

MICHAŁ GŁUCHOWSKI*

***STEALTHING* – KARALNOŚĆ ZDJĘCIA PREZERWATYWY BEZ WIEDZY PARTNERKI**

STEALTHING: CRIMINAL LIABILITY FOR NON-CONSENSUAL CONDOM REMOVAL

Condom removal without a sexual partner's knowledge and consent, commonly known as 'stealth-ing', differs from a typical rape in that the partner consents to the intercourse, but only with protection. The aim of this paper is to establish whether stealthing fulfils the elements of rape by deception pursuant to Article 197(1) of the Polish Criminal Code. After conducting legal-dogmatic research, the author came to the following conclusion: agreement to have sexual intercourse with a condom does not encompass consent to intercourse without a condom, as it as an act of a different nature than protected intercourse. This view is justified as follows: a condom constitutes a physical barrier against intimacy; the partners might be in different mental states during the intercourse, due to the increased risk of pregnancy and sexually transmitted diseases; and finally, condom usage is a material prerequisite for intercourse for a significant proportion of the general public. The author concludes that stealthing amounts to rape by deception under Polish criminal law.

Keywords: stealthing; non-consensual condom removal; rape; deception; sexual autonomy; Istanbul Convention

Stealthing, czyli potajemne zdjęcie prezerwatywy przez mężczyznę bez zgody partnerki, różni się od typowego przestępstwa zgwałcenia, gdyż pokrzywdzona wyraża zgodę na współzycie płciowe, tyle że z zabezpieczeniem. Celem niniejszego artykułu jest ustalenie, czy to zachowanie stanowi zgwałcenie przy użyciu podstępu (art. 197 § 1 k.k.). W pracy zastosowana została metoda dogmatycznoprawna. Autor artykułu przedstawił następujące wnioski. Zgoda na obcowanie płciowe z użyciem prezerwatywy nie obejmuje swoim zakresem zgody na stosunek seksualny bez użycia prezerwatywy, gdyż taki stosunek płciowy stanowi inny rodzaj czynności seksualnej. Przemawiają za tym fizyczna bariera przed bliskością między partnerami, inny stan psychiczny w trakcie współzycia płciowego wynikający z większego ryzyka ciąży i zarażenia chorobą weneryczną, a także waga przywiązywana do użycia prezerwatywy przez wiele osób. Tym samym *stealthing* wypełnia znamiona zgwałcenia przy użyciu podstępu.

Słowa kluczowe: stealthing; prezerwatywa; zgwałcenie; podstęp; wolność seksualna; autonomia seksualna; konwencja stambulska

* Michał Głuchowski
European University Viadrina Frankfurt (Oder), Germany /
Uniwersytet Europejski Viadrina we Frankfurcie nad Odrą, Niemcy
euv93337@europa-uni.de, <https://orcid.org/0000-0001-5287-1930>

I. WPROWADZENIE

Stealthing to praktyka polegająca na potajemnym¹ zdjęciu prezerwatywy przez mężczyznę podczas stosunku seksualnego i kontynuowaniu współżycia płciowego z nieświadomą tego partnerką lub partnerem. Partnerka wyraża więc zgodę na współżycie płciowe z zabezpieczeniem i po zdjęciu prezerwatywy przez mężczyznę bez oporu kontynuuje współżycie w błędnym przekonaniu, że mężczyzna ma ją nadal na sobie.

Reakcje kobiet, które w trakcie obcowania płciowego lub już po jego zakończeniu zauważyły, że partner nie miał na sobie prezerwatywy, były wprawdzie zróżnicowane, ale powszechne były dwa wzorce zachowania. Pierwszą reakcją był strach przed zająciem w ciążę i zarażeniem chorobą weneryczną². Po drugie, kobiety relacjonowały, że po zająciu czuły, że partner głęboko naruszył ich autonomię seksualną, wykorzystał je i zawiódł ich zaufanie³.

Wypada przy tym zaznaczyć, że zjawisko *stealthingu* nie dotyczy wyłącznie współżycia płciowego między kobietą a mężczyzną. Problem ten dotyczy również stosunków seksualnych między mężczyznami. W celu zachowania przejrzystości wywodu w dalszej części artykułu w odniesieniu do osób dotkniętych *stealthingiem* stosowana będzie forma żeńska.

Zachowanie objęte *stealthingiem* wymyka się oczywistej ocenie z perspektywy prawa karnego i do niedawna zjawisko to nie było dostrzegane w zagranicznej literaturze prawniczej. Przełom przyniosły dwa wydarzenia z 2017 r. Wtedy to Sąd Rejonowy w Lozannie uznał sprawcę *stealthingu* za winnego zgwałcenia (art. 190 szwajcarskiego kodeksu karnego)⁴. Niedługo później dyskusję w doktrynie prawniczej zapoczątkował artykuł Alexandry Brodsky⁵. Po ukazaniu się tej pracy temat został też szybko podchwycony przez zagraniczne⁶ i polskie⁷ media popularne, dzięki czemu *stealthing* zaistniał w przestrzeni publicznej i świadomości wielu osób.

Celem niniejszego artykułu jest ustalenie, czy *stealthing* stanowi przestępstwo na gruncie polskiego prawa karnego, a w szczególności czy wypełnia on znamiona zgwałcenia.

II. SKALA ZJAWISKA

Po dostrzeżeniu *stealthingu* w debacie naukowej i publicznej przeprowadzono kilka analiz skali tego zjawiska. W amerykańskich badaniach Erin E. Bonar i in. 5% mężczyzn oraz 18,9% kobiet w wieku od 18 do 25 lat

¹ Z języka angielskiego *stealth* – podstęp; *stealthy* – ukradkowy.

² Brodsky (2017): 185–186.

³ Brodsky (2017): 186–187.

⁴ Wyrok Bezirksgericht Lausanne z 9 stycznia 2017 r., PE15.012315-LA. Przegląd niejednolitego orzecznictwa szwajcarskiego i niemieckiego prezentuje Wißner (2020): 316–319.

⁵ Brodsky (2017).

⁶ Np. Maullin (2017); Nedelman (2017).

⁷ Np. Bartkiewicz (2017); ukazały się liczne artykuły utrzymane w sensacyjnym tonie, np. Fakt24 (2017).

oświadczyło, że padło ofiarą *stealthingu*, a 6,1% mężczyzn przyznało się do popełnienia tego czynu⁸. Według ankiety przeprowadzonej wśród studentów Uniwersytetu w Ottawie 10,8% osób, które w swoim życiu współżyły płciowo z użyciem prezerwatywy, oświadczyło, że partner zdjął prezerwatywę bez ich wiedzy⁹. W ankiecie przeprowadzonej przez Kelly Cue Davis wśród amerykańskich heteroseksualnych mężczyzn w wieku od 21 do 30 lat bez stałych partnerek i stosujących nieregularnie prezerwatywy 9,8% z nich potwierdziło, że dopuścili się *stealthingu*¹⁰. Z kolei w innych badaniach zespołu kierowanego przez tę autorkę 12,2% kobiet w wieku od 21 do 30 lat i z czynnikami ryzyka¹¹ oświadczyło, że doświadczyły takiej praktyki¹². Ponadto tylko jedna poradnia zdrowia seksualnego w Melbourne odnotowuje rocznie ponad 1200 konsultacji w związku ze *stealthingiem*¹³.

Przy interpretacji powyższych danych należy mieć na uwadze, że badania przeprowadzono wśród grup demograficznych, u których można spodziewać się nadreprezentacji *stealthingu*¹⁴. Z drugiej strony odsetek ofiar nie uwzględnia osób, które wprawdzie doświadczyły *stealthingu*, ale nigdy tego nie zauważyły¹⁵. Choć dokładna skala tej praktyki nie jest znana¹⁶, to można stwierdzić, że nie jest to marginalne zjawisko¹⁷.

III. POLSKIE PIŚMIENNICTWO

W polskim piśmiennictwie prawniczym *stealthing* pojawia się w publikacjach Radosława Krajewskiego¹⁸, Marty Romańczuk-Grackiej¹⁹ oraz Michała Grudeckiego²⁰, ale ze względu na szerzej zakrojony temat opracowań autorzy nie poświęcają temu zagadnieniu wiele miejsca. Ponadto *stealthing* jest przedmiotem artykułu Macieja Bocheńskiego i Mateusza Żebrackiego, ale położono tam nacisk raczej na analizę tego zjawiska od strony kryminolo-

⁸ Bonar et al. (2021): 582–584.

⁹ Dokładniej 4 osoby z 334 stwierdziły, że zdjęto prezerwatywę bez ich wiedzy, a kolejne 32, że zdjęto prezerwatywę bez ich zgody i wiedzy – Czechowski (2019): 10.

¹⁰ Davis (2019): 998.

¹¹ Uczestniczkami były kobiety niezależne od alkoholu, które: (1) w ostatnim roku przynajmniej raz współżyły płciowo z mężczyzną przy użyciu prezerwatywy; (2) spełniają przynajmniej jeden czynnik ryzyka (m.in. choroba weneryczna, pobyt w zakładzie karnym, narkomania, większa liczba partnerów seksualnych); (3) przynajmniej dwa razy współżyły płciowo z mężczyzną w ciągu ostatniego miesiąca; (4) spożywały alkohol przynajmniej dwa razy w ciągu ostatniego miesiąca – Davis et al. (2019): 232.

¹² Davis et al. (2019): 234.

¹³ Latimer et al. (2018): 11.

¹⁴ Davis (2019): 999; Davis et al. (2019): 235; por. Latimer et al. (2018): 11.

¹⁵ Davis et al. (2019): 235.

¹⁶ Blanco (2018): 225.

¹⁷ Linoh, Wettmann (2020): 383.

¹⁸ Krajewski (2018): 269.

¹⁹ Romańczuk-Gracka (2020): 224.

²⁰ Grudecki (2022): 76, 78, 81.

gicznej²¹. Niniejszy artykuł ma więc za zadanie wypełnić lukę w piśmiennictwie i przedstawić szczegółową analizę dogmatyczną zdjęcia prezerwatywy bez wiedzy partnerki na gruncie polskiego prawa karnego. Rozważyć należy kwalifikację prawną tego czynu jako przestępstwa zwałcenia z użyciem podstępem według art. 197 § 1 Kodeksu karnego²².

IV. EUROPEJSKI STANDARD OCHRONY AUTONOMII SEKSUALNEJ

Przed szczegółowym omówieniem przesłanek art. 197 § 1 k.k. wypada wskazać, że przy wykładni jego znamion konieczne jest uwzględnianie orzecznictwa Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC)²³ oraz art. 36 Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej²⁴. Wypływa z nich ciężący na stronach obowiązek kryminalizacji wszystkich przypadków umyślnych czynności seksualnych wykonywanych bez pozytywnej zgody drugiej osoby. Ta konstrukcja opiera się na teorii autonomii seksualnej²⁵, która przy pojmowaniu zwałcenia kładzie nacisk na wolę partnerki²⁶ oraz istnienie świadomej, autonomicznej i wolnej od nacisków zgody (*affirmative consent*)²⁷, a nie jedynie na istnienie przejawów sprzeciwu, przełamanych przez przemoc, groźbę bezprawną czy podstęp²⁸. U podstaw tej teorii leży przyjęcie, że czynności seksualne odbywające się bez zgody drugiej osoby stanowią zamach na jej wolność, godność oraz integralność cielesną i psychiczną²⁹.

²¹ Bocheński, Żebracki (2021). Autorzy poświęcili przy tym wiele uwagi zjawisku zdejmowania prezerwatywy przez nosicieli wirusa HIV. Ze względu na ograniczone ramy niniejszego artykułu nie poruszono tu tej problematyki.

²² Ustawa z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.jedn.: Dz. U. 2021, poz. 2345 (dalej jako: k.k.).

²³ Wyrok ETPC z 4 grudnia 2003 r. w sprawie *M.C. przeciwko Bułgarii*, skarga nr 39272/98, zvl. § 166, omówiony np. przez Płatek (2018): 279–284.

²⁴ Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r., Dz. U. 2015, poz. 961 (dalej jako: konwencja stambulska).

²⁵ Szerzej Płatek (2018): 285–291.

²⁶ Płatek (2018): 285; Jarocka (2021): 51.

²⁷ Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów w sprawie definicji zwałcenia z 13 lutego 2021 r., XI.518.88.2020.ASZ <https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zwalcenia_02_2021.pdf>: 2; Czechowska (2021): 87; obszerniej Płatek (2018): 285–288.

²⁸ Tak teoria wolności seksualnej, która stanowiła punkt wyjścia przy tworzeniu regulacji zawartej w art. 197 k.k. – Płatek (2018): 294–297; Jarocka (2021): 53; Wystąpienie Rzecznika Praw Obywatelskich do Prezesa Rady Ministrów w sprawie definicji zwałcenia z 13 lutego 2021 r., XI.518.88.2020.ASZ:<https://bip.brpo.gov.pl/sites/default/files/wystapienie_RPO_do_premiera_ws_definicji_zwalcenia_02_2021.pdf>: 3.

²⁹ Płatek (2018): 289–290; por. Archard (1998): 20–21; Hörnle (2010): 758–760; Scheidegger (2021): 770.

V. ISTOTNOŚĆ BŁĘDU

Należy przejść do zbadania, czy w przypadku stealthingu dochodzi do doprowadzenia innej osoby podstępem do obcowania płciowego w rozumieniu art. 197 § 1 k.k. Ponadto niepisany znamię przestępstwa zgwałcenia z art. 197 § 1 k.k. jest brak zgody dysponenta dobrem na obcowanie płciowe³⁰.

Za podstęp w rozumieniu art. 197 k.k. uważa się wprowadzenie w błąd lub wykorzystanie błędu ofiary co do przesłanki motywacyjnej jej decyzji o czynności seksualnej (ujęcie wąskie), a także według dominującego poglądu poprzedzone wprowadzeniem w błąd lub wykorzystaniem błędu doprowadzenie ofiary do stanu, w którym nie można podjąć lub zrealizować decyzji (ujęcie szerokie)³¹. Jednakże nie każde doprowadzenie do współżycia płciowego przez wprowadzenie w błąd powinno być traktowane jako zgwałcenie. W przeciwnym razie jakakolwiek błędna informacja stawiająca adoratora w lepszym świetle (np. podwyższenie swoich zarobków) mogłaby prowadzić do odpowiedzialności karnej za zgwałcenie, jeśli miała ona na celu skłonienie kobiety do współżycia płciowego. Wątpliwości wywołuje jednak stwierdzenie, w jaki sposób należy ograniczyć zakres penalizacji. Według zdecydowanie dominującego poglądu należy to uczynić przez rozróżnienie między rodzajami wywołanego błędu. Ja z kolei stoję na innym stanowisku i zaproponowałem w innym opracowaniu konstrukcję, która ogranicza penalizację poprzez zakres udzielonej zgody³². Wskazane jest zaprezentowanie obu ścieżek, choć prowadzą one zawsze do tych samych wyników.

Według dominującego poglądu rozróżnia się błędy istotne z punktu widzenia art. 197 k.k., czyli wiążące się z naruszeniem wolności seksualnej³³ pokrzywdzonej³⁴, oraz błędy dotyczące ubocznych motywów decyzji o współżyciu płciowym³⁵. Błąd będzie istotny np. przy ukryciu czynności seksualnych przez ginekologa pod pozorami badania³⁶, a zaledwie uboczny motyw to, przykładowo, przyrzeczenie rekompensaty za współżycie płciowe³⁷ lub oszukańcza obietnica małżeństwa³⁸. W przypadku błędów dotyczących ubocznych okoliczności nie ma podstępu w rozumieniu art. 197 k.k., gdyż ofiara świadomie godzi się na czynność seksualną³⁹. Marek Bielski uważa, że to odróżnienie „sprowadzać

³⁰ Warylewski (2016): 683; Budyn-Kulik, Kulik (2017): 668.

³¹ Wyrok SN z 27 maja 1985 r., II KR 86/85, Lex nr 17642; Filar (1974): 108; Bielski (2017): 682–683.

³² Głuchowski [w druku].

³³ Stosownie do terminologii przyjętej przez ustawodawcę w nazwie rozdziału XXV Kodeksu karnego oraz używanej w doktrynie, przy referowaniu poglądów dotyczących wykładni art. 197 k.k. stosuję termin „wolność seksualna”, a nie „autonomia seksualna”.

³⁴ Por. Filar (1974): 109; Hyps (2021): 1180.

³⁵ Filar (1974): 109; Bielski (2017): 683.

³⁶ Michalska-Warias (2014): 132; Krajewski (2018): 266.

³⁷ Wyrok SN z 26 września 1974 r., III KR 105/74, OSNKW 1974, nr 12, poz. 229; Filar (1974): 109; Budyn-Kulik, Kulik (2017): 674.

³⁸ Filar (1974): 109; Michalska-Warias (2014): 131–132.

³⁹ Filar (1974): 109; Warylewski (2016): 696.

się winno do oceny, czy okoliczność, co do której ofiara była w błędzie, z punktu widzenia wzorców kulturowych mogła stanowić główną determinantę podjęcia świadomej decyzji w przedmiocie życia seksualnego⁴⁰. Autor odwołujący się do oceny na podstawie „wzorców kulturowych” słusznie dostrzega, że ograniczenie penalizacji musi mieć charakter zobiektywizowany⁴¹. Nie można opierać oceny karnoprawnej istotności błędu jedynie na tym, czy dla konkretnej partnerki dany fakt miał kluczowe znaczenie przy podjęciu decyzji o czynności seksualnej⁴². Takie podejście skutkowałoby szeroką penalizacją przy kłamstwach niezwiązanych bezpośrednio z wolnością seksualną – w końcu bardzo różne okoliczności mogą być kluczowe dla danej osoby przy podejmowaniu decyzji o współżyciu płciowym⁴³. Ilustruje to podany wyżej przykład obietnicy rekompensaty za stosunek seksualny – w tym przypadku wynagrodzenie jest często jedynym powodem, dla którego partnerka decyduje się na czynność seksualną. Również w przypadku obietnicy małżeństwa błąd partnerki jest uznawany za nieistotny, gdyż według wzorców kulturowych ta okoliczność nie uchodzi za relewantną z perspektywy ochrony wolności seksualnej. Konieczne jest więc ograniczenie penalizacji do sytuacji, w których błąd ofiary według zobiektywizowanej oceny dotyczy sfery wolności seksualnej. Jak natomiast wskazuje Jarosław Warylewski, wolność seksualna konkretyzuje się „w prawie do dysponowania swoim ciałem w sferze stosunków seksualnych, w prawie do wyboru partnera seksualnego i ich liczby oraz czasu, miejsca i formy oraz sposobu realizacji kontaktów seksualnych, które powinny być wolne od rzeczywistego przymusu, groźby i podstępów”⁴⁴.

Z kolei według mojego poglądu nie jest konieczne rozróżnianie rodzajów błędu w definicji podstępów. Zawężenie penalizacji powinno następować przez analizę zakresu zgody na czynność seksualną⁴⁵. Zgoda na daną czynność seksualną nie oznacza bowiem blankietowego zezwolenia na jakiekolwiek czynności seksualne. Zgodnie z istotą wolności seksualnej należy przyjąć, że zgoda ma w sobie zawsze zakodowaną tożsamość partnera i rodzaj czynności seksualnej. To, że dana osoba zgadza się na waginalne współżycie, nie oznacza, że godzi się na penetrację analną⁴⁶. W tym przypadku istnieje zgoda na obcowanie płciowe, ale penetracja analna nie jest nią objęta, ponieważ stanowi czynność innego rodzaju niż to, na co godzi się pokrzywdzona. Dlatego przy ocenie zgody należy badać, czy dysponent wyrażał zgodę na czynność seksualną konkretnego rodzaju z określoną osobą w chwili podejmowania tej czynności⁴⁷.

⁴⁰ Bielski (2017): 684.

⁴¹ Zob. Głuchowski [w druku].

⁴² Odmienne Gardner (1996): 287, 296–297; Vavra (2020): 370–371.

⁴³ Szczucki (2012): 149.

⁴⁴ Warylewski (2016): 681; poszczególne przesłanki omawia Głuchowski [w druku].

⁴⁵ Obszernie Głuchowski [w druku].

⁴⁶ Warylewski (2016): 681.

⁴⁷ Obszernie Głuchowski [w druku].

VI. OCENA STEALTHINGU W POLSKIEJ DOKTRYNIE

W tym miejscu należy przytoczyć dotychczasowe oceny stealthingu w polskiej doktrynie. Romańczuk-Grącka uznaje, że zapewnienie partnerki o użyciu prezerwatywy oraz późniejsze zdjęcie jej w trakcie stosunku seksualnego „jest jak najbardziej doprowadzeniem do obcowania płciowego w wyniku podstępu” i jest karalne na podstawie art. 197 k.k.⁴⁸ Podobnie Bocheński i Żebracki uważają za „dość oczywiste”, że *stealthing* wypełnia znamiona zgwałcenia za pomocą podstępu⁴⁹. Grudecki z kolei krytykuje przyjmowany przez większość piśmiennictwa podział motywów na „istotne” i „uboczne” z perspektywy naruszenia wolności seksualnej. Autor uważa, że przy zastosowaniu tych (odrzucających przezeń) kryteriów przedstawiciele nauki prawa karnego uznaliby stosowanie prezerwatywy za jedynie uboczny motyw decyzji o czynności seksualnej i tym samym odrzuciliby kwalifikację prawną *stealthingu* jako zgwałcenie za pomocą podstępu⁵⁰. Grudecki stoi jednak na stanowisku, że znamie „podstępu” powinno być interpretowane szerzej, niż czyni to większość przedstawicieli nauki, a *stealthing* należy uznawać za zgwałcenie⁵¹.

Z kolei Krajewski zajmuje odmienne stanowisko niż powyżsi przedstawiciele doktryny. Przy analizie istotności błędu dotyczącego użycia prezerwatywy autor stwierdza: „Jednak wyraźna lub dorozumiana formuła użycia prezerwatywy może być warunkiem *sine qua non* zgody kobiety na relację seksualną, bez której zgody takiej nie wyraziłaby, a zatem do obcowania płciowego by nie doszło, w konsekwencji czego nie można kwestii tej traktować jako ubocznej, lecz jako zasadniczą. Wówczas należałoby przyjąć, że podstępne ściągnięcie prezerwatywy w trakcie obcowania płciowego jest podstępem w rozumieniu art. 197 k.k.”⁵² W dalszej części wypowiedzi Krajewski podnosi jednak: „Mając na względzie konieczność uwzględnienia przy takiej ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu, jak też to, że wolność seksualna kobiety nie została tu naruszona w takim stopniu i zakresie, jak dzieje się to w innych przypadkach charakterystycznych dla zgwałcenia, uważam że *stealthing*, przy całkowitej jego moralnej dezaprobach, trudno byłoby kwalifikować jako zgwałcenie”⁵³.

Wypowiedź Krajewskiego o warunku *sine qua non* można byłoby przy powierzchownym czytaniu zrozumieć jako uzależnienie oceny wyłącznie od kryterium subiektywnego, to znaczy od tego, czy dla konkretnej partnerki kwestia użycia prezerwatywy była na tyle istotna, że bez jej użycia nie zdecydowałaby się na współzycie płciowe⁵⁴. Jednak autor we wcześniejszej części rozważań zaprobował pogląd Bielskiego o konieczności dokonywania oceny istotności błędu

⁴⁸ Romańczuk-Grącka (2020): 224.

⁴⁹ Bocheński, Żebracki (2021): 46.

⁵⁰ Grudecki (2022): 76 z przytoczeniem stanowiska Krajewskiego (2018): 269.

⁵¹ Grudecki (2022): 81.

⁵² Krajewski (2018): 269.

⁵³ Krajewski (2018): 269.

⁵⁴ Odpowiadałoby to koncepcji *deal-breaker* – zob. z perspektywy etycznej Dougherty (2013): 719, 731; z perspektywy karnoprawnej Vavra (2018): 613, 616; Vavra (2020): 333–334, 370–371.

z punktu widzenia wzorców kulturowych⁵⁵, więc ocena siłą rzeczy musi mieć charakter zobiektywizowany. Wydaje się więc, że Krajewski ma na myśli to, że generalnie dla wielu kobiet użycie prezerwatywy jest warunkiem współżycia płciowego, więc według oceny kulturowej różnica ta musi uchodzić za istotną.

VII. ZGODA NA CZYNNOŚĆ SEKSUALNĄ

Argumentacja Krajewskiego dotycząca warunku *sine qua non* przywodzi na myśl przyjętą w angielskim i walijskim prawie karnym konstrukcję zgody warunkowej (*conditional consent*), według której istnienie skutecznej zgody na współżycie płciowe może być uzależnione od tego, czy sprawca spełnił warunek stawiany przez partnera, np. właśnie stosowanie prezerwatywy⁵⁶. Jednakże instytucja zgody warunkowej stoi w sprzeczności z naturą zgody wyłączającej istotę czynu na gruncie polskiego prawa karnego⁵⁷. Dominujący pogląd przyjmuje na podstawie dorobku doktryny niemieckiej⁵⁸, że zgoda może mieć dwójaką naturę. W zależności od typu czynu zabronionego zgoda może wyłączać już wypełnienie jego znamion (*Einverständnis*) lub jedynie jego bezprawność (*Einwilligung*)⁵⁹. Zgoda na czynność seksualną jako zgoda co do istoty czynu wyłącza już wypełnienie znamion art. 197 k.k.⁶⁰ Zgodnie z szeroko prezentowanym poglądem zgoda wyłączająca wypełnienie znamion wymaga jedynie naturalnej (faktycznej) woli dysponenta dobrem⁶¹, więc jej doniosłość nie może być uzależniona od warunku⁶². W podanych wyżej przykładach z obietnicą wynagrodzenia czy też przyrzeczeniem zawarcia małżeństwa zgoda na czynność seksualną pozostawała ważna mimo niespełnienia „warunku” postawionego przez dysponentkę dobrem.

Należy jednak zwrócić uwagę na kluczową różnicę między tymi przykładami nieistotnych motywów a stealthingiem. W przypadku obietnicy małżeństwa czy wynagrodzenia „warunek” dotyczy materii niezwiązanej z samą czynnością seksualną, do jakiej ma dojść, oraz nie dotyczy kwestii związanej z wolnością seksualną. Sytuacja przedstawia się jednak inaczej w przypadku stealthingu. Zgodnie z konstrukcją, której zwolennikiem jest autor niniejszego artykułu, zgoda na czynność seksualną ma w sobie zakodowaną tożsamość partnera oraz rodzaj czynności seksualnej, na który godzi się dysponentka dobrem. Jeśli współżycie waginalne bez prezerwatywy stanowi czynność seksu-

⁵⁵ Krajewski (2018): 267.

⁵⁶ *Assange v Swedish Prosecution Authority* [2011] EWHC 2849 (Admin): pkt 78–91, zwłaszcza 86.

⁵⁷ Poniższe rozważania przedstawiono już wcześniej w: Głuchowski [w druku].

⁵⁸ Zob. zwłaszcza Geerds (1954); dalsze źródła przytacza Jędrzejewski (2009): 283.

⁵⁹ Spotowski (1972): 82, który dla zgody wyłączającej wypełnienie znamion proponuje odmienną nazwę – „zezwolenie uprawnionego”; Pohl (2012): 78.

⁶⁰ Jędrzejewski (2009): 283; Pohl (2012): 78; Szczucki (2011): 50.

⁶¹ Por. Jędrzejewski (2009): 283, 286; Szczucki (2011): 35, 50; Wessels, Beulke, Satzger (2020): 188, 189.

⁶² Franzke (2019): 117.

alną odmiennego rodzaju niż współzycie waginalne z użyciem prezerwatywy⁶³, to zgoda partnerki na penetrację z użyciem prezerwatywy nie obejmowałaby swoim zakresem penetracji bez jej użycia. Nie trzeba odwoływać się do konstrukcji „warunku”. Ważność zgody na czynność seksualną (w postaci penetracji z użyciem prezerwatywy) pozostawałaby bowiem nienaruszona, natomiast zachowanie sprawcy (penetracja bez prezerwatywy) mogłoby nie być objęte zakresem tej zgody. Byłby to przypadek bardziej zbliżony do casusu ginekologa ukrywającego czynności seksualne pod pozorami badania niż do przypadków „warunków” w postaci wynagrodzenia czy zawarcia małżeństwa. Ofiara poddawałaby się bowiem zachowaniu sprawcy, gdyż nie zdawałaby sobie sprawy z rzeczywistej natury czynności – myślałaby błędnie, że czynności sprawcy są objęte jej zgodą.

Do podobnego wyniku można dojść przy zastosowaniu konstrukcji preferowanej przez większość przedstawicieli doktryny, czyli przy badaniu istotności błędu z punktu widzenia naruszenia wolności seksualnej. Wskazane wyżej przypadki „warunków” w postaci wynagrodzenia i zawarcia małżeństwa dotyczą kwestii niezwiązanych z wolnością seksualną, czyli sfery majątkowej oraz stanu cywilnego. Natomiast niezastosowanie prezerwatywy może być istotne z punktu widzenia wolności seksualnej, jeśli narusza ono prawo partnerki do świadomego wyboru formy współzycia seksualnego. Prawo to zostanie naruszone, jeśli współzycie waginalne bez użycia prezerwatywy i z jej użyciem stanowią odmienne rodzaje czynności seksualnych.

Tym samym według obu możliwych konstrukcji decydujące znaczenie ma ustalenie, czy współzycie waginalne bez prezerwatywy stanowi czynność seksualną innego rodzaju niż podobne współzycie płciowe z użyciem prezerwatywy. Należy więc poddać ten problem pogłębionej analizie.

VIII. NATURA CZYNNOŚCI

Nie jest oczywiste, czy współzycie waginalne z prezerwatywą oraz bez jej użycia stanowią czynności seksualne odmiennego rodzaju. Można bowiem podnosić, że czynność seksualna jako taka pozostaje bez zmian. Założenie prezerwatywy następuje nie podczas samej czynności seksualnej, ale we wcześniejszej fazie⁶⁴. Następnie sposób wykonywania samego współzycia płciowego nie różni się już od penetracji bez prezerwatywy (nie licząc końcowego etapu obcowania płciowego w przypadku stosunku przerywanego). Podobnie nawet w powszechnym rozumieniu przy wyliczaniu różnych rodzajów aktywności seksualnej wskazuje się np. „seks oralny” czy „seks analny”, ale nie wskaże

⁶³ To samo dotyczy odpowiednio współzycia analnego z prezerwatywą i bez niej, z zastrzeżeniem, że ryzyko ciąży jest w tym wypadku minimalne. Z drugiej strony penetracja analna może nieść ze sobą większe ryzyko zakażenia chorobą weneryczną lub zakażenia bakteryjnego niż współzycie waginalne.

⁶⁴ Wyrok Amtsgericht Kiel z 17 listopada 2020 r., 38 Ds 559 Js 11670/18, Beck-Rechtsprechung 2020, nr 38969, nb. 9.

się jako osobnych rodzajów aktywności „seksu z zabezpieczeniem” i „seksu bez zabezpieczenia”⁶⁵.

Ponadto według niektórych głosów odnoszących się bezpośrednio do sytuacji *stealthingu* osobne rozważanie pod kątem zgody pierwszej części współżycia płciowego (jeszcze z prezerwatywą) oraz drugiej części (już bez niej) stanowiłoby nienaturalne rozerwanie jednolitego zdarzenia⁶⁶. Przeciwno temu można jednak podnieść, że penetracja musi zostać na chwilę przerwana, aby sprawca zdjął prezerwatywę, więc nawet w sensie fizycznym następuje pewna cezura oddzielająca dwie części stosunku seksualnego⁶⁷. Co istotne, dwie czynności wykonywane w ramach jednego stosunku seksualnego, choć zewnętrznie podobne do siebie, mogą mieć przypisywane wyraźnie odmienne znaczenie.

Można wskazać trzy argumenty za tym, że stosunek seksualny z użyciem prezerwatywy różni się wyraźnie od współżycia płciowego bez tego zabezpieczenia. Są nimi zagrożenia związane z ciążą i chorobami wenerycznymi, brak bezpośredniego kontaktu cielesnego, a także przywiązywanie wagi do stosowania (lub niestosowania) prezerwatywy.

Podstawowa różnica między współżyciem płciowym z prezerwatywą i bez niej wiąże się ze znacznie większym ryzykiem ciąży⁶⁸ oraz zarażenia wirusem HIV i innymi chorobami wenerycznymi. Nie bez powodu sformułowanie „bezpieczny seks” w języku powszechnym jednoznacznie kojarzy się ze stosowaniem prezerwatywy⁶⁹. Przeciwno temu argumentowi podnoszono jednak, że regulacje przestępstw przeciwko wolności seksualnej nie mają na celu ochrony przed ciążą ani chorobami wenerycznymi. W przypadku samowolnego zdjęcia prezerwatywy naruszonym dobrem prawnym nie jest wolność seksualna, lecz zdrowie pokrzywdzonej, więc właściwe jest odwoływanie się do przestępstw przeciwko zdrowiu⁷⁰ (czyli na tle polskiego prawa karnego spowodowania uszczerbku na zdrowiu i narażenia na zarażenie). Rzeczywiście późniejsze wystąpienie tych niepożądanych skutków nie ma wpływu na to, że kobieta wyraziła chęć na współżycie płciowe z konkretną osobą w danej chwili. Ich wystąpienie jest następstwem stosunku seksualnego, ale nie samym elementem obcowania płciowego. Choć uwagi dotyczące chronionego dobra prawnego są słuszne, to powyższe stanowisko nie uwzględnia, że zwiększone ryzyko może mieć bezpośrednie przełożenie na odczucia psychiczne podczas danej czynności seksualnej. Otóż użycie prezerwatywy może znacznie wzmacniać poczucie bezpieczeństwa. Z drugiej strony, współżycie płciowe bez zabezpieczenia może w jego trakcie rodzić stres i lęk, ograniczając skłonność do korzystania z autonomii seksualnej. Różnica zagrożeń,

⁶⁵ Por. wyrok Amtsgericht Kiel z 17 listopada 2020 r., 38 Ds 559 Js 11670/18, Beck-Rechtsprechung 2020, nr 38969, nb. 9.

⁶⁶ Denzel, Kramer da Fonseca Calixto (2019): 354; Hoffmann (2019): 17.

⁶⁷ Brodsky (2017): 191; Makepeace (2021): 14.

⁶⁸ Problem ten nie dotyczy stosunku seksualnego między mężczyznami.

⁶⁹ Por. postanowienie Kammergericht z 27 lipca 2020 r., 4 Ss 58/20, Beck-Rechtsprechung 2020, nr 18243, nb. 19; wyrok Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht z 19 marca 2021 r., 2 OLG 4 Ss 13/21, Beck-Rechtsprechung 2021, nr 4844, nb. 17; Makepeace (2021): 13.

⁷⁰ Wilson (2017): 344; Denzel, Kramer da Fonseca Calixto (2019): 353; Keßler (2022): 345.

mimo zewnętrznego podobieństwa czynności z zabezpieczeniem i bez niego, skutkuje tym, że waga i wpływ na stan psychiczny danej osoby podczas współżycia płciowego będą inne. Jest to szczególnie widoczne na przykładzie osób raczej niechętnych do współżycia płciowego bez zabezpieczenia, ale namówionych do tego. Przeżycia takiej osoby będą nieporównywalnie odmienne w zależności od tego, czy użyta zostanie prezerwatywa. Dlatego należy różnić między prawnokarnymi konsekwencjami ciąży i zarażenia (przy których rzeczywiście należy stosować normy chroniące zdrowie) i powodowaną przez ich ryzyko różnicą w percepcji i odczuciu samej czynności (co prowadzi do odmiennej natury czynności seksualnej).

Drugim centralnym argumentem za odmienną naturą tych czynności seksualnych jest to, że przy stosunku seksualnym z użyciem prezerwatywy nie dochodzi do bezpośredniego kontaktu skóry⁷¹ oraz styczności z płynami partnera⁷². Stosunek nie jest już tak bezpośredni, a prezerwatywa stanowi barierę przed nadmierną bliskością partnerów⁷³. Korzystanie z prezerwatywy prowadzi do innych odczuć fizycznych w porównaniu z obcowaniem płciowym bez jej użycia. W związkach o stosunkowo krótkim stażu przejście ze współżycia płciowego z prezerwatywą do obcowania płciowego bez niej może stanowić wyraz rosnącego zaufania i urastać do symbolicznego przejścia na wyższy poziom bliskości⁷⁴. Wydaje się wprawdzie, że zdecydowana większość par stosujących prezerwatywy nie robi tego po to, by uniknąć nadmiernego zbliżenia, lecz jedynie, by uchronić się przed ciążą i chorobami wenerycznymi. Uzasadnienie odwołujące się do różnicy w kontakcie fizycznym ma jednak tę zaletę, że już na pierwszy rzut oka wiąże się bezpośrednio z samą czynnością seksualną, a nie z jej następstwami.

W ostatecznym rozrachunku za wyraźną odrębną naturą współżycia płciowego bez prezerwatywy przemawia w końcu to, że partnerzy nierzadko przywiązują do jej użycia dużą wagę⁷⁵. Często użycie prezerwatywy jest bezwzględny warunkiem współżycia płciowego i w obawie przed ciążą lub zarażeniem partnerka (lub partner) nie zdecyduje się na stosunek seksualny bez jej użycia. Z drugiej strony w piśmiennictwie odnotowano, że niemały odsetek mężczyzn stosuje zróżnicowane techniki w celu uniknięcia stosowania prezerwatywy⁷⁶, od łagodnych, jak przekonywanie niechętniej partnerki (np. bagatelizacja ryzyka i wskazanie na większą przyjemność), aż po skrajne przypadki, jak właśnie *stealthing*. To wskazuje, że różnica między stosowaniem prezerwatywy a rezygnacją z niej ma dla nich na tyle duże znacze-

⁷¹ Brodsky (2017): 190; Makepeace (2021): 13.

⁷² Makepeace (2021): 13. Choć postanowienie Kammergericht z 27 lipca 2020 r., 4 Ss 58/20, Beck-Rechtsprechung 2020, nr 18243, nb. 25 odnosi się jedynie do kontaktu partnerki z nasieniem, to argument ten dotyczy też styczności z preejakulatem, a nawet styczności mężczyzny z kobietą wydzieliną w pochwie.

⁷³ Wyrok Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht z 19 marca 2021 r., 2 OLG 4 Ss 13/21, Beck-Rechtsprechung 2021, nr 4844, nb. 17; Herzog (2018): 354; Makepeace (2021): 13.

⁷⁴ Por. Linoh, Wettmann (2020): 386.

⁷⁵ Brodsky (2017): 191.

⁷⁶ Szerzej np. Davis et al. (2014).

nie, że są skłonni dążyć do zmiany zdania partnerki, a niektórzy nawet do zignorowania jej woli.

Z tych wszystkich względów należy uznać, że współzycie płciowe bez prezerwatywy jest innym rodzajem czynności seksualnej niż to samo zachowanie z użyciem prezerwatywy. Jako że już sama fizyczna natura czynności jest odmienna, to zbyt daleko idąca wydaje się analogia przedstawiona przez Krajewskiego, według którego gdyby uznać *stealthing* za zgwałcenie, to być może zgwałceniem należałoby też nazwać doprowadzenie do współzycia płciowego przez fałszywe zapewnienie ze strony kobiety, że przyjmuje tabletki antykoncepcyjne⁷⁷. Szczegółowa analiza tego zachowania wykracza poza ramy niniejszego artykułu, ale w tym wypadku nie dochodzi do modyfikacji samej czynności seksualnej, ale jedynie zmiany ryzyka jej następstw⁷⁸.

Jako że współzycie płciowe z użyciem prezerwatywy i obcowanie płciowe bez niej stanowią odrębne rodzaje czynności seksualnych, zgoda na stosunek seksualny z prezerwatywą nie obejmuje automatycznie swoim zakresem współzycia płciowego bez niej⁷⁹. Tym samym w ramach *stealthingu* należy wyróżnić dwie fazy. Pierwsza część stosunku seksualnego, w której stosowana jest prezerwatywa, jest objęta zgodą i nie ma tu podstaw do interwencji karnoprawnej. Ewentualne zamiary późniejszego zdjęcia prezerwatywy przez sprawcę nie mają wpływu na ważność zgody rozciągającej się na ten etap obcowania płciowego. Natomiast wraz ze zdjęciem prezerwatywy następuje cezura, a następne zachowania są oceniane autonomicznie⁸⁰. Jako że ofiara jest nieświadoma rodzaju wykonywanej czynności seksualnej, jej aktywne uczestnictwo w dalszym współzyciu płciowym nie może być interpretowane jako dorozumiana zgoda na obcowanie płciowe bez prezerwatywy. Dlatego penetracja bez prezerwatywy następuje już bez zgody pokrzywdzonej⁸¹. Natomiast według tradycyjnej dogmatyki błąd pokrzywdzonej wiąże się z jej wolnością seksualną (narusza prawo do wyboru formy czynności seksualnej) i jest przez to istotny w ramach znamienia „podstęp”.

IX. DOPROWADZENIE DO BŁĘDU LUB WYKORZYSTANIE BŁĘDU

Samo istnienie (istotnego) błędu po stronie pokrzywdzonej nie jest jeszcze równoznaczne z podstępem. Dla przyjęcia podstępu konieczne jest bowiem, aby sprawca do tego błędu doprowadził lub też ten błąd wykorzystał⁸². Ponadto słownikowe znaczenie słowa „podstęp” wskazuje na jeszcze jeden wymóg.

⁷⁷ Krajewski (2018): 269.

⁷⁸ Por. *R v Lawrance* [2020] EWCA Crim 971, pkt 37 – o kłamstwie co do bezpłodności; Keßler (2022): 350.

⁷⁹ Do podobnego wniosku na podstawie pierwszego argumentu (zagrożenie ciążą i zarażeniem) dochodzi Makepeace (2021): 14.

⁸⁰ Makepeace (2021): 14.

⁸¹ Tak też na tle prawa niemieckiego Makepeace (2021): 14.

⁸² Wyrok SN z 4 marca 2009 r., IV KK 339/08, Lex nr 491341; Filar (1974): 108.

Definicja słownikowa podstępu to „sprytne działanie mające na celu oszukanie kogoś”⁸³. Z wymogu „celowości” działania wynika, że dla przyjęcia podstępu konieczne jest wykazanie, że sprawca już w momencie doprowadzania do błędu lub wykorzystywania błędu działał z zamiarem osłabienia lub wyłączenia możliwości odmowy czynności seksualnej lub ewentualnie stawiania oporu wobec czynności seksualnej⁸⁴. Tym samym w rozważaniach należy różnić dwa przypadki różniące się czasem podjęcia zamiaru przez sprawcę.

Pierwszym przypadkiem jest sytuacja, w której sprawca jeszcze przed rozpoczęciem współżycia płciowego podjął zamiar późniejszego zdjęcia prezerwatywy. Uzgodnienie użycia prezerwatywy, choć sprawca nie zamierza przestrzegać tego zastrzeżenia, będzie stanowiło doprowadzenie partnerki do błędu o rodzaju przyszłej czynności seksualnej. Wprowadzenie w błąd co do natury czynności seksualnej może mieć też charakter dorozumiany. Jeśli sprawca zakłada prezerwatywę w sposób widoczny dla partnerki, to konkludentnie daje do zrozumienia, że zamierza mieć prezerwatywę na sobie przez cały czas penetracji. Jeśli już w momencie jej zakładania sprawca miał zamiar jej potajemnego zdjęcia, to wypełnia znamię podstępu poprzez wprowadzenie pokrzywdzonej w błąd.

Drugim przypadkiem jest sytuacja, w której sprawca podejmuje decyzję o zdjęciu prezerwatywy spontanicznie, już w trakcie współżycia płciowego – przy zakładaniu prezerwatywy zamierzał ją mieć na sobie przez cały czas penetracji, ale zdejmując ją w trakcie obcowania płciowego pod wpływem impulsu. Skoro w tamtym momencie rzeczywiście zamierzał on używać prezerwatywy przez cały okres penetracji, to uzgodnienie, czy też założenie prezerwatywy przez sprawcę nie miało na celu wywołania błędu. Należy jednak pamiętać, że podstęp może zostać zrealizowany nie tylko przez wprowadzenie w błąd, ale i przez wykorzystanie błędu przez sprawcę. W tym wypadku należy przyjąć, że sprawca nie doprowadził wprawdzie partnerki celowo do błędu przed stosunkiem seksualnym, ale w momencie zdjęcia prezerwatywy wykorzystał istniejący błąd po stronie partnerki. W chwili zdjęcia prezerwatywy sprawca wie, że partnerka myśli, że prezerwatywa jest nadal stosowana. Wymóg „celowości” działania jest spełniony, gdyż odnosi się w wypadku wykorzystania błędu do momentu zdjęcia prezerwatywy, a nie do wcześniejszych czynności. Zdjęcie prezerwatywy w sposób niewidoczny dla partnerki (czyli czynność wykonana szybko, przy wykorzystaniu braku skupienia pokrzywdzonej) świadczy też o typowym dla „podstępu” sprycie⁸⁵ w działaniu.

Tym samym w razie zdjęcia prezerwatywy w trakcie stosunku seksualnego bez wiedzy partnerki sprawca doprowadza za pomocą podstępu do obcowania płciowego, na które pokrzywdzona nie wyraża zgody. Wynik ten pozostaje aktualny bez względu na to, w którym momencie sprawca powziął zamiar zdjęcia prezerwatywy. *Stealthing* wypełnia więc znamiona art. 197 § 1 k.k.

⁸³ Tak Drabik, Sobol (2007): 399; podobnie Szymczak (1999): 717 – „posunięcie, wybieg mające na celu zmylenie, oszukanie kogoś; podejście, fortel, zasadzka”; Dubisz (2003a): 261 – „obmyślane, sprytne działanie mające na celu zmylenie, oszukanie kogoś; fortel, wybieg, trik”.

⁸⁴ Por. Hyps (2021): 1180.

⁸⁵ Zob. o tym wymogu Grudecki (2022): 79.

X. ROZMIAR NARUSZENIA WOLNOŚCI SEKSUALNEJ

Należy odnieść się w tym miejscu do wątpliwości podniesionych przez Krajewskiego. Jak już wskazano, autor po porównaniu *stealthingu* z „innymi przypadkami charakterystycznymi dla zgwałcenia” doszedł do wniosku, że stopień społecznej szkodliwości i naruszenia wolności seksualnej są w przypadku *stealthingu* znacznie mniejsze, przez co ten czyn „trudno byłoby kwalifikować jako zgwałcenie”⁸⁶. Jednocześnie Krajewski zauważa, że i samo zgwałcenie w wyniku podstępu nie do końca pasuje do tradycyjnego wyobrażenia o zgwałceniu, które kojarzy się z przemocą lub rzadziej z groźbą bezprawną, ale nie z podstępem⁸⁷.

Jako że *stealthing* wypełnia znamiona art. 197 § 1 k.k., to można mieć wątpliwości, czy konieczne jest jeszcze porównywanie potajemnego zdjęcia prezerwatywy z „innymi przypadkami charakterystycznymi dla zgwałcenia”, by możliwe było przyjęcie kwalifikacji prawnej z art. 197 k.k. Niemniej nawet jeśli podąży się tym tokiem myślenia, to trudno zgodzić się z Krajewskim, jakoby *stealthing* nie stanowił czynu tak ciężkiego, jak przypadki „charakterystyczne” dla zgwałcenia. Ustawodawca traktuje zgwałcenie za pomocą podstępu jako równie szkodliwe i naruszające wolność seksualną, co przypadki zgwałcenia z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej – wynika to już z ujęcia wszystkich środków działania przestępnego w tej samej jednostce redakcyjnej (art. 197 § 1 k.k.) i jednolitego ustawowego zagrożenia karnego. Trzeba też podkreślić, że w polskim ustawodawstwie karnym termin „zgwałcenie” ma znacznie szerszy zakres niż w języku powszechnym. Słowniki objaśniają znaczenie słowa „zgwałcić” jako „zmusić kogoś do stosunku płciowego”⁸⁸. Tymczasem art. 197 § 3 k.k. używa terminu „zgwałcenie” do opisu zachowań obejmujących doprowadzanie nie tylko do obcowania płciowego (§ 1), ale i do innych czynności seksualnych (§ 2)⁸⁹. Definicja legalna ma pierwszeństwo przed powszechnym rozumieniem danego słowa⁹⁰. To sprawia, że w polskim ustawodawstwie karnym termin techniczny „zgwałcenie” obejmuje takie zachowania, jak np. dotykanie piersi ofiary przez ubranie⁹¹. Przy porównaniu stopnia społecznej szkodliwości *stealthingu* z innymi przypadkami „charakterystycznymi” dla zgwałcenia należy odwołać się do wszystkich czynności stanowiących czyn z art. 197 k.k., w tym jego § 2. Jeśli Krajewski uważa, że *stealthing* nie jest wystarczająco szkodliwy społecznie ani nie narusza wolności seksualnej w stopniu pozwalającym uznać go za „zgwałcenie” według art. 197 k.k., to oznaczałoby to, że *stealthing* miałby być mniej szkodliwy społecznie niż chociażby dotykanie piersi przez ubranie przy użyciu podstępu – czyn, który stanowi zgwałcenie w rozumieniu art. 197 k.k. Nie można się zgodzić z taką

⁸⁶ Krajewski (2018): 269.

⁸⁷ Krajewski (2018): 269.

⁸⁸ Dubisz (2003b): 989; Drabik, Sobol (2007): 828.

⁸⁹ Postanowienie SN z 7 kwietnia 2010 r., V KK 272/09, OSNwSK 2010, nr 1, poz. 689; Bielski (2017): 666; Mozgawa (2022): teza 18.

⁹⁰ Zob. Morawski (2014): 107.

⁹¹ Por. uchwałę SN z 19 maja 1999 r., I KZP 17/99, OSNKW 1999, nr 7/8, poz. 37; Warylewski (2016): 703.

konkluzją. *Stealthing* jest czynem o znacznym stopniu społecznego niebezpieczeństwa⁹². Penetracja nagim penisem bez zgody drugiej osoby narusza jej wolność seksualną w stopniu bynajmniej nie mniejszym niż dotknięcie piersi przez ubranie. Tego wyniku nie podważa fakt, że pokrzywdzona godziłaby się na penetrację z użyciem prezerwatywy. Potwierdzają to doświadczenia ofiar *stealthingu*, które odczuwały potajemne zdjęcie prezerwatywy jako czyn znacznie godzący w ich dobra prawne⁹³.

Abstrahując od potrzeby przeprowadzania przez Krajewskiego porównania z przypadkami „charakterystycznymi” dla zgwałcenia, kluczowe znaczenie ma to, że *stealthing* jest czynem o znacznej szkodliwości społecznej i istotnie godzącym w dobra prawne pokrzywdzonej. Wydaje się, że Krajewski w niewystarczającym stopniu uwzględnia rozmiar tego naruszenia. Należy zaznaczyć, że naruszenie wolności seksualnej nie stanowi jedynie podtypu naruszenia wolności decyzyjnej człowieka⁹⁴. Czyny naruszające wolność seksualną drugiej osoby wkraczają w najbardziej intymną sferę jej życia⁹⁵, a wykonywanie czynności seksualnych nieobjętych zgodą naraża ofiarę na uprzedmiotowienie⁹⁶. Czynności te stanowią zamach na jej godność⁹⁷ oraz prowadzą nierzadko do znacznego naruszenia integralności cielesnej oraz psychicznej pokrzywdzonej⁹⁸. Wszystkie te uwagi zachowują aktualność przy *stealthingu*. Należy podkreślić, że przeżycia psychiczne zaobserwowane wśród ofiar tego czynu (między innymi poczucie naruszenia autonomii i godności) miały zbliżoną naturę do efektów psychologicznych, jakie występują u ofiar „typowych” przypadków zgwałcenia⁹⁹.

Przeciwno pogładowi Krajewskiego przemawia też wykładnia prokonwencyjna art. 197 § 1 k.k. *Stealthing* stanowi umyślną czynność seksualną bez pozytywnej zgody drugiej osoby. Tym samym na Rzeczypospolitej Polskiej ciąży obowiązek jego kryminalizacji według art. 36 ust. 1 lit. a, ust. 2 konwencji stambulskiej. Na tle współczesnych standardów ochrony autonomii seksualnej¹⁰⁰ trudno byłoby zaakceptować pogląd, iż *stealthing* mimo wypełnienia znamion art. 197 § 1 k.k. nie jest na tyle społecznie szkodliwy i nie narusza wolności seksualnej pokrzywdzonej w tak dużym stopniu, by można go było uznać za zgwałcenie.

⁹² Grudecki (2022): 81.

⁹³ Zob. Brodsky (2017): 185–188; por. Blanco (2018): 223.

⁹⁴ Por. Hörnle (2010): 759; Hörnle (2015): 862. Dobrze obrazuje to znaczna różnica w ustawowym zagrożeniu karą między zmuszaniem przemocą lub groźbą bezprawną do czynności niemającej charakteru seksualnego (art. 191 k.k.) a zmuszaniem za pomocą tych środków do czynności seksualnej (art. 197 k.k.) – podobnie na tle prawa niemieckiego Hörnle (2010): 758–759.

⁹⁵ Uchwała SN z 21 grudnia 1972 r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973, nr 2/3, poz. 18; por. Hörnle (2010): 759.

⁹⁶ Sick, Renzikowski (2006): 604, 606; Płatek (2018): 289–290; zob. szerzej Gardner, Shute (2000): 203–204 odnośnie do zgwałcenia.

⁹⁷ Hörnle (2010): 759–760; por. Płatek (2018): 289–290; Scheidegger (2021): 770; szerzej Hörnle (2015): 863–867.

⁹⁸ Przy czym Hörnle (2015): 862 podkreśla, że wystąpienie konkretnego skutku w postaci naruszenia integralności cielesnej czy psychicznej danej pokrzywdzonej nie jest konieczne, by można było uznać naruszenie autonomii seksualnej za czyn wymagający reakcji karnej.

⁹⁹ Blanco (2018): 223–224; por. też Brodsky (2017): 187–188.

¹⁰⁰ Por. Zalewski (2016): 441; Czechowska (2021): 87.

XI. ZAKOŃCZENIE

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że zdjęcie prezerwatywy bez wiedzy partnerki w trakcie obcowania płciowego już *de lege lata* stanowi zgwałcenie za pomocą podstępny (art. 197 § 1 k.k.). Dotkliwość naruszenia dóbr prawnych partnerki sprawia, że jest to adekwatna reakcja prawna na *stealthing*. W praktyce sądowej wykazanie, że pokrzywdzona nie godziła się na obcowanie płciowe bez prezerwatywy, a sprawca ją zdjął, może jednak nie być łatwe¹⁰¹. Mimo to doświadczenia zagraniczne wskazują na to, że próba udowodnienia tego czynu nie jest w każdym przypadku skazana na niepowodzenie. Na przestrzeni około jednego roku trzy niemieckie wyższe sądy krajowe rozpatrzyły rewizje w sprawach, w których sądy pierwszej instancji ustaliły, że oskarżony zdjął potajemnie prezerwatywę bez zgody partnerki¹⁰². Można zaryzykować tezę, że rosnąca świadomość społeczeństwa w kwestii karalności stealthingu miała istotny wpływ na zwiększenie liczby głośnych zagranicznych orzeczeń dotyczących tego zjawiska. Pozostaje mieć nadzieję, że i niniejszy artykuł przyczyni się do wzrostu wiedzy o instrumentach, jakie oferuje prawo karne w walce z tym zjawiskiem.

Archard, D. (1998). *Sexual Consent*. Boulder, CO–Oxford.

Bartkiewicz, A. (2017). USA: Czy „stealthing” jest formą gwałtu? Rzeczpospolita z 25 kwietnia 2017 r. <<https://www.rp.pl/Przestepczosc/170429392-USA-Czy-stealthing-jest-forma-gwaltu.html>>.

Bielski, M. (2017). Komentarz do art. 197 k.k., [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*. Tom 2: Komentarz do art. 117–211a. Warszawa: 664–707.

Blanco, M.M. (2018). Sex trend or sexual assault? The dangers of “stealthing” and the concept of conditional consent. *Penn State Law Review* 123(1): 217–246.

Bocheński, M., Żebracki, M. (2021). Stealthing as a form of rape – findings to date and future prospects for research. *Problems of Forensic Sciences* 125: 29–50.

Bonar, E.E. et al. (2021). Stealthing perpetration and victimization: prevalence and correlates among emerging adults. *Journal of Interpersonal Violence* 36(21/22): 577–592.

Brodsky, A. (2017). “Rape-adjacent”: imagining legal responses to nonconsensual condom removal. *Columbia Journal of Gender and Law* 32(2): 183–210.

Budyn-Kulik, M., Kulik, M. (2017). Komentarz do art. 197 k.k., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*. Tom 1: Komentarz do artykułów 117–221. Warszawa: 662–694.

Czechowska, M. (2021). Czy w polskim prawie karnym potrzebna jest redefinicja zgwałcenia? *Probacja* 13(1): 77–98.

Czechowski, K. et al. (2019). “That’s not what was originally agreed to”: perceptions, outcomes, and legal contextualization of non-consensual condom removal in a Canadian sample. *PLOS ONE* 14(7):e021929: 1–24.

¹⁰¹ Por. Romańczuk-Grącka (2020): 224; Makepeace (2021): 15.

¹⁰² Postanowienie Kammergericht z 27 lipca 2020 r., 4 Ss 58/20, Beck-Rechtsprechung 2020, nr 18243; wyrok Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht z 19 marca 2021 r., 2 OLG 4 Ss 13/21, Beck-Rechtsprechung 2021, nr 4844; postanowienie Bayerisches Oberstes Landesgericht z 20 sierpnia 2021 r., 206 StRR 87/21, Beck-Rechtsprechung 2021, nr 31633. We wszystkich tych orzeczeniach uznano, że *stealthing* wypełnia znamiona napaści seksualnej (*sexueller Übergriff*, § 177 ust. 1 niemieckiego kodeksu karnego), przy czym Kammergericht zastrzegł, że ta wykładnia jest aktualna „przynajmniej” w rozpatrywanym przez niego przypadku, w którym sprawca ejakulował wewnątrz ciała partnerki (nb. 16).

- Davis, K.C. (2019). "Stealthing": factors associated with young men's nonconsensual condom removal. *Health Psychology* 38(11): 997–1000.
- Davis, K.C. et al. (2014). Young men's condom use resistance tactics: a latent profile analysis. *Journal of Sex Research* 51(4): 454–465.
- Davis, K.C., Stappenbeck, C.A., Masters, N.T., George, W.H. (2019). Young women's experiences with coercive and noncoercive condom use resistance: examination of an understudied sexual risk behavior. *Women's Health Issues* 29(3): 231–237.
- Denzel, M., Kramer da Fonseca Calixto, R. (2019). Strafbarkeit und Strafwürdigkeit der sexuellen Täuschung. *Kriminalpolitische Zeitschrift* 4(6): 347–354.
- Dougherty, T. (2013). Sex, lies, and consent. *Ethics* 123(4): 717–744.
- Drabik, L., Sobol, E. (2007). *Słownik języka polskiego PWN*. Warszawa.
- Dubisz, S. (red.) (2003a). *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*. Tom 3: P–Ś. Warszawa.
- Dubisz, S. (red.) (2003b). *Uniwersalny słownik języka polskiego PWN*. Tom 4: T–Ż. Warszawa.
- Fakt24 (2017). Stealthing. Nowy rodzaj gwałtu? Kobiety są przerażone. Fakt24 z 28 kwietnia 2017 r. <<https://www.fakt.pl/kobieta/seks-i-emocje/gwalt-stealthing-zdejmovanie-prezerwatywy-w-trakcie-stosunku/cqf658p>>.
- Filar, M. (1974). *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*. Warszawa–Poznań.
- Franzke, K. (2019). Zur Strafbarkeit des so genannten „Stealthings“. *Bonner Rechtsjournal* 12(2): 114–122.
- Gardner, J., Shute, S. (2000). The wrongness of rape, [w:] J. Horder (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*. Fourth Series. Oxford: 193–218.
- Gardner, S. (1996). Appreciating Olujoja. *Legal Studies* 16(3): 275–297.
- Geerds, F. (1954). Einwilligung und Einverständnis des Verletzten im Strafrecht. *Goldammer's Archiv für Strafrecht* 102: 262–269.
- Gluchowski, M. [w druk]. Zakres zgody na czynność seksualną przy przestępstwie zgwałcenia z użyciem podstęp. *Przegląd Sądowy*.
- Grudecki, M. (2022). Podstęp jako znamię przestępstwa zgwałcenia a uboczne motywy podjęcia decyzji o obcowaniu płciowym. *Studia Prawnoustrojowe* 55: 73–84.
- Herzog, F. (2018). „Stealthing“: Wenn Männer beim Geschlechtsverkehr heimlich das Kondom entfernen. Eine Sexualstraftat?, [w:] S. Barton et al. (Hrsg.), *Festschrift für Thomas Fischer*. München: 351–359.
- Hoffmann, Th.M. (2019). Zum Problemkreis der differenzierten Einwilligung (Einverständnis) des Opfers im Bereich des § 177 StGB nach dem Strafrechtsänderungsgesetz 2016. Ein Kurzbeitrag zur strafrechtlichen Einordnung des sogenannten „Stealthing“. *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 39(1): 16–18.
- Hörnle, T. (2010). Vorbemerkungen zu den §§ 174 ff, [w:] H.W. Laufhütte, R. Rissing-van Saan, K. Tiedemann (Hrsg.), *Strafgesetzbuch*. Leipziger Kommentar. Band 6: §§ 146 bis 210. Berlin: 737–780.
- Hörnle, T. (2015). Sexuelle Selbstbestimmung: Bedeutung, Voraussetzungen und kriminalpolitische Forderungen. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* 127(4): 851–887.
- Hypś, S. (2021). Komentarz do art. 197 k.k., [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny*. Komentarz. Warszawa: 1176–1186.
- Jarocka, M. (2021). Definicja zgwałcenia jako jabłko niezgody w polskim systemie prawnym. *Studia Iuridica Toruniensia* 28(1): 45–64.
- Jędrzejewski, Z. (2009). Bezprawność jako element przestępności czynu. *Studium na temat struktury przestępstwa*. Warszawa.
- Keßler, S. (2022). *Sexuelle Täuschungen – Strafbarkeit und Strafwürdigkeit nach deutschem Sexualstrafrecht*. Berlin.
- Krajewski, R. (2018). Podstęp przy przestępstwie zgwałcenia. *Studia Prawnoustrojowe* 40: 261–272.
- Latimer, R.L. et al. (2018). Non-consensual condom removal, reported by patients at a sexual health clinic in Melbourne, Australia. *PLOS ONE* 13(12): e0209779: 1–16.
- Linh, K.Ph., Wettmann N. (2020). Sexuelle Interaktionen als objektuale Vertrauensbeziehung. Eine juristisch-soziologische Untersuchung des Phänomens Stealthing. *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 15(7–8): 383–396.
- Makepeace, J. (2021). „I'm not sure this is rape, but...“ Zur Strafbarkeit von „Stealthing“ nach dem neuen Sexualstrafrecht. *Kriminalpolitische Zeitschrift* 6(1): 10–15.

- Maullin, S. (2017). Stealthing isn't a 'sex trend'. It's sexual assault – and it happened to me. *The Guardian*, 22 May 2017. <<https://www.theguardian.com/commentisfree/2017/may/22/stealthing-sex-trend-sexual-assault-crime>>.
- Michalska-Warias, A. (2014). Podstęp przy zgwałceniu w prawie polskim oraz angielskim i amerykańskim. *Studia Iuridica Lublinensia* 21: 129–144.
- Morawski, L. (2014). *Zasady wykładni prawa*. Toruń.
- Mozgawa, M. (2022). Komentarz do art. 197 k.k., [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*. Lex/el.
- Nedelman, M. (2017). Some call it 'stealthing,' others call it sexual assault. *CNN*, April 27, 2017. <<https://edition.cnn.com/2017/04/27/health/stealthing-sexual-assault-condoms/index.html>>.
- Platek, M. (2018). Zgwałcenie. Gdy termin nabiera nowej treści. Pozorny brak zmian i jego skutki. *Archiwum Kryminologii* 40: 263–325.
- Pohl, L. (2012). O usytuowaniu zgody dysponenta dobrem na jego naruszenie w strukturze przestępstwa i jego konsekwencjach na gruncie problematyki błędu w polskim prawie karnym (elementarna próba uporządkowania zagadnienia), [w:] R. Zawłocki (red.), *Zgoda pokrzywdzonego*. Warszawa: 71–80.
- Romańczuk-Gracka, M. (2020). Pojęcie i funkcje przymusu psychicznego w prawie karnym. Warszawa.
- Scheidegger, N. (2021). Balancing sexual autonomy, responsibility, and the right to privacy: principles for criminalizing sex by deception. *German Law Journal* 22(5): 769–783.
- Sick, B., Renzikowski, J. (2006). Der Schutz der sexuellen Selbstbestimmung, [w:] A. Hoyer et al. (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder zum 70. Geburtstag*. Heidelberg: 603–619.
- Spotowski, A. (1972). Zezwolenie uprawnionego i zgoda pokrzywdzonego a odpowiedzialność karna. *Państwo i Prawo* 27(3): 81–87.
- Szczucki, K. (2011). Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia. *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 15(1): 31–58.
- Szczucki, K. (2012). Konstrukcja zgody dysponenta dobrem i jej znaczenie dla prawa karnego w świetle anglosaskiej kultury prawnej. *Ius Novum* 6(1): 127–158.
- Szymczak, M. (red.) (1999). *Słownik języka polskiego PWN*. Tom 2: L–P. Warszawa.
- Vavra, R. (2018). Täuschungen als strafbare Eingriffe in die sexuelle Selbstbestimmung? *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik* 13(12): 611–618.
- Vavra, R. (2020). Die Strafbarkeit nicht-einvernehmlicher sexueller Handlungen zwischen erwachsenen Personen. Baden-Baden.
- Warylewski, J. (2016). Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności, [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa karnego*. Tom 10: Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym. Warszawa: 613–946.
- Wessels, J., Beulke, W., Satzger, H. (2020). *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Straftat und ihr Aufbau*. Heidelberg.
- Wilson, W. (2017). *Criminal Law*. Harlow.
- Wißner, A. (2020). »Stealthing«: ein besorgniserregender Trend? Herausforderung für die Justiz – Ein Kommentar. *Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 103(4): 315–330.
- Zalewski, W. (2016). Komentarz do art. 36 konwencji stambulskiej, [w:] E. Bieńkowska, L. Mazowiecka (red.), *Konwencja o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej*. Komentarz. Warszawa: 440–444.