożliwienia siłą fizyczną ofierze stawiania oporu<sup>71</sup>. I tak, zdaniem J. Warylewskiego „przemocą jest każde oddziaływanie na pokrzywdzonego lub jego otoczenie, które za pomocą pewnych środków fizycznych (siły fizycznej) uniemożliwia opór (...), przełamuje go (...) lub wywiera wpływ na podjęcie decyzji, rozumianej jako akt woli”<sup>72</sup>. Podobnie wypowiada się M. Bielski twierdząc, że w celu realizacji znamion typu z art. 197 k.k. „(...) użycie (siły fizycznej – uwaga Autora) musi być nakierowane na przełamanie oporu ofiary co do podjęcia lub zaniechania określonej aktywności”<sup>73</sup>. Powyższe rozumienie omawianego znamienia, w pełni aktualne w obecnej doktrynie<sup>74</sup>, niewątpliwie czerpie więc bezpośrednio ze wzorcowego ujęcia przemocy opracowanego jeszcze przez T. Hanauską<sup>75</sup>. Teza o konieczności nakierowania relewantnych fragmentów zachowania sprawczego na przełamanie oporu pokrzywdzonego dominowała jednak wśród badaczy polskiego prawa karnego już przed jego unifikacją<sup>76</sup>. Współczesna wykładnia przemocy jest zatem w istocie rzeczą pochodną zastanej tendencji definicyjnej, obecnej w karnistyce od dziesięcioleci.

### 3.1.2. Pojęcie oporu

Interpretacja oporu, niebędącego elementem żadnego z zawartych w Kodeksie karnym typów czynów zabronionych, ma w powyższym świetle decydujący wpływ na rozmiar kręgu zachowań zdolnych do realizacji znamienia przemocy. Uważam, że pojęcie to należy rozpatrywać możliwie najszerzej. Jak wynika z uprzedniej części opracowa-

<sup>71</sup> W. Kulesza, *Demonstracja...*, s. 134; A. Michalska-Warias, (w:) *Przestępstwo...*, s. 38; M. Szewczyk, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 232, teza 11, komentarz do art. 246, teza 11; A. Zoll, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 153, teza 5; S. Hypś, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 15; M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 280 k.k., teza 32; J. Piórkowska-Flieger, (w:) *Przestępstwo...*, s. 53; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 30; B. Gadecki, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 8.

<sup>72</sup> J. Warylewski, (w:) *System...*, § 23. *Przestępstwo zgwałcenia* (art. 197 k.k.), teza 116.

<sup>73</sup> M. Bielski, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 40.

<sup>74</sup> Por. wyrok Sądu Najwyższego III KR 307/72 z dnia 8 marca 1973 r.: „za przemoc uważać należy każde działanie zmierzające do fizycznego przełamania oporu”; wyrok Sądu Najwyższego V KKN 346/96 z dnia 8 października 1997 r.: „przemocą jest każde działanie zmierzające do złamania fizycznego oporu (...)”.

<sup>75</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 65; M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 90.

<sup>76</sup> M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 86–87.



nia, niemalże wszelkie fragmenty postępowania jednostki są zdolne komunikować jej nieskrępowaną zgodę na udział w akcie seksualnym. Niniejsze pozostaje w pełni aktualne w odniesieniu do sprzeciwu pokrzywdzonego wobec możliwości nawiązania współżycia, jak i zgody, która została wymuszona. Ich przejawem będzie opór ofiary zgwałcenia rozumiany jako każdy wycinek zachowania partnera wskazujący na brak jego rzeczywistej woli przystąpienia do obcowania płciowego. Oporu nie należy zatem utożsamiać jedynie ze stereotypowo ugruntowanym fizycznym odpieraniem sprawcy napaści seksualnej lub krzykiem<sup>77</sup>. To, który z fragmentów aktywności jednostki powinien zostać z kolei uznany za faktycznie wyrażający jej niechęć względem spółkowania należy oceniać w oparciu o kształt okoliczności danego wypadku i norm kulturowych. Nie ma natomiast przeszkód do przyjęcia, aby przejawem oporu mogły być nawet tak subtelne elementy zachowania ofiary jak słowa czy mimika twarzy.

Przedstawione ujęcie oporu zdaje się *prima facie* znajdować w przeważającej mierze odzwierciedlenie w literaturze<sup>78</sup> i orzecznictwie<sup>79</sup>. Już w latach 60 XX w. M. Filar opisywał rzeczywisty (tj. nie pozorny) opór pokrzywdzonego jako „(...) zewnętrzny wyraz woli przeciwnej dążeniom zmuszającego”<sup>80</sup>. Autor wyraźnie podkreślał zarazem, iż „formy przejawiania oporu i jego nasilenie są okolicznościami zupełnie nieistotnymi dla jego stwierdzenia”<sup>81</sup>. Pogląd ten prowadzi zatem do wniosku, że uwidoczniona niechęć jednostki, jako element cielesnej ekspresji, jest wśród ofiar zgwałcenia naturalnym i w zasadzie koniecznym rezultatem braku

---

<sup>77</sup> Por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach II AKa 72/09 z dnia 8 kwietnia 2009 r.: „opór ofiary nie musi polegać na fizycznym przeciwstawieniu się użytym przez sprawcę środkom zmuszania i w zależności od sytuacji jego dostrzegane dla sprawcy uzewnętrznienie może sprowadzać się do innych form np. płaczu, ustnych wypowiedzi, szarpania, czy prób wzywania pomocy”.

<sup>78</sup> Zob. J. Warylewski, (w:) System..., § 23. Przestępstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.), teza 108; K. Lipiński, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 197 k.k., teza 25; J. Warylewski, K. Nazar, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 197 k.k., teza 14.

<sup>79</sup> Zob. wyrok Sądu Najwyższego WA 19/06 z dnia 14 czerwca 2006 r.: „forma i intensywność oporu musi być oceniana przez organy procesowe w zależności od konkretnej sytuacji i okoliczności sprawy. Wystarczy zatem, aby osoba pokrzywdzona uzewnętrzniała swoim działaniem brak zgody na odbycie stosunku płciowego, stawiła rzeczywisty opór sprawcy, a ten przełamał go”; wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach II AKa 72/09 z dnia 8 kwietnia 2009 r.: „opór ofiary nie musi polegać na fizycznym przeciwstawieniu się użytym przez sprawcę środkom zmuszania i w zależności od sytuacji jego dostrzegane dla sprawcy uzewnętrznienie może sprowadzać się do innych form np. płaczu, ustnych wypowiedzi, szarpania, czy prób wzywania pomocy”.

<sup>80</sup> M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 93; por. T. Hanusek, *Przemoc...*, s. 118.

<sup>81</sup> M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 96.

ich rzeczywistej woli nawiązania współżycia seksualnego. Tak szerokie pojmowanie oporu niemalże wyklucza wszakże możliwość przyjęcia, aby ofiara niegodząca się dobrowolnie na udział w akcie seksualnym nie demonstrowała swoim zachowaniem wobec niego sprzeciwu. Pewnym nieporozumieniem jest więc, jak sądzę, nadmiernie swobodne wskazywanie przez przedstawicieli doktryny<sup>82</sup> oraz sądy<sup>83</sup> na rzekomą rezygnację pokrzywdzonego ze stawiania oporu, niezdolność do jego wyrażenia lub pozbawienie go przez sprawcę warunków do jego uzewnętrznienia. Sytuacje zupełnego upośledzenia zdolności jednostki do okazywania oporu, choć niewykluczone, należy raczej uznać na tym tle za szczególne. Z całą pewnością o niemożliwości stawiania oporu nie sposób natomiast mówić w kontekście nagminnie przytaczanego w literaturze wypadku fizycznego skrupowania pokrzywdzonego. To samo dotyczy sytuacji, gdy ofiara, w obawie o eskalację stosowanych wobec niej naciśków albo z uwagi na liczebną lub muskularną przewagę napastników, oddaje się sprawcy, nie podejmując akcji obronnej. Nie można bowiem przyjąć, aby osoby te zostały bez reszty pozbawione zdolności uzewnętrznienia swojej niechęci względem podejmowanego stosunku płciowego. O ile więc swoboda zachowania się pokrzywdzonych niewątpliwie uległa w niniejszych okolicznościach istotnemu ograniczeniu, o tyle nie została ona całkowicie wyłączona<sup>84</sup>.

<sup>82</sup> Zob. M. Bielski, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 198 k.k., teza 11, komentarz do art. 199 k.k., teza 4; V. Konarska-Wrzeska, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 197 k.k., teza 6; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 198 k.k., teza 14; M. Mozgawa, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 197 k.k., teza 5.

<sup>83</sup> Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie II AKa 2/96 z dnia 15 lutego 1996 r.: „skoro bowiem została osaczona, opór z jej strony zapewne wywołałby tym większą agresję gwałcicieli, zatem nieuchronnie prowadziłyby do zadania jej urazów, a przeto i tym większych cierpień, aż po skutki najpoważniejsze”; wyrok Sądu Najwyższego II KK 114/18 z dnia 4 grudnia 2018 r.: „(...) z uwagi na niemożność powzięcia oporu przez ofiarę (np. związanie pod pozorem zabawy, a następnie seksualne wykorzystanie niemogącej ruszać się ofiary)”; postanowienie Sądu Najwyższego V KK 165/21 z dnia 9 czerwca 2021 r.: „sprzeciw osoby pokrzywdzonej nie musi być jednakże oznajmiany przez cały czas wymuszania na niej niechcianych przez nią zachowań seksualnych, gdyż zaprzestanie okazywania protestu (oporu) jest często powodowane bezsilnością i postrzeganiem swojej sytuacji jako bez wyjścia”.

<sup>84</sup> Kwestię tę precyzuje T. Hanausek wskazując, że „uniemożliwienie oporu polega nie tylko na wykluczeniu *ex ante* wszelkiej możliwości jego stawiania, ale także na stworzeniu bezpośrednim lub pośrednim oddziaływaniem na zmuszanego takiej sytuacji, w której jego ewentualny opór byłby bezskuteczny” (T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 119). Podobnego zastrzeżenia nie czynią jednak pozostali autorzy wypowiadający się w niniejszym obszarze. Mimo, iż uwaga T. Hanauska po części rozjaśnia przedstawioną powyżej nieścisłość terminologiczną, pozwala ono równocześnie jeszcze do-

Analizując wypowiedzi polskich autorów rozważających w przedmiocie interpretacji pojęcia oporu trudno nie odnieść wrażenia, że posługując się tym zwrotem zapewne chodzi im o coś znacznie więcej, aniżeli o dowolny, jakkolwiek subtelny przejaw braku zgody partnera na podjęcie obcowania płciowego. Pomimo, jak można przypuścić, zaakceptowania przez doktrynę poglądu, iż „jedyną okolicznością konstytutywną (oporu – uwaga Autora) jest (...) fakt istnienia negatywnej decyzji woli ofiary i jej uzewnętrznienie”<sup>85</sup>, jednocześnie w literaturze powszechnie wskazuje się na dodatkowy, integralny komponent oporu, jakim jest jego stanowczość. Zdaniem V. Konarskiej-Wrzosek „sprzeciw, który jest warunkiem *sine qua non* typu przestępstwa zgwałcenia, musi być przez ofiarę wyraźnie zmanifestowany”<sup>86</sup>. M. Bielski uważa natomiast, że „do przyjęcia, że opór wystąpił (...) niezbędne jest obiektywnie dostrzegalne dla sprawcy podjęcie oporu w czasie stosowania przemocy, gdyż tylko wtedy można przyjąć, że ofiara wyraża sprzeciw wobec takiej formy przymuszenia jej do podjęcia określonej czynności seksualnej (...)”<sup>87</sup>. Z powyższymi tezami nie można się zgodzić. Opór ofiary zgwałcenia, stanowiący okoliczność pozytywną, służy na gruncie art. 197 k.k. wykazaniu przesłanki negatywnej w postaci braku dobrowolnie wyrażonej przez jednostkę zgody na podjęcie przez nią współżycia seksualnego. Nie należy jednak w żadnym wypadku utożsamiać oporu w ogóle z tymi tylko jego przejawami, które, ze względu na swoją intensywność, wyróżnia realna moc dowodowa w ramach postępowania karnego. Stanowczość oporu nie jest też warunkiem koniecznym przypisania sprawcy umyślności, albowiem świadczy o niej wyłącznie świadomość napastnika niekonsensualności inicjowanego zbliżenia intymnego lub uzyskania zgody na jego podjęcie w wyniku błędu ofiary. Należy w konsekwencji stwierdzić,

---

sadniej zakwestionować celowość posługiwania się pojęciem uniemożliwienia ofierze stawiania oporu w sytuacjach, gdy opór pokrzywdzonego ewidentnie istnieje, a jest jedynie tłumiony przez sprawcę.

<sup>85</sup> M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 96.

<sup>86</sup> V. Konarska-Wrzosek, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 10; por. postanowienie Sądu Najwyższego V KK 165/21 z dnia 9 czerwca 2021 r.: „sprzeciw, który jest warunkiem koniecznym przestępstwa zgwałcenia, musi być przez ofiarę wyraźnie zmanifestowany, choć może to nastąpić w różny sposób”.

<sup>87</sup> M. Bielski, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 43; por. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach II Aka 72/09 z dnia 8 kwietnia 2009 r.: „czyn z art. 197 k.k. stanowi zamach na wolność seksualną ofiary oraz nie musi łączyć się z powstaniem na ciele w wypadku zgwałcenia obrażeń i o ile uzewnętrzniony jest brak zgody pokrzywdzonej, racjonalnie do proporcji sił, to mamy do czynienia z realizacją znamion tego przestępstwa”.

iż, wbrew obecnemu w piśmiennictwie przekonaniu<sup>88</sup>, doktryna polskiego prawa karnego w rzeczywistości wcale nie odeszła od wymogu ekspresyjności oporu. Zarzucone uprzednio kryterium wykorzystania przez pokrzywdzonego wszelkich dostępnych mu środków obrony zastąpiono natomiast nowym – warunkiem wyrażności każdej z dostrzegalnych oznak braku zgody jednostki.

Przyswojenie w nauce polskiego prawa karnego *de facto* zawężonego ujęcia oporu oznacza, iż w pełni trafne jest w tym stanie rzeczy spostrzeżenie krytyków treści aktualnie obowiązującego art. 197 k.k., że „art. 197 k.k. chroni (...) jedynie przed przełamującymi opór ofiary naciśkami (...), a nie przed jakimkolwiek niekonsensualnym zachowaniem seksualnym (...)”<sup>89</sup>. Na uwagę zasługuje w tym miejscu przypadek opisany przez M. Budyn-Kulik, gdy mężczyzna niespodziewanie łapiąc za pierś mijaną przez siebie na drodze kobietę nie zrealizował w ocenie sądu znamion typu z art. 197 § 2 k.k., albowiem nie działał w żaden ze wskazanych w art. 197 § 1 k.k. sposobów<sup>90</sup>. Postępowanie napastnika nie miało charakteru groźby, trudno też podzielić zapatrywanie autorki, jakoby „(...) można by było zastanawiać się, czy wykorzystanie nieuwagi pokrzywdzonej i zaskoczenia nie wypełnia znamienia «podstęp» (...)”<sup>91</sup>. Z uwagi na skoncentrowanie powyższej aktywności sprawczej na samym tylko naruszeniu przez mężczyznę nietykalności cielesnej pokrzywdzonej zachowanie to zdecydowanie najbliższe było przemocy. Napastnik nie przełamał jednak oporu kobiety, nie sposób również przyjąć, aby podjęte przez niego działanie mogło taki opór uniemożliwić. Na gruncie dotychczasowej tendencji wykładniczej wskazane postępowanie nie mogło więc stanowić którejkolwiek z zawartych w art. 197 § 1 k.k. postaci zachowania sprawczego.

W powyższym świetle nie powinno budzić wątpliwości, że art. 197 k.k. zapewnia obecnie jedynie fragmentaryczną, nie zaś całościową ochronę przed wszelkimi zachowaniami stanowiącymi w istocie rzeczy zgwałcenie. Przyczyna zarysowanej wadliwości typu leży jednak nie w układzie jego znamion, a jak już wskazano, przede wszystkim w ich wykładni, w szczególności zaś przesłanki przemocy. Jest to wyraźnie widoczne zwłaszcza na gruncie art. 197 § 2 k.k. Ustawodawca, reagu-

<sup>88</sup> M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 95; M. Budyn-Kulik, M. Kulik, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 25.

<sup>89</sup> List Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ, s. 3.

<sup>90</sup> M. Budyn-Kulik, *Inna...*, s. 146.

<sup>91</sup> M. Budyn-Kulik, *Inna...*, s. 146–147.

jąc na zachodzące w społeczeństwie zmiany kulturowe, rozszerzył w Kodeksie karnym z 1997 r. zakres penalizacji komentowanego typu o zgwałcenie przybierające postać wymuszenia innej czynności seksualnej, odwołując się zarazem w treści przepisu z art. 197 § 2 k.k. do postaci działania napastnika określonych w art. 197 § 1 k.k. Dotychczasowa interpretacja przemocy, oparta na konieczności przełamania lub uniemożliwienia przez sprawcę wyraźnego oporu jednostki pozostaje jednak w sprzeczności z ratio legis leżącym u podstaw art. 197 § 2 k.k. Immanentną cechą niejednej innej czynności seksualnej jest wszak jej delikatność (jak chociażby w wypadku obmacywania pokrzywdzonego przez napastnika<sup>92</sup>). Z powyższym sposobem rozumienia tego znamienia nie sposób zgodzić się również na gruncie art. 197 § 1 k.k. Wraz ze zwiększeniem się od czasu II poł. XX w. zakresu świadomości społecznej jasnym stało się bowiem, że aktywność sprawcza polegająca na fizycznym oddziaływaniu na ciało ofiary, prowadząca na płaszczyźnie przyczynowej do osiągnięcia obcowania płciowego wcale nie musi cechować się intensywnością. Znacznemu zmniejszeniu uległ zarazem poziom tolerancji różnorodnych ingerencji w sferę cielesną jednostki. Nie uważam więc, aby rację mieli ci przedstawiciele doktryny, którzy twierdzą, że „(...) zamiast znamienia «przemocą, groźbą lub podstępem» ustawodawca powinien wprowadzić znamię «bez zgody»”<sup>93</sup>. Aby zapewnić art. 197 k.k. skuteczność należy raczej, jak sądzę, w pierwszej kolejności rozważyć przyjęcie odpowiednio ukierunkowanej, poszerzonej wykładni przemocy, nie zaś ingerować w strukturę znamion komentowanego typu. Trzeba tu jednak zaznaczyć, że problematyka zupełności obszaru normowania przepisów typizujących zgwałcenie jest znacznie bardziej złożona i wydaje się, że nie wyczerpuje jej modyfikacja sposobu rozumienia tylko jednej z zawartych w art. 197 k.k. przesłanek. Rewizji zapewne wymagają także komponenty umiejscowione w art. 115 § 11 i 12 k.k. składające się łącznie na znamię groźby bezprawnej<sup>94</sup>. Z uwagi na swoje drugoplanowe znaczenie przesłanka ta pozostanie natomiast poza zasięgiem niniejszego opracowania.

### **3.1.3. Geneza klasycznego ujęcia przemocy**

T. Hanausek, będący autorem definicji przemocy, z której bezpośrednio wywodzi się aktualny sposób wykładni badanego znamienia

---

<sup>92</sup> Zob. M. Budyn-Kulik, Inna..., s. 147.

<sup>93</sup> M. Budyn-Kulik, M. Kulik, (w:) Kodeks..., komentarz do art. 197 k.k., teza 83.

<sup>94</sup> Zob. A. Michalska-Warias, (w:) Przestępstwo..., s. 39–42.

upatruje źródła jej charakteru jako zachowania zmierzającego do przełamania lub wyłączenia oporu ofiary między innymi w etymologii tego słowa wskazując, że „(...) wyraz ten określa działanie za pomocą siły zwrócone na pokonanie kogoś, stawiającego swą siłą opór temu działaniu”<sup>95</sup>. Zastosowanie wykładni językowej w procesie interpretacji poszczególnych znamion typu czynu zabronionego ma w istocie kapitalne znaczenie dla zapewnienia realizacji postulatu komunikatywności prawa karnego. Odwołanie się do ocen wykształconych na gruncie języka potocznego nie powinno mieć jednak decydującego wpływu na normatywną treść rozpatrywanej przesłanki w sytuacji, gdy za odstępniem od przyjętego tam sposobu rozumienia poszczególnych zwrotów przemawiają określone racje celowościowe. Analizując głębiej zapatrywania autora w komentowanym obszarze jasnym staje się natomiast, że przedstawione przez niego ujęcie przemocy nie jest jedynie prostą kalką zaczerpniętą z języka codziennego. Kluczowa w dążeniu do odnalezienia w dotychczasowej sylwetce znamienia przemocy umocowania dla potrzeby nastawienia działania sprawcy na przełamanie lub uniemożliwienie oporu pokrzywdzonego jest zatem rekonstrukcja jej elementów. Przemoc jest wszak według opisu T. Hanauska strukturą o charakterze „dwustronnym”<sup>96</sup>. Składają na nią płaszczyzny zarówno szczególnego zachowania się sprawcy oraz jego „odbioru”<sup>97</sup>. Czynnikiem determinującym kształt relewantnego postępowania napastnika jest tu jego subiektywne ukierunkowanie na spowodowanie skutku w postaci przymusu<sup>98</sup>. „Odbiorem” tej aktywności po stronie zmuszanego jest zaś brak zgody jednostki na podejmowane przez sprawcę zachowanie<sup>99</sup>.

Przymus, stanowiący rezultat zmuszania, może naprowadzać ofiarę na podjęcie w zasadzie dowolnego zachowania, trafnie rozumianego przez autora jako działanie, zaniechanie lub znoszenie<sup>100</sup>. Wywołania przez posługującego się środkami fizycznymi sprawcę<sup>101</sup> nacisku w sferze motywacyjnej pokrzywdzonego nie należy jednak od razu utożsamiać z użyciem przez niego przemocy. Dążenie do naruszenia wolności decyzji woli innej osoby musi być bowiem zawsze objęte zamiarem

<sup>95</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 13; por. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 280 k.k., teza 32.

<sup>96</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 19.

<sup>97</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 19.

<sup>98</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 99.

<sup>99</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 125.

<sup>100</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 84.

<sup>101</sup> Zob. T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 65.

bezpośrednim napastnika. Nie wystarczy zatem, aby sprawca, podejmując określone zachowanie zmuszające, jedynie godził się na wywarcie za jego pomocą przymusu<sup>102</sup>. I tak, dla przykładu, choć zabór mienia przeważnie wiąże się ze zmuszeniem pokrzywdzonego do zaniechania korzystania z odebranego mu przedmiotu, według T. Hanauska aktywność sprawcy nie nabierze jeszcze tylko z tego powodu cech przemocy<sup>103</sup>. Dopóki postępowanie napastnika wewnętrznie zorientowane będzie przede wszystkim na zawładnięcie cudzą rzeczą, pozbawienie ofiary możliwości czynienia z niej użytku pozostanie jedynie pewnym spodziewanym skutkiem ubocznym takiej aktywności, mieszczącym się wyłącznie w sferze zamiaru ewentualnego. W efekcie, zdaniem autora „(...) tylko wówczas można przyjąć (w zbiegu z zaborem) zmuszanie przemocą, gdy sprawca zabiera rzecz po to, by zmusić do znoszenia jej braku (...)”<sup>104</sup>.

Podzielając zarówno pogląd o umyślnym charakterze przemocy, jak i naturze tego środka jako narzędzia służącego zmuszaniu sądzę, że postulat kierunkowego naprowadzenia podejmowanej przez sprawcę aktywności na wywołanie za jej pomocą przymusu jest tym fragmentem koncepcji T. Hanauska, który przesądza o nieadekwatności zaproponowanej przez niego wykładni do aktualnych potrzeb prawa karnego. Wynikający z powyższego ujęcia niższy, aniżeli obecnie oczekiwany standard ochrony nie jest przy tym efektem niedopatrzenia autora, a raczej, jak można przypuścić, rezultatem zupełnie odmiennego, naturalnego niegdyś spojrzenia na będące przedmiotem niniejszego opracowania zjawiska. Ta ewidentna różnica w poglądach doskonale widoczna jest przede wszystkim na kanwie wypadków niespodziewanego doprowadzenia pokrzywdzonego do poddania się lub wykonania innej czynności seksualnej albo podjęcia przez niego obcowania płciowego. T. Hanausek, rozważając w obrębie sytuacji „zaskakującego i raptownego podjęcia czynów nierządnych”, najwyczejniej nie odnajdował we wszystkich tego rodzaju zachowaniach elementów przemocy<sup>105</sup>. Pozostawienie części z nich poza zasięgiem konstruowanego przez autora znamienia było więc zabiegiem celowym. Opierając się na kryteriach T. Hanauska należałoby bowiem uznać, że postępowanie napastnika nie zawsze spełnia w takich okolicznościach

---

<sup>102</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 99, 101.

<sup>103</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 101.

<sup>104</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 101.

<sup>105</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 120.

założenia funkcji zmuszającej przemoc<sup>106</sup>. Dzieje się tak wówczas, gdy sprawca, nie podejmując starań o uniemożliwienie ofierze stawiania oporu, od razu przystępuje do realizacji zamiaru osiągnięcia zaspokojenia seksualnego<sup>107</sup>. Działanie to pozostaje tym samym jedynie pośrednio nastawione na zmuszanie ofiary do znoszenia zainicjowanego wbrew jej woli zachowania seksualnego, co wyklucza możliwość zakwalifikowania go jako przemoc. Samej tylko „obiektywnej mechaniki stosunku płciowego” nie można wszak, jak wskazuje M. Filar, uznać za niezbędną dla przyjęcia przemocą siłę zmuszającą<sup>108</sup>.

Będące punktem wyjścia dla prowadzonych w ramach tej części wywodu rozważań przekonanie, iż konstytutywną cechą przemocą jest przełamywanie, względnie uniemożliwianie ofierze stawiania oporu<sup>109</sup> wywodzi się zatem z założenia, że tylko zachowania subiektywnie ukierunkowane na pokonanie lub wyłączenie oporu pokrzywdzonego mogą stanowić objęte zamiarem bezpośrednim napastnika zmuszanie<sup>110</sup>. Choć zarówno przedstawiciele obecnej nauki, jak i praktyki prawa karnego z całą pewnością nie odczytują sensu znamienia przemocą przez pryzmat rezultatów analizy T. Hanauska, to jednak w dalszym ciągu odwołują się oni do definicji wskazanego zwrotu wypracowanej właśnie przez tego autora. Przyczyny takiego stanu rzeczy można zapewne upatrywać w braku pogłębionej refleksji nad istotą tego znamienia, jak również w obstawaniu przy ugruntowanym w polskim piśmiennictwie i orzecznictwie wąskim rozumieniu pojęcia oporu. Mając na uwadze uwypuklone powyżej wady zaprezentowanego ujęcia przemocą, skutkującego nadmiernym ograniczeniem zakresu zachowań zdolnych do realizacji znamion typów z art. 197 § 1 i 2 k.k., należy zarazem stwierdzić, że brak jest obecnie jakichkolwiek racji przemawiających za dalszym utrzymywaniem tego rodzaju wykładni omawianej przesłanki. Odrzucić trzeba tym samym, jako anachroniczne, obecne w aktualnej doktrynie przeświadczenie, iż „w sytuacjach braku oporu po stronie pokrzywdzonego nie można mówić o użyciu przemocą”<sup>111</sup>. Opór nie mieści się wszak, według mnie, w granicach zbioru elementów definiujących to znamię. Przemoc po-

<sup>106</sup> Por. M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 97–98.

<sup>107</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 120.

<sup>108</sup> M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 98.

<sup>109</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 123.

<sup>110</sup> T. Hanausek, *Przemoc...*, s. 120.

<sup>111</sup> M. Bielski, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 43; por. M. Budyn-Kulik, M. Kulik, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 25.



winna być natomiast rozumiana jako każde fizyczne oddziaływanie na ciało innego człowieka poprzez wejście z nim w bezpośredni kontakt w wypadku, gdy nie wyraził on na to, choćby niedobrowolnej, zgody. Wystarczy więc, aby sprawca jedynie godził się na wywołanie za sprawą podjętej przez siebie aktywności przymusu. Analizę problematyki przemocy innego rodzaju postanowiono zarazem pozostawić w tym miejscu poza zakresem prowadzonego wywodu i przedstawione ujęcie ograniczono jedynie do zagadnienia przemocy wobec osoby.

#### **3.1.4. Nowe ujęcie przemocy**

Na przemoc w zaproponowanym przeze mnie kształcie składają się zatem dwa elementy. Są nimi świadomość sprawcy braku wyrażenia przez pokrzywdzonego zgody na nawiązanie z nim kontaktu fizycznego oraz naruszenie przez napastnika nietykalności cielesnej ofiary. W doktrynie nie budzi przy tym wątpliwości, że „brak zgody to zarówno brak pozytywnej decyzji, jak również wyrażenie decyzji negatywnej”<sup>112</sup>. Przemocą mogą okazać się więc nawet najbardziej łagodne formy nieuprawnionej więzi cielesnej, niezależnie od tego czy i jak intensywny opór jednostka stawiała napastnikowi<sup>113</sup>. Oznacza to, że na gruncie art. 197 k.k. komentowane znamię mogą realizować działania polegające już nawet na rozbieraniu czy obmacywaniu pokrzywdzonego lub przytrzymywaniu go w trakcie stosunku seksualnego, na przekór jego woli. Co ważne, bez znaczenia pozostaje w tym świetle ewentualna niedobrowolność zgody lub oparcie jej na błędzie, wszak zaprezentowany sposób interpretacji znamienia przemocy bazuje w pełni na konstrukcji zgody jako okoliczności przesądzającej o pierwotnym braku bezprawności wartościowanego zachowania. Motywy przyświecające udzieleniu przyzwolenia nie przekreślą jego skuteczności jako czynnika decydującego o legalności ocenianego postępowania. Mogą one jednak wykluczyć uznanie go za wyraz prawnie relewantnego zadysponowania wolnością seksualną jednostki, prowadząc w rezultacie do wypełnienia znamion któregoś z zawartych w rozdziale XXV Kodeksu karnego typów czynów zabronionych. Chronioną w ramach tej części ustawy karnej wartością, poza obyczajnością seksualną, jest bowiem przede wszystkim zdolność pokrzywdzonego do nieskrępowanego decydowania o własnej sferze seksualnej, o zachowaniu której, w takich okolicznościach, nie sposób mówić.

---

<sup>112</sup> J. W a r y l e w s k i, (w:) System..., § 23. Przestępstwo zgwałcenia (art. 197 k.k.), teza 107.

<sup>113</sup> Por. M. F i l a r, Przestępstwo..., s. 94.

Ze względu na subtelny charakter niejednej innej czynności seksualnej, jak i naturę aktu seksualnego jako kompleksu ruchów opartych na ciągłej bliskości fizycznej pomiędzy partnerami powyższe, szerokie ujęcie przemocy jest szczególnie użyteczne zwłaszcza na gruncie omawianego w ramach niniejszej pracy przestępstwa zgwałcenia. Może ono jednak z powodzeniem znaleźć zastosowanie w odniesieniu do każdego innego typu czynu zabronionego znamiennego użyciem przemocy, nie tworząc przy tym ryzyka nadmiernego zwiększenia zasięgu jego penalizacji. Należy bowiem rozróżnić płaszczyzny zakwalifikowania określonego zachowania jako przemoc i przyjęcia jego zdolności do realizacji elementów danego typu. Trudno wszak założyć zdolność każdego aktu naruszenia nietykalności cielesnej kobiety, stanowiącego w istocie przemoc, do wypełnienia przesłanek przestępstwa z art. 153 k.k., skutkującego przerwaniem ciąży. Pomimo stwierdzenia w postępowaniu sprawcy elementów przemocy niekiedy nie będzie zatem możliwe uznanie, aby jego aktywność zmierzała bezpośrednio do realizacji znamion konkretnego przestępstwa. W razie zastosowania siły niewspółmiernie niskiej do osiągnięcia zamierzonego przez napastnika celu należałoby natomiast rozważyć konstrukcję usiłowania nieudolnego.

### **3.2. Ocena potrzeby modyfikacji opisu typu zgwałcenia w Polsce i Stanach Zjednoczonych**

Realny potencjał przede wszystkim odpowiednio ukierunkowanej, poszerzonej wykładni wybranych znamion z art. 197 k.k. do wyeliminowania zobrazonego powyżej problemu dotyczącego polską regulację zgwałcenia pozwala zakwestionować potrzebę przeprowadzenia nowelizacji tego typu polegającej na usunięciu z jego opisu poszczególnych form działania sprawcy. Wbrew rozpowszechnionemu wśród zwolenników reformy art. 197 k.k. przekonaniu<sup>114</sup>, uzasadnienia dla oparcia konstrukcji komentowanego przestępstwa na ujętym *expressis verbis* znamieniu braku dobrowolnie udzielonej przez jednostkę zgody nie można wszak z całą pewnością wyprowadzić z zapisów prawnomiędzynarodowych. Pomimo, iż art. 36 wiążącej Polskę

<sup>114</sup>List Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ, s. 2–4; Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX Kadencji, s. 3–5; List Rzecznika Praw Obywatelskich do Ministra Sprawiedliwości, Prokuratora Generalnego z dnia 14 lipca 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ, s. 4.

Konwencji Stambulskiej<sup>115</sup> zobowiązuje ją do przyjęcia odpowiednich środków dla zapewnienia pełnej kryminalizacji niekonsensualnych stosunków płciowych i innych czynności seksualnych, jej treść w żadnym wypadku nie wymaga, aby uchwalane w tym celu przepisy prawa wprost implementowały do krajowej ustawy karnej przesłankę braku dobrowolnej zgody pokrzywdzonego. I choć, z uwagi na zachodzącą w zakresie normowania przepisów z art. 197 § 1 i 2 k.k. lukę, Polska rzeczywiście nie spełnia obecnie w pełni powyższych wytycznych prawa międzynarodowego, uchybienie to nie przesądza jeszcze samodzielnie o konieczności nadania art. 197 k.k. innego brzmienia. Wynikający z Konwencji Stambulskiej standard można bowiem pomyślnie zrealizować także na gruncie art. 197 k.k. w jego dotychczasowym kształcie. Art. 197 k.k., penalizując za sprawą przesłanki podstępnej pewne dobrowolne zachowania seksualne, już teraz zapewnia zresztą we wskazanym obszarze wyższy poziom ochrony, aniżeli ten, który został ustanowiony w Konwencji.

Do zmiany opisu znamion typu z art. 197 § 1 k.k. nie przekonuje również argument autorów projektu ustawy zawartego w druku sejmowym nr 1091, iż na gruncie dotychczas obowiązującego stanu prawnego „domniemywa się (...) automatyczną zgodę na obcowanie płciowe i dopiero ujmowalny dowodowo sprzeciw jest dowodem braku zgody”<sup>116</sup>. W toku postępowania karnego domniemywa się wszak nie zgodę pokrzywdzonego, a brak winy oskarżonego. Ujęcie zgwałcenia od strony negatywnej nie przeniosłoby więc ciężaru udowodnienia faktu uzyskania od pokrzywdzonego przyzwolenia na podjęcie określonego zachowania seksualnego na osobę przypuszczalnego sprawcy. Powinność wykazania realizacji przez niego znamion zgwałcenia w dalszym ciągu spoczywałaby wyłącznie na oskarżycielu. Byłby on przy tym w praktyce zmuszony opierać się na stosowanym dotychczas katalogu środków dowodowych, albowiem spełnienia przesłanki braku świadomej i dobrowolnej zgody jednostki<sup>117</sup> nie sposób wykazać inaczej, aniżeli poprzez zespół okoliczności pozytywnych wykorzystywanych jak dotąd w sprawach z zakresu przestępstwa zgwałcenia. Modyfikacja art.

---

<sup>115</sup> Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r., Dz. U. z 2015 r., poz. 961, dalej: Konwencja Stambulska.

<sup>116</sup> Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX Kadencji, s. 6.

<sup>117</sup> Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX Kadencji, s. 1.

197 § 1 k.k. nie zmieniłaby zatem w zasadzie nic w sposobie rozstrzygnięcia w przedmiocie odpowiedzialności karnej sprawców omawianego typu, pozostając zarazem, jako regulacja z zakresu prawa materialnego o randze ustawowej, bez wpływu na zakorzenioną w Konstytucji procesową pozycję pokrzywdzonego i oskarżonego.

Inkorporacja do opisu znamion przestępstwa zgwałcenia przesłanki braku dobrowolnie udzielonej przez jednostkę zgody, o ile niewątpliwie zwiększyłaby po części skuteczność przepisów z art. 197 § 1 i 2 k.k. w zapewnianiu dostatecznego poziomu ochrony przed różnorakimi atakami na tle seksualnym, o tyle równolegle doprowadziłaby do nadmiernego rozszerzenia zakresu ich kryminalizacji. Zgodnie z literalnym brzmieniem zmodyfikowanego w ten sposób art. 197 k.k. za karalne należałoby bowiem uznać wiele niedobrowolnych kontaktów intymnych, których nie powinno się w żadnym razie utożsamiać ze zgwałceniem. Mowa tu o tych sytuacjach, gdy inicjator zachowania seksualnego doprowadza inną osobę do podjęcia pewnych czynności intymnych stosując wobec niej taką formę nacisku kompulsywnego, która pozostaje poza zasięgiem regulacji prawa karnego. Dotyczy to także okoliczności, w których jednostka, przystępując do obcowania płciowego, wykorzystuje powstały już wcześniej w sferze procesu decyzyjnego partnera przymus, wywołany za sprawą towarzyszących mu prawnokarnie nieistotnych motywacji. I tak, dla przykładu, kobieta wyrażająca zgodę na odbycie stosunku płciowego z mężczyzną, który zagroził jej zdradą decyduje się na przystąpieniu do współżycia seksualnego w sposób niedobrowolny. Podobnie, za konsensualny nie można uznać aktu płciowego podjętego wyłącznie z uwagi na przyświecające pewnej osobie poczucie powinności małżeńskiej. Bez względu na mający w obu tych wypadkach miejsce częściowy paraliż woli dysponenta dobra prawnego w postaci wolności seksualnej, nie sposób twierdzić, aby w którymkolwiek z nich doszło do zgwałcenia. Mimo to, zdarzenia o powyższym charakterze mieściłyby się w obszarze normowania przepisów z art. 197 k.k. w nadanym im na skutek nowelizacji brzmieniu. Reforma wprowadzająca do opisu znamion przestępstwa zgwałcenia przesłankę braku dobrowolnej zgody jednostki wobec obcowania płciowego ingerowałaby zatem nadmiernie w sferę życia osobistego obywateli, godząc w istotę prawa karnego jako instrumentu *ultima ratio*.

Niezależnie od tego, niniejsza zmiana uniemożliwiłaby równocześnie objęcie zasięgiem penalizacji art. 197 k.k. pewnych wariantów zachowania sprawczego ujmowanych jak dotąd w ramach przesłanki podstępnej. Ofiara wyrażając zgodę na podjęcie określonego zachowania seksualnego

go pod wpływem błędu co do istotnych pobudek warunkujących kształt jej decyzji w przedmiocie zaangażowania płciowego<sup>118</sup> robi to bowiem dobrowolnie. Dzieje się tak ze względu na brak jakichkolwiek bezprawnych nacisków wywieranych wówczas przez sprawcę w obrębie jej warstwy motywacyjnej. Powyższego ubytku w obszarze kryminalizacji przestępstwa zgwałcenia z całą pewnością nie sposób jednak wypełnić poprzez umieszczenie w opisie jego znamion dodatkowej przesłanki zgody świadomej, wykorzystanej w treści projektu ustawy zawartego w druku sejmowym nr 1091<sup>119</sup>. Posłużenie się nią byłoby zabiegiem zbytecznym, wszak już z racji wyrażenia przez pokrzywdzonego skutecznego przyzwolenia w przedmiocie obcowania płciowego wynika fakt udzielenia go w sposób świadomy. W wypadku upośledzenia zdolności jednostki do rozpoznania znaczenia swojego zachowania nie można natomiast w ogóle mówić o powzięciu przez nią w tym stanie jakiegokolwiek decyzji woli. Znamię zgody świadomej nie wprowadziłoby zatem żadnej nowej treści normatywnej względem osadzonej samodzielnie w treści przepisu karnego przesłanki zgody dobrowolnej.

Wszystko to prowadzi do wniosku, że zdefiniowanie przez ustawodawcę zgwałcenia od strony negatywnej nie przyniosłoby w zasadzie żadnych wymierne korzyści, których nie można by było pomyślnie osiągnąć także innymi zabiegami. Należy pomimo tego przyznać, iż niewykluczone, aby taki manewr przyczynił się do wzrostu poziomu świadomości społecznej w zakresie międzyludzkich kontaktów seksualnych poprzez wyraźne uwypuklenie w treści przepisu typizującego z art. 197 § 1 k.k. wymogu zapewnienia przez inicjatora zbliżenia intymnego uprzedniej zgody partnera na podjęcie współżycia płciowego. Nastąpiłoby to jednak, jak już wykazano, kosztem z jednej strony nadmiernej kryminalizacji życia prywatnego obywateli, z drugiej zaś osłabienia regulacji zgwałcenia w prawidłowo funkcjonującym jak do tej pory obszarze. Ponadto, modyfikacja znamion omawianego przestępstwa polegająca jedynie na wyeliminowaniu z jego opisu poszczególnych postaci zachowania sprawczego, niepołączona z uregulowaniem kwestii prawnie relewantnych form, w których mogłaby zostać udzielona zgoda na podjęcie pewnego zachowania seksualnego, najpewniej nie zmniejszyłaby w żadnym stopniu ryzyka popadnięcia sprawcy w błąd co do faktu uzyskania przez niego takiego przyzwolenia. Zgwałcenie pozostałoby zarazem w dalszym ciągu przestęp-

---

<sup>118</sup> M. Bielski, (w:) *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 52.

<sup>119</sup> Projekt ustawy z dnia 8 marca 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, druk nr 1091, Sejm IX Kadencji, s. 1.

stwem trudnym do wykazania i z uwagi swoją naturę, jako zdarzenia o charakterze intymnym, mającego niejednokrotnie miejsce wyłącznie pomiędzy dwoma osobami, często pod nieobecność świadków, wciąż rodziłoby ono szereg problemów dowodowych, niemożliwych do rozwiązania na gruncie prawa materialnego.

Mimo, iż oparcie konstrukcji przestępstwa zgwałcenia na wyrażonym *expressis verbis* znamieniu braku zgody pokrzywdzonego względem określonego zachowania seksualnego byłoby w Polsce błędem, nie oznacza to bynajmniej, aby takie rozwiązanie nie mogło przynieść korzystnych rezultatów w pozostałych porządkach prawnych. Dotyczy to w szczególności Stanów Zjednoczonych, gdzie za przeprowadzeniem reformy prawa karnego w analizowanym obszarze zdają się przemawiać poniekąd inne, aniżeli w Polsce względy. Typowe dla *common law* wysoce kazuistyczne podejście do redakcji poszczególnych przepisów prawa, obowiązujące przez lata w większości legislacji stanowych archaiczne regulacje przestępstwa zgwałcenia (w brzmieniu niejednokrotnie pokrywającym się z treścią XVIII-wiecznej definicji W. Blackstone'a)<sup>120</sup>, a także literalna wykładnia ich znamion doprowadziły do rozwinięcia się tam nieporównywalnego z zachodzącym na gruncie polskiego art. 197 k.k. fragmentaryzmu w zakresie kryminalizacji zachowań stanowiących *de facto* zgwałcenie. Dalsze rozbudowywanie *rape law* o kolejne, nieuwzględnione uprzednio w ramach jego przepisów warianty aktywności sprawczej byłoby w niniejszym świetle działaniem oczywiście niecelowym, które wraz z upływem lat przyczyniłoby się zapewne do wzmożenia niewydolności tej dziedziny amerykańskiego prawa karnego. W powyższych warunkach uzasadnione jest zatem radykalne odcięcie się od dotychczasowego sposobu formułowania znamion przestępstwa zgwałcenia na rzecz ich nowego, zgeneralizowanego ujęcia, opartego na założeniach koncepcji „yes means yes”. Podejście to jest o tyle trafne, że, odwrotnie aniżeli ma to miejsce w Polsce, starania o podwyższenie poziomu ochrony przed różnorodnymi atakami na tle seksualnym za sprawą odpowiednio ukierunkowanej wykładni wybranych przesłanek omawianego typu najprawdopodobniej okazałyby się w wielu jurysdykcjach stanowych nieskuteczne. Należy wszakże uznać, iż z uwagi na odmienną specyfikę systemu amerykańskiego prawa karnego, zorganizowanego w oparciu o konstrukcję gradacji przestępstw, interpretacja znamienia przemocy (ang. *force*) w Stanach Zjednoczonych nie powinna raczej obejmować wszelkich wypadków niepożądaney

---

<sup>120</sup> Zob. Georgia Code § 16–6–1, (2011).

ingerencji sprawcy w sferę nietykalności cielesnej ofiary, a jedynie te przejawy kontaktu fizycznego, które swoją intensywnością przewyższają natężenie siły mięśni niezbędnej do odbycia stosunku seksualnego<sup>121</sup>. Tylko wówczas możliwe byłoby bowiem posłużenie się tą przesłanką w charakterze tzw. *grading factor*<sup>122</sup> do rozróżnienia pomiędzy podstawowymi typami zgwałcenia, skoncentrowanymi wyłącznie na istocie naganności penalizowanego zachowania, a ich mnogimi typami kwalifikowanymi, cechującymi się zwiększonym stopniem dolegliwości dla pokrzywdzonego, np. ze względu na zastosowanie przez napastnika wąsko rozumianej siły fizycznej<sup>123</sup>.

W porównaniu do prawodawców w poszczególnych jurysdykcjach stanowych polski ustawodawca, nie będąc związany barierami wynikającymi z natury systemu *common law*, dysponuje wachlarzem o wiele bardziej wysublimowanych narzędzi interpretacyjnych pozwalających mu na wyeliminowanie luki zachodzącej w zakresie normowania przepisów z art. 197 k.k. nie dokonując jednocześnie modyfikacji ich brzmienia. Nie powinien on zatem w powyższym świetle bezrefleksyjnie implementować do polskiego porządku legislacyjnego rozwiązań zaprojektowanych z myślą o potrzebach i ograniczeniach zupełnie odmiennej kultury prawnej. W tym miejscu można już tylko na marginesie zaznaczyć, że rozwiązaniem alternatywnym względem tego, które zostało zaproponowane w ramach niniejszego opracowania mogłoby okazać się gruntowne przemodelowanie większej części rozdziału XXV Kodeksu karnego. Podejście to znacząco ułatwiłoby zapewne zerwanie z narosłą wokół art. 197 k.k. tradycją interpretacyjną. Najprawdopodobniej pozostałoby ono jednak bez wpływu na szerszy, nieograniczony w żadnym wypadku jedynie do przestępstwa zgwałcenia problem nieprawidłowej wykładni znamienia przemocy, mogącego budzić wątpliwości rozczłonkowania go na przemoc wobec osób oraz przemoc pośrednią (nakierowaną na rzeczy), a także dość restrykcyjnego rozumienia przesłanki groźby bezprawnej.

---

<sup>121</sup> Tentative Draft No. 5, Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offences, s. 78–79, 81–82.

<sup>122</sup> Tłum. własne: miernik stopniowości.

<sup>123</sup> Tentative Draft No. 5, Model Penal Code: Sexual Assault and Related Offences, s. 81–82.

## Bibliografia

1. Anderson M. J., All-American Rape, *St. John's Law Review* 2005, vol. 79, nr 3.
2. Anderson M. J., Negotiating Sex, *Southern California Law Review* 2005, vol. 78, nr 6.
3. Baroni P. G., Decker J. F., No Still Means Yes: The Failure of the Non-Consent Reform Movement in American Rape and Sexual Assault Law, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2011, vol. 101, nr 4.
4. Bielski M., Zoll A., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, Warszawa 2017.
5. Budyn-Kulik M., Inna czynność seksualna. Analiza dogmatyczna i praktyka ścigania, „*Prawo w działaniu* 2008, tom 5.
6. Budyn-Kulik M., Kulik M., (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–221*, Warszawa 2023.
7. Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278–363*, Warszawa 2022.
8. Dressler J., Where We Have Been, and Where We Might Be Going: Some Cautionary Reflections on Rape Law Reform, *The Sixty-Eighth Cleveland-Marshall Fund Lecture*, *Cleveland State Law Review* 1998, vol. 46, nr 3.
9. Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974.
10. Gadecki B., (w:) B. Gadecki (red.), *Kodeks karny. Art. 1–316. Komentarz*, Warszawa 2023.
11. Gruber A., Consent Confusion, *Cardozo Law Review* 2016, vol. 38, nr 2.
12. Hanausek T., *Przemoc jako forma działania przestępnego*, Kraków 1966.
13. Hypś S., (w:) A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021.
14. Konarska-Wrzosek V., (w:) V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
15. Kramer E. J., When Men Are Victims: Applying Rape Shield Laws to Male Same-Sex Rape, *New York University Law Review* 1998, vol. 73, nr 1.



16. Kulesza W., *Demonstracja. Blokada. Strajk (Granice wolności zgromadzeń i strajku w polskim prawie karnym na tle prawa niemieckiego)*, Łódź 1991.
17. Lipiński K., (w:) J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2021.
18. Little N. J., *From No Means No to Only Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*, *Vanderbilt Law Review* 2005, vol. 58, nr 4.
19. Lyon M. R., *No Means No: Withdrawal of Consent during Intercourse and the Continuing Evolution of the Definition of Rape*, *Journal of Criminal Law and Criminology* 2004, vol. 95, nr 1.
20. Michalska-Warias A., (w:) M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, Warszawa 2012.
21. Mozgawa M., (w:) M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2023.
22. Nazar K., Warylewski J., (w:) R. A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023.
23. Piórkowska-Flieger J., (w:) M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zmuszenia*, Warszawa 2022.
24. Scheppele K. L., *The Re-Vision of Rape Law (reviewing Real Rape: How the Legal System Victimizes Women Who Say No by Susan Estrich)*, *University of Chicago Law Review* 1987, vol. 54, nr 3.
25. Schulhofer S. J., *Consent: What It Means and Why It's Time to Require It*, *The University of the Pacific Law Review* 2016, vol. 47, nr 4.
26. Schulhofer S. J., *Reforming the Law of Rape*, *Minnesota Journal of Law & Inequality* 2017, vol. 35, nr 2.
27. Szewczyk M., Wojtaszczyk A., Zontek W., (w:) W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. art. 212–277d*, Warszawa 2017.
28. Warylewski J., *Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności*, (w:) J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.

## **The concept of “yes means yes” in the perspective of the elements of the crime of rape in the Polish Criminal Code**

### **Abstract**

*The considerations included in the study are devoted to analyzing the need to amend Article 197 § 1 of the Penal Code in accordance with the trend gaining popularity in recent years in the legislations of a number of European countries and the common law system to define rape from the negative side, that is, through the prerequisite of lack of consent of the partner. After all, it is argued that in a situation where the perpetrator leads the victim to sexual intercourse other than by violence, unlawful threat or deception, even if she did not consent to sexual intercourse, the act would not constitute an offense under Article 197 § 1 of the Penal Code. The focal point of the analysis conducted was made the interpretation of the signifier of violence, and a critical assessment was expressed of the way this premise has been understood to date.*

### **Key words**

*Rape, violence, sexual intercourse, other sexual activity, “no means no”, “yes means yes”, lack of consent.*