

Prawidłowość trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia w kontekście gwarancji konstytucyjnych



Jerzy M. Ferenz

Absolwent Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego. Aplikant adwokacki, członek Izby Adwokackiej w Warszawie. W latach 2012–2014 pracownik Ministerstwa Sprawiedliwości, w tym jako starszy specjalista ds. legislacji w Departamencie Prawa Karnego. Jako prawnik w Fundacji Pomoc Kobietom i Dzieciom udzielał pomocy prawnej ofiarom zgwałcenia oraz przemocy w rodzinie. Ma uprawnienia do pracy ze sprawcami przemocy metodą Duluth. Aplikant w dziale procesowym kancelarii Dentons.

Propriety of Prosecution of Rape in the Context of Constitutional Guarantees

The paper sets out to discuss the amendment to the penal code dated 13 June 2013 against the backdrop of constitutional guarantees. The amendment has changed the prosecution procedure of the statutory offence of rape by no longer treating institution of the relevant criminal proceedings as contingent upon the victim filing an official complaint. This study concerns the issue of a clash between the common good (common sexual liberty) and individual interests of the victim (personal liberty and right to privacy). The author conducts an assessment of the new regulations in the context of the constitutional principle of proportionality.

Ustawodawca podjął istotną decyzję, postanawiając o zmianie trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Ustawą z dnia 13 czerwca 2013 r. uchylono art. 205 k.k.¹, stawiający wymóg złożenia wniosku, w celu podjęcia ścigania sprawcy m.in. czynu z art. 197 k.k. Ustawa weszła w życie w dniu 27 stycznia 2014 r. Obowiązujący wcześniej stan prawny spotykał się z krytyką, a wnioskowemu trybowi

ścigania zarzucano stanowienie faktycznej bariery w ściganiu sprawcy wymienionego czynu zabronionego² i naruszenie spójności wewnątrzkodeksowej³.

Kolizja wartości konstytucyjnych

Warto przyjrzeć się problemowi z perspektywy zgodności z konstytucją uchylenia art. 205 k.k. Należy zwrócić uwagę, że

1 Art. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. z 2013 r., poz. 849).

2 M. Piątek, *Opinia na temat poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego (druk nr 532)*, Warszawa 2012 r., s. 11.

3 Tamże, s. 14.

normy postępowania karnego stanowią przedłużenie norm prawa konstytucyjnego⁴, przez co to właśnie ustawa zasadnicza wyznacza jego ramy nie tylko na etapie stosowania prawa, ale także jego stanowienia. Innymi słowy, nie tylko organ stosujący prawo,

ność ochrony w demokratycznym państwie wymaga takiego właśnie ograniczenia. Należą do nich bezpieczeństwo lub porządek publiczny, ochrona środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolność i prawa innych osób. Wreszcie przepis art. 31 ust. 3



Normy postępowania karnego stanowią przedłużenie norm prawa konstytucyjnego, przez co to właśnie ustawa zasadnicza wyznacza jego ramy nie tylko na etapie stosowania prawa, ale także jego stanowienia.

ale także ci, którzy biorą udział w jego stanowieniu są adresatami gwarancji konstytucyjnych w zakresie postępowania karnego. Należy wskazać, że dotyczą one zarówno podejrzanego lub oskarżonego, jak i pokrzywdzonego. Projektując czy modyfikując instytucje prawne, zarówno o charakterze materialnym, jak i procesowym, ustawodawca jest zobowiązany czynić to w taki sposób, by nie naruszać norm konstytucyjnych, uwzględniając zakres gwarancji, które mają charakter nieprzekraczalny⁵. Czasem jednak ustawodawca spotyka się z koniecznością pogodzenia ze sobą dwóch dóbr natury konstytucyjnej. Wówczas, wobec zaistniałej kolizji, siłą rzeczy jest zmuszony do wyboru wartości priorytetowej, a w konsekwencji ograniczenia drugiej. Ustrojodawca dopuścił taką sytuację, ustanawiając warunki owego ograniczenia w art. 31 ust. 3 konstytucji. Przepis ten ustanawia formę ograniczenia, jak również szereg przesłanek, bez których spełnienia będzie ono niekonstytucyjne.

W pierwszej kolejności ustrojodawca wskazuje, że ograniczenie prawa lub wolności zagwarantowanych w Konstytucji RP musi nastąpić w drodze ustawy. Po drugie wskazuje wartości, których koniecz-

konstytucji formułuje wprost zasadę, według której nie można dokonać takiego ograniczenia, które naruszałoby istotę wolności i praw konstytucyjnych. W tym bowiem przepisie swoje źródło znajduje zasada stosunkowości (proporcjonalności), której prawidłowe zastosowanie sprawdza się za pomocą tzw. testu proporcjonalności⁶.

W odniesieniu do zasady stosunkowości (proporcjonalności *sensu largo*) można mówić o trzech kryteriach, z których wszystkie muszą być spełnione, by można było mówić o pozytywnym wyniku testu: przydatności, pomocniczości (subsydiarności) oraz proporcjonalności *sensu stricto*⁷. Kryterium przydatności stanowi o tym, czy ograniczenie danego dobra konstytucyjnego pozwoli osiągnąć cel, dla którego zostało wprowadzone⁸. Innymi słowy, zastosowanie środka prawnego ograniczającego prawa lub wolności konstytucyjnie chronione musi dawać wymierny, pozytywny efekt w ochronie dobra preferowanego, z którym inne dobro stało w kolizji. Drugi element, czyli kryterium konieczności, należy rozumieć jako nakaz wyboru najmniej uciążliwego środka rozwiązania okre-

4 P. Wiliński, *Proces karny w świetle Konstytucji*, Warszawa 2011, s. 19.

5 Tamże, s. 30.

6 P. Wiliński, *Proces...*, dz. cyt., s. 270; Wyrok TK z dnia 11 kwietnia 2000 r., K 15/98.

7 Tamże.

8 Tamże.

ślonego problemu społecznego spośród skutecznych⁹, czyli tych, które pozytywnie przeszły test przydatności. W omawianej przesłance należy upatrywać dyrektywy kierowanej do ustawodawcy, by wybierała rozwiązanie ograniczające wolności i prawa konstytucyjne tylko wtedy, kiedy w inny sposób zamierzonych celów nie da się urzeczywistnić. Wreszcie należy wskazać na ostatnie kryterium testu proporcjonalności – proporcjonalność *sensu stricto*. By prawidłowo przeprowadzić test pod kątem tego kryterium, należy, badając konstytucyjność ograniczenia prawa lub wolności, odwołać

zytywnego oświadczenia woli pokrzywdzonego prowadził jedynie do wyłączenia możliwości wszczęcia postępowania, a nie wyłączenia samej bezprawności, karalności czynu, czy wreszcie jego karygodności. Innymi słowy, wnioskowość miała jedynie charakter procesowy, a nie materialnoprawny. Istotne jest także prawidłowe zakwalifikowanie trybu wnioskowego z uwagi na dychotomię pomiędzy ściganiem z urzędu a ściganiem z oskarżenia prywatnego. Należy tutaj wskazać, że piśmiennictwo – zarówno krajowe¹², jak i zagraniczne¹³ – wskazuje, iż tryb wnioskowy ści-



Błędne jest twierdzenie, iż dopiero po 27 stycznia 2014 r. przestępstwo zgwałcenia jest ścigane z urzędu, ponieważ tak było również we wcześniejszym stanie prawnym.

się do szerokiego kontekstu dóbr chronionych w Konstytucji RP¹⁰. Michał Królikowski podkreśla, że trzeba unikać „oceny zgodności z konstytucyjnym wzorcem zasady subsydiarności relacji, jaka zachodzi między wyizolowanym z kontekstu normatywnego dobrem i daną ingerencją prawodawczą”¹¹.

Istota trybu wnioskowego

Przed przystąpieniem do analizy konstytucyjności uchylecia art. 205 k.k. warto zbadać, jaką funkcję pełnił tryb wnioskowy w przypadku ofiary przestępstwa zgwałcenia i jakie dobra zabezpieczał.

Podstawową konsekwencją wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia było to, że ściganie sprawcy nie następowało, gdy pokrzywdzony sobie tego nie życzył. Takie rozwiązanie miało czysto formalnoprawny charakter wniosku, brak bowiem po-

gania należy zaliczyć do pierwszej z wymienionych kategorii. W konsekwencji błędne jest twierdzenie, iż dopiero po 27 stycznia 2014 r. przestępstwo zgwałcenia jest ścigane z urzędu, ponieważ tak było również zgodnie z wcześniejszym stanem prawnym.

Dorobek doktryny jasno wskazuje przesłanki, dla których zdecydowano się wprowadzić wnioskowy tryb ścigania w przypadku przestępstwa zgwałcenia. Z całą pewnością nie jest to jedynie przywołany w komentarzu do kodeksu karnego z 1932 r. „wstyd”, „utrata czci” czy „niechęć przed ujawnieniem czynu”¹⁴. W pierwszej kolejności należy za-

9 Tamże.

10 Tamże.

11 M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–31. Tom I*, wyd. 2, Warszawa 2011, nb. 8.

12 J. Grajewski, S. Steinborn (w:) L.K. Paprzycki (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 1–424 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego*, SIP Lex 2014, komentarz do art. 12.

13 C. Roxin, *Strafverfahrensrecht*, München 1995, § 12, nb. 15; Ch. Krehl (w:) M. Lemke, K.-P. Julius, Ch. Krehl i in., *Strafprozessordnung. Heidelberger Kommentar*, Heidelberg 1997, Einleitung, nb. 22.

14 J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 244.; M. Płatek, *Opinia...*, dz. cyt.

uważyć, że omawiany tryb wskazuje na traktowanie pokrzywdzonego jako podmiotu, a nie przedmiotu postępowania. Podmiotowe podejście wpisuje się zaś w kierunek, w którym podąża nowoczesne prawo i proces karny, czyli we wzmocnienie pozycji pokrzywdzonego w celu rozumienia jego szeroko

człowieka¹⁸. Wskazuje się także na negatywne konsekwencje procesowe. Niewątpliwie w wielu sytuacjach rozpatrywanie sprawy będzie dla ofiary dodatkową, niepotrzebną krzywdą¹⁹. Co więcej, uważa się, że wniosek, prócz ochrony interesu pokrzywdzonego, zabezpiecza także dobra jego rodziny. Zarówno dla

Należy przyrzeć się, czy aktualny stan prawny, który stosuje wprost przymus wobec ofiary przestępstwa zgwałcenia w celu uzyskania od niej istotnych dla sprawy zeznań, jest zgodny z gwarancjami konstytucyjnymi.

pojętych interesów¹⁵. Michał Królikowski wskazuje nawet, że uwzględnienie interesu pokrzywdzonego może być traktowane jako pozaustawowe źródło wyznaczające treść zakazu, modyfikując jednocześnie treść dobra chronionego danym typem¹⁶. W konsekwencji podnosi się, że przyjmując taką formę (tryb ścigania) miano na celu ochronę interesu pokrzywdzonego, podkreślając, że nieraz ma on charakter nadrzędny nad dobrem zbiorowym¹⁷, a tym bardziej w przypadku przestępstwa zgwałcenia, które ma ścisły związek ze szczególnie osobistą i intymną sferą

ofiary, jak i dla jej najbliższych proces karny może stać się źródłem poważnych dolegliwości, a w konsekwencji przynieść wiele szkód²⁰. Nieraz przeważają one w sposób znaczny nad korzyścią z wypełnienia funkcji sprawiedliwościowej karania²¹. Wreszcie nie można zapominać, że wnioskowość chroni także dobro w postaci tajemnicy w sferze prywatnej. Zabezpiecza więc przed tym, by prowadzone postępowanie nie stawało się dodatkowym źródłem przedostawania się pewnych prywatnych informacji do wiadomości szerszego kręgu osób²².

15 I. Nestoruk, *Wnioskowy tryb ścigania przestępstw w polskim i niemieckim prawie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 4, s. 89; B. Wójcicka, *W kwestii uprawnień oskarżycielskich pokrzywdzonego w sprawach o przestępstwa ścigane z urzędu* (w:) T. Nowak (red.), *Nowe prawo karne procesowe. Zagadnienia wybrane. Księga ku czci prof. W. Daszkiewicza*, Poznań 1999, s. 363; M. Królikowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, dz. cyt., nb. 26–30.

16 Tamże.

17 J. Grajewski, *Ścigania na wniosek pokrzywdzonego w świetle projektów kodyfikacji prawa karnego*, „Państwo i Prawo” 1992, nr 6, s. 56; A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty instytucji przestępstwa ściganego na wniosek*, „Studia Prawnicze” 1986, nr 3–4, s. 449.

Podstawa kontroli konstytucyjności

Znając przesłanki stosowania wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia, należy przyrzeć się, czy bieżący stan prawny, który stosuje wprost przymus wobec ofiary przestępstwa zgwałcenia

18 A. Murzynowski, *Istota i zasady procesu karnego*, Warszawa 1994, s. 144.

19 T. Grzegorzczak, *Ścigania na wniosek w świetle projektowanych zmian k.k. i k.p.k.*, „Problemy Praworządności” 1982, z. 8–9, s. 72.

20 A. Wąsek, *Karnomaterialne aspekty...*, dz. cyt., s. 449.

21 Tamże.

22 I. Nestoruk, *Wnioskowy tryb...*, dz. cyt., s. 104–105.

w celu uzyskania od niej istotnych dla sprawy zeznań, jest zgodny z gwarancjami konstytucyjnymi widzianymi przez pryzmat zasady proporcjonalności.

Niewątpliwie uchylenie art. 205 k.k. wpływa znacząco na sytuację ofiary przestępstwa zgwałcenia, a w konsekwencji może naruszać jej prawa lub wolności konstytucyjne. Trzeba mieć na uwadze, że dotychczasowy tryb wnioskowy ścigania przestępstwa zgwałcenia zakładał konieczność złożenia wniosku przez ofiarę, czyli wyrażenia przez nią zgody na podjęcie ścigania sprawcy i uruchomienie całego aparatu organów ścigania, a później wymiaru sprawiedliwości. Ustawa z dnia 13 czerwca 2013 r. tę możliwość uchyliła, a tym samym pozbawiła ofiarę możliwości podjęcia decyzji co do losów postępowania wobec sprawcy. Wywołuje to szereg konsekwencji. Przede wszystkim, niezależnie od swej woli ofiara przestępstwa zgwałcenia jest obowiązana zeznawać. Taki obowiązek nakłada na nią art. 177 § 1 k.p.k. Próba nieuzasadnionego uchylenia się od tego obowiązku jest obwarowana karą grzywny w wysokości do 10 000 zł na podstawie art. 285 § 1 k.p.k. w zw. z art. 287 § 1 k.p.k. lub karą aresztu na czas nieprzekraczający 30 dni – na podstawie art. 287 § 2 k.p.k. Należy zaznaczyć, że uchylenie się nieuzasadnione następuje wówczas, kiedy ustawodawca nie przewidział w danej sytuacji prawa do odmowy składania zeznań lub przynajmniej prawa do nieudzielenia odpowiedzi na zadawane pytanie. W praktyce, w sytuacji, kiedy sprawcą przestępstwa zgwałcenia nie jest osoba dla ofiary najbliższa (art. 182 § 1 k.p.k.) lub też jeśli udzielenie przez świadka odpowiedzi na pytanie nie mogłoby narazić świadka lub osoby dla niego najbliższej na odpowiedzialność za przestępstwo (art. 183 § 1 k.p.k.), ofiara przestępstwa zgwałcenia nie może zasadnie odmówić składania zeznań. Jeżeli sprawca pozostawałby z ofiarą w szczególnie bliskim stosunku osobistym, wówczas na wniosek ofiary sąd wedle swojej woli mógłby zadecydować o zwolnieniu jej z obowiązku składania zeznań lub odpowiedzi na pytania (art. 185 k.p.k.). Jeżeli jednak wymienione sytuacje nie zachodzą, ofiara, odmawiając składania zeznań, naraża się na karę porządkową grzywny lub nawet karę porządkową aresztu. Jeszcze bardziej drastycznie przedstawia się sytuacja, kiedy ofiara umyślnie przeinacza zeznania, zeznaje fałszywie lub

zataja prawdę. Może to robić z różnych pobudek, na przykład z chęci ochrony sprawcy, chęci szybkiego zakończenia postępowania, strachu przed sprawcą, czy niechęci do opowiadania o pewnych szczegółach zdarzenia, które jednak mogą mieć istotne znaczenie dla dobra postępowania. Niezależnie od przesłanek należy wskazać, że ofiara przestępstwa zgwałcenia dopuszczająca się wyżej wskazanych czynów wypełnia swoim postępowaniem znamiona czynu zabronionego z art. 233 k.k. § 1 zagrożonego karą pozbawienia wolności do lat 3. Należy więc stwierdzić, że pozbawienie ofiary możliwości decydowania o podjęciu ścigania poprzez tryb wnioskowy, skutkuje poważnymi ograniczeniami jej wolności i praw. Mając na uwadze szczególnie stan traumy, jaki ofiara tego czynu przechodzi, należy wskazać, że nie pozostaje on bez wpływu na to, jak ograniczające w prawach ofiary było uchylenie art. 205 k.k. Należy więc wskazać, jakie wolności i prawa konstytucyjnie chronione uchylenie art. 205 k.k. może ograniczać, a następnie rozważyć zgodność takiego stanu prawnego z unormowaniami ustawy zasadniczej.

W pierwszej kolejności trzeba wskazać na ograniczenie prawa do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym, które jest zagwarantowane w art. 47 konstytucji. Wskazuje się, że przepis ten wprowadza regulację chroniącą raczej wolność niż prawo – wolność osoby od ingerowania przez państwo w jej sfery prywatne²³. Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego wyjaśnia zakres tej ochrony, wskazując, że życie prywatne to także wewnętrzne przeżycia osobiste człowieka i ich ocena, jak również refleksje dotyczące wydarzeń zewnętrznych²⁴. Bogusław Banaszak zauważa, że „nie są one (owe przeżycia i refleksje – JMF) w założeniu przeznaczone do upowszechniania i sam zainteresowany decyduje o kręgu osób, z którymi zechce się nimi podzielić”²⁵. W konsekwencji nie budzi wątpliwości, że stosowa-

23 P. Sarnecki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, komentarz do art. 47, s. 1.

24 Wyrok TK z dnia 19 maja 1998 r., U 5/97.

25 B. Banaszak, *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, komentarz do art. 47 konstytucji, nb. 4.

nie środków porządkowych lub wręcz sankcji karnej wobec osoby zgwałconej, mających wymóc na niej podzielenie się przeżyciami, stanowi ograniczenie gwarantowanej wolności. Niewątpliwie konieczność składania zeznań, podczas których trzeba nieraz w sposób

Niezależnie od tego, na ile negatywnie należy ocenić zachowania osób trzecich wobec ofiar przestępstwa zgwałcenia, nie można lekceważyć problemu obelg czy żartów, z jakimi spotkać się może ofiara, ze strony lokalnej społeczności. W tym kontekście koniecz-



Sytuacja, w której niegotowa do zeznań ofiara przestępstwa zgwałcenia jest obowiązana je składać, może mieć wpływ na wydłużenie lub znaczne utrudnienie prowadzonej wobec niej terapii.

bardzo szczegółowy opowiadać o kwestii tak delikatnej jak przestępstwo zgwałcenia, stanowi intensywną ingerencję w wolność osobistą. Co więcej, w art. 47 konstytucji można upatrywać obowiązku państwa do wprowadzania takich regulacji prawnych, które wymienioną wolność nie tylko by szanowały, ale także chroniły²⁶. Z kolei orzecznictwo Europejskiego Trybunału Praw Człowieka (ETPC) wskazuje, że ochrona prawa do prywatności ma przede wszystkim na celu zapewnienie rozwoju osobowości każdego człowieka bez ingerencji z zewnątrz²⁷. Niejednokrotnie sytuacja, w której niegotowa do zeznań ofiara przestępstwa zgwałcenia jest obowiązana je składać, może mieć wpływ na wydłużenie lub znaczne utrudnienie prowadzonej wobec niej terapii, a w konsekwencji ingerencja państwa, za pośrednictwem prokuratora lub sądu, nie pozostaje bez wpływu na rozwój jej osobowości. Wreszcie warto wskazać na aspekt ochrony czci i dobrego imienia. Ochrona ta przysługuje każdemu i mimo swego osobistego charakteru ma znaczenie zarówno w życiu osobistym, jak i publicznym²⁸.

ność przyznania się i opowiadania o doświadczonym zgwałceniu koliduje z prawem do ochrony czci i dobrego imienia.

W drugiej kolejności warto rozpatrywać sytuację ofiary przestępstwa zgwałcenia, na którą państwo nakłada obowiązek składania zeznań, w świetle art. 40 konstytucji, zakazującego tortur lub okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania. Konstytucja RP nie wprowadza definicji legalnej tortury, jednakże nie trudno znaleźć ich definicję na gruncie obowiązującego Rzeczypospolita Polska prawa międzynarodowego. Znaczenie tego pojęcia odnajdujemy w Konwencji z 10 grudnia 1984 r. w sprawie zakazu stosowania tortur oraz innego okrutnego, niehumanitarnego lub poniżającego traktowania albo karania²⁹, której art. 1 ust. 1 stanowi, że słowo tortury „oznacza każde działanie, którym jakiegokolwiek osobie umyślnie zadaje się ostry ból lub cierpienie, fizyczne bądź psychiczne, w celu uzyskania od niej lub od osoby trzeciej informacji (...), gdy taki ból lub cierpienie powodowane są przez funkcjonariusza państwowego lub inną osobę występującą w charakterze urzędowym lub z ich polecenia albo za wyraźną lub milczącą zgodą”. Niewątpliwie zgodnie z odczuciami osoby

26 P. Sarnecki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja...*, dz. cyt., komentarz do art. 47, s. 1.

27 Orzeczenie w sprawie *Botta v. Włochy* z 24 lutego 1998 r.

28 P. Sarnecki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja...*, dz. cyt., komentarz do art. 47, s. 4.

29 Ratyfikowana przez Polskę w dniu 9 czerwca 1989 r. (Dz.U. nr 63, poz. 378).

zgwąłconej i jej trudną sytuacją psychiczną, gdy nie będąc gotowa do składania zeznań, jest do tego zmuszana pod groźbą porządkowej kary grzywny, a nawet aresztu czy skazania za czyn z art. 233 k.k., może to powodować ból lub cierpienie. Wystąpią one, kiedy ofiara wbrew swej woli zdecyduje się zeznawać, zmuszona przypominać sobie szczegóły zdarzenia, którego nie chciałaby pamiętać. Takie wnioskowanie wydaje się uzasadnione ze względu na orzecznictwo ETPC. Tortury, czy nieludzkie traktowanie wcale nie muszą oznaczać więzienia, bicia czy stosowania innych podobnych czynności. Trybunał za nieludzkie traktowanie uznał chociażby nieinformowanie rodziców o zatrzymaniu policyjnym dziecka³⁰, niewłaściwą porę przesłuchań zatrzymanego³¹, czy nawet brak wykazania przez państwo współuczucia dla wysiłków krewnych zmarłego lub osoby zaginionej przez nieudzielenie im pomocy w uzyskaniu informacji i dostępie do istotnych faktów³². Należy także wskazać na absolutny charakter zakazu, czyli niedający żadnych możliwości naruszenia wskazanego prawa³³. W takiej sytuacji wystarczyłoby zbadanie, czy zmuszanie zgwąłconej osoby do składania zeznań przed organem państwowym nie narusza tego prawa. Stwierdzenie pozytywne wyłączałoby konstytucyjność omawianej regulacji, bez potrzeby przeprowadzania testu proporcjonalności.

Zarówno gwarancję z art. 47, jak i z art. 40 należy czytać w kontekście art. 30 konstytucji, który, jak się wydaje, może stanowić także samodzielłą podstawę kontroli. Trzeba pamiętać, iż art. 30, stanowiąc podstawową wartość ustroju, znacząco wpływa na proces wykładni i stosowania wszystkich przepisów ustawy zasadniczej³⁴. W związku z tym z omawianej normy można wywodzić normatywne zobowiąza-

nie państwa do podejmowania działań zmierzających do urzeczywistnienia jego celów, ale również do powstrzymywania się od takich działań, które są niemożliwe do połączenia z realizacją innych zasad i celów³⁵. W tym momencie niezależnie od pobudek, które mogą przyświecać likwidacji trybu wnioskowego, należy aktualny stan prawny rozpatrywać w perspektywie ograniczenia innych praw i wolności, których ochrona także wpisuje się w cele i zadania państwa. W konsekwencji prawo do godności staje się prawem limitującym możliwość ograniczania innych praw. Innymi słowy: każde prawo i wolność opisane w ustawie zasadniczej powinny być interpretowane w taki sposób, by możliwie najlepiej realizować prawo do godności jednostki³⁶.

Prawo do godności można także traktować bardziej szczegółowo – nie tylko jako ogólną zasadę konstytucji. Wówczas jej przedmiot jest bardzo szeroki, jednak z całą pewnością zalicza się do niej gwarancja autonomii jednostki w sferze samorealizacji, a w szczególności prawo do niestawiania się przedmiotem działań ze strony innych, w tym także ze strony państwa³⁷. Należy więc rozważyć, czy przypadkiem tak się nie dzieje w sytuacji, kiedy państwo, kierując się potrzebą pojmania i ukarania sprawcy, prewencji ogólnej, zmusza ofiarę przestępstwa zgwąłconia do składania traumatycznych dla niej zeznań. Niezależnie od tego, czy taka regulacja jest konstytucyjna, czy też nie, nie ma wątpliwości, że w tym zakresie ogranicza również prawo do godności. Trybunał Konstytucyjny jasno wskazał, że „w świetle art. 30 Konstytucji wykluczone jest takie zniesienie lub ograniczenie poszczególnych wolności i praw, które prowadziłoby do naruszenia godności człowieka (...). W tych warunkach należy uznać, że im silniejszy jest związek danego prawa albo wolności z istotą godności człowieka, tym lepiej (skuteczniej) winno być ono chronione przez władze publiczne”³⁸.

30 Wyrok ETPC z dnia 25 maja 1998 r. w sprawie *Kurt v. Turcja*, skarga nr 24276/94.

31 Wyrok ETPC z dnia 27 sierpnia 1992 r. w sprawie *Tomasi v. Francja*, skarga nr 12850/87.

32 Wyrok ETPC z dnia 21 października 2013 r. w sprawie *Janowiec i inni v. Rosja*, skarga nr 55508/07 i 29520/09.

33 L. Garlicki (w.): L. Garlicki (red.) *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, Warszawa 2008, komentarz do art. 30, s. 9.

34 Tamże, s. 13.

35 Tamże.

36 Tamże.

37 L. Garlicki (w.): L. Garlicki (red.) *Konstytucja...*, dz. cyt., komentarz do art. 30, s. 20.

38 Orzeczenie TK z dnia 30 października 2006 r., P 10/06.

Domniemanie konstytucyjności

Wyżej wskazane podstawy świadczą jednoznacznie, że uchylenie art. 205 k.k. ograniczyło osobę pokrzywdzoną przestępstwem zgwałcenia w jej prawach i wolnościach. Co więcej, należy wskazać, że w rzeczywistości zaostrożono także represyjność prawa karnego oraz procesowego wobec ofiary przestęp-

ultima ratio każdej formy polityki społecznej. Właśnie z omawianej zasady prawa karnego wywodzi się obowiązek podania racjonalnego uzasadnienia konkretnej decyzji ustawodawczej³⁹. Dotyczy to nie tylko wskazania dobra, które jest poddawane ochronie przez ograniczenie innego, ale także potrzeby odniesienia się do skuteczności wprowadzanego rozwiąza-



Ustawodawca naraził ofiarę zgwałcenia na groźbę wejścia w zakres zakazu z art. 233 k.k.

stwa zgwałcenia. Wniosek konstruował wobec ofiary uprawnienie do decydowania o tym, czy chce zeznać, jeszcze na przedpolu procesu. Brak takiej regulacji ogranicza osobę pokrzywdzoną w jej prawach, równocześnie rozszerzając w rzeczywistości zakres represji. Dotyczy to zarówno środków porządkowych, jak i zakresu zakazu art. 233 k.k. Ofierze przestępstwa zgwałcenia zabrano możliwość decyzji co do znalezienia się w sytuacji, kiedy z różnych pobudek może nie zeznać prawdziwie lub zataić określone informacje. W konsekwencji ustawodawca naraził w większym stopniu taką osobę na groźbę wejścia w zakres zakazu, mając świadomość specyfiki zachowań ofiar przestępstwa zgwałcenia.

Niezależnie od przyświecających ustawodawcy pobudek, dla których zdecydował o opisanym wyżej ograniczeniu i zwiększeniu represyjności, orzecznictwo oraz doktryna wskazują na określone warunki stanowiące kanon pożądanых praktyk, przy wprowadzaniu tego typu regulacji. Innymi słowy: ustawodawca nie ma w omawianym zakresie pełnej wolności, lecz musi swoje postępowanie, po pierwsze, określić w wyznaczonych prawem granicach, a po drugie – należyte uzasadnić. Jednakże w związku z domniemaniami konstytucyjności ustawy trzeba wskazać powód, dla którego przeprowadzenie kontroli konstytucyjnej omawianej regulacji byłoby zasadne. W pierwszej kolejności należy wskazać na postulat możliwie najszerszej wolności od represyjnej interwencji państwa. Prawo karne, a patrząc szerzej, także inna forma represji karnej, powinny stanowić

nia i jego konieczności w rozumieniu art. 31 ust. 3 konstytucji. Taki tok rozumowania potwierdził Trybunał Konstytucyjny, stwierdzając, że „celowość zaostrożenia odpowiedzialności karnej (...) wymaga szczególnie wnikliwego uzasadnienia, zwłaszcza wtedy, gdy efektem stosowania instrumentów prawnokarnych może być ograniczenie innych sfer wolności wyraźnie gwarantowanych przez Konstytucję”⁴⁰. Innymi słowy, ustawodawca, podejmując decyzję rozszerzającą represyjność, a tym samym ograniczając prawa i wolności obywatelskie, jest obowiązany do wykazania, że spełnia ona konstytucyjne wymogi takiego ograniczenia, a więc spełnia tym samym kryterium przydatności, konieczności i proporcjonalności *sensu stricto*. Z uwagi natomiast na normatywny kontekst państwa demokratycznego, zachodzi potrzeba podkreślenia aspektu negatywnego zasady *ultima ratio* prawa karnego, co w efekcie stanowi podstawowe odniesienie dla oceny zgodności z Konstytucją RP zarówno wprowadzenia, jak i obowiązywania konkretnego zakazu karnego⁴¹.

Z kolei, odwołując się do idei *in dubio pro libertate*, należy wskazać na obowiązek udowodnienia potrzeby kryminalizacji, a także rozszerzenia jej dotychczasowego zakresu. Ciężar dowodu spoczywa tu na

39 M. Królikowski, (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, dz. cyt., nb. 11.

40 Wyrok TK z dnia 11 października 2006 r., akt P 3/06.

41 M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, dz. cyt., nb. 11.

ustawodawcy⁴². Lech Gardocki wskazuje, iż w razie wystąpienia wątpliwości należy z wprowadzania danej regulacji zrezygnować⁴³. Trzeba także podkreślić znaczenie zasady konieczności sankcji karnej, która tworzy wymóg uzasadnienia każdej interwencji o charakterze prawnokarnym⁴⁴.

Kryterium przydatności

Analizując uchylenie art. 205 k.k. i jego konsekwencje, w pierwszej kolejności należy wskazać, że niezależnie gdzie upatrujemy źródła ograniczeń wolności i praw obywatelskich, to ich forma jest prawidłowa, z uwagi na fakt, iż zarówno usunięcie art. 205 k.k., jak i obowiązek składania zeznań z art. 177 ust. 1 k.p.k. są określone w ustawie.

Kolejną sprawą jest analiza przesłanek określających wartość, którymi kierowanie się upoważnia ustawodawcę do wprowadzenia ograniczenia danego prawa lub wolności. Również w tym przypadku przesłanka celu zapewnienia bezpieczeństwa i porządku publicznego wydaje się nie budzić wątpliwości. Niewątpliwie dobro potencjalnych ofiar jest tu bardzo istotne, a na państwie spoczywa obowiązek przeciwdziałania jego łamaniu, co realizuje przez wprowadzanie sankcji o charakterze karnym i skuteczne ściganie sprawców łamiących porządek prawny. Za niepożądane należy uznać takie nieukaranie sprawcy, z uwagi na fakt, że perspektywa uniknięcia odpowiedzialności karnej przynajmniej nie odstrasza, jeśli nie zachęca do popełnienia przestępstwa. W tym zakresie można podnieść wątpliwość, czy takim celem ustawodawca rzeczywiście się kierował. Wnioskując z uzasadnienia do jednego z projektów ustawy, można byłoby przyjąć odmienną opinię, bowiem projektodawca wskazał jako cel „unowocześnienie i racjonalizację rozwiązań prawa karnego materialnego i procesowego w zakresie ścigania za przestępstwo zgwałcenia poprzez wprowadzenie w znacznym zakresie trybu ścigania

z urzędu”⁴⁵, a nie potrzebę przeciwdziałania przemocy seksualnej i zabezpieczenia tym samym bezpieczeństwa publicznego. Jednakże w przypadku drugiego projektu, który również stanowił podstawę prac legislacyjnych, wskazano w uzasadnieniu, że celem uchylecia art. 205 k.k. było m.in. „stworzenie efektywnych mechanizmów przeciwdziałania wybranym przestępstwom przeciwko wolności seksualnej oraz obyczajności, a zarazem zapewnienie osobom pokrzywdzonym w zakresie tego rodzaju przestępczości skuteczniejszej niż dotychczas ochrony prawnej”⁴⁶. Wymienione cele regulacji poddane zostaną analizie, w związku z faktem, iż budzące kontrowersje rozwiązanie w postaci trybu bezwioskowego w obecnym kształcie pochodziło właśnie z tego projektu. Jednakże realizacja przyjętych celów budzi istotne wątpliwości.

W pierwszej kolejności należy zbadać spełnienie kryterium przydatności przez uchylenie art. 205 k.k. w kontekście deklarowanych celów ustawodawcy. Zasadna wydaje się przynajmniej niepewność – co do rzeczywistego spełnienia się wymienionych zamierzeń w przypadku uchylecia wnioskowego trybu ścigania przestępstwa zgwałcenia. Celem ustawodawcy było takie ukształtowanie stanu prawnego, by ściganie sprawcy przestępstwa zgwałcenia było bardziej skuteczne. Natomiast argumentacja wokół negatywnej oceny trybu wnioskowego wskazywała na jego blokujący charakter. Miał on utrudniać ujęcie, osądzenie i ukaranie sprawcy, będąc jednocześnie uprawnieniem uciążliwym dla ofiary przestępstwa, z uwagi na obarczenie jej trudną decyzją procesową w chwili, kiedy zdolność podejmowania decyzji jest utrudniona. Warto jednak zauważyć niekonsekwencję w tym zakresie. Ustawodawca uchylił tryb wnioskowy między innymi ze względu na brak zdolności podjęcia decyzji, jednak tym samym zakłada zdolność do składania zeznań mających spełniać istotną rolę w procesie karnym, a co więcej, zmusza do tego ofiarę, ponieważ nie zapewnił żadnej innej możliwości uniknięcia

42 L. Gardocki, *Subsydiarność prawa karnego oraz in dubio pro libertate – jako zasady kryminalizacji*, „Państwo i Prawo” 1989, z. 12, s. 65.

43 Tamże.

44 M. Królikowski (w:) M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks...*, dz. cyt., nn. 11.

45 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998 (VII kadencja), uzasadnienie.

46 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, druk 532 (VII kadencja), uzasadnienie.

przez nią tego obowiązku, jak np. prawa do odmowy składania zeznań. Jednakże dla oceny prawidłowości uchylenia art. 205 k.k. istotna jest jego przydatność.

Po pierwsze, analizując kwestię przydatności, należy podnieść wątpliwość, czy korzystanie przez ofiarę z odpowiednich instrumentów procesowych, jak art. 182 k.p.k., art. 183 ust. 1 k.p.k., nie utrud-

wprowadzonej regulacji walor przydatności. Należy pamiętać, że ofiara wciąż musi wykazać się wolą i odwagą, by zeznawać – niezależnie od etapu, na którym do tego dochodzi. Niemniej zmiana jest bardzo istotna. Niestety uderza ona nie w sprawcę, lecz w ofiarę, umożliwiając ukaranie ofiary przestępstwa zgwałcenia karą porządkową, w przypadku gdy nie



Wątpliwe jest osiągnięcie przez ustawodawcę celu, którym uzasadniono uchylenie art. 205 k.k.

nia ścigania sprawcy w porównywalnym stopniu co tryb wnioskowy – w przypadku ścigania sprawców będących osobami najbliższymi. Brak zeznań w tym zakresie stanowi istotną lukę w postępowaniu dowodowym, która niewypełniona może skutkować umorzeniem sprawy już na etapie postępowania przygotowawczego, bądź na etapie sądowym. Można więc stwierdzić, że w zakresie zwiększenia skuteczności ścigania sprawców będących osobami najbliższymi stawianego sobie celu ustawodawca nie osiąga. Na szczęście w tej konfiguracji zabezpieczone są także wymienione wcześniej prawa i wolności konstytucyjne, przez instytucje z art. 182 i 183 ust. 1 k.p.k. Należy mieć jedynie nadzieję, że powyższe konstatacje nie doprowadzą do odebrania ofierze czynu z art. 197 k.k. wyżej wskazanych uprawnień procesowych. Po drugie, nie można zapominać o zjawisku zastraszenia ofiary przez sprawcę lub jego bliskich. Takie sytuacje zdarzały się już wcześniej, na etapie składania wniosku, w związku z czym nie ma powodu sądzić, że będzie inaczej na etapie postępowania karnego. W konsekwencji, w perspektywie osiągnięcia pożądanego efektu, wątpliwe jest urzeczywistnienie projektowanych zamierzeń. Nie znajduje także uzasadnienia twierdzenie, iż ofiara, która w obawie przed sprawcą lub za jego namową nie zgłaszała wniosku, będzie się mniej bała, czy też będzie mniej podatna na jego sugestie tylko i wyłącznie dlatego, że ciężar decyzji zostanie przeniesiony z sytuacji przedprocesowej na sytuację procesową. Płynię z tego prosta konkluzja, iż po raz kolejny trudno przyznać

przystąpi ona do składania zeznań, lub zasądzenie wobec niej odpowiedzialności karnej – w przypadku przeinaczenia zeznań lub też niezłożenia ich w pełni. Po trzecie z kolei, nie można w omawianej sytuacji wykluczyć woli ochrony sprawcy przez ofiarę. Może to wynikać z uzależnienia osobistego, uczuć żywionych do sprawcy, litości oraz wielu innych powodów. Bez względu na ocenę takiego postępowania ma ono realny wpływ na urzeczywistnienie skutku, który osiągnąć chciał ustawodawca. Trzeba się jednak zastanowić, czy stosowanie przepisów porządkowych z k.p.k. lub też sankcji karnych jest adekwatną karą za to, że ofiara przestępstwa zgwałcenia w taki, a nie inny sposób, będąc do tego zmuszona, spełnia wymiennie wcześniej przesłanki. W tym kontekście warto odwołać się do orzecznictwa ETPC. Trybunał ten wielokrotnie wskazał, że w skład zespołu obowiązków pozytywnych państwa wchodzi zapewnienie efektywnego ustawodawstwa karnego. Podkreślił także, że dotyczy to w szczególności przypadków najpoważniejszych deprawacji godności człowieka lub wartości fundamentalnych, naruszających m.in. zakaz tortur lub też innego rodzaju naruszenia praw człowieka w przypadku, gdy pokrzywdzonym, ze względu na cechy osobowościowe lub konkretną sytuację, była osoba szczególnie wrażliwa na krzywdę⁴⁷. Taką osobą jest niewątpliwie ofiara przestępstwa zgwałcenia.

⁴⁷ Wyrok ETPC z dnia 26 marca 1985 r. w sprawie *X and Y v. Netherlands*, skarga nr 8978/80; wyrok ETPC z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie *MC v. Bulgaria*, skarga nr 39272/98; wyrok

Po czwarte wreszcie, nie można pomijać argumentu wskazującego na odpowiedni moment składania zeznań. Należy zwrócić uwagę na logiczną prawidłowość, że świadek, który zeznawać chce i jest na zeznania gotowy, stanowi obiektywnie lepsze źródło dowodowe niż świadek zmuszany do tego przepisami prawa. Jeszcze trudniejszą sytuację mamy, kiedy ofiara przestępstwa zgwałcenia jest świadkiem, będąc częstokroć jedynym źródłem dowodowym. Kiedy to ofiara decydowała o momencie rozpoczęcia ścigania, wówczas można w sposób uzasadniony przypuszczać, że jej zeznania były bardziej wyczerpujące

zwłoki w celu zabezpieczenia śladów i dowodów, a także czynności zmierzających do wyjaśnienia, czy wniosek będzie złożony⁴⁹.

W związku z powyższymi uwagami zasadna wydaje się wątpliwość co do możliwości osiągnięcia skutku w postaci sprawniejszego ścigania sprawcy przestępstwa zgwałcenia. Tym bardziej brak jest uzasadnienia dla twierdzenia, że uchylenie art. 205 k.k. stanowi podniesienie standardów w zakresie ochrony praw ofiary czynu z art. 197 k.k. Bez wątpliwości natomiast pozostaje fakt ograniczenia obywatela w jego prawach i wolnościach konstytucyjnych. Wobec braku



Brak jest uzasadnienia dla twierdzenia, że uchylenie art. 205 k.k. stanowi podniesienie standardów w zakresie ochrony praw ofiary czynu z art. 197 k.k.

i pomocne dla organów ścigania oraz organów wymiaru sprawiedliwości niż w przypadku, gdy postępowanie zostanie wszczęte na etapie, kiedy ofiara sobie tego nie życzy. Nie można rozumowaniu temu przedstawić kontrargumentu, iż czas oczekiwania na wniosek ofiary powodował, iż inne dowody traciły na wartości, albowiem brak wniosku nie stanowił przeszkody, by wszcząć postępowanie „w sprawie”, gdyż tylko w ten sposób umożliwiono się skuteczne ściganie sprawcy w razie złożenia wniosku przez ofiarę⁴⁸. Należy podkreślić, że zgodnie z art. 17 § 2 k.p.k. do chwili otrzymania wniosku lub zezwolenia władzy, od których ustawa uzależnia ściganie, lecz po uzyskaniu informacji o popełnieniu przestępstwa, „organy procesowe dokonują tylko czynności niecierpiących

spełnienia przesłanki przydatności można byłoby już na tym etapie wyrazić obawę co do zgodności uchylenia art. 205 k.k. z ustawą zasadniczą. Warto jednak poddać analizie spełnienie – bądź też nie – pozostałych kryteriów zasady stosunkowości.

Kryterium konieczności

W związku z drugim kryterium – konieczności – zasadne zdaje się rozważenie, czy uchylenie art. 205 k.k., a w konsekwencji likwidacja trybu wnioskowego ścigania przestępstwa zgwałcenia, było drogą najmniej ograniczającą w prawach i wolnościach gwarantowanych przez Konstytucję RP, spośród skutecznych, zakładając oczywiście – na potrzebę dalszej analizy – że takie rozwiązanie jest w ogóle przydatne w wyżej opisanym kontekście.

Odwołując się do faktu, iż tryb wnioskowy nie wywierał jedynie skutków w zakresie obowiązku składania zeznań przez ofiarę, lecz także stanowił warunek procesowy podjęcia ścigania, można uzasadniać oma-

ETPC z dnia 26 lipca 2005 r. w sprawie *Siliadin v. France*, skarga nr 73316/01.

48 A. Wąsek, J. Warylewski (w:) A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221. Tom I*, Warszawa 2010, komentarz do art. 197 k.k., nb. 236.

49 Tamże.

wianą nowelizację przez samą potrzebę wszczęcia postępowania i możliwość ukarania sprawcy bez względu na to, czy ofiara będzie zeznawać, czy też nie. Niewątpliwie realna jest sytuacja, w której dochodzi do ujęcia, osądzenia i skazania sprawcy przestępstwa zgwałcenia pomimo braku zeznań ofiary przestępstwa zgwałcenia. Może do tego dojść na podstawie dowodu z nagrania monitoringu, pobranego materiału DNA, zeznań świadków zdarzenia, czy też innych dowodów usuwających wątpliwości co do sprawstwa i winy oskarżonego o czyn z art. 197 k.k. Do tego momentu likwidację trybu wnioskowego ścigania przestępstwa zgwałcenia można uznać za uzasadnioną i spełniającą cele, jakie postawił sobie ustawodawca. W żadnym razie nie znajduje jednak uzasadnienia niezapewnienie ofierze prawa do odmowy składania zeznań. Warto podkreślić, że taki pomysł pojawił się podczas prac legislacyjnych, jednak nie został zrealizowany⁵⁰. Należy podnieść, że regulacja zapewniająca ofierze przestępstwa zgwałcenia możliwość odmowy składania zeznań prowadziłaby do nieograniczania w tak znacznym zakresie jej praw i wolności. W takiej sytuacji, jeśli organy posiadałyby wystarczający zasób dowodów, to doprowadzałyby sprawę do pozytywnego zakończenia, a tym samym skazania sprawcy, nawet bez udziału ofiary. Jeżeli natomiast ofiara wyrażałaby chęć współpracy, wówczas zgodnie ze swoją wolą wspierałaby oskarżenie dodatkowymi zeznaniami. Zatem przyjęcie należy, iż istniała metoda mniej represyjnego i ograniczającego rozwiązania problemu skuteczności ścigania przestępstwa zgwałcenia niż ta, którą zastosował ustawodawca. W efekcie uzasadnione wydaje się stwierdzenie, iż omawiana regulacja nie spełnia kryterium konieczności.

Kryterium proporcjonalności sensu stricto

W związku z ostatnim kryterium – proporcjonalności *sensu stricto* – należy przywrócić się relacji dóbr pozostających w kolizji. Problem uchylenia wnioskowego trybu ścigania dotyka z jednej strony sfery opisanych wcześniej dóbr, mających swe źródło w art. 47

(prawo do prywatności), w art. 40 (zakaz stosowania tortur) oraz art. 30 konstytucji (godność człowieka). Z drugiej strony ustawa zasadnicza wskazuje także na prawo do wolności osobistej. Czyni to w art. 31 ust. 1, będącym podstawą konstytucyjnej ochrony wolności człowieka, oraz w art. 41, który wskazuje na szczególny wymiar wolności – nietykalność osobistą. Wymienioną w pierwszym przepisie wolność należy rozumieć między innymi jako swobodę do decydowania o własnym postępowaniu⁵¹, co z pewnością dotyczy także sfery wolności seksualnej, jak też konieczności opowiadania o jej szczegółach. Należy jednak podkreślić, że wolność osobista nie ma wymiaru absolutnego⁵², co oznacza, że w uzasadnionych przypadkach, zgodnie z regulacją z art. 31 ust. 3 konstytucji, może być ograniczona. Natomiast prawo do nietykalności gwarantuje jednostce możliwość utrzymania swej tożsamości i integralności, zarówno fizycznej, jak i psychicznej, w taki sposób, by nikt nie miał prawa w nią ingerować.

W kontekście kryterium proporcjonalności kolizję wywołuje, że jako adresata prawa do wolności należy wskazać władzę publiczną. Z tego też wynikają dwa rodzaje ciężących na niej obowiązków. Po pierwsze negatywny, który dotyczy zakazu podejmowania działań i przyjmowania regulacji naruszających wolność jednostki⁵³. Nie ma on jednak charakteru absolutnego. Po drugie obowiązek pozytywny, czyli zobowiązanie państwa do podejmowania takich działań i przyjmowania takich uregulowań, które zagwarantują jednostce właściwą ochronę w zakresie jej wolności osobistej⁵⁴. Lech Garlicki wskazuje, że „oznacza to obowiązek stworzenia odpowiednich gwarancji proceduralnych”⁵⁵. Niewątpliwie należy tu obowiązek zapewnienia przez państwo takich regulacji prawnych, które pozwolą w sposób skuteczny chronić wolność seksualną obywateli, z czego z kolei wynika konieczność efektywnego ścigania – także sprawców przestępstwa zgwałcenia.

51 L. Garlicki (w:) L. Garlicki (red.) *Konstytucja...*, dz. cyt., komentarz do art. 31, s. 1 i 4.

52 Tamże, komentarz do art. 41, s. 2.

53 Tamże, komentarz do art. 31, s. 11.

54 Tamże.

55 Tamże.

50 Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, druk sejmowy nr 998 (VII kadencja), uzasadnienie.

Rezygnując z trybu wnioskowego, ustawodawca wybrał obowiązek ochrony wolności seksualnej obywateli. Uczynił to kosztem przede wszystkim prawa do prywatności, a także w pewnym zakresie prawa do god-

z drugiej strony teoria liberalna wskazuje na autonomię jednostki, która w przypadku ścigania przestępstwa zgwałcenia, z racji na szczególnie trudną sytuację ofiary, wskazywałaby na przyznanie prymatu warto-



Rezygnując z trybu wnioskowego, ustawodawca wybrał obowiązek ochrony wolności seksualnej obywateli. Uczynił to kosztem przede wszystkim prawa do prywatności, a także w pewnym zakresie prawa do godności człowieka.

ności człowieka⁵⁶. Dokonanie analizy prawidłowości wyboru ustawodawcy w tym zakresie sprawia szczególnie trudność. Trudno się w tym przypadku oprzeć na ostrych kryteriach, którymi można byłoby się posłużyć. Preferencja konkretnego rozwiązania zależy od przyznania pierwszeństwa jednemu z dóbr chronionych. Taki wybór może wynikać z uznawanej przez interpretatora ideologii, uznawanej koncepcji obowiązków pozytywnych państwa i miejsca jednostki w społeczeństwie, a wreszcie zależy od nieostrości samego kryterium proporcjonalności *sensu stricto*. Z punktu widzenia teorii komunitarystycznej istotniejszy wydaje się autorytatywny obowiązek udziału państwa w działalności prowadzącej do potępienia negatywnego zachowania⁵⁷. Niewątpliwie sankcja karna i skuteczność jej egzekwowania mają wpływ na potwierdzenie ważności i obowiązywania chronionej normy⁵⁸. Jednak

ści gwarantowanej na podstawie art. 47 konstytucji. Wyraźnego kierunku nie wskazuje także orzecznictwo ETPC, uznające za słuszne zrównoważenie (*fair balance*) ogólnego interesu publicznego i interesów jednostkowych. Trybunał ten podkreśla jednak, że dokonany wybór nie może prowadzić do nałożenia niemożliwych do wykonania lub nieproporcjonalnych obowiązków⁵⁹. Za taki obowiązek można uznać konieczność zeznawania przez zgwałconą osobę, która przeżywając traumę, nie jest w stanie normalnie funkcjonować. Niemniej trudno jest wskazać, które dobro jest ważniejsze – osoby zgwałconej czy potencjalnych ofiar.

Zakończenie

Celem artykułu nie była odpowiedź na pytanie o charakter czy konieczność skutecznego ścigania sprawców przestępstwa zgwałcenia. W tym zakresie nie ma wątpliwości. Tak brutalna ingerencja w wolność seksualną jednostki jest niedopuszczalna, a sytuacja, w której sprawcy unikają odpowiedzialności

56 Z racji absolutnego charakteru zakazu tortur problem ten nie może być nawet teoretycznie tu rozpatrywany, w kontekście kryterium proporcjonalności.

57 Ch. Taylor, *Cross-Purposes. The Liberal-Communitarian Debate* (w:) N. Rosenblum (red.), *Liberalism and Moral Life*, Cambridge 1989, s. 159–160; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 89 i n.

58 G. Jakobs, *Imputation in Criminal Law and Conditions for Norm Validity*, „Criminal Law Review” 2004, nr 2, s. 491

i n.; J. Kochanowski, *Subiektywne granice sprawstwa i odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1985, s. 7.

59 Wyrok ETPC z dnia 8 lipca 2004 r. w sprawie *Ilaşcu i inni v. Mołdawia i Rosja*, skarga nr 48787/99; A. Mowbray, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford 2004, *passim*.

ści, nie powinna mieć praktycznie miejsca. Zostało jednak postawione pytanie o sposób, w jaki państwo realizuje ciężący na nim pozytywny obowiązek ochrony prawa do wolności seksualnej i czy regulacja dokonano w zgodzie z gwarancjami zawartymi w art. 31 ust. 3 konstytucji. Niestety, w tym zakresie odpowiedź pozostawia wiele wątpliwości. Niezależnie od rzeczywiście trudnego w niniejszym przypadku do oceny kryterium proporcjonalności regulacja ograniczająca w prawach i wolnościach osobistych powinna spełniać jeszcze dwa inne kryteria – przydatności i konieczności. Z perspektywy uprawnień w procedurze karnej oraz szczególnej sytuacji ofiary przestępstwa zgwałcenia, zgodnie z przywołanymi

droga, taka, która w mniejszym stopniu naruszałaby prawa ofiar przestępstwa zgwałcenia – możliwość zapewnienia im prawa do odmowy składania zeznań. W związku z tym wprowadzona regulacja nie spełnia kryterium konieczności. Niezależnie od preferencji w kwestii ostatniego z kryteriów zasady stosunkowości, niespełnione dwa wcześniejsze kryteria wskazują na niezgodność obowiązującego rozwiązania z Konstytucją RP. Wreszcie nie można zapominać, że ocena w przypadku tak delikatnych kwestii nie jest wolna od osobistych emocji, w związku z czym powinna być przemyślana i nieczyniona w pośpiechu. Wydaje się niestety, że w przypadku omawianej zmiany dyskusja była emocjonalna, argumentów



Istniała jednak inna droga, taka, która w mniejszym stopniu naruszałaby prawa ofiar przestępstwa zgwałcenia – możliwość zapewnienia im prawa do odmowy składania zeznań.

wyżej argumentami należy stwierdzić, że przydatność uchylecia art. 205 k.k. budzi poważne wątpliwości. Wydaje się, że w zakresie ścigania sprawcy nic się nie zmieni. Natomiast zmiana jest istotna i dotkliwa, jeśli spojrzymy na nią z pozycji ofiary. Z całą pewnością ustawodawca musiał dokonać wyboru jednego z dóbr. Tak też się stało, gdy wskazał na interes potencjalnych ofiar. Istniała jednak inna

zaś wysłuchano jednostronnie. Nawet słuszna idea i dobre chęci nie zwalniają ustawodawcy z obowiązku zachowania granic, które wyznacza konstytucja. W przypadku uchylecia art. 205 k.k. *de lege ferenda* należy postulować zmianę, która zagwarantowałaby ofierze przestępstwa zgwałcenia właściwą ochronę, a ewentualne ograniczenie jej praw i wolności żeby było zgodne z ustawą zasadniczą.