

Karolina Śliwecka<sup>1</sup>

## **Yes means yes, no means no. Interpretacje znamienia zgody w kontekście przestępstwa zgwałcenia<sup>2</sup>**

*Yes means yes, no means no: Possible Interpretations of Consent in the Context of Rape Law*

### **1. Wstęp**

Zgwałcenie bez wątplenia jest jednym z najpoważniejszych przestępstw, stanowiąc naruszenie najbardziej intymnej sfery ludzkiego życia. Jednocześnie pozostaje przestępstwem, którego tzw. ciemna liczba, czyli „liczba przestępstw nieujawnionych, a faktycznie popełnionych, o których żadna informacja nie dotarła do organów ścigania i nie zostały one zarejestrowane”<sup>3</sup> wynosi 95% (dla pozostałych przestępstw przeciwko wolności seksualnej liczba ta wynosi około 80–90%), co oznacza, że zaledwie co dwudzieste zgwałcenie jest ujawniane<sup>4</sup>. Dodatkowo, jak wynika z badań przeprowadzonych przez Fundację na rzecz Równości i Emancypacji STER w okresie od 27 stycznia 2014 r. do 30 czerwca 2015 r., postępowanie przygotowawcze w sprawach z art. 197 Kodeksu karnego<sup>5</sup> penalizującego zgwałcenie zostało wszczęte w niespełna 76%

---

<sup>1</sup> Karolina Śliwecka – mgr, absolwentka Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego / M.A., Faculty of Law and Administration, Jagiellonian University; ORCID: 0000-0002-8298-5346; ✉ [karolinasliwecka2301@gmail.com](mailto:karolinasliwecka2301@gmail.com).

<sup>2</sup> Artykuł powstał w oparciu o pracę magisterską pt. *Znamię zgody w kontekście przestępstwa zgwałcenia*, napisaną na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego pod kierunkiem dr hab. Agnieszki Barczak-Oplustil oraz dr hab. Mikołaja Małeckiego. Był także przedmiotem dyskusji w programie: *Tak znaczy...*

<sup>3</sup> J. Warylewski, *Rozmiar...*, s. 418.

<sup>4</sup> J. Warylewski, *Rozmiar...*, s. 418.

<sup>5</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, Dz.U. 2021, poz. 2345 ze zm., dalej: Kodeks karny, k.k.

zgłoszonych spraw, z czego 61% postępowań przygotowawczych zostało umorzonych<sup>6</sup>. Najczęstszą przyczyną umorzeń był brak czynu lub danych uzasadniających podejrzenie jego popełnienia<sup>7</sup> (art. 17 § 1 pkt 1 Kodeksu postępowania karnego<sup>8</sup>). Przepis ten był podstawą 67% postanowień o odmowie wszczęcia postępowania lub umorzeniu postępowania już wszczętego<sup>9</sup>, z kolei dalsze 18% postanowień uzasadniono tym, że: „czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa” (art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.). W związku z przeprowadzonymi badaniami autorzy raportu wysnuli wniosek, że konieczną może być zmiana brzmienia art. 197 k.k. penalizującego zgwałcenie tak, „aby położyć w niej większy nacisk na *brak zgody osoby pokrzywdzonej*”<sup>10</sup>.

Głosy postulujące konieczność nowelizacji przepisu dotyczącego przestępstwa zgwałcenia są w ostatnim czasie coraz liczniejsze. Zwolennikiem nowelizacji był m.in. Adam Bodnar. Pełniąc urząd Rzecznika Praw Obywatelskich, skierował w lutym 2021 r. do Prezesa Rady Ministrów Mateusza Morawieckiego pismo, w którym wskazywał na „potrzebę poprawy standardów ochrony przed przemocą seksualną, która występuje w różnych relacjach i formach”<sup>11</sup>. Dowodził, że obecne sformułowanie art. 197 k.k. obniża skuteczność przeciwdziałania, ścigania i karania przemocy seksualnej, a w związku z tym konieczna jest jego zmiana tak, by „znamieniem przestępstwa zgwałcenia był brak dobrowolnej i świadomej zgody na obcowanie płciowe, nie zaś – doprowadzenie do niego przemocą, groźbą lub podstępem”<sup>12</sup>.

Konsekwencją coraz liczniejszych w dyskursie publicznym głosów opowiadających się za zmianą definicji zgwałcenia było złożenie 8 marca 2021 r. poselskiego projektu nowelizacyjnego, zgodnie z którym za

<sup>6</sup> M. Grabowska, A. Grzybek, *Przełamać...*, s. 151–154.

<sup>7</sup> M. Grabowska, A. Grzybek, *Przełamać...*, s. 158.

<sup>8</sup> Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2021, poz. 534 ze zm., dalej: Kodeks postępowania karnego, k.p.k.

<sup>9</sup> M. Grabowska, A. Grzybek, *Przełamać...*, s. 158.

<sup>10</sup> M. Grabowska, A. Grzybek, *Przełamać...*, s. 164.

<sup>11</sup> Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020. ASZ, < [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie\\_RPO\\_do\\_premiera\\_ws\\_definicji\\_zgwalcenia\\_02\\_2021.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf) >, s. 1.

<sup>12</sup> Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020. ASZ, < [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie\\_RPO\\_do\\_premiera\\_ws\\_definicji\\_zgwalcenia\\_02\\_2021.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf) >, s. 7.

zgwałcenie ma być uznawane każde doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej bez wyrażenia przez nią świadomej i dobrowolnej zgody<sup>13</sup>.

Poniższy artykuł ma na celu przeliterowanie, czy rzeczywiście postulowana zmiana jest konieczna. W związku z tym w tekście przedstawiona zostanie obowiązująca obecnie regulacja dotycząca zgwałcenia oraz dwie najistotniejsze teoretyczne koncepcje dotyczące zgody w kontekście tego przestępstwa, tj. teoria wolności seksualnej (*no means no approach*) oraz teoria autonomii seksualnej (*yes means yes approach*). Następnie omówione i przeanalizowane zostaną zarzuty stawiane przyjętej w polskim ustawodawstwie koncepcji *no means no*.

## 2. Struktura artykułu 197 Kodeksu karnego

W Kodeksie karnym czyny skierowane przeciwko wolności seksualnej spenalizowane są w rozdziale XXV. Najpoważniejszym z nich jest przestępstwo zgwałcenia, opisane w art. 197 k.k. Dobrem chronionym jest wolność seksualna „rozumiana jako wolność od nacisków w przedmiocie decyzji odnoszącej się do zachowań ze sfery życia seksualnego człowieka”<sup>14</sup>, a warunkiem odpowiedzialności karnej jest, by sprawca swoim zachowaniem godził w sferę tejże wolności<sup>15</sup>. Zarówno typy podstawowe, jak i typy kwalifikowane należą do przestępstw powszechnych<sup>16</sup>. Wszystkie typy zgwałcenia mogą być popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim<sup>17</sup>. Zgwałcenie nie jest tzw. typem własnoręcznym, gdyż znamię „doprowadza” oznacza, że nie jest konieczne, by sprawca sam brał udział w czynności seksualnej z osobą pokrzywdzoną<sup>18</sup>.

Tym, co odróżnia dwa podstawowe typy zgwałcenia, jest zakres pojęciowy „obcowania płciowego” i „innej czynności seksualnej”<sup>19</sup>. Poprzez obcowanie płciowe w doktrynie rozumie się stosunek płciowy oraz jego surogaty<sup>20</sup>. W doktrynie uznaje się, że do obcowania płciowego

<sup>13</sup> *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z 8 marca 2021 r.*, druk nr 1091, Sejm IX kadencji.

<sup>14</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 7.

<sup>15</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 10.

<sup>16</sup> V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 3.

<sup>17</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 102.

<sup>18</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 19.

<sup>19</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 22.

<sup>20</sup> M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 4.

koniecznym jest, by doszło do penetracyjnego zaangażowania organów płciowych przynajmniej jednej osoby<sup>21</sup> lub innych naturalnych otworów ciała ofiary, które stanowią substytut żeńskich narządów płciowych<sup>22</sup>. Z kolei inna czynność seksualna to „takie zachowanie, nie mieszczące się w pojęciu «obcowania płciowego», które związane jest z szeroko rozumianym życiem płciowym człowieka, polegające na kontakcie cielesnym sprawcy z pokrzywdzonym lub przynajmniej na cielesnym i mającym charakter seksualny zaangażowaniu ofiary”<sup>23</sup>. Dla oceny, czy dane zachowanie należy do desygnatów pojęcia „innej czynności seksualnej”, niezbędne jest odwołanie się do kontekstu kulturowego, ponieważ taka sama czynność tylko w pewnych okolicznościach nabierze seksualnego charakteru<sup>24</sup>. Do realizacji znamion zgwałcenia koniecznym jest, by sprawca posłużył się przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem.

Przez przemoc należy rozumieć oddziaływanie „siłą fizyczną na osobę albo na rzecz w celu przymuszenia osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia”<sup>25</sup>. Znamię to na gruncie art. 197 k.k. rozumiane jest szeroko, tj. nie tylko jako ta stosowana wobec osoby, ale również wobec rzeczy<sup>26</sup>. Osobą, na którą sprawca oddziałuje, może być nie tylko osoba pokrzywdzona przestępstwem zgwałcenia, ale również inna osoba, np. bliski ofiary<sup>27</sup>. Przemoc skierowana być musi na przełamanie oporu osoby pokrzywdzonej<sup>28</sup>, który jest przejawem braku zgody jako „zewnątrzny wyraz woli przeciwnej dążeniom zmuszającego”<sup>29</sup> lub na uniemożliwienie zmanifestowania oporu. Zgodnie z poglądem wyrażonym w doktrynie nie można mówić o zastosowaniu przemocy w przypadku braku oporu po stronie pokrzywdzonego<sup>30</sup>. Pogląd ten znajduje również odzwierciedlenie w orzecznictwie, między innymi w postanowieniu Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2021 r., zgodnie z którym: „Sprzeciw, który jest warunkiem koniecznym przestępstwa zgwałcenia,

---

<sup>21</sup> K. Lipiński, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 14.

<sup>22</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 24.

<sup>23</sup> Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 19 maja 1999 r., I KZP 17/99.

<sup>24</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 35.

<sup>25</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 40.

<sup>26</sup> M. Mozgawa, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 5.

<sup>27</sup> S. Hypś, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., podrozdział II, teza 13.

<sup>28</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 40.

<sup>29</sup> M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 9.

<sup>30</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 43.

musi być przez ofiarę wyraźnie zmanifestowany, choć może to nastąpić w różny sposób<sup>31</sup>.

Groźba bezprawna jest formą nacisku na proces decyzyjny osoby pokrzywdzonej<sup>32</sup>, który ma na celu przymuszenie jej do określonego zachowania lub znoszenia i wyeliminowanie oporu ofiary<sup>33</sup>. Znamię to posiada legalną definicję zawartą w art. 115 § 12 k.k., zgodnie z którą jest to groźba określona w art. 190 § 1 k.k., a więc groźba popełnienia przestępstwa na szkodę osoby pokrzywdzonej lub osoby jej bliskiej, a także „groźba spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona administracyjna kara pieniężna, jak również rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej”. Groźba musi wzbudzać w pokrzywdzonym uzasadnioną obawę, że zostanie spełniona<sup>34</sup>, a więc powinna zostać oceniona przez pryzmat zobiektywizowanego kryterium indywidualnego<sup>35</sup>. Musi więc, po pierwsze, wywołać w konkretnym pokrzywdzonym strach, a po drugie, strach ten musi być uzasadniony, co ocenia się poprzez uwzględnienie m.in. okoliczności zdarzenia, cech ofiary czy sprawcy. Za poglądem wyrażonym w orzecznictwie Sądu Najwyższego uznać należy, że groźba jest uzasadniona „jeżeli każdy człowiek o podobnej do zagrożonego osobowości i w podobnej sytuacji również odczuwałby obawę przed taką groźbą”<sup>36</sup>.

Trzecim, ostatnim sposobem doprowadzenia ofiary do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej jest podstęp. Na gruncie art. 197 k.k. chodzi zarówno o podstęp w znaczeniu wąskim, jak i szerokim<sup>37</sup>, co potwierdza orzecznictwo Sądu Najwyższego<sup>38</sup>. Podstępem będzie więc po pierwsze, wprowadzenie ofiary w błąd lub wykorzystanie jej błędu do co istotnych przesłanek wpływających na jej decyzję w zakresie autodeterminacji seksualnej (ujęcie wąskie), a po drugie, takie wykorzystanie błędu lub wprowadzenie w błąd, które wyłącza możliwość podjęcia świadomej, wolnej decyzji poprzez wyłączenie

<sup>31</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2021 r., V KK 165/21.

<sup>32</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 47.

<sup>33</sup> V. Konarska-Wrzosek, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 7.

<sup>34</sup> T. Bojarski, A. Michalska-Warias, J. Piórkowska-Flieger, M. Szwarczyk, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 115 k.k., teza 12.

<sup>35</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 48.

<sup>36</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 grudnia 2002 r., IV KKN 508/99.

<sup>37</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 52.

<sup>38</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 maja 1985 r., II KR 86/85.

zdolności poznawczych, decyzyjnych czy ruchowych (ujęcie szerokie)<sup>39</sup>. Błąd musi dotyczyć okoliczności istotnych w kontekście podjęcia decyzji o zaangażowaniu się w czynność o charakterze seksualnym<sup>40</sup>. Ocena, jakie przesłanki należy uznać za ważne, a jakie jedynie za uboczne w procesie decyzyjnym, zależy od kontekstu kulturowego, w jakim znajdują się osoba pokrzywdzona i sprawca<sup>41</sup>. Zastosowanie podstępnie uniemożliwia osobie pokrzywdzonej stawianie oporu<sup>42</sup>. W przeciwieństwie więc do pozostałych dwóch określonych w art. 197 k.k. form wpływania na proces decyzyjny ofiary nie jest wymagane, by osoba pokrzywdzona zmanifestowała swój brak zgody, który sprawca następnie przełamuje.

Na podstawie przywołanych powyżej poglądów doktryny oraz orzecznictwa stwierdzić należy, że obecnie dla zaistnienia przestępstwa zgwałcenia koniecznym jest wyrażenie przez ofiarę oporu, przez który można rozumieć uzewnętrzniony wyraz braku zgody na kontakt seksualny. Stanowisko to jest powszechnie akceptowane w doktrynie, co ilustruje tabela 1.

W doktrynie kładzie się więc nacisk nie na wymóg wyrażenia zgody, a na zmanifestowanie jej braku. Świadczą o tym nie tylko powyższe cytaty, ale także uwzględnienie całości kontekstu, w jakim opisywane jest przestępstwo zgwałcenia we wskazanych powyżej publikacjach. Ponadto w żadnym komentarzu nie jest wskazane wprost, że opór nie jest wymagany.

Pogląd ten znalazł również odzwierciedlenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego w przywołanym już powyżej postanowieniu z czerwca 2021 r.<sup>43</sup> czy w wyroku z dnia 8 października 1997 r.<sup>44</sup> Również w orzeczeniach sądów niższych instancji dla uznania, że wystąpiło przestępstwo zgwałcenia, koniecznym jest, by ofiara uzewnętrzniała swój sprzeciw. Przykładowo Sąd Okręgowy w Częstochowie w wyroku z dnia 30 grudnia 2016 r. uznał, że dla zaistnienia przestępstwa z art. 197 k.k. musi wystąpić opór „postrzegalny dla sprawcy i jednoznaczny w swej wymowie”<sup>45</sup>. Co za tym idzie, nie uznał za zgwałcenie kontaktu z jedną

<sup>39</sup> M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 14.

<sup>40</sup> K. Lipiński, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 28.

<sup>41</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 54.

<sup>42</sup> K. Lipiński, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 28.

<sup>43</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2021 r., V KK 165/21.

<sup>44</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 października 1997 r., V KKN 346/96.

<sup>45</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 30 grudnia 2016 r., II K 96/15.

z pokrzywdzonych, która nie wyraziła jasno swojego sprzeciwu, mimo że w wyroku wyraźnie uznano, że kontakt ten był niekonsensualny<sup>46</sup>. Podobne tezy można znaleźć również w innych orzeczeniach<sup>47</sup>.

Autor, publikacja	Cytat
K. Lipiński, w: <i>Kodeks...</i> , komentarz do art. 197 k.k., teza 22.	„Cechą wspólną wszystkich znamion dookreślających zachowanie sprawcy (przemocy, groźby bezprawnej, podstępny) jest to, że przełamują one występujący po stronie pokrzywdzonego opór przyjmujący postać fizyczną lub psychiczną, a stanowiący wyraz braku zgody ofiary na czynność seksualną, względnie – uniemożliwiają wyrażenie takiego oporu”.
M. Bielski, w: <i>Kodeks...</i> , komentarz do art. 197 k.k., teza 7.	„Artykuł 197 chroni przed przełamującymi opór ofiary naciśkami w formie przymusu fizycznego w postaci przemocy oraz przymusu psychicznego w postaci groźby bezprawnej. Artykuł 197 chroni także wolność od podstępnego doprowadzenia do czynności seksualnych, które to zachowanie sprawcy wyłącza opór ofiary podejmującej decyzję co do kontaktu seksualnego na podstawie błędnych przesłanek motywacyjnych”.
M. Filar, M. Berent, w: <i>Kodeks...</i> , komentarz do art. 197 k.k., teza 10.	„Opór, będący przejawem braku zgody, musi być uzewnętrzniony w postaci zachowania postrzegalnego dla sprawcy. (...) Jeśli więc ofiara przejawia w ewidentny sposób rzeczywisty opór, będący wyrazem braku jej zgody na stosunek, sprawca zaś mimo to stosunek ten wymusi, to dojdzie do przełamania oporu i w konsekwencji – do zgwałcenia”.
J. Piórkowska-Flieger, w: <i>Kodeks...</i> , komentarz do art. 197 k.k., teza 3.	„Niezbędne jest zatem wystąpienie dostrzegalnego przez sprawcę oporu, stanowiącego uzewnętrznienie braku zgody na obcowanie płciowe. Opór może przejawiać się w postaci słownej odmowy lub jakiegokolwiek innej, np. przez wrywanie się z objęć sprawcy”.
S. Hypś, w: <i>Kodeks...</i> , komentarz do art. 197 k.k., teza 12.	„Opór ofiary natomiast oznacza brak zgody na zachowanie sprawcy, musi być rzeczywisty i uzewnętrzniony w sposób zrozumiały dla sprawcy. (...) Opór ofiary nie musi polegać na fizycznym przeciwstawieniu się użytym przez sprawcę środkom zmuszania i w zależności od sytuacji jego dostrzegane dla sprawcy uzewnętrznienie może sprowadzać się do innych form, np. płaczu, ustnych wypowiedzi, szarpnięcia czy prób wzywania pomocy”.

**Tabela 1.** Stanowiska doktryny odnośnie do warunku oporu przy przestępstwie zgwałcenia.

<sup>46</sup> Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 30 grudnia 2016 r., II K 96/15.

<sup>47</sup> Przykładowo: wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 20 lipca 2020 r., II K 6/20; wyrok Sądu Okręgowego w Poznaniu z dnia 22 listopada 2017 r., III K 140/17; wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 30 czerwca 2016 r., III K 84/16.

Opór nie musi występować przez cały czas trwania wymuszonego zachowania seksualnego<sup>48</sup> oraz nie musi przybierać charakteru fizycznego, a objawiać się np. wołaniem o pomoc czy płaczem<sup>49</sup>. Wskazuje się jednak, że opór musi być wyraźnie zmanifestowany, co jest warunkiem koniecznym przyjęcia realizacji przestępstwa z art. 197 k.k.<sup>50</sup> Innymi słowy, jeśli ofiara z różnych przyczyn nie uzewnętrznia swojego sprzeciwu, nie dochodzi do realizacji znamion przestępstwa zgwałcenia. Co za tym idzie, jeśli sprawca swoim zachowaniem nie wypełnia znamion innego typu, nie ponosi odpowiedzialności karnej, nawet jeśli obcowanie płciowe lub inna czynność seksualna, do którego doprowadził osobę poszkodowaną, faktycznie była niekonsensualna. Takie rozumienie przepisu art. 197 k.k. wpisuje się w teorię wolności seksualnej czy inaczej *no means no approach*, która zostanie szerzej omówiona w dalszej części artykułu.

### 3. Koncepcje teoretyczne przestępstwa zgwałcenia

W literaturze wskazuje się na dwa główne nurty teoretyczne, które wpływają na regulacje prawne dotyczące przestępstwa zgwałcenia, a w rezultacie również innych przestępstw przeciwko wolności seksualnej. Obie te koncepcje skupiają się na kryterium zgody, jednak różnią się w jego rozumieniu.

Pierwsza z nich to teoria wolności seksualnej, inaczej określana jako *no means no approach*. Koncepcja ta kładzie nacisk na wolność jednostki od niechcianych zachowań seksualnych<sup>51</sup>. Zakłada, że jeśli ofiara wyraża swój sprzeciw, to sprawca, kontynuując i przełamując jej opór, narusza tę wolność<sup>52</sup>. W centrum tej teorii stoi więc uzewnętrzniony przez ofiarę brak zgody<sup>53</sup>. Koncepcja ta znalazła swój wyraz w wielu ustawodawstwach karnych na świecie, w tym także w regulacjach polskich. W wielu jednak regulacjach wymóg zmanifestowania braku zgody nie

---

<sup>48</sup> Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 2021 r., V KK 165/21.

<sup>49</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 8 kwietnia 2009 r., II AKa 72/09.

<sup>50</sup> M. Czechowska, *Czy w polskim...*, s. 77–98.

<sup>51</sup> M. Płatek, *Przestępstwo...*, s. 23–43.

<sup>52</sup> P. Marino, *Philosophy...*, s. 41.

<sup>53</sup> Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020. ASZ, < [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie\\_RPO\\_do\\_premiera\\_ws\\_definicji\\_zgwalcenia\\_02\\_2021.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf) >.

jest wyrażonym wprost w przepisie znamieniem zgwałcenia, ale stanowi pewien rodzaj dowodu<sup>54</sup>. Przykładowo w stanie Utah zgwałceniem będzie odbycie stosunku bez zgody<sup>55</sup>, które to znamię definiowane jest m.in. jako sytuacja, w której ofiara w sposób werbalny lub niewerbalny zakomunikowała swój sprzeciw<sup>56</sup>.

Niektórzy autorzy doszukują się uzasadnienia tej teorii w czynnikach historycznych. Patricia Marino zwraca uwagę na sposób postrzegania seksu i roli kobiety w anglojęzycznych społeczeństwach przed XIX wiekiem<sup>57</sup>. Autorka wskazuje, że jedyną dozwoloną ówczesnie formą kontaktów seksualnych były te zachowania, które miały miejsce w małżeństwie. Jednocześnie zakładano, że kontakty te są obowiązkiem, a co za tym idzie, nie penalizowano tzw. zgwałcenia małżeńskiego. Ponadto kobieta zobowiązana była do powstrzymania się od wszelkich konsensualnych kontaktów seksualnych przed zawarciem małżeństwa, a jeśli nie udało jej się to, uznawana była za niezdatną do małżeństwa (*unmarriageable*)<sup>58</sup>. W związku z tym zakładano, że jeśli niezamężna kobieta dobrowolnie podjęła aktywność seksualną, to, by uniknąć ostracyzmu społeczeństwa, może skłamać, że została zgwałcona, co mogło prowadzić do fałszywych oskarżeń. Co za tym idzie, skonstruowano prawa tak, by przestępstwo zgwałcenia wymagało dla swojego zaistnienia oporu po stronie ofiary<sup>59</sup>. Stopniowo wymóg fizycznego, aktywnego oporu ewoluował w wymóg uzewnętrznienia braku zgody w jakikolwiek, widoczny sposób. Takie rozumienie koncepcji *no means no* przyjęto również w polskim ustawodawstwie karnym<sup>60</sup>.

Przeciwstawianą opisywanej powyżej koncepcji *no means no* jest teoria autonomii seksualnej, inaczej określana jako *yes means yes approach*. Jedną z pierwszych publikacji na temat tej koncepcji, która omawiała ją

---

<sup>54</sup> S. Green, *Criminalizing...*, s. 79.

<sup>55</sup> Utah Criminal Code, Section 76-5-402. Rape, „A person commits rape when the actor has sexual intercourse with another person without the victim's consent”.

<sup>56</sup> Utah Criminal Code, Section 76-5-406. Sexual offenses against the victim without consent of victim – Circumstances, 2 a, „the victim expresses lack of consent through words or conduct”.

<sup>57</sup> P. Marino, *Philosophy...*, s. 39.

<sup>58</sup> P. Marino, *Philosophy...*, s. 39.

<sup>59</sup> P. Marino, *Philosophy...*, s. 39–40.

<sup>60</sup> Zob. Pismo Rzecznika Praw Obywatelskich z dnia 13 lutego 2021 r., sygn. XI.518.88.2020.ASZ, < [https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie\\_RPO\\_do\\_premiera\\_ws\\_definicji\\_zgwalcenia\\_02\\_2021.pdf](https://www.rpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zgwalcenia_02_2021.pdf) >.

w sposób całościowy, była składająca się z serii esejów książka pt. *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape*<sup>61</sup>. Autorami esejów w niej zawartych byli liczni aktywiści związani ze środowiskiem feministycznym. Dowodzili oni, że dotychczas promowana koncepcja *no means no*, która zakładała konsensualność seksu tak długo, aż jedna z zaangażowanych osób nie wyraziła swojego braku zgody, nie jest wystarczająca. Proponowali, by zamiast tego nadużyciem seksualnym był każdy kontakt, który nie został poprzedzony uzyskaniem zgody wyrażonej werbalnie lub zgodnie z inną wersją tej koncepcji również niewerbalnie. Zgoda musi być ponadto w rozumieniu tej teorii czymś więcej niż po prostu milczeniem lub brakiem oporu<sup>62</sup>. Tym samym założono, że uwaga skupi się na osobie inicjującej kontakt i na tym, czy uzyskała ona zgodę na ten kontakt<sup>63</sup>.

W jednej ze swoich postaci koncepcja *yes means yes* zakłada, że zgoda na czynność seksualną może zostać wyrażona wyłącznie w sposób werbalny<sup>64</sup>. Wydaje się jednak, że takie rozumienie jest za daleko idące. Nie uwzględnia ono bowiem dynamiki relacji seksualnych i ich realiów. Po pierwsze, relacje te są silnie powiązane z emocjami i często są spontaniczne. Wymóg werbalnych pytań i werbalnej zgody zbytnio formalizowałby kontakty seksualne i pozbawiał je intymnego charakteru. Po drugie, *yes means yes approach* w powyżej przedstawionej wersji nie uwzględnia realiów relacji seksualnych w długoletnich związkach, w których partnerzy znają się dobrze i wiedzą, jakie zachowania w sferze intymnej są dla drugiej osoby akceptowalne, a które nie. Co za tym idzie, są w stanie zrozumieć również niewerbalne wyrazy zgody lub sprzeciwu.

Inne ujęcie *yes means yes approach* dopuszcza, by zgoda została wyrażona w jakikolwiek, widoczny i zrozumiały sposób. Ta odmiana teorii autonomii seksualnej znalazła swój wydzźwięk w wielu aktach prawa, zarówno krajowych, jak i międzynarodowych. Jednym z najwcześniejszych aktów, w którym postulowano definiowanie zgwałcenia jako czynności seksualnej bez wyrażonej zgody, była Rekomendacja Komitetu Ministrów dla państw członkowskich Rady Europy Rec (2002)5 o ochronie

---

<sup>61</sup> *Yes Means...*

<sup>62</sup> J. Pallikkathayil, *Consent...*, s. 2.

<sup>63</sup> S. Cieślak, *Zgoda...*, s. 79.

<sup>64</sup> P. Marino, *Philosophy...*, s. 48.

kobiet przed przemocą<sup>65</sup>. Rekomendacja ta stanowiła, że w prawo krajowe państw-stron powinno penalizować wszelkie akty seksualne popełnione przeciwko osobie, która nie wyraża na nie zgody, nawet jeśli ta osoba w żaden sposób nie okazuje oporu<sup>66</sup>.

Również Konwencja Stambulska z dnia 11 maja 2011 r.<sup>67</sup> wymaga od sygnatariuszy, by przyjęli w ustawodawstwie krajowym „konieczne środki ustawodawcze lub inne środki”, które zapewnią, że umyślne czynności takie jak:

- a) „penetracja waginalna, analna lub oralna o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakąkolwiek częścią ciała lub przedmiotem, bez jej zgody”,
- b) „inne czynności o charakterze seksualnym wobec innej osoby, bez jej zgody”,
- c) „doprowadzenie innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią”

zagrożone będą odpowiedzialnością karną (art. 36 ust. 1 Konwencji).

W art. 36 ust. 2 określono natomiast, że: „zgoda musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle danych okoliczności”. Co za tym idzie, w Konwencji definiuje się przestępstwa seksualne przez pryzmat koncepcji *yes means yes*, kładącej nacisk na uzewnętrznienie zgody, a nie jak w przypadku teorii *no means no* na zmanifestowanie jej braku. Ponadto Konwencja za zgwałcenie uznaje każdy niekonsensualny kontakt seksualny, nie wskazując, że sprawca musi posłużyć się jakimikolwiek środkami nacisku, co jest rozwiązaniem z gruntu odmiennym od tego przyjętego w polskim k.k., który enumeratywnie wylicza sposoby zachowania sprawcy.

Również w orzecznictwie sądów międzynarodowych można dostrzec tendencję, by jako przestępstwo zgwałcenia traktować wszelkie

---

<sup>65</sup> Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, Adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2002 at the 794th meeting of the Ministers' Deputies.

<sup>66</sup> Recommendation Rec(2002)5 of the Committee of Ministers to member states on the protection of women against violence, Adopted by the Committee of Ministers on 30 April 2002 at the 794th meeting of the Ministers' Deputies, pkt 35: „In particular, national law should: (...) penalise any sexual act committed against non-consenting persons, even if they do not show signs of resistance”.

<sup>67</sup> Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r., Dz.U. 2015, poz. 961 ze zm., dalej: Konwencja.

akty, do których doszło bez zgody osoby pokrzywdzonej. Europejski Trybunał Praw Człowieka już w 2003 r. w wyroku w sprawie M.C. vs Bułgaria orzekł, że: „pozytywne obowiązki Państw członkowskich Rady Europy wynikające z art. 3 i 8 Konwencji muszą być postrzegane jako wymagające karania i skutecznego ścigania każdego aktu seksualnego, który miał miejsce bez zgody strony”, a wymaganie dowodu w postaci oporu fizycznego stwarza ryzyko, że pewne rodzaje zgwałceń nie będą podlegały karze, co w efekcie poważnie zagraża autonomii seksualnej jednostki<sup>68</sup>. Zgodnie z memorandum wyjaśniającym do art. 36 Konwencji<sup>69</sup> państwa-sygnatariusze Konwencji powinny uwzględnić orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a w szczególności wyrok w sprawie M.C. vs Bułgaria, przy ustalaniu znamion przestępstw przeciwko wolności seksualnej<sup>70</sup>.

Koncepcja autonomii seksualnej została przyjęta nie tylko w prawie międzynarodowym, ale wprowadzono ją również do ustaw niektórych krajów. Definicję zgwałcenia na kryterium zgody oparto m.in. w Belgii, Grecji, Niemczech, Irlandii, Islandii, Luksemburgu, Szwecji, Wielkiej Brytanii, Danii czy Chorwacji<sup>71</sup>. W maju 2022 r. również hiszpański parlament zatwierdził ustawę znaną jako *Only yes means yes*, zgodnie z którą wyrażona zgoda staje się kluczowym czynnikiem przy ocenie, czy doszło do zgwałcenia<sup>72</sup>.

#### 4. Krytyka koncepcji *no means no*

Obecnie koncepcja wolności seksualnej czy inaczej *no means no approach* spotyka się z krytyką. Pojawiają się coraz liczniejsze głosy, że teoria ta w obecnych czasach nie daje wystarczającej ochrony ofiarom nadużyć na tle seksualnym i nie przystaje do współczesnego pojmowania relacji seksualnych oraz seksualności. Warto zauważyć, że w polskim

---

<sup>68</sup> Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie M.C. v. Bułgaria, skarga nr 39272/98.

<sup>69</sup> *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, sporządzony w Istantambule 11 maja 2011 r.

<sup>70</sup> *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence*, Article 36, p. 191.

<sup>71</sup> M. Czechowska, *Czy w polskim...*, s. 91.

<sup>72</sup> S. Burgen, *Spain...*

Kodeksie karnym koncepcja ta obecna jest od czasu regulacji z 1932 r., czyli tzw. Kodeksu Makarewicza<sup>73</sup>. Odpowiadający współczesnej regulacji art. 204 k.k. z 1932 r. brzmiał niemalże identycznie – jedyna różnica sprowadzała się do użycia terminu „czyn nierządny” zamiast znamion „obcowania płciowego” i „innej czynności seksualnej”. Przepis ten w tożsamym kształcie znalazł się w Kodeksie karnym z 1969 r.<sup>74</sup> Niewątpliwie pojmowanie seksualności oraz szeroko pojmowanej obyczajności uległo zmianom od czasów obowiązywania tamtych regulacji. Można twierdzić nawet, że istotne zmiany w tej materii nastąpiły już po wprowadzeniu w życie obecnie obowiązującego Kodeksu. Dowodami na te przeobrażenia może być chociażby *Me Too* – ruch obywatelski zapoczątkowany w Stanach Zjednoczonych w 2017 r. w reakcji na liczne oskarżenia o naruszenia seksualne, których dopuszczał się producent filmowy Harvey Weinstein. Masowe użycie hasztagu *Me Too* w mediach społecznościowych zapoczątkowało szeroko zakrojoną dyskusję w społeczeństwie i doprowadziło do powstawania kolejnych projektów aktów prawnych, które miałyby lepiej chronić ofiary przestępstw przeciwko wolności seksualnej. W Polsce z takim projektem wystąpiła w 2021 r. partia Lewica<sup>75</sup>.

Teoria wolności seksualnej krytykowana jest przede wszystkim jako nieprzystająca do tego, jak faktycznie mogą wyglądać sytuacje ataku na tle seksualnym. Zakłada bowiem, że ofiara musi stawić napastnikowi opór lub manifestować w inny sposób swój brak zgody (np. płacząc), podczas gdy przeprowadzane w 2017 r. badania dowodzą, że w wielu przypadkach jest to niemożliwe ze względu na tzw. bezruch toniczny. Badacze z *Karolinska Institute* w Szwecji przeprowadzili badanie na 298 kobietach, które zgłosiły, że padły ofiarami zgwałcenia lub jego usiłowania<sup>76</sup>. Były one pytane, czy w czasie napaści doświadczyły mimowolnego bezruchu (*tonic immobility*). Zjawisko to występuje w przypadku odczuwania silnego lęku – według niektórych badań pojawia się szczególnie podczas ataku na tle seksualnym<sup>77</sup> – i objawia się czasowym, mimowol-

<sup>73</sup> Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny, Dz.U. nr 60, poz. 571 ze zm., dalej: k.k. z 1932 r.

<sup>74</sup> Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny, Dz.U. nr 13, poz. 94 ze zm., dalej: k.k. z 1969 r.

<sup>75</sup> *Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny z 8 marca 2021 r.*, druk nr 1091, Sejm IX kadencji.

<sup>76</sup> A. Möller, H.P. Söndergaard, L. Helström, *Tonic...*, s. 932–938.

<sup>77</sup> J. Kalaf i in., *Sexual...*, s. 71–76.

nym pozbawieniem możliwości ruchu (*involuntary, temporary state of motor inhibition in response to situations involving intense fear*), a także drżeniem (*tremor*), afonią (*lack of vocalization*) czy niewrażliwością na ból i bodźce zewnętrzne (*analgesia and relative unresponsive-ness to external stimuli*)<sup>78</sup>. Badanie wykazało, że 69,8% respondentek odczuwało znaczny bezruch (*significant immobility*) w czasie trwania napaści na tle seksualnym. Co za tym idzie, ofiara zgwałcenia niezwykle często nie jest w stanie w jakikolwiek sposób uzewnętrznić swojego braku zgody. Oparcie przestępstwa zgwałcenia z art. 197 k.k. o koncepcję wymagającą oporu ze strony ofiary jest zatem w świetle wskazanych badań nieuzasadnione, gdyż pozostawia poza zakresem zastosowania tego przepisu szereg zdarzeń, które w rzeczywistości powinny być uznane za zgwałcenia. Należy sobie zatem zadać pytanie, czy w takiej sytuacji sprawca podlegałby odpowiedzialności karnej na mocy innego przepisu k.k. Rozważyć powinno się szczególnie art. 198 k.k., który penalizuje tzw. wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności.

Bezradność na gruncie tego przepisu to stan, w którym osoba nie jest w stanie uzewnętrznić swojego oporu<sup>79</sup>. Stan ten może wynikać zarówno z przyczyn fizycznych czy fizjologicznych (np. paraliż<sup>80</sup> czy fizyczne unieruchomienie<sup>81</sup>), jak i z przyczyn psychicznych o charakterze niepatologicznym (np. nieprzytomność czy odurzenie narkotykowe)<sup>82</sup>. Toniczny bezruch może zatem odpowiadać bezradności, ponieważ osoba, która go doświadcza, nie jest w stanie w żaden sposób przeciwstawić się zachowaniu sprawcy. Zastanović się trzeba jednak, czy stan bezradności z art. 198 k.k. może zostać wywołany zachowaniem sprawcy.

W doktrynie prezentowane są dwa poglądy. Zgodnie z pierwszym sprawca z art. 198 k.k. nie może w żaden sposób przyczynić się do powstania stanu bezradności po stronie ofiary<sup>83</sup>. Z kolei drugi pogląd głosi, że sprawca nie może wywołać stanu bezradności przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem, gdyż użycie tych środków wywołuje odpowiedzialność za zgwałcenie<sup>84</sup>. Akceptacja któregokolwiek z nich, przy

<sup>78</sup> A. Möller, H.P. Söndergaard, L. Helström, *Tonic...*, s. 933.

<sup>79</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 25 listopada 2009 r., V KK 271/09.

<sup>80</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 11.

<sup>81</sup> M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 4.

<sup>82</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 11.

<sup>83</sup> K. Lipiński, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 12.

<sup>84</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 13.

równoczesnym braku zakwestionowania poglądu, że dla przestępstwa zgwałcenia konieczne jest uzewnętrznienie sprzeciwu przez ofiarę, prowadzić może do wystąpienia luki prawnej. Przy zaakceptowaniu poglądu pierwszego, luka ta może wystąpić, gdy sprawca wywoła u ofiary toniczny bezruch innymi sposobami działania niż przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem. Odbycie stosunku z osobą w takim stanie, mimo że niekonsensualne, nie zostanie objęte ani zakresem art. 197 k.k., ani art. 198 k.k. Brak oporu po stronie ofiary pozostającej w tonicznym bezruchu uniemożliwi zakwalifikowanie tego zdarzenia jako zgwałcenia. Z kolei fakt, że to sprawca wywołał stan bezradności, zgodnie z przyjętym poglądem wyłączy odpowiedzialność z art. 198 k.k.

Przyjęcie drugiego poglądu, przy braku zakwestionowania, że dla zaistnienia zgwałcenia konieczne jest zmanifestowanie sprzeciwu przez osobę pokrzywdzoną, również prowadzić może do luki. Sprawca może bowiem użyć wobec ofiary przemocy lub groźby bezprawnej w celu doprowadzenia jej do czynności seksualnej, czym wywoła u niej toniczny bezruch. Sprawca taki uniknie odpowiedzialności na gruncie art. 197 k.k., ponieważ ofiara nie uzewnętrżniła swojego oporu. Nie odpowie również za przestępstwo wykorzystania bezradności, gdyż zgodnie z drugim poglądem „z chwilą użycia środków nacisku charakterystycznych dla zgwałcenia wykluczone jest wykorzystanie bezradności lub niepoczytalności ofiary”<sup>85</sup>. Można zatem mówić o pewnej niekonsekwencji w wyrażanych w doktrynie poglądach zgodnych z koncepcją wolności seksualnej, której skutkiem może być to, że prawo karne nie będzie miało zastosowania w niektórych przypadkach wystąpienia niekonsensualnych kontaktów seksualnych.

Ofiara może nie tylko nie być w stanie wyrazić oporu ze względu na niemoc o podłożu psychologiczno-fizycznym, ale również nie chce się sprzeciwiać ze strachu przed eskalacją przemocy ze strony sprawcy i dalszymi obrażeniami. W literaturze naukowej prezentowane są badania, które dowodzą, że opór ofiary (zarówno słowny, jak i fizyczny) może prowadzić do zwiększenia szansy wystąpienia obrażeń lub do ich zintensyfikowania. Badania te przywołane zostały w meta-analizie autorstwa J.S. Wong oraz S. Balemba<sup>86</sup>. Zagrożenie obrażeniami wzrasta zwłaszcza

---

<sup>85</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 31.

<sup>86</sup> J.S. Wong, S. Balemba, *The Effect...*, s. 352–365.

w przypadku fizycznego oporu ofiary<sup>87</sup>. W literaturze występują jednak także badania, które wskazują na przeciwną tezę, tj. że samoobrona podjęta przez ofiarę nie zwiększa ryzyka wystąpienia obrażeń<sup>88</sup>. Mimo że obiektywnie zatem brak jest konsensusu co do tego, czy opór wpływa na zagrożenie obrażeniami, decydujące powinno być subiektywne przeswiadczenie osoby pokrzywdzonej. Zgwałcenie jest bez wątpienia jedną z najbardziej drastycznych form ataku, jakiej można doświadczyć i to ataku skierowanego przeciwko tak wrażliwej i intymnej sferze, jaką jest wolność seksualna. Osoba będąca ofiarą takiego ataku odczuwa silne emocje i co za tym idzie, subiektywnie może być przekonana, że jakikolwiek sprzeciw doprowadzi do eskalacji agresji i wzrostu ryzyka obrażeń. To właśnie to odczucie powinno być decydujące. Osoba pokrzywdzona, która z obawy przed sprawcą zachowała się w sposób pasywny i milczała, również powinna być chroniona przez regulacje prawnokarne.

Teoria wolności seksualnej wprowadza także niespójności wewnątrz Kodeksu karnego. Różnicuje się bowiem sytuację ofiar zgwałcenia od osób pokrzywdzonych innymi czynami zabronionymi. W art. 189 § 1 k.k. spenalizowany został typ określany jako bezprawne pozbawienie wolności, gdzie dobrem chronionym jest wolność poruszania się<sup>89</sup>. Czynnością sprawczą jest tutaj jakiegokolwiek zachowanie, które prowadzi do skutku w postaci pozbawienia kogoś wolności<sup>90</sup>. Sprawca może posłużyć się więc dowolnym sposobem, by wpłynąć na proces decyzyjny ofiary – może zastosować także środki charakterystyczne dla art. 197 k.k. Co istotne, na gruncie przepisu art. 189 § 1 k.k. akceptuje się, że dla uznania spełnienia znamion tego czynu zabronionego nie jest koniecznym, by osoba pokrzywdzona zdawała sobie sprawę, że została pozbawiona wolności (tak: M. Filar, M. Berent<sup>91</sup>, odmiennie: A. Zoll<sup>92</sup>). Warunkiem

---

<sup>87</sup> J.S. Wong, S. Balemba, *The Effect...*, s. 362.

<sup>88</sup> J. Tark, G. Kleck, *Resisting...*, s. 270–292.

<sup>89</sup> M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 189 k.k., teza 1.

<sup>90</sup> A. Zoll, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 189 k.k., teza 5 i 13.

<sup>91</sup> „Ofiarą przestępstwa może być każda osoba obiektywnie zdolna do podjęcia i zrealizowania decyzji woli w przedmiocie swobodnego przemieszczania się w inne miejsce, nawet gdyby w określonej sytuacji nie dotarła do jej świadomości informacja, że przemieszczenie to zostało jej obiektywnie uniemożliwione (np. zamknięcie w pokoju osoby śpiącej)” – M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 189 k.k., teza 7.

<sup>92</sup> „Pozbawienie wolności musi być spostrzeżone przez pokrzywdzonego i odebrane przez niego jako naruszenie jego dobra osobistego” – A. Zoll, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 189 k.k., teza 13.

jest natomiast, by pozbawienie wolności nastąpiło wbrew woli ofiary, jednak sama wola nie musi być wyrażona wyraźnie, może być dorozumiana lub nawet potencjalna<sup>93</sup>. Sąd Najwyższy przyjął na przykład, że pozbawieniem wolności będzie uwięzienie osoby śpiącej lub nieprzytomnej, ponieważ następuje ono właśnie wbrew jej potencjalnej woli<sup>94</sup>. Skoro więc zgodnie z reprezentowanym w orzecznictwie i doktrynie poglądem pokrzywdzony czynem z art. 189 § 1 k.k. może nie zdawać sobie sprawy ze swojej sytuacji, to tym bardziej nie wymaga się od niego uzewnętrznienia swojego sprzeciwu. Taki wymóg stawia się jednak osobie pokrzywdzonej zgwałceniem. Regulacje k.k. w bardziej kompleksowy sposób chronią zatem wolność poruszania się, wolność fizyczną od wolności seksualnej, która bez wątpienia jest dobrem prawnym szczególnie wrażliwym.

Warto również zwrócić uwagę na przepisy karne, które chronić mają dobro prawne w postaci mienia. W art. 280 k.k. spenalizowany został tzw. rozbój. Sprawca tego przestępstwa w celu dokonania zaboru cudzej rzeczy posługuje się przemocą wobec osoby, groźbą natychmiastowego jej użycia albo doprowadza w tym celu inną osobę do stanu nieprzytomności lub bezbronności. Podobnie więc jak przy zgwałceniu przemoc i inne wskazane środki nacisku są sposobem na osiągnięcie przez sprawcę celu – w art. 280 k.k. jest to zabór rzeczy, w art. 197 k.k. doprowadzenie do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej. Co istotne, przy przestępstwie rozboju wprost wskazuje się, że: „nie jest także konieczne, aby działanie sprawcy natrafiało na opór pokrzywdzonego lub innej osoby”<sup>95</sup>. Od ofiary przestępstwa rozboju nie wymaga się zatem okazania sprzeciwu, podczas gdy osoba pokrzywdzona zgwałceniem winna taki brak zgody uzewnętrznzić. Podobnie sytuacja przedstawia się, gdy porówna się uregulowania dotyczące zgwałcenia oraz kradzieży, tj. art. 278 k.k. Nie wymaga się bowiem, żeby osoba pokrzywdzona kradzieżą w momencie dokonywania zaboru zdawała sobie sprawę, że jest pozbawiana władztwa<sup>96</sup>. W związku z tym uznać należy, że nie wymaga się od niej żadnego sprzeciwu wobec zachowania sprawcy. Co za tym idzie, również osoby pokrzywdzone przestępstwami przeciwko

<sup>93</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2018 r., V KK 508/17.

<sup>94</sup> Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 grudnia 2018 r., V KK 508/17.

<sup>95</sup> M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 280 k.k., teza 32.

<sup>96</sup> G. Łabuda, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 278 k.k., teza 24.

mieniu objęte są bardziej kompleksową ochroną niż osoby, które padają ofiarami zgwałcenia. Wystarczającym jest, by sprawca przywołanych przestępstw przeciwko mieniu zdawał sobie sprawę, że osoba pokrzywdzona nie wyraża zgody, nawet jeśli tego nie manifestuje, podczas gdy od osób pokrzywdzonych przestępstwem z art. 197 k.k. wymaga się uewnętrznienia braku zgody.

Konsekwencją przyjęcia w interpretacji przestępstwa zgwałcenia koncepcji *no means no* jest również wydzielenie wykorzystania bezradności w zakresie, w jakim w ogóle wyłączony jest proces decyzyjny ofiary (np. osoby śpiącej, zemdlonej, odurzonej do nieprzytomności) do osobnego typu czynu zabronionego. Nieodłączną cechą takich stanów jest to, że osoby znajdujące się w nich nie są w stanie zmanifestować braku zgody i nie jest to spowodowane podstępym działaniem sprawcy. Należy zastanowić się, czy taki podział jest uzasadniony.

W doktrynie podkreśla się, że kryterium rozróżniającym zgwałcenie od wykorzystania stanu bezradności lub niepoczytalności jest brak ataku na procesy decyzyjne osoby pokrzywdzonej w przypadku tego drugiego przestępstwa<sup>97</sup>. Zgodnie z poglądem wyrażonym przez M. Bielskiego dobrem chronionym zarówno w art. 197, jak i art. 198 k.k. jest wolność seksualna, jednak w przypadku art. 198 k.k. rozumiana jest ona odmiennie, jako „wolność od wykorzystywania istniejącego po stronie jednostki stanu braku możliwości swobodnego lub świadomego samostanowienia w sferze życia seksualnego”<sup>98</sup>, podczas gdy art. 197 k.k. chroni „wolność od nacisków w przedmiocie decyzji odnoszącej się do zachowań ze sfery życia seksualnego człowieka”<sup>99</sup>. Również w orzecznictwie wskazuje się, że przy zgwałceniu sprawca atakuje wprost samostanowienie ofiary, a z kolei w przypadku czynu z art. 198 k.k. „wykorzystuje on istniejący stan braku możliwości ofiary sensownego lub swobodnego samostanowienia w tej sferze”<sup>100</sup>. Wydaje się jednak, że różnica między tymi dwoma typami czynów zabronionych nie tkwi w rodzaju atakowanego dobra prawnego, a w sposobie, w jaki ten atak jest przeprowadzany. Oba te typy chronią bowiem swobodne i świadome samostanowienie w sferze życia seksualnego.

<sup>97</sup> M. Filar, M. Berent, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 7.

<sup>98</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 198 k.k., teza 3.

<sup>99</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 7.

<sup>100</sup> Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 26 sierpnia 2010 r., II AKa 213/10.

Wolność seksualna w ujęciu zaproponowanym przez S. Greena (wolność jest przez niego określana jako autonomia seksualna) to zestaw różnych praw i wolności skupionych wokół zabezpieczenia prawa jednostki do samostanowienia i samorealizacji w kontekście seksualnym<sup>101</sup>. Green porównuje taką wolność do prawa własności oraz wskazuje na jej aspekt pozytywny i negatywny. Aspekt pozytywny autonomii seksualnej sprowadza się do prawa jednostki do podjęcia świadomej decyzji o zaangażowaniu w kontakty seksualne, z kolei jej negatywny aspekt to prawo do nieangażowania się w takie kontakty. Uznać można, że zarówno sprawca zgwałcenia, jak i sprawca wykorzystania bezradności lub niepoczytalności atakuje właśnie prawo negatywne jednostki – prawo do nieangażowania się w niechciane kontakty seksualne. Atakowane dobro pozostaje więc tożsame, a różne będą tylko sposoby ataku. Zarówno w sytuacji zgwałcenia, jak i czynu z art. 198 k.k. w zakresie obejmującym osoby z wyłączoną świadomością, osoba pokrzywdzona nie jest w stanie podjąć bądź zrealizować swobodnej, świadomej decyzji co do zadysponowania swoją seksualnością, jednak w pierwszym przypadku to sprawca swoim zachowaniem pozbawia ją tej decyzyjności.

Sztuczność tego podziału widoczna jest również przy sytuacjach spełniających cechy kodeksowego współsprawstwa. Porównajmy dwie sytuacje:

- 1) Koledzy A i B porozumiewają się, że wspólnie zgwałcą C. W wykonaniu tego porozumienia A bije tak dotkliwie C, że nie jest ona w stanie się ruszać i wtedy B, który nie zadawał żadnych ciosów, odbywa z C stosunek płciowy. Zarówno A, jak i B odpowiadać będą za zgwałcenie wspólnie z inną osobą, a więc czyn uregulowany w art. 197 § 3 pkt 1 k.k.<sup>102</sup>
- 2) Koledzy A i B nie działają w żadnym porozumieniu. A bije dotkliwie C, w wyniku czego C nie jest w stanie się poruszać. B znajduje C w takim stanie, postanawia wykorzystać sytuację i odbyć stosunek płciowy z nieprzytomną C. W takiej sytuacji B odpowiadać będzie tylko za czyn z art. 198 k.k. w postaci wykorzystania bezradności.

W obu przedstawionych stanach faktycznych B wiedział jednak, że C została pobita, w wyniku czego nie jest w stanie podjąć swobodnej

<sup>101</sup> S. Green, *Criminalizing...*, s. 20.

<sup>102</sup> M. Bielski, w: *Kodeks...*, komentarz do art. 197 k.k., teza 71.

decyzji. Jedyna różnica jest taka, że w sytuacji pierwszej B porozumiał się z A i o ile różnica ta w pełni uzasadnia odmienną kwalifikację zachowania A (w drugiej sytuacji A nie zdaje sobie przecież wcale sprawy z postępowania B), to wydaje się zbyt mało istotna, żeby odmiennie potraktować zachowanie B i kwalifikować je z dwóch odmiennych typów czynów zabronionych. W obu bowiem przypadkach wolność C od niechcianych kontaktów seksualnych jest naruszona w takim samym stopniu. Różnica ta traci jeszcze bardziej na istotności, jeśli przyjmie się, że porozumienie A i B miało charakter dorozumiany i nastąpiło spontanicznie.

Podsumowując, zgwałcenie oraz wykorzystanie bezradności atakują to samo dobro prawne. Często zachodzą w bardzo zbliżonych sytuacjach – np. obcowanie płciowe z osobą, którą podstępnie się odurzyło do nieprzytomności, stanowić będzie zgwałcenie, z kolei współżycie z osobą nieprzytomną z innego powodu lub odurzoną, ale nie przez sprawcę, będzie już tylko wykorzystaniem bezradności. Można więc uznać, że te dwa typy czynów zabronionych częściowo się pokrywają, a co za tym idzie, należy rozważyć, czy art. 198 k.k. swoim zakresem nie obejmuje czynów, które stanowią zgwałcenie.

Ostatnim zarzutem stawianym koncepcji *no means no*, który zostanie omówiony, jest to, że stosowanie tej teorii sprzyja wtórnej wiktyimizacji ofiar zgwałcenia, które stanowią grupę szczególnie nań narażoną. Wykazano, że u ofiar ataków na tle seksualnym występuje zwiększone ryzyko pojawienia się objawów tzw. zespołu stresu pourazowego, a także, że takie objawy będą bardziej nasilone niż te pojawiające się w wyniku innych traumatycznych przeżyć<sup>103</sup>. Potrzeba szczególnej ochrony osób pokrzywdzonych przestępstwami przeciwko wolności seksualnej przed wtórną wiktyimizacją była podstawą do wprowadzenia do k.p.k. szczególnego trybu przesłuchań w odniesieniu do przestępstw z art. 197–199 k.k. Wydaje się jednak, że mimo objęcia ofiar tych przestępstw szczególną ochroną, stosowanie koncepcji wolności seksualnej nadal może zwiększać ryzyko wtórnej wiktyimizacji, a to z powodu skupienia tej teorii wokół uzewnętrznienia przez osobę pokrzywdzoną braku zgody. Jeśli dla udowodnienia przestępstwa zgwałcenia koniecznym jest wykazanie, że ofiara w dostrzegalny sposób manifestowała swój opór, to w trakcie postępowania duża część uwagi organów procesowych skierowana

---

<sup>103</sup> J. DiMauro, K.D. Renshaw, *Trauma-Related...*, s. 2.

może być na zachowanie osoby pokrzywdzonej. Może to prowadzić do wywołania w niej wrażenia, że to jej działania lub zaniechania są przedmiotem procesu, a to z kolei powodować w niej może poczucie winy, wrażenie, że przyczyniła się do swojej krzywdy, że jest współwinna całemu zdarzeniu, że mogła zrobić więcej, by zapobiec przestępstwu. Podnosić można, że również badanie, czy osoba pokrzywdzona wyraziła dobrowolną, świadomą zgodę (zgodnie z koncepcją *yes means yes*) również skupia uwagę organów postępowania na ofercie. Warto jednak zauważyć, że w takim kontekście skupienie uwagi nie będzie wywoływać w ofercie wrażenia, że „mogła zrobić więcej”, mogła uzewnętrznic swój brak zgody w bardziej oczywisty sposób. Co za tym idzie, nie będzie wywoływać w niej tak negatywnych uczuć jak badanie, czy zamifestowała swój sprzeciw.

Patricia Marino zwraca uwagę na liczne mity i stereotypy, które narosły wokół przestępstwa zgwałcenia<sup>104</sup>. Jako przykład podaje głoszone przez niektóre osoby przekonanie, że sprzeciw kobiety w sytuacji seksualnej to tak naprawdę ukryta zgoda, której kobieta z różnych względów nie chce wyrazić wprost. Dodatkowo nawet wyraźny sprzeciw uznawany jest często za pozorny, stanowiący przejaw flirtu<sup>105</sup>. Wydaje się, że takie podważanie sprzeciwu ofiary w oparciu o stereotypowe myślenie jest możliwe wyłącznie, jeśli przyjmuje się koncepcję *no means no*. Można bowiem wtedy twierdzić, że opór osoby pokrzywdzonej był tak naprawdę pozorny, a przez to nie doszło do zgwałcenia. Jednak gdyby przyjąć koncepcję autonomii seksualnej, gdzie osoba inicjująca kontakt musi uzyskać wyraźną zgodę, wpłynęłoby to na zmniejszenie roli takich stereotypów. Ponadto przyjęcie tej teorii uniemożliwiłoby usprawiedliwianie przez sprawcę swojego zachowania tym, że sprzeciw kobiety był pozorny i tak naprawdę to ukryta zgoda.

## 5. Podsumowanie

Jak wynika z przytoczonych w powyższej pracy poglądów, ich analiz oraz krytyki, obecna w Kodeksie karnym regulacja dotycząca zgwałcenia może być uznawana za niewystarczającą. Artykuł 197 k.k. odzwierciedlający

<sup>104</sup> P. Marino, *Philosophy...*, s. 41.

<sup>105</sup> P. Marino, *Philosophy...*, s. 41.

koncepcję *no means no*, a co za tym idzie, opierający się wymogu uzyskania zewnętrznego przejawu sprzeciwu, nie chroni w dostatecznym stopniu osób, które doprowadzane są do niekonsensualnego kontaktu seksualnego, a które nie są w stanie zamanifestować swojego oporu. Jeśli uwzględni się przytoczone już badania, zgodnie z którymi aż niemal 70% osób w sytuacji napaści seksualnej doświadcza znacznego tonicznego bezruchu<sup>106</sup>, to uznać można, że uzewnętrznienie braku zgody przez ofiarę jest niemożliwe w przeważającej większości przypadków ataków na tle seksualnym, a co za tym idzie, obecna definicja zgwałcenia nie obejmuje ich swoim zakresem. Ponadto ani doktryna, ani orzecznictwo nie konwaliduje w wystraszającym stopniu tego stanu rzeczy<sup>107</sup> – jak wynika z przytoczonych poglądów nadal powszechnie akceptowalnym stanowiskiem jest, że dla zaistnienia przestępstwa zgwałcenia konieczne jest uzewnętrznienie przez ofiarę sprzeciwu.

Obecny stan prawny nie jest również w pełni zgodny z wiążącym Polskę prawem międzynarodowym oraz orzecznictwem Europejskiego Trybunału Praw Człowieka. Zgodnie bowiem z tym, co opisano powyżej, standardy międzynarodowe oparte są na teorii autonomii seksualnej, w świetle której dopiero wyrażenie świadomej zgody na kontakt seksualny umożliwia podjęcie kontaktu bez naruszenia wolności seksualnej drugiej osoby.

Dodatkowo przyjęty powszechnie wymóg sprzeciwu sprzyjać może wtórnej wiktyimizacji ofiar zgwałcenia, a co za tym idzie, przyczyniać się do wysokiej ciemnej liczby tego przestępstwa. Osoby pokrzywdzone mogą bowiem nie chcieć informować organów ścigania o zaistniałym naruszeniu ich wolności seksualnej w obawie przez ich nieadekwatną reakcją oraz negatywną odpowiedzią społeczeństwa wynikającą ze stereotypów, które mogą być umacniane przez *no means no approach*.

Co za tym idzie, zasadnym wydaje się twierdzenie, że art. 197 k.k. wymaga nowelizacji w kierunku *yes means yes*. Taka zmiana przyczynić by się mogła do poprawy standardu ochrony ofiar przemocy seksualnej poprzez rozszerzenie zakresu penalizacji przestępstwa zgwałcenia na przypadki, które obecnie wymykają się regulacjom prawnokarnym. Ponadto, jak wskazuje M. Czechowska, „zredefiniowanie zgwałcenia,

---

<sup>106</sup> A. Möller, H.P. Söndergaard, L. Helström, *Tonic...*, s. 933.

<sup>107</sup> M. Czechowska, *Czy w polskim...*, s. 94.

polegające na wzbogaceniu tego pojęcia o element zgody, z pewnością wpłynie na poczucie omnipotencji u ofiar, a tym samym na odsetek zgłaszanych nadużyć<sup>2108</sup>.

## Summary

The article focuses on the concept of consent in the context of rape. The first part of the paper presents Polish regulations as well as the views of doctrine and jurisprudence. Next, the theoretical concepts of how consent may be interpreted in the context of rape – *no means no*, and *yes means yes* – are discussed.

The former states that rape is sexual intercourse occurring despite resistance from one of the involved parties. The lack of consent must be expressed in a way that is clear for the perpetrator. According to the latter, sexual intercourse is permissible if all involved parties give their valid consent. Intercourse that takes place without such consent is rape. The *no means no approach* has recently come under increasing criticism. This article examines the main objections to this theory.

## Keywords

consent, rape, sexual autonomy, *no means no*, *yes means yes*

## Bibliography

- Bielski M., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
- Bojarski T., Michalska-Warias A., Piórkowska-Flieger J., Szwarczyk M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016.
- Burgen S., *Spain passes 'only yes means yes' sexual consent law*, „The Guardian” z 25 sierpnia 2022 r., < <https://www.theguardian.com/world/2022/aug/25/spain-only-yes-means-yes-sexual-consent-bill-expected-to-become-law> >.
- Cieślik S., *Zgoda dysponenta dobra prawnego na wkroczenie w sferę wolności seksualnej (analiza prawno porównawcza modelu przyjętego w polskim Kodeksie karnym oraz koncepcji Yes Means Yes)*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2019, z. 3.
- Czechowska M., *Czy w polskim prawie karnym potrzebna jest redefinicja zgwałcenia?*, „Probacja” 2021, nr 1.
- Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom III. Komentarz do art. 278-363 k.k.*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2022.
- DiMauro J., Renshaw K.D., *Trauma-Related Disclosure in Sexual Assault Survivors' Intimate Relationships: Associations With PTSD, Shame, and Partners' Responses*, „Journal of Interpersonal Violence” 2021, t. 36, nr 3–4.

---

<sup>108</sup> M. Czechowska, *Czy w polskim...*, s. 94.

- Filar M., Berent M., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016.
- Grabowska M., Grzybek A., *Przełamać Tabu. Raport o przemoc seksualnej*, Warszawa 2016.
- Green S., *Criminalizing Sex: A Unified Liberal Theory*, Oxford 2020.
- Hypś S., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grzeškowiak, K. Wiak, Lublin 2021.
- Kalaf J. i in., *Sexual trauma is more strongly associated with tonic immobility than other types of trauma - A population based study*, „Journal of Affective Disorders” 2017, t. 215.
- Konarska-Wrzosek V., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2020.
- Lipiński K., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
- Łabuda G., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, red. J. Giezek, Warszawa 2021.
- Marino P., *Philosophy of Sex and Love; An Opinionated Introduction*, Routledge 2019.
- Möller A., Söndergaard H.P., Helström L., *Tonic immobility during sexual assault – a common reaction predicting post-traumatic stress disorder and severe depression*, „Acta Obstetricia et Gynecologica Scandinavica” 2017, t. 96, nr 8.
- Mozgawa M., w: *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2021.
- Pallikkathayil J., *Consent to sexual interactions*, „Politics, Philosophy & Economics” 2020, t. 19, nr 2.
- Płatek M., *Przestępstwo zgwałcenia w świetle prawa i z perspektywy osób poszkodowanych*, w: *Dość milczenia. Przemoc seksualna wobec kobiet i problem gwałtu w Polsce*, red. J. Piotrowska, A. Synakiewicz, Warszawa 2011.
- Tak znaczy Tak. Nie znaczy Nie ŁĄCZY NAS KARNE #12*, kanał „Pole Karne” na You Tube, 5 grudnia 2022 r., < [https://www.youtube.com/watch?v=\\_7EDIWstdVQ&t=929s](https://www.youtube.com/watch?v=_7EDIWstdVQ&t=929s) >.
- Tark J., Kleck G., *Resisting rape: the effects of victim self-protection on rape completion and injury*, „Violence Against Women” 2014, t. 20, nr 3.
- Warylewski J., *Rozmiar, dynamika i struktura przestępczości seksualnej w Polsce, w latach 1989-2017*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2019, nr 2.
- Wong J.S., Balemba S., *The Effect of Victim Resistance on Rape Completion: A Meta-Analysis*, „Trauma, Violence, & Abuse” 2018, t. 19, nr 3.
- Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and A World Without Rape*, red. J. Friedman, J. Valenti, Berkeley, California 2008.
- Zoll A., w: *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, red. W. Wróbel, Warszawa 2017.