



Instytut Wymiaru Sprawiedliwości



Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich – raport z badania

**Paulina Banaszak-Grzechowiak
dr Konrad Burdziak
prof. dr hab. Łukasz Pohl**



Prawo karne i kryminologia

Warszawa 2021

Spis treści

1. Cel projektu	5
2. Regulacje niemieckie	7
3. Regulacje szwedzkie	11
5. Wnioski	20
6. Bibliografia	22

1. Cel projektu

W 2021 r. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości zrealizował, na zlecenie Ministerstwa Sprawiedliwości, projekt badawczy pn. „Przestępstwo zgwałcenia w wybranych państwach europejskich”. Celem projektu badawczego było: 1) ustalenie, jakie regulacje prawne dotyczące przestępstwa zgwałcenia obowiązują w Szwecji, Niemczech, Włoszech¹, Holandii², Hiszpanii³ i Francji⁴; 2) porównanie uregulowań obowiązujących w wyżej wymienionych

¹ We Włoszech mówi się nie tyle o zgwałceniu, co o „przemocy seksualnej”. Chodzi o sytuację, w której ktokolwiek, siłą, groźbą lub nadużyciem władzy, zmusza inną osobę do wykonania lub poddania się czynności seksualnej. Zgodnie z art. 609bis włoskiego kodeksu karnego: „Violenza sessuale. Chiunque, con violenza o minaccia o mediante abuso di autorità, costringe taluno a compiere o subire atti sessuali è punito con la reclusione da sei a dodici anni. Alla stessa pena soggiace chi induce taluno a compiere o subire atti sessuali: 1) abusando delle condizioni di inferiorità fisica o psichica della persona offesa al momento del fatto; 2) traendo in inganno la persona offesa per essersi il colpevole sostituito ad altra persona. Nei casi di minore gravità la pena è diminuita in misura non eccedente i due terzi”. Por. Codice Penale, Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.). Wszystkie tłumaczenia w tekście pochodzą od Autorów opracowania.

² W holenderskim kodeksie karnym mowa o tym, że każda osoba, która przez akt przemocy lub jakkolwiek inny akt lub groźbę użycia przemocy lub groźbę innego czynu zmusza inną osobę do poddania się czynom obejmującym lub zawierającym penetrację seksualną, winna jest zgwałcenia i podlega karze pozbawienia wolności nieprzekraczającej dwunastu lat albo grzywnie piątej kategorii. Zgodnie z art. 242: „Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen die bestaan uit of mede bestaan uit het seksueel binnendringen van het lichaam, wordt als schuldig aan verkrachting gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie”. Por. Wetboek van Strafrecht Geldend van 25-07-2020 t/m heden Wet van 3 maart 1881, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2020-07-25> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

³ Kodeks karny Hiszpanii rozróżnia „przemoc seksualną” i „zgwałcenie”. Ten, kto narusza wolność seksualną innej osoby, stosując przemoc lub zastraszanie, dopuszcza się przemocy seksualnej i podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 5. Gdy natomiast przemoc seksualna polega na penetracji pochwy, odbytu lub jamy ustnej albo włożeniu części ciała lub przedmiotów do jednego z dwóch poprzednich otworów, sprawca zostaje skazany za zgwałcenie na karę pozbawienia wolności od sześciu do dwunastu lat. Zgodnie z art. 178: „El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”. Zgodnie z art. 179: „Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”. Por. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

⁴ Zgodnie z art. 222-22 francuskiego kodeksu karnego, agresja seksualna to każda napaść na tle seksualnym popełniona z użyciem przemocy, przymusu, groźby lub zaskoczenia. W myśl natomiast art. 222-23 francuskiego kodeksu karnego, każdy akt penetracji seksualnej, bez względu na jego charakter, popełniony przeciwko innej osobie z użyciem przemocy, przymusu, groźby lub zaskoczenia, stanowi zgwałcenie. Zgwałcenie zagrożone jest karą piętnastu lat pozbawienia wolności. Zgodnie z art. 222-22: „Constitue une agression sexuelle toute atteinte sexuelle commise avec violence, contrainte, menace ou surprise. Le viol et les autres agressions sexuelles sont constitués lorsqu'ils ont été imposés à la victime dans les circonstances prévues par la présente section, quelle que soit la nature des relations existant entre l'agresseur et sa victime, y compris s'ils sont unis par les liens du mariage. Lorsque les agressions sexuelles sont commises à l'étranger contre un

państwach z uregulowaniami polskimi. Szczególny nacisk miał przy tym zostać (i został) położony na aspekt zgody/przyzwolenia na stosunek seksualny oraz wieku przyzwolenia, jaki jest stosowany w poszczególnych regulacjach, i jego wpływu na karalność sprawcy⁵. Z tego też względu szerszej analizie poddano wyłącznie regulacje niemieckie i szwedzkie; tylko w tych państwach kwestia zgody/przyzwolenia stała się bowiem wprost wyrażonym znamieniem przestępstwa zgwałcenia⁶.

Kwestia powyższa jawi się jako niezwykle aktualna z uwagi na art. 36 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r.⁷, zgodnie z którym strony (w tym Polska) winny przyjąć konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia, by za następujące umyślne czynności groziła odpowiedzialność karna: 1) penetracja waginalna, analna lub oralna o charakterze seksualnym ciała innej osoby jakkolwiek częścią ciała lub przedmiotem, bez jej zgody, 2) inne czynności o charakterze seksualnym wobec innej osoby, bez jej zgody, 3) doprowadzenie innej osoby, bez jej zgody, do podjęcia czynności o charakterze seksualnym z osobą trzecią. Przez zgodę należy przy tym rozumieć zachowanie dobrowolne, będące wyrazem wolnej woli (co należy oceniać w świetle danych okoliczności).

Strony mają jednocześnie przyjąć konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia, by postanowienia dotyczące powyższych czynów stosowały się również do

mineur par un Français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable par dérogation au deuxième alinéa de l'article 113-6 et les dispositions de la seconde phrase de l'article 113-8 ne sont pas applicables". Zgodnie z art. 222-23: „Tout acte de pénétration sexuelle, de quelque nature qu'il soit, commis sur la personne d'autrui ou sur la personne de l'auteur par violence, contrainte, menace ou surprise est un viol. Le viol est puni de quinze ans de réclusion criminelle". Por. Code pénal Vigueur Version au 10 avril 2021. En vigueur depuis le 01 septembre 1990, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006089684/#LEGISCTA000006089684 (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

⁵ Podkreślenia wymaga, że nie objęto badaniem regulacji analogicznych do polskiego przepisu art. 200 § 1 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1444 ze zm.), zgodnie z którym: „Kto obcuje płciowo z małoletnim poniżej lat 15 lub dopuszcza się wobec takiej osoby innej czynności seksualnej lub doprowadza ją do poddania się takim czynnościom albo do ich wykonania, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12”. Powyższe wynika z faktu, że zachowania tego rodzaju nie są traktowane w Polsce jako zgwałcenie, to po pierwsze, po drugie zaś – informacje na temat wieku zgody na aktywność seksualną z osobą dorosłą w państwach europejskich są ogólnodostępne. Zob. *Consent for sexual activity with an adult*, portal Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej – FRA, <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/sexual-consent> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

⁶ Podkreślenia wymaga jednak, że w Holandii zapowiedziano, iż: „All forms of involuntary sex will now be punishable as rape. Minister Grapperhaus of Justice and Security wants his Sex Crimes Bill to include a new lower limit for prosecution. This would make it additionally possible to charge someone with rape in cases when they should have known that the other person did not want to have sex, but failed to act accordingly”. Por.: *New law lowers threshold for prosecution of rape*, portal Government of the Netherlands, 05.11.2020 r., <https://www.government.nl/latest/news/2020/11/05/new-law-lowers-threshold-for-prosecution-of-rape> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.). Podobnie sytuacja prezentuje się w Hiszpanii. Jak donosi BBC: „Spain's government has backed a proposed change to its controversial rape laws that focuses on the importance of sexual consent. A series of court cases prompted outrage when men were convicted of sexual abuse, rather than the more serious offence of sexual assault. The new law will abolish that distinction so that rape will instead be decided by the question of consent”. Por. *Spain plans, only yes means yes' rape law*, portal BBC, 03.03.2020 r., <https://www.bbc.com/news/world-europe-51718397>, (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

⁷ Dz.U. z 2015 r., poz. 961.

czynów podejmowanych wobec byłych lub obecnych małżonków, lub partnerów, zgodnie z tym, jak to uznaje prawo wewnętrzne.

2. Regulacje niemieckie

Przestępstwo zgwałcenia w niemieckim prawie karnym stypizowane zostało w § 177 kodeksu karnego (Strafgesetzbuch – StGB)⁸. Zgodnie z tym, co stanowi § 177 (1) tego kodeksu, każdy, kto wbrew rozpoznawalnej woli innej osoby dopuszcza się wobec niej czynności seksualnych lub zleca ich wykonanie lub wyznacza tę osobę do wykonywania lub tolerowania/znoszenia czynności seksualnych wobec osoby trzeciej lub przez osobę trzecią, podlega karze pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do pięciu lat⁹. Z art. 177 (2) StGB wynika natomiast że tej samej karze podlega, kto dopuszcza się aktów seksualnych wobec innej osoby lub zleca ich wykonanie lub kto wyznacza tę osobę do wykonywania lub tolerowania czynności seksualnych na rzecz osoby trzeciej lub przez osobę trzecią, jeżeli:

1. sprawca wykorzystuje fakt, że osoba ta nie jest w stanie sformułować lub wyrazić woli przeciwnej,
2. sprawca wykorzystuje fakt, że osoba ta ma istotnie ograniczoną zdolność do formowania lub wyrażania woli ze względu na jej stan fizyczny lub psychiczny, chyba że sprawca upewnił się o zgodzie tej osoby,
3. sprawca wykorzystuje element zaskoczenia,
4. sprawca wykorzystuje sytuację, w której ofierze grozi dotkliwe zło w przypadku stawienia przez nią oporu,
5. sprawca zmusił osobę do podjęcia lub tolerowania aktu seksualnego, grożąc jej dotkliwym złem¹⁰.

W myśl § 177 (3) niemieckiego kodeksu karnego karalne jest również usiłowanie przestępstwa zgwałcenia¹¹.

⁸ <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

⁹ „(1) Wer gegen den erkennbaren Willen einer anderen Person sexuelle Handlungen an dieser Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wird mit Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren bestraft”.

¹⁰ „(2) Ebenso wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer anderen Person vornimmt oder von ihr vornehmen lässt oder diese Person zur Vornahme oder Duldung sexueller Handlungen an oder von einem Dritten bestimmt, wenn 1. der Täter ausnutzt, dass die Person nicht in der Lage ist, einen entgegenstehenden Willen zu bilden oder zu äußern, 2. der Täter ausnutzt, dass die Person auf Grund ihres körperlichen oder psychischen Zustands in der Bildung oder Äußerung des Willens erheblich eingeschränkt ist, es sei denn, er hat sich der Zustimmung dieser Person versichert, 3. der Täter ein Überraschungsmoment ausnutzt, 4. der Täter eine Lage ausnutzt, in der dem Opfer bei Widerstand ein empfindliches Übel droht, oder 5. der Täter die Person zur Vornahme oder Duldung der sexuellen Handlung durch Drohung mit einem empfindlichen Übel genötigt hat”.

¹¹ „(3) Der Versuch ist strafbar”.

W § 177 (4) StGB przewidziany został typ kwalifikowany przestępstwa zgwałcenia. Zgodnie z przywołanym przepisem, sprawca podlega karze pozbawienia wolności na okres nie krótszy niż jeden rok, jeżeli niezdolność do sformułowania lub wyrażenia woli wynika z choroby lub niepełnosprawności ofiary¹².

Typ kwalifikowany przestępstwa zgwałcenia sformułowany został także w § 177 (5) niemieckiej ustawy karnej. W przepisie tym przewidziano bowiem, że czyn sprawcy zagrożony jest karą pozbawienia wolności na okres nie krótszy niż jeden rok, jeżeli sprawca:

1. stosuje przemoc wobec ofiary,
2. grozi ofierze zagrożeniem dla jej życia lub zdrowia,
3. wykorzystuje sytuację, w której bezbronna ofiara jest narażona na działanie sprawcy¹³.

Należy również wskazać, że w § 177 (6) StGB przewidziano, że w szczególnie poważnych przypadkach sprawca podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż dwa lata. Niemiecki ustawodawca przyjął w tym kontekście, że szczególnie ciężki przypadek ma zwykle miejsce wtedy, gdy:

1. sprawca odbył stosunek seksualny z ofiarą lub dokonał podobnych czynności seksualnych na ofierze, lub zlecił wykonanie tych czynności, które szczególnie upokarzają/poniżają ofiarę, zwłaszcza jeśli obejmują one penetrację ciała (zgwałcenie) lub
2. czyn został popełniony wspólnie przez kilka osób¹⁴.

Z kolejnym typem kwalifikowanym przestępstwa zgwałcenia w niemieckim prawie karnym mamy do czynienia w § 177 (7) StGB, który to przepis stanowi, że sprawca podlega karze pozbawienia wolności na okres nie krótszy niż trzy lata, jeżeli:

1. posiada on przy sobie broń lub inne niebezpieczne narzędzie,
2. ma przy sobie narzędzie lub środki, które mają służyć zapobieżeniu lub przewyciężeniu oporu innej osoby poprzez zastosowanie przemocy lub groźbę przemocy lub
3. stwarza dla ofiary ryzyko poważnego uszczerbku na zdrowiu¹⁵.

Jeszcze surowsze zagrożenie karą przewidziane zostało natomiast w § 177 (8) niemieckiej ustawy karnej. W przepisie tym ustawodawca przewidział bowiem, że sprawca podlega karze pozbawienia wolności na okres nie krótszy niż pięć lat, jeżeli:

¹² „(4) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn die Unfähigkeit, einen Willen zu bilden oder zu äußern, auf einer Krankheit oder Behinderung des Opfers beruht”.

¹³ „(5) Auf Freiheitsstrafe nicht unter einem Jahr ist zu erkennen, wenn der Täter 1. gegenüber dem Opfer Gewalt anwendet, 2. dem Opfer mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben droht oder 3. eine Lage ausnützt, in der das Opfer der Einwirkung des Täters schutzlos ausgeliefert ist”.

¹⁴ „(6) In besonders schweren Fällen ist auf Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren zu erkennen. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn 1. der Täter mit dem Opfer den Beischlaf vollzieht oder vollziehen lässt oder ähnliche sexuelle Handlungen an dem Opfer vornimmt oder von ihm vornehmen lässt, die dieses besonders erniedrigen, insbesondere wenn sie mit einem Eindringen in den Körper verbunden sind (Vergewaltigung), oder 2. die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird”.

¹⁵ „(7) Auf Freiheitsstrafe nicht unter drei Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter 1. eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt, 2. sonst ein Werkzeug oder Mittel bei sich führt, um den Widerstand einer anderen Person durch Gewalt oder Drohung mit Gewalt zu verhindern oder zu überwinden, oder 3. das Opfer in die Gefahr einer schweren Gesundheitsschädigung bringt”.

1. przy popełnieniu czynu użył broni lub innego niebezpiecznego narzędzia lub
2. a) ofiara była poważnie maltretowana fizycznie podczas czynu/sprawca znęcał się nad ofiarą,
b) czyn sprawcy stworzył dla ofiary zagrożenie śmiercią¹⁶.

Na uwagę zasługuje również treść § 177 (9) StGB, w którym to przewidziano, że w mniej poważnych przypadkach, o których mowa w ust. 1 i 2, wymierza się karę pozbawienia wolności od trzech miesięcy do trzech lat, w mniej poważnych przypadkach, o których mowa w ust. 4 i 5, wymierza się karę pozbawienia wolności od sześciu miesięcy do dziesięciu lat, w mniej poważnych przypadkach, o których mowa w ust. 7 i 8, wymierza się karę pozbawienia wolności od roku do dziesięciu lat¹⁷.

Natomiast w § 178 niemieckiego kodeksu karnego jest mowa o tym, że sprawca, jeżeli powoduje śmierć ofiary, chociażby lekkomyślnie, poprzez napaść seksualną, przymus seksualny lub zgwałcenie (§ 177 StGB), podlega karze dożywotniego pozbawienia wolności lub karze pozbawienia wolności na okres nie krótszy niż dziesięć lat¹⁸.

Obecnie obowiązujące w prawie niemieckim brzmienie przepisów dotyczących zgwałcenia oparte jest na pięćdziesiątej ustawie o zmianie kodeksu karnego – poprawa ochrony samostanowienia seksualnego z dnia 4 listopada 2016 r.¹⁹, która weszła w życie w dniu 10 listopada 2016 r. Przed wejściem w życie tej zmiany niemieckie sądy przyjmowały, że ze zgwałceniem mamy do czynienia jedynie wtedy, gdy ofiara się broniła, odpierała atak sprawcy zgwałcenia lub sama odpowiadała atakiem. Tylko w takim przypadku wymuszony stosunek seksualny był przez niemieckie sądy uznawany za zgwałcenie. W myśl obecnie obowiązujących przepisów, dla przyjęcia zgwałcenia wystarczające jest odbycie przez sprawcę stosunku seksualnego z ofiarą w sytuacji, gdy mamy do czynienia z brakiem zgody po stronie ofiary. Choć wprowadzenie zmian tego rodzaju w niemieckim prawie karnym planowane było już wcześniej, to jednak ich wejście w życie zdecydowanie przyspieszyły wydarzenia, które miały miejsce podczas sylwestra w 2015 r. w Kolonii, kiedy to doszło do wielu aktów przemocy seksualnej, zaś ich sprawcy w wielu przypadkach pozostawali bezkarni²⁰.

¹⁶ „(8) Auf Freiheitsstrafe nicht unter fünf Jahren ist zu erkennen, wenn der Täter 1. bei der Tat eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug verwendet oder 2. das Opfer a) bei der Tat körperlich schwer misshandelt oder b) durch die Tat in die Gefahr des Todes bringt”.

¹⁷ „(9) In minder schweren Fällen der Absätze 1 und 2 ist auf Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu drei Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 4 und 5 ist auf Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren, in minder schweren Fällen der Absätze 7 und 8 ist auf Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren zu erkennen”.

¹⁸ „Verursacht der Täter durch den sexuellen Übergriff, die sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung (§ 177) wenigstens leichtfertig den Tod des Opfers, so ist die Strafe lebenslange Freiheitsstrafe oder Freiheitsstrafe nicht unter zehn Jahren”.

¹⁹ Fünfzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung, <https://www.bmfv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

²⁰ F. Taube, *Sexualstrafrecht: Was heißt „Nein“ in anderen Ländern?*, portal Deutsche Welle, 07.07.2016 <https://www.dw.com/de/sexualstrafrecht-was-hei%C3%9Ft-nein-in-anderen-l%C3%A4ndern/a-19386478> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

Do sformułowania propozycji zmian przepisów dotyczących znamion przestępstwa zgwałcenia jeszcze przed wydarzeniami z sylwestra 2015 r., przyczyniły się dwa główne czynniki. Jednym z nich była presja ze strony organizacji pozarządowych zajmujących się ochroną praw kobiet. Drugim, kluczowym czynnikiem była natomiast ratyfikacja przez Niemcy Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej (konwencji stambulskiej) z 2011 r. Początkowo rząd niemiecki stanął na stanowisku, że ratyfikacja konwencji stambulskiej nie będzie wymagała zmiany kodeksu karnego. W 2015 r. Ministerstwo Sprawiedliwości ostatecznie wystąpiło jednak z projektem nowelizacji przepisów dotyczących zgwałcenia²¹. W dniu 7 lipca 2016 r. niemiecki parlament jednomyślnie zagłosował za nowelizacją przepisu § 177 kodeksu karnego.

Wskazuje się, że nowe brzmienie przepisów dotyczących przestępstwa zgwałcenia sprowadza się do zasady „nein heißt nein”²², a zatem „nie znaczy nie”, co oznacza, że dla odpowiedzialności karnej za napaść na tle seksualnym nie ma już znaczenia, czy sprawca groził ofierze przemocą oraz czy przemoc została przez niego faktycznie użyta. Przede wszystkim jednak nie ma już znaczenia, czy dana osoba fizycznie broniła się przed atakiem. Decydującym czynnikiem jest w myśl obecnie obowiązujących przepisów to, że akt seksualny miał miejsce bez zgody ofiary i że brak tej zgody był dla sprawcy możliwy do rozpoznania.

Przenosząc powyższe ustalenia na grunt prawno-porównawczy, należy wskazać, że w odróżnieniu od przestępstwa zgwałcenia w polskim prawie karnym (art. 197 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, dalej: k.k.), w prawie niemieckim dla wypełnienia znamion tego przestępstwa nie jest konieczne doprowadzenie innej osoby do obcowania płciowego przemocą, groźbą bezprawną czy podstępem [§ 177 (1) StGB]. Stosowanie przez sprawcę przemocy lub groźby bezprawnej, w myśl § 177 (5) niemieckiej ustawy karnej skutkuje przyjęciem, że w danej sprawie mamy do czynienia z typem kwalifikowanym przestępstwa zgwałcenia, który zagrożony jest karą pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż jeden rok.

Niemieckie prawo karne, podobnie jak polskie, przewiduje kwalifikowany typ zgwałcenia, z którym mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca dopuścił się tego przestępstwa wspólnie z inną osobą – w takim wypadku polskie prawo karne przewiduje karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat trzech (art. 197 § 3 pkt 1 k.k.), zaś niemieckie prawo karne za ten czyn przewiduje karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż dwa lata [§ 177(6) pkt 2]. Podobnie jak w polskim prawie karnym, zgodnie z tym, co przewiduje niemiecki kodeks karny, z typem kwalifikowanym zgwałcenia mamy do czynienia wtedy, gdy sprawca znęcał

²¹ T. Hörnle, *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, portal Cambridge University Press, 06.03.2019 r., <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/new-german-law-on-sexual-assault-and-sexual-harassment/C8FAD908DD7B6ECC28C6CF36BD9603BE#> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

²² N. Conrad, *Kommentar: Nein heißt endlich Nein!*, portal Deutsche Welle, 07.07.2016, <https://www.dw.com/de/kommentar-nein-hei%C3%9Ft-endlich-nein/a-19385864> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.); P. Fiebig, *Nein heißt Nein*, portal Deutschlandfunk, 09.11.2017, https://www.deutschlandfunk.de/das-neue-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein.724.de.html?dram:article_id=400280 (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

się nad ofiarą [§ 177 (8) pkt 2 lit. a)]. Niemiecki kodeks karny za ten czyn przewiduje karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat pięciu, Takie samo zagrożenie karą przewidziane jest za ten czyn w polskim prawie karnym (art. 197 § 4 – zgwałcenie ze szczególnym okrucieństwem).

Na uwagę zasługuje również typ kwalifikowany przestępstwa zgwałcenia, który przewidziany został w niemieckim kodeksie karnym, a którego brak jest w polskim porządku prawnym, a mianowicie zgwałcenie popełnione przez sprawcę w sytuacji, gdy posiada on przy sobie broń lub inne niebezpieczne narzędzie albo gdy posiada on przy sobie narzędzie lub środki, które mają służyć zapobieżeniu lub przewyciężeniu oporu ofiary poprzez zastosowanie przemocy lub groźbę przemocy albo też w sytuacji, gdy sprawca stwarza dla ofiary ryzyko poważnego uszczerbku na zdrowiu. Taki czyn zgodnie z § 177 (7) StGB zagrożony jest karą pozbawienia wolności na okres nie krótszy niż trzy lata.

Inny typ kwalifikowany zgwałcenia, który przewidziany jest w niemieckim kodeksie karnym, a którego brak jest w polskiej ustawie karnej, to zgwałcenie w sytuacji, gdy sprawca przy popełnieniu czynu użył broni lub innego niebezpiecznego narzędzia. Zgodnie z § 177 (8) pkt 1 za to przestępstwo przewidziana jest kara pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż pięć lat.

3. Regulacje szwedzkie

Problematyka zgwałcenia uregulowana została w szwedzkim kodeksie karnym²³ w rozdziale szóstym, zatytułowanym: „Przestępstwa seksualne”. Podkreślenia wymaga przy tym, że w 2018 r. doszło w tym zakresie do dość poważnej zmiany. O ile bowiem uprzednio definicja zgwałcenia oparta była – podobnie, jak to ma miejsce obecnie w Polsce – na przemocy i groźbie, o tyle teraz oparta jest ona na dobrowolności i założeniu, że dla bytu przestępstwa zgwałcenia nie ma znaczenia, jakie zachowanie poprzedzało bądź towarzyszyło obcowaniu płciowemu (choć nie tylko), istotne jest tylko to, czy owemu obcowaniu płciowemu towarzyszyła wzmiarkowana dobrowolność. Powyższe oznacza, że w Szwecji ciało człowieka staje się dostępne dla drugiego człowieka dopiero wówczas, gdy pojawia się słowo „tak”, a nie zawsze wtedy, gdy nie pojawia się słowo „nie”²⁴.

²³ The Swedish Criminal Code, SFS 1962:700 Brottsbalken, Updated 25 February 2021, https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/?TSPD_101_Ro=082953afa-5ab20002fb33ded24af92a7d6a2cad0c6f5f94b372603bf10e3e05aafe4f45f9c80b2b808beed1239143000a74eece-6f74df3d4a34ea4b5a619f4fc2aafo08c9coc7f894ff8093e7a3f74e06fbb970784db7caef557ec493f8c67c (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

²⁴ Zob. M. Bladini, W.S. Andersson, *Swedish rape legislation from use of force to voluntariness – critical reflections from an everyday life perspective*, „Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice”, Volume 8, Issue 2, 2020, s. 97.

Jak wskazuje N. Greenfield:

In introducing a consent-based standard, the Swedish legislature responded to long-standing campaigns in Swedish civil society. According to the Swedish National Council for Crime Prevention, the first decade of the new millennium saw an increase in the number of reported sexual offences, which has been attributed to an increase in crime and a rising trend of reporting. Accordingly, activist movements sought to pursue legislative change that could tackle the prevalence of rape in Sweden. The EWL already noted in 2013 that there was an active movement across lawyers, women's organisations, and civil society to amend Swedish rape law according to the consent standard described in the Istanbul Convention. In discussing the legislative change, the Swedish government sought to design its legislative modification to respond to the increasing incidence of sexual violence in Sweden and this civil society movement. To this end, as part of the 2018 legislation, the legislature tasked the Swedish Crime Victim Compensation and Support Authority with running information and education campaigns on sexual offences. These campaigns, which primarily target young people, seek to make all victims aware of their rights and to encourage them to report. The Compensation and Support Authority was also tasked with producing an online training course and a teachers' guide. Its activities are running for three years and are government funded. Engaging schools, producing information campaigns, and publicising rights under the new laws represent excellent practice. Not only do Sweden's new laws recognise every person's right to bodily autonomy and sexual freedom, but Sweden's approach beyond the legislation itself respects and enforces the Istanbul Convention's guidance on civil society engagement and victim support²⁵.

Wracając już jednak do problematyki czysto prawnej, wskazać należy, że ustawodawca wprowadził do szwedzkiego kodeksu karnego nie tylko pojęcie zgwałcenia, lecz również pojęcie zgwałcenia wyższego stopnia oraz pojęcie zgwałcenia z zaniedbaniem, odróżniając – dodajmy – te zachowania od napaści seksualnej, napaści seksualnej wyższego stopnia oraz napaści seksualnej z zaniedbaniem²⁶.

²⁵ N. Greenfield, *Legislative approaches to rape in the EU: an overview*, portal Gender & Policy Insights, 11.06.2019, <https://gen-pol.org/wp-content/uploads/2019/05/bibliography.pdf> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.), s. 21–22. Na temat procesu wprowadzania zmian w szwedzkim prawie karnym zob. też: C. Carroll, *Legislating in the 'Grey Areas' of Sexual Violence: Rape Law and Gender Equality in Sweden*, *Conference Papers -- American Sociological Association*, 2019, <http://search-1ebscohost-1com-1ohkp9iqmo0ee.waw-proxlib.swps.edu.pl/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=141311441&lang=pl&site=eds-live> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.); G. Nilsson, *Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse*, [w:] M.B. Heinskou, M.L. Skilbrei, K. Stefansen (red.), *Rape in the Nordic Countries. Continuity and Change*, Nowy Jork 2020, s. 101–119. W kwestii orzecznictwa zob. też: U. Andersson, *The Visible Vagina: Swedish Legal Narratives About Rape Through the Lens of Gender, Place and Vulnerability*, [w:] U. Andersson, M. Edgren, L. Karlsson, G. Nilsson (red.), *Rape Narratives in Motion. Palgrave Studies in Crime, Media and Culture*, 2019, https://doi-10org-10hkp9iqmo0ee.waw-proxlib.swps.edu.pl/10.1007/978-3-030-13852-3_5 (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.); M. Edgren, *Conditional Vulnerability: Rape Narratives in Swedish Courts, 1990–2014*, [w:] U. Andersson, M. Edgren, L. Karlsson, G. Nilsson (red.), *Rape...*, https://doi-10org-10hkp9iqmo0b4.waw-proxlib.swps.edu.pl/10.1007/978-3-030-13852-3_3 (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

²⁶ Jeżeli chodzi o statystyki, to jak wskazują A. Khoshnood, H. Ohlsson, J. Sundquist i K. Sundquist: „Sexual crimes against women, including rape, are universally affecting women all over the globe. Moreover, it is likely that both rape and other types of sexual crimes are highly underreported according to data from the US. The Swedish National Council for Crime Prevention (In Swedish: Brottsförebyggande rådet or Brå for short) has stated that there were 23 200 sexual crimes reported to the police in 2019, of which 8 820 (38.0%) were rapes and aggravated rapes. According to the annual Swedish Crime Survey for 2019, it was estimated that

Zacznijmy od „czystego” zgwałcenia. Szwedzki ustawodawca wprowadził jego definicję w § 1 rozdziału szóstego²⁷, wskazując, że winny zgwałcenia jest ten, kto obcuje płciowo lub dopuszcza się innej, porównywalnej do obcowania płciowego ze względu na wagę naruszenia czynności seksualnej z osobą, która nie uczestniczy w takim akcie dobrowolnie (sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 2 do 6 lat).

Jak widać, szwedzki ustawodawca, definiując zgwałcenie, oparł się – podobnie jak ustawodawca polski – na czynności obcowania płciowego. Co jednak istotne – zgwałceniem jest nie tylko wskazana czynność, lecz również wszystkie inne czynności, które stanowią równie intensywną ingerencję w wolność seksualną człowieka co obcowanie płciowe.

Rape legislation became gender-neutral, and women and transgender persons could consequently be both rape victims and perpetrators. The legislative changes meant that the prerequisite intercourse remained unchanged and referred to intercourse between a man and a woman, but that the concept of rape was expanded to also include sexual acts that are comparable to intercourse²⁸.

Samo obcowanie płciowe nie jest jednak – rzecz jasna – wystarczające do przyjęcia, że zrealizowane zostały znamiona przestępstwa zgwałcenia. Konieczny jest jeszcze jeden, niezwykle istotny element, konkretniej zaś – brak dobrowolności po stronie drugiego uczestnika

5.6% of the total population between 16 and 84 years old (n=452 000) had been a victim of sexual crimes. Not surprisingly, more females (9.4%) than males (1.4%) stated that they were victims of sexual crimes. Based on data from the survey, even though the rates of sexual crime victimization in both females and males seem to have increased during the last years, there are indications of a decline since 2017. Sexual crime rates based on reports to the police indicate that both sexual crimes in general and rape in particular are rising in Sweden. Rape, which is the most serious sexual crime, increased by 45.4% between 2008 (n=5 446) and 2018 (n=7 920). With the increase of these crimes, the rate of suspects has also increased. In discussing sexual offences in general, there has been an increase of suspects by around 20% since 2007. For rape, the number of suspects has increased with 29.2% between 2007 (n=2 231) and 2016 (n=2 883). Despite these apparent increases, the number of offenders found guilty of sexual offences have been quite stable between 2008 (n=1 055) and 2017 (n=1 162), as the rate of solved rapes by the police has significantly diminished since 2009 (31%); in 2016 the rate was as low as 11%” (A. Khoshnood, H. Ohlsson, J. Sundquist, K. Sundquist, *Swedish rape offenders – a latent class analysis*, „Forensic Sciences Research”, 2021, DOI: 10.1080/20961790.2020.1868681).

²⁷ Wersja oryginalna i pełna § 1: „Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt till fängelse i lägst två år och högst sex år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte ska det särskilt beaktas om frivillighet har kommit till uttryck genom ord eller handling eller på annat sätt. En person kan aldrig anses delta frivilligt om 1. deltagandet är en följd av misshandel, annat våld eller hot om brottslig gärning, hot om att åtala eller ange någon annan för brott eller hot om att lämna ett menligt meddelande om någon annan, 2. gärningsmannen otillbörligt utnyttjar att personen på grund av medvetlöshet, sömn, allvarlig rädsla, berusning eller annan drogpåverkan, sjukdom, kroppsskada, psykisk störning eller annars med hänsyn till omständigheterna befinner sig i en särskilt utsatt situation, eller 3. gärningsmannen förmår personen att delta genom att allvarligt missbruka att personen står i beroendeställning till gärningsmannen. Är brottet med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för våldtäkt till fängelse i högst fyra år. Är brott som avses i första stycket att anse som grovt, döms för grov våldtäkt till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillvägagångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsyns-löshet eller råhet. Lag (2018:618)”.

²⁸ M. Bladini, W.S. Andersson, *Swedish...*, s. 102. Jest to, co prawda, wypowiedź dotycząca zmian wprowadzonych do szwedzkiego prawa karnego w roku 1984, ale można ją odnieść – jak się wydaje – także do wykładni dzisiejszej, aktualnie obowiązującej szwedzkiej regulacji.

(niezależnie od płci) danego aktu. Dobrowolności odniesionej oczywiście do faktu uczestniczenia w tym akcie. Jak wskazują M. Bladini i W.S. Andersson:

This includes two situations: 1) a person has not by free will decided to participate in 'sexual intercourse or similar', meaning that someone has not by word or deed expressed a 'yes'; or 2) a person has by free will decided not to participate in 'sexual intercourse or similar', meaning a person has expressed a 'no'²⁹.

Sformułowanie „dobrowolność” jawić się może – rzecz jasna – jako mało precyzyjne, niejednoznaczne, a co za tym idzie – nie może dziwić fakt, że szwedzki ustawodawca zdecydował się nie tylko określić (poprzez wykorzystanie katalogu otwartego) podstawowe okoliczności, które należy wziąć pod uwagę, oceniając dobrowolność zachowania się człowieka, ale także konkretne, dość precyzyjnie zakreślone sytuacje, w których bezwzględnie o dobrowolności zachowania się człowieka mówić nie można. I tak, ustalając, czy udział był dobrowolny czy nie, należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy dobrowolność udziału została wyrażona werbalnie, czynami lub w inny sposób; zdaje się to sugerować, że strony uczestniczące w obcowaniu płciowym winny dążyć do uzyskania takiej właśnie, wyrażonej w ten właśnie sposób dobrowolności. Uczestnictwo bezwzględnie nie może zostać natomiast uznane za dobrowolne, jeżeli:

1. jest skutkiem napaści, innego aktu przemocy lub groźby popełnienia przestępstwa, wniesienia oskarżenia w sprawie innej osoby, zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa przez inną osobę lub ujawnienia informacji na szkodę innej osoby;
2. sprawca w sposób niewłaściwy wykorzystuje osobę nieporadną ze względu na utratę przytomności, sen, strach, wpływ alkoholu lub narkotyków, chorobę, uszkodzenie ciała, zaburzenia psychiczne lub z innego powodu wynikającego z okoliczności; lub
3. sprawca nakłania osobę do udziału, nadużywając stosunku zależności względem swojej osoby.

Przy tym, jeżeli, ze względu na okoliczności z nim związane, przestępstwo zostanie uznane za czyn mniejszej wagi, sprawca będzie winien zgwałcenia i podlegać będzie karze pozbawienia wolności do lat 4.

Zgwałcenie wyższego stopnia jest już czymś innym. Otóż jest to sytuacja, w której przestępstwo, o którym mowa była wcześniej, zostanie uznane za rażące (wówczas sprawca podlega karze pozbawienia wolności od 5 do 10 lat). Ustalając, czy przestępstwo jest rażące, należy zwrócić przy tym szczególną uwagę na to, czy sprawca użył przemocy lub groźby o szczególnie poważnym charakterze, czy więcej niż jedna osoba dokonała napaści bezpośrednio albo pośrednio, a także czy sprawca przejawiał szczególną bezwzględność lub brutalność ze względu na metodę lub młody wiek pokrzywdzonego. Innymi słowy – zgwałcenie wyższego stopnia to nic innego, jak tylko kwalifikowany typ przestępstwa zgwałcenia.

²⁹ M. Bladini, W.S. Andersson, *Swedish...*, s. 111–112.

Zgwałcenie z zaniedbania uregulowane zostało natomiast w § 1a szwedzkiego kodeksu karnego³⁰, zgodnie z którym: „Kto dopuszcza się czynu, o którym mowa w § 1, i przejawia rażące niedbalstwo w stosunku do okoliczności, że druga osoba nie uczestniczy dobrowolnie, jest winny *zgwałcenia z zaniedbaniem* i podlega karze pozbawienia wolności do lat 4. Jeżeli, ze względu na okoliczności, czyn uznany jest za czyn mniejszej wagi, taka osoba nie ponosi odpowiedzialności”. Jest to – podkreślmy – rozwiązanie nieznane polskiemu porządkowi prawnemu. Zresztą – jak wskazuje N. Greenfield:

These offences concern the intent of a person accused of rape, and occur when the perpetrator reasonably should be aware of the risk that the victim is not voluntarily participating but nevertheless engages in sexual activity. Negligent rape is punishable by a maximum of four years in prison. The introduction of this offence represents a welcome recognition of different situations in which consent is silent but not given; the test for negligent rape is whether a person could and did take all reasonable steps to determine whether consent was actually given. Adapting legislation to recognise liability for negligent is a new departure in rape law going beyond current international standards, responds to current debates about standards of proof for establishing consent, and sets a new high bar for other countries to follow³¹.

W § 2 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego³² uregulowana została kwestia napaści seksualnej. Zgodnie ze wskazaną regulacją: „Kto dokonuje czynności seksualnej innej niż ta określona w § 1 z osobą, która nie uczestniczy dobrowolnie, jest winny *napaści seksualnej* i podlega karze pozbawienia wolności do lat 2. Ustalając, czy udział był dobrowolny czy nie, zastosowanie ma 2. i 3. zdanie pierwszego akapitu § 1”. Napaść seksualną szwedzki ustawodawca definiuje zatem jako czynność seksualną inną niż „obcowanie płciowe i czynności w podobnym stopniu jak obcowanie płciowe naruszające wolność seksualną człowieka”. Podobnie jednak jak w przypadku zgwałcenia, przestępstwo napaści seksualnej musi się charakteryzować brakiem dobrowolności udziału drugiej strony.

Jeżeli przestępstwo zostanie uznane za rażące, sprawca uznany zostanie za realizującego znamiona przestępstwa *napaści seksualnej wyższego stopnia* i podlegać będzie karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 6 lat. Zgodnie z wolą szwedzkiego ustawodawcy, ustalając, czy przestępstwo jest rażące, należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy sprawca użył przemocy lub groźby o szczególnie poważnym charakterze, czy więcej niż jedna osoba dokonała napaści

³⁰ Wersja oryginalna i pełna § 1a: „Den som begår en gärning som avses i 1 § och är grovt oaktsam beträffande omständigheterna att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för oaktsam våldtäkt till fängelse i högst fyra år. Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Lag (2018:618)”.

³¹ N. Greenfield, *Legislative*, s. 20–21.

³² Wersja oryginalna i pełna § 2: „Den som, med en person som inte deltar frivilligt, genomför en annan sexuell handling än som avses i 1 §, döms för sexuell övergrepp till fängelse i högst två år. Vid bedömningen av om ett deltagande är frivilligt eller inte tillämpas 1 § första stycket andra och tredje meningarna. Är brottet att anse som grovt, döms för grovt sexuell övergrepp till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot som varit av särskilt allvarlig art eller om fler än en förgripit sig på offret eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillväga-gångssättet eller offrets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Lag (2018:618)”.

bezpośrednio albo pośrednio, a także czy sprawca przejawiał szczególną bezwzględność lub brutalność ze względu na metodę lub młody wiek pokrzywdzonego.

Zgodnie z § 3 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego³³:

Kto dopuszcza się czynu, o którym mowa w § 2, i przejawia rażące niedbalstwo w stosunku do okoliczności, że druga osoba nie uczestniczy dobrowolnie, jest winny *napaści seksualnej z zaniedbaniem* i podlega karze pozbawienia wolności do lat 4. Jeżeli, ze względu na okoliczności, czyn uznany jest za czyn mniejszej wagi, taka osoba nie ponosi odpowiedzialności.

W § 4 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego³⁴ przewidziane zostało przestępstwo zgwałcenia na małoletnim poniżej 15 roku życia. Oznacza to – ni mniej, ni więcej – że z zakresu prawnokarnej normy sankcjonowanej wysłowionej w § 1 rozdziału szóstego wyłączone zostały zachowania podejmowane wobec osób bardzo młodych. Zgodnie z § 4:

Kto obcuje płciowo lub dopuszcza się innej, porównywalnej do obcowania płciowego ze względu na wagę naruszenia czynności seksualnej wobec małoletniego poniżej 15 roku życia, winny jest *zgwałcenia na małoletnim* i podlega karze pozbawienia wolności od 2 do 6 lat.

Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca nie wymaga tutaj braku dobrowolności; może to sugerować, że sam wiek drugiej strony czynności seksualnej przesądza o konieczności przyjęcia, że z taką dobrowolnością nie mamy do czynienia.

Ustawodawca szwedzki zastrzega przy tym, że powyższe dotyczy również osoby, która dopuszcza się czynu, o którym mowa w § 1, na małoletnim, który ukończył 15 rok życia, ale wciąż nie ukończył 18 lat, a także jest potomkiem sprawcy, został wychowany przez sprawcę lub jest w porównywalnym stosunku zależności ze sprawcą, lub podlega opiece i nadzorowi sprawcy na mocy decyzji organu publicznego. Tutaj także nie mamy do czynienia z wymogiem braku dobrowolności po drugiej stronie czynności seksualnej; wystarczy spełnienie wymogu wieku oraz związku o charakterze „rodzinnym” pomiędzy uczestnikami czynności seksualnej. Jest to niezwykle ciekawe rozwiązanie, mogące sugerować, że dobrowolność z założenia jest niemożliwa, jeżeli druga strona czynności seksualnej jest młoda, a przy tym pozostaje

³³ Wersja oryginalna i pełna § 3: „Den som begår en gärning som avses i 2 § och är grovt oaktssam beträffande omständigheterna att den andra personen inte deltar frivilligt, döms för oaktssamt sexuellt övergrepp till fängelse i högst fyra år. Om gärningen med hänsyn till omständigheterna är mindre allvarlig, ska det inte dömas till ansvar. Lag (2018:618)”.

³⁴ Wersja oryginalna i pełna § 4: „Den som, med ett barn under femton år, genomför ett samlag eller en annan sexuell handling som med hänsyn till kränkningens allvar är jämförlig med samlag, döms för våldtäkt mot barn till fängelse i lägst två och högst sex år. Detsamma gäller den som begår en gärning som avses i första stycket mot ett barn som fyllt femton men inte arton år och som är avkomling till gärningsmannen eller står under fostran av eller har ett liknande förhållande till gärningsmannen, eller för vars vård eller tillsyn gärningsmannen ska svara på grund av en myndighets beslut. Är brott som avses i första eller andra stycket att anse som grovt, döms för grovt våldtäkt mot barn till fängelse i lägst fem och högst tio år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen har använt våld eller hot om brottslig gärning eller om fler än en förgripit sig på barnet eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om gärningsmannen med hänsyn till tillväga-gångssättet eller barnets låga ålder eller annars visat särskild hänsynslöshet eller råhet. Lag (2018:618)”.

w ścisłym związku ze sprawcą, a nadto – że zamiarem ustawodawcy jest ochrona nie tylko wolności seksualnej, ale także rodziny czy nawet moralności (zob. kwestia kazirodztwa³⁵).

Jednocześnie – podobnie jak w przypadku „podstawowego” zgwałcenia – jeżeli przestępstwo, o którym mowa wyżej, uznane zostanie za rażące, sprawca uznany zostanie za winnego zgwałcenia *wyższego stopnia na małoletnim* i podlegać będzie karze pozbawienia wolności od 5 do 10 lat. Ustalając, czy przestępstwo jest rażące, należy przy tym zwrócić szczególną uwagę na to, czy sprawca użył przemocy lub groźby o szczególnie poważnym charakterze, czy więcej niż jedna osoba dokonała napaści bezpośrednio albo pośrednio, a także czy sprawca przejawiał szczególną bezwzględność lub brutalność ze względu na metodę lub młody wiek pokrzywdzonego.

Jeżeli zaś, ze względu na okoliczności z nim związane, przestępstwo określone w pierwszym i drugim akapicie § 4 zostanie uznane za czyn mniejszej wagi, zgodnie z § 5 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu sprawca winien będzie *wykorzystania seksualnego małoletniego* i podlegać będzie karze pozbawienia wolności do lat 4³⁶.

W § 6 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu³⁷ karnego uregulowano problematykę zachowania analogicznego do napaści seksualnej, a dokładniej – problematykę napaści seksualnej na małoletnim. Zgodnie z § 6:

Kto dokonuje czynności seksualnej innej niż te określone w § 4 i § 5 na małoletnim poniżej 15 roku życia lub na małoletnim, który ukończył 15 rok życia, ale nie ma 18 lat, i z którym sprawca jest w stosunku zależności opisanym w drugim akapicie § 4, jest winny *napaści seksualnej na małoletnim* i podlega karze pozbawienia wolności do lat 2”.

Przy czym – jeżeli przestępstwo uznane zostanie za rażące, sprawca podlegać będzie *napaści seksualnej wyższego stopnia na małoletnim* i podlegać będzie karze pozbawienia wolności od

³⁵ Pozostałe przypadki kazirodztwa zakazane zostały w § 7 szwedzkiego kodeksu karnego, zgodnie z którym: „Kto, w przypadkach innych niż wymienione wcześniej w tym rozdziale, obcuje płciowo z własnym dzieckiem lub jego potomkiem, jest winny *obcowania płciowego ze zstępny* i podlega karze pozbawienia wolności do lat 2. Kto, w przypadkach innych niż wymienione wcześniej w tym rozdziale obcuje płciowo z rodzeństwem, jest winny *obcowania płciowego z rodzeństwem* i podlega karze pozbawienia wolności do 1 roku. Przepis zawarty w tym paragrafie nie dotyczy osób, które zostały nakłonione do takiego czynu bezprawnym przymusem lub innymi nieprawidłowymi środkami”. Wersja oryginalna § 7: „Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, har samlag med eget barn eller dess avkomling, döms för samlag med avkomling till fängelse i högst två år. Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, har samlag med sitt helsyskon, döms för samlag med syskon till fängelse i högst ett år. Vad som sägs i denna paragraf gäller inte den som förmåtts till gärningen genom olaga tvång eller på annat otillbörligt sätt. Lag (2005:90)”.

³⁶ Wersja oryginalna i pełna § 5: „Är ett brott som avses i 4 § första eller andra stycket med hänsyn till omständigheterna vid brottet att anse som mindre grovt, döms för sexuellt utnyttjande av barn till fängelse i högst fyra år. Lag (2018:618)”.

³⁷ Wersja oryginalna i pełna § 6: „Den som, med ett barn under femton år eller med ett barn som fyllt femton men inte arton år och som gärningsmannen står i ett sådant förhållande till som avses i 4 § andra stycket, genomför en annan sexuell handling än som avses i 4 och 5 §§, döms för sexuellt övergrepp mot barn till fängelse i högst två år. Är brottet grovt, döms för grovt sexuellt övergrepp mot barn till fängelse i lägst ett och högst sex år. Vid bedömningen av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om gärningsmannen är närstående till barnet eller i övrigt utnyttjat sin ställning eller missbrukat ett särskilt för-troende eller om fler än en för-gripit sig på barnet eller på annat sätt deltagit i övergreppet eller om brottet med hänsyn till till-vägagångssättet eller barnets låga ålder eller annars inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av barnet. Lag (2018:618)”.

1 do 6 lat. Ustalając, czy przestępstwo jest rażące, należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy sprawca jest członkiem rodziny małoletniego lub czy wykorzystał swoją pozycję i nadużył zaufania, czy więcej niż jedna osoba dokonała napaści bezpośrednio albo pośrednio, a także czy sprawca bezwzględnie wykorzystał małoletniego ze względu na metodę lub młody wiek pokrzywdzonego.

Napaść seksualną na małoletnim odróżnić należy od napastowania seksualnego. Zgodnie z § 10 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego³⁸:

Kto, w przypadkach innych niż wymienione wcześniej w tym rozdziale, dotyka miejsc intymnych małoletniego poniżej 15 roku życia lub nakłania małoletniego do podjęcia się lub uczestniczenia w czynnościach o charakterze seksualnym, jest winny *napastowania seksualnego* i podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do lat 2. Dotyczy to również osoby, która obnaża się przed inną osobą w sposób wprowadzający w dyskomfort lub napastuje ją werbalnie lub czynami w taki sposób, który narusza jej wolność seksualną.

W kontekście powyższych rozwiązań, wskazać warto jeszcze, że:

1. zgodnie z § 14 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego, nie poniesie odpowiedzialności karnej ten, kto dopuścił się czynu określonego w pierwszym akapicie § 5 lub § 6 wobec małoletniego poniżej 15 roku życia, jeśli czyn jednoznacznie nie obejmował napaści na małoletniego z uwagi na niewielką różnicę wieku i rozwoju między sprawcą czynu a małoletnim, oraz inne okoliczności (jest to rozwiązanie nieznane polskiemu ustawodawcy)³⁹;
2. zgodnie z § 10a rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego⁴⁰: „Kto, mając na celu dopuszczenie się czynu wobec małoletniego poniżej 15 roku życia, za który kara jest określona w § 4, § 5, § 6, § 8 lub § 10, a także proponuje lub zgadza się na spotkanie

³⁸ Wersja oryginalna i pełna § 10: „Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, sexuellt berör ett barn under femton år eller förmår barnet att företa eller medverka i någon handling med sexuell innebörd, döms för sexuellt ofredande till böter eller fängelse i högst två år. Detsamma gäller den som blottar sig för någon annan på ett sätt som är ägnat att väcka obehag eller annars genom ord eller handlande ofredar en person på ett sätt som är ägnat att kränka personens sexuella integritet. Lag (2005:90)”.

³⁹ Pełne brzmienie wspomnianej regulacji jest następujące: „Kto dopuścił się czynu określonego w pierwszym akapicie § 5 lub § 6 wobec małoletniego poniżej 15 roku życia lub w pierwszym akapicie § 8 i § 10, nie ponosi odpowiedzialności, jeśli czyn jednoznacznie nie obejmował napaści na małoletniego pod względem niewielkiej różnicy w wieku i rozwoju między sprawcą czynu a małoletnim, i innych okoliczności. Dotyczy to również osoby, która popełniła czyn określony w § 10a, jeśli jego celem był czyn określony w pierwszym akapicie, który, gdyby został dokonany, zgodnie z tym, co stwierdzono w tym akapicie, w jednoznaczny sposób nie obejmowałby napaści na małoletniego”. Wersja oryginalna i pełna § 14: „Den som har begått en gärning enligt 5 § eller 6 § första stycket mot ett barn under femton år eller enligt 8 § första stycket eller 10 § första stycket, ska inte dömas till ansvar om det är uppenbart att gärningen inte inneburit något övergrepp mot barnet med hänsyn till den ringa skillnaden i ålder och utveckling mellan den som har begått gärningen och barnet samt omständigheterna i övrigt. Detsamma gäller den som har begått en gärning enligt 10 a § om den har syftat till en sådan gärning som anges i första stycket och som, om den hade fullbordats, enligt vad som anges där uppenbarligen inte skulle ha inneburit något övergrepp mot barnet. Lag (2009:343)”.

⁴⁰ Wersja oryginalna i pełna § 10a: „Den som, i syfte att mot ett barn under femton år begå en gärning för vilken straff föreskrivs i 4, 5, 6, 8 eller 10 §, föreslår en träff eller stämmer träff med barnet, döms för kontakt för att träffa ett barn i sexuellt syfte till böter eller fängelse i högst två år. Lag (2017:1068)”.

z takim małoletnim, jest winny *nawiązania relacji z małoletnim w celach seksualnych* i podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do lat 2⁴¹;

3. zgodnie z § 13 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego⁴¹: „Odpowiedzialność za czyn popełniony wobec osoby poniżej określonego roku życia przewidziana w tym rozdziale spoczywa również na osobie, która nie miała zamiaru, ale dopuściła się zaniedbania w kwestii okoliczności, że druga osoba nie osiągnęła danego wieku” (jest to rozwiązanie nieznane polskiemu ustawodawcy).

Na koniec wspomnieć należy, że zgodnie z § 15 rozdziału szóstego szwedzkiego kodeksu karnego⁴² odpowiedzialność przypisywana jest także za usiłowanie zgwałcenia, usiłowanie zgwałcenia wyższego stopnia, napaści seksualnej, napaści seksualnej wyższego stopnia, zgwałcenia na małoletnim, wykorzystywania seksualnego małoletniego, napaści seksualnej na małoletniego, napaści seksualnej wyższego stopnia na małoletniego. Dotyczy to również przygotowania i zmywy do popełnienia, a także nieujawnienia lub zapobieżenia zgwałcenia, zgwałcenia wyższego stopnia, zgwałcenia na małoletnim i zgwałcenia wyższego stopnia na małoletnim⁴³.

⁴¹ Wersja oryginalna i pełna § 13: „Till ansvar som i detta kapitel är föreskrivet för en gärning som begås mot någon under en viss ålder ska dömas även den som inte haft uppsåt till men varit oaktsam beträffande omständigheterna att den andra personen inte uppnått den åldern. Lag (2018:618)”.

⁴² Wersja oryginalna i pełna § 15: „För försök till våldtäkt, grov våldtäkt, sexuellt övergrepp, grovt sexuellt övergrepp, våldtäkt mot barn, grov våldtäkt mot barn, sexuellt utnyttjande av barn, sexuellt övergrepp mot barn, grovt sexuellt övergrepp mot barn, utnyttjande av barn för sexuell posering, grovt utnyttjande av barn för sexuell posering, utnyttjande av barn genom köp av sexuell handling, köp av sexuell tjänst, koppleri och grovt koppleri döms det till ansvar enligt 23 kap. Detsamma gäller för förberedelse till koppleri samt för förberedelse och stämpling till och underlåtenhet att avslöja eller förhindra våldtäkt, grov våldtäkt, våldtäkt mot barn, grov våldtäkt mot barn, grovt utnyttjande av barn för sexuell posering och grovt koppleri. Lag (2019:806)”.

⁴³ Dla dopełnienia rozważań o rozdziale szóstym szwedzkiego kodeksu karnego, wskażmy że: zgodnie § 8: „Kto rozpowszechnia lub wykorzystuje wizerunek nagiego małoletniego poniżej 15 roku życia lub jego udział w utrwalaniu takiego wizerunku, jest winny wykorzystania małoletniego do utrwalania nagiego wizerunku i podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do lat 2. Dotyczy to również osoby, które dopuściła się takiego czynu w stosunku do małoletniego, który ukończył 15 rok życia, ale nie ma 18 lat, jeśli utrwalanie takiego wizerunku może negatywnie wpłynąć na zdrowie i rozwój małoletniego. Jeżeli przestępstwo jest rażące, sprawca jest winny utrwalania nagiego wizerunku małoletniego wyższego stopnia i podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 6 lat. Ustalając, czy przestępstwo jest rażące, należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy przestępstwo dotyczyło działalności na dużą skalę, przyniosło znaczne zyski lub obejmowało bezwzględne wykorzystanie małoletniego”. Zgodnie z § 9: „Kto, w przypadkach innych niż wymienione wcześniej w tym rozdziale, nakłania małoletniego poniżej 18 roku życia do podjęcia się lub wykonania czynności seksualnej w zamian za środki pieniężne, jest winny сутenerstwa i podlega karze pozbawienia wolności do lat 4. Przepis zawarty w pierwszym akapicie dotyczy również sytuacji, gdy inna osoba zobowiązała się do zapłaty lub dokonała jej za pośrednictwem innej osoby”. Zgodnie z § 11: „Kto, w przypadkach innych niż wymienione wcześniej w tym rozdziale, korzysta z usług osoby uprawiającej prostytutkę w zamian za korzyści majątkowe, jest winny nabywania usług seksualnych za korzyści majątkowe i podlega karze grzywny lub pozbawienia wolności do 1 roku. Przepis zawarty w pierwszym akapicie dotyczy również sytuacji, gdy sprawca zobowiązał się do zapłaty lub dokonał jej za pośrednictwem innej osoby”. Zgodnie z § 12: „Kto sprzyja lub w niewłaściwy sposób wykorzystuje inną osobę do prostytutki w celu osiągnięcia korzyści majątkowej, jest winny stręczycielstwa i podlega karze pozbawienia wolności do lat 4. Jeżeli osoba, która nabyła prawa do korzystania z nieruchomości, dowiaduje się, że jest ona całkowicie lub w znacznej części wykorzystywana do сутenerstwa, i nie czyni zasadnych kroków do zbycia się nabytego prawa, jest uznana, jeśli сутenerstwo jest wykonywane bez przerwy albo wznowia działanie po pewnym czasie, za sprzyjającą сутenerstwu i ponosi za to odpowiedzialność na podstawie pierwszego akapitu. Jeżeli przestępstwo określone w pierwszym i drugim akapicie zostanie uznane za rażące, winny stręczycielstwa wyższego stopnia podlega karze pozbawienia wolności od

5. Wnioski

Mając powyższe na względzie, stwierdzić należy, że zarówno niemiecki, jak i szwedzki ustawodawca zmierzają do możliwie pełnej realizacji wymogów przewidzianych przez Konwencję stambulską, regulując kwestię zgwałcenia w oparciu o problematykę braku zgody/przyzwolenia drugiej strony czynności seksualnej, a nie w oparciu o zachowania sprawcy takie jak przemoc, groźba czy podstęp. Rozwiązania polskie w tym zakresie mają tymczasem charakter niejako tradycyjny. Przypomnijmy, że zgodnie z art. 197 k.k.: „§ 1. Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego, podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12. § 2. Jeżeli sprawca, w sposób określony w § 1, doprowadza inną osobę do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8. § 3. Jeżeli sprawca dopuszcza się zgwałcenia: 1) wspólnie z inną osobą, 2) wobec małoletniego poniżej lat 15, 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3. § 4. Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1-3 działa ze szczególnym okrucieństwem, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 5”.

Oczywiście nie jest tak, że rozwiązania polskie są jedynymi tego rodzaju rozwiązaniami w Europie. Wręcz przeciwnie. Jak już wskazano, podobne rozwiązania znajdziemy w regulacjach włoskich, holenderskich, hiszpańskich czy francuskich. Nie da się jednak ukryć, że we współczesnych rozważaniach na temat przestępstwa zgwałcenia zdaje się przeważać opinia, iż dokonanie zmian w tym zakresie byłoby jednak pożądane; zmian – podkreślmy – zgodnych

2 do 10 lat. Ustalając, czy przestępstwo jest rażące, należy zwrócić szczególną uwagę na to, czy przestępstwo dotyczyło działalności na dużą skalę, przyniosło znaczne zyski lub obejmowało bezwzględne wykorzystanie innej osoby”. Wersje oryginalne: “8 § Den som främjar eller utnyttjar att ett barn under femton år utför eller medverkar i sexuell posering, döms för utnyttjande av barn för sexuell posering till böter eller fängelse i högst två år. Detsamma gäller den som begår en sådan gärning mot ett barn som fyllt femton men inte arton år, om poseringen är ägnad att skada barnets hälsa eller utveckling. Är brottet grovt, döms för grovt utnyttjande av barn för sexuell posering till fängelse i lägst sex månader och högst sex år. Vid bedömning av om brottet är grovt skall särskilt beaktas om brottet avsett en verksamhet offence is gross, particular consideration is given to whether the offence concerned large-scale activities, brought considerable gain or involved ruthless exploitation of the child. Act 2005:90. 9 § Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, förmår ett barn som inte fyllt arton år att mot ersättning företa eller tåla en sexuell handling, döms för utnyttjande av barn genom köp av sexuell handling till fängelse i högst fyra år. Vad som sägs i första stycket gäller även om ersättningen har utlovats eller getts av någon annan. Lag (2019:806). 11 § Den som, i annat fall än som avses förut i detta kapitel, skaffar sig en tillfällig sexuell förbindelse mot ersättning, döms för köp av sexuell tjänst till böter eller fängelse i högst ett år. Vad som sägs i första stycket gäller även om ersättningen har utlovats eller getts av någon annan. Lag (2011:517). 12 § Den som främjar eller på ett otillbörligt sätt ekonomiskt utnyttjar att en person har tillfälliga sexuella förbindelser mot ersättning, döms för koppleri till fängelse i högst fyra år. Om en person som med nyttjanderätt har upplåtit en lägenhet får veta att lägenheten helt eller till väsentlig del används för tillfälliga sexuella förbindelser mot ersättning och inte gör vad som skäligen kan begäras för att få upplåtelsen att upphöra, ska han eller hon, om verksamheten fortsätter eller återupptas i lägenheten, anses ha främjat verksamheten och dömas till ansvar enligt första stycket. Är brott som avses i första eller andra stycket att anse som grovt, döms för grovt koppleri till fängelse i lägst två och högst tio år. Vid bedömning av om brottet är grovt ska det särskilt beaktas om brottet avsett en verksamhet som bedrivits i större omfattning, medfört betydande vinning eller inneburit ett hänsynslöst utnyttjande av annan. Lag (2018:601)”.

z kierunkiem wyznaczonym w szczególności przez Konwencję stambulską. I nie chodzi tu o to, że brak zgody na akt seksualny (obcowanie płciowe czy inną czynność seksualną) jest w kontekście przestępstwa zgwałcenia (zgwałcenia, rzecz jasna, ujmowanym tu *sensu largo*⁴⁴) obcy polskiej regulacji, bo – jak wiadomo – nie jest jej obcy, lecz o to, że w ramach owej regulacji jest on jedynie znamieniem li tylko pochodnym⁴⁵, bo wyprowadzanym w drodze odpowiednio ukierunkowanej (uwarunkowanej bowiem limitującymi założeniami⁴⁶) wykładni znamion „przemocy”, „groźby bezprawnej” i „podstępu”⁴⁷, a więc znamion *explicite* określających konstytutywne dla bytu zgwałcenia sposoby zachowania się jego sprawcy. Słowem, w obszarze polskiej regulacji brak zgody nie jest przeto warunkiem samodzielnym, lecz sprzężonym, uwarunkowanym użyciem przez sprawcę przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. Koniec końców, jest on warunkiem ujętym w polskim Kodeksie karnym⁴⁸

⁴⁴ W istocie jest bowiem tak, że w języku obecnie obowiązującego w Polsce k.k. zgwałceniami są tylko te zachowania, które spełniają warunki określone przez art. 197 § 1 tego kodeksu, a więc te, które polegają na doprowadzeniu innej osoby do obcowania płciowego poprzez użycie określonej metody działania: przemocy, groźby bezprawnej lub podstępu. Tym samym w ramach rzeczonego języka nie są zgwałceniami zachowania, o których k.k. traktuje w § 2 tego artykułu, a więc zachowania polegające na doprowadzeniu innej osoby za pomocą wskazanej metody działania do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności seksualnej. Szerzej na temat powodów wskazanego stanu rzeczy zob. Ł. Pohl, *Znaczenie kodeksowego słowa „zgwałcenie” (uwagi o zakresie zastosowania art. 197 § 3 k.k.)*, [w:] P. Ostaszewski, K. Buczkowski (red.), *Granice prawa. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, Warszawa 2020, s. 611 i n.

⁴⁵ Można by dodać, że przez to jest on znamieniem ukrytym. Formułąc to stanowisko mamy oczywiście na uwadze, że jest ono nie w pełni precyzyjne, bo w istocie znamieniem typu czynu zabronionego jest tylko składnik tekstu prawnego. Stąd adekwatniej byłoby w jego przypadku mówić nie tyle o znamieniu, lecz o warunku ograniczającym zakres znamienia.

⁴⁶ Kluczowym z nich jest założenie o limitującej na polu wykładni roli przedmiotu ochrony norm sankcjonowanych zakazujących zgwałcenia. Przypomnijmy, że w literaturze ujmuje się ten przedmiot jako: „(...) wolność od wszelkiego rodzaju nacisków prowadzących do naruszenia nieskrępowanego podejmowania decyzji w zakresie stosunków seksualnych (...)” – M. Rodzyńkiewicz, *Znamiona określające typ czynu zabronionego*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117-277*, Kraków 1999, s. 510. W tym ujęciu zgwałcenie jawi się zatem jako atak na samostanowienie w sferze seksualnej – tak M. Rodzyńkiewicz, *Znamiona...*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 510.

⁴⁷ Zwraca na to uwagę m. in. M. Rodzyńkiewicz, podkreślając w kontekście znamienia przemocy, że: „Nie może być mowy o przemocy wówczas, gdy brak jest oporu wobec zachowania sprawcy. Opór jest bowiem przejawem braku zgody na zachowanie ofiary. Opór musi zostać uzewnętrzniony przez ofiarę w postaci zachowania postrzegalnego dla sprawcy” – M. Rodzyńkiewicz, *Znamiona...*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 516. Zauważmy przy tym od razu, że bez nakładki w postaci założenia o limitującej roli wskazanego wyżej przedmiotu ochrony wniosek o niemożliwości przemocy w razie braku wyartykułowania zgody byłby już nie w pełni zasadny. Wszak wówczas, a więc w sytuacji braku ograniczającego oddziaływania założenia o prawnokarnej ochronie samostanowienia w zakresie stosunków seksualnych, zgoda na akt seksualny nie niweczy ewentualności posłużenia się przemocą, bo przecież samo jej użycie jest niezależne od owej zgody.

⁴⁸ „Brak zgody” jest również warunkiem wyróżnianym przez polskie sądy powszechne. Autorzy przeprowadzili badanie aktowe na próbie 166 spraw, by ustalić, czy polskie sądy zwracają na tę kwestię uwagę. Jak się okazało, sądy niejednokrotnie wskazywały, że: „Przestępstwo zgwałcenia popełnione może być wtedy i tylko wtedy, gdy pokrzywdzony nie wyraził prawnie skutecznej zgody na zachowanie sprawcy. Brak zgody to zarówno brak pozytywnej decyzji, jak również wyrażenie decyzji negatywnej. Zgody nie można utożsamiać z pragnieniem. Zgoda to jedynie przyzwolenie” (SR w Poznaniu, III K 759/19). Tak też np. SR w Sokółce, II K 51/19; SR w Chojnicach, II K 56/20 czy SR w Cieszynie, II K 492/19). Zaskoczenie wzbudzać może natomiast fakt, że zdaniem niektórych sądów warunkiem zgwałcenia nie jest „brak zgody”, lecz „sprzeciw” pokrzywdzonego/pokrzywdzonej – „Sprzeciw, który jest warunkiem sine qua non typu przestępstwa zgwałcenia musi być przez ofiarę wyraźnie zmanifestowany. Może on przybrać formę werbalną, gestu odepchnięcia, zamknięcia się w pomieszczeniu, ucieczki, wołania o pomoc, krzyku, wyrwania się, bicia napastnika, a także wymownego płaczu” (SR w Poznaniu, VI K 478/18). Niepokojąca jest również okoliczność, że w poszczególnych uzasadnieniach orzeczeń wskazuje się, że „brak zgody” czy „sprzeciw” muszą zostać wyrażone przez pokrzywdzonego/pokrzywdzoną w drodze określonego działania, określonej aktywności. Może się bowiem zdarzyć także tak,

według formuły jego fragmentarycznego oddziaływania, gdy tymczasem – jak się wydaje – winien on na polu przestępstwa zgwałcenia pełnić rolę warunku nieskorelowanego i tym samym samodzielnie wyznaczającego sytuację, w której dojść może do przekroczenia normy sankcjonowanej zakazującej zgwałcenia. W charakterze argumentu wspierającego wskażmy przy tym, że nie można mieć bowiem wątpliwości co do tego, że atak na samostanowienie w zakresie stosunków seksualnych może mieć miejsce nie tylko wówczas, gdy zachowaniu sprawcy będą towarzyszyły metody działania wskazane w art. 197 § 1 k.k., że tym samym może mieć on miejsce także w sytuacji, w której brakowi owych metod towarzyszył będzie zachodzący po drugiej stronie brak zgody na akt seksualny – brak w zupełności wystarczający dla uznania, iż zachowanie zrealizowane w takiej sytuacji to czyn naruszający sferę wolności seksualnej człowieka, bo ignorujący wagę wskazanego samostanowienia.

6. Bibliografia

- Andersson U., *The Visible Vagina: Swedish Legal Narratives About Rape Through the Lens of Gender, Place and Vulnerability*, [w:] U. Andersson, M. Edgren, L. Karlsson, G. Nilsson (red.), *Rape Narratives in Motion. Palgrave Studies in Crime, Media and Culture*, 2019, https://doi-org-10hkp9iqmooee.waw-proxlib.swps.edu.pl/10.1007/978-3-030-13852-3_5 (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Bladini M., Andersson W.S., *Swedish rape legislation from use of force to voluntariness – critical reflections from an everyday life perspective*, „Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice”, Volume 8, Issue 2, 2020.
- Carroll C., *Legislating in the ‘Grey Areas’ of Sexual Violence: Rape Law and Gender Equality in Sweden, Conference Papers -- American Sociological Association*, 2019, <http://search-1ebsco-host-1com-10hkp9iqmooee.waw-proxlib.swps.edu.pl/login.aspx?direct=true&db=sih&AN=141311441&lang=pl&site=eds-live> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Code pénal Vigueur Version au 10 avril 2021. En vigueur depuis le 01 septembre 1990, https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006070719/LEGISCTA000006089684/#LEGISCTA000006089684 (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Codice Penale, Testo coordinato ed aggiornato del Regio Decreto 19 ottobre 1930, n. 1398, <https://www.altalex.com/documents/codici-altalex/2014/10/30/codice-penale> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Conrad N., *Kommentar: Nein heißt endlich Nein!*, portal Deutsche Welle, 07.07.2016, <https://www.dw.com/de/kommentar-nein-hei%C3%9Ft-endlich-nein/a-19385864> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Consent for sexual activity with an adult*, portal Agencji Praw Podstawowych Unii Europejskiej – FRA, <https://fra.europa.eu/en/publication/2017/mapping-minimum-age-requirements/sexual-consent> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

że dane zachowanie pokrzywdzonego/pokrzywdzonej będzie się charakteryzowało brakiem jakiegokolwiek działania (zaniechaniem), pomimo braku jego zgody/sprzeciwu na obcowanie płciowe ze sprawcą. Znakomitą przykładowo tego rodzaju sytuacji jest przypadek tzw. zniecieruchomienia tonicznego, będącego samoobronną reakcją stresową, nad którą ofiara nie ma kontroli (zob. <https://www.sciencedirect.com/topics/pharmacology-toxicology-and-pharmaceutical-science/tonic-immobility>, dostęp: 22.01.22). Pytaniem retorycznym jest pytanie, czy wówczas również nie powinniśmy uznać, że mamy do czynienia ze zgwałceniem.

- Edgren M., *Conditional Vulnerability: Rape Narratives in Swedish Courts, 1990–2014*, [w:] U. Andersson, M. Edgren, L. Karlsson, G. Nilsson (red.), *Rape Narratives in Motion. Palgrave Studies in Crime, Media and Culture*, 2019, https://doi-10.1017/978-3-030-13852-3_3 (dostęp: 12.04.2021 r.).
- Fiebig P., *Nein heißt Nein*, portal Deutschlandfunk, 09.11.2017, https://www.deutschlandfunk.de/das-neue-sexualstrafrecht-nein-heisst-nein.724.de.html?dram:article_id=400280 (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Fünzigstes Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuches – Verbesserung des Schutzes der sexuellen Selbstbestimmung <https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/SchutzSexuelleSelbstbestimmung.html> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Hörnle T., *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*, portal Cambridge University Press, 06.03.2019 r., <https://www.cambridge.org/core/journals/german-law-journal/article/new-german-law-on-sexual-assault-and-sexual-harassment/C8FAD908DD7B6ECC28C6CF36BD9603BE#> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Greenfield N., *Legislative approaches to rape in the EU: an overview*, portal Gender & Policy Insights, 11.06.2019, <https://gen-pol.org/wp-content/uploads/2019/05/bibliography.pdf> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Khoshnood A., Ohlsson H., Sundquist J., Sundquist K., *Swedish rape offenders — a latent class analysis*, „Forensic Sciences Research”, 2021, DOI: 10.1080/20961790.2020.1868681.
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Pobrane z: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-25444> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Nillson G., *Towards voluntariness in Swedish rape law. Hyper-medialised group rape cases and the shift in the legal discourse*, [w:] M.B. Heinskou, M.L. Skilbrei, K. Stefansen (red.), *Rape in the Nordic Countries. Continuity and Change*, Nowy Jork 2020.
- New law lowers threshold for prosecution of rape*, portal Government of the Netherlands, 05.11.2020 r., <https://www.government.nl/latest/news/2020/11/05/new-law-lowers-threshold-for-prosecution-of-rape> (dostęp: 21 kwietnia 2021 r.).
- Pohl Ł., *Znaczenie kodeksowego słowa „zwałcenie” (uwagi o zakresie zastosowania art. 197 § 3 k.k.)*, [w:] P. Ostaszewski, K. Buczkowski (red.), *Granice prawa. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Siemaszki*, Warszawa 2020.
- Rodzinkiewicz M., *Znamiona określające typ czynu zabronionego*, [w:] A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 117–277*, Kraków 1999.
- Spain plans, only yes means yes’ rape law*, portal BBC, 03.03.2020 r., <https://www.bbc.com/news/world-europe-51718397> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Strafgesetzbuch*, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Taube F., *Sexualstrafrecht: Was heißt „Nein” in anderen Ländern?*, portal Deutsche Welle, 07.07.2016, <https://www.dw.com/de/sexualstrafrecht-was-hei%C3%9Ft-nein-in-anderen-l%C3%A4ndern/a-19386478> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- The Swedish Criminal Code, SFS 1962:700 Brottsbalken, Updated 25 February 2021, https://www.government.se/government-policy/judicial-system/the-swedish-criminal-code/?TSPD_101_Ro=082953afa5ab20002fb33ded24af92a7d6a2cadoc6f5f94b372603bf10e3e05aafe4f45f9c80b2b808beed1239143000a74eece6f74df3d4a34ea4b5a619f4fc2aafoo8c9c-oc7f894ff8093e7a3f74e06fbb970784db7caef557ec493f8c67c (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).
- Wetboek van Strafrecht Geldend van 25-07-2020 t/m heden Wet van 3 maart 1881, <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2020-07-25> (dostęp: 12 kwietnia 2021 r.).

