

**INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI**

**prof. dr hab. Eleonora Zielińska**

***Konwencja Rady Europy o zwalczaniu przemocy  
wobec kobiet i przemocy domowej,  
jej ogólna ocena  
oraz celowość przystąpienia do niej przez RP***

**Warszawa 2012**



## Spis treści

I. Zagadnienia wstępne.....	1
III. Podstawowe założenia Konwencji oraz jej zakres podmiotowo- przedmiotowy ....	7
IV. Obowiązki ogólne związane z przystąpieniem do Konwencji .....	21
V. Wybrane szczególne obowiązki, leżące w zakresie gestii Ministerstwa Sprawiedliwości.....	28
VI. Możliwość zastrzeżeń do Konwencji oraz celowość ich składania w świetle prawa polskiego .....	50
VII. Wymagany przez Konwencję zakres kryminalizacji a prawo polskie.....	61
VIII. Podsumowanie.....	73



## I. Zagadnienia wstępne

### *Status Konwencji*

Konwencja w sprawie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet, w tym przemocy domowej (dalej: Konwencja) przyjęta przez Radę Europy w dniu 6 kwietnia 2011 r. stanowi pierwszy na kontynencie europejskim<sup>1</sup> wiążący prawnie instrument międzynarodowy stwarzający ramy dla skutecznej eliminacji tego zjawiska. Do dnia 15 listopada 2012 r. Konwencję podpisało 24 państwa<sup>2</sup> (w tym 14 państw należących do UE), a ratyfikowała tylko Turcja. Konwencja nie weszła jeszcze w życie<sup>3</sup>.

Warto dodać, że przeważająca większość państw, które podpisały Konwencję nie zgłaszało żadnych zastrzeżeń ani deklaracji. Zastrzeżenia złożyły tylko 3 państwa (Niemcy do jednego przepisu Konwencji, Malta do trzech przepisów oraz Serbia - do dwóch). Włochy podpisując Konwencję złożyły ogólną deklarację, nie odnosząc jej do żadnego przepisu Konwencji<sup>4</sup>. Zgłaszane zastrzeżenia dotyczyły głównie kwestii migracyjnych, kompensacji państwowej dla ofiar przemocy oraz spraw jurysdykcyjnych w zakresie, w jakim Konwencja je dopuszcza (patrz szerzej poniżej).

### *Prace przygotowawcze*

---

<sup>1</sup> Warto podkreślić, że jest to kolejna Konwencja regionalna poświęcona temu problemowi. Pierwsza była Międzyamerykańska Konwencja z 1994 r., która weszła w życie w 1995 i została ratyfikowana przez wszystkie kraje tego kontynentu, z wyjątkiem Kanady i USA *Inter-american Convention on the Prevention, Punishment and Eradication of Violence against women* (tzw. *Convention of Belem do Para*). Problemowi przemocy wobec kobiet na kontynencie afrykańskim sporo uwagi poświęcono w protokole do Afrykańskiej Karty Praw Człowieka i Narodów, dotyczącym praw kobiet. Protokół ten został sporządzony w 2003, wszedł w życie w 2005 r. Do 2012 r. ratyfikowany został przez 34 państwa (z 53 państw członkowskich Unii Afrykańskiej). Podpisało go zaś 47 państw.

<sup>2</sup> Albania, Austria, Belgia, Czarnogóra, Finlandia, Francja, Grecja, Hiszpania, Holandia, Islandia, Luksemburg, Malta, Macedonia, Monaco, Niemcy, Norwegia, Portugalia, Serbia, Słowacja, Słowenia, Szwecja, Ukraina, Wlk. Brytania, Włochy oraz Turcja.

<sup>3</sup> Spodziewane jest, biorąc pod uwagę stan zaawansowania prac nad ratyfikacją w niektórych państwach, że do 2013 roku Konwencja uzyska 10 ratyfikacji niezbędnych do jej wejścia w życie.

<sup>4</sup> W deklaracji tej oświadczone, że „Konwencja będzie stosowana zgodnie z zasadami i przepisami włoskiej Konstytucji”.

Prace nad Konwencją trwały od 2009 roku, lecz jej przyjęcie było jednak równocześnie uwieńczeniem innych prac nad tym problemem, prowadzonych na forum Rady Europy przez blisko 2 dekady. Przyjęte przez Radę Europy oraz przez inne organizacje międzynarodowe dokumenty w sprawie przemocy wobec kobiet oraz przemocy domowej, poprzedzające Konwencję, zostały wymienione w preambule Konwencji oraz w raporcie wyjaśniającym.

Z publikowanych materiałów z prac przygotowawczych nad Konwencją wynika, że przedmiotem kontrowersji, a potem krytyki ze strony niektórych państw (Bułgarii, Wlk. Brytanii, Lichtensteinu oraz Rosji, a także Polski), był tryb procedowania w trakcie negocjowania Konwencji. Co do jej treści natomiast zgłaszane były nieliczne uwagi krytyczne lub polemiczne. Tylko kilka delegacji (w tym delegacja z W. Brytanii, Rosji, Danii i Litwy) krytkowały zbyt szeroki zakres Konwencji, a zwłaszcza objęcie nią przemocy psychologicznej i ekonomicznej. Definicja społeczno-kulturowej płci była kontestowana przez jedno państwo (Rosję). Pojawiały się też głosy (Rosja, Litwa) przeciwko umieszczeniu wśród podstaw dyskryminacji orientacji seksualnej oraz tożsamości płciowej (*gender identity*). Brak informacji natomiast o tym, by obowiązki państw w zakresie działań prewencyjnych wywoływały wśród państw członkowskich jakiegokolwiek kontrowersje<sup>5</sup>. Tyko W. Brytania krytkowała ujęcie art. 10 ust. 2 (odnoszącego się do obowiązków informowania ciała koordynującego) oraz art. 13 Konwencji, dotyczący uświadamiających kampanii społecznych. Również nie kwestionowano potrzeby podejmowania przez państwo działań zmierzających do wykorzenia stereotypów<sup>6</sup>. Z zaleceń negocjacyjnych wynika, że zainteresowanie polskiej delegacji koncentrowało się w szczególności na kwestii trybu orzekania

<sup>5</sup> Odpowiedni fragment sprawozdania brzmi następująco: "During the discussion on Chapters II, III and IV on "Integrated policies", "Prevention" as well as "Protection and support", no major objections were raised by delegations. Aside from some changes in terminology and the decision to elaborate on the content of some articles in the Explanatory Memorandum, all articles met with general agreement from all delegations and were adopted". Only the delegation from the United Kingdom expressed reservations on Article 10 (2) and Article 13. Por. Sprawozdanie z 7 posiedzenia Komitetu Ad hoc d/s zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (akronim CAHVIO), dalej: Komitet, CAHVIO (2010) 21 rev bis  
[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/CAHVIO%20\\_2010\\_%2021%20rev%20bis\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/CAHVIO%20_2010_%2021%20rev%20bis_en.pdf)  
8. CAHVIO (2010) 21 rev bis. Por. też wcześniejsze sprawozdania np. Secrétariat. CAHVIO 4 (2009) 34 rev  
[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/CAHVIO%20\\_2009\\_34rev\\_fr.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/CAHVIO%20_2009_34rev_fr.pdf)

<sup>6</sup> Ze sprawozdania z posiedzeń CAHVIO wynika, że pierwsze cztery artykuły Konwencji były dyskutowane łącznie, w związku z ich powiązaniem z zakresem Konwencji. Por. sprawozdania CAHVIO (2010) 11, CAHVIO (2010) 21 rev bis 4.

nakazu ochronnego (bez wysłuchania osoby podejrzanej), publiczno-skargowego trybu ścigania przestępstw seksualnych, definicji *stalkingu* (zbyt szerokiej początkowo, ale ostatecznie zawężonej)<sup>7</sup>.

### *Zakres opracowania*

W niniejszym opracowaniu zostaną omówione podstawowe założenia Konwencji oraz wynikające z nich ogólne obowiązki państw, które do Konwencji przystąpią. Z uwagi na ogrom materiału postanowiono ograniczyć się do przedstawienia tych obowiązków, które stanowią nowość na tle innych uregulowań traktatowych oraz za których realizację będzie odpowiedzialne głównie Ministerstwo Sprawiedliwości. Z braku literatury przedmiotu ta część ekspertyzy oparta jest przede wszystkim na raporcie wyjaśniającym, który ma kluczowe znaczenie przy interpretacji Konwencji (dalej: raport lub raport wyjaśniający) oraz wcześniejszych dokumentach prawa międzynarodowego; wykorzystano także niewielkie fragmenty wcześniejszych prac autorki dot. Konwencji (oznaczone w przypisach).

Analiza ta pozwoli na ustosunkowanie się do celowości przystąpienia do Konwencji oraz przeanalizowania kwestii celowości składania przez RP zastrzeżeń do Konwencji (z wyjątkiem ewentualnego zastrzeżenia do art. 59, które powinno być rozważane przez inne resorty niż Ministerstwo Sprawiedliwości).

Omówienie zagadnień dotyczących potrzeby i kierunków ewentualnych zmian polskiego prawa w związku z przystąpieniem do Konwencji, ograniczymy do kwestii związanych z obowiązkami kryminalizacyjnymi.

---

<sup>7</sup> Por. Ministerstwo Sprawiedliwości. Departament Współpracy Międzynarodowej i Prawa Europejskiego, dokumenty sygn. DWM V 086-49/08/1/RK oraz DWM V 0825/6/11. Ze sprawozdań wynika, że w związku z tym, że sposób negocjacji Konwencji budził zastrzeżenia niektórych delegacji prognozowano, że może odbić się to niekorzystnie na późniejszej ratyfikacji. Por. Notatka MS z 7 kwietnia 2011.

## II. Struktura Konwencji

Konwencja składa się z preambuły oraz XII rozdziałów (łącznie zawiera 78 artykułów oraz 1 załącznik). Podobnie jak w przypadku innych konwencji karnych, wynegocjowanych w ramach Rady Europy, omawiana Konwencja utrzymuje strukturę 3 P (*Prevention, Protection and Prosecution*) dodając czwarte P, w postaci zintegrowanych polityk (*integrated Policies*) (teza 63 raportu wyjaśniającego).

W pierwszym rozdziale (art. art. 1 - 6) określono cele Konwencji, jej zakres przedmiotowy, podano wyjaśnienie niektórych używanych w niej pojęć, a także przedstawiono zasadnicze założenia Konwencji, które państwa powinny uwzględniać dokonując jej implementacji.

W rozdziale II zatytułowanym zintegrowane polityki oraz gromadzenie danych (art. art. 7- 11) podkreślono potrzebę zintegrowanego multidyscyplinarnego podejścia do problemu eliminacji przemocy wobec kobiet, konieczność zabezpieczenia na ten cel środków finansowych oraz zasobów ludzkich, a także udziału w procesie przeciwdziałania przemocy społeczeństwa obywatelskiego, sektora prywatnego oraz mediów. Przewidziano ponadto potrzebę ustanowienia lub wskazania organu koordynującego działaniami w tym zakresie oraz gromadzenia danych statystycznych i prowadzenia badań naukowych nad zjawiskiem przemocy ze względu na płeć.

W rozdziale III (art. art. 12 - 16) poświęconym zapobieganiu przemocy wobec kobiet wskazano na ogólne obowiązki państwa w tym zakresie, na potrzebę podnoszenia świadomości społecznej na temat tego zjawiska, podejmowania działań edukacyjnych na wszelkich szczeblach nauczania, konieczność szkolenia profesjonalistów oraz prowadzenia działań prewencyjnych i programów terapeutyczno-naprawczych wobec sprawców przemocy.

Obowiązki państw-stron Konwencji w zakresie zapewnienia bezpieczeństwa, ochrony oraz wsparcia ofiarom przemocy zostały wymienione w rozdziale IV (art. art.18 - 28).

Kolejny rozdział, V zawiera różnego rodzaju normy materialno-prawne. Z jednej strony, mają one zagwarantować ofiarom przemocy prawo do ubiegania się o zastosowanie cywilnoprawnych środków służących ochronie ich bezpieczeństwa

przed zamachami ze strony sprawcy (art. 29 i art. 31) oraz stosowne odszkodowania (w tym również od państwa- art. 30). Z drugiej strony w rozdziale tym nałożono na państwa obowiązek kryminalizacji takich zachowań, jak: stosowanie przemocy psychicznej, uporczywe nękanie (*stalking*), przemoc fizyczna, przemoc seksualna, w tym gwałt, wymuszone małżeństwa, okaleczania żeńskich narządów płciowych, wymuszone aborcje i sterylizacje oraz molestowanie seksualne (art. 33-art.40). Przy czym w odniesieniu do przemocy fizycznej, *stalkingu* oraz molestowania seksualnego dopuszczono możliwość stosowania przez państwa-strony innych sankcji niż prawnokarne.

Zobowiązano też państwa-strony do karalności pomocnictwa i podżegania do takich przestępstwa oraz usiłowania ich popełnienia ( art. 41).

Przewidziano także obowiązek usunięcia, w razie potrzeby, z kodeksów karnych takich okoliczności usprawiedliwiających sprawców przemocy, jak zwyczaj, religia, tradycja lub tzw. honor rodziny, jak również możliwości wyłączenia odpowiedzialności sprawców przemocy, ze względu na istnienie ich bliskiej relacji z ofiarą (art. 42 i art.43).

W rozdziale tym zawarto także przepisy jurysdykcyjne dotyczące właściwości miejscowej, także w powiązaniu z trybem ścigania (art. 44). Przewidziano też wymóg, by kary orzekane za przemoc wobec kobiet były skuteczne, proporcjonalne i odstręczające (art. 45), wskazano okoliczności, które przy wymiarze kary powinny być uznawane za obciążające (art. 46), a także zalecono, by w przypadku orzekania nakazu zapłaty grzywny brać pod uwagę zobowiązanie finansowe sprawcy wobec ofiary (art. 48 ust. 2). Nakazano ponadto uwzględnianie przy wymiarze kary prawomocnych wyroków za przestępstwa objęte Konwencją, wydane w innych krajach będących jej stroną (art. 47) oraz wprowadzono zakaz uzależniania możliwości sądowego rozstrzygnięcia w sprawach przestępstw konwencyjnych od przeprowadzenia postępowania mediacyjnego lub innego alternatywnego sposobu rozstrzygnięcia sporów (art. 48 ust. 1 ).

W rozdziale VI szczegółowo określono obowiązki organów ścigania w zakresie podejmowania interwencji (art. art. 49 - 50), przewidziano obowiązek wprowadzenia środka w postaci nakazu natychmiastowej eksmisji oraz zakazu zbliżania się (art. 52), a także innych nakazów ochronnych (art. 53). Określono też zasady

gromadzenia dowodów w niektórych sprawach objętych regulacją Konwencji (art. 54), a ponadto wskazano typy przestępstw konwencyjnych, które muszą być ścigane *ex officio* (art. 55) .

W rozdziale tym ponadto określono prawa i obowiązki ofiar występujących w charakterze świadków (art. art. 56 - 57), a także przewidziano szczególne zasady przedawnienia niektórych przestępstw objętych Konwencją.

Rozdział VII dotyczy kwestii migracyjnych i azylowych. Rozdział VIII wybranych problemów współpracy międzynarodowej, zaś rozdział IX problemu monitoringu wdrażania postanowień Konwencji przez Grupę ekspertów (GREVIO). Rozdziały od X do XII zawierają postanowienia dotyczące samej Konwencji, jej relacji z innymi międzynarodowymi instrumentami prawnymi, warunków zmiany, wejścia w życie oraz składania zastrzeżeń.

### III. Podstawowe założenia Konwencji oraz jej zakres podmiotowo-przedmiotowy

#### **Podstawowe założenia**

##### *Strukturalny charakter przemocy*

Podstawowym założeniem Konwencji jest to, że dla osiągnięcia jej celu w postaci eliminacji przemocy wobec kobiet, konieczne jest spojrzenie na ten problem z perspektywy struktury społecznej oraz powiązanie stosowanych środków z szerszą kwestią osiągnięcia rzeczywistej równości kobiet i mężczyzn. W ocenie twórców Konwencji bowiem, przemoc wobec kobiet ma strukturalny charakter, uwarunkowany płcią ofiary i wynika z historycznie nierównego rozłożenia relacji władzy w społeczeństwie pomiędzy kobietami a mężczyznami, które doprowadziło do faktycznej wielowiekowej dominacji mężczyzn i dyskryminacji kobiet. Przemoc przy tym stanowi jeden z głównych mechanizmów społecznych wykorzystywanych do zmuszania kobiet do podległości zarówno w sferze prywatnej jak i publicznej. Uniemożliwia korzystanie kobietom na zasadach równości z wolności i praw obywatelskich. W konsekwencji tego założenia Konwencja uznaje, że osiągnięcie *de iure* i *de facto* równości między kobietami i mężczyznami, stanowi kluczowy element zapobiegania przemocy wobec kobiet (patrz Preambuła). W związku z tym Konwencja nakłada na państwa-strony obowiązek podejmowania przede wszystkim wszelkich środków koniecznych dla zmiany społecznych i kulturowych wzorców zachowania kobiet i mężczyzn, mających na celu wyeliminowanie z nich przesądów, zwyczajów oraz tradycji bazujących na idei niższości kobiet lub stereotypowych rolach kobiet i mężczyzn (art. 12 oraz art.14 Konwencji)<sup>8</sup>.

---

<sup>8</sup> Warto dodać, że Konwencja uznając strukturalny charakter przemocy nawiązuje tym samym do tego nurtu literatury socjologicznej, który podkreśla zależność między dyskryminacją ze względu na płeć a przemocą.

Zdaniem S. Schechter dominacja oznacza, że w danej strukturze społecznej, pewne grupy osób są władne określać i ograniczać sfery aktywności innych grup społecznych. Władza, którą wykonuje grupa dominująca niesie ze sobą także prawo do wymuszania postępowania zgodnego z tymi regułami, również przy użyciu siły. Por. S. Schechter. *Women and Male violence. The visions and struggles of the battered women's movement*, South and Press 1982 s. 216 l n. W ocenie R. Ortner dychotomię pomiędzy kobietą a mężczyzną można porównać, w nawiązaniu do symboliczno-strukturalistycznej perspektywy C. Levi Straussa, do dychotomii natury i kultury. Kultura sprowadza się do procesu

## Przemoc naruszeniem praw człowieka

Konwencja ponadto uznaje przemoc wobec kobiet oraz przemoc domową za naruszenie praw człowieka oraz przejaw dyskryminacji ze względu na płeć.

Przyjęcie tej perspektywy oznacza jasne postawienie kwestii odpowiedzialności państw przed organami ochrony praw człowieka nie tylko za stosowaną przez jego funkcjonariuszy przemoc, ale także za niedołożenie należytej staranności w zakresie zapobiegania i zwalczania tej formy przemocy w przypadku, gdy stosowana jest ona przez osoby prywatne. Co więcej, odpowiedzialność ta nie ogranicza się do tego, by sprawca przemocy poniósł zasłużoną karę, a osoba pokrzywdzona uzyskała należytą satysfakcję. Za niedopełnienia obowiązków państwa może również być uznane stwarzanie/podtrzymywanie atmosfery przyzwolenia społecznego na stosowanie przemocy, które sprzyja jej eskalacji<sup>9</sup>. Prawno-człowiecza perspektywa przejawia się również w tym, że przy okazji proponowanych przez Konwencję środków każdorazowo zaznacza się, że ich system musi charakteryzować podejście bazujące na prawach człowieka.

---

tworzenia, a następnie podtrzymywania systemu znaczących form (symboli, artefaktów itp.), za pomocą których ludzkość dąży do podporządkowania sobie przyrody, manipulując naturą dla własnych potrzeb i korzyści. Stan tej świadomości identyfikowany jest z płcią męską, ponieważ jego fizjologia pozwala mu w większym stopniu uczestniczyć w rozwoju kultury. Kobieta natomiast utożsamia się z naturą, ponieważ poprzez swoją fizjologię i funkcje rozrodcze jest bardziej zaangażowana w życie (reprodukcję) gatunku. Ciało kobiety i jego funkcje przypisują jej zatem role społeczne, które uznaje się za niższe rangą, tak samo jak natura podlega jest względem kultury. Do innych przeciwstawień stosowanych w kontekście odróżnienia kobiet i mężczyzn należy dychotomia publiczny - prywatny. W sferze publicznej, tradycyjnie rzecz biorąc, działali głównie mężczyźni. W sferze prywatnej, gdzie jakkolwiek ingerencja państwa postrzegana była jako niedopuszczalne naruszenie prawa do prywatności jednostki, koncentrowało się głównie życie kobiet. Ten podział przyczynił się do tego, że jeszcze do bardzo niedawna realizacja przez państwa obowiązków konwencyjnych w zakresie ochrony praw człowieka ograniczała się do naruszeń mających miejsce w sferze publicznej. S Ortner, *Nikt nie rodzi się kobietą*, Warszawa 1982, s. 124.

<sup>9</sup> Idea ta została jasno po raz pierwszy wyrażona, w kontekście przemocy wobec kobiet, w orzecznictwie Międzypaństwowej Komisji Praw Człowieka na gruncie Międzypaństwowej Konwencji w sprawie przemocy wobec kobiet w sprawie *Gonzalez et al. przeciwko Meksykowi* (znanej jako: *Cotton Field*, Seria C No 295). Międzypaństwowa Komisja Praw Człowieka w wyroku z dnia 9 listopada 2009 podkreśliła tam, że brak efektywności zwalczaniu przemocy wobec kobiet tworzy atmosferę bezkarności, która sprzyja eskalacji aktów przemocy i wysyła do społeczeństwa przekaz, że przemoc wobec kobiet jest tolerowana i społecznie akceptowana jako część nieodłączna codziennego życia. W ocenie tego Sądu podporządkowanie kobiet może być związane z praktykami bazującymi na stale utrzymującymi się i dominującymi społecznie stereotypami płciowymi. Sytuacja wygląda jednak jeszcze gorzej, gdy te stereotypy odzwierciedlają się w sposób ukryty lub wyraźny (*implicitly* or *explicitly*) w politykach i praktykach organów publicznych, a w szczególności w sposobie rozumowania i języku władz politycznych i sądowych. Tworzenie i stosowanie stereotypów staje się jedną z przyczyn i skutków przemocy ze względu na płeć stosowanej wobec kobiet (*gender based violence against women*). [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_ing.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_ing.pdf)

## *Wiktymocentryzm Konwencji*

Konwencja w wielu przepisach stawia jasno sprawę, że przy stosowaniu jakiegokolwiek środka w celu przeciwdziałania przemocy należy przede wszystkim uwzględniać perspektywę praw człowieka ofiar-kobiet i dążyć nie tylko do zapewnienia im bezpieczeństwa i pomocy, lecz również do ich uwłasnowolnienia (*empowerment*) rozumianego jako przyznanie kobietom większego imperium władzy i ekonomicznej niezależności (art. 12 par. 6, art. 18). Ta potrzeba priorytetowego traktowania interesu osoby pokrzywdzonej, w razie jego konfliktu np. z interesem sprawcy, czy nawet państwa, wynika z wielu przepisów szczegółowych Konwencji. Na przykład odzwierciedlona jest w art. 16 Konwencji, w którym mówi się o programach terapeutycznych dla sprawców przemocy mających na celu uczenie ich nieagresywnych zachowań w relacjach interpersonalnych oraz specjalnych programach prewencyjnych dla sprawców przestępstw seksualnych. W przepisie tym równocześnie podkreśla się, że przy realizacji tych programów należy priorytetowo traktować sprawę bezpieczeństwa osób pokrzywdzonych, co zapewnić ma m.in. wymóg ścisłej współpracy z organami tworzącymi system pomocy dla kobiet ofiar przemocy. Z przepisu tego wynika również, że priorytetowe traktowanie interesów ofiar przemocy może przejawiać się też, przy ograniczeniach finansowych, w większym alokowaniu środków na wsparcie dla ofiar, w porównaniu np. ze środkami przeznaczonymi na rehabilitację sprawców (art. 16 ust. 3 oraz teza 104 raportu wyjaśniającego). Podobnie w przepisie art. 30 ust. 2 dot. kompensacji państwowej zaleca się, by przy roszczeniach regresowych państwa wobec sprawcy przemocy uwzględniać bezpieczeństwo osoby pokrzywdzonej (30 ust. 2 Konwencji oraz teza 167 raportu wyjaśniającego). Oznacza to, że w sytuacji, gdy istnieje obawa iż dochodzenie przez państwo zwrotu wypłaconego odszkodowania może grozić niebezpieczeństwem dla zdrowia lub życia ofiary ze strony mszczącego się sprawcy przemocy, należy zrezygnować z windykacji.

## *Kompleksowe i zintegrowane podejście do przeciwdziałania przemocy*

Takie podejście przejawia się w dwojaki sposób. Przede wszystkim sama Konwencja, z założenia, ma charakter całościowy i przewiduje odpowiedź na większość problemów związanych z zapobieganiem i zwalczaniem przemocy ze względu na płeć, podnoszonych przez środowiska kobiece. Równocześnie,

wyznaczając cele Konwencji podkreśla się, potrzebę kompleksowego i skoordynowanego podejścia do kwestii ochrony i pomocy oferowanej ofiarom przemocy, również przy implementacji Konwencji. Zwraca się w szczególności uwagę na fakt, że przemoc w sposób dewastujący wpływa na życie ofiar, istnieje więc potrzeba stworzenia całościowego systemu ochrony, który nie tylko zapewni im w przyszłości poczucie bezpieczeństwa oraz przywrócenie zdrowia fizycznego i psychicznego, lecz również umożliwi odbudowę normalnego życia. Kolejnym założeniem Konwencji jest, że eliminacja przemocy wobec kobiet powinna mieć charakter skoordynowany, z czym łączy się założenie multidyscyplinarnej współpracy różnych organów. Jest to część całościowego zintegrowanego podejścia do tego problemu. Konwencja w celu jej prawidłowej implementacji w tym zakresie przewiduje ponadto specjalny mechanizm monitoringu, i to zarówno na szczeblu krajowym jak i międzynarodowym.

### **Zakres podmiotowo - przedmiotowy Konwencji oraz wyjaśnienie stosowanych pojęć**

*Przemoc ze względu na płeć a przemoc wobec kobiet: wzajemna relacja pojęć*

Konwencja dotyczy szczególnego rodzaju przemocy, która ze swej istoty związana jest z płcią ofiary, czyli przemocy uwarunkowanej płcią (*gender based violence*).

Jednakże równocześnie zwraca się uwagę, że jej przedmiotem zainteresowania jest przemoc ze względu na płeć o tyle tylko, gdy jest skierowana wobec kobiet. To podkreślenie, które na pierwszy rzut oka może wydawać się zbędne, wiąże się z dostrzeganiem faktu, że ofiarami przemocy ze względu na płeć mogą stać się również mężczyźni. Według R. Copelon pojęcie *gender violence* lub *gender based violence* „obejmuje wszelkie formy przemocy, podtrzymujące lub wykorzystujące dychotomię pomiędzy kobietą i mężczyzną w celu zapewnienia istnienia podporządkowania (subordynacji) i niższości kobiet, jak również wszystkiego, co jest łącznie z rodzajem żeńskim lub kobiecością”. Zdaniem tej autorki, pomimo iż wśród ofiar tej formy przemocy przeważają zdecydowanie kobiety, może ona stać się też udziałem mężczyzn<sup>10</sup>. Przykładem są gwałty w męskich więzieniach, mające na celu

---

<sup>10</sup> R. Copelon. Recognising the egregious in the everyday. Domestic violence as a torture, Columbia Human Rights: aw Review, 1994 v. 25, s. 292.

poniżenie ofiary, poprzez sprowadzenie jej do roli kobiety<sup>11</sup>, jak też dające się obserwować w społeczeństwie przejawy agresji wobec mężczyzn podejrzanych o skłonności homoseksualne, czy tylko o kobiecym wyglądzie.

Również omawiana Konwencja, nie negując faktu, że ofiarami przemocy ze względu na płeć mogą też być mężczyźni, uważa to za zjawisko marginalne. Rzeczywisty problem społeczny, w ocenie jej twórców, stanowi ta przemoc w sytuacji, gdy jej ofiarami są kobiety. Dlatego też głównie ogranicza się do regulacji takich przypadków.

Konwencja ze zjawiska przemocy ze względu na płeć wyodrębnia przemoc domową, czyniąc tę formę przemocy również przedmiotem swojego zainteresowania. Podkreślając okoliczność, że najczęściej kobiety są także ofiarami tej formy przemocy, zachęca jednak równocześnie państwa-strony Konwencji do jej stosowania w przypadku przemocy domowej, której ofiarą stają się mężczyźni lub dzieci. Ostateczną jednak decyzję w tym przedmiocie pozostawia się państwom-stronom, które same najlepiej są w stanie ocenić, czy jest to celowe, uwzględniając stan przestępczości tego rodzaju w kraju, jego przejawy, dynamikę i tendencje rozwojowe.

*Geneza wyodrębnienia w prawie międzynarodowym kategorii przestępstw określanych jako „przemoc ze względu na płeć (gender based violence)”*

Warto przypomnieć, że wyodrębnienie przemocy ze względu na płeć najpierw w prawie międzynarodowym, a następnie w kryminologii, opierało się na wynikach ogólnych analiz genezy przestępczości, jej sprawców i ofiar.

Z obserwacji tych wynikało, że wśród ofiar pewnych typów przestępstw, takich jak np. przestępstwa seksualne, znęcanie się nad członkiem rodziny, handel ludźmi, przy typowej, wyraźnej nadreprezentacji mężczyzn wśród sprawców, występuje

---

<sup>11</sup> W polskiej gwarze więziennej określane jako „przecwelenie”, w wyniku którego osadzony przez to, że zostaje w stosunku seksualnym „sprowadzony” do roli kobiety, jest sytuowany na najniższym szczeblu drabiny społecznej w podkulturze więziennej. Szerzej na temat tej definicji w literaturze polskiej: E. Zielińska, *Przemoc ze względu na płeć (w:) Człowiek i agresja. Głosy o nienawiści i przemocy. Ujęcie interdyscyplinarne*, red. S. Amsterdamski, Wyd. Sic, SNS, Warszawa 2002 s. 86 i n.

równocześnie w odniesieniu do osób pokrzywdzonych rażąca nadreprezentacja kobiet.

Równocześnie stwierdzono, że te właśnie typy przestępstw są rzadko ścigane i karane z całą surowością prawa, że często organy ścigania oraz sądy przy ich rozpatrywaniu są skłonne kierować się szkodliwymi dla kobiet stereotypami (np. w odniesieniu do ofiar zgwałceń<sup>12</sup>), a także niezasadnie usprawiedliwiać przy wymiarze kary sprawców-mężczyzn w powołaniu się na tradycję, religię, dobro lub honor rodziny. Równocześnie liczne badania wykazały, że kobiety-ofiary tego rodzaju przemocy, zeznające w procesie karnym w charakterze świadków, z tychże samych powodów są niewłaściwie traktowane przez organy ścigania, co przyczynia się do ich wtórnej wiktymizacji, tym razem przez wymiar sprawiedliwości. Innymi słowy dostrzeżono, że kobiety-ofiary przemocy ze względu na płeć nie były na jednakowych podstawach i w równym stopniu chronione przez prawo, co ofiary innych typów przestępstw. W związku z tym uznano, że postępowanie wobec nich organów ścigania nosiło cechy dyskryminacji ze względu na płeć.

Te obserwacje doprowadziły do tego, że począwszy od lat 90 XX w. Komitet monitorujący przestrzeganie Konwencji o Eliminacji Wszelkich Form Dyskryminacji Kobiet (dalej: Konwencja CEDAW lub Komitet CEDAW) systematycznie w Zaleceniach Ogólnych czynił odniesienia do przemocy wobec kobiet, chociaż

---

<sup>12</sup> Morrison Torney, *When Will We Be Believed? Rape Myths*. s. 1025- 1028. Klasyczne mity dot. gwałtów można zamknąć w następujących czterech kategoriach 1) tylko kobiety mające złą opinię bywają gwałcone; 2) kobiety są skłonne do fantazjowania w sprawach seksu; 3) kobiety przyczyniają się do zgwałcenia przez swój wygląd lub zachowanie; 4) kobiety składają fałszywe zawiadomienia o przestępstwie zgwałcenia po wyrażeniu zgody na stosunek powodowane zemstą, chęcią szantażu, zazdrością czy też poczuciem winy. Zdaniem ww. autorki żaden z tych mitów nie został potwierdzony badaniami naukowymi. Co do pierwszego mitu to z badań prowadzonych w dystrykcie Kolumbii wynika, że 82 % zgwałconych kobiet cieszyło się dobrą opinię. Co więcej, wyniki innych badań o krajowym zasięgu wykazały, że połowa badanych kobiet znała gwałtociela lub była jego żoną. Co do drugiego mitu, że kobiety fantazjują na temat gwałtu, to opiera on się na niepotwierdzonych teoriach psychoanalitycznych. Trzeci mit, że kobiety prowokują gwałt został obalony wynikami badań prowadzonych w 1987 w USA przez Narodową Komisję d/s Przestępstw Przemocy (*National Commission on Crimes of Violence*), z których wynika, że tylko w 4 % spraw zachowanie ofiary zgwałcenia wzbudziło w sprawcy zamiar popełnienia tego czynu. Badania te wykazały natomiast, że w 82 % przypadków było to przestępstwo wcześniej planowane, nie zaś popełnione pod wpływem impulsu związanego z wyglądem lub zachowaniem się ofiary. Gwałtociela raczej wybierali ofiary po prostu dostępne i podatne na przemoc, a nie akurat atrakcyjne z wyglądu. Co do czwartego mitu to podnosi się, że brak badań, które by dowodziły, że fałszywe zawiadomienia o przestępstwie zgwałcenia są częstsze niż w przypadku innych typów przestępstw. Według szacunków wynoszą one ok. 2 % wszystkich zawiadomień o gwałtach, czyli odsetek porównywalny do fałszywych zawiadomień przy innych przestępstwach.

sama Konwencja CEDAW, przyjęta w 1979 r., wspominała *explicite* tylko o jednej jej formie, a mianowicie handlu kobietami. Te rozważania usytuowały raz na zawsze problem przemocy wobec kobiet w płaszczyźnie ochrony praw człowieka oraz w kontekście działań antidyskryminacyjnych<sup>13</sup>.

Komitet CEDAW zdefiniował zjawisko przemocy wobec kobiet w dwojaki sposób. Z jednej strony odwołując się do kryterium jakościowego, uznał, że zawarta w Konwencji CEDAW definicja dyskryminacji obejmuje „*gender based violence*”, tzn. przemoc skierowaną przeciwko kobiecie dlatego, że jest ona kobietą.

Z drugiej strony Komitet nawiązał do kryterium ilościowego i stwierdził, że do tej formy przemocy należy zaliczyć wszystkie jej rodzaje, które dotyczą w nieproporcjonalnie wysokim stopniu kobiety (są one w przeważającym stopniu dominujące wśród osób pokrzywdzonych)<sup>14</sup>.

Wyraźnie też podkreślono, że pełna implementacja Konwencji CEDAW wymaga od państw nie tylko przestrzegania zakazu stosowania przemocy wobec kobiet przez państwo lub jego funkcjonariuszy<sup>15</sup>, lecz również wykazania się należyłą starannością (*due diligence*) w jej zapobieganiu, ściganiu i karaniu, zarówno w sferze publicznej jak i prywatnej, czyli również wtedy, gdy przemoc stosowana jest przez innych obywateli<sup>16</sup>. W konsekwencji pełna implementacja Konwencji CEDAW

---

<sup>13</sup> I tak w Generalnych Rekomendacjach przyjętych na 8 sesji Komitetu CEDAW (No. 12 z 1989 r.) poświęconych problemowi przemocy wobec kobiet Komitet zwracał uwagę państw-stron Konwencji, że art. 2, 5, 11 i 12 Konwencji zobowiązują państwa członkowskie do podejmowania działań w celu ochrony kobiet przed wszelkimi formami przemocy, zarówno tej w rodzinie, miejscu pracy jak i w każdym innym obszarze życia społecznego. W związku z tym państwa-strony powinny umieszczać w okresowych sprawozdaniach dot. realizacji postanowień konwencyjnych, informacje na temat wdrażanych w tym celu środków. W Zaleceniach ogólnych Nr 19 z 1992 r., przyjętych na 11 sesji, Komitet CEDAW użył po raz pierwszy określenia przemoc ze względu na płeć (*gender based violence*) i zakwalifikował ją jako formę dyskryminacji w rozumieniu art. 1 Konwencji, która poważnie ogranicza możliwości kobiet do korzystania z ich praw i wolności na równych zasadach z mężczyznami.

<sup>14</sup> The definition of discrimination includes gender-based violence, that is, violence that is directed against a woman because she is a woman or that affects women disproportionately. Równocześnie zaznaczono, że *gender based violence* stanowi pogwałcenie poszczególnych przepisów Konwencji, również wtedy, gdy nie wspomina się w ich tekście o przemocy (Gender-based violence may breach specific provisions of the Convention, regardless of whether those provisions expressly mention violence).

<sup>15</sup> „...refrain from engaging in violence against women”, directly or through their agents”.

<sup>16</sup> „...exercise due diligence to prevent, investigate and, in accordance with national legislation, punish acts of violence against women, whether those acts are perpetrated by the State or by private persons”.

wymaga od państwa podjęcia pozytywnych środków w celu eliminacji wszelkich form przemocy ze względu na płeć<sup>17</sup>.

Warto dodać, że w kontekście art. 2(f), 5 oraz 10 tej Konwencji CEDAW, Komitet wyjaśnił, że tradycyjne postawy, zgodnie z którymi kobiety są postrzegane jako podporządkowane mężczyznom lub jako osoby pełniące stereotypowe role, przyczyniają się do rozpowszechnienia praktyk związanych ze stosowaniem przemocy i przymusu.<sup>18</sup> Takie uprzedzenia i praktyki często są powoływane dla usprawiedliwienia stosowania *gender based violence*, rzekomo jako formy ochrony oraz kontrolowania sytuacji kobiet. W rzeczywistości jednak stosowana przemoc pozwala utrzymywać kobiety w podporządkowanych rolach i przyczynia się do ich niskiego udziału w życiu politycznym, w edukacji, w zatrudnieniu itp.

#### *Konwencyjna definicja „przemocy wobec kobiet” oraz przemocy ze względu na płeć*

Omawiana Konwencja rozumienie pojęcia przemoc ze względu na płeć wywodzi z ww. wymienionej definicji Komitetu CEDAW, aczkolwiek lekko ją modyfikując.

Z definicji przemocy wobec kobiet w art. 3a Konwencji wynika, wspomniane już dążenie jej twórców do traktowania przemocy wobec kobiet jako naruszenia praw człowieka i formy dyskryminacji ze względu na płeć. Definicja zawarta w art. 3a, opisująca, na czym przemoc wobec kobiet polega, uzupełnia jednak wcześniejsze definicje tej formy przemocy o element przemocy ekonomicznej.

Uwzględnia w związku z tym wszelkie uwarunkowane płcią akty przemocy (*gender based violence*), które prowadzą lub mogą prowadzić do szkody fizycznej, seksualnej, psychicznej lub ekonomicznej, bądź też do cierpienia kobiet. Do tej formy przemocy zalicza się też groźby popełnienia takich aktów, przymus lub samowolne (arbitralne) pozbawienie wolności, niezależnie od tego, czy ma to miejsce w życiu publicznym czy prywatnym.

Niezależnie od tej definicji, Konwencja zawiera definicję „bazującej na płci (uwarunkowanej płcią) przemocy wobec kobiet (*gender based violence against*

---

<sup>17</sup> “the full implementation of the Convention required States to take positive measures to eliminate all forms of violence against women”.

<sup>18</sup> Pkt. 11. Traditional attitudes by which women are regarded as subordinate to men or as having stereotyped roles perpetuate widespread practices involving violence or coercion, such as family violence and abuse, forced marriage, dowry deaths, acid attacks and female circumcision.

women - art. 3d), która powtarza cytowaną wyżej definicję Komitetu CEDAW i oznacza przemoc, która jest skierowana przeciwko kobiecie dlatego, że jest ona kobietą oraz która dotyka w nieproporcjonalnie dużym stopniu kobiety. Ta forma przemocy różni się od innych form przemocy tym, że zasadniczym motywem popełnienia czynów opisanych w art. 3a, jest płeć ofiary. Innymi słowy uwarunkowana płcią przemoc odnosi się do jakiegokolwiek szkody wyrządzonej kobiecie, która stanowi zarówno przyczynę, jak i skutek, nierównych relacji władzy, opierających się na postrzeganych różnicach pomiędzy kobietami i mężczyznami, które prowadzą do nadania kobietom podrzędnego statusu, zarówno w sferze publicznej jak i prywatnej. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się przy tym, że ten typ przemocy jest głęboko zakorzeniony w społecznych i kulturowych strukturach, normach i wartościach. Jego występowaniu sprzyja kultura zaprzeczenia i zmywy milczenia wobec zjawiska.

#### *Definicja przemocy domowej*

Rozumie się przez to pojęcie każdy akt fizycznej, seksualnej, psychicznej lub ekonomicznej przemocy, który ma miejsce w rodzinie lub w domu lub pomiędzy byłymi albo obecnymi małżonkami lub partnerami, niezależnie od tego, czy dzielą lub dzielili wspólne miejsce zamieszkania. Warto podkreślić, że jeśli przemoc ma miejsce w domu, to bez znaczenia jest, czy istnieją jakieś więzi biologiczne lub prawne łączące sprawcę z ofiarą. Jak się wydaje, jako taka forma przemocy może więc być potraktowana np. przemoc właściciela lokalu stosowana wobec osoby wynajmującej lokal, jeśli wiąże się z płcią (*gender*) ofiary. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że definicja przemocy w rodzinie jest neutralna płciowo w tym sensie, że obejmuje wszystkie ofiary niezależnie od płci. Warto jednak dodać, że nie powinno się zaliczać do tej formy przemocy wszystkim aktów agresji mających miejsce w domu, a więc również takich, które nie mają żadnego związku z płcią ofiary, tak jak nie zalicza się też do przemocy wobec kobiet każdego rozboju, którego ofiarą stała się kobieta (ze statystyk wynika, że nie jest tak, aby wśród ofiar rozboju przeważająco dominowały kobiety).

Przemoc domowa może natomiast obejmować przemoc partnerską jak też międzypokoleniową (inter-generacyjną, np. pomiędzy rodzicami i dziećmi), niezależnie od tego, czy dana relacja nadal istnieje oraz czy strony mają wspólne

miejsce zamieszkania . Ofiarami przemocy partnerskiej najczęściej są kobiety, z tego względu ta odmiana przemocy domowej jest zaliczana do zjawiska przemocy wobec kobiet.

### *Pojęcie gender*<sup>19</sup>

Konwencja w art. 3c używa terminu *gender*, który w jej rozumieniu ma oznaczać „społecznie skonstruowane role, zachowania, działania i cechy, które dane społeczeństwo uznaje za właściwe dla kobiet i mężczyzn”.

Używając określenia *gender based violence* rozumie się przez to zarówno płeć w jej rozumieniu biologicznym (*sex*), jak i kulturowo-społecznym (*gender*).

Odróżnienie pojęcia płci kulturowej od pojęcia płci biologicznej (genetycznie odróżniającej kobietę od mężczyzny) stosowane jest w psychologii i socjologii od dawna. Jednakże w traktatach międzynarodowych nie jest, jak na razie, powszechna (po raz pierwszy pojęcie to z definicją zostało wprowadzone do Statutu Rzymskiego).

W języku angielskim dla określenia każdego z tych dwóch pojęć używa się nieraz odmiennych terminów: *gender* i *sex*. Często poprzestaje się też na określeniu *gender* jako szerszym, bo obejmującym pojęcie płci w obu znaczeniach. Pierwotnie zdarzało się, że te terminy były używane zamiennie.

Odpowiednikiem ang. wyrazu *gender* w języku polskim jest wyraz „rodzaj”. Jak wiadomo wyróżniamy trzy rodzaje (żeński, męski i nijaki), i to czy dany rzeczownik np. słońce , księżyc czy ziemia są w danym języku rodzaju nijakiego, męskiego czy żeńskiego (jeżeli w ogóle dzieli się rzeczowniki na rodzaje), jest sprawą określonej konwencji językowej, uwarunkowanej tradycją. W związku z tym w różnych językach dany rzeczownik może być różnego rodzaju. Rodzaj więc ma charakter umowny, nie opisuje stanu faktycznego, lecz stanowi sztuczny konstrukt, tworzony na określone potrzeby, a następnie stosowany w ramach dyskursu normatywnego.

Z uwagi na wieloznaczność słowa „rodzaj”, termin ten nie przyjął się w języku polskim dla określenia społeczno-kulturowego rozumienia płci człowieka. Dlatego też w tłumaczeniu Konwencji na język polski, używa się wyrazu „płeć”. Nie wydaje się to

---

<sup>19</sup> W punkcie donoszącym się do pojęcia „ *gender*” wykorzystano fragment niepublikowanej opinii przygotowanej na zlecenie Pełnomocniczki Rządu do Spraw Równego Traktowania.

być trafne. Z tego względu lepiej by było używać angielskiej nazwy, ewentualnie w spolszczonej pisowni albo wymiennie z terminem płeć kulturowa.

Najbardziej trafną definicję płci kulturowej daje J. Butler<sup>20</sup>. Zdaniem J. Butler, człowiek rodzi się „kobietą” i „mężczyzną” tylko w sensie biologicznym, ale nie w sensie płci kulturowej. To społeczeństwo „mianuje” jednostki na „kulturowe kobiety” i „kulturowych mężczyzn”, przez co uzyskuje efekt statycznych, znaturalizowanych ról płciowych, tzn. takich, które zdają się być biologiczne, wrodzone, normalne, nienaruszalne, domyślne. Nieustanne powtarzanie aktów performatywnych maskuje nie tylko kulturowo-społeczne pochodzenie ról płciowych, lecz także ich dynamiczność. Cały ten społeczny konstrukt, ustanawiający płeć kulturową (*gender*) jest następnie nieustannie wprowadzany do świadomości dziecka, które go uwewnętrznia (internalizuje) i reprodukuje, przez co płeć kulturowa wydaje się być tworem biologicznym, wynikającym z natury, a nie uwarunkowań społecznych<sup>21</sup>.

*Gender roles* (role płciowe) stanowią odbicie różnego sposobu społecznego konstruowania żeńskiej i męskiej tożsamości, wynikającego ze zróżnicowanej pozycji społecznej obu płci, a nie wrodzonego kobiecego lub męskiego zachowania się.

Role płciowe są specyficzne dla danego czasu i miejsca i uwarunkowane społeczno-ekonomicznym, politycznym i kulturalnym kontekstem. Różnie się kształtują pod wpływem takich zmiennych, jak klasa, wiek, rasa czy pochodzenie etniczne. Tak jak każde inne wytwory społeczne, podlegają też ciągłym zmianom<sup>22</sup>. Ich cechą charakterystyczną jest również częste przenoszenie się z jednych kultur do innych<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> J. Butler, *Gender Trouble: Feminism and the Subversion of Identity*, New York:1990, Routledge, s. 140; polskie wydanie: J. Butler, *Uwikłani w płeć*, Warszawa 2008, Wydawnictwo Krytyki Politycznej, s. 262.

<sup>21</sup> Por. też: S. L. Bem, *Sex typing and androgyny: Further explorations of the expressive domain*, *Journal of Personality and Social Psychology* 1976 No 34, 1016. R. E. Hryciuk, A. Kościańska red. *Gender: perspektywa antropologiczna t.1: Organizacja, t.2: Kobiecość, męskość, seksualność*, Warszawa 2007: Wydawnictwo Uniwersytetu Warszawskiego, a także H. Bradley, *Płeć*, Warszawa 2008: Wydawnictwo Sic oraz S. Ortner: *Nikt nie rodzi się kobietą*. Warszawa 1982, PWN, s. 124. Por. też wybór artykułów w zbiorze *Nikt nie rodzi się kobietą* pod red. T. Hołównki, Czytelnik 1982.

<sup>22</sup> Na temat zmian paradygmatu męskości. Por K. Arcimowicz, *Przemiany męskości w kulturze współczesnej.* (w:) *Nowi mężczyźni. Zmieniające się modele męskości we współczesnej Polsce*, red. M. Fuszara, s. 22 i n.

<sup>23</sup> C. A. Brautigam, *International Human Rights Instruments. :The relevance of Gender* (w:) *Human Rights of Women*, red. W. Benedek, E. M. Kisaakye, G. Oberleitner, Zed Books, London - New York 2002, s. 21-22.

Termin *gender* użyty w kontekście przemocy (*gender based violence*) trafnie oddaje przyczyny tego zjawiska. Uwzględnienie w definicji przemocy również kulturowego znaczenia terminu płeć oznacza dostrzeżenie faktu, że kobiety stają się ofiarami przemocy głównie nie ze względu na swe rzeczywiste cechy biologiczne, ale z uwagi na okoliczność, że nie spełniają społecznych oczekiwań związanych ze swą płcią (przypisywanych danej płci) bo np. nie wykazują łagodności, uległości, czy też nie wypełniają przypisanych im ról społecznych.

Wprawdzie Konwencja tego nie wyjaśnia, ale prowadzona dotychczas debata w Polsce nasuwa wątpliwości, czy właściwie rozumiane jest na gruncie Konwencji pojęcie stereotypowych ról płciowych (art. 12), do których wykorzenia Konwencja zobowiązuje państwa-strony<sup>24</sup>. Być może źródłem zastrzeżeń jest nieporozumienie o charakterze pojęciowym wynikające z pomieszania pojęć „tradycji” i „stereotypu”.

Przypomnieć warto, iż pochodzące z języka greckiego pojęcie stereotyp oznacza „funkcjonujący w świadomości społecznej uproszczony i zabarwiony wartościująco obraz rzeczywistości” (Słownik Języka Polskiego PWN), „uproszczony, schematyczny obraz osób, grup, stosunków społecznych ukształtowany na podstawie niepełnej lub fałszywej wiedzy, utrwalony jednak przez tradycję i trudny do zmiany” (Encyklopedia PWN).

Tak więc stereotyp jest poglądem fałszywym, bądź przynajmniej poglądem opartym na niewystarczających podstawach (wiedzy niepełnej). Obraz rzeczywistości, który powstaje na podstawie stereotypu, jest zredukowany, uproszczony i fragmentaryczny. Stereotyp cechuje się nieuprawnionym uogólnieniem: społeczne funkcjonowanie stereotypu polega bowiem na tym, że przypisujemy jednostce określone (pozytywne bądź negatywne) cechy tylko z tego powodu, że należy do pewnej grupy – niezależnie od tego, czy ta konkretna osoba rzeczywiście posiada te przymioty bądź wady.

Tymczasem wiedza ta nie wytrzymuje konfrontacji z rzeczywistością. Najcięższym grzechem stereotypu jest bowiem to, że unieważnia podmiotowość jednostki – jej odrębność, неповtarzalność i wyjątkowość, która nijak nie da się ująć

---

<sup>24</sup> We fragmencie dot. stereotypów wykorzystano częściowo tekst przygotowany przez B. Błońską, B. Namysłowską, A. Fuszare, E. Zielińską. *Kto się boi stereotypów*, który ukazał się w „Prawniku” w marcu 2012 r.

w stereotypowej roli. W związku z tym można postawić tezę, że stereotyp pozwala na niedopuszczalne w świetle międzynarodowych standardów prawa człowieka oraz krajowych konstytucji, traktowanie jednostki z pominięciem jej podmiotowości.

Jak uczy nieodległa nawet przeszłość, stereotypowe postrzeganie pewnych grup społecznych jest mechanizmem często prowadzącym do przemocy. Konwencja nakazuje eliminować tylko te „tradycje” które opierają się na pojęciu niższości kobiet i (innych) stereotypach. Nie ma więc żadnych aksjologicznych podstaw dla utrzymywania stereotypowego rozumienia ról płciowych.

Warto dodać, że jest sytuacją wyjątkowo niebezpieczną, gdy stereotypem posługują się organy państwowe – istnieje wówczas ryzyko, że to, co dotychczas było wyłącznie nieuprawnionym poglądem, stanie się problemem strukturalnym.

#### *Inne kwestie pojęciowe*

Artykuł 3 Konwencji poświęcony jest wyjaśnieniu również innych używanych w niej pojęć. Siatka pojęciowa, którą posłużono się w Konwencji, nawiązuje do terminów powszechnie stosowanych w prawie karnym, dokonując nieraz pewnej ich modyfikacji. I tak pojęcie ofiary (*victim*) Konwencja ogranicza do osób fizycznych będących przedmiotem wykonawczym opisanych w niej czynów zabronionych (art. 3 pkt e Konwencji). Termin „kobieta”, w rozumieniu Konwencji, obejmuje również dziewczynki poniżej 18 roku życia. Z drugiej jednak strony Konwencja definiuje też pewne terminy, wprawdzie nieraz już występujące wcześniej w międzynarodowym prawie traktatowym, albo też pojawiające się w takim prawie po raz pierwszy. I tak np. wśród powodów dyskryminacji wymienia nie tylko orientację seksualną, ale też tożsamość seksualną (*gender identity* – art. 4 par. 3). W raporcie wyjaśniającym dodaje się, że należy przez nią rozumieć, w dużym uproszczeniu, sytuację, gdy płeć (*gender*), z którą dana osoba się identyfikuje, nie pozostaje w zgodzie z płcią (*sex*) nadaną jej przy urodzeniu. Chodzi w szczególności o osoby *transgender* lub *transsexual*, *cross - dressers*, transwestytów oraz inne grupy osób, które nie pasują do tego, co społeczeństwo uznaje za należące do kategorii „męskość” albo „kobiecość” (teza 53) .

## **Zastosowanie Konwencji do przemocy w czasie konfliktów zbrojnych**

Konsekwencją całościowego podejścia do problemu jest to, że Konwencja ma zastosowanie zarówno w czasie pokoju jak i w przypadku konfliktów zbrojnych, jako środek uzupełniający do środków przewidzianych w humanitarnym prawie międzynarodowym oraz międzynarodowym prawie karnym. Takie formy przemocy, jak np. zgwałcenie, czy inna przemoc seksualna, które wchodzą w zakres niniejszej Konwencji, mogą stanowić równocześnie element zbrodni przeciwko ludzkości (art. 7 Statutu Rzymskiego), gdy popełnione zostały w ramach zakrojonych na szeroką skalę lub systematycznych ataków na ludność cywilną, albo też być uznane za zbrodnie wojenne (art. 8 Statutu Rzymskiego). Fakt ten nie powoduje jednak sytuacji konfliktowych. W świetle bowiem Statutu Rzymskiego jurysdykcja Międzynarodowego Trybunału Karnego jest ograniczona tylko do najpoważniejszych zbrodni wagi międzynarodowej i ma zastosowanie tylko wtedy, gdy dane państwo albo nie jest w stanie w ogóle karać sprawców przemocy lub gdy karanie jest bardzo utrudnione albo gdy nie ma woli politycznej karania sprawców. Międzynarodowy Trybunał Karny działa więc na zasadzie subsydiarności, co oznacza pierwszeństwo państw w wykonywaniu jurysdykcji w zakresie przestępstw objętych przepisami Statutu.

#### **IV. Obowiązki ogólne związane z przystąpieniem do Konwencji**

##### ***Obowiązek promocji i ochrony prawa kobiet do życia wolnego od przemocy (art. 4)***

Konsekwencją uznania strukturalnego charakteru przemocy wobec kobiet jest organiczne powiązanie tego zjawiska z problemem równości i niedyskryminacji pod względem płci. Z tego też względu w części dotyczącej zapobiegania przemocy Konwencja nakłada na państwo–stronę obowiązek podjęcia niezbędnych ustawodawczych lub innych środków w celu promocji i ochrony zasady równości i niedyskryminacji. W szczególności państwa są zobowiązane do zagwarantowania istnienia w Konstytucjach lub innych ustawach tej zasady i stworzenia warunków do jej praktycznej realizacji. Ponadto konieczne jest wprowadzenie do ustawodawstwa wyraźnego zakazu niedyskryminacji, obwarowanego, gdy to konieczne, sankcją za jego złamanie, a także eliminacja wszystkich dyskryminujących kobiety przepisów i praktyk (par. 2). Zaleca się też wprowadzanie, gdy to konieczne, specjalnych środków, mających charakter uprzywilejowania wyrównawczego, w zakresie zapobiegania przemocy oraz ochrony przed nią kobiet, które nie mogą być uznawane, w świetle Konwencji, za przejaw dyskryminacji. W tym ostatnim przypadku chodzi o to, że fakt, że kobiety stają się ofiarami przemocy uwarunkowanej płcią w znacznie większym wymiarze niż mężczyźni stanowi obiektywne i racjonalne uzasadnienie do przeznaczania specjalnych funduszy na wprowadzania środków, których beneficjentami będą wyłącznie kobiety.

Z par. 3 tego przepisu wynika obowiązek państw-stron Konwencji do ochrony ofiar przemocy wobec kobiet i do stosowania odpowiednich przepisów Konwencji np. dotyczących pomocy ofiarom przemocy, bez jakiegokolwiek dyskryminacji. Konwencja zawiera długą, aczkolwiek nie wyczerpującą, listę zakazanych powodów dyskryminacji, w której m.in. wymienia, jak już wspomniano, orientację seksualną oraz tożsamość płciową .

## **Obowiązek dołożenia należytej staranności (art. 5)**

W przepisie art. 5 Konwencji wyraźnie przewidziano w kontekście zjawiska przemocy wobec kobiet, że państwo-strona Konwencji ma nie tylko obowiązek zaniechania pewnych działań (aspekt negatywny), lecz również określone obowiązki pozytywne.

Warto przypomnieć, że o ile obowiązek powstrzymania się państw-stron Konwencji do czuwania nad tym, by jego funkcjonariusze nie brali udziału w jakichkolwiek aktach przemocy wobec kobiet, nie był nigdy kwestionowany, o tyle idea rozliczania państwa z wykonywania pozytywnych obowiązków państwa w zakresie przeciwdziałania przemocy w sytuacji, gdy jej sprawcą jest osoba prywatna (*non-state actor*), jest czymś stosunkowo nowym.

Idea ta w odniesieniu do zjawiska przestępstw seksualnych oraz przemocy domowej na gruncie Europejskiej Konwencji Praw Człowieka pojawiła się po raz pierwszy w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka stosunkowo niedawno, bo dopiero w 2003 r. w sprawie M.B. przeciwko Bułgarii ( skarga nr 39272/98). Wtedy to Trybunał w wyroku z dnia 4 grudnia przyjął, że w świetle naruszonych przez Bułgarię przepisów Europejskiej Konwencji Praw Człowieka (art. 3 i art. 8) państwa- strony mają pozytywny obowiązek wydania ustawodawstwa karnego, które pozwoli na odpowiednie karanie zgwałcenia i innych form przemocy seksualnej oraz stosowania tych przepisów w celu skutecznego ścigania i stawiania w stan oskarżenia sprawców. Ostatnim wyrazem tej zasady, a zarazem krokiem naprzód w kierunku uznawania dyskryminującego charakteru zaniechań w przypadkach przemocy domowej, było orzeczenie ETPC w sprawie Opuz przeciwko Turcji (skarga nr 33401/02), gdzie Trybunał w wyroku z dnia 9 czerwca 2009 roku uznał, że doszło m.in. do naruszenia przez Turcję art. 14 EKPCz, gdyż przemoc, której doznała skarżąca i jej matka powinna być zaliczona do *gender based violence*, która stanowi formę dyskryminacji kobiet. Wynikało to z faktu, że ogólna pasywność (bezczywność) władzy sądowniczej w Turcji , chociaż nieintencjonalna (nieumyślna) lecz stanowiąca naruszenie obowiązku *due diligence*, dotykała głównie kobiet<sup>25</sup>.

---

<sup>25</sup> Por. Teza 200 , <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/violence/Opuz%20v%20%20Turkey.pdf>

Standard należytej staranności (*due diligence*), który wprowadza w art. 5 Konwencja, a do którego przestrzegania są zobowiązane państwa członkowskie, oznacza w świetle raportu wyjaśniającego nie tyle zobowiązanie do osiągnięcia przez państwo określonego rezultatu, lecz raczej zobowiązanie do dołożenia należytych starań i zastosowania odpowiednich środków. (teza 59). Innymi słowy państwa – strony Konwencji są zobowiązane zorganizować swoją odpowiedź na przemoc we wszystkich jej przejawach w taki sposób, który pozwala właściwym organom w sposób należyty zapobiegać temu zjawisku, ścigać oraz karać sprawców przemocy, a także zapewniać odpowiednie reparacje dla ofiar przemocy. Niedopełnienie tego obowiązku przez państwo pociąga za sobą jego odpowiedzialność za czyn, za który w przeciwnym wypadku poniosłaby ewentualną karę tylko osoba będąca bezpośrednim sprawcą przestępstwa. Przemoc bowiem w takiej sytuacji osiąga próg pozwalający przyjąć, że mamy już do czynienia z naruszeniem praw człowieka (*crosses the threshold of constituting a violation of human rights*). Bezczynność państwa uniemożliwia bowiem osobie pokrzywdzonej korzystanie z jej podstawowych praw i wolności (art. 2 Konwencji).

***Obowiązek uwzględniania w prowadzonych politykach perspektywy płci (gender sensitive policies) (art. 6)***

Przepis art. 6 Konwencji zobowiązuje państwa-strony do uwzględniania we wszystkich podejmowanych działaniach, w ramach realizacji postanowień Konwencji, perspektywy płci. Oznacza to, że ta perspektywa powinna być brana pod uwagę nie tylko wtedy, gdy planuje się podejmowanie jakichkolwiek działań, lecz również gdy bada się skutki ich stosowania. Takie *gender impact assessment* (ocena wpływu danej polityki oddzielnie na sytuację kobiet i mężczyzn) powinna więc być prowadzona zarówno w fazie planowania jak i ewaluacji i ma na celu zidentyfikowanie ewentualnych różnic. Przepis ten należy postrzegać również z perspektywy obowiązku państwa do promowania i stosowania polityk zmierzających do osiągnięcia pełnej równości kobiet i mężczyzn oraz uwłasnowolnienia kobiet (poprzez pełne ich upodmiotowienie), a także zwalczania wszelkich form dyskryminacji kobiet (art. 4) .

### **Obowiązek prowadzenia całościowej i skoordynowanej polityki w zakresie zapobiegania oraz zwalczania przemocy wobec kobiet (art. 7).**

Obowiązek ten wymaga stworzenia warunków przez państwo do tego, by odpowiedź na przemoc wobec kobiet miała charakter kompleksowy i była wzajemnie powiązana, innymi słowy, jak to określa Konwencja, cechowała się holistycznym podejściem.

W przełożeniu na język działań praktycznych oznacza to obowiązek prowadzenia przez wszystkie podmioty zaangażowane w zapobieganie i zwalczanie przemocy skoordynowanych działań na zasadach wzajemnej współpracy. W raporcie wyjaśniającym podaje się przykłady dobrych praktyk w tym zakresie, jak np. zaangażowanie policji, sądów, organizacji pozarządowych w Wlk. Brytanii w proces szacowania ryzyka powtórzenia się przemocy oraz tworzenie planu bezpieczeństwa dla jej ofiary. Zwraca się też uwagę, że ten rodzaj współpracy nie może być pozostawiony inwencji poszczególnych osób przekonanych o potrzebie wzajemnego przekazywania sobie pomiędzy różnymi podmiotami informacji, lecz wymaga wydania szczególnych rekomendacji, wytycznych lub protokołów postępowania (zbiorów zasad postępowania), a także szkolenia personelu (teza 66 raportu wyjaśniającego).

### **Obowiązek zagwarantowania środków na zapobieganie i zwalczania przemocy wobec kobiet (art. 8)**

W Konwencji mówi się wyraźnie o takiej potrzebie w kontekście środków finansowych oraz zasobów ludzkich. Zwraca się też uwagę, że środki te powinny być zarezerwowane nie tylko na prowadzenia polityk i programów rządowych lub samorządowych, lecz także tych, które będą realizowane przez organizacje pozarządowe oraz społeczeństwo obywatelskie. W przepisie tym zaznacza się, że środki powinny być odpowiednie (*appropriate*) dla właściwego (tzn. adekwatnego do potrzeb) prowadzenia zintegrowanej polityki oraz realizacji programów. Oznacza to, że przeznaczone na eliminację przemocy finanse muszą być odpowiednie do celu, który się chce osiągnąć oraz środka, który ma być zastosowany (teza 67 raportu).

### **Obowiązek współpracy z organizacjami pozarządowymi (art. 9)**

Przepis ten, jak podkreśla się w raporcie wyjaśniającym, stanowi wyraz uznania dla licznych pozarządowych organizacji społecznych, które przez wiele lat oferowały różnego rodzaju formy pomocy dla kobiet ofiar przemocy. Organizacje te mają długą tradycję w organizowaniu schronisk dla ofiar przemocy domowej, opieki medycznej, psychologicznej oraz prawnej, a także prowadzeniu gorących linii telefonicznych oraz poradnictwa. Celem przepisu jest zmobilizowanie państw-stron Konwencji do kontynuowania współpracy z tymi organizacjami oraz wspierania ich działalności. Warto na marginesie dodać, że Konwencja przywiązuje dużą wagę do włączania mężczyzn i chłopców do procesu zapobiegania przemocy wobec kobiet. Zwraca się na to uwagę m.in. w art. 12 par. 4, zobowiązując państwa do podejmowania działań zachęcających ich do brania aktywnego udziału.

### **Obowiązek wyznaczenia organu koordynującego (art. 10)**

Zadaniem takiego organu (lub organów) ma być koordynacja, implementacja i monitorowanie procesu przeciwdziałania przemocy, dokonywanie ewaluacji polityk i środków podejmowanych w celu zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet. Do zadań takiego organu ma też należeć koordynacja gromadzenia danych dotyczących tego zjawiska, ich analiza oraz upowszechnianie jej wyników. Państwa-strony Konwencji powinny też umożliwić temu organowi bezpośrednie porozumiewanie się z jego odpowiednikami w innych państwach-stronach. Z raportu wyjaśniającego wynika, że celem tych kontaktów ma być wzajemne inspirowanie się co do podejmowanych inicjatyw, które w efekcie powinno doprowadzić do harmonizacji praktyk we wszystkich państwach-stronach Konwencji.

### **Obowiązek gromadzenia danych oraz wspierania badań naukowych (art. 11)**

Powszechnie się uznaje, że systematyczne i właściwe gromadzenie danych dotyczących przemocy stanowi zasadniczy warunek prowadzenia skutecznej polityki w zakresie zapobiegania i zwalczania przemocy wobec kobiet, polityki racjonalnej, bo opartej na faktach (*evidence based policy making*). Dlatego też w art. 11 Konwencji przewidziano, jakie dane mają być gromadzone, analizowane i przygotowywane do

upublicznienia przez krajowy organ koordynujący ustanowiony na podstawie art. 10 Konwencji oraz jakie dane należy przekazywać grupie niezależnych ekspertów (GREVIO), o której mowa w art. 66 Konwencji. Z przepisu tego wynika ponadto obowiązek wspierania przez państwo badań naukowych nad tym zjawiskiem.

W raporcie wyjaśniającym szeroko opisuje się, jakim celom ma służyć zbieranie danych oraz wyjaśnia różnice funkcji, jakie ma do spełnienia gromadzenie danych statystycznych oraz badania naukowe. W szczególności podkreśla się, że badania odpowiadają na pytanie, jakie są rozmiary przemocy wobec kobiet, społeczno-ekonomiczne lub kulturowe czynniki, które sprzyjają temu zjawisku. Gromadzone dane statyczne, zarówno o charakterze administracyjnym (np. ze statystyk prowadzonych przez służbę zdrowia, opiekę społeczną, organy ochrony prawnej, organizacje pozarządowe), jak i sądowym (pochodzące z prokuratury oraz sądów), pozwalają na ustalenie wydolności systemu w zakresie przeciwdziałania przemocy oraz dokonanie ewaluacji świadczonych ofiarom usług (teza 79 raportu).

Gromadzone, w określonych przedziałach czasowych, sądowe informacje statystyczne powinny w świetle art. 11 obejmować zde segregowane (co najmniej pod względem płci, wieku, rodzaju przemocy oraz relacji ofiary ze sprawcą, geograficznej lokalizacji) dane. Na szczególne podkreślenie zasługuje wymóg, aby wszystkie dane odzwierciedlały płeć. W wielu bowiem krajach do niedawna jeszcze, podobnie jak i w Polsce, desegregacja policyjnych i sądowych danych statycznych dotyczyła głównie sprawców przestępstw, a nie ich ofiar. Dane sądowe powinny uwzględniać także wskaźnik uniewinnień, umorzeń oraz skazań, z uwzględnieniem struktury orzeczonych kar i środków karnych, także liczbę wydanych nakazów ochronnych (tezy 75-77).

W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że celem gromadzenia i upowszechniania tych danych jest nie tylko uświadomienie decydentom oraz opinii publicznej rozmiarów zjawiska przemocy wobec kobiet oraz umożliwienie prowadzenia racjonalnej polityki, lecz również stworzenie zachęty dla ofiar i świadków do zgłaszania do odpowiednich organów znanych im przypadków takich czynów. Dane dotyczące świadczonych usług powinny dać obraz tego, jak często ofiary z nich korzystają oraz w jakim zakresie stworzony przez organy państwowe, samorządowe oraz sektor prywatny, system pomocy i wsparcia jest dostępny dla osób

potrzebujących opieki zdrowotnej, poradnictwa socjalnego, zabezpieczenia potrzeb mieszkaniowych itp. Dane odnoszące się do beneficjentów tych usług, powinny umożliwić nie tylko ocenę efektywności systemu, lecz także przyczynić się do właściwego oszacowania administracyjnych kosztów przemocy. W raporcie wyjaśniającym wskazuje się na dokumenty Rady Europy dotyczące zbierania danych, które powinny służyć jako wzór.

Konwencja zobowiązuje też państwa członkowskie do wspierania badań kryminologicznych prowadzonych nad tym zjawiskiem oraz do wykorzystywania ich wyników przy podejmowania określonych działań w tym obszarze. Celem tych badań powinno być, jak już wspomniano, poznanie przyczyn i skutków przemocy wobec kobiet, częstotliwości i dynamiki przestępstw zaliczanych do tego zjawiska, a ponadto uzyskanie wskaźników dotyczących skazań oraz skuteczności zastosowanych środków. Niezależnie od tych badań państwa powinny wspierać reprezentatywne badania całej populacji (art. 11 par. 2). Spodziewane jest, że takie sondaże umożliwią wyciągnięcie bardziej generalnych wniosków, aktualnych dla całej grupy krajów, co do dominujących form przemocy oraz trendów w tym zakresie. Ta forma badań powinna objąć także badania wiktyimizacyjne, która pozwoli ustalić nie tylko kto staje się najczęściej ofiarą określonej formy przemocy wobec kobiet, ale także stwierdzić, jakie są przyczyny niezawiadomieni o popełnionym przestępstwie, z jakich usług w praktyce skorzystano, ponadto umożliwią poznanie opinii ofiar na temat funkcjonowania systemu wsparcia, a także zbadanie postaw społecznych wobec tej formy przemocy.

## V. Wybrane szczególne obowiązki, leżące w zakresie gestii Ministerstwa Sprawiedliwości<sup>26</sup>

### **Obowiązek prowadzenia szkoleń dla profesjonalistów (art .15)**

Obowiązki państwa z zakresie pro-równościowej i antyprzemocowej edukacji na wszystkich szczeblach nauczania, w tym też edukacji profesjonalistów, oraz obowiązki w zakresie podnoszenia świadomości społecznej to zasadnicza droga, jaką wskazuje Konwencja dla zapobiegania przemocy wobec kobiet. Wynika z tego zobowiązanie dla wszystkich organów państwowych do angażowania się w działalność uświadamiająco- edukacyjną. Istotną rolę do odegrania w tym procesie ma też resort sprawiedliwości.

W przepisie art. 15 Konwencja podkreśla, obowiązek państwa w zakresie organizowania szkolenia dla profesjonalistów, którzy mają do czynienia zarówno ze sprawcami przemocy, jak i jej ofiarami. Szkolenia te powinny koncentrować się na kwestiach zapobiegania oraz wykrywania przemocy wobec kobiet, problemach równości pod względem płci, potrzeb ofiar oraz problemach związanych z zapobieganiem ich wtórnej wiktymizacji.

Wśród profesjonalistów, którym powinny być w świetle Konwencji oferowane takie szkolenia, wymienia się m.in. wszystkie osoby zaangażowane w postępowanie karne, a więc sędziów, prokuratorów, obrońców, a ponadto policję, lekarzy, nauczycieli, pracowników socjalnych. W raporcie wyjaśniającym zastrzega się jednak, że obowiązkowi państwa w zakresie organizacji takich szkoleń, nie towarzyszy obowiązek w nim udziału, zwłaszcza sędziów. Biorąc pod uwagę fakt niezależności tej profesji oraz autonomii z jakiej korzysta w zakresie organizacji szkoleń dla swoich członków, oznacza to tyle, że takie szkolenie musi być dostępne i oferowane. Nie stanowi jednak zobowiązania do jego odbycia (teza 100 raportu). To stwierdzenie raportu wyjaśniającego niepotrzebnie osłabia wymowę omawianego

---

<sup>26</sup> Obowiązki te wynikają z różnych rozdziałów Konwencji. Dla ułatwienia odbioru będą referowane zgodnie z jej chronologią.

przepisu Konwencji, zwłaszcza biorąc pod uwagę kluczową rolę sędziów w przeciwdziałaniu przemocy wobec kobiet.

Szkolenie powinno mieć charakter ustawiczny i kończyć się sprawdzianem, czy nowo nabyte umiejętności są właściwie wykorzystywane. Podkreśla się również, w raporcie wyjaśniającym, że takie szkolenia powinny być wspierane przez tworzenie wytycznych, protokołów, które będą określały standardy postępowania osób mających zawodowy kontakt z ofiarami (teza 99), przy czym treść tych protokołów powinna być regularnie monitorowana, poddawana okresowej ocenie pod kątem ich skuteczności i w miarę potrzeby doskonalona.

### **Obowiązek uregulowania kwestii zawiadomienia o przestępstwie (art. 27 i art. 28)**

W świetle art. 27 Konwencji państwa-strony mają obowiązek podejmowania wszelkich środków w celu zachęcenia każdej osoby, która stała się bezpośrednim świadkiem przemocy wobec kobiet, lub która ma uzasadnione podstawy sądzić, że taki czyn został popełniony lub może dojść do ponownego jego popełnienia, do składania zawiadomienia o tym do właściwych organów. Z raportu wyjaśniającego wynika, że twórcy Konwencji mieli tu na myśli takie osoby indywidualne, jak znajomych, sąsiadów, członków rodziny, kolegów, nauczycieli czy innych obywateli, którzy mogą odegrać kluczową rolę w przełamaniu zmyślenia milczenia wobec tego zjawiska. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się też, że zwrot "uzasadniona podstawa" (*reasonable ground*) powinien być rozumiany subiektywnie, jako uczciwe przekonanie, że uczynione w dobrej wierze zawiadomienie o podejrzeniu popełnienia przemocy wobec kobiet, jest prawdziwe (teza 145). Konwencja nie określa, jakie organy są upoważnione do odebrania takiego zawiadomienia, pozostawiając tę kwestię regulacji krajowej. Wskazuje się jednak w raporcie wyjaśniającym, że może tu chodzi o organy ścigania, organy ochrony dzieci lub inne służby społeczne.

Równocześnie państwa są na podstawie przepisu art. 28 zobowiązane do zapewnienia, żeby krajowe przepisy prawne dotyczące tajemnicy zawodowej nie stały na przeszkodzie, by w określonych warunkach, osoba wykonująca dany zawód, mogła bez ryzyka odpowiedzialności prawnej, zawiadomić właściwą organizację lub władzę o swoim podejrzeniu. Z przepisu tego wynika, że chodzi tu o podejrzenie popełnienia poważnego aktu przemocy wobec kobiet, lub uzasadnioną

obawę że dojdzie do powtórzenia takiej przemocy w przyszłości. W raporcie wyjaśniającym zwraca się uwagę, że oba te warunki (podejrzenie popełnienia poważnego aktu przemocy oraz obawa eskalacji) muszą wystąpić łącznie (teza 146). Podkreśla się też, że celem zawiadomienia nie musi być chęć spowodowania wszczęcia postępowania karnego, lecz dążenie do zapewnienia ofierze przemocy ochrony życia i zdrowia.

Intencją tego przepisu nie jest też nałożenie na przedstawicieli zawodów zaufania publicznego obowiązku zawiadomienia o popełnionym przestępstwie. Chodzi tylko o stworzenie im możliwości zawiadomienia, bez ryzyka poniesienia odpowiedzialności za złamanie tajemnicy prawnie chronionej. Zwraca się przy tym uwagę, że zasady zachowania tajemnicy zawodowej mogą być określone w ustawie, mogą jednak wynikać tylko ze zbiorów zasad (standardów) deontologicznych czy kodeksów etyki zawodowej. Celem tego przepisu jest jednak zapewnienie, by niezależnie od charakteru prawnego przepisów dotyczących tajemnicy zawodowej, nie stanowiły one przeszkody do zawiadomienia o przestępstwie.

Warto dodać, że w raporcie wyjaśniającym jako przykłady grup zawodowych (profesjonalistów), do których powinien mieć zastosowanie ten przepis, wymienia się tylko lekarzy i psychiatrów (teza 146). Z raportu tego wynika również możliwość określenia przez państwo-stronę Konwencji, którzy inni profesjonaliści będą zwolnieni w takim przypadku z tajemnicy zawodowej. Podkreśla się przy tym, że odpowiednia regulacja nie może naruszać praw skazanego zagwarantowanych w art. 6 EKPC, czy to w zakresie procedury cywilnej, czy karnej (teza 148). Chociaż w raporcie nie daje się żadnego przykładu, można przypuszczać, że zastrzeżenie to dotyczyć może np. obrońcy w sprawie karnej, czy też pełnomocnika skazanego w sprawie cywilnej, w stosunku do których państwo – strona Konwencji nie powinno przewidywać zwolnienia z tajemnicy.

W raporcie wyjaśniającym (teza 148) podkreśla się też, że państwo-strona Konwencji określi inne warunki, w jakich zawiadomienie jest dopuszczalne. Jako przykład podaje się możliwość uzależnienia takiego zawiadomienia od zgody ofiary (z wyjątkiem sytuacji, gdy chodzi o osobę małoletnią lub niepełnosprawną umysłowo). Można zastanawiać się, czy przykład ten jest trafny, biorąc chociażby pod uwagę fakt, że np. w relacjach pracownik medyczny - pacjent, zgoda chorego w każdym przypadku zwalnia lekarza od zachowania tajemnicy zawodowej.

**Obowiązek zapewnienia środków cywilnoprawnych przeciwko sprawcy przemocy oraz przeciwko organom państwowym, w razie ich beczynności (art. 29)**

Państwa-strony powinny podjąć wszelkie ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia ofiarom przemocy cywilnoprawnych możliwości dochodzenia roszczeń przeciwko sprawcom przemocy. Z raportu wyjaśniającego wynika, że chodzi w szczególności o możliwość zwrócenia się do sądu cywilnego z powództwem o zaprzestanie naruszeń, nakazanie powstrzymania się od określonego zachowania, czy też podjęcia w przyszłości określonego działania. Środki te mogą również oznaczać możliwość wydania przez sąd cywilny różnych nakazów lub zakazów ochronnych adresowanych do sprawcy przemocy, określonych w art. 53 Konwencji, bez potrzeby wszczynania postępowania karnego. Prawo cywilne powinno również oferować środki przeciwko zniesławianiu lub zniewadze ofiar przemocy, często pojawiających się w kontekście molestowania seksualnego lub *stalkingu* (tezy: 157-161 raportu wyjaśniającego).

Konwencja nie ogranicza się jednak do tego i w ust. 2 nakazuje państwom-stronom przewidzieć w ustawodawstwie możliwość stosowania również środków cywilnoprawnych, w przypadku, gdy państwo nie dołoży należytej staranności w zakresie przeciwdziałania przemocy wobec kobiet (art. 29 ust. 2).

Chodzi tu w szczególności o możliwość wniesienia powództwa przeciwko państwu za szkodę wynikłą z niedopełnienia obowiązków przez jego funkcjonariusza wskutek niedbalstwa. Państwom członkowskim pozostawiono jednak margines swobody co do określenia, jakie zaniedbania mogą wchodzić tu w grę. Z raportu wyjaśniającego wynika jednak, że warunki te powinny pozostawać w zgodzie z orzecnictwem ETPC m.in. w cytowanej już sprawie *Opuz przeciwko Turcji*<sup>27</sup> (teza 163).

---

<sup>27</sup> W szczególności powołano tu tezę z tego orzeczenia, z której wynika, że w przypadku gdy w grę wchodzi prawo do życia (art. 2) należy stwierdzić, że władze wiedziały lub powinny wiedzieć w odpowiedniej chwili, że występuje bezpośrednie zagrożenie życia określonej osoby przez akt przemocy ze strony osoby prywatnej oraz, że nie podjęły środków leżących w ich kompetencji, co do których można by w sposób uzasadniony przypuszczać, że pozwoliłyby na uniknięcie tego ryzyka. Równocześnie sąd wyraźnie stwierdził, że odpowiedzialność za takie zaniechanie nie powinna być ograniczona do przypadków poważnego niedbalstwa czy też umyślnego lekceważenia obowiązku ochrony życia.

## **Obowiązek reparacji, a w szczególności wynagrodzenia szkody (art. 30 w związku z art. 5)**

Obowiązek „reparacji” (*reparation*) jest w świetle przepisu art. 5 Konwencji rozumiany szeroko. Może on obejmować różne formy reparacji znane prawu międzynarodowemu, a w szczególności obowiązek restytucji, kompensacji, rehabilitacji, satysfakcji i gwarancji niepowtórzenia się naruszeń (*restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction and guarantee of non repetition*, por. teza 60 raportu wyjaśniającego). Ani Konwencja ani raport wyjaśniający nie określają, na czym miałyby konkretnie polegać wszystkie ww. formy reparacji. Ograniczają się tylko do bliższej regulacji kwestii kompensacji oraz rehabilitacji. Niemniej jednak charakterystykę pozostałych form reparacji można znaleźć w innych dokumentach międzynarodowych dotyczących przeciwdziałania przemocy, których znajomość jest niezbędna dla właściwej interpretacji ww. przepisu Konwencji.

### *Rozumienie pojęcia reparacji w świetle raportu Specjalnej Sprawozdawczynie ONZ ds. przemocy wobec kobiet, jej przyczyn i skutków*

W raporcie Specjalnej Sprawozdawczynie ONZ ds. przemocy wobec kobiet, jej przyczyn i skutków E. Manjoo z dnia 23 Kwietnia 2010 r.<sup>28</sup> podkreśla się, że pojęcie prawa do reparacji ma dwa aspekty: proceduralny oraz materialny.

W aspekcie proceduralnym, chodzi o środki zaradcze umożliwiające ofierze, której prawa człowieka zostały naruszone, złożenia skargi oraz uzyskania rozstrzygnięcia kompetentnego organu, czy to administracyjnego czy sądowego.

Z punktu widzenia materialnego chodzi o wynik takiego postępowania, a szerzej mówiąc o środki stanowiące reakcję na krzywdę doznaną przez ofiarę naruszenia. Przewidziany w prawie zestaw tych środków może mieć za cel oddziaływanie zarówno indywidualne jak i społeczne. Obejmuje on elementy sprawiedliwości poprawczej, odstraszania, odpłaty i sprawiedliwości naprawczej.

Sprawozdawczynie docenia istotny wkład, jaki w rozwinięcie siatki pojęciowej związanej z reparacjami wniosła rezolucja Rady Praw Człowieka z 2005 r. „Podstawowe Zasady i Zalecenia dotyczące Prawa do Środka Zaradczego oraz

---

<sup>28</sup> A/HRC/14/22

Reparacji dla Ofiar Poważnych Naruszeń Międzynarodowego Prawa Humanitarnego”.<sup>29</sup>

W świetle tych Zasad reparacje powinny być proporcjonalne do wagi naruszenia i uwzględniać takie formy jak:

- 1) restytucja rozumiana jako środki podejmowane w celu przywrócenia ofierze sytuacji sprzed naruszenia, poprzez: zapewnienia jej wolności, przywrócenie tożsamości, życia rodzinnego, obywatelstwa, możliwości powrotu do miejsca zamieszkania, do pracy oraz zwrot własności, a także stworzenie możliwości korzystania z innych praw człowieka;
- 2) kompensacja każdej wymiernej finansowo szkody, zarówno fizycznej jak i moralnej uwzględniająca utracone szanse i związane z tym korzyści (zarówno materialne jak i moralne, np. w dziedzinie zatrudnienia, edukacji, świadczeń z zabezpieczenia społecznego);
- 3) środki rehabilitacji, do których zalicza się opiekę medyczną i psychologiczną, jak też pomoc społeczną oraz prawną;
- 4) środki satysfakcji, do których m.in. zalicza się sprawdzenie faktów i pełne publiczne ujawnienie prawdy, zastosowanie sądowych i administracyjnych sankcji przeciwko sprawcom naruszeń, publiczne przeprosiny, oddanie sprawiedliwości ofiarom (uczczenie ich pamięci, złożenie hołdu, a przez to uznanie symboliczne);
- 5) środki gwarantujące, że przemoc się nie powtórzy, włączając w to środki, które mogą przyczynić się do zapobieżenia przemocy (takie jak np. kontrola cywilna nad wojskiem i siłami bezpieczeństwa, ochrona obrońców praw człowieka, edukacja z zakresu praw człowieka, przegląd oraz zmiana regulacji prawnych przyczyniających się do lub tolerujących poważne naruszenia międzynarodowego prawa humanitarnego).

Odnosząc te zasady do sytuacji kobiet-ofiar przemocy, Sprawozdawczynie podkreśliła, że w związku z tym, że przemoc wobec kobiet czerpie pożywkę z występującej wcześniej strukturalnej podległości i systemowej marginalizacji kobiet, środki reparacji powinny być powiązane nie tylko z indywidualnym odszkodowaniem, lecz również z transformacją strukturalną systemu. Transformacja ta nie miałaby

---

<sup>29</sup> HRR 2005/35, E/CN.4/2005/L.48

zmierzać do powrotu do stanu poprzedniego, lecz mieć na celu zmianę, poprawę rzeczywistości. Dla osiągnięcia tego celu konieczna jest eliminacja istniejących nierówności kobiet, niesprawiedliwości, przesądów i innych uprzedzeń (*bias*) związanych z płcią (*gender*), a także zmiana postrzegania społecznego tego zjawiska oraz praktyk, które przyzwalają na stosowanie przemocy i dyskryminacji wobec kobiet<sup>30</sup>.

Sprawozdawczyni podaje ponadto pozytywne i negatywne przykłady podejścia do problemu reparacji, z orzecznictwa międzynarodowych trybunałów praw człowieka. Z aprobatą odnosi się do powoływanego już wcześniej orzeczenia Międzypaństwańskiego Sądu Praw Człowieka, w sprawie *Cotton Field*<sup>31</sup>, w którym Sąd zobowiązał rząd Meksyku do zastosowania całej skali zróżnicowanych środków reparacji wobec krewnych ofiar. W szczególności nakazał uwzględnienie odszkodowania pieniężnego, dokonanie symbolicznego uznania swoich błędów oraz dał wiele zaleceń, które miałyby gwarantować niepowtarzanie się naruszeń przyszłości. Sąd zdecydował m.in., że rząd Meksyku musi publicznie przyznać się do swej odpowiedzialności za niedołożenie należytej staranności w ściganiu sprawców przemocy (m.in. poprzez opublikowanie wyroku Sądu Międzypaństwańskiego, zbudować pomnik ofiarom przemocy, a także doprowadzić do ukarania sprawców przemocy). Po raz pierwszy w orzecznictwie trybunałów międzynarodowych Sąd ten zwrócił też uwagę na potrzebę uwzględniania perspektywy płci przy decydowaniu o sprawach reparacji, zwłaszcza tych aspirujących do przyczynienia się do społecznej transformacji (*gender sensitive reparations*). To orzeczenie stanowi też dowód tego, że Sąd dostrzegł systemowy charakter problemu przemocy wobec kobiet, który powinien znaleźć odzwierciedlenie również w podejściu do kwestii reparacji<sup>32</sup>. W konsekwencji nie miały one zmierzać

---

<sup>30</sup> R. Manjoo op.cit. s.8.

<sup>31</sup> Sprawa ta dotyczyła uprowadzenia, zabójstwa i seksualnej przemocy wobec dwóch nieletnich dziewczyn i jednej młodej kobiety przez sprawców będących osobami prywatnymi, Międzypaństwański Sąd Praw Człowieka uznał, że Rząd Meksyku nie dołożył należytej staranności w ściganiu i karaniu sprawców tych przestępstw, a także że traktował krewnych zmarłych dziewcząt w sposób poniżający ich godność.

<sup>32</sup> Równocześnie Sąd sformułował następujące kryteria, które należy stosować określając reparacje: a) reparacje powinny mieć bezpośredni związek z pogwałceniami praw człowieka uznanymi przez Trybunał; b) powinny być proporcjonalne i zmierzać do zadośćuczynienia zarówno szkodzi materialnej jak i krzywdzie moralnej; c) nie powinny stanowić źródła dla wzbogacenia się lub zubożenia beneficjentów; d) celem reparacji jest restytucja, czyli przywrócenie stanu poprzedniego, ale bez łamania zasady niedyskryminacji e) reparacje powinny być ukierunkowane na identyfikację

do restytucji rozumianej jako przywrócenie stanu poprzedniego, lecz do zmiany (transformacji) mającej na celu poprawę sytuacji. Równocześnie Sąd zobowiązał rząd Meksyku do składania co trzy lata raportu dotyczącego środków podejmowanych w celu eliminacji strukturalnych przyczyn przemocy wobec kobiet, które powinny gwarantować niepowtarzanie się tego zjawiska. Należy podkreślić, iż w tym orzeczeniu Sąd również przeprowadził wyraźne rozróżnienie pomiędzy pojęciem reparacji a pojęciem pomocy społecznej, czy też pomocy humanitarnej. Miało to związek z tym, że rząd Meksyku usiłował potrącić z kwot z tytułu reparacji, przyznanych przez Sąd krewnym ofiar, równowartość udzielonej im przed wyrokiem pomocy finansowej z zabezpieczenia społecznego oraz funduszu pomocy mieszkaniowej.

Jako przykład negatywny R. Manjoo podaje wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Opuz przeciwko Turcji<sup>33</sup> podkreślając, że chociaż Trybunał ten wykazuje stale rosnącą wrażliwość na kwestie związane z przemocą wobec kobiet oraz obowiązkami państw do dołożenia należytej staranności w jej zwalczaniu, to w sprawie reparacji, jest raczej zachowawczy. Odszkodowania przyznawane przez ten Sąd są niewysokie i nie odzwierciedlają w pełni szkody materialnej i moralnej, jaką doznały ofiary przemocy. Reparacje nie przewidują też żadnych środków satysfakcji, symbolicznego uznania, rehabilitacji oraz gwarancji niepowtarzania się naruszeń. Z reguły ograniczają się do wynagrodzenia szkód finansowych i to zwykle wąsko ujętych w związku z wysokim standardem dowodowym. A w każdym razie nie uwzględniają one przyszłych wydatków nawet jeśli są one łatwe do przewidzenia<sup>34</sup>.

*Kompensacja w świetle art. 30 Konwencji W świetle art. 30 Konwencji kompensacja*

---

oraz eliminację strukturalnych przyczyn dyskryminacji f) powinny uwzględniać perspektywę płci; g) obejmować wszelkie dostępne dla państwa środki dla naprawienia szkody.

<sup>33</sup> Wyrok z dnia 9 czerwca 2009, sprawa No 33401/02, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-9294>

<sup>34</sup> Por. R. Manjoo, op.cit. s. 20 i 21. Europejski Trybunał Praw Człowieka przyznał skarżącej w tej sprawie odszkodowanie za krzywdę moralną spowodowaną zabójstwem jej matki przez exmęża, stosującego przez lata przemoc w rodzinie, przy całkowitej bezczynności władz państwowych, wysokości 30 tys. Euro, a także zwrot wydatków i kosztów w wysokości 6500 Euro. Równocześnie Trybunał nie uznał roszczenia skarżącej o odszkodowanie za szkodę materialną wynikłą z pobawienia w przyszłości pomocy finansowej od matki, której udzielała jej ona przed śmiercią. Nie uwzględnił też roszczenia o wynagrodzenie krzywdy moralnej spowodowanej nieludzkim i degradującym traktowaniem jej samej przez exmęża. Nie uznał też innych elementów reparacji, a w szczególności nie nałożył żadnych obowiązków na rząd turecki w zakresie zagwarantowania niepowtarzania się takich naruszeń w przyszłości, poprzez usuwanie strukturalnych przyczyn nieskuteczności ścigania prowadzących do bezkarności sprawców przemocy wobec kobiet.

jest prawem podmiotowym ofiary przemocy. Co do zasady odpowiedzialny za szkodę i jej wynagrodzenie jest przede wszystkim jej sprawca. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że odszkodowanie może być przyznane zarówno w trybie postępowania cywilnego, administracyjnego jak też w postaci wynagrodzenia szkody w ramach sankcji prawno-karnych (teza 174).

Z przepisu par. 2 art. 30 Konwencji wynika, że kompensacja szkody może być również pokryta przez firmy ubezpieczeniowe oraz przez finansowane przez państwo systemy zabezpieczenia zdrowotnego i społecznego. Niemniej jednak w par. 2 tego przepisu ustanawia się, w określonych warunkach, także subsydiarną (posiłkową) odpowiedzialność państwa za kompensację szkód wynikłych z przemocy. Z Konwencji wynika, że ma ona miejsce wtedy, kiedy brak jest możliwości uzyskania odszkodowania od sprawcy lub z innych źródeł, włączając w to wyżej wymienione. Ponadto, Konwencja stanowi, że standardem minimalnym jest, by odszkodowanie od państwa było przyznane w sytuacji, gdy osoba pokrzywdzona doznała poważnego uszkodzenia ciała lub uszczerbku na zdrowiu. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że przez uszkodzenie ciała rozumie się też takie uszkodzenia, które spowodowały śmierć ofiar, natomiast uszczerbek na zdrowiu dotyczy również szkód na zdrowiu psychicznym spowodowanych przez przemoc psychologiczną, o której mowa w art. 33 Konwencji (teza 166). Wprawdzie w Konwencji mowa jest tylko o poważnym uszkodzeniu ciała, w raporcie podkreśla się, że państwa-strony mogą przyznawać kompensację państwową również w przypadku innych, mniej poważnych, szkód. W szczególności przepis ten nie powinien być interpretowany jako ograniczający obowiązki państw wynikające z Europejskiej Konwencji dotyczącej Kompensacji Ofiar Przepędzonych z Użyciem Przemocy (ETS No 116), o ile oczywiście dane państwo jest stroną tej Konwencji.

Z przepisu art. 30 ust. 2 wynika ponadto, że państwo, które zaspokoiło roszczenia ofiary, może w drodze regresu dochodzić od sprawcy zwrotu równowartości odszkodowania. Konwencja, o czym już wspomniano, czyni jednak zastrzeżenie, że regresu należy dochodzić, przy uwzględnieniu bezpieczeństwa osoby pokrzywdzonej. W raporcie wyjaśniającym stwierdza się, że należy upewnić się, czy sprawca nie będzie z tego powodu, że musi spłacić kwotę odszkodowania państwu, mścił się na osobie pokrzywdzonej (teza 167).

W świetle par. 3 przepisu art. 30 Konwencji, opisana procedura dochodzenia roszczeń z tytułu poniesionej szkody powinna uwzględniać potrzebę uzyskania przez ofiarę odszkodowania w rozsądnym czasie (*within a reasonable time*). W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że omawiany przepis dopuszcza tymczasowe zaspokojenie przez państwo szkód poniesionych przez ofiarę. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy ofiara pilnie potrzebuje pomocy finansowej i nie jest w stanie czekać na zakończenie skomplikowanej procedury dochodzenia odszkodowania od sprawcy. W takich przypadkach państwa-strony Konwencji mogą dopuścić sytuację, że po zapłaceniu z kasy państwowej odszkodowania ofierze, samo państwo lub upoważniony przez nie organ może wstąpić w prawa strony i dochodzić regresowego roszczenia od sprawcy do wysokości wypłaconej sumy. Jeżeli w późniejszym czasie strona uprawniona do odszkodowania otrzyma wynagrodzenie szkody z jakiegokolwiek innego źródła, to państwo może żądać zwrotu całości lub części tej przyznanej osobie pokrzywdzonej, z tytułu odszkodowania, kwoty (teza 168).

Warto dodać, że posiłkowy obowiązek odszkodowawczy państwa odnosi się zarówno do obywateli jak i osób nie posiadających jego obywatelstwa oraz, że do przepisu art. 30 par. 2 państwa, przystępując do Konwencji, mogą składać zastrzeżenia (patrz poniżej).

***Obowiązek uwzględniania występującej przemocy przy powierzeniu przez sąd władzy rodzicielskiej nad dziećmi oraz określaniu sposobu kontaktowania się z małoletnim (art. 31).***

W przepisie tym chodzi o potrzebę uczulenia sądów rodzinnych, by orzekając o powierzeniu władzy rodzicielskiej lub ustalając, w przypadku rozwodu, sposób kontaktowania się jednego z rodziców lub innego członka rodziny z dzieckiem, brały pod uwagę przypadki stosowania przemocy objętej zakresem Konwencji. Potrzeba ta wiąże się z faktem, że często bywa, iż kwestie związane ze wspólnymi dziećmi są jedynymi więzami, które łączą sprawcę przemocy z ofiarą. Zdarza się więc, że sprawcy wykorzystują kontakty z dziećmi dla eskalacji przemocy. Przepis ten ma więc na względzie zagwarantowanie bezpieczeństwa ofiarom przemocy i ich dzieciom oraz zapobieżenie dalszym aktom przemocy.

### **Obowiązki w zakresie kryminalizacji i penalizacji (art. 33- 48)**

Podkreśla się, że przepisy dotyczące tej części stanowią zasadniczą część Konwencji. Z badań wynika, że w wielu systemach prawnych nadal występują luki w zakresie kryminalizacji zachowań zaliczanych do przemocy wobec kobiet.

Jak już wspomniano, Konwencja wymaga kryminalizacji przemocy psychologicznej, *stalkingu*, przemocy fizycznej, przemocy seksualnej (włączając w to zgwałcenie), wymuszonego małżeństwa, okaleczenia żeńskich narządów płciowych, wymuszonej aborcji, przymusowej sterylizacji oraz molestowania seksualnego. Nic jednak nie stoi na przeszkodzie, aby państwo-strona Konwencji przewidziało szerszy zestaw przestępstw.

W Konwencji celowo pominięto te zachowania, które stały się już przedmiotem innych Konwencji Rady Europy, a w szczególności Konwencji dotyczącej Działań przeciwko Handlowi Istotami Ludzkimi (CETS N0. 197) oraz Konwencji dotyczącej Ochrony dzieci przeciwko Eksploatacji Seksualnej i Seksualnemu Wykorzystaniu. (CETS No. 201) (teza 154 raportu). Warto jednakże dodać, że wiele z nich również jest zaliczana do przemocy ze względu na płeć.

Na podkreślenie zasługuje fakt, że założeniem twórców Konwencji, w świetle raportu wyjaśniającego było, aby wszystkie typizacje karne ujmowane były w neutralny płciowo sposób, w tym sensie, że płeć ofiary nie powinna należeć do ustawowych znamion przestępstwa. Dopuszczano jednak wprowadzanie przepisów specyficznych dla jednej z płci (teza 153 raportu).

Z raportu wyjaśniającego wynika także, że nakaz kryminalizacji nie oznacza konieczności wprowadzania szczególnego przepisu, który będzie typizował dane zachowanie objęte zakresem Konwencji (teza 155).

Odnosnie do molestowania seksualnego (art. 40) nie jest wymagana kryminalizacja, aczkolwiek ta forma przemocy musi podlegać sankcji np. cywilno- lub administracyjnoprawnej (teza 155).

Przewidziano ponadto w art. 41 obowiązek penalizacji podżegania i pomocnictwa do przestępstw konwencyjnych, a także ich usiłowania.

W raporcie wyjaśniającym zastrzeżono, że do przestępstw konwencyjnych mogą mieć zastosowanie, na ogólnych zasadach, znane prawu krajowemu okoliczności

wyłączające odpowiedzialność, takie jak: zgoda osoby pokrzywdzonej, obrona konieczna, stan wyższej konieczności, czy też wykonanie koniecznego zabiegu leczniczego (teza 156).

Równocześnie, warto raz jeszcze podkreślić, że w Konwencji (art. 42) zobowiązano państwa-strony do zapewnienia, że w przypadku przemocy wobec kobiet, takie okoliczności, jak kultura, zwyczaj, religia, tradycja lub tzw. honor nie będą traktowane jako okoliczności usprawiedliwiające sprawcę. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy sprawca dla usprawiedliwienia swego czynu podnosi, że ofiara zachowała się niezgodnie z ww. normami lub zwyczajami albo chodziło o zapobieżenie takim naruszeniom.

Z ust. 2 art. 42 wynika ponadto zobowiązanie państw-stron Konwencji do tego, by nie uznawać sytuacji, gdy sprawca nakłonił dziecko do popełnienia czynu kwalifikowanego jako przemoc wobec kobiet, jako okoliczności w jakikolwiek sposób umniejszającej odpowiedzialność podżegacza.

W Konwencji zastrzeżono ponadto, że karalność przestępstw konwencyjnych powinna mieć miejsce niezależnie od relacji łączących ofiarę ze sprawcą (art.43). W raporcie wyjaśniającym jako przykład niedopuszczalnej sytuacji wskazuje się brak kryminalizacji zgwałcenia w małżeństwie (teza 219).

Do obowiązków państw-stron Konwencji należy też ustanowienie w przypadku przestępstw zaliczanych do przemocy wobec kobiet, sankcji i środków karnych, które będą skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające. Powinny one w miarę potrzeby polegać na pozbawieniu wolności w wymiarze umożliwiającym ekstradycję sprawcy (art. 45). Oznacza to, że Konwencja wybór rodzaju sankcji pozostawia w zasadzie państwom–stronom z zastrzeżeniem, że muszą być spełnione warunki Konwencji RE o Ekstradycji (teza 232 raportu wyjaśniającego). W świetle art. 2 Konwencji o Ekstradycji przestępstwa ekstradycyjne to takie, które są zagrożone pozbawieniem wolności, którego górna granica jest wyższa od roku albo karą surowszą.

Konwencja zobowiązuje też państwa-strony do uwzględnienia w swoich systemach prawnych, aby wymienione w art. 46 okoliczności były, przy wymiarze kary, traktowane jako obciążające (chyba, że należą do ustawowego zespołu znamion przestępstwa). Katalog tych okoliczności obejmuje: popełnienie przestępstwa przeciwko byłemu lub obecnemu małżonkowi, partnerowi (o ile chroni go prawo

krajowe), popełnienie przestępstwa przeciwko innemu członkowi rodziny, przez osobę zamieszukającą wspólnie z ofiarą lub nadużywającą władzy. Ponadto fakt ponownego popełnienia przestępstwa lub popełnienia go na szkodę osoby szczególnie podatnej na wiktyimizację w związku z wystąpieniem szczególnych okoliczności, na szkodę dziecka lub w jego obecności, gdy sprawca działał wspólnie z inną osobą, ze szczególnym okrucieństwem przed i w trakcie popełnienia czynu, używał broni lub groźby jej użycia, przestępstwo spowodowało istotny uszczerbek na zdrowiu fizycznym lub psychicznym ofiary, sprawca był już poprzednio karany za podobne rodzajowo przestępstwo. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że omawiany wymóg konwencyjny nie oznacza obligatoryjnego uwzględnienia tych okoliczności w każdym sądzonym przypadku, ale tylko zobowiązanie państwa do tego, by zapewniono sędziom wiedzę potrzebną do rozważenia tych okoliczności w trakcie wymiaru kary (teza 235).

Konwencja przewiduje, że w przypadku gdy sprawca dopuścił się przemocy wobec kobiet w różnych krajach, należy przy wymiarze kary uwzględnić na niekorzyść sprawcy prawomocny wyrok wydany w innym państwie za przestępstwo tego rodzaju (art. 47). Właściwa implementacja tego przepisu może polegać na wprowadzeniu do prawa krajowego obowiązku uwzględniania przy wymiarze kary uprzedniego skazania sprawcy za granicą, o ile sąd posiada o tym informację. Obowiązek uwzględniania uprzedniej karalności za granicą może również wynikać z bardziej ogólnej zasady brania pod uwagę przy wymiarze kary wszystkich właściwości i okoliczności dotyczących skazanego. Może również znaleźć wyraz w generalnej zasadzie, że sprawca nie powinien być korzystniej traktowany, gdy uprzednie skazanie miało miejsce za granicą, niż byłby traktowany gdyby doszło do niego w kraju (teza 249, aczkolwiek w moim przekonaniu w tekście raportu wyjaśniającego w tym punkcie występuje błąd logiczny).

Należy dodać, że obowiązek ten dotyczy tylko państw-stron Konwencji, a ponadto z przepisu tego nie wynika pozytywne zobowiązanie do uzyskania informacji. W związku z tym może tu mieć zastosowanie tylko przepis art. 13 Europejskiej Konwencji o Wzajemnej Pomocy w Sprawach Karnych (CETS No 30), pozwalający państwom-stronom zwracać się o przekazania informacji z rejestru skazań, na potrzeby postępowania karnego (teza 250 raportu).

Konwencja w zakresie przepisów prawnomaterialnych zobowiązuje państwa-strony do zapewnienia, że postępowanie sądowe nie będzie uzależnione od przeprowadzenia wcześniej postępowania mediacyjnego lub innego postępowania mającego na celu alternatywne (do sądowego) rozwiązanie sporu (art. 48). Obowiązek ten wynika z przekonania, że ofiary przemocy ze względu na płeć, z uwagi na brak symetrii w relacjach ze sprawcą, nie są w stanie uczestniczyć na równej płaszczyźnie w takim postępowaniu. Omawiany przepis Konwencji ma także na celu uniknięcie reprivatyzacji konfliktu leżącego u podstaw przemocy domowej lub innej formy przemocy ze względu na płeć oraz umożliwienie ofierze szukania sprawiedliwości w kontradiktoryjnym postępowaniu przed neutralnym sędzią (teza 252).

### ***Obowiązki związane z postępowaniem karnym (art. 49-57)***

#### ***Obowiązki ogólne (art. 49)***

Wiążą się one z wymogiem, by państwa podjęły niezbędne środki w celu położenia kresu bezkarności sprawców przemocy wobec kobiet i dołożyły niezbędnych starań, by postępowanie przygotowawcze i sądowe było prowadzone efektywnie, bez nieuzasadnionej zwłoki. Równocześnie podkreśla się potrzebę rozumienia powiązania tej formy przemocy z płcią ofiary i poszanowania, na wszystkich etapach postępowania, praw osób pokrzywdzonych (art. 49) .

#### ***Obowiązek natychmiastowej reakcji na przemoc (art. 50)***

Rozwijając pierwszy z wymienionych obowiązków podkreśla się, że w szczególności chodzi o zapewnienie, by reakcja organów ścigania była szybka, a jej priorytetowy cel stanowiło natychmiastowe zapewnienie ofierze odpowiedniej ochrony (art. 50). Z raportu wyjaśniającego wynika, że może to np. oznaczać prawo i obowiązek organów ścigania do wejścia do miejsca, gdzie znajduje się ofiara, zapewnienie jej pierwszej pomocy i poradnictwa, dokonanie bez zbędnej zwłoki jej przesłuchania w charakterze świadka przez specjalnie przeszkolonego funkcjonariusza lub prokuratura (gdy jest to istotne, tej samej płci co ofiara), w miejscu przystosowanym do nawiązania relacji zaufania między organem przesłuchującym a ofiarą. Oznacza to potrzebę zapewnienia przez państwo odpowiedniej liczby kobiet w policji czy prokuraturze, również na stanowiskach związanych ze szczególną odpowiedzialnością

(teza 258 raportu). Zwraca się też uwagę, że obowiązek ten oznacza również zagwarantowania skutecznych środków w przypadku najbardziej drastycznych form przemocy, jakimi są zabójstwo dokonane i usiłowane. Każdy taki przypadek powinien być dokładnie przeanalizowany pod kątem środków, które byłyby zdatne do zapobieżenia wystąpieniu takiej przemocy w przyszłości (teza 258).

**Obowiązek oszacowania ryzyka eskalacji przemocy oraz zarządzania ryzykiem (art. 51)**

Jest to bardzo istotny przepis, który oznacza nałożenie przez państwo na organy ścigania dokonywania oceny ryzyka, że wskutek przemocy osoba pokrzywdzona poniesie śmierć, a także oceny powagi sytuacji oraz prawdopodobieństwa, że przemoc się powtórzy. Celem tych oszacowań jest uzyskanie informacji do procesu określanego jako zarządzanie ryzykiem, w ramach którego powinno w razie potrzeby dojść do opracowania planu zapewniającego, w każdym indywidualnym przypadku przemocy, bezpieczeństwo i wsparcie ofierze wysokiego ryzyka. Jak wynika z raportu wyjaśniającego, jest to zadanie dla multidyscyplinarnego zespołu (teza 261), który powinien m.in. wziąć pod uwagę każdą wiarygodną informację o broni palnej, którą posiada sprawca (ust. 2 art. 51). Z raportu wyjaśniającego wynika, że państwa-strony powinny rozważyć wprowadzenie do swojego systemu prawnego specjalnych środków, które umożliwią w sprawach przemocowych natychmiastową konfiskatę, nawet legalnie posiadanej broni i amunicji (teza 263). Zwraca się ponadto uwagę, że przy opracowaniu takiego planu i jego wykonywaniu należy respektować prawa oskarżonego. Zaznacza się jednak, że równocześnie najważniejsze jest aby podejmowane środki nie przyczyniały się do zwiększenia krzywd, których doświadczyła ofiara i aby ściganie lub postępowanie sądowe nie prowadziło do jej wtórnej wiktymizacji (teza 262).

**Obowiązek wprowadzenia natychmiastowego nakazu opuszczenia przez sprawcę wspólnie zajmowanego z ofiarą lokalu (art. 52) oraz innych ograniczeń lub nakazów (art. 53)**

Konwencja wyróżnia trzy rodzaje takich środków: dzieląc na *barring*, *restraining* oraz *protection orders* (czyli zakazy, nakazy ograniczające i ochronne). W raporcie wyjaśniających podkreśla się, że terminy te mają charakter zbiorczy.

Konwencja pozostawia państwom-stronom bowiem margines swobody regulacji, zgodnie m.in. ze swoimi przepisami konstytucyjnymi. W przypadku np. *barring order* (w postaci natychmiastowego nakazu opuszczenia mieszkania) swoboda ta dotyczy zarówno kwestii wskazania organu upoważnionego do wydania takiego nakazu, jak i czasu jego trwania, możliwości przedłużenia nakazu itp. Z Konwencji wynika jednak, że taki środek musi być zawsze do dyspozycji organów państwa i móc być zastosowany zawsze w razie zaistnienia bezpośredniego niebezpieczeństwa ze strony sprawcy grożącego osobie pokrzywdzonej. W świetle raportu wyjaśniającego, niebezpieczeństwo jest bezpośrednie (*immediate danger*) zawsze wtedy, gdy już się zmaterializowało oraz jest duże prawdopodobieństwo jego powtórzenia się (teza 265).

Celem pozostałych nakazów lub zakazów jest również zapobieżenie ponownemu wystąpieniu przemocy, a także zapewnienie osobie pokrzywdzonej ochrony. Również w tym wypadku wybór reżimu regulacji (cywilno-, administracyjnoprawnego lub karnego) pozostawia się państwom-stronom Konwencji. Istotne jest, aby środki te były skuteczne oraz spełniały inne warunki określone w art. 53 ust. 2 Konwencji. Do warunków tych zalicza się wymóg natychmiastowej dostępności, bez nieuzasadnionych obciążeń finansowych i administracyjnych dla ofiary, terminowy charakter środków, które mogą też obowiązywać do czasu ich zmiany lub odwołania, możliwość ich zastosowania w koniecznych przypadkach ze skutkiem natychmiastowym, na wniosek i przy udziale tylko jednej ze stron, a także wymóg bezzwłocznego ich wykonania. Ponadto w przepisie tym zakazano uzależniania możliwości wydania nakazu/zakazu od wszczęcia jakiegokolwiek postępowania przeciwko sprawcy (np. karnego czy też w sprawie rozwodowej). Działać to powinno również w drugą stronę, w ten sposób, że fakt toczącego się postępowania sądowego nie powinien stanowić podstawy do odmowy wydania takiego nakazu/zakazu. Natomiast okoliczność, że do wydania takiego nakazu/zakazu doszło, powinna być uwzględniana we wszystkich innych postępowaniach toczących się przeciwko sprawcy przemocy (por. art. 53 par. 2 oraz teza 273 raportu wyjaśniającego). Wymaga się ponadto, by w ustawodawstwach krajowych przewidziano sankcje za złamanie nakazu/ zakazu, zastrzegając równocześnie, że pozostawia się do uznania państw, jaki będą miały one charakter (cywilnoprawny

administracyjny lub karny). Powinny jednak zawsze spełniać kryteria efektywności, proporcjonalności i odstraszenia (art. 53 par. 3 oraz teza 275 raportu).

Z raportu wyjaśniającego do tego przepisu wynika ponadto ważne postanowienie, w myśl którego państwa-strony powinny podjąć niezbędne środki do wyeliminowania w sytuacji przemocy domowej przypadków, że nakazy/zakazy ochronne będą wydawane wzajemnie w stosunku do obu stron relacji przemocowej. Wynika to z faktu, że stosowanie przemocy nie może bowiem być stawiane na jednej płaszczyźnie z działaniami obronnymi, które podejmuje ofiara. Państwa-strony powinny również przeciwdziałać temu, aby przepisy o prowokacji mogły mieć zastosowanie do prawa o ubieganie się o nakaz. Przepisy te służą często dyskredytowaniu ofiary i powinny być usunięte z systemu prawa. Wreszcie państwa-strony powinny przyznać uprawnienie ubiegania się o wydanie nakazu/ zakazu np. zbliżania się do ofiary, również innym osobom niż osoba bezpośrednio pokrzywdzona przemocą. Ważne jest to w szczególności w przypadku osób niepełnosprawnych lub też innych wrażliwych ofiar przemocy, które, z powodu obawy, zakłóceń emocjonalnych lub przywiązania uczuciowego do sprawcy przemocy, mogą nie występować o nadanie nakazu (teza 276).

#### ***Obowiązki państwa w zakresie regulacji prawa dowodowego (art. 54)***

Z przepisu tego wynika obowiązek państwa-strony do wprowadzenia do systemu prawa zakazu zadawania pytań i powoływania dowodów na okoliczność historii seksualnej oraz wcześniejszych seksualnych zachowań się ofiary, chyba że będzie to istotne oraz konieczne dla danej sprawy.

Celem tego przepisu jest przeciwdziałanie zjawisku przedstawiania w sprawach o przestępstwa seksualne przed sądem dowodów związanych z historią i życiem seksualnym ofiary dla zdyskredytowania jej wiarygodności, popsucia opinii itp. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że wcześniejsze zachowania seksualne ofiary nie powinny być nigdy traktowane jako usprawiedliwienie dla sprawcy przemocy. Przedstawianie tego typu dowodów przyczynia się do utrzymywania szkodliwych dla ofiar zgwałceń przesądów, mitów i stereotypów, jako osób uprawiających promiskunizm, niemoralnych i w związku z tym niegodnych ochrony. Biorąc pod uwagę fakt, że wśród ofiar zgwałceń dominując kobiety prowadzi do dyskryminacji ze względu na płeć (teza 277).

Z tego względu ograniczono możliwość dopuszczenia dowodu, zarówno w postępowaniu cywilnym, jak i karnym, na ww. okoliczności do dwóch przypadków. Po pierwsze, kiedy historia seksualna ofiary lub jej wcześniejsze prowadzenie się jest istotne dla sprawy. Po drugie, kiedy dopuszczenie dowodu na tę okoliczność jest konieczne (tzn. okoliczność ta ma specjalną wartość dowodową).

W raporcie wyjaśniającym nie podano przykładów takich sytuacji, zaznaczając jedynie, że dopuszczający taki dowód sąd powinien czuwać nad tym, by jego przeprowadzenie nie prowadziło do wtórnej wiktymizacji ofiary. Ponadto przewidziano, że ofiary powinny mieć możliwość złożenia zażalenia na dopuszczenie takiego dowodu, co umożliwi zbadania zasadności decyzji organu procesowego w tym przedmiocie (teza 278).

***Obowiązek państwa do ścigania ex officio najpoważniejszych przejawów przemocy wobec kobiet (art. 55)***

Zgodnie z treścią tego przepisu 5 typów przestępstw określonych w art. 35-39 Konwencji składających się na przemoc wobec kobiet nie może być w świetle prawa krajowego w pełni uzależniona od zawiadomienia o przestępstwie lub wniosku o ściganie, złożonych przez ofiarę. Co więcej, postępowanie powinno być kontynuowane nawet w sytuacji, gdy ofiara wycofa oskarżenie. Zasada ta dotyczy sytuacji, gdy przestępstwo zostało popełnione na terytorium danego państwa (art. 55 part. 1). W raporcie wyjaśniającym, ten wymóg tłumaczy się tym, by nie obarczać ofiary przestępstwa dodatkowym ciężarem i odpowiedzialnością za wszczęcie postępowania i zapewnienie ukarania sprawcy (teza 279). Ściganie bowiem przestępstw składających się na zjawisko przemocy wobec kobiet powinno być, przede wszystkim, odpowiedzialnością państwa i jego organów. W raporcie wyjaśniającym zwraca się też uwagę, iż fakt, że wiele przestępstw stanowiących przemoc wobec kobiet jest popełnianych przez członków rodziny, partnerów intymnych lub osoby z najbliższego otoczenia ofiary powoduje, że z powodu obawy, wstydu lub bezradności osoby pokrzywdzone rzadko zawiadamiają o popełnionym przestępstwie, co prowadzi do niewielkiej liczby skazań. Z tego względu koniecznością jest, by organy ścigania wykazywały pro-aktywną postawę przy zbieraniu dowodów: w szczególności dowodów rzeczowych, zeznań świadków, ekspertyz medycznych, tak, aby zapewnić możliwość prowadzenia postępowania

nawet wtedy, gdy ofiara cofnie wniosek lub skorzysta z prawa odmowy zeznań. Taka postawa jest konieczna co najmniej w ciężkich przypadkach przemocy, gdy jej skutkiem jest śmierć ofiary lub szkoda cielesna. (teza 280). Równocześnie w świetle art. 78, jak już wspomniano, omawiany przepis może być przedmiotem zastrzeżeń jeśli chodzi o lżejsze przypadki stosowania przemocy fizycznej, określone w art. 35 Konwencji. Ocenę, które akty przemocy będą uznawane za takie, pozostawia się państwom-stronom Konwencji (teza 281).

Z treści par. 2 art. 55 wynika ponadto obowiązek państwa-strony Konwencji do umożliwienia organizacjom rządowym lub pozarządowym, czy też specjalnie przeszkolonym doradcom ds. przemocy domowej, udzielenia ofiarom, na ich prośbę, pomocy lub/i wsparcia w trakcie postępowania przygotowawczego lub sądowego. Z raportu wyjaśniającego wynika, że rolą tych podmiotów jest pomoc oraz wsparcie ofiary i zachęcenie jej do zainicjowania postępowania karnego. Dobre praktyki z niektórych państw dowodzą, że ofiary korzystające z takich usług są bardziej skłonne do składania wniosku o ściganie i są lepiej przygotowane emocjonalnie do wyzwań jakie niesie ze sobą aktywny udział w postępowaniu mającym doprowadzić do ukarania sprawców. Równocześnie podkreśla się, że ten rodzaj usług nie ma charakteru pomocy prawnej, lecz raczej praktycznego wsparcia psychologicznego. Chodzi o przygotowanie psychiczne i emocjonalne ofiar do składania zeznań w obecności sprawcy przemocy, o towarzyszenie im w trakcie posiedzeń sądowych w celu udzielenie praktycznej pomocy i moralnego wsparcia (teza 282).

***Obowiązek zapewnienia ochrony praw i interesów ofiar przemocy, w tym również świadków, w trakcie postępowania (art. 56)***

Z przepisu tego wynika zobowiązanie państw-stron Konwencji do zapewnienia, na wszystkich etapach postępowania, bezpieczeństwa ofiarom przemocy, w tym także w sytuacjach, gdy zeznają w charakterze świadków. W szczególności chodzi o zagwarantowanie, zarówno ofiarom, jak też członkom ich rodzin oraz innym świadkom, ochrony przed zastraszaniem, odwetem i wtórną wiktymizacją (lit. a ). Ponadto z przepisu tego wynika obowiązek informowania ofiar o przypadkach zwolnienia sprawcy (czasowego lub ostatecznego) z miejsca pozbawienia wolności albo o fakcie jego ucieczki z zakładu karnego, co najmniej wtedy, gdy pobyt sprawcy na wolności może łączyć się z niebezpieczeństwem dla ofiary lub jej rodziny( lit. b ) .

Przepis ten nakłada też na państwo-stronę obowiązek ustanowienia w prawie wewnętrznym systemu informowania ofiary o przysługujących jej prawach, służbach i środkach pozostających do jej dyspozycji, o działaniach podjętych w następstwie złożonego przez nią zawiadomienia o przestępstwie, o przedstawieniu sprawcy zarzutów, wniesieniu aktu oskarżenia oraz, ogólnie, o postępach prowadzonego postępowania, a także o roli jaką ma w nim odegrać, a także o wyniku postępowania (lit. c). W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że informacja taka powinna być przekazana ofierze w zrozumiałym dla niej języku, co wynika z ogólnego przepisu dotyczącego udzielania informacji o formach pomocy oferowanych ofiarom przemocy wobec kobiet (art. 19 Konwencji – teza 286 raportu wyjaśniającego).

Przewidziano także obowiązek umożliwienia ofiarom uczestniczenia w przesłuchaniu, zgłaszania wniosków dowodowych, a także zagwarantowania im możliwości przedstawienia swojego stanowiska w sprawie, zobowiązując przy tym podmioty prowadzące postępowanie do jego rozpatrzenia. Ofiara powinna mieć też zagwarantowane prawo do wyrażenia swoich potrzeb czy obaw, zarówno bezpośrednio, jak też za pośrednictwem trzeciej osoby (lit. d). Z obowiązkiem tym łączy się kolejny wymóg zapewnienia ofiarom odpowiedniej pomocy, tzn. takiej, aby ich prawa i interesy mogły zostać właściwie przedstawione oraz wzięte pod uwagę (lit. e).

Obowiązek przewidziany pod lit. f) zmierza do ochrony prywatności oraz wizerunku ofiary. Z raportu wyjaśniającego wynika, że państwa-strony Konwencji powinny zapewnić środki pozwalające na zapobieżeniu rozpowszechnianiu jakiejkolwiek informacji, która pozwoliłaby na identyfikację ofiary. Chodzi tu o publiczne ujawnianie, nie natomiast o ujawnienie danych osobowych i wizerunku ofiary na potrzeby toczącego się postępowania, których wymaga ochrona prawa do obrony oskarżonego (teza 289 raportu wyjaśniającego).

Kolejna jednostka redakcyjna omawianego przepisu (lit. g) zmierza do zagwarantowania ofierze, że nie będzie zmuszona do kontaktu ze sprawcą przemocy, w sądzie lub siedzibie organów ścigania, zawsze wtedy, gdy będzie to możliwe. Z raportu wyjaśniającego wynika, że chodzi o to, że zakaz ten nie będzie obowiązywał, gdy ofiara chce wziąć udział w przesłuchaniu podejrzanego albo np. bezpośredni kontakt sprawcy z ofiarą jest konieczny lub potrzebny dla właściwego przebiegu postępowania (np. gdy okaże się potrzebna konfrontacja) (teza 290).

Kolejny obowiązek dotyczy przyznania niezależnych i kompetentnych tłumaczy (*interpreters*) (w polskim tłumaczeniu Konwencji używa się błędnie określenia ekspertów) zawsze wtedy, gdy ofiara przemocy, nie posługująca się językiem, w którym prowadzone jest postępowanie, występuje w procesie w charakterze strony lub kiedy powołana jest jako osobowy środek dowodowy. Z raportu wyjaśniającego wynika, że przyznanie tłumacza stanowi gwarancję, że ofiara będzie miała możliwość skorzystania ze swych praw, a w konsekwencji warunek niezbędny dla zapewnienia jej dostępu do wymiaru sprawiedliwości. Z tego względu przyznanie tłumacza powinno mieć charakter nieodpłatny (teza 291).

Ostatni wreszcie obowiązek (określony pod literą i) łączy się z koniecznością zapewnienia ofierze przemocy możliwości składania zeznań na odległość, przy wykorzystaniu nowoczesnych technologii, a w każdym razie jeśli już na rozprawie, to w nieobecności sprawcy.

Z raportu wyjaśniającego wynika, że przepisy prawne w niektórych krajach dopuszczają jako dowód nagranie na wideo zeznań ofiary. Zazwyczaj takie przesłuchania są prowadzone z udziałem ograniczonej liczby osób, uczestnicząca w nich osoba pokrzywdzona ma prawo żądania przerw w nagraniu w każdym czasie, a także możliwe jest składanie wniosku o sporządzenie transkryptu z nagrania. Takie nagranie, czy też ewentualny transkrypt z niego mogą służyć jako dowód w sprawie, bez potrzeby osobistego stawiennictwa ofiary. Niektóre systemy prawne dopuszczają też w przypadku, gdy ofiara bierze osobiście udział w rozprawie, składanie przez nią zeznań spoza ekranu przesłaniającego lub jej przesłuchanie pod nieobecność oskarżonego. Stosowanie takich środków jest zalecane (teza 292). Szczególne środki ochrony należy również przewidzieć w sytuacji, gdy ofiarą lub świadkiem przemocy jest dziecko. Powinny one mieć przede wszystkim na względzie jego dobro (par. 2 art. 56 Konwencji oraz teza 293 raportu).

### **Obowiązek zapewnienia ofierze pomocy prawnej ( art. 57)**

W świetle tego przepisu państwa-strony Konwencji powinny zapewnić ofiarom przemocy pomoc prawną. Przepis ten nie przyznaje jednak ofierze przemocy automatycznie prawa do takiej pomocy, zwłaszcza bezpłatnej. Konwencja pozostawia uznaniu państw-stron określenie warunków jej uzyskania. Z raportu wyjaśniającego wynika, że intencją twórców Konwencji było, by te warunki pozostały

w zgodzie ze standardami wypracowanymi w orzecznictwie Trybunału Praw Człowieka przede wszystkim w sprawie Airey przeciwko Irlandii oraz Golder przeciwko W. Brytanii, a w szczególności nie ograniczały się do postępowania karnego.

***Obowiązek szczególnego uregulowania terminów przedawnienia (art. 58)***

Zobowiązanie to ma spowodować wydłużenie okresów przedawnienia wszczęcia postępowania, w przypadku 4 typów przestępstw (określonych w art. 36-39 Konwencji) popełnionych na szkodę nieletnich, do czasu osiągnięcia przez nich pełnoletniości. Wydłużenie ma nastąpić na „czas wystarczający do skutecznego wszczęcia postępowania” co oznacza, że dzieci po osiągnięciu pełnoletniości powinny mieć dostatecznie dużo czasu na zaradzenie traumie, której doznały wskutek stosowania wobec nich przemocy oraz zawiadomienia właściwych organów o przestępstwie. Ponadto, ustalając termin upływu przedawnienia należy zadbać o to, by organy ścigania miały wystarczający czas na wniesienie aktu oskarżenia. Przepis ten wyraża też zasadę proporcjonalności, zgodnie z którą terminy przedawnienia powinny być współmiernie do wagi danego typu przestępstwa. Jak już wspomniano, państwa-strony mogą składać do tego przepisu Konwencji zastrzeżenia. Są one jednak wykluczone w przypadku przemocy seksualnej (art. 36).

## **VI. Możliwość zastrzeżeń do Konwencji oraz celowość ich składania w świetle prawa polskiego**

Konwencja w art. 78 wyraża ogólną zasadę, że nie dopuszcza się czynienia zastrzeżeń do Konwencji, z wyjątkiem przypadków *expressis verbis* w niej przewidzianych. W ust. 2 tego artykułu wymienia się 5 artykułów Konwencji, do których można składać zastrzeżenia (art. 30 par. 2, art. 44 par. 1e, 3 i 4, art. 55, art. 58, art. 59 (pominięty w opracowaniu) oraz art. 79 par. 3 Konwencji).

### **Artykuł 30 par. 2 Konwencji**

Jak już wspomniano, przepis ten przewiduje obowiązek zapewnienia odpowiedniej kompensacji państwowej dla osób, które doznały poważnego uszkodzenia ciała lub uszczerbku na zdrowie w części, w jakiej szkoda nie została pokryta w inny sposób.

Do tego przepisu zastrzeżenia złożyła Malta oraz Serbia<sup>35</sup>.

### *Uregulowanie kompensacji państwowej w prawie polskim oraz celowość złożenia zastrzeżenia*

W świetle ustawy o kompensacji państwowej z dnia 7 lipca 2005 r. (Dz.U. Nr 169 poz. 1415) przysługuje ona osobie fizycznej lub jej osobie najbliższej, która na skutek przestępstwa poniosła śmierć albo doznała naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia określonego w art. 156 par. 1 lub art. 157 par. 1 k.k. Chodzi tu tylko o przestępstwo popełnione na terytorium RP lub na szkodę osoby mającej obywatelstwo polskie lub innego państwa członkowskiego UE. Przez osobę najbliższą w świetle ww. ustawy uznaje się małżonka lub osobę pozostającą z ofiarą we wspólnym pożyciu, wstępnego, zstępnego, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia pod warunkiem, że w czasie popełnienia przestępstwa osoby te pozostawały na utrzymaniu ofiary, która poniosła śmierć (art. 2). Kompensata, której łączna kwota nie może przekroczyć w świetle art. 6 ww. ustawy 12 tys. zł, może

---

<sup>35</sup>

<http://www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeDeclarations.asp?NT=210&CM=1&DF=&CL=EN&VL=1>

pokryć tylko, będące skutkiem popełnienia przestępstwa, utracone zarobki lub inne środki utrzymania, koszty związane z leczeniem i rehabilitacją oraz koszty pogrzebu (art. 3). Kompensatę przyznaje się w takiej wysokości, w jakiej osoba uprawniona nie może uzyskać pokrycia ww. kosztów od sprawcy albo z tytułu ubezpieczenia czy też ze środków pomocy społecznej albo z innego źródła lub tytułu (art.5). Kompensatę przyznaje się, jeżeli wszczęto postępowanie karne albo odmówiono jego wszczęcia z przyczyn wymienionych w art. 17 par. 1 pkt. 4, 5, 8, 10 i 11 k.p.k. Nie przyznaje się jej, pomimo wszczęcia postępowania, jeżeli zostało ona następnie umorzono bądź wydano wyrok uniewinniający (art. 7).

Uregulowanie problemu kompensacji państwowej w prawie polskim jest zbliżone do przewidzianego w Konwencji jeśli chodzi o zakres przestępstw, których dotyczy.

Polskie uregulowanie dotyczące kompensacji różni się jednak istotnie co do warunków jej przyznawania. Różnice te dotyczą w szczególności kręgu osób uprawnionych do kompensacji państwowej, który w świetle polskiej ustawy jest węższy. Z art. 30 Konwencji wynika, że kompensata od państwa przysługuje każdej osobie, która poniosła na jego terytorium szkodę w postaci poważnego uszkodzenia ciała lub rozstroju zdrowia, niezależnie od jej obywatelstwa (lub jego braku). W świetle ustawy polskiej kompensata przyznawana jest tylko obywatelom polskim lub obywatelom innego państwa członkowskiego UE. Konwencja nie określa ponadto górnej granicy kompensaty państwowej, a także nie wskazuje, pokrycia jakich kosztów może ona wyłącznie dotyczyć. Stawia jedynie warunek, by kompensacja była adekwatna (*adequate*). Milczenie Konwencji w tym zakresie może być rozumiane dwojako. Albo jako zobowiązanie państwa do pokrycia w razie niewypłacalności sprawcy pełnego odszkodowania za wszelkie szkody poniesione przez ofiarę. Albo jako pozostawienie kwestii regulacji zakresu przedmiotowego odszkodowania uznaniu państwa-strony, pod warunkiem przestrzegania warunku adekwatności.

Konwencja wymaga ponadto, by kompensacja państwowa została przyznana w rozsądnym czasie (*reasonable time*). Takiego warunku nie przewiduje ustawa polska.

Konwencja i polskie uregulowanie różnią się także co do warunków wypłaty kompensacji państwowej. Pomimo, że w obu wypadkach ma ona subsydiarny

(posiłkowy) charakter, co oznacza że najpierw należy domagać się wynagrodzenia szkody od sprawców przestępstwa lub z innych źródeł. Jednakże tylko Konwencja dopuszcza, na zasadzie wyjątku, zaniechanie przez państwo dochodzenia regresem od sprawcy wypłaconego już z budżetu państwa odszkodowania, gdy przeciwko temu przemawia wzgląd na bezpieczeństwo ofiary. Konwencja wreszcie nie uzależnia możliwości wypłaty kompensacji państwowej od wszczęcia postępowania karnego. Wprost przeciwnie, w raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że kompensacja państwowa powinna, w razie niewypłacalności sprawcy, być przyznana również w sytuacji, gdy odszkodowanie zostało zasądzone w postępowaniu cywilnym lub w trybie administracyjnym (teza 174).

Te wszystkie różnice sprawiają, że albo należy dostosować polskie prawo dotyczące kompensacji państwowej do wymogów Konwencji, albo złożyć zastrzeżenie co do całości lub części przepisu ust. 2 art. 30. W tym drugim przypadku np. w odniesieniu do kręgu osób uprawnionych do kompensacji oraz poprzez wskazanie, do czego będzie ograniczać się odszkodowanie.

### **Artykuł 44 Konwencji**

Przepis art. 44 Konwencji zawiera przepisy jurysdykcyjne, z którymi wiążą się możliwości złożenia zastrzeżeń w trzech przypadkach.

#### **Paragraf 1e art. 44 Konwencji**

Z paragrafu 1 art. 44 Konwencji wynika obowiązek zapewnienia przez państwo-stronę, w odniesieniu do przestępstw konwencyjnych, jurysdykcji, w 3 przypadkach: po pierwsze, gdy przestępstwo zostało popełnione na jego terytorium (lit.a) lub na pokładzie statku jego bandery (lit. b) lub samolotu zarejestrowanego zgodnie z jego prawem (lit. c). Po drugie, na zasadzie obywatelstwa (lit. d). Po trzecie, w przypadku, gdy jedynym łącznikiem pomiędzy sprawcą przemocy a państwem-stroną Konwencji, jest stałe miejsce zamieszkania sprawcy na terytorium danego państwa (lit.e)<sup>36</sup>.

Odnośnie do tego ostatniego przypadku państwo-strona może złożyć zastrzeżenie.

---

<sup>36</sup> Państwa – strony powinny także zapewnić swoją jurysdykcję w sytuacji, gdy przestępstwo zostało popełnione na szkodę obywatela danego państwa oraz w sytuacji lub wobec osoby, która posiada na jego terytorium stałe miejsce zamieszkania (art. 44 ust. 2).

Należy dodać, że na tle art. 44 Konwencji do par. 1 lit. e zastrzeżenia złożyła Malta i Serbia.

#### *Uregulowanie tej kwestii w prawie polskim i celowość złożenia zastrzeżenia do par. 1 lit e art. 44*

Z przepisów kodeksu karnego dotyczących przestępstw popełnionych za granicą wynika, że w naszym systemie prawa nie łączy się możliwości zastosowania ustawy karnej polskiej z miejscem stałego zamieszkania sprawcy w Polsce.

W świetle art. 110 k.k. cudzoziemiec<sup>37</sup> może być pociągnięty do odpowiedzialności w Polsce albo na zasadzie terytorialności albo na zasadzie przedmiotowej (tzn. gdy popełnił za granicą przestępstwo przeciwko szeroko rozumianym interesom polskim albo dopuścił się innego poważnego przestępstwa, tzn. przestępstwa o charakterze terrorystycznym albo zagrożonego karą pozbawienia wolności na czas dłuższy niż dwa lata<sup>38</sup>).

W tym ostatnim przypadku warunkiem odpowiedzialności jest dodatkowo, by spełniony został wymóg podwójnej karalności, tzn. aby dany czyn podlegał karze również w miejscu popełnienia przestępstwa – art. 111 k.k., a także by cudzoziemiec faktycznie przebywał na terytorium naszego państwa (choćby chwilowo) oraz by nie postanowiono go wydać (art. 110 par. 2 k.k.). Zbliżone zastrzeżenie nawiązujące do zasady *aut detere aut iudicare* obowiązuje w przypadku cudzoziemca, który dopuścił się za granicą przestępstwa, do ścigania którego Rzeczpospolita jest

<sup>37</sup> Warto dodać, że przez cudzoziemca rozumie się każdą osobę nie posiadającą obywatelstwa polskiego, a więc również bezpaństwowca.

<sup>38</sup> Na marginesie należy zaznaczyć, że uzależnienie karalności od tego, czy przestępstwo popełnione za granicą jest zagrożone w Polsce karą powyżej 2-letniego pozbawienia wolności, wydaje się kolidować z wymogami Konwencji. W obowiązującym stanie prawnym ten warunek spełniają zagrożenia ustawowe przewidziane za przestępstwo znęcania się (art. 207), przestępstwa seksualne (art. 197 - 199) oraz uporczywego nękania (*stalkingu* - art. 190a k.k.). W konsekwencji, ustawę karną polską będzie można zastosować do każdego cudzoziemca, który dopuścił się ww. przestępstw za granicą pod warunkiem, że dany czyn również w miejscu jego popełnienia był uznany za przestępstwo. W świetle obowiązującego stanu prawnego, ustawy karnej polskiej nie będzie można natomiast zastosować, pomimo spełnienia warunku podwójnej karalności, w stosunku do cudzoziemca, który dopuścił się za granicą np. przestępstwa groźby karnej (art. 190 k.k.), czy też naruszenia czynności narządu ciała lub rozstroju zdrowia trwającego nie dłużej niż 7 dni, za które to przestępstwa przewiduje się maksymalne zagrożenie karą pozbawienia wolności do lat dwóch. Można zastanawiać się, czy sytuacja ulegnie zmianie po ratyfikacji Konwencji, kiedy do wszystkich przestępstw konwencyjnych będzie miał zastosowanie przepis art. 113 k.k. Problem w tym, że przepis ten przewiduje jedynie wyjątek od zasady podwójnej karalności, a brak w nim wyłączenia ograniczenia odnoszącego się do wagi przestępstwa.

zobowiązana na mocy umowy międzynarodowej lub przestępstwa określonego w Rzymskim Statucie Międzynarodowego Trybunału Karnego( art. 113 k.k.). Takie uregulowanie oznacza, że bez znaczenia jest, gdzie cudzoziemiec ma stałe miejsce zamieszkania, a w szczególności nie jest wymagane aby miał miejsce zamieszkania w Polsce.

Zakres jurysdykcji w stosunku do cudzoziemca przewidziany w art. 110 k.k. oraz wynikający z 113 k.k. wydaje się być szerszy niż wymagany przez Konwencję, która w tym przypadku uzależnia zastosowanie jurysdykcji danego państwa od posiadania przez sprawcę przestępstwa stałego miejsca zamieszkania na jego terytorium, chyba że omawiany przepis Konwencji należałoby rozumieć, jako nie przewidziane w naszym k.k. ogólne zobowiązanie państwa do ścigania przemocy wobec kobiet, niezależnie od obywatelstwa sprawcy, obywatelstwa ofiary, od tego, gdzie przestępstwo zostało popełnione oraz niezależnie od tego, gdzie sprawca aktualnie się znajduje, byleby miał miejsce stałego zamieszkania w Polsce. Nie wydaje się jednak by taka interpretacja była uprawniona, biorąc pod uwagę chociażby fakt, że dopuszczalność wykonywania przez państwa jurysdykcji na tych zasadach bywa często krytykowana w doktrynie prawa międzynarodowego, nawet w odniesieniu do zbrodni ludobójstwa, zbrodni przeciwko ludzkości.

W tym stanie prawnym przewidziana w ust. 1 e art. 44 możliwość zastrzeżenia, nie powinna mieć w przypadku Polski zastosowania.

### ***Paragraf 3 art. 44 Konwencji***

Druga możliwość złożenia zastrzeżeń na tle przepisu art. 44 wiąże się z jego par. 3, przewidującym zakaz stosowania warunku podwójnej karalności w przypadku popełnienia za granicą 4 rodzajów przestępstw konwencyjnych (przemoc seksualna, wymuszone małżeństwo, okaleczenie żeńskich narządów płciowych, wymuszona aborcja lub sterylizacja). Przepis ten oczywiście dotyczy tylko tych państw, gdzie odpowiedzialność sprawcy popełniającego przestępstwo za granicą, zależy, w świetle prawa krajowego obowiązującego w chwili ratyfikacji Konwencji, od spełnienia warunku podwójnej karalności.

Jeśli państwa chcą nadal stosować zasadę podwójnej karalności również do ww. typów przestępstw, powinny złożyć zastrzeżenie do art. 44 ust. 3 Konwencji.

Zastrzeżenie do tego przepisu Konwencji złożyła Serbia.

*Stan prawny obowiązujący w Polsce w zakresie wymogu podwójnej karalności i celowość składania zastrzeżenia do art. 44paragraf. 3*

Polski k.k. w przypadku przestępstw popełnionych za granicą, co do zasady, uzależnia możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy, zarówno cudzoziemca jak i obywatela polskiego, od spełnienia warunku podwójnej karalności (art. 111 k.k.).

Ustawa przewiduje jedynie 2 wyjątki od tej zasady, przy czym oba dotyczą zarówno cudzoziemca jak i obywatela polskiego.

W myśl pierwszego, nie wymaga się stwierdzenia podwójnej karalności jeżeli popełniono przestępstwo przeciwko istotnym interesom politycznym lub gospodarczym RP wymienionym w art. 112 k.k. Drugi wyjątek związany jest ze ściganiem przestępstw na podstawie umów międzynarodowych, o czym mowa jest w art. 113 k.k.

W obowiązującym stanie prawnym sprawca, który dopuści się przestępstwa konwencyjnego, w kraju gdzie np. okaleczenie żeńskich narządów płciowych nie jest zakazane, nie będzie mógł być pociągnięty do odpowiedzialności karnej w Polsce, nawet wtedy, gdy jest obywatelem polskim (np. praktykującym tam lekarzem). Oczywiście można rozważać, czy taki sprawca mógłby być pociągnięty do odpowiedzialności na podstawie art. 113 k.k. np. w związku z ratyfikowaniem przez Polskę np. Konwencji NZ w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania. Wydaje się jednak, że byłoby to wysoce wątpliwe w świetle przyjętej definicji tortur<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> Artykuł 1. W rozumieniu niniejszej konwencji określenie "tortury" oznacza „każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji lub wyznania, w celu ukarania jej za czyn popełniony przez nią lub osobę trzecią albo o którego dokonanie jest ona podejrzana, a także w celu zastraszenia lub wywarcia nacisku na nią lub trzecią osobę albo w jakimkolwiek innym celu wynikającym z wszelkiej formy dyskryminacji, gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą. Określenie to nie obejmuje bólu lub cierpienia wynikających jedynie ze zgodnych z prawem sankcji, nieodłącznie związanych z tymi sankcjami lub wywołanych przez nie przypadkowo."

Sytuacja prawna może ulec zmianie po przystąpieniu RP do Konwencji. Jeżeli to przystąpienie nie wiązałoby się ze złożeniem zastrzeżenia, to w myśl art. 113 k.k. zasada podwójnej karalności przestałaby obowiązywać w stosunku do wszystkich przestępstw konwencyjnych.

Możliwość składania zastrzeżeń dotyczących wymogu zniesienia warunku podwójnej przestępności czynu, będąca wynikiem ustępstw negocjacyjnych, pozostaje w kolizji z filozofią Konwencji i jej zasadniczym celem. Skorzystanie z nich oznaczać będzie bezkarność sprawców w tych wszystkich przypadkach, gdy jedyną szansą pociągnięcia ich do odpowiedzialności byłoby zastosowanie prawa polskiego. Może zachęcać też sprawców przemocy wobec kobiet do szukania schronienia w Polsce, w świadomości, że za czyny popełnione za granicą, gdzie nie stanowiły one przestępstwa, nie poniosą tu żadnej kary. Warto dodać, że złożenie zastrzeżenia jest szczególnie niecelowe, gdyby miało się odnosić także do obywatela polskiego, który popełni przestępstwo za granicą. Obywatel powinien przestrzegać polskiego prawa również poza granicami kraju i biorąc pod uwagę charakter przestępstw zaliczanych do przemocy wobec kobiet, brak jest uzasadnienia dla innego go traktowania, niż gdyby dopuścił się tego przestępstwa w Polsce.

Kolejnym argumentem przemawiającym przeciwko składaniu zastrzeżenia do tego przepisu jest fakt, że tendencja odstępowania od wymogu podwójnej przestępności czynu, jest obserwowana również w ramach prawa unijnego. Polska w związku z jego implementacją wprowadziła już szerokie wyjątki od tej zasady, m.in. w kontekście stosowania ENA. Wszystkie te argumenty przemawiają za niecelowością składania zastrzeżeń do ust. 3 art. 44 Konwencji.

#### **Paragraf 4 art. 44 Konwencji**

Trzecia możliwość złożenia zastrzeżenia na gruncie przepisu art. 44 dotyczy także 4 wymienionych wyżej typów przestępstw konwencyjnych, ale pojawia się w kontekście trybu ich ścigania. Mianowicie zgodnie z treścią ust. 4 art. 44 Konwencji państwa-strony Konwencji powinny podjąć niezbędne kroki legislacyjne aby zapewnić, że w przypadku popełnienia tych przestępstw za granicą przez ich obywateli lub osoby posiadające na ich terytorium stałe miejsce pobytu, ściganie ich w kraju nie było uzależnione od złożenia przez osobę pokrzywdzoną zawiadomienia

o przestępstwie lub uzyskania takiej informacji od państwa, na którego terytorium dane przestępstwo zostało popełnione.

Przepis ten ma ścisły związek z konwencyjną zasadą ścigania tych przestępstw z urzędu (co do której nie przewiduje się możliwości składania zastrzeżeń).

Do tego przepisu zastrzeżenie złożyła Serbia.

*Uregulowanie w prawie polskim kwestii trybu ścigania przy przestępstwach popełnionych za granicą*

W kodeksie karnym nie mówi się wprost, czy można zastosować ustawę karną polską do sytuacji, gdy przestępstwo popełnione za granicą ścigane jest, zgodnie z prawem miejsca jego popełnienia, jedynie *ex parte*. Niemniej jednak w literaturze przedmiotu rozważa się ten problem w kontekście spełnienia warunku podwójnej przestępności/karalności. Przyjmując, że ten warunek powinien być rozumiany *in concreto*, uznaje się, że jego wypełnienie nie będzie miało miejsca, gdy brak jest skargi osoby pokrzywdzonej wymaganej przez prawo miejsca popełnienia przestępstwa (Por. m.in. A. Wąsek (w:) Górniok i in., *Kodeks karny* s. 784, J. Raglewski (w:) Zoll red. *Kodeks karny* s. 1133).

W konsekwencji, decyzja co do tego zastrzeżenia musi być skorelowana z decyzją w sprawie złożenia zastrzeżenia odnośnie do konwencyjnego wymogu zniesienia warunku podwójnej karalności.

Jako dodatkowy argument przemawiający przeciwko składaniu zastrzeżenia do ust. 4 art. 44 można powołać okoliczność, że skoro Konwencja wymaga ścigania *ex officio* wymienionych w tym przepisie przestępstw, w sytuacji, gdy są one popełnione na polskim terytorium, nie ma powodu, aby uzależniać możliwość ich ścigania od wniosku ofiary lub zawiadomienia innego państwa w sytuacji, gdy zostały popełnione za granicą.

### **Zastrzeżenia odnoszące się do wymogu ścigania przestępstw konwencyjnych *ex officio* (art. 55)**

Przepis ten przewiduje, że wszystkie ww. typy przestępstw oraz dodatkowo przestępstwo polegające na stosowaniu przemocy fizycznej (art. 35), o ile zostały

popelnione, chociaż częściowo, na terytorium państwa-strony, powinny być ścigane *ex officio*.

Z przepisu tego wynika ponadto konieczność zapewnienia, że ściganie będzie kontynuowana nawet w przypadku, gdy ofiara wycofa wniosek, zawiadomienie o przestępstwie lub skargę. Możliwość zgłoszenia zastrzeżenia, a w konsekwencji uzależnienia ścigania od wniosku osoby pokrzywdzonej, dotyczy tylko jednego z ww. typów przestępstw: a mianowicie stosowania przemocy fizycznej (art. 35), kwalifikowanej jako mniejszej wagi drobniejsze przestępstwo (*minor offences*). Warto podkreślić, że w samej Konwencji, ani też w raporcie wyjaśniającym nie definiuje się tego pojęcia. Z raportu wyjaśniającego wynika tylko, że za takie przestępstwo nie może być uznawany przypadek użycia siły fizycznej, w wyniku którego ofiara poniosła śmierć lub szkodę cielesną (*bolide harm*) (patrz teza 188 do art. 35 oraz teza 280 do art. 54).

Żadne państwo nie złożyło zastrzeżenia do tego przepisu

*Pojęcie „drobnego przestępstwa” w prawie polskim w aspekcie możliwości złożenia zastrzeżenia do art. 55*

Biorąc pod uwagę stan polskiego prawa należy przyjąć, że jako drobne przestępstwo nie powinno być kwalifikowane żadne umyślne przestępstwo z art. 156 i 157 k.k., włączając w to tzw. lekkie uszkodzenie ciała (par. 2 art. 157 k.k.). Również za takie przestępstwo w rozumieniu Konwencji nie może być uznane fizyczne znęcanie się nad ofiarą (art. 207 k.k.), nawet gdy w jego wyniku nie poniosła ona szkody cielesnej, a to z tego względu, że w świetle obowiązującego prawa przestępstwo znęcania się zawsze jest ścigane z urzędu (nie ma więc niezgodności k.k. z przepisami Konwencji, a w konsekwencji możliwości złożenia zastrzeżenia). Można natomiast za takie przestępstwo uznać naruszenie nietykalności cielesnej kwalifikowane z art. 217 k.k., które obecnie ścigane jest z oskarżenia prywatnego (par. 3). Biorąc jednakże pod uwagę fakt, że w praktyce z reguły naruszenia nietykalności cielesnej noszące znamiona przemocy wobec kobiet kwalifikowane są jako znęcanie się, nie wydaje się celowe składanie zastrzeżeń do omawianego przepisu Konwencji.

## **Zastrzeżenia dot. przedawnienia (art. 58 Konwencji)**

Możliwość składania zastrzeżeń przewidziano ponadto w odniesieniu do art. 58 Konwencji, dotyczącego przedawnienia. W myśl tego, w przypadku gdy ofiarą przemocy jest dziecko, państwa-strony Konwencji powinny zapewnić w odniesieniu do 4 typów przestępstw określonych w art. art. 36, 37, 38, 39 takie terminy przedawnienia wszczęcia postępowania, aby były one wystarczające i współmierne do wagi danego przestępstwa oraz umożliwiały efektywne wszczęcie postępowania po osiągnięciu przez ofiarę pełnoletniości. Możliwość złożenia zastrzeżenia do tego przepisu Konwencji została jednak wykluczona w odniesieniu do przestępstw seksualnych (art. 36).

Żadne państwo nie złożyło zastrzeżenia do tego przepisu

### *Odpowiednie polskie regulacje dot. przedawnienia*

Ustawą z dnia 24 października 2008 (Dz. U. Nr 124 poz. 1344) zmieniono art. 101 k.k. przez dodanie par. 4 przewidującego, że w przypadku wymienionych w tym przepisie przestępstw popełnionych na szkodę małoletniego, przedawnienie nie może nastąpić przed upływem 5 lat od ukończenia przez pokrzywdzonego 18 lat. W przepisie tym wymieniono typy przestępstw seksualnych, których ofiarą może być małoletni (art. 199 par. 2 i 3, 200, 202 par. 2 i 4, art. 204 par. 4) oraz inne przestępstwa przeciwko wolności seksualnej, wtedy gdy pokrzywdzonym jest małoletni (art. 197, 201, 202 par. 3, 204 par. 4<sup>40</sup>).

Przepis ten, w zakresie przestępstw seksualnych, jest zgodny z wymaganiami Konwencji.

Przedłużony termin przedawnienia, w świetle prawa polskiego, nie może jednak dotyczyć innych niż seksualne typów przestępstw, w sytuacji, gdy ich ofiarą jest małoletni.

Obowiązujące w Polsce prawo w tym zakresie powinno zostać zmienione; nie zalecane więc jest składanie zastrzeżeń do omawianego przepisu, co najmniej z dwóch powodów. Po pierwsze, brak jest racjonalnego uzasadnienia, dlaczego

---

<sup>40</sup> Warto na marginesie zaznaczyć, że przepis art. 101 par. 1 k.k. wymaga dostosowania do zmienionego katalogu przestępstw seksualnych, gdyż nie koresponduje z obowiązującą ich treścią.

przedłuża się czas przedawnienia tylko w przypadku przestępstw seksualnych, skoro również w sytuacji przemocy w rodzinie, czy też innych przestępstw konwencyjnych (wymuszanie małżeństwa, okaleczanie żeńskich narządów rodnych) zazwyczaj ich sprawcą jest członek rodziny, od którego małoletni jest zależny.

Przeciwko złożeniu zastrzeżenia przemawia, po drugie, wzgląd czysto praktyczny. Brak kryminalizacji *sui generis* niektórych z ww. czynów sprawia, że złożenie takiego zastrzeżenia z punktu widzenia legislacyjnego wydaje się być bardzo skomplikowane.

### **Zastrzeżenia co do kryminalizacji stalkingu i molestowania seksualnego (art. 78 par. 3)**

Ostatnia wreszcie możliwość składania zastrzeżeń dotyczy przepisu art. 33 (przemoc psychiczna) i 34 (uporczywe nękanie, *stalking*).

W świetle art. 78 par. 3 Konwencji państwa-strony mogą w momencie jej podpisania lub ratyfikacji zastrzec sobie prawo odstąpienia od kryminalizacji tych zachowań i przewidzieć stosowanie za nie innych rodzajów sankcji niż prawnokarne.

#### *Prawo polskie*

Fakt kryminalizacji w prawie polskim znęcania się psychicznego (art. 207 k.k.) oraz uporczywego nękania (art. 190a k.k.), stanowiących odpowiednik art. 33 i 34, czyni bezprzedmiotową kwestię złożenia ewentualnych zastrzeżeń w trybie art. 78 ust. 3 Konwencji.

## VII. Wymagany przez Konwencję zakres kryminalizacji a prawo polskie

### Ustawa z 2005 r. o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie

Porównując przewidzianą w Konwencji definicję przemocy z definicją zawartą w polskiej ustawie o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie z dnia 29 lipca 2005 r.<sup>41</sup>, widać kilka istotnych różnic.

Po pierwsze, polska ustawa nie odzwierciedla faktu, że głównymi ofiarami przemocy w rodzinie są kobiety, ani nie ukazuje rzeczywistej genezy tego zjawiska, także jego charakteru noszącego znamiona dyskryminacji ze względu na płeć. W szczególności, pomimo wielokrotnie zgłaszanych w trakcie prac legislacyjnych postulatów, ani preambuła ani tekst Konwencji nie odzwierciedla faktu, że przemoc w rodzinie nie jest neutralna płciowo, gdyż jej ofiarami są głównie kobiety<sup>42</sup>. Ponadto sama nazwa ustawy, pomimo odniesienia w preambule do praw człowieka, może sprawiać wrażenie, że jej przedmiotem ochrony jest rodzina jako pewna wyodrębniona kategoria zbiorowa, a nie dobro i interesy poszczególnych jej członków.

Wężej niż Konwencja ustawa ujmuje w art. 2 (1) krąg osób objętych ochroną. Ogranicza go do osoby najbliższej w rozumieniu art. 115 par. 11 kodeksu karnego, czyli do małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii lub stopniu oraz osoby pozostającej w stosunku przysposobienia, jej małżonka, a także osoby pozostającej we wspólnym pożyciu. Nie obejmuje ochroną rozwiedzionych małżonków lub byłych partnerów. Te i inne osoby uwzględnia zaś jedynie w sytuacji, gdy wspólnie zamieszkują ze sprawcą lub wspólnie z nim gospodarują.

Polska ustawa nie uwzględnia też w art. 2 (2) przemocy ekonomicznej.

---

<sup>41</sup> Dz.U. 2005 Nr 180 poz. 1493, dalej : ustawa.

<sup>42</sup> E. Zielińska, Opinia prawna z dnia 16 marca 2010 r. dot. druków sejmowych: nr 2776, 1698 oraz 1789. [www.bas.sejm.gov](http://www.bas.sejm.gov), a także S. Spurek, *Wokół preambuły ustawy przemocowej*, Niebieska Linia 2010 Nr 4 s. 24 i n., a także S. Spurek, *Przeciwdziałanie przemocy w rodzinie. Komentarz*. Wyd. 3 i uzupełnione, Lex a Wolters Kluwer business, Warszawa 2012, s. 69-71.

Jedynym typem przestępstwa, który może być postrzegany jako próba penalizacji przemocy ekonomicznej, jest w polskim systemie prawa przestępstwo niealimentacji, przewidziane w art. 209 k.k. Zestaw znamion tego przestępstwa (nawiązujący do obowiązku opieki), wąsko jednak zakreśla krąg osób podlegających ochronie. Kwalifikowanie zaś czynów sprawcy z innych przepisów dotyczących przestępstw przeciwko mieniu (przywłaszczenia, kradzieży rozbójniczej, zmuszania) z reguły nie będzie możliwe albo w związku z tym, że mienie np. nie jest cudze, bo objęte jest wspólnotą majątkową, lub z tego powodu, że sprawca dla zmuszania osoby pokrzywdzonej do określonego zachowania się lub zaniechania ogranicza się do szantażu ekonomicznego nie stosując przemocy fizycznej wobec osoby lub groźby bezprawnej.

W związku z tym, po przystąpieniu RP do Konwencji, stanie się konieczne dostosowanie przepisów ustawy do jej wymogów, przede wszystkim w zakresie założeń podstawowych oraz zakresu podmiotowego i przedmiotowego ochrony przed przemocą domową.

## **Kodeks karny**

Jak już wspomniano powyżej, Konwencja nakłada na państwa-strony obowiązek dołożenia starań, aby wymienione w niej czyny były uznane za przestępstwo. Do czynów tych zalicza się następujące zachowania się.

### ***Przemoc psychiczna (art. 33)***

Obowiązek kryminalizacji w odniesieniu do tych czynów ma charakter względny w tym sensie, że, jak już wskazywano, państwo-strona może zgłosić do tego przepisu zastrzeżenie. Oznacza to, że państwo może poprzestać na ustanowieniu za te czyny innych sankcji niż prawnokarne, pod warunkiem jednak, że będą skuteczne, proporcjonalne i odstręczające. Z przepisu tego wynika ponadto, że wymóg penalizacji dotyczy tylko czynów umyślnych, a także że przewidziany jest wyłącznie do zachowań wywołujących poważne naruszenie integralności psychologicznej osoby lub powodujących szkodę psychiczną. Sama definicja umyślności oraz poważnego naruszenia pozostawiona jest prawu krajowemu państw-stron Konwencji. Konwencja nie przewiduje, jakie formy działania lub zaniechania powinny podlegać penalizacji. Z raportu wyjaśniającego wynika, że chodzi tu o zachowania polegające

na wywieraniu nacisku, groźbach (teza 180). Podkreśla się ponadto, że wymóg penalizacji dotyczy raczej zachowania ciągłego, np. agresywnego wzorca zachowania w relacjach intymnych (przemoc domowa), niż jednorazowego incydentu. Ta forma przemocy może jednak również objawiać się w innym miejscu, np. w szkole, w środowisku pracy (teza 181 raportu wyjaśniającego).

### *Uregulowanie problemu w Polsce*

W Polsce przestępstwo znęcania się psychicznego przewidziane w art. 207 k.k. oraz jego interpretacja odpowiada co do zasady wymogom konwencyjnym. W literaturze przedmiotu i orzecznictwie podkreśla się, że znęcanie psychiczne może polegać na znieważaniu, groźbach bezprawnych, straszeniu, wyszydzaniu, poniżaniu, sprowadzaniu alkoholików i prostytutek do mieszkania. Wymaga się także z reguły, powtarzalności zachowań<sup>43</sup>.

Przestępstwo znęcania się z art. 207 k.k. przewiduje jednak węższy niż wymagany przez Konwencję zakres kryminalizacji. Wiąże się to, po pierwsze, z wymogiem, aby w przypadku, gdy osoba pokrzywdzona jest dorosła, łączył ją ze sprawcą stosunek zależności, co najmniej przemijający. Taki warunek wprawdzie dobrze odzwierciedla asymetrię relacji leżącą u genezy zjawiska przemocy ze względu na płeć. Niemniej jednak zawęża, w stosunku do Konwencji, istotnie zakres ochrony. Oznacza bowiem konieczność udowodnienia w każdym jednostkowym przypadku (z wyjątkiem sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest małoletni lub osoba nieporadna) istnienia stosunku zależności. Można w związku z tym zastanawiać się, czy pozostawienie takiego uregulowania nie będzie kolidowało z treścią art. 43 Konwencji, w którym podkreśla się, że przestępstwa konwencyjne powinny mieć zastosowania bez względu na charakter relacji pomiędzy ofiarą a sprawcą. Wprawdzie intencje tego przepisu są inne (chodzi o usunięcie z kodeksów karnych możliwości niewszczywania postępowania karnego w sytuacji, gdy między ofiarą a sprawcą występują relacje rodzinne albo są oni w związku małżeńskim - por. teza 219 raportu wyjaśniającego). Niemniej jednak przepis ten może stanowić też argument za nie uzależnianiem odpowiedzialności karnej od istnienia jakiegokolwiek formalnej relacji.

---

<sup>43</sup> Por. m.in. A. Wąsek (w:) *Kodeks karny, część szczególna* t. I, Komentarz do artykułów 117-221 pod red. A. Wąska, II wydanie, Warszawa 2004 s. 979 oraz wskazana tam literatura i orzecznictwo.

Po drugie, usytuowanie przestępstwa znęcania się w rozdziale kodeksu karnego grupującym przestępstwa przeciwko rodzinie, budzi wątpliwości co do tego, czy przepis ten będzie mógł mieć zastosowania do znęcania się psychicznego w zakładzie pracy, w szkole itp. Wprawdzie w literaturze przedmiotu przyjmuje się, że uzależnienie może wynikać z sytuacji faktycznej i występować np. w warunkach życia koszarowego, w zakładzie poprawczym, w internacie, na obozie sportowym<sup>44</sup>. Niemniej sprawę tę powinien ostatecznie rozstrzygnąć ustawodawca poprzez inne usytuowanie tego przestępstwa w systematyce kodeksowej.

### **Przestępstwo nękania (*stalking*) art. 34**

Przestępstwo to definiowane jest przez Konwencję jako umyślne działanie polegające na wielokrotnym zastraszaniu innej osoby poprzez kierowanie gróźb, wzbudzającym w niej poczucie zagrożenia. Jak już wspomniano, kryminalizacja tego czynu jest fakultatywna. Państwa mogą złożyć w tym zakresie odpowiednie zastrzeżenie. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że to zastraszające zachowanie może polegać na śledzeniu innej osoby, kontaktowaniu się z nią wbrew jej woli, dawaniu jej do zrozumienia, że jest obserwowana. Może oznaczać chodzenie za ofiarą, pojawianie się w jej miejscu pracy, w szkole, w miejscu uprawiania sportu, jak również śledzenie ofiary w świecie wirtualnym. Zachowanie zastraszające może przybierać ponadto postać aktu wandalizmu na własności ofiary, pozostawianiu śladów korzystania z rzeczy osobistych ofiary, znęcania się nad zwierzęciem danej osoby, przyjmowaniu fałszywych tożsamości lub rozpowszechnianiu fałszywych informacji w Internecie (tezy 182 oraz 183).

Nękanie oznacza powtarzające się zachowania, które w przejawach jednostkowych nie stanowią czynów zabronionych. Zazwyczaj są one ukierunkowane bezpośrednio na ofiarę, ale państwa-strony Konwencji mogą objąć penalizacją czyny kierowane do innych osób z otoczenia ofiary, w tym jej członków rodziny, kolegów i koleżanki z pracy, o ile wzbudzają one uczucie strachu oraz utraty kontroli nad sytuacją (teza 185 raportu).

Definicja *stalkingu* zawarta w art. 190 a k.k. odpowiada wymogom konwencyjnym zarówno pod względem zakresu przedmiotowego jak i minimalnego standardu

---

<sup>44</sup> Por. A. Marek, Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna. Warszawa 2000, s. 164.

podmiotowego kryminalizacji, a nawet go przekracza. Dla odpowiedzialności sprawcy w świetle tego przepisu, nie jest konieczne, by jego zachowanie się wzbudzało poczucie zagrożenia u osoby pokrzywdzonej; wystarczające jest, by istotnie naruszało jej prywatność. Ustawa używa bowiem tu spójnika „lub” co oznacza, że wystarczające dla wypełnienia znamion przestępstwa jest to, by jedna z przewidzianym w tym przepisie alternatyw została spełniona.

Wprawdzie używa się w tym przepisie nieostrego znamienia czasownikowego w postaci „uporczywego nękania” (podczas gdy Konwencja mówi tylko o powtarzalności zachowań (repeatedly)), które może sugerować, że poza wymogiem, by ataków było kilka, powinno wystąpić również szczególne zabarwienie strony podmiotowej działania sprawcy. Niemniej nie powinno budzić wątpliwości, że polski przepis *per saldo* stwarza szersze możliwości ukarania sprawcy, zwłaszcza biorąc pod uwagę skutek w postaci istotnego naruszenia prywatności, gdyż w Konwencji mowa jest tylko o wzbudzającym obawę u osoby pokrzywdzonej powtarzającym się zastraszającym zachowaniu się sprawcy („*threatening conduct causing her or him to fear for her or him safety*”). Można sobie wyobrazić sytuację, że powtarzające się zachowanie się sprawcy poważnie narusza prywatność ofiary i przez to jest bardzo uciążliwe, jednakże nie budzi w niej zagrożenia poczucia bezpieczeństwa.

Warto dodać, że w par. 2 przewiduje się też karalność podszywania się pod inną osobę lub wykorzystywania jej wizerunku czy też danych osobowych, co w świetle Konwencji może być uznane za przejaw zagrażającego zachowania się sprawcy.

### **Przemoc fizyczna ( art. 35)**

Z przepisu tego wynika obowiązek kryminalizacji każdego umyślnego bezprawnego aktu przemocy fizycznej wobec innej osoby, niezależnie od okoliczności, w jakich to nastąpiło. Chodzi o przypadki, gdy w wyniku stosowania przemocy osoba pokrzywdzona doznała uszkodzenia ciała albo poniosła śmierć. Przepis art. 156 i art. 157 k.k., a także przepis art. 148 k.k. wyczerpują znamiona tego typu przemocy.

### **Przemoc seksualna, włączając w to zgwałcenie (art. 36 )**

W świetle tego przepisu państwa-strony są zobowiązane do uznania za przestępstwo popełnionych umyślnie, bez zgody osoby zainteresowanej, czynów polegających na: po pierwsze, penetracji, o charakterze seksualnym, ciała innej osoby (waginalnej, analnej lub oralnej), za pomocą części ciała lub przedmiotu; po drugie, przeprowadzenia w takich warunkach innej czynności seksualnej; po trzecie, na doprowadzeniu innej osoby do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że poprzez wymóg seksualnego charakteru penetracji twórcy Konwencji chcieli zawęzić zastosowanie omawianego przepisu do sytuacji, które mają taką konotację lub podtekst.

Z raportu wyjaśniającego wynika też, że poza penetracją, o której mowa w ust. 1 lit a, do ustawowych znamion tego przestępstwa nie należy określony sposób działania sprawcy. Penalizacji podlegać powinno więc każde niedobrowolne zachowanie o charakterze seksualnym, a nie tylko takie, kiedy sprawca użył przemocy, a ofiara stawiała opór fizyczny. W szczególności, w powołaniu się na uzasadnienie wyroku ETPCz w sprawie M.C. przeciwko Bułgarii<sup>45</sup>, podkreślono, że bez względu na konkretne sformułowania zawarte w ustawodawstwie krajowym, należy ściganie niedobrowolnych aktów seksualnych opierać na odpowiedniej interpretacji takich znamion, jak np. przymus, przemoc, groźba, a także na wrażliwej na kontekst sytuacyjny ocenie dowodów.

Odnosząc powyższe do art. 197 polskiego k.k., który do znamion ustawowych przestępstwa zalicza sposób działania sprawcy w postaci przemocy, groźby bezprawnej i podstępu, można rozważyć, czy w celu zapewnienia zgodności polskiego ustawodawstwa z wymogami konwencyjnymi wystarczająca będzie zgodna z duchem Konwencji interpretacja ww. znamion, czy też należy raczej postulować zmianę definicji zgwałcenia. Za poprzestaniem na interpretacji ww. znamion przemawia okoliczność, że w literaturze i orzecznictwie przemoc rozumiana jest zazwyczaj szeroko, jako jakiegokolwiek oddziaływanie na osobę pokrzywdzoną lub jej otoczenie za pomocą środków fizycznych, zmierzające do uniemożliwienia stawiania oporu, jego przełamania lub wywarcia wpływu na podjęcie decyzji

---

<sup>45</sup> Wyrok z dnia 4 grudnia 2003, sprawa Nr 39272/98. Par. 161 uzasadnienia.

rozumianej jako akt woli<sup>46</sup>. Odnośnie do groźby w orzecznictwie przewija się m.in. myśl, że dla bytu przestępstwa z art. 197 nie jest konieczne wypowiedanie gróźb w rozumieniu art. 190 k.k. Groźbą taką może być zachowanie, które zawiera element bezprawności i oddziałuje na psychikę ofiary w sposób paraliżujący jej wolę<sup>47</sup>. Odnośnie zaś podstępu SN przyjmuje, że może on polegać nie tylko na tym, że osoba pokrzywdzona wyraża zgodę na obcowanie płciowe, na które nie wyraziłaby zgody, gdyby nie była wprowadzona w błąd, ale też na zabiegach doprowadzających osobę pokrzywdzoną do stanu, w którym nie ma pełnego rozeznania tego, co czyni albo nie może stawiać oporu<sup>48</sup>. Należy jednak podkreślić, że w orzecznictwie zdarzają się również węższe interpretacje tych pojęć. Wychodząc z założenia, że każda próba szerszej niż tradycyjna interpretacji ww. znamion, które występują również przy wielu innych typach przestępstw, grozi ryzykiem, że można spotkać się z zarzutem niedopuszczalnej, rozszerzającej interpretacji przepisu na niekorzyść sprawcy, należy postulować zmianę zestawu ustawowych znamion przestępstwa zgwałcenia tak, aby nie było wątpliwości, że każde działania sprawcy bez zgody ofiary (pod wpływem przymusu) wypełnia ustawowe znamiona tego typu przestępstwa.

Definicja zgwałcenia zawarta w art. 197 k.k. spełnia natomiast pozostałe wymogi konwencyjne. W paragrafie 1 tego przepisu nie mówi się wprawdzie o penetracji, lecz używa szerszego pojęcia „obcowanie płciowe”. W literaturze przedmiotu i orzecznictwie nie budzi jednakże wątpliwości fakt, że ustawowe znamiona obcowania płciowego (a nie innej czynności seksualnej) wypełniają nie tylko stosunki dopochwowe lecz również analne, oralne, a także stosunki zarówno przy użyciu części ciała jak i przy użyciu przedmiotów<sup>49</sup>.

Ponadto, w par. 2 art. 197 k.k. penalizuje się doprowadzenie przez sprawcę innej osoby do poddania się innej czynności seksualnej lub wykonania takiej czynności, co stanowi odpowiednik art. 36 lit. b. Konwencji.

---

<sup>46</sup> Por. J. Warylewski, (w:) *Kodeks karny, część szczególna* t. I, Komentarz do artykułów 117-221 pod red. A. Wąska, II wydanie, Warszawa 2004, s. 762.

<sup>47</sup> Por. wyr. SA w Poznaniu z 154. 6. 1999 r. II Aka 184 /99, OSA 1999, Nr 11-12 poz. 80.

<sup>48</sup> Por. wyr. SN z 27.05.1985, II KR 86/85, OSNGP 1985, Nr 12, poz. 152.

<sup>49</sup> Por. m.in. J. Warylewski (w:) *Kodeks karny, część szczególna* t. I, Komentarz do artykułów 117-221 pod red. A. Wąska, II wydanie, Warszawa 2004, s. 777.

Ogólne sformułowanie użyte w art. 197 k.k. pozwala przyjąć, że przewidziane tam przestępstwo obejmuje też sytuację, gdy chodzi o doprowadzenie osoby pokrzywdzonej do obcowania płciowego (innej czynności seksualnej) z inną osobą niż sprawca (art. 36 lit. c).

Przystąpienie do Konwencji oznaczać będzie konieczność zmiany wnioskowego trybu ścigania wszystkich przestępstw seksualnych na ściganie *ex officio* ( art. 55 Konwencji)

### **Wymuszone małżeństwo (art. 37)**

Konwencja wymaga kryminalizacji umyślnego zmuszania osoby dorosłej lub dziecka do wstąpienia w związek małżeński, a także umyślnego zwabiania takiej osoby za granicę w celu zmuszenia jej do zawarcia małżeństwa. W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że znamię zmuszania oznacza użycie przymusu w postaci siły fizycznej lub nacisku psychologicznego. Przestępstwo jest dokonane z chwilą zawarcia związku małżeńskiego, na który osoba pokrzywdzona nie zgodziła się dobrowolnie. (teza 196). Odmienne w przypadku zwabienia, gdzie o przestępstwie dokonanym można mówić z chwilą zwabienia w ww. celu (teza 97).

W polskim kodeksie karnym brak jest kryminalizacji *sui generis* wymuszania małżeństwa, co nie oznacza, że w takiej sytuacji nie można zastosować innych przepisów k.k. Czyn sprawcy, który stosuje przemoc wobec osoby lub groźbę bezprawną w celu zmuszenia jej do zawarcia małżeństwa może być kwalifikowany z art. 191 k.k.

Przestępstwo zwabienia innej osoby za granicę przewidywał uchylony w 2010<sup>50</sup> par. 4 art. 204 k.k. Taki czyn jednakże był tylko karalny wtedy, gdy zwabienie miało miejsce w celu uprawiania za granicą prostytucji.

W obecnym stanie prawnym można zastanawiać się, czy zwabianie innej osoby za granicę w celu zmuszenia jej tam do zawarcia małżeństwa będzie mogło być uznane za handel ludźmi i karane na podstawie art. 189 a k.k. Wydaje się, że brak jest do tego przeszkód. Wprawdzie w definicji handlu ludźmi zawartej w art. 115 par. 22. k.k. nie uwzględnia się wśród celów wykorzystania: wymuszonego małżeństwa. Niemniej jednak wymienienie zawarte w tym przepisie ma charakter tylko przykładowy,

w związku z tym nie powinno być wątpliwości, że może ono być zaliczono do innych „form wykorzystania, poniżających godność człowieka”.

Intencją jednakże Konwencji, aczkolwiek nie wynika to z niej jasno, jest uznanie wymuszonego małżeństwa jako przestępstwa *sui generis*. Tylko bowiem w takich warunkach kryminalizacja spełni swą rolę symboliczną i edukacyjną. W związku z tym należy rozważyć, wprowadzenie takiego typu przestępstwa oraz odpowiednie zmodyfikowanie przepisu art. 115 par. 22 k.k.

### **Okaleczenie żeńskich narządów płciowych( art. 38)**

W raporcie wyjaśniającym do Konwencji podkreśla się, że jest to jedyny typ przestępstwa, który odstępuje od zasady neutralności płciowej. Konwencja nie wymaga bowiem np. wprowadzania zakazu obrzezania chłopców. Ogranicza się do penalizacji tradycyjnych praktyk polegających na wycinaniu całości lub części żeńskich genitaliów (warg sromowych lub łechtaczki) lub ich zszywaniu (lit. a). Karze podlegać będzie również przedstawiciel zawodu medycznego wykonujący taki zabieg bez wskazań zdrowotnych. Przewiduje się ponadto obowiązek kryminalizacji czynu polegającego na zmuszaniu kobiety lub doprowadzania jej do poddania się takiemu zabiegowi (lit. b), a także nakłaniania do, zachęcania, zmuszania lub doprowadzania dziewczynki (lit. c).

W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że celowość wyodrębnienia pod lit. c sytuacji dziewczynek wynika z faktu, że w ich przypadku karalne powinno być także namawianie (zachęcanie), co nie stanowi przestępstwa w odniesieniu do kobiet dorosłych, gdzie karalność ogranicza się do zmuszania (teza 201).

W prawie polskim brak jest kryminalizacji takich zachowań jako przestępstw *sui generis*. Nie oznacza to jednak, że pozostaną one bezkarne. Okaleczenie narządów płciowych może być bowiem kwalifikowane jako uszkodzenie ciała lub spowodowanie rozstroju zdrowia. (art. 156 i 157 k.k.).

Celowość wprowadzania tego typu kryminalizacji w krajach, gdzie praktyki okaleczania żeńskich narządów rodnych nie są rozpowszechnione, może budzić wątpliwości. Istnieje jednak obawa, że w związku z ruchami migracyjnymi do Europy m.in. ludności z krajów, gdzie utrzymuje się taka tradycja, może zaistnieć potrzeba

---

<sup>50</sup> Ustawą z 20.05.2010, Dz.U. 2010, Nr 98, poz. 626.

podejmowania środków prewencyjnych w zakresie stosowania tej formy przemocy wobec kobiet. Z tego punktu widzenia wprowadzenie takiej kryminalizacji może okazać się celowe. Kryminalizacja takich zachowań jako przestępstw *sui generis* mogłaby być też uzasadniana względami symboliczno-edukacyjnymi, chyba że całkowicie serio, traktuje się zasadę: prawo karne *ultima ratio* i ocenia przydatność kryminalizacji wyłącznie z punktu widzenia pragmatycznego, co w praktyce nie jest regułą.

### ***Wymuszona aborcja i przymusowa sterylizacja (art. 39)***

Przepis ten zobowiązuje do kryminalizacji wykonania przerwania ciąży lub zabiegu ubezplodnienia, bez uprzedniej zgody, dostatecznie poinformowanej kobiety. W tym drugim przypadku zaznacza się, że chodzi o jakiegokolwiek procedury, których celem lub skutkiem jest pozbawienie kobiety zdolności do reprodukcji w sposób naturalny, również w sytuacji gdy nie ma ona pełnego zrozumienia istoty procedury.

W raporcie wyjaśniającym podkreśla się, że intencją twórców Konwencji nie jest kryminalizacja takich medycznych interwencji lub zabiegów, których celem jest np. pomoc kobiecie w ratowaniu życia lub pomoc osobom niezdolnym do wyrażenia zgody. Chodzi raczej o podkreślenie potrzeby respektowania praw reprodukcyjnych kobiet poprzez pozwienie im na swobodne decydowanie o liczbie dzieci oraz odstępach pomiędzy ich urodzeniami, a także zapewnienie kobietom dostępu do odpowiedniej informacji o reprodukcji naturalnej i planowaniu rodziny (*natural reproduction and family planning*) - teza 206).

W Polsce, wykonanie zabiegu sterylizacji, bez zgody kobiety może być karane jako ciężkie uszkodzenie ciała (art. 156 (1) k.k. (pozbawienie zdolności płodzenia), a w pewnych przypadkach również z przepisu art. 192 k.k. (zabieg leczniczy bez zgody pacjenta).

Przerwanie ciąży bez zgody kobiety penalizowane jest w art. 153 k.k. Zakres penalizacji tych przepisów odpowiada wymogom Konwencji. Nie ma więc potrzeby w trakcie jej implementacji wprowadzania nowych typów przestępstwa.

### ***Molestowanie seksualne (art. 40)***

W odniesieniu do molestowania seksualnego nie ma wymogu konwencyjnego kryminalizacji. Może być przewidziana za takie zachowania inna niż prawnokarna sankcja prawna. W myśl ww. przepisu zobowiązuje się państwa-strony Konwencji do zapewnienia, by wszystkie formy niepożądanego werbalnego, niewerbalnego lub fizycznego zachowania się o charakterze seksualnym, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności osoby, w szczególności przez stworzenie wobec niej zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery, było penalizowane.

Konwencyjna definicja molestowania seksualnego jest zbliżona do definicji przewidzianej w dokumentach UE, które mają zastosowanie do molestowania w zatrudnieniu, zabezpieczeniu społecznym i w dostępie do towarów i usług (dyrektywa 2006/54/WE oraz dyrektywa 2004/113/WE). Przepisy unijne w tym zakresie zostały implementowane do prawa polskiego (por. art. 18<sup>3a</sup> par. 6 kodeksu pracy oraz art. 3 (4) tzw. ustawy antidyskryminacyjnej z 2010<sup>51</sup>). Przepisy te przewidują możliwość zasądzenia przez sądy pracy lub sądy cywilne odpowiedniego odszkodowania w przypadku stwierdzonego molestowania seksualnego.

Wyżej wymienione przepisy nie penalizują jednak molestowania seksualnego w innych niż ww. sferach życia, a więc np. w edukacji, w reklamie, z wyjątkiem najpoważniejszych przejawów molestowania, kiedy przez nadużycie zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia dochodzi do doprowadzenia innej osoby do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej (199 k.k.). Ta i inne kwalifikacje prawno-karne, które w wybranych przypadkach molestowania ewentualnie mogą wchodzić w grę (art. 212 k.k., art. 217 k.k.), z pewnością jednak nie mogą dotyczyć tej formy molestowania, która polega na stwarzaniu wrogiego, nieprzyjaznego środowiska np. poprzez ogólne stosowanie seksistowskiego języka, opowiadanie (wysyłanie) takich żartów, wywieszanie plakatów naruszających godność kobiet itp.

W związku z tym, że penalizacja na podstawie tego przepisu jest ograniczona, konieczna jest odpowiednia zmiana np. ustawy antidyskryminacyjnej z 2010 roku, polegająca na objęciu zakazem molestowania seksualnego przejawiającego się

---

<sup>51</sup> Ustawa z dnia 3 grudnia 2010 o wdrożeniu niektórych przepisów Unii Europejskiej w zakresie równego traktowania Dz. U. 2010 Nr 254 poz. 1700.

w innych sferach życia, niż dotychczas wymienione w tej ustawie oraz w kodeksie pracy.

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości

## VIII. Podsumowanie

Znaczenie omawianej Konwencji polega na tym, że jest to pierwszy na gruncie europejskim instrument prawa międzynarodowego, który ma charakter wiążący dla państw, które do niego przystąpią. Fakt, że w razie przystąpienia do Konwencji, realizacja przez państwo wynikających z niej obowiązków może być wymagana, a samo państwo rozliczane z implementacji jej przepisów, nadaje tym zobowiązaniom nową jakość i wagę.

Konwencja uznaje przemoc wobec kobiet jako ważny problem społeczny współczesnej Europy i przedstawia kompleksowe podejście do jej zapobiegania i zwalczania, nie zamazując istoty tego zjawiska, a w szczególności związków z płcią biologiczną i kulturową ofiary.

Jest to dokument nowatorski poprzez swą kompleksowość, bo uwzględnia większość postulatów zawartych zarówno we wcześniejszych dokumentach międzynarodowych, w literaturze przedmiotu jak i w orzecznictwie sądów międzynarodowych. Zebranie ich wszystkich w jednym tekście, regulującym w sposób całościowy podejście do problemu zjawiska przemocy wobec kobiet, oraz obwarowanie rygorem rozliczania państw z realizacji wynikających z nich obowiązków, jest wartością dodaną Konwencji w stosunku do dotychczasowych instrumentów.

Nowatorstwo Konwencji polega też na tym, że nie ogranicza się ona do sformułowania obowiązków państw w zakresie przeciwdziałania skutkom przemocy wobec kobiet. W sposób otwarty mówi również o przyczynach tego zjawiska. Dostrzegając strukturalny charakter zjawiska przemocy wobec kobiet, w tym przemocy domowej oraz wiążąc go z historycznie uwarunkowaną nierównością kobiet i mężczyzn, Konwencja ma szansę doprowadzić do zmiany w postrzeganiu samego zjawiska oraz w podejściu państw do problemu jego zapobiegania i zwalczania.

Z przyjętą w założeniach Konwencji teorią naukową wyjaśniającą przyczyny zjawiska przemocy wobec kobiet można się nie zgadzać. W nauce kryminologii, jak

dotychczas, nie przedstawiono jednak żadnej bardziej przekonującej koncepcji na ten temat.

Konwencja jest też dowodem na to, że państwa i społeczność międzynarodowa nie ignorują głosów środowisk kobiecych, lecz wprost przeciwnie, wsłuchują się w nie z uwagą i podejmują próbę uwzględnienia ich perspektywy.

Doceniając ww. zalety Konwencji, do jej podpisania i ratyfikacji wzywa Unię Europejską oraz kraje członkowskie Europejski Komitet Ekonomiczno-Społeczny w opinii z dnia 24 maja 2012<sup>52</sup>.

Z powyższych względów należy wyrazić przekonanie, że RP powinna do Konwencji przystąpić jak najszybciej.

Zbadanie sytuacji, w których istnieje w świetle Konwencji możliwość składanie zastrzeżeń, skłania do wniosku, że bardziej racjonalne będzie dostosowanie obowiązujących przepisów do wymogów Konwencji, niż sięganie do tego wyjątkowego instrumentu prawa międzynarodowego.

Analiza wymogów kryminalizacyjnych przewidzianych w Konwencji, w świetle obowiązującego w Polsce prawa karnego materialnego, prowadzi do wniosku, że chociaż pewne zmiany legislacyjne będą nieuniknione, ich zasięg nie jest wielki.

Podsumowując, szeroka „równościowa”, prawno-człowiecza, a równocześnie *genderowa* perspektywa traktowania problemu przemocy wobec kobiet, trafne ukazanie jego strukturalnego podłoża oraz jej kompleksowość, decydują o wartości Konwencji. Przystąpienie do niej może doprowadzić do przełomu w myśleniu o tym zjawisku oraz do istotnych zmian strategii w zakresie jego eliminacji. Bez takiego strukturalnego i całościowego spojrzenia na przemoc wobec kobiet, wszelkie podejmowane na tym polu działania są ułomne i z góry skazane na niepowodzenie.

---

<sup>52</sup> Opinia Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego w sprawie zwalczania przemocy domowej wobec kobiet (opinia z inicjatywy własnej) 2012 /C 351/05 Dz.U. UE z 15 listopada 2012 C 351/21.