

Michał Głuchowski<sup>1</sup>

## **Reforma niemieckiego prawa karnego seksualnego z 2016 roku (napaść seksualna i zgwałcenie według modelu „nie znaczy nie”)**

The German Sexual Criminal Law Reform of 2016  
(Sexual Assault and Rape Under the “No Means No” Model)

### **1. Wprowadzenie**

Unormowania zgwałcenia w ustawodawstwach karnych poszczególnych państw można przyporządkować do dwóch zasadniczych modeli – koncepcji opartej na obecności przymusu oraz modelu kładącego nacisk na brak zgody<sup>2</sup>. Jednak orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka oraz Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej<sup>3</sup> wymagają penalizacji każdej umyślnej czynności seksualnej wykonywanej bez zgody drugiej osoby. Sprawia to, że w państwach-stronach stosujących model oparty na przymusie ze szczególną mocą aktualizuje się zagadnienie zgodności prawa krajowego ze standardem konwencyjnym. Również w Polsce podnoszone są głosy o niezgodności art. 197 Kodeksu karnego<sup>4</sup> z art. 36

---

<sup>1</sup> Michał Głuchowski – absolwent kierunku prawo, Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą / fully qualified German lawyer, M.A., LL.M., European University Viadrina Frankfurt (Oder); ORCID: 0000-0001-5287-1930; ✉ [gluchowskim@outlook.com](mailto:gluchowskim@outlook.com).

<sup>2</sup> E. Dowds, *Towards...*, s. 35–36; L. Schneider, *Defining...*, s. 33; T. Hörnle, *Rape as...*, s. 237–238.

<sup>3</sup> Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r., CETS 210, Dz.U. 2015, poz. 961 ze zm., dalej: konwencja stambulska, konwencja.

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2022, poz. 1138, tekst jedn., dalej: Kodeks karny, k.k.

konwencji stambulskiej<sup>5</sup>. Z tego względu wskazane jest spojrzenie na doświadczenia państw rezygnujących z dotychczasowych unormowań na rzecz modelu opartego na zgodzie. Wśród szczególnie interesujących reform należy wskazać głęboką nowelizację niemieckiego prawa karnego seksualnego z 2016 r.<sup>6</sup> Choć obecne niemieckie unormowanie jest bliższe założeniom konwencji stambulskiej niż poprzednie przepisy, to niemiecki ustawodawca świadomie odrzucił model „tylko tak znaczy tak”, leżący u podstaw tej konwencji. Zamiast niego wprowadzono model „nie znaczy nie”, który miał nie być obciążony słabościami modelu „tylko tak znaczy tak”. Zaprezentowanie wszystkich zmian wprowadzonych przez niemiecką nowelizację wykraczałoby poza ramy niniejszego opracowania<sup>7</sup>. Omówiona zostanie natomiast centralna zmiana paradygmatu ochrony autonomii seksualnej, czyli wprowadzenie nowego przestępstwa napaści seksualnej, które w istocie zastąpiło dawne przestępstwo zmuszania do czynności seksualnej.

## 2. Unormowanie sprzed reformy z 2016 r.

Na wstępie należy zarysować kształt przepisów<sup>8</sup> niemieckiego kodeksu karnego (*Strafgesetzbuch*)<sup>9</sup> obowiązujących przed reformą z 2016 r. Typy czynów zabronionych chroniących przed czynnościami seksualnymi można było wówczas sklasyfikować w dwóch kategoriach<sup>10</sup> – pierwsza z nich to zmuszanie do czynności seksualnej (*sexuelle Nötigung*)<sup>11</sup>, a dru-

---

<sup>5</sup> Rzecznik Praw Obywatelskich, wystąpienie do Prezesa Rady Ministrów w sprawie definicji zgwałcenia z dnia 13 lutego 2021 r., XI.518.88.2020.ASZ, < [https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie\\_RPO\\_do\\_premiera\\_ws\\_definicji\\_zgwalcenia\\_02\\_2021.pdf](https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf) >, s. 2–3, 6; M. Płatek, *Zgwałcenie...*, s. 318–319; M. Czechowska, *Czy w polskim...*, s. 93–94; zob. też M. Jarocka, *Definicja...*, s. 60.

<sup>6</sup> *Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung*, pięćdziesiąta ustawa zmieniająca kodeks karny w celu poprawy ochrony autonomii seksualnej z dnia 4 listopada 2016 r., BGBl. I 2016, s. 2460.

<sup>7</sup> Zwięzły przegląd w języku angielskim przedstawia T. Hörnle, *The New...*, s. 1309–1330.

<sup>8</sup> Przepisy w brzmieniu nadanym przez *Dreiunddreißigstes Strafrechtsänderungsgesetz – §§ 177 bis 179 StGB (33. StrÄndG)*, trzydziestą trzecią ustawę zmieniającą kodeks karny – § 177 do § 179 StGB z dnia 1 lipca 1997 r., BGBl. I 1997, s. 1607.

<sup>9</sup> *Strafgesetzbuch*, kodeks karny z dnia 15 maja 1871 r., BGBl. I 1998, s. 3322, tekst jedn. ze zm., dalej: StGB.

<sup>10</sup> T. Hörnle, *Das Gesetz...*, s. 14.

<sup>11</sup> Ówczesne § 177–178 StGB.

ga to wykorzystanie seksualne osób wymagających szczególnej ochrony (*sexueller Missbrauch*)<sup>12</sup>, przykładowo nieletnich poniżej 14. roku życia.

Przestępstwo zmuszania do czynności seksualnej (*sexuelle Nötigung*) było stypizowane w § 177 StGB w poprzednim brzmieniu. Zgodnie z opisem czynu w typie podstawowym (ust. 1) przestępstwo to popełniał ten, kto przemocą (pkt 1), groźbą bezpośredniego zagrożenia zdrowia lub życia (pkt 2), lub przy wykorzystaniu położenia ofiary, w którym była ona bezbronna wobec oddziaływania sprawcy (pkt 3), zmuszał inną osobę do czynności seksualnej. Zmuszanie to mogło dotyczyć poddawania się czynności seksualnej wykonywanej przez sprawcę lub osobę trzecią, a także zmuszania do wykonania czynności seksualnej na sprawcy lub osobie trzeciej. Zgodnie z klauzulą bagatelności zawartą wówczas w § 184g pkt 1 StGB „czynnością seksualną” w rozumieniu StGB był jedynie czyn wykazujący pewną istotność z punktu widzenia chronionego dobra prawnego.

Zgwałcenie (*Vergewaltigung*) nie stanowiło osobnego typu czynu zabronionego, lecz było ukształtowane w regule dotyczącej wymiaru kary jako szczególnie ciężki przypadek (*besonders schwerer Fall*) przestępstwa zmuszania do czynności seksualnej. Zgodnie z definicją ustawową w ówczesnym § 177 ust. 2 pkt 1 StGB zgwałcenie miało miejsce, gdy sprawca obcował płciowo z ofiarą, wykonywał czynności seksualne na ofierze lub zmuszał ją do wykonywania czynności seksualnych na sprawcy, jeśli czynności te były szczególnie poniżające, zwłaszcza gdy wiązały się z penetracją ciała. Rzecz jasna, musiały być przy tym spełnione przesłanki z ust. 1, czyli zmuszanie do tych czynności za pomocą określonych środków przymusu.

Z kolei w rozdziale o przestępstwach przeciwko wolności osobistej uregulowane jest przestępstwo zmuszania – *Nötigung* (§ 240 StGB). Według ust. 1 czyn ten popełnia, kto bezprawnie zmusza inną osobę przemocą lub groźbą dotkliwych konsekwencji do działania, znoszenia lub zaniechania. Przed reformą z 2016 r. reguła wymiaru kary w § 240 ust. 4 pkt 1 StGB stanowiła, że szczególnie ciężki przypadek zmuszania miał z reguły miejsce między innymi wtedy, gdy zmuszano do czynności seksualnej. W razie zbiegu § 240 ust. 4 pkt 1 StGB był zazwyczaj wypierany przez § 177 StGB<sup>13</sup>. Istniały jednak dwa przypadki, w których dane

<sup>12</sup> Ówczesne § 174–174c, 176–176c, 179 StGB.

<sup>13</sup> Zob. wyrok Trybunału Federalnego z dnia 6 lutego 2014 r., 3 StR 315/13.

zachowanie wypełniało wyłącznie znamiona § 240 ust. 4 pkt 1 StGB – po pierwsze, gdy sprawca groził „jedynie” dotkliwymi konsekwencjami, a nie bezpośrednim zagrożeniem życia lub zdrowia (oraz ofiara nie znajdowała się przy tym w bezbronnym położeniu); natomiast po drugie, gdy czynność seksualna odbywała się bez kontaktu fizycznego ze sprawcą lub osobą trzecią<sup>14</sup>.

Należy dodać, że niemieckie prawo karne nie przewiduje odpowiednika polskiego przestępstwa z art. 217 § 1 k.k., penalizującego każde naruszenie nietykalności cielesnej innej osoby bez względu na użycie przymusu.

### 3. Zgodność dawnego unormowania ze standardem europejskim

Centralnym elementem przestępstw z § 177 StGB w dawnym brzmieniu oraz § 240 StGB było znamię czasownikowe „zmuszania” przy użyciu określonego środka przymusu. Osoby niegodzące się na czyny seksualne, wobec których nie zastosowano przymusu z pomocą tych środków, nie były chronione przez prawo karne seksualne, chyba że należały do którejś grupy osób uznawanych za wymagające szczególnej ochrony (np. nieletni poniżej lat 14). Jednak już w wyroku z 2003 r. Europejski Trybunał Praw Człowieka w sprawie M.C. przeciwko Bułgarii orzekł, że z art. 3 i 8 Europejskiej konwencji praw człowieka<sup>15</sup> wypływa ciężący na państwach-stronach pozytywny obowiązek penalizacji i skutecznego ścigania każdego niedobrowolnego aktu seksualnego, również gdy ofiara nie stawia fizycznego oporu<sup>16</sup>. Trybunał wskazał na brak pozytywnej zgody (*affirmative consent* – zgody świadomej, wolnej, autonomicznej i nieprzymuszonej) jako kryterium oceny, czy doszło do zgwałcenia<sup>17</sup>.

Decydujący impuls do rewizji niemieckiej regulacji przyniosła jednak konwencja stambulska<sup>18</sup>, w której zawarto bardziej szczegółowe wymagania dotyczące standardu ochrony autonomii seksualnej.

---

<sup>14</sup> A. Eser, J. Eisele, w: *Schönke/Schröder...*, komentarz do § 240 StGB, teza 38 i podana tam literatura.

<sup>15</sup> Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., CETS 5, Dz.U. 1993, nr 61, poz. 284 ze zm.

<sup>16</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie M.C. przeciwko Bułgarii, skarga nr 39272/98, § 166.

<sup>17</sup> M. Płatek, *Zgwałcenie...*, s. 284.

<sup>18</sup> Zob. S. Wollmann, M. Schaar, *Alles...*, s. 272–273.

Z wyliczenia zawartego w art. 36 ust. 1 konwencji wynika w istocie obowiązek penalizacji wszystkich umyślnych czynności seksualnych odbywających się bez zgody drugiej osoby<sup>19</sup>. Według art. 36 ust. 2 konwencji zgoda musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle danych okoliczności.

Tym samym w Niemczech zaktualizował się problem zgodności prawa krajowego z powyższym standardem. Konwencja stambulska nie wymaga od państw-stron przyjęcia unormowania karnego wiernie odpowiadającego swoim brzmieniem treści art. 36 konwencji<sup>20</sup>. Konieczne jest jedynie osiągnięcie tożsamesgo standardu ochrony prawnej ofiar niekonsensualnych czynności seksualnych<sup>21</sup>. Nie jest wykluczone, że nawet ustawodawstwo krajowe odwołujące się w definicji danych przestępstw seksualnych do „przymusu”, „przemocy”, „groźby” lub podobnych znamion może zapewniać efektywną ochronę omawianych praw, jeśli te znamiona są interpretowane wystarczająco szeroko, a ocena dowodów następuje z uwzględnieniem powyższych standardów<sup>22</sup>.

W dyskusji zapoczątkowanej w 2014 r. przeciwko konieczności i zasadności wprowadzenia zmian w prawie krajowym wypowiedzieli się Thomas Fischer<sup>23</sup>, Monika Frommel<sup>24</sup> oraz Felix Herzog<sup>25</sup>. Większość opinii eksperckich wskazywała jednak na potrzebę dostosowania niemieckiego prawa do wymogów konwencyjnych<sup>26</sup>. Choć część deficytów ochrony wynikała jedynie z restrykcyjnej linii orzeczniczej Trybunału Federalnego (*Bundesgerichtshof*, najwyższy sąd niemiecki w sprawach

<sup>19</sup> Zob. Rzecznik Praw Obywatelskich, wystąpienie do Prezesa Rady Ministrów w sprawie definicji zgwałcenia z dnia 13 lutego 2021 r., XI.518.88.2020.ASZ, < [https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie\\_RPO\\_do\\_premiera\\_ws\\_definicji\\_zgwalcenia\\_02\\_2021.pdf](https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf) >, s. 4; C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht...*, s. 58.

<sup>20</sup> Zob. *Explanatory...*, pkt 193; L. Blume, K. Wegner, *Reform...*, s. 358; M. Platek, *Zgwałcenie...*, s. 265.

<sup>21</sup> M. Platek, *Zgwałcenie...*, s. 265–266.

<sup>22</sup> Zob. *Explanatory...*, pkt 191 z przywołaniem wyroku Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie M.C. przeciwko Bułgarii, skarga nr 39272/98, § 161.

<sup>23</sup> Th. Fischer, *Sexuelle...*, s. 493; Th. Fischer, *Opinia...*, s. 17–18; Th. Fischer, *Noch einmal...*, s. 318–319; Th. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, 2015, s. 1229.

<sup>24</sup> Obszernie M. Frommel, *Muss der Tatbestand...*, s. 321–338; zob. też M. Frommel, *Reform...*, s. 190; M. Frommel, *Für eine...*, s. 122–123 oraz M. Frommel, „Dann müsste...

<sup>25</sup> F. Herzog, *Sex wider...*, s. 18–32, zwłaszcza s. 31–32.

<sup>26</sup> Przykładowo R. Pisal, D. Freudenberg, *Opinia...*, s. 2; J. Eisele, *Opinia...*, s. 6; T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 8–9; J. Renzikowski, *Lücken...*, s. 8.

karnych)<sup>27</sup>, to zauważono, że istnieje kilka przypadków niekonsensualnych czynności seksualnych, które nie wypełniały znamion przestępstw seksualnych nawet przy najszerszej możliwej, prokonwencyjnej interpretacji. Wskazać można następujące grupy tych czynności:<sup>28</sup>

- a) sprawca wykorzystuje zaskoczenie ofiary przy podjęciu czynności seksualnej (włącznie z przypadkami następującego potem bezruchu tonicznego – „zamrożenia ciała”)<sup>29</sup>,
- b) sprawca zastosował przed czynnością seksualną przemoc lub jej groźbę, ale nie miała ona na celu doprowadzenia do czynności seksualnej. Dotyczy to zarówno stosowania tych środków na krótko przed (podjętą potem spontanicznie) decyzją o czynności seksualnej<sup>30</sup>, jak i przypadków, gdy sprawca stosował w przeszłości przemoc lub groźby wobec ofiary, ale nie wykorzystuje atmosfery strachu jako konkludentnej groźby wymuszającej czynność seksualną<sup>31</sup>,
- c) ofiara obawia się innych konsekwencji niż przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu<sup>32</sup>,

---

<sup>27</sup> Zob. np. J. Eisele, w: *Schönke/Schröder...*, komentarz do § 177 StGB, teza 4. Najbardziej jaskrawy przykład to wąska wykładnia znamion wykorzystania położenia ofiary, w którym była ona bezbronna wobec oddziaływania sprawcy (dawny § 177 ust. 1 pkt 3 StGB) – zob. T. Hörnle, *The New...*, s. 1312–1313.

<sup>28</sup> Jako że poszczególni autorzy przedstawiali odmienne luki kryminalizacyjne, zaprezentowano niżej katalog oparty na konsensie między członkami komisji eksperckiej do spraw reformy prawa seksualnego oraz na uzasadnieniu rządowego projektu ustawy – Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 42–43; Rządowy projekt ustawy zmieniającej kodeks karny w celu poprawy ochrony autonomii seksualnej z dnia 25 kwietnia 2016 r., BT-Drucksache 18/8210, < <https://dserver.bundestag.de/btd/18/082/1808210.pdf> >, s. 9–12, zwłaszcza s. 12.

<sup>29</sup> O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 218; J. Renzikowski, *Lücken...*, s. 7–8. Klasyczny przykład tego problemu to postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 8 listopada 2011 r., 4 StR 445/11.

<sup>30</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 3; O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 218–219; odmiennie T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 9 oraz szerzej T. Hörnle, *Wider...*, s. 1149–1161. Przykładem tego problemu jest postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 16 października 2012 r., 3 StR 385/12.

<sup>31</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 3; Rządowy projekt ustawy zmieniającej kodeks karny w celu poprawy ochrony autonomii seksualnej z dnia 25 kwietnia 2016 r., BT-Drucksache 18/8210, < <https://dserver.bundestag.de/btd/18/082/1808210.pdf> >, s. 10; przykładem tego problemu jest postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 5 października 2004 r., 3 StR 256/04.

<sup>32</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 9; R. Pisal, D. Freudenberg, *Opinia...*, s. 3; O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 220 z przytoczeniem orzecznictwa. O zastosowaniu § 240 StGB zob. Rządowy projekt ustawy zmieniającej kodeks karny w celu poprawy ochrony autonomii seksualnej z dnia 25 kwietnia 2016 r., BT-Drucksache 18/8210, < <https://dserver.bundestag.de/btd/18/082/1808210.pdf> >, s. 10.

d) ofiara myśli, że znajduje się w bezbronny położeniu, choć obiektywnie ta przesłanka nie jest spełniona<sup>33</sup>.

Dalsza dyskusja skupiła się więc na wyborze właściwego modelu implementacji standardu konwencyjnego do prawa krajowego. Można wyróżnić trzy zasadnicze rozwiązania przedstawione w dyskursie:

- a) punktowe rozszerzenie karalności o kazuistycznie wskazane przypadki,
- b) kryminalizacja wszystkich umyślnych czynności seksualnych odbywających się bez zgody drugiej osoby,
- c) penalizacja wszystkich umyślnych czynności seksualnych odbywających się mimo sprzeciwu drugiej osoby.

#### 4. Rozwiązanie punktowo-kazuistyczne

Pierwsza koncepcja figuruje w dyskusji pod nazwą „kazuistyczno-punktowego rozwiązania” (*kasuistisch-punktueller Lösung*)<sup>34</sup>, choć jej zwolennicy, Jörg Eisele<sup>35</sup> i Osman Isfen<sup>36</sup>, preferują nazwę „regulacja pozytywna niedobrowolnych czynności seksualnych”<sup>37</sup>. To rozwiązanie polega na pozostawieniu zasadniczej konstrukcji § 177 StGB bez zmian i punktowym rozszerzeniu regulacji o kazuistycznie wymienione przypadki, które ustawodawca uważałby za **wymagające penalizacji**<sup>38</sup>. Podkreślenia wymaga ostatni człon tego zdania. Autorzy odrzucają wprowadzenie typu przestępstwa penalizującego **każdy** przypadek umyślnych niekonsensualnych czynności seksualnych, gdyż doszłoby według nich do niedopuszczalnego rozszerzenia kryminalizacji na czyny akceptowane społecznie i niewymagające reakcji karnej<sup>39</sup>. Dobrze ilustrują to przypadki zachowań, do jakich dochodzi nawet w szczęśliwych i zgodnych

<sup>33</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 43; Rządowy projekt ustawy zmieniającej kodeks karny w celu poprawy ochrony autonomii seksualnej z dnia 25 kwietnia 2016 r., BT-Drucksache 18/8210, < <https://dserver.bundestag.de/btd/18/082/1808210.pdf> >, s. 11 z podaniem licznych orzeczeń Trybunału Federalnego.

<sup>34</sup> Np. Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 48.

<sup>35</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 11–13.

<sup>36</sup> O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 224, 230–232. W komentarzu opublikowanym już po wejściu w życie reformy za punktowym rozszerzeniem karalności opowiedzieli się też G. Wolters, B. Noltenius, w: *SK-StGB...*, s. 76.

<sup>37</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 11; O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 230.

<sup>38</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 11; O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 231–232.

<sup>39</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 11, 13; zob. O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 232.

związkach. Jeśli mąż będzie wymawiał się od czynności seksualnej z mężczyzną, ale żona mimo to rozpocznie stymulację seksualną (przekraczając granicę bagatelności z § 184g pkt 1 StGB) i w ten sposób „przekona” męża do współżycia płciowego, to pierwsza część jej zachowania będzie odbywała się wbrew wyrażonej wprost woli męża i będzie tym samym stanowiła przestępstwo według pozostałych koncepcji<sup>40</sup>. Jörg Eisele podkreśla, że w przypadku nalegania na czynność seksualną niechętny partner mógłby łatwo jej uniknąć przez stanowczą odmowę czy też odwrócenie się plecami, jeśli „grożą” mu jedynie niewielkie konsekwencje, takie jak kłótnia czy też „zrewanżowanie” się odmową przez odrzuconego partnera przy innej okazji<sup>41</sup>. W przypadku kazuistycznej regulacji wprowadzenie mechanizmów zawężających zakres penalizacji jest znacznie łatwiejsze niż w ramach modelu opartego jedynie na braku zgody lub na sprzeciwie ofiary<sup>42</sup>. Należy tutaj dodać, że w Niemczech społeczna szkodliwość czynu nie jest elementem struktury przestępstwa, więc niemożliwa jest korekta zakresu penalizacji na podstawie tego kryterium. Obowiązuje rozwiązanie proceduralne, według którego postępowanie karne może zostać umorzony, jeśli ewentualna wina oskarżonego byłaby niska i nie istnieje interes publiczny w ściganiu czynu (§ 153 kodeksu postępowania karnego – *Strafprozessordnung*<sup>43</sup>).

Oprócz możliwości precyzyjnej regulacji zakresu penalizacji na podstawie omawianej koncepcji wskazano, że w tym modelu penalizacja następuje na podstawie zobiektywizowanych, namacalnych przesłanek<sup>44</sup>, dzięki czemu możliwe jest uniknięcie trudności związanych z oparciem regulacji na instytucji zgody lub sprzeciwu, np. trudności z rekonstrukcją subiektywnego wyobrażenia ofiary<sup>45</sup>. Te wątpliwości zostaną szerzej zaprezentowane przy omawianiu pozostałych modeli odpowiedzialności karnej.

Przeciwko modelowi punktowego rozszerzenia penalizacji podnieszono, że ta koncepcja utrwała fundamentalnie błędne założenie leżące

---

<sup>40</sup> Zob. J. Eisele, *Opinia...*, s. 9; O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 224, 232.

<sup>41</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 12–13.

<sup>42</sup> O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 232.

<sup>43</sup> *Strafprozessordnung*, kodeks postępowania karnego z dnia 1 lutego 1871 r., BGBl. I 1987, s. 1074, errata s. 1319, tekst jedn. ze zm.

<sup>44</sup> O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 232.

<sup>45</sup> O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 232.

u podstaw konstrukcji przepisów prawa karnego seksualnego, zamiast z nim zerwać<sup>46</sup>. Zgodnie z tym wyobrażeniem napaść seksualna i narzucenie czynności seksualnej wbrew woli drugiej osoby nie wymagają kryminalizacji, o ile nie występuje przymus<sup>47</sup>. Podano też w wątpliwość argument o konieczności uniknięcia nadmiernej penalizacji w rzadkich przypadkach akceptowanych społecznie, takich jak przykład małżonka stymulującego początkowo niechętnego partnera. Podniesiono, że nawet w tych sytuacjach, które stanowią formalnie przestępstwo, zazwyczaj nie będą składane zawiadomienia o jego popełnieniu, a jeśli mimo to zostanie wszczęte postępowanie, to będzie ono mogło zostać umorzone, skoro ewentualna вина byłaby niska<sup>48</sup>.

## 5. Rozwiązanie w oparciu o brak zgody

Koncepcja najbliższa brzmieniu art. 36 ust. 1 oraz 2 konwencji stambulskiej to wprowadzenie przepisów wprost penalizujących wszelkie umyślne czynności seksualnych odbywające się „bez zgody” innej osoby. Dopiero przy zaistnieniu zgody czynność seksualna miałaby charakter legalny. Z propozycją wprowadzenia reformy opartej na tym modelu wyszedł w 2014 r. *Deutscher Juristinnenbund e. V.* (niemieckie stowarzyszenie prawniczek)<sup>49</sup>, a i w późniejszym czasie część głosów wyraziła poparcie dla tej koncepcji<sup>50</sup>. Za tym rozwiązaniem przemawia brak luk kryminalizacyjnych oraz brak wątpliwości co do zgodności unormowania ze standardem konwencyjnym<sup>51</sup>.

Przy tworzeniu przepisów opartych o przesłankę „braku zgody” konieczne jest rozważenie, kiedy należy przyjąć istnienie zgody – czy wystarczające jest samo przeżycie wewnętrzne dysponenta dobrem, czy też akceptacja musi zostać zakomunikowana. Na tle dawnego § 177 StGB dominujący pogląd uznawał, że zgoda na czynność seksualną ma charakter

<sup>46</sup> T. Hörnle, *Die geplanten...*, s. 23; R. Müller-Piepenkötter, *Opinia...*, s. 2–3; zob. też T. Hörnle, *Sexuelle...*, s. 852–854, 885–886.

<sup>47</sup> T. Hörnle, *Die geplanten...*, s. 23.

<sup>48</sup> Tak część członków komisji eksperckiej – Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 51.

<sup>49</sup> R. Pisal, D. Freudenberg, *Opinia...*, s. 10.

<sup>50</sup> K. Grieger i in., *„Was Ihnen...*, s. 32; J. Renzikowski, *Lücken...*, s. 12–14; L. Herning, J. Illgner, *„Ja heißt...*, s. 80.

<sup>51</sup> A. Kempe, *Lückenhaftigkeit...*, s. 230–231.

wyłączający wypełnienie znamion czynu zabronionego – *tatbestandsausschließendes Einverständnis* – i jest jedynie przeżyciem psychicznym, które nie musi zostać uzewnętrznione<sup>52</sup>. Te kryteria nie miały jednak większego praktycznego znaczenia, skoro sprawca musiał **zmuszać** do czynności seksualnej, aby wypełnić znamiona tego czynu. Problem konieczności uzewnętrznienia zgody aktualizowałaby się jednak z całą mocą, gdyby kryminalizacja czynności seksualnej miała zależeć tylko od istnienia zgody. Joachim Renzikowski zaproponował, aby i w nowej regulacji zgoda miała charakter wewnętrzny i nie musiała zostać zakomunikowana<sup>53</sup>. Krytycznie do tej koncepcji odniosła się Tatjana Hörnle. Autorka zauważa, że istnieją sytuacje, w których dysponent dobrem podczas współżycia płciowego myśli, że w rzeczywistości wcale nie ma ochoty na czynność seksualną, ale mimo to w żaden sposób nie okazuje braku chęci, a nawet oświadcza wprost, że wyraża zgodę na współżycie płciowe. W tej sytuacji partner zazwyczaj nie odpowiadałby karnie ze względu na nieobejmowanie zamiarem braku zgody, ale i tak ciążyłaby na nim moralna skaza, że dopuścił się czynu z obiektywnego punktu widzenia bezprawnego<sup>54</sup>. Po drugie, T. Hörnle zauważa, że rekonstrukcja wewnętrznych przeżyć dysponenta dobrem po zdarzeniu może stanowić wyzwanie – czasem już **w trakcie** czynności seksualnej przeżycia dysponenta nie są jednoznaczne, a próba ich udowodnienia po dłuższym czasie staje się znacznie trudniejsza<sup>55</sup>. Zeznania złożone po pewnym czasie mogą nawet nieświadomie zostać zafałszowane<sup>56</sup>. W przypadku wymogu zakomunikowania zgody rekonstrukcja tego, co zostało uzewnętrznione będzie łatwiejsza niż rekonstrukcja woli wewnętrznej dysponenta dobrem<sup>57</sup>. Trzeci argument T. Hörnle dotyczy ułatwienia sprawcom możliwości obrony poprzez twierdzenie, iż błędnie myśleli, że ofiara w rzeczywistości<sup>58</sup> chciała czynności seksualnej<sup>59</sup>. Zgodnie z § 16 ust. 1 zd. 1 StGB błąd co do znamion czynu zabronionego wyłącza odpowiedzialność za

<sup>52</sup> T. Hörnle, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 929; K. Laubenthal, *Handbuch...*, s. 63; zob. J. Renzikowski, w: *Münchener...*, 2012, s. 1372.

<sup>53</sup> J. Renzikowski, *Lücken...*, s. 12.

<sup>54</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 15.

<sup>55</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 319.

<sup>56</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 319.

<sup>57</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 319.

<sup>58</sup> Szerzej o myśleniu w kategoriach *vis haud ingrata* T. Hörnle, *Strafgesetzbuch...*, s. 931 i podana tam literatura.

<sup>59</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 15.

przestępstwo umyślne, nawet jeśli przekonanie sprawcy jest z obiektywnego punktu widzenia całkowicie irracjonalne<sup>60</sup>.

Oprócz tych zastrzeżeń, istotny argument za wymogiem uzewnętrznienia zgody jest zawarty już w treści samej konwencji stambulskiej. Jej art. 36 ust. 2 stanowi, że zgoda musi być **udzielona** (*given, donné*) dobrowolnie jako wyraz wolnej woli. U podstaw konwencji leży więc założenie, że penalizowane powinny być wszystkie przypadki niedobrowolnych czynności seksualnych, jeśli nie zakomunikowano drugiej osobie zgody na nią. Dopiero gdy zostanie zakomunikowana (pozytywna) zgoda, czyn staje się legalny. Stosownie do amerykańskiego rodowodu tego modelu, określa się go często nazwą „yes means yes” lub „only yes means yes”<sup>61</sup> („tak znaczy tak”, „tylko tak znaczy tak”; w języku niemieckim „Ja heißt Ja”, „Nur Ja heißt Ja”). W dyskusji wprost za modelem „tylko tak znaczy tak” opowiedziały się Lara Herning i Johannah Illgner<sup>62</sup>, a już po wejściu w życie reformy Astrid Kempe<sup>63</sup>.

Przeciwno tej koncepcji podniesiono jednak kilka zarzutów. Elisa Hoven i Thomas Weigend stwierdzili, że u podłoża tego modelu leży „smutne wyobrażenie o seksualności i cielesnej bliskości”, skoro czynność seksualna między dwojgiem (często drogich sobie) ludzi stanowi *prima facie* czyn zły<sup>64</sup> i co do zasady zakazany, a wzajemne naruszenie autonomii seksualnej staje się legalne dopiero dzięki zakomunikowanej zgodzie<sup>65</sup>. Z założenia o wymogu udzielenia zgody wypływały też bardziej konkretne problemy. Jak podkreśla T. Hörnle, unormowania karne stanowią normy postępowania skierowane do całego społeczeństwa, w tym do osób przestrzegających prawa i szanujących autonomię seksualną innych osób<sup>66</sup>. Akt seksualny polega często na stopniowym przechodzeniu od jednej czynności seksualnej do drugiej, od pocałunku aż do różnych form obcowania płciowego<sup>67</sup>, nierzadko bez zaplanowanego z góry przebiegu<sup>68</sup>. Każda pojedyncza czynność seksualna

<sup>60</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 15.

<sup>61</sup> Szerzej w piśmiennictwie polskim o tej koncepcji i jej korzeniach S. Cieślak, *Zgoda...*, s. 76–82.

<sup>62</sup> L. Herning, J. Illgner, *„Ja heißt...”,* s. 80.

<sup>63</sup> A. Kempe, *Lückenhaftigkeit...*, s. 230–231, 245.

<sup>64</sup> Tak jednak o penetracji M.M. Dempsey, J. Herring, *Why Sexual...*, s. 467, 472–491.

<sup>65</sup> E. Hoven, Th. Weigend, *„Nein heißt...”,* s. 186.

<sup>66</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 320.

<sup>67</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 320; T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17.

<sup>68</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 8.

wymagałyby wyrażenia (kolejnej) pozytywnej zgody i jej utrzymywania przez cały czas aktu seksualnego<sup>69</sup>. Nie jest wprawdzie konieczne, by przed każdą kolejną czynnością partnerzy udzielali sobie ustnie zgody, gdyż wystarczające jest jej dorozumiane wyrażenie<sup>70</sup>. Mimo to skutkiem powyższej koncepcji byłoby nałożenie na każdą aktywną seksualnie osobę obowiązku zachowywania ostrożności i uwagi podczas całego aktu seksualnego – obserwacji i analizy mimiki, gestów i reakcji partnera<sup>71</sup>. Nałożenie tak surowej, potencjalnie obniżającej jakość życia seksualnego<sup>72</sup> normy postępowania nie byłoby pożądanym sygnałem dla społeczeństwa<sup>73</sup>. Stwierdzano, że to rozwiązanie jest „nieżyciowe”<sup>74</sup>, a jego praktyczna realizacja niemożliwa bez zabijania spontaniczności<sup>75</sup> podczas bliskości cielesnej.

Wskazywano też na praktyczne problemy przy rekonstrukcji zakomunikowanej zgody. Choć nie jest to zadanie aż tak trudne jak w przypadku analizy rzeczywistej woli wewnętrznej dysponenta dobrem, to i tak stanowiłoby ono często wyzwanie. Dla każdej z następujących po sobie czynności seksualnych konieczna byłaby analiza zachowania dysponenta dobrem, włącznie z mimiką i gestykulacją<sup>76</sup>. Precyzyjna rekonstrukcja tak subtelного zachowania po tygodniach czy też miesiącach od zdarzenia byłaby często problematyczna, a ponadto taka regulacja pozostawiałaby obronie znaczne pole do twierdzeń, iż ofiara swoim zachowaniem jednak wyrażała zgodę, przykładowo „zachęcająco się uśmiechała” – a przynajmniej oskarżony interpretował takie zachowanie jako zgodę<sup>77</sup>. Wszelkie niedające się usunąć wątpliwości natury faktycznej, zarówno co do przebiegu zdarzenia, jak i co do zamiaru sprawcy, muszą być bowiem tłumaczone na korzyść oskarżonego (*in dubio pro reo*)<sup>78</sup>.

---

<sup>69</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 320; T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17.

<sup>70</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 320; T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17. Wymóg zwerbalizowanej zgody prowadziłby zresztą do tego, że w razie braku ustnych ustaleń oboje partnerzy wypełnialiby znamiona przestępstwa seksualnego na wzajemną szkodę – R. Vavra, *Die Strafbarkeit...*, s. 328–329.

<sup>71</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 320; T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17.

<sup>72</sup> T. Hörnle, *Rape as...*, s. 239.

<sup>73</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 320.

<sup>74</sup> J. Eisele, *Opinia...*, s. 8; O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 229.

<sup>75</sup> O. Isfen, *Zur gesetzlichen...*, s. 229.

<sup>76</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17.

<sup>77</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17.

<sup>78</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17.

Nawet jeśli udałooby się precyzyjnie zrekonstruować przebieg zdarzenia, to według T. Hörnle kolejne problemy pojawiałyby się w przypadku ambiwalentnego zachowania jednego z partnerów, czasem mieszczącego się w ramach konwencji społecznej<sup>79</sup>. Chodzi o sytuację, w której na podstawie zachowania dysponenta dobrem nie można ani jednoznacznie stwierdzić, że wyrażono zgodę, ani też kategorycznie uznać, że jej nie wyrażono<sup>80</sup>. Jako że dopiero pozytywna zgoda transformuje nielegalną czynność seksualną w czyn zgodny z prawem, to w ambiwalentnej sytuacji, gdzie istnienie zgody nie jest pewne, partner ponosiłby co do zasady odpowiedzialność karną<sup>81</sup>. Byłaby ona wprawdzie wykluczona, jeśli partner nie obejmował choćby zamiarem ewentualnym braku zgody. Jednak według T. Hörnle i tak nie byłoby to satysfakcjonujące rozwiązanie. Na partnerze ciążyłaby nadal moralna skaza, iż dokonał z obiektywnego punktu widzenia czynu bezprawnego, a uniknął odpowiedzialności za obiektywnie wyrządzone zło jedynie ze względu na brak zamiaru<sup>82</sup>. Autorka stwierdza, że o ile prawo karne seksualne nie może nakładać obowiązku stawiania fizycznego oporu przez ofiarę, to nie jest nazbyt wygórowane oczekiwanie, aby osoba niechętna wobec czynności seksualnych w sposób **jednoznaczny** wyraziła sprzeciw<sup>83</sup>. Niedopuszczalna jest więc sytuacja, gdy (choćby moralną) odpowiedzialność za niejednoznaczne zachowanie jednej osoby ponosi inna osoba<sup>84</sup>.

## 6. Rozwiązanie w oparciu o sprzeciw

Trzecim zasadniczym modelem przedstawionym w dyskusji była koncepcja „nie znaczy nie” („Nein heißt Nein”). Zakłada ona penalizację wszystkich czynności seksualnych podejmowanych mimo sprzeciwu wyrażonego przez ofiarę<sup>85</sup>. Nie jest konieczne, by ofiara podjęła dalsze kroki, takie jak np. fizyczny opór<sup>86</sup>.

---

<sup>79</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 321.

<sup>80</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 321.

<sup>81</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 19.

<sup>82</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 321.

<sup>83</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 321.

<sup>84</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 321.

<sup>85</sup> Zob. T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 17; T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 319, z zastrzeżeniem, że autorka nie jest zwolenniczką tej koncepcji w jej czystej postaci.

<sup>86</sup> T. Hörnle, *The New...*, s. 1319–1320.

Ta koncepcja jest pozbawiona niektórych słabości modelu oparte-  
go na (zakomunikowanej) zgodzie. Czynność seksualna nie jest według  
niej czynem „*prima facie* bezprawnym” i nie jest konieczne precyzyjne  
rekonstruowanie jednoznacznej zgody. Jednocześnie model ten oferuje  
szeroką ochronę przed niekonsensualnymi czynnościami seksualnymi  
i nie ogranicza penalizacji do przypadków zastosowania środków  
przymusu. Różnica co do zakresu kryminalizacji między tą koncepcją  
a modelem „tylko tak znaczy tak” dotyczy przypadków, gdy dysponent  
dobrem pozostaje bierny wobec czynności seksualnej<sup>87</sup>. Według mode-  
lu „tylko tak znaczy tak” nie udzielono (choćby konkludentnej) zgody,  
więc czyn pozostaje karalny. Z kolei według modelu „nie znaczy nie” nie  
wyrażono sprzeciwu, więc czyn nie jest penalizowany<sup>88</sup>.

Model „nie znaczy nie” już po zaprezentowaniu propozycji jego  
implementacji w projekcie ustawy uzyskał poparcie Garonne Bezzak<sup>89</sup>,  
Dagmar Freudenberg<sup>90</sup> oraz Evy Högl i Birgit Neumann<sup>91</sup>. Z pewnym  
uproszczeniem za zwolenniczkę tego modelu można też uznać T. Hörnle.  
Autorka zaproponowała jednak w istocie model mieszany, którego pierw-  
szy, podstawowy element odpowiadał koncepcji „nie znaczy nie”<sup>92</sup>.

W ostatecznym rozrachunku wprowadzono w Niemczech regula-  
cję opartą na koncepcji „nie znaczy nie”, choć uzupełnioną w wąskim  
zakresie elementami modelu „tylko tak znaczy tak”<sup>93</sup>. Jako że znacz-  
na część dyskusji o tym modelu miała miejsce już po publikacji pro-  
jektu oraz wejściu w życie reformy, większość wypowiedzi odnosiła się  
nie tylko do abstrakcyjnej koncepcji „nie znaczy nie”, lecz również do  
konkretnych przepisów ją implementujących. Aby uniknąć dublowania  
rozważań, stosowna krytyka zostanie przedstawiona niżej, po przedsta-  
wieniu zarysu nowej regulacji. Wcześniej wskazane jest jednak zwiąże-  
le nakreślenie procesu nowelizacyjnego, gdyż wyjaśni to niedoskonałości  
nowych przepisów.

---

<sup>87</sup> T. Hörnle, *Rape as...*, s. 238.

<sup>88</sup> T. Hörnle, *Rape as...*, s. 238.

<sup>89</sup> G. Bezzak, *Der Straftatbestand...*, s. 571.

<sup>90</sup> D. Freudenberg, *„Nein heißt...”, s. 109–111.*

<sup>91</sup> E. Högl, B. Neumann, *Paradigmenwechsel...*, s. 162.

<sup>92</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 326.

<sup>93</sup> Co podkreśla T. Hörnle, *#MeToo...*, s. 131.

## 7. Proces legislacyjny

Bundestag rozpoczął analizę zgodności prawa niemieckiego z art. 36 konwencji stambulskiej w 2014 r., a 28 stycznia 2015 r. komisja Bundestagu do spraw prawa i ochrony konsumentów wysłuchała opinii eksperckich, w większości wskazujących na konieczność nowelizacji<sup>94</sup>. W związku z tym 20 lutego 2015 r. federalny minister sprawiedliwości Heiko Maas powołał komisję ekspercką do spraw reformy prawa seksualnego, która miała za zadanie krytyczną analizę całego niemieckiego prawa karnego seksualnego<sup>95</sup>. Jednak już 1 lipca 2015 r. opozycyjna frakcja *Bündnis 90/Die Grünen* wniosła projekt oparty na modelu „nie znaczy nie”<sup>96</sup>. Również dwa tygodnie później Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów opublikowało projekt oparty na punktowo-kazuistycznym modelu rozszerzenia karalności<sup>97</sup>. W zamyśle ministra sprawiedliwości reforma miała mieć charakter prowizoryczny i obowiązywać jedynie do czasu, aż komisja ekspercka przygotuje projekt głębokiej nowelizacji prawa karnego seksualnego<sup>98</sup>. Mimo to i ten projekt był zbyt odważny dla Federalnego Ministerstwa Spraw Wewnętrznych oraz Urzędu Kanclerza Federalnego, więc nie zyskał ich poparcia<sup>99</sup>. Klimat polityczny towarzyszący reformie zmienił się jednak po obchodach sylwestra 2015 r. w Kolonii<sup>100</sup>, gdzie doszło do setek ataków na tle seksualnym na bawiące się tam kobiety<sup>101</sup>. Prace nad nowelizacją gwałtownie przyspieszyły pod wpływem nacisków opinii publicznej i mediów<sup>102</sup> motywowanych wydarzeniami w Kolonii oraz głośną sprawą rzekomego zgwałcenia celebrytki Giny-Lisy Lohfink<sup>103</sup>. W lutym 2016 r. opozycyjna

<sup>94</sup> Szerzej S. Wollmann, M. Schaar, *Alles...*, s. 272–273.

<sup>95</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 21.

<sup>96</sup> Projekt frakcji *Bündnis 90/Die Grünen* ustawy zmieniającej kodeks karny w celu poprawy ochrony przed wykorzystywaniem seksualnym i zgwałceniem z dnia 1 lipca 2015 r., BT-Drucksache 18/5384, < <https://dserver.bundestag.de/btd/18/053/1805384.pdf> >.

<sup>97</sup> Ministerialny projekt ustawy zmieniającej kodeks karny w celu poprawy ochrony autonomii seksualnej, opublikowany dnia 15 lipca 2015 r., < [https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=4](https://www.bmj.de/Shared-Docs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_SchutzSexuelleSelbstbestimmung.pdf?__blob=publicationFile&v=4) >.

<sup>98</sup> Szerzej Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 37; T. Walter, *Feministische...*, s. 507–508.

<sup>99</sup> Szerzej S. Wollmann, M. Schaar, *Alles...*, s. 274.

<sup>100</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 37–38.

<sup>101</sup> Szerzej K. Domagała, *Sylwester...*

<sup>102</sup> E. Hoven, *Reform...*, s. 397.

<sup>103</sup> Szerzej F. Gańczak, *Brak przyzwolenia...*

frakcja *Die Linke* zgłosiła projekt ustawy oparty na modelu „nie znaczy nie”<sup>104</sup>. Natomiast w kwietniu 2016 r. rząd federalny wniósł wspomniany wyżej projekt ministerialny jako rządowy projekt ustawy<sup>105</sup> w trybie przewidzianym dla szczególnie pilnych projektów ustaw<sup>106</sup>. Podczas prac komisji Bundestagu do spraw prawa i ochrony konsumentów odrzucono całkowicie projekt rządowy i dążono do szybkiego uchwalenia głębokiej reformy. Komisja Bundestagu w sprawozdaniu z lipca 2016 r.<sup>107</sup> zaproponowała przepisy odpowiadające modelowi „nie znaczy nie”, choć różniące się od wcześniejszych projektów i napisane prawdopodobnie naprędce<sup>108</sup> na etapie prac w komisji<sup>109</sup>. Dopiero na tym etapie dodano też dwa nowe typy czynów zabronionych. Pierwszym jest molestowanie seksualne poprzez dotyk subiektywnie nacechowany seksualnie (*sexuelle Belästigung*, § 184i StGB). Drugim typem jest zainspirowany wydarzeniami z Kolonii i poddany w doktrynie ostrej krytyce<sup>110</sup> przepis § 184j StGB, penalizujący wspieranie cudzego przestępstwa napaści seksualnej lub molestowania seksualnego poprzez uczestnictwo w grupie, której członek popełnia ten czyn. Przepisy w kształcie zarekomendowanym przez komisję Bundestagu zostały jednogłośnie i przy owacjach na stojąco<sup>111</sup> przyjęte przez plenum Bundestagu już jeden dzień po publikacji sprawozdania tej komisji. Ostatecznie ustawa nowelizacyjna z dnia 4 listopada 2016 r. weszła w życie 10 listopada tego samego roku.

Jako że reforma niosła ze sobą fundamentalną zmianę całej podgałęzi prawa karnego, i to delikatnej materii wywołującej znaczne emocje

<sup>104</sup> Projekt frakcji *Die Linke* ustawy zmieniającej kodeks karny w celu nowelizacji prawa karnego seksualnego z dnia 25 lutego 2016 r., BT-Drucksache 18/7719, < <https://dserver.bundestag.de/btd/18/077/1807719.pdf> >.

<sup>105</sup> Rządowy projekt ustawy zmieniającej kodeks karny w celu poprawy ochrony autonomii seksualnej z dnia 25 kwietnia 2016 r., BT-Drucksache 18/8210, < <https://dserver.bundestag.de/btd/18/082/1808210.pdf> >.

<sup>106</sup> Zob. S. Keßler, *Sexuelle...*, s. 53–54.

<sup>107</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, *Rekomendacja...*

<sup>108</sup> E. Hoven, *Reform...*, s. 395.

<sup>109</sup> J. Eisele, *Das neue...*, s. 8; o nietypowym sposobie sporządzenia projektu zob. T. Hörnle, *The New...*, s. 1315.

<sup>110</sup> Zob. przykładowo J. Aichele, J. Renzikowski, *Wollt...*, s. 491–507; J. Renzikowski, *Nein! – Das neue...*, s. 3357–3358; Th. Fischer, *„Straftaten...*, s. 1101–1104; E. Hoven, Th. Weigend, *„Nein heißt...*, s. 190–191. Jedyną przedstawicielką doktryny, która nie odrzuciła kategorycznie tego przepisu (mimo zastrzeżeń co do ograniczenia tego unormowania do przestępstw seksualnych), była T. Hörnle, § 184j StGB..., s. 57–62, zwłaszcza s. 61.

<sup>111</sup> Stenogram 183. posiedzenia Bundestagu 18. kadencji z dnia 7 lipca 2016 r., BT-Ple-narprotokoll 18/183, < <https://dserver.bundestag.de/btp/18/18183.pdf> >, s. 18015.

w debacie publicznej, szczególnie wskazana była pogłębiona dyskusja nad projektowanymi przepisami przy szerokim wsparciu ekspertów<sup>112</sup>. Nagły pośpiech ustawodawcy zasługuje więc na surową krytykę<sup>113</sup>. Efektem gorączkowych prac było przyjęcie przepisów niedopracowanych w szczegółach, wykazujących w wielu miejscach braki warsztatowe<sup>114</sup>. Do nich należy też pełen wewnętrznych sprzeczności § 177 StGB, łączący w 9 ustępach typy czynów o różnej naturze – dotyczących podejmowania czynności seksualnej (jedyne) mimo sprzeciwu, zmuszania do czynności seksualnej oraz wykorzystywania seksualnego osób wymagających szczególnej ochrony<sup>115</sup>. Znamienne jest to, że komisja ekspercka, postawiona przed dokonaną reformą, musiała w trakcie prac zmienić swój zasadniczy cel<sup>116</sup> i zamiast przedstawienia propozycji napisanej od podstaw reformy w raporcie końcowym z lipca 2017 r. zawarła zalecenia dotyczące poprawy już obowiązujących przepisów<sup>117</sup>.

## 8. Regulacja po reformie z 2016 r.

Centralną normą nowej regulacji jest nowe przestępstwo napaści seksualnej – *sexueller Übergriff* (§ 177 ust. 1 StGB w aktualnym brzmieniu). Z racji niedoskonałości i skomplikowania nowego § 177 StGB przedstawiony zostanie tylko zarys jego najważniejszej części z perspektywy nowego paradygmatu ochrony autonomii seksualnej. Zgodnie § 177 ust. 1 StGB penalizowane jest wykonywanie lub doprowadzanie do wykonywania czynności seksualnych „wbrew widocznej woli innej osoby”. Sprawozdanie komisji prawnej Bundestagu<sup>118</sup> i doktryna<sup>119</sup> wskazują, że wola sprzeciwiająca się czynności seksualnej jest „widoczna” (dla

<sup>112</sup> E. Hoven, *Reform...*, s. 397.

<sup>113</sup> E. Hoven, *Reform...*, s. 397; M. Heger, w: K. Lackner, K. Kühn, M. Heger, *Strafgesetzbuch...*, uwagi wstępne przed § 174 StGB, teza 16; T. Hörnle, *Das Gesetz...*, s. 14.

<sup>114</sup> M. Heger, w: K. Lackner, K. Kühn, M. Heger, *Strafgesetzbuch...*, uwagi wstępne przed § 174 StGB, teza 16; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1385; J. Lederer, w: *AnwaltKommentar...*, s. 1291.

<sup>115</sup> Zob. szczegółowo J. Renzikowski, w: *Münchener...*, 2021, komentarz do § 177 StGB, tezy 10–12, 32.

<sup>116</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, zwłaszcza s. 38.

<sup>117</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, zwłaszcza s. 13–19.

<sup>118</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, *Rekomendacja...*, s. 22–23.

<sup>119</sup> U. Schulz, *Der „erkennbare...*, s. 448; M. El-Ghazi, *Der neue...*, s. 166; G. Wolters, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1317; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1396.

obiektywnej osoby trzeciej<sup>120</sup>), gdy zostanie zakomunikowana przez ofiarę wprost (ustnie) albo zostanie wyrażona przez ofiarę w sposób dorozumiany (np. poprzez płacz lub obronę).

W celu uniknięcia luk kryminalizacyjnych w sytuacjach, gdy nie można było oczekiwać od ofiary okazania sprzeciwu, w § 177 ust. 2 StGB (drugi typ podstawowy) wyliczono kazuistycznie pięć przypadków, w których napaść seksualna podlega karze mimo braku widocznego sprzeciwu. Są to następujące sytuacje:

- a) pkt 1: sprawca wykorzystuje niezdolność ofiary do podjęcia lub wyrażenia woli sprzeciwiającej się czynności seksualnej,
- b) pkt 2: sprawca wykorzystuje fakt, że zdolność ofiary do podjęcia lub wyrażenia woli sprzeciwiającej się czynności seksualnej jest znacznie ograniczona ze względu na jej stan fizyczny lub psychiczny, z wyjątkiem przypadku, gdy sprawca „upewni się, że druga osoba wyraża zgodę” (w tym konkretnym przypadku obowiązuje więc zasada „tylko tak znaczy tak”<sup>121</sup>),
- c) pkt 3: sprawca wykorzystuje zaskoczenie ofiary,
- d) pkt 4: sprawca wykorzystuje położenie ofiary, w którym w razie sprzeciwu groziłyby jej dotkliwe konsekwencje,
- e) pkt 5: sprawca zmusza ofiarę do wykonywania lub znoszenia czynności seksualnej za pomocą groźby dotkliwych konsekwencji.

Ślady dawnego przestępstwa zmuszania do czynności seksualnej można znaleźć w typie kwalifikowanym z § 177 ust. 5 StGB. Jego znamiona są wypełnione, gdy sprawca przy napaści seksualnej stosuje przymus (pkt 1), groźbę bezpośredniego zagrożenia zdrowia lub życia (pkt 2), lub wykorzystuje położenie ofiary, w której była ona bezbronna wobec oddziaływania sprawcy (pkt 3). Według brzmienia przepisu sprawca musi jednak jedynie **stosować** te środki, a nie musi **wymuszać** za ich pomocą czynności seksualnej, co doprowadziło do wątpliwości interpretacyjnych w doktrynie<sup>122</sup>.

Zgwałcenie jest obecnie szczególnie ciężkim przypadkiem napaści seksualnej, a nie zmuszania do czynności seksualnej (§ 177 ust. 6

<sup>120</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, *Rekomendacja...*, s. 22; K. Papathanasiou, *Das reformierte...*, s. 135; G. Wolters, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1317.

<sup>121</sup> J. Eisele, w: *Schönke/Schröder...*, komentarz do § 177 StGB, teza 36.

<sup>122</sup> Zob. np. J. Renzikowski, w: *Münchener...*, 2021, komentarz do § 177 StGB, tezy 107–112.

pkt 1 StGB). Jego definicja pozostała niezmienną, nie licząc tego, że zmianie uległy znamiona określone w ust. 1 i 2. Nadal obowiązuje klauzula bagatelności, przesunięta obecnie do § 184h pkt 1 StGB.

## 9. Krytyka reformy z 2016 r. w doktrynie

Decyzja ustawodawcy o wprowadzeniu modelu „nie znaczy nie” została poddana krytyce przez część przedstawicieli doktryny. Odrzucono założenie leżące u podstaw reformy, iż rzekome luki w ochronie dóbr prawnych musiały zostać załatwane, gdyż prawo karne z natury rzeczy ma charakter fragmentaryczny<sup>123</sup>. Podniesiono, że jedynie przypadki naruszenia autonomii seksualnej z użyciem przymusu wymagają sięgnięcia po prawo karne<sup>124</sup>. Nową regulację oceniono jako przejaw punitaryzmu<sup>125</sup> i tendencji państwa do regulacji moralności seksualnej<sup>126</sup>. Stwierdzono, że reforma tworzy błędny obraz ofiar (zazwyczaj kobiet). Współczesny model kobiety jako osoby świadomie korzystającej z autonomii seksualnej został zastąpiony wyobrażeniem, jakoby były to pełne wstydu i nieśmiałości osoby, które wykonują wszystko, co się im każe, choćby nie stosowano wobec nich przymusu<sup>127</sup>.

Podkreślano też, że prawo karne jest prawem czynu (*Tatstrafrecht*), więc to czyn sprawcy i jego zamiar powinny być podstawą odpowiedzialności karnej, a nie subiektywne odczucia ofiary<sup>128</sup>. Mimo to unormowanie miałoby rzekomo uzależniać kryminalizację od woli osoby pokrzywdzonej, co miałoby być problematyczne z perspektywy zasady winy<sup>129</sup> i zasady określoności<sup>130</sup>. Bez znaczenia byłaby przy tym motywacja osoby pokrzywdzonej przy wyrażeniu sprzeciwu czynności

<sup>123</sup> Th. Fischer, *Noch einmal...*, s. 315; E. Hoven, Th. Weigend, *„Nein heißt...“*, s. 183; zob. też Th. Fischer, *Sexuelle...*, s. 490; Th. Fischer, *Es gibt...*

<sup>124</sup> Th. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, 2017, s. 1225; M. Frommel, *„Dann müsste...“*; zob. M. Frommel, w: *NomosKommentar...*, komentarz do § 177 StGB, teza 99; tak też jeszcze na etapie prac nad reformą B. Cirullies, *Opinia...*, s. 2.

<sup>125</sup> Przykładowo F. Herzog, *Sex wider...*, s. 31; J. Lederer, *Nein heißt...*, s. 323.

<sup>126</sup> F. Lamping, *Die Rationalisierung...*, s. 356; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1383.

<sup>127</sup> Dobitnie R. Deckers, *Zur Reform...*, s. 411; zob. Th. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, 2017, s. 1225.

<sup>128</sup> R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1383; C. Kunz, *Was heißt...*, s. 436.

<sup>129</sup> M. Löffelmann, *Verfassungswidrigkeit...*, s. 414; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1383.

<sup>130</sup> Zob. F. Herzog, *Sex wider...*, s. 27–28.

seksualnej<sup>131</sup> – mogłaby to być chęć ośmieszenia ofiary lub nawet celowego sprowokowania procesu karnego<sup>132</sup>. Ta argumentacja budzi jednak zastrzeżenia. Kryminalizacja nie jest bowiem uzależniona od wewnętrznej woli ofiary, lecz uzewnętrznionego sprzeciwu, który jest oceniany według obiektywnego kryterium, czyli jego widoczności z perspektywy bezstronnego obserwatora. Z tą oceną wiąże się kolejny zarzut – wyrażono obawę, że obiektywna ocena widoczności sprzeciwu może w praktyce doprowadzić do ignorowania tego, czy sprawca obejmował istnienie sprzeciwu swoim zamiarem. Doprowadziłoby to do odpowiedzialności za czyn nieumyślny<sup>133</sup>. Obawy te wydają się jednak przesadzone<sup>134</sup>. Trybunał Federalny podkreśla, że bez względu na jego obiektywną widoczność, sprawca musi obejmować istnienie sprzeciwu przynajmniej zamiarem ewentualnym<sup>135</sup>. Nie oznacza to automatycznie, że sędziowie w codziennej praktyce będą zawsze ściśle przestrzegać tej zasady. Mimo to od ustawodawcy należy oczekiwać pewnego zaufania do sędziów, że będą uwzględniać wszystkie znamiona przestępstwa.

Jako argument przeciwko modelowi „nie znaczy nie” przywoływano również problemy przy ocenie ambiwalentnych zachowań ofiary<sup>136</sup>. Jednak w tym wypadku znamię „widoczności” sprzeciwu umożliwiałoby odpowiednią ocenę. Wystarczająca jest ścisła wykładnia, według której sprzeciw jest obiektywnie widoczny jedynie wtedy, gdy jest **jednoznacznie widoczny**<sup>137</sup>. Przy tej powszechnie przyjmowanej interpretacji „widoczności” różnica zakresu penalizacji w porównaniu z modelem „tylko tak znaczy tak” obejmowałaby nie tylko sytuację, gdy dysponent dobrem pozostaje całkowicie bierny. Odmienna byłaby też ocena przypadku, gdy dysponent dobrem zachowuje się niejednoznacznie – ani nie udziela pozytywnej zgody, ani też nie okazuje jednoznacznego sprzeciwu.

---

<sup>131</sup> M. Löffelmann, *Verfassungswidrigkeit...*, s. 414; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1383.

<sup>132</sup> M. Löffelmann, *Verfassungswidrigkeit...*, s. 414.

<sup>133</sup> Th. Fischer, *Zum letzten...*; C. Kunz, *Was heißt...*, s. 434; F. Lamping, *Die Rationalisierung...*, s. 353.

<sup>134</sup> M. El-Ghazi, *Fünf Jahre...*, s. 315.

<sup>135</sup> Postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 21 listopada 2018 r., 1 StR 290/18.

<sup>136</sup> E. Hoven, Th. Weigend, *„Nein heißt...*, s. 186; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1383.

<sup>137</sup> BT-Dr. 18/9097, 23; J. Renzikowski, *Nein! – Das neue...*, s. 3355; T. Hörnle, *Das Gesetz...*, s. 15.

Słusznie wskazywano, że uchwalone przepisy oparte na obiektywnej widoczności sprzeciwu rodzą problemy, gdy sprawca posiada wiedzę niedostępną osobie postronnej. Przykładem jest relacja przemocowa, w której partnerka przy pierwszych wymuszeniach czynności seksualnych sprzeciwiała się sprawcy (i dotkliwie to odczuła), lecz po pewnym czasie zaczęła posłuszenie wykonywać swoje „obowiązki”<sup>138</sup>. Jeśli bezstronny obserwator nie dostrzegałby sprzeciwu podczas samego zdarzenia, ale sprawca na podstawie zdobytej wcześniej informacji wiedziałby ponad wszelką wątpliwość, że ofiara nie godzi się na czynność seksualną, to pozostawałby on bezkarny – chyba że zaakceptuje się, że i obserwator może dysponować zdobytą wcześniej wiedzą. To z kolei rodzi problem określenia, na jaki czas przed samym zdarzeniem mogłaby być zdobyta ta wiedza, by móc jeszcze uznawać, że wola danej osoby jest **obiektywnie widoczna**<sup>139</sup>. Prowadziłoby to do sytuacji, że sprawca mający pewność, że ofiara sprzeciwia się wewnętrznie czynności seksualnej, uniknąłby odpowiedzialności karnej, jeśli ofiara nie wyrażała sprzeciwu w sposób zrozumiały dla osoby trzeciej. Jest to rozwiązanie nie tylko budzące wątpliwości co do słuszności wyniku, ale i niespójne systemowo. Żaden inny typ czynu zabronionego nie wymaga, aby dysponent dobrem przed jego naruszeniem wyraźnie zakomunikował, że nie udziela zgody, jeśli sprawca wiedział, że czyn następuje wbrew woli dysponenta<sup>140</sup>. Co więcej, zamiar sprawcy musi obejmować wszystkie znamiona strony przedmiotowej czynu, a więc i obiektywną widoczność woli drugiej osoby. Jeśli więc ofiara wyraziła obiektywnie widoczny sprzeciw, a sprawca wiedziałby, że ofiara nie chce czynności seksualnej, ale jednocześnie błędnie myślałby, że sprzeciw nie jest „widoczny” dla bezstronnego obserwatora, to nie odpowiadałby on karnie ze względu na brak zamiaru<sup>141</sup>.

Przywoływano też możliwe praktyczne problemy dowodowe przy rezygnacji z wymogu stosowania środków przymusu<sup>142</sup>. Stwierdzano, że mimo rozszerzenia zakresu kryminalizacji zmiana ta może nie być wcale

<sup>138</sup> Przykład wzorowany na T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 327.

<sup>139</sup> E. Hoven, Th. Weigend, *„Nein heißt...”*, s. 187; M. May, *Die Voraussetzungen...*, s. 136–137; G. Wolters, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1317.

<sup>140</sup> Th. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, 2017, s. 1224–1225.

<sup>141</sup> E. Hoven, Th. Weigend, *„Nein heißt...”*, s. 187; Th. Fischer, *Strafgesetzbuch...*, 2018, s. 1223.

<sup>142</sup> E. Hoven, Th. Weigend, *„Nein heißt...”*, s. 185; R. Deckers, *Zur Reform...*, s. 411–412; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1383.

korzystna dla ofiar przestępstw seksualnych<sup>143</sup>. W obliczu braku wymogu dowodzenia użycia środków przymusu, np. na podstawie śladów na ciele, jeszcze częściej w postępowaniu dowodowym oceniane będzie jedynie słowo przeciwko słowu, czyli zeznania pokrzywdzonej i wyjaśnienia oskarżonego<sup>144</sup>. Przez to jeszcze częściej wiarygodność pokrzywdzonej będzie skrupulatnie badana przez sąd i podważana przez obrońcę, co będzie obciążeniem psychicznym dla pokrzywdzonej<sup>145</sup>. Ponadto w takich sytuacjach sąd często zdecyduje się na uniewinnienie zgodnie z zasadą *in dubio pro reo*<sup>146</sup>, co doprowadzi tylko do jeszcze większego poczucia niesprawiedliwości u pokrzywdzonej. Nowa regulacja może dawać nieuzasadnioną nadzieję potencjalnym ofiarom przestępstw, że już ich same zeznania doprowadzą do skazania<sup>147</sup>.

Krytykę opartą na problemach dowodowych odpiera J. Renzikowski, podkreślając, że zadaniem prawa karnego nie jest minimalizacja problemów dowodowych, tylko ochrona dóbr prawnych<sup>148</sup>. Nie można z takich powodów rezygnować z penalizacji czynu nawet w przypadkach, gdy sprzeciw byłby udowodniony w procesie sądowym<sup>149</sup>. Ponadto już pod rządami poprzedniej regulacji postępowanie dowodowe stanowiło obciążenie dla ofiary<sup>150</sup>.

Podniesiono też, że zreformowane przepisy zwiększają ryzyko fałszywych oskarżeń o napaść seksualną<sup>151</sup>. Temu przypuszczeniu sprzeciwiła się komisja ekspercka, wskazując, że osoby dokonujące fałszywych oskarżeń nie znają zazwyczaj szczegółowych znamion przestępstw seksualnych, ale wiedzą, że przedstawienie sytuacji z ewidentnym użyciem przemocy i stawianiem oporu lepiej służy ich celom<sup>152</sup>. Nie ma więc powodów, by podejrzewać, żeby te osoby uzależniały złożenie obciążających zeznań od istnienia znamienia środków przymusu w regulacji przestępstw seksualnych<sup>153</sup>.

<sup>143</sup> E. Hoven, Th. Weigend, „*Nein heißt...*”, s. 185; R. Deckers, *Zur Reform...*, s. 412.

<sup>144</sup> E. Hoven, Th. Weigend, „*Nein heißt...*”, s. 185.

<sup>145</sup> R. Deckers, *Zur Reform...*, s. 412.

<sup>146</sup> E. Hoven, Th. Weigend, „*Nein heißt...*”, s. 185.

<sup>147</sup> E. Hoven, Th. Weigend, „*Nein heißt...*”, s. 185.

<sup>148</sup> J. Renzikowski, *Lücken...*, s. 2; aprob. F. Lamping, *Die Rationalisierung...*, s. 355.

<sup>149</sup> J. Renzikowski, *Nein! – Das neue...*, s. 3354.

<sup>150</sup> J. Renzikowski, *Nein! – Das neue...*, s. 3354.

<sup>151</sup> T. Walter, *Zu früh...*, s. 367–368; zob. też S. Rückert, *Das Schlafzimmer...*

<sup>152</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 1014–1015.

<sup>153</sup> Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie...*, s. 1014–1015.

## 10. Praktyka sądowa

Wprowadzone przez reformę uregulowanie oparte jest na ocenianej obiektywnie „widoczności” sprzeciwu, więc posługuje się znamieniem niedookreślonym. Dlatego też kluczowe znaczenie dla faktycznego zakresu penalizacji ma kwestia, jak restrykcyjnie to znamię będzie interpretowane w praktyce<sup>154</sup>, zwłaszcza że pod rządami poprzedniej regulacji Trybunał Federalny wąsko interpretował znamiona ówczesnego § 177 StGB<sup>155</sup>.

Wypada przypomnieć, że sprawozdanie komisji prawnej Bundestagu<sup>156</sup> i piśmiennictwo<sup>157</sup> zgodnie wskazują, że wola sprzeciwiająca się czynności seksualnej jest „widoczna”, gdy zostanie **wyrażona przez ofiarę** wprost (ustnie) albo w sposób dorozumiany (np. poprzez płacz lub obronę). Jednak brzmienie przepisu dopuszcza wykładnię, według której wola ofiary może być widoczna na podstawie innych okoliczności niż akt komunikacyjny ofiary<sup>158</sup>, a nawet okoliczności niezwiązanych z jej zachowaniem<sup>159</sup>. Trybunał Federalny zaprezentował już w jednym orzeczeniu wykładnię zmierzającą w tym kierunku. Trybunał uznał, że wystarczające jest, by wola sprzeciwiająca się czynności została wyrażona wprost przez ofiarę lub „jednoznacznie wynikała z istniejącej sytuacji”<sup>160</sup>. Na tej podstawie Trybunał przyjął, że wola sprzeciwiająca się czynności była obiektywnie widoczna, gdyż pokrzywdzona pozostawała apatyczna i w żaden sposób nie reagowała na czynność seksualną<sup>161</sup>. Z jednej strony można zauważyć, że apatia i bezruch to cechy odnoszące się do zachowania ofiary podczas czynności seksualnej. Jednocześnie zastosowana przez Trybunał Federalny definicja jest tak szeroka, że obejmuje też

<sup>154</sup> Zob. M. El-Ghazi, *Fünf Jahre...*, s. 322.

<sup>155</sup> T. Hörnle, *Menschenrechtliche...*, s. 5.

<sup>156</sup> Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, *Rekomendacja...*, s. 22–23.

<sup>157</sup> U. Schulz, *Der „erkennbare...*, s. 448; M. El-Ghazi, *Der neue...*, s. 166; G. Wolters, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1317; R. Eschelbach, w: *Strafgesetzbuch...*, s. 1396.

<sup>158</sup> Co dostrzegają T. Hörnle, *Das Gesetz...*, s. 15 oraz R. Vavra, *Die Strafbarkeit...*, s. 416–417, obie będące *de lege lata* zwolenniczkami węższej wykładni, wymagającej aktu komunikacyjnego.

<sup>159</sup> Zob. T. Hörnle, *The New...*, s. 1320.

<sup>160</sup> Postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 30 sierpnia 2017 r., 4 StR 345/17 z powołaniem się na stanowisko J. Renzikowskiego, *Nein! – Das neue...*, s. 3354, który jednak jako przykłady takich sytuacji podaje wzbranianie się lub płacz ofiary (a więc jej zachowanie). Tych przykładów Trybunał Federalny już nie zacytował.

<sup>161</sup> Postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 30 sierpnia 2017 r., 4 StR 345/17.

uwzględnianie okoliczności niezwiązanych z zachowaniem dysponenta dobrem. Pozostaje więc obecnie niejasne, jak to kryterium zostanie sprecyzowane w dalszym orzecznictwie. Zastosowana przez Trybunał definicja oddała się jednak od kluczowego założenia leżącego u podstaw niemieckiej regulacji, iż dopiero sprzeciw, a nie sama bierność drugiej osoby prowadzi do kryminalnego charakteru czynności seksualnej<sup>162</sup>. Mohamad El-Ghazi po pięciu latach od wejścia w życie reformy ocenił, że w pierwszych orzeczeniach po nowelizacji Trybunał Federalny wykazywał tendencję do tego, by w sytuacjach braku swobodnej zgody konstruować „widoczną” wolę sprzeciwiającą się czynności seksualnej<sup>163</sup>. Według tego autora stanowiłoby to jednak próbę wprowadzania tylnymi drzwiami modelu opartego na braku zgody, odrzuconego przez ustawodawcę na rzecz modelu „nie znaczy nie”<sup>164</sup>.

## 11. Doświadczenia praktyczne po reformie

Jako że reforma została wprowadzona już kilka lat temu, możliwe jest wskazanie pierwszych doświadczeń wynikających z jej funkcjonowania. Po wprowadzeniu reformy liczba rejestrowanych przez policję przestępstw seksualnych zaczęła rosnąć, choć przed reformą trend był spadkowy<sup>165</sup>. Liczba postępowań przygotowawczych w sprawie czynów z § 177 StGB wzrosła z około 39 000 w 2015 r. do około 57 000 w 2019 r.<sup>166</sup> O ile liczba skazań na podstawie (dawnego) § 177 StGB wynosiła w 2014 r. 1001 przypadków, to w 2019 r. liczba skazań na podstawie znowelizowanego § 177 StGB wyniosła 1599<sup>167</sup>.

---

<sup>162</sup> Przy założeniu, że nie występuje żaden przypadek z § 177 ust. 2 StGB, gdy nie można oczekiwać od dysponenta dobrem wyrażenia sprzeciwu.

<sup>163</sup> M. El-Ghazi, *Fünf Jahre...*, s. 322.

<sup>164</sup> M. El-Ghazi, *Fünf Jahre...*, s. 322.

<sup>165</sup> Dane ogólnoniemieckie podają M. El-Ghazi, *Fünf Jahre...*, s. 314; R. Kölbl, „*Progressive*”..., s. 824; dane ogólnoniemieckie i bawarskie podaje R. Kölbl, *Kriminalisierungseffekte...*, s. 341–342; zob. też statystyki dla samej Brandenburgii – J. Biedermann, R. Volbert, *Empirische...*, s. 255–256; zob. jednak R. Kölbl, „*Progressive*”..., s. 825–826, wskazujący na kryzys migracyjny jako przyczynę wzrostu rejestrowanych przez policję przestępstw seksualnych.

<sup>166</sup> Tak dane Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości podane w: P. Hecht, *Nein bleibt...*

<sup>167</sup> Tak dane Federalnego Ministerstwa Sprawiedliwości podane w: P. Hecht, *Nein bleibt...* Szczegółowe dane od 2003 r. do 2018 r. podaje R. Kölbl, *Kriminalisierungseffekte...*, s. 348. Zob. jednak zastrzeżenia wobec porównywania liczb odnoszących się jedynie do dawnego oraz obecnego unormowania w § 177 StGB w: R. Kölbl, „*Progressive*”...,

Federalne Ministerstwo Sprawiedliwości nie przeprowadziło jeszcze kompleksowej oceny funkcjonowania nowej regulacji, ale na zapytanie mediów odpowiedziało, że otrzymuje głównie pozytywne sygnały ze strony sędziów i prokuratorów<sup>168</sup>. Jeśli jednak ktokolwiek liczył, że już sama zmiana znamion czynów zabronionych doprowadzi do rewolucyjnych zmian w walce ze zjawiskiem napaści seksualnych, to mógłby być rozczarowany<sup>169</sup>. Wobec braku kompleksowej analizy możliwe jest jedynie przywołanie anegdotycznych opinii. Zgodnie z nimi, gotowość pokrzywdzonych do składania zawiadomień o popełnieniu przestępstwa nie zwiększyła się istotnie<sup>170</sup>. Ponadto w praktyce niezmiennie występują problemy dowodowe<sup>171</sup>, a i liczba umorzeń postępowań ze względu na brak danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie popełnienia przestępstwa pozostaje wysoka<sup>172</sup>. Mimo to Christina Clemm podkreśla, że przed reformą sprawy z tytułu § 177 StGB były jeszcze częściej umarzane<sup>173</sup>.

## 12. Ocena modelu „nie znaczy nie”

Niemiecki model „nie znaczy nie” jest interesującą odpowiedzią na słabości wiążące się z modelem opartym na penalizacji wszelkich czynności seksualnych bez (udzielonej) zgody. Tym samym każdy ustawodawca rozważający ewentualne odejście od modelu opartego na przymusie powinien w pracach uwzględnić doświadczenia niemieckie. Wprowadzona w Niemczech regulacja ujawniła jednak niedoskonałości czystego modelu opartego na wyrażeniu sprzeciwu.

Jak wyżej wskazano, Trybunał Federalny zaprezentował szeroką wykładnię „widoczności” woli drugiej osoby, gdy oceniał apatyczne zachowanie ofiary<sup>174</sup>. Choć taka wykładnia nie wydaje się zgodna z zamiarem

---

s. 823–824 oraz podane tamże na s. 827 dane dotyczące skazań na podstawie kilku typów przestępstw seksualnych, które autor uznaje za bardziej miarodajne.

<sup>168</sup> Zob. J. Buchholz, *Was bleibt...*

<sup>169</sup> J. Buchholz, *Was bleibt...*

<sup>170</sup> J. Buchholz, *Was bleibt...*, wypowiedź A. Braun; zob. też R. Kölbl, „*Progressive*”..., s. 828.

<sup>171</sup> J. Buchholz, *Was bleibt...*, wypowiedź J. Renzikowskiego; K. Füchsel, J. Müller-Neuhof, „*Was macht...*”, wypowiedź U. Dost-Roxina.

<sup>172</sup> J. Buchholz, *Was bleibt...*, wypowiedź S. Arnold.

<sup>173</sup> P. Hecht, *Nein bleibt...*, wypowiedź Ch. Clemm.

<sup>174</sup> Postanowienie Trybunału Federalnego z dnia 30 sierpnia 2017 r., 4 StR 345/17.

ustawodawcy<sup>175</sup>, to wynika ona zapewne ze zrozumiałego dążenia do równego traktowania przypadków, gdy zakomunikowano sprzeciw, oraz przypadków, gdy jednoznacznie widoczne jest, że ofiara nie chce czynności seksualnej, choć tego nie zakomunikowała w sposób obiektywnie zrozumiały. Należy tutaj jednak zachować ostrożność. Znamię obiektywnie „widocznej” woli już jest niedookreślone. Problem ten nasila się, gdy dopuszcza się karalność w sytuacji, gdy obiektywnie widoczne jest, że ofiara wewnątrznie odrzuca czynność seksualną, ale tego nie okazuje. Taka norma musiałaby być więc interpretowana bardzo ściśle.

Po drugie, obiektywna ocena „widoczności” woli prowadzi do niesatysfakcjonujących wyników, gdy sprawca ma większą wiedzę niż wyimaginowany postronny obserwator wydarzeń.

Oba te problemy wiążące się z koncepcją „nie znaczy nie” w jej czystszej postaci dostrzegła T. Hörnle. Dlatego autorka zaproponowała rozwiązanie, które uzupełniało koncepcję opartą na wyrażonym sprzeciwie o dwa elementy dotyczące woli wewnętrznej ofiary. Zgodnie z propozycją autorki przestępstwo miałoby miejsce, gdy sprawca wykonuje czynność seksualną lub doprowadza do wykonywania czynności seksualnej na sobie lub osobie trzeciej „wbrew wyrażonej woli drugiej osoby lub w okolicznościach, w których brak zgody jest oczywisty, lub wiedząc, że jest to niezgodne z wolą drugiej osoby”<sup>176</sup>.

Drugi i trzeci wariant ujęto ściśle i tak też mają one być interpretowane według autorki. Drugi wariant został zawężony do sytuacji, gdy „oczywiste” jest, by w danych okolicznościach nie godzono się czynności seksualne. Wyłączone są wszelkie przypadki, w których możliwa byłaby poważna dyskusja o istnieniu sprzeciwu (czyli według autorki sytuacja, gdy można podnosić jakiegokolwiek argumenty oprócz absurdalnych stereotypów, np. „chciała tego, bo założyła minispódniczkę”)<sup>177</sup>. Z kolei w trzecim wariantcie wystarczające jest odwołanie się do woli wewnętrznej ofiary, jeśli sprawca „wie”, że czynność seksualna jest niezgodna z wolą drugiej osoby<sup>178</sup>. Konieczna jest pozytywna wiedza, czyli pewność sprawcy, że znamię niezgodności z wolą jest wypełnione.

<sup>175</sup> Zob. T. Hörnle, *Das Gesetz...*, s. 15.

<sup>176</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 326. Początkowa propozycja T. Hörnle opublikowana w *Menschenrechtliche...*, s. 20, 23 zawierała tylko dwa pierwsze warianty.

<sup>177</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 326.

<sup>178</sup> T. Hörnle, *Wie § 177 StGB...*, s. 327.

Propozycja T. Hörnle jest bardziej przekonująca niż koncepcja „nie znaczy nie” w jej czystej postaci, przy czym należy jeszcze raz podkreślić, że wymaga ona znacznej wstrzemięźliwości przy stosowaniu obu przesłańek korygujących słabości modelu opartego na wyrażonym sprzeciwie.

### 13. Zakończenie

Zaprezentowane rozważania ukazują, przed jak złożonymi problemami staje ustawodawca przy wpisywaniu instytucji zgody lub sprzeciwu do unormowań karnych. W kampaniach publicznych promujących respektowanie autonomii seksualnej zrozumiałe jest dążenie do wysyłania krótkiego i prostego sygnału, np. „każda czynność seksualna bez zgody jest złem”. Jeśli jednak ustawodawca rewiduje zespół znamion przestępstwa seksualnego, to musi mieć świadomość, że każde syntetyczne rozwiązanie ma pewne słabości. Stworzenie zwięzłej regulacji, np. penalizacja bezpośrednio w treści przepisu każdej czynności „bez (udzielonej) zgody”, „wbrew woli” lub „mimo sprzeciwu” prowadzi do problemów, które zostały wyżej opisane. Jeśli ustawodawca dąży do stworzenia regulacji adekwatnie reagującej na wszelkie przypadki niedobrowolnych czynności seksualnych, to musi liczyć się z tym, że unormowanie będzie musiało być bardziej złożone niż powyższe definicje<sup>179</sup>, co dobrze obrazuje propozycja T. Hörnle.

### Summary

In 2016, Germany introduced a new law criminalizing all sexual acts performed against the recognizable will of another person (“no means no”). The article presents the controversy in German literature regarding the optimal model of criminal liability for the infringement of sexual autonomy in light of the standard provided for by the Istanbul Convention. One of the discussed solutions is the affirmative consent model (“only yes means yes”). The subsequent part of the paper concerns the interpretation of the new provisions by the Federal Court of Justice and the feedback from lawyers on the effectiveness of the new law. The author argues that both the German veto model and the affirmative consent model have their drawbacks and a hybrid model is preferable.

### Keywords

sexual assault, rape, “no means no”, “only yes means yes”, affirmative consent, Istanbul Convention, German criminal law

---

<sup>179</sup> Podobnie C. Roxin, L. Greco, *Strafrecht...*, s. 61.

## Bibliography

- Aichele A., Renzikowski J., *Wollt ihr das totale Strafrecht? Über eine neuerdings auftretende rechtsstaatsferne Tendenz in der deutschen Strafgesetzgebung am Beispiel von § 184j StGB*, w: *Festschrift für Thomas Fischer zum 65. Geburtstag*, red. S. Barton i in., München 2018.
- Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz, *Rekomendacja i sprawozdanie z dnia 6 lipca 2016 r.*, BT-Drucksache 18/9097, < <https://dsver.bundestag.de/btd/18/090/1809097.pdf> >.
- Bezjak G., *Der Straftatbestand des § 177 StGB (Sexuelle Nötigung; Vergewaltigung) im Fokus des Gesetzgebers*, „Kritische Justiz” 2016, t. 49, z. 4.
- Biedermann J., Volbert R., *Empirische Erkenntnisse zur Reform des Sexualstrafrechts in Bezug auf die §§ 177 und 184 i StGB und daraus resultierende Schlussfolgerungen für die Vernehmungsgestaltung*, „Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform” 2020, t. 103, z. 4.
- Blume L., Wegner K., *Reform des § 177 StGB? – Zur Vereinbarkeit des deutschen Sexualstrafrechts mit Art. 36 der „Istanbul-Konvention“*, „Höchststrichterliche Rechtsprechung im Strafrecht” 2014, nr 8–9.
- Buchholz J., *Was bleibt von der „Nein heißt Nein“-Reform?*, „Legal Tribune Online” z dnia 11 listopada 2021 r., < <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-reform-177-stgb-fuenf-jahre/> >.
- Cieślak S., *Zgoda dysponenta dobra prawnego na wkroczenie w sferę wolności seksualnej (analiza prawnoporównawcza modelu przyjętego na gruncie polskiego Kodeksu karnego oraz koncepcji Yes Means Yes)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, z. 3.
- Cirullies B., *Opinia prawna z dnia 26 stycznia 2015 r.*, < <https://www.bundestag.de/resource/blob/357218/88a9617c670dbec8c9a34e3fef51f720/cirullies-data.pdf> >.
- Czechowska M., *Czy w polskim prawie karnym potrzebna jest redefinicja zgwałcenia?*, „Probacja” 2021, nr 1.
- Deckers R., *Zur Reform des Sexualstrafrechts durch das StÄG 2016*, „Strafverteidiger” 2017, nr 6.
- Dempsey M.M., Herring J., *Why Sexual Penetration Requires Justification*, „Oxford Journal of Legal Studies” 2007, nr 3.
- Domagała K., *Sylwester 2015: Noc, która zmieniła Niemcy*, „Deutsche Welle” z dnia 31 grudnia 2016 r., < <https://p.dw.com/p/2V4eQ> >.
- Dowds E., *Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force*, „Modern Law Review” 2020, t. 83, nr 1.
- Eisele J., *Das neue Sexualstrafrecht*, „Rechtspsychologie” 2017, t. 3, z. 1.
- Eisele J., *Opinia prawna z dnia 24 stycznia 2015 r.*, < <http://www.bundestag.de/blob/357194/a75ae34f805c0734d3e40b030f4c7b20/eisele-data.pdf> >.
- Eisele J., w: *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. A. Eser, München 2019.
- El-Ghazi M., *Der neue Straftatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB n.F.*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2017, nr 3.
- El-Ghazi M., *Fünf Jahre Reform des Sexualstrafrechts – eine erste Bestandsaufnahme*, „Strafverteidiger” 2021, z. 5.

- Eschelbach R., w: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. H. Matt, J. Renzikowski, München 2020.
- Eser A., Eisele J., w: *Schönke/Schröder. Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. A. Eser, München 2014.
- Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, Council of Europe, < <https://rm.coe.int/ic-and-explanatory-report/16808d24c6> >.
- Fischer Th., „Straftaten aus Gruppen“ (§ 184j StGB) – Ein Lehrstück zwischen Horden, Dogmatik und deren Simulation, w: *Rechtsstaatliches Strafrecht. Festschrift für Ulfrid Neumann zum 70. Geburtstag*, red. F. Saliger i in., Heidelberg 2017.
- Fischer Th., *Es gibt keinen Skandal*, „Zeit Online“ z dnia 10 lutego 2015 r., < <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-02/sexuelle-gewalt-sexualstrafrecht-schutzluecke/> >.
- Fischer Th., *Noch einmal: § 177 StGB und die Istanbul-Konvention. Entgegnung auf Hörnle*, ZIS 2015, 206, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik“ 2015, nr 6.
- Fischer Th., *Opinia prawna z dnia 14 stycznia 2015 r.*, < <https://www.bundestag.de/resource/blob/357200/18bdafafc324ec0f4c09a339a13753ce/fischer-data.pdf> >.
- Fischer Th., *Sexuelle Nötigung: Schutzlücken oder Schützlichen-Fantasien?*, „Strafverteidiger Forum“ 2014, z. 12.
- Fischer Th., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2015.
- Fischer Th., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2017.
- Fischer Th., *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, München 2018.
- Fischer Th., *Zum letzten Mal: Nein heißt Nein*, „Zeit Online“ z dnia 28 czerwca 2016 r., < <https://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2016-06/rechtspolitik-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein-fischer-im-recht> >.
- Freudenberg D., *„Nein heißt Nein!“ oder die Hoffnung auf einen menschenrechtskonformen Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht*, „Recht und Politik“ 2016, z. 2.
- Frommel M., *„Dann müsste man der Frau immer glauben“*, wywiad udzielony „Legal Tribune Online“ z dnia 13 sierpnia 2014 r., < <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/vergewaltigung-sexualstrafrecht-istanbul-konvention/> >.
- Frommel M., *Für eine an der Istanbul-Konvention orientierte Auslegung der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung*, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ 2016, z. 4.
- Frommel M., *Muss der Tatbestand der sexuellen Nötigung/Vergewaltigung – § 177 StGB reformiert werden?*, w: *Strafrecht, Jugendstrafrecht, Kriminalprävention in Wissenschaft und Praxis. Festschrift für Heribert Ostendorf zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 2015*, red. Th. Rotsch, J. Brüning, J. Schady, Baden-Baden 2015.
- Frommel M., *Reform des Sexualstrafrechts?*, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ 2015, z. 6.
- Frommel M., w: *NomosKommentar. Strafgesetzbuch. Band 2: §§ 80–241 StGB*, red. U. Kindhäuser, U. Neumann, H.-U. Paeffgen, Baden-Baden 2017.
- Füchsel K., Müller-Neuhof J., *„Was macht er da? Ich will das nicht!“*, „Der Tagesspiegel“ z dnia 23 października 2019 r., < <https://www.tagesspiegel.de/politik/drei-jahre-neues-sexualstrafrecht-was-macht-er-da-ich-will-das-nicht/25133984.html> >.
- Gańczak F., *Brak przyzwolenia dla przestępstw seksualnych w Niemczech*, „Polityka“ z dnia 27 września 2016 r., < <https://www.polityka.pl/tygodnikpolityka/swiat/1676728,1,brak-pryzyzwolenia-dla-przestepstw-seksualnych-w-niemczech.read> >.

- Grieger K. i in., „Was Ihnen widerfahren ist, ist in Deutschland nicht strafbar“. Fallanalyse zu bestehenden Schutzlücken in der Anwendung des deutschen Sexualstrafrechts bezüglich erwachsener Betroffener, < <https://www.frauen-gegen-gewalt.de/de/studien-und-positions-papiere/bff-fallanalyse-was-ihnen-widerfahren-ist-ist-in-deutschland-nicht-strafbar.html> >.
- Hecht P., *Nein bleibt Nein*, „Die Tageszeitung“ z dnia 6 listopada 2021 r., < <https://taz.de/Reform-des-Sexualstrafrechts/!5809595/> >.
- Heger M., w: K. Lackner, K. Kühl, M. Heger, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München 2018.
- Herning L., Illgner J., „Ja heißt Ja“ – Konsensorientierter Ansatz im deutschen Sexualstrafrecht, „Zeitschrift für Rechtspolitik“ 2016, z. 3.
- Herzog F., *Sex wider Willen – Anmerkungen zu dem Grund und den Grenzen der Strafbarkeit von nicht konsensual verlaufendem Geschlechtsverkehr*, „Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft“ 2015, z. 1.
- Högl E., Neumann B., *Paradigmenwechsel im Sexualstrafrecht. Zur Verankerung des Grundsatzes „Nein heißt Nein!“ im deutschen Strafrecht*, „Recht und Politik“ 2016, z. 3.
- Hörnle T., #MeToo – Implications for Criminal Law, „Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice“ 2018, t. 6, nr 2.
- Hörnle T., § 184j StGB (Straftaten aus Gruppen) – ein verfassungswidriger Straftatbestand?, „Bonner Rechtsjournal“ 2017, nr 1.
- Hörnle T., *Das Gesetz zur Verbesserung des Schutzes sexueller Selbstbestimmung*, „Neue Zeitschrift für Strafrecht“ 2017, z. 1.
- Hörnle T., *Die geplanten Änderungen der §§ 177, 179 StGB – ein kritischer Blick*, „Kriminalpolitische Zeitschrift“ 2016, nr 1.
- Hörnle T., *Menschenrechtliche Verpflichtungen aus der Istanbul-Konvention. Ein Gutachten zur Reform des § 177 StGB*, < [https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/\\_migrated/tx\\_commerce/Menschenrechtliche\\_Verpflichtungen\\_aus\\_der\\_Istanbul\\_Konvention\\_Ein\\_Gutachten\\_zur\\_Reform\\_des\\_Paragraf\\_177\\_StGB.pdf](https://www.institut-fuer-menschenrechte.de/fileadmin/_migrated/tx_commerce/Menschenrechtliche_Verpflichtungen_aus_der_Istanbul_Konvention_Ein_Gutachten_zur_Reform_des_Paragraf_177_StGB.pdf) >.
- Hörnle T., *Rape as Non-Consensual Sex*, w: *The Routledge Handbook of the Ethics of Consent*, red. A. Müller, P. Schaber, London 2018.
- Hörnle T., *Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft“ 2015, t. 127, z. 4.
- Hörnle T., *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, „German Law Journal“ 2017, t. 18, nr 6.
- Hörnle T., w: *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar. Sechster Band. §§ 146 bis 210*, red. H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann, Berlin 2010.
- Hörnle T., *Wider das Dogma vom Finalzusammenhang bei Raub und sexueller Nötigung*, w: *Strafrechtswissenschaft als Analyse und Konstruktion. Festschrift für Ingeborg Puppe zum 70. Geburtstag*, red. H.-U. Paeffgen i in., Berlin 2011.
- Hörnle T., *Wie § 177 StGB ergänzt werden sollte*, „Goldammer’s Archiv für Strafrecht“ 2015.
- Hoven E., *Reform des Sexualstrafrechts – Ad-hoc-Gesetzgebung und Diskursstrategien*, „Neue Kriminalpolitik“ 2018, t. 30, z. 4.
- Hoven E., Weigend Th., „Nein heißt Nein“ – und viele Fragen offen. Zur Neugestaltung der Strafbarkeit sexueller Übergriffe, „Juristen Zeitung“ 2017, z. 4.

- Isfen O., *Zur gesetzlichen Normierung des entgegenstehenden Willens bei Sexualdelikten. Ein Beitrag zu aktuellen Reformüberlegungen*, „Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik” 2015, nr 4.
- Jarocka M., *Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym*, „Studia Iuridica Toruniensia” 2021, t. 28, nr 1.
- Kempe A., *Lückenhaftigkeit und Reform des deutschen Sexualstrafrechts vor dem Hintergrund der Istanbul-Konvention*, Berlin 2018.
- Keßler S., *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*, Berlin 2022.
- Köbel R., „Progressive” Criminalization? A Sociological and Criminological Analysis Based on the German “No Means No” Provision, „German Law Journal” 2021, t. 22, z. 5.
- Köbel R., *Kriminalisierungseffekte im Sexualstrafrecht (§ 177 StGB)?*, „Strafverteidiger” 2020, z. 5.
- Kunz C., *Was heißt noch Ja? Eine skeptische Betrachtung des neuen Sexualstrafrechts*, „juris – Die Monatszeitschrift” 2016, nr 11.
- Lamping F., *Die Rationalisierung und Überregulierung der Sexualität. Zur aktuellen Reform des Sexualstrafrechts*, „Juristische Rundschau” 2017, z. 7.
- Laubenthal K., *Handbuch Sexualstrafaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Heidelberg 2012.
- Lederer J., *Nein heißt nein... zu populistischer Kriminalpolitik und punitiven Tendenzen im Gesetz »zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt«*, „Strafverteidiger” 2021, z. 5.
- Lederer J., w: *AnwaltKommentar StGB*, red. K. Leipold, M. Tsambikakis, M.A. Zöller, Heidelberg 2020.
- Löffelmann M., *Verfassungswidrigkeit des neuen § 177 StGB?*, „Strafverteidiger” 2017, z. 6.
- May M., *Die Voraussetzungen der Vergewaltigung nach § 177 Abs. 1, Abs. 6 StGB n.F.*, „Juristische Rundschau” 2019, z. 3.
- Müller-Piepenkötter R., *Opinia prawna z dnia 30 maja 2016 r.*, < [https://www.bundestag.de/resource/blob/425252/c8a89116faaaed5cb515448f15b274ff/mueller\\_piepenkoetter-data.pdf](https://www.bundestag.de/resource/blob/425252/c8a89116faaaed5cb515448f15b274ff/mueller_piepenkoetter-data.pdf) >.
- Papathanasiou K., *Das reformierte Sexualstrafrecht – Ein Überblick über die vorgenommenen Änderungen*, „Kriminalpolitische Zeitschrift” 2016, nr 2.
- Pisal R., Freudenberg D., *Opinia prawna Deutscher Juristinnenbund e. V. z dnia 9 maja 2014 r.*, < [https://www.djb.de/fileadmin/user\\_upload/presse/stellungnahmen/st14-7\\_Istanbul-Konvention.pdf](https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/presse/stellungnahmen/st14-7_Istanbul-Konvention.pdf) >.
- Plątek M., *Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki*, „Archiwum Kryminologii” 2018, t. 40.
- Reformkommission zum Sexualstrafrecht, *Sprawozdanie końcowe przedłożone Ministrowi Sprawiedliwości i Ochrony Konsumentów dnia 19 lipca 2017 r.*, < [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien/Untersuchungen/Fachbuecher/Abschlussbericht\\_Reformkommission\\_Sexualstrafrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Service/Studien/Untersuchungen/Fachbuecher/Abschlussbericht_Reformkommission_Sexualstrafrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1) >.
- Renzikowski J., *Lücken beim Schutz der sexuellen Selbstbestimmung aus menschenrechtlicher Sicht*, < <https://www.bundestag.de/resource/blob/357202/87f20df8e8751bfb54b1ed22da85106a/renzikowski-data.pdf> >.

- Renzikowski J., *Nein! – Das neue Sexualstrafrecht*, „Neue Juristische Wochenschrift” 2016, z. 49.
- Renzikowski J., w: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3: §§ 80–184k StGB*, red. V. Erb, J. Schäfer, München 2021.
- Renzikowski J., w: *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band 3: §§ 80–184g StGB*, red. W. Joecks, K. Miebach, München 2012.
- Roxin C., Greco L., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Band I: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, München 2020.
- Rückert S., *Das Schlafzimmer als gefährlicher Ort*, „Die Zeit” z dnia 30 czerwca 2016 r., < <https://www.zeit.de/2016/28/sexualstrafrecht-verschaerfung-kritik> >.
- Schneider L., *Defining Rape: Coercion- or Consent-Based Approach? Towards a Definition of Rape in Wartime in International Criminal Law (ICL)*, „International Journal of Humanities and Social Science Review” 2020, t. 6, nr 4.
- Schulz U., *Der „erkennbare Wille“ gem. § 177 Abs. 1 StGB*, „Strafverteidiger Forum” 2017, z. 11.
- Vavra R., *Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen*, Baden-Baden 2020.
- Walter T., *Feministische Kriminalpolitik?*, „Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft” 2017, t. 129, z. 2.
- Walter T., *Zu früh und zu weit – der aktuelle Referentenentwurf eines Gesetzes zur »Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung«*, „Juristische Rundschau” 2016, z. 7.
- Wollmann S., Schaar A., *Alles nur eine Frage der Kampagne? Das Schutzlückenprojekt „Nein heißt Nein!“*, „Neue Kriminalpolitik” 2016, t. 28, z. 3.
- Wolters G., Noltenius B., w: *SK-StGB. Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch. Band IV: §§ 174–241a StGB*, red. J. Wolter, Köln 2017.
- Wolters G., w: *Strafgesetzbuch. Kommentar*, red. H. Satzger, W. Schluckebier, Köln 2021.