



## **WYROK W IMIENIU RZECZYPOSPOLITEJ POLSKIEJ**

Dnia 21 grudnia 2023 r.

Sąd Najwyższy w składzie:

SSN Piotr Mirek (przewodniczący)

SSN Waldemar Płóciennik

SSN Włodzimierz Wróbel (sprawozdawca)

Protokolant Katarzyna Wełpa

w sprawie **A.P.**

skazanego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 197 § 1 k.k. i in.

po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie

w dniu 21 grudnia 2023 r.,

przy udziale prokuratora delegowanego do Prokuratury Krajowej Krzysztofa

Urgacza

kasacji wniesionych przez prokuratora oraz pełnomocnika oskarżyciela

posiłkowego

od wyroku Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu

z dnia 20 grudnia 2022 r., sygn. akt II AKa 192/22

zmieniającego wyrok Sądu Okręgowego w Legnicy

z dnia 2 lutego 2022 r., sygn. akt III K 134/19,

**1) uchyla pkt I i II zaskarżonego wyroku i w tym zakresie przekazuje sprawę Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym, a w pozostałym zakresie oddala kasację prokuratora jako oczywiście bezzasadną;**

**2) nakazuje zwrot oskarżycielce posiłkowej, [...], uiszczonej opłaty kasacyjnej.**

**WZ**

## **UZASADNIENIE**

Wyrokiem Sądu Okręgowego w Legnicy z dnia 2 lutego 2022 r. (sygn. akt III K 134/19) A. P. został uznany winnym tego, że

1. w bliżej nieustalonym dniu w 2007r. na [...] używając wobec X.Y. przemocy polegającej na obaleniu jej na łóżko oraz przytrzymywaniu, doprowadził ją do obcowania płciowego w ten sposób, że włożył członka do jej pochwy i odbył z nią stosunek seksualny, czym działał na szkodę wyżej wymienionej, to jest czynu z art. 197 § 1 k.k. za który wymierzono mu karę 3 lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 41 §1 k.k. i art.41a §1 k.k. orzeczono wobec oskarżonego zakaz wykonywania zawodu trenera [...] na okres 3 lat oraz zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną X.Y. na okres 3 lat;
2. na przełomie sierpnia i września 2010r. w [...] wykorzystując stan bezbronności Y.Z. wynikający z młodego wieku, braku doświadczenia życiowego, spożycia alkoholu, stosunku zależności i związaną z tymi okolicznościami niemożność stawiania oporu, doprowadził ją do wykonania innej czynności seksualnej w ten sposób, że włożył swojego członka w jej dłoń, objął ją swoją dłonią i wykonywał ruchy posuwisto - zwrotne, aż do osiągnięcia wytrysku, czym działał na szkodę wyżej wymienionej, to jest czynu z art. 198 k.k. za który wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 41§ 1 k.k. i art.41a §1 k.k. orzeczono wobec oskarżonego zakaz wykonywania zawodu trenera kolarstwa na okres 3 lat i zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną X.Y. na okres lat;
3. w bliżej nieustalonym dniu pomiędzy czerwcem a wrześniem 2011 r. w [...] woj. [...], wykorzystując stan bezbronności Y.Y. wynikający z utraty świadomości w następstwie spożycia podanego jej alkoholu, usiłował doprowadzić ją do obcowania płciowego oraz doprowadził ją do poddania się

wykonania innej czynności seksualnej w ten sposób, że mając świadomość jej stanu psychofizycznego rozpiął jej stanik i spodnie oraz dotykał jej piersi i okolic krocza, lecz zamierzonego celu w postaci odbycia z nią stosunku seksualnego nie osiągnął z uwagi na odzyskanie przez nią świadomości oraz podjęcie obrony polegającej na ucieczce do łazienki oraz zapowiedzi zawiadomienia policji, czym działał na szkodę wyżej wymienionej, to jest czynu z art. 198 k.k. za który wymierzono mu karę 2 lat pozbawienia wolności, a na podstawie art. 41 a § 1 k.k. orzeczono wobec oskarżonego zakaz kontaktowania się z pokrzywdzoną Y.Y. na okres 3 lat.

Wymierzono następnie oskarżonemu karę łączną 4 lata i 6 miesięcy pozbawienia wolności i orzeczono łączne zakazy:

- wykonywania zawodu trenera kolarstwa na okres 6 lat,
- kontaktowania się z pokrzywdzonymi X.Y., Y.Z., Y.Y.. na okres 6 lat.

Wyrokiem Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 20 grudnia 2022 r. (sygn. akt II AKa 192/22):

- I. uchylono zaskarżony wyrok wobec A. S. P. w części dotyczącej czynu przypisanego mu w pkt I części rozstrzygającej i ustalając w ramach stawianego mu w tym zakresie zarzutu, że oskarżony w 2007 r. na [...] przez nadużycie stosunku zależności doprowadził X.Y. do obcowania płciowego, czym wyczerpał znamiona określone w art. 199 § 1 k.k., postępowanie karne o ten czyn na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. umorzono;
- II. uchylono zaskarżony wyrok wobec A. S. P. w części dotyczącej czynu przypisanego mu w pkt III części rozstrzygającej i ustalając w ramach stawianego mu w tym zakresie zarzutu, że oskarżony w okresie od sierpnia do września 2010r. w [...] przez nadużycie stosunku zależności doprowadził Y.Z. do wykonania innej czynności seksualnej, czym wyczerpał znamiona określone w art. 199 § 1 k.k., a postępowanie karne o ten czyn na podstawie art. 17 § 1 pkt 6 k.p.k. umorzono,
- III. zmieniono zaskarżony wyrok wobec A. S. P. w części dotyczącej czynu przypisanego w pkt V części rozstrzygającej, w ten sposób że:

- kwalifikację prawną czynu uzupełniono o przepis art. 4 § 1 k.k.;
- w miejsce orzeczonej kary pozbawienia wolności, przy zastosowaniu art. 37 a k.k. w brzmieniu obowiązującym 1 lipca 2015r. wymierzono oskarżonemu karę 300 stawek dziennych grzywny, ustalając wysokość jednej stawki na 50 zł;
- uchylono orzeczenie o środku karnym zawarte w pkt VI części rozstrzygającej.

W pozostałym zakresie zaskarżony wyrok utrzymano w mocy.

Od tego wyroku kasację na niekorzyść oskarżonego wniósł Prokurator Regionalny w Warszawie, zarzucając orzeczeniu:

*„1. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, to jest art.410 k.p.k i art. 2 § 2 k.p.k., poprzez uznanie za podstawę wyroku okoliczności nie ujawnionych w toku rozprawy głównej oraz oparcie wyroku o nieprawdziwe ustalenia faktyczne, poprzez ustalenie, że:*

- *pomiędzy pokrzywdzoną a A. S. P. dochodziło wcześniej, przed zarzucanym czynem, do akceptowanych przez nią kontaktów o podłożu seksualnym, „poprzednich zbliżeń”, w tym w [...], którym X.Y. się nie sprzeciwiała;*
- *pokrzywdzona X.Y. przychodząc w czasie zdarzenia do A. S. P. miała świadomość możliwości podjęcia przez niego działań o charakterze seksualnym;*
- *pokrzywdzona X.Y. opowiedziała o zachowaniu przestępczym A. S. P. po uzyskaniu relacji dotyczących jego postępowania wobec innych zawodniczek;*
- *w chwili czynu A. S. P. nie otrzymał żadnego sygnału, że jego działania są niechciane;*
- *w 2009 roku miało miejsce wielokrotne przytulanie pokrzywdzonej Y.Z. przez A. S. P., a w 2010 roku wielokrotne jej dotykanie w miejsca intymne, czemu pokrzywdzona nie protestowała;*

*które to okoliczności nie miały miejsca, a pomimo to jako nieistniejące stanowiły istotną podstawę przyjętych rozstrzygnięć;*

*2. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, to jest art.410 k.p.k. i art. 4 k.p.k., poprzez odstąpienie od uznania za podstawę wyroku całokształtu okoliczności ujawnionych w toku rozprawy głównej oraz pominięcie okoliczności przemawiających na niekorzyść A. S. P., skutkujące wybiórczym i selektywnym podejściem do materiału dowodowego, niedopuszczalnym pomijaniem jego istotnej, sprzecznej z założeniami sądu i niekorzystnej dla A. S. P. części, w tym:*

*- posłużeniem się wybiórczo fragmentem zeznań Y.Y., w których stwierdza "Być może nie był tam gwałt fizyczny, ale one mają takie poczucie wstydu, że to za ich pozwoleniem się działo", przy pominięciu innego fragmentu, w którym świadek wyjaśnia "one mówiły, że nie mogą mi wszystkiego powiedzieć, bo jakby wysypało się z tego worka to P. poszedłby siedzieć";*

*- odstąpieniu od oceny dowodów wskazujących na używanie przez A. S. P. przemocy;*

*- uznaniu relacji procesowych X.Y.. co do przebiegu zdarzenia za niewiarygodne z uwagi na zniekształcenie upływem czasu, pomimo, że dwukrotnie zeznania pokrzywdzonej zostały ocenione przez biegłego psychologa, uznającego, że jej zdolności w procesie postrzegania, zapamiętywania i odtwarzania faktów i zjawisk są prawidłowe i niezakłócone, zaś trakcie przesłuchania pokrzywdzona nie przejawiała tendencji do fantazjowania i wypełniania luk pamięciowych materiałem prawdopodobnym lub wyobrażonym, a nadto, pomimo, że informacje o zdarzeniu przekazywane świadkom były spójne i tożsame;*

*- bezkrytycznym oparciu się w ocenie wiarygodności zeznań Y.Z. dotyczących jej zniewolenia przez A. S. P. o kilka maili i wiadomości tekstowych z przełomu 2014/2015, szczególnie jednego z 24 lutego 2015 roku, przy pominięciu kilku tysięcy innych wiadomości, odstąpieniu od uwzględnienia kontekstu tej wiadomości, zaniechaniu zbadania okoliczności rozmów i wiadomości towarzyszących jego wysłaniu, odstąpieniu od uwzględnienia przy ocenie zniewolenia od analizy zeznań pokrzywdzonej i świadków;*

*- posłużeniu się wybiórczym fragmentem zeznań Y.Z. z 21 lutego 2018 r., w których wskazuje, że nigdy nie została zgwałcona, z całkowitym pominięciem*

*kolejnych zeznań pokrzywdzonej, w których doprecyzowała, że użycie przez nią podczas pierwszego przesłuchania sformułowania „nie doszło do gwałtu”, wynikało z faktu, iż słowo „gwałt” kojarzyło się jej z ogromną przemocą, atakiem na kobietę, nie wie, jak poprawnie zdefiniować jego zachowanie, dlatego wołała nie używać definicji słowa, co, do którego nie wie, jak jest rozumiane przez sąd, jaka jest jego definicja prawna, podczas gdy pominięte przez sąd dowody przeciwne prowadzą do odmiennych, niż przyjętych w pkt. I, II i IV wyroku ustaleń;*

*3. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, to jest art. 399 k.p.k., poprzez zaniechanie uprzedzenia stron o możliwości zmiany kwalifikacji czynu popełnionego na szkodę Y.Z. w 2014 roku w [...], według innego przepisu prawnego, to jest przestępstwa z art. 199 § 1 k.k. pomimo, że przeprowadzone ustalenia uzasadniały zasadność pouczenia stron o możliwości zmiany kwalifikacji prawnej i przeprowadzenia wnioskowania w tym zakresie;*

*4. rażące i mogące mieć istotny wpływ na treść orzeczenia naruszenie prawa karnego materialnego, a mianowicie art. 199 § 1 k.k., poprzez wadliwe odstępianie od uznania, że A. S. P., pomimo nadużycia stosunku zależności i doprowadzenia w 2014 roku w [...] Y.Z. do obcowania płciowego, nie wyczerpał znamion tego przestępstwa;*

*5. rażąco obrazę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, to jest obrazę art.7 k.p.k., poprzez przeprowadzenie rażąco dowolnej oceny dowodów, wyrażającej się w uznaniu, że:*

*- postępowanie pokrzywdzonej X.Y. polegające na odepchnięciu, czy zablokowaniu nie musi być jednoznacznym sygnałem sprzeciwu, a może być swoistym elementem gry w trakcie zbliżenia seksualnego;*

*- wobec dwukrotnych zbliżeń X.Y. z A. S. P. na zgrupowaniu w 2009 roku w [...], w trakcie, których nie manifestowała sprzeciwu, tożsamy wniosek odnośnie braku manifestacji oporu winien być przyjęty przy ocenie zdarzenia z 2007 na [...];*

- *zgoda na doprowadzenie Y.Z. do masturbacji A. S. P. wynika z faktu uszanowania jej braku woli do odbycia pełnego stosunku płciowego i z braku uzewnętrznienia przez nią braku zgody na wykonanie innej czynności seksualnej;*
- *przytrzymanie ręki A. S. P. przez pokrzywdzoną jest immanentnie związane z charakterem czynności seksualnej wykonywanej i intensywnością jej doznań seksualnych, nie może być, więc traktowane, jako przemoc przełamująca opór pokrzywdzonej;*
- *pokrzywdzona w czasie zdarzenia po uwzględnieniu jej wieku, aktywności publicznej, obycia, ilości wypitego alkoholu nie była w chwili czynu w [...] w 2010 roku bezradna, ani bezbronna, tym samym mogła przeciwstawić się A. S. P., podczas gdy relacje pokrzywdzonych w zestawieniu z pozostałymi źródłami dowodowymi, oceniane z uwzględnieniem zasad prawidłowego rozumowania oraz wskazań doświadczenia życiowego prowadzą do wniosków o doprowadzeniu pokrzywdzonych przemocą do obcowania płciowego;*

*6. rażąco obrażę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, to jest obrażę art.433 § 2 k.p.k i art. 457 § 3 k.p.k., poprzez zaniechanie rozważenia wszystkich wniosków i zarzutów wskazanych w środku odwoławczym prokuratora, poprzez odstąpienie od rozważenia zawartego w apelacji wniosku i zarzutu odnoszącego się do podania pokrzywdzonej Y.Z. w 2014 roku w [...] nieustalonego środka usypiającego, wyłączającego jej świadomość, co miało istotny wpływ na treść rozstrzygnięcia;*

*7. rażąco obrażę przepisów postępowania, mającą wpływ na treść orzeczenia, to jest obrażę art. 143 § 1 pkt.7 k.p.k. i art. 7 k.p.k poprzez odstąpienie od protokolarnego odtworzenia utrwalonych zapisów, a w przypadku obrazy art.7 k.p.k, poprzez przeprowadzenie rażąco dowolnej oceny dowodów, to jest zapisów zeznań pokrzywdzonych, skutkujące zakwestionowaniem przebiegu, oświadczeń i wniosków zawartych w dotychczasowych protokołach przesłuchań pokrzywdzonych i protokołach odtworzenia nagrań wyrażającą się w stwierdzeniu, iż w przypadku zeznań X.Y., zapis obrazu i dźwięku nie jest na tyle stanowczy, jednoznaczny i konsekwentny w zakresie rzekomego stosowania przemocy, podczas gdy*

*odstąpienie przez sąd od protokolarnego odtworzenia zapisów uniemożliwia ustalenie okoliczności wpływających na przyjętą ocenę, co miało wpływ na treść wyroku.”*

Prokurator wniosł o uchylenie wyroku w zaskarżonej części i przekazanie sprawy Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu do ponownego rozpoznania w postępowaniu odwoławczym.

Kasację na niekorzyść A. P. wniosła także pełnomocniczka oskarżycielki posiłkowej X.Y. zarzucając zaskarżonemu orzeczeniu:

1. *„rażące naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na treść orzeczenia, art. 399 k.p.k. w zw. z art. 458 k.p.k. przez brak uprzedzenia Stron, przed zamknięciem przewodu sądowego, o możliwości zmiany kwalifikacji karnej czynu i dokonanie zmiany tej kwalifikacji przy wyjściu poza granice oskarżenia, albowiem nie zmieniając opisu czynu sąd odwoławczy był związany ramami faktycznymi zarzucanego czynu jako określonego zdarzenia historycznego,*
2. *rażące naruszenie prawa procesowego, mające wpływ na treść orzeczenia, art. 7 k.p.k. przez przekroczenie zasady swobodnej oceny materiału dowodowego i ocenę zgromadzonego materiału w sposób dowolny co skutkowało brakiem należytej kontroli instancyjnej orzeczenie wydane w I instancji,*
3. *następczo rażące naruszenie prawa procesowego, mające wpływa na treść orzeczenia, art. 193 § 1 k.p.k. w zw. z art. 202 § 1 i 3 k.p.k. w zw. z art. 167 k.p.k. w sytuacji gdy Sąd Odwoławczy oceniając materiał dowodowy odmiennie niż Sąd I Instancji całkowicie bezkrytycznie ocenił zeznania X.Y. i wobec pojawiających się sprzeczności zaniechał przystąpienia z urzędu do badania psychologiczno-psychiatrycznego oskarżonej w celu ustalenia rzeczywistej relacji pomiędzy nią a oskarżonym A. P., podczas gdy taka ocena wymagała wiadomości specjalnych.*
4. *rażącą obrazę prawa materialnego, art. 197 § 1 k.k. oraz 199 § 1 k.k. poprzez przyjęcie błędnej kwalifikacji prawnej czynu co w orzeczeniu kończącym postępowanie skutkowało jego umorzeniem.”*

Pełnomocniczka oskarżycielki posiłkowej wniosła o uchylenie zaskarżonego wyroku i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania Sądowi Apelacyjnemu we Wrocławiu

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Kasacje okazały się zasadne w odniesieniu do punktu pierwszego i drugiego zaskarżonego wyroku.

Należy podkreślić, że brak jest jakichkolwiek podstaw, by termin "przemoc" użyty w artykule 197 § 1 k.k., rozumieć inaczej niż w innych typach czynów



zabronionych, w których odnaleźć można to znamię. Analiza sposobu rozumienia tego znamienia na gruncie szeregu przepisów Kodeksu karnego (m.in. art. 64 § 1, art. 70 § 2, art. 115 § 3, § 9a pkt 1, i § 22 pkt 1, art. 118a § 2, art. 119 § 1, art. 153 § 1, art. 156 § 2, art. 191 § 1, art. 191a § 1, art. 191b § 1, art. 202 § 3, art. 245, art. 246, art. 280 § 1, art. 281 czy art. 289 § 3) prowadzi do wniosku że przemocą w rozumieniu tych przepisów jest umyślne stosowanie wobec innej osoby, bez jej zgody, siły fizycznej w natężeniu zdatnym wywołać ból, wpłynąć na jej ruchy, czy spowodować zmiany w organizmie. Fizyczne oddziaływanie na inną osobę nie jest jednak przemocą, gdy jest objęte akceptacją danej osoby, wyrażoną choćby w sposób dorozumiany czy milczący. Nie należy więc do elementów definiujących przemoc „przełamywanie oporu” pokrzywdzonego czy „kategoryczny sprzeciw” wyrażany przez pokrzywdzonego wobec używanej wobec niego siły fizycznej. Nagłe uderzenie, przewrócenie na ziemię czy popchnięcie, o ile dokonuje się bez zgody pokrzywdzonego, jest przemocą, choć często nie towarzyszy tym oddziaływaniom na pokrzywdzonego, jego świadomy opór czy sprzeciw. Często wręcz, z uwagi na uwarunkowania i dynamikę zdarzenia nie mógł w ogóle takiego wyraźnego sprzeciwu zakomunikować. Jak wskazuje się w doktrynie, badania prowadzone przez Karolinska Institute w Szwecji wyraźnie pokazują, że blisko 70% ofiar zgwałcenia odczuwało swoisty paraliż związany z napaścią na tle seksualnym, który klasyfikowany jest jako afonia (utrata możliwości komunikacji werbalnej), mimowolny bezruch, czy niewrażliwość na ból i bodźce zewnętrzne (K. Śliwecka, Yes means yes, no means no. Interpretacje znamienia zgody w kontekście przestępstwa zgwałcenia, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 3/2023, s. 131).

Na gruncie artykułu 197 § 1 k.k. wskazywano, iż elementy owego oporu są istotne dla realizacji znamion tego przestępstwa (przeгляд stanowisk doktryny w tym przedmiocie – zob. K. Śliwecka, Yes means yes, no means no. Interpretacje znamienia zgody w kontekście przestępstwa zgwałcenia, *Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych* 3/2023, s. 123). Wynikało to z tego, że z istoty współżycia intymnego i kontaktów seksualnych immanentnie powiązane jest ono z oddziaływaniem fizycznym. W pewnych sytuacjach te same zachowania osób uczestniczących kontaktach intymnych, które z założenia podejmowane są za ich zgodą, w przypadku braku takiej zgody, mogą być kwalifikowane jako przemoc.

Kryterium oporu lub categorycznego sprzeciwu, czy też przełamania oporu ma na celu wskazanie okoliczności świadczących niezbicie o braku akceptacji dla stosowania siły fizycznej. Nie są to jednak materialnoprawne warunki przyjęcia tego, że w danym stanie faktycznym przemoc zastosowano lub nie.

Jest konieczne podkreślenie, że definicje przemocy i oporu zaproponowane w doktrynie latach 60 i 70-tych XX w. muszą być oceniane przez pryzmat zmian społecznych i kulturowych zachodzących w społeczeństwie, a zwłaszcza w zakresie postrzegania autodeterminacji w sferze seksualnej i prokreacyjnej. T. Hanausek, którego definicja przemocy jest powszechnie akceptowana przez sądy (m.in. w sprawach o zgwałcenie) identyfikował ją, jako „(...) *oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrządzaną dolegliwością na jego procesy motywacyjne nastawić tę decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku.*” (T. Hanausek, s. 65). Jednak nie można poprzestać na prostym (bezrefleksyjnym) przeniesieniu tej ogólnej definicji na wszystkie przestępstwa znamienne przemocą. Zapomina się niezwykle często w orzecznictwie, że autor ten rozwinął zaproponowane pojęcia i w przypadku oporu wyraźnie wskazał, że jest to „(...) *zewnątrzny wyraz jego woli przeciwnej dążeniom zmuszającego. (...) dla stwierdzenia postawionego oporu nie wystarcza więc samo istnienie woli (...), lecz konieczne jest ustalenie tego, że wola ta znalazła swój wyraz w zewnętrznym zachowaniu się zmuszanego. Zachowanie to nie musi bynajmniej polegać na cielesnym przeciwstawieniu się w formie jakiegoś ruchu mięśni, powinno ono stanowić tylko jakąkolwiek zewnętrzną inkorporację tej woli. Forma tej inkorporacji jest zaś w dużym stopniu uwarunkowana elementami danej sytuacji, a zwłaszcza charakterem i natężeniem przemocy.*” (T. Hanausek, *Przemoc jako forma działania przestępnego*, Kraków 1966, s. 118-119). Jasno wynika z tego fragmentu pracy autora, że opór nie tyle stanowi element definicyjny przemocy, co ma charakter dowodowy dla wykazania przełamania woli danej osoby (i zapewne dla wykazania przemocy a nie innej formy oddziaływania). Sam autor akcentował, że forma uzewnętrznienia braku zgody na to co się dzieje zależy od konkretnej sytuacji, czyli także od rodzaju przestępstwa.

Podobnie M. Filar pisząc już wprost o przestępstwie zgwałcenia, podkreślał, że *„[z]agadnienie oporu, jego przejawów i intensywności, (...) nie może być nigdy rozpatrywane abstrakcyjnie, w oparciu o takie czy inne metafizyczne kryteria, za pomocą których można by z góry przyjąć czy też odrzucić rzeczywistość oporu. Musi on być rozpatrywany w ramach konkretnej sytuacji przy wzięciu pod uwagę wielu okoliczności (...) (które – dop. SN) spowodować mogą, iż ofiara nie wyczerpie wszystkich teoretycznie możliwych środków obrony ze względu np. na paraliżującą ją strach lub zaskoczenie, a nawet wręcz nie podejmie żadnych efektywnych środków obrony, uważając wszelki opór za beznadziejny w kontekście istniejącej sytuacji. Jeżeli jednak przejawia ona w sposób postrzegalny swój opór i brak zgody na stosunek, (...) będziemy mieli do czynienia z przełamaniem oporu rzeczywistego, a co za tym idzie — z przemocą i w efekcie ze zgwałceniem.”* (M. Filar, *Przestępstwo zgwałcenia w polskim prawie karnym*, Warszawa-Poznań 1974, s. 95-96). Autor ten wyraźnie już wiąże opór zewnętrzny z wszak czysto dowodowym jego aspektem „postrzegalności”, co ma przekonać o braku zgody na kontakt seksualny.

Orzecznictwo sądów powszechnych jak i Sądu Najwyższego w tym przedmiocie dla oceny wystąpienia znamienia przemocy odwołuje się do kryterium związanego z oporem. Pogłębiona lektura tych orzeczeń prowadzi do wniosku, że w dużej mierze posługują się wcześniej przytoczoną definicją przemocy T. Hanauska (lub jej mutacjami), lecz bez pogłębionej refleksji nad znaczeniem pojęć, którymi ten autor się posługiwał. Często zatem dochodzi do mieszania elementów materialno-prawnych (brak zgody) z aspektami procesowymi (uzewnętrznienie oporu). Figura owego oporu wszak nie stanowi elementu definicji tego znamienia, ale ma charakter wskaźnikowy, dla odróżnienia przemocy od innych fizykalnych oddziaływań na ofiarę. Przykładowo w wyroku Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 22 czerwca 2023 r. wskazano, że *„[p]rzemocą jest takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwiają lub przełamując opór zmuszanego, ma albo nie dopuścić do powstania lub wykonania jego decyzji woli, albo naciskając aktualnie wyrażaną dolegliwością na jego procesy motywacyjne, nastawić jego decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku. Nie musi być połączona z czynnym oporem ze strony osoby pokrzywdzonej, ani też nie ma znaczenia jej natężenie.”* (II AKa 276/22, LEX nr 3609235). Sąd nie wyjaśnia co rozumie przez pojęcie czynnego oporu i dlaczego

akurat taką charakterystykę miałby on przyjmować. W podobnym tonie wypowiedział się Sąd Najwyższy, który w wyroku z dnia 14 czerwca 2006 r. wskazał, że „[f]orma i intensywność oporu musi być oceniana przez organy procesowe w zależności od konkretnej sytuacji i okoliczności sprawy. Wystarczy zatem, aby osoba pokrzywdzona uzewnętrzniła swoim działaniem brak zgody na odbycie stosunku płciowego, stawiała rzeczywisty opór sprawcy, a ten przełamał go.” (WA 19/06, OSNwSK 2006, nr 1, poz. 1243). Wynika z powyższej wypowiedzi, że ów opór ma być jedynie dowodowym wskaźnikiem dla uznania, że in concreto brak zgody drugiej strony na kontakt seksualny. Powyższe orzeczenia stanowiące egzemplifikację ugruntowanych linii orzeczniczych sądów powszechnych i Sądu Najwyższego, w powiązaniu z omówionymi poglądami T. Hanauska i M. Filara przekonują, że kluczowym elementem przy przestępstwie zgwałcenia jest wykazanie braku zgody ofiary, a jej zachowanie (opisywane chyba już tylko z uwagi na tradycje) jako opór jest jednym z elementów dowodowych oceny braku tej zgody. Innymi słowy – jeśli ofiara uzewnętrznia opór, oznacza to bezsprzecznie, że nie wyraża akceptacji na kontakt. Nie oznacza to jednak, że ów opór jest jedynym elementem dowodowym braku zgody. Brak akceptacji ofiary może być bowiem wnioskowany także z innych okoliczności: np. relacji ze sprawcą, czy wcześniejszych zachowań ofiary i sprawcy. Odwoływanie się do kryterium oporu ma równocześnie wyłącznie znaczenie dowodowe w perspektywie ustalenia strony podmiotowej, z jaką działał sprawca. Warunkiem bowiem odpowiedzialności karnej za przestępstwo zgwałcenia jest umyślność, co oznacza, że sprawca musi mieć świadomość, że jego fizyczne oddziaływanie na inną osobę nie spotyka się z akceptacją. Tylko bowiem wówczas stosowanie przemocy jako sposobu doprowadzenia do kontaktu seksualnego będzie miało charakter umyślny.

Dla ustaleń realizacji znamion przestępstwa zgwałcenia kryterium przełamania oporu ma więc w istocie charakter wyłącznie dowodowy, wskazujący na charakter oddziaływania fizycznego sprawcy na ofiarę oraz uzasadniając wnioskowanie o świadomości sprawcy co do stosowania przemocy. A więc świadomości, co do braku zgody ofiary na używanie wobec niej nieakceptowanej przez nią siły fizycznej. Nie jest to wszakże w żadnym wypadku standard dowodzenia o charakterze obligatoryjnym, ani tym bardziej element materialnoprawnej definicji

znamienia przemocy. Przeciwnie, osoba podejmująca kontakt seksualny powinna upewnić się, że podejmowane przez nią oddziaływanie fizyczne na inną osobę jest akceptowane przez drugą stronę. Brak bowiem takiej akceptacji, wyrażony w sposób wyraźny lub dorozumiany, uzasadnia przekonanie, że sprawca stosował siłę fizyczną, mimo świadomości, że ofiara nie wyraziła zgody na jej stosowanie, co właśnie jest przemocą. Dla udowodnienia strony podmiotowej umyślności wystarczającym jest więc, że sprawca ma świadomość stosowania siły fizycznej oraz tego, że ofiara nie wyraziła na to zgody. Nie wyklucza to oczywiście możliwości działania sprawcy w błędnym przekonaniu, że to, co robi, jest objęte akceptacją. Niemniej wystąpienie takiego błędu, jako okoliczność faktyczna, podlega dowodzeniu w oparciu o cały materiał dowodowy. Na kwestię wymogów dowodowych uwagę zwrócił Europejski Trybunał Praw Człowieka z wyroku M.C. przeciwko Bułgarii (4 grudnia 2003 r. skarga nr 39272/98), wskazując, że „[...] jakiegokolwiek sztywne podejście do ścigania przestępstw seksualnych, takie jak wymaganie dowodu rzeczywistego oporu w każdych okolicznościach, grozi pozostawieniem niektórych rodzajów zgwałceń bezkarnymi, a tym samym zagraża skutecznej ochronie autonomii seksualnej jednostki. Zgodnie ze współczesnymi standardami i trendami w tej dziedzinie, pozytywne zobowiązania państw członkowskich wynikające z art. 3 i 8 Konwencji muszą być postrzegane jako wymagające penalizacji i skutecznego ścigania wszelkich aktów seksualnych bez konsensu, w tym w przypadku braku fizycznego oporu ze strony ofiary.” (szersze omówienie znaczenia tego wyroku – zob. M. A. Nowicki, M.C. przeciwko Bułgarii - wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r., skarga nr 39272/98, [w:] M.A. Nowicki, Nowy Europejski Trybunał Praw Człowieka. Wybór orzeczeń 1999-2004, Zakamycze, 2005, s. 305, Zakamycze 2005). Kwestia ta jest także przedmiotem regulacji Konwencji Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzonej w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r. poz. 961 z późn. zm.). W jej art. 36 ust. 2 stanowi, że zgoda musi być udzielona dobrowolnie jako wyraz wolnej woli, co należy oceniać w świetle danych okoliczności. Zatem prawo międzynarodowe akcentuje konieczność analizy spraw związanych z potencjalnym zgwałceniem, nie w perspektywie obowiązku wykazania braku

aktywnego sprzeciwu (fizycznego), ale braku zgody, co należy ocenić biorąc pod uwagę szeroki kontekst sprawy.

W sprawie będącej przedmiotem kasacji, w odniesieniu do pierwszego zarzuconego oskarżonemu czynu skierowanego przeciwko X.Y., trudno ustalić, w oparciu o jakie przesłanki Sąd odwoławczy przyjął, że oceniane zachowanie nie zrealizowało znamion przestępstwa zgwałcenia, ale jedynie doprowadzenia do kontaktu seksualnego przez wykorzystanie stosunku zależności (art. 199 k.k.). Z jednej strony sąd odwoławczy zdaje się kwestionować, że w sprawie doszło do użycia przemocy, wskazując, że w tym zakresie zachodzą wątpliwości, których nie dało się usunąć. Z drugiej jednak strony przyjmuje za ustalony fakt, że pokrzywdzona odepchnęła oskarżonego i wypowiedziała słowa "*co trener robi*", a następnie została obalona na łóżko. Sąd odwoławczy nie kwestionuje także wprost, że kontakt seksualny nie był objęty akceptacją pokrzywdzonej. Jest w tych stwierdzeniach sprzeczność, która wymaga wyjaśnienia. Bowiem albo owo odepchnięcie i wypowiedziane słowa miały miejsce, świadcząc o braku akceptacji pokrzywdzonej dla podjęcia kontaktu seksualnego z oskarżonym, co z kolei uzasadnia twierdzenie, że w stanie faktycznym doszło do przemocy, albo kwestionując wiarygodność zeznań pokrzywdzonej, X.Y., Sąd odwoławczy uznał, że owo odpychanie i towarzyszące mu słowa nie miały miejsca.

Zupełnie odrębną kwestią jest w tym kontekście ustalenie, jaka była świadomość oskarżonego, co do ewentualnego braku akceptacji dla jego działań po stronie X.Y.. W tym zakresie Sąd odwoławczy stwierdza jedynie, że słowa pokrzywdzonej w świadomości oskarżonego nie musiały oznaczać niechęci do stosunku lub stanowczego sprzeciwu. Sąd odwoławczy stwierdza przy tym, że oskarżony nie otrzymał żadnego sygnału, że jego działania z pewnością są niechciane, nie użył siły, aby przełamać opór, zaś już w łóżku pokrzywdzona w żaden sposób nie opierała się, nie protestowała ani nie starała się przekazać, że jest to stosunek niechciany. Odnosi się wrażenie, że dla Sądu odwoławczego dopiero trwały i stanowczy sprzeciw wobec działań oskarżonego w czasie całego kontaktu seksualnego mógłby przekonać o świadomości oskarżonego co do braku akceptacji pokrzywdzonej. Tymczasem nie jest to w żadnej mierze warunek konieczny, jak

wcześniej wspomniano. W okolicznościach sprawy sąd uznał, że doszło do wykorzystania stosunku zależności, a oskarżony miał świadomość, że swoboda podejmowania przez pokrzywdzoną autonomicznych decyzji jest znacznie ograniczona i to wykorzystał. W takich okolicznościach wszelkie sygnały niezgody na kontakt seksualny mogą być traktowane jako jasny dowód braku akceptacji. Sąd nie wskazał na żadne okoliczności, które by świadczyły, że oskarżony nie zdawał sobie sprawy ze znaczenia odepchnięcia i skierowanych do niego słów. Wnioskowanie sądu odwoławczego, że oskarżony nie miał świadomości braku akceptacji ze strony pokrzywdzonej na podstawie samego braku stanowczego sprzeciwu, ma charakter dowolny i pomija inne ustalone w sprawie okoliczności.

Należy ponownie podkreślić, że **fakt zewnętrznie postrzegalnego stawiania oporu lub jego brak służy wyłącznie jako dowód akceptacji stosowania oddziaływania fizycznego oraz świadomości sprawcy co do tej akceptacji. Jest to jedynie dowód, który musi być oceniany w kontekście całokształtu materiału dowodowego. Sam zewnętrzny opór, jego stanowczość czy trwałość nie jest bezwzględnym warunkiem realizacji znamion przestępstwa zgwałcenia. W warunkach występowania stosunku zależności uzasadnione jest wnioskowanie, że brak zewnętrznej akceptacji dla kontaktu seksualnego uzasadnia przekonanie, że osoba stosująca siłę fizyczną działa ze świadomością braku zgody ofiary, a owa siła fizyczna zamienia się w przemoc.** W ponownym postępowaniu Sąd odwoławczy musi w sposób jednoznaczny ustalić, na podstawie całego materiału dowodowego, jakie fakty uznał za ustalone, a jakie nie, i na tej podstawie dokonać oceny prawnej czynu oskarżonego, mając na względzie, że podjęcie zewnętrznie postrzegalnego oporu przez ofiarę nie jest koniecznym warunkiem realizacji znamienia „stosowania przemocy” ani ustalenia umyślności po stronie sprawcy stanowiących warunek dokonania przestępstwa zgwałcenia z art. 197 § 1 k.k.

Przyczyna uchylecia przez Sąd Najwyższy drugiego punktu zaskarżonego wyroku jest analogiczna. Sąd odwoławczy z jednej strony zdaje się przyjmować za wiarygodne zeznania pokrzywdzonej, wskazujące, że próbowała wziąć rękę, a oskarżony ją przyciskał. Z drugiej strony argumentem sądu odwoławczego jest brak

jasnego przekazu ze strony pokrzywdzonej, brak kategoryczności i stanowczości w odmowie akceptacji działań oskarżonego.

Także i w tym przypadku należy podkreślić, że brak kategoryczności czy stanowczości ofiary nie wyklucza możliwości przyjęcia stosowania przemocy przez sprawcę w rozumieniu art. 197 § 1. Jeżeli ofiara nie akceptowała użycia siły fizycznej, nigdzie w znamionach tego typu czynu zabronionego nie ma wyrażonego warunku, by stosowana przemoc miała na celu przełamanie manifestowanego przez pokrzywdzoną oporu.

Mając na względzie powyższe okoliczności, należało orzec jak w sentencji.

[PGW]

[ał]