

Warszawa, dnia 20 grudnia 2020 r.

Kamila Ferenc

Fundacja Przeciw Kulturze Gwałtu

OPINIA PRAWNA

**na temat poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy - Kodeks karny,
sporządzona na zlecenie klubu parlamentarnego Lewica**

SPIS TREŚCI

- I. TREŚĆ PROJEKTU
- II. SYSTEM RADY EUROPY
 1. KONWENCJA STAMBULSKA
 2. KOMITET GREVIO
 3. EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA
 4. KOMITET MINISTRÓW RDY EUROPY
- III. SYSTEM ORGANIZACJI NARODÓW ZJEDNOCZONYCH
- IV. KONSTITUCYJNE STANDARDY OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA
- V. POLSKIE REALIA PRZEMOCY SEKSUALNEJ
- VI. WNIOSKI

I. TREŚĆ PROJEKTU

Projekt ustawy zakłada rozszerzenie przedmiotowego zakresu przestępstwa z art. 197 k.k. poprzez zaliczenie do kategorii czynów zabronionych penalizowanych tym przepisem przypadków doprowadzenia do obcowania płciowego, poddania się innej

czynności seksualnej lub wykonania takiej czynności, do których doszło bez wyraźnej zgody ofiary¹.

Obecne brzmienie art. 197 k.k. jako czyn zabroniony przewiduje tylko użycie przemocy, groźby bezprawnej lub podstęp. Proponowana zmiana będzie więc przewidywała sankcje karną (oraz ochronę praw pokrzywdzonych) w większej liczbie przypadków niż dotychczas.

Zaostrzana jest także sankcja karna za przestępstwo z art. 198 k.k., tj. doprowadzenie ją do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności osoby z wykorzystaniem bezradności tej osoby lub wynikającego z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej braku zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem. Sankcja ta zostaje zrównana z sankcją z art. 197 k.k.

II. SYSTEM RADY EUROPY

1. KONWENCJA STAMBULSKA

Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej z 2011 roku, zwana Konwencją Stambulską została ratyfikowana przez Polskę w 2015 roku. Konwencja w artykule 36. przewiduje, że jej państwa-strony powinny podejmować konieczne działania ustawodawcze lub inne mające na celu zagwarantowanie, że następujące umyślne działania podlegają odpowiedzialności karnej: dokonywanie penetracji waginalnej, analnej lub oralnej o charakterze seksualnym drugiej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub jakimkolwiek przedmiotem **bez zgody tej osoby**; dokonywanie innych czynności o charakterze seksualnym wobec drugiej osoby **bez zgody tej osoby**; doprowadzenie drugiej osoby **bez jej zgody** do podjęcia czynności o charakterze seksualnym wobec osoby trzeciej. Kryminalizacja wyżej wymienionych czynności powinna dotyczyć czynów dokonanych nie tylko wobec obecnych, ale też byłych współmałżonków lub partnerów.

¹ Autorka niniejszej opinii posługuje się czasem terminem „ofiara” dla unikania nadmiernych powtórzeń. Autorka preferuje jednak sformułowanie „osoba doświadczająca przemocy seksualnej” jako mniej stygmatyzującym i mniej odbierającym poczucie sprawczości.

Konwencja kładzie zatem nacisk na kwestię udzielenia zgody na stosunek lub czynność seksualną i od istnienia tej zgody uzależnia pociągnięcie do odpowiedzialności karnej. Konwencja nie wskazuje formy udzielenia zgody, podkreśla jednak, że musi być ona udzielona przez osobę zdolną do składania oświadczeń woli, co należy ocenić **w świetle danych okoliczności**.

Zmiana legislacyjna wprowadzana projektem ustawy jest po pierwsze oczywiście zgodna z wymogami Konwencji Stambulskiej, będącej – jako ratyfikowana umowa międzynarodowa zawarta w systemie Rady Europy – źródłem prawa powszechnie obowiązującego w Polsce. Po drugie, projekt ten w końcu czyni zadość zobowiązaniom płynącym dla Polski z Konwencji, która nie może pozostać tylko martwym dokumentem, lecz powinna być wdrażana poprzez reformy prawa krajowego.

2. KOMITET GREVIO

Komitet GREVIO jest niezależną grupą ekspertów z dziedziny przeciwdziałania przemocy wobec kobiet powołaną do monitorowania wdrażania Konwencji Stambulskiej przez państwa członkowskie.

Wobec Polski trwa obecnie procedura sprawdzająca stan implementacji postanowień Konwencji, w tym art. 36 dotyczącego przemocy seksualnej. Komitet nie wydał jeszcze rekomendacji, ale Rzecznik Praw Obywatelskich i organizacje pozarządowe przesłały już swoje raporty alternatywne wobec raportu rządowego.

Rzecznik Praw Obywatelskich (RPO) zwraca uwagę, że obecna definicja zgwałcenia w polskim kodeksie karnym nie spełnia wymogów art. 36 Konwencji. RPO powołuje się także na wpływające do niego skargi na organy ścigania prowadzące postępowania przygotowawcze i sądy. W skargach tych osoby, które doświadczyły przemocy seksualnej, podnoszą, że organy nie wierzą ich zeznaniom, w szczególności o tym, że nie wyraziły zgody na kontakt seksualny, podważają ich wiarygodność, wykazują negatywny, pozbawiony empatii i nacechowany uprzedzeniami stosunek do pokrzywdzonych. **RPO formułuje jednoznaczny postulat nowelizacji kodeksu karnego tak, by penalizowane były wszystkie zachowania o charakterze seksualnym, dokonywane bez zgody².**

² Submission Of The Commissioner For Human Rights Of The Republic Of Poland To The Group Of Experts On Action Against Violence Against Women And Domestic Violence On The Implementation

Podobne wnioski formułuje organizacja Amnesty International, wskazując, że doktryna i praktyka polskiego prawa uważa, iż dla bytu przestępstwa zgwałcenia istotne jest, by osoba pokrzywdzona „aktywnie i nieprzerwanie stawiała opór” lub demonstrowała brak zgody poprzez „głośne protesty, prośbę lub krzyk” (*vide*: Andrzej Marek, *Prawo karne*, 2011). Polska definicja przestępstwa z art. 197 k.k. jest węższa niż ta przyjęta w Konwencji Stambulskiej. Dodatkowo, interpretacja przepisów przez organy stosujące prawo doprowadza do sytuacji, w której dla wszczęcia postępowania lub skazania wymagane jest nie tylko zastosowanie przemocy w celu odbycia stosunku lub czynności seksualnej, ale też fizyczny lub przynajmniej werbalny opór ofiary. Prokuratorzy i sądy, ze względu na obecne sformułowanie art. 197 k.k. koncentrują się, zamiast na kwestii braku zgody, na sprzeciwie ofiary, tym jak był manifestowany i jak długo trwał oraz czy istnieją dowody na przełamywanie go przez sprawcę³. **W praktyce sytuacje, w których doszło do stosunku płciowego lub czynności seksualnej bez zgody jednej strony, ale jednocześnie bez wyraźnego lub dającego się dowieść użycia przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny, nie są penalizowane, a więc ofiary tych czynów nie są objęte ochroną.** I chociaż zazwyczaj dałoby się wskazać na zastosowanie szeroko pojętej przemocy wobec ofiary (przymusu, presji psychicznej), to po pierwsze, taka szeroka interpretacja przemocy jest rzadko spotykana, po drugie, brak dowodu oporu rozumiany jest jako brak dowodu na jej zastosowanie.

W związku z powyższym ze strony Komitetu GREVIO można spodziewać się w najbliższym czasie w stosunku do rządu polskiego zaleceń w kierunku nowelizacji kodeksu karnego tak, by przepisy przewidujące odpowiedzialność karną za przemoc seksualną ujmowały kwestię (braku) zgody. **Dokładnie taką nowelizację, zgodną z wymogami Konwencji Stambulskiej proponuje omawiany projekt ustawy.**

Of The Council Of Europe Convention On Preventing And Combating Violence Against Women And Domestic Violence In The Republic Of Poland, 2020; <https://rm.coe.int/chr-poland-submission-30-06-2020/16809eed4b> [data dostępu: 20.12.2020].

³ Poland: Shadow Report on aspects of the implementation of the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence, Amnesty International 2020; <https://rm.coe.int/poland-shadow-report-amnesty-international-grevio/16809efdd1> [data dostępu: 20.12.2020].

3. EUROPEJSKI TRYBUNAŁ PRAW CZŁOWIEKA

Standard ochrony osób pokrzywdzonych przemocą seksualną został ustanowiony nie tylko przez Konwencję Sтамburską, ale również orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPCz), opierające się na Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (EKPCz). Trybunał w tym zakresie wyprowadza dwa rodzaje obowiązków państwa – wprowadzenie ustawodawstwa, które zapewni ochronę autonomii seksualnej jednostki oraz wykonywanie go w taki sposób, by ochrona ta była skuteczna, co wiąże się z koniecznością przeprowadzenia „skutecznego postępowania” (pozytywny obowiązek proceduralny).⁴

W sprawie *X. i Y. przeciwko Holandii*⁵ Trybunał podkreślił, że dla zapewnienia skutecznej ochrony praw wynikających z art. 8 EKPCz (prawo do ochrony życia prywatnego) konieczne jest nie tylko powstrzymanie się od ingerencji w prywatność jednostki, ale także podjęcie odpowiednich działań poprzez wprowadzenie przepisów, które zapewnią efektywną ochronę przed nadużyciem jej wolności seksualnej, także w relacjach między osobami prywatnymi.

W przełomowym wyroku *M.C. przeciwko Bułgarii*⁶ Trybunał stwierdził, że **penalizowanie aktów seksualnych odbywanych bez zgody jednej strony jest niezbędne dla efektywnej ochrony kobiet przed przemocą**, w szczególności w sytuacjach, kiedy pokrzywdzone nie pokazują żadnych oznak oporu. Trybunał zauważył, że nowoczesne demokratyczne prawodawstwa nie sprowadzają przestępstwa zgwałcenia wyłącznie do czynów z wykorzystaniem przemocy czy wyraźnego przymusu. Przywołał przykład Międzynarodowego Trybunału Karnego dla byłej Jugosławii, który za zgwałcenie przyjmował każdy akt seksualnej penetracji bez zgody wyrażonej w sposób swobodny i świadomy. Kwestia braku zgody ofiary stała się więc konstytutywnym elementem przemocy. Takie podejście ETPCz uznaje za efekt ewolucji społeczeństw w kierunku skuteczniejszego zapewniania równości i poszanowania dla autonomii seksualnej. **Z kolei sztywne podejście obecne w legislacji, jak i praktyce organów ścigania, polegające na wymaganiu dowodu fizycznego oporu osoby doświadczającej przemocy seksualnej jest w ocenie ETPCz naruszeniem pozytywnych obowiązków państwa wynikających z art. 3**

⁴ Dominika Czerniak, *Obowiązki państwa wobec ofiar zgwałcenia na tle orzecznictwa strasburskiego*, Prokuratura i Prawo 2016, nr 6, s. 29-49.

⁵ Wyrok ETPCz z dnia 26 marca 1985 r. w sprawie X. i Y. przeciwko Holandii, skarga nr 8978/80.

⁶ Wyrok ETPCz z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie M.C. przeciwko Bułgarii, skarga nr 39272/98.

(zakaz tortur, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania) i art. 8 (ochrona prywatności) Konwencji. Wymienione postanowienia Konwencji wymagają kryminalizacji i efektywnego ścigania niekonsensualnych aktów seksualnych.

Orzecznictwo ETPCz klarownie i jednoznacznie ustaliło materialny i proceduralny standard ochrony osób doświadczających przemocy seksualnej, podkreślając konieczność wyrażenia zgody na kontakt seksualny.

4. KOMITET MINISTRÓW RADY EUROPY

Również Komitet Ministrów w swoim Zaleceniu Rec(202)5 z dnia 30 kwietnia 2002 r. do państw członkowskich w sprawie ochrony kobiet przed przemocą⁷ wprost sformułował zalecenie, by prawo krajowe penalizowało: akty seksualne popełniane wobec osób nie wyrażających na nie zgody, nawet jeśli nie stawiają oporu; penetrację seksualną jakiegokolwiek rodzaju i dokonywaną jakimikolwiek środkami wobec osoby nie wyrażającej na to zgody oraz wszelkie nadużywanie słabości ofiar będących w ciąży, bezbronnych, chorych, z niepełnosprawnością fizyczną lub intelektualną oraz znajdujących się w stosunku zależności.

III. SYSTEM ORGANIZACJI NARODÓW ZJEDNOCZONYCH

Komitet Praw Gospodarczych, Społecznych i Kulturalnych w zaleceniach dla Polski z 2016 r. podkreślił konieczność nowelizacji kodeksu karnego w celu wyraźnej penalizacji zgwałcenia w małżeństwie⁸. Podobne rekomendacje sformułował w 2019 r. Komitet Przeciwko Torturom postrzegając brak prawnokarnej ochrony osób doświadczających przemocy seksualnej w małżeństwie jako naruszenie nakazu przeciwdziałania z przemocą ze względu na płeć⁹. Wymóg kryminalizacji zgwałcenia w małżeństwie podniósł w 2014 r. także Komitet ds. Likwidacji Dyskryminacji Kobiet¹⁰.

⁷ <https://www.niebieskalinia.pl/pismo/rocznik-2003/153-czasopismo/artykuly-nl/4556-zalecenie-rec-2002-5-komitetu-ministrow-do-panstw-czlonkowskich-w-sprawie-ochrony-kobiet-przed-przemoca> [data dostępu: 20.12.2020].

⁸ E/C.12/POL/CO/6.

⁹ CAT/C/POL/CO/7.

¹⁰ CEDAW/C/POL/CO/7-8.

W tym miejscu należy podkreślić, że przypadki nadużyć seksualnych w małżeństwie (związku/konkubinacie itp.) są właśnie sytuacjami, w których albo najtrudniej o dowody użycia przemocy przez gwałciciela (strony mieszkają ze sobą, otoczenie rodzinne sprzyja sprawcy lub go kryje), albo kontakt seksualny wymuszany jest w sposób inny niż przez przemoc, groźbę karalną lub podstęp. Często podstawą przymusu, którym posługuje się sprawca jest uzależnienie ekonomiczne od sprawcy (nie zawsze kwalifikowane jako stosunek zależności, o którym mowa w art. 199 § 1 k.k.) i/lub ryzyko zastosowania później przez niego przemocy fizycznej w formie zemsty za odmowę współżycia.

Kwestie temporalne wystąpienia obu czynów często powodują, że nie są one ze sobą łączone i kwalifikowane jako jeden czyn oraz użycie przemocy w celu doprowadzenia do obcowania płciowego. Wówczas jedynym elementem odróżniającym stosunek seksualny nierodzący odpowiedzialności karnej od tego, który powinien zostać „napiętnowany” przy użyciu instrumentów prawnokarnych, jest okoliczność, czy każda osoba odbywająca kontakt seksualny wyraziła na niego zgodę. Forma wyrażenia tej zgody może być różna i uzależniona od kontekstu sytuacyjnego (inna dla osób, które się dopiero poznały, inna dla małżeństwa z kilkunastoletnim stażem). Brak uwzględnienia tego elementu pozbawia ochrony znaczną grupę faktycznie pokrzywdzonych. Nie daje im możliwości dochodzenia swoich praw ani szans na sprawiedliwe i skuteczne postępowanie karne – taka osoba nie jest bowiem w stanie przedstawić prokuratorowi dowodów wpisujących się w wymogi strony przedmiotowej czynu zabronionego z art. 197 k.k. Na marginesie należy wskazać, że wykładnia tego przepisu uwzględniająca szeroko rozumianą przemoc psychiczną¹¹ pozwoliłaby na objęcie ochroną przynajmniej części pokrzywdzonych, chociaż wciąż problematyczne pozostałyby kwestie dowodowe. Niestety praktyka polskich sądów pokazuje przywiązanie do rozumienia „przemocy” głównie w aspekcie fizycznym¹². Z tego powodu konieczne jest dostosowanie obecnego brzmienia art. 197 k.k. tak, by definicja zgwałcenia jako

¹¹ Co jest możliwe w świetle definicji „przemocy w rodzinie” zawartej w ustawie z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie: „należy przez to rozumieć jednorazowe albo powtarzające się umyślne działanie lub zaniechanie naruszające prawa lub dobra osobiste osób wymienionych w pkt 1, w szczególności narażające te osoby na niebezpieczeństwo utraty życia, zdrowia, naruszające ich godność, nietykalność cielesną, wolność, w tym seksualną, powodujące szkody na ich zdrowiu fizycznym lub psychicznym, a także wywołujące cierpienia i krzywdy moralne u osób dotkniętych przemocą”.

¹² Zob. Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 21 marca 2007 r., sygn. akt I KZP 39/06.

niekonsensualnego obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej nie pozostawiała wątpliwości.

IV. KONSTITUCYJNE STANDARDY OCHRONY PRAW CZŁOWIEKA

Konieczność zapewniania i stosowania odpowiedniego standardu ochrony osób doświadczających przemocy seksualnej, polegającego na uwzględnieniu każdego przypadku ingerującego w wolność i autonomię seksualną, wynika również z polskiej Konstytucji.

Prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, prawo do decydowania o swoim życiu osobistym, przewidziane w art. 47 Konstytucji, rodzą po stronie państwa obowiązek podejmowania takich działań, które nie pozwolą na nieproporcjonalną ingerencję w sferę prywatności. Za niewywiązanie się z tego obowiązku można uznać pozbawienie ochrony w przypadkach, w których pokrzywdzona nie wyraziła zgody na stosunek seksualny, ale brak jest dowodów na stawianie przez nią aktywnego oporu, który z kolei mógłby świadczyć o użyciu przez sprawcę przemocy. Niezapewnienie takiej ochrony jest też naruszeniem zakazu niehumanitarnego lub poniżającego traktowania (art. 40) i zakazu dyskryminacji ze względu na płeć (art. 32 ust. 2), który powinien być rozpatrywany w tym kontekście, jako że niektóre badania wskazują, iż to kobiety częściej od mężczyzn doświadczają przemocy seksualnej¹³. Przede wszystkim zaś z obowiązku władz publicznych poszanowania godności (art. 30) wynika, że człowiek powinien być traktowany jako wolny, autonomiczny podmiot, zdolny do rozwijania swej osobowości i kierowania własnym postępowaniem¹⁴. Nie jest to możliwe w przypadku niepełnej ochrony pokrzywdzonych przestępstwem zgwałcenia.

¹³ M. Miedzik, J. Godlewska-Szurkowa, Raport Częstkowy: Badania porównawcze oraz diagnoza skali występowania przemocy w rodzinie wśród osób dorosłych i dzieci, z podziałem na poszczególne formy przemocy wraz z opisem charakterystyki ofiar przemocy i sprawców, Projekt Predefiniowany "Rodzina polska – wolna od przemocy" Program PL 14 „Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie i przemocy ze względu na płeć” Norweski Mechanizm Finansowy 2009-2014.

¹⁴ P. Tuleja [w:] P. Czarny, M. Florczak-Wątor, B. Naleziński, P. Radziejewicz, P. Tuleja, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2019, art. 30.

V. POLSKIE REALIA PRZEMOCY SEKSUALNEJ

Obecnie brzmienie art. 197 k.k. przyjmuje koncepcję szkodliwą z perspektywy ochrony praw osoby pokrzywdzonej. Można sobie wszak wyobrazić wiele sytuacji, na co też wskazały autorki projektu ustawy, w których osoba doświadczająca przemocy nie broni się aktywnie przed sprawcą, np. ze względu na jego przewagę fizyczną, strach przed konsekwencjami swojego oporu (zemsty sprawcy w postaci jeszcze większej przemocy) lub zależność bytową, którą trudno wyodrębnić jako konkretny stosunek zależności, którego nadużycie stanowi znamię czynu zabronionego z art. 199 § 1 k.k.

Innym przykładem, który bez zmiany brzmienia przepisu nie jest objęty ochroną prawnokarną, jest sytuacja, kiedy osoba pracująca seksualnie odbywa stosunek lub inną czynność seksualną z klientem lub klientką, a następnie nie otrzymuje umówionej zapłaty. Gdyby osoba ta wiedziała wcześniej o takim rozwoju wypadków, nie wyraziłaby zgody na kontakt seksualny. Nie zawsze zaś można zaszeregować takie zdarzenie jako zastosowanie podstępu, ponieważ zamiar zaniechania zapłaty umówionej ceny może się pojawić u klienta/klientki już po odbyciu stosunku.

Często niechronionym typem zdarzenia jest sytuacja, kiedy sprawca dokonał czynności seksualnej innej niż ta, na którą ofiara się zgodziła, np. zlekceważenie warunku zastosowania zabezpieczenia przed niechcianą ciążą lub infekcją przenoszoną drogą płciową i odbycie stosunku bez prezerwatywy¹⁵.

Kolejną grupą przypadków nieobjętych dzisiaj wystarczającą ochroną są nadużycia seksualne w małżeństwie lub związku nieformalnym, które częściowo zostały już omówione we wcześniejszych fragmentach opinii. Warto jednak dodać, że badania z 2005 roku, wykonane na podstawie opinii psychologicznych z akt sądowych, pokazały, że przemoc seksualna w związku jest poważnym problemem i współwystępuje z przemocą fizyczną i psychiczną. Według badania 42% kobiet doznało przemocy seksualnej w formie napaści seksualnej ze zrywaniem odzieży i używaniem obraźliwych epitetów. W 37% rodzin wymuszony akt seksualny rodziców był oglądany przez dzieci. W 11% przemocy seksualnej występowało duszenie, a w 5% - gryzienie i szczypanie. 5% mężczyzn zmuszało swoją żonę do oglądania filmów

¹⁵ M. Płatek, *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i z perspektywy osób poszkodowanych* [w:] J. Piotrowska, A. Synakiewicz (red.) *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, Fundacja Feminoteka, 2011.

pornograficznych. W większości, bo w wypadku 58% małżeństw, przemoc fizyczna i seksualna trwała od 2 do 10 lat, w przypadku 16% małżeństw przemoc trwała powyżej 10 lat. Częstotliwość wymuszanych aktów seksualnych była różna. 52% kobiet podało, że do gwałtów dochodziło częściej niż kilka razy w roku. 32% doświadczyło przemocy ze strony męża kilka razy w trakcie pożycia małżeńskiego, 16% kobiet zostało zgwałconych przez męża raz¹⁶.

Po raz pierwszy obraz praktyki organów ścigania i sądów w sprawach dotyczących zgwałcenia w małżeństwie nakreśliły wyniki analizy akt 313 spraw dotyczących zgwałcenia w małżeństwie zarejestrowanych we wszystkich jednostkach prokuratury w 2007 i 2008 roku. Badanie te pokazały, że tylko w 83 sprawach skierowano do sądu akt oskarżenia (niecałe 27% spraw). W 64 sprawach odmówiono wszczęcia postępowania karnego, a w 166 wydano postanowienie o umorzeniu postępowania. Wyniki te potwierdziły dotychczasowe ustalenia kryminologiczne związane z korelacją między przemocą w rodzinie a przemocą na tle seksualnym, czy z dość częstym występowaniem alkoholu w tle zdarzenia¹⁷.

Powyższe badanie zostało rozszerzone przez inną autorkę¹⁸, która jego zakres ustaliła na akta z lat 2006-2009. Materiał badawczy objął 669 spraw, z czego 138 stanowiły sprawy, w których odmówiono wszczęcia postępowania przygotowawczego, 351 – sprawy, w których wydano postanowienie o umorzeniu postępowania karnego, 4 – sprawy, w których zawieszono postępowanie przygotowawcze, a 176 – sprawy, w których skierowano do sądu akt oskarżenia i doszło do wydania prawomocnego orzeczenia. Z badania tego nasuwa się konkluzja, iż zawiadomienia dotyczące zgwałcenia w małżeństwie lub konkubinacie tylko w 22% w 2009 r. i około 32% w 2006 r. trafiały następnie do sądów karnych. Jednocześnie następował wyraźny wzrost liczby spraw zakończonych wydaniem postanowienia czy to o odmowie wszczęcia śledztwa, czy też o jego umorzeniu. Na podkreślenie zasługuje też odnotowany średnio łagodniejszy wymiar kary w przypadku zgwałceń żony lub konkubiny niż w przypadku innych zgwałceń. Sądy rzadko też korzystały z możliwości orzekania wobec sprawców przemocy domowej o charakterze seksualnym środków karnych, szczególnie w postaci zakazu kontaktowania się z pokrzywdzoną, czy nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z nią.

¹⁶ D. Rode, *Gwałt w związku małżeńskim*, *Chowanna* 1, 28-39, 2005, s. 32.

¹⁷ P. Kozłowska-Kalisz, M. Mozgawa, *Zgwałcenie w małżeństwie (w świetle badań empirycznych)* (w:) M. Mozgawa (red.), *Przestępstwo zgwałcenia*, Warszawa 2012, s. 217–237.

¹⁸ A. Michalska-Warias, *Zgwałcenie w małżeństwie. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Warszawa 2016.

Przeprowadzone dotychczas szcążkowe i niepełne badania pokazują rzeczy niepokojące: niską karalność zgwałcenia w małżeństwie i brak statystyk dotyczących zgwałceń w małżeństwie, co może świadczyć o lekceważącym traktowaniu problemu¹⁹. Ostatnie dostępne w piśmiennictwie statystyki wyszczególniające relację między sprawcą a pokrzywdzoną obejmują lata 1990-2007²⁰.

Z jednej strony polska doktryna i orzecznictwo dostrzegają, iż niezbędną przesłanką popełnienia przestępstwa zgwałcenia jest działanie sprawcy bez zgody osoby pokrzywdzonej²¹. W postanowieniu z 09 kwietnia 2001 r., sygn. akt II KKN 349/98, Sąd Najwyższy wskazuje, że samo „[d]ążenie do zaspokojenia swojego popędu płciowego nie należy do znamion przestępstwa. Dla przyjęcia, że sprawca swoim czynem wyczerpał znamiona tego przestępstwa, jest istotne nie to, w jakim celu działał sprawca, lecz to czy swoim zachowaniem dopuścił się zamachu na wolność seksualną ofiary. Z zamachem na wolność seksualną mamy do czynienia nie tylko wtedy, gdy **osoba pokrzywdzona nie akceptuje** aktu obcowania płciowego, ale także wtedy, gdy **brak jej akceptacji odnosi się do sposobu**, w jaki sprawca aktu tego dokonuje”. Najczęściej jednak ocena okoliczności sprawy koncentruje się na zachowaniu osoby pokrzywdzonej w trakcie zdarzenia. Zagadnienie to jest na tyle istotne, iż często stanowiło podstawową linię obrony podejrzanych o dokonanie zgwałcenia²². W orzecznictwie można znaleźć odniesienia do kwestii stawianego oporu i tego, jak był przełamany przez sprawcę²³. Doktryna analizując znamiona czynu zabronionego z art. 197 k.k. wskazuje, że „przemocą w ogólnym tego słowa znaczeniu jest takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzaną dolegliwością na jego procesy motywacyjne, nastawić jego decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku”,

¹⁹ A. Kuczyński, K. Ferenc, Wstęp do polskiego tłumaczenia książki Diany E. H. Russel „Gwałt w małżeństwie”, Fundacja Feminoteka, Warszawa 2019.

²⁰ A. Chodorowska, *Przestępstwo zgwałcenia. Studium prawno karne i kryminologiczne*, Olsztyn 2015, s. 293.

²¹ Postanowienie SN z 9.04.2001 r. (II KKN 349/98), OSNKW 2001/7–8, poz. 53; A. Więcek-Durańska, M. Durański, *Zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem (art. 197 § 4 k.k.) – analiza kryminologiczna*, Prawo w Działaniu 19/2014, s. 166; Polska Wolna Od Przemocy Wobec Kobiet. Wybrane problemy dotyczące wdrożenia konwencji o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, Amnesty International, Warszawa 2018; http://www.amnesty.org.pl/wp-content/uploads/2018/02/Polska-wolna-od-przemocy-wobec-kobiet_analiza_Amnesty-International-2.pdf [data dostępu: 20.12.2020].

²² A. Więcek-Durańska, M. Durański, *Zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem (art. 197 § 4 k.k.) – analiza kryminologiczna*, Prawo w Działaniu 19/2014, s. 185.

²³ Wyrok SN z 5.02.2013 r., II KK 139/12, LEX nr 1288659; postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 18 lutego 2014 roku (sygn. akt II KK 19/14):

a „na gruncie art. 197 k.k. chodzi o bezpośrednie użycie siły fizycznej w celu uniemożliwienia oporu ofiary (np. związanie jej, przykucie do łóżka) lub przełamania jej oporu (np. bicie, przypalanie)”²⁴. W odniesieniu do kategorii podstęp orzecznictwo wskazuje, że „nie może być traktowane jako podstęp podanie alkoholu w celu osłabienia hamulców moralnych osoby świadomie go przyjmującej, która ostatecznie wyraża zgodę na podjęcie czynności seksualnej, choćby takiej zgody nie wyraziła, gdyby nie przyjęcie tych środków”²⁵. Oznacza to, że nie jest badany prawdziwy stosunek ofiary do odbywanych kontaktów seksualnych, staranność sprawcy w zbadaniu tego stosunku i odebraniu zgody, lecz to, czy można w świecie zewnętrznym wyodrębnić sprzeciw ofiary lub znaleźć ślady oporu. Mimo że doktryna dostrzega ewentualność braku możliwości wyrażenia oporu przez osobę pokrzywdzoną, to sprowadza ją jedynie do sytuacji braku fizycznej możliwości, nie biorąc pod uwagę skomplikowania i bogactwa możliwych do wystąpienia stanów faktycznych.

Prowadzi to do sytuacji, kiedy od czasu do czasu w mediach pojawiają się doniesienia o skandalicznych wyrokach, które w uzasadnieniu stwierdzają np. "czternastolatka nie została zgwałcona, bo nie krzyczała, kiedy 26-letni mężczyzna dobierał się do niej". Tak zdaniem mediów miał tłumaczyć zachowanie sprawcy wrocławski Sąd Apelacyjny, którego wyrok zapadł w tym roku. Dokładnego zbadania akt sprawy podjął się z urzędu RPO²⁶.

VI. WNIOSKI

Przedstawiony projekt ustawy o zmianie kodeksu karnego należy ocenić jednoznacznie pozytywnie. Jest on długo oczekiwaną zmianą oraz próbą wprowadzenia realnej, efektywnej i pełnej ochrony osób doświadczających przemocy seksualnej.

Projekt jest nie tylko zgodny z międzynarodowymi i konstytucyjnymi standardami ochrony praw człowieka, ale stanowi też realizację tych standardów. Zmiana definicji przestępstwa zgwałcenia to zalecenie płynące z Konwencji Rady Europy o

²⁴ M. Mozgawa [w:] M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, Gdańsk 2020, art. 197.

²⁵ Wyrok SA w Krakowie z 8.09.2015 r., II AKa 145/15, KZS 2015, nr 10, poz. 49.

²⁶ <https://wroclaw.wp.pl/wroclaw-gwaltu-nie-bylo-bo-14-latka-nie-krzyczala-rpo-interweniuje-ws-decyzji-sadu-6556693532912320a> [data dostępu: 20.12.2020].

zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej oraz z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka.

Obowiązujące dzisiaj prawo karne powinno uwzględniać wszystkie skomplikowane przypadki stosowania przemocy seksualnej jako jednego z bardziej uderzających w integralność fizyczną i psychiczną człowieka doświadczeń. Ochrona ofiar nie może być uszczuplona tylko dlatego, że nie mogą one wykazać aktywnego oporu. Opór ten bowiem nie zawsze da się zmanifestować i udowodnić. Nie powinno to jednak negować bytu przestępstwa. Projekt ustawy rozwiązuje problemy wynikające z dzisiejszego wąskiego rozumienia zgwałcenia i wymogów stawianych ofierze w kwestiach dowodowych. Nie oznacza to jednak absolutnie, że po przyjęciu nowelizacji kodeksu karnego organy ścigania i wymiaru sprawiedliwości zrezygnują z postępowania dowodowego. Dojdzie jedynie do zmiany rozłożenia akcentów w tym postępowaniu: badane będą okoliczności istnienia zgody na stosunek seksualny lub inną czynność seksualną i zadbania przez sprawcę o odebranie tej zgody, upewnienie się co do niej, braku wątpliwości co do jej udzielenia.

Jeśli chodzi o brzmienie projektowanych przepisów można rozważyć ich przeformułowanie poprzez uwzględnienie wprost cech, jakimi powinna się cechować zgoda na kontakty seksualne. To znaczy, że powinna być wyraźna, świadoma i swobodna, wyrażona przez osobę zdolną do składania oświadczeń woli, co należy ocenić w świetle danych okoliczności. Kwestie te mogą być to jednak uzupełnione podczas prac nad projektem w komisji sejmowej i absolutnie nie powinny stanowić argumentu przeciwko procedowaniu, a ostatecznie przyjęciu projektu i uchwaleniu go jako nowelizacji ustawy.

Należy też przeanalizować stosunek art. 197 § 1 k.k. w nowym brzmieniu wobec art. 199 k.k. i rozważyć zrównanie sankcji karnej z art. 199 k.k. do tej przewidzianej za art. 197 § 1 k.k.

Motywacje stojące za zaostrzeniem sankcji karnej za przestępstwo z art. 198 k.k. można ocenić pozytywnie. Należy jednak pamiętać, że o skuteczności polityki karnej, prewencyjnej oraz sprawiedliwościowej funkcji przepisów karnych decyduje przede wszystkim skuteczność ścigania i poczucie nieuchronności kary raczej niż ich wysokość, chociaż ta ostatnia kwestia odgrywa niemałą rolę.

Kamila Ferenc