

Andrzej Porębski

Niespójności doktrynalne i nieśmiertelne poglądy sprzed pół wieku: wokół stanowisk i problemów w dyskursie prawniczym dotyczącym znamienia podstępstwa w przestępstwie zgwałcenia¹

Doctrinal inconsistencies and everlasting views from half a century ago: On the positions and problems in the legal discourse concerning the element of deception in the crime of rape

Abstract

The crime of rape is one of the most electrifying criminal legal issues in public debate. In order to avoid negative tension between the legal practice and dogma on the one hand and the moral intuition of the public on the other, the interpretation of the features of the offence should be subject to a systematic and nuanced discussion that takes into account changing mores. Although the discussion on the adequate penalisation of rape is becoming increasingly intense, there is still relatively little doctrinal interest in the field of deception in the crime of rape (rape by deception). The article presented aims to further the discussion relating to rape by deception. It includes: (1) a discussion on the state of the legal literature – based on an analysis of, i.a., ten comments to the Criminal Code – through the identification of the most frequently discussed issues and the core doctrinal views on rape by deception; (2) a discussion of an interesting case of a 1974 Supreme Court judgment which has had a disproportionate impact on the discourse relating to rape by deception; (3) a critical reference to selected doctrinal views. In particular, the article criticises insufficiently substantiated views on factors relevant to decisions on the exercise of sexual freedom (the concept of the “material error”), widespread as they may be in the literature; the unconvincing

Mgr Andrzej Porębski, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Jagielloński, Polska, ORCID: 0000-0003-0856-5500, e-mail: and.porebski@uj.edu.pl

Data zgłoszenia tekstu przez autora: 7.09.2024 r.; data zaakceptowania do publikacji: 30.04.2025 r.

¹ Bardzo dziękuję Włodzimierzowi Wróblowi za konsultacje, owocne dyskusje i cenne uwagi, które przyczyniły się do powstania niniejszego opracowania. Dziękuję również za uważną lekturę i wartościowe uwagi Ewie Ilczuk, Maćkowi Porębskiemu i Andrzejowi Uhlowi.

differentiation between women's and men's deceptive use of contraception; and the recognition of certain world-views as a "cultural benchmark" which, albeit arbitrary, prejudices legal classification. In view of that last problem, the study advocates adopting the principle of "minimum subjectivity", counteracting the arbitrary dogmatic decisions taken in legal discourse and allowing atypical facts to be taken into account in order to protect sexual freedom more adequately.

Keywords: rape, deception, legal discourse, stealthing, sexual freedom

Streszczenie

Przestępstwo zgwałcenia jest jednym z najbardziej elektryzujących debatę publiczną zagadnień prawa karnego. Aby uniknąć negatywnego napięcia między praktyką i dogmatyką prawniczą a intuicjami moralnymi społeczeństwa, wykładnia jego znamion powinna być poddawana systematycznej, zniuansowanej dyskusji, która będzie uwzględniać zmieniającą się obyczajowość. Choć dyskusja na temat adekwatnej penalizacji gwałtu staje się coraz bardziej intensywna, nadal stosunkowo niewielkim zainteresowaniem doktryny cieszy się znamień podstęp w przestępstwie zgwałcenia (ZPPZ). Prezentowany artykuł ma na celu pogłębienie dyskusji odnoszącej się do ZPPZ. Opracowanie zawiera: 1) omówienie stanu literatury prawniczej – na podstawie analizy m.in. dziesięciu komentarzy do Kodeksu karnego – poprzez określenie najczęściej omawianych zagadnień oraz zidentyfikowanie rdzenia poglądów doktrynalnych dotyczących ZPPZ; 2) omówienie ciekawego przypadku wyroku Sądu Najwyższego z 1974 r., który zyskał nieproporcjonalny wpływ na dyskurs odnoszący się do ZPPZ; 3) krytyczne odniesienie się do wybranych poglądów doktryny. W artykule krytykowane są w szczególności: niedostatecznie uzasadnione, choć rozpowszechnione w literaturze, poglądy dotyczące czynników istotnych dla decyzji w zakresie korzystania z wolności seksualnej (konceptcja „błędu istotnego”); nieprzekonujące różnicowanie dokonywanych przez kobiety oraz przez mężczyzn oszustw w zakresie korzystania ze środków antykoncepcyjnych; uznawanie pewnych światopoglądów za „wzorzec kulturowy” – przesądzający kwalifikację prawną, choć wyznaczany arbitralnie. Ze względu na ostatni przytoczony problem w opracowaniu postulowane jest przyjęcie zasady „minimum subiektywizmu”, kontrującą podejmowane w dyskursie prawniczym arbitralne decyzje dogmatyczne i pozwalającą uwzględniać nietypowe stany faktyczne, by bardziej adekwatnie chronić wolność seksualną.

Słowa kluczowe: zgwałcenie, podstęp, dyskurs prawniczy, stealthing, wolność seksualna

1. Wprowadzenie

Współczesne lata wiążą się z nasiloną dyskusją dotyczącą przestępstwa zgwałcenia, której najbardziej spektakularnym elementem jest zmiana jego definicji poprzez nowelizację Kodeksu karnego². Owa zmiana nie oznacza jednak, że tematyka dotychczas stosunkowo mało zbadana – znamienia podstęp w przestępstwie zgwałcenia – traci na istotności. Podstęp pozostaje jednym ze znamion przestępstwa zgwałcenia, a ze względu na jego nieostry charakter to w dużej mierze od jego wykładni zależeć będzie szerokość kręgu zachowań penalizowanych jako zgwałcenie. Dlatego dyskusję odnoszącą się do znamienia podstepu w przestępstwie zgwałcenia należy kontynuować: po pierwsze, rekonstruując dotychczasowe poglądy doktryny; po drugie, poddając ocenie, czy wystarczająco pogłębiają one analizę omawianego znamienia; po trzecie, krytycznie odnosząc się do tych poglądów i reinterpretując wcześniej przyjmowane stanowiska, które mogły się przecież zdezaktualizować w dynamicznie zmieniającej się rzeczywistości społecznej XXI w.

Prezentowany artykuł ma być głosem w toczącej się dyskusji, realizując trzy główne cele występujące na dwóch różnych poziomach. Pierwsze dwa cele pracy – można je nazwać „dogmatycznymi” – to: 1) prześledzenie i zreferowanie stanu literatury prawniczej (a w szczególności komentarzy do Kodeksu karnego) odnoszącej się do znamienia podstepu w przestępstwie zgwałcenia; 2) podjęcie krytycznej refleksji nad niektórymi ze zreferowanych poglądów oraz kwestiami jeszcze niedostatecznie przeanalizowanymi w literaturze. Trzeci cel – odnoszący się do opisu dyskursu prawniczego – to zwrócenie uwagi na problemy daleko posuniętej odtwórczości komentarzy prawniczych i wielokrotnego przytaczania bez argumentacji dawnych poglądów doktrynalnych, które sprawia, że niektóre poglądy zyskują pozorną („ilościową”) legitymację, mimo że nie są wskazywane uzasadniające je argumenty.

2. Podstęp jako znamię czynności wykonawczej w przestępstwie zgwałcenia – przegląd literatury

W tej części opracowania zreferowane zostaną główne poglądy występujące w literaturze, ustalone na podstawie jej przeglądu. Na potrzeby badania zapoznano się z dziesięcioma spośród dostępnych komentarzy do art. 197 k.k.³ oraz kilkoma ar-

² Ustawa z 6.06.1997 r. – Kodeks karny (tekst jedn.: Dz.U. z 2025 r. poz. 383) – dalej k.k. Wskazana nowelizacja to ustawa z 28.06.2024 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2024 r. poz. 1228).

³ Lista publikacji według szacunkowej obszerności opisu znamienia podstepu, poczynawszy od największej: J. Warylewski, *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2020, tezy 28–46; M. Bielski, *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, tezy 52–58; B. Gadecki, *Komentarz do art. 197*, [w:] M. Banaś-Grabek, B. Gadecki, J. Karnat, A. Łyżwa, R. Łyżwa, *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*, Warszawa 2020, tezy 11–16; S. Hypś, *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021, tezy 16–18; M. Mozgawa, *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2021, tezy 7–11; M. Filar, M. Berent,

tykułami poświęconymi w całości tematyce znamienia podstęp w przestępstwie zgwałcenia⁴. Omówione zostaną syntetyczne wnioski płynące z analizy zbadanych dzieł, w szczególności tematyka, która została w nich poruszona, a także charakterystyka znamienia podstęp w zgwałceniu, która z nich wynika. Co istotne dla tej części artykułu, w ostatnich 2–3 lat prawie równolegle ukazało się kilka prac wyraźnie krytycznych względem wcześniejszej literatury i poglądów w niej przejawianych⁵. Te prace stanowią grupę na tyle odmienną i „świeżą”, że są drugorzędne dla ustalania „rdzenia” poglądów obecnych w piśmiennictwie – choć są oczywiście istotne dla ogółu artykułu i dlatego w dalszej jego części również będą się pojawiać odniesienia do poglądów w nich wyrażonych.

2.1. Główne wątki podejmowane w rozważaniach o podstępie w zgwałceniu

Mimo różnorodności tła, na jakim może wystąpić podstęp, przedstawiane w komentarzach rozważania o znamieniu podstępu odnoszą się zwykle do takiego samego, wąskiego zestawu sytuacji i prawie zawsze ukazują go w zupełnie skrótowy, nieopłębiony sposób. W niektórych przypadkach rozważania o podstępie zredukowane są do podania jego definicji i wymienienia kilku najbardziej oczywistych przykładów⁶, w niektórych są one rozszerzone, ale wciąż tylko o te najczęściej podejmowane wątki (zaraz zostaną one wskazane). Zapoznanie się z dziesięcioma komentarzami prowadzi do wrażenia *déjà vu* wzbogaconego o odczucie daleko idącej spójności poglądów doktrynalnych, ale spowodowanej nie tyle głęboką refleksją nad sprawą i wypracowaniem spójnego modelu podstępu w zgwałceniu, co raczej „ślizganiem się” po powierzchni zagadnienia i nieuargumentowanym powielaniem nieuargumentowanych tez. Tak naprawdę jedynie dwa komentarze⁷ spośród dziesięciu badanych można określić jako zapewniające zauważalnie bardziej kompleksowe opracowanie zagadnienia podstępu.

Komentarz do art. 197, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016, tezy 14–16; V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 197, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa 2020, teza 8; N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 197, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX/el. 2010, teza 15; A. Marek, *Komentarz do art. 197, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Marek, LEX/el. 2010, teza 7; J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 197, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, LEX/el. 2016, pkt 3.

⁴ A. Michalska-Warias, *Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2014/21, s. 129–144, <https://doi.org/10.17951/sil.2014.21.0.129> (dostęp: 4.09.2024 r.); H. Myśliwiec, *Podstęp jako znamień przestępstwa zgwałcenia*, „*Prokuratura i Prawo*” 2012/11, s. 64–83; R. Krajewski, *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2018/40, s. 261–272; S. Tarapata, *Podstęp jako jedna z form przestępstwa zgwałcenia – zagadnienia wybrane*, „*Prawo w Działaniu*” 2022/51, s. 49–62, <https://doi.org/10.32041/pwd.5104> (dostęp: 4.09.2024 r.); M. Grudecki, *Podstęp jako znamień przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2022/55, s. 73–83, <https://doi.org/10.31648/sp.7424> (dostęp: 4.09.2024 r.); M. Głuchowski, *O rodzajach błędów w ramach przestępstwa zgwałcenia z użyciem podstępu – polemika*, „*Studia Prawnoustrojowe*” 2023/59, s. 101–117, <https://doi.org/10.31648/sp.8187> (dostęp: 4.09.2024 r.); M. Głuchowski, *Zakres zgody na czynność seksualną przy przestępstwie zgwałcenia z użyciem podstępu*, „*Przegląd Sądowy*” 2022/11–12, s. 186–201.

⁵ Mowa tu o pracach: S. Tarapata, *Podstęp...*; M. Grudecki, *Podstęp...*; M. Głuchowski, *O rodzajach...*; M. Głuchowski, *Zakres...*

⁶ Tak np. J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*; A. Marek, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*

⁷ J. Warylewski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*; M. Bielski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, t. 2, cz. 1, *Komentarz...*

Do najczęściej podejmowanych wątków szczegółowych powiązanych z podstępem w komentarzach do art. 197 k.k. (oczywiście poza samym zdefiniowaniem podstępu) zaliczają się: 1) kwalifikacja jako niebędącego zgwałceniem przez podstęp oszukańczego przyrzeczenia małżeństwa ukierunkowanego na doprowadzenie do obcowania płciowego (dziewięć z dziesięciu badanych komentarzy [*sic!!!*]); 2) podawanie (nakłanianie do spożywania) alkoholu a podstęp w zgwałceniu (dziewięć komentarzy); 3) kwalifikacja jako niebędącego zgwałceniem przez podstęp oszukańczego przyrzeczenia korzyści majątkowej (siedem komentarzy); 4) wykorzystanie „pigulki gwałtu”⁸ jako przykład podstępu w zgwałceniu (siedem komentarzy).

W komentarzach pojawiają się też – rzadziej – wątki m.in. możliwości uznania zgwałcenia przez podstęp przy wykorzystaniu afrodyzjaków (brak takiej możliwości raczej nie budzi wątpliwości w literaturze) oraz w przypadku zastosowania hipnozy (występowanie takiej możliwości słusznie budzi w literaturze daleko idące wątpliwości).

Jednocześnie w żadnym z badanych komentarzy nie znalazł się wątek np.: udzielenia błędnych informacji w sprawie stosowania środków antykoncepcyjnych, wprowadzenia w błąd co do własnego wieku czy zbudowania fałszywej tożsamości w Internecie dla uzyskiwania od innych osób nagranych filmów prezentujących np. masturbującą się osobę nagrywającą (a więc – formalnie rzecz biorąc – tę osobę wykonującą inną czynność seksualną).

Jeśli chodzi o zagadnienia podejmowane w przeanalizowanych artykułach na temat podstępu w zgwałceniu, to są one w sporym zakresie odbiciem tego, co znaleźć można w komentarzach – częstymi wątkami są w szczególności oszukańcze przyrzeczenie małżeństwa, podawanie alkoholu czy oszukańcze przyrzeczenie korzyści majątkowej. Artykuły te są jednak o tyle bardziej wartościowe od większości komentarzy, że zawierają więcej argumentów (lub po prostu – jakiekolwiek argumenty) za przyjmowaniem pewnych poglądów, a także prezentują perspektywę krytyczną względem przynajmniej części zastanych poglądów doktrynalnych lub dostarczają cennych metauwag (uwag odnoszących się do sensu szerszego zastanawiania się nad pewnymi kwestiami)⁹. Szczególnie krytyczne podejście oraz poruszanie nowych, istotnych współcześnie wątków (takich jak oszustwo związane ze stosowaniem antykoncepcji) prezentują artykuły z ostatnich kilku lat – polemizują one z wieloma poglądami doktrynalnymi i otwierają nowe pola dyskusji; wskazują na potrzebę aktualizacji dotychczasowych poglądów, opartych niejednokrotnie na przestarzałych

⁸ „Pigulki gwałtu” to tabletki (lub inne postaci) zawierające trudne do wykrycia substancje zdadne (lub zdadne w połączeniu z alkoholem) w znacznym stopniu ograniczające świadomość, zdolność do decydowania, a także powodujące czasową amnezję, np. kwas γ -hydroksymasłowy, ketamina, flunitrazepam. Szerzej o „pigulkach gwałtu” P. Nowakowski [red.], *Wokół pigulki gwałtu*, Warszawa 2011.

⁹ Na przykład o wątpliwej współcześnie możliwości zawierania fikcyjnego związku małżeńskiego w celu doprowadzenia do obcowania płciowego: R. Krajewski, *Podstęp...*, s. 267. Taka możliwość – dająca się oczywiście wykreować w wyobraźni, ale już mniej w polskiej rzeczywistości – brzmi raczej jak atrakcyjny materiał na bestseller osadzony w czasach wiktoriańskich, a nie jak materiał do poważnych rozważań w ramach dogmatyki prawa karnego. Zob. także uwagi w dalszej części niniejszej pracy.

założeniach¹⁰. Niektóre z tych nowszych stanowisk zostaną omówione w dalszej części opracowania.

2.2. Krótka charakterystyka rdzenia poglądów dotyczących znamienia podstęp w przestępstwie zgwałcenia

Jeśli chodzi o definicję znamienia podstępu w przestępstwie zgwałcenia, komentatorzy są mniej więcej zgodni i proponowane definicje nie różnią się znacząco. Jako podstęp traktowane jest takie zachowanie, które opiera się na wykorzystaniu błędu ofiary albo wprowadzeniu jej w błąd. Podstęp w zgwałceniu będzie zawierał w sobie oczywiście komponent w postaci celu doprowadzenia do czynności seksualnych (kontakt seksualnego).

Obecnie uznaje się, że zgodnie z tzw. szerokim ujęciem podstępu jest nim nie tylko wywołanie albo wykorzystanie tzw. istotnego błędu (istotnego dla decyzji w zakresie korzystania ze swojej wolności seksualnej) i w ten sposób uzyskanie przyzwolenia na aktywność seksualną, ale także doprowadzenie poprzez wprowadzenie w błąd lub jego wyzyskanie do takiego stanu, w którym możliwość decydowania ofiary o sposobie korzystania ze swojej wolności seksualnej jest wyłączona na poziomie psychicznym (np. brak świadomości) albo fizycznym (np. brak możliwości poruszania się)¹¹. W tym zakresie występują w literaturze drobne spory pojęciowe. Dla krótkiego zarysowania ich charakteru można podać przykład poglądu sformułowanego przez Jarosława Warylewskiego. Uważa on, że uznanie, iż gdy nie ma błędu po stronie ofiary, to nie ma też podstępu po stronie sprawcy¹², jest sprzeczne z szeroką koncepcją podstępu, bo „gdy ofiara nie jest w stanie ani podjąć, ani wyrazić swej decyzji, to brak uzasadnienia dla przypisywania jej zachowania pod wpływem błędu”¹³. Oczywiście w kwestii występowania takiej sprzeczności autor ten się myli, bo koncepcja szeroka podstępu nie polega na uznawaniu za podstęp sytuacji, w których już na wstępie ofiara nie jest zdolna podjąć ani wyrazić decyzji (a które będą, rzecz jasna, stanem bezradności), lecz sytuacji, w których do takiego stanu osobę się doprowadziło, wprowadzając w błąd lub go wykorzystując – na wcześniejszym etapie, gdy ta jeszcze była zdolna do zachowań pod wpływem błędu.

Czas zastanowić się nad koncepcją błędu istotnego. Koncepcja ta jest bardzo ważnym elementem zawartego w literaturze opisu znamienia podstępu, ponieważ pozwala wyróżniać zachowania, które co prawda opierają się na błędzie drugiej strony, ale nie stanowią podstępu w rozumieniu art. 197 k.k. Nie stanowią go, gdyż

¹⁰ Zob. w szczególności: M. Grudecki, *Podstęp...*; M. Głuchowski, *O rodzajach...*

¹¹ Zob. w szczególności: M. Bielski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, t. 2, cz. 1, *Komentarz...*, tezy 52–54; M. Mozgawa, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 7.

¹² M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974, s. 107, za: J. Warylewski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 32. Pokrewny pogląd (zgodnie z którym „immanentną cechą podstępu jest wprowadzenie innej osoby w błąd lub wykorzystanie błędu”), zresztą także błędnie traktowany przez J. Warylewskiego jako sprzeczny z szeroką koncepcją podstępu, wyrażony został w wyroku Sądu Najwyższego (dalej SN) z 3.03.2009 r., IV KK 339/08, LEX nr 491341.

¹³ J. Warylewski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 32.

są to takie okoliczności, że nikt wyłącznie na ich podstawie nie powinien podejmować decyzji dotyczącej aktywności seksualnej, a jeśli podejmuje (i pozostaje co do nich w błędzie), to takie zadysponowanie swoją wolnością seksualną nie będzie podlegać ochronie na gruncie prawa karnego. Marek Bielski stwierdza, że „nie ma mowy o podstępie, gdy zgoda na czynność seksualną została wyrażona pod wpływem błędu jedynie co do ubocznych motywów podjętej decyzji”¹⁴. Wskazuje, że ocena istotności błędu opiera się na określeniu, czy z punktu widzenia wzorców kulturowych to, czego dotyczył błąd, mogło stanowić główną podstawę podjęcia świadomej decyzji o swoim życiu seksualnym¹⁵. Autor ten dodaje, że za okoliczność istotną z punktu widzenia decyzji o kontakcie seksualnym należy uznać zgodne z rzeczywistością mniemanie co do osoby partnera, ale nie będzie taką okolicznością fakt, czy partner jest stanu wolnego, czy też pozostaje w związku małżeńskim. Ten pogląd, zawierający bardzo pesymistyczny osąd ogólnego poziomu moralnego osób podejmujących kontakty seksualne, zostanie skomentowany wraz z innymi stanowiskami w dalszej części niniejszej pracy. Radosław Krajewski bardzo wzmacnia tezę M. Bielskiego i uznaje, że błędem nieistotnym będzie każdy błąd dotyczący jakichkolwiek przymiotów partnera seksualnego, w szczególności taki związany z wiekiem albo zasobnością portfela¹⁶. Czasem podobny warunek oceny podstępności (w rozumieniu art. 197 k.k.) działań formułuje się jako określenie, czy pozostawanie w błędzie co do danej okoliczności „narusza integralność decyzji woli”¹⁷, co w gruncie rzeczy jest chyba innym, bardziej kwiecistym nazwaniem „nieubocznych motywów decyzji”.

W toku analizy normatywnej cenne i przydatne jest odnoszenie się do języka ogólnego i utrzymywanie jego znaczeń, jeśli nie ma wystarczająco mocnych argumentów za odstępniem od nich¹⁸. Warto zatem w tym miejscu zwrócić uwagę, że koncepcje „integralności decyzji” albo „błędu istotnego” stanowią prawie dokładny odpowiednik jednego z ogólnojęzykowych kryteriów definicyjnych podstępu – nieakceptowania działania przez społeczeństwo¹⁹. Jak w języku ogólnym musi się odróżniać działania, które byłyby podstępne, gdyby nie były społecznie akceptowane,

¹⁴ M. Bielski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, t. 2, cz. 1, *Komentarz...*, teza 54. Tak samo np. M. Filar, M. Berent, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 15; B. Kurzępa, *Glosa do wyroku SA w Rzeszowie z 17 października 2002 r., II Aka 96/02, „Orzecznictwo Sądów Powszechnych” 2005/3, poz. 43.*

¹⁵ M. Bielski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, t. 2, cz. 1, *Komentarz...*, teza 54.

¹⁶ R. Krajewski, *Podstęp...*, s. 267.

¹⁷ Tak A. Marek, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 7, za: V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 8.

¹⁸ Szczegółowa argumentacja odnosząca się do tego wątku zaprezentowana została w pracy: A. Porębski, *Rola analizy semantycznej języka ogólnego w analizie normatywnej*, „Forum Prawnicze” 2024/1(81), s. 67–88, [https://doi.org/10.32082/fp.1\(81\).2024.1119](https://doi.org/10.32082/fp.1(81).2024.1119) (dostęp: 4.09.2024 r.).

¹⁹ Zob. A. Porębski, *W poszukiwaniu ogólnojęzykowego znaczenia terminu „podstęp”*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2024/28(1–2), s. 45–65. W pracy wyróżnione są cztery główne komponenty definicyjne podstępu: termin ten opisuje (po pierwsze) działanie (na jakimkolwiek etapie musi się pojawić działanie, co nie jest sprzeczne z możliwością zgwałcenia przy pomocy podstępu polegającego na wyzyskaniu błędu – w takim przypadku etap „wyzyskiwania” będzie działaniem), (po drugie) intencjonalne, celowe (mające na celu oszukanie kogoś lub wykorzystanie go), (po trzecie) przemyślane, z wykorzystaniem zdolności intelektualnych, (po czwarte) społecznie nieakceptowane – określenie „podstęp” jest nacechowane pejoratywnie.

od tych faktycznie podstępnych, tak język prawny wprowadza rozróżnienie na zachowania, które **byłyby** podstępne i karalne, **gdyby** dotyczyły istotnych przesłanek podejmowanych decyzji, od tych, które **są** podstępne i karalne – jako dotyczące takich istotnych aspektów. Jeśli by uznać, że podstęp, o którym mowa w art. 197 k.k., stanowi pewną kwalifikowaną (bo karalną w systemie prawa karnego – stanowiącego *ultima ratio*) formę podstępu jako pojęcia języka ogólnego, to model błędu istotnego stanowi w przypadku pojęcia prawnego doprecyzowanie analogiczne do nieakceptowalności społecznej zawężającego stosowanie (pejoratywnego) pojęcia ogólnojęzykowego. Model błędu istotnego jest więc najważniejszym czynnikiem zawężającym stosowanie pojęcia kodeksowego (a więc także zawężającym odpowiedzialność karną) do zachowań bardziej nagannych (bo dotyczących istotnych elementów procesu decyzyjnego ofiary). Można jednak argumentować, że nawet gdyby model błędu istotnego nie był akceptowany w dyskursie prawniczym, to i tak występowałoby „ogólnojęzykowe” ograniczenie penalizacji zachowań jako podstępnego zgwałcenia – z racji niemożności nazwania niektórych z nich podstępnymi, bo choć są niepożądane, to jednak w pewien sposób społecznie tolerowane²⁰. Te spostrzeżenia mają charakter o tyle istotny, że pokazują nieredukowalną dyskusyjność (niejednoznaczność) tego, gdzie leży granica, od której czyny zaczynają być już penalizowane jako podstępne zgwałcenie; ta nieredukowalność wynika z samej charakterystyki sformułowania „podstęp”, którego najbardziej sporny element definicji to zbiór zachowań wystarczająco nagannych, aby mogły zostać określone takim pejoratywnym pojęciem²¹. Dyskurs prawniczy „dziedziczy” tym samym po języku ogólnym tę sporność podstępu, co będzie się objawiać w nieuniknionych dyskusjach, w szczególności tych dotyczących granic „błędu istotnego”.

Na koniec ogólnej charakterystyki opisu znamienia podstępu w literaturze zauważmy jeszcze, że podstępne zgwałcenie może być popełnione tylko z zamiarem bezpośrednim²². Sprawca podstępnego zgwałcenia będzie się cechował podjętym od-

²⁰ Ta uwaga odnosi się np. do sytuacji, w których ktoś deklaruje miłość z nadzieją, że dzięki temu druga osoba zechce uprawiać z nim seks. Rozważana sytuacja może kojarzyć się z podstępnym zgwałceniem i faktycznie pojawia się w rozważaniach odnoszących się do tego typu przestępnego działania, zob. np. M. Grudecki, *Podstęp...*, s. 76–77. Ale czy naprawdę ta sytuacja jest podstępem, czy może raczej niewątpliwie nieeleganckim nadużyciem, na które jednak społeczeństwo w pewnym sensie się godzi? Ślad takiego społecznego przyzwolenia – oczywiście jedynie ślad – można znaleźć w dobrze znanym i nadal stosowanym w XXI w. aforyzmie: „w miłości i na wojnie wszystko jest dozwolone” (ang. *all's fair in love and war*; pierwsze udokumentowane wykorzystanie tego zwrotu miało miejsce w dziele z 1578 r.: J. Lyly, *Euphues: the Anatomy of Wit*, London 1578 i brzmiało dokładnie: „the rules of fair play do not apply in love and war”, co oznacza: zasady uczciwej gry nie znajdują zastosowania w miłości i na wojnie). Zamiast zatem argumentować, jak przytoczony M. Grudecki, że brak penalizacji rozważanych zachowań wynikać będzie ze znikomej społecznej szkodliwości, można po prostu stwierdzić, że takie działania nie są wcale społecznie kwalifikowane jako podstęp, nawet jeśli wiąże się z niepożądanym – ale w jakimś sensie społecznie tolerowanym w ramach szeroko pojętej *ars amandi* – wprowadzeniem w błąd. Na marginesie należy jeszcze dodać, że limitowanie odpowiedzialności poprzez odwołanie się do znaczenia ogólnojęzykowego pojęć może być bardzo atrakcyjnym i spójnym teoretycznie sposobem ograniczenia penalizacji typu zgwałcenia za pomocą podstępu. Ta ścieżka zasługuje na dalszą eksplorację.

²¹ A. Porębski, *W poszukiwaniu...*, s. 54–58, 61–62.

²² Co do tego panuje prawie pełna zgoda w literaturze. Odmienne stanowisko: J. Warylewski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 2, ew. także teza 3.

górnje zamiarem doprowadzenia do stworzenia lub wykorzystania takiego błędnego stanu świadomości ofiary, aby zgodziła się ona na aktywność seksualną (albo aby straciła ona możliwość wyrażenia sprzeciwu)²³. Zauważmy, że ta cecha znamienia podstęp w zgwałceniu również jest prostą i bezpośrednią konsekwencją ogólnojęzykowego znaczenia terminu „podstęp”, a konkretnie celowościowego komponentu ogólnojęzykowej definicji podstepu²⁴. Oszukanie lub wykorzystanie drugiej osoby – cel ogólnojęzykowo definiowanego podstepu – prowadzi w przypadku zgwałcenia do korzyści sprawcy w postaci podjęcia przez ofiarę czynności seksualnych, a opiera się na takim oszukańczym kształtowaniu (lub wykorzystywaniu błędnego) stanu świadomości, które sprzyja osiągnięciu tej korzyści.

3. Fenomen wyroku Sądu Najwyższego z 1974 r.

Omawiając dotyczące podstepu w zgwałceniu poglądy zawarte w literaturze, nie sposób nie wspomnieć o wyroku Sądu Najwyższego z 26.09.1974 r.²⁵, który z nie do końca jasnych powodów zyskał sobie w niej miejsce zupełnie szczególne. Jak to już zauważyliśmy wyżej, ktoś nieorientujący się w polskim prawie karnym na podstawie lektury komentarzy do k.k. mógłby dojść do wniosku, że sprawa oszukańczej obietnicy małżeństwa, która ma doprowadzić do obcowania płciowego lub innej czynności seksualnej, jest: 1) jedną z najważniejszych; 2) przesądzoną, co do której panuje w doktrynie prawa karnego pełna lub prawie pełna zgodność; 3) dobrze i spójnie uargumentowaną.

Ktoś taki byłby w absolutnym błędzie. Sprawa ta ani (*ad* 1) nie zalicza się do najważniejszych, bo i oszukańcze obietnice małżeństwa „dla seksu” trudno uznać za choćby trochę bardziej rozpowszechnioną praktykę w polskim kontekście kulturowym (w przeciwieństwie do, przykładowo, stosowania tzw. pigulek gwałtu), ani (*ad* 2) nie można uznać jej za przesądzoną, ani (*ad* 3) nie została poddana dogłębnej rozprawie skutkującej sformułowaniem przekonującej argumentacji. Te dwie ostatnie cechy wynikają w zasadzie z tego samego, mianowicie prawie wszystkie odniesienia do komentowanego twierdzenia mają jedno źródło²⁶, a konkretnie – wspomniany przed chwilą wyrok albo inne dzieło, w którym twierdzenie zostało uzasadnione właśnie tym wyrokiem. Z kolei twierdzenie w wyroku zostało uzasadnione tylko – co najwyżej – *implicite*, a sformułowane przy okazji orzekania w sprawie w zasadzie niezwiązanej z oszukańczym przyrzeczeniem małżeństwa, bo dotyczącej nakłaniania

²³ Zob. np.: S. Hyps, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 17.

²⁴ Zob. A. Porębski, *W poszukiwaniu...*, s. 50–52.

²⁵ Wyrok SN z 26.09.1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974/12, poz. 229.

²⁶ Źródło to bywa uzupełniane ewentualnie o drobną, wspomagającą argumentację, np. dotyczącą opisywanego już rozróżnienia na błąd istotny i nieistotny albo czynniki naruszające i nienaruszające integralności decyzji woli – o możliwej zawodności takiej argumentacji więcej w dalszej części artykułu. Dodatkowo autorzy powołują się czasem na inne, nieliczne, prace. Np. w publikacji N. Kłaczyńska, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...* znajduje się odwołanie do B. Kurzępa, *Glosa...* Uzupełniając do dokładnie tej samej glosy: M. Filar, M. Berent, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...* Z kolei J. Warylewski oraz M. Bielski odwołują się dodatkowo do poglądu: M. Filar, *Przestępstwo...*, s. 109. Skądinąd na dokładnie ten sam pogląd powołano się w publikacjach: A. Michalska-Warias, *Podstęp...*, s. 132; H. Myśliwiec, *Podstęp...*, s. 68.

do spożywania alkoholu w celu odbycia stosunku płciowego. Całość fragmentu uzasadnienia, do którego bezpośrednio lub pośrednio odwołują się liczni autorzy komentarzy do Kodeksu karnego, uzasadniając niekaralność przyrzeczenia małżeństwa bez zamiaru jego zawarcia w celu doprowadzenia do aktywności seksualnej, brzmi: „Istotą podstępu w rozumieniu art. 168 § 1 k.k. (odpowiednik art. 197 § 1 k.k. w ustawie z 19.04.1969 r. – Kodeks karny [Dz.U. z 1969 r. Nr 13, poz. 94 ze zm.] – przyp. A.P.) jest podjęcie takich oszukańczych zabiegów, które zdolne są doprowadzić nawet rozważną, przestrzegającą zasad obyczajności kobietę do poddania się czynowi nierządному. Nie stanowi przeto takiego podstępu nakłanianie pełnoletniej, znającej działanie alkoholu kobiety do picia napojów alkoholowych, chociażby nakłaniający miał na celu odbycie z odurzoną alkoholem stosunku płciowego. Nie będzie też stanowić takiego podstępu np. oszukańcze przyrzeczenie małżeństwa lub tym bardziej oszukańcze przyrzeczenie materialnej rekompensaty za poddanie się czynowi nierządному”²⁷.

Zauważmy też, że wspomniany judykat pochodzi z 1974 r. Liczy więc sobie obecnie pół wieku i zapadał w odmiennym stanie prawnym²⁸, a także w zupełnie innych uwarunkowaniach społeczno-kulturowych. Nawet abstrahując od oceny jakości sformułowanej w nim argumentacji i przystając na nią (wyłącznie w ramach „eksperymentu myślowego”), trzeba zauważyć, że użyte w wyroku odniesienie do „zasad obyczajności” (czymkolwiek by nie były) wymaga oceny tych zasad w występującym w chwili formułowania (albo replikowania) argumentacji stanie społeczeństwa. Byłoby nieporozumieniem przekonywać, że „zasady obyczajności” nie zmieniły się w ciągu 50 lat²⁹. Można natomiast argumentować, że powołanie się na orzeczenie bez jakiegokolwiek odniesienia do panujących obecnie „zasad obyczajności” (najlepiej po zdefiniowaniu, czym są), o których mowa przecież w wyroku, wchodzi w dziwaczną sprzeczność z tym judykatem – tym samym, który ma rzekomo stanowić argument za niektórymi powielanymi poglądami.

Sprawa jest tym poważniejsza, że dokładnie ten sam fragment orzeczenia stanowi podstawę dla innego wspomnianego wcześniej poglądu, tj. prawie powszechnego uznawania, że oszukańcze obiecanie korzyści majątkowej w zamian za usługi seksualne nie jest zgwałceniem poprzez podstęp. Sprawa ta jest zdecydowanie bardziej istotna, ponieważ jeśli zaakceptuje się sformułowany kilkadziesiąt lat temu, a replikowany obecnie pogląd, przekłada się to wprost (co najmniej potencjalnie) na

²⁷ Wyrok SN z 26.09.1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974/12, poz. 229.

²⁸ Wyrok ten zapadał przy tym w sprawie przepisu, w którym używane było niebywale niefortunne, już wtedy krytykowane, pojęcie czynu nierządnego. Zob. M. Filar, *Pojęcie „czynu nierządnego” w kodeksie karnym*, „Palestra” 1973/17(2), s. 3–16. Na ten temat zob. także R. Krajewski, *Zmiany kształtu przestępstwa zgwałcenia w polskich kodeksach karnych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2023/59, s. 221–237, <https://doi.org/10.31648/sp.8608> (dostęp: 4.09.2024 r.).

²⁹ Na przykład w ciągu 38 lat (1980–2018) mediana wieku zawierania pierwszego małżeństwa wzrosła dla mężczyzn o ok. 6 lat (z 24,2 roku do 30 lat), a dla kobiet o 5 lat (z 22,8 roku do 27,8 roku), natomiast odsetek urodzeń pozamałżeńskich wzrósł ponad 5-krotnie (z ok. 5% do 26%); zob. J. Stańczak [red.], *Sytuacja demograficzna Polski do 2018 r. Tworzenie i rozpad rodzin*, Warszawa 2019, s. 71, 147. Niemożliwe jest, żeby tego typu zmiany społeczne dokonywały się bez modyfikacji „zasad obyczajności”. Danych uzasadniających ową modyfikację można podawać bardzo wiele.

sytuację wszystkich osób oferujących za pieniądze lub inne majątkowe korzyści usługi seksualne (w tym odbywanie stosunku seksualnego, a także czynności wykonywane za pośrednictwem Internetu – inne czynności seksualne). Pogląd ten posiada więc bardzo duże znaczenie praktyczne. Wobec tego powinien być należycie uzasadniony, i to uzasadniony w sposób aktualny, a nie poprzez odwoływanie się do mającego pół wieku orzeczenia. Próbę takiego głębszego uzasadnienia – jedną z nielicznych możliwych do znalezienia w literaturze przed trzecią dekadą XXI w. – podjął Hubert Myśliwiec³⁰, a w jednym z najnowszych opracowań Michał Głuchowski zapewnia dużo szerszą argumentację na rzecz omawianego poglądu³¹. Ta ostatnia praca stanowi polemikę do tekstu Michała Grudeckiego, proponującego pogląd przeciwny, tj. że nie ma dostatecznego uzasadnienia dla odmowy prawnokarnej ochrony na podstawie art. 197 k.k. osobom, które oferują usługi seksualne i którym oszukańczo obiecano korzyść majątkową³². Debata tocząca się między M. Grudeckim a M. Głuchowskim jest tyleż pozytywna i ciekawa, co alarmująca. Pokazuje bowiem, że dopiero po kilkudziesięciu latach zadano sobie trud głębszej weryfikacji i krytycznego rozważenia (w tym konstruktywnej obrony) poglądu przytaczanego wcześniej wielokrotnie prawie bez argumentacji merytorycznej.

Na koniec tego punktu już na marginesie warto dodać, że omawiany wyrok Sądu Najwyższego – mimo że jego uzasadnienie liczy tylko ok. 6000 znaków ze spacjami (to mniej więcej dwie strony ustandaryzowanego maszynopisu w edytorze tekstu) – jest wyjątkowo mocno „eksploatowany”. W literaturze oprócz funkcjonowania jako główne uzasadnienie poglądów dotyczących oszukańczego przyrzeczenia małżeństwa i oszukańczego przyrzeczenia korzyści materialnej wpływa też na tezy dotyczące związku między podstępem w zgwałceniu a nakłanianiem do podawania alkoholu oraz służy do określania ogólnej istoty podstępu w zgwałceniu. Nie jest oczywiście problemem samo w sobie przytaczanie wieloletnich poglądów, jeśli te są należycie uargumentowane, a po poddaniu ich ponownej refleksji okazują się aktualne. Jednakże trudno zaakceptować sytuację, kiedy bardzo wąsko uzasadniony (lub nawet nieuzasadniony) wieloletni pogląd staje się głównym źródłem jakiegoś stanowiska w przeważającej części doktryny. Czytelnik sięgający do komentarza Kodeksu karnego jest wręcz czasem, w pewnym sensie, wprowadzany w błąd – sądzi, że czyta autorskie podsumowanie jakiegoś tematu, a w rzeczywistości czyta kolejne już powielenie tezy z „rozchwytywanego” orzeczenia Sądu Najwyższego (skądinąd działającego w Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, a więc o słabszej legitymacji). Trudno do tej kwestii odnosić się pozytywnie – wydaje się, że w pewnym momencie omawiany wyrok zaczął stanowić swoiste argumentacyjne *perpetuum mobile*, dostarczając łatwego uzasadnienia w coraz to nowych opracowaniach, których autorzy nie dostrzegli, że powielają argumentację, która mogła wielokrotnie się zdezaktualizować. Opisujące zjawisko stanowi tym samym przykład bezrefleksyjności w komentowaniu przepisów i pokazuje, że komentarze prawnicze czasem wcale nie stanowią

³⁰ H. Myśliwiec, *Podstęp...*, s. 70–72.

³¹ M. Głuchowski, *O rodzajach...*

³² M. Grudecki, *Podstęp...*

nośnika rzetelnej wiedzy, a ich autorzy potrafią zupełnie zaniechać krytycznej refleksji nad zasadnością ponownego przytaczania wielokrotnie wskazywanych wcześniej poglądów.

4. Krytyka wybranych poglądów związanych ze znamieniem podstępstwa w przestępstwie zgwałcenia – w kierunku zrewidowania koncepcji „błędu istotnego”

Wystarczy nawet nie bardzo dokładnie przebadac literaturę przedmiotu, aby zauważyć brak wypracowanego modelu oceny podstępności zachowań mających prowadzić do podjęcia przez inną osobę czynności seksualnych. Część poglądów zawartych w literaturze jest w jaskrawy sposób niespójna i zasługuje na krytykę.

4.1. Błąd istotny a oszukańcza obietnica korzyści majątkowej

Na początek zastanówmy się nad tym, kiedy można mówić o błędzie istotnym (nieubocznych motywach decyzji; motywach naruszających integralność decyzji woli). Autorzy są skłonni w jednym zdaniu napisać, że błąd jedynie co do ubocznych motywów decyzji o aktywności seksualnej nie będzie wiązał się z podstępem w rozumieniu art. 197 k.k., a następnie, iż przykładem takiej sytuacji jest oszukańcze obiecanie zapłaty za stosunek seksualny³³. Trudno pojąć, w jaki sposób powstają tego typu ewidentnie błędne tezy, biorąc pod uwagę, że nie ma chyba przykładu bardziej jednowymiarowej motywacji podejmowania aktywności seksualnej niż ta występująca u znacznej części osób parających się prostytutką. Istotą prostytucji jest podejmowanie aktywności seksualnych ze względu na korzyść materialną i w przypadku osób zajmujących się nią obietnica zapłaty jest nie tylko istotnym, ale często wręcz jedynym motywem decyzji. Nie ulega żadnej wątpliwości, że większość takich osób nigdy lub prawie nigdy nie podjęłaby aktywności seksualnej z klientami, o których wiedziałyby, że nie uiszczą obiecannej opłaty. Z tego względu wskazywanie oszukańczego obiecania zapłaty za stosunek seksualny jako typowego przykładu **ubocznego** motywu decyzji jest pełnym nieporozumieniem, które jednak przez lata było powielane.

Trzeba podkreślić, że powyższa krytyka nie ma na celu doprowadzenia do wniosku, że każda sytuacja, w której nie zapłaci się osobie oferującej za świadczenie pieniężne usługi seksualne, jest zgwałceniem poprzez użycie podstępstwa. Przesądzenie tego jest zupełnie odmienną kwestią, ale nie można bronić przytoczonego dominującego w literaturze poglądu, używając jednego tylko, ewidentnie

³³ Np. N. Kłaczyńska, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 15. Co prawda nie w jednym, ale w dwóch odrębnych zdaniach taka sprzeczność tworzona jest np. w publikacjach: M. Bielski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, t. 2, cz. 1, *Komentarz...*, teza 54; B. Kurzępa, *Glosa...*; M. Filar, M. Berent, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, teza 15. Aneta Michalska-Warias wskazuje na ten przykład (obietnicy zapłaty za obcowanie płciowe) jako „niewątpliwy”; zob. A. Michalska-Warias, *Podstęp...*, s. 132.

błędnego argumentu³⁴ (ewentualnie wzbogaconego o swoisty „argument z autorytetu”, czyli powołanie się na omówione wyżej orzeczenie lub na tekst to orzeczenie powołujący). Z tych względów należy pozytywnie ocenić wszelkie próby szerszego uzasadnienia, dlaczego oszukańcza obietnica korzyści majątkowej nie podlega penalizacji na gruncie art. 197 k.k. (jak wskazuje M. Głuchowski³⁵) lub też przeciwnie: może jej podlegać (jak sugeruje M. Grudecki³⁶). Jednocześnie krytycznie trzeba się odnieść do wszelkich stanowisk, które szukają uzasadnienia rozpatrywanego poglądu w koncepcji błędu istotnego, traktowanej w taki niefortunny sposób, który prowadzi do błędu *petitio principii*³⁷ – dyskutant uważa jakieś sytuacje za niezasługujące na penalizację jako zgwałcenie przy pomocy podstępu, więc stwierdza, że nie wiążą się one z błędem istotnym, bo dotyczą ubocznych motywów decyzji; w pierwszej kolejności powinien jednak uzasadnić, że dana sytuacja nie stanowi błędu istotnego, a dopiero po takiej analizie używać owego określenia i uzasadniać nim brak penalizacji.

4.2. Błąd istotny a oszukańcza obietnica małżeństwa oraz wiedza o stanie cywilnym partnera

W literaturze kolejną kwestią związaną z rozważaniami na temat błędu istotnego (nieubocznych motywów decyzji; motywów naruszających integralność decyzji woli) jest oszukańcza obietnica małżeństwa³⁸. Choć w polskim kontekście społecznym znaczenie praktyczne tego poglądu jest znikome, warto przyjrzeć się mu bliżej ze względów teoretycznych. Przytoczone wcześniej stanowisko wykluczające penalizację takich sytuacji zasadza się na założeniu, że nie można poważnie twierdzić, iż na czynności seksualne zgodzono się konkretnie ze względu na obietnicę małżeństwa i że był to czynnik decydujący, istotny. Gdyby użyć sformułowanego przez M. Bielskiego kryterium odniesienia się do wzorców kulturowych, aby rozstrzygnąć, czy dana okoliczność mogła być główną podstawą do decydowania o życiu seksualnym, to omawiany pogląd zostałby dodatkowo (*implicite*) uzasadniony uznaniem, że według obecnych wzorców kulturowych nie może być główną podstawą do decydowania o życiu seksualnym fakt otrzymania szczerzej obietnicy małżeństwa. Oba twierdzenia są błędne, ponieważ nie do obrony jest ich generalny charakter.

Jeśli chodzi o zagadnienie przesądzania o istotności błędu głównie poprzez odwołanie się do wzorców kulturowych, to trzeba przyznać, że niewątpliwie we

³⁴ Opisujący problem dostrzega także H. Myśliwiec, który proponuje też – jak wspominaliśmy we wcześniejszej części pracy – własną argumentację przeciwko uznawaniu oszukańczego przyrzeczenia korzyści majątkowej za zgwałcenie przez podstęp. Zob. H. Myśliwiec, *Podstęp...*, s. 70–72.

³⁵ M. Głuchowski, *O rodzajach...*

³⁶ M. Grudecki, *Podstęp...*

³⁷ Zob. np. K. Szymanek, *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2012, s. 235–236.

³⁸ Jak zauważyliśmy już wcześniej, kwestię braku penalizacji oszukańczej obietnicy małżeństwa mającej na celu doprowadzenie do czynności seksualnych podejmuje prawie każdy badany komentarz do k.k. Zazwyczaj nieprzestępność argumentowana jest nieistotnością takiej okoliczności jako czynnika decyzyjnego podejmowania aktywności seksualnej; czasem nie jest argumentowana wcale.

współczesnej kulturze zdecydowana większość osób traktuje jako dopuszczalne podejmowanie aktywności seksualnych przed etapem małżeństwa czy narzeczeństwa³⁹. Nie można jednak uznawać dominującego kulturowo poglądu za wiążący dla każdego przedstawiciela społeczeństwa. W rzeczywistości (typowe) wzorce kulturowe mogą służyć jako silny argument za uznaniem pewnego prawdopodobieństwa (np. bardzo niskiego albo bardzo wysokiego) występowania określonych podejść i poglądów u jednostek, ale nie mogą być niedającym się podważyć argumentem, na podstawie którego niejako „wkładałoby się” do głowy potencjalnej ofiary podstępny pogląd dominujący w społeczeństwie bez jakiegokolwiek możliwości uwzględnienia jej indywidualnego, zrozumiałego dla innych światopoglądu. Taki skutek, jak ostatni wspomniany, byłby zupełnie nieakceptowalny również dlatego, że nie ma powodów, aby przynajmniej w niektórych sprawach dotyczących zarzucanego podstępu nie badać indywidualnej sytuacji w szczegółowy sposób – szczegółowy na tyle, by określić dokładny stosunek potencjalnej ofiary do poszczególnych faktów mogących wpływać na jej decyzje dotyczące seksualności, a także ustalić to, czy potencjalny sprawca miał wiedzę na temat światopoglądu potencjalnej ofiary. Kryterium odniesienia się do (typowych) wzorców kulturowych może być więc oczywiście przydatne, ale nie może tworzyć w każdym przypadku nieobalnego domniemania. Domniemanie powstałe na jego podstawie musi być możliwe do obalenia np. poprzez określenie w sposób niebudzący wątpliwości faktów w danej sprawie. Te (typowe) wzorce kulturowe mogą natomiast określać pewne nieprzekraczalne ramy czynników decydowania, które mogą w ogóle podlegać ochronie na gruncie prawa karnego – dla uniknięcia sytuacji, w których traktowane jako podstęp będzie nawet wprowadzenie w błąd względem cechy niedającej się jakkolwiek obiektywnie uzasadnić jako istotna (np. przez odniesienie do zasad przyjmowanych w społeczności albo komunikowalnych wartości moralnych), a istotnej tylko dla pojedynczej jednostki, tylko subiektywnie, w ramach jej prywatnych preferencji (gustu czy fetyszu). Jednak zbiór przypadków, które poza te nieprzekraczalne ramy wykraczają, powinien być określany na tyle wąsko, aby uniknąć uznaniowego wykluczania pewnych światopoglądów z kręgu tych, które teoretycznie mogą być chronione – światopoglądów mniejszościowych, ale ustrukturyzowanych, niestanowiących czegoś w rodzaju „fanaberii”. Do zbioru „niechronionych” czynników wpływających na decyzję o podejmowaniu aktywności seksualnych na pewno można by zaliczyć oczekiwanie, że partner będzie miał: dokładnie 171 cm wzrostu, bardzo duży rozmiar stopy, niebieskie oczy lub bardzo małe narządy płciowe. Takie przykłady są typowymi wymaganiami wynikającymi

³⁹ Współcześnie już nie więcej niż ok. 20% Polaków i jedynie kilkanaście procent przedstawicieli młodego pokolenia traktuje przedmałżeńskie stosunki seksualne jako niedopuszczalne; zob.: J. Mariański, *Małżeństwo i rodzina w świadomości Polaków – analiza socjologiczna*, „Zeszyty Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 2015/58(4), s. 86–94; J. Mariański, *Katolicka moralność małżeńsko-rodzinna w ocenie młodzieży akademickiej*, „Polish Journal of Critical Realism” 2023/1(1), s. 143–165. W niektórych badaniach odsetki nieakceptujących są jeszcze niższe, np. według badań z 2012 r. zleconych przez National Geographic Channel, zrealizowanych przez Aegis Media, ok. 10% Polaków uznaje seks przed ślubem za niedopuszczalny; zob. *Tylko 10% Polaków nie akceptuje seksu przed ślubem*, <https://www.wirtualnemedia.pl/artukul/tylko-10-polakow-nie-akceptuje-seksu-przed-slubem> (dostęp: 4.09.2024 r.).

wyłącznie z gustu konkretnej jednostki, jej indywidualnych preferencji, niemożliwych do zobiektywizowanego uzasadnienia lub wytłumaczenia czy wywiedzenia z jakichś komunikowalnych (zrozumiałych dla osób o innym guście) wartości⁴⁰.

Jeśli zaś chodzi o to, czy szczerza obietnica małżeństwa może być główną podstawą (istotnym, decydującym czynnikiem) do wyrażenia zgody na czynności seksualne, to nie ma żadnych podstaw, by taką sytuację wykluczyć. Można sobie np. wyobrazić stan faktyczny, w którym pewna osoba ze względu na światopogląd i wyznawaną religię traktuje jako bardzo istotną wartość dążenie do posiadania w toku życia tylko jednego partnera seksualnego. Osoba ta konsekwentnie traktuje jako niepodważalny **warunek konieczny** dla podejmowania jakichkolwiek czynności seksualnych obietnicę małżeństwa, uznając, że dopiero ona pozwoli wspomnianą wartość zrealizować. Jeśli (po pierwsze) taki jej światopogląd jest utrwalony i znany innym, np. jej znajomym (dla celów dowodowych), a przez to można również przyjąć, że (po drugie) ponad wszelką wątpliwość znany jest też sprawcy, który (po trzecie) tylko dla uzyskania możliwości obcowania płciowego z tą osobą składa kłamliwą obietnicę małżeństwa, to trudno znaleźć powód, dla którego takie jego zachowanie nie spełniałoby testu istotności wywoływanego u ofiary błędu. Występowanie warunku koniecznego oznacza, że niespełnienie pewnego wymogu wyklucza możliwość przez niego warunkowaną. Jeśli coś jest dla kogoś warunkiem koniecznym działania (i są powody, żeby uznać, że jest nim faktycznie, a nie tylko na poziomie deklarowanym), to jest też jedną z najistotniejszych dla niego okoliczności wpływających na podejmowaną decyzję. W rozważanym przypadku takim warunkiem koniecznym była obietnica małżeństwa. Szczególnie w polskim kontekście, w którym dominującą religią pozostaje katolicyzm (nawet jeśli jest to religia praktykowana w dużo mniejszym stopniu, niż wynikałoby

⁴⁰ Chodzi tutaj o uzasadnienie lub wytłumaczenie zobiektywizowane w tym sensie, że jest ono intersubiektywnie zrozumiałe, nawet jeśli inne jednostki nie zgadzają się z nim, to są w stanie zrozumieć motyw, na podstawie których ktoś przyjął dane normy. Na przykład ateista może zupełnie nie zgadzać się z poglądami katolika, ale jest w stanie zrozumieć, że jeśli ktoś wyznaje religię katolicką, to jeśli głęboko w nią wierzy i bardzo chce przestrzegać zbioru jej norm, to jeśli zna nauczanie społeczne Kościoła, to może przyjmować, że bardzo nie chce uprawiać seksu przed ślubem. Z kolei osoby bardzo chcące posiadać dzieci mogą zupełnie nie zgadzać się z tokofobami, ale i tak są w stanie zrozumieć, że jeśli ktoś bardzo lęka się ciąży, to jeśli bardzo nie chce w nią zajść, to może oczekiwać restrykcyjnego korzystania przez oboje partnerów z antykoncepcji, aby maksymalnie zminimalizować prawdopodobieństwo zajścia w ciążę. W obu przypadkach uzasadnienie jest w tym sensie możliwe do zobiektywizowania, że da się je odnieść do wartości zrozumiałych dla innych. W opozycji można postawić gusta (np. dotyczące wielkości piersi partnerki lub rodzaju owłosienia partnera), które nie posiadają takich zobiektywizowanych uzasadnień w tym sensie, że ich źródło tkwi wyłącznie w samych gustach (indywidualnych preferencjach); są one zrozumiałe tylko na bazie współdzielenia gustu lub na bazie wstępnego zaakceptowania, że różni ludzie mają różne gusta. Indywidualna preferencja nie ma żadnego zewnętrznego uzasadnienia, jest autoreferencyjna – aby uznać ją za uzasadnioną, trzeba zaakceptować ją jako preferencję, a być może wręcz założyć, że się ją posiada; gdy się jej nie posiada, nie ma żadnego uzasadnienia, aby ją posiadać, czyli aby preferować pewne obiekty lub pewne stany rzeczywistości. Indywidualna preferencja wymaga więc wyjścia dokładnie od założenia, że się ją posiada, bo żadne inne założenie do niej nie prowadzi; tym samym nie można przypisywać jej wartości moralnej, wszak jest ona niezależna od systemów normatywnych, tzn. może być jedynie częścią składową jakichś zbiorów poglądów, ale staje się nią w pewnym sensie przypadkowo, nie z konieczności. Podsumowując, we wspomnianym zobiektywizowanym uzasadnieniu nie chodzi na pewno o zobiektywizowanie w ten sposób, że ogół społeczeństwa się z nim zgadza – na temat trudności uzyskania takiej formy zobiektywizowania zob. dalsza część tekstu.

z deklaracji co do identyfikacji religijnej⁴¹), nie powinno się wykluczać, że ktoś może faktycznie jako kwestię zasadniczą, kluczową dla podjęcia aktywności seksualnej, traktować obietnicę małżeństwa. Należy jeszcze dodać, że prezentowane tutaj uwagi nie muszą się koniecznie wiązać z koncepcją zgody warunkowej – odrzucanej przez niektórych jako niezgodną z polskim porządkiem prawnym⁴². Zgoda na czynność seksualną w obliczu oszustw takich jak oszukańcza obietnica małżeństwa może być interpretowana nie jako warunkowa, lecz jako udzielona w warunkach niepełnej wiedzy, właśnie pod wpływem błędu spowodowanego przez podstęp. Innymi słowy, osoba, która dowiedziawszy się, że jej bezwzględny warunek wzięcia ślubu będzie spełniony, zgadza się na odbycie stosunku seksualnego, niekoniecznie wyraża zgodę warunkową; zgoda na obcowanie płciowe w sztucznie stworzonej przez oszusta sytuacji sprawiającej wrażenie czynienia zadość legitymowanym preferencjom drugiej strony może być bezwarunkową zgodą, udzieloną jednak w błędnym przekonaniu i z tego względu wadliwą.

Rzecz jasna, nie przesądzamy w tym miejscu, że każda kłamliwa obietnica małżeństwa powinna być uznana za wprowadzenie w istotny błąd. Będzie raczej przeciwnie – współcześnie rzadkością będą sytuacje, w których występowanie przyrzeczenia małżeństwa będzie nieubocznym motywem decyzyjnym w sprawie życia seksualnego. Nie ma jednak uzasadnienia ogólne, odgórne, generalne wykluczanie możliwości ich wystąpienia, zwłaszcza jeśli weźmie się pod uwagę silne uwikłanie tego tematu w sferę mocno utrwalonych przekonań moralnych, powiązanych także z wyznawaną religią. Aby przedstawić tę kwestię w szerszym kontekście, warto zwrócić uwagę na przypadek indyjski. W *Bharatiya Nyaya Sanhita*⁴³ – nowym indyjskim kodeksie karnym, który wszedł w życie w lipcu 2024 r. – w sekcji 69 wprost penalizuje się oszukańcze przyrzeczenie małżeństwa kobiecie skutkujące stosunkiem seksualnym z nią odbytym⁴⁴. Ze względu na specyficzny kontekst kulturowy w Indiach występuje realny – nie tylko akademicki, ale też społeczny i orzeczniczy – problem z podstępnymi obietnicami małżeństwa⁴⁵, co doprowadziło do przyjęcia wspomnianego prawa. Z jednej strony pokazuje to, że mogą istnieć czynniki, w których podstęp

⁴¹ Na ten temat zob. np. A. Porębski, E. Ilczuk, *Kontekstualny charakter wybranych determinant rozvodu – krytyczna analiza literatury*, „Fabrica Societatis” 2024/7, s. 25–26, <https://doi.org/10.19195/2657-3679.7.2> (dostęp: 4.09.2024 r.).

⁴² Odrzuca ją np. M. Głuchowski; zob. M. Głuchowski, *Stealththing – karalność zdjęcia prezerwatywy bez wiedzy partnerki*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2022/84(3), s. 106, <https://doi.org/10.14746/rp.2022.84.3.07> (dostęp: 4.09.2024 r.).

⁴³ Act No. 45 of 2023, *Bharatiya Nyaya Sanhita*, 2023, *The Gazette of India*, CG-DL-E-25122023-250883, the 25th December, 2023, https://www.mha.gov.in/sites/default/files/250883_english_01042024.pdf (dostęp: 4.09.2024 r.).

⁴⁴ Dokładne brzmienie: „Kto, za pomocą podstępnych środków lub składając obietnicę małżeństwa kobiecie bez zamiaru jej spełnienia, obcuje z nią płciowo, przy czym takie obcowanie płciowe nie stanowi przestępstwa zgwałcenia, podlega karze pozbawienia wolności na okres do 10 lat, a także podlega grzywnie. Wyjaśnienie: «podstępne środki» obejmują nakłanianie lub fałszywą obietnicę zatrudnienia lub awansu, lub zawarcie małżeństwa poprzez zatajenie tożsamości” (tłumaczenie – A.P.).

⁴⁵ Szeroko na ten temat zob. N. Kulshreshtha, *Enacting a Law on Sexual Assault Using Deceptive Means in India*, „Liverpool Law Review” 2024/45, s. 281–313, <https://doi.org/10.1007/s10991-023-09357-3> (dostęp: 4.09.2024 r.).

odnosi się również do takich przypadków – co oczywiście nie jest przesądzające dla oceny normatywnej w kontekście polskim, ale pozostaje ciekawym argumentem komparatystycznym. Z drugiej strony tworzy to dodatkowy problem. Wyobraźmy sobie, że pewna kobieta wyemigrowała z Indii do Polski, przyswoiwszy już hinduskie wzorce kulturowe, po czym w Polsce stała się ofiarą podstępnej obietnicy małżeństwa dokonanej przez znajomego kontekst hinduski Polaka chcącego uzyskać jej zgodę na stosunek seksualny. Na jakiej podstawie mielibyśmy uznać, że ten ostatni nie popełnił przestępstwa? Czy utarte twierdzenia dogmatyczne naprawdę dałoby się utrzymać w ramach studium takiego przypadku?

Być może istnieją powody, które każdą oszukańczą obietnicę małżeństwa złożoną z premedytacją w celu doprowadzenia do obcowania płciowego nakazują uznać za niekaralną (niestanowiącą zgwałcenia z użyciem podstępu). Literatura jednak prawie ich nie dostarcza. Autorzy powtarzają tylko sformułowane kiedyś bez głębszego uzasadnienia twierdzenie i nie rozwijają tej argumentacji⁴⁶. Spośród zbadanych publikacji jedynie w opracowaniu M. Gluchowskiego odnaleźć można pogląd, zgodnie z którym niepenalizowanie oszukańczej obietnicy małżeństwa jako zgwałcenia – podobnie jak niepenalizowanie w ten sposób oszukańczego przyrzeczenia korzyści majątkowej – wynikać może z tego, że „warunek” stawiany przez dysponenta dobra odnosi się do sfery innej niż seksualna⁴⁷. Jest to wart rozważenia atrakcyjny tok myślenia, *implicite* uzupełniający koncepcję „błędu istotnego” o założenie, że błędami istotnymi w przypadku dysponowania wolnością seksualną mogą być tylko te, które wiążą się ze sferą seksualną. Taki pogląd nie jest jednak pozbawiony wad, bo od razu prowokuje pytania: co w życiu człowieka wiąże się ze sferą seksualną, a co się nie wiąże? i czy można to w ogóle przesądzić na poziomie ogólnym?

Mniej więcej analogiczne problemy do tych wiążących się z kwalifikacją oszukańczej obietnicy małżeństwa sprawiać będzie przytoczone wcześniej twierdzenie M. Bielskiego, mówiące o tym, że nie zalicza się do faktów istotnych dla decyzji o podejmowaniu aktywności seksualnej to, czy partner jest stanu wolnego, czy też pozostaje w związku małżeńskim. To twierdzenie autora jest jeszcze trudniejsze do uargumentowania od twierdzenia dotyczącego oszukańczej obietnicy małżeństwa, gdyż uznawanie niedopuszczalności seksualnej zdrady małżeńskiej jest w społeczeństwie szeroko rozpowszechnione⁴⁸. Częstość występowania tego poglądu każe uznawać, że przynajmniej część przedstawicieli społeczeństwa może przejawiać rygorystyczne i komunikowalne podejście moralne do kwestii tzw. zdrady w związku

⁴⁶ Dla porządku należy dodać, że w literaturze pojawiają się oczywiście próby uargumentowania omawianego poglądu, ale mają one charakter tyleż szczątkowy, co nieodnoszący się do głównej linii przedstawianych problemów. Na przykład w pracy A. Michalska-Warias, *Podstęp...*, s. 131, przeczytać można, że w przypadku oszukańczej obietnicy małżeństwa „«ofiara» ma pełną świadomość tego, w jakich okolicznościach dochodzi do obcowania płciowego i na podjęcie takiego obcowania płciowego niewątpliwie wyraża zgodę”. Na pierwszy rzut oka widać, że to zdanie nie jest prawdziwe, ponieważ gdyby ofiara miała pełną świadomość relewantnych dla sprawy okoliczności (a więc wystarczającą wiedzę o nich), to nieprawdziwe byłoby założenie, iż sytuacja dotyczy „oszukańczej obietnicy małżeństwa”, która z jakiegos powodu była dla ofiary istotna, a zatem była okolicznością w sprawie.

⁴⁷ M. Gluchowski, *Stealththing...*, s. 106–107.

⁴⁸ Zob. np. J. Mariański, *Małżeństwo...*; J. Mariański, *Katolicka...*

(w szczególności zdrady małżeńskiej). Wiązałoby się ono z wymogiem względem partnerów seksualnych niepozostawania z innymi osobami w związkach (zwłaszcza małżeńskich). Wysoce wątpliwe jest odgórne zakładanie, że żaden przedstawiciel społeczeństwa nie może podnosić wspomnianego wymogu do rangi bezwzględnego **warunku koniecznego** podejmowania aktywności seksualnej. Jeśli ktoś wyznawałby rygorystyczne moralnie podejście do pozamałżeńskiej aktywności seksualnej, pociągające za sobą wskazany warunek konieczny, i znakomicie wiedziałoby o tym jego otoczenie, a w szczególności potencjalny sprawca podstępu, to nie ma żadnego powodu, aby wprowadzenia w błąd co do pozostawania w związku małżeńskim nie traktować jako wprowadzenia w błąd co do cechy istotnej. Jeśliby już w ten sposób je potraktować, to w literaturze nie znajdzie się przekonujących argumentów, które uzasadniłyby nieprzyjmowanie podstępu w rozumieniu art. 197 k.k. przynajmniej w niektórych sytuacjach wprowadzenia w błąd lub wyzyskania błędu co do stanu cywilnego.

4.3. Błąd istotny a wiek partnera i jego inne cechy osobiste

Zajmijmy się teraz jeszcze jednym, mocniejszym, przytaczanym już wcześniej poglądem, zgodnie z którym jakiekolwiek przymioty partnera seksualnego nie mogą być główną determinantą podjęcia decyzji związanych z dysponowaniem wolnością seksualną⁴⁹. Radosław Krajewski bardzo ułatwia sobie zadanie, gdy tezę tę argumentuje przy pomocy dwóch w zasadzie niebudzących wątpliwości (ani współczucia wobec wprowadzanej w błąd strony) przykładowych okoliczności, tj. przekonania o wyższej niż rzeczywista zasobności portfela partnera oraz przekonania o niższym niż rzeczywisty wieku partnerki⁵⁰. Już wcześniejsze uwagi – np. dotyczące cechy stanu cywilnego – wspierają tezę, że mogą istnieć cechy osobiste sprawcy (potencjalnego partnera seksualnego), które są głównymi, a nie ubocznymi motywami podejmowania decyzji dotyczących życia płciowego – i jako takie stanowią kontrargument dla generalnego stwierdzenia R. Krajewskiego. Przyjrzyjmy się jednak bliżej sprawie wieku jako cechy istotnej, której wpływ na decyzje dotyczące sfery seksualnej daje się zobiektywizować.

Wspomniany autor wybiera do analizy najprostszą sytuację, w której (domniemanie dojrzały) mężczyzna podejmuje obcowanie płciowe z (zapewne dojrzałą) kobietą, o której myśli, że jest młodsza niż w rzeczywistości. Odwołuje się do intuicji czytelnika, stwierdzając, że nie sposób mówić w takiej sytuacji o zgwałceniu. Faktycznie można by tutaj wykluczyć występowanie nieubocznych okoliczności

⁴⁹ R. Krajewski, *Podstęp...*, s. 267. Jeszcze mocniejszą tezę formułuje np. A. Michalska-Warias: „nie stanowi zatem podstępu nie tylko przyzeczanie małżeństwa, ale także wprowadzenie w błąd co do jakichkolwiek innych przesłanek, od których «ofiara» uzależnia swą zgodę na obcowanie płciowe” (A. Michalska-Warias, *Podstęp...*, s. 132). Ktoś mógłby zapytać: Dlaczego w takim razie cokolwiek poza podaniem „pigułki gwałtu” stanowi podstęp? albo Czy zazwyczaj ofiara nie uzależnia swojej zgody na obcowanie płciowe m.in. od podejmowania go z określoną osobą i właśnie dlatego błąd co do osoby jest powszechnie traktowany w doktrynie jako istotny? Poglądu A. Michalskiej-Warias nie trzeba więc raczej szerzej komentować.

⁵⁰ R. Krajewski, *Podstęp...*, s. 267.

decyzyjnych, chyba że zaiste dany mężczyzna prowadziłby aktywność seksualną wyłącznie z kobietami odpowiednio młodymi. Gdyby tak jednak było, to istotność błędu będzie wykluczona, ponieważ jest to prywatna preferencja, gust. Poza tym stosunek płciowy z kobietą prezentującą się (więc zapewne wyglądającą) odpowiednio młodo, ale niebędącą taką w rzeczywistości, tak naprawdę przeczyłby wadze, jaką mężczyzna przykładał do kryterium wieku, i wskazywałby, że niektóre czynniki (np. ogólna aparycja) były dla niego istotniejsze od wieku metrykalnego.

Można jednak sformułować przykład dużo mniej jednoznaczny od tego podanego przez R. Krajewskiego. Pewien 40-letni mężczyzna bawił się w klubie dla osób w średnim wieku. Zauważył tam znakomicie prezentującą się kobietę z bardzo silnym makijażem i o dobrze rozwiniętych trzeciorzędowych cechach płciowych. Wydała mu się ona atrakcyjna. Nawiązał z nią kontakt, a w czasie rozmowy dowiadywał się m.in. o jej sukcesach zawodowych na stanowisku menedżerskim w dużej korporacji oraz o życiu rodzinnym i błyskotliwych karierach zawodowych jej znajomych. Mężczyzna, będący pod wrażeniem kobiety, dał się jej namówić na kontakt seksualny podjęty już w ramach pierwszego spotkania. Po kilku dniach otrzymał na portalu społecznościowym wiadomość z załączonym zdjęciem dokumentu tożsamości kobiety. Wynikało z niej jednoznacznie, że kobieta ma 17 lat⁵¹. Okazało się, że założyła się ona z koleżankami o sporą sumę pieniędzy, że uda się jej doprowadzić do stosunku seksualnego z tym mężczyzną. Mężczyzna poczuł się w tym momencie okropnie, jakby był pedofilem⁵², mimo że dotąd nigdy nie podejmował kontaktów seksualnych z kobietami znacząco młodszymi od siebie. Ze względu na pełnienie eksponowanego stanowiska dbał o to, żeby takie kontakty nie miały miejsca. Jego wrażenie, że kobieta jest starsza niż w rzeczywistości, spowodowane zostało przez jej obecność w klubie kierowanym do niemłodych osób, nieprawdziwą odpowiedź na pytanie o wiek, opowiadanie historii, których zaistnienie wymagało odpowiedniego

⁵¹ Wiek taki w przykładzie został wyznaczony ze względu na art. 10 k.k., zgodnie z którym aż do września 2023 r. za przestępstwo z art. 197 § 1 lub 2 k.k. będzie odpowiadać tylko osoba, która w momencie czynu miała co najmniej 17 lat. W trakcie opracowywania niniejszego artykułu, w październiku 2023 r. weszła w życie (przynajmniej patrząc na praktykę prawa) niezwykle kontrowersyjna nowelizacja Kodeksu karnego – wprowadzona ustawą z 7.07.2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2022 r. poz. 2600 ze zm.), która zmieniła art. 10 § 2 k.k. i rozszerzyła odpowiedzialność karną osób młodszych niż 17 lat, umożliwiając przypisanie odpowiedzialności z art. 197 § 1 k.k. już 15-latkom. Jednakże ze względu na poważne wątpliwości dotyczące trybu wprowadzania nowelizacji (zob. np. M. Małecki, *Niezmieniony kodeks karny*, Kraków 2023) przedstawiana analiza bazuje na art. 10 § 2 k.k. we wcześniejszym brzmieniu – tym samym jej założenia są mniej kontrowersyjne.

⁵² W tym przykładzie chodzi tylko o odczucie mężczyzny, nie kwalifikację prawną tej sytuacji. W dyskursie naukowym należy odróżniać pedofilię (preferencja kontaktów seksualnych z dziećmi znajdującymi się przed okresem dojrzewania lub na samym jego początku, przeciętnie do ok. 10. roku życia), hebefilię (preferencja kontaktów seksualnych z dziećmi znajdującymi się we wczesnej fazie okresu dojrzewania, przeciętnie do ok. 14. roku życia) i efebofilę (preferencja kontaktów seksualnych z młodzieżą znajdującą się w późnej fazie okresu dojrzewania, przeciętnie do ok. 19. roku życia). Od każdej z nich należy odróżnić sytuację, w której dla kogoś atrakcyjność seksualna drugiej osoby wynika z jej atrakcyjnej prezencji i rozwiniętych cech płciowych mimo młodego wieku (i zupełnie niezależnie od niego) – taka nie ma nic wspólnego z parafiliami, a już na pewno z pedofilią.

wieku metrykalnego, a także makijaż i wysoką dojrzałość biologiczną podkreślaną przez ubiór⁵³.

Czy w zarysowanej sytuacji wciąż będziemy w pełni skłonni uznawać błąd co do wieku za niemogący mieć znaczenia dla istotnych aspektów decyzji o podejmowaniu aktywności seksualnej? Załóżmy, że wszelkie podejmowane przez 17-latkę działania były motywowane chęcią wprowadzenia w błąd co do własnego wieku i zaprezentowania się jako starsza, a także że zdawała sobie ona sprawę z małego albo zerowego prawdopodobieństwa chęci nawiązania przez uwodzonego 40-latka kontaktów seksualnych z niepełnoletnią dziewczyną. Czy dalej z taką łatwością stwierdzilibyśmy, że podstęp nie miał miejsca? Zapewne nie.

Jeśli przykład ten wydałby się nieprzekonujący, można go prosto zmodyfikować, np. na trzy przedstawione dalej sposoby. Po każdej z modyfikacji warto zadać sobie jeszcze raz pytanie o podstępność (i karalność) działań dziewczyny. Pierwszym sposobem modyfikacji jest założenie, że 40-latek był dyrektorem szkoły, który musiał i chciał szczególnie dbać o „czystość” podejmowanych kontaktów seksualnych. Z tego względu pytał o wiek potencjalnej partnerki seksualnej, a także specjalnie dobierał tematy rozmowy w ten sposób, aby na podstawie wypowiedzi rozmówczynie dokładnie osądzić, czy osiągnęła odpowiednio dojrzały wiek. W rozmowach ujawniał też zajmowane przez siebie stanowisko oraz sugerował, że nie interesują go kontakty z osobami bardzo młodymi. Drugą modyfikacją jest zamiana 17-latki na dwie 15-latki, działające wspólnie w identyczny jak opisany wcześniej sposób⁵⁴. Trzecią modyfikacją jest pominięcie kwestii minimalnego wieku odpowiedzialności karnej i rozpatrywanie przykładu na poziomie teoretycznej kwalifikacji sytuacji, gdyby wiek ten był niższy. W przypadku takiej zmiany 17-latkę mogłaby zastąpić nawet osoba o kilka lat młodsza (ale zapewne nie młodsza niż 13 lub 14 lat, wszak zdarzające się nawet bardzo znaczące odchylenia od przeciętnej szybkości dojrzewania płciowego nie będą przecież powodować osiągnięcia daleko idącej dojrzałości fizycznej przez np. 10-latkę⁵⁵). Jest bardzo pozytywne, że w literaturze zaczyna się już dostrzegać, iż podstęp odnoszący się do zawiżenia własnego wieku może wyczerpywać znamiona zgwałcenia⁵⁶.

Ze stanowiskiem, w którym z szeregu podstępnych w rozumieniu art. 197 k.k. eliminowane są wszystkie sytuacje dotyczące błędów co do osobistych cech sprawcy,

⁵³ Sformułowany przykład jest inspirowany literaturą faktu; zob. W. Krajewski, *Seksoholicy*, Warszawa 2021, s. 80–95. Swoją drogą, choć w historii opisywanej w książce odniesienie do „zgwałcenia” nie pada, to opowiadający stwierdza (nie bez powodu), że uważa się za stronę pokrzywdzoną (W. Krajewski, *Seksoholicy...*, s. 89). Skądinąd publikacja ta jest źródłem wielu tyleż przerażających, co fascynujących kazusów karnistycznych (i z zakresu prawa rodzinnego) dotyczących sfery wolności seksualnej.

⁵⁴ Taka modyfikacja, zgodnie z treścią art. 10 § 2 k.k., pozwoliłaby rozważać odpowiedzialność karną 15-latek nawet przed nowelizacją krytykowaną w przypisie 51, ponieważ gdy sprawca dopuszcza się zgwałcenia wspólnie z inną osobą, będzie to wyczerpywać przesłanki typu określonego w art. 197 § 3 k.k., za który od wielu lat (od wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r.) odpowiadać można po ukończeniu 15. roku życia.

⁵⁵ Nie rozpatrujemy tutaj sytuacji zaburzenia w postaci przedwczesnego dojrzewania płciowego, na którego temat w przypadku dziewczynek zob. np. G. Jarząbek-Bielecka, K. Warchol-Biedermann, E. Sowińska, K. Wachowiak-Ochmańska, *Przedwczesne dojrzewanie płciowe*, „Ginekologia Polska” 2011/82(4), s. 281–286.

⁵⁶ Zob. M. Gluchowski, *Zakres...*, s. 194–195.

wiąże się także taki problem, że w ten sposób tworzy się pojęcie podstępu o znaczeniu wprost jaskrawo odmiennym względem tego ukształtowanego na gruncie języka ogólnego. Nie jest żadnym problemem zawężenie ogólnojęzykowego pojęcia podstępu, zwłaszcza biorąc pod uwagę, że taki krok jest uzasadniony szczególnym charakterem ustawy karnej (interpretacja pojęć w niej zawartych musi uwzględniać to, że zależnie od wyniku interpretacji zmieniać będzie się zbiór zachowań zagrożonych sankcją karną). Jednocześnie zawężenie rozumienia podstępu do działań mających na celu wyłączenie możliwości sprzeciwu wobec aktywności seksualnej (np. podania „pigułki gwałtu”) oraz do bardzo wąskiego zbioru sytuacji, w których wystąpił błąd co do osoby czy charakteru pewnego działania (w rzeczywistości seksualnego, a rzekomo np. medycznego), oznaczać będzie odejście od nawet wąskiego rozumienia podstępu na gruncie języka ogólnego. Rozważany przykład (dotyczący 40-latką i 17-latką udającej o wiele starszą) bez wątpienia zostałby uznany za podstęp w rozumieniu języka ogólnego – jako działanie: intencjonalne, mające na celu oszukanie drugiej strony, przemyślane, nie do zaakceptowania przez społeczeństwo, daleko wykraczające poza dopuszczane sposoby uwodzenia i dotyczące istotnej cechy osobowej (bardzo młodego wieku), na podstawie której zwykło się w społeczeństwie podejmować decyzje dotyczące aktywności seksualnej⁵⁷. Odejście od znaczenia ogólnojęzykowego jest możliwe, ale powinno się wiązać z przedstawieniem odpowiednich argumentów na rzecz bardzo daleko idącego zawężenia sposobu rozumienia pojęcia⁵⁸.

Przytoczone uwagi na temat kwestii wieku, mogącej istotnie wpływać na decyzje o aktywności seksualnej, każą podważyć całość ogólnego twierdzenia krytykowanego w tym podpunkcie. Konkludując, cechy osobiste partnera seksualnego mogą być okolicznościami istotnymi z punktu widzenia integralności decyzji woli o dysponowaniu wolnością seksualną. Zapewne w zdecydowanie przeważającej części przypadków takimi nie będą, ale zgeneralizowane wykluczenie rozważanej możliwości zdaje się tworzyć spore ryzyko np. dla praktyki orzeczniczej – mówiąc wprost, ryzyko niesprawiedliwych orzeczeń bazujących na zbyt ogólnym domniemaniu, całkowicie abstrahującym od istotnych wątków indywidualnych sytuacji. Niezależnie od tego omawiane wykluczenie jest też po prostu obecnie za słabo uzasadnione w dogmatyce prawa karnego.

4.4. Oszustwo w sprawie stosowania środków antykoncepcyjnych – czy tylko *stealth*ing powinien być penalizowany jako zgwałcenie przy pomocy podstępu?

Gdyby już teraz zakończyć rozważania o podstępie w zgwałceniu, można by im zarzucić, że zostały w dużej części poświęcone nieczęstym w praktyce sytuacjom (jak oszukańcza obietnica małżeństwa), mimo że w opracowaniu krytykowane są zbyt obszerne przemyślenia na oderwane od rzeczywistości tematy. Dlatego zastanówmy się nad możliwością klasyfikowania jako zgwałcenia przez podstęp różnego

⁵⁷ Zob. A. Porębski, *W poszukiwaniu...*

⁵⁸ Zob. A. Porębski, *Rola...*

typu wprowadzania w błąd związanego ze stosowaną antykoncepcją – możliwością dopiero od niedawna rozważaną na gruncie prawnokarnym.

Problem ten występuje w rozmaitych odmianach – zależnych od płci wprowadzającego w błąd, celu tego wprowadzenia w błąd, rodzaju antykoncepcji, która rzekomo ma być stosowana itd. Jednocześnie opisywane zjawisko nie jest wcale marginalne. W Internecie i prasie już od lat można znaleźć historie, w których kobiety oszukują partnera w kwestii stosowania antykoncepcji⁵⁹, np. w celu odbycia stosunku seksualnego, który umożliwi zapłodnienie. Jednocześnie od pewnego czasu rośnie liczba doniesień prasowych (w przeważającej mierze zagranicznych) związanych z wprowadzaniem w błąd co do stosowania prezerwatywy przez mężczyzn, a w szczególności potajemnego ściągania prezerwatywy w trakcie stosunku seksualnego. To ostatnie zjawisko jest nazywane *stealthingiem* (od ang. *stealth* – skradanie się; robienie czegoś w tajemnicy; także: **podstęp**)⁶⁰. Żeby lepiej określić przedmiot rozważań, można sformułować trzy przykłady sytuacji, które faktycznie mogłyby się wydarzyć.

W pierwszej z nich pewien mężczyzna bardzo jasno podkreślał, że nie zamierza uprawiać seksu bez stosowania środków antykoncepcyjnych. Oprócz upewniania się, że jego partnerka regularnie przyjmuje antykoncepcję hormonalną, w trakcie stosunków seksualnych stosował również prezerwatywy. W relacji tej jest jasne, że gdyby zaprzestano stosowania antykoncepcji, skutkiem tego byłyby także wstrzeżliwość seksualna. Pewnego dnia mężczyzna dotarł do e-maila napisanego przez partnerkę do przyjaciółki, z którego jednoznacznie wynikało, że był wprowadzany w błąd – jego partnerka wbrew deklaracjom nie przyjmowała pigułek antykoncepcyjnych, lecz wrzucała je do toalety, a ponadto wszystkie stosowane przez niego prezerwatywy przekłuwała⁶¹.

W drugiej sytuacji młoda kobieta nieposiadająca żadnego doświadczenia seksualnego jednoznacznie zadeklarowała, że jest gotowa zgodzić się na penetracyjne

⁵⁹ Zob. np. M. Gąsior, *Kobiety bez pruderii radzą sobie, jak złapać faceta na dziecko. „Nabierasz strzykawką i wturkujesz”*, <https://natemat.pl/112595,ciemna-strona-polskiego-internetu-kobiety-bez-pruderii-rada-jak-zlapac-faceta-na-dziecko> (dostęp: 4.09.2024 r.); A. Jankowska, *Złapani na dziecko*, <https://www.wprost.pl/485886/zlapani-na-dziecko.html> (dostęp: 4.09.2024 r.). Można też w internecie znaleźć elementy refleksji nad przestępczością tego typu praktyk, na razie bardzo wstępnej i nieszczerłowej; zob. E. Wyciślak, *Czy „zaplanowana wpadka” powinna być traktowana jako przestępstwo?*, <https://bezprawnik.pl/zaplanowana-wpadka> (dostęp: 4.09.2024 r.).

⁶⁰ Wiele opracowań przedstawia tezę, że *stealthing* może być kwalifikowany jako forma zgwałcenia z użyciem podstępny; zob. M. Gluchowski, *Stealthing...*; M. Staroń, *Stealthing*, „Prokuratura i Prawo” 2023/5, s. 73–83; S. Tarapata, *Podstęp...*, s. 55; K. Bayer, *Nowa moda – mężczyźni w ostatniej chwili po kryjomu zdejmują prezerwatywy. Grozi za to nawet więzienie*, <https://bezprawnik.pl/stealthing-prawo-legalnosc> (dostęp: 4.09.2024 r.). Zob. również literaturę przytaczaną w publikacji M. Gluchowski, *O rodzajach...*, s. 113. Zob. także zagraniczne analizy dotyczące odpowiedzialności karnej za *stealthing*, np. dla prawa australijskiego: B. Chesser, A. Zahra, *Stealthing: a criminal offence?*, „Current Issues in Criminal Justice” 2019/31(2), s. 217–235, <https://doi.org/10.1080/10345329.2019.1604474> (dostęp: 4.09.2024 r.). O przypadkach *stealthingu*: O. Petter, *I saw the condom on the floor – and I realised I’d been ‘stealthed’*, <https://www.thetimes.co.uk/article/i-saw-the-condom-on-the-floor-and-i-realised-id-been-stealthed-6ssfmrgmf> (dostęp: 4.09.2024 r.); L. Lawless, *Stealthing: ‘I said you have to wear a condom. A couple of minutes later, he didn’t’*, <https://www.irishtimes.com/life-and-style/health-family/stealthing-i-said-you-have-to-wear-a-condom-a-couple-of-minutes-later-he-didnt-t-1.4321889> (dostęp: 4.09.2024 r.).

⁶¹ Przykład ten bazuje na historii opisaney w publikacji A. Jankowska, *Złapani...*

stosunki seksualne w swoim związku tylko pod warunkiem używania prezerwatyw przez jej (doświadczonego seksualnie) partnera. Podczas nocowania z partnerem w górach, w ciemności, została zapytana o zgodę na stosunek seksualny i poinformowana, że partner ma prezerwatywy i zamierza ich użyć. Po kilkukrotnym zapytaniu, czy partner na pewno założył prezerwatywę, kobieta zgodziła się na seks. Ze względu na brak doświadczenia i otaczającą ją ciemność nie miała możliwości określić, czy partner faktycznie jej użył. Jednak kilkukrotną pozytywną odpowiedź na jej pytanie uznała za wystarczający dowód. Później okazało się, że partner wcale – wbrew swoim deklaracjom – nie skorzystał z prezerwatywy⁶².

Trzecia przykładowa sytuacja dotyczy kobiety cierpiącej na tokofobię (paniczny strach przed zajściem w ciążę), która ze względu na przejawiany lęk w ogóle nie uprawiała seksu i była w tym konsekwentna. O jej problemie i postawie wiedziały wszystkie jej bliskie osoby. Kobieta spotkała jednak mężczyznę, z którym nawiązała bliższą znajomość. Po jakimś czasie mężczyzna przekonał ją, że jest osobą bezpłodną. Na dowód pokazał jej wyniki badań, które potwierdzały jego przypadek. Ze względu na pozyskane informacje kobieta zdecydowała się na podjęcie z tym mężczyzną stosunków seksualnych. Po pewnym czasie kobieta zaszła w ciążę i wyszło na jaw, że mężczyzna kłamał, bo wiedział, że bez wprowadzenia jej w błąd nie będzie miał szans na podjęcie z nią aktywności seksualnej. Dlatego też sfalszował dokumentację medyczną.

W każdym z przedstawionych przykładów mamy do czynienia z wprowadzeniem w błąd co do obiektywnie istotnego, a subiektywnie niezwykle ważnego aspektu aktywności seksualnej. Każda z ofiar wprowadzenia w błąd – a w zasadzie oszustwa – jednoznacznie wykluczała podejmowanie aktywności seksualnej w sytuacji, w której szansa zajścia w ciążę nie jest zminimalizowana albo nawet (jak w trzecim przykładzie) wykluczona. Nie ma wątpliwości co do bezpośredniości zamiaru osób stosujących podstęp, aby doprowadzić do obcowania seksualnego. Nie ma też wątpliwości co do tego, że gdyby podstęp związany z antykoncepcją (czy bezpłodnością) nie był zastosowany, do obcowania płciowego by nie doszło. Ofiary podstępu traktowały znaczące zminimalizowanie prawdopodobieństwa zajścia w ciążę jako warunek konieczny podejmowania pewnego typu (albo wszelkiej) aktywności seksualnej.

Warto teraz zadać pytanie: czy można traktować fakty dotyczące stosowania antykoncepcji jako uzasadnione motywy podejmowania decyzji o aktywności seksualnej, dające się zobiektywizować i znajdujące odzwierciedlenie we wzorcach kulturowych? Niewątpliwie tak. Biorąc pod uwagę, że aktywność seksualna może mieć nie tylko funkcję prokreacyjną, ale też np. hedoniczną (dostarczania przyjemności), a współcześnie możliwe jest daleko idące izolowanie tych funkcji od siebie, trzeba uznać,

⁶² Ten przykład jest blisko związany ze *stealthiem* lub po prostu jest *stealthiem*; nie byłoby celowe zastanawianie się, czy odróżniałaby się ona znacząco pod względem prawnokarnym, gdyby mężczyzna na początku założył prezerwatywę, a dopiero po chwili ją zdjął, ponieważ z perspektywy osób biorących udział w sytuacji zarówno ich cele, jak i konsekwencje zdarzenia są w obu sytuacjach tożsame. Czysto scholastyczne byłoby rozważanie, co zmienia się dla kwalifikacji prawnej, gdy mężczyzna przez część stosunku stosował prezerwatywę.

że ktoś może decydować się jedynie na taką aktywność seksualną, która jest skupiona wyłącznie na dostarczaniu przyjemności, a stwarza tylko minimalne, pomijalnie małe prawdopodobieństwo zajścia w ciążę. Współczesne wzorce kulturowe w pełni uwzględniają sytuacje, w których odmawia się aktywności seksualnej ze względu na brak stosowania przez partnera antykoncepcji. Trzeba też dodać, że taka odmowa uzasadniona jest w dający się zobiektywizować sposób, tj. nieakceptowalnym przez jednostkę prawdopodobieństwem zajścia w ciążę (dla zawężenia rozważań pominiemy w tej pracy uzasadnienie odnoszące się do niebezpieczeństwa zarażenia się chorobami przenoszonymi drogą płciową). Jeśli wiadomo o tej jednostce, że wyznaje pewne zasady związane ze stosowaniem antykoncepcji i właśnie ze względu na tę wiedzę celowo tworzy się pozór dostosowania do tych zasad, z pewnością musi być to uznane za podstęp. Podstęp taki będzie spełniał test istotności błędu, w tym test wzorców kulturowych. Wydaje się więc, że doprowadzenie do obcowania płciowego przy jego pomocy może być kwalifikowane jako zgwałcenie. Możliwe, że niektóre tego typu sytuacje powinny być wyjęte ze zbioru sytuacji karalnych – tylko jakie uzasadnienie można by dla tego wyłączenia sformułować? Co miałoby być czynnikiem różnicującym sytuacje związane z pozostawianiem w błędzie co do stosowania antykoncepcji albo bezpłodności, potencjalnie tragicznym w skutkach (jak nasilenie stanów lękowych i ryzyko samobójstwa w przykładzie trzecim), od karalnych działań podstępnych? Jaki test miałby sprawić, że te niewątpliwie podstępne i szkodliwe społecznie działania (np. dla psychiki ofiary, jej dysponowania wolnością seksualną, ale również dla zaufania ludzi względem siebie) nie powinny być uznawane za karalne?

Na obecnym etapie debaty akademickiej brak jest silnych argumentów pozwalających stwierdzić, że nie są karalne oszustwa związane z antykoncepcją, gdy są podejmowane z zamiarem bezpośrednim doprowadzenia do obcowania płciowego względem osoby, która jasno deklaruje niedopuszczanie obcowania płciowego w sytuacji niestosowania antykoncepcji. Co interesujące, w najobszerniejszej jak dotychczas analizie dotyczącej *stealthingu*⁶³ M. Głuchowski przy pomocy innego (wartościowego) rozumowania dochodzi do zupełnie innych wniosków. Jakkolwiek trzeba jasno podkreślić, że analiza ta jest niezwykle elegancka i rzetelna, to jednak wnioski z niej płynące trudno uznać za akceptowalne, ponieważ wiążą się one z uznaniem, że *stealthing* stanowi formę zgwałcenia, a oszustwo w sprawie stosowania antykoncepcji hormonalnej już nie, ponieważ – jak argumentuje M. Głuchowski – stosunek płciowy z wykorzystaniem prezerwatywy jest inną czynnością seksualną niż stosunek płciowy bez wykorzystania prezerwatywy, podczas gdy w przypadku oszustwa w sprawie stosowania antykoncepcji hormonalnej przez kobietę „nie dochodzi do modyfikacji samej czynności seksualnej, ale jedynie zmiany ryzyka jej następstw”⁶⁴. Można zatem powiedzieć, że M. Głuchowski za zgwałcenie zapewne uznawałby drugi przykład z początku tej części rozważań (pokrewny lub równoważny *stealthingowi*), ale już nie przykład pierwszy ani nie przykład trzeci. Takie wnioski wydają się nieakceptowalne

⁶³ M. Głuchowski, *Stealthing...*

⁶⁴ M. Głuchowski, *Stealthing...*, s. 110.

z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, ich przyjęcie stanowiłoby niechlubny przykład „dogmatyki oderwanej od normalnego życia”, bo różnicowałyby na podstawie subiektywnych i niejasnych kryteriów dwie sytuacje, które prawdopodobnie są w percepcji społecznej swoimi dokładnymi odpowiednikami – oszustwo w sprawie antykoncepcji czynione przez mężczyznę oraz oszustwo w sprawie antykoncepcji czynione przez kobietę⁶⁵. Po drugie, owo różnicowanie wynikałoby wyłącznie z tego, że jedna antykoncepcja przyjmuje formę bariery fizycznej (antykoncepcja mechaniczna; antykoncepcja barierowa), a druga – „bariery” bardziej abstrakcyjnej (antykoncepcja hormonalna). Nadmierne skupianie się przez prawników na tym, że procesy biologiczne – także te wiążące się ze stosowaniem antykoncepcji hormonalnej – mają często charakter niewidoczny gołym okiem, a prezerwatywa jest widoczna, mogłoby, mówiąc wprost, ośmieszać tę grupę w oczach społeczeństwa. Szczęśliwie prawnicy nie poświęcają współcześnie zbyt dużo czasu na zastanawianie się, czy trucizna może być tak samo skutecznym sposobem pozbawienia kogoś życia jak broń palna, skoro nie widać żadnej rany, gdy ofiara spożyje truciznę. Analogicznie dobrze byłoby, aby nie budziło wątpliwości, że tak jak można stosować mechaniczne rodzaje antykoncepcji, to można też stosować hormonalne rodzaje antykoncepcji, i że ostateczny efekt osiągany w obu przypadkach jest analogiczny, a zarazem analogiczny jest w obu przypadkach rezultat niestosowania takich środków. Innymi słowy, skoro można odróżniać czynność seksualną „stosunek płciowy z osobą wykorzystującą prezerwatywę, minimalizujący prawdopodobieństwo zajścia w ciążę” od czynności „stosunek płciowy z osobą niewykorzystującą prezerwatywy, nieminimalizujący prawdopodobieństwa zajścia w ciążę”, to można także odróżniać czynność „stosunek płciowy z osobą wykorzystującą antykoncepcję hormonalną, minimalizujący prawdopodobieństwo zajścia w ciążę” od czynności „stosunek płciowy z osobą niewykorzystującą antykoncepcji hormonalnej, nieminimalizujący prawdopodobieństwa zajścia w ciążę”⁶⁶.

⁶⁵ Badanie empiryczne, które pozwoliłyby poznać dokładne poglądy społeczeństwa na ten temat, a dzięki temu z wyższym poziomem pewności stwierdzić, że dwie przytoczone sytuacje są swoimi dokładnymi odpowiednikami, byłoby bardzo cennym wkładem w dyskurs dotyczący dysponowania wolnością seksualną.

⁶⁶ Na marginesie warto dodać, że różnica między drugą parą czynności jest z punktu widzenia głównego celu stosowania antykoncepcji (tj. zapobiegania ciąży) nawet większa niż między pierwszą parą czynności – antykoncepcja hormonalna ma wyższą skuteczność niż mechaniczne metody antykoncepcji. Można by więc nawet argumentować, że osoba, która godzi się na stosunek z użyciem prezerwatywy, godzi się też na bardzo nieduże, ale wyraźnie niezerowe prawdopodobieństwo niezadziałania antykoncepcji (np. w związku z pęknięciem prezerwatywy), podczas gdy osoba godząca się na stosunek z osobą używającą antykoncepcji hormonalnej w mniejszym stopniu musi brać pod uwagę takie prawdopodobieństwo. Teoretyczna skuteczność doustnej antykoncepcji hormonalnej przy jej w pełni prawidłowym użyciu jest bliska 100%, zaś rzeczywiste prawdopodobieństwo zapłodnienia w ciągu roku jej regularnego stosowania szacuje się na od 1% do kilku procent. Tymczasem w przypadku męskich prezerwatyw prawdopodobieństwo niezadziałania tej metody antykoncepcji w ciągu roku stosowania wynosi od kilku do nawet kilkunastu procent i nie może być zredukowane do wartości bliskich zera. Zob. D. Mansour, P. Inki, K. Gemzell-Danielsson, *Efficacy of contraceptive methods: A review of the literature*, „The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care” 2010/15(1), s. 4–16, <https://doi.org/10.3109/13625180903427675> (dostęp: 4.09.2024 r.); A. Sundaram, B. Vaughan, K. Kost, A. Bankole, L. Finer, S. Singh, J. Trussell, *Contraceptive failure in the United States: estimates from the 2006–2010 National Survey of Family Growth*, „Perspectives on Sexual and Reproductive Health” 2017/49(1), s. 7–16, <https://doi.org/10.1363/psrh.12017> (dostęp: 4.09.2024 r.).

Nie wgłębiając się z nadto w wątki socjologiczne, trzeba jednak podkreślić, że różnicowanie antykoncepcji w formie barier fizycznych od antykoncepcji hormonalnej powodowałoby bardzo znaczące zależne od płci różnice w faktycznej ochronie przed nadużyciami związanymi z oszukańczym (nie)stosowaniem antykoncepcji przez partnera. To z kolei mogłoby indukować dodatkowe napięcia społeczne i prowadzić do poczucia dyskryminacji, szczególnie u mężczyzn, którzy mogliby być sprawcami oszustwa związanego ze stosowaniem antykoncepcji (*stealthingu*), ale w rzeczywistości – ze względu na praktyki społeczne – nie mogliby być zaklasyfikowani jako ofiary analogicznego oszustwa czynionego przez kobiety⁶⁷.

4.5. Nieistniejące „wzorce kulturowe”, czyli o propozycji uwzględnienia „minimum subiektywizmu”

Na koniec tej części rozważań należy poczynić jeszcze jedną istotną wzmiankę. Jak wskazywaliśmy na początku opracowania, M. Bielski – a za nim także inni autorzy – podkreśla, że ocena istotności błędu, w który wprowadzana jest potencjalna ofiara, powinna być dokonywana z punktu widzenia wzorców kulturowych⁶⁸. Michał Głuchowski stawia sprawę mocno, stwierdzając: „Przy ocenie nie należy odwoływać się do kodeksu etycznego konkretnej partnerki. (...) Ważne jest jedynie zobiektywizowane wyobrażenie. Konieczne jest tu zachowanie daleko idącej wstrzemięźliwości w przyjmowaniu poglądów części społeczeństwa za absolutne”⁶⁹. To pokazuje, że w dogmatyce prawa karnego szuka się pełnej obiektywizacji kryteriów oceny. Słusznie.

Niestety – poszukiwania te skazane są na porażkę. W społeczeństwie współwystępuje bardzo wiele rozmaitych zbiorowości cechujących się odmiennym światopoglądem, różniących się schematami postępowania w kontaktach społecznych, w tym także kontaktach seksualnych, różniących się też przyjmowanymi normami moralnymi, w tym normami odnoszonymi do sfery seksualnej. To sprawia, że nie jest możliwe wyznaczenie naprawdę zobiektywizowanych kryteriów oceny⁷⁰. Wybór któregośkolwiek światopoglądu jako tego, który odpowiada „zobiektywizowanym kryteriom” albo „wzorcom kulturowym” i w związku z tym stanowi podstawę

⁶⁷ Metody mechaniczne antykoncepcji dla kobiet istnieją (najistotniejsze to prezerwatywy dla kobiet oraz kapturki dopochowowe), ale z badań wynika, że ich rozpowszechnienie jest niezwykle niskie; zob. np. B.A. Chen, D.L. Blithe, G.R. Muraguri, A.A. Lance, B.R. Carr, J.T. Jensen, T.D. Kimble, A.S. Murthy, C.A. Schreiber, M.A. Thomas, T.L. Walsh, C. Westhoff, A.E. Burke, *Acceptability of the Woman's Condom in a Phase III multicenter open-label study*, „Contraception” 2019/99(6), s. 357–362, <https://doi.org/10.1016/j.contraception.2019.02.006> (dostęp: 4.09.2024 r.); P.I. Jabłońska, B. Naworska, A. Duda, M. Nieckula, A. Drosdzol-Cop, *Analiza porównawcza metod antykoncepcyjnych stosowanych przez studentki z dwóch wybranych regionów Polski*, „Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne” 2019/9(4), s. 285–292.

⁶⁸ M. Bielski, *Komentarz...*, [w:] *Kodeks...*, t. 2, cz. 1, *Komentarz...*, teza 54.

⁶⁹ M. Głuchowski, *Zakres...*, s. 195.

⁷⁰ Problem ten zauważają również autorzy publikacji: H. Myśliwiec, *Podstęp...*, s. 81; M. Grudecki, *Podstęp...*, s. 80–81. Zarazem M. Głuchowski słusznie podnosi inne problemy, które wiązałyby się z decydowaniem o tym, co jest podstępem w zgwałceniu, głównie na podstawie subiektywnego światopoglądu potencjalnej ofiary, a zatem z uznaniem koncepcji M. Grudeckiego – te problemy można by zbiorczo nazwać „nadmiarem subiektywizmu”; zob. M. Głuchowski, *O rodzajach...*

dla analiz prawnokarnych, będzie z konieczności subiektywną decyzją – czasem lepiej, czasem gorzej uzasadnioną. Wystarczy zwrócić uwagę na przedstawianą przez Szymona Tarapatę celną krytykę poglądu, zgodnie z którym kobieta, która się upija, pośrednio godzi się na wszelakie konsekwencje tego upicia, nawet na ewentualne obcowanie płciowe⁷¹. Autor ten zauważa, że w obliczu współczesnych realiów społecznych takie stanowisko należałoby odrzucić – ale czy w przeszłości naprawdę „wzorce kulturowe” były spójne w zakresie tego poglądu? Czy zostało to dokładnie zbadane, czy może często było przyjmowane bez dowodu przez wychowanych w pewien sposób (czy reprezentatywny?) uczestników debaty akademickiej? Jeśli dużo osób przyjmowało to twierdzenie bez dowodu, to czy wystarczyło to już na uznanie owego kryterium za „zobiektywizowane”? Czy „wzorce kulturowe” naprawdę z biegiem czasu uległy zdecydowanej zmianie i powszechnie twierdzi się teraz tak, jak S. Tarapata? A jeśli tak, to w którym momencie do tego doszło i skąd o tym wiemy? Czy moment ten nie zależy przypadkiem od subiektywnej decyzji odnoszącej się do momentu, w którym coś staje się już „wzorcem kulturowym” ...?⁷²

Te wszystkie pytania mają oczywiście charakter retoryczny i ich zadaniem jest uwypuklenie następującego problemu: uznanie czegoś za (legitymowany, referencyjny) wzorec kulturowy w dyskusjach prawniczych zawsze będzie obciążone subiektywizmem, a społeczeństwa demokratyczne jednorodne pod względem wzorców kulturowych właściwie nie występują – nawet te względnie homogeniczne, jak społeczeństwo polskie, są nazbyt różnorodne. Nieobalalne domniemanie, że pewne zachowania nie stanowią w pewnej kulturze „błędu istotnego” (albo że na pewno go stanowią) mogą bardzo krzywdzić osoby o niektórych światopoglądach lub podejściach. W przeszłości takie domniemania mogły krzywdzić np. te kobiety, które upijając się w towarzystwie, w ogóle nie zakładały, że według „wzorców kulturowych” daje to pełne przyzwolenie towarzyszącym im mężczyznom na obcowanie płciowe z pijanymi kobietami. W teraźniejszości owe domniemania mogłyby skrzywdzić np. tych mężczyzn, którzy nie pomyśleliby, że oszukiwanie ich przez partnerkę co do stosowania antykoncepcji

⁷¹ S. Tarapata, *Podstęp...*, s. 59–60.

⁷² I jeszcze na marginesie: skoro zobiektywizowane kryteria oparte na względach kulturowych mają teoretycznie tak silną rangę, to dlaczego dowody empiryczne w postaci badań socjologicznych i psychologicznych pojawiają się tak rzadko w argumentacjach prawniczych odnoszących się do przestępstw związanych ze sferą seksualną? Skądinąd, gdyby te dane empiryczne zaczęły być szerzej wykorzystywane, to sprawa wcale nie stałaby się prosta. Z badań empirycznych zacząłby się bowiem wyłaniać obraz skomplikowanych uwarunkowań społecznych i kulturowych – na tyle skomplikowanych, że bardzo prawdopodobne, iż nieopisywalnych za pomocą ogólnego określenia „wzorców kulturowych”. Dla przykładu ze sfery życia rodzinnego, powiązanej ze sferą seksualną, te same czynniki – np. poziom wykształcenia, posiadanie dzieci czy poziom majątności – w zależności od kontekstu społeczno-kulturowego mogły zmniejszać lub zwiększać prawdopodobieństwo rozwodu; zob. A. Porębski, E. Ilczuk, *Kontekstualny...* Oznacza to, że te same zmienne mogą przekładać się na zachowania jednostek (a nawet wzorce postępowania) w jaskrawo odmienny sposób zależnie od czynników kontekstualnych. Dlatego w przypadku skomplikowanych zagadnień życia społecznego czy rodzinnego – a takimi są z całą pewnością dyskutowane w prezentowanym artykule decyzje odnoszące się do realizacji seksualności – będzie trudno empirycznie wyznaczyć (a nie tylko normatywnie postulować) wiążący decydentów „wzorec kulturowy”. Jeśli faktycznie chciałoby się to zrobić, potrzebne będą wysokiej jakości dane, spora świadomość metodologiczna i gotowość do uznania, że w ramach jednego społeczeństwa występują nawet sprzeczne względem siebie wzorce, ideały i determinanty zachowań.

hormonalnej nie będzie stanowiło podstępu według „zobiektywizowanych kryteriów”, niezależnie od tego, jak dużą starannością ci mężczyźni się wykazali. Analizując tę delikatną i wrażliwą problematykę – znajdującą się tak naprawdę na styku prawa karnego i socjologii – należy pamiętać, że „zobiektywizowane kryteria” oceny (których poszukiwanie jest, pisząc całkiem poważnie, chwalebne) bywają niestety czasem „wytrychem retorycznym”, mającym bez dowodu stawiać pewien światopogląd jako punkt odniesienia.

Przytoczone względy prowadzą do następującej konstatacji: zobiektywizowane kryteria oceny powinny być oczywiście celem analiz karnistycznych. Jednakże skoro z uwagi na (naprawdę obiektywne) ograniczenia zobiektywizowane kryteria oceny nigdy nie będą możliwe do pełnego osiągnięcia⁷³, to w toku analiz normatywnych odnoszących się do podstępu w przestępstwie zgwałcenia należy uwzględnić „minimum subiektywizmu”⁷⁴, które upodmiotowi potencjalne ofiary i sprawi, że będzie istniało jakiekolwiek pole dla dostrzeżenia ich światopoglądu przed dokonaniem kwalifikacji prawnej zachowania naruszającego ich dobra. To „minimum subiektywizmu” powinno polegać na uwzględnieniu możliwości, że jeśli (po pierwsze) czyjś światopogląd był odpowiednio silnie i jednoznacznie manifestowany oraz (po drugie) stanowi względnie spójny, komunikowalny zespół norm dających się intersubiektywnie zrozumieć, a nie jedynie osobistą, indywidualną preferencję niemożliwą do zewnętrznego uzasadnienia⁷⁵, to wtedy (po trzecie) podstępne oszukanie takiej osoby w związku z jej światopoglądem, (po czwarte) przez osobę świadomą tego światopoglądu, (po piąte) z zamiarem doprowadzenia w ten sposób do obcowania z nią płciowo, (po szóste) w sposób wystarczająco przekonujący, że podstępowi uległby także „modelowy obywatel” ostrożnie rozporządzający swoim dobrem prawnym – będzie mogło być przynajmniej rozpatrzone jako zgwałcenie za pomocą podstępu. Proponowane „minimum subiektywizmu” ma naprawdę charakter „minimum”, tzn. nie stanowi domniemania ani nie przesądza czegokolwiek, a jedynie ma chronić przed niezwykle silnymi domniemaniami ustalonymi w dogmatyce w sposób generalny na podstawie niejasnych kryteriów⁷⁶. Uwzględnienie „minimum subiektywizmu” i związanej z nim perspektywy potencjalnej ofiary pozwala ustrzec się przed dużo silniejszym subiektywizmem – tym, którym obarczony jest dyskurs prawniczy. W tym ostatnim pojawia się zawsze zagrożenie, że arbitralnie, a nawet abstrahując od aktualnych danych i badań empirycznych (niestety niechętnie wykorzystywanych

⁷³ Szeroko na temat elementów nieobiektywizmu niemożliwych do uniknięcia nawet w przypadku „twardych nauk” (ang. *science*) zob. J. Reiss, J. Sprenger, *Scientific Objectivity*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/scientific-objectivity> (dostęp: 4.09.2024 r.). Nie trzeba raczej dodawać, że w przypadku sądów normatywnych i dyskusji prawniczych sprawa jest jeszcze trudniejsza.

⁷⁴ Można by je też nazwać „minimum indywidualizmu” lub „minimum zindywidualizowania oceny”.

⁷⁵ Rozważania stanowiące próbę doprecyzowania, czym są indywidualne preferencje niemożliwe do zewnętrznego uzasadnienia, zostały podjęte w przypisie 40.

⁷⁶ Być może także i w tym tekście mogły się znaleźć ślady takich domniemań. Jeśli takowe się pojawiły, to również i one powinny być traktowane z należyty dystansem, tak jak i każdy pogląd obecny w dyskursie prawniczym, który pełen jest przecież mocnych tez, jednak nie zawsze mocno uargumentowanych.

przez prawników)⁷⁷, uzna się, że pewien światopogląd stanowi „zobiektywizowany” wzorzec zachowań i tylko wykroczenie przeciwko niemu prowadzić może do stwierdzenia, że doszło do zgwałcenia przy pomocy podstęp.

5. Dobrze uzasadnione poglądy czy autoreferencyjna pustka? Krytyczne wnioski i propozycje dalszych badań

Wnioski płynące z powyższych spostrzeżeń można przedstawić na kilku poziomach, które dotyczą: 1) stanu literatury, 2) problemów dyskursu prawniczego oraz 3) samej w sobie dogmatyki znamienia podstęp w przestępstwie zgwałcenia. Przyjrzyjmy się im kolejno, a następnie zastanówmy się, w jaki sposób należałoby rozwijać uwagi poczynione w tej pracy w dalszych badaniach.

Chcąc odnieść się do stanu polskiej literatury związanej z podstępem w przestępstwie zgwałcenia, jeszcze kilka lat temu trzeba by go było ocenić jednoznacznie negatywnie – jako bardzo ubogi, skupiony prawie wyłącznie na powtarzaniu tych samych poglądów w taki sposób, jakby były one oczywiste. Trzecia dekada XXI w. przynosi jednak w polskiej literaturze prawniczej znaczący postęp w rozważaniach na temat podstęp, czy to dzięki cennym i rozbudowanym analizom kwalifikowalności *stealthingu* jako zgwałcenia⁷⁸, czy też toczącym się nowym dyskusjom, których uczestnicy poruszają i rozważają problemy od dawna występujące, a wcześniej ignorowane⁷⁹. Ciesząc się z postępu, który dokonuje się w tej części dogmatyki prawa karnego, nie można zignorować tego, że nadal zbyt często poglądy związane z podstępem w zgwałceniu są nierewidowane od lat i pozbawione argumentacji wykraczającej poza powtórzenie innymi słowami poglądu przyjętego w zasadzie jako założenie (co stanowi sygnalizowany wcześniej błąd *petitio principii*). Z tego względu powinna być kontynuowana dyskusja, którą prowokuje M. Grudecki⁸⁰, do której zachęca M. Głuchowski⁸¹ i której częścią stara się być prezentowana praca.

⁷⁷ Warto doprecyzować, że jakkolwiek szersze korzystanie przez prawników z danych empirycznych, gdy odnoszą się one do zjawisk społecznych, byłoby wskazane i cenne, to oczywiście dane te nie muszą, a czasem wręcz nie powinny determinować wyników refleksji normatywnej. Szczególnie odnosi się to do danych o poglądach społeczeństwa, których znajomość przybliża do zrozumienia dominujących w danym czasie i kontekście kulturowym systemów wartości, ale jednocześnie opinia publiczna bywa obciążona tendencją do powielania stereotypów, mitów czy błędnych wyobrażeń, które nie powinny być inkorporowane do systemu prawa karnego. Przykładowo badania wskazują na istnienie tzw. mitów gwałtu (stereotypowych przekonań na temat gwałtu, jego ofiar i sprawców) skutkujących m.in. niższą punitivnością względem gwałtu popełnionego przez partnera ofiary niż popełnionego przez osobę obcą; zob. A. Uhl, A. Porębski, E. Ilczuk, *Disparity Between Punitive Attitudes Toward Stranger Rape and Partner Rape: Evidence From Cross-National Survey Data*, „Journal of Interpersonal Violence” 2025, <https://doi.org/10.1177/08862605241307618> (dostęp: 4.09.2024 r.). Co najmniej część takich poglądów może być niezgodna z założeniami systemu prawa karnego lub wiedzą naukową. Wykorzystywanie danych empirycznych w argumentacji normatywnej nie oznacza więc oczywiście „związania” poglądami obrazowanymi przez te dane.

⁷⁸ Mowa tu w szczególności o pracy: M. Głuchowski, *Stealththing...*

⁷⁹ Tutaj przede wszystkim należy przytoczyć debatę toczoną w tekstach: M. Grudecki, *Podstęp...*; M. Głuchowski, *O rodzajach...*

⁸⁰ Zob. M. Grudecki, *Podstęp...*

⁸¹ Zob. M. Głuchowski, *O rodzajach...*, s. 114.

Szczególną formą sygnalizowanych w poprzednim akapicie niedostatków debaty jest ciągle przytaczanie tych samych stanowisk mimo braku silnego ich uzasadnienia, a nawet ich wątpliwej istotności społecznej – dlatego tylko, że zwykło się coś twierdzić we wcześniejszej literaturze. Tę niedoskonałość debaty prawniczej widać dobrze na przykładzie pełniącego (zbyt) istotną rolę w literaturze wyroku Sądu Najwyższego z 26.09.1974 r.⁸² Jest wysoce zaskakujące, jak ważną rolę w dyskusji o podstępie w zgwałceniu zyskało to orzeczenie, mimo jego wieku, zwięzłości, nierozbudowania argumentacyjnego, a nawet zupełnie innego kontekstu kulturowego, który panował w latach 70. XX w. Sytuacja przytaczanego wyroku pokazuje, dlaczego jest tak ważne, aby nie powielać jakiegoś poglądu tylko dlatego, że został on kiedyś sformułowany (np. w orzecznictwie) i był powoływany przez innych – może to w perspektywie czasu sprawić, że zyska on zbyt wysoką rangę, za którą nie będą stać wystarczająco ważne argumenty merytoryczne.

Na koniec podsumowania wniosków odnieśmy się do obecnych w tekście twierdzeń natury dogmatycznej. Przede wszystkim art. 197 k.k. zdaje się dawać możliwość karania dość szerokiego kręgu zachowań polegających na tworzeniu nieprawdziwego obrazu rzeczywistości w celu ingerencji w wolność seksualną (czy też wolność decydowania o życiu seksualnym). Zbiór zachowań, które mogą być penalizowane na podstawie tego typu czynu zabronionego, jest często ograniczany z uwagi na rzekomą „nieistotność błędów”, które wywoływane są przez stosujących podstęp. Jednakże koncepcja „błędów istotnych” nie jest pozbawiona wad i musi być albo dopracowana przez dokładniejsze sformułowanie jej kryteriów, albo też odrzucona na rzecz innego, bardziej spójnego modelu. Rzekome zobiektywizowanie kryteriów oceny „istotności błędu” według dotychczasowej koncepcji wydaje się nadmiernie subiektywne, a całkowite abstrahowanie zarówno od różnorodności kontekstu społeczno-kulturowego występującego w różnych grupach i różnych środowiskach, jak i od indywidualnych cech potencjalnej ofiary – niefortunne i nieuzasadnione, zwłaszcza w warunkach, w których dyskurs prawniczy niestety bardzo wąsko korzysta z danych empirycznych pozwalających na próbę rzetelnego odkodowania wzorców kulturowych występujących w danym czasie i danym miejscu. Tym samym w literaturze pojawia się luka polegająca na braku kompleksowego uzasadnienia, dlaczego właściwie błąd odnoszący się do cech osobowych sprawcy bądź ewentualnych przyszłych zdarzeń nie może w indywidualnych przypadkach wiązać się z wystąpieniem zgwałcenia przez podstęp. Niezależnie od potrzeby wypełnienia tej luki i skonstruowania bardziej spójnej teorii, cechującej się bogatszym uzasadnieniem, które pozwoliłoby w legitymowany i względnie zrozumiały dla obywateli sposób odejść od ogólnojęzykowego rozumienia terminu „podstęp”, należy wprowadzić do oceny sytuacji potencjalnie kwalifikowanych jako zgwałcenie przez podstęp „minimum subiektywizmu” – zasadę pozwalającą uwzględnić indywidualną sytuację poszkodowanego, a zarazem kontrującą zbyt mocne, nieobalalne domniemania, które mogły się czasem wytworzyć nie ze względu na bardzo silne przemawiające za nimi

⁸² III KR 105/74, OSNKW 1974/12, poz. 229.

argumenty, lecz ze względu na odpowiednio częste powielanie innych poglądów, także tych dawnych i formułowanych w innym kontekście kulturowym.

Wnioski z niniejszej pracy mają jednak stanowić nie samodzielne tezy, lecz bazę do dalszych badań. Te powinny uwzględniać dwa poziomy. Pierwszy z nich obejmuje widok „z lotu ptaka” na dyskurs prawniczy. Bardzo wartościowe byłoby mapowanie dyskursu prawniczego – np. mapowanie sieci cytowań przy pomocy grafów – w ten sposób, aby określić newralgiczne jego miejsca, w których pewne źródła zyskują nieproporcjonalnie duży wpływ na prezentowane poglądy. Znajdywanie i analizowanie takich fragmentów dyskursu może być szczególnie wartościowe, także praktycznie, ponieważ mogą one być wyjątkowo podatne na powielanie poglądów (również tych archaicznych) bez adekwatnej ich weryfikacji. Zanim w latach 2022–2023 ukazało się kilka cennych tekstów rewidujących i poddających pod dyskusję dawne poglądy w zakresie podstępu w przestępstwie zgwałcenia⁸³, ten fragment dyskursu był przykładem właśnie takiego feralnego pola, w którym większość poglądów jest przytaczana za innymi, bez adekwatnego uzasadnienia, a źródło wielu twierdzeń tkwi w wyroku Sądu Najwyższego z 1974 r.⁸⁴ Identyfikacja innych takich fragmentów dyskursu byłaby niezwykle cenna.

Drugi poziom wiąże się z badaniami odnoszącymi się do znamienia podstępu w przestępstwie zgwałcenia. W ich obrębie obiecujące są analizy zmierzające do silniejszego zakorzenienia wykładni art. 197 k.k. w kontekście ogólnojęzykowego znaczenia terminu „podstęp”, które mogłoby dostarczyć solidnych argumentów językowych za określonymi poglądami. Cenne byłoby również kompleksowe zbadanie istniejących koncepcji – takich jak „błąd istotnego” – pod kątem możliwości zastąpienia ich lub rozszerzenia o dodatkowe kwestie, które pozwoliłyby na ulepszenie wynikających z tych koncepcji testów, a zatem ich wyższą stosowalność w procesie subsumpcji. Potrzebna jest też dalsza dyskusja o uzasadnieniach przyjętych poglądów dotyczących oszukańczego przyrzeczenia korzyści majątkowej (lub zrewidowanie ich aktualności), a także systematyzacja myślenia o oszustwach związanych z wykorzystaniem środków antykonceptyjnych. Ostatecznie szczególnie cenne byłoby wykreowanie w przyszłych badaniach modelu integrującego dotychczasowe stanowiska i rozwiązującego ich problemy – bez pominięcia psychologicznych i socjologicznych danych empirycznych; modelu odnoszącego się zarówno do zbioru typowych wzorców kulturowych, jak i zbioru podlegających ochronie wartości związanych ze sferą wolności seksualnej; modelu uwzględniającego przy tym perspektywę ofiary zgodnie z zaproponowanym „minimum subiektywizmu”. Model taki, ustanawiając zbiór ogólnych zasad opartych na kryteriach zobiektywizowanych na tyle, na ile to możliwe, brałby jednak pod uwagę specyfikę indywidualnych przypadków, być może wymykających się rdzeniu dyskursu, ale zasługujących na ochronę. Gdyby udało się utworzyć taki model, mógłby on być istotnym wsparciem zarówno dla sądownictwa (w kształtowaniu rozsądnego i przekonującego dla obywateli orzecznictwa), jak i dla

⁸³ S. Tarapata, *Podstęp...*; M. Gluchowski, *Zakres...*; M. Grudecki, *Podstęp...*; M. Gluchowski, *O rodzajach...*

⁸⁴ Wyrok SN z 26.09.1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974/12, poz. 229.

dyskusji prawniczych i etycznych, które – szukając zobiektywizowanych kryteriów oceny – powinny jednak pamiętać o granicach tego obiektywizmu i niebywalej złożoności sfery seksualnego funkcjonowania człowieka.

Bibliografia

1. Bayer K., *Nowa moda – mężczyźni w ostatniej chwili po kryjomu zdejmują prezerwatywę. Grozi za to nawet więzienie*, <https://bezprawnik.pl/stealththing-prawo-legalnosc>.
2. Bielski M., *Komentarz do art. 197, [w:] Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2, cz. 1, *Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017.
3. Chen B.A., Blithe D.L., Muraguri G.R., Lance A.A., Carr B.R., Jensen J.T., Kimble T.D., Murthy A.S., Schreiber C.A., Thomas M.A., Walsh T.L., Westhoff C., Burke A.E., *Acceptability of the Woman's Condom in a Phase III multicenter open-label study*, *Contraception* 2019, t. 99, nr 6, <https://doi.org/10.1016/j.contraception.2019.02.006>.
4. Chesser B., Zahra A., *Stealththing: a criminal offence?*, *Current Issues in Criminal Justice* 2019, t. 31, nr 2, <https://doi.org/10.1080/10345329.2019.1604474>.
5. Filar M., Berent M., *Komentarz do art. 197, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa 2016.
6. Filar M., *Pojęcie „czynu nielegalnego” w kodeksie karnym*, *Palestra* 1973, nr 17/2.
7. Filar M., *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa–Poznań 1974.
8. Gadecki B., *Komentarz do art. 197, [w:] M. Banaś-Grabek, B. Gadecki, J. Karnat, A. Łyżwa, R. Łyżwa, Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*, Warszawa 2020.
9. Gąsior M., *Kobiety bez pruderii radzą sobie, jak złapać faceta na dziecko. „Nabierasz strzykawkę i wtryskujesz”*, <https://natemat.pl/112595,ciemna-strona-polskiego-internetu-kobiety-bez-pruderii-radza-jak-zlapac-faceta-na-dziecko>.
10. Głuchowski M., *O rodzajach błędów w ramach przestępstwa zgwałcenia z użyciem podstępów – polemika*, *Studia Prawnoustrojowe* 2023, nr 59, <https://doi.org/10.31648/sp.8187>.
11. Głuchowski M., *Stealththing – karalność zdjęcia prezerwatywy bez wiedzy partnerki*, *Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny* 2022, t. 84, nr 3, <https://doi.org/10.14746/rpeis.2022.84.3.07>.
12. Głuchowski M., *Zakres zgody na czynność seksualną przy przestępstwie zgwałcenia z użyciem podstępów*, *Przegląd Sądowy* 2022, nr 11–12.
13. Grudecki M., *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym*, *Studia Prawnoustrojowe* 2022, nr 55, <https://doi.org/10.31648/sp.7424>.
14. Hyps S., *Komentarz do art. 197, [w:] Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2021.
15. Jabłońska P.I., Naworska B., Duda A., Nieckula M., Drosdzol-Cop A., *Analiza porównawcza metod antykoncepcyjnych stosowanych przez studentki z dwóch wybranych regionów Polski*, *Pielęgniarstwo i Zdrowie Publiczne* 2019, t. 9, nr 4.

16. Jankowska A., *Złapani na dziecko*, <https://www.wprost.pl/485886/zlapani-na-dziecko.html>.
17. Jarząbek-Bielecka G., Warchoń-Biedermann K., Sowińska E., Wachowiak-Ochmańska K., *Przedwczesne dojrzewanie płciowe*, Ginekologia Polska 2011, t. 82, nr 4.
18. Kłaczyńska N., *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. J. Giezek, LEX/el. 2010.
19. Konarska-Wrzosek V., *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzosek, Warszawa 2020.
20. Krajewski R., *Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia*, *Studia Prawnoustrojowe* 2018, nr 40.
21. Krajewski R., *Zmiany kształtu przestępstwa zgwałcenia w polskich kodeksach karnych*, *Studia Prawnoustrojowe* 2023, nr 59, <https://doi.org/10.31648/sp.8608>.
22. Krajewski W., *Seksoholicy*, Warszawa 2021.
23. Kulshreshtha N., *Enacting a Law on Sexual Assault Using Deceptive Means in India*, *Liverpool Law Review* 2024, t. 45, <https://doi.org/10.1007/s10991-023-09357-3>.
24. Kurzępa B., *Glosa do wyroku SA w Rzeszowie z 17 października 2002 r., II AKa 96/02*, *Orzecznictwo Sądów Powszechnych* 2005, z. 3, poz. 43.
25. Lawless L., *Stealthling: 'I said you have to wear a condom. A couple of minutes later, he didn't'*, <https://www.irishtimes.com/life-and-style/health-family/stealthling-i-said-you-have-to-wear-a-condom-a-couple-of-minutes-later-he-didn-t-1.4321889>.
26. Lyly J., *Euphues: the Anatomy of Wit*, London 1578.
27. Małecki M., *Niezmieniony kodeks karny*, Kraków 2023.
28. Mansour D., Inki P., Gemzell-Danielsson K., *Efficacy of contraceptive methods: A review of the literature*, *The European Journal of Contraception & Reproductive Health Care* 2010, t. 15, nr 1, <https://doi.org/10.3109/13625180903427675>.
29. Marek A., *Komentarz do art. 197*, [w:] A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2010.
30. Mariański J., *Katolicka moralność małżeńsko-rodzinna w ocenie młodzieży akademickiej*, *Polish Journal of Critical Realism* 2023, nr 1(1).
31. Mariański J., *Małżeństwo i rodzina w świadomości Polaków – analiza socjologiczna*, *Zeszyty Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego* 2015, t. 58, nr 4.
32. Michalska-Warias A., *Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim*, *Studia Iuridica Lublinensia* 2014, t. 21, <https://doi.org/10.17951/sil.2014.21.0.129>.
33. Mozgawa M., *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, red. M. Mozgawa, LEX/el. 2021.
34. Myśliwiec H., *Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia*, *Prokuratura i Prawo* 2012, nr 11.
35. Nowakowski P. [red.], *Wokół pigułki gwałtu*, Warszawa 2011.
36. Petter O., *I saw the condom on the floor – and I realised I'd been 'stealthed'*, <https://www.thetimes.co.uk/article/i-saw-the-condom-on-the-floor-and-i-realised-id-been-stealthed-6ssfmrgmf>.

37. Piórkowska-Flieger J., *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, LEX/el. 2016.
38. Porębski A., Ilczuk E., *Kontekstualny charakter wybranych determinant rozwoju – krytyczna analiza literatury*, *Fabrica Societatis* 2024, nr 7, <https://doi.org/10.19195/2657-3679.7.2>.
39. Porębski A., *Rola analizy semantycznej języka ogólnego w analizie normatywnej*, *Forum Prawnicze* 2024, nr 1(81), [https://doi.org/10.32082/fp.1\(81\).2024.1119](https://doi.org/10.32082/fp.1(81).2024.1119).
40. Porębski A., *W poszukiwaniu ogólnojęzykowego znaczenia terminu „podstęp”*, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 2024, t. 28, z. 1–2.
41. Reiss J., Sprenger J., *Scientific Objectivity*, [w:] *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, red. E.N. Zalta, <https://plato.stanford.edu/archives/win2020/entries/scientific-objectivity>.
42. Stańczak J. [red.], *Sytuacja demograficzna Polski do 2018 r. Tworzenie i rozpad rodzin*, Warszawa 2019.
43. Staroń M., *Stealththing*, *Prokuratura i Prawo* 2023, nr 5.
44. Sundaram A., Vaughan B., Kost K., Bankole A., Finer L., Singh S., Trussell J., *Contraceptive failure in the United States: estimates from the 2006–2010 National Survey of Family Growth*, *Perspectives on Sexual and Reproductive Health* 2017, t. 49, nr 1, <https://doi.org/10.1363/psrh.12017>.
45. Szymanek K., *Sztuka argumentacji. Słownik terminologiczny*, Warszawa 2012.
46. Tarapata S., *Podstęp jako jedna z form przestępstwa zgwałcenia – zagadnienia wybrane*, *Prawo w Działaniu* 2022, t. 51, <https://doi.org/10.32041/pwd.5104>.
47. *Tylko 10% Polaków nie akceptuje seksu przed ślubem*, <https://www.wirtualnemedia.pl/arttykul/tylko-10-polakow-nie-akceptuje-seksu-przed-slubem>.
48. Uhl A., Porębski A., Ilczuk E., *Disparity Between Punitive Attitudes Toward Stranger Rape and Partner Rape: Evidence From Cross-National Survey Data*, *Journal of Interpersonal Violence* 2025, <https://doi.org/10.1177/08862605241307618>.
49. Warylewski J., *Komentarz do art. 197*, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. Stefański, Warszawa 2020.
50. Wyciślak E., *Czy „zaplanowana wpadka” powinna być traktowana jako przestępstwo?*, <https://bezprawnik.pl/zaplanowana-wpadka>.