



Warszawa, 08-07-2024 r.

RZECZNIK PRAW OBYWATELSKICH

Marcin Wiącek

II.510.277.2024.PZ

Pan Senator

Marcin Karpiński

**Przewodniczący Komisji Praw Człowieka
i Praworządności Senatu
Rzeczypospolitej Polskiej**

Email: kpcp@senat.gov.pl

Pan Senator

Krzysztof Kwiatkowski

**Przewodniczący Komisji Ustawodawczej
Senatu Rzeczypospolitej Polskiej**

Email: ku@senat.gov.pl

Szanowni Panowie Senatorowie,

w związku z posiedzeniem Komisji Ustawodawczej oraz Komisji Praw Człowieka i Praworządności w dniu 9 lipca 2024 r., w czasie którego rozpatrzona zostanie ustawa z dnia 28 czerwca 2024 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (druk senacki nr 109, druki sejmowe nr 209 i 247), chciałbym przedstawić stanowisko w przedmiocie zmiany definicji przestępstw, u których podstaw leży autonomia seksualna człowieka (art. 197 k.k., art. 198 k.k., art. 199 k.k., art. 200 k.k.).

W pierwszej kolejności wskazać należy, że treść ustawy zawartej w druku senackim nr 109 jest pokłosiem opinii prawnej SSN prof. dr hab. Włodzimierza Wróbla, Kierownika Katedry Prawa Karnego Uniwersytetu Jagiellońskiego, który pełni obecnie funkcję Przewodniczącego Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego powołanej przy Ministerstwie Sprawiedliwości w dniu 6 maja 2024 r.¹. Uchwalona przez Sejm RP treść art. 197 § 1, 1a i 2 k.k. oraz art. 198 k.k. przedstawia się następująco:

- „Art. 197 § 1. Kto doprowadza inną osobę do obcowania płciowego przemocą, groźbą bezprawną, podstępem lub w inny sposób mimo braku jej zgody, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15.

§ 1a. Tej samej karze podlega, kto doprowadza inną osobę do obcowania płciowego wykorzystując brak możliwości rozpoznania przez nią znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem.

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

- „Art. 198. Kto, wykorzystując bezradność innej osoby lub wynikające z upośledzenia umysłowego, choroby psychicznej lub innego zakłócenia czynności psychicznych znaczne ograniczenie zdolności do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, doprowadza ją do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.”.

W opinii prawnej SSN prof. dr hab. Włodzimierza Wróbla, która stanowi swoisty surogat uzasadnienia ustawy z dnia 28 czerwca 2024 r., wskazano przy tym, że:

1

<https://orka.sejm.gov.pl/rexdomk10.nsf/0/43D60353B82B3F57C1258B07002AE43D/%24File/i921-24A.pdf> (dostęp w dniu 5 lipca 2024 r.)

„Wydaje się, że w przypadku nadużyć seksualnych można wyodrębnić trzy odrębne sytuacje:

- 1) ofiara ma zachowaną wewnętrzną autonomię w zakresie wyrażenia swojego stosunku do udziału w kontakcie seksualnym, lecz mimo braku zgody lub zewnętrznie wyrażonego sprzeciwu, zostaje do takiego kontaktu doprowadzona;
- 2) ofiara nie ma możliwości w sposób autonomiczny odnieść się do aktywności seksualnej z jej udziałem z uwagi na stan psychiczny wykluczający „dobrowolną” lub(i) „świadomą” zgodę;
- 3) ofiara wyraża zgodę na kontakt seksualny (zgoda ta może być także uzewnętrzniona), jednak proces (warunki) wyrażania tej zgody zostaje zakłócony przez wpływ zewnętrznych czynników - może być to stan ofiary (np. upojenie alkoholowe, stres, pozostawanie pod wpływem używek, niepatologiczne zaburzenia czynności psychotycznych), może być to także oddziaływanie osób trzecich, w tym sprawcy, na sferę intelektualną (wprowadzanie w błąd) lub motywacyjną (szantaż, obietnice korzyści). Co do zasady, w tych przypadkach określony stopień autonomii ofiary jest zachowany (ofiara nie jest w sytuacji konieczności wyrażenia zgody), ale ograniczony charakter tej autonomii uzasadnia w szczególnych przypadkach uznać zachowania będące wykorzystaniem takiej sytuacji za zakazane i karalne (przez „wykorzystanie” czy „nadużycie” rozumie się zachowania sprzeczne z interesem ofiary).

W związku z wyżej przedstawioną typologią nadużyć autonomii seksualnej, różny jest poziom naganności warunkowany intensywnością naruszenia tej autonomii.

Niewątpliwie najbardziej karygodne są te zachowania, gdy ofiara doprowadzona jest do kontaktu seksualnego mimo jej sprzeciwu lub braku zgody, a także wówczas, gdy nie miała możliwości podjęcia w tym zakresie autonomicznego stanowiska (np. z uwagi na stan nieprzytomności, wprowadzenie w błąd, którego nie mogła uniknąć). W tym ostatnim przypadku mogą jednak wystąpić sytuacje, w których domniemana

ofiara, gdyby zachowała autonomię to, wyraziłaby dobrowolnie zgodę na kontakt seksualny.”.

Autor opinii wskazał także, że: „Takie brzmienie zmienionych przepisów zachowywałoby dotychczasowy zakres penalizacji zgwałcenia ujęty w obowiązującym art. 197 § 1 k.k., bez konieczności dodatkowego dowodzenia „braku zgody”, w przypadku, gdy sprawca wobec ofiary używał przemocy, podstępu lub groźby. W przepisie znalazłaby się natomiast nowa postać zgwałcenia polegająca na doprowadzeniu do obcowania płciowego w inny sposób, mimo braku zgody ofiary. Z uwagi na nowy § 1a, chodziłoby przy tym o sytuacje, w których ofiara miała zachowaną autonomię w wyrażeniu takiej zgody, jednak tego nie uczyniła, a mimo to sprawca podjął z nią kontakt seksualny w postaci obcowania płciowego. W takim ujęciu, nawet jeżeli ofiara formalnie (na zewnątrz) wyraziłaby zgodę, ale nie były spełnione warunki do uznania, że zgoda ta była wyrażona w warunkach dobrowolności i świadomości, podjęcie kontaktu seksualnego byłoby czynem karalnym, o ile sprawca miałby świadomość, że zgoda jest pozorna.”.

Jedną z najistotniejszych uwag zawartych w opinii prawnej SSN prof. dr hab. Włodzimierza Wróbla jest ta, w której jej Autor akcentuje, że: „Punktem wyjścia dla projektodawców jest krytyczna ocena dotychczasowej praktyki stosowania przepisów Kodeksu karnego w zakresie przestępstw przeciwko wolności seksualnej, w szczególności art. 197 k.k. Projektodawcy dostrzegają w orzecznictwie sądowym linię orzeczniczą, zgodnie z którą do realizacji znamion przestępstwa zgwałcenia może dojść dopiero wówczas, gdy ofiara zademonstruje swój trwały opór wobec działań sprawcy, zaś działania te mają na celu przełamanie tego oporu lub uniemożliwienie jego realizacji”. Autor opinii wskazuje jednakże, że „w nowszym orzecznictwie SN wskazuje się, że taka interpretacja znamienia przemocy użytego w opisie zgwałcenia z art. 197 k.k. jest błędna i nie ma oparcia w wykładni językowej i systemowej tego przepisu, zaś przemoc należy rozumieć jako każde stosowanie siły fizycznej wobec innej osoby bez jej zgody, (co pozwala uznać, że taki sposób wykładni znamion

przestępstwa zgwałcenia w istocie zgody jest z intencjami twórców projektu)", przy czym podkreśla, że „nie jest to jeszcze dominująca linia orzecznictwa”.

Pośród najnowszych orzeczeń SN interpretujących znamię przemocy z art. 197 § 1 k.k. wskazać należy na wyrok SN z dnia 21 grudnia 2023 r., I KK 280/23, OSNK 2024, nr 5, poz. 26, w ramach którego przyjęto, że: „Analiza sposobu rozumienia tego znamienia na gruncie szeregu przepisów Kodeksu karnego (m.in. art. 64 § 1, art. 70 § 2, art. 115 § 3, § 9a pkt 1, i § 22 pkt 1, art. 118a § 2, art. 119 § 1, art. 153 § 1, art. 156 § 2, art. 191 § 1, art. 191a § 1, art. 191b § 1, art. 202 § 3, art. 245, art. 246, art. 280 § 1, art. 281 czy art. 289 § 3) prowadzi do wniosku że przemocą w rozumieniu tych przepisów jest umyślne stosowanie wobec innej osoby, bez jej zgody, siły fizycznej w natężeniu zdolnym wywołać ból, wpłynąć na jej ruchy, czy spowodować zmiany w organizmie. Fizyczne oddziaływanie na inną osobę nie jest jednak przemocą, gdy jest objęte akceptacją danej osoby, wyrażoną choćby w sposób dorozumiany czy milczący. Nie należy więc do elementów definiujących przemoc "przełamywanie oporu" pokrzywdzonego czy "kategoryczny sprzeciw" wyrażany przez pokrzywdzonego wobec używanej wobec niego siły fizycznej.”. Nie można stracić z pola widzenia także tego fragmentu wypowiedzi SN, w którym wskazuje, że „kluczowym elementem przy przestępstwie zgwałcenia jest wykazanie braku zgody ofiary, a jej zachowanie (opisywane chyba już tylko z uwagi na tradycje) jako opór jest jednym z elementów dowodowych oceny braku tej zgody. Innymi słowy - jeśli ofiara uzewnętrznia opór, oznacza to bezsprzecznie, że nie wyraża akceptacji na kontakt. Nie oznacza to jednak, że ów opór jest jedynym elementem dowodowym braku zgody. Brak akceptacji ofiary może być bowiem wnioskowany także z innych okoliczności: np. relacji ze sprawcą, czy wcześniejszych zachowań ofiary i sprawcy. Odwoływanie się do kryterium oporu ma równocześnie wyłącznie znaczenie dowodowe w perspektywie ustalenia strony podmiotowej, z jaką działał sprawca. Warunkiem bowiem odpowiedzialności karnej za przestępstwo zgwałcenia jest umyślność, co oznacza, że sprawca musi mieć świadomość, że jego fizyczne oddziaływanie na inną osobę nie spotyka się z

akceptacją. Tylko bowiem wówczas stosowanie przemocy jako sposobu doprowadzenia do kontaktu seksualnego będzie miało charakter umyślny.”.

Zaakcentować należy, że w świetle wyroku SN z dnia 21 grudnia 2023 r., I KK 280/23, punkt wyjścia dla dokonania zmian w art. 197 § 1, 1a i 2 k.k. oraz w art. 198 k.k. jest błędny, skoro należy przyjmować, że: „Dla ustaleń realizacji znamion przestępstwa zgwałcenia kryterium przełamania oporu ma więc w istocie charakter wyłącznie dowodowy, wskazujący na charakter oddziaływania fizycznego sprawcy na ofiarę oraz uzasadniając wnioskowanie o świadomości sprawcy co do stosowania przemocy. A więc świadomości, co do braku zgody ofiary na używanie wobec niej nieakceptowanej przez nią siły fizycznej. Nie jest to wszakże w żadnym wypadku standard dowodzenia o charakterze obligatoryjnym, ani tym bardziej element materialnoprawnej definicji znamienia przemocy. Przeciwnie, osoba podejmująca kontakt seksualny powinna upewnić się, że podejmowane przez nią oddziaływanie fizyczne na inną osobę jest akceptowane przez drugą stronę. Brak bowiem takiej akceptacji, wyrażony w sposób wyraźny lub dorozumiany, uzasadnia przekonanie, że sprawca stosował siłę fizyczną, mimo świadomości, że ofiara nie wyraziła zgody na jej stosowanie, co właśnie jest przemocą. Dla udowodnienia strony podmiotowej umyślności wystarczające jest więc, że sprawca ma świadomość stosowania siły fizycznej oraz tego, że ofiara nie wyraziła na to zgody.”.

Sąd Najwyższy podkreślił bowiem, że „fakt zewnętrznie postrzegalnego stawiania oporu lub jego brak służy wyłącznie jako dowód akceptacji stosowania oddziaływania fizycznego oraz świadomości sprawcy co do tej akceptacji. Jest to jedynie dowód, który musi być oceniany w kontekście całokształtu materiału dowodowego. Sam zewnętrzny opór, jego stanowczość czy trwałość nie jest bezwzględnym warunkiem realizacji znamion przestępstwa zgwałcenia.”.

Mając powyższe na uwadze, wskazać należy na pogląd W. Zalewskiego, w którym Autor wskazuje, że **„doktryna wypracowała szereg warunków uprawniających zgodę. Po pierwsze, może ją wyrazić jedynie osoba pełnoletnia i poczytalna. Po**

drugie, zgoda musi być dobrowolna. Po trzecie, zgoda musi być uprzednia, tzn. musi być wyrażona przed naruszeniem dobra. Po czwarte, musi być wyraźna².

Autor doprecyzowuje, że ostatni warunek nie oznacza jednak żadnej „umowy” o naruszenie. Z punktu widzenia prawa karnego istotne jest, że ofiara zrzekła się ochrony dobra, którym może rozporządzać swobodnie. Oświadczenie to nie musi dotrzeć do sprawcy³.

Dla porównania, wskazać można, że zgodnie z irlandzkim prawem karnym mężczyzna popełnia gwałt, jeśli jednocześnie (a) obcuje bezprawnie z kobietą, która w czasie stosunku nie wyraża na to zgody, oraz (b) w tym czasie wie, że ona nie wyraża zgody na stosunek lub jest lekkomyślny co do tego, czy ona wyraża na to zgodę, czy też nie. Ustawa wskazuje jednocześnie, że jeżeli na rozprawie w sprawie o przestępstwo zgwałcenia ława przysięgłych musi rozważyć, czy mężczyzna wierzył, że kobieta wyraża zgodę na stosunek płciowy, istnienie lub brak uzasadnionych podstaw do takiego przekonania jest sprawą, którą ława przysięgłych ma wziąć pod uwagę, w połączeniu z innymi istotnymi kwestiami, przy rozważaniu, czy on był o tym przekonany⁴. W prawie karnym irlandzkim zasada, że oskarżenie musi udowodnić brak zgody, a nie obecność siły, jest dobrze ugruntowana. Brak zgody jest kwestią faktyczną, o której decyduje ława przysięgłych, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności i postępując zgodnie ze wskazówkami sędziego. Jeśli chodzi o *mens rea* (umyślność) gwałtu, oskarżony może bronić się „*genuine belief*” (szczerze przeświadczenie), dzięki czemu ma prawo do uniewinnienia, jeśli rzeczywiście nie przyszło mu do głowy, że ofiara może nie wyrazić zgody. Widać zatem, że **w ustawodawstwach, gdzie znamię zgody jest wpisane w znamiona przedmiotowe typu czynu zabronionego opisującego**

² W. Zalewski, Komentarz do art. 36, w: Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, red. E. Bieńkowska, L. Mazowiecka, Warszawa 2016, teza nr 9.

³ *Ibidem*.

⁴ Criminal Law (Rape) Act, 1981. Dostępny: <https://www.irishstatutebook.ie/eli/1981/act/10/section/2/enacted/en/html> (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).

zgwałcenie, problemem staje się dobór okoliczności świadczących o usprawiedliwionym przekonaniu sprawcy, iż osoba pokrzywdzona wyraziła zgodę na takie, a nie inne zachowanie, w tym na zachowanie o charakterze seksualnym. Przenosi to problem ochrony osób dotkniętych niekonsensualnym aktem seksualnym z poziomu kształtu znamion na poziom praktyki stosowania przepisów. Stan taki stanowi argument za tezą, że zmiana treści art. 197 § 1 k.k. nie stanowi właściwego remedium na zwiększenie poziomu ochrony ofiar przemocy seksualnej, a oznaczać będzie przeniesienie sporu z poziomu ustaleń co do treści przepisów i wyznaczonego przez nie zakresu kryminalizacji na poziom praktyki dowodzenia znamion, a tu łatwiej o nadużycia i naruszenie zasady *nullum crimen sine lege scripta*.

W moim przekonaniu, które wywodzę także z wypowiedzi orzeczniczej SN zawartej w cytowanym wyżej wyroku SN z dnia 21 grudnia 2023 r., I KK 280/23, prawidłowa interpretacja zawartych w art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. oraz art. 200 § 1 k.k. znamion przedmiotowych pozwala przyjąć, że wyczerpują one bez reszty pole kryminalizacji wyznaczone przez art. 36 konwencji stambulskiej. Tylko na pierwszy rzut oka przypadkiem, który wydaje się najbardziej trudnym, jest ten opisany m. in. przez J. Błachut i M. Grzyb, gdy niezgoda ofiary, nie zostaje w żaden sposób zmanifestowana, z uwagi na to, że część kobiet może nie reagować na napaść seksualną aktywnym oporem a odczuwać swojego rodzaju „paraliż strachu” (*frozen fright*) i nie być w stanie stawić czynnego oporu⁵. Trafnie wskazują Autorki, że „nie oznacza to, że wyraża zgodę”, gdyż „sprawca samą swoją postawą, zachowaniem (bez uciekania się do groźby bezprawnej), przewagą sił nad ofiarą w połączeniu z okolicznościami sytuacji, doprowadza ofiarę do stanu sparaliżowania strachem”⁶. Uwzględnienie jednej z trzech, obok walki i ucieczki, naturalnych reakcji na zagrożenie w postaci zamrożenia,

⁵ J. Błachut, M. Grzyb, *Jeżeli kobieta mówi „nie”, to co to oznacza?* w: Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara, Tom II, pod red. A. Adamskiego, J. Bojarskiego, P. Chrzczonowicza, M. Leciaka, Toruń 2012, s. 345.

⁶ *Ibidem*.

nakazuje zwrócić uwagę na znamię w postaci „wykorzystania bezradności innej osoby”. Z punktu widzenia obecnej treści art. 197 § 1 k.k. zawierającej okoliczniki sposobu w postaci „przemocy”, „groźby bezprawnej” i „podstępu” bezradność innej osoby jest bowiem rezultatem działań sprawcy, zaś z punktu widzenia art. 198 k.k. bezradność innej osoby jest okolicznością towarzyszącą zachowaniu się sprawcy, której on swoim zachowaniem nie wywołał, a którą on wykorzystuje po to by doprowadzić tę osobę do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności.

Jeśli zatem sprawca bez użycia przemocy, groźby bezprawnej czy podstępu w celu przełamania autonomii woli osoby pokrzywdzonej doprowadzi ją do stanu bezbronności i stan taki wykorzysta w celu doprowadzenia tejże do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, zachowanie jego winno być kwalifikowane z art. 198 k.k. W takim układzie faktycznym, przeważającym czynnikiem pojawienia się stanu zamrożenia, jako reakcji na poczucie zagrożenia, jest bowiem predyspozycja osoby pokrzywdzonej. **Celowe wywołanie przez sprawcę poczucia zagrożenia prowadzącego do stanu zamrożenia u innej osoby bez jednoczesnego albo wcześniejszego odwołania się do przemocy, groźby bezprawnej czy podstępu, winno być kwalifikowane jako „wykorzystanie bezradności innej osoby” w rozumieniu art. 198 k.k.** Tak samo rzecz się ma w sytuacji, gdy nieprzemóżny czynnik wywołujący sytuację zagrożenia, skutkującą poczuciem przymusu i zamrożeniem, nie jest wynikiem zachowania się samego sprawcy, lecz sprawca znalazł się z osobą pokrzywdzoną w sytuacji, w której u niej już zaszedł proces zamrożenia. **Wykorzystanie przez sprawcę takiego stanu zamrożenia i doprowadzenie osoby znajdującej się w tym stanie do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, przy braku możliwości po jej stronie dysponowania swoją autonomią seksualną, również winno być kwalifikowane jako „wykorzystanie bezradności innej osoby” w rozumieniu art. 198 k.k.** W zakresie znamienia

„doprowadzenia człowieka do stanu bezbronności” wskazać należy, że ma to miejsce, zarówno wówczas, gdy pokrzywdzony zostanie związany w sposób fizyczny np. liną, łańcuchem, taśmą remontową, zostanie unieruchomiony za pomocą środków chemicznych, np. zostanie wprowadzony w stan paraliżu czy odurzenia, zostanie doprowadzony do stanu, w którym nie może się ruszać z uwagi na obrażenia ciała, lecz nie była wcześniej wobec niego stosowana przemoc przez sprawcę, np. pokrzywdzony został wprowadzony przez sprawcę w błąd, przez co spadł z dużej wysokości, jak również zostanie „związany” strachem, np. zastraszony groźbą użycia lub użyciem przemocy wobec rzeczy lub wobec zwierzęcia, albo też inną groźbą bezprawną, w tym taką, która w treści nie zawiera przekazu o natychmiastowym użyciu przemocy, a o popełnieniu na szkodę pokrzywdzonego lub innej osoby przestępstwa, o ile groźba taka przełamuje opór pokrzywdzonego w taki sposób, że staje się on bezbronny wobec sprawcy. Reakcja zamrożenia spowodowana przewagą po stronie sprawcy wpisuje się w zakres znaczeniowy tego znamienia.

W rekomendacjach ONZ⁷ wskazuje się na modelowe rozwiązania, w ramach których zgoda musi być wyrażona dobrowolnie, musi być prawdziwa i wynikać z wolnej woli osoby, ocenianej w kontekście otaczających okoliczności, i może być w każdej chwili wycofana. Choć zgoda nie musi być we wszystkich przypadkach wyraźna, nie można jej wywnioskować z:

- (a)** milczenia ofiary;
- (b)** braku oporu, werbalnego lub fizycznego, ze strony ofiary
- (c)** wcześniejszych zachowań seksualnych ofiary; lub
- (d)** statusu, zawodu lub związku ofiary z oskarżonym.

⁷ D. Šimonović, A framework for legislation on rape (Model Rape Law) : report of the Special Rapporteur on Violence against Women, Its Causes and Consequences, ONZ, 2021, s. 7-8 <https://digitallibrary.un.org/record/3929055?ln=ar> (dostęp w dniu 18.03.2024 r.).

W relewantnym dla niniejszych analiz zakresie we wskazanych rekomendacjach wskazuje się, że osobę uważa się za niezdolną do wyrażenia prawdziwej zgody, gdy jest nieprzytomna, śpi lub jest poważnie odurzona w wyniku działania narkotyków lub alkoholu spożytego dobrowolnie, niedobrowolnie lub nieświadomie. Brak zgody zakłada się w przypadku, gdy penetracja została dokonana przy użyciu siły, groźby użycia siły lub przymusu. Wskazuje się, że istnieje szeroki zakres okoliczności zastosowania przymusu, w tym okoliczności, w których:

(a) ofiara była poddana nadużyciom, przemocy, przymusowi, podstępowi, zatrzymaniu lub psychologicznej opresji lub zastraszeniu, które przyczyniły się do podporządkowania lub uległości ofiary; lub

(b) ofiara podlegała groźbie (wyraźnej lub dorozumianej) wyrządzenia obecnie lub w przyszłości fizycznej lub niefizycznej szkody ofierze lub osobie trzeciej.

W ramach wskazanego modelu wskazuje się również, że brak zgody jest domniemany, gdy:

(a) ofiara była odurzona w wyniku działania narkotyków lub alkoholu spożytego dobrowolnie, mimowolnie lub nieświadomie;

(b) gdy choroba, obrażenia ciała lub inna szczególna słabość ma wpływ na zdolność ofiary do wyrażenia zgody; lub

(c) gdy sprawca znajduje się w pozycji władzy, zaufania, wpływu lub zależności od ofiary i mógł wykorzystać tę pozycję, aby wymusić spółkowanie.

W ramach opisywanego modelowego rozwiązania proponuje się, aby brak zgody był również domniemywany, gdy sprawca nadużywa relacji lub pozycji władzy lub autorytetu nad ofiarą. Wymienione poniżej pozycje i relacje obejmują, ale nie ograniczają się do sytuacji, w których sprawca znajduje się w pozycji władzy lub autorytetu, wpływu lub dominacji nad ofiarą:

- (a)** w środowisku szkolnym, szpitalnym, religijnym, w zakładzie poprawczym lub opiekuńczym;
- (b)** w środowisku zawodowym lub aktywności zawodowej;
- (c)** w placówce opiekuńczej, domu pomocy społecznej, domu wolontariuszy, domu dziecka lub sierocińcu;
- (d)** w kontekście zapewnienia ofierze wsparcia lub leczenia medycznego, psychologicznego lub psychospołecznego;
- (e)** w ramach relacji opiekun – podopieczny;
- (f)** poprzez działanie w charakterze członka organów ścigania, pracownika, kuratora sądowego, trenera sportowego, instruktora, duchownego, opiekunki do dzieci lub w jakimkolwiek innym charakterze związanym z opieką nad ofiarą; lub
- (g)** poprzez inne ogólne zaangażowanie i odpowiedzialność za opiekę, szkolenie lub nadzór nad ofiarą.

Lektura wyżej opisanych modelowych rozwiązań ONZ dotyczących problematyki zgwałcenia pozwala przyjąć, że w znamionach kształtujących obecne opisy typów czynów zabronionych z art. 197 § 1 k.k., art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. i art. 200 § 1 k.k., w postaci okoliczników sposobu takich jak „przemoc”, „groźba bezprawna” „podstęp”, „nadużycie zaufania małoletniego”, „udzielenie małoletniemu w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy” oraz w postaci okoliczników okoliczności towarzyszących takich jak „bezradność innej osoby”, „wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem”, „stosunek zależności”, „krytyczne położenie” i „małoletniość poniżej lat 15” mieszczą się wszystkie tam opisane sytuacje.

Mając na uwadze wyżej opisane modelowe rozwiązania rekomendowane przez ONZ oraz treść art. 36 konwencji stambulskiej za niepotrzebną należy uznać wskazywaną

przez projektodawców konieczność dokonania zmian legislacyjnych w obrębie rozdziału XXV Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”. Analiza standardów orzeczniczych wskazuje, że koncepcja zgody, jako pozytywnej przesłanki zachowania legalnego oraz koncepcja sprzeciwu, jako wyrazu braku zgody, jako negatywnej przesłanki zachowania karalnego nie są ze sobą sprzeczne. Orzecznictwo sądowe zna bowiem przypadki domniemania braku zgody, jak i przypadki domniemania sprzeciwu, a tym samym ich wystąpienie nie jest obecnie warunkiem koniecznym każdego naruszenia sfery autonomii seksualnej. Uzasadnia to wniosek, że nie jest niezbędna implementacja art. 36 konwencji stambulskiej na poziomie tekstu prawnego.

Nie można przy tym tracić z pola widzenia tego, że znamię „w inny sposób mimo braku jej zgody” użyte w uchwalonej przez Sejm RP treści art. 197 § 1 k.k. wpłynie na sposób interpretacji znamion innych przestępstw z rozdziału XXV Kodeksu karnego „Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności”, w tym art. 198 k.k., art. 199 § 1 i 3 k.k. oraz art. 197 § 4 k.k. w relacji do art. 200 § 1 k.k. Konsekwencją posłużenia się przez ustawodawcę znamieniem „w inny sposób mimo braku jej zgody” przy przyjęciu, że immanentną cechą zgody jest wyrażenie jej w sposób całkowicie dobrowolny i świadomy, będzie konieczność kwalifikowania części zachowań dotychczas objętych art. 198 k.k. oraz art. 199 § 1 i 3 k.k. przez art. 197 § 1 k.k. Zaakcentować przy tym wypada, że na żadnym etapie procesu legislacyjnego nie podjęto próby ustalenia, jak znamię braku świadomej i dobrowolnej zgody jako znamię przestępstwa zagrożonego karą od 2 do 15 lat pozbawienia wolności (art. 197 § 1 k.k.) należy rozumieć względem znamion w postaci okoliczników sposobu takich jak „nadużycie zaufania małoletniego” oraz „udzielenie małoletniemu w zamian korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy” (art. 199 § 3 k.k.) oraz w postaci okoliczników okoliczności towarzyszących takich jak „bezradność innej osoby”, „wynikający z upośledzenia umysłowego lub choroby psychicznej brak zdolności tej

osoby do rozpoznania znaczenia czynu lub pokierowania swoim postępowaniem" (art. 198 k.k.) czy „stosunek zależności” i „krytyczne położenie” (art. 199 § 1 k.k.).

W wyniku wprowadzenia znamienia „w inny sposób mimo braku jej zgody” użytego w uchwalonej przez Sejm RP treści art. 197 § 1 k.k. dojdzie również do przesunięcia przedmiotu dowodu przy przestępstwie zgwałcenia ze znamion strony przedmiotowej, na świadomość po stronie sprawcy braku zgody na akt seksualny po stronie osoby pokrzywdzonej, a więc na znamiona strony podmiotowej. Zaznaczyć przy tym należy, że błąd co do znamion wyłączający umyślność w rozumieniu art. 9 § 1 k.k., a więc także możliwość przypisania odpowiedzialności za przestępstwo z art. 197 § 1 k.k., nie musi być usprawiedliwiony. Pozwala to z dużym prawdopodobieństwem przypuszczać, że udowodnienie realizacji przedmiotowych i podmiotowych znamion zgwałcenia z art. 197 § 1 k.k. stanie się, wbrew założeniom projektodawców, o wiele trudniejsze niż ma to miejsce obecnie.

Podzielam w tym względzie jedno z założeń opinii prawnej SSN prof. dr hab. Włodzimierza Wróbla, że: „Naruszenia w sferze autonomii seksualnej dokonywane są bardzo często w warunkach, w których jedynymi środkami dowodowymi są relacje osób w nich uczestniczących. Może to prowadzić do zasadniczych trudności z ustaleniem rzeczywistego stanu faktycznego i wiarygodności sprzecznych relacji. To z kolei może stać się przyczyną błędnych rozstrzygnięć. Nawet uwzględniając fundamentalną zasadę procesową, w myśl której wątpliwości należy rozstrzygać na korzyść oskarżonego i domniemanie niewinności, inicjowanie postępowań karnych w warunkach trudno weryfikowalnych podstaw dowodowych, może nie tylko prowadzić do błędów w postaci oskarżenia i skazania osoby niewinnej (czemu mają zapobiegać wskazane wyżej zasady), ale także błędów w postaci uniewinnienia osoby podejrzanej, w sytuacji gdy jest ona faktycznie sprawcą czynu. Takie rozstrzygnięcie w sposób wtórny może krzywdzić ofiarę przestępstwa, którego nie udało się udowodnić (co nie oznacza, że go nie popełniono). Z uwagi na szczególny charakter krzywdy, jaki łączy się z przestępstwami przeciwko wolności seksualnej, tworząc przepisy karne trzeba

zwrócić baczną uwagę na możliwości dowodzenia okoliczności stanowiących realizację znamion projektowanych typów czynów zabronionych, tak by zminimalizować ryzyko arbitralności rozstrzygnięć, fałszywych oskarżeń czy błędnych uniewinnień.”.

W moim przekonaniu zmiany definicji przestępstw, u których podstaw leży autonomia seksualna człowieka (art. 197 § 1, 1a, 2 k.k. oraz art. 198 k.k.), które wpłyną na interpretację znamion przestępstw z art. 198 k.k. oraz art. 199 § 1 i 3 k.k. nie są niezbędne dla pełnej ochrony autonomii seksualnej przez polski porządek prawny oraz nie są wymagane dla przyjęcia zgodności polskich przepisów z aktami prawa międzynarodowego, w tym ze standardem wymaganym przez Konwencję stambulską. Dla podjęcia dobrej decyzji legislacyjnej w tym względzie należałoby ustalić, jak zmiana definicji zgwałcenia w innych krajach wpłynęła na relację pomiędzy ilością zawiadomień o podejrzeniu popełnienia tego przestępstwa, a ilością prawomocnych wyroków skazujących. Tymczasem, jak dotąd w procesie legislacyjnym, który dotyczy druku senackiego nr 109 oraz druków sejmowych nr 209 i 247, pomimo podnoszonych w tym względzie zastrzeżeń, takiej zależności nie ustalono.

Podsumowując, pragnę podkreślić, że ustawodawca dysponuje pewną swobodą w sferze prowadzenia polityki karnej, w tym w sferze kształtowania znamion przestępstw, kryminalizowania określonych zachowań czy określania wysokości kar. Nie jest rolą Rzecznika Praw Obywatelskich przedstawianie w tym zakresie postulatów czy odnoszenie się do decyzji podejmowanych w granicach swobody politycznej ustawodawcy. Należy natomiast stwierdzić, że – **z prawnego punktu widzenia – wprowadzenie proponowanych w druku senackim nr 109 zmian legislacyjnych do art. 197 § 1, 1a i 2 k.k., art. 198 k.k. nie jest konieczne dla wdrożenia do polskiego prawa regulacji międzynarodowych, w szczególności zawartych w Konwencji stambulskiej.** Regulacje międzynarodowe nakazują osiągnięcie pewnego efektu normatywnego, polegającego na tym, aby autonomia seksualna człowieka była objęta adekwatną ochroną prawnokarną.

Przeprowadzona w moim stanowisku z dnia 20 marca 2024 r. przedstawionym wobec druku sejmowego nr 209, a przesłanym Przewodniczącej Komisji Nadzwyczajnej ds. zmian w kodyfikacjach, dogłębna analiza przepisów Kodeksu karnego, a także poglądów wyrażonych na tle tych przepisów w nauce prawa i orzecznictwie, pozwala na postawienie wniosku, że poziom tej ochrony jest w aktualnym stanie prawnym wystarczający i odpowiada standardowi międzynarodowemu, w szczególności wynikającemu z Konwencji stambulskiej. W konsekwencji **ewentualne zmiany w tym zakresie należy postrzegać jako działania z obszaru polityki karnej, objęte swobodą polityczną ustawodawcy.**

Załącznik:

- stanowisko Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 20 marca 2024 r. przedstawione wobec druku sejmowego nr 209 przesłane Przewodniczącej Komisji Nadzwyczajnej ds. zmian w kodyfikacjach (II.510.277.2024.PZ).

Z wyrazami szacunku

Marcin Wiącek

Rzecznik Praw Obywatelskich

/-wydano i podpisano elektronicznie/

Do wiadomości:

- Pan Adam Bodnar Minister Sprawiedliwości Prokurator Generalny (ePUAP).