

Monika Płatek ■

KRYMINOLOGICZNO-EPISTEMOLOGICZNE I GENDEROWE ASPEKTY PRZESTĘPSTWA ZGWAŁCENIA

To się wydarzyło na urodzinowej imprezie. Wszyscy byli pijani. Łącznie z ofiarą. 18-latek i nastolatka z Wenecji (pod koniec tego roku dziewczyna kończy 16 lat) weszli do pomieszczenia, gdzie znajdowała się sofa. Tam miało dojść do zbliżenia. Po pewnym czasie pojawili się trzej kolejni chłopcy (dwaj z nich to dzieci funkcjonariuszy państwowych): 14-, 16- i 16-latek. Zgwałcili dziewczynę. Sprawa wyszła na jaw, gdy dziewczyna wyszła z koleżanką na zewnątrz. Zaczęła płakać, krzyczeć (dostała krwotoku). Krzyki usłyszał stróż. Wezwał policję. Postronni rozmaicie zareagowali na wieść o tym zdarzeniu. Jedna ze świadków stwierdziła: Zawsze mówi się o winie chłopaków. Im dużo nie trzeba. Tylko trochę alkoholu. A co z dziewczynami, którym zawsze wszyscy współczują i nazywają ofiarami? Przecież one też się upijają, a później prowokują. A na dodatek ubierają się tak, jakby nic na sobie nie miały.¹ („Gazeta Pomorska” 20 czerwca 2010)

1. Wprowadzenie

Czternasto-, szesnastoletni chłopcy gwałcą szesnastolatkę. Nie wiadomo, czy do zbliżenia z osiemnastolatkiem doszło za przyzwoleniem, wiadomo, że pozostali ofiarę zgwałcili. Nastolatka była, być może, ubrana „seksownie”. Na imprezie urodzinowej był alkohol, piła i ona. Może nawet godziła się, aby z wybranym przez nią chłopcem doszło do zbliżenia. To, co ofiara odbiera jako

¹ <http://www.pomorska.pl/apps/pbcs.dll/article?AID=/20100620/INNEMIASTA11/437531290> (21.06.2010).

przerażające doświadczenie, w odbiorze społecznym jest efektem jej własnych działań. Skoro się upiła, ubrała kuso, to znaczy, że prowokowała. Przepis, który chroni wolności seksualnej, zakazując doprowadzania przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem do obcowania płciowego, niewiele tu zmienia. Tym bardziej, że sama szesnastolatka i tak wobec prawa jest bezradna. Gwałt ścigany jest na wniosek, a od dziecka wniosków się nie przyjmuje². Tak więc, choć już jako piętnastolatka może decydować o swoim pożyciu seksualnym, decyzja o ściganiu sprawców zgwałcenia, którego stała się ofiarą, nie należy do niej, lecz ewentualnie do jej prawnych opiekunów³. Paradoksalnie nie zmieniła tego również najnowsza nowelizacja wprowadzona ustawą z 5 listopada 2009 r. (Dz.U. Nr 206, poz. 1589), która weszła w życie 8 czerwca 2010 r. Wprowadzono zmiany do XXV rozdziału Kodeksu karnego, który dotyczy przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajowej. Nawet w przypadku zgwałcenia dziecka, który nie ma możliwości ze względu na wiek złożyć wniosku, ściganie odbywa się na wniosek (sic!).

W tej historii zwraca uwagę to, co tak charakterystyczne: nawet bardzo młodą osobę, wciąż dziecko dotyka ostracyzm i tendencja, by na nią przerzucić odpowiedzialność za seksualne zachowanie podobnie młodych sprawców. Georges Vigarello, pisząc o historii gwałtu, zwraca uwagę, iż zgorszenie dosięgające sprawcę dosięga też ofiarę⁴. Trudno byłoby się z nim zgodzić, bowiem doświadczenie wskazuje, iż ostracyzm i zgorszenie jest udziałem przede wszystkim osoby poszkodowanej i to w niej, w pierwszym rzędzie, kulturowo, doszukuje się winy. Vigarello zauważa jednak, iż nie trzeba dodawać, że opór przed oczyszczeniem ofiary z winy wiąże się z obrazem kobiety⁵. Stan ten sankcjonuje też treść prawa wzmacniającego obyczajowe przyzwolenie na brak wymagania od mężczyzn odpowiedzialności za podejmowane przez nich wybory i zachowania seksualne. Nie oznacza to jednak, że tylko kobiety są gwałcone. Sprawcami są najczęściej mężczyźni, ofiarami są zarówno kobiety, jak i mężczyźni, tyle że wiedza organów ścigania na ten temat jest wciąż skąpa, bowiem przypadki, które trafiają do policji, prokuratorów i sądów najczęściej dotyczą zgwałconych kobiet. Tabu ujawnienia i ścigania zgwałcenia działa silniej, gdy zgwałconym jest mężczyzna w hierarchicznej, opartej na koncepcji przewagi (lepszości/gorszości) kulturze

² Patrz art. 9 ust. 3 Konwencji o Cyberprzestępczości (CETS 185); Konwencja weszła w życie 1 lipca 2005 r., została podpisana przez Polskę 23 listopada 2001 r.

³ W polskim kodeksie karnym granica wieku zgody wynosi lat 15, a w każdym przypadku poza zakazem obcowania płciowego z osobą poniżej 15. roku życia, opisanym w art. 200 k.k., przestępstwo zgwałcenia ścigane jest na wniosek.

⁴ G. Vigarello, *Historia gwałtu*, tłum. A. Leyk, Warszawa 2010, s. 7.

⁵ Ibidem.

patriarchalnej, naraża to bowiem jego męskość na wprowadzenie w krąg doświadczenia „typowo” kobiecego, co uznawane jest za degradujące.

Ten tekst poświęcony jest ewolucji postrzegania przestępstwa zgwałcenia z perspektywy epistemologiczno-kryminologicznej w ujęciu wypracowanym na gruncie jurysprudencki feministycznej⁶. Rozwój jurysprudencki feministycznej przyczynił się w ostatnich trzydziestu latach, w wielu państwach, do istotnego wzbogacenia teorii prawa i doprowadził do reform prawa karnego, w tym do zmian w regulacjach dotyczących przestępstwa zgwałcenia⁷. Uwzględnienie do-robku feministycznej kryminologii i jurysprudencki feministycznej umożliwia rozważenie przyczyn obciążania współodpowiedzialnością ofiar zgwałcenia. Pozwala na wykazanie, iż to, co skryte pod eufemizmem dyktatu obyczajowości, jest wspierane obowiązującym prawem i wynika nie tyle tradycji, co oddziaływania także współczesnego prawa. Przyjęty wnioskowy tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia jest elementem tego procesu. W tekście dowodzę, że o ile tryb ten miał sens w kodyfikacji z 1932 r., to dziś utrzymywanie linii przyjętej wówczas argumentacji jest już nieuzasadnione. Pomocna w tym analiza feministyczna unaczynia fałszywość podstawowego założenia prawa, jako neutralnego płciowo. Dowody na obecność mizogicznych idiosynkrazji są szczególnie namacalne w regulacjach dotyczących przestępstw seksualnych⁸. Perspektywa ta jest niemal nieobecna w polskiej analizie prawa karnego⁹, tworząc lukę, którą warto

⁶ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych*, Warszawa 1988, s. 152. Epistemologia jako nauka o wiedzy (poznaniu), zgodnie z definicją zajmuje się możliwościami, granicami i zasięgiem poznania ludzkiego oraz jego prawdziwością.

⁷ T. Morrison, *Feminist Legal Scholarship on Rape: a Maturing Look at Violence Against Women*, „William and Mary Journal of Women and the Law”, 1995, s. 37.

Większość gałęzi prawa poddanych zostało feministycznej analizie prawa, prowadząc do zweryfikowania, a następnie reinterpretacji przyjętych założeń i treści wielu instytucji prawnych.

⁸ H. Charlesworth, C. Chinkin, S. Wright, *Feminist Approach to International Law*, „American Journal of International Law” vol. 85, nr 4, s. 613.

⁹ Z perspektywy feministycznej, choć nie zawsze wyraźnie to zaznaczając, zostało napisanych w ostatnich latach wiele prac analizujących różne dziedziny i aspekty prawa, przykładowo: E. Łętowska, *Genderowa perspektywa ochrony praw kobiet we współczesnym świecie (uwagi o metodzie)*, [w:] L. Bryzik (red.), *Ochrona Praw Kobiet*, Warszawa 2010 [w druku], E. Łętowska, *Czy takie zwierzę istnieje albo istnieć powinno: trzy uwagi o feministycznej (gender) perspektywie w prawoznawstwie*, [w:] A. Kidyba, R. Skubisz (red.), *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, Kraków 2007, s. 175–190, M. Fuszara, *Kobiety w polityce*, Warszawa 2006, E. Zielińska, W. Nowicka, *Zdrowie kobiet w Polsce*, [w:] RAPORT. Kongres Kobiet Polskich 2009. *Kobiety dla Polski, Polska dla Kobiet. 20 lat transformacji 1989–2009*, Warszawa 2009, A. Michnikowska, *Doktryna feminizmu wobec praw człowieka*, „Gdańskie Studia Prawnicze” t. XIII, 2005, s. 26–57, L. Morawski, *Co może dać nauce prawa postmodernizm*, Toruń 2001, s. 26,

wypełnić¹⁰. Istnieje bowiem duże prawdopodobieństwo, iż ten brak prowadzi do tego, że kolejno przyjmowane zmiany, wbrew oczekiwaniom, utrwalają i rozszerzają przyzwolenie na nieściganie przestępstwa zgwałcenia, a tym samym różnicują poziom ochrony osób ze względu na płeć, a także wiek, i prowadzą do skutków przeciwnych, od tych, które deklaruje współczesny ustawodawca¹¹.

2. Słowo o metodzie

Zanim przejdę do głównego wątku, niech mi będzie wolno poświęcić nieco miejsca metodzie. Wymiennie i dość swobodnie mówię o podejściu genderowym, feministycznym i analizie wypracowanej na gruncie jurysprudenencji feministycznej¹². Trzeba jednak pamiętać, iż nie ma jednego feminizmu¹³. Nie ma

H. Domański, *Zadowolony niewolnik idzie do pracy*, Warszawa 1999, M. Budyn-Kulik, *Zabójstwo tyrana domowego*, Lublin 2005, M. Płatek, *Prawnokarna ochrona praw kobiet*, [w:] L. Bryzik (red.), *Ochrona Praw Kobiet*, Warszawa 2010 [w druku], E. Majewska, *Feministki o prawie, płci i seksualności*, [w:] J. Kochan, A. Koś (red.), *Feminizm i radykalizm*, Szczecin 2007, K. Szczuka, *Milczenie owieczek, rzecz o aborcji*, Warszawa 2004, R. Wieruszewski, *Zasada równouprawnienia kobiet i mężczyzn*, [w:] *Prawa człowieka, model prawny*, Wrocław 1991.

¹⁰ Nie miejsce tu na analizę przyczyny nieobecności perspektywy feministycznej w prawie karnym. Warta jest odrębnego opracowania, tu jednak należy podkreślić, iż nie może to wynikać zaledwie ze słabości feminizmu w Polsce, ten bowiem rozwijał się w kraju już od początków XIX wieku, i choć to później niż jego początki na Zachodzie, to jednak wystarczająco ma długą historię, by negować jego istnienie, patrz: J. Mizelińska, *Płeć, ciało, seksualność. Od feminizmu do teorii queer*, Warszawa 2006.

¹¹ Ustawodawca deklaruje przeciwdziałanie, zwalczanie i karanie sprawców – patrz art. 2 k.p.k. z 1997 r. Analiza ta jest przyczynkiem do szerszej zakrojonej pracy poświęconej kryminologiczno-karnym aspektom przestępstwa zgwałcenia, gdzie zagadnienia te omawiane są szerzej.

¹² R. West, *Jurisprudence and gender*, „The University of Chicago Law Review” vol. 55, no. 1, 1988, s. 1–72.

¹³ Feminizm, co podkreślam w tekście kilkakrotnie, nie jest monolitem. Ma swoją historię, kierunki, odłamy. Owo zróżnicowanie nie jest niczym złym, przeciwnie, ubogaca dyskurs. Krytykowane przez adwersarzy kierunku i metody broni się swoimi efektami. Nie ma jedności opinii, by ograniczyć się jedynie do poruszanych tu wątków, w ocenie regulacji pornografii, prostytucji, dopuszczalnego wieku zgody na podjęcie stosunków seksualnych, przemocy w bliskich związkach, seksualnego molestowania czy przestępstwa zgwałcenia. Jednak te różnice, na co zwraca A. Scales, już doprowadziły do powstania niezwykle ważnych teorii, by wspomnieć tylko C. A. MacKinnon i T. I. Emerson – teoretyczny spór wokół pornografii. Patrz: A. Scales, *The emergence...*, op. cit., s. 1373. T. I. Emerson, *Pornography and the first Amendment: A reply to Professor MacKinnon*, [w:] D. K. Weisberg (red.), *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Life*, Philadelphia 1996, s. 80, C. A. MacKinnon, A. Dworkin, *In Harm's Way. The Pornography Civil Rights Hearings*, London 1997.

też jednej feministycznej teorii prawa. Mamy za to do czynienia z dynamicznie rozwijającym się wielokierunkowym dyskursem, który stawia nowe pytanie, bada język, prawo, język prawniczy i metodę argumentacji oraz konstrukcji instytucji prawnych z genderowego¹⁴/kobiecego punktu widzenia¹⁵. Wspólna różnym kierunkom jest myśl krytyczna, która kwestionuje tradycyjnie aksjomaty odnoszące się do stanowienia i stosowania prawa¹⁶. Proponuje rezygnację z zastarych i powstrzymanie się przed tworzeniem nowych. Jeśli odwołać się więc do przenośni nie szyje szat nowych, a jedynie zdejmuje maskę i odsłania realne oblicze prawa. Analiza zastarych konstrukcji z pozycji i perspektywy kobiecych doświadczeń jest fascynującym procesem, który prowadzi do nowych pytań, frapujących odkryć i odpowiedzi, które otwierają nowe perspektywy. Są ważne i dla prawodawstwa i dla polityki społecznej.

Wśród prawniczek i prawników, którzy przyczynili się do rozwoju tej metody wyróżniają się prace Catharine A. MacKinnon, która dała impuls do badań spostrzegając prosty fakt, iż „żadna kobieta nie miała wpływu na kształt instytucji prawnych, które narzuciły dyktat, według którego żyją kobiety i mężczyźni. Zdanie i interesy kobiet nie było przy tym brane pod uwagę”¹⁷.

Jurisprudencja feministyczna uświadamia wadliwość przyjętych przesłanek towarzyszących tworzeniu i stosowaniu prawa, także na gruncie prawa karnego. Dowodzi, iż założenie neutralności prawa jest fałszywe, bo pomija kulturowy kontekst tworzenia i funkcjonowania prawa. Tuszuje patriarchalne zasady utrwalające społeczne nierówności i akceptację dla dyskryminacyjnych praktyk nie tylko zresztą ze względu na płeć, także np. ze względu na wiek czy sytuację społeczną. Przyjęty zaś aksjomat równości i neutralności prawa karnego zwalnia z refleksji nad tym, kto, dla kogo i w czyim interesie tworzy prawo? Pozwala nie zauważać różnic, również tych, które dotyczą wartości i racji. Nie dosłyszy tego,

¹⁴ Gender to inaczej płeć kulturowa. Różni się od płci biologicznej (ang. *sex*). Gender oznacza sposób pojmowania, postrzegania i przypisywania pewnych cech i zachowań kobiecie i mężczyźnie przez społeczeństwo i kulturę. Inaczej, gender nazywa się społeczno-kulturową tożsamością płci. Teoria gender sprzeciwia się myśleniu, że wiele cech rzekomo „kobiecych” i „męskich” pochodzi z różnic biologicznych i wskazuje, że często cechy uznawane za genetycznie przypisane kobiecie lub mężczyźnie wynikają z uwarunkowania kulturowego lub presji społecznej.

¹⁵ L. Finley, *Breaking Women's Silence in Law: The Dilemma of the Gendered Nature of Legal Reasoning*, „Notre Dame Law Review” vol. 64, 1989, s. 886.

¹⁶ M. Davies, *Unity and Diversity in Feminist Legal Theory*, „Philosophy Compass” vol. 2/4 2007, s. 650–664.

¹⁷ C. A. MacKinnon, *Reflexions on Sex Equality under Law*, „The Yale Law Journal” vol. 100, nr 5, s. 1281.

co Carol Gilligan nazwała „odmiennym głosem”, wskazując na różnice przesłanek argumentacji wynikających z odmiennych doświadczeń kobiet i mężczyzn¹⁸. Założenie o neutralności i równości prawa zwalnia samego ustawodawcę z autorefleksji nad tym, jak przyswojona obyczajowość, stereotypy i uprzedzenia rzutują na treść proponowanych przepisów deklarowanych, jako obiektywne, neutralne, równo traktujące wszystkie podmioty¹⁹.

Nie chodzi o czynienie zarzutów, lecz o uzmysłowienie faktu, iż samo przekonanie, że tworzy się prawo w interesie wszystkich i dba o bezstronność norm, nie czyni prawa bezstronnym. Nie sposób sprostać zadaniu dbałości o neutralność bez uzmysłowienia sobie, że ustawodawca dysponuje zaledwie ograniczonym bagażem doświadczeń, a przyswojony przez niego kapitał kulturowy w postaci określonych przekonań, uprzedzeń, wierzeń, przyzwyczajzeń i przyswojonych stereotypów tworzy potężną barierę dla bezstronności. Tymczasem przyjęcie aksjomatu równości i genderowej obojętności oraz konsekwentne wpajanie go kolejnym pokoleniom prawników zwalniało i zwalnia z myślenia, tworząc dogmatyczną podbudowę, która choć oparta na błędzie, pozwalała na przekonanie o racji wywodów²⁰. Fakt, że jurysprudencja wypracowana na polskim gruncie prawnym nie różni się w tym względzie od powszechnych

¹⁸ C. Gilligan, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard 1993, s. 2.

¹⁹ Dotyczy to np. uregulowania instytucji obrony koniecznej. Doskonale nadaje się do obrony przeciwko atakowi w miejscu publicznym przez napastnika równego siłą; i jest niemal nieprzydatne i nie daje ochrony przy przemocy doświadczanej w „domowym zaciszu”.

²⁰ Wiele w zagranicznej literaturze napisano na temat skutków nieuwzględniania różnic w doświadczeniach, wartościach, pozycji społecznej, ekonomicznej, politycznej kobiet i mężczyzn w prawie. Nie brak w tym względzie również i rodzimych opracowań na gruncie prawa pracy, prawa administracyjnego, także prawa karnego, zwłaszcza gdy rzecz dotyczy przestępstw związanych z przemocą. Coraz częściej pozycje te pisane są z perspektywy teorii i praktyki gender. Zagadnienia te wymagające oddzielnej uwagi rozwijam w odrębnej pozycji. Patrz: M. Płatek, *Prawnokarna ochrona praw kobiet*, [w:] Lena Bryzik (red.), *Ochrona praw kobiet we współczesnym świecie*, Warszawa 2010 (w druku).

Przykłady silnego rozwoju myśli genderowej można wskazać w skandynawskiej myśli prawnej, także w brytyjskiej, francuskiej. Znaczny jej rozwój odnotować można także w socjologicznym i kryminologicznym piśmiennictwie nowozelandzkim, australijskim i państw Ameryki Łacińskiej. Nie przez przypadek rozwój jurysprudencji feministycznej idzie w parze z rozwojem piśmiennictwa poświęconego myśli abolicjonistycznej i rozwojowi różnych kierunków sprawiedliwości naprawczej. Zarówno bowiem jurysprudencja feministyczna, jak i sprawiedliwość naprawcza nastawiona jest na uwzględnienie w procesie argumentacji prawnej interesów osób poszkodowanych, którym przydaje się nie mniejszą rację, niż rację stanu przywoływaną dla usprawiedliwienia norm prawa karnego i proponowanych sankcji. Patrz: N. Christie, *Dogodna ilość przestępstw*, tłum. M. Płatek, Warszawa 2004.

światowych trendów nie zmienia faktu, że była i jest dotknięta jednostronnością i stronniczością przyjętych założeń²¹.

Uwzględnienie perspektywy genderowej wprowadza do analizy języka, ocen i zdarzeń perspektywę doświadczeń i wartości istotnych dla kobiet, choć się do nich nie ogranicza²². Uświadamia jednak, iż prawotwórcy, choć powoływali się na interes wspólny działali przede wszystkim w interesie przedstawicieli prawotwórców, którymi w zdecydowanej większości byli mężczyźni. Proces ten może niepokoić, bo niedwuznacznie uświadamia apodyktyczność i dowolność prawa. Ustawodawca, z racji zajmowanej pozycji, ma moc tworzenia prawa według swej woli. Barię dowolności bywa Konstytucja i sprawnie działający organ stojący na straży Konstytucji, jak np. Trybunał Konstytucyjny. Jednak odwoływanie się do wyższych racji to najczęściej wybieg i kamuflaż dla zatajenia, iż na początku prawa nie ma nic oprócz arbitralności²³. Zwolennicy prawa natury postrzegane przez siebie interesy zasłaniają wolą siły wyższej, często określanej bogiem. Zwolennicy umowy społecznej jak protezę podpierają się mitem racjonalności²⁴. Wreszcie zwolennicy czystej nauki prawa²⁵ próbują uniknąć

²¹ Uwrażliwiona na kwestie dyskryminacji ze względu na płeć kulturową debata na gruncie jurysprudencki i prawa karnego rozpoczyna się na dobre dopiero w latach 60., 70. XX w. Ma początkowo miejsce głównie w Skandynawii i w Stanach Zjednoczonych, skąd z czasem docierała także do Polski. Charakterystyczny jest w związku z tym tytuł jednego z artykułów wybitnej polskiej cywilistki E. Łętowskiej. Patrz: E. Łętowska, *Czy takie zwierzę istnieje albo istnieć powinno: trzy uwagi o feministycznej (gender) perspektywie w prawoznawstwie*, [w:] A. Kidyba, R. Skubisz, (red.), *Współczesne problemy prawa handlowego. Księga jubileuszowa dedykowana prof. dr hab. Marii Poźniak-Niedzielskiej*, Wolters Kluwer, Kraków 2007, s. 175–190. Patrz też: L. Morawski, *Główne problemy współczesnej filozofii prawa. Prawo w toku przemian*, Warszawa 2005, s. 57, C. A. MacKinnon, *Towards Feminist Jurisprudence*, „Stanford Law Review” 1982, vol. 34, no. 3, s. 703–737, A. Scale, *The emergence of feminist Jurisprudence*, „The Yale Law Journal”, 1986, vol. 95, no. 7, s. 1373–1403, F. Olsen (red.), *Feminist legal theory*, Aldershot, Dartmouth 1995.

²² H. Hein, *Women's place and the aesthetic in feminist theory*, [w:] J. Brach-Czaina (red.), *Primum philosophari. Księga pamiątkowa Stefanowi Morawskiemu ofiarowana*, Warszawa 1993, s. 418.

²³ Nie jest to spostrzeżenie oryginalne, dużo wcześniej wskazał już na to Blaise Pascal, patrz: B. Pascal, *Myśli*, tłum. T. Boy-Żeleński, Kraków 1983, s. 98–99. Można tu podnieść argument, że ustawodawcę wiąże Konstytucja, a współcześnie zobowiązanie do przestrzegania praw człowieka. I rzecz nie w drobiazgowej analizie granic swobody współczesnego ustawodawcy, co w generalnym uświadomieniu sobie faktu, iż ten ma wpływ, którego głos się liczy; kobiety głosu nie miały. Gdyby było inaczej, gdyby równe traktowanie było *a priori* zagwarantowane dla wszystkich, wówczas i Konstytucja, i instytucja praw człowieka byłyby zbędne.

²⁴ J. Rawls, *Teoria sprawiedliwości*, tłum. J. Panufnik, J. Pasek, A. Romaniuk, Warszawa 1994.

²⁵ H. Kelsen, *Czyste prawo: problem sprawiedliwości*, tłum. O. Mokrowolskiej, Kiev 2004, s. 13–25.

stawienia czoła krępującej arbitralności prawa, tworząc kategorie normy pierwszej i powinności. Feministyczna myśl prawna zaś zwraca uwagę na perspektywę wcześniej pomijaną płynącą z doświadczeń kobiet i podnoszonych przez nie wartości²⁶. Rzecz w tym jednak, iż nie ma ani wzorcowej kobiety, ani jednego pakietu wspólnych interesów kobiet. To, co wspólne, to wykluczenie w długim okresie dziejów z wpływu na proces normotwórczy, które niekorzystnie odbija się zarówno na procesie tworzenia, jak i stosowania prawa.

Gary Minda, czerpiąc z dorobku feministycznej analizy prawa, zauważył, że dziewiętnastowieczna idea prawa, nawet ta nawiązująca do ideałów demokracji i liberalizmu, była konstruowana z „perspektywy męskiej”, sankcjonując i tym samym wzmacniając patriarchalną strukturę współczesnych społeczeństw²⁷. Proces ten nie został przerwany w wieku XX i nadal jest żywo kontynuowany w wieku XXI. Można temu przeciwdziałać, dopuszczając jako pełnowartościowe doświadczenia kobiet²⁸ i przez pryzmat kobiecego doświadczenia badać konstrukcje budowane przez doktrynę i orzecznictwo w oparciu o normy i pojęcia zawarte w przepisach prawa²⁹. Tak dokonywane analizy dowodzą, iż za każdym z pojęć pretendujących do neutralności i obiektywizmu, także na gruncie prawa karnego, kryje się z gruntu męska perspektywa. „Przeciętne zachowanie”, podobnie jak rozpiętość ocen odnośnie siły czy mocy oporu, a także „poprawności”, „moralności” i „przyzwoitości” mierzone są męską skalą ocen³⁰. Uwrażliwienie na aspekt genderowy pozwala zauważyć niestosowność sytuacji, w której pojęcia odnoszące się do doświadczeń kobiet są abstrakcyjnie, rutynowo definiowane przez mężczyzn pozbawionych wiedzy na temat empirii opisywanych i kształtowanych w prawie zjawisk³¹. Wnosi do wypracowanych metod argumentacji

²⁶ Zdaję sobie sprawę, co wyraziłam już w tekście, iż sformułowanie „feministyczna myśl prawna” z racji wielu kierunków jurysprudencki feministycznej, jest mało precyzyjne. Pozwalam sobie tu na takie ujęcie, ponieważ tekst dotyczy analizy przestępstwa zgwałcenia, a nie prezentacji różnych feministycznych teorii prawnych. Bazuję na podstawach wspólnych dla różnych kierunków, które dopuszczają genderową kobiecą perspektywę i kwestionują neutralny charakter prawa. Szerzej na ten temat patrz: J. Bridgeman, S. Millns, *Feminist Perspectives on Law*, London 1998, s. 69–108.

²⁷ L. Morawski, *Główne problemy...*, op. cit., s. 70; G. Minda, *Postmodern Legal Movements. Law and jurisprudence at Century's End*, New York 1995, s. 128–149.

²⁸ A. C. Scales, *The Emergence of Feminist...*, op. cit., s. 1373.

²⁹ H. Hein, *Women's place...*, s. 426.

³⁰ C. A. MacKinnon, *Reflections on Sex Equality under Law*, „The Yale Law Journal” 1991, vol. 100, nr 5, s. 1281–1328, C. A. MacKinnon, *Toward Feminist Jurisprudence*, „Stanford Law Review” 1982, vol. 34, nr 3, s. 703–737, S. Hanley, *Engendering the state: family formation and state building in Early Modern France*, „French Historical Studies” 1989, vol. 16, nr 1, s. 4–27.

³¹ C. R. Sunstein, *Feminism and Legal Theory*, „Harvard Law Review” vol. 101, no. 4, 1988, s. 826–848.

i analizy prawnej świadomość zróżnicowania kulturowego także ze względu na płeć. Uświadamia, iż identyfikacja genderowa związana jest z kompleksowym, społecznie zdeterminowanym, wpisywaniem w określone role i porządki oraz przypisywanie owym rodom cech i wartości. Stąd „męski” i „żeński” punkt widzenia nie jest jednolity, różni się, wpływając także na różnice w poglądach na to, co przez mężczyzn stworzone i z męskiego punktu widzenia narzucone i uznane za powszechnie „naturalne”, „obiektywne”, „neutralne”³². Dotyczy to zarówno założeń krajowego prawa karnego, jak i perspektywy przyjmowanej przez np. Europejski Trybunał Praw Człowieka³³.

Przestępstwo zgwałcenia jest przykładem wskazanej tu asymetrii. Mężczyźni są głównymi autorami konstrukcji, dogmatyki i orzecznictwa w sprawach o zgwałcenie. Gdy jednak rzecz dotyczy zgwałcenia, doświadczenia mężczyzn i kobiet są różne. Kobiety zasadniczo liczą się z groźbą zgwałcenia, mężczyźni zasadniczo groźby takiej nie odczuwają. Mężczyźni znacznie częściej gwałcą niż bywa zgwałcony, kobieta znacznie częściej bywa zgwałcona; przypadki dokonanych zgwałceń przez kobietę są rzadkością. Tymczasem o tym, czy doszło do zgwałcenia, orzeka się na podstawie męskich doświadczeń i męskich standardów, kobiece ignorując. Ponadto promuje się obyczajowość i tryb ścigania, który wbrew deklarowanym ustawowo treściom chroni gwałciciela, a ciężar winy za zgwałcenie przerzuca na ofiarę. Uwzględnienie perspektywy feministycznej pozwala więc tu na postawienie pytań, których dotąd prawo karne i jego twórcy najczęściej nie stawiali oraz na weryfikację tych, które udzielone zostały wcześniej przy bezrefleksyjnym przyjmowaniu w społeczeństwie za „naturalne”, tego, co w rzeczywistości było efektem „kultury” często wytwarzanej i podtrzymywanej przez prawo, także przez normy prawa karnego. Refleksja uwzględniająca więc genderowy aspekt tworzenia i funkcjonowania prawa pozwala na rezygnację z mistyfikacji odnośnie neutralności prawa, co w efekcie lepiej może służyć

³² Sam feminizm, co podkreślam w tekście kilkakrotnie, nie jest monolitem. Ma swoją historię, kierunki, odłamy. Owo zróżnicowanie nie jest niczym złym, przeciwnie, ubogaca dyskurs. Krytykowanie przez adwersarzy kierunku i metody broni się swoimi efektami. Nie ma jedności opinii, by ograniczyć się jedynie do poruszanych tu wątków, w ocenie regulacji pornografii, prostytucji, dopuszczalnego wieku zgody na podjęcie stosunków seksualnych, przemocy w bliskich związkach, seksualnego molestowania czy przestępstwa zgwałcenia. Jednak te różnice, na co zwraca A. Scales, już doprowadziły do powstania niezwykle ważnych teorii, by wspomnieć tylko C. A. MacKinnon i T. I. Emerson – teoretyczny spór wokół pornografii. Patrz: A. Scales, *The emergence...*, op. cit., s. 1373; T. I. Emerson, *Pornography and the first Amendment: A reply to Professor MacKinnon*, [w:] D. K. Weisberg (ed.), *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Life*, Philadelphia 1996, s. 80.

³³ L. Zilli, *The Crime of Rape in the Case Law of the Strasbourg Institutions*, „Criminal Law Forum” nr 13, 2002, s. 245–265.

urzeczywistnieniu głoszonych ideałów sprawiedliwości społecznej właśnie przez fakt świadomości arbitralności podejmowanych decyzji³⁴.

3. Prawnokarna regulacja przestępstwa zgwałcenia. Współczesność i jej korzenie

3.1. Przestępstwo zgwałcenia w k.k. – Stan współczesny – rok 2010

Ustawodawca polski w 2010 roku po raz kolejny zmienił treść art. 197 k.k. normującego treść przestępstwa zgwałcenia. Obecna nowelizację poprzedziły zmiany wprowadzone w 2005 roku. Wcześniejsza nowelizacja z 2005 roku przywróciła kwalifikowaną jako zbrodnię formę zgwałcenia zbiorowego i ze szczególnym okrucieństwem, które przyjmował także Kodeks karny z 1970 roku. Podobnie jednak jak w Kodeksie karnym obowiązującym od 1970 roku (Kodeks karny z 19 kwietnia 1969 roku, Dz.U. Nr 13 poz. 94 z 14 maja 1969 r.; art. 168 k.k.), przestępstwo zgwałcenia ścigane było i jest w pełnej rozciągłości, na wniosek. Oznacza to, że bez wyraźnie złożonej woli osoby pokrzywdzonej nie wszczyna się postępowania karnego. Wyjątkiem jest współżycie z dzieckiem poniżej wieku zgody, gdzie przyjmuje się konstrukcję określaną w systemie *common law* jako: *statutory rape*, ustawowego zgwałcenia. Unormowanie to ujęte jest obecnie w art. 200 § 1 k.k.

Obecna treść art. 197 k.k. regulującego przestępstwo zgwałcenia w jego podstawowej treści brzmi:

Kto przemocą, groźbą bezprawną lub podstępem doprowadza inną osobę do obcowania płciowego podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Po ostatniej nowelizacji Kodeksu karnego, która weszła w życie 8 czerwca 2010 r., dodano w paragrafie 3 odpowiedzialność sprawcy, który dopuszcza się zgwałcenia:

- 1) wspólnie z inną osobą,
- 2) wobec małoletniego poniżej lat 15,
- 3) wobec wstępnego, zstępnego, przysposobionego, przysposabiającego, brata lub siostry, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3.

Każda forma przestępstwa zgwałcenia ścigana jest na wniosek.

³⁴ Ważne, by zrozumieć, iż świadomość tego faktu nie wyklucza postępu także moralnego, patrz: M. Nussbaum, *On Moral Progress. Response to Richard Rorty*, „The University of Chicago Law Review” vol. 74, no. 3, 2007, s. 939–960.

³⁵ Ustawa z 27 lipca 2005 r. (Dz. U. Nr 163, poz. 1363); zmiana weszła w życie 26 września 2005 r.

Zgodnie z ustawodawczym uzasadnieniem dotyczącym przestępstwa zgwałcenia celem kryminalizacji jest ochrona wolności seksualnej rozumianej „jako wolność od wszelkiego rodzaju nacisków prowadzących do naruszenia nieskrępowanego podejmowania decyzji w zakresie stosunków seksualnych”³⁶.

Nowelizacja z 2009 roku jest kolejną zmianą po wprowadzonej w 2005 roku redakcji, która podobnie jak ta z 2009 roku również nastawiona była na zaostrzenie odpowiedzialności wobec sprawców. Ustawodawca wbrew wiedzy płynącej z doświadczenia i badań empirycznych ma nadzieję, że samo zaostrzenie odpowiedzialności karnej przyczyni się do efektywnego przeciwdziałania zjawisku³⁷. Tymczasem zachowanie trybu wnioskowego także przy zgwałceniu dziecka poniżej 15 lat nie tylko pozbawia je możliwości złożenia wniosku, ale dodatkowo pozwala na czynienie różnicy między ustawowym zgwałceniem z art. 200 k.k. traktowanego zawsze jako seksualne wykorzystanie dziecka i nową regulacją, gdzie fakt zgwałcenia należy udowodnić według wymogów i standardów art. 197 k.k. W efekcie przyjęte przez ustawodawcę najnowsze rozwiązanie nie prowadzi do ochrony, lecz do wzrostu zagrożenia poszkodowanych poprzez osłabienie bezpieczeństwa potencjalnych ofiar zgwałcenia³⁸. Teraz już nie tylko w przypadku dziecka powyżej lat 15, ale i młodszego nie będzie przeszkód, by dowodzić, że swym zachowaniem prowokowało, że chciało, wiedziało, co robi i zmuszało sprawcę do uległości. Wbrew oficjalnym deklaracjom, niechęć do ścigania, obecna już polskim ustawodawstwie z 1932 roku, a więc od pierwszej poważnej kodyfikacji prawa karnego po odzyskaniu niepodległości, została współcześnie rozciągnięta na dzieci, dotychczas chronione klauzulą wieku braku zgody.

Konsekwentnie utrzymywany tryb wnioskowy przy ściganiu przestępstwa zgwałcenia jest przejawem i manifestacją tego, iż pomimo wielu nowelizacji

³⁶ A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do k.k. t. 2, do art. 117–277*, Kraków 1999, s. 510.

³⁷ A. Salter, *Pokonywanie traumy*, Poznań 2003, s. 197 i n., J. Herman Lewis, *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, Gdańsk 1998, J. Hayden, *In their own words. Coping with rape and sexual abuse*, Dublin 2003, E. Buchwald & al. *Transforming a rape culture*. Minneapolis 1993, G. Vigarello, *Histoire du viol, XVI–XX siècle*, Paris 1998, S. Brownmiller, *Against Our Will*, New York 1975, J. Bourke, *Rape a history from 1860 to the present*, London 2007.

³⁸ Należy oddać sprawiedliwość, iż ustawodawca nie deklaruje zwiększenia bezpieczeństwa ofiar i skuteczniejszego ścigania sprawców zgwałcenia, a jedynie dąży do zaostrzenia odpowiedzialności karnej i zwiększenia skuteczności działań podejmowanych wobec sprawców tego typu przestępstw, co w domyśle należy odczytywać, iż rzecz nadal dotyczy tych nielicznych spośród sprawców, którzy odpowiadają za popełniony czyn. Patrz: Uzasadnienie (maszynopis), s. 1.

ustawodawca nadal postrzega zgwałcenie w sposób, który uzasadniały rozwiązania przyjmowane w XIX wieku. Stanowisko z 1932 roku, nowoczesne w roku 1932, jest w stosunku do rozwoju wiedzy, jaką dysponujemy po roku 1989, anachroniczne i dyskryminacyjne, a mimo to nadal obowiązuje³⁹.

3.2. Przepięstwo zgwałcenia – dorobek Kodeksu karnego z 1932 roku

Przepięstwo zgwałcenia, pomimo wzrostu wiedzy na temat istoty zjawiska i jego historii, nadal, z niewielkimi zmianami, ujmowane jest w polskiej dogmatyce w perspektywie przyjętej w 1932 roku⁴⁰. Perspektywa ta korzeniami sięga Kodeksu Karnego Rzeszy Niemieckiej z 1871 roku i Austriackiego Kodeksu Karnego z 1852 roku, i rosyjskiego Kodeksu karnego Tagancewa z 1932 r.⁴¹ Przyjęty w 1932 roku tzw. Kodeks karny Makarewicza, ceniony jest nadal jako wybitne osiągnięcie polskiej myśli karnej. Odnosi się to co całości dzieła i konkretnie dotyczy także unormowania przepięstwa zgwałcenia.

³⁹ Dzieje się tak zapewne i dlatego, że współczesne orzecznictwo i dogmatyka w niewielkim stopniu jedynie uwzględnia istniejący w tym zakresie dorobek kryminologiczny uwzględniający perspektywę feministyczną. Oto przykłady prac, które dostarczają materiału do krytycznej analizy przepięstwa zgwałcenia np. D. Blum, *Mózg i płeć. O biologicznych różnicach między kobietami i mężczyznami*, Warszawa 2000, M. Galighieri, *Ciemna strona człowieka*, Warszawa 2001, J. Herman Lewis, *Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, Gdańsk 2000, W. Kruczyński, P. Drożdżiak, *Zawsze bezpieczna. Aspekty samoobrony kobiet*, Warszawa 2003, U. Nowakowska, M. Jabłońska, *Kobiety w Polsce*, Warszawa 2003, M. Ridley, *O pochodzeniu cnoty*, Poznań 2000, L. Tomaszewska, *...jeśli jesteś ofiarą gwałtu, Poradnik dla kobiet*, Warszawa 2001, R. Wrangham, D. Peterson, *Demoniczne samce. Małpy człekokształtne i źródła ludzkiej przemocy*, Warszawa 1999, J. Warylewski, *Przepięstwa przeciwko wolności...*, op. cit., s. 791.

⁴⁰ M. Filar, *Przepięstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Toruń 1974, M. Filar, *W sprawie reformy przepisów dotyczących tzw. Przepięstw seksualnych*, „Państwo i Prawo”, 1991, nr 7, J. Leszczyński, *Przepięstwo zgwałcenia w Polsce*, Warszawa 1973, B. Kunicka-Michalska, J. Wojciechowska, *Przepięstwa przeciwko wolności, wolności sumienia, wolności seksualnej i obyczajowości oraz czci i nietykalności cielesnej*, Warszawa 2001, J. Warylewski, *Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajowości*, Warszawa 2001, L. Starowicz, *Przemoc seksualna*, Warszawa 1992, K. Stępień, *Przepięstwo zgwałcenia w świetle orzecznictwa*, Bielsko Biała 2000, L. Lernell, *Przepiępczość seksualna. Zagadnienia prawne i kryminologiczne*, [w:] K. Imieliński (red.), *Seksuologia społeczna*, Warszawa 1974.

⁴¹ J. Warylewski jest zdania, iż Kodeks karny Tagancewa nie wywarł żadnego wpływu na polską ustawę karną chociaż posługiwał się terminem „nierząd” i „czyn lubieżny”. Jestem innego zdania. Warylewski kładzie nacisk na fakt, iż żadne rozwiązania ujęte w Kodeksie Tagancewa nie zostały zapożyczone w polskim Kodeksie karnym z 1932 r., to jednak nie oznacza tym samym, i nie stoi na przeszkodzie, iż praktyka dokonywanych subsumcji nie odwoływała się do rozumienia tych pojęć w sposób, w jaki interpretowano je pod rządami i tego kodeksu. Patrz: J. Warylewski, *Przepięstwa przeciwko wolności seksualnej*, [w:] A. Wąsek (red.), *Kodeks Karny, część szczególna t. 1 do artykułów 117–221*, Warszawa 2006, s. 806.

Uregulowanie struktury, strony przedmiotowej i podmiotowej przestępstwa zgwałcenia w polskim prawie karnym budziło i nadal budzi uznanie właśnie dlatego, iż przyjęta konstrukcja nie ogranicza ani przedmiotu, ani podmiotu czynu do jednej określonej płci, dopuszcza możliwość zgwałcenia współmałżonka, nie ogranicza także opisu czynu zabronionego do przemocy i obcowania płciowego, uwzględniając także podstęp i przymus psychiczny. To niezwykle nowoczesne, zwłaszcza na tle uregulowań innych państw, ujęcie przestępstwa zgwałcenia wypracowane zostało właśnie w Kodeksie karnym z 1932 roku⁴². Tej nowoczesnej konstrukcji towarzyszył, zachowany i współcześnie wnioskowy tryb ścigania. Wiedza organów ścigania o tym, że doszło do zgwałcenia, nawet jeśli pochodzi od osoby zgwałconej, nie wystarczy, by uruchomić aparat i procedurę wymiaru sprawiedliwości. Bez wyraźnego wniosku ze strony osoby poszkodowanej, pomimo potencjalnej gotowości działania, organy ścigania pozostają bezczynne nawet wówczas, gdy są powiadomione o fakcie dokonania zgwałcenia. Skutkiem tego, wzmocnionym przez obyczajowość doszukującą się przyczyny zgwałcenia w ofierze, jest poczucie przyzwolenia po stronie sprawców, zagrożenia po stronie potencjalnych ofiar i efekt w postaci bezkarności dla sprawców przestępstwa, które obok zabójstwa uchodzi za najpoważniejsze. Jednak argumenty towarzyszące uzasadnieniu przyjęcia trybu wnioskowego w roku 1932 wskazują, iż i ono było wówczas wyrazem nowoczesności i miało świadczyć o swoistym „*empowerment*” – wzmocnieniu, uhonorowaniu, okazaniu szacunku i powagi dla osoby pokrzywdzonej, którą zarówno wcześniej, jak obecnie jest najczęściej kobieta. Deklarowana postawa ustawodawcy w 1932 roku pozwala na przypuszczenie, iż generalnym zamiarem było przeciwdziałanie przestępstwu zgwałcenia. Przy czym przedmiotem ochrony była intymna sfera stosunków zarezerwowanych dla ochrony czystości obyczajów społecznych. Kodeks karny z 1932 roku posługiwał się, regulując zgwałcenie, pojęciem „nierządu”. Przez nierząd rozumiano „wszelkie działanie skierowane na zaspokojenie popędu płciowego w sposób inny niż ten, który wyznacza społeczeństwo, dobrze pod względem czystości obyczajów zorganizowane, a więc przez spółkowanie małżeńskie (*matrimonium est remedium concupiscentiae*)⁴³). Kodeks karny z 1932 roku stanowił, iż czynem nierządnym jest również dobrze zaspakajanie się ze zwierzętami lub osobami tej samej płci (nierząd przeciw naturze), jak z osobą innej płci, czy to w postaci spółkowania, czy innej (perwersje).

⁴² L. Regan, L. Kelly, *Rape: Still forgotten issue*, London 2003, <http://www.rcne.com/downloads/RepsPubs/Attritn.pdf> (01.05.2010).

⁴³ *Matrimonium est remedium concupiscentiae* – małżeństwo jest remedium/lekarstwem na pożądlivość, cytaty wyjęte z summy teologicznej Tomasza z Akwinu, tomu poświęconego Małżeństwu. [Przyp. MP]

Skutek w postaci przeciwdziałania zgwałceniu miał być osiągnięty przy pomocy istnienia samego zakazu. Ustawodawca nie zastanawiał się, na ile zakaz taki mógł być efektywny. W większym stopniu skupiał się bowiem na wykazaniu okoliczności, w których nie można było przyjąć, że doszło do zgwałcenia. Czynności nierządne same przez się nie były przestępstwem. Stawały się nimi dopiero przez dodanie pewnego czynnika, czy to działania bez woli lub wbrew woli innej osoby, czy to działania z chęci zysku (przy nierządzie osób tej samej płci), czy to działania publicznego, lub z osobami z najbliższej rodziny. Inicjowanie stosunków przez mężczyzn mieściło się w normie obyczajowej, podobnie jak mieścił się obowiązek ich unikania po stronie panien i poddawania się im po stronie mężatek, gdy seks inicjowany był przez współmałżonka. Ani panien, ani małżonek o zdanie w tej kwestii nie pytano. Ograniczono się do wpojenia tej „normy”, wykorzystując do tego zresztą proces wychowania dzieci prowadzony przez same kobiety. W związku z tym siłą rzeczy, gdy dochodziło do zgwałcenia, w postronnej opinii ofiara sama sobie była winna. Widać to z nią musiało być coś nie tak, skoro się nie upilnowała, lub miała nieczyste zamiary zaszkodzenia mężczyźnie. Wprawdzie i kobieta mogła także dopuścić się czynności nierządnej na mężczyźnie⁴⁴, ale w praktyce dogmatyka i orzecznictwo identyfikowały kobiety jako skarżące, a mężczyzn jako oskarżanych o dokonanie zgwałcenia.

Pomimo nowoczesnej konstrukcji, zarzut zgwałcenia traktowany był przez doktrynę jako potencjalnie zagrażający interesom mężczyzn, stąd też kładziono nacisk na to, aby ofiary traktować ze szczególną rezerwą. Diametralne różnice doświadczeń doprowadzały do swoistej ambiwalencji; oto nowoczesna konstrukcja przestępstwa zgwałcenia zderzała się z mizoginicznymi uprzedzeniami stronnicej doktryny, która identyfikowała się z przedstawicielami własnej płci, podczas gdy głos płci przeciwnej pozostawał niesłyszalny. Komentarz Peipera nie kryje niechęci i podejrzliwości w stosunku do zarzutów, iż doszło do zgwałcenia.

Omawiając czyny zawarte w rozdziale zatytułowanym „Nierząd”, w tym i przestępstwo zgwałcenia, Peiper wyraża się następująco: „sfera przestępstw objętych rozdziałem wymaga szczególnej ostrożności w ich osądzeniu. Przestępstwa w nim wymienione... są polem, na którym trudno o niezbite dowody i kontrolę zeznań świadków, orzeczenie sędziego opiera się na świadectwie osób,

⁴⁴ Makarewicz i pozostali członkowie zespołu wyobrażali sobie pełną odpowiedzialność kobiety za gwałt przy wyobrażonym podjęciu działań, które miały polegać na związaniu poszkodowanego celem umożliwienia zgwałcenia go przez innego mężczyznę. Jest to ciekawa konstrukcja, bowiem przy innych przestępstwach tak opisane działania uchodziłyby za pomocnictwo, a nie działanie. W praktyce więc ustawodawca za ledwie teoretycznie zakładał, że kobieta doprowadzała mężczyznę do odbycia stosunku, wbrew jego woli. Patrz: J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 298.

... które bardzo często mają interes osobisty w tym, ażeby spowodować skazanie oskarżonego, nienawiść, zemsta, zazdrość, chęć zysku (szantaż) i w ogóle niskie pobudki są tu na porządku dziennym. Toteż przestępstwa nierządu stanowią wielkie cmentarzysko nieujawnionych omyłek karzącej sprawiedliwości”⁴⁵.

Ten jasno zaprezentowany pogląd nie pozostawia wątpliwości, iż ustawodawca podejrzewa ofiarę i identyfikuje się ze sprawcą. Przyjęta w efekcie forma ścigania zgwałcenia potwierdza, iż nie jest to zaledwie niefortunny komentarz, ale istota rozumowania towarzysząca ustawodawczej regulacji zakazu zgwałcenia. Tłumaczenie, iż brak jasności co do bytu przestępstwa skłania do przyjęcia trybu wnioskowego, kłóci się z jednocześnie prezentowaną opinią, iż poszkodowanej należy pozostawić decyzję, czy „nie uważa wdrożenia i przeprowadzenia postępowania sądowego za przykrość zbyt wielką dla siebie”⁴⁶. Poszkodowanym wielu innych przestępstw, jak np. kradzieży czy pobicia w miejscu publicznym nie pozostawia się w tym zakresie wolnej ręki. Podobnie argument braku jasności, który miałby uzasadniać wnioskowość, przysłania rzeczywisty powód, bowiem nie jest wnioskowe przestępstwo np. bójki, co najmniej równie trudne. Samo też wskazanie, iż w grę wchodzi ingerencja w sferę intymną człowieka, nie uzasadnia pozostawienia przestępstwa poza sferą obowiązkowego ścigania z urzędu.

Ustawodawca w Uzasadnieniu do projektu Kodeksu karnego z 1932 roku wyjaśnia przyjęcie trybu wnioskowego następująco: „Oba wypadki kwalifikowanego czynu nierządnego, tak wypadek zgwałcenia, jak i wyzyskania, zastrzega Projekt do ścigania na wniosek osoby pokrzywdzonej, podobnie jak zwykły czyn nierządny wychodząc z założenia, że tam gdzie chodzi o osobę dorosłą i normalną, pozostawić jej należy ocenę czy nie uważa wdrożenia i przeprowadzenia postępowania sądowego za przykrość zbyt wielką dla siebie”⁴⁷.

Ustawodawca nie wyjaśnia, dlaczego przykrość spotykać ma ofiarę, a nie sprawcę, uznając to za zrozumiałe samo przez się. Ta oczywistość sprawa, iż kolejne komentarze do regulacji z 1932 roku, najczęściej traktują tryb wnioskowy jedynie zdawkowo, uznając racje przedstawione w Uzasadnieniu Projektu za oczywiste, a więc i dostateczne.

W komentarzu Juliusza Makarewicza do art. 204 k.k. z 1932 r., który poświęca temu nieco więcej miejsca, czytamy, iż „kobieta podstępnie odurzona alkoholem lub doprowadzona do znoszenia nierządu hipnozą może nie postawić wniosku o ukaranie, wobec tego nie może nastąpić ukaranie za to przestępstwo”⁴⁸.

⁴⁵ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1933, s. 559.

⁴⁶ Z uzasadnienia do projektu Kodeksu karnego z 1932 r., [w:] J. Jamontt, E. S. Rappaport, *Kodeks karny r. 1932...*, s. 288.

⁴⁷ L. Peiper, *Komentarz...*, s. 563–563.

⁴⁸ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, wyd. IV, Lwów 1935, s. 369.

Jest to jednak skutek przyjęcia trybu wnioskowego, a nie samoistna przyczyna niemożności ścigania. Komentarz Peipera w ogólnie nie komentuje trybu ścigania, przyjmując wnioskowość za oczywistą i skupia się na postawieniu barier dla przyjęcia, iż seks do którego doszło, był zgwałceniem. Opór mianowicie, ma być i rzeczywisty, i trwały i to nie ofiara, lecz sąd ma oceniać, czy chciała ona zbliżenia⁴⁹. Sąd też, a nie ofiara ma decydować, czy musiała ulec, czy mogła się bronić dalej. Za każdym razem, skoro przecież miało dojść do skazania mężczyzny, rodzaj i intensywność siły fizycznej mierzony był „oczywiście” wyobraźnią i doświadczeniem innego mężczyzny tworzącego doktrynę i orzecznictwo. Różnice w społecznym treningu kobiet i mężczyzn pomijano⁵⁰. Od kobiety wymagano, aby zaatakowana przez gwałciciela okazywała sprzeciw, opór i siłę fizyczną równą tej, jakiej oczekiwano od „przeciętnego człowieka”. Nie rozwodzono się przy tym, iż miarą przeciętnego człowieka był mężczyzna; to było bowiem „oczywiste”. Kobiecie zachowującej się zgodnie z wyznaczonym społecznie wzorem kobiecości groziło więc, iż stawiany przez nią opór uznany zostanie za fikcyjny⁵¹. Gdy nie udało jej się sprostać wyznaczonej miarze przeciętności, uznawano, iż jej opór był „chwilowy, wynikający ze wstydlivosti kobiety, która jednak chce się oddać”⁵². To ofiarę więc i jej zachowanie poddawano ocenie, poza sferą moralnych indagacji pozostawiając samego sprawcę, który doprowadzając do stosunku seksualnego, zachowywał się przecież „naturalnie”.

Przyczyną przyjętego trybu i ocen, które pomimo i tu podkreślanej nowoczesnej konstrukcji przestępstwa zgwałcenia nie przeciwdziałały dyskryminacji ofiar, było zapewne nie tylko to, że stworzone zostały przez mężczyznę. Catherine A. MacKinnon mówiąc, iż kobiety nie miały wpływu na treść tworzonego prawa, nie chodziło o literalny brak kobiet, ale o ignorowanie racji, interesów, wartości istotnych z punktu widzenia kobiet. Tym bardziej jednak warto przypomnieć kto, obok Makarewicza, współtworzył i interpretował Kodeks karny z 1932 roku.

3.3. Twórcy Kodeksu karnego z 1932 r.

Kodeks Makarewicza był i pozostał wzorem w zakresie systematyki i jasności normotwórczej. Do dziś renomą cieszy się jednolita, nowoczesna systematyka kodeksu oraz jego zwięzły i przejrzysty język. Nazywanie go jednak Kodeksem Makarewicza jest pewnym skrótem myślowym. W skład Komisji Kodyfikacyjnej pracującej nad kodeksem wchodził bowiem: F. Nowodworski (1859–1924),

⁴⁹ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego i prawa o wykroczeniach*, Kraków 1936, s. 423.

⁵⁰ R. Bednarz-Grzybek, *Emancypantka i patriotka. Wizerunek kobiety przełomu XIX i XX wieku w czasopiśmie Królestwa Polskiego*, Lublin 2000, s. 59–88.

⁵¹ J. Jamontt, E. S. Rappaport, *Kodeks karny r. 1932...*, s. 282.

⁵² J. Jamontt, E. S. Rappaport, *Kodeks karny r. 1932...*, s. 282.

E. Krzymuski (1851–1928), J. Makarewicz (1872–1955), A. Mogilnicki (1875–1956), E. S. Rapaport (1877–1956), W. Makowski (1880–1942), A. Czerwiński (1852–1937), J. Nowotny (1876–1953) i H. Ettinger (1852–1929).

Zespół ten charakteryzował się tym, iż wszyscy wymienieni uważani są za wybitnych prawników i wszyscy byli mężczyznami. Zarówno przyjęte regulacje, jak i dostępne komentarze kodeksu przygotowane przez różnych członków Komisji pozwalają wnioskować, iż choć nie zawsze byli jednomyślni, to podzielali poglądy w sprawach dotyczących autonomii seksualnej, obyczajowości i poglądów na dyskryminację ze względu na płeć⁵³. Z pewnością z przekonaniem i w dobrej wierze zakładali, iż tworzone przez nich normy cechuje powszechność, obiektywizm, neutralność płciowa. I najwyraźniej nie raziła ich i nie przeszkadzała im rozprawać o obiektywności prawa odnotowywana tak na gruncie prawa cywilnego, jak i karnego, nierówność. A. Mogilnicki relacjonował bez emocji i bez refleksji, iż skutkiem małżeństwa jest pewne ograniczenie praw kobiety, która musi mieszkać z mężem, nie może swobodnie rozporządzać swym mieniem, zaciągać zobowiązań, ani też prowadzić spraw sądowych⁵⁴. Dla autora komentarza do kodeksu karnego, L. Peipera, odmiennie niż dla J. Makarewicza, było oczywiste, iż nie może uchodzić za przestępne *copula carnalis* (obcowanie płciowe), jeśli podmiot i przedmiot przestępstwa są małżonkami, a więc są zobowiązani do spełnienia powinności małżeńskiej⁵⁵. Nie przychodziło mu na myśl, iż takie podejście w praktyce egzoneruje zachowanie seksualne mężczyzn kosztem autonomii seksualnej kobiet. Oznacza ono w praktyce, że mąż może używać żony, a ta zobowiązana jest się z tym godzić. Tak więc pomimo nowoczesnego prawa, które nie wykluczało zgwałcenia także w małżeństwie, sami tworzący ją

⁵³ W owym czasie popularne były odnośnie natury człowieka, tego co w nim normalne lub od normy odbiegające, poglądy Ernesta Kretschmera. Lektura zajmująca i dziś pozwala wskazać, iż tam, gdzie wnioski o normalności, wyższości, geniuszu wyciągano np. na podstawie orientacji seksualnej, płci czy rasy, „naukowy” charakter czerpały z interpretacji, które pozostawały w zgodzie z panującymi wówczas uprzedzeniami portretującymi kobiety jako „gorsze” od mężczyzn. Patrz: E. Kretschmer, *Ludzie genialni*, tłum. P. Hulka-Laskowski, Warszawa 1934. Juliusz Makarewicz poświęca całą rozprawę o naprawie i przebudowie społeczeństwa. Poświęca oddzielny rozdział problemowi demokratyzacji a sprawie Żydów, o kobietach jednak w swej pracy – nie wspomina. Dopuszczalne więc było rozprawać o społeczeństwie, nie dostrzegając w nim specyficznej sytuacji kobiet. Patrz: J. Makarewicz, *Przebudowa społeczna*, Lwów 1923. Pisząc zaś o znaczeniu i potrzebie rozwoju filozofii prawa karnego bez trudu rozróżnia i klasyfikuje mnogości celów kary i definicji przestępstwa, ale w żadnym momencie nie wątpi w obiektywny charakter prawa karnego. Patrz: J. Makarewicz, *Wstęp do filozofii prawa karnego*, tłum. K. Jakubów, Lublin 2009, s. 43.

⁵⁴ A. Mogilnicki, *Ogólne zasady prawa*, Warszawa 1919, s. 76.

⁵⁵ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1936, s. 421.

prawnicy mieli intelektualne trudności z przyswojeniem wypracowanych konstrukcji. Koncepcja autonomii seksualnej współmałżonki pozostawała w owym czasie poza sferą ustawodawczej wyobraźni. Ważne natomiast było wskazanie, w jakich okolicznościach podejmowane przez mężczyzn zachowania seksualne pozostawały bezkarne. W literaturze anglosaskiej wielokrotnie przytacza się podobną wypowiedź siedemnastowiecznego sędziego i uczonego Sir Matthew Hale'a, iż przez samo małżeństwo żona wyraża zgodę na używanie jej do celów seksualnych⁵⁶. Równie znane są jego poglądy na przestępstwo zgwałcenia, iż „zgwałcenie jest zarzutem, który łatwo postawić i trudno udowodnić, i jeszcze trudniej obronić stronie oskarżonej, choćby i niewinnej”⁵⁷. Jeszcze w latach siedemdziesiątych sądy w Stanach Zjednoczonych, mając na uwadze opinię Sir Hale'a, przestrzegały przysięgłych, aby nie traktować na wiarę zeznań poszkodowanych i sceptycznie oceniać przedstawiane przez poszkodowane dowody. Rodzima sytuacja nie odbiegała więc od powszechnie obecnych trendów⁵⁸. Pomimo neutralnie ujętego w przepisie podmiotu i przedmiotu przestępstwa w praktyce mężczyzna był sprawcą, ofiarą była kobieta. I mimo to, a raczej właśnie dlatego, w sprawach o zgwałcenie osąd, zwłaszcza moralny, częściej niż nad sprawcą odbywał się nad ofiarą.

Przekonanie, że ofiara sama jest sobie winna, dobrze ilustruje wypowiedź L. Peipera. Chcąc podkreślić, z jaką ostrożnością należy podchodzić do zarzutu, że doszło do zgwałcenia, daje przykład z literatury. „Kobieta przywodzi przed Sancho Pansę człowieka, który pozbawił ją czci. Pansa daje jej sakiewkę winowajcy, a po jej odejściu upoważnia winowajcę do odebrania od niej tej sakiewki. Wracają oboje walcząc, a gdy ona chwali się, że winowajca nie zdołał odebrać sakiewki, powiada Pansa: gdybyś choć w połowie tak uczciwie broniła swej czci, jak tej sakwy, zaprawdę nie mógłbym ci jej odebrać”⁵⁹. Trudno o drugi przykład przestępstwa w kodeksie karnym, w którym ustawodawca tak otwarcie i bez żenady demonstrowuje abominację wobec przedmiotu przestępstwa. Nieposzanowanie i przyzwolenie na wystawianie ocen obecne jest i tam, gdzie rzekomo rzecz dotyczy neutralnego, równego traktowania. Peiper, cytując orzecznictwo, podkreśla, iż „przedmiotem zbrodni zgwałcenia może być każda niewiasta, bez względu na jej moralne kwalifikacje i stosunek, jaki łączył ją poprzednio ze sprawcą”; to, że kobieta jest przedmiotem owych ocen, traktuje jako rzecz oczywistą, równie jak i to, że podobne oceny nie odnoszą się do mężczyzny⁶⁰.

⁵⁶ M. Torrey, *Feminist legal Scholarship on Rape...*, op. cit., s. 37.

⁵⁷ M. D. Smith, *Encyclopedia of Rape*, London 2004, s. 94.

⁵⁸ L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego...*, op. cit., s. 418.

⁵⁹ *Ibidem*, s. 421.

⁶⁰ *Ibidem*, orzeczenie [O.S.P.II 239].

Konsekwentnie wychowywanym do uległości, skromności i posłuszeństwa kobietom stawiano wymóg intensywnego oporu. Peiper cytuje orzeczenia, które dla bytu zgwałcenia wymagają ustalenia dwóch momentów: aktywnego (tj. gwałtu ze strony sprawcy w postaci przymusu fizycznego lub psychicznego) i pasywnego (tj. oporu ofiary przed czynem lubieżnym). O ile intensywność przymusu fizycznego nie ma w tej mierze istotnego znaczenia i wystarcza ustalenie, że była dostateczna dla przełamania oporu kobiety, o tyle intensywność oporu kobiety ma doniosłe znaczenie: opór ten powinien być rzeczywisty i trwały⁶¹.

Stanowisko to przyjęte na początku XIX wieku na trwałe weszło do kanonu kryteriów oceny w sprawach o zgwałcenie. Pomimo wykształcenia zdolności mowy i finezyjnej umiejętności tworzenia konstrukcji prawnych ustawodawcy nie przyszło na myśl, iż niezgodę na zbliżenie można wyrazić sprzeciwem słownym. Przy rozpowszechnionym założeniu, że mężczyzna jest istotą intelektualnie wyższą od kobiety, w sytuacji zgwałcenia ustawodawca i wymiar sprawiedliwości nagle wymaga od kobiety komunikowania się ze sprawcą prymitywnymi metodami siły fizycznej. Pomija przy tym wiedzę o kulturowych praktykach przyuczania kobiet do rezygnacji z agresji fizycznej i oporu.

Współcześnie podejście to stwarza wrażenie szyderstwa z kobiet i parodię praworządności. Lektura ówczesnego piśmiennictwa nie pozostawia jednak wątpliwości, iż podejmowane wówczas działania były autentycznym przejawem dbałości o sprawiedliwość w granicach poznawczych, jakim dysponował ustawodawca w latach trzydziestych. Znał własne lęki i obawy. Miał poczucie, że uczciwe kobiety nie mają podstaw do obaw. Nie badał źródeł własnych idiosynkrazji i nie miał najczęściej poznawczo dostępu, z braku zainteresowania, do świata „piekła kobiet”.

Ówczesna doktryna i orzecznictwo, bez złej woli, ale przeoczyły, iż wbrew pozorom zgwałcenie, choć wykorzystuje w celu dokonania zamachu zachowania seksualne nie tyle jest przestępstwem seksualnym, co w co najmniej nie mniejszym znaczeniu przestępstwem przeciwko własności. Stephen Schulhofer zwraca uwagę, iż związek między gwałtem na osobie a wymaganiem, by towarzyszyła mu przemoc fizyczna w anglosaskiej jursprudencji wiąże się z szesnastowieczną zasadą obowiązującą w prawie własności, które tylko wówczas chroniło właściciela, jeśli siłą usunął napastnika ze swej posesji, stosując *vi et armis* (siłą i bronią)⁶². To dlatego, uważa on, prawo raczej zainteresowane jest udowodnieniem braku użycia siły niż ustaleniem obecności elementu szczerzej zgody i przyzwolenia.

⁶¹ Ibidem, orzeczenie [O158/26].

⁶² S. Schulhofer, *Unwanted Sex. The culture of intimidation and the failure of law*, London 1998, s. 17–18.

W przypadku zgwałcenia rzecz pierwotnie nie tyle przecież dotyczyła autonomii seksualnej, co ochrony własności⁶³. W tym więc, w co najmniej równym stopniu, co w obowiązującej obyczajowości należy widzieć źródła przyjęcia w 1932 roku wnioskowego trybu ścigania zgwałcenia. Wraz ze zmianą stosunków społecznych spadło po stronie mężczyzn zainteresowanie ochroną kobiet przed zgwałceniem, przy niezmiennym zainteresowaniu, aby zapewnić sobie seksualny do nich dostęp. Tryb wnioskowy doskonale się do tego nadaje.

Gwałt, choć jest zamachem na autonomię seksualną jednostki, to historycznie traktowany był jako zamach nie tyle na cześć samej zgwałconej, co jej ojca, brata, czy męża. Zgwałcenie godziło w honor mężczyzny, do którego zgwałcona „należała”. Kobieta była towarem, którego wartość poprzez zgwałcenie zostawała naruszona. Cześć w przypadku kobiety była jednoznaczna z cnotą, a cnota liczyła się więcej niż życie, stąd nie dziwi, iż wymagano, by „porządna” kobieta raczej wybierała śmierć, niż „godziła się” na zgwałcenie. Skoro więc przeżyła to znaczy, że nie dość się broniła, a to z kolei tłumaczy, czemu mogła uchodzić za pozbawioną czci. Użyta przez mężczyznę, wbrew woli tego który miał do niej „prawo”, lub „prawo” decydowania o niej jak o swojej „własności”, traciła nie tylko własną cześć, brukała również cześć mężczyzny, do którego należała.

Wraz z osłabieniem reistycznego stosunku do kobiety, osłabło męskie zainteresowanie potrzebą ochrony jej przed seksualną dostępnością dla obcych mężczyzn. Nie zwolniło to kobiety z obowiązku chronienia swej czci. Tyle tylko, iż wraz z emancypacją prawną musiała sobie radzić sama. Tak, jak i we wcześniejszej obyczajowości, jej uczciwość i godność łączona jest z błoną dziewiczą w przypadku panien, i niedostępnością dla innych mężczyzn poza mężem,

⁶³ Więcej na temat pierwotnego znaczenia przestępstwa zgwałcenia i istoty autonomii seksualnej patrz: M. Płatek, *Czytając J. Schulhofera „Niechciany seks”. Cywilizacja zastraszenia i fiasko prawa*, „Mediator”, nr 15 (3/2000), wrzesień 2000, s. 13–28, M. Płatek, *Gwałt, przestępstwo w cieniu Temidy*, [w:] L. Gardocki, M. Królikowski, A. Walczak-Żochowska (red.), *Gaudium In litteris Est, Księga jubileuszowa ofiarowana Pani Profesor Genowefie Rejman*, Warszawa 2005, s. 289–308.

Zgwałcenie traktowane jest jako przestępstwo seksualne wymierzone w obyczajowość i wolność seksualną. Nie wykształciło się jeszcze natomiast na gruncie polskiej dogmatyki podejście do traktowania zgwałcenia jako przestępstwa przeciwko autonomii seksualnej. Autonomia wymaga jednoczesnego spełnienia trzech warunków: wewnętrznej możliwości, by czynić odpowiedzialne, dojrzałe, racjonalne wybory; zewnętrznej wolności od nacisków i ograniczeń oraz fizycznej nietykalności osoby. Traktowanie zgwałcenia w kategoriach autonomii seksualnej pozwala dostrzec, iż jest to przestępstwo, w którym zachowania seksualne wykorzystywane są w celu narzucenia drugiej osobie swej władzy. Rzecz nie dotyczy więc ulegania biologicznemu instynktowi, co świadomemu lekceważeniu mocy ofiary, którą sprawca podporządkowuje swoim celom, wykorzystując do tego zachowania seksualne.

w przypadku mężatek. W razie niepowodzenia (czyt.: zgwałcenia), winy kobieta ma szukać sama w sobie, a ustawodawca zachowując dyskrecję, z uwagi na dawną rycerskość⁶⁴ wychodzi jej o tyle na przeciw, że tam, gdzie jednak zgwałcona „dopuszcza” do tego, co się stało, oszczędza jej wstydu i oferuje wnioskowy tryb ścigania tego przestępstwa.

Lektura komentarzy i orzecznictwa karnego z lat trzydziestych i późniejszych skłania do wniosku, iż ci, co tworzyli kodeks z 1932 roku tak właśnie najprawdopodobniej myśleli. Nie byli świadomi, iż dynamika przestępstwa zgwałcenia ma inny, niż prezentowany przez nich wymiar, ale twórcami przepisów byli oni, a nie ofiary. Rzeczywistość, którą definiując stwarzali, nie brała pod uwagę innych poglądów, niż ich własne. Obca im była wrażliwość na kulturowe różnice płci. Uznawali się zapewne za wielkodusznych, dopuszczając, iż nawet kobiety „upadłe” mają prawo do ochrony⁶⁵. Z pozostawionych prac wynika, że przyjmowali zastane wzorce kulturowe za dane, nie kwestionując, ani nie analizując ich źródeł. Ton, tekst, sposób argumentacji nie pozostawiają wątpliwości, iż Autorzy, *nomen-omen*, jak jeden mąż, stali na stanowisku, iż wyprodukowany kodeks reprezentuje abstrakcyjne, uniwersalne rozwiązania, które w postaci stworzonych norm prawa karnego są integralną i bezstronną reakcją na najpoważniejsze bolączki społeczne. Pogląd ten dotyczył także uregulowania przestępstwa zgwałcenia, które uznawano za neutralne, rzetelne, obiektywne i nie różnicujące ochrony dóbr prawnych ze względu na płeć.

3.4. Twórcy i komentatorzy prawa karnego po 1932 r. – perspektywa przestępstwa zgwałcenia

Jak już zauważono, gdy rzecz dotyczy zgwałcenia kobiety, i mężczyźni mają różne doświadczenia. Jest znacznie bardziej prawdopodobne, że mężczyźni zgwałcili, niż że będzie zgwałcony⁶⁶. Przypadki zgwałceń dokonanych przez kobiet

⁶⁴ Rycerskość różni się od życzliwości płynącej z dobrego wychowania tym, że o ile ta ostatnia nie wymaga niczego w zamian, o tyle rycerskość zakłada, że kobieta jest niezdolna pomóc samej sobie i w zamian za okazywaną przysługę winna jest mężczyźnie co najmniej oddanie, i co najmniej psychiczne. Tak więc, jeśli dawna rycerskość leży u źródeł trybu wnioskowego przy zgwałceniu, to z góry wychodzi też z założenia, że kobieta sama sobie nie poradzi.

⁶⁵ Brak jest badań i adnotacji w poświęconych ich życiu pracach, czy np. sami korzystali z usług lupanarów. Wiadomo jednak, że rozważając kwestie prostytucji, nie przychodziło im na myśl, iż wina za istnienie prostytucji obciążyć można klientów kobiet świadczących usługi seksualne.

⁶⁶ Patrz statystyki zgwałceń: http://www.nationmaster.com/graph/cr_i_rap-crime-rapes (15.08.2010).

są rzadkością. Większość zgwałconych mężczyzn gwałt spotyka nie ze strony kobiet, lecz innych mężczyzn. To wyznacza płaszczyznę doświadczeń i epistemologicznej pozycji zarówno mężczyzn i kobiet. To z tak przyjętej perspektywy mężczyźni zabierają głos, a głos kobiet nawet wówczas, gdy nie milczą, jest źle słyszalny. Doświadczeniem większości zgwałconych kobiet gwałt dokonany jest przez mężczyzn, których znały, nierzadko przez tych, z których strony oczekiwały wsparcia lub opieki. Unikanie przemocy seksualnej stanowi element codziennej taktyki kobiecych zachowań. Przemoc seksualna nie jest czymś, czego na co dzień spodziewa się mężczyzna. Unikanie zgwałcenia jest wkalkulowane w scenariusze kobiecych zachowań, nie jest to zagrożenie, którego realnie oczekuje mężczyzna. Zapewne również z tych przyczyn, pomimo kolejnych kodyfikacji i dodatkowych modyfikacji, przestępstwo zgwałcenia niezmiennie pozostaje przestępstwem ściganym na wniosek. Kolejne zmiany prawa i zespoły powoływane do ich przeprowadzenia kontynuują linię wypracowaną w roku 1932 i w większości nadal reprezentowane są przez mężczyzn?⁶⁷

Analogicznie do nazwy kodeksu z 1932 roku określanego Kodeksem Makarewicza, Kodeks karny z 1970 roku można by nazwać Kodeksem I. Andrejewa, a ten z 1997 roku Kodeksem A. Zolla i K. Buchały. Kolejne komisje ds. reformy prawa karnego również kierowane były przez profesorów prawa karnego. W komisji przeważał podobny skład, do tego, który towarzyszył kodeksowi z 1932 r. Komisją powołaną przez Prezydenta RP w 2001 r. kierował prof. A. Wąsek⁶⁸. Komisję w roku 2006 roku powołał ówczesny Minister Sprawiedliwości Z. Ziobro. Na jej czele stanął wówczas prof. Andrzej Siemaszko. Prace komisji praktycznie nastawione były na zaostrzenie kar z nadzieją na zwiększenie skuteczności ścigania przestępstw. Nie przyniosło to zwiększenia skuteczności

⁶⁷ M. Płatek, *Prawnokarna ochrona praw...*, op. cit. Kobiety dopuszczono do studiowania prawa w Polsce dopiero po odzyskaniu niepodległości. Charakterystyczna postawa rektora Uniwersytetu Jagiellońskiego, który jeszcze w początkach XX wieku (1906 r.) wygłaszał płomienne filipiki, sprzeciwiając się „nierozumnym pomysłom” dopuszczenia kobiet do studiowania, a do studiowania prawa zwłaszcza, ilustruje realną nieobecność wpływu na proces normotwórczy. Kobiety, uzyskując w końcu dostęp, pobierały nauki od tych, którzy przekazywali wiedzę nie tylko na temat określonej struktury normy, ale często właśnie poprzez brak krytycznej refleksji, narzucali także określony pakiet obyczajowy jako niekwestionowany, oczywisty, „naturalny” i stosowny system norm i wartości. Dotyczył on miejsca mężczyzny i kobiety w społeczeństwie, „właściwych” ról, stosownych i niestosownych zachowań bez refleksji nad źródłem takiego pakietu i tego, czyje interesy reprezentuje.

⁶⁸ Tu wśród ponad dwudziestu prawników była prof. Hanna Świda, specjalistka od przestępczości gospodarczej, przedstawiana bez podania żadnego tytułu naukowego, Beata Mik z Uniwersytetu M. Kopernika w Toruniu, <http://www.prezydent.pl/archiwum/rok-2001/art,608,spotkanie-prezydenta-rp-z-komisja-ds-reformy-prawa-karnego.html> (24.06.2010).

ścigania przestępstw zgwałcenia⁶⁹. Obecnie, nowo powołaną Komisją Kodyfikacyjną Prawa Karnego kieruje prof. A. Zoll⁷⁰. Nadal więc wśród twórców przepisów przeważają mężczyźni.

Nie inaczej rzecz się ma na ogół z podręcznikami i komentarzami do prawa karnego. Większość napisana przez profesorów prawa, odzwierciedla styl myślenia i argumentacji, gdy rzecz dotyczy zgwałcenia dla tego, jaki wypracowano już w 1932 roku⁷¹. Podobnie, choć z ważnymi wyjątkami, jest, gdy rzecz dotyczy komentarzy do Kodeksu karnego⁷².

⁶⁹ Statystyka skazań za zgwałcenia wskazuje raczej na społeczną atmosferę wsparcia lub jego braku dla ofiar zgwałcenia. Paradoksalnie więc większa liczba skazań wskazuje więc raczej najczęściej na spadek ciemnej liczby niż na wzrost przestępstw zgwałcenia. Badania ciemnej liczby tych przestępstw, choć nieliczne, wskazują na to, że oficjalna statystyka skazań w niewielkim tylko stopniu oddaje rzeczywisty obraz zjawiska. Patrz: A. Kurzawa, *Gwałt w polskim prawie na tle strasburskiego orzeczenia przeciw Bułgarii*, „Prawo i Płeć” nr 2, 2005, s. 8–14, A. Siemaszko (red.), B. Gruszczyńska, M. Marczewski, *Atlas Przystępczości w Polsce*, t. 4, Warszawa 2009, s. 26.

⁷⁰ Ministerstwo Sprawiedliwości powoła komisję ds. prawa karnego „Gazeta Prawna” z 28 października 2009, http://prawo.gazetaprawna.pl/artykuly/365529,ministerstwo_sprawiedliwosci_powola_komisje_ds_prawa_karnego.html (24.06.2010). W składzie tej komisji są trzy kobiety na 14 osób (były 4 na 15, w jej skład wchodziła również Joanna Agacka-Indecka, która zginęła 10 kwietnia 2010 w katastrofie samolotowej pod Smoleńskiem) http://bip.ms.gov.pl/kpkp/Sk%C5%82ad_Komisji_Kodyfikacyjnej_Prawa_Karnego.pdf (26.04.2010).

⁷¹ I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1989 (IX i zarazem ostatnie wydanie), J. Bafia, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1989 (I i zarazem ostatnie wydanie), T. Bojarski, A. Gimbut, C. Gofroń (red.), A. Wąsek, J. Wojciechowski, *Prawo karne*, Lublin 1994, K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997 (II wydanie, I – 1995), K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989 (II wydanie), S. Budziński, *Wykład porównawczy prawa karnego. Część ogólna*, Warszawa 1868 (I i zarazem ostatnie wydanie), S. Budziński, *Wykład porównawczy prawa karnego. Część szczególna*, Warszawa 1883 (I i zarazem ostatnie wydanie), M. Cieślak, *Polskie prawo karne – zarys systemowego ujęcia*, Warszawa 1990 – I wydanie (II – 1994, III – 1995), L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 1994 – I wydanie (III wydanie – 1998), S. Glaser, *Prawo karne – część ogólna*, Warszawa 1920, S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1933, A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996 (V wydanie), R. Hube, *Ogólne zasady nauki prawa karnego*, Warszawa 1830 (jedyne wydanie), E. Krzymuski, *Wykład prawa karnego ze stanowiska nauki i prawa austriackiego*, tom I i II, wyd. III, Kraków 1911 (ogółem III wydania: wyd. I – 1885 r., II – 1901), E. Krzymuski, *Zarys ogólnych instytucji prawa karnego*, Kraków 1918 (jedyne wydanie), E. Krzymuski, *System prawa karnego*, Kraków 1921 (jedyne wydanie), L. Lernell, *Wykład prawa karnego – część ogólna*, Warszawa 1961, F. Maciejowski, *Wykład prawa karnego w ogólności*, Warszawa 1848 (jedyne wydanie), J. Makarewicz, *Prawo karne ogólne*, Kraków 1914 (jedyne wydanie), J. Makarewicz, *Polskie prawo karne – część ogólna*, Lwów–Warszawa, 1919 (jedyne wydanie), J. Makarewicz, *Prawo karne. Wykład porównawczy*, Lwów – Warszawa 1924 (jedyne wydanie), W. Makowski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa–Lublin–Łódź–

Rzecz nie w tym, by pomniejszać ich wagę i wartość z racji tego, że napisane są przez mężczyzn. Byłoby to nierozsądne i niepoważne. Chodzi raczej o jednorodność i jednolitość stylu pracy i myślenia, który z trudem lub wcale

Poznań–Kraków 1920 (jedyne wydanie), W. Makowski, *Prawo karne. O przestępstwach w szczególności*, Warszawa 1924 (jedyne wydanie), A. Marek, *Prawo karne – część ogólna*, Bydgoszcz 1992, A. Marek (red.), M. Filar, A. Grześkowiak, D. Gajdus, E. Pływaczewski, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, A. Marek, *Prawo karne w pytaniach i odpowiedziach*, Toruń 1996 (II wydanie), A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1997 (I wydanie), A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2000 (II wydanie), A. Marek, *Podstawy prawa karnego i prawa wykroczeń*. Skrypt dla studentów administracji, Toruń 1997, B. Namysłowska, M. Dietrich, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 1998, S. Pławski, *Prawo karne* (w zarysie). Część I–III, Warszawa 1965, 1966, 1968 (jedyne wydanie), H. Popławski, *Podstawy prawa karnego*, Gdańsk 1980 (w formie skryptu), E. Rappaport, *Rys zasad prawa karnego materialnego*, Warszawa 1920 (jedyne wydanie), A. Ratajczak, A. Szwarz, *Zarys prawa karnego – Zagadnienia wstępne i nauka o ustawie karnej*, Poznań 1971. S. Reinhold, *Zarys prawa karnego, obowiązującego na ziemiach polskich. Część ogólna*. Warszawa–Kraków 1920, M. Surkont, *Prawo karne. Podręcznik dla studentów administracji*, Sopot 1998, S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne – część ogólna*, Warszawa 1946 (jedyne wydanie), S. Śliwiński, *Prawo karne materialne – część szczególna*, Warszawa 1948 (w formie skryptu, jedyne wydanie), J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1975 (II wydanie – 1979), W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986 (III wydanie), J. Waszczyński (red.), *Prawo karne w zarysie. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Łódź 1992, W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973 (I i zarazem ostatnie wydanie), W. Wolter, *Prawo karne – zarys wykładu systematycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947 (I i zarazem ostatnie wydanie), W. Wolter, *Zarys systemu prawa karnego. Część ogólna*, t. I i II, Kraków 1933–1934 (I i zarazem ostatnie wydanie).

⁷² Główne współczesne komentarze do kodeksu karnego: I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1988, J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, T. Bojarski, *Podręczny komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1998, K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1994, K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz. Część ogólna*, Kraków 1998, K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 1 i 2, Kraków 1999, S. Glaser, A. Mogilnicki, *Kodeks karny. Komentarz*, 1934, R. Góral, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1998, O. Górniok, *Prawo karne gospodarcze. Komentarz*, Toruń 1997, O. Górniok, S. Hoc, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom III* (art. 117–363), Gdańsk 1999, M. Kalitowski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom II* (art. 32–116), Gdańsk 1999, J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, W. Makowski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1933, A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, A. Marek, *Komentarz do kodeksu karnego. Część szczególna*, Warszawa 2000, J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach z komentarzem i orzecznictwem Sądu Najwyższego do dnia 30 listopada 1934 r.*, Warszawa 1935, L. Peiper, *Komentarz do kodeksu karnego*, Kraków 1933, G. Rejman (red.), *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Warszawa 1999, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1958, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz. Tom I* (art. 1–31), Gdańsk 1999, J. Wojciechowski, *Kodeks karny z krótkim komentarzem praktycznym*, Skierniewice 1993, J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 1997 i kolejne wydania, A. Zoll, *Kodeks karny. Komentarz. Część szczególna*, t. 1 i 2, Kraków 1999 i kolejne wydania.

nie dopuszczał, a najczęściej nie przypuszczał istnienia innej perspektywy, problemów i pytań wymagających odpowiedzi, niż tych stawianych przez aktualnych prawodawców. W efekcie utrzymuje to sposób analizowania przestępstwa zgwałcenia przy wykorzystaniu i niezmiennym rozumieniu aparatu pojęciowego wypracowanego w 1932 roku pomimo, że od tego czasu rozwinęła się zarówno teoria prawa karnego wzbogacona o perspektywę feministyczną, jak i przede wszystkim rozwinęły się znacznie nauki pokrewne: kryminologia, psychologia, psychologia społeczna, psychiatria, które nawet jeśli nie kwestionują, to zmuszają do zweryfikowania wielu przyjętych konstrukcji prawa karnego. Tymczasem większość z nich, w tym te, które dotyczą przestępstwa zgwałcenia, pozostają niezmiennie.

Rzecz więc nie tylko w tym, iż skład tych komisji jest jednolity ze względu na płeć. Rzecz również nie w tym, że współczesne komisje nawiązują do bogactwa dorobku myśli prawnokarnej Polski międzywojennej. Jest to z pewnością krok sensowny i wartościowy, dorobek ten bowiem ze wszech miar wart jest uwzględnienia. Nie można jednak pomijać tego, iż powstające wówczas konstrukcje tworzone były w oparciu o założenia, które współcześnie zostały zakwestionowane, często odrzucone, przeżyły się, lub też najwyższy już czas, by za przeżytek zostały uznane. Nie odbiera to wartości wcześniejszym pracom, ale zmusza do ich weryfikacji, która powinna znaleźć odzwierciedlenie także w przyjmowanych rozwiązaniach ustawowych.

L. Wittgenstein zwracał uwagę na niemożność nazwania tego, co niedoświadczone. Wraz z niemożnością nazwania idzie w parze niedostrzeżenie i niezainteresowanie. Podkreślałam tu brak wpływu kobiet na proces tworzenia prawa. Uregulowanie przestępstwa zgwałcenia dowodzi, iż ma znaczenie kto, w czyim interesie, czyje doświadczenia mając na uwadze, w imię ochrony porządku i ładu społecznego tworzy prawo. Ma również znaczenie i to, czyich interesów i czyich doświadczeń się nie dostrzega i nie bierze pod uwagę⁷³. Przy czym sama obecność kobiet nie gwarantuje, iż ustawodawczyni/ustawodawca zacznie przejawiać wrażliwość na płeć kulturową i korzystać z dorobku osiągnięć prawnej myśli feministycznej, oraz że myśl ta zostanie uwzględniona w kształtowaniu treści przepisów. Nie można wykluczyć, iż nieliczne, jednostkowe kobiety

⁷³ Rzecz jest jeszcze bardziej skomplikowana, nie można bowiem wykluczyć, że wśród prawodawców znajdowały się/znajdują się osoby molestowane w dzieciństwie. Nie jest więc tak, iż prawodawcy wśród których w roku 1932 dominowali, podobnie jak i współcześnie mężczyźni z definicji nie mają dostępu do traumy związanej ze zgwałceniem, że z definicji wolni są od strachu przed seksualnym nadużyciem. Z kulturowo określonej definicji męskości, powagi i dominacji również ci, którym nieobce jest doświadczenie zgwałcenia także z lęku przed zrównaniem z sytuacją i społeczną pozycją kobiety, mogą być niechętni do podnoszenia tego w dyskusjach dotyczących regulacji prawnej przestępstwa zgwałcenia.

włączone do grona, w którym przeważają mężczyźni będą, zgodnie z regułą *tokenizmu* (pionka), z nadgorliwą dbałością wykluczać aksjologię i doświadczenia odbiegające od tych, do jakich dostęp mają koledzy, by nie narazić się na zarzut wyróżniania się, a przez to gorszości⁷⁴. Nie można też wykluczyć, iż wykształcone w tym samym środowisku, na tych samych przykładach, najczęściej wolnych od refleksji feministycznej, podzielają punkt widzenia reprezentowany przez przeważających w składzie kolejnych komisji członków⁷⁵. Podobnie, sama płęć biologiczna i fakt bycia mężczyzną nie determinuje, nie pozbawia możliwości i nie stoi na przeszkodzie uwrażliwienia na kulturowe różnice płci i korzystania z osiągnięć jurysprudencji feministycznej⁷⁶.

4. Przestępstwo zgwałcenia – regulacje zawarte w Kodeksie karnym z 1997 roku. Dyskusja

Art. 197 § 1 k.k. z 1997 roku, jak już podkreślałam, powtarza nadal nowoczesną definicję zgwałcenia wypracowaną już przez Kodeks karny z 1932 roku. Kodeks karny z 1997 roku przedmiotem ochrony czyni wolność seksualną, wolność rozumianą jako brak wszelkich nacisków prowadzących do naruszenia nieskrępowanych decyzji w zakresie stosunków seksualnych⁷⁷. Komentarze do Kodeksu karnego z 1932 roku również mówią o swobodzie rozporządzania przez kobietę swoim życiem płciowym, przyjmując zapewne, iż po stronie mężczyzn jest ona niekwestionowana. Kontekst, w jakim problematyka ta omawiana jest w 1932 roku, bliski jest jednak takim wartościom określanym mianem czystości obyczajów, wstydu i czci kobiety, a także ochroną obyczajowo akceptowanego pożycia małżeńskiego⁷⁸. Ustawodawcę z 1932 roku tłumaczy wiara w to, że czyni

⁷⁴ M. Szafranski, *Jak dzisiejsza psychologia społeczna radzi sobie z problematyką płci*, „Kosmos. Problemy Nauk Biologicznych” 2003, nr 1, s. 123, J. Yoder, *Rethinking tokenism: looking beyond number*, „Gender and Society” 1991, vol. 5, no. 2, s. 178–192.

⁷⁵ C. G. Heilbrun, *Reinventing Womenhood*, New York 1979, s. 149.

⁷⁶ Pozostaje jednak faktem, że pierwszy od lat nowy podręcznik prawa karnego autorstwa, skądinąd znakomitych prawników W. Wróbla i A. Zolla w ogóle nie zauważa obecności kierunku feministycznego w prawie karnym. W. Wróbel, A. Zoll, *Prawo karne, część ogólna*, Kraków 2010.

⁷⁷ A. Zoll (red.), *Kodeks karny z komentarzem, do artykułów 117–277*, t. 2, Kraków 1999, s. 510.

⁷⁸ J. Jamontt, E. S. Rappaport, *Kodeks karny r. 1932*, Warszawa 1932, s. 204 (Co ciekawe, być może jest to wynik drukarskiej, a nie typowo freudowskiej pomyłki, ale w komentarzu mowa o tym, że to nie art. 204 k.k. z 1932 r., ale art. 205 k.k. dotyczy swobody rozporządzania swoim życiem płciowym, podczas gdy art. 204 k.k. chroni zaledwie wstyd i cześć kobiety).

to dla dobra poszkodowanej, chcąc oszczędzić jej wstydu i przykrości. Niedostępna była jeszcze w owym czasie wiedza na temat skutków zgwałcenia, a przez to usprawiedliwiona wiara w to, że poszkodowana o gwałcie zapomni, i że tak będzie dla niej lepiej. Ustawodawca z 1932 roku nie dysponował instrumentarium i wiedzą na temat skutków zgwałcenia, jakie stały się dostępne ustawodawcy po roku 1970. Rozwój kryminologii, psychologii, socjologii prawa, a także feministycznej analizy prawa był wówczas jeszcze niedostępny. Analizy dostępne dziś nie były wówczas nawet w sferze wyobraźni. Mimo to, tak jak w 1932 roku, tak i nadal w ustawach przyjętych po 1997 roku zgwałcenie we wszystkich jego odmianach pozostaje postrzegane jako zachowanie służące zaspokojeniu „realizacji naturalnego popędu seksualnego”. Ustawodawca nadal dostrzega jedynie seksualny aspekt czynu. Broni przy tym prawa do dążenia do zbliżenia seksualnego. Podkreśla, jak czyniono to w Kodeksie karnym z 1932 roku, iż: „karygodne jest nie samo dążenie do stosunku cielesnego, lecz sposób realizacji naturalnego każdemu człowiekowi popędu płciowego, wyrosłego na bazie instynktu zachowania gatunku”⁷⁹. Jest więc odwołanie się do instynktu i jednocześnie brak jest zobowiązania do kontrolowania przez sprawcę swoich popędów i zachowań seksualnych. Tam, gdzie sprawcę ma cechować „naturalny popęd”, ofiara ma demonstrować „naturalne poczucie wstydu”.

Trudno o drugi przykład, gdzie mężczyzna postrzegany jest przez pryzmat „natury”, a kobieta „kultury”. I tym razem jednak, jak uprzednio w przypadkach, gdy kobietę postrzega się przez pryzmat „natury”, a mężczyznę „kultury”, służy to usprawiedliwianiu i uprawnianiu działań mężczyzny⁸⁰. Pozwala nie zauważać, iż zgwałcenie jest manifestacją i przedłużeniem seksizmu praktykowanego w innych płaszczyznach życia społecznego, który pozwala redukować kobietę do roli obiektu, przedmiotu⁸¹. W związku z tym nie dziwi, iż współczesny ustawodawca w praktyce nie uzasadnia, dlaczego ściganie przestępstwa zgwałcenia odbywa się na wniosek, pozostając co najwyżej przy cytowaniu uzasadnień dla tego trybu wypracowanych w komentarzach i uzasadnieniach Kodeksu karnego z 1932 r.⁸²

⁷⁹ J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1935, s. 366, A. Zoll (red.), *Kodeks karny część szczególna...*, op. cit., s. 514.

⁸⁰ S. B. Ortner, *Czy kobieta ma się tak do mężczyzny, jak „natura” do „kultury”*, [w:] T. Hołówna (red. i tłum.), *Nikt nie rodzi się kobietą*, Warszawa 1982, s. 112–141.

⁸¹ C. A. Mackinnon, *Rape on Coercion and Consent*, [w:] D. K. Weisberg (red.), *Applications of Feminist Legal Theory to Women's Life*, Philadelphia, s. 471.

⁸² A. Wąsek (red.), *Kodeks karny, część szczególna, tom I, Komentarz do artykułów 117–221*, 3 wydanie, Warszawa 2006, s. 875; Komentarz A. Zolla pozostawia bez komentarza *ratio legis* dla trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia, patrz: A. Zoll (red.), *Kodeks karny, część szczególna...*, op. cit., s. 601–603.

Ustawodawca powtarza też większość poglądów dotyczących kryteriów oceny, czy to, do czego doszło, można określić jako przemoc, groźbę bezprawną czy podstęp – samo prawo do realizacji popędu seksualnego i wykorzystywania w tym celu kobiet (ewentualnie mężczyzn) jest niekwestionowane nawet wówczas, gdy odbywa się przy pomocy przemocy, groźby czy podstępu, byle nie przekroczyły one miary wypracowanej na gruncie dogmatyki i orzecznictwa prawa karnego. Zdanie kobiet w tej kwestii nadal traktowane jest z rezerwą. Zastosowane środki przymusu mają więc spełniać warunek „obiektywnej zdatności do wywołania stanu przymusu”. Ocena, czy wyrządzona dolegliwość spełnia te warunki ma być „obiektywnie znaczna”. W doktrynie trwa spór, czy przemoc ma być nakierowana wprost na ciało ofiary, czy też wchodzi w grę wówczas, gdy dotyczy osoby trzeciej, i czy atak na dobro materialne, jak np. samochód jako miernie znacznej wartości, można uznać za wystarczający, by uznać, że ofiara znalazła się w stanie przymusu i nie stawiała oporu. Panuje jednak zgoda co do tego, że gdy rzecz dotyczy przedmiotu o wartości „obiektywnie” niewielkiej, choćby nawet symbolicznie ważnej dla ofiary, to wówczas przyjąć należałoby brak rzeczywistego oporu, „co dekompletuje znamiona zgwałcenia”⁸³. I tu, podobnie jak w roku 1932 kryteria, które decydują o ocenie tego, co jest „obiektywne”, „naturalne”, „normalne”, typowe dla „przeciętnego człowieka”, nie są rodem z doświadczeń kobiet. Nadal umyka uwadze, że zgwałcenie jest przestępstwem, w którym ocenia się nie tyle zachowanie sprawcy, co ofiary, a na całe zdarzenie patrzy się z perspektywy, w której uczucia i stan osoby pokrzywdzonej odgrywają rolę drugorzędną. Dlaczego młoda kobieta, która pije alkohol, jest ubrana w krótką spódniczkę, idzie na przyjęcie, na którym młodzi mężczyźni piją, lub wychodzi wieczorem z domu i idzie ciemną ulicą, zachowuje się „niewłaściwie”? Co jest w tym niewłaściwego? Czy podobne zarzuty stawiać będziemy młodemu mężczyźnie? Czy z tych samych powodów? Dlaczego seksowne ubranie, po to by podobać się wybranemu upoważnia do uznania powszechnej dostępności seksualnej? Czy jest „normalne”, aby wymagać od młodej kobiety, by oczekiwała, że „w niewłaściwym miejscu”, „niewłaściwie ubrana” naraża się na gwałt? Co kryje się za tak sformułowaną możliwością? „Natura”, czy kulturowe przyzwolenie?⁸⁴ Wprawdzie współcześnie już za nieaktualny uznaje się pogląd lansowany w swoim czasie przez Krzymuskiego, że „zgwałcenie z użyciem przemocy występuje dopiero wtedy, gdy niewiasta ulega, po wyczerpaniu wszelkich w mocy jej będących środków obrony”⁸⁵, nadal jednak w orzecznictwie i w doktrynie panuje

⁸³ A. Zoll (red.), *Kodeks karny, część szczególna...*, op. cit., s. 515.

⁸⁴ Patrz: M. J. Frug, *Postmodern Legal Feminism*, London 1992, s. 12–30.

⁸⁵ A. Wąsek (red.), *Kodeks karny, część szczególna...*, op. cit., s. 810.

tendencja do uznania, iż np. nie ma zgwałcenia tam, gdzie ofiara „swym wcześniejszym postępowaniem sprawia na mężczyźnie wrażenie, że przyzwolenia udzieli”⁸⁶, jak i tam, gdzie choć sprawca położył się już na nagiej pokrzywdzonej, to jednak zamiaru swego nie mógł zrealizować z powodu braku wzrodu. Sprawcy takiemu można co najwyżej przypisać usiłowanie⁸⁷. Z punktu więc widzenia doktryny i orzecznictwa to męska perspektywa kobiecego przyzwolenia, oraz męska perspektywa zniewolenia determinuje ocenę, czy doszło do zgwałcenia. Z poznawczej perspektywy uznaje się, iż ponieważ gwałciciel nie postrzegał tego, co się dzieje za gwałt, to kobieta nie doznała uszczerbku. Doszło do seksu lub z przyczyn obiektywnych nie doszło. W każdym jednak przypadku sam seks nie może być postrzegany jako szkoda. Doktryna przecież konsekwentnie podkreśla, iż dążenie do niego jest czymś naturalnym. Skoro seks jest naturalny, równie naturalne jest i to, że kobieta, i rzadziej – inny mężczyzna, służy mężczyźnie do seksu⁸⁸.

Tendencja do tak stronnicyj oceny zdarzeń utrzymuje się, pomimo wzrostu wiedzy o istocie zgwałcenia. Wiadomo już, iż istota gwałtu nie ogranicza się do pozbawienia kobiety stanu nietknięcia i niepokalania, do czego dawniej przywiązywano wyłączną wagę. Dostrzega się efekty w postaci niechcianej penetracji, ciąży, uszkodzeń ciała, chorób wenerycznych. Współcześnie istnieje też wiedza o skutkach zgwałcenia w postaci występowania pourazowych zaburzeń stresowych jako skutku zgwałcenia (PTSD)⁸⁹. Szczupłość informacji poświęcona zagadnieniu w komentarzach nie jest tak istotna, jak sam fakt, że się o tym wspomina. Mając świadomość występowania PTSD, trudno posługiwać się argumentem, że dla osoby pokrzywdzonej może być lepiej, aby mogła o sprawie „po prostu” zapomnieć.

Wiedza na temat syndromu zespołu stresu pourazowego rozwinęła się w latach 70. XX wieku. Z niechęcią dostrzegany jako skutek udziału w walkach na frontach I i II wojny światowej na poważnie został wzięty pod uwagę, rozpoznany i opisany dopiero w wyniku amerykańskiej wojny w Wietnamie. Z pewnym zaskoczeniem dostrzeżono również, iż jest on identyczny i charakterystyczny także dla ofiar przemocy w rodzinie i zgwałceń. W Polsce wiedza na ten temat staje się powszechna od początku lat 90. końca XX wieku⁹⁰. Nadal

⁸⁶ Ibidem, s. 809.

⁸⁷ Ibidem, s. 859.

⁸⁸ Por. C. A. Mackinnon, *Towards a Feminist Theory of the State*, London 1989, s. 180–181.

⁸⁹ A. Wąsek (red.), *Kodeks karny, część szczególna...*, op. cit., s. 833–836.

⁹⁰ B. Dudek, *Zaburzenia po stresie traumatycznym*, Gdańsk 2003, s. 13–29, R. A. Bryant, A. G. Harvey, *Zespół ostrego stresu. Teoria, pomiar, terapia*, tłum. J. Suchecki, Warszawa 2003, s. 5, J. L. Herman, *Przemoc. Uraz psychiczny i powrót do równowagi*, tłum. A. Kacmajor, M. Kacmajor, Gdańsk 1998, s. 11–14.

jednak nie odniosła wpływu na tryb ścigania przestępstwa zgwałcenia, pomimo ogólnej zgody co do potrzeby pociągania do odpowiedzialności sprawców tam, gdzie wykluczone jest przyjęcie znikomego stopnia społecznej szkodliwości popełnionego czynu⁹¹.

W 1975 roku Susan Brownmiller wydała swoją książkę *Against our will* (Wbrew naszej woli). Zawarła w niej definicję zgwałcenia, która uchodzi dziś w literaturze przedmiotu za klasyczną, wskazując, że seks w zgwałceniu jest środkiem do celu nawet wtedy, gdy chodzi także o seks. Stwierdziła, iż zgwałcenie to świadomy proces zastraszenia, przy pomocy którego wszyscy mężczyźni utrzymują wszystkie kobiety w bojaźni⁹². Brownmiller opisuje fakty powszechnie znane z historii wcześniejszej i współczesnej. Odczytuje je jednak na nowo, nazywając po imieniu doświadczenia, które kryją się za terminami „normalnej”, „umiarkowanej” siły czy oporu, jakiej można oczekiwać od ofiary. Uzmysławia, jak bardzo z punktu widzenia ofiary niestosowne są porównania i kryteria przyjmowane w orzecznictwie przez ustawodawcę i przez sędziów (bez względu na ich płęć) na ustalenie, czy doszło do zgwałcenia, które oceniają to z perspektywy gwałciiciela. Perwersyjna wiara i/lub obawa często demonstrowana w tych sprawach, iż ofiara fabrykuje dowody zgwałcenia jest logiczną konsekwencją skłonności, by interpretować fakty na jej niekorzyść⁹³.

Choć prace Brownmiller są na rodzimym gruncie mało znane, to jednak i w polskiej doktrynie obecna jest świadomość, iż nie zawsze sprawcy zgwałceń działają z powodu zaledwie podniecenia seksualnego. Marian Filar wymienia i inne motywy: zemstę, chęć poniżenia ofiary, chęć pokazania swej władzy nad ofiarą⁹⁴. Dostrzega się więc i to, że choć zgwałcenie ma w sobie element popędu seksualnego, to powodowane jest przedmiotowym traktowaniem ofiary lub/i

⁹¹ A. Murzynowski, *Refleksje na temat kształtu procedury karnej XXI wieku*, „Prokuratura i Prawo” 2001, nr 7–8, s. 39–40.

⁹² S. Brownmiller, *Against our will...*, op. cit., s. 16. Susan Brownmiller analizuje historię rozwoju społeczeństwa i państw przez pryzmat zniewolenia za pomocą gwałtu kobiet przez mężczyzn, którzy gwałt wykorzystują jako instrument sprawowania władzy. Mężczyźni są swoimi sojusznikami. Podporządkują sobie kobiety pod pretekstem ochrony przed zgwałceniem i zdobywają kobiety stosując gwałt. Za każdym razem przemoc, gwałt i jego groźba są dostatecznym powodem zniewolenia kobiet, nie liczenia się z ich wolą, wartościami, zdaniem. Zgwałcenie często prowadzi do ciąży, co jeszcze mocniej uzależnia kobietę.

⁹³ Nie przez przypadek więc to literatura, a nie orzecznictwo oddaje rozdzierającą, przeraźliwą istotę zgwałcenia. Przykładowo: S. Oksanen, *Oczyszczenie*, tłum. S. Musielak, Warszawa 2010, S. Drakulic, *As if I Am not there*, London 2005, L. Pollen, *The rape of Sita*, London 2001, A. Sebold, *Szczeńciara*, tłum. M. Grabowska, Warszawa 2004.

⁹⁴ M. Filar, *Przestępstwa seksualne w polskim prawie karnym*, Toruń 1985, s. 59–60.

wykorzystuje zachowania seksualne dla osiągnięcia celów nieseksualnych, gdzie seks ma znaczenie co najwyżej równoważne. W podobnym duchu obok M. Filara wypowiada się również L. Falandysz⁹⁵. Nie wpłynęło to jednak na zmianę oceny zjawiska w przeważającej części doktryny ani na regulację w przedmiocie trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia.

Nie miał na to wpływu także fakt ratyfikacji przez Polskę Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego, który zgwałcenie uznaje za zbrodnię przeciw ludzkości, jeśli zostało popełnione w ramach rozległego lub systematycznego, umyślnego ataku skierowanego przeciwko ludności cywilnej⁹⁶. I w tym przypadku nie ulega wątpliwości, iż zgwałcenie jest tylko środkiem do celu, i choć w jego trakcie gwałciciel korzysta z seksu, to cel zasadniczy jest inny.

Władza jako pobudka działania gwałciciela pozostaje przez polskiego ustawodawcę nadal nienazwana/nierozpoznana. Można to wszak osiągnąć, uznając, że przepis art. 197 k.k., skoro chroni wolność seksualną i obejmuje zakresem ochrony prawo decydowania o miejscu, czasie, sposobie i innych warunkach podejmowania aktywności seksualnej (post. SN z 09/04/2001 r., II KKN 349/98, OSNKW 2001, Nr 7–8, poz. 53), to zgwałcenie oznacza nieliczenie się z wolą ofiary. Pozwala to również na właściwsze z punktu widzenia doświadczeń kobiet ujęcie **pre-mocy** jako działań nie liczących się z **mocą** osoby uprawnionej do swobodnego dysponowania sobą, swoim ciałem, czasem, sposobem i warunkami podejmowania aktywności seksualnej. Istoty przemocy, w takim ujęciu, nie wyznacza opór osoby atakowanej, lecz nieliczenie się przez gwałciciela z jej mocą/możliwością decydowania o sobie.

5. Podsumowanie

Czy to, co było rozwiązaniem nowoczesnym w roku 1932, nadal takim pozostaje? Czy rozwiązania, które były inspirujące i nowatorskie w świetle ówczesnych zasad konstruowania rzeczywistości, „której podstawą jest przedrefleksyjna wiara w niezaprzeczalną wartość narzędzi służących do budowy rzeczywistości i przedmiotów przez nie wytworzonych”⁹⁷, dziś już nie jest aby przeżytkiem?

W tekście starałam się wykazać, iż zakładana na obecnym etapie jako aksjomat równość podmiotów oparta na jednostronnym, dyskryminacyjnym

⁹⁵ Patrz chociażby: M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia...*, op. cit., L. Falandysz, *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktymologii*, Warszawa 1980.

⁹⁶ Ustawa z 5 lipca 2001 r. o ratyfikacji Rzymskiego Statutu Międzynarodowego Trybunału Karnego z 17 lipca 1998 r. (Dz. U. Nr 98, poz. 1065).

⁹⁷ P. Bourdieu, *Medytacje Pascaliańskie*, tłum. K. Wakar, Warszawa 2006, s. 142.

ocenianiu zdarzeń skazana jest na iluzoryczność i retoryczną zaledwie ochronę przed zgwałceniem. Osiągnięcie jednak stanu, o którym mowa w art. 197 k.k. – ochrona autonomii seksualnej jest możliwe. Nie wystarczy jednak w przypadku zgwałcenia mierzyć i dążyć do równości fizycznej, lecz do uzyskania porównywalnych mocy kapitału kulturowego i społecznego kobiet i mężczyzn. Jak na razie, zakładając istnienie równości, ustawodawca nie bada, czy jest ona rzeczywiście spełniona, i pozwala sobie na przeoczenie męskiej dominacji na obszarach obyczajów i prawa⁹⁸. Przyjmując własną perspektywę dla uzasadnienia logiki zakazów i dowodzenia ich naruszenia, ustawodawca, a za nim posłuszny mu wymiar sprawiedliwości nie zakłada stronniczości swoich sądów. Wzięcie owej potencjalnej nierówności i stronniczości pod uwagę warte jest refleksji. Pozwala na rozważenie, czy rzeczywiście sensowna jest tendencja obecna w polskim prawie karnym od 1932 roku, by przeciwdziałać przestępstwu zgwałcenia poprzez mechaniczne zaostrzanie surowości kar za zgwałcenie? I czy konsekwentne utrzymywanie wnioskowego trybu ścigania zgwałcenia chroni ofiary i sprzyja ściganiu gwałcicieli?

Wykorzystanie dorobku feministycznej analizy prawnej pozwala zakwestionować założenie, że zarówno obecne, jak i wcześniejsze uregulowania przestępstwa zgwałcenia w Kodeksie karnym wynikają i bazują na przesłance obiektywnego i bezstronnego charakteru przepisów dotyczących zgwałcenia⁹⁹. Kryteria stosowane dla oceny „natury ludzkiej”, wzorca zachowania „przeciętnego człowieka”, definicji „oporu istotnego”, kryteriów „oporu rzeczywistego i trwałego” nie są neutralne. Z samej definicji neutralne być nie mogą i skoro nie ma ani „przeciętnego człowieka”, ani „przeciętnej siły” ich miarę wyznacza ten, kto ma możliwość decydowania. Analiza dogmatyki i orzecznictwa przeczy, aby w tym procesie uwzględniono wzorce inne niż te, które są charakterystyczne lub wygodne dla mężczyzn. O tym, czy doszło do przestępstwa zgwałcenia, decyduje się, ze względu na intelektualną w tym zakresie bezradność ustawodawcy, na podstawie doświadczeń męskich i patriarchalnych wzorców obyczajowych, którym przypisuje się wartość abstrakcyjności, uniwersalizmu, obiektywizmu.

Jak słusznie bowiem zauważa Tomasz Kaczmarek, „karanie, które na pierwszy rzut oka wydaje się być jedynie sposobem postępowania z przestępcami, mającym na celu zabezpieczenie przed nimi innych, staje się w rzeczywistości jednym ze środków tzw. kontroli społecznej, przy której działanie państwa za

⁹⁸ P. Bourdieu, *Męska dominacja*, tłum. L. Kopiciewicz, Warszawa 2004, s. 18.

⁹⁹ A. S. Scales, *The Emergence of Feminist Jurisprudence: An Essay*, „The Yale Journal” vol. 95, no. 7, 1986, s. 1373–1403.

pomocą sankcji wpływać ma na naturę społeczeństwa, wzmacniać więzi, a także wyznaczać sposoby życia uznawane za możliwe i społecznie pożądane”¹⁰⁰. Podobnie więc i niekaranie analogicznie wyznacza obszary przyzwolenia, czyniąc istniejący zakaz pustym znakiem.

¹⁰⁰ T. Kaczmarek, *O pozytywnej prewencji ogólnej w ujęciu projektu kodeksu karnego*, [w:] *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 711.

