

PROBLEMY PRAWA **KARNEGO**

NUMER 1 / TOM 6 / 2022



UNIWERSYTET ŚLĄSKI
WYDAWNICTWO

Problemy Prawa Karnego

NUMER 1 / TOM 6 / 2022

Redaktorzy naczelni

Jarosław Zagrodnik (Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Kazimierz Zgryzek (Uniwersytet Śląski w Katowicach)

Komitet redakcyjny

Cynthia Alkon (Texas A&M University, USA), Matjaž Ambrož (University of Ljubljana, Słowenia), Michael Bohlander (Durham University, Wielka Brytania), Amalia Calderón Lozano (Colegio de Abogados de Sevilla, Hiszpania), Clifford S. Fishman (The Catholic University of America w Waszyngtonie, USA), Justyna Karaźniewicz (Uniwersytet Warmińsko-Mazurski, Polska), Monika Klejnowska (Uniwersytet Rzeszowski, Polska), Violetta Konarska-Wrzosek (Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu, Polska), Damjan Korošec (University of Ljubljana, Słowenia), Ewa Kruk (Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej, Polska), Henryk Malevski (Uniwersytet Mikołaja Römera, Wilno), Jamil Mujuzi (University of the Western Cape, Republika Południowej Afryki), Jerzy Skorupka (Uniwersytet Wrocławski, Polska), Sławomir Steinborn (Uniwersytet Gdański, Polska), Dariusz Świecki (Uniwersytet Łódzki, Polska), David Weisburd (Hebrew University, Izrael), Irene Wiczonek (Durham University, Wielka Brytania), Paweł Wiliński (Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Polska)

Sekretarz redakcji

Ewelina Bachera

Adres e-mail redakcji:

problemypk@us.edu.pl

Strona internetowa czasopisma:

www.problemypk.us.edu.pl

Czasopismo jest indeksowane w bazach:

Central and Eastern European Online Library

www.ceeol.com

Directory of Open Access Journals

<https://doaj.org/>

European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences – ERIH PLUS

<https://kanalregister.hkdir.no/publiseringskanaler/erihplus/>

Problemy Prawa Karnego

NUMER 1 / TOM 6 / 2022

Spis treści

STUDIA

ŽIVA ŠUTA, NINA BERGLEZ, MIHA ŠEPEC – “Yes means Yes”. Theoretical dilemmas and new definition of rape and sexual assault in Slovenian Criminal Law

ANNA WILK – Prawne i kryminologiczne aspekty przestępczości seksualnej duchownych

ARTYKUŁY PROBLEMOWE

SZYMON KRYSTKOWIAK – Z problematyki nowego środka zapobiegawczego z art. 275a k.p.k.

JAN KLUZA – Nowelizacja art. 37a k.k. na mocy ustawy z 19 czerwca 2020 r. w świetle racjonalnych celów karania

BARTOSZ ŁUKOWIAK – Kilka uwag na temat realizacji obowiązku oceny dowodów w procesie karnym

DARIUSZ GRABAREK – Kolizja aksjologiczna prawa karnego z prawem upadłościowym jako skutek zmiany tytułu rozdziału XXXVI Kodeksu karnego

Table of contents

STUDIES

ŽIVA ŠUTA, NINA BERGLEZ, MIHA ŠEPEC – “Yes means Yes”. Theoretical dilemmas and new definition of rape and sexual assault in Slovenian Criminal Law

ANNA WILK – Legal and criminological aspects of sexual crimes of the priests

ARTICLES

SZYMON KRYSKOWIAK – The issue of the new preventive measure in Article 276a of the Criminal Procedure Code

JAN KLUZA – Amendment to art. 37a of the Penal Code under the Act of 19 June 2020 in the light of rational punishment objectives

BARTOSZ ŁUKOWIAK – Few remarks on the implementation of the duty to assess evidence in a criminal proceedings

DARIUSZ GRABAREK – Collision between criminal law and bankruptcy law as a consequence of the change in the title of Chapter XXXVI of the Criminal Code

STUDIA



ŽIVA ŠUTA
University of Maribor, Slovenia

 <https://orcid.org/0000-0002-9801-515X>

NINA BERGLEZ
University of Maribor, Slovenia

 <https://orcid.org/0000-0001-8414-9483>

MIHA ŠEPEC, PHD
University of Maribor, Slovenia

 <https://orcid.org/0000-0002-3220-8901>

“Yes means Yes” Theoretical dilemmas and new definition of rape and sexual assault in Slovenian Criminal Law

Abstract: The legislation of crimes against sexual integrity was initially aimed at safeguarding specific interests such as the honour of the father, the family, virginity, and the social security of women. Accordingly, the extent of rape victims was for a long time limited only to women (e.g. under Article 100 of the Criminal Code of the Socialist Republic of Slovenia from 1977, the execution of rape was only possible as *immission penis in vaginam*). In modern society, legislators seek to protect the self-determination of the individual, sexual and physical integrity, and sexual autonomy. This reversal demonstrates that modern criminal law revolves around the essential question of whether sexual intercourse is engaged in through free choice, that is, autonomously. Domestic legislators have been put under the pressure of media campaigns and controversial case law to modernise criminal law accordingly. In the spirit of the reforms, the Republic of Slovenia in 2021 adopted the amendments of Rape and Sexual Assault in the Criminal Code (KZ-1H) consistent with the affirmative consent model (“yes means yes”).

Keywords: rape, offences against sexual integrity, the concept of coercion, “yes means yes”, consent to sexual intercourse, political laws

1. Introduction

1.1. The aim and thesis of this contribution

After media campaigns and protests in Slovenia, the amended Criminal Code (KZ-1H)¹ entered into force in 2021, amending Articles 170–172, which regulate rape, sexual assault, and sexual abuse of a vulnerable person. With the amendment, Slovenia abandoned the coercive model and joined a handful of countries that accept the affirmative consent model (“yes means yes”).²

The authors of this contribution acknowledge that criminal law should protect specific interests of victims³ and that the affirmative consent model has significant advantages, which are mainly reflected in filling the legal gaps of the previous model of coercion in Slovenia (for example victims who are asleep, immobility, exploitation of victim’s surprise). However, we stand behind the thesis that the imposition of specific interests without the scrutiny of legal experts can be problematic, especially in terms of legal certainty for both the victim and the alleged perpetrator of the amended provisions on crimes against sexual integrity.⁴

The first part of the article contains a description of proposals to change the coercion model in the Slovenian Criminal Code.⁵ The Slovenian legislator abandoned the previous model of coercion and initially advocated the veto model (“no means no”), but later, due to disapproval by non-governmental organisations, the affirmative consent model (“yes means yes”) was adopted in a shortened procedure. All three models will be

¹ Act Amending the Criminal Code (KZ-1H). Official Gazette of Republic of Slovenia, July 4, 2021, p. 5970.

² For example, UK, Ireland, Belgium, Cyprus, Luxembourg, Iceland, and Sweden. A. Błuś: *Sex without consent is rape. So why do only eight European countries recognize this?* 4 January 2019, available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/04/eu-sex-without-consent-is-rape/> [accessed 20.11.2021].

³ In line with the modern understanding of criminal law and social relations, we will use two terms: *victim*, that will include all women, men and others against whom a crime has been committed, and *perpetrator*, which will include all women, men and others who have committed a crime.

⁴ In 2016, the members of the German Parliament (Bundestag) managed to reach an agreement with all political parties to base the reform of Article 177 of the StGB on the veto model. From a political point of view, it could be understandable that the amendment was adopted quickly, but Hörnle believes that from a legal point of view, this is regrettable because it would be better to pursue a comprehensive reform based on a careful review of the entire chapter on sexual offences. T. Hörnle: *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*. “German Law Journal” 2017, 18(6), p. 1315.

⁵ Kazenski zakonik (Criminal Code). Official Gazette of the Republic of Slovenia, number 50/12 – 6/16 – 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20).

described in the second part with a brief presentation of their advantages and disadvantages. The third part encompasses the examination of the amended changes in the statutory definition of sexual offences in the Slovenian Criminal Code towards the affirmative consent model, by challenging the individual factors of “consent” – being externally perceptible, clear, and free, as well as the capacity to consent. Conclusively, a critical view is given on the amended consensual definition of sexual offences in the Slovenian Criminal Law, due to lack of relevant jurisprudence and concerns over legal certainty. The case of Slovenia can present an example to other countries where there is a political pressure to adopt a new approach to sexual offences in criminal law without a prior and proper legal debate and analysis.

1.2. Proposals to change the coercion model in the Slovenian Criminal Code

The springboard for amending criminal legislation in Slovenia was the case law. In July 2017 when the coercion model was still in force⁶ the Appellate Court in Koper⁷ found a man guilty of coercion⁸ and sentenced him to 10 months in prison because he had sexual intercourse with a sleeping intoxicated family friend without her consent. In February of that year, the District Court in Nova Gorica first recognised the statutory elements of the crime of rape in the defendant’s conduct (Article 170 KZ-1). However, appellate judges considered that when the perpetrator uses force only after the initiation of sexual intercourse, the conduct does not fall within the scope of rape. Thus, in July they reclassified it to a milder act of sexual abuse of a vulnerable person (Article 172 KZ-1). Following the defendant’s appeal in November 2017, the Supreme Court⁹ ruled that the case does not fall within the ambit of sexual abuse of a vulnerable person. The accused began undressing the woman when she fell asleep but sexual intercourse had taken place when she was already awake and began to push the perpetrator away. Thus, the Supreme Court remanded

⁶ According to the coercion model, rape was committed when the perpetrator pressured the victim into sexual intercourse by force or threat (Article 170 Slovenian Criminal Code). *Kazenski zakonik* (Criminal Code). Official Gazette of the Republic of Slovenia, number 50/12 –6/16 – popr., 54/15, 38/16, 27/17, 23/20, 91/20).

⁷ Decision of the Appellate Court in Koper: VSK II Kp 46668/2015, 7.07.2017.

⁸ Coercion is not a crime against sexual integrity but is independently incriminated in Slovenian Criminal Code (KZ-1) in Article 132.

⁹ Decision of the Supreme Court of Slovenia: VSRS Sodba I Ips 46668/2015 z dne 16.11.2017.

the case for retrial to the Appellate Court. In a retrial in December of that year, the court found the accused guilty of coercion and sentenced him to 10 months in prison. The Appellate Court could not convict the accused of rape, as the court may not change the decision of the accused to his detriment according to procedural law.¹⁰

After this judgement, a wave of proposals to change the model of coercion into a model of consent has been introduced in Slovenia. The Ministry of Justice established an expert working group that studied the comparatively known models of consent (the affirmative consent model and the veto model). The working group initially proposed the veto model (“no means no”) and cooperated with the Bar Association, the Supreme Court, the Institute of Criminology, and interested non-governmental organisations. Most institutions agreed that the proposed amendment is substantively and technically demanding, and they expressed concern about the potential assessment of competent authorities of the circumstances that render the victim incapable of expressing rejection, as they may only consider circumstances outside the victim, not being aware of potential domestic violence.¹¹

However, no agreement was reached on the choice of the sub-type of the consent model. Representatives of non-governmental organisations insisted on defining the crime according to the affirmative consent model. Due to the disagreements, the 8th March Institute (Inštitut 8. marec) introduced the “yes means yes” campaign.¹² Pursuant to Articles 88 and 97 of the Slovenian Constitution, the signatures of at least 5,000 voters are required to propose a law (People’s Initiative).¹³ With the campaign, which was conducted mainly through social networking sites (Facebook, Instagram) and in which Slovenian celebrities (e.g. actors) participated, the movement managed to gather enough popular support to start changing the criminal law into the affirmative consent model. The essential difference of this procedure, compared to the proposal of the Ministry of

¹⁰ Slovenska tiskovna agencija (Slovenian Press Agency): *Sodba v primeru spolnega napada odmeva v javnosti*. 9 January 2019, available at: <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/dnevne-novice/234524> [accessed 20.11.2021].

¹¹ Proposal of Act Amending the Criminal Code, EVA: 2019-2030-0015, pp. 53–55, available at: <https://e-uprava.gov.si/drzava-in-druzba/e-demokracija/predlogi-predpisov/predlog-predpisa.html?id=10377> [accessed 20.11.2021].

¹² The 8th March Institute campaign, available at: <https://www.samojapomenija.si/> and https://fotogalerija.dz-rs.si/datoteke/drugo/soj/razno/21_02_02_pobuda_-_Kazenski_zakonik.pdf [accessed 20.11.2021].

¹³ Constitution of the Republic of Slovenia. Official Gazette of Republic of Slovenia, number 33/91-I, 42/97 – UZS68, 66/00 – UZ80, 24/03 – UZ3a, 47, 68, 69/04 – UZ14, 69/04 – UZ43, 69/04 – UZ50, 68/06 – UZ121,140,143, 47/13 – UZ148, 47/13 – UZ90,97,99, 75/16 – UZ70a and 92/21 – UZ62a.

Justice for the introduction of the veto model, is that legal experts (the Supreme Court, the Bar Association, the Institute of Criminology, legal scholars, and NGOs) did not have the opportunity to review the proposed amendment and provide comments like previously to the proposed veto model.

This contribution draws upon the thesis that legislation that has not been subject to expert review is problematic, especially in criminal law. Sexual intercourses are performed daily, so the question can often arise as to whether a sexual act met the statutory elements of a crime or not. Moreover, the sanctions for rape and sexual assault encroach on an individual's liberty. The regulation of these crimes must therefore be predictable and specific.¹⁴ The Supreme Court of the Republic of Slovenia emphasised that “the new incrimination was the result of public debate, which began with an incorrect interpretation of the statutory elements of criminal offences in one specific case before the court and was therefore unnecessary. We agree that the discussion was initiated in the case law, which due to misinterpretations cannot be an indicator of the shortcomings of the provisions of KZ-1, which regulate crimes against sexual integrity.”¹⁵ The problem in Slovenian legislation was therefore not in the coercion model itself, but in certain legal gaps in the law based on the coercion model.

2. Three approaches to the definition of rape and sexual assault in criminal law

In this part, three different models of criminal regulation of sexual offences will be presented in chronological order. First, the coercion model, followed by the veto model (“no means no”), and finally, the affirmative consent model (“yes means yes”). We will assess them by highlighting their most important advantages and disadvantages.

2.1. The coercion model

As the name implies, coercive treatment is an essential element of the coercion model.¹⁶ Apart from force and threat, some other forms of coercive action are possible, for example, exploitation of surprise, abuse of the

¹⁴ S. Conly: *Seduction, Rape and Coercion*. “Ethics” 2004, 115(1), pp. 107–110

¹⁵ Proposal of Act Amending the Criminal Code..., p. 55.

¹⁶ Decision of the Supreme Court of Slovenia: VSRS I Ips 31611/2014, 1.02.2018.

victim's vulnerability, deprivation of liberty, and psychological pressure.¹⁷ What is common to all the possible coercive practices is that they must be causally related to sexual conduct.¹⁸

In addition to the standard elements of coercion and sexual intercourse, criminal law theory of the coercive model considers another element – the lack of consent on the part of the victim,¹⁹ which is the key element in consent-based models.²⁰ Some legislators differ when it comes to detailed legal solutions on statutory elements from the established majority of legislation,²¹ however, one can see the fundamental idea behind the proponents of the coercive model is coercive treatment.²²

2.1.1. Other forms of coercive treatment

Some other forms of coercive behaviour not recognised in the Slovenian Criminal Code, such as the exploitation of victim's vulnerable position, fraud,²³ and surprise²⁴ can be traced for example in German, French, Polish, and Luxembourg law.

In addition to the use of force and threat, the German Criminal Code (Strafgesetzbuch – StGB)²⁵ in the fifth paragraph of Article 177 classifies as coercive the exploitation of a situation in which the victim through the prism of an objective observer is powerless and left at the mercy of the perpetrator. Following a decision by the Federal Court of the Republic of Germany (Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen – BGHSt), the German legislator eventually introduced a broad interpretation of coercion or threat in 2016, also covering situations of surprise

¹⁷ For example, in Article 177 of the German Criminal Code (Strafgesetzbuch).

¹⁸ T. Hörnle: *The New German Law...*, p. 1310.

¹⁹ W. LaFave: *Criminal Law*. Eagan, Minn. 1996, p. 894.

²⁰ N.J. Little: *From No Means No to Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*. "Vanderbilt Law Review" 2005, 58(4), p. 1321.

²¹ S. Conly: *Seduction, Rape and Coercion...*, pp. 104–105.

²² D. Edwards: *Acquaintance Rape & the "Force" Element: When "No" is Not Enough*. "Golden Gate University Law Review" 1996, 26, p. 243.

²³ According to Deisinger, in the case when a man crawls into a woman's bed at night and is mistaken for her husband, the crime of rape is not committed since the statutory element of force or threat is not met. M. Deisinger: *Kazenski zakonik 2017, Posebni del s komentarjem, sodno prakso in literaturo*. Maribor 2017, p. 283.

²⁴ Like the fraud, "surprise" as (quasi-)coercive action is an extremely rare form in Slovenia. D. Korošec: *Spolnost in kazensko pravo...*, p. 168.

²⁵ Criminal Code of Germany, Strafgesetzbuch (StGB). Bundesgesetzblatt I 3322, Bundesrecht der Bundesrepublik Deutschland.

(*Überraschungsmoment*).²⁶ What is important here is promptness of the attack, which prevents the victim from reacting at all. An example is a male prisoner who, while showering with other men, bends down to pick up something while someone sticks an object into his body.²⁷ Similarly, the French legislature also took surprise into account when criminalising coercive actions.²⁸

The first paragraph of Article 197 of the Polish Criminal Law²⁹ includes fraud as coercive conduct,³⁰ when it stipulates that whoever, by means of violence, unlawful threat or deceit, induces another person to have sexual intercourse with them shall be punished by imprisonment. Fraud as a statutory element of sexual assault and rape can also be found in the Luxembourg Criminal Code.³¹

2.1.2. The active resistance of the victim: a non-requirement

As soon as coercion is present in the sexual act without the prior consent of another person, the criminal offence is committed, regardless of how long the sexual act lasts.³² Violence may start before or during sexual intercourse and coincide with it.³³

It is important to emphasise that the statutory element of coercion, on the other hand, does not necessarily include the active resistance of the victim. The coercive model thus does not require the victim to active-

²⁶ This illustrates the veto model, which requires the expressed rejection of the victim. German legislator recognised that this is not always possible and consequently adopted the second paragraph of Article 177, which regulates situations when the will cannot be expressed in the required manner.

²⁷ Broad interpretation of coercion was adopted by the German Federal Court (BGHSt 36, 145) in the case of a physician who, by taking advantage of the surprise, quickly inserted his erected phallus into the genital area of a patient, waiting for examination. D. Korošec: *Spolnost in kazensko pravo...*, p. 170.

²⁸ Criminal Code of France (Code pénal), available at: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20200722> [accessed 20.11.2021].

²⁹ Criminal Code of Poland (Kodeks karny), available at: https://www.imolin.org/doc/amlid/Poland_Penal_Code1.pdf [accessed 20.11.2021].

³⁰ An explicit statutory element of coercion to sexual intercourse: “podstępem” (*podstęp* in Polish mean ‘trickery’, the word here is declined, in the instrumental case).

³¹ Criminal Code of Luxembourg (Code), Journal officiel du Grand-Duché de Luxembourg, available at: <http://legilux.public.lu/eli/etat/leg/code/penal/20190616> [accessed 20.11.2021]. Also: B. Harbeck: *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung, Vergewaltigung*. Nomos Verlag 2001, p. 220.

³² Decision of the Appellate Court in Koper: VSK II Kp 46668/2015, 7.07.2017.

³³ D. Korošec: *Spolnost in kazensko pravo*. Ljubljana 2008, p. 148.

ly resist the perpetrator in the sense of physical defence (e.g. scratching, kicking) and it is also not legally relevant whether the victim had an opportunity to resist the perpetrator. It is sufficient that the resistance could reasonably have been expected and the perpetrator sought to exclude it from the outset.³⁴ Consequently, victims who do not actively resist are also covered by the criminal law protection of the coercive model.³⁵

Such a finding is based on domestic³⁶ and international case law. In the *M.C. v. Bulgaria* case,³⁷ the European Court of Human Rights found that making law enforcement conditional on the requirement of physical resistance carries the risk that certain forms of rape will go unpunished, jeopardising the effective protection of an individual's sexual autonomy.³⁸ Thus, legislation on crimes against sexual integrity should be focused on consent and not coercion. However, it should be emphasised that this decision of the ECtHR does not exclude the appropriateness of the coercion model, but rather emphasises the importance of interpreting the concept of "force," "threat," and "consent" in practice.³⁹

2.1.3. Some principal advantages of the coercion model

The principle of legality in criminal law ensures that the perpetrator is aware of when he or she exceeds the limits of what is permissible.⁴⁰ Within the coercion model, the Slovenian Criminal Code has precisely and unambiguously foreseen and prescribed all the statutory elements that need to be fulfilled for the subsumption of an act under the crime of rape and sexual assault. This ensures legal certainty for both the perpetrator and the victim.⁴¹

³⁴ B. Bajda, T. Gabršček, J. Menart, J. Tarman, N. Vukša, A. Zrilič, A. Cesar, M. Loknar, T. Pirnat, T. Urbas, M. Zaletel, M. Ambrož, M. M. Plesničar: »*Ne pomeni ne*« – *ustreznejša obravnava spolne kriminalitete*. Ljubljana 2018, p. 10.

³⁵ D. Edwards: *Acquaintance Rape...*, p. 16

³⁶ Decision of the Supreme Court of Slovenia: VS RS I Ips 333/2002, 27.06.2003.

³⁷ *M.C. v Bulgaria*, ECtHR, 4 December 2003, no. 39272/98, ECLI:CE:ECHR:2003:1204JUD003927298.

³⁸ *Ibidem*, paras. 166–170.

³⁹ B. Bajda et al.: »*Ne pomeni ne*«..., p. 61.

⁴⁰ M. Šepec: *Načelo zakonitosti v kazenskem pravu (The Principle of Legality in Criminal Law – The Concept of Maximum Certainty and the Concept of Supremacy of the Teleological Interpretation of the Criminal Law Norm)*. "Pravnik: Revija za Pravno Teorijo in Prakso" 2019, 74(7–8), p. 136.

⁴¹ S. Metts, B.H. Spitzberg: *Sexual Communication in Interpersonal Contexts: A Script-Based Approach*. "Annals of the International Communication Association" 1996, 19(1), p. 65.

Additionally, criminal law is about allocating risks and costs, and at some point, the ramifications caused by a behaviour outweigh the burden on the individual to comply with that law – it is supposed to act as an *ultima ratio* means of repression.⁴² On one hand, the coercive model allows a person greater personal freedom and the opportunity to explore sexual autonomy, and on the other hand, limits the unnecessary interference of criminal law.⁴³

2.1.4. Disadvantages of the coercion model

The traditional coercion model presupposes that someone reluctant to have sexual interaction will appropriately reject it.⁴⁴ In practice, there are different approaches to establishing coercion and consent. A Polish court held that rape did not occur because the 14-year-old victim did not scream during the non-consensual sexual assault. Despite the victim testifying that the act was non-consensual and that she tried to resist, judges overturned a rape verdict against the accused and found him guilty of sex with a minor.⁴⁵ Similarly, an Italian court ruled that saying ‘enough’ (Italian: *Basta*) was not a sufficient reaction to prove that the victim did not consent.⁴⁶ In Slovenian case law, defendants’ lawyers usually argue that the victim’s genital organ was moist or erected during sexual intercourse, which confirms that coercion was not present and thus the sexual intercourse was consensual.⁴⁷

As early as the 1970s, feminist circles warned that the model of coercion sets unrealistic standards about relationships as it creates the presumption that the victim (mostly female),⁴⁸ who did not actively resist

⁴² M.G. Leary: *Affirmatively replacing rape culture with consent culture*. “Texas Tech Law Review” 2016, 49(1), p. 45.

⁴³ J. McGregor: *Is this Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women’s Consent Seriously*. “Law and Philosophy” 2016, 25(6), p. 55.

⁴⁴ M.M. Plesničar, M. Ambrož: »Sila, objektivno sposobna streti odpor«: *Empirična študija reprezentativnega vzorca pravosodne prakse v zvezi s kaznivim dejanjem posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe s pregledom možnih modelov novih zakonskih rešitev*. Ljubljana 2019, p. 70.

⁴⁵ Sąd Okręgowy we Wrocławiu, 5 listopada 2019 r. III K 93/19; Sąd Apelacyjny, 24 sierpnia 1920 r. II AKa 99/20, available at: <https://www.gov.pl/web/pr-wroclaw/wniosek-okasacjie-w-sprawie-gwaltu-na-14-letniej-pokrzywdzonej> [accessed 14.12.2021].

⁴⁶ Independent: Man acquitted of raping female colleague because she did not scream. 24 March 2017, available at: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/man-acquitted-rape-woman-not-scream-female-colleague-turin-court-diamante-minucci-a7648451.html> [accessed 20.11.2021].

⁴⁷ Decision of the Appellate Court in Koper: VSK II Kp 46668/2015, 7.07.2017.

⁴⁸ S. Brownmiller: *Against Our Will*. Simon & Schuster 1993, pp. 383–404.

the perpetrator, consented to sexual intercourse.⁴⁹ Susan Estrich explained that the model of coercion is based on “real rape” as a stereotype of what rape is and who can be described as a victim – usually, this involves a young victim being violently attacked and raped at night in a foggy street by a stranger. As opposed to “real rape”, there also exists “simple rape” that occurs at home, and does not involve any signs of force or resistance.⁵⁰ In this regard, studies also show that a more common reaction for the victim of a “simple rape” is to “freeze” rather than to actively resist.⁵¹ Expecting the latter from the victim is, from the critics’ point of view, unreasonable as it exposes the victim to an even more dangerous response by the perpetrator.⁵²

2.2. Consent-based models

Following the criticism of the coercion model, states’ legislators began to shift from it towards the consent-based models. In 2011, the Council of Europe adopted the Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence (Istanbul Convention).⁵³ Pursuant to Article 36 of the Convention, parties must take the necessary and appropriate legislative or other measures to ensure that sexual conduct against the consent of the victim is punishable. Accordingly, coercion is no longer a necessary element of rape or sexual assault under the consent-based models.⁵⁴

⁴⁹ The U.S. Supreme Court in Pennsylvania is in the 1994 case *Commonwealth v. Berkowitz*, 641 A.2d 1161 (Pa. 1994) found that the lack of consent was not sufficient to subsume sexual conduct under the crime of rape, as it lacked an element of coercion. S.N. Polizzi: *When No is Not Enough: Force in Rape Statutes and the Epidemic of Underreporting*. “Law School Student Scholarship Paper” 2015, 784, p. 19

⁵⁰ S. Estrich: *Real Rape: How The Legal System Victimized Women Who Say No*. Cambridge, Mass. 1987, pp. 1–5.

⁵¹ S. Schwartz: *An Argument for the Elimination of the Resistance Requirement from the Definition of Forcible Rape*. “Loyola of Los Angeles Law Review” 1982, 16(3), p. 582.

⁵² S.A. Anderson: *Conceptualizing Rape as Coerced Sex*. “Ethics” 2016, 127(1), p. 84.

⁵³ Council of Europe: *The Council of Europe Convention on Preventing and Combating Violence against Women and Domestic Violence*, November 2014, available at: <https://www.refworld.org/docid/548165c94.html> [accessed 23.11.2021].

⁵⁴ ECtHR in the very reasoning of the judgment in *M.C. v. Bulgaria*, as well as the Istanbul Convention, does not specify what the consent must be.

2.2.1. The veto model

The general idea of the veto model is based on words or acts by which the victim clearly rejects the sexual act. The model imposes a responsibility on the victim to express his or her disagreement. Otherwise, the law according to this model presupposes consent.⁵⁵

Under the pressure of criticism and influence of controversial cases from practice, proposals to change the criminal legislation to the veto model were introduced in several European countries. Under the coercive model, German courts ruled that the crime of rape is not committed when the statutory element of force or threat is not present. This was the case of German model Gine-Lise Lohfink, who during sexual intercourse with two men in 2012, consistently said “no”, which was also shown in a video before the court.⁵⁶ The court’s decision to acquit the accused men due to the lack of coercion upset the German public, especially as the court later even accused Lohfink of false accusations of rape and ordered her to pay a compensation to the accused of EUR 24,000.⁵⁷

According to the amended model, the German Criminal Code (StGB) based the definition of consent on the standard of “recognisable will”, which is not defined in the text of the Code and will thus have to be filled in case law.⁵⁸ German courts consider that the legal interest of sexual autonomy protected by Article 177 of the German Criminal Code includes the freedom of a person to decide for themselves the time, type, quality, form, and partner of sexual activity. According to the Berlin Higher Regional Court, if protection with a condom is required by the victim,⁵⁹ complying with the condition is important not only in terms of preven-

⁵⁵ M.J. Anderson: *Negotiating Sex*. “Southern California Law Review” 2005, 41, p. 1320.

⁵⁶ BBC: *Gina-Lisa Lohfink: German model fined for false rape claim*. 22 August 2016, available at: <https://www.bbc.com/news/world-europe-37158471> [accessed 20.11.2021].
The Cut: Why Germans Are So Angry About This Rape Case. 21 June 2016, available at: <https://www.thecut.com/2016/06/gina-lisa-lohfink-rape-case.html> [accessed 20.11.2021].

⁵⁷ In this case, the court “excluded with high probability that the model in the images [...] was under the influence of ‘knock-out’ drugs.” The toxicologist explained “she was ‘awake and oriented’, dancing, making phone calls, drinking, and always smiling at the camera.” B. Madea, F. Mußhoff: *Knock-Out Drugs*. “Deutsches Ärzteblatt International” 2009, 106(20), p. 341.

⁵⁸ B. Lanz: *Der Erkennbare Wille – Zur ‘neuen Vergewaltigung’ nach § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB*. 16 March 2017, available at: <https://www.benjamin-lanz.de/2017/03/16/der-erkennbare-wille-zur-neuen-vergewaltigung-nach-177-abs-6-nr-1-stgb/> [accessed 20.11.2021].

⁵⁹ Similar to the decision in *Julian Assange v Swedish Prosecution Authority* [2011] EWHC 2849.

ting pregnancy and illness but also in terms of self-determination and sexual autonomy.⁶⁰

Under the influence of international law and media campaigns,⁶¹ Austria also introduced the veto model. Paragraph 205a of the *Strafrechtsänderungsgesetz* governs a crime of violation of sexual autonomy (*Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung*), which is committed by anyone who has sexual intercourse with another person against his or her will (*gegen deren Willen*). Examples of the expressed will are clear verbal rejection as well as for example freezing and crying.⁶² The perpetrator is required to be at least aware of the possibility of acting against the will of the victim and nevertheless committing the act (possible intent).⁶³

Similarly, in response to the US case law,⁶⁴ the “no means no” model was proposed by Susan Estrich in her book *Real Rape*.⁶⁵ According to her theory,⁶⁶ every reasonable man is expected to understand that “no” means “no”.⁶⁷ However, Lynne Henderson, who also advocated for the veto model, did not agree with the standard of a reasonable man.⁶⁸ According to her theory, as soon as a person says “no” or demonstrates his disagreement for sexual activity, objective responsibility, or in other words indisputable presumption of negligence, is established.⁶⁹ This theory also addresses situations when the perpetrator claims that the victim’s signals were mixed or that the victim appeared to agree.⁷⁰

⁶⁰ Decision of the Higher Regional Court Berlin: KG 4-58/20, 27.07.2020.

⁶¹ Wiener Interventionsstelle: *Nein heißt nein! Zur Reform des Strafgesetzbuches*. 2016, available at: <https://www.interventionsstelle-wien.at/taetigkeitsbericht-2015-download> [accessed 20.11.2021].

⁶² L. Henderson: *Getting to know: Honoring Women in Law and in Fact*. “Texas Journal of Women and the Law” 1993, 2, pp. 67–68

⁶³ J. Oberlauer, K. Schmidhuber: *Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäß § 205a StGB*. “RZ – Österreichische Richterzeitung” 2015, 9, p. 176.

⁶⁴ Antioch College, Sexual Offence Prevention Policy, available at: <http://www.antioch-college.edu/about/policies-and-procedures/student-policies> [accessed 20.11.2021].

⁶⁵ S. Estrich: *Real Rape: How The Legal System Victimized Women Who Say No*. Cambridge, Mass. 1987.

⁶⁶ “Any sexual conduct disregarding the victim’s words, after the victim has clearly said “no”, can be nothing more than at least negligent.” S. Estrich: *Real Rape...*, p. 102.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 103.

⁶⁸ “If it is reasonable to believe that ‘no’ means ‘yes’ and that female passivity is something natural, then there is no insured victim who freezes from fear and says nothing, as it falls outside the criteria of a reasonable man.” L. Henderson: *Getting to Know...*, p. 66; L. Henderson: *What Makes Rape a Crime*. “Berkeley Women’s Law Journal” 1987, 3(1), pp. 25–26.

⁶⁹ L. Henderson: *Getting to Know...*, pp. 67–68.

⁷⁰ D.A. Dripps: *Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent*. “Columbia Law Review” 1992, 92(7), p. 1797.

2.2.1.1. Advantages of the veto model

In connection to the theory of Susan Estrich, the veto model is equally applicable to the mutual relations of strangers as to acquaintances.⁷¹ In relation to this, it is argued that the advantage of the veto model is that verbal rejection is equally clear and understandable to each individual and understanding such a standard does not depend on knowing the partner and his behaviour.⁷²

However, the veto model also allows for the escalation of crimes and penalties. The use of force or the threat of force, as infringing upon physical and not only sexual integrity, may be considered an aggravating circumstance and in such a case it is a more serious crime than in the case of a sexual act without the use of force.⁷³

Finally, according to some, the veto model compared to the traditional coercion model also offers broader legal protection, as it protects victims who only verbally refuse sexual intercourse.⁷⁴ This is especially important since verbal resistance is a more natural and common response in female victims⁷⁵ rather than physical resistance.⁷⁶

2.2.1.2. Disadvantages of the veto model

a) Passivity of the victim

Research shows that the victim often does not say “no”, but remains silent or completely passive due to shock or fear (i.e. peritraumatic reaction).⁷⁷ In such cases, the veto model does not provide adequate protection to the victim,⁷⁸ as it requires that the victim at least verbally ex-

⁷¹ S. Estrich: *Real Rape...*, p. 103.

⁷² S. Gårdving: *Consent in rape law – a comparison of three models* (Master’s thesis). Faculty of Law, University of Lund 2010, pp. 30–31.

⁷³ D.A. Dripps: *Beyond Rape...*, pp. 1797–1800; S. Estrich: *Real Rape...*, p. 103.

⁷⁴ D. Bryden: *Redefining rape*. “Buffalo Criminal Law Review” 2000, 3(2), p. 396.

⁷⁵ S. Schwartz: *An Argument...*, p. 577.

⁷⁶ S. Estrich: *Real Rape...*, pp. 62–65.

⁷⁷ J. McGregor: *The legal heritage of the crime of rape*. In: *Handbook on Sexual Violence*. Eds. J.M. Brown, S.L. Walklate. Abingdon 2011, p. 72; C. McGlynn, V. Manuro: *Rethinking rape law: International and comparative perspectives*. Abingdon 2011, p. 20.

⁷⁸ Conversely, some emphasise that the consent-based models take an overly paternalistic approach. S.J. Schulhofer: *Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and beyond*. “Law and Philosophy” 1992, 11(1/2), pp. 72–73

presses the disagreement. According to critics, the mere fact of passivity should not in itself establish consensus.⁷⁹

b) The assumption of consent

In connection with the previous disadvantage, the model is also flawed because it stems from the presumption of consent to a sexual act.⁸⁰ By this, the model assumes that people always consent to sexual intercourse and with all persons. In everyday life, when people are constantly in contact in different situations, it is much more realistic to assume that people are not always interested in sexual intercourse.⁸¹ The presumption of consent dilutes the model's initial message, which is that the will of the other person should be considered in sexual acts and not only one's instincts in the hope that the other person does not resist.⁸²

c) Token or symbolic resistance (“no means yes”)

Social norms result in the fact that in practice “no” does not always mean “no”.⁸³ The first criticism of the veto model stems from the assumption that sometimes a reasonable woman will be able to understand the same behaviour differently than a reasonable man.⁸⁴ Men also ascribe too much significance to certain behaviours and circumstances such as women's clothing, her drinking alcohol, accidental touch, etc.⁸⁵ Moreover, a woman is perceived to be promiscuous if she is too sexually active and is even expected to display a certain degree of resistance (symbolic or token resistance).⁸⁶

However, according to one of the most frequently cited studies,⁸⁷ 39% of respondents have already resorted to symbolic resistance. At the same

⁷⁹ S.J. Schulhofer: *Consent: What It Means and Why It's Time to Require It*. “The University of the Pacific Law Review” 2016, 47, p. 668.

⁸⁰ Ibidem, p. 675.

⁸¹ S.J. Schulhofer: *Reforming the law of rape*. “Law & Inequality” 2016, 35, p. 341.

⁸² *Verdict: Making Sense of “Yes Means Yes”*. 29 October 2014, available at: <https://verdict.justia.com/2014/10/29/making-sense-yes-means-yes> [accessed 20.11.2021].

⁸³ K. Lockwood Harris: *Yes means yes and no means no, but both these mantras need to go: communication myths in consent education and anti-rape activism*. “Journal of Applied Communication Research” 2018, 46(2), p. 157; S.J. Schulhofer: *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Cambridge, Mass. 1998, pp. 59–68.

⁸⁴ S. Byers, K. Lewis: *Dating Couples' Disagreements over the Desired Level of Sexual Intimacy*. “The Journal of Sex Research” 1988, 24(1), pp. 23–24; S. Byers: *How Well Does the Traditional Sexual Script Explain Sexual Coercion? Review of a Program of Research*. “Journal of Psychology and Human Sexuality” 1996, 8(1–2), pp. 14–15.

⁸⁵ M.J. Anderson: *Negotiating Sex...*, pp. 117–120.

⁸⁶ S. Metts, B. Spitzberg: *Sexual Communication...*, p. 65.

⁸⁷ C. Muehlenhard, L. Hollabaugh: *Do women sometimes say no when they mean yes?* “Journal of Personality and Social Psychology” 1998, 54(5), pp. 872–879.

time, the majority (60%) never used this tactic. The authors of the study concluded that when a woman says “no”, there is a good chance that she also thinks so.⁸⁸

d) Nonverbal communication

Studies have shown that both men and women often use body language to express their consent or disagreement, for example, when the victim turns away, cries, is fearful, or tries to push the perpetrator away.⁸⁹ However, the message of body language is sometimes hard to grasp. Accordingly, critics emphasise that the law should not presuppose the existence of consent simply because there is no verbal refusal.⁹⁰

Considering this criticism, in some US states and Germany the victim is not usually required to say “no” or “stop,” but it is sufficient for the victim to indicate through action that his or her consent is not given.⁹¹

2.2.2. The affirmative consent model (“yes means yes”)

The core idea behind the affirmative consent model is the consent of all individuals involved in sexual intercourse, which deprives the sexual act of its illegality.⁹² If the words or actions of the other person do not present a clear “yes”, the sexual act is a criminal offence.⁹³ This is especially important from the point of view that unlike the veto model the perpetrator is responsible for the crime not only in the case when the victim objected to the sexual conduct but also in the case when the victim did

⁸⁸ D. Bryden: *Redefining Rape...*, pp. 388–389. S.J. Schulhofer: *Unwanted Sex...*, p. 260.

⁸⁹ D. Husak, C. George Thomas III: *Consent and Reasonable Mistake*. “Philosophical Issues (Social, Political, and Legal Philosophy)” 2001, 11, pp. 93–94.

⁹⁰ S.J. Schulhofer: *Consent...*, pp. 674–675; Pursuit (University of Melbourne): *More than Yes or No Question*. 23 March 2016, available at: <https://pursuit.unimelb.edu.au/articles/more-than-a-yes-or-no-question> [accessed 20.11.2021]; J. Bucher, M. Manasse: *When Screams Are Not Released: A Study of Communication and Consent in Acquaintance Rape Situations*. “Women & Criminal Justice” 2011, 21(2), pp. 130–135; C. Muehlenhard, T. Humphreys, K. Jozkowski, Z. Peterson: *The Complexities of Sexual Consent Among College Students: A Conceptual and Empirical Review*. “The Journal of Sex Research” 2016, 53(4–5), pp. 469–470.

⁹¹ T. Hörnle: *The New German Law...*, p. 1320

⁹² Affirmative consent risks establishing a new sexual norm. R. Torenz: *The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective*. “German Law Journal” 2021, 22, p. 719.

⁹³ N.J. Little: *From No Means No to Only Yes Means Yes...*, p. 1345.

not express her will and due to various reasons remained passive (“*only yes means yes*”).⁹⁴

2.2.2.1. Consent

Consent to sexual intercourse is usually defined as the expressed will of a potential victim to participate in sexual activity.⁹⁵ Considering the affirmative consent model, consent represents an exception to the illegality of sexual intercourse.⁹⁶

States that decided to change criminal law in the direction of the affirmative consent model define the concept of consent differently. In England under the Sexual Offences Act (Article 74),⁹⁷ one can consent if he or she has voluntarily chosen to engage in sexual conduct, being able to make such a decision, which must be free. The law assumes that consent cannot be granted by persons under the age of 16 and persons with a mental disorder that impairs their ability to make decisions.⁹⁸ Inspired by the foregoing legislation, the Croatian Criminal Code⁹⁹ provides that consent is given if the person has voluntarily chosen to have sexual intercourse and has been able to make and express such a decision. Croatian legislator listed situations in which consent is presumed not to have been given, for example if sexual intercourse or equivalent sexual conduct is carried out using threats, fraud, abuse of subordinate or vulnerable position.¹⁰⁰

Social movements, especially FATTA and #MeToo, have made an important contribution to the establishment of this model in Sweden after the Swedish court¹⁰¹ acquitted three young men accused of raping

⁹⁴ B. Bajda et al.: »*Ne pomeni ne*«..., p. 33. T. Hörnle: #MeToo – *Implications for Criminal Law?* “Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice” 2019, 6 (2), p. 130; S.J. Schulhofer: *Reforming the law of rape...*, p. 345.

⁹⁵ C. Roxin: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. München 1992, p. 461; similarly in Slovenia: D. Korošec et al.: *Veliki znanstveni komentar posebne dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*. Ljubljana 2018, p. 1000.

⁹⁶ L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič: *Kazensko pravo. Splošni del. Uradni list*. Ljubljana 2011, p. 248.

⁹⁷ Sexual Offences Act 2003, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents> [accessed 20.11.2021].

⁹⁸ Article 74 Sexual Offences Act 2003, URL: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/section/74> [accessed 15.08.2020].

⁹⁹ Croatian Criminal Code, The Official Gazette of the Republic of Croatia “Narodne novine”, No. 110 of October 21, 1997.

¹⁰⁰ Fifth paragraph Article 154 Croatian Criminal Code.

¹⁰¹ L. Wegerstad: *Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden*. “German Law Journal” 2021, 22(5), p. 742; Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO): *Baseline Evaluation*

a 15-year-old girl with a wine bottle by stating that: “people involved in sexual activities do things naturally to each other’s body in a spontaneous way, without asking for consent.”¹⁰² According to the Swedish Criminal Code (BrB),¹⁰³ a person must express their consent to sexual intercourse in words or body language, assuming that there is no consent if it is not clearly expressed.¹⁰⁴

2.2.2.2. Formulations of the affirmative consent model

In theory, many formulations of the affirmative consent model exist, differing in the form of consent (verbal, nonverbal), the scope (all sexual conduct or just sexual intercourse), the person who bears the burden of proof (prosecution or defendant), and which formulation is more or less sex regulatory.¹⁰⁵

a) Contractual consent

Proponents of the affirmative consent model developed a rather restrictive form, requiring consent in the form of a signed or even notarised contract.¹⁰⁶ Following this approach, certain apps were created, which allow everyone involved in sexual intercourse to confirm and revoke consent at any time through the application.¹⁰⁷ A similar app can also generate a QR

Report Sweden. 21 January 2019, available at: <https://rm.coe.int/grevio-inf-2018-15-eng-final/168091e686> [accessed 20.11.2021].

¹⁰² E. Hofverberg: *Sweden: Parliament Makes Lack of Consent the Basis for Rape Charges*. 3 July 2018, available at: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-parliament-makes-lack-of-consent-the-basis-for-rape-charges-introduces-criminal-liability-for-negligent-sexual-assault/> [accessed 20.11.2021]. Regeringens proposition 2017/18:177, *En ny sexualbrottslagstiftning byggd på frivillighet*, available at: <https://www.regeringen.se/rattsliga-dokument/proposition/2018/03/prop.-201718177/> [accessed 20.11.2021]; Swedish Criminal Code, Svensk förtfattningssamling [SFS] 1962: 700.

¹⁰³ SFS 1962:700 Brottsbalken.

¹⁰⁴ L. Wegerstad: *Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden*. “German Law Journal” 2021, 22(5), p. 738.

¹⁰⁵ A spectrum of affirmative consent formulations from more sex-regulatory/prosecutorial to less sex-regulatory/lenient: A. Gruber: *Consent Confusion*. “Cardozo Law Review” 2016, 38, p. 431; B. Bajda: *Spolnost, pravo in družba v dobi #MeToo: Novejši modeli spolnega kazenskega prava*. In: *Zbornik 11. konference kazenskega prava in kriminologije [4. in 5. december 2018, Portorož]*. Ljubljana 2018, p. 27.

¹⁰⁶ J. Danaher: *Could there ever be an app for that? Consent Apps and the Problem of Sexual Assault*. “Criminal Law and Philosophy” 2018, 12(1), pp. 152–160; R. Mantock: *Consent is not a commodity. Tech will never make it one*. “The Femicide” 2019, URL: <https://thefemicide.com/news/consent-is-not-a-commodity/> [accessed 21.11.2021].

¹⁰⁷ LegalFling, URL: <https://legalflying.io/> [accessed 21.11.2021].

code, creating a certificate of authenticity of consent.¹⁰⁸ Additionally, it is even possible to find an application that requires potential sexual partners to record saying “yes” before the sexual intercourse takes place. Unless all partners say “yes” and the phone detects their faces, the application advises them not to have a sexual intercourse.¹⁰⁹

However, the seemingly solvable problem remained: even if the consent was recorded, it is impossible to determine with certainty whether the consent was free and valid.¹¹⁰ Thus, digital consents have not come to life in practice because of the unrealistic approach to sexual intercourse.

b) Verbal consent

The verbal consent model has been established at Antioch College in the US state of Ohio as part of a policy to prevent sexual violence on the student campus.¹¹¹ According to this version of the affirmative consent model, the one must obtain explicit verbal consent before sexual conduct.¹¹² Moreover, consent must be given at every stage of sexual interaction, which means that one consent must be obtained for example for kissing, another for touching, and so on (the “stop-and-ask” scenario).¹¹³ The controversial policy was heavily criticised; claims were made that it reduced sexual relationships to a set of questions and answers.¹¹⁴

c) Enthusiastic consent

That consent may be inferred from body language is an essential feature of the enthusiastic consent approach.¹¹⁵ Its proponents emphasise

¹⁰⁸ C.S. Brown: *uConsent app helps partner consent to hooking up*, 2018, URL: <https://www.androidauthority.com/uconsent-hookup-app-860484/> [accessed 21.11.2021].

¹⁰⁹ P. Luckhurst: *We-Consent is the new app that lets you say ‘yes’ to sex... is it useful or just plain creepy?*. 2015, URL: <https://www.standard.co.uk/lifestyle/london-life/we-consent-is-the-new-app-that-lets-you-say-yes-to-sex-is-it-useful-or-just-plain-creepy-10409525.html> [accessed 21.11.2021].

¹¹⁰ J. Danaher: *Could there ever be an app for that? Consent Apps and the Problem of Sexual Assault*. “Criminal Law and Philosophy” 2018, 12(1), pp. 153–160.

¹¹¹ Antioch College, Sexual Offence Prevention Policy, available at: <http://www.antiochcollege.edu/about/policies-and-procedures/student-policies> [accessed 20.11.2021].

¹¹² P. Reeves Sanday: *A Woman Scorned: Acquaintance Rape on Trial*. California 1997, pp. 272–277

¹¹³ A. Gruber: *Not Affirmative Consent*. “The University of the Pacific Law Review” 2016, p. 690.

¹¹⁴ For example in “New York Times”: “Ask First” at Antioch. 11 October 1993, available at: <https://www.nytimes.com/1993/10/11/opinion/ask-first-at-antioch.html> [accessed 20.11.2021]; R. Shibley: *Antioch’s Infamous Sexual Assault Policy*, 15 June 2007, available at: <https://www.thefire.org/antiochs-infamous-sexual-assault-policy/> [accessed 20.11.2021].

¹¹⁵ A. Gruber: *Consent Confusion...*, pp. 432–433.

that the partner must actively participate in sexual intercourse and that an enthusiastic “yes” reflects the tendency to conceive of sexuality as an exclusively hedonistic activity.¹¹⁶

The problem of this model is that it tries to regulate pleasure without considering that consensual sexuality can pursue different goals, such as reproduction, maintaining a partnership or marriage, improving the economic situation, etc.¹¹⁷ Moreover, enthusiasm is an emotionally marked concept.¹¹⁸ Catharine MacKinnon stated: “[...] politically, I call it rape whenever a woman has sex and feels violated.”¹¹⁹ Pursuant to this understanding, any sexual act in which one of the partners does not enjoy it is equated with rape. Thus, if both partners do not enjoy sex, both are victims and perpetrators at the same time.

d) Contextual consent

Contextual consent formulation is based on the idea that consent to sexual intercourse need not be expressed in words, much less in written forms.¹²⁰ It can be given implicitly if there is a clear cognitive will for a particular sexual activity¹²¹ according to all the circumstances of the specific case.¹²² Consent is given when the average person in the same circumstances could reasonably believe that the victim has consented to the sexual conduct (objective standard of assessment).¹²³

¹¹⁶ T.M. Millar Macaulay: *Toward a performance model of sex*. In: *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and a World without Rape*. Eds. J. Friedman, J. Valenti. Berkeley, Cal. 2008, p. 28.

¹¹⁷ B. Bajda et al: »*Ne pomeni ne*«..., p. 37.

¹¹⁸ A. Gruber: *Consent Confusion...*, p. 432; H. Corinna: *Driver's ed for the sexual superhighway*. 18 November 2010, available at: http://www.scarleteen.com/article/abuse_assault/drivers_ed_for_the_sexual_superhighway_navigating_consent [accessed 20.11.2021].

¹¹⁹ C.A. MacKinnon: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, Mass. 1987, p. 82.

¹²⁰ State of New Jersey in the interest of M.T.S., 609 A.2d 1266 129 N.J. 422 (1992); S.J. Schulhofer: *The Feminist Challenge in Criminal Law*. “University of Pennsylvania Law Review” 1995, 143, p. 2181.

¹²¹ S.J. Schulhofer: *Consent...*, p. 668.

¹²² A. Gruber: *Consent Confusion ...*, p. 432.

¹²³ S.J. Schulhofer: *Unwanted sex...*, p. 272; M.J. Anderson: *Negotiating Sex*. “Southern California Law Review” 41, 2005, pp. 105, 114.

2.2.2.3. Advantages of the affirmative consent model

a) Wider scope of criminality and respect of sexual autonomy

Schulhofer is of the opinion that protection against coercion and protection of autonomy do not overlap completely.¹²⁴ On the one hand, if the perpetrator forces the victim into sexual intercourse, it also interferes with her sexual autonomy. On the other hand, not every intervention in sexual autonomy involves the use of force. Schulhofer illustrated this difference by analogy with offences against one's property.¹²⁵ If criminal law only criminalised force (robbery), a large proportion of gross encroachments on private property would remain outside the criminal zone, for instance, theft.¹²⁶ Analogously, the use of force or threat may be qualifying elements of rape and sexual assault, but they cannot be used to justify its incrimination.¹²⁷

Using the same analogy of theft, Schulhofer highlighted the protection of sexual autonomy as an important advantage of the affirmative consent model. Therefore, the perpetrator in the above case would be liable for the crime of theft. According to the veto model, this would not stand since all interventions are permissible until the victim says "no". Taking the computer would not be unlawful, as the victim did not expressly object to it.¹²⁸ The affirmative consent model is, therefore, the only model that consistently protects sexual autonomy.¹²⁹

b) Considering psychosocial aspects

When describing why victims did not respond or run away from the attack, they often say that they were "frozen."¹³⁰ In neuroscience, freezing has various manifestations.¹³¹ Extensive research has shown that four

¹²⁴ Ibidem, p. 99.

¹²⁵ Ibidem, pp. 99, 100, 277.

¹²⁶ L.A. Remick: *Read her lips: An argument for a verbal consent standard in rape*. "University of Pennsylvania Law Review" 1993, 141(3), p. 1111.

¹²⁷ S.J. Schulhofer: *Taking Sexual Autonomy Seriously...*, pp. 74–75.

¹²⁸ D. Bryden: *Redefining rape...*, pp. 403–407; D. Korošec: *Razum in volja pri privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu*. "Zbornik znanstvenih razprav" 1998, 58, p. 144.

¹²⁹ D.E. Roberts: *Rape, Violence, and Women's Autonomy*. "Chicago-Kent Law Review" 1993, 69, p. 385.

¹³⁰ S. Bieneck, B. Krahé: *Blaming the Victim and Exonerating the Perpetrator in Cases of Rape and Robbery: Is There a Double Standard?* "Journal of Interpersonal Violence" 2011, 26(9), p. 1786; C. Perilloux, J.D. Duntley, D.M. Buss: *Blame attribution in sexual victimization*. "Personality and Individual Differences" 2014, 63, p. 83.

¹³¹ C. Quaedflieg, L. Schwabe: *Memory dynamics under stress*. "Memory" 2017, 26(3), p. 370; L. Wirz, M. Bogdanov, L. Schwabe: *Habits under stress: mechanistic insight across different types of learning*. "Current Opinion in Behavioral Sciences" 2018, 20,

roughly distinguished survival instincts exist¹³²: fight or flight,¹³³ reactive or attentive immobility,¹³⁴ frozen fright (tonic immobility, rape-induced paralysis),¹³⁵ and immobility due to loss of consciousness.¹³⁶

Tonic immobility manifests itself as a loss of the ability to move or call for help if a person is in danger.¹³⁷ In circles of critics of the coercion model, tonic immobility as a form of survival instinct has often been highlighted as a legal gap, since in the event of immobility there can be no coercion and thus statutory elements of rape cannot be fulfilled.¹³⁸

In a study conducted on psychiatric patients who had a history of childhood sexual abuse, as many as 52% of participants reported experiencing tonic immobility during the attack.¹³⁹ Victims describe fear, numbness, uncontrolled shaking, eye closure, and dissociation, feelings of being trapped and hopeless.¹⁴⁰

From the psychosocial point of view the responses to rape and sexual assault, which were not regulated within the model of coercion, fall within the scope of sexual offences under the affirmative consent model.¹⁴¹

p. 11; E.W. Kane: *The gender trap: Parents and the pitfalls of raising boys and girls*. New York 2012, pp. 14–20; L. Schwabe: *Memory under stress: from single systems to network changes*. “European Journal of Neuroscience” 2017, 45, p. 479.

¹³² K. Kozłowska, P. Walker, L. McLean, P. Carrive: *Fear and the Defense Cascade: Clinical Implications and Management*. “Harvard Review of Psychiatry” 2015, 23(4), p. 263.

¹³³ A. Gozzi, A. Jain, A. Giovannelli, C. Bertolini, V. Crestan, A.J. Schwarz: *A Neural Switch for Active and Passive Fear*. “Neuron” 2010, 67, p. 656.

¹³⁴ A condition that occurs at the very beginning of the attack when an individual becomes aware that there is a danger and typically lasts only a few seconds. C.H. Hillman, K.S. Rosengren, D.P. Smith: *Emotion and motivated behavior: postural adjustments to affective picture viewing*. “Biological Psychology” 2004, 66, p. 52.

¹³⁵ M. Abrams, B.A. Hons, N. Carleton, S. Taylor, G. Asmundson: *Human tonic immobility: Measurement and correlates*. “Depression and Anxiety” 2009, 26, p. 551.

¹³⁶ The individual experiences it as a lack of consciousness or complete loss of consciousness or as cerebral hypoxia which manifests itself as increased anxiety, panic, crying, moaning. H.S. Bracha: *Freeze, flight, fight, fright, faint: adaptationist perspectives on the acute stress response spectrum*. “CNS Spectrums” 2004, 9, p. 683; D. Tuerkheimer: *Affirmative Consent*. “Ohio State Journal of Criminal Law” 2016, 13(2), p. 457.

¹³⁷ In *People v. Iniguez*, 872 P.2d 1183 (Cal. 1994) the victim woke up in the middle of the night and saw a friend standing naked above her. The victim said she was “so scared she just laid there.” The US? Supreme Court convicted the perpetrator based on an expanded interpretation of “causing fear”.

¹³⁸ T. Hörnle: *The New German Law...*, p. 1310.

¹³⁹ J.M. Heidt, B.P. Marks, J. P. Forsyth: *Tonic immobility and childhood sexual abuse: a preliminary report evaluating the sequela of rape induced paralysis*. “Behaviour Research and Therapy” 2004, 43, p. 1165.

¹⁴⁰ K. Kozłowska et al.: *Fear and the Defense Cascade...*, p. 272.

¹⁴¹ T. Hörnle: *#MeToo...*, p. 130; S.J. Schulhofer: *Reforming the law of rape...*, p. 345.

Thus the affirmative consent model presents an advantage in filling legal gaps of the coercive model.

Proponents point out that, unlike the coercive and veto models, the affirmative consent model is beneficial for society as a whole, as it is gender neutral.¹⁴² In the same breath, many accuse this model of paradoxically consolidating the classical “patriarchal” logic, according to which the female’s role is reduced to passively giving or denying consent.¹⁴³

2.2.2.4. Disadvantages of the affirmative consent model

a) A vague standard of consent

The standard of affirmative consent is semantically broad and allows for a wider scope of instances in practice, but at the same time, it is not entirely clear with what content it can be filled.¹⁴⁴ First, emphasis should be made on the verbal consent formulation. A verbal “yes” in itself is not enough, it is important how the question is formulated. For example, what does *this* in *Is this okay?* refer to?¹⁴⁵

Even greater confusion arises when the law allows consent to be expressed nonverbally. For example, is consent to sexual intercourse present if partners move to the bedroom? In a survey of American students, 22% of respondents thought that indulging in the foreplay was an expression of consent – more often the view was that a partner communicated consent by providing a condom (40%) or by taking off their clothes (47%).¹⁴⁶

¹⁴² M.W. Wiederman: *The gendered nature of sexual scripts*. “The Family Journal: Counseling and therapy for couples and families” 2005, 13(4), pp. 496–500; L. Pineau: *A Response to my Critics*. In: *Date Rape: Feminism, Philosophy and the Law*. Ed. L. Francis. Pennsylvania 2008, pp. 222–225; C.L. Muehlenhard: *Examining stereotypes about token resistance to sex*. “Psychology of Women Quarterly” 2011, 35(4), p. 679.

¹⁴³ L. Lisjak Gabrijelečič: *Normiranje užitka: koncept pritrtilnega soglasja*. “Razpotja” 2014, 5(18), p. 30.

¹⁴⁴ M.A. Beres: *Sexual miscommunication? Untangling assumptions about sexual communication between casual sex partners*. “Culture, Health, and Sexuality” 2010, 12(1), p. 5.

¹⁴⁵ K.N. Jozkowski, Z.D. Peterson, S.S. Sanders, B. Dennis, M. Reece: *Gender Differences in Heterosexual College Students’ Conceptualizations and Indicators of Sexual Consent: Implications for Contemporary Sexual Assault Prevention Education*. “The Journal of Sex Research” 2014, 51, pp. 910–914; T. Humphreys: *Perceptions of Sexual Consent: The Impact of Relationship History and Gender*. “Journal of Sex Research” 2007, 44(4), pp. 311–314, 469, 475.

¹⁴⁶ The American Law Institute: *Model Penal Code: Sexual assault and related offenses*. Tentative Draft No. 1. 30. April 2014, available at: <http://www.prosecutorintegrity.org/wp-content/uploads/2014/12/Model-Penal-Code-April-30-2014.pdf> [accessed 20.11.2021], pp. 69–70.

Thus, the standard will have to be filled in case law. The case-law approach is problematic from the point of legal certainty and predictability of criminal law. Moreover, critics argue that with a vague standard the state opens a gate to excessively interfere with sexual practices that people find normal and that the affirmative consent model is part of the trend of sexual bureaucratisation.¹⁴⁷ For some, the requirements of the affirmative consent model are disruptive, uncomfortable, and “kill the atmosphere.”¹⁴⁸ According to Paglia, “yes means yes” laws are “sadly puritanical” and “hopelessly totalitarian”; their growing popularity is merely proof of how boring and meaningless sexuality has become.¹⁴⁹

b) Increasing the number of false allegations

The vagueness of standards opens the door to false accusations. It is true that they occur in all models¹⁵⁰ and research shows that they are unproblematic in practice since the proportion of false accusations ranges between 2% and 10%.¹⁵¹ However, critics warn that the problem of false accusations in the affirmative consent model is more pressing, as the broader definition of rape makes more individuals self-identify as victims.¹⁵² This situation can occur for example when one of the partners is “morally ambivalent” (because, for example, the partner is of the same sex, another race, not her husband or his wife).¹⁵³ The next morning, he/she feels guilty, convinces him-/herself that sexual intercourse has been forced and makes a complaint.¹⁵⁴ Proponents of the affirmative consent model would

¹⁴⁷ J. Gersen, J. Suk: *The Sex Bureaucracy*. “California Law Review” 2016, 104, pp. 881–948.

¹⁴⁸ D. Tuerkheimer: *Rape on and off campus*. “Emory Law Journal” 2015, 65, pp. 12–13.

¹⁴⁹ C. Paglia: *Free Women, Free Men: Sex, Gender, Feminism*. Pantheon, New York 2017, p. 273.

¹⁵⁰ K. Roiphe: *The Morning After: Sex, Fear, And Feminism On Campus*. Boston 1993. pp. 74–75; A. de Zutter, R. Horselenberg, P. J. van Koppen: *Motives for filing a false allegation of rape*. “Archives of Sexual Behavior” 2017, 47 (2), pp. 457–464.

¹⁵¹ D. Lisak, L. Gardinier, S.C. Nicksa, A.M. Cote: *False allegations of sexual assault: An analysis of ten years of reported cases*. “Violence against Women” 2010, 16(12), pp. 1319, 1329–1331; C.E. Ferguson, J.M. Malouff: *Assessing police classifications of sexual assault reports: a meta-analysis of false reporting rates*. “Archives of Sexual Behavior” 2016, 45(5), pp. 1189–1191.

¹⁵² N.J. Little: *From “No means no”...*, pp. 1357–1359.

¹⁵³ J. Halley: *The Move to Affirmative Consent*. 10 November 2015, available at: <http://signsjournal.org/currents-affirmative-consent/halley/>, pp. 266–267 [accessed 20.11.2021].

¹⁵⁴ K. Roiphe: *Date rape’s other victim*. 13 June 1993, available at: <https://www.nytimes.com/1993/06/13/magazine/date-rape-s-other-victim.html> [accessed 20.11.2021].

insist that it is not a crime, as only his/her expressed will to have sex is legally relevant.¹⁵⁵

c) Procedural aspects

Even greater criticism of the affirmative consent model stems from the procedural aspect of the burden of proof. Critics insist that the *de facto* burden of proof has been shifted to the accused¹⁵⁶ because in affirmative consent models any doubt about clear consent strengthens the prosecution's case and dictates a conviction.¹⁵⁷ The accused must therefore provide evidence of consent (in writing, in a video, message, victim testimonies, etc.). In this way, the affirmative consent model grossly interferes with the presumption of innocence and deprives the defendants of procedural guarantees, which are the basis of the principle of equality before the court and a fair criminal procedure.¹⁵⁸ Sexual intercourse usually takes place behind closed doors, so there are no witnesses. Additionally, recordings of sexual intercourse are usually not expected either.¹⁵⁹ Even if there were physical evidence (e.g. injuries) they can only prove that sexual intercourse took place, and not whether consent was given for it.¹⁶⁰ Thus the affirmative consent standard does not solve the "he said, she said" problem.¹⁶¹

3. Analysis of the new definition of rape and sexual assault in Slovenian criminal law

The recent criminal legislative amendment (KZ-1H) has altered the statutory definitions of three main sexual offences within the Slovenian

¹⁵⁵ E. Yoffe: *The uncomfortable truth about campus rape policy*. 6 September 2017, available at: <https://www.theatlantic.com/education/archive/2017/09/the-uncomfortable-truth-about-campus-rape-policy/538974/> [accessed 20.11.2021].

¹⁵⁶ A. Schow: *Judge rule university can't shift burden of proof onto the accused*. 10 August 2015, available at: <https://www.washingtonexaminer.com/judge-rules-university-cant-shift-burden-of-proof-onto-the-accused> [accessed 20.11.2021]; *Mock v. University of Tennessee at Chattanooga* (Davidson County Chancery Court, TN, filed August 4, 2015).

¹⁵⁷ M. Graw Leary: *Affirmatively Replacing Rape...*, pp. 49–55.

¹⁵⁸ B. Bajda et al.: »*Ne pomeni ne*« ..., p. 64.

¹⁵⁹ J. Witmer-Rich: *Unpacking Affirmative Consent: Not as Great as You Hope, Not as Bad as You Fear*. "Texas Tech Law Review" 2016, 49 (57), p. 53.

¹⁶⁰ D. Tuerkheimer: *Incredible women: Sexual violence and the credibility discount*. "University of Pennsylvania Law Review" 2017, 166, pp. 13–14.

¹⁶¹ M. Randall: *Sexual assault law, credibility and 'ideal victims'*. "Canadian Journal of Women and the Law" 2010, 22, pp. 407–423.

Criminal Code’s chapter “Criminal offences against sexual integrity”. Those being rape under Article 170, sexual assault under Article 171 and the sexual abuse of a vulnerable individual under Article 172 of the Slovenian Criminal Code.

However, the Slovenian criminal legislation had beforehand long followed the coercive concept of sexual offences, therefore the sudden introduction of the new affirmative consent definition, raises great concerns for determining the consensual legal standard, which, as an overly flexible standard, questions the legal certainty of such provisions. Additionally, since the Slovenian criminal law does not entail an established basis of case law regarding the newly adopted definition of affirmative consent, it is hard to presuppose in which way the judicial practices in Slovenia will evolve. Potentially, one possibility is that, pursuant to the fundamental principles of sovereignty and judicial independence, Slovenian courts will create completely individual standards for determining the affirmative consent. However, another possibility is that Slovenian courts will examine foreign practices regarding the affirmative consent and adopt similar standards or possibly even combine them with Slovenia’s newly and individually formed.

Accordingly, within this section, we will first shortly summarise the amendments within the Slovenian criminal legislation, and second, examine the existing jurisprudences from foreign practices and correspondingly challenge the affirmative definition of consent and its introduction into Slovenian criminal law.

3.1. Amended changes in the statutory definition of sexual offences in the Slovenian Criminal Code

The transition of the statutory definitions of rape and sexual assault into the affirmative consent model was implemented with the inclusion of two additional paragraphs. First being the definition of non-consensual sexual misconduct: “Whoever, without the consent of another person, engages in sexual intercourse or, with it equated sexual activity, shall be punished by imprisonment for a term between six months and five years” for rape under Article 170, and: “Whoever, without the consent of another person, achieves that the victim commits or suffers any sexual conduct, which is not covered by rape, shall be punished by imprisonment for a term not exceeding five years” for sexual assault under Article 171 of the Slovenian Criminal Code. And secondly, the amendment included a second paragraph which offers an identical definition of consent and was inserted within all

three articles of sexual offences,¹⁶² which will be closely examined in section 3.2.

The definitions of rape¹⁶³ and sexual assault¹⁶⁴ have both maintained the coercive concept in its subsequent paragraphs.¹⁶⁵ Those now represent a qualified version of an individual sexual offence, with a more severe punishment than the non-consensual misconduct from the article's first paragraph.¹⁶⁶

Furthermore, due to the amendment's liberal and politically oriented approach to gender identification, the spectrum of potential victims was broadened from the "person of the opposite or the same gender" to "another person", therefore, including individuals which identify as non-binary, etc

3.2. Challenging the definition of "consent"

The affirmative consent standard derives from the idea that individuals refuse to participate in sexual conduct, but do so, only if and when they freely express their will about it.¹⁶⁷ According to Herring, in the context of sexual misconduct, consent is required, because sexual activity is *prima facie* wrong,¹⁶⁸ as it involves potential use of force and risks to the physical integrity of the victim.¹⁶⁹ Under the Slovenian criminal legal theory a "free, informed and timely consistent" consent excludes the unlawfulness of the criminal offence.¹⁷⁰ However, the common law system speci-

¹⁶² The amended statutory definition of sexual abuse of a vulnerable individual pursuant to Article 172 will be explicitly analysed in section 3.2.

¹⁶³ Paragraph 3 of Article 170 of the Slovenian Criminal Code states: "Whoever coerces another person to have sexual intercourse or with it equated sexual activity, by using force or threat of direct attack on life or body."

¹⁶⁴ Paragraph 3 of Article 171 of the Slovenian Criminal Code states: "Whoever uses force or threatens another person with a direct attack on life or body and thus forces him to commit or suffer any sexual conduct referred to in the first paragraph of this Article."

¹⁶⁵ Paragraphs 3–6 of Article 170 and paragraphs 3–6 of Article 171 of the Slovenian Criminal Code.

¹⁶⁶ Imprisonment for a term between: one and ten years (Article 170) and six months and ten years (Article 171).

¹⁶⁷ T. Hörnle: *#MeToo...*, pp. 115–135.

¹⁶⁸ This reflects the so-called alternative view on the sexuality, contrary to the orthodox view, which claims that sexual penetration is not wrongful in itself and thus does not require justification.

¹⁶⁹ J. Herring: *Rape and the Definition of Consent*. "National Law School of India Review" 2014, no. 26(1), p. 63.

¹⁷⁰ L. Bavcon, A. Šelih, D. Korošec, M. Ambrož, K. Filipčič: *Kazensko pravo: Splošni del*. Ljubljana 2013, p 207.

fied that the consent to sexual conduct differs from the understanding of consent in other, non-sexual areas of law.¹⁷¹

Correspondingly, with the amendment of Articles 170, 171, and 172 of the Slovenian Criminal Code a new definition of consent, relating exclusively to sexual offences was introduced, as *inter alia*: “individuals consent if they agree to sexual intercourse or with it equated sexual conduct (or other sexual activities under Article 171 and 172 of the Slovenian Criminal Code) with their *externally perceptible, undoubtable and free will* and have the *capacity* to accept such decision” (emphasis added).¹⁷²

Nonetheless, being faced with consent defined in such a vague manner, unlike other obvious legal incriminations (such as regarding homicide under Article 115 of the Slovenian Criminal Code),¹⁷³ one cannot reduce the complexity of this consensual legal standard to the simple opposition between ‘yes’ and ‘no.’¹⁷⁴ Therefore, it will be left to the Slovenian courts to efficiently determine when a consent is externally perceptible, undoubtable, and free. Consequently, this drastic change in the Slovenian criminal theory and jurisprudence, problematically orients towards the “thin ice principle”, meaning that: “[...] those who skate on thin ice can hardly expect to find a sign which will denote the precise spot where they will fall in.”¹⁷⁵ Thus, until Slovenian courts establish an extensive jurisprudence on this consensual legal standard (which at the moment does not yet exist due to the amendment having been recently introduced), individuals will have to engage in sexual activities without being certain when their conduct will represent an offence and when it will not. And that conflicts with principles of legal certainty and predictability of legal norms, as criminal rules should provide legal certainty over flexible standards.

However, it is presumed that for the purpose of fulfilling the consensual legal standard, Slovenian courts will, at least to some extent, resort to existing foreign jurisprudences on that matter. Accordingly, by considering the latter, the following section will examine individual factors of “consent” – namely: being externally perceptible, undoubtable, and free, as well as having capacity to consent.

¹⁷¹ A.P. Simester, J.R. Spencer, F. Stark, G.R. Sullivan, G.J. Virgo: *Simester and Sullivan's Criminal Law: Theory and Doctrine*. Oxford 2016, p. 47.

¹⁷² Paragraph 2 of Article 170, 171, and 172 of the Slovenian Criminal Code.

¹⁷³ Homicide in Article 115 of the Slovenian Criminal Code is defined as: “Who takes someone’s life, shall be punished by imprisonment for a term of five to fifteen years.”

¹⁷⁴ N.S. Helal: “*I Have the Freedom and Capacity to... Or Do I?*”: *Challenging the Definition of “Consent” under the Sexual Offences Act 2003*. Graduate working paper. London School of Economics and Political Science. London 2015, p. 3.

¹⁷⁵ J. Altena-Davidsen: *Skating on thin ice: A misleading metaphor*. Leidenlawblog, available at: <https://www.leidenlawblog.nl/articles/skating-on-thin-ice-a-misleading-metaphor> [accessed 16.11.2021].

3.2.1. The “externally perceptible” element of consent

The slogan of the affirmative consent model, “Only yes means yes”, deceptively gives the impression, that consent can only be expressed verbally.¹⁷⁶ This is however not the case, although the externally perceptible element should in fact be narrowly interpreted. Considering the English case law,¹⁷⁷ consent is a positive act, therefore if a victim does nothing (e.g., silence or non-resistance)¹⁷⁸ in response to the defendant’s proposal, there is no justification for sexual conduct, since no consent was given.¹⁷⁹ Accordingly, individuals cannot subtract their validly given consent on the basis of their non-expressed mental reservations, since only the victim’s externally perceptible consent is relevant.¹⁸⁰ However, this does not apply to consenting under pressure (see section 3.4.2.1d)).

The victim’s consent can be communicated with words, or otherwise (actions or gestures)¹⁸¹ affirmatively indicating willingness to sexual conduct, before it takes place.¹⁸² Although disunity exists regarding whether non-verbal clues reflect unwillingness or desire for sexuality.¹⁸³ Kramer has observed that from the viewpoint of a man who subscribes to the traditional model of female submission, the lack of resistance may reflect an affirmation.¹⁸⁴ Similarly, in the case of *Bromwich*, the defendant mistakenly understood victim’s raised eyebrows as a communication of willingness to engage in sexual activity.¹⁸⁵ Therefore, it is crucial to distinguish between communicated agreements which are valid consents, and those verbal or other signs which are legally irrelevant.

¹⁷⁶ S.F. Colb: *Making Sense of “Yes Means Yes”*. “Verdict Justia” 2014, available at: <https://verdict.justia.com/2014/10/29/making-sense-yes-means-yes> [accessed 18 November 2021].

¹⁷⁷ R (on the application of F) v The Director of Public Prosecutions and “A” [2013] EWHC 945 (Admin) and R. v. Larter and Castleton, 1995 Crim LR 75.

¹⁷⁸ Such absence is intended to emphasize the freedom of the victim’s agreement – element of the freedom of consent. D. Ormerod QC, K. Laird: *Smith and Hogan’s Criminal Law*. Oxford 2015, p. 821.

¹⁷⁹ J. Herring: *Rape and the Definition of Consent...*, p. 64.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 72.

¹⁸¹ Consent can be expressed through safe words, which must be beforehand agreed-on between the parties.

¹⁸² Consent as considered under sexual offences, relates to willingness and not to desire.

¹⁸³ K. Ewen: *When “Yes” Really Means Yes: Have Great Sex with Affirmative Consent*. The Gottman Institute, available at: <https://www.gottman.com/blog/yes-really-means-yes-great-safe-sex-affirmative-consent/> [accessed 15.11.2021].

¹⁸⁴ K.M. Kramer: *Rule by Myth: The Social and Legal Dynamics Governing Alcohol-Related Acquaintance Rape*. “Stanford Law Review” 1994, no. 47, p. 121.

¹⁸⁵ *Bromwich* [2012] EWCA Crim 673, para. 12.

Prior sexual conduct does not in itself imply permission for intercourse. Someone who engages in intense sexual foreplay should always retain the right to say “no” to intercourse.¹⁸⁶ It is argued that only unambiguous body language should suffice to signal affirmative consent.¹⁸⁷ Some scholars concur that: “A propositioned woman who disrobes, may not have given verbal consent, but has ‘affirmatively’ manifested her intentions, and that should suffice.”¹⁸⁸ What we face here is another legal ambiguity in fulfilling just one element of the consensual legal standard, therefore, other elements such as consent being undoubtable and free, have to be simultaneously considered, complicating the ruling.

3.2.2. The undoubtable element of consent

Universal fulfilment of the undoubtable consensual legal standard is shown to be very difficult, since it is undoubtable that sexual interactions are fluid and variable, therefore the barrier between non-verbal consenting and not consenting is blurred.¹⁸⁹ Schulhofer argues that individuals consent if they cooperate in ascending intimate foreplay.¹⁹⁰ Bryden, on the other hand, argues that a valid consent already derives from a person following someone in a private space and taking off their clothes.¹⁹¹ Furthermore, surveys have shown that 40% of students consider opening a condom package as an undoubtable consent.¹⁹² Accordingly, “consensual doubtlessness” as a legally indeterminate element, could be interpreted as: “the initiator of the sexual conduct undertaking reasonable measures to make sure the other person consented, having regard to all the circumstances, including steps the initiator undertook to ascertain consent.”¹⁹³

However, it is questionable which actions may indeed constitute incriminating sexual conduct (unexpected kiss, touch, etc.).¹⁹⁴ Therefore, consent is undoubtedly expressed when it is given specifically and separately for every individual conduct and right before the activity. However, we must not forget that such consent can be withdrawn at any time.

¹⁸⁶ K.M. Kramer: *Rule by Myth...*, p. 113.

¹⁸⁷ J. Witmer-Rich: *Unpacking Affirmative Consent...*, p. 53.

¹⁸⁸ D.P. Bryden: *Redefining Rape...*, pp. 317–479.

¹⁸⁹ American Law Institute, MPC: *Sexual assault and related offences...*, pp. 69–70.

¹⁹⁰ S.J. Schulhofer: *Unwanted Sex...*, pp. 272, 273.

¹⁹¹ D.P. Bryden: *Redefining Rape...*, p. 389.

¹⁹² Washington Post-Kaiser Family Foundation, Poll: *One in 5 women say they have been sexually assaulted in college 2015*, available at: <https://www.washingtonpost.com/graphics/local/sexual-assault-poll> [accessed 16.11.2021].

¹⁹³ The Crown Prosecution Service: *Rape and Sexual Offences...*

¹⁹⁴ B. Bajda et al.: »*Ne pomeni ne*«..., p. 51.

Therefore, in doubt whether a consent to sexual conduct is given, every individual must make sure if the other individual consents (the “stop-and-ask” principle).¹⁹⁵ Mere assumption that an individual consents to a certain sexual conduct does not suffice, since each new level of sexual activity requires consent.¹⁹⁶ Consent which decriminalizes sexual activity can only be given at the time in question of the sexual act.¹⁹⁷ Any other prior consent or even prior intercourse does not derogate from incriminating subsequent non-consensual intercourse.¹⁹⁸

Nonetheless, it is uncommon to obtain such undoubtable consent, since many initial consensual sexual interactions are non-verbal. Individuals often express their consent to sexual conduct by intentionally not resisting or by maintaining passive during the initiator’s pursuit of sexual interaction. Consequently, the offence was committed, however it will never be punished because no complaint will be brought.¹⁹⁹ Accordingly, this raises a very problematic gap between social practices and legal norms as it reflects the inefficiency of such a legislation, which sets out provisions that are not expected to be fully adhered to.²⁰⁰

3.2.3. Is affirmative consent shifting the burden of proof?

Pursuant to Slovenian Criminal Law, the defendant must act with at least eventual intent (*dolus eventualis*) to commit sexual misconduct and have reasonable belief that his actions are contrary to the victim’s objectively recognisable will (relevant *mens rea* element, employed in relation to the absence of consent).²⁰¹ Thus, contrary to the Croatian Criminal Code, mere negligence does not suffice for committing concerned sexual offences.²⁰²

¹⁹⁵ Ibidem, p. 52.

¹⁹⁶ That includes retaining one consent for kissing, then retaining new consent for foreplay, etc. R. Kramer-Bussell: *Beyond Yes or NO: Consent as sexual process*. In: *Yes Means Yes!: Visions of Female Sexual Power and a World without Rape* 2019, p. 44.

¹⁹⁷ Non-consent of the victim represents an aspect of the *actus reus* of sexual offences.

¹⁹⁸ D. Ormerod QC, K. Laird: *Smith and Hogan’s Criminal Law...*, p. 822.

¹⁹⁹ E. Klein: “Yes Means Yes” is a terrible law, and I completely support it, available at: <https://www.vox.com/2014/10/13/6966847/yes-means-yes-is-a-terrible-bill-and-i-completely-support-it> [accessed 22.11.2021].

²⁰⁰ B. Bajda et al.: »Ne pomeni ne«..., p. 28.

²⁰¹ J. Hörnle: *The New German Law...*, pp. 22–23.

²⁰² Š. Vuletić, P. Šprem: *Materijalopravni aspekti kaznenog dijela silovanja u hrvatskoj sudski praksi*. “Policija i sigurnost” 2019, 28, pp. 130–155.

Under the English criminal law, the defendant will likely be acquitted if he mistakenly²⁰³ and reasonably believes that the victim was consenting.²⁰⁴ Thus, regarding all circumstances (for instance the steps undertaken by the defendant to ascertain the other individual’s consent), corroborated by sufficient evidence, the court must withdraw from subjective, stereotypical beliefs based on which defendant verified his assumption of consent.²⁰⁵ Furthermore, as determined in the *R v B*,²⁰⁶ the defendant’s (delusional) belief that a victim was consenting cannot be considered a reasonable one when the defendant is suffering from a psychotic illness or a personality disorder. Another moot point on this matter is the consideration of “reasonable belief” when the defendant intentionally has intercourse but mistakes the identity of the sexual partner. Accordingly, in *Whitta*,²⁰⁷ the consideration in such cases, lies on whether a reasonable sober (not intoxicated) person would realise he is penetrating an individual different from the one whose consent he thought he had.

Due to the difficulty of proving that consent was in fact granted, some cynically argue that regardless of the consensual informality, the defendant will (for his own protection) have to obtain a contractual consent or one recorded in the mobile app.²⁰⁸ Such exaggerated course of action could however successfully protect the defendant against potential unfounded allegations.

3.3. Capacity to consent to sexual activity within the consensual definition

Consideration of the existence or nonexistence of victim’s capacity to consent to sexual activity,²⁰⁹ is fundamental in establishing whether the victim’s consent can be validly given (resulting in impunity of the sexual conduct), and consequently, distinguishing the committed offence.

²⁰³ The subjective test of mistake – considering the facts as the defendant believed them, however unreasonable that belief might have been, which was used in the *DPP v Morgan* [1975] UKHL 3, no longer applies to sexual offences.

²⁰⁴ J. Horder: *Ashworth’s Principles of Criminal law*. Oxford 2019, p. 349.

²⁰⁵ *Ibidem*, pp. 365, 366.

²⁰⁶ *R v B* [2013] EWCA Crim 3.

²⁰⁷ Attorney General’s Reference No 79 of 2006 (*Whitta*) [2007] 1 Cr App R (S) 752.

²⁰⁸ S.J. Schulhofer: *Reforming the Law of Rape...*, p. 350.

²⁰⁹ Under the principle of autonomy individuals should be allowed to make decisions for themselves and that those should be respected by others (unless the decision involves harming another). J. Herring: *Rape and the Definition of Consent...*, p. 66. Accordingly, nothing in the Slovenian legislation allows a decision regarding consent to sexual conduct to be taken on behalf of anyone.

Within the statutory definition of sexual offences the consensual capacity is only regarded as the victim's "ability to make a choice of whether agreeing to sexual intercourse."²¹⁰ Further on, a person's capacity is within the Slovenian Criminal Code only addressed in Article 29, as *inter alia*: "ability to understand their own actions and having control over their conduct," which complies with the theoretical view on the consensual capacity, which focuses on the victim's ability to "understand the meaning and implications of their decision."²¹¹ This involves the consideration of objective facts, more precisely psychological rather than physical elements. Pursuant to the so-called functional common law test,²¹² used to assess the capacity to consent to sexual activity, the person must have the ability to "(i) understand relevant information; (ii) retain that information; (iii) use that information in making a decision; and (iv) to communicate that decision."²¹³ Specifically, in *D Borough Council v. B.*, and other cases,²¹⁴ it was held that the capacity to consent to sexual relations is act-specific, and not person- or situation-specific. Furthermore, the consensual capacity requires the understanding and awareness of the (a) the mechanics of the act, (b) existence of health risks involved, for instance sexually transmissible infections, and (c) that sex between man and woman may result in pregnancy.²¹⁵ Consequently, valid consent cannot be given if the individual is incapable of understanding the nature of the act, to which the consent is apparently given.²¹⁶

3.3.1. Vulnerable individual's incapacity to consent to sexual conduct

It is established that the necessity of assessing the victim's consensual ability (by an expert witness), lies within the degree and/or nature of the individual's impairment.²¹⁷ This prevails in examining the consensual

²¹⁰ Paragraph 2 of Article 170, 171, 172 of the Slovenian Criminal Code.

²¹¹ Law Reform Commission: Report Sexual Offences and Capacity to Consent 2013, available at: https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r109.pdf [accessed 18.11.2021], p. 52.

²¹² Also adopted in several other jurisdictions. For instance, the Mental Capacity Act 2005 (Ireland), section 17 of the Sexual Offences (Scotland) Act 2009 and section 138 of the New Zealand Crimes Amendment Act 2005.

²¹³ Law Reform Commission: Report Sexual Offences and Capacity to Consent 2013..., p. 52.

²¹⁴ *X City Council v MB, NB and MAB* [2006] EWHC 168 (Fam) [2006] 2 FLR 968 and *Local Authority X v MM and KM* [2007] EWHC 2003 (Fam), [2009] 1 FLR 443.

²¹⁵ *D Borough Council v B* [2011] EWHC 101 (Fam) [2012] Fam 36, para. 42

²¹⁶ *R v Fletcher* (1886) LR 1 CCR 39.

²¹⁷ *A Local Authority v AK* [2012] EWHC B29 (COP), para. 19.

capacity of “vulnerable persons” under Article 172 of the Slovenian Criminal Code. Individuals with disabilities have long been viewed as “vulnerable” who must be protected from sexual conduct and who cannot be trusted to protect themselves, since they cannot validly shape or express their will (at their elementary level).²¹⁸ This indisputably regards children younger than 15 years of age.²¹⁹

Nonetheless, Article 12 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities,²²⁰ recognises vulnerable individual’s sexual consensual capacity as an acknowledgement of that individual’s “legal agency” and their “right to legal capacity on an equal basis.” However, if individuals lack the potential to understand and agree to sexual acts, they are considered incapable to consent. Therefore, their legal capacity and legal agency as such are not recognised, at least during the occurrence of sexual acts.²²¹ Accordingly, in the case of *H*,²²² due to victim’s mental state, she was deemed as lacking consensual capacity over sexual actions and due to that, restrictions were placed to prevent her from engaging in sexual relations.

Sexual abuse of a vulnerable individual is defined in Article 172 of the Slovenian Criminal Code as: “Whoever has sexual intercourse or commits any other sexual act or conduct with another person without their consent, by abusing their mental illness, temporary mental disorder or serious mental underdevelopment (retardation), due to which they are unable to give consent (weak person), shall be punished by imprisonment for a term of one to eight years.”²²³ Following: “Whoever in the circumstances of paragraph 1, otherwise affects the sexual integrity of a weak person, shall be punished by imprisonment for a term not exceeding five years.”²²⁴ Consent is universally defined under paragraph 2, as already analysed in Chapter 3.2.²²⁵ According to the Slovenian Criminal Code Commentary, Article 172 is conceptually assuming inability to consent or reject sexual conduct. It regards “vulnerable persons with obvious inability to control their reason and will, including those whose possible

²¹⁸ M. McCarthy: *Sexuality and Women with Learning Disabilities*. London, 1999; A. Arstein-Kerslake, E. Flynn: *Legislating Consent: Creating an Empowering Definition of Consent to Sex That is Inclusive of People With Cognitive Disabilities*. “Social & Legal Studies” 2015, no. 1–24, p. 3.

²¹⁹ Article 173 of the Slovenian Criminal Code.

²²⁰ United Nations: “Convention on the Rights of Persons with Disabilities.” Treaty Series 2515, December 2006.

²²¹ A. Arstein-Kerslake, E. Flynn: *Legislating Consent...*, p. 4.

²²² *Local Authority v H* [2012] EWHC 49 (COP).

²²³ Paragraph 1 of Article 172 of the Slovenian Criminal Code.

²²⁴ Paragraph 3 of Article 172 of the Slovenian Criminal Code.

²²⁵ The amended definition merely replaced the element of coercion with consent.

dispositions with their own sexual integrity do not reflect their sexual autonomy and self-determination.”²²⁶ Consequently, the victim’s consent is already neutralised if the defendant satisfies the element of “abuse of the victim’s vulnerable state”, therefore any sexual act will most likely be criminalised.²²⁷

In Jenkins,²²⁸ a care worker was acquitted of the charge of raping a woman with severe learning disabilities who had consented (she “fancied” the care worker), however did not understand the consequences of sexual intercourse, which could result in pregnancy. Nonetheless, the relevant proposition in the case in question would be that the autonomy of a person with mental disability in engaging in sexual activity could be recognised with impunity in cases of apparently consensual conduct of those who lack a sufficient understanding of the consequences in order to have consensual capacity in non-exploitative circumstances or where only one party lacks capacity, and this occurs in non-exploitative circumstances.²²⁹

The Slovenian amended definition is consequently unclear about whether a vulnerable person’s consent to any sexual act with another non-vulnerable person is *per se* invalid, due to their mental disability (mental illness, temporary mental disorder, or severe mental underdevelopment). Neither is it clear if the victims who are considered as vulnerable individual’s will be individually subjected to the *functional common law test*.

3.3.2 Intoxicated consent

Particularly difficult cases concern victim’s consensual incapacity due to intoxication. The relevance of victim’s intoxicated state varies whether it has resulted in “unconsciousness, involuntary stupefaction or lack of capacity to consent.”²³⁰

Not particularly wanting sex and being unable to show reluctance due to intoxication, concerns two very different legal situations.²³¹ Therefore

²²⁶ D. Korošec, K. Filipič, S. Zdolšek: *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*, 1. Knjiga. Ljubljana 2018, p. 1000.

²²⁷ G.H. Murphy: *Capacity to consent to sexual relationships in adults with learning disabilities*. “Journal of Family Planning and Reproductive Health Care” 2003, no. 29(3), pp. 148–149.

²²⁸ R v Jenkins [2000] English Central Criminal Court.

²²⁹ G.H. Murphy: *Capacity to consent to sexual relationships in adults with learning disabilities...*, pp. 148–149.

²³⁰ J. Horder: *Ashworth’s Principles of Criminal law...*, p. 367.

²³¹ A. Clough: *Finding the Balance: Intoxication and Consent*. “Liverpool Law Review” 2019, no. 40, pp. 49–64, 52.

the specific facts of each case must be examined (ideally by an expert witness) in deciding whether consent is deemed to have been given, alongside the mental states of both parties. That includes the influence that the defendant's intoxication had on him holding a reasonable belief regarding the victim's consent.²³² Simply being (heavily) intoxicated does not remove one's ability to consent, nor does mere consciousness qualify for the capacity to consent. The intoxication threshold therefore, must result in an individual losing its capacity to consent due to intoxication.²³³ However, if the defendant causes victim's involuntary intoxication which results in her doing something only due to the substance's disinhibiting effects, lack of consent will be presumed.²³⁴

3.3.2.1 Unconsciousness as consensual incapacity

The English jurisprudence has established that the victim's intoxication resulting in unconsciousness generally renders their consensual capacity, resulting in incapacitation.²³⁵ By way of exception, consent is considered as valid if it has been undoubtedly intimated in advance, as in *Pike*²³⁶ where a prostitute has agreed to be rendered unconscious to gratify the desire of the defendant – her client. The incapacity to consent is presumed when the victim is prevented from resisting due to the intoxicating substance, and the defendant is (or should have been) aware of the victim's condition.²³⁷ Similarly, victim's physical disability in the state of sleep or other unconsciousness, would normally constitute consensual incapacity, therefore the defendant was perpetrating a “very serious wrong”²³⁸. The Croatian case law²³⁹ treats sexual assault of sleeping victims as the clearest example of the crime of sexual intercourse without consent.²⁴⁰ A similar decision was made by the Municipal Court in Split when the perpetrator was convicted of a crime without consent after he entered the closed ship's cabin while the victim was sleeping and penetrated her genitals

²³² R v Bree [2007] EWCA Crim 256, [2008] QB 131 para. 34.

²³³ R v Bree [2007] EWCA Crim 256, [2008] QB 131 para. 34.

²³⁴ A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan's Criminal Law...*, p. 481.

²³⁵ Ibidem, p. 480. And R. v. Malone, 1998, 2Cr App R 44.

²³⁶ R v Pike 1961 Crim LR 114 and 547 (CA).

²³⁷ Provision of 8 S261(a)(3) California Penal Code 2005 in A. Clough: *Finding the Balance...*, p. 52.

²³⁸ Larter v. Castleton [1995] Crim LR 163.

²³⁹ KO 1628/2013, 16.8.2013.

²⁴⁰ Š. Vuletić, P. Šprem: *Materijalopravni aspekti kaznenog dijela silovanja u hrvatskoj sudski praksi...*, p. 131.

with his tongue. He continued with the act until the victim woke up and chased him away screaming.²⁴¹

Another troubling result of such affirmative consent model is that even in cases of a well-established romantic relationship, if one of the partners is severely intoxicated to the point of unconsciousness and the other individual proceeds with intercourse (without this being an established practice between the individuals), he has committed an offence.²⁴²

3.3.2.2. Challenging the consensual incapacity caused by voluntary intoxications

Studies have shown that alcohol consumption can increase the willingness to engage in sexual activity in both men and women, especially with a new potential partner.²⁴³ However, the main question in intoxication instances is (by considering all the relevant facts in a specific case), whether the victim had the consensual capacity,²⁴⁴ or has it evaporated well before the victim became unconscious. This is nonetheless fact-specific and depends on the actual state of mind,²⁴⁵ and other factors such as the metabolic rate of the concerned individuals.²⁴⁶ For instance in *Gardner*, the victim's severe intoxication, resulted in her not even recollecting defendant's sexual conduct, therefore the court decided on her consensual inability.²⁴⁷ However, evidence of lacking recollection of events cannot in and of itself be determinative of the consensual capacity. Moreover, pursuant to *Bree*,²⁴⁸ absence of victim's physical resistance is

²⁴¹ K 677/2014, 14.7.2014.

²⁴² J. Herring: *Rape and the Definition of Consent...*, p. 74.

²⁴³ J. Norris, S. Stoner, D. Hessler, T. Zawacki, W. George, D. Morrison, K. Davis: *Cognitive Mediation of Alcohol's Effects on Women's In-the-Moment Sexual Decision Making*. "Health Psychology" 2009, no. 20, p. 26.

²⁴⁴ R v Seedy Tamedou EWCA Crim [2013] 954.

²⁴⁵ R v Bree [2007] EWCA Crim 256, [2008] QB 131 para. 34.

²⁴⁶ Some argue that a victim is capable of consenting legally as long as she is capable of walking, talking or vomiting. The level of intoxication required in order to negate capacity has been described as unbelievably high.

²⁴⁷ R. v. Gardner, 2005 EWCA 1399.

²⁴⁸ The defendant (B) contended that he had reasonably believed that the victim (C) was consenting as she had undressed herself, appeared willing and been conscious throughout the event. He argued that she even moaned, as he understood it, with pleasure during the sexual intercourse. C did have the capacity to consent, and had made it as clear as possible, given her inebriated state, that she did not consent to sexual intercourse with B. The Appellate Court however acquitted him of the charges.

not to be equated with consent²⁴⁹ and it is crucial to consider whether she in the state that she was, understood her situation and was capable of making up her mind.²⁵⁰ If the victim nevertheless remains capable of choosing whether to have intercourse, and agrees to do so, there is no misconduct. Similarly, in *Dougal* case²⁵¹ the victim’s inability to remember whether she consented or not, resulted in the defendant’s acquittal. When willingly engaging in sexual activity that would have been refused had the victim been sober, the consent is considered as valid, since an intoxicated consent is still a consent.²⁵² Further on, in cases where the defendant knew of the victim’s intoxication, at the time of their sexual conduct, his knowledge causes an evidential presumption that the victim’s consent was not given.²⁵³ However, where it appears that there was a misunderstanding between the parties regarding the consent, the alleged victim’s moral behaviour will affect the perception on the matter.²⁵⁴

The Slovenian consensual definition relating to sexual conduct does not define the consensual incapacity under intoxication, nor does it differentiate between cases of voluntary intoxication, involuntary intoxication, and unconsciousness. This results in infinite circumstances of human behaviour which are subjected only to a changeable and unpredictable legal test within future jurisprudence. Once again, such drastically new affirmative consent model raises great concerns of legal certainty and would require further statutory explanation. Nonetheless, this sudden elevation from the coercive concept of sexual offences might still result in some judges to presume consent in the absence of positive dissent.²⁵⁵

3.3.2.3. Effect of intoxication on defendant’s criminal liability

Pursuant to the *Heard* case,²⁵⁶ the defendant could not exculpate himself by relying on his intoxication, since the sexual assault represented a “basic intent offence”, which could only be committed with the

²⁴⁹ P.N.S. Rumney, R.A. Fenton: *Intoxicated Consent in Rape: Bree and Juror Decision-Making*. “The Modern Law Review” 2008, no. 71(2), pp. 279–290.

²⁵⁰ R v Lang (1976) 62 CrAppR 50.

²⁵¹ R v Dougal [2005] CC

²⁵² R v Bree [2007] EWCA Crim 256, [2008] QB 131 para. 34.

²⁵³ A. Martin, T. Storey: *Unlocking Criminal Law*. Routledge 2013, p. 398.

²⁵⁴ A. Clough: *Finding the Balance...*, p. 55.

²⁵⁵ A. Clough: *Finding the Balance...*, p. 56.

²⁵⁶ R v Heard [2007] EWCA Crim 125. The defendant was detained by the police while intoxicated. They took him outside where he danced suggestively and took his penis out and rubbed it on one of the officer’s thighs. The defendant could not recall the incident. He was convicted of sexual assault.

defendant's intention to act. Similarly, pursuant to the *Grewal* case,²⁵⁷ defendant's intoxication can only be relevant regarding "his belief in whether the victim was consenting" but it cannot be relevant whether that belief was reasonable (one must look at the matter as if he was sober). Accordingly, voluntary intoxication does not, as such, negate *mens rea* for the offence and nor does it subtract criminal liability (irrespective of the fact that the defendant would not have acted this way when sober or having no recollection of his actions).²⁵⁸

However, apart from intoxication, the relevance of mental disorder or medical condition to the reasonableness of defendant's belief in the victim's consent depends upon an objective test of psychiatric evidence.²⁵⁹ For instance in the 2013 case *R v B*,²⁶⁰ defendant's delusional psychotic illness did not affect his ability to understand whether the victim was consenting.

3.4. Freedom to consent to sexual activity within the consensual definition

According to Smith and Hogan, the term *freedom* is considered too vague, to define the element as crucial as consent, as it is heavily context-dependent (economic freedom, existential freedom,²⁶¹ religious freedom,²⁶² etc.).²⁶³ It is argued that such factual or attitudinal definition regards what the victim felt, rather than what she expressed.²⁶⁴ Accordingly, doubt arises over the correlation of "consent" and "submission", for instance, a victim reluctantly engaging in sexual intercourse, due to her fiancé's threat to break off the engagement.²⁶⁵ Pursuant to *Robinson* case,²⁶⁶ the division between latter, is a matter for the jury applying its common sense, how-

²⁵⁷ *R v Grewal* [2010] EWCA Crim 2448, para. 30.

²⁵⁸ J. Horder: *Ashworth's Principles of Criminal law...*, p. 367.

²⁵⁹ N. Wortley: *Reasonable Belief in Consent under the Sexual Offences Act 2003*. In: J. Clough: *The Role of Subjectivity in Determining 'Good Reason' to Possess a Bladed Article*. "The Journal of Criminal Law" 2013, no. 77, pp. 184–188.

²⁶⁰ *R v B* [2013] EWCA Crim 3.

²⁶¹ Out of despair contesting to sexual intercourse to gain 3.25£ to buy food. *R v Kirk* [2008 EWCA Crim 434].

²⁶² Individual of a strict religious institution agrees to sexual activity with an elder, whom she has in all other respects been thought to never question.

²⁶³ D. Ormerod QC, K. Laird: *Smith and Hogan's Criminal Law...*, p. 822.

²⁶⁴ J. Horder: *Ashworth's Principles of Criminal law...*, p. 362.

²⁶⁵ D. Ormerod QC, K. Laird: *Smith and Hogan's Criminal Law...*, p. 823.

²⁶⁶ *R v Robinson* [2011] EWCA Crim 916.

ever within the Slovenian judiciary, the determination would be left to the judge ruling in each particular case.

The consensual freedom broadens the perception of the challenged definition, questioning whether the victim’s consensual agreement concerns simple assent to an act, or entails a full consensus, based on knowledge of the essential details.²⁶⁷ Similarly, one questions whether the range of “consensual choice” extends to the informed consent which results in consensual invalidity, if the defendant conceals a fact material to their sexual encounter.²⁶⁸ Consequently, the central concept of consensual freedom, resembles the vagueness and contestability of the statutory definition, since the “freedom of decision-making may be greater or less, depending on the impact of any deception, threats or other perceived pressures, and the question is what degree of impairment should be taken to mean that any apparent consent was not free.”²⁶⁹ However, with Slovenia not having an unequivocally established stance on interpreting the new definition, the following sections will consist of three main views on consensual freedom: firstly, the extremely restrictive approach, secondly, the intermediate approach, and lastly, the Herring’s “extreme” theory on consent.

3.4.1. The extremely restrictive approach to consensual freedom

The extremely restrictive approach is based exclusively on the individual’s expressed will, without considering deception, coercion or any other factors that could influence the validity of the given consent. The affirmative consent model derives from the consent given *in context*, to the point that from the situation itself, the defendant could have concluded whether the victim consented to the sexual act or not.²⁷⁰ The defendant relies on the victim’s externally perceptible and undoubtable consent, expressed either verbally, nonverbally or as a qualified consent.

However, the extremely restrictive approach seems to be too narrowly focused and therefore not used in the jurisprudence, as pursuant to the *Malone*²⁷¹ and *Hysa* case,²⁷² “There is no requirement that the absence of consent has to be demonstrated or communicated to the defendant for

²⁶⁷ D. Ormerod QC, K. Laird: *Smith and Hogan’s Criminal Law...*, p. 823.

²⁶⁸ This doctrine of informed consent was declined by the English Court of Appeal in the *R v E.B.* [2006] EWCA Crim 2945.

²⁶⁹ J. Horder: *Ashworth’s Principles of Criminal law...*, p. 363.

²⁷⁰ E. Murphy: *No Means No: A Critical Examination of the Effectiveness of the “Yes Means Yes” Law*. “Thomas Jefferson Law Review” 2017, 39(2), p. 106.

²⁷¹ *R v Malone* [1998] 2 Cr App R 447.

²⁷² *R v Hysa* [2007] EWCA Crim 2056, para 16.

the *actus reus* of rape to exist.” It is argued that the concept of consensual agreement should be interpreted as emphasising the victims’ perception of their choice, with freedom having a crucial role.²⁷³

3.4.2. The intermediate approach on consensual freedom

The Slovenian Criminal Code in its affirmative consent definition, *inter alia*, only conditions the consent to be expressed “freely”, without it regarding any circumstances (e.g. deceit or mistake) through which it would be conclusively presumed that the victim did not validly consent to the relevant act (and that the defendant did not believe that the victim consented).²⁷⁴ Once again, such “drastic vague regulation” threatens the legal certainty of both the defendant and the victim as it will be left to the Slovenian jurisprudence to define when a circumstance has a legally relevant effect on the consensual freedom. For that reason, the following (sub)sections will examine the existing theories on the influence of circumstances which vitiate victim’s consensual freedom.

3.4.2.1. Influence of deception, mistake, and pressure on the victim’s consensual freedom

Difficulties concerning consensual freedom arise from the victim’s agreement to sexual activity obtained by the defendant’s deception regarding either nature or purpose of the activity as well as the defendant’s intentional impersonation of someone known (personality) to the victim.²⁷⁵ Such circumstances are in the English Criminal Law concerned as “conclusive presumptions,”²⁷⁶ in which the absence of consent will be conclusively and indisputably presumed, if the prosecution establishes the relevant factual basis.²⁷⁷

²⁷³ J. Horder: *Ashworth’s Principles of Criminal law...*, p. 363.

²⁷⁴ Such instances and their legal regulation are expressively defined in Section 76 of the English Sexual Offences Act 2003.

²⁷⁵ Section 76 of the English Sexual Offences Act 2003.

²⁷⁶ However, it seems that the rebuttable and conclusive presumptions do not apply to attempts and conspiracy to commit sex offences. J. Rodwell: *Problems with the Sexual offences Act 2003, [2005], Crim LR 290.*

²⁷⁷ J. Horder: *Ashworth’s Principles of Criminal law...*, p. 349.

a) Influence of deception regarding the nature of the sexual activity

Although deception regarding the nature of the activity generally negates the victim’s consensual freedom, implicit in the concept is the distinction between the essence of the act and its non-essential attributes.²⁷⁸ Deception as to the essential attribute of the nature of the act disregards the victim’s freedom of consent. That was in the *Williams* case,²⁷⁹ where the victim consented due to defendant representing the (sexual) act as a medical procedure of improving her singing voice, however her not knowing the conduct would result in defendant intentionally penetrating her with his penis.²⁸⁰ Similarly due to defendant’s deceitful betrayal as a representative for a breast cancer survey, as he demonstrated how to carry out a self-examination in the *Tabassum* case,²⁸¹ the nature of the act consented to, a breast examination, was so fundamentally different that it rendered any apparent consent entirely inoperative.

Contrarily, if the essence of the act is not dubious to the victim, her consent will not be undermined when influenced by “non-essential attributes” regarding the nature of the act.²⁸² They do not vitiate the victim’s consent and are for instance the non-disclosure of sexually transmitted diseases²⁸³ as in *R v EB*,²⁸⁴ *Dica*,²⁸⁵ and *Konzani*,²⁸⁶ as well as the defendant’s abuse of his suicidal threats to deceit the victim into intercourse as in *Jheeta*²⁸⁷ (consensual freedom was in the present case invalidated by the defendant’s pressure).²⁸⁸

²⁷⁸ D. Ormerod QC, K. Laird: *Smith and Hogan’s Criminal Law...*, p. 838.

²⁷⁹ *R v Williams* [1923] 1 KB 340 CA.

²⁸⁰ A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan’s Criminal Law...*, p. 474.

²⁸¹ *R v Tabassum* [2000] 2 Cr App R 328.

²⁸² A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan’s Criminal Law...*, p. 474.

²⁸³ However, the victim did not consent to the risk of infection, therefore, if the infection had occurred, the defendant would have committed an offence of transmitting infectious diseases under Article 177 of the Slovenian Criminal Code

²⁸⁴ *R v EB* [2006] EWCA Crim 2945.

²⁸⁵ *R v Dica* [2004] EWCA Crim 1103, [2004] QB 1257.

²⁸⁶ *R v Konzani* (Feston) [2005] EWCA Crim 706, [2005] 2Cr App R 14.

²⁸⁷ *R v Jheeta* [2007] EWCA Crim 1699, [2008] 1 WLR 2582.

²⁸⁸ In the case of *Jheeta*, soon after the defendant and the victim started to have regular sexual relations, the former started sending text messages to the victim threatening to kill or kidnap her. The victim did not know who was sending her the messages, and the accused offered to go to the police station on her behalf and file a report. When the victim wanted to end the relationship with the accused, she started receiving messages from the “police” (in fact they were messages from the accused) that the accused would kill himself if she did not have sex with him and that otherwise she will be punished. The victim received about fifty such messages in four years and had sexual intercourse with the

Similarly, the non-use of a condom as such, does not alter the nature of the sexual activity and consequently, does not vitiate victim's consent.²⁸⁹ Nonetheless, had the victim consented explicitly on a certain condition (e.g. the use of condom in *Assange*,²⁹⁰ ejaculation outside of her vagina in *R (F) v DPP*²⁹¹) and the defendant deliberately breached this condition, the consensual freedom would have been invalidated.²⁹² However, accordingly to new case law *Lawrance*,²⁹³ ostensible consent can be vitiated by deceptions which are closely connected to the nature or purpose of sexual intercourse. The close connection must be interpreted narrowly. Accordingly, lying about using a condom represents a sufficiently close connection, due to its physical change of the nature of penetration. Contrarily, lying about fertility does not vitiate the consent, as the deceit is not sufficiently closely related to the performance of the sexual act.²⁹⁴

However, doubts over the consensual validity are raised regarding reverse instances of such deception when the victim specifically requests the non-use of condom, but the defendant covertly uses it, unbeknownst to the victim, or where a defendant uses a thinner, "riskier" condom than the victim requested. Legal scholars claim that dealing with such instances should be done by relying on the general definition of consent.²⁹⁵

Moreover, defendant's deception regarding their gender does not as such (without very careful consideration) alter the nature of the act, but according to the *McNally* case²⁹⁶ if the deception is active, it vitiates the

defendant whenever she received the message. Eventually, the victim discovered the truth, and the accused was convicted of the crime of rape under 76(1)(a) SOA (2003). The Court of Appeal ruled otherwise, namely it based its decision on Article 74 2003 SOA since the crime of rape was committed as there were threats that the perpetrator would have killed himself and that the victim would be punished.

²⁸⁹ A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan's Criminal Law...*, p. 475.

²⁹⁰ Julian Assange v Swedish Prosecution Authority [2011] EWHC 2849.

²⁹¹ R (on the application of F) v The Director of Public Prosecutions and "A" [2013] EWHC 945 (Admin).

²⁹² A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan's Criminal Law...*, pp. 474, 484.

²⁹³ R v Jason Lawrance [2020] EWCA Crim 971.

²⁹⁴ R v Jason Lawrance [2020] EWCA Crim 971, para. 20, 36, 37, 43.

²⁹⁵ J. Horder: *Ashworth's Principles of Criminal law...*, p. 356.

²⁹⁶ Justine McNally [2013] EWCA Crim 1051, [2014] QB 593, para. 23–27.

The facts of this case are undeniably unusual. The parties engaged in a number of sexual activities without the woman knowing that the defendant was a transgender male (anatomically still a woman), secretly using a strap-on dildo which resembled a penis and penetrated the victim without her knowledge of this tool. The victim argued that had she been aware of that fact, she would not have consented, and therefore, she did not have the freedom to make an adequate choice to engage in the sexual act with a man or a woman.

consent even without the victim’s expressed precondition (it is argued that this also applies to actively lying about HIV).²⁹⁷

Nonetheless, the English Court of Appeal undertook a “common sense” approach regarding deception (e.g. defendant’s wealth cannot vitiate victim’s consent), however it is difficult to draw a clear line regarding which deception will have the consent-invalidating effect. Hence, the courts will be confined into case-by-case decisions regarding deception or mistake vitiating consensual freedom. Undoubtedly, this is a highly unsatisfactory position for the law on sexual offences.

b) Influence of deception regarding the purpose of the sexual activity

Deception regarding the purpose of the activity is often indistinguishable from a deception about its nature. For instance in the *Linekar* case²⁹⁸ prostitute’s consent to sexual intercourse was not vitiated by the defendant’s deception about the payment for her services, as the court ruled that she was undeceived about either the nature (she understood that she consented to sexual intercourse) or the purpose of the act (to achieve sexual gratification).²⁹⁹ Contrary, in the *Devonald* case,³⁰⁰ defendant’s deceit over his identity vitiated the victim’s consent both regarding the nature and purpose of the sexual act.³⁰¹ However, the vitiating effect of the judgement only applies in other cases, if the victim has entirely appreciated the defendant’s purpose. The purpose in *Devonald* was humiliation of the victim,³⁰² and in *Bingham*³⁰³ obtaining sexual gratification for the defendant.³⁰⁴

²⁹⁷ However, some argue that when a victim thinks that the defendant is a male and is in fact a female, consent is not necessarily vitiated, even if the victim would not have engaged in the relevant activity had she known the truth. A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan’s Criminal Law...*, p. 485.

²⁹⁸ R v Linekar [1995] Crim LR 320.

²⁹⁹ J. Horder: *Ashworth’s Principles of Criminal law...*, p. 355.

³⁰⁰ R v Devonald [2008] EWCA Crim 527.

³⁰¹ The victim (a 16-year-old boy), who had jilted defendant’s daughter, was induced into masturbating on a web camera with the defendant’s intention to use that act to humiliate him.

³⁰² Which was not obtained.

³⁰³ R v Bingham [2013] EWCA Crim 823. The defendant extorted the victim with her naked photos into her engaging in sexual acts through a webcam.

³⁰⁴ The second purpose which was not obtained was the “victim’s standing up for herself” regarding the extortion over her naked photos.

A legally relevant deceit regarding the purpose of the sexual activity in the *Piper* case,³⁰⁵ applied to the instance where the victim consented to being measured by the defendant, allegedly to determine her modelling potential for posing in a bikini, whereas the true purpose of the act was the defendant's sexual gratification. Further on, deceitful ulterior purpose reflects in *Melliti*³⁰⁶ where the victim was deceived into intercourse by obtaining a lucrative modelling contract and the *Papadimitropoulos* case,³⁰⁷ where the defendant deceived the victim into having sexual intercourse in order to consummate their (false) marriage.³⁰⁸

Conclusively, for the consensual vitiating effect the deception over defendant's purpose of the act, must be comprehensive,³⁰⁹ and must be the only explanation for the victim's participation in the sexual conduct. Problematically enough, a fundamental concern is being raised over sexual offences becoming over-inclusive.³¹⁰

c) Influence of deception regarding the identity

The conclusive presumption of non-consent arises in instances when the defendant intentionally impersonates someone known to the victim, to obtain consent. Such personal acquaintance exculpates someone who exploits strong resemblance to certain somebody or has established a personal relationship, even with persons stretching beyond physical cognition (fake online accounts in *Devonald* and *Bingham*) and this personalisation induces consent.³¹¹ That was confirmed in the *Whitta* case,³¹² where the court determined that mistake as to the identity can vitiate the consensual freedom.

³⁰⁵ R v Piper 2007 EWCA Crim 2131.

³⁰⁶ R v Melliti [2001] EWCA Crim LR 1563.

³⁰⁷ Papadimitropoulos v The Queen [1957] HCA 74–98 CLR 249.

³⁰⁸ Even a man who deceives a woman into thinking that he loves her and suggests sexual intercourse as a way of expressing their love is deceiving her as to the purpose of the act.

³⁰⁹ A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan's Criminal Law...*, pp. 476, 477.

³¹⁰ J. Horder: *Ashworth's Principles of Criminal law...*, p. 349.

³¹¹ A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan's Criminal Law...*, p. 477.

³¹² Attorney General's Reference No 79 of 2006 (Whitta) [2007] 1 Cr App R (S) 752.

d) Influence of coercion and pressure

The Slovenian criminal tradition has (before the amendment) sturdily followed the coercive concept³¹³ of sexual offences. From the Slovenian extensive jurisprudence on that matter, it can be concluded that all the coercive elements (e.g. use of force or threats towards the victim herself/himself, her relatives, her things/matters of great importance), vitiate the consensual freedom.

The same vitiating effect can be caused by circumstantial pressure. Consideration must rely on case-by-case basis, for instance, a homeless woman, in need of shelter starts working in a brothel and as long as she possesses consensual freedom and capacity to engage in sexual activity, the brothel keeper will not be *per se* accused of sexual misconduct.³¹⁴ The already mentioned *Jheeta* case, represents such a pressure-vitiated consent.³¹⁵

Other instances of pressured consent are incriminated as “Violations of sexual integrity through abuse of position” under Article 174 of the Slovenian Criminal Code. It concerns victims of sexual misconduct who regardless of their apparent willingness harbour inward revulsion due to the dominant position (e.g. teacher, guardian) of the defendant, however the victims lack freedom to consent in legal terms. In the *W* case,³¹⁶ the court defined “reluctant consent” as the victim’s submission to a demand, which they feel unable to resist, but without lacking capacity or freedom to make a choice.

The Slovenian Criminal Code does not provide an exhaustive list of instances leading to sexual misconduct that would vitiate the victim’s consent, neither does the English SOA and other countries with the affirmative consent model. The legal standards are to be developed through jurisprudence by determining the legal relevance of instances which influence the consensual freedom. This once again proves the vagueness of this freedom definition in the Slovenian Criminal law.

³¹³ The coercive circumstances that vitiate consent are under Section 85(2) of the SOA concerned as rebuttable presumptions which give rise to a rebuttable presumption of non-consent. Next to the coercive circumstance, the act states: “victim’s unlawful detainment; victim’s state of sleep or otherwise unconscious state at the time of the act; victim’s incapacity of communicating the (non-)consent due to their physical disability; victim’s involuntary intoxication.”

³¹⁴ A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan’s Criminal Law...*, p. 477.

³¹⁵ The Crown Prosecution Service: *Rape and Sexual Offences...*

³¹⁶ *R v W* [2015] EWCA Crim 559, para. 34.

3.4.3. Jonathan Herring's theory on consent as a full expression of the victim's will

Lastly, the consensual freedom will be considered from the “extreme” approach, that is the Herring’s approach on the influence that certain circumstances have on the alleged victim’s consent. According to Herring, individual’s free consent to sexual activity, can only be validly given by closely assessing all the information, that could potentially affect their decision, as to the point of them making a decision that they otherwise would not have made, had they known that information, which the defendant was (should have been) in possession of at the time.³¹⁷ For instance, a wife would not have consented to sexual activity, had she known that her husband had been a homosexual, or a very religious man would have not consented had he known that the woman is no longer a virgin, regardless of her having lost her virginity as a result of rape.³¹⁸ Herring argues that the defendant’s withholdment of every such information based on which an individual decides, renders null and void the validity of consent, and results in unlawfulness of the sexual conduct, regardless of how strongly the defendant wants to maintain his beliefs a private matter.

As David Archard argues: “[...] consent must be informed to be valid.”³¹⁹ Within the required “informed consent” the person consenting must contain all the relevant material facts as otherwise they cannot give an informed consent to something of which they are ignorant. Individuals “do not need to know everything, but only everything that would make a real consensual difference.”³²⁰ Herring asserts that for an individual to engage in sexual conduct, knowing that others would not have been consenting, had he revealed a certain fact about himself, amounts to a fundamental lack of respect for the victim’s sexual autonomy and therefore should be crucial in determining the non-existence of consent.³²¹ However, in exceptional cases, the *mens rea* requirement ensures that the defendant will not be prosecuted when he did not realise (or could have not realised) that his partner would regard a particular fact as fundamental to their consent.³²²

³¹⁷ Herring argues that particularly deceptions use the victim’s own decision-making powers against herself/himself, consequently rendering her/him an instrument of harm against herself/himself.

³¹⁸ J. Horder: *Ashworth’s Principles of Criminal law...*, p. 349.

³¹⁹ J. Herring: *Mistaken sex. Criminal law review*. London 2005, p. 9.

³²⁰ *Ibidem*.

³²¹ Accordingly, to Herring, an individual who has sexual intercourse separately with two individuals, neither of them knowing about the other, is accordingly to Herring a serial rapist, if neither of the individual’s would have gone ahead had they known the truth.

³²² J. Herring: *Mistaken sex...*, p. 8.

Since freedom cannot be defined practically in terms of totally unconstrained choice, this approach risks making the consensual concept in sexual offences unduly strict, potentially resulting in even greater risks to legal certainty.³²³

4. Conclusions

The law on sexual offences protects the right to sexual autonomy and integrity of every individual.³²⁴ Since physical contact of sexual nature carries an enormous significance in all societies, representing both some of the most precious and the most dreadful moments in life of an individual, the protection of these rights is an essential part of every criminal code. However, the choice of legislative regulation has been in the recent years drastically influenced by social movements such as #MeToo and campaigns for the introduction of the “only yes means yes” model (in Slovenia under the auspices of the 8th March Institute). Consequently, in Slovenia those resulted in an amendment of the existing coercive definition of sexual offences into the affirmative consent model. The proposed and accepted amendment was extremely political in nature, not reviewed nor commented by legal experts (Supreme Court, Bar Association, Institute of Criminology, legal scholars, and NGOs). That resulted in an excessive interference with the defendant’s legal presumption of innocence and disregarded his procedural guarantees, upon which a fair legal trial is built. The amendment did not sufficiently consider some of the fundamental principles of criminal law, familiar to law students and legal academicians, which distinguish between clear rules that provide legal certainty and overly flexible standards which do not. Within the realm of legal concepts it should be essential to de-emotionalise the debates on statutory regulation and to move beyond the “exclusive focus on the victim’s perspectives.” Criminal prohibitions should be fairly balanced between what is expected from individuals on both sides, as well as importantly focus on their interaction.³²⁵

While challenging the amended definition of sexual offences in the Slovenian Criminal Code, one quickly ascertains that due to the well-established tradition of the (former) coercive model of sexual offences in Slovenian Criminal Law, there is an important lack of relevant jurisprudence on the matter of affirmative consent. The consensual definition

³²³ A.P. Simester et al.: *Simester and Sullivan’s Criminal Law...*, p. 475.

³²⁴ R v Osolin [1993] 4 S.C.R. 595 and K. Carney: *Rape: The Paradigmatic Hate Crime*. “Saint John’s Law Review” 2001, p. 315.

³²⁵ T. Hörnle: *#MeToo...*, p. 124.

as the *externally perceptible, undoubtable, and free will* raises great concerns over legal certainty, as it problematically orients towards the “thin ice” principle. Especially problematic is the overly vague determination of consensual freedom and its different approaches, which result in very different conclusions. Further on, contrary to the English Criminal Law, the Slovenian definition does not define in what instances a certain circumstance vitiates the given consent (e.g. deceit regarding the nature or purpose of the sexual act, mistake as to the identity). And lastly, regarding the victim’s consensual capacity, it is unclear which criterion Slovenia will use to assess if someone was even capable to consent to sexual conduct, before examining whether their consent was externally, doubtlessly and freely expressed. Moreover, uncertainties arise from the new regulation of consensual capacity of vulnerable persons under Article 172 of the Slovenian Criminal Code, which applies that individuals with “serious mental underdevelopment, due to which they are unable to give consent” are automatically unable to participate in any sexual relations. Nevertheless, some positive changes have been made. The previous coercive model of sexual offences did not indisputably apply to instances where victims, due to their state (e.g., tonic immobility, severe fear, unconsciousness, sleep), could not dissent or resist against the defendant’s sexual conduct. However, the recent affirmative consent model now offers protection particularly to those victims.

Even so, the amended definition poses great challenges before the Slovenian judiciary, and some argue that it might potentially result in a judicial epilogue. Regardless, the general public therefore remains far from a proper social understanding of those legal issues and the law’s role in addressing them. The case of Slovenia can therefore be an example for other countries where there is a political pressure to transform criminal offences regarding sexual intercourse without a prior and proper scientific legal debate and analysis.

Bibliography

Books and articles

- Abrams M., Hons B.A., Carleton N., Taylor S., Asmundson G.: *Human tonic immobility: Measurement and correlates*. “Depression and Anxiety” 2009, 26, pp. 550–556.
- Anderson M. J.: *Negotiating Sex*. “Southern California Law Review” 2005, 41, pp. 101–138.
- Anderson S.A.: *Conceptualizing Rape as Coerced Sex*. “Ethics” 2016, 127(1), pp. 50–87.

- Arstein-Kerslake A., Flynn E.: *Legislating Consent: Creating an Empowering Definition of Consent to Sex That Is Inclusive of People with Cognitive Disabilities*. "Social & Legal Studies" 2015, no. 1–24, pp. 225–248.
- Bajda B., Gabršček T., Menart J., Tarman J., Vukša N., Zrilič A., Cesar A., Loknar M., Pirnat T. Urbas T., Zaletel M., Ambrož M., Plesničar M.M.: »*Ne pomeni ne*«– *ustreznejša obravnava spolne kriminalitete*. Ljubljana 2018.
- Bajda B.: *Spolnost, pravo in družba v dobi #MeToo: Novejši modeli spolnega kazenskega prava*. In: *Zbornik 11. konference kazenskega prava in kriminologije* [4. in 5. december 2018, Portorož]. Ljubljana 2018, pp. 23–38.
- Bavcon L., Šelih A., Korošec D., Ambrož M., Filipčič K.: *Kazensko parvo: Splošni del*. 6th Edition. Ljubljana 2013.
- Beres M.A.: *Sexual miscommunication? Untangling assumptions about sexual communication between casual sex partners*. "Culture, Health, and Sexuality" 2010, 12(1), pp. 1–14.
- Bieneck S., Krahé B.: *Blaming the Victim and Exonerating the Perpetrator in Cases of Rape and Robbery: Is There a Double Standard?*. "Journal of Interpersonal Violence" 2011, 26(9), pp. 1785–1797.
- Bracha H.S.: *Freeze, flight, fight, fright, faint: adaptationist perspectives on the acute stress response spectrum*. "CNS Spectrums" 2004, 9, pp. 679–685.
- Brownmiller S.: *Against Our Will*. Simon & Schuster 1993.
- Bryden D.: *Redefining rape*. "Buffalo Criminal Law Review" 2000, 3(2), pp. 317–479.
- Bucher J., Manasse M.: *When Screams Are Not Released: A Study of Communication and Consent in Acquaintance Rape Situations*. "Women & Criminal Justice" 2011, 21(2), pp. 123–140.
- Byers S., Lewis K.: *Dating Couples' Disagreements over the Desired Level of Sexual Intimacy*. "The Journal of Sex Research" 1988, 24(1), pp. 15–29.
- Byers S.: *How Well Does the Traditional Sexual Script Explain Sexual Coercion? Review of a Program of Research*. "Journal of Psychology and Human Sexuality" 1996, 8(1–2), pp. 7–25.
- Clough A.: *Finding the Balance: Intoxication and Consent*. "Liverpool Law Review" 2019, 40, pp. 49–64.
- Conly S.: *Seduction, Rape and Coercion*. "Ethics" 2004, 115(1), pp. 96–121.
- Danaher J.: *Could there ever be an app for that? Consent Apps and the Problem of Sexual Assault*. *Criminal Law and Philosophy* 2018, 12 (1), pp. 143–165.
- Deisinger M.: *Kazenski zakonik 2017, Posebni del s komentarjem, sodno prakso in literaturo*. Maribor 2017.
- de Zutter A., Horselenberg R., van Koppen P.J.: *Motives for filing a false allegation of rape*. "Archives of Sexual Behavior" 2017, 47 (2), pp. 457–464.
- Dowds E.: *Towards a Contextual Definition of Rape: Consent, Coercion and Constructive Force*. *The Modern Law Review* 2020, 83, pp. 35–63.
- Dripps D.A.: *Beyond Rape: An Essay on the Difference between the Presence of Force and the Absence of Consent*. "Columbia Law Review" 1992, 92(7), pp. 1780–1809.

- Edwards D.: *Acquaintance Rape & the "Force" Element: When "No" is Not Enough*. "Golden Gate University Law Review" 1996, 26, pp. 241–300.
- Estrich S.: *Real Rape: How The Legal System Victimized Women Who Say No*. Cambridge, Mass. 1987.
- Ferguson C.E., Malouff J.M.: *Assessing police classifications of sexual assault reports: a meta-analysis of false reporting rates*. "Archives of Sexual Behavior" 2016, 45(5), pp. 1185–1193.
- Gårdving S.: *Consent in rape law – a comparison of three models (Master's thesis)*. Faculty of Law, University of Lund 2010.
- Gersen J., Suk J.: *The Sex Bureaucracy*. "California Law Review" 2016, 104, pp. 881–948.
- Gozzi A., Jain A., Giovanelli A., Bertollini C., Crestan V., Schwarz A.J.: *A Neural Switch for Active and Passive Fear*. "Neuron" 2010, 67, pp. 656–666.
- Graw Leary M.: *Affirmatively Replacing Rape Culture with Consent Culture*. "Texas Tech Law Review The Catholic University" 2016, 49(1), pp. 1–56.
- Gruber A.: *Consent Confusion*. "Cardozo Law Review" 2016, 38, pp. 415–458.
- Gruber A.: *Not Affirmative Consent*. "The University of the Pacific Law Review" 2016, 47, pp. 683–707.
- Harbeck B.: *Probleme des Einheitstatbestandes sexueller Nötigung, Vergewaltigung*. Nomos Verlag 2001.
- Hillman C.H., Rosengren K.S., Smith D.P.: *Emotion and motivated behavior: postural adjustments to affective picture viewing*. "Biological Psychology" 2004, 66, pp. 51–62.
- Herring J.: *Mistaken sex. Criminal law review*. London 2005.
- Herring J.: *Rape and the Definition of Consent*. "National Law School of India Review", Student Advocate Committee 2014, 26(1), pp. 62–76.
- Heidt J.M., Marks B.P., Forsyth J.P.: *Tonic immobility and childhood sexual abuse: a preliminary report evaluating the sequela of rape induced paralysis*. "Behaviour Research and Therapy" 2004, 43, pp. 1157–1171.
- Henderson L.: *Getting to know: Honoring Women in Law and in Fact*. "Texas Journal of Women and the Law" 1993, 2, pp. 41–73.
- Henderson L.: *What Makes Rape a Crime*. "Berkeley Women's Law Journal" 1987, 3(1), pp. 193–229.
- Helal N.S.: *I Have the Freedom and Capacity to... Or Do I?": Challenging the Definition of 'Consent' under the Sexual Offences Act 2003*. Graduate working paper, London School of Economics and Political Science. London 2015.
- Horder J.: *Ashworth's Principles of Criminal Law*. 9th edition. Oxford 2019.
- Hörnle T.: *#MeToo – Implications for Criminal Law?*. "Bergen Journal of Criminal Law and Criminal Justice" 2019, 6 (2), pp. 115–135.
- Hörnle T.: *The New German Law on Sexual Assault and Sexual Harassment*. "German Law Journal" 2017, 18 (6), pp. 1309–1330.
- Humphreys T.: *Perceptions of Sexual Consent: The Impact of Relationship History and Gender*. "Journal of Sex Research" 2007, 44 (4), pp. 307–315.

- Husak D., George Thomas III C.: *Consent and Reasonable Mistake*. "Philosophical Issues (Social, Political, and Legal Philosophy)" 2001, 11, pp. 86–117.
- Jozkowski K.N., Peterson Z.D., Sanders S.S., Dennis B., Reece M.: *Gender Differences in Heterosexual College Students' Conceptualizations and Indicators of Sexual Consent: Implications for Contemporary Sexual Assault Prevention Education*. "The Journal of Sex Research" 2014, 51, pp. 904–916.
- Jozkowski K.N.: *Barriers to Affirmative Consent Policies and the Need for Affirmative Sexuality*. "University of the Pacific Law Review" 2016, 47, pp. 741–772.
- Kane E.W.: *The gender trap: Parents and the pitfalls of raising boys and girls*. New York 2012.
- Korošec D., Filipič K., Zdolšek S.: *Veliki znanstveni komentar posebnega dela Kazenskega zakonika (KZ-1)*, 1. Knjiga. Ljubljana 2018.
- Korošec D.: *Razum in volja pri privolitvi potencialnega oškodovanca v kazenskem pravu*. "Zbornik znanstvenih razprav" 1998, 58, pp. 143–165.
- Korošec D.: *Spolnost in kazensko pravo*. Ljubljana 2008.
- Kozłowska K., Walker P., McLean L., Carrive P.: *Fear and the Defense Cascade: Clinical Implications and Management*. "Harvard Review of Psychiatry" 2015, 23 (4), pp. 263–287.
- Kramer K.M.: *Rule by Myth: The Social and Legal Dynamics Governing Alcohol-Related Acquaintance Rape*. "Stanford Law Review" 1994, no. 47, pp. 115–157.
- Kramer-Bussel R.: *Beyond Yes or NO: Consent as sexual process*. In: *Yes Means Yes!: Visions of Female Sexual Power and a World without Rape* 2019, pp. 43–52.
- LaFave W.: *Criminal Law*. Eagan, Minn. 1996.
- Leary M.G.: *Affirmatively replacing rape culture with consent culture*. "Texas Tech Law Review" 2016, 49 (1), pp. 1–56.
- Lisak D., Gardinier L., Nicksa S.C., Cote A.M.: *False allegations of sexual assault: An analysis of ten years of reported cases*. "Violence against Women" 2010, 16(12), pp. 1318–1334.
- Lisjak Gabrijelčič L.: *Normiranje užitka: koncept pritrtilnega soglasja*. "Razpotja" 2014, 5(18), pp. 27–31.
- Little N.J.: *From No Means No to Yes Means Yes: The Rational Results of an Affirmative Consent Standard in Rape Law*. "Vanderbilt Law Review" 2005, 58(4), pp. 1321–1364.
- Lockwood Harris K.: *Yes means yes and no means no, but both these mantras need to go: communication myths in consent education and anti-rape activism*. "Journal of Applied Communication Research" 2018, 46(2), pp. 155–178.
- MacKinnon C.A.: *Feminism Unmodified: Discourses on Life and Law*. Cambridge, Mass. 1987.
- Madea B., Mußhoff F.: *Knock-Out Drugs*. "Deutsches Ärzteblatt International" 2009, 106(20), pp. 341–347.
- Martin J., Storey T.: *Unlocking Criminal Law*. 7th Edition. Routledge 2013.
- McCarthy M.: *Sexuality and Women with Learning Disabilities*. London 1999.

- McGlynn C., Manuro V.: *Rethinking rape law: International and comparative perspectives*. Abingdon 2011.
- McGregor J.: *Is this Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*. "Law and Philosophy" 2016, 25(6), pp. 663–672.
- McGregor J.: *The legal heritage of the crime of rape*. In: *Handbook on Sexual Violence*. Eds. J.M. Brown, S.L. Walklate. Abingdon 2011.
- Metts S., Spitzberg B.H.: *Sexual Communication in Interpersonal Contexts: A Script-Based Approach*. "Annals of the International Communication Association" 1996, 19(1), pp. 49–92.
- Millar Macaulay T.M.: *Toward a performance model of sex*. In: *Yes Means Yes: Visions of Female Sexual Power and a World without Rape*. Eds. J. Friedman, J. Valenti. Berkeley, Cal. 2008.
- Muehlenhard C.L.: *Examining stereotypes about token resistance to sex*. "Psychology of Women Quarterly" 2011, 35(4), pp. 676–683.
- Muehlenhard C., Hollabaugh L.: *Do women sometimes say no when they mean yes?* "Journal of Personality and Social Psychology" 1998, 54 (5), pp. 872–879.
- Muehlenhard C., Humphreys T., Jozkowski K., Peterson Z.: *The Complexities of Sexual Consent Among College Students: A Conceptual and Empirical Review*. "The Journal of Sex Research" 2016, 53(4–5), pp. 457–487.
- Murphy E.: *No Means No: A Critical Examination of the Effectiveness of the "Yes Means Yes" Law*. "Thomas Jefferson Law Review" 2017, 39(2).
- Murphy G.H.: *Capacity to consent to sexual relationships in adults with learning disabilities*. "Journal of Family Planning and Reproductive Health Care" 2003, no. 29(3), pp. 148–149.
- Norris J., Stoner S., Hessler D., Zawacki T., George W., Morrison D., Davis K.: *Cognitive Mediation of Alcohol's Effects on Women's in-the-moment sexual decision making*. "Health Psychology" 2009, 20(26), pp. 20–28.
- Oberlauer J., Schmidhuber K.: *Die Verletzung der sexuellen Selbstbestimmung gemäß § 205a StGB*. "RZ – Österreichische Richterzeitung" 2015, 9, pp. 174–181.
- Paglia C.: *Free Women, Free Men: Sex, Gender, Feminism*. Pantheon, New York 2017.
- Perilloux C., Duntley J.D., Buss D.M.: *Blame attribution in sexual victimization*. "Personality and Individual Differences" 2014, 63, pp. 81–86.
- Pineau L.: *A Response to my Critics*. In: *Date Rape: Feminism, Philosophy and the Law*. Ed. L. Francis. The Pennsylvania University Press, Pennsylvania 2008, pp. 63–109.
- Plesničar M.M., Ambrož M.: *»Sila, objektivno sposobna streti odpor«: Empirična študija reprezentativnega vzorca pravosodne prakse v zvezi s kaznivim dejanjem posilstva, spolnega nasilja in spolne zlorabe slabotne osebe s pregledom možnih modelov novih zakonskih rešitev*. Inštitut za kriminologijo pri Pravni fakulteti Univerze v Ljubljani, Ljubljana 2019.
- Polizzi S.N.: *When No is Not Enough: Force in Rape Statutes and the Epidemic of Underreporting*. "Law School Student Scholarship Paper" 2015, 784, pp. 1–27.

- Quaedflieg C, Schwabe L: *Memory dynamics under stress*. “Memory” 2017, 26(3), pp. 364–376.
- Randall M.: *Sexual assault law, credibility and ‘ideal victims’*. “Canadian Journal of Women and the Law” 2010, 22, pp. 397–433.
- Reeves Sanday P.: *A Woman Scorned: Acquaintance Rape on Trial*. California 1997.
- Remick L.A.: *Read her lips: An argument for a verbal consent standard in rape*. “University of Pennsylvania Law Review” 1993, 141 (3), pp. 1103–1151.
- Roberts D.E.: *Rape, Violence, and Women’s Autonomy*. “Chicago-Kent Law Review” 1993, 69, pp. 359–388.
- Rodwell J.: *Problems with the Sexual offences Act 2003*, [2005], Crim LR 290.
- Roiphe K.: *The Morning After: Sex, Fear, And Feminism on Campus*. Boston 1993.
- Roxin C.: *Strafrecht – Allgemeiner Teil*. München: C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 1992.
- Rumney P.N.S., Fenton R.A.: *Intoxicated Consent in Rape: Bree and Juror Decision-Making*. “The Modern Law Review” 2008, 71(2), pp. 279–290.
- Schwabe L.: *Memory under stress: from single systems to network changes*. “European Journal of Neuroscience” 2017, 45, pp. 478–489.
- Schwartz S.: *An Argument for the Elimination of the Resistance Requirement from the Definition of Forcible Rape*. “Loyola of Los Angeles Law Review” 1982, 16(3), pp. 567–602.
- Schulhofer S.J.: *Consent: What It Means and Why It’s Time to Require It*. “The University of the Pacific Law Review” 2016, 47, pp. 665–681.
- Schulhofer S.J.: *Reforming the law of rape*. “Law & Inequality” 2016, 35, pp. 335–352.
- Schulhofer S.J.: *Taking Sexual Autonomy Seriously: Rape Law and Beyond*. “Law and Philosophy” 1992, 11(1/2), pp. 35–94.
- Schulhofer S.J.: *The Feminist Challenge in Criminal Law*. “University of Pennsylvania Law Review” 1995, 143, pp. 2151–2207.
- Schulhofer S.J.: *Unwanted Sex: The Culture of Intimidation and the Failure of Law*. Cambridge, Mass. 1998.
- Simester P., Spencer J.R., Stark F., Sullivan G.R., Virgo G.J.: *Simester and Sullivan’s Criminal Law: Theory and Doctrine*. 6th Edition. Oxford 2016.
- Šepec M.: *Načelo zakonitosti v kazenskem pravu (The Principle of Legality in Criminal Law – The Concept of Maximum Certainty and the Concept of Supremacy of the Teleological Interpretation of the Criminal Law Norm)*. “Pravnik: Revija za Pravno Teorijo in Prakso,” Ljubljana 2019, 74(7–8), pp. 479–502.
- Tuerkheimer D.: *Affirmative Consent*. “Ohio State Journal of Criminal Law” 2016, 13(2), pp. 41–469.
- Tuerkheimer D.: *Incredible women: Sexual violence and the credibility discount*. “University of Pennsylvania Law Review” 2017, 166, pp. 11–58.
- Tuerkheimer D.: *Rape on and off campus*. “Emory Law Journal” 2015, 65, pp. 1–45.
- Torenz R.: *The Politics of Affirmative Consent: Considerations from a Gender and Sexuality Studies Perspective*. “German Law Journal” 2021, 22, pp. 718–733.

- Vuletić Š., Šprem P.: *Materijalopravni aspekti kaznenog dijela silovanja u hrvatskoj sudskoj praksi*. "Policija i sigurnost" 2019, 28, pp. 130–155.
- Wegerstad L.: *Sex Must Be Voluntary: Sexual Communication and the New Definition of Rape in Sweden*. "German Law Journal" 2021, 22(5), pp. 734–752.
- Wiederman M.W.: *The gendered nature of sexual scripts*. "The Family Journal: Counseling and Therapy for Couples and Families" 2005, 13(4), pp. 496–502.
- Wirz L., Bogdanov M., Schwabe L.: *Habits under stress: mechanistic insight across different types of learning*. "Current Opinion in Behavioral Sciences" 2018, 20, pp. 9–16.
- Witmer-Rich J.: *Unpacking Affirmative Consent: Not as Great as You Hope, Not as Bad as You Fear*. "Texas Tech Law Review" 2016, 49(57), pp. 57–88.
- Wortley N.: *Reasonable Belief in Consent under the Sexual Offences Act 2003*. In: J. Clough: *The Role of Subjectivity in Determining 'Good Reason' to Possess a Bladed Article*. "The Journal of Criminal Law" 2013, 77, pp. 184–188.

Internet sources

- Altena-Davidsen J.: *Skating on thin ice: A misleading metaphor*. Leidenlawblog, available at: <https://www.leidenlawblog.nl/articles/skating-on-thin-ice-a-misleading-metaphor> [accessed 16 November 2021].
- Błuś A.: *Sex without consent is rape. So why do only eight European countries recognize this?* 4 January 2019, available at: <https://www.amnesty.org/en/latest/campaigns/2018/04/eu-sex-without-consent-is-rape/> [accessed 20.11.2021].
- Brown S.: *uConsent app helps partner consent to hooking up*. 30 April 2018, available at: <https://www.androidauthority.com/uconsent-hookup-app-860484> [accessed 20.11.2021].
- Colb S.F.: *Making Sense of "Yes Means Yes"*. Verdict Justia 2014, available at: <https://verdict.justia.com/2014/10/29/making-sense-yes-means-yes> [accessed 18 November 2021].
- Corinna H.: *Driver's ed for the sexual superhighway*. 18 November 2010, available at: http://www.scarleteen.com/article/abuse_assault/drivers_ed_for_the_sexual_superhighway_navigating_consent [accessed 20.11.2021].
- Ewen K.: *When "Yes" Really Means Yes: Have Great Sex with Affirmative Consent*. The Gottman Institute, available at: <https://www.gottman.com/blog/yes-really-means-yes-great-safe-sex-affirmative-consent/> [accessed 15 November 2021].
- Halley J.: *The Move to Affirmative Consent*. 10 November 2015, available at: <http://signsjournal.org/currents-affirmative-consent/halley/> [accessed 20.11.2021].
- Klein E.: *"Yes Means Yes" is a terrible law, and I completely support it*, available at: <https://www.vox.com/2014/10/13/6966847/yes-means-yes-is-a-terrible-bill-and-i-completely-support-it> [accessed 22 November 2021].
- Lanz B.: *Der Erkennbare Wille – Zur »neuen Vergewaltigung nach § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB«*. 16 March 2017, available at: <https://www.benjamin-lanz.de/2017/03/16/der-erkennbare-wille-zur-neuen-vergewaltigung-nach-177-abs-6-nr-1-stgb/> [accessed 20.11.2021].

- Luckhurst P.: *We-Consent is the new app that lets you say ‘yes’ to sex... is it useful or just plain creepy?* 23 July 2015, available at: <https://www.standard.co.uk/lifestyle/london-life/we-consent-is-the-new-app-that-lets-you-say-yes-to-sex-is-it-useful-or-just-plain-creepy-10409525.html> [accessed 20.11.2021].
- Mantock R.: *Consent is not a commodity. Tech will never make it one.* THE FEMEDIC. May 2019, available at: <https://thefemic.com/news/consent-is-not-a-commodity/> [accessed 20.11.2021].
- McBride N.J.: *Rape and consent.* 2012, available at: [https://www.nytimes.com/1993/06/13/magazine/date-rape-s-other-victim.html](https://mcbridesguides.com/wp-content/uploads/2012/08/mcbride-rape-and-Roiphe K.: Date rape’s other victim. 13 June 1993, available at: <a href=) [accessed 20.11.2021].
- Schow A.: *Judge rule university can’t shift burden of proof onto the accused.* 10 August 2015, available at: <https://www.washingtonexaminer.com/judge-rules-university-cant-shift-burden-of-proof-onto-the-accused> [accessed 20.11.2021].
- Shibley R.: *Antioch’s Infamous Sexual Assault Policy*, 15 June 2007, available at: <https://www.thefire.org/antiochs-infamous-sexual-assault-policy/> [accessed 20.11.2021].
- Shulevitz J.: *Regulating Sex.* “The New York Times”, 2015, available at: <https://www.nytimes.com/2015/06/28/opinion/sunday/judith-shulevitz-regulating-sex.html> [accessed 23 November 2021].
- Zadar A.: *Zašto seks bez pristanka u Hrvatskoj nije silovanje?*. 15 October 2019, available at: <https://www.antenazadar.hr/clanak/2019/10/zasto-seks-bez-pristanka-u-hrvatskoj-nije-silovanje/> [accessed 20.11.2021].
- The 8th March Institute campaign, available at: <https://www.samojapomenija.si/> and https://fotogalerija.dz-rs.si/datoteke/drugo/soj/razno/21_02_02_pobuda_-_Kazenski_zakonik.pdf [accessed 20.11.2021].
- The American Law Institute: *Model Penal Code: Sexual assault and related offences*, Tentative Draft No. 1. 30. April 2014, available at: <http://www.prosecutorintegrity.org/wp-content/uploads/2014/12/Model-Penal-Code-April-30-2014.pdf> [accessed 20.11.2021].
- Antioch College, *Sexual Offence Prevention Policy*, available at: <http://www.antiochcollege.edu/about/policies-and-procedures/student-policies>. [accessed 20.11.2021].
- BBC: Gina-Lisa Lohfink: *German model fined for false rape claim.* 22 August 2016, available at: <https://www.bbc.com/news/world-europe-37158471> [accessed 20.11.2021].
- The Cut: *Why Germans Are So Angry About This Rape Case.* 21 June 2016, available at: <https://www.thecut.com/2016/06/gina-lisa-lohfink-rape-case.html> [accessed 20.11.2021].
- DW: *German court throws out model’s appeal over false rape claims.* 10 February 2017, available at: <https://www.dw.com/en/german-court-throws-out-models-appeal-over-false-rape-claims/a-37497521> [accessed 20.11.2021].
- Group of Experts on Action against Violence against Women and Domestic Violence (GREVIO): *Baseline Evaluation Report Sweden.* 21 January 2019,

- available at: <https://rm.coe.int/grevio-inf-2018-15-eng-final/168091e686> [accessed 20.11.2021].
- Hofverberg: *Sweden E: Parliament Makes Lack of Consent the Basis for Rape Charges*. 3 July 2018, available at: <http://www.loc.gov/law/foreign-news/article/sweden-parliament-makes-lack-of-consent-the-basis-for-rape-charges-introduces-criminal-liability-for-negligent-sexual-assault/> [accessed 20.11.2021].
- Independent: *Man acquitted of raping female colleague because she did not scream*. 24 March 2017, available at: <https://www.independent.co.uk/news/world/europe/man-acquitted-rape-woman-not-scream-female-colleague-turin-court-diamante-minucci-a7648451.html> [accessed 20.11.2021].
- Jutrani list: *Nezapamćen zločin u okolici Zadra: sedam mladića u godini dana više puta grupno silovali 15-godišnjakinju*. *Jutranji list*, 14 October 2019, available at: <https://www.jutarnji.hr/vijesti/crna-kronika/nezapamcen-zlocin-u-okolici-zadra-sedam-mladica-u-godini-dana-vise-puta-grupno-silovali-15-godisnjakinju-sudac-ih-pustio-da-se-brane-sa-slobode-9480887> [accessed 20.11.2021].
- Law Reform Commission: *Report Sexual Offences and Capacity to Consent 2013*, available at: https://www.lawreform.ie/_fileupload/Reports/r109.pdf [accessed 18 November 2021].
- LegalFling, available at: <https://legalfling.io/> [accessed 20.11.2021].
- New York Times: *'Ask First' at Antioch*. 11 October 1993, available at: <https://www.nytimes.com/1993/10/11/opinion/ask-first-at-antioch.html> [accessed 20.11.2021].
- Pursuit (University of Melbourne): *More than Yes or No Question*. 23 March 2016, available at: <https://pursuit.unimelb.edu.au/articles/more-than-a-yes-or-no-question> [accessed 20.11.2021].
- Slovenska tiskovna agencija (Slovenian Press Agency): *Sodba v primeru spolnega napada odmeva v javnosti*. 9. January 2019, available at: <https://www.iusinfo.si/medijsko-sredisce/dnevne-novice/234524> [accessed 20.11.2021].
- The Washington Post: *The school that's put sex to the test*. 3 December 1993, available at: https://www.washingtonpost.com/archive/lifestyle/1993/12/03/the-school-thats-put-sex-to-the-test/e5034ee3-fb89-42ab-bb5a-75d33558d0a2/?utm_term=.d66fb71adb5d [accessed 20.11.2021].
- Verdict: *Making Sense of "Yes Means Yes"*. 29 October 2014, available at: <https://verdict.justia.com/2014/10/29/making-sense-yes-means-yes> [accessed 20.11.2021].
- Washington Post-Kaiser Family Foundation, Poll: *One in 5 women say they have been sexually assaulted in college 2015*, available at: <https://www.washingtonpost.com/graphics/local/sexual-assault-poll> [accessed 16 November 2021].
- Wiener Interventionsstelle: *Nein heißt nein! Zur Reform des Strafgesetzbuches*. 2016, available at: <https://www.interventionsstelle-wien.at/taetigkeitsbericht-2015-download> [accessed 20.11.2021].



ANNA WILK
Akademia WSB w Dąbrowie Górniczej

 <https://orcid.org/0000-0002-9073-9153>

Prawne i kryminologiczne aspekty przestępczości seksualnej duchownych

Legal and criminological aspects of sexual crimes of the priests

Abstract: The article refers to the problem of sexual crimes of Roman Catholic priests. It includes an attempt of estimation of the range of the problem, based on available statistics and literature, as well as examples of reaction to the problem from the Church itself and from the state. The author analyzes potential criminogenic factors of sexual crimes in the Church, such as: the co-called “clerical culture”, the priesthood itself as a risk factor, celibacy of the clergy and homosexual orientation of the perpetrators. The article also describes the criminal law aspects of the problem, especially the punishable omission of denunciation, which is particularly important in the light of accusations of “covering up” sexual crimes by the Church or helping the perpetrators to avoid responsibility.

Keywords: sexual crimes, priests, church, perpetrators, victims

1. Wstęp

W ostatnich czasach zarówno w Polsce, jak i na świecie ujawniane są liczne przypadki molestowania seksualnego, którego dopuszczali się duchowni katoliccy. Wśród pokrzywdzonych dominują małoletni, nierzadko dopiero jako osoby dorosłe odważający się mówić o tym, co ich spotkało, i dochodzić roszczeń zmierzających do wynagrodzenia im doznanych krzywd. Przy okazji wychodzą na światło dzienne fakty, że władze kościelne niekiedy ukrywały czyny pedofilskie oraz pomagały sprawcom w uniknięciu odpowiedzialności, np. przez przenoszenie ich do innych

parafii lub kierowanie na misje zagraniczne¹. Oczywiście, zjawisko przestępstw seksualnych duchownych nie dotyczy wyłącznie księży i zakonników rzymskokatolickich, jednak z uwagi na to, że omawiany proceder w obrębie tego właśnie wyznania stał się przedmiotem największej liczby analiz i badań, niniejsze opracowanie będzie poświęcone problematyce przestępczości seksualnej w Kościele rzymskokatolickim, przede wszystkim w realiach polskich.

2. Skala zjawiska

Przybliżona skala problemu znana jest dzięki wysiłkom podjętym w niektórych krajach przez władze państwowe, organizacje społeczne i instytucje kościelne, zmierzającym do ujawnienia przypadków nadużyć seksualnych wśród duchownych, rozliczenia winnych oraz zapewnienia rekompensaty ofiarom. Niemniej występują trudności z ustaleniem rzeczywistych rozmiarów owego zjawiska, gdyż nie istnieją jednolite i kompletne dane dotyczące przestępczości seksualnej w Kościele w ujęciu globalnym. Nie wszystkie kraje bowiem prowadzą takie statystyki, w dodatku nie wszystkie zdarzenia są zgłaszane instytucjom kościelnym i państwowym. Państwowe statystyki na temat tego rodzaju przestępstw mają zaś charakter ogólny i z reguły nie zawierają klasyfikacji sprawców według zawodu (księży, nauczyciele, lekarze itp.). Statystyki odnoszące się wyłącznie do duchownych powstały jedynie w tych krajach, gdzie utworzono specjalne komisje do badania problemu przestępczości seksualnej w Kościele, lecz każda z nich miała wyznaczony pewien przedział czasowy, z którego sprawy badała. Dlatego też przytoczone tutaj dane statystyczne mają charakter tylko poglądowy i nie należy ich traktować jako obrazu realnej wielkości analizowanego procederu.

¹ Zob. np.: M. D'Antonio: *Grzechy śmiertelne. Przestępstwa seksualne i epoka skandalu w Kościele katolickim*. Warszawa 2017, s. 7–9; D.R. Garland, C. Argueta: *How clergy sexual misconduct happens: A qualitative study of first-hand accounts*. „Social Work & Christianity” 2010, vol. 37, issue 1, s. 1–5; D. Cahill: *Child sexual abuse in the Catholic Church: An interpretative review of the literature and public inquiry reports*. Melbourne 2017, s. 70–99; Child Rights International Network: *Child sexual abuse and the Holy See: The need for justice, accountability and reform. A preliminary report*. CRIN 2018 [online], s. 30–40. https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/crin_holy_see_report_final1.pdf [dostęp: 12.10.2021]; K.J. Terry: *Understanding the sexual abuse crisis in the Catholic Church: Challenges with prevention policies*. „Victims & Offenders” 2008, vol. 3, issue 1, s. 31–44; J.R. Formicola: *The politics of clergy sexual abuse*. „Religions” 2016, vol. 7, issue 1, s. 1–10; P. Parkinson: *Child sexual abuse and the Churches: A story of moral failure?*. „Current Issues in Criminal Justice” 2014, vol. 26, no. 1, s. 120–123.

Dla przykładu według przywoływanych w literaturze przedmiotu danych watykańskiej Kongregacji Nauki Wiary w skali globalnej zgłoszono 3420 wiarygodnych zarzutów nadużyć seksualnych, których sprawcami byli duchowni, w związku z czym ok. 1000 z nich zostało przeniesionych do stanu świeckiego, a na 2572 księży nałożono kary kościelne². W Stanach Zjednoczonych na zlecenie konferencji episkopatu sporządzono w 2004 r. raport obrazujący zakres zjawiska wykorzystywania seksualnego małoletnich w tamtejszym Kościele w latach 1950–2002. W dokumencie stwierdzono, że przestępstw tego typu dopuściło się 4392 duchownych (czyli 4% duchownych amerykańskich), a ich ofiarą padło ponad 10 000 małoletnich³. W Irlandii specjalna komisja rządowo-kościelna opublikowała w 2009 r. tzw. raport Ryana (od nazwiska przewodniczącego komisji, sędziego Seana Ryana), według którego w latach 1936–1990 co najmniej 800 księży, zakonników i zakonnice w kościelnych oraz państwowych domach opieki, sierocińcach i ośrodkach wychowawczych popełniało przestępstwa, nie tylko seksualne, lecz także polegające na szeroko pojętym znęcaniu się nad podopiecznymi⁴. Podobna komisja została utworzona w Australii, gdzie ustalono, że 7% tamtejszych duchownych dopuściło się w latach 1950–2010 czynów pedofilskich⁵. Również we Francji zdecydowano się na powołanie komisji – zgodnie z jej raportem w okresie 1950–2020 doszło do 216 000 przypadków przestępstw seksualnych na szkodę małoletnich, które popełnili duchowni⁶.

W Polsce, według statystyk podawanych w literaturze przedmiotu, w latach 2010–2013 co najmniej 13 duchownych zostało skazanych za przestępstwa seksualne na szkodę małoletnich, a 27 udowodniono takie nadużycia seksualne (jak można domniemywać, do skazania w tych przy-

² M. Boczek: *Pedofilia w habicie*. W: *Przestępczy seks*. Red. T. Gardocka, P. Herbowski, D. Jagiełło, P. Józwiak. Warszawa 2016, s. 191. Autor podaje dane aktualne w 2016 r.

³ Zob. *The nature and scope of sexual abuse of minors by Catholic priests and deacons in the United States, 1950–2002: A research study conducted by the John Jay College of Criminal Justice, the City University of New York*. United States Conference of Catholic Bishops, Washington 2004. <https://www.usccb.org/sites/default/files/issues-and-action/child-and-youth-protection/upload/The-Nature-and-Scope-of-Sexual-Abuse-of-Minors-by-Catholic-Priests-and-Deacons-in-the-United-States-1950-2002.pdf> [dostęp: 12.10.2021].

⁴ Zob. *Problemy molestowania w Kościele. Jak wygląda ta sprawa w innych krajach?*, Onet.pl, 15.05.2019. <https://wiadomosci.onet.pl/swiat/problemy-molestowania-seksualnego-w-kościele-australia-usa-niemcy-irlandia-chile/lmqqmek> [dostęp: 12.10.2021].

⁵ Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse: *Final report*. Vol. 16: *Religious institutions*. Book 2. Commonwealth of Australia 2017, s. 75–94. https://www.childabuseroyalcommission.gov.au/sites/default/files/final_report_-_volume_16_religious_institutions_book_2.pdf [dostęp: 12.10.2021].

⁶ Zob. S. Łucyk: *Francja: Raport o pedofilii w Kościele*. „Tygodnik Powszechny” [online], 7.10.2021. <https://www.tygodnikpowszechny.pl/francja-raport-o-pedofilii-w-kościele-169261> [dostęp: 12.10.2021].

padkach nie doszło np. wskutek przedawnienia)⁷. Z kolei raport Instytutu Statystyki Kościoła Katolickiego z marca 2019 r., obejmujący okres 1990–2018, ujawnił 382 zgłoszone przypadki przestępstw seksualnych wobec małoletnich (niektóre zarzuty dotyczyły także lat wcześniejszych); procedowanych przed organami państwa było 44% owych przypadków, z czego 63% spraw zakończyło się skazaniem oskarżonego⁸. Raport został uzupełniony w 2021 r., kiedy to ogłoszono dane za okres od 1 lipca 2018 r. do 31 grudnia 2020 r.: wpłynęło wtedy 368 nowych zgłoszeń, z czego 144 Kościół uznał za potwierdzone lub uwiarygodnione, a 186 jest w trakcie badania⁹. Tymczasem według raportu Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15 w okresie od 24 listopada 2020 r. do 30 czerwca 2021 r. prowadziła ona 100 spraw, w których jako sprawca przestępstwa została wskazana osoba duchowna (co stanowi 30% spraw rozpatrywanych przez Komisję). Spośród nich przekazano do prokuratury 55 zgłoszeń, z czego 36 dotyczyło karalnego zaniechania denuncjacji¹⁰. Z kolei A. Więcek-Durańska, prowadząca badania empiryczne obejmujące lata 2001–2019, zebrała informacje o 80 sprawach karnych, w których doszło do prawomocnego skazania księdza lub zakonnika¹¹.

Należy zauważyć, że problem przestępczości seksualnej duchownych nagłośniły głównie media – wymienić tu można m.in. reportaże *Tylko nie mów nikomu* i *Zabawa w chowanego* Tomasza i Marka Sekielskich czy *Don Stanislao* oraz *Najdłuższy proces Kościoła*, wyprodukowane przez stację TVN¹². Pojawiają się oskarżenia pod adresem nieżyjących już, ale w przeszłości popularnych i zasłużonych kapłanów, takich jak ks. prałat Henryk

⁷ Zob. M. Boczek: *Pedofilia...*, s. 191.

⁸ A. Żak, P. Krakowczyk, W. Sadłoń: *Wykorzystywanie seksualne osób małoletnich przez niektórych inkardynowanych do diecezji polskich duchownych oraz niektórych profesów wieczystych męskich zgromadzeń zakonnych i stowarzyszeń życia apostołskiego w Polsce. Wyniki kwerendy*. Warszawa 2019, s. 6–8. https://cod.ignatianum.edu.pl/images/Dokumenty_w_PDF/ISKK_Wyniki_Kwerendy_opracowanie_final.pdf [dostęp: 12.10.2021].

⁹ S. Nowotny, W. Sadłoń, P. Studnicki: *Wyniki kwerendy dotyczącej wykorzystywania seksualnego osób małoletnich przez niektórych inkardynowanych do diecezji polskich duchownych oraz niektórych profesów wieczystych męskich zgromadzeń zakonnych i stowarzyszeń życia apostołskiego w Polsce*. Warszawa 2021, s. 4. https://drive.google.com/file/d/11JABoKKKw_VPIBu_UwCZfBTyvoZpnW7b/view [dostęp: 12.10.2021].

¹⁰ *Pierwszy raport Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15*. Warszawa 2021, s. 152. https://pkdp.gov.pl/wp-content/uploads/2021/08/Raport_PKDP.pdf [dostęp: 12.10.2021].

¹¹ A. Więcek-Durańska: *Przestępczość seksualna duchownych wobec osób małoletnich – analiza przypadków*. „Psychiatria Polska” 2020, nr 190, s. 4.

¹² Filmy dostępne są w serwisie YouTube oraz na portalu TVN24.pl.

Jankowski, kapelan „Solidarności”, również związany z „Solidarnością” kard. Henryk Gulbinowicz (oskarżany zarówno o czyny seksualne, jak i o ukrywanie przestępstw innych duchownych) czy znany szczeciński duchowny ks. Andrzej Dymier¹³. Za brak dostatecznej reakcji na doniesienia o przestępstwach seksualnych podwładnych ukarani zostali także znani biskupi, m.in. Sławoj Leszek Głódź i Edward Janiak¹⁴.

3. Czynniki kryminogenne

Problem przestępczości seksualnej w Kościele jest skomplikowany pod względem kryminologicznym z uwagi na to, że w literaturze przedmiotu nie ma jednomyślności co do potencjalnych czynników sprzyjających owemu zjawisku. Warte omówienia są wszakże okoliczności najczęściej przywoływane w tym kontekście, mianowicie:

- tzw. kultura klerykalna (klerykalizm),
- specyfika stanu duchownego,
- celibat,
- orientacja homoseksualna sprawców.

Jednak również kryminogenne działanie wymienionych czynników niekiedy podaje się wątpliwość – widać to szczególnie w przypadku celibatu i homoseksualizmu sprawców, o czym będzie mowa dalej.

3.1. „Kultura klerykalna”

Wskazuje się czasem na to, że wykorzystywaniu seksualnemu sprzyjają swoiste rozumienie kapłaństwa oraz pewien sposób funkcjonowania tego urzędu, łącznie określane mianem tzw. kultury klerykalnej, której główną cechą stanowi rozpowszechnione przekonanie o wyższości duchowieństwa nad osobami świeckimi¹⁵. Akcentowanie nadzwyczajnej roli kapłana umacnia go w poczuciu władzy, zwłaszcza duchowej, co sprawia, że ofierze trudno jest mu się przeciwstawić, z kolei społeczeństwu nieła-

¹³ Więcej na temat poszczególnych spraw zob. np. A. Nowak, S. Obirek: *Gomora. Władza, strach i pieniądze w polskim Kościele*. Warszawa 2021. Jest to co prawda opracowanie o charakterze publicystycznym, lecz porusza szeroki zakres wątków.

¹⁴ Zob. T. Krzyżak: *Abp Głódź i bp Janiak ukarani przez papieża*. „Rzeczpospolita” [online], 29.03.2021. <https://www.rp.pl/kosciol/art204521-abp-glodz-i-bp-janiak-ukarani-przez-papieza> [dostęp: 12.10.2021].

¹⁵ Zob. E. Kusz: *Wykorzystanie seksualne małoletnich przez osoby duchowne – analiza zjawiska*. „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2105, T. 14, nr 1, s. 42 oraz literaturę przywołaną w tym źródle; T.P. Doyle: *Clericalism: Enabler of clergy sexual abuse*. „Pastoral Psychology” 2006, vol. 54, issue 3, s. 189–213.

two uwierzyć, że kapłan mógłby dopuścić się wykorzystania seksualnego – z tej perspektywy „winna” staje się ofiara¹⁶.

Jak słusznie zauważa E. Kusz: „[...] osobie wykorzystanej seksualnie przez kapłana bardzo trudno ujawnić to zdarzenie ze względu na towarzyszący [mu – A.W.] wstyd i poczucie winy większe niż u ofiar wykorzystania seksualnego dokonanego przez innych sprawców, poza kontekstem kościelnym. Wiąże się to z rolą kapłana w danej społeczności lokalnej i w rodzinie ofiary, popartą konsekwentnie budowaną nieposzlakowaną opinią. Osoba wykorzystana w konfrontacji z kapłanem ma poczucie bycia niewiarygodną i boi się, że nikt jej nie uwierzy. Obawia się również stygmatyzacji, na którą mogłaby być narażona, szczególnie w niewielkich społecznościach lub we wspólnotach religijnych, w których sprawca był liderem. [...] Im bardziej ksiądz był odbierany jako ktoś wyjątkowy, bo przynależący do innego, świętego świata, tym bardziej ofiara bierze winę na siebie”¹⁷.

3.2. Specyfika stanu duchownego

W literaturze przedmiotu przeważa pogląd, że uwzględniając proporcje duchownych oskarżonych do tych, którzy nigdy nie dopuścili się przestępstw seksualnych, nie można mówić o klerze katolickim jako o grupie zwiększonego ryzyka. Wśród badaczy nie ma natomiast jednomyślności, czy na tle duchowieństwa innych wyznań oraz reprezentantów innych zawodów zaufania społecznego księża katolicy nie stanowią takiej grupy¹⁸.

Niektórzy przedstawiciele doktryny zwracają uwagę także na możliwości kryminalny wpływ struktury kościelnej. Zaznacza się, że „seminaria potrafią kształtować poświęconych, pogrążonych w modlitwie i mądrych mężczyzn, jednak klasyczny system seminaryjny formuje również w duchu konformizmu i bezwzględnej akceptacji zwierzchników. Doświadczenie bycia zdominowanym, tkwienie w kulturze żądającej bezmyślnego posłuszeństwa (bądź przynajmniej takiej, która zdaje się tego oczekiwać) może spowodować, że ten ksiądz, kiedy będzie sam dysponował władzą, będzie bezwzględny i dominujący”¹⁹. Kulturę kapłanów porównuje się czasem do kultury feudalnej lub wojskowej i podkreśla, że

¹⁶ E. Kusz: *Wykorzystanie...*, s. 42.

¹⁷ Ibidem, s. 37.

¹⁸ J. Prusak: *Duchowny-pedofil, czyli kto?*. „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2015, T. 14, nr 1, s. 17.

¹⁹ S. Czapnik: *Piekło to inni. Kościół rzymskokatolicki w Polsce wobec duchownych molestujących seksualnie dzieci*. W: A. Kuształ, S. Czapnik: *Religia i Kościoły w polskiej przestrzeni publicznej*. Opole 2015, s. 177.

księży czy biskupi, którzy „robią problemy” (czyli informują o nadużyciach), mają mniejsze szanse na awans²⁰. W myśl tej koncepcji wspomniany już klerykalizm przyczynił się też do powstania „kultury tajności”, gdyż przywódcy kościelni przedkładają poufność oraz prawo księży do prywatności nad zapobieganie dalszemu krzywdzeniu ofiar i nad ich prawa²¹. Wydaje się zatem, że „feudalny” sposób funkcjonowania struktury organizacyjnej Kościoła potencjalnie oddziałuje kryminogennie, lecz nie tyle na same przestępstwa seksualne, ile raczej na przestępstwa ich tuszowania (czyli karalnego zaniechania denuncjacji).

3.3. Celibat

Problem wpływu celibatu na zjawisko przestępczości seksualnej w Kościele należy bodaj do najbardziej kontrowersyjnych. W literaturze przedmiotu niekiedy formułuje się hipotezy, że przyczyną wykorzystywania seksualnego przez duchownych jest ich obowiązkowy celibat²². Czasami próbuje się także dowodzić, jakoby celibat stanowił przejaw nieświadomej ucieczki przed problemami psychologicznymi i seksualnymi, które rozpoczęły się, zanim dana osoba wstąpiła do seminarium²³.

Niemniej takie tezy są też podawane w wątpliwość, a niektóre badania kwestionują zarówno związek pomiędzy celibatem duchownych a wykorzystywaniem seksualnym małoletnich, jak i twierdzenie, iż Kościół ze swej istoty sprzyja molestowaniu²⁴. Wskazuje się natomiast na brak pełnej formacji (tj. doskonalenia się w cnotach chrześcijańskich), w tym wypadku – brak dojrzałości do celibatu, oraz na fakt, że część duchownych nie traktuje go mandatorycznie i go nie przestrzega, co zresztą stanowi oznakę szerszego problemu kontestowania obligatoryjnego celibatu księży²⁵.

3.4. Orientacja homoseksualna sprawców

Źródłem rozważań na temat roli orientacji seksualnej duchownych popełniających przestępstwa seksualne jako potencjalnego czynnika

²⁰ Ibidem.

²¹ Ibidem.

²² Zob. E. Kusz: *Wykorzystanie...*, s. 42 i literaturę przywołaną w tym źródle.

²³ J. Prusak: *Parafilie wśród księży Kościoła rzymskokatolickiego. Co wiemy, czego i nie wiemy, o duchownych wykorzystujących seksualnie małoletnich*. „Psychiatria Polska” 2020, T. 54, nr 3, s. 586. Zob. też literaturę przywołaną w tym źródle.

²⁴ Zob. E. Kusz: *Wykorzystanie...*, s. 42 i literaturę przywołaną w tym źródle; J. Prusak: *Parafilie...*, s. 586 i literaturę przywołaną w tym źródle.

²⁵ J. Prusak: *Duchowny...*, s. 22.

kryminogennego jest fakt, że wśród ofiar większość stanowią chłopcy (np. w USA ponad 80%, w Irlandii przypadało ich dwóch, trzech na jedną dziewczynkę)²⁶. Istnieją różne teorie wyjaśniające taki dobór ofiar. Według niektórych badaczy sprawcy uznawali relacje seksualne z chłopcami za „aseksualne”, ponieważ nie łamały celibatu i nie były ich zdaniem równie grzeszne jak relacje z kobietami²⁷. Inni zauważają, że owa dysproporcja w podziale na płcie wynika z częstszego kontaktu księży z chłopcami niż z dziewczętami (np. to chłopcy tradycyjnie pełnią posługę ministrantów)²⁸. Jeszcze inni zaś tłumaczą dobór ofiar niedojrzałością psychoseksualną duchownych, którzy czują się bardziej komfortowo pod względem seksualnym i emocjonalnym w relacjach z nastolatkami, a obcowania z nimi nie traktują w kategoriach stosunków seksualnych; sugeruje się też zahamowania rozwojowe sprawców związane z celibatem i pozostanie „wiecznymi chłopcami”, odnajdującymi w nastolatkach „bratnie dusze”²⁹.

Kolejne potencjalne wyjaśnienie odsyła nas do istniejącego w świadomości społecznej stereotypu, zgodnie z którym to raczej kobiety niż mężczyźni padają ofiarą przestępstw seksualnych, wobec czego przyznanie się przez nie do tego uważane jest za naturalniejsze (stereotypowy obraz słabej kobiety, która nie potrafi skutecznie stawić oporu silniejszemu napastnikowi). Natomiast mężczyznę opowiadającego o swoich krzywdach traktuje się podejrzliwie, kwestionuje się jego męskość i zarzuca mu, że przecież mógł się obronić, co rzutuje później na niechęć mężczyzn i chłopców do zgłaszania przypadków przemocy seksualnej (i na co niewątpliwie liczą sprawcy)³⁰. Nie bez znaczenia wydaje się także społeczne tabu wokół relacji homoseksualnych, również tych wymuszonych.

W literaturze przedmiotu wskazuje się raczej, że sama orientacja homoseksualna nie jest czynnikiem warunkującym możliwość popełnienia analizowanego tu typu przestępstwa, a mężczyźni homoseksualni (nie tylko księża) nie stanowią większego zagrożenia, jeżeli chodzi o wykorzystywanie seksualne małoletnich, niż mężczyźni heteroseksualni³¹.

²⁶ Ibidem, s. 17.

²⁷ Ibidem, s. 18.

²⁸ Ibidem.

²⁹ J. Prusak: *Parafilie...*, s. 586.

³⁰ Podobnie M.J. Lisiecki: *Pedofilia oraz przemoc seksualna wobec dzieci i młodzieży a zabójstwa homoseksualne (wybrane aspekty z badań empirycznych)*. „Przegląd Policyjny” 2013, nr 3, s. 146. Na temat kulturowych uwarunkowań przemocy wobec mężczyzn zob. też np. M. Makara-Studzińska, A. Madej: *Przemoc wobec mężczyzn*. „Hygeia Public Health” 2015, T. 50, nr 4, s. 581 i nast.

³¹ J. Prusak: *Duchowny...*, s. 18–19; Idem: *Parafilie...*, s. 585.

4. Skutki wizerunkowe dla Kościoła

W ostatnich latach nawet w tradycyjnie katolickich krajach, m.in. w Polsce, widoczny jest spadek zaufania społecznego do Kościoła. Wyraża się on w takich zjawiskach jak: laicyzacja społeczeństwa (zwłaszcza młodzieży), wzrost nastrojów antyklerykalnych, spadek frekwencji na nabożeństwach, coraz większa liczba apostazji, malejąca liczba chrztów, ślubów i pogrzebów kościelnych, spadek liczby uczniów uczestniczących w lekcjach religii czy też protesty społeczne przeciwko przestępstwom seksualnym w Kościele (do najbardziej spektakularnych aktów protestu należy obalenie przez grupę aktywistów pomnika ks. Henryka Jankowskiego w Gdańsku, który to pomnik finalnie został trwale usunięty decyzją rady miasta) i niedostatecznej, zdaniem protestujących, reakcji hierarchów na owe czyny³².

Problem jednak w tym, że trudno ocenić, w jakim stopniu wymienione zjawiska są rezultatem nadużyć seksualnych w Kościele i związanego z nimi powszechnego oburzenia, a w jakim – przejawem laicyzacji, tendencji typowej dla większości krajów europejskich (wynikającej m.in. ze wzrostu zamożności społeczeństwa, rozwoju nauki i racjonalizacji poglądów na świat, zmian stylu życia i nasilenia się indywidualizmu). Mogą one również być konsekwencją obserwowanej w Polsce ogólniejszej kontestacji instytucji Kościoła oraz innych oskarżeń formułowanych pod jej adresem, np. o zaangażowanie w sprawy polityczne, brak transparentno-

³² O tego typu zjawiskach regularnie donoszą media, powołując się na badania opinii publicznej – zob. np. Z. Bukłaha: *Młodzi uciekają z Kościoła. „To już nie jest pełzająca sekularyzacja, ale klus”*. „Gazeta Wyborcza” [online], 15.03.2021. <https://warszawa.wyborcza.pl/warszawa/7,54420,26872087,0-polowe-mniej-powolan-mlodzi-odchodza-z-kosciola-kai-to.html?disableRedirects=true> [dostęp: 12.10.2021]; J. Dymek: *Młodzi rozczarowani Kościołem*. „Przegląd” [online], 17.06.2019. <https://www.tygodnikprzeglad.pl/mlodzi-rozczarowani-kosciolem/> [dostęp: 12.10.2021]; R. Cieniek: *Jak to jest z tą wiarą w Polsce?* Onet.pl, 18.07.2018. <https://wiadomosci.onet.pl/religia/wiara/jak-to-jest-z-ta-wiara-w-polsce/vz4mq4n> [dostęp: 12.10.2021]; M. Wernio: *Coraz mniej uczniów chce chodzić na religię. Rekordowe spadki w niektórych dzielnicach*. Noizz.pl, 16.12.2020. <https://noizz.pl/spoleczenstwo/spadek-liczby-uczniow-chodzacych-na-religie-nie-tylko-w-warszawie/2ggppys> [dostęp: 12.10.2021]; KK [K. Kolasa]: *Polacy rezygnują z chrztów, komunii i ślubów kościelnych. Wzrosła też liczba aktów apostazji*. eDziecko.pl, 21.12.2020. <https://www.edziecko.pl/rodzice/7,79361,26628650,polacy-rezygnuja-z-chrztow-komunii-i-slubow-kościelnych-wzrosła.html> [dostęp: 12.10.2021]; P. Kościński: *Dziecięce buciki na murach kościołów. Polska upamiętnia ofiary księży pedofilów*. „Gazeta Wyborcza” [online], 26.08.2018. <https://wyborcza.pl/7,75398,23827676,dzieciece-buciki-na-murach-kosciolow-polska-upamiennia-ofiary.html> [dostęp: 12.10.2021]; M. Deja: *Pomnik ks. Jankowskiego znika. Zdecydowali radni*. Wirtualna Polska, 8.03.2019. <https://wiadomosci.wp.pl/pomnik-ks-jankowskiego-znika-zdecydowali-radni-6357115182552705a> [dostęp: 12.10.2021].

ści w kwestiach majątkowych czy próby narzucania obywatelom przekonań katolickich przez promowanie zmian w prawie, dotyczących chociażby aborcji czy zapłodnienia *in vitro*. Niestety, większość badań na temat zmian religijności Polaków nie udziela odpowiedzi na pytanie, czy i w jakiej mierze skandale seksualne w Kościele stanowią przyczynę niechęci do niego respondentów deklarujących taką postawę³³.

Za pewną próbę – choć jedynie próbę – owej odpowiedzi można uznać najwyższą sondaż publikowane bezpośrednio po ujawnieniu przypadków przestępstw seksualnych duchownych, które szczególnie zbulwersowały opinię publiczną. Jako przykład może posłużyć sondaż IBRiS dla „Rzeczpospolitej” przeprowadzony 13–14 listopada 2020 r., a więc niedługo po emisji reportażu *Don Stanislao*, stawiającego w negatywnym świetle kard. Stanisława Dziwisza i sugerującego, że hierarcha nie zareagował należycie na informacje o przestępstwach seksualnych podległego mu księdza. W sondażu tym 32% respondentów oceniło swój stosunek do Kościoła jako negatywny (35% jako pozytywny, 31% jako neutralny, 2% nie miało zdania), aczkolwiek wśród osób pomiędzy 18. a 29. rokiem życia aż 47% było do Kościoła nastawionych negatywnie, a tylko 9% – pozytywnie³⁴. Opinie na temat samego kard. Dziwisza kształtowały się następująco: 58% respondentów oceniło go źle, 20% – dobrze, tymczasem wśród mieszkańców Małopolski (czyli terenu archidiecezji krakowskiej, zarządzanej przez kardynała) – aż 72% źle, natomiast zaledwie 12% dobrze³⁵. Wynikałoby stąd, że skandale seksualne mogą być jednym z istotnych czynników zniechęcających ludzi do instytucji Kościoła. Potwierdzałyby to także wyniki sondażu przeprowadzonego wśród nastolatków pomiędzy 14. a 18. rokiem życia: aż 63% respondentów wskazało, że powód zmian w swojej religijności upatruje w braku odpowiedniej reakcji Kościoła na pedofilię we własnych szeregach, a 64,8% – w niezgodności tego, co mówi religia, z czynami przedstawicieli Kościoła (dla porównania jego zaangażowanie w politykę jako przyczynę niechęci wy-

³³ Tezę o powiązaniu skandali seksualnych ze wzrostem negatywnych postaw wobec Kościoła postawiono np. w sondażu CBOS z 2018 r. – zob. R. Boguszewski: *Religijność Polaków i ocena sytuacji Kościoła katolickiego*. Komunikat z badań CBOS 2018, nr 147, s. 6. https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2018/K_147_18.PDF [dostęp: 12.10.2021]. Stwierdzono tam, że po raz pierwszy w historii badań sytuacja Kościoła postrzegana jest bardziej negatywnie niż pozytywnie, oraz odnotowano wzrost ocen negatywnych i zasugerowano, że może mieć na to wpływ m.in. ujawnianie przypadków pedofilii wśród duchownych.

³⁴ Zob. T. Krzyżak: *Sondaż: Kościół w błyskawicznym tempie traci wiernych*. „Rzeczpospolita” [online], 15.11.2020. <https://www.rp.pl/kosciol/art422501-sondaz-kosciol-w-blyskawicznym-tempie-traci-wiernych> [dostęp: 12.10.2021].

³⁵ Ibidem.

mieniło 43,2% respondentów, z kolei niewłaściwy, zdaniem ankietowanych, stosunek do związków partnerskich i aborcji – 31,4%)³⁶.

5. Aspekty prawnokarne

5.1. Karalne zaniechanie denuncjacji

Problem przestępczości seksualnej w Kościele nie sprowadza się tylko do przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności *sensu stricto*. Nie mniej ważnym jego aspektem są przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości związane z ukrywaniem popełnionych czynów. Najważniejszy przepis polskiego prawa karnego mogący ulec naruszeniu w tym kontekście stanowi art. 240 § 1 Kodeksu karnego³⁷, zgodnie z którym przestępstwem jest niezawiadomienie organów powołanych do ścigania przestępstw – mimo posiadania wiarygodnej informacji – o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynów zabronionych wymienionych w owym przepisie, m.in. przestępstw określonych w art. 197 § 3 i 4 k.k. (kwalifikowanych typów zgwałcenia, tj. zgwałcenia zbiorowego, kazirodczego, zgwałcenia małoletniego poniżej lat 15 i zgwałcenia ze szczególnym okrucieństwem), art. 198 k.k. (seksualnego wykorzystania bezradności innej osoby) i art. 200 k.k. (obcowania płciowego z osobą małoletnią lub doprowadzenia jej do poddania się innej czynności seksualnej albo wykonania takiej czynności). Warto nadmienić, że na mocy ustawy z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego³⁸ przepis ten został rozszerzony o obowiązek zawiadomienia o niektórych innych przestępstwach seksualnych.

Stosownie do art. 240 § 2 k.k. nie popełnia przestępstwa zaniechania denuncjacji ten, kto zaniechał jej, gdyż miał dostateczną podstawę do przyjęcia, że organ powołany do ścigania przestępstw wie o przygotowywanym, usiłowanym lub dokonanym czynie zabronionym; nie popełnia przestępstwa również ten, kto zapobiegł popełnieniu przygotowywanego lub usiłowanego czynu zabronionego określonego w § 1 analizowanego przepisu.

Należy zaznaczyć, że denuncjacja musi zostać dokonana przed organami ścigania, a nie przed innymi instytucjami czy osobami. W świetle

³⁶ Zob. G. Zawadka: *Sondaż: Co młodzi Polacy sądzą o Kościele?*. „Rzeczpospolita” [online], 16.03.2021. <https://www.rp.pl/kosciol/art224801-sondaz-co-mlodzi-polacy-sadza-o-kosciele> [dostęp: 12.10.2021].

³⁷ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2021, poz. 2345, 2447.

³⁸ Dz.U. 2017, poz. 773.

treści art. 240 § 1 k.k. bowiem poinformowanie władz zwierzchnich sprawcy (np. biskupa, przełożonych zakonnych, papieża) nie wyłącza bezprawności czynu będącego przedmiotem tego przepisu, gdyż wymaga on wyraźnie zawiadomienia organu powołanego do ścigania przestępstw. Jest to szczególnie istotne w kontekście Kościoła, ponieważ jego hierarchowie nie mogą tłumaczyć niezawiadomienia organów państwa tym, że przecież donieśli o przestępstwie władzom zwierzchnim lub wszczęli postępowanie kanoniczne. Zainicjowanie wewnętrznych procedur kościelnych nie wystarcza więc do wypełnienia obowiązku denuncjacji.

Zgodnie z omawianym przepisem denuncjacja ma być niezwłoczna. „Niezwłoczna” nie zawsze oznacza „natychmiastowa” – przestępstwo z art. 240 § 1 k.k. uznaje się za popełnione wtedy, gdy upłynął czas na wykonanie najprostszych czynności, które przeciętny człowiek podjąłby w danych okolicznościach (telefon, e-mail, SMS, list itp.)³⁹.

Z treści art. 240 § 1 k.k. wynika też, że warunek przestępności niezawiadomienia stanowi wiarygodność posiadanej wiadomości o karalnym przygotowaniu, usiłowaniu lub dokonaniu czynu zabronionego. Jak wskazuje się w literaturze, wiarygodna wiadomość nie musi być prawdziwa; nie wymaga zatem pewności, a jedynie takiego stopnia uprawdopodobnienia, by u każdego człowieka rozsądnie oceniającego fakty wywołać podejrzenie co do zaistnienia przestępstwa⁴⁰. Zauważa się także, iż należy odróżnić sytuację, gdy denuncjator ma bezpośrednią wiedzę o dokonaniu przestępstwa, od sytuacji, która dotyczy wiedzy zasłyszanej – w tym drugim wypadku wiarygodność informacji o prawdopodobieństwie popełnienia czynu zabronionego musi wynikać z okoliczności jej uzyskania oraz stopnia jej szczegółowości⁴¹. Ocena owej wiarygodności wydaje się najistotniejsza, aby stwierdzić, czy doszło do karalnego zaniechania denuncjacji. Łatwo bowiem wyobrazić sobie przypadek, w którym do przełożonego sprawcy docierają informacje o możliwym popełnieniu przestępstwa seksualnego przez podwładnego, jednak przełożony nie chce dać im wiary, uznawszy je za zwykłe pomówienia lub insynuacje. Niekiedy też zaufanie społeczne i autorytet, jakimi cieszy się osoba podejrzana (np. duchowny), są tak duże, że otoczeniu trudno w ogóle dopuścić do

³⁹ *Kodeks karny. Część szczególna. T. 2: Komentarz. Art. 222–316.* Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Wyd. 4. Warszawa 2017 [Legalis], art. 240 k.k., s. 233.

⁴⁰ M. Banaś-Grabek. W: M. Banaś-Grabek, B. Gadecki, J. Karnat, A. Łyżwa, R. Łyżwa: *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz.* Wyd. 1. Warszawa 2020 [Legalis], art. 240 k.k., nb 4.

⁴¹ M. Królikowski: *Problemy z nowym zakresem obowiązku zawiadomienia o przestępstwie.* „Forum Prawnicze” 2021, nr 4 (66), s. 18.

świadomości myśl, by mógł dokonać analizowanego tu przestępstwa⁴². Ma to szczególne znaczenie w kontekście teorii „kultury klerykalnej”, która – jak się okazuje – może działać jako czynnik kryminogeny w odniesieniu nie tylko do samych przestępstw seksualnych, ale również do przestępstwa zaniechania denuncjacji.

Nie do obrony z karnistycznego punktu widzenia byłaby jednak sytuacja, w której duchowny nie przekazuje organom ścigania uzyskanej wiadomości o przestępstwie innego duchownego (np. biskup nie reaguje na skargę osoby wykorzystanej seksualnie przez księdza) wyłącznie z uwagi na zaufanie do sprawcy czy jego dotychczasową nieskazitelną opinię bądź ze względu na reputację instytucji, w której sprawca funkcjonuje (całego Kościoła albo np. zakonu). Weryfikacja, czy doszło do popełnienia przestępstwa, należy do organów ścigania, a jeżeli oskarżenia okażą się bezpodstawne, powinny nastąpić odmowa wszczęcia postępowania lub jego umorzenie⁴³. Osoba, do której docierają informacje o popełnionych przestępstwach seksualnych, nie może więc stawiać siebie w roli prokuratora ani sędziego i we własnym zakresie rozstrzygać, czy wiadomość o przestępstwie zasługuje na wiarę, czy też nie. Odstąpienie od obowiązku denuncjacji byłoby usprawiedliwione jedynie w rzadkich – jak się wydaje – przypadkach, gdy rzekomy sprawca ma niepodważalne alibi (np. w sytuacji kiedy do biskupa przychodzi ze skargą ministrant jakoby zgwałcony przez księdza na plebanii w określonym dniu o określonej godzinie, tymczasem biskup wie, że o tej akurat porze oskarżony nie znajdował się na plebanii, ponieważ odprawiał razem z nim mszę w kościele)⁴⁴.

Warto nadmienić, że obowiązek zawiadomienia o przestępstwach seksualnych wobec małoletnich istnieje także na gruncie prawa wewnętrznego Kościoła rzymskokatolickiego; ustanowiony został w Wytycznych Konferencji Episkopatu Polski z dnia 8 października 2014 r. (znowelizowanych 6 czerwca 2017 r.) dotyczących wstępnego dochodzenia kanonicznego w przypadku oskarżeń duchownych o czyny przeciwko szóstemu przykazaniu Dekalogu z osobą niepełnoletnią poniżej osiemnastego roku życia⁴⁵. Zgodnie z art. 1 aneksu nr 2 do Wytycznych, kiedy przełożony kościelny, którym jest odpowiednio biskup diecezjalny lub wyższy

⁴² A. Wilk: *Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu szkód wyrządzonych przez cudze czyny zabronione o charakterze seksualnym*. Warszawa 2021, s. 126.

⁴³ Zob. *ibidem*, s. 126–127.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ Źródło: <https://episkopat.pl/wytyczne-dotyczace-wstepnego-dochodzenia-kanonicznego-w-przypadku-oskarzen-duchownych-o-czyny-przeciwko-szostemu-przykazaniu-dekalogu-z-osoba-niepelnoletnia-ponizej-osiemnastego-roku-zycia-2/> [dostęp: 12.10.2021]. Szerzej o penalizacji przemocy seksualnej w prawie kanonicznym zob. np. L. Świto: *Penalizacja przemocy seksualnej w prawie polskim i w prawie kanonicznym*. „Forum Teologiczne” 2015, T. 16, s. 68–73.

przełożony zakonny, otrzyma przynajmniej prawdopodobną wiadomość o popełnieniu przez duchownego takiego czynu, zobowiązany jest do wszczęcia wstępnego dochodzenia kanonicznego. Z kolei art. 2 aneksu stanowi, że czynności i działania, jakie podejmuje przełożony kościelny wobec podejrzanego duchownego, mogą obejmować m.in. odsunięcie go od obowiązków wynikających z powierzonych urzędów, posług lub zadań w celu uniemożliwienia mu ewentualnego kontynuowania przestępstwa. Reagując na zmiany legislacyjne w art. 240 k.k., 6 czerwca 2017 r. do aneksu nr 2 do Wytycznych dodano art. 1a, według którego w przypadku gdy z treści zgłoszenia wynika możliwość popełnienia czynu zabronionego opisanego w art. 197 § 3 lub 4 k.k., art. 198 k.k. albo art. 200 k.k., a doniesienie można uznać za wiarygodne, przełożony kościelny zawiadamia za pośrednictwem wyznaczonego pełnomocnika właściwy organ powołany do ścigania przestępstw; nie ma jednak takiego obowiązku, jeśli wie, że organy ścigania zostały powiadomione o owym czynie. Zawiadomienia trzeba dokonać w formie pisemnej z urzędowym potwierdzeniem jego złożenia, podając dane domniemanego sprawcy, ogólny opis czynu zabronionego, imię i nazwisko domniemanego pokrzywdzonego oraz dane osoby, od której uzyskano informacje. Niemniej jeżeli z treści lub charakteru zgłoszenia wynika w sposób ewidentny, że jest ono niewiarygodne, organy ścigania należy zawiadomić niezwłocznie dopiero wtedy, gdy ewentualnie podjęte wstępne dochodzenie kanoniczne potwierdziło prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego, o którym mowa w art. 197 § 3 lub 4 k.k., art. 198 k.k. i art. 200 k.k.⁴⁶

Jak słusznie zauważa się w doktrynie, obowiązek denuncjacji wynikający z Wytycznych Konferencji Episkopatu Polski ma ograniczony zakres w stosunku do prawa „świeckiego”, ponieważ obejmuje wyłącznie czyny zabronione mogące być przestępstwami seksualnymi przeciwko małoletniemu (tj. opisane w art. 197 § 3 lub 4, art. 198 i art. 200 k.k.). Ponadto prawodawca kościelny ograniczył obowiązek denuncjacji do sytuacji, w których dokonano czynu zabronionego, zatem nie ma kanonicznego obowiązku denuncjacji ten, kto wie o usiłowaniu popełnienia takiego czynu, chociaż w polskim prawie karnym jest ono zawsze karalne (art. 13 § 1 k.k.)⁴⁷. Stanowi to dość istotny mankament regulacji wewnętrzkościelnej i należy uznać, że zastosowanie się do niej oraz niezawiadomienie o usiłowaniu nie może zwolnić osoby, która zaniechała denuncjacji, od odpowiedzialności na podstawie art. 240 k.k. Dodatkowo trzeba zaznaczyć, że duchowni – tak jak wszystkie inne osoby – mają też spo-

⁴⁶ Zob. A. Wilk: *Odpowiedzialność...*, s. 131–133.

⁴⁷ P. Kroczyński: *Kilka uwag do znowelizowanych Wytycznych Konferencji Episkopatu Polski w kontekście zasad techniki legislacyjnej oraz znowelizowanego art. 240 § 1 kodeksu karnego*. „*Annales Canonici*” 2017, nr 13, s. 96.

łeczny obowiązek zawiadomienia o przestępstwie ściganym z urzędu (w tym o usiłowaniu), na podstawie art. 304 § 1 Kodeksu postępowania karnego⁴⁸.

5.2. Problem tajemnicy spowiedzi

Szczególne rozważenia – zwłaszcza w związku ze zjawiskiem pedofilii w instytucjach kościelnych – wymagają sytuacji, w których duchowny dowiaduje się podczas spowiedzi o procederze wykorzystywania seksualnego, i skutki zaniechania przez niego stosownej reakcji, np. w postaci zawiadomienia organów ścigania. Dyskusja o tej kwestii w kontekście zapobiegania przestępstwom seksualnym wobec małoletnich przybrała na sile, kiedy niedawno w dwóch stanach w Australii oraz w stanie Kalifornia w USA weszły w życie przepisy umożliwiające karanie księży i zakonników za ukrywanie przypadków pedofilii, o których usłyszeli na spowiedzi, co spotkało się z ostrą krytyką Stolicy Apostolskiej⁴⁹.

W prawie polskim tajemnica spowiedzi jest chroniona w przepisach zarówno procedury karnej, jak i procedury cywilnej, które ustanawiają ograniczenia dowodowe w zakresie przesłuchiwania duchownych jako świadków pod kątem okoliczności przedstawionych im na spowiedzi. Przepis art. 178 pkt 2 k.p.k. wprowadza zakaz przesłuchiwania duchownego jako świadka w sprawie faktów, o których dowiedział się w trakcie jej udzielania. W procedurze cywilnej odpowiednik tego przepisu stanowi art. 261 § 2 zd. 2 Kodeksu postępowania cywilnego⁵⁰, zgodnie z którym ksiądz lub zakonnik może odmówić zeznań na temat faktów powierzonych mu podczas spowiedzi. Także w Wytycznych Konferencji Episkopatu Polski zaznaczono, że treścią zawiadomienia o przestępstwie nie mogą być w żadnym razie wiadomości uzyskane z sakramentalnego forum wewnętrznego (tajemnica spowiedzi) ani w ramach kierownictwa duchowego.

W doktrynie wskazuje się słusznie, że przez pojęcie „spowiedź” należy rozumieć czynność polegającą na wyznaniu grzechów duchownemu w celu otrzymania ich odpuszczenia, a odnosi się to zasadniczo do każdej konfesji (aczkolwiek część przedstawicieli doktryny zauważa, że

⁴⁸ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2021, poz. 534.

⁴⁹ *Tajemnica spowiedzi może być naruszona przy grzechu pedofilii? Watykan komentuje*. „Wprost” [online], 2.07.2019. <https://www.wprost.pl/swiat/10230143/tajemnica-spowiedzi-moze-byc-naruszona-przy-grzechu-pedofilii-watykan-komentuje.html> [dostęp: 12.10.2021].

⁵⁰ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. T.j. Dz.U. 2021, poz. 11.

chodzi o legalnie działające związki wyznaniowe) i do każdego kapłana (z wyjątkiem osób tylko podających się za kapłanów), nawet jeżeli zgodnie z prawem wewnętrznym danego związku wyznaniowego nie miał on uprawnień do spowiadania, w tym do byłego kapłana w zakresie spowiedzi wysłuchanych przez niego przed rezygnacją z kapłaństwa⁵¹.

Trzeba raczej przychylić się do stanowiska, wedle którego instytucja tajemnicy spowiedzi, jako utrwalona tradycją i ważna dla osób wierzących, nie powinna co do zasady doznawać ograniczenia nawet w przypadku tak istotnych szkód jak wyrządzone wskutek przestępstw seksualnych. Jej zniesienie przypuszczalnie prowadziłoby do jeszcze poważniejszych napięć społecznych wokół problemu pedofilii w Kościele – może powstać grupa swego rodzaju „męczenników”, czyli księży odmawiających ujawnienia tajemnicy spowiedzi nawet za cenę więzienia, to z kolei będzie stanowiło argument dla środowisk postrzegających nagłaśnianie problemu nadużyć seksualnych w omawianej tu instytucji w kategoriach „nagonki na Kościół”. W dodatku tak poważny wyjątek od zasady ochrony zaufania między penitentem a kapłanem mógłby zapoczątkować dalsze uchYLENIA ochrony szeroko pojętej tajemnicy zawodowej (np. lekarskiej, adwokackiej), co nie byłoby korzystne z punktu widzenia ochrony praw człowieka. Duchowny ani osoba prawna, w ramach której działał, nie powinni zatem być rozliczani z niezawiadomienia o przestępstwie wspomnianym w trakcie spowiedzi.

Wydaje się jednak, że istnieje pewien wyłom w tej zasadzie, który może dawać podstawę do przyjęcia odpowiedzialności duchownego wysłuchującego spowiedzi, lecz nie karnej, ale cywilnej. Mianowicie w przypadku gdy dowiedział się on np. o skłonnościach pedofilskich innego duchownego, a następnie – ponieważ był organem kościelnej osoby prawnej i miał wpływ na obsadę stanowisk – wyznaczył go do pracy z dziećmi, może ponieść odpowiedzialność cywilną za szkody, które wyrządził sprawca, np. na podstawie winy w wyborze zgodnie z art. 429 Kodeksu cywilnego⁵². Duchowny nie ma więc obowiązku naruszania tajemnicy spowiedzi przez denuncjację sprawcy organom ścigania, niemniej jeżeli odpowiada za przydział określonych stanowisk kościelnych i nie uczyni z informacji uzyskanej na spowiedzi należytego użytku (czyli np. skieruje podwładnego o skłonnościach pedofilskich do nauki religii lub opieki nad ministrantami), to można mówić o związku przyczynowym jego zaniechania ze szkodą wyrządzoną przez bezpośredniego sprawcę. Oczywiście, proble-

⁵¹ Zob. M. Szymański: *Tajemnica spowiedzi w prawie polskim – stan aktualny i propozycje zmian*. „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2017, nr 4, s. 75–76 oraz literaturę przywołaną w tym źródle.

⁵² Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. T.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.

mem może być wykazanie, że przełożony powierzający sprawcy wykonanie konkretnych czynności wiedział o jego niewłaściwych skłonnościach (jak się wydaje, będzie to możliwe tylko wówczas, gdy sam sprawca przyzna, że spowiadał się z nich u owego duchownego), jednak w tym przypadku da się zapobiec ewentualnym szkodom bez ujawniania tajemnicy spowiedzi, a nieuczynienie tego może być rozpatrywane w kategoriach bezprawności i winy⁵³.

Wątpliwości budzi natomiast fakt, że Kościół w przywoływanych Wytocznych tajemnicą spowiedzi obejmuje także informacje uzyskane w ramach tzw. kierownictwa duchowego. Co prawda w doktrynie prawa kanonicznego używa się pojęcia „tajemnica duszpasterska”, które ma charakter zbliżony do tajemnicy spowiedzi i obejmuje rozmowy duszpasterskie, porady duchowe i kierownictwo duchowe, lecz to ostatnie pojęcie wydaje się zbyt ogólne, a jego stosowanie w tej formie mogłoby prowadzić do nadmiernego poszerzania zakresu tajemnicy spowiedzi, również w stosunku do obowiązujących regulacji proceduralnych k.p.k. i k.p.c., które nie przewidują „tajemnicy kierownictwa duchowego”⁵⁴.

6. Reakcja państwa

Omawiany problem nie umknął oczywiście uwadze władz państwowych. Przejaw trendu walki z przestępczością seksualną, nie tylko w Kościele, stanowiło poszerzenie zakresu karalnego zaniechania denuncjacji z art. 240 k.k. o wybrane przestępstwa seksualne. Z kolei specyficzną reakcją państwa na przestępczość seksualną wobec małoletnich (wedle założeń na wszelkie jej przejawy, aczkolwiek – jak się wydaje – m.in. pod wpływem doniesień o pedofilii w Kościele) było uchwalenie ustawy z dnia 30 sierpnia 2019 r. o Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15⁵⁵. Zgodnie z przepisami ustawy nowo powołany organ ma prowadzić działania służące wyjaśnianiu nadużyć seksualnych, jednak nie tylko – czego żądały środowiska pokrzywdzonych – w Kościele katolickim, lecz w ogólności.

Do zadań Komisji należy m.in. badanie sposobu reagowania organów państwa, organizacji i innych podmiotów prawa oraz osób prywatnych na dokonane nadużycia seksualne, wyjaśnianie ich okoliczności, w tym usta-

⁵³ Tak A. Wilk: *Odpowiedzialność...*, s. 133–134.

⁵⁴ Zob. R. Dappa: *Duchowny wobec obowiązku denuncjacji przestępstw seksualnych na podstawie art. 240 Kodeksu karnego*. „Teki Komisji Prawniczej PAN. Oddział Lublin” 2018, T. 11, nr 1, s. 46–48 oraz literaturę przywołaną w tym źródle.

⁵⁵ Dz.U. 2019, poz. 1840.

lanie przypadków niezawiadomienia właściwego organu o podejrzeniu popełnienia takiego nadużycia, a także identyfikacja problemów pojawiających się w praktyce ścigania nadużyć i karania sprawców przestępstw przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15 (zwanymi dalej „przestępstwami pedofilii”). Komisja powinna również poczynić kroki mające na celu zapewnienie niezwłocznej reakcji organów państwa, organizacji i podmiotów w zakresie zwalczania nadużyć seksualnych oraz umożliwiające pociągnięcie sprawców do odpowiedzialności, takie jak zawiadamianie właściwych organów o popełnieniu przestępstwa pedofilii lub o zaniechaniu zawiadomienia czy interwencja i wspieranie osób poszkodowanych w postępowaniach prowadzonych przed organami państwa, w tym uczestniczenie w postępowaniach karnych na prawach oskarżyciela posiłkowego za zgodą osoby poszkodowanej lub jej opiekuna prawnego. Wśród obowiązków Komisji znajduje się także działalność prewencyjna i edukacyjna, mianowicie:

- opracowywanie i przedstawianie raportów z własnej pracy, które będą zawierać wnioski i rekomendacje dla organów państwa, organizacji i podmiotów dotyczące zapobiegania nadużyciom seksualnym i ich zwalczania oraz podejmowania działań umożliwiających pociągnięcie do odpowiedzialności sprawców tych nadużyć;
- prowadzenie akcji uświadamiających w zakresie problematyki nadużyć seksualnych i przestępstw pedofilii, sposobów reagowania na nie oraz oceny symptomów świadczących o tym, że małoletni poniżej lat 15 może być ofiarą nadużycia seksualnego lub przestępstwa pedofilii;
- występowanie do właściwych organów z wnioskami o podjęcie inicjatywy ustawodawczej albo o wydanie lub zmianę innych aktów normatywnych.

Niestety, Komisja nie została wyposażona przez ustawodawcę w prawo do występowania z powództwami o zadośćuczynienie i odszkodowanie w imieniu osób pokrzywdzonych i reprezentowania ich w sprawach cywilnych (a więc w uprawnienia, które na podstawie przepisów k.p.c. przysługują np. prokuratorowi) ani w kompetencje mediacyjno-koncyliacyjne pomiędzy sprawcami i zatrudniającymi ich instytucjami a osobami pokrzywdzonymi⁵⁶. „Rozliczenie” przypadków pedofilii, którego domagały się ofiary, obejmuje bowiem nie tylko ukaranie winnych, ale także naprawienie szkód majątkowych i niemajątkowych, które powstały w wyniku przestępstw seksualnych. Ukazanie sprawcy może zapewnić pokrzywdzonemu co najwyżej satysfakcję moralną i uniemożliwić temu pierwszemu dalszą pracę z dziećmi, natomiast pozostają często trwałe uszczerbki na zdrowiu psychicznym, a czasami też fizycznym ofiar, wy-

⁵⁶ Podobnie A. Wilk: *Odpowiedzialność...*, s. 280.

magające długiego i nierzadko kosztownego leczenia. Względ na społeczne poczucie sprawiedliwości oraz systemowa łączność pomiędzy prawem karnym a cywilnym wymagałyby nie tylko ukarania sprawcy, lecz także całościowego rozwiązania konfliktu, czyli również naprawienia wyrządzonej szkody⁵⁷.

7. Reakcja Kościoła

Wśród reakcji Kościoła na omawiany problem można wymienić zarówno te pozytywne, jak i te negatywne. Niewątpliwie do pozytywnych reakcji na poziomie centralnym należy wydanie wspomnianych tu już Wytycznych Konferencji Episkopatu Polski dotyczących wstępnego dochodzenia kanonicznego w przypadku oskarżeń duchownych o czyny przeciwko szóstemu przykazaniu Dekalogu z osobą niepełnoletnią poniżej osiemnastego roku życia. Powołano także Fundację św. Józefa, która ma wspierać pokrzywdzonych⁵⁸. Z kolei spośród oddolnych inicjatyw środowisk kościelnych można wyróżnić np. powołanie przez zakon dominikanów specjalnej niezależnej komisji w celu wyjaśnienia sprawy byłego zakonnika oskarżonego o stworzenie swego rodzaju sekty, w której dochodziło do przestępstw seksualnych. Na czele komisji stanął Tomasz Terlikowski, publicysta katolicki od dawna apelujący o rozwiązanie problemu pedofilii w Kościele, a już w 2021 r. organ opublikował raport, z którego wynika, że doszło do zaniedbań polegających na braku należytej reakcji ze strony władz zakonu⁵⁹.

Zdarzają się jednak również reakcje negatywne, do których można zaliczyć przede wszystkim wypowiedzi:

- sugerujące winę pokrzywdzonych (o rzekomym „łgnięciu” dzieci do księży)⁶⁰,

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ Zob. stronę WWW Fundacji św. Józefa: <http://www.fsj.org.pl> [dostęp: 12.10.2021].

⁵⁹ J. Makowski: *Dominikanie chcą się rozliczyć z ponurą przeszłością. Czy specjalna komisja ujawni całą prawdę?*. „Newsweek” [online], 1.04.2021. <https://www.newsweek.pl/opinie/dominikanie-tworza-komisje-do-zbadania-naduzyc-pokieruje-nia-terlikowski/jjz7c> [dostęp: 12.10.2021]; T. Krzyżak: *Manipulacje i gwałty. Komisja publikuje raport w sprawie o Pawła M.* „Rzeczpospolita” [online], 15.09.2021. <https://www.rp.pl/kosciol/art18922721-manipulacje-i-gwalty-komisja-publikuje-raport-w-sprawie-o-pawla-m> [dostęp: 12.10.2021].

⁶⁰ Zob. *Abp Michalik o pedofilii: Dziecko łgnie, drugiego człowieka wciąga*. TVN24.pl, 8.10.2013. <https://tvn24.pl/polska/abp-michalik-o-pedofilii-dziecko-lgnie-drugiego-czlowieka-wciaga-ra361169-3448860> [dostęp: 12.10.2021].

- umniejszające problem (na zasadzie „któż z nas nie grzeszy?”) lub podkreślające, że pedofile zdarzają się także wśród reprezentantów innych zawodów⁶¹,
- przedstawiające nagłaśnianie zjawiska w kategoriach ataku na Kościół⁶²,
- negujące ponoszenie przez Kościół odpowiedzialności odszkodowawczej („niech płaci sam sprawca”)⁶³.

Niestety, jak się wydaje, przykłady reakcji negatywnych są atrakcyjniejsze medialnie, co może rodzić wrażenie, że przytoczone wypowiedzi odzwierciedlają rzeczywiste stanowisko Kościoła wobec ujawniania przestępstw seksualnych duchownych, a w konsekwencji czasami nie dostrzega się inicjatyw pozytywnych. Niemniej samo ujawnianie przypadków tuoszowanych przez lata bardzo poważnie narusza wizerunek Kościoła, który powinien w sposób zdecydowany rozliczyć i zamknąć wszystkie tego typu sprawy.

8. Podsumowanie

Problem przestępczości seksualnej wśród duchownych należy chyba do tych zagadnień kryminologicznych, w których przypadku istnieje największe ryzyko obciążenia badań naukowych ideologią. Dyskusja publiczna i medialna sprowadza się tu bowiem *de facto* do ścierania się dwóch stanowisk: środowisk związanych z Kościołem, które sugerują rzekomą marginalność tego zjawiska lub podkreślają, że przecież tzw. czarne owce mogą się zdarzyć wszędzie, oraz środowisk niechętnych Kościołowi, niekiedy czyniących z owych przestępstw główny argument przeciwko tej instytucji. W istocie jednak zarówno lekceważenie, jak i wyolbrzymianie problemu są skrajnościami, które nie służą jego rozwiązaniu.

Statystyki przytoczone w niniejszym opracowaniu, jakkolwiek szczegółowe, wskazują, że nie chodzi o problem marginalny – o takim można byłoby mówić w odniesieniu do przypadków pojedynczych, nie zaś liczonych w setkach czy tysiącach. Ponadto na ocenę skali analizowanego zjawiska niewątpliwie rzutuje fakt, że środowiska kościelne pretendują

⁶¹ Zob. Tadeusz Rydzik o pedofilii: *A kto nie ma pokus?*. „Rzeczpospolita” [online], 6.12.2020. <https://www.rp.pl/kosciol/art386401-tadeusz-rydzik-o-pedofilii-a-kto-nie-ma-pokus> [dostęp: 12.10.2021].

⁶² Zob. P. Żytnicki: *Biskup chronił księdza pedofila. Teraz mówi o ataku na Kościół i diabelskich metodach*. „Gazeta Wyborcza” [online], 1.06.2020. <https://poznan.wyborcza.pl/poznan/7,36001,25993124,biskup-edward-janiak-schowal-sie-tylko-na-tydzien-mowilo-atakach.html?disableRedirects=true> [dostęp: 12.10.2021].

⁶³ Zob. *Kościół: nie będzie odszkodowań dla ofiar księży pedofilów*. Polskieradio24.pl, 3.10.2013. <https://www.polskieradio24.pl/5/3/Artykul/947108,Kosciol-nie-bedzie-odszkodowan-dla-ofiar-ksiezy-pedofilow> [dostęp: 12.10.2021].

do miana nauczycieli moralności, a zatem powinny przestrzegać zaostrożonych standardów etycznych. Niemniej nie jest też zasadne nadmierne uogólnianie i traktowanie każdego księdza jako osoby potencjalnie podejrzaney, sprawcy przestępstw seksualnych bowiem stanowią zaledwie niewielki procent wszystkich duchownych. Cenną inicjatywą byłyby międzynarodowe badania nad omawianym procederem, gdyż te, które istnieją, dotyczą zazwyczaj jedynie poszczególnych krajów lub wyłącznie zamożnych państw zachodnich.

Zresztą dyskusja naukowa nad tym zagadnieniem może być prowadzona w znacznie szerszym kontekście, nieograniczonym do Kościoła, gdyż potencjalne kryminogenne działanie wyjątkowego autorytetu sprawców w społeczeństwie czy hierarchicznej kultury organizacyjnej – sprzyjającej tuszowaniu przestępstw w celu ochrony reputacji danej instytucji – można rozważać chociażby w odniesieniu do wykorzystywania seksualnego w korporacjach, na uczelniach czy w służbach mundurowych; tego rodzaju przypadki przecież się zdarzają i są ujawniane. Jeśli więc pominąć kwestie charakterystyczne tylko dla Kościoła, np. celibat, to problem przestępczości seksualnej ukrywanej „dla dobra instytucji” jest problemem ogólniejszym.

Oprócz przyczyn przestępczości seksualnej wśród duchownych przedmiotem dyskusji powinny być sposoby zapobiegania jej. Część z nich może wdrożyć jedynie sam Kościół – dotyczy to kwestii takich jak zmiana struktury organizacyjnej na mniej hierarchiczną, opracowanie ostrzejszych kryteriów naboru do seminariów (m.in. pogłębionych badań psychologicznych) czy też zwiększenie roli kontroli społecznej ze strony osób świeckich, np. rad parafialnych. Te ostatnie mogłyby w większym stopniu włączyć się zarówno w czynności prewencyjne (typu weryfikacja historii kandydatów na duchownych), jak i w wewnętrzkościelne postępowania wyjaśniające zgłoszone przypadki przestępstw.

Jednak znaczna część obowiązków w zakresie prewencji spoczywa po stronie państwa. Wydaje się, że ustawodawca dostrzega problem przestępczości seksualnej w Kościele i stara się reagować – czego wyrazem było choćby poszerzenie obowiązku denuncjacji czy powołanie Państwowej Komisji ds. Pedofilii – lecz skupia się na interwencji *post factum*. Brakuje natomiast kompleksowych działań prewencyjnych, przede wszystkim w formie edukacji antyprzemocowej dzieci i młodzieży, które powinny być uczone, że żaden dorosły nie ma prawa naruszać ich intymności, niezależnie od swojej pozycji społecznej i autorytetu, oraz że tego typu przypadki trzeba natychmiast zgłaszać rodzicom lub opiekunom. Konieczne jest też uświadamianie dzieciom i młodzieży, że niedopuszczalne są próby obracania w żart zachowań wywołujących wstyd, zażenowanie czy lęk, bagatelizowania ich lub przedstawiania jako formy realizacji praktyk

religijnych, a także przerzucania winy na dziecko. Jest to zadanie stojące głównie przed rodzicami, nauczycielami i pedagogami szkolnymi oraz katechetami.

Bibliografia

Literatura

- Banaś-Grabek M., Gadecki B., Karnat J., Łyżwa A., Łyżwa R.: *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*. Wyd. 1. Warszawa 2020 [Legalis].
- Boczek M.: *Pedofilia w habicie*. W: *Przestępczy seks*. Red. T. Gardocka, P. Herbowski, D. Jagiełło, P. Józwiak. Warszawa 2016.
- Cahill D.: *Child sexual abuse in the Catholic Church: An interpretive review of the literature and public inquiry reports*. Melbourne 2017.
- Czapnik S.: *Piekło to inni. Kościół rzymskokatolicki w Polsce wobec duchownych molestujących seksualnie dzieci*. W: *Religia i Kościoły w polskiej przestrzeni publicznej*. Red. A. Kusztal, S. Czapnik. Opole 2015.
- D’Antonio M.: *Grzechy śmiertelne. Przestępstwa seksualne i epoka skandalu w Kościele katolickim*. Warszawa 2017.
- Dappa R.: *Duchowny wobec obowiązku denuncjacji przestępstw seksualnych na podstawie art. 240 Kodeksu karnego*. „Teki Komisji Prawniczej PAN. Oddział Lublin” 2018, T. 11, nr 1.
- Doyle T.P.: *Clericalism: Enabler of clergy sexual abuse*. „Pastoral Psychology” 2006, vol. 54, issue 3.
- Formicola J.R.: *The politics of clerical sexual abuse*. „Religions” 2016, vol. 7, issue 1.
- Garland D.R., Argueta C.: *How clergy sexual misconduct happens: A qualitative study of first-hand accounts*. „Social Work & Christianity” 2010, vol. 37, issue 1.
- Kodeks karny. Część szczególna. T. 2: Komentarz. Art. 222–316*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Wyd. 4. Warszawa 2017 [Legalis].
- Kroczyński P.: *Kilka uwag do znowelizowanych Wytycznych Konferencji Episkopatu Polski w kontekście zasad techniki legislacyjnej oraz znowelizowanego art. 240 § 1 kodeksu karnego*. „Annales Canonici” 2017, nr 13.
- Królikowski M.: *Problemy z nowym zakresem obowiązku zawiadomienia o przestępstwie*. „Forum Prawnicze” 2021, nr 4 (66).
- Kusz E.: *Wykorzystanie seksualne małoletnich przez osoby duchowne – analiza zjawiska*. „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2015, T. 14, nr 1.
- Lisiecki M.J.: *Pedofilia oraz przemoc seksualna wobec dzieci i młodzieży a zabójstwa homoseksualne (wybrane aspekty z badań empirycznych)*. „Przegląd Policyjny” 2013, nr 3.
- Makara-Studzińska M., Madej A.: *Przemoc wobec mężczyzn*. „Hygeia Public Health” 2015, T. 50, nr 4.
- Nowak A., Obirek S.: *Gomora. Władza, strach i pieniądze w polskim Kościele*. Warszawa 2021.

- Parkinson P.: *Child sexual abuse and the Churches: A story of moral failure?*. „Current Issues in Criminal Justice” 2014, vol. 26, no. 1.
- Prusak J.: *Duchowny-pedofil, czyli kto?*. „Dziecko Krzywdzone. Teoria, badania, praktyka” 2015, T. 14, nr 1.
- Prusak J.: *Parafilie wśród księży Kościoła rzymskokatolickiego. Co wiemy, czego i nie wiemy, o duchownych wykorzystujących seksualnie małoletnich*. „Psychiatria Polska” 2020, T. 54, nr 3.
- Szymański M.: *Tajemnica spowiedzi w prawie polskim – stan aktualny i propozycje zmian*. „Internetowy Przegląd Prawniczy Towarzystwa Biblioteki Słuchaczy Prawa Uniwersytetu Jagiellońskiego” 2017, nr 4.
- Świto L.: *Penalizacja przemocy seksualnej w prawie polskim i w prawie kanonicznym*. „Forum Teologiczne” 2015, T. 16.
- Terry K.J.: *Understanding the sexual abuse crisis in the Catholic Church: Challenges with prevention policies*. „Victims & Offenders” 2008, vol. 3, issue 1.
- Więcek-Durańska A.: *Przestępczość seksualna duchownych wobec osób małoletnich – analiza przypadków*. „Psychiatria Polska” 2020, nr 190.
- Wilk A.: *Odpowiedzialność odszkodowawcza z tytułu szkód wyrządzonych przez cudze czyny zabronione o charakterze seksualnym*. Warszawa 2021.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. T.j. Dz.U. 2020, poz. 1444, 1517.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. T.j. Dz.U. 2021, poz. 534.
- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny. T.j. Dz.U. 2020, poz. 1740, 2320.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. T.j. Dz.U. 2021, poz. 11.
- Ustawa z dnia 23 marca 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy o postępowaniu w sprawach nieletnich oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 2017, poz. 773.
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2019 r. o Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15. Dz.U. 2019, poz. 1840.

Źródła internetowe*

- Abp Michalik o pedofilii: *Dziecko lgnie, drugiego człowieka wciąga*. TVN24.pl, 8.10.2013. <https://tvn24.pl/polska/abp-michalik-o-pedofilii-dziecko-lgnie-drugiego-czlowieka-wciaga-ra361169-3448860>.
- Boguszewski R.: *Religijność Polaków i ocena sytuacji Kościoła katolickiego*. Komunikat z badań CBOS 2018, nr 147. https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2018/K_147_18.PDF.
- Bukłaha Z.: *Młodzi uciekają z Kościoła. „To już nie jest pełzająca sekularyzacja, ale kłus”*. „Gazeta Wyborcza” [online], 15.03.2021. <https://warszawa.wyborcza>.

* Dostęp do wszystkich źródeł potwierdzono 12.10.2021.

- pl/warszawa/7,54420,26872087,o-polowe-mniej-powolan-mlodzi-odchodzi-z-kosciola-kai-to.html?disableRedirects=true.
- Child Rights International Network: *Child sexual abuse and the Holy See: The need for justice, accountability and reform. A preliminary report*. CRIN 2014 [online]. https://resourcecentre.savethechildren.net/pdf/crin_holy_see_report_final1.pdf.
- Cieniek R.: *Jak to jest z tą wiarą w Polsce?*. Onet.pl, 18.07.2018. <https://wiadomosci.onet.pl/religia/wiara/jak-to-jest-z-ta-wiara-w-polsce/vz4mq4n>.
- Deja M.: *Pomnik ks. Jankowskiego znika. Zdecydowali radni*, Wirtualna Polska, 8.03.2019. <https://wiadomosci.wp.pl/pomnik-ks-jankowskiego-znika-zdecydowali-radni-6357115182552705a>.
- Dymek J.: *Młodzi rozczarowani Kościołem*. „Przegląd” [online], 17.06.2019. <https://www.tygodnikprzeglad.pl/mlodzi-rozczarowani-kosciolem/>.
- Fundacja Świętego Józefa Konferencji Episkopatu Polski – strona WWW: <http://www.fsj.org.pl>.
- KK [Kolasa K.]: *Polacy rezygnują z chrztów, komunii i ślubów kościelnych. Wzrosła też liczba aktów apostazji*. eDziecko.pl, 21.12.2020. <https://www.edziecko.pl/rodzice/7,79361,26628650,polacy-rezygnuja-z-chrztow-komunii-i-slubow-koscielnych-wzrosla.html>.
- Kościół: nie będzie odszkodowań dla ofiar księży pedofilów*. Polskieradio24.pl, 3.10.2013. <https://www.polskieradio24.pl/5/3/Artykul/947108,Kosciol-nie-będzie-odszkodowan-dla-ofiar-ksiezy-pedofilow>.
- Koźmiński P.: *Dziecięce buciki na murach kościołów. Polska upamiętnia ofiary księży pedofilów*. „Gazeta Wyborcza” [online], 26.08.2018. <https://wyborcza.pl/7,75398,23827676,dzieciece-buciki-na-murach-kosciolow-polska-upamietnia-ofiary.html>.
- Krzyżak T.: *Abp Głódź i bp Janiak ukarani przez papieża*. „Rzeczpospolita” [online], 29.03.2021. <https://www.rp.pl/kosciol/art204521-abp-glodz-i-bp-janiak-ukarani-przez-papieza>.
- Krzyżak T.: *Manipulacje i gwałty. Komisja publikuje raport w sprawie o Pawła M.* „Rzeczpospolita” [online], 15.09.2021. <https://www.rp.pl/kosciol/art-18922721-manipulacje-i-gwalty-komisja-publicuje-raport-w-sprawie-o-pawla-m>.
- Krzyżak T.: *Sondaż: Kościół w błyskawicznym tempie traci wiernych*. „Rzeczpospolita” [online], 15.11.2020. <https://www.rp.pl/kosciol/art422501-sondaz-kosciol-w-blyskawicznym-tempie-traci-wiernych>.
- Łucyk S.: *Francja: Raport o pedofilii w Kościele*. „Tygodnik Powszechny” [online], 7.10.2021. <https://www.tygodnikpowszechny.pl/francja-raport-o-pedofilii-w-kosciele-169261>.
- Makowski J.: *Dominikanie chcą się rozliczyć z ponurą przeszłością. Czy specjalna komisja ujawni całą prawdę?*. „Newsweek” [online], 1.04.2021. <https://www.newsweek.pl/opinie/dominikanie-tworza-komisje-do-zbadania-naduzyc-pokieruje-nia-terlikowski/jjxz7c>.
- Nowotny S., Sadłoń W., Studnicki P.: *Wyniki kwerendy dotyczącej wykorzystywania seksualnego osób małoletnich przez niektórych inkardynowanych do diecezji*

- polskich duchownych oraz niektórych profesów wieczystych męskich zgromadzeń zakonnych i stowarzyszeń życia apostołskiego w Polsce. Raport.* Warszawa 2021. https://drive.google.com/file/d/11JABoKKKw_VPIBu_UwCZfBTyvoZpnW7b/view.
- Pierwszy raport Państwowej Komisji do spraw wyjaśniania przypadków czynności skierowanych przeciwko wolności seksualnej i obyczajności wobec małoletniego poniżej lat 15.* Warszawa 2021. https://pkdp.gov.pl/wp-content/uploads/2021/08/Raport_PKDP.pdf.
- Problem molestowania w Kościele. Jak wygląda ta sprawa w innych krajach?.* Onet.pl, 15.05.2019. <https://wiadomosci.onet.pl/swiat/problem-molestowania-seksualnego-w-kosciele-australia-usa-niemcy-irlandia-chile/lmqmqek>.
- Royal Commission into Institutional Responses to Child Sexual Abuse: *Final report*. Vol. 16: *Religious institutions*. Book 2. Commonwealth of Australia 2017. https://www.childabuseroyalcommission.gov.au/sites/default/files/final_report_-_volume_16_religious_institutions_book_2.pdf.
- Tadeusz Rydzik o pedofilii: *A kto nie ma pokus?.* „Rzeczpospolita” [online], 6.12.2020. <https://www.rp.pl/kosciol/art386401-tadeusz-rydzik-o-pedofilii-a-kto-nie-ma-pokus>.
- Tajemnica spowiedzi może być naruszona przy grzechu pedofilii? Watykan komentuje.* „Wprost” [online], 2.07.2019. <https://www.wprost.pl/swiat/10230143/tajemnica-spowiedzi-moze-byc-naruszona-przy-grzechu-pedofilii-watykan-komentuje.html>.
- The nature and scope of sexual abuse of minors by Catholic priests and deacons in the United States, 1950–2002: A research study conducted by the John Jay College of Criminal Justice, the City University of New York.* United States Conference of Catholic Bishops, Washington 2004. <https://www.usccb.org/sites/default/files/issues-and-action/child-and-youth-protection/upload/The-Nature-and-Scope-of-Sexual-Abuse-of-Minors-by-Catholic-Priests-and-Deacons-in-the-United-States-1950-2002.pdf>.
- Wernio M.: *Coraz mniej uczniów chce chodzić na religię. Rekordowe spadki w niektórych dzielnicach.* Noizz.pl, 16.12.2020. <https://noizz.pl/spoleczenstwo/spadek-liczby-uczniow-chodzacych-na-religie-nie-tylko-w-warszawie/2ggppys>.
- Wytyczne Konferencji Episkopatu Polski dotyczące wstępnego dochodzenia kanonicznego w przypadku oskarżeń duchownych o czyny przeciwko szóstemu przykazaniu Dekalogu z osobą niepełnoletnią poniżej osiemnastego roku życia.* 8.10.2014 (z nowelizacjami). <https://episkopat.pl/wytyczne-dotyczace-wstepnego-dochodzenia-kanonicznego-w-przypadku-oskarzen-duchownych-o-czyny-przeciwko-szostemu-przykazaniu-dekalogu-z-osoba-niepelnoletnia-ponizej-osiemnastego-roku-zycia-2/>.
- Zawadka G.: *Sondaż: Co młodzi Polacy sądzą o Kościele?.* „Rzeczpospolita” [online], 16.03.2021. <https://www.rp.pl/kosciol/art224801-sondaz-co-mlodzi-polacy-sadza-o-kosciele>.
- Żak A., Krakowczyk P., Sadłoń W.: *Wykorzystywanie seksualne osób małoletnich przez niektórych inkardynowanych do diecezji polskich duchownych oraz niektórych profesów wieczystych męskich zgromadzeń zakonnych i stowarzyszeń*

życia apostolskiego w Polsce. Wyniki kwerendy. Warszawa 2019. https://cod.ignatianum.edu.pl/images/Dokumenty_w_PDF/ISKK_Wyniki_Kwerendy_opracowanie_final.pdf.

Żytnicki P.: *Biskup chronił księdza pedofila. Teraz mówi o ataku na Kościół i diabelskich metodach.* „Gazeta Wyborcza” [online], 1.06.2020. <https://poznan.wyborcza.pl/poznan/7,36001,25993124,biskup-edward-janiak-schowal-sie-tylko-na-tydzien-mowi-o-atakach.html?disableRedirects=true>.

ARTYKUŁY PROBLEMOWE



SZYMON KRYSKOWIAK
Uniwersytet Wrocławski

 <https://orcid.org/0000-0002-8412-1189>

Z problematyki nowego środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k.

The issue of the new preventive measure in Article 276a of the Criminal Procedure Code

Abstract: The subject of the study is a critical analysis of the preventive measure introduced to the Code of Criminal Procedure under Art. 276a of the Code of Criminal Procedure. The article is a contribution to the discussion on the need for the functioning of this institution in its present shape. The author focuses on the manner of proceeding with the amendment and the need to adopt it in the wording adopted by the legislator. At the same time, he notices a number of inconsistencies in this regulation in the context of the current system of preventive measures, and calls for its revision.

Keywords: non-custodial, preventive, measures, COVID-19

1. Uwagi wstępne

Ustawą z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw¹, czyli tzw. tarczą antykryzysową, bez żadnego *vacatio legis* ustawodawca wprowadził do Kodeksu postępowania karnego² nowy środek zapobiegawczy. W liczącym 328 stron maszynopisu uzasadnieniu rządowego projektu tej interwencyjnej, in-

¹ Dz.U. 2020, poz. 568 ze zm.

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 2021, poz. 534 ze zm.

terdyscyplinarnej nowelizacji próżno szukać racji, którymi kierował się wnioskodawca, składając w Sejmie projekt zmian w procedurze karnej³. Tak jak krytycznie wypowiedziano się już na temat wprowadzonego tą samą ustawą przepisu art. 258a k.p.k.⁴, tak samo zaniedbanie to skrytykować należy w przypadku nowego środka zapobiegawczego. Również konstrukcja dodanego art. 276a k.p.k. nasuwa szereg wątpliwości.

Z całą pewnością nowy wolnościowy środek zapobiegawczy z art. 276a k.p.k. ma złożony charakter. Swoją strukturą w aspekcie przedmiotowym poniekąd przypomina katalog obowiązków, jakie można orzec, zastosowawszy wobec oskarżonego dozór Policji lub nakazy i zakazy z art. 276 k.p.k. Analizowany środek przymusu po krótkim okresie obowiązywania został także rozszerzony. Kolejnym pakietem nowelizacji covidowych, tzw. tarczą 4.0⁵, do art. 276a k.p.k. dodano § 1a, w którym możliwością stosowania omawianego środka zapobiegawczego objęto też „oskarżonych o przestępstwo, o którym mowa w art. 190a k.k., popełnione z powodu wykonywanego przez pokrzywdzonego zawodu”. W tym wypadku projektodawca zachował wyższy stopień staranności, gdyż poświęcił nowelizacji kilka słów uzasadnienia, którego analiza nastąpi w dalszej części tekstu. Przepis ten wszedł w życie następnego dnia po ogłoszeniu ustawy, tj. 24 czerwca 2020 r. W odniesieniu zarówno do dodania w Kodeksie postępowania karnego art. 276a, jak i do jego rozszerzenia należy wyrazić wątpliwość, czy w istocie przedmiot nowelizacji uzasadniał odstępstwo od reguły minimum 14-dniowego okresu spoczynania ustawy, o którym mowa w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych⁶. O ile bowiem można zrozumieć sytuację ustawodawcy, który w trybie nagłym musiał sprostać wyzwaniom związanym z pandemią wirusa SARS-CoV-2, choćby w zakresie organizacji zdalnych posiedzeń

³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 299. Sejm IX kadencji, 26.03.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=299> [dostęp: 12.09.2021].

⁴ Zob. K. Lipiński: *Obowiązek zastosowania skutecznego środka zapobiegawczego, czyli o (braku) zawartości normatywnej art. 258a k.p.k.* „e-Palestra: Prawo karne” [online], 3.07.2020. <https://palestra.pl/pl/e-palestra/19/2020/obowiazek-zastosowania-skutecznego-srodka-zapobiegawczego-czyli-o-braku-zawartosci-normatywnej-art.-258a-k.p.k> [dostęp: 12.09.2021].

⁵ Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19. Dz.U. 2021, poz. 1072 ze zm.

⁶ Dz.U. 2019, poz. 1461.

aresztowych (nowelizacja art. 250 k.p.k.), o tyle wprowadzenie nowego środka zapobiegawczego i jego rozszerzenie mogły z pewnością zacheć przynajmniej ze względów gwarancyjnych, jakie leżą u podstaw instytucji *vacatio legis*.

2. Charakter prawny nowego środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k.

2.1. Uwagi ogólne

Zgodnie z treścią art. 276a § 1 k.p.k. tytułem środka zapobiegawczego można orzec wobec oskarżonego (a także podejrzanego – na mocy odesłania z art. 71 § 3 k.p.k.) o przestępstwo popełnione w stosunku do członka personelu medycznego w związku z wykonywaniem przez niego czynności opieki medycznej lub do osoby przybranej personelowi medycznemu do pomocy w związku z wykonywaniem tych czynności – zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego na wskazaną odległość, zakaz kontaktów lub zakaz publikacji, w tym za pośrednictwem środków informatycznych lub sieci telekomunikacyjnych, treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego.

Przesłanka ogólna stosowania środków zapobiegawczych, czyli duże prawdopodobieństwo popełnienia przez oskarżonego zarzuconego mu przestępstwa⁷, jest wspólna dla wszystkich, bez wyjątku, środków przymusu wymienionych w rozdziale 28 Kodeksu postępowania karnego. Mając na uwadze cel niniejszego tekstu, interpretację w tym zakresie można ograniczyć do wskazania, że przesłanka ogólna środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k. żadną miarą nie różni się od jej dotychczasowego, utrwalonego rozumienia⁸.

2.2. Przesłanka szczególna stosowania środka zapobiegawczego z art. 276a § 1 k.p.k.

Analizę środka zapobiegawczego ujętego w § 1 należy zatem rozpocząć od przesłanek szczególnych jego stosowania, trzeba jednak poprzedzić je

⁷ Zob. J. Skorupka: *Środki przymusu*. W: *Proces karny*. Red. J. Skorupka. Warszawa 2017, s. 489. Na temat sporów w zakresie nomenklatury zob. J. Skorupka: *Przesłanki, organy i tryb stosowania środków zapobiegawczych*. W: *System prawa karnego procesowego*. T. 9: *Środki przymusu*. Red. T. Grzegorzczak, D. Świecki. Warszawa 2021, s. 500 i nast.

⁸ Odnośnie do rozumienia przesłanki ogólnej środków zapobiegawczych zob. np. S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny. Zarys systemu*. Warszawa 2018, s. 437.

kilkoma generalnymi uwagami. Patrząc na rozdział 28 k.p.k., zawierający wszystkie środki zapobiegawcze znane polskiej procedurze karnej, można spostrzec, że ustawodawca na dwa sposoby formułuje przesłanki ich stosowania. O ile, jak już wspomniano, przesłanka ogólna pozostaje wspólna dla wszystkich środków zapobiegawczych, o tyle w odniesieniu do przesłanek szczególnych następuje istotne zróżnicowanie. Pierwszą możliwością jest zupełne przemilczenie w przepisie określającym dany środek zapobiegawczy jakichkolwiek przesłanek jego stosowania. Wówczas przesłankami szczególnymi owego środka pozostają te wskazane w art. 258 § 1 lub 3 k.p.k.⁹ Zauważa się również, że przesłanki szczególne mogą być dookreślane *in concreto* – poprzez cele, jakim służą środki zapobiegawcze, tak aby nie stosować środka nieadekwatnego do konkretnej sytuacji procesowej¹⁰. Drugim ze sposobów ujęcia przesłanek szczególnych jest ich sformułowanie dla danego środka zapobiegawczego na zasadzie *lex specialis* względem tych, o których mowa w art. 258 § 1 lub 3 k.p.k. Właśnie tak precyzowano dotychczas przesłanki nakazu okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (art. 275a k.p.k.)¹¹ oraz zakazu opuszczania kraju (art. 277 k.p.k.). Podobnie ustawodawca postąpił w przypadku środka zapobiegawczego z art. 276a § 1 k.p.k.¹² Oczywiście, mnogość potencjalnych przesłanek rozumianych w ten sposób nie zmienia faktu, że środki zapobiegawcze można stosować jedynie w dwóch celach, wyrażonych wprost w art. 249 § 1 k.p.k., czyli w celu podstawowym – zabezpieczenia prawidłowego toku postępowania, a także w celu traktowanym jako akcesoryjny bądź wyjątkowy – zapobiegnięcia popełnieniu nowego przestępstwa.

W tym kontekście należy ocenić charakter nowego środka zapobiegawczego jako nacechowany typowo prewencyjnie¹³. Zapewnienie prawidłowego toku postępowania bez wątplenia nie będzie nadrzędnym ce-

⁹ Umownie można je nazwać przesłankami szczególnymi wspólnymi, zasadniczo są bowiem wspólne dla wszystkich środków zapobiegawczych i pozostają zbieżne z celami ich stosowania wyrażonymi w art. 249 § 1 k.p.k.

¹⁰ A. Murzynowski: *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu*. Warszawa 1963, s. 89.

¹¹ J. Kosonoga: *Nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym jako środek zapobiegawczy (art. 275a k.p.k.)*. W: *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana*. Red. T. Grzegorzcyk. Warszawa 2011, s. 236.

¹² Co do tej kwestii w dalszej części tekstu poczynione zostanie stosowne zastrzeżenie.

¹³ Piszząc o prewencyjnym charakterze środków zapobiegawczych, mam na myśli możliwość ich zastosowania w celu zapobiegnięcia popełnieniu nowego przestępstwa przy małej skuteczności w zabezpieczaniu prawidłowego toku postępowania.

lem jego stosowania¹⁴. W swojej konstrukcji odpowiada on raczej celowi pozaprocesowemu, wobec czego dalsza analiza skupiać się musi na jego zbieżności z odpowiadającą temu celowi przesłanką z art. 258 § 3 k.p.k. Rzecz jasna, można sobie wyobrazić, że zakazując oskarżonemu kontaktu z pokrzywdzonym, zapobiega się wywieraniu na niego wpływu jako jednej z postaci mactwa, o którym mowa w art. 258 § 1 pkt 2 k.p.k. Niemniej ów tok myślowy można zrównać z przypisywaniem funkcji procesowej takim środkiem zapobiegawczym jak nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym lub nakaz powstrzymania się od prowadzenia określonego rodzaju pojazdów. Zresztą sam projektodawca we wspomnianym uzasadnieniu nowelizacji art. 276a k.p.k. podkreślił, że „zasadniczym celem projektowanej regulacji jest ochrona tych grup zawodowych, które są szczególnie narażone na różne formy przestępczego nękania”¹⁵. Stąd też trzeba przyjąć, iż także celem wprowadzenia art. 276a § 1 k.p.k. była chęć zapewnienia organom procesowym instrumentów mających doraźnie, bo na etapie przed ewentualnym prawomocnym skazaniem sprawcy, zapobiegać popełnieniu przez niego nowego przestępstwa.

Właściwym wzorcem dla interpretowanego tu środka zapobiegawczego będzie zatem przesłanka szczególna, o której mowa w art. 258 § 3 k.p.k., odczytywana łącznie z art. 249 § 1 k.p.k., polegająca na stosowaniu środków zapobiegawczych w celu zapobiegnięcia popełnieniu przez oskarżonego, któremu zarzucono zbrodnię lub umyślny występki, nowego ciężkiego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, zwłaszcza gdy groził on popełnieniem takiego przestępstwa. W doktrynie zauważa się słusznie, że wymienione trzy kategorie przestępstw należy rozumieć rodzajowo, w odniesieniu do głównego oraz ubocznego przedmiotu ochrony danych typów czynów zabronionych¹⁶. Analiza art. 276a § 1 k.p.k. prowadzi do wniosku, iż przepis ten w sposób oczywisty wyłamuje się z owego pierwotnego założenia. Chęć rozszerzenia celu prewencyjnego na rodzajowo inne przestępstwa łatwo wywnioskować choćby z faktu, że omawiany środek może przyjąć postać zakazu

¹⁴ R. Koper. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. A. Sakowicz. Wyd. 9. Warszawa 2020 [LEX/el.], art. 276a, nt. 1. Autor ten trafnie zauważa, że „środek z art. 276a k.p.k. nie służy do zabezpieczenia prawidłowego toku procesu karnego”.

¹⁵ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Druk nr 382, s. 27. Sejm IX kadencji, 22.05.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=382> [dostęp: 12.09.2021].

¹⁶ R.A. Stefański, S. Zabłocki. W: *Kodeks postępowania karnego. T. 2: Komentarz do art. 167–296*. Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2019 [LEX/el.], art. 258, nt. 10.

publikacji treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego. W teorii mogą to być np. prywatnoskargowe czyny zabronione, stygizowane w art. 212 k.k. i art. 216 k.k., których przedmiotem ochrony z pewnością nie jest życie, zdrowie ani bezpieczeństwo powszechne. Z kolei w odniesieniu do art. 276a § 1a trzeba zaznaczyć, że choć nie wynika to wprost z jego treści, środek ten zgodnie z intencją projektodawcy ma zapobiegać różnym odmianom tzw. stalkingu. Jak zaś wskazuje A. Zoll, przedmiot ochrony typu czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. stanowią „wolność od poczucia zagrożenia” i „wolność od wkraczania w chronioną konstytucyjnie sferę prywatności”, a w typie z art. 190a § 2 k.k. ochronie podlegają, oprócz tej ostatniej, także „tożsamość danej osoby i wolność od zagrożeń wynikających z dzisiejszych sposobów komunikacji, w których inna osoba może działać »na rachunek« pokrzywdzonego”¹⁷. Zatem również środek zapobiegawczy ujęty w art. 276a § 1a nie chroni życia, zdrowia ani bezpieczeństwa powszechnego.

Nie jest to jednak przypadek precedensowy, gdyż w 2010 r. polska procedura karna poznała środek zapobiegawczy, o którym mowa w art. 275a k.p.k., wprowadzony ustawą z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw¹⁸. W dyskusji nad kształtem owego przepisu podniesiono, że zakres jego zastosowania ma obejmować przestępstwa „popełnione z użyciem przemocy”, co z pewnością wyznacza katalog szerszy od wskazanego w art. 258 § 3 k.p.k., choćby przez wzgląd na fakt, iż kategoria ta wiąże się nie z przedmiotem ochrony danego typu czynu zabronionego, ale ze sposobem działania sprawcy¹⁹. Stąd też przemocą nie będzie wyłącznie działanie sprawcy skutkujące powstaniem u pokrzywdzonego określonego uszczerbku na zdrowiu, lecz także samo naruszenie nietykalności cielesnej bądź ograniczenie swobody ruchów²⁰. Dlatego trzeba zwrócić uwagę, że nowa regulacja będąca tematem niniejszego opracowania powiększa istniejącą już rozbieżność pomiędzy sformułowaną w art. 258 § 3 k.p.k. przesłanką szczególną a przewidzianymi na zasadzie *lex specialis* przesłankami stosowania konkretnych wolnościowych środków zapobiegawczych.

Wracając do środka zapobiegawczego w postaci z art. 276a § 1 k.p.k., należy zauważyć, że przesłanka jego stosowania skorelowana z celem

¹⁷ A. Zoll. W: *Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2, cz. 1: *Komentarz do art. 117–211a*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. Wyd. 5. Warszawa 2017 [LEX/el.], art. 190(a), nb. 3–4.

¹⁸ Dz.U. 2010, nr 125, poz. 842.

¹⁹ R.A. Stefański, S. Zabłocki. W: *Kodeks postępowania karnego*. T. 2..., art. 275a, nt. 5.

²⁰ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 marca 2000 r. II AKa 28/00. LEX nr 1540234.

prewencyjnym, zgodnie z przednawiasowo określonymi celami środków zapobiegawczych z art. 249 § 1 k.p.k., implikuje wyjątkowe stosowanie owego środka. W kontekście przyjętej wcześniej koncepcji przesłanki specjalnej względem przesłanki szczególnej problematyczne jest ustalenie intencji ustawodawcy odnośnie do „wyjątkowości” stosowania środka zapobiegawczego z art. 276a § 1 k.p.k. Nie wiadomo, czy chodzi tu o nadzwyczaj dużą obawę przed popełnieniem nowego przestępstwa, o jego rodzajowy charakter czy w końcu o wyłączenie owej „wyjątkowości” zadekretowanej w art. 249 § 1 k.p.k. w zw. z art. 258 § 3 k.p.k. wobec ujęcia przesłanek analizowanego środka na zasadzie *lex specialis*.

W takiej sytuacji, powołując się na treść art. 276a § 1 k.p.k., trzeba zaznaczyć, że warunkiem zastosowania tego środka jest prowadzenie postępowania o przestępstwo popełnione w stosunku do członka personelu medycznego w związku z wykonywaniem przez niego czynności opieki medycznej lub w stosunku do osoby przybranej personelowi medycznemu do pomocy²¹. Aby w tym wypadku sformułować przesłankę szczególną, należy wskazać również na wymóg zaistnienia uzasadnionej obawy, że dojdzie do kontynuacji lub eskalacji zachowań oskarżonego stanowiących przyczynę wydania postanowienia o przedstawieniu mu zarzutu popełnienia przestępstwa, o którym mowa w art. 276a § 1 k.p.k. Analogiczną uwagę powinno się poczynić do treści art. 276a § 1a k.p.k., o czym będzie mowa w punkcie 2.3 niniejszego tekstu, gdzie zostanie rozwinięty ten wątek.

W odniesieniu zaś do treści art. 276 § 1 k.p.k. można dodać, że pojęcie „personel medyczny” trzeba rozumieć szeroko. Do jego desygnatów zaliczają się wszystkie osoby, których praca bądź polega na udzielaniu świadczeń zdrowotnych, bądź też ma związek z udzielaniem świadczeń zdrowotnych i wykonywana jest w bezpośrednim kontakcie z pacjentami²².

2.3. Przesłanka szczególna, o której mowa w art. 276a § 1a k.p.k.

Jako nader istotne zagadnienie jawi się zakres stosowania środka zapobiegawczego w przypadku, o którym mowa w art. 276a § 1a k.p.k., przepis ten zawiera bowiem kolejną przesłankę jego orzeczenia. Możliwe jest to jedynie wobec oskarżonych o przestępstwo, o którym mowa

²¹ Zob. R. Koper. W: *Kodeks postępowania karnego...*, art. 276a.

²² K. Eichstaedt. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany*. T. 1. Red. D. Świecki. Warszawa 2021 [LEX/el.], art. 276(a), nb. 5. Szerzej na ten temat: K. Dudka. W: K. Dudka, M. Janicz, C. Kulesza, J. Matras, H. Paluszkiewicz, B. Skowron: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa 2020 [LEX/el.], art. 276(a), nb. 3.

w art. 190a k.k., popełnione z powodu zawodu wykonywanego przez pokrzywdzonego. Z racji typowo prewencyjnego charakteru środka z art. 276 § 1 k.p.k., do którego odsyła art. 276a § 1a k.p.k., problem pojawia się przy analizie celu jego stosowania. Mianowicie z przepisu tego nie wynika, czy omawiany środek ma zapobiegać kontynuowaniu przez oskarżonego zachowań polegających na realizacji znamion występków z art. 190a k.k., czy też ma chronić pokrzywdzonego przed popełnieniem przez oskarżonego przestępstwa przeciwko życiu, zdrowiu lub bezpieczeństwu powszechnemu, niezależnie od grona osób zagrożonych popełnieniem przestępstwa należącego rodzajowo do owego katalogu. Zbadanie motywów zawartych w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy prowadzi do wniosku, że nowy środek zapobiegawczy ma na celu przeciwdziałanie obu grupom zachowań. Jak bowiem wskazano w cytowanym wcześniej fragmencie tego dokumentu, zastosowanie analizowanego środka winno przerwać działania oskarżonego polegające na tzw. stalkingu oraz chronić przed eskalacją wywołaną poczuciem bezkarności sprawcy²³. Założenie rozszerzające możliwości doraźnej prewencji poza rodzajowy katalog przestępstw ujęty w art. 258 § 3 k.p.k. (mający charakter przednawiasowy dla wszystkich środków zapobiegawczych) powinno jednak znaleźć odzwierciedlenie w tekście aktu prawnego, a nie w uzasadnieniu projektu jego nowelizacji. Modelowym wyjściem poza owe przednawiasowe granice prewencji wyznaczone treścią art. 258 § 3 k.p.k. jest regulacja art. 275a § 1 k.p.k., gdzie podano wprost, jakim przestępstwom ma zapobiegać ten środek. Pożądane byłoby zatem doprecyzowanie brzmienia przepisu art. 276a § 1a k.p.k. poprzez uzupełnienie go o przesłankę związaną z obawą przed kontynuacją działań przez oskarżonego o wymienione tam przestępstwo lub przed eskalacją jego zachowania w określonym kierunku.

Przechodząc do innego aspektu poprawności legislacyjnej przesłanki stosowania środka z art. 276a k.p.k., należy dostrzec, że treść art. 276a § 1a k.p.k. wbrew zawartości normatywnej art. 190a k.k. wskazuje, iż w przepisie tym stypizowane zostało jedno przestępstwo. W rzeczywistości zaś w art. 190a k.k. stypizowano dwa czyny zabronione w typach podstawowych oraz jeden typ kwalifikowany. Niemniej wydaje się, że zamiarem ustawodawcy było objęcie ich wszystkich zakresem stosowania środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k., a określenie „przestępstwo” w liczbie pojedynczej stanowi tylko niezamierzone uproszczenie. Dla przejrzystości konstrukcji lepsze byłoby użycie sformułowania: „[...] oskarżonego o popełnienie jednego z typów czynów zabronionych, o których mowa w art. 190a k.k. [...]”. Zamiana ta odpowiadałaby potrzebie precyzji,

²³ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach... Druk nr 382, s. 27.

a także nawiązywałaby do dogmatycznej struktury przestępstwa jako ustawowo określonego, bezprawnego czynu zabronionego o społecznej szkodliwości w stopniu wyższym niż znikomy oraz zawinione. Choć zabieg legislacyjny nawiązujący wprost do „przestępstwa” zastosowano też w art. 275a k.p.k., nie można zapominać, że postępowanie karne, a w szczególności postępowanie przygotowawcze, ma na celu ustalenie, czy został popełniony czyn zabroniony i czy stanowi on przestępstwo (art. 297 § 1 pkt 1 k.p.k.). Środki zapobiegawcze można zaś stosować również wobec sprawcy niepoczytalnego, a zatem takiego, który dopuszczając się czynu zabronionego, nie popełnia przestępstwa (art. 31 k.k., *arg. ex art.* 264 § 3 k.p.k.). Uwagi te aktualne są także w odniesieniu do „przestępstwa”, o którym mowa w art. 276a § 1 k.p.k.

2.4. Czas stosowania nowego środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k.

Za zbędną regulację należy uznać treść art. 276a § 4 k.p.k. Jeśli bowiem ma się na uwadze wyrażoną w art. 253 § 1 k.p.k. dyrektywę adaptacji środków zapobiegawczych i wynikającą z art. 258 § 4 k.p.k. dyrektywę ich proporcjonalności²⁴, to ustalenie, że czas stosowania zakazów z art. 276a § 1 k.p.k. określa się z uwzględnieniem potrzeby zabezpieczenia prawidłowego biegu postępowania karnego oraz zapewnienia odpowiedniej ochrony pokrzywdzonemu lub osobom dla niego najbliższym, jest jedynie powtórzeniem reguł, które wypływają z ugruntowanych dyrektyw stosowania środków zapobiegawczych.

2.5. Zakazy orzekane w ramach środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k.

W podobny sposób – jako na *superfluum* ustawowe – należy spojrzeć także na zakresowe krzyżowanie się zakazów wymienionych w art. 276a § 1 k.p.k. z obowiązkami, jakie można nałożyć na oskarżonego objętego dozorem Policji. Porównanie przepisów art. 276a § 1 k.p.k. z art. 275 § 2 k.p.k. pozwala jednoznacznie stwierdzić, że w zakresie, w jakim art. 276a § 1 k.p.k. wprowadza możliwość orzeczenia zakazu zbliżania się do pokrzywdzonego na wskazaną odległość oraz zakazu kontaktów²⁵,

²⁴ W kwestii dyrektyw stosowania środków zapobiegawczych zob. J. Skorupka: *Środki przymusu...*, s. 493 i nast.

²⁵ Na marginesie zauważyć należy, że w art. 276a § 1 k.p.k. ustawodawca nie dookreślił, jakie kontakty i z kim mogą być objęte zakazem – pozostawił jedynie w domyśle, że

nowy przepis w pełni zawiera się w dotychczasowych obowiązkach połączonych z dozorem Policji, tylko kładzie szczególny nacisk na cechy podmiotowe pokrzywdzonego związane z wykonywanym przez niego zawodem lub z jego funkcją.

Z pewnością natomiast za nowość trzeba poczytywać wyrażenie wprost zakazu publikacji, w tym za pośrednictwem systemów informacyjnych lub sieci telekomunikacyjnych, treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego. Nasuwa się jednak pytanie, czy tego typu obowiązki nie mogły zostać orzeczone w ramach „innych ograniczeń swobody oskarżonego, niezbędnych do wykonywania dozoru”, o których mowa w art. 275 § 2 k.p.k. W literaturze przedmiotu dostrzega się, że ustawodawca, zdecydowawszy się na zabieg legislacyjny polegający na stworzeniu otwartego katalogu tych obowiązków, opowiedział się za koniecznością pozostawienia organom procesowym względnej swobody w wyznaczaniu stosownego *in concreto* ograniczenia swobody w takim zakresie, jaki jest niezbędny do wykonywania dozoru²⁶. Czyni to dozór Policji najbardziej elastycznym ze wszystkich znanych polskiej procedurze karnej środków zapobiegawczych. Może on przybrać typowo procesowy charakter, czyli zapewniać obecność oskarżonego na potrzeby procesu, ale też może być środkiem z gruntu prewencyjnym, chroniącym pokrzywdzonego przed kontynuacją działalności przestępczej oskarżonego, co zresztą znalazło wyraz w kolejnych nowelizacjach treści art. 275 k.p.k. Wobec tego wolno uznać, że również ograniczenie swobód oskarżonego w najszerszej ujętej działalności publikacyjnej, m.in. w tzw. internetowym trollingu, mogłoby być niezbędne do wykonywania tak rozumianego dozoru Policji. Jeśli przyjmiemy tę koncepcję, to przepisy art. 276a § 1 i 1a k.p.k. stają się przepisami martwymi, egzemplifikującymi tylko szczególne przesłanki orzeczenia wymienionych tam zakazów w ramach dozoru Policji²⁷. Pozytywnym aspektem takiego wyszczególnienia mógłby być jedynie ten, na który w 2008 r. zwrócił uwagę J. Kosonoga, pisząc, że „niewielka ilość przypadków stosowania innych ograniczeń swobody oskarżonego wynika nie tyle z braku takiej potrzeby, ile z niewyrażenia ich *expressis verbis* w ustawie oraz obawy przed dokonaniem zbyt szerokiej wykładni art. 275 § 2 *in fine* k.p.k.”²⁸.

chodzi tu o pokrzywdzonego.

²⁶ J. Kosonoga: *Dozór Policji jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym*. Warszawa 2008, s. 168 i nast.

²⁷ A. Ornowska: *Skuteczny środek zapobiegawczy (art. 258a k.p.k.) oraz inne nowe instytucje w k.p.k. (232b i 276a k.p.k.) wprowadzone w tzw. specustawie w związku z epidemią koronawirusa*. Warszawa 2020 [LEX/el.], nt. 4.

²⁸ J. Kosonoga: *Dozór Policji...*, s. 173.

Należy nadmienić, że ustawodawca uściślił w art. 276a § 3 k.p.k. jedną z postaci przedmiotowego środka zapobiegawczego poprzez wskazanie, iż zakaz publikacji treści godzących w prawnie chronione dobra pokrzywdzonego obejmuje zakaz publikowania i innego udostępniania treści niezależnie od tego, czy zostały wytworzone przez oskarżonego, czy inną osobę, za pośrednictwem internetowych portali, stanowiących usługę świadczoną drogą elektroniczną w rozumieniu ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną²⁹. Oznacza to, że ów zakaz nie może polegać na ograniczeniu swobody wypowiedzi oskarżonego w inny sposób³⁰.

2.6. Konsekwencje naruszenia zakazów nałożonych na oskarżonego

Pogłębiając analizę omawianego wolnościowego środka zapobiegawczego, należy przyrzeć się regulacji przewidzianej w art. 276a § 2 k.p.k. Dopuszcza ona stosowanie zakazów z § 1 łącznie z poręczeniem majątkowym, co stanowi zbędne powtórzenie ugruntowanej prawnie możliwości kumulatywnego stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych, jak słusznie zauważyła A. Ornowska³¹. Nowością jest zaś druga część owego przepisu, będąca podstawą orzeczenia przypadku poręczenia majątkowego w razie niezastosowania się przez oskarżonego do zakazów ciążących na nim na mocy art. 276a § 1 k.p.k. Dotychczas okoliczności aktualizujące orzeczenie przypadku przedmiotu poręczenia lub ściągnięcia jego sumy były uregulowane w art. 268 § 1 k.p.k. i miały charakter ściśle związany z funkcją procesową środków zapobiegawczych³². Obecnie przepis art. 276a § 2 k.p.k. przewiduje kolejną obligatoryjną podstawę takiego orzeczenia. Zapewnienie prawidłowego toku procesu nie jest pierwszorzędnym celem tej regulacji, ściśle odnosi się ona natomiast do celu pozaprocesowego w postaci zapobiegania dalszej ujemnie ocenianej działalności oskarżonego. Nie trzeba nikogo przekonywać, że podobnie jak w przypadku samodzielnego poręczenia majątkowego, tak też w przypadku poręczenia majątkowego orzeczonego oprócz środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k. utrata środków pieniężnych lub innych przedmiotów przedstawiających wartość majątkową stanowi sankcję pro-

²⁹ Dz.U. 2020, poz. 344 ze zm.

³⁰ R. Olszewski: *Pozostałe nieizolacyjne środki zapobiegawcze*. W: *System prawa karnego procesowego*. T. 9: *Środki przymusu*. Red. T. Grzegorzczak, D. Świecki. Warszawa 2021, s. 1000.

³¹ A. Ornowska: *Skuteczny środek zapobiegawczy...*

³² Zob. P. Karlik: *Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym*. Warszawa 2016, s. 219 i nast.

cesową i ma charakter ściśle represyjny. O ile jednak w odniesieniu do samoistnego poręczenia majątkowego sankcja ta zabezpieczała obowiązek procesowy, o tyle na gruncie art. 276a § 2 k.p.k. jest orzekaną w procesie wypadkowym karą finansową za kolejne czyny niepozostające w istocie w żadnym (poza podmiotowym) związku z toczącym się postępowaniem karnym. Skoro zaś środek zapobiegawczy z art. 276a k.p.k. zapobiegać ma zachowaniom społecznie szkodliwym, można założyć, że *gros* tych zachowań będzie polegało na realizacji znamion typów czynów zabronionych przez Kodeks karny. Należy więc zadać pytanie, czy orzeczenie przepadku przedmiotu poręczenia lub ściągnięcia jego sumy za zachowanie uznane następnie za przestępstwo będzie powodowało zaliczenie odpowiedniej kwoty na poczet orzeczonej kary, a jeśli tak, to na jakich zasadach miałyby się ono odbywać. W tym kontekście trzeba odnotować słuszny pogląd K. Dudki, która twierdzi, że środki zapobiegawcze żadną miarą nie mogą zastępować kar i środków karnych, wobec czego ich stosowanie w takim właśnie celu jest niedopuszczalne³³.

Z przedstawionych tu względów nie sposób zgodzić się z poglądem A. Ornowskiej, iż art. 268 § 1 zd. 2 k.p.k. znalazłby zastosowanie we wszystkich przypadkach wskazanych w art. 276a § 2 k.p.k.³⁴ Ostatni z przywołanych przepisów wiąże się bowiem ściśle z pozaprocesowym celem nowego środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k. oraz prewencyjnym charakterem zakazów, jakie reguluje. Przepis art. 268 § 1 k.p.k. nie pozwoliłby w odniesieniu do nich na orzeczenie przepadku lub ściągnięcia wartości majątkowych lub zobowiązań z uwagi na utrudnianie przez oskarżonego postępowania karnego „w inny sposób”. Najczęściej wszak nie dochodziłoby do takiego utrudniania w razie naruszenia zakazów orzeczonych w ramach środka z art. 276a k.p.k., skoro nie wiążą się one, jak już zaznaczono, z procesową funkcją środków zapobiegawczych.

2.7. Umieszczenie środka zapobiegawczego z art. 276a k.p.k. w katalogu środków zapobiegawczych

Inną kwestią, która wymaga oceny, jest usytuowanie omawianego środka zapobiegawczego pomiędzy zakazami i nakazami z art. 276 k.p.k. a zakazem opuszczania kraju. Nieumieszczenie go przez ustawodawcę na końcu rozdziału każe wykluczyć losowość; gdyby bowiem kolejność środków zapobiegawczych nie miała znaczenia, racjonalne byłoby doda-

³³ K. Dudka: *Praktyka stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych w polskim procesie karnym*. Warszawa 2016, s. 67.

³⁴ A. Ornowska: *Skuteczny środek zapobiegawczy...*

wanie następnych każdorazowo na końcu danej jednostki redakcyjnej. Doktrynie nieobce są próby hierarchizacji środków zapobiegawczych na podstawie systematyki rozdziału 28 k.p.k.³⁵ Niezależnie od przydatności kryterium systemowego w kontekście abstrakcyjnej dolegliwości środków zapobiegawczych wydaje się, że ów zabieg legislacyjny należy wiązać z podobieństwem analizowanego środka zapobiegawczego do pozostałych nakazów i zakazów z art. 276 k.p.k. Środki zapobiegawcze przewidziane w tych przepisach cechuje wspólna istota, polegająca na zakazaniu (względnie nakazaniu) określonych zachowań.

3. Uwagi końcowe

Stworzenie możliwości prewencyjnego i doraźnego ograniczenia swobody wypowiedzi w Internecie niewątpliwie jest posunięciem wielce ryzykownym. Trzeba pamiętać, że wolność wyrażania swoich poglądów oraz uzyskiwania i rozpowszechniania informacji została zagwarantowana w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP³⁶, zapewniającej też w art. 14 wolność prasy i innych środków społecznego przekazu. Do tych ostatnich zaś, rzecz jasna, zaliczają się portale internetowe, na których aktywność oskarżonego miałyby ulec ograniczeniom wskutek zastosowania przedmiotowego środka³⁷. W świetle przywołanego aktu normatywnego, najwyższego w hierarchii źródeł prawa, zauważyć jednak należy, że wolność słowa nie ma charakteru absolutnego, podlega bowiem ograniczeniom na mocy art. 31 ust. 3 Konstytucji. Co także oczywiste, absolutna swoboda wypowiedzi może godzić w skądinąd równie doniosłe prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia, o czym stanowi art. 47 Konstytucji. Pomiędzy tymi wartościami mogą zachodzić kolizje³⁸. Wiadomo, że Internet obfituje w treści wulgarne, a znakiem naszych czasów są neologizmy takie jak: „trolling”, „memy”, „fake newsy”, „hejt internetowy”, które funkcjonują w języku potocznym. Nieskrępowana w zasadzie niczym możliwość anonimowego udzielania się na różnych forach i portalach daje wielu osobom impuls do podejmowania zachowań w istocie przestępczych. Często nie polegają one jedynie na pomówieniu,

³⁵ Zob. J. Kosonoga: *Dyrektywa adaptacji środka zapobiegawczego do sytuacji procesowej*. „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12, s. 69 i nast.

³⁶ Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.

³⁷ Zob. L. Garlicki, P. Sarnecki. W: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*. T. 1. Red. L. Garlicki, M. Zubik. Wyd. 2. Warszawa 2016 [LEX/el.], art. 14.

³⁸ K. Liżyńska: *Kwalifikowana postać przestępstwa pomówienia a ochrona wolności słowa*. „Państwo i Prawo” 2012, nr 9, s. 100.

znieważeniu czy zniesławieniu – pomiędzy tymi prywatnoskargowymi typami czynów zabronionych a znacznie poważniejszymi groźbami i stalkingiem przebiega niekiedy bardzo subtelna granica. Nie można także zapominać o występkach z art. 119 § 1 k.k. i z art. 256 k.k. Nierzadko różnicowanie zachowania realizującego znamiona tych typów czynów zabronionych oraz zwykłego braku kultury i powściągliwości w publikowaniu treści odbywa się dosyć intuicyjnie. Z jednej strony ważyć bowiem trzeba wolność słowa, a z drugiej – dobra prawne osób, które może naruszać dyskurs internetowy.

Poprzez wprowadzenie do Kodeksu postępowania karnego art. 276a ustawodawca zdecydował się na stworzenie narzędzia walki z najpoważniejszymi przejawami opisanych zachowań. Przypuszczalnie bodźcem do przedsięwzięcia takich środków było przeniesienie w trakcie pandemii COVID-19 dużej części życia całego społeczeństwa do sieci³⁹. Wydaje się jednak, że o ile zasygnalizowany w uzasadnieniu projektu nowelizacji problem wykorzystywania Internetu jako medium popełniania przestępstw z powodu zawodu wykonywanego przez pokrzywdzonego z pewnością istnieje, o tyle nie można go uznać za aż tak palący, by w trybie alarmowym na stałe włączać nieprzemysłany środek zapobiegawczy do polskiej procedury karnej.

Choć trudno negować potrzebę walki z narastającym zjawiskiem internetowego hejtu i choć eksponowanie konieczności ochrony personelu medycznego jawi się jako zasadne z perspektywy kryminalno-politycznej⁴⁰, wypada podkreślić, że droga ku temu poprzez wprowadzenie przedmiotowego środka zapobiegawczego do polskiej procedury karnej jest w zakresie wykraczającym poza wykazane wcześniej *superfluum* co najmniej dyskusyjna. W wątpliwość należy podać tezę, że określone grupy zawodowe są szczególnie narażone na internetową nienawiść. Często bowiem tego typu wypowiedzi pojawiają się w sprawach kwalifikowanych jako stalking w ogóle niezwiązany z zawodem pokrzywdzonego, a wynikający ze skrajnych uczuć, kiedy to sprawca publikuje na portalach społecznościowych oszczercze informacje o pokrzywdzonym. Nie wiadomo, dlaczego ustawodawca, zdecydowawszy się na ochronę m.in. górników (*vide* uzasadnienie projektu nowelizacji) przed kontynuacją działalności oskarżonego, żadną miarą nie odniósł się do wspomnianego tu, często wielokrotnie bardziej społecznie szkodliwego fenomenu. Szczególnie dziwi to, gdy weźmie się pod uwagę przytoczone

³⁹ Zob. R. Koper. W: *Kodeks postępowania karnego...*, art. 276a, nt. 1.

⁴⁰ Zbieżnej zresztą z założeniami nowelizacji ustawy z dnia 10 maja 2018 r. o Państwowym Ratownictwie Medycznym w zakresie jej art. 5, przyznającego określonym członkom personelu medycznego status funkcjonariusza publicznego w rozumieniu Kodeksu karnego.

w rzeczonym projekcie dane statystyczne na temat wpływu stalkingu na życie ofiar. Przywołując statystyki na potwierdzenie konieczności zmiany w treści Kodeksu postępowania karnego⁴¹, projektodawca milczeniem pominął czas przeprowadzenia badań przez autorkę (2006 r., czyli kilkanaście lat temu) oraz fakt, że ich wyniki wprost wskazywały nie na problem stalkingu z powodu zawodu pokrzywdzonego, lecz na to, że „stalking najczęściej dotyczy osób powiązanych więzami rodzinnymi, tworzących związek partnerski lub znajomych”⁴² (było tak w 88% analizowanych przypadków).

Stąd też należy przyjąć, że jeżeli istnieje dzisiaj przestrzeń społeczna, która wymaga ustawowej interwencji, to z pewnością prędzej będzie to stalking internetowy, lecz nie na szkodę określonych grup zawodowych. W świetle wcześniejszych spostrzeżeń treść art. 276a k.p.k. – gdyby chciało się ewentualnie uzasadnić jego obecność w Kodeksie postępowania karnego – powinna ulec zasadniczemu przemodelowaniu, tak by skupiała się na innej niż wyeksponowana przez projektodawcę stronie zagadnienia, którego przepis ten dotyczy. Być może wówczas częstość stosowania wprowadzonych środków zapobiegawczych nie oscylowałaby w granicach błędu statystycznego, ale stała się realnym instrumentem służącym realizacji celów postępowania karnego⁴³.

Bibliografia

Literatura

- Dudka K.: *Praktyka stosowania nieizolacyjnych środków zapobiegawczych w polskim procesie karnym*. Warszawa 2016.
- Dudka K., Janicz M., Kulesza C., Matras J., Paluszkiwicz H., Skowron B.: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Wyd. 2. Warszawa 2020 [LEX/el.].
- Karlik P.: *Poręczenie majątkowe w polskim procesie karnym*. Warszawa 2016.
- Kodeks karny. Część szczególna*. T. 2. Cz. 1: *Komentarz do art. 117–211a*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. Wyd. 5. Warszawa 2017 [LEX/el.].

⁴¹ J. Skarżyńska-Sernaglia: *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*. Psychologia.net.pl, 12.07.2009. <http://psychologia.net.pl/artukul.php?level=415> [dostęp: 12.09.2021].

⁴² Ibidem.

⁴³ *Vide* Sprawozdanie z działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w sprawach karnych za rok 2020, gdzie wykazano, że „innych środków zapobiegawczych”, do których najpewniej zaliczono te z art. 276a k.p.k., w postępowaniach przygotowawczych w 2020 r. zastosowano ogółem 13. Źródło: strona WWW Prokuratury Krajowej: <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2021/03/PK-P1K-za-2020-r..pdf> [dostęp: 12.09.2021].

- Kodeks postępowania karnego. Komentarz.* Red. A. Sakowicz. Wyd. 9. Warszawa 2020 [LEX/el.].
- Kodeks postępowania karnego. Komentarz aktualizowany.* T. 1. Red. D. Świecki. LEX/el. 2021.
- Kodeks postępowania karnego. T. 2: Komentarz do art. 167–296.* Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2019.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz.* T. 1. Red. L. Garlicki, M. Zubik. Wyd. 2. Warszawa 2016 [LEX/el.].
- Kosonoga J.: *Dozór Policji jako środek zapobiegawczy w polskim procesie karnym.* Warszawa 2008.
- Kosonoga J.: *Dyrektywa adaptacji środka zapobiegawczego do sytuacji procesowej.* „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 12.
- Kosonoga J.: *Nakaz opuszczenia lokalu mieszkalnego zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym jako środek zapobiegawczy (art. 275a k.p.k.).* W: *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tylmana.* Red. T. Grzegorzcyk. Warszawa 2011.
- Liżyńska K.: *Kwalifikowana postać przestępstwa pomówienia a ochrona wolności słowa.* „Państwo i Prawo” 2012, nr 9.
- Murzynowski A.: *Areszt tymczasowy oraz inne środki zapobiegające uchylaniu się od sądu.* Warszawa 1963.
- Olszewski R.: *Pozostałe nieizolacyjne środki zapobiegawcze.* W: *System prawa karnego procesowego.* T. 9: *Środki przymusu.* Red. T. Grzegorzcyk, D. Świecki. Warszawa 2021.
- Ornowska A.: *Skuteczny środek zapobiegawczy (art. 258a k.p.k.) oraz inne nowe instytucje w k.p.k. (232b i 276a k.p.k.) wprowadzone w tzw. specustawie w związku z epidemią koronawirusa.* LEX/el. 2020.
- Skorupka J.: *Przesłanki, organy i tryb stosowania środków zapobiegawczych.* W: *System prawa karnego procesowego.* T. 9: *Środki przymusu.* Red. T. Grzegorzcyk, D. Świecki. Warszawa 2021.
- Skorupka J.: *Środki przymusu.* W: *Proces karny.* Red. J. Skorupka. Warszawa 2017.
- Waltoś S., Hofmański P.: *Proces karny. Zarys systemu.* Warszawa 2018.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. – Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 2021, poz. 534 ze zm.
- Ustawa z dnia 20 lipca 2000 r. o ogłaszaniu aktów normatywnych i niektórych innych aktów prawnych. Dz.U. 2019, poz. 1461.
- Ustawa z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Dz.U. 2020, poz. 344 ze zm.
- Ustawa z dnia 10 czerwca 2010 r. o zmianie ustawy o przeciwdziałaniu przemocy w rodzinie oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2010, nr 125, poz. 842.
- Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19,

innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2020, poz. 568 ze zm.

Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19. Dz.U. 2021, poz. 1072 ze zm.

Orzecznictwo

Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 30 marca 2000 r. II AKa 28/00. LEX nr 1540234.

Źródła internetowe

Lipiński K.: *Obowiązek zastosowania skutecznego środka zapobiegawczego, czyli o (braku) zawartości normatywnej art. 258a k.p.k.* „e-Palestra: Prawo karne” [online], 3.07.2020. <https://palestra.pl/pl/e-palestra/19/2020/obowiazek-zastosowania-skutecznego-srodka-zapobiegawczego-czyli-o-braku-zawartosci-normatywnej-art.-258a-k.p.k> [dostęp: 12.09.2021].

Skarżyńska-Sernaglia J.: *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*. Psychologia.net.pl, 12.07.2009. <http://psychologia.net.pl/artykul.php?level=415> [dostęp: 12.09.2021].

Sprawozdanie z działalności powszechnych jednostek organizacyjnych prokuratury w sprawach karnych za rok 2020. Źródło: strona WWW Prokuratury Krajowej: <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2021/03/PK-P1K-za-2020-r..pdf> [dostęp: 12.09.2021].

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Druk nr 382. Sejm IX kadencji, 22.05.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=382> [dostęp: 12.09.2021].

Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 299. Sejm IX kadencji, 26.03.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=299> [dostęp: 12.09.2021].



JAN KLUZA

 <https://orcid.org/0000-0002-0929-6093>

asesor sądowy w Sądzie Rejonowym w Kielcach
absolwent studiów doktoranckich
na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Jagiellońskiego

Nowelizacja art. 37a k.k. na mocy ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. w świetle racjonalnych celów karania

Amendment to art. 37a of the Penal Code under the Act of 19 June 2020 in the light of rational punishment objectives

Abstract: Article 37a of Penal Code was significant changed due to the amendment of 19 June 2020. This provision was introduced into the Penal Code in 2015 and was aimed at limiting the use of imprisonment in relation to minor offenses, but only punishable by imprisonment. In 2020, this direction of changes was partially reversed by increasing the requirements for the application of Art. 37a of the Penal Code, which was met with numerous doubts.

Keywords: imprisonment, alternative sanction, sentence, non-custodial sentences

1. Wstęp

Artykuł 37a został wprowadzony do Kodeksu karnego na mocy nowelizacji z 2015 r.¹ Na podstawie tej regulacji powstała możliwość orzeczenia kary ograniczenia wolności lub kary grzywny, jeśli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat. Brzmienie owego przepisu w istotny sposób zmodyfikowała nowelizacja w postaci ustawy z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocenowania kre-

¹ Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2015, poz. 396.

dytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19². Wobec tego rozwiązania odezwano się wiele głosów krytyki wskazujących na ograniczenie jego stosowania i konsekwencje wprowadzenia. Po upływie niemal dwóch lat od dokonanej zmiany możliwe jest przeanalizowanie skutków rzeczonyj nowelizacji, co zostanie przedstawione w dalszej części tekstu.

2. Istota regulacji z art. 37a k.k.

Przed wprowadzeniem art. 37a k.k., co nastąpiło 1 lipca 2015 r., podobne rozwiązanie przewidywał art. 58 § 3 k.k., który stanowił, że jeżeli przestępstwo było zagrożone karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat, to sąd mógł zamiast takiej kary orzec grzywnę albo karę ograniczenia wolności do lat 2, w szczególności jeżeli orzekał równocześnie środek karny. Przepis ów stwarzał generalną możliwość przechodzenia na kary nieizolacyjne, a tym samym dawał prymat zasadzie indywidualizacji kary i realizował w pełni potrzebę jej sądowego wymiaru³. Należy dodać, że na skutek nowelizacji z 2009 r.⁴ orzeczenie owej kary mogło nastąpić w wymiarze do 2 lat, co stanowiło większy jej wymiar niż w razie orzekania jej na zasadach ogólnych, gdyż wówczas kara ograniczenia wolności mogła trwać maksymalnie 12 miesięcy (art. 34 § 1 k.k. w brzmieniu do 1 lipca 2015 r.).

Warunkiem orzeczenia kary łagodniejszego rodzaju zamiast kary pozbawienia wolności nie było równoczesne orzeczenie środka karnego, ponieważ przepis w części *in fine* mówił, że skorzystanie z tej instytucji jest możliwe, „w szczególności jeżeli orzeka [się – J.K.] równocześnie środek karny”. W art. 58 § 3 k.k. chodziło o to, „aby sąd korzystał z możliwości orzeczenia środka karnego, o ile zachodzą podstawy do jego orzeczenia. Zwrot »w szczególności« oznacza bowiem zalecenie dla sądu rozważenia stosowania środka karnego obok kary łagodniejszego rodzaju zamiast kary pozbawienia wolności”⁵. Projekt Kodeksu karnego z 1997 r. zakładał dookreślenie warunków orzeczenia kary nieizolacyjnej poprzez sformułowanie: „zadania stawiane przed karą zostaną spełnione przez tę karę [ogra-

² Tj. Dz.U. 2021, poz. 1072.

³ W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Wyd. 2. Kraków 2013, s. 541.

⁴ Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2009, nr 206, poz. 1589.

⁵ Z. Sienkiewicz: *Komentarz do art. 58 k.k.* W: O. Górniok et al.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1: Art. 1–116. Gdańsk 2005, s. 546–547.

niczenia wolności lub grzywnę – J.K.] oraz środek karny”⁶. Ostatecznie art. 58 § 3 k.k. nie zawierał takiego doprecyzowania. Do momentu wspomnianej nowelizacji z 2009 r. jednak art. 58 § 4 k.k. przewidywał, że przepisu § 3 nie stosuje się wobec sprawcy występku umyślnego, który to sprawca był uprzednio skazany na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy niż 6 miesięcy bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, ani do sprawcy występku o charakterze chuligańskim.

Uzasadnienie projektu nowelizacji z 2015 r. rozpoczyna się od analizy stanu przestępczości z lat 2003–2004 i 2008–2012. Podkreślono malejącą liczbę popełnianych przestępstw i w efekcie – zapadających wyroków skazujących, lecz zarazem zauważono: „W tym kontekście w orzecznictwie sądów karnych nadużywana jest kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania – stanowi ona bowiem ponad 60% konkluzji procesowych. [...] W 2011 r. bezwzględna kara pozbawienia wolności orzeczona została wobec 40 084 osób, co stanowiło 9,6% skazanych. Karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania orzeczono wobec 237 234 osób, tj. 56,9% skazanych. Na karę ograniczenia wolności sądy skazały 50 330 osób, tj. 12,1%. Samoistną grzywnę orzeczono wobec 88 907 osób, tj. 21,3% ogółu skazań. Wobec 28 127 osób zastosowano warunkowe umorzenie postępowania karnego, tj. 6% ogółu osób osądzonych”⁷. W uzasadnieniu nadmieniono także: „Jednocześnie, mimo dość czytelnej aksjologii Kodeksu karnego, sądy nie sięgają dostatecznie często po tzw. kary wolnościowe (grzywnę i karę ograniczenia wolności). Orzekając karę pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem, sąd, kierując się zresztą określoną linią orzecniczą Sądu Najwyższego, ustala rozmiar pozbawienia wolności znacznie wyżej, niż gdyby orzekał tę karę bez warunkowego zawieszenia jej wykonania. Jest to praktyka całkowicie niespójna z wynikającym z art. 32 k.k. stanowiskiem, że kara pozbawienia wolności jest karą tego samego rodzaju, bez względu na to, czy stosowano warunkowe zawieszenie jej wykonania, czy też nie”⁸.

W konsekwencji do Kodeksu karnego został wprowadzony art. 37a, co uzasadniano następująco: „Projektowany art. 37a k.k. jest przepisem, który ma odegrać dwie role. Pierwsza związana jest z pozakodeksowym prawem karnym, w którym istnieją bardzo duże rozbieżności w sposobie ukształtowania sankcji karnej; pomija się systematykę sankcji karnych i powiązanych z nimi instytucji części ogólnej. Z tego powodu przepis

⁶ Ibidem, s. 541.

⁷ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 2393, cz. 1, s. 2–3. Sejm VII kadencji, 15.05.2014. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393> [dostęp: 10.03.2022].

⁸ Ibidem, s. 4.

ten przekształca pojawiające się w regulacjach pozakodeksowych sankcje jednorodne w sankcje alternatywne, przewidując możliwość orzeczenia grzywny lub kary ograniczenia wolności, jeżeli nie przewiduje tego przepis pozakodeksowego prawa karnego. Z drugiej strony przepis ten stanowi dyrektywę sądowego wymiaru kary, która skłania sądy do orzekania, zamiast kary pozbawienia wolności, kar wolnościowych. Wspomniana regulacja dotyczy typów czynów zabronionych zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8, jednakże priorytet orzekania kar wolnościowych dotyczy tylko tych typów czynów zabronionych, które są zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 5⁹.

Ogólnie rzecz ujmując, „art. 37a k.k. uzupełnia informację normatywną o ustawowym zagrożeniu karą za popełnienie czynów zabronionych opisanych w poszczególnych przepisach spełniających funkcje typizujące czyny zabronione pod groźbą kary, zarówno w obrębie Kodeksu karnego, jak i przepisów pozakodeksowych”¹⁰. Na to samo wskazuje J. Majewski, który stwierdza, że „[n]ormatywną funkcją nowo wprowadzonego art. 37a jest dookreślenie ustawowego zagrożenia za niektóre występki. Konkretnie komentowany przepis współokreśla ustawowe zagrożenie w tych wszystkich wypadkach, w których przepisy określające dany typ przestępstwa (przepisy typizujące) lub inne przepisy wyznaczające elementy ustawowego zagrożenia za ów typ przestępstwa (np. te, do których odsyłają przepisy typizujące zredagowane z zastosowaniem formuły »tej samej karze podlega...« lub »karze określonej w art. (§, ust.) podlega...«) przewidują zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a nie wprowadzają jednocześnie alternatywnego zagrożenia obiema karami nieizolacyjnymi, tj. grzywną i karą ograniczenia wolności”¹¹. Niemniej w doktrynie wyrażane było odmienne stanowisko w sprawie charakteru art. 37a k.k., kładące nacisk na jego dyrektywalny charakter¹².

Z kolei według V. Konarskiej-Wrzošek „[j]est to możliwość dana sądom do korzystania z niej na zasadzie swobodnego uznania, a nie żadna preferencja co do rodzaju orzekanych kar. Z ustawową preferencją co do wyboru i orzekania kar wolnościowych mamy do czynienia jedynie przy drobnych występkach i występkach lżejszych z grupy o średnim ciężarze

⁹ Ibidem, s. 13.

¹⁰ M. Małecki: *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*. W: *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*. Red. W. Wróbel. Kraków 2015, s. 286.

¹¹ J. Majewski: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1, cz. 1: *Komentarz do art. 1–52*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. Wyd. 5. Warszawa 2016, s. 737; zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 10 października 2019 r. II AKa 260/19. LEX nr 2749797.

¹² J. Kosonoga-Zygmunt: *Orzekanie kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności (art. 37a k.k.)*. „Ius Novum” 2016, T. 10, nr 4, s. 134–135.

gatunkowym zagrożonych sankcją alternatywną, w przypadku których ustawa przewiduje możliwość wyboru między karą pozbawienia wolności a karami wolnościowymi (zob. art. 58 § 1 k.k.)”¹³. Oceniając dodanie do Kodeksu karnego art. 37a, R. Zawłocki słusznie zauważa, że „jakkolwiek sądy mają możliwość zastosowania tzw. kary zamiennej na podstawie art. 58 § 3 KK, to jednak z możliwości tej korzystają relatywnie rzadko. W związku z powyższym uchylono przepis art. 58 § 3 KK i zamiast niego wprowadzono nową instytucję tzw. sankcji zamiennej w art. 37a KK. [...] W ten sposób alternatywa dla ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności przestaje opierać się na dotychczasowej dyrektywie sądowego wymiaru kary na rzecz nowej – podobnie brzmiącej – dyrektywy ustawowego wymiaru kary. Dyrektywa ta modyfikuje więc »automatycznie« wszystkie ustawowe zagrożenia odwołujące się wyłącznie do kary pozbawienia wolności w wyżej przywołanym wymiarze”¹⁴. Generalnie regulacja ta była oceniana pozytywnie¹⁵.

3. Zmiana art. 37a k.k. z 19 czerwca 2020 r.

W dotychczasowym stanie prawnym „[d]la zakresu zastosowania wyrażonej w art. 37a k.k. normy rozstrzygające znaczenie ma użycie zwrotu »jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat«, a nie »jeżeli ustawa przewiduje zagrożenie tylko/wyłącznie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat« czy też innego mu równoważnego”¹⁶. O tym, czy w danej sprawie znajdzie zastosowanie art. 37a k.k., sąd decyduje, kierując się ogólnymi dyrektywami wymiaru kary wynikającymi z art. 53 k.k.; ponadto „[s]ięgając po uregulowanie z art. 37a k.k., sąd za każdym razem obowiązany jest do indywidualnego podejścia i całościowego przeanalizowania konkretnego przypadku”¹⁷.

¹³ V. Konarska-Wrzosek: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Komentarz.* Red. V. Konarska-Wrzosek. Wyd. 2. Warszawa 2018, s. 234.

¹⁴ R. Zawłocki: *Reforma prawa karnego materialnego od 1.7.2015 r. Uwagi ogólne dotyczące najważniejszych zmian w Kodeksie karnym.* „Monitor Prawniczy” 2015, nr 11, s. 568.

¹⁵ J. Kosonoga-Zygmunt: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Komentarz.* Red. R.A. Stefański. Wyd. 4. Warszawa 2018 [Legalis], nb. 1; A. Grześkowiak: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Komentarz.* Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. Wyd. 6. Warszawa 2019 [Legalis], nb. 1; E. Hryniewicz-Lach: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116.* Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Wyd. 4. Warszawa 2017 [Legalis], nb. 1.

¹⁶ J. Kosonoga-Zygmunt: *Orzekanie kar nieizolacyjnych...*, s. 139.

¹⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 czerwca 2019 r. II AKa 251/18. LEX nr 2706356.

Unormowanie zawarte w art. 37a k.k. stanowi poszerzenie luzu decyzyjnego sądu orzekającego i samo w sobie nie zawiera przesłanek wymierzenia kary łagodniejszego rodzaju, lecz określa jedynie, że sąd „może” taką karę orzec¹⁸.

Co do zasady charakteru tego przepisu nie zmienia dokonana nowelizacja, niemniej pojawiły się przeciwko niej nagłośnione w mediach zarzuty przedstawicieli doktryny, które dotyczyły znacznego ograniczenia stosowania art. 37a § 1 k.k. w nowym brzmieniu. Przewiduje on, że jeżeli przestępstwo jest zagrożone tylko karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a wymierzona za nie kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od 1 roku, to sąd może zamiast owej kary orzec karę ograniczenia wolności nie niższą od 3 miesięcy albo grzywnę nie niższą od 100 stawek dziennych, jeżeli równocześnie orzeka środek karny, środek kompensacyjny lub przepadek. Wprowadzony został także nowy art. 37a § 2 k.k., który stanowi, że przepisu § 1 nie stosuje się wobec sprawców, którzy popełniają przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, oraz sprawców przestępstw o charakterze terrorystycznym. W rezultacie definitywnie wyłączona jest możliwość orzeczenia kary łagodniejszego rodzaju w przypadku tej kategorii przestępców.

Zmiana art. 37a k.k. znalazła się w projekcie ustawy na etapie prac w Komisji Finansów Publicznych¹⁹, dlatego w jego uzasadnieniu nie podano motywów owej zmiany²⁰. Wprawdzie analogiczny do niej przepis umieszczono w projekcie nowelizacji Kodeksu karnego z 2019 r., lecz nie weszła ona w życie na skutek stwierdzenia jej niekonstytucyjności w całości przez Trybunał Konstytucyjny²¹. Trzeba jednak dodać, że proponowana wówczas treść art. 37a § 2 k.k. zawierała większe wyłączenie stosowania § 1 aniżeli aktualna, ponieważ przewidywała, iż nie ma on zastosowania także wobec sprawców występków określonych w art. 178a § 4 k.k. oraz sprawców, którzy uprzednio odbywali karę po-

¹⁸ A. Sakowicz: *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego (wybrane zagadnienia)*. „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3, s. 50.

¹⁹ Sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych o rządowym projekcie ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Druk nr 390. Sejm IX kadencji, 27.05.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=390> [dostęp: 10.03.2022].

²⁰ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Druk nr 382. Sejm IX kadencji, 22.05.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=382> [dostęp: 10.03.2022].

²¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r. Kp 1/19. OTK-A 2020/36.

zbawienia wolności, z wyłączeniem zastępczej kary pozbawienia wolności. W uzasadnieniu tamtego projektu zaznaczono, że „[z] uwagi na wysoką karygodność tego typu przestępstw ocenianą *in abstracto* obecne rozwiązanie stanowi przejaw zbyt daleko idącej, nieproporcjonalnej liberalizacji odpowiedzialności. Priorytet orzekania kar wolnościowych powinien dotyczyć tzw. drobnej przestępczości – czyli typów czynów zabronionych, których górna granica kary pozbawienia wolności nie przekracza 5 lat. Dotychczasowa regulacja daje możliwość stosowania kar wolnościowych, bez żadnych ograniczeń, za takie kategorie czynów jak oszustwo czy typ uprzywilejowany przestępstwa zgwałcenia. Zwłaszcza w odniesieniu do tego ostatniego przestępstwa proponowany ogólny kierunek zmian wskazywałby na niekonsekwencję i niespójność w razie pozostawienia art. 37a k.k. bez zmian. Stąd też projektowany art. 37a § 1 k.k. współokreśla ustawowe zagrożenie w tych wszystkich wypadkach, w których przepisy określające dany typ przestępstwa (przepisy typizujące) lub inne przepisy wyznaczające elementy ustawowego zagrożenia za ów typ przestępstwa przewidują zagrożenie karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat”²². Ze względu na podobieństwo regulacji z 2019 r. do tej wprowadzonej w 2020 r. należy przyjąć, że ustawodawcą kierowała taka sama motywacja.

Do wcześniejszego brzmienia art. 37a § 1 k.k. dodano sformułowanie, że znajduje zastosowanie do przestępstw zagrożonych „tylko karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat”, oraz swego rodzaju test, w którym sąd musi rozstrzygnąć, czy wymierzona za nie kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od 1 roku. Zarazem określony został dolny wymiar orzekanej na tej podstawie kary, która nie może być niższa niż kara 3 miesięcy ograniczenia wolności lub 100 stawek dziennych grzywny, a także wymóg jednoczesnego orzeczenia środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku.

Jak już zasygnalizowano, przyjęte rozwiązanie budziło wiele wątpliwości. M. Małecki wskazuje, iż „[j]ednoznacznie wynika z nowego art. 37a k.k., że odnosi się on do przypadków, w których »przestępstwo jest zagrożone tylko karą pozbawienia wolności«. Dotychczasowe sankcje alternatywne, utworzone na mocy art. 37a k.k., przekształcają się w zagrożenie jednorodnjawowe »tylko« karą pozbawienia wolności i do takich przestępstw ma się odnosić nowy art. 37a k.k.”²³. Z kolei Dolnośląska Izba Lekarska oświadczyła: „W ocenie samorządu lekarskiego przekształcenie

²² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 3451, s. 4. Sejm VIII kadencji, 14.05.2019. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451> [dostęp: 10.03.2022].

²³ M. Małecki: *Trik w Tarczy 4.0: zmiana jednego przepisu generalnie zaostrza sankcje. Za aborcję, znieważenie prezydenta, błąd medyczny...* Dogmaty Karnisty, 20.06.2020.

art. 37a Kodeksu karnego znosi tzw. dyrektywę pierwszeństwa kary wolnościowej na rzecz priorytetu kary pozbawienia wolności. Wydaje nam się, że ewentualne odstępianie od wymierzenia kary pozbawienia wolności sąd będzie uzależniał od tego, jaka byłaby w danej sprawie wysokość kary pozbawienia wolności. Sąd, stosując przepis art. 37a, zapewne powinien najpierw hipotetycznie ustalić wysokość kary pozbawienia wolności, a dopiero potem – jeżeli uzna, że kara ta nie byłaby surowsza od roku – uzasadniać, dlaczego uważa, że zamiast tej kary wystarczająca będzie kara grzywny albo ograniczenia wolności (np. polegająca na potrącaniu od 10% do 25% wynagrodzenia na cel społeczny)²⁴. Stanowisko to dementowało Ministerstwo Sprawiedliwości, podkreślając, że „wbrew nieprawdziwym doniesieniom nowe regulacje zawarte w uchwalonej przez Sejm i podpisanej przez Prezydenta RP Tarczy antykryzysowej 4.0 nie zmieniają zasad odpowiedzialności karnej za jakiegokolwiek przestępstwa. Dotyczy to również błędów lekarskich, czyli np. nieumyślnego spowodowania śmierci lub nieumyślnego spowodowania ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Kary za te czyny nie zmieniły się od 23 lat i tak pozostanie. Całkowicie nieprawdziwe jest twierdzenie, że za błędy lekarskie będzie można orzec wyłącznie karę bezwzględnego pozbawienia wolności. Sąd będzie mógł, jak do tej pory, zawieszać wykonanie kary pozbawienia wolności albo – jeśli oceni, że są ku temu podstawy – zamiennie stosować grzywnę lub karę ograniczenia wolności, warunkowo umorzyć postępowanie lub zawiesić karę”²⁵.

Odnosząc się do przywołanych wątpliwości, należy wskazać, że zmiana art. 37a § 1 k.k. poprzez dodanie sformułowania, że przestępstwo ma być zagrożone „tylko” karą pozbawienia wolności do lat 8, nie oznacza zawężenia zakresu stosowania tego przepisu. Skoro jego istotę stanowi umożliwienie sądowi orzeczenia alternatywnie kary grzywny lub ograniczenia wolności, to siłą rzeczy dany przepis w części szczególnej określającej sankcję za dane przestępstwo musi ową sankcję określać tylko jako karę pozbawienia wolności. W przeciwnym razie – tzn. w sytuacji gdy przestępstwo zagrożone jest alternatywnie karą łagodniejszą (np. w przypadku przestępstwa z art. 208 k.k., zagrożonego karą grzywny, karą ogra-

<https://www.dogmatykarnisty.pl/2020/06/trik-w-tarczy-4-0-zmiana-jednego-przepisu-generalnie-zaostrza-sankcje/> [dostęp: 10.03.2022].

²⁴ *Zmiana art. 37a k.k. Wejście w życie i możliwe konsekwencje dla środowiska lekarskiego*. Dolnośląska Izba Lekarska, 23.07.2020. <https://dilnet.wroc.pl/zmiana-art-37a-k-k-wejscie-w-zycie-i-mozliwe-konsekwencje-dla-srodowiska-lekarskiego> [dostęp: 10.03.2022].

²⁵ *Marcin Warchoł na spotkaniu z samorządem lekarskim: Zaostrzenie kar za błędy lekarskie to nieprawda*. Serwis Rzeczypospolitej Polskiej, 23.06.2020. <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/marcin-warchol-na-spotkaniu-z-samorzadem-lekarskim-zaostrzenie-kar-za-bledy-lekarskie-to-nieprawda> [dostęp: 10.03.2022].

niczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2) – nie istnieje możliwość sięgania do instytucji z art. 37a k.k.

Więcej wątpliwości budzi zmiana normatywna polegająca na wprowadzeniu dodatkowego wymogu dotyczącego ewentualnego orzeczenia kary alternatywnej, mianowicie ażeby wymierzona za przestępstwo kara pozbawienia wolności nie była surowsza od 1 roku. Właśnie w odniesieniu do tego fragmentu pojawiły się pytania, czy nowe brzmienie przepisu nie przesądza o znacznie węższym zakresie jego stosowania w porównaniu z wcześniejszym brzmieniem. Analizując jednak przestępstwa określone w części szczególnej Kodeksu karnego, pośród przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 8 nie można znaleźć takiego typu czynu zabronionego, którego dolna granica ustawowego zagrożenia byłaby wyższa od 1 roku. W przypadku przestępstw o dolnej granicy wyższej niż minimalny wymiar kary pozbawienia wolności wynikający z art. 37 k.k. ustawodawca zazwyczaj określa ten próg w miesiącach lub w wymiarze 1 roku (np. w art. 153 § 1 k.k. – czyn zagrożony karą od 6 miesięcy do 8 lat pozbawienia wolności; w art. 160 § 2 k.k. – czyn zagrożony karą od 3 miesięcy do 5 lat pozbawienia wolności). Z kolei gdy ów próg wynosi więcej niż 1 rok, wyższa jest również górna granica ustawowego zagrożenia (10 lub 12 lat, np. w art. 153 § 2 k.k. – czyn zagrożony karą od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności; w art. 163 § 3 k.k. – czyn zagrożony karą od 2 do 12 lat pozbawienia wolności), co automatycznie eliminuje możliwość zastosowania art. 37a § 1 k.k., która istnieje jedynie w odniesieniu do przestępstw zagrożonych karą do 8 lat pozbawienia wolności. Brak więc czynu zabronionego, który byłby zagrożony w dolnym progu karą pozbawienia wolności w wymiarze wyższym niż 1 rok, a równocześnie którego górna granica wynosiłaby 8 lat lub mniej.

Literalna wykładnia rozważanego tu przepisu nie prowadzi zatem w żaden sposób do zaostrożenia odpowiedzialności karnej przez wyłączenie niektórych kategorii przestępstw, dotychczas objętych taką możliwością, spod zakresu stosowania art. 37a § 1 k.k. Niezależnie od tego owa zmiana ma w rzeczywistości charakter pozorny. Wprawdzie wśród reguł wykładni znajduje się zakaz takiego interpretowania treści przepisu, które skutkowałyby jego zbędnością (*per non est*)²⁶ – co szczególnie widać w przypadku wyraźnego wprowadzenia tej treści w drodze nowelizacji – lecz omawiana zmiana w zasadzie niczego za sobą nie pociąga. Istotą orzekania kar łagodniejszego rodzaju na podstawie art. 37a § 1 k.k. jest wszak to, że w ocenie sądu orzekanie kary pozbawienia wolności nie byłoby celowe. Innymi słowy, również we wcześniejszym stanie prawnym, ukształtowanym nowelizacją Kodeksu karnego z 2015 r., sąd nie

²⁶ L. Morawski: *Zasady wykładni prawa*. Wyd. 2. Toruń 2010, s. 122.

mógłby orzec w trybie art. 37a k.k. kary łagodniejszego rodzaju, jeśli bazując na dyrektywy wymiaru kary określone w art. 53 § 1 i 2 k.k., doszedłby do przekonania, że adekwatna byłaby kara pozbawienia wolności, choćby w minimalnym wymiarze wynoszącym 1 miesiąc. Powiązanie w nowym brzmieniu art. 37a § 1 k.k. możliwości orzeczenia kary grzywny lub ograniczenia wolności ze swego rodzaju testem, czy wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekraczałaby 1 roku, jest zbędne, bo w takiej sytuacji sąd nie powinien orzekać kary łagodniejszego rodzaju. Już w odniesieniu do poprzedniej treści przepisu stwierdzano wprost: „Zgodnie z dyrektywą pierwszeństwa kar wolnościowych w wypadkach czynów zabronionych o zagrożeniu wskazanym w art. 58 § 1 k.k. sąd powinien stosować w pierwszej kolejności kary przewidziane w art. 37a k.k., czyli grzywnę albo ograniczenie wolności”²⁷. Ocenic zatem należy, że dokonana w tym zakresie zmiana brzmienia art. 37a § 1 k.k. nie powoduje zawężenia jego stosowania.

Analizowana zmiana – jak tu zauważono, zbędna – doprowadziła jednak do pewnego mankamentu, który wydaje się skutkiem niezamierzonym, wynikającym z nieprzemyślanego tempa nowelizacji. Otóż zmiana art. 37a k.k. silnie koresponduje z możliwością nadzwyczajnego złagodzenia kary na podstawie art. 60 § 7 k.k. w przypadkach, w których przestępstwo zagrożone jest więcej niż jedną z kar wymienionych w art. 32 pkt 1–3. W takiej sytuacji art. 60 § 7 k.k. stanowi, że nadzwyczajne złagodzenie kary polega na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2, 3, 7 i 8, środka kompensacyjnego lub przepadku. Problem ten odnosi się do czynów zagrożonych karą do 5 lat pozbawienia wolności (czyli np. kradzieży z art. 278 § 1 k.k.). Dzieje się tak ze względu na treść art. 60 § 8 k.k., w myśl którego nadzwyczajnego złagodzenia kary nie stosuje się, gdy chodzi o czyny zagrożone karą pozbawienia wolności powyżej 5 lat, do nich bowiem ma zastosowanie art. 37a. „Logiczne zatem stało się stwierdzenie, że skoro możliwość orzeczenia kary ograniczenia wolności lub grzywny jest osiągalna w ramach zwyczajnego wymiaru kary, to tym samym nie stosuje się nadzwyczajnego złagodzenia kary do czynów zagrożonych karą pozbawienia wolności, do których znajduje zastosowanie art. 37a”²⁸. W przypadku czynów zagrożonych karą do 5 lat pozbawienia wolności w dalszym ciągu więc zastosowanie znajdować powinien art. 60 § 7 k.k. Wydaje się jednak, że problemy wynikające z interpretacji art. 37a § 1 k.k. w odniesieniu do art. 60 § 7 k.k. nie były przez ustawodawcę zamierzone. W ocenie autora

²⁷ M. Małecki: *Charakter prawny art. 37a k.k.* „Przegląd Sądowy” 2016, nr 11/12, s. 190.

²⁸ Z. Cwiakalski: *Komentarz do art. 60 k.k.* W: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1, cz. 2: *Komentarz do art. 53–116*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. Wyd. 5. Warszawa 2016, s. 178.

niniejszego tekstu prawidłowo odczytywany art. 37a § 1 k.k. powinien prowadzić do wniosku, że nawet wymierzenie kary do 1 roku pozbawienia wolności byłoby niewłaściwe, a w konsekwencji dany czyn nadal zagrożony jest sankcją alternatywną, co pozwala na skorzystanie z art. 60 § 7 k.k., gdy mowa o czynach zagrożonych karą do 5 lat pozbawienia wolności; niemniej pożądana byłaby interwencja ustawodawcy usuwająca owe wątpliwości. Projekt nowelizacji Kodeksu karnego procedowany obecnie w Sejmie²⁹ przewiduje zmianę także art. 60 § 7 k.k., który ma otrzymać brzmienie: „Jeżeli czyn jest zagrożony nadto karą ograniczenia wolności lub grzywną, stosuje się odpowiednio przepis § 6”. Dodatkowo uchyleniu podlegać ma art. 60 § 8 k.k. Wskazany projekt przecina zatem wątpliwości w tym zakresie, gdyż odsyła do stosowania art. 60 § 6 k.k., w którym również następują istotne zmiany³⁰.

Trzeba jednak zwrócić uwagę, że ustawodawca zaostrzył odpowiedzialność karną przez określenie dolnych granic orzekanej na podstawie art. 37a § 1 k.k. kary grzywny, która wynosić musi nie mniej niż 100 stawek dziennych grzywny, oraz kary ograniczenia wolności, która nie może być niższa niż 3 miesiące. Ponadto w stosunku do sprawcy konieczne stało się orzeczenie środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku, co nawiązuje do poprzednio obowiązującego art. 58 § 3 k.k., aczkolwiek wówczas orzekanie któregoś z tych środków nie było obowiązkowe, a tylko możliwe. Należy tu nadmienić, że istotą prawa karnego jest wzmocnienie autorytetu władzy poprzez wprowadzenie syste-

²⁹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 2024. Sejm IX kadencji, 22.02.2022. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024> [dostęp: 10.03.2022].

³⁰ Art. 1 pkt 16 lit. b projektu nowelizacji przewiduje, że:

- wprowadzenie do wyliczenia otrzymuje brzmienie: „Nadzwyczajne złagodzenie kary polega na wymierzeniu kary poniżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, kary łagodniejszego rodzaju albo na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego, środka kompensacyjnego lub przepadku według następujących zasad [...]”,
- uchyla się pkt 1,
- pkt 2 otrzymuje brzmienie: „2) jeżeli czyn stanowi zbrodnię, sąd wymierza karę pozbawienia wolności nie niższą od jednej trzeciej dolnej granicy ustawowego zagrożenia”,
- pkt 4 otrzymuje brzmienie: „4) jeżeli czyn stanowi występki, przy czym dolną granicą ustawowego zagrożenia jest kara pozbawienia wolności niższa od roku, a górną – kara pozbawienia wolności nie niższa od lat 3, sąd wymierza grzywnę albo karę ograniczenia wolności”,
- dodaje się pkt 5 w brzmieniu: „5) jeżeli czyn stanowi występki, przy czym górną granicą ustawowego zagrożenia jest kara pozbawienia wolności nieprzekraczająca 2 lat, nadzwyczajne złagodzenie kary polega na odstąpieniu od wymierzenia kary i orzeczeniu środka karnego wymienionego w art. 39 pkt 2–3, 7 i 8, środka kompensacyjnego lub przepadku; przepis art. 61 § 2 nie stosuje się”.

mu kar za złamanie określonych norm sankcjonowanych³¹. Wymierzona kara, po pierwsze, ma być odpowiedzią na popełniony czyn zabroniony, po drugie, musi być ekonomiczna z punktu widzenia państwa, tzn. rozmiar sankcji musi być ekonomicznie uzasadniony w stosunku do wagi popełnionego przestępstwa, a zarazem winien spełniać funkcje prewencyjne³². Oznacza to, że koszt wykonania kary nie może być niewspółmierny do wagi przestępstwa. Kara ma oddziaływać nie tylko na oskarżonego, lecz także ogólnie na społeczeństwo, ale nie może to być prewencja negatywna. Niewątpliwie kara ma być dolegliwa, nie powinna jednak być dolegliwa ponad miarę. Wszak w myśl przepisów art. 53 § 1 i 2 k.k. sąd, orzekając karę, bierze pod uwagę stopień winy i stopień społecznej szkodliwości czynu oskarżonego. Co istotne, wspomniany wcześniej kolejny projekt nowelizacji Kodeksu karnego przedłożony przez Radę Ministrów zawiera następną zmianę art. 37a k.k. Przewiduje, że orzekana na mocy art. 37a § 1 k.k. kara ograniczenia wolności nie może być niższa niż 4 miesiące, kara grzywny zaś – niższa od 150 stawek. Równocześnie nie będzie już konieczne orzeczenie innych środków karnych, czy to kompensacyjnych, czy przepadku, ponieważ zgodnie z projektowaną wersją art. 37a § 1 k.k. orzeczenie kar wolnościowych jest możliwe „w szczególności”, jeżeli orzeka się środek karny, środek kompensacyjny lub przepadek.

Określenie minimalnego poziomu sankcji alternatywnych na podstawie art. 37a § 1 k.k. należy uznać za błędne. Minimalny wymiar grzywny w takiej sytuacji będzie wynosić 1000 zł, gdyż minimalna wysokość jednej stawki dziennej grzywny to 10 zł (art. 33 § 3 k.k.). Tymczasem z dostępnych statystyk Ministerstwa Sprawiedliwości³³ wynika, że w 2018 r. spośród 90 491 samoistnie orzeczonych prawomocnie kar grzywny łączny wymiar kwotowy nie przekraczał 1000 zł aż w 31 927 przypadkach, co stanowi ponad 35% ogółu kar grzywny; w 2017 r. ów odsetek był jeszcze wyższy (przeszło 39%). W odniesieniu do kary ograniczenia wolności taka dysproporcja nie zachodzi, ponieważ odsetek kar ograniczenia wolności trwających nie dłużej niż 3 miesiące jest stosunkowo niewielki – w 2018 r. wynosił 5,6%, a w 2017 r. 6,8% – sądy bowiem przeważnie orzekają tę karę na zdecydowanie dłuższy okres.

Wskazanie minimalnego poziomu grzywny może jednak skutkować częstszym orzekaniem kary ograniczenia wolności zamiast niej, przy-

³¹ W. Wróbel, A. Zoll: *Polskie prawo karne...*, s. 61.

³² Ibidem, s. 416–418; zob. też: J. Warylewski: *Prawo karne. Część ogólna*. Wyd. 8. Warszawa 2020, s. 499.

³³ *Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego – dorośli – wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l. 2008–2018*. Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości [online]. <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [dostęp: 10.03.2022].

kładowo z obawy, że z uwagi na sytuację majątkową sprawcy orzeczenie kary grzywny byłoby niecelowe. Zgodnie z uchylonym art. 58 § 2 k.k. grzywny nie orzeka się, jeżeli dochody sprawcy, jego stosunki majątkowe lub możliwości zarobkowe uzasadniają przekonanie, że nie uiści grzywny ani nie będzie ona ściągalna w drodze egzekucji. Regulacja ta miała służyć wyeliminowaniu orzekania kar grzywny nieściągalnych i urealnieniu możliwości ich wykonania³⁴. Mimo uchylecia owego przepisu w praktyce orzekania takich kar sąd w dalszym ciągu uwzględnia szanse na ich wykonanie i w razie braku takich perspektyw orzeka karę ograniczenia wolności. Usztywnienie dolnej granicy kary grzywny orzekanej na podstawie art. 37a § 1 k.k. na poziomie co najmniej 100 stawek dziennych, wynoszących minimum 10 zł, spowoduje rzadsze orzekanie tej kary na rzecz kary ograniczenia wolności, co z kolei może przysporzyć trudności z jej wykonaniem z racji niewielkiej liczby zawodowych kuratorów sądowych, do których obowiązków należą czynności związane z organizowaniem i kontrolowaniem wykonywania owej kary (art. 55 § 2 Kodeksu karnego wykonawczego³⁵).

Co istotne, określając wysokość stawki dziennej grzywny, sąd powinien brać pod uwagę możliwości finansowe oskarżonego (art. 33 § 3 k.k.). Stąd w przypadku tego samego przestępstwa popełnionego przez osoby różnie sytuowane finalna kwota grzywny będzie odmienna, właśnie ze względu na zróżnicowanie wysokości stawki dziennej. Prowadzić to może do dwóch skutków, mianowicie do wymierzania finalnie wysokich kar grzywny za czyny błahe, w szczególności za przestępstwo z art. 62 ust. 1 ustawy o przeciwdziałaniu narkomanii³⁶, albo do minimalizacji znaczenia art. 33 § 3 k.k. i przyjmowania stawki dziennej na najniższym możliwym poziomie nawet dla sprawców o wyższych dochodach. Ani jedno, ani drugie rozwiązanie nie wydaje się pożądane z punktu widzenia racjonalności karania. W wymierzaniu sprawiedliwości chodzi wszak o to, ażeby wymierzona kara była adekwatna do stopnia winy i społecznej szkodliwości czynu oraz realizowała cele wychowawcze i ogólnoprewencyjne. Tymczasem w efekcie nowelizacji wymiar orzekanych kar wolnościowych, zwłaszcza grzywny, stał się znacząco wyższy. Takie ograniczenie sądu orzekającego w kwestii dolnej granicy orzekanej kary nie jest uzasadnione, gdyż sąd powinien mieć swobodną możliwość kształtowania kar w odniesieniu do każdego przypadku.

³⁴ J. Warylewski: *Prawo karne...*, s. 505.

³⁵ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy. Tj. Dz.U. 2022, poz. 22 ze zm.

³⁶ Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. Tj. Dz.U. 2021, poz. 2469.

4. Zakończenie

Podsumowując niniejsze rozważania, należy wskazać, że zmiany dokonane w obrębie art. 37a k.k. mają dwojaki charakter. Z jednej strony przeformułowanie przepisu przez dodanie wymogu, by wymierzona za przestępstwo kara pozbawienia wolności nie była surowsza niż 1 rok, tak naprawdę nie zmienia jego wcześniejszej treści. Wszak istota owej regulacji od samego początku polegała właśnie na tym, że stosując dyrektywy wymiaru kary, sąd doszedł do przekonania o niecelowości orzeczenia kary izolacyjnej choćby w najmniejszym jej wymiarze. Omawiane unormowanie miało też przeciwdziałać orzekaniu kary pozbawienia wolności z warunkowym jej zawieszeniem i odciążać zakłady karne, gdzie znaczny odsetek osadzonych stanowią osoby, którym zarządzono ją do wykonania. Z drugiej strony wprowadzenie dolnego progu orzekanych kar, w szczególności w przypadku grzywny, może skutkować ograniczeniem orzekania tej ostatniej. Obecnie bowiem zasądzona kara grzywny musi wynosić co najmniej 100 stawek dziennych, a więc realna kwotowa jej wysokość będzie wynosić kilka tysięcy złotych. Rozwiązanie to trzeba ocenić negatywnie, gdyż – jak wskazuje praktyka – ponad 1/3 dotychczas orzekanych grzywnien stanowią kary, których łączny wymiar nie przekracza 1000 zł. Ponadto wydaje się, że ustawodawca nie przewidział konsekwencji nowelizacji w zakresie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary. Nie jest to może instytucja nader często używana, niemniej w odniesieniu do przestępstw zagrożonych karą do 5 lat pozbawienia wolności nowelizacja powoduje pewne wątpliwości, które można jednak rozstrzygnąć na korzyść oskarżonego.

Bibliografia

Literatura

- Ćwiąkalski Z.: *Komentarz do art. 60 k.k.* W: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1, cz. 2: *Komentarz do art. 53–116*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. Wyd. 5. Warszawa 2016.
- Grześkowiak A.: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. Wyd. 6. Warszawa 2019 [Legalis].
- Hryniewicz-Lach E.: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*. Red. M. Królikowski, R. Zawłocki. Wyd. 4. Warszawa 2017 [Legalis].
- Konarska-Wrzosek V.: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. V. Konarska-Wrzosek. Wyd. 2. Warszawa 2018.
- Kosonoga-Zygmunt J.: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. R.A. Stefański. Wyd. 4. Warszawa 2018 [Legalis].
- Kosonoga-Zygmunt J.: *Orzekanie kar nieizolacyjnych zamiast kary pozbawienia wolności (art. 37a k.k.)*. „Ius Novum” 2016, T. 10, nr 4.

- Majewski J.: *Komentarz do art. 37a k.k.* W: *Kodeks karny. Część ogólna*. T. 1, cz. 1: *Komentarz do art. 1–52*. Red. W. Wróbel, A. Zoll. Wyd. 5. Warszawa 2016.
- Małecki M.: *Charakter prawny art. 37a k.k.* „Przeгляд Sądowy” 2016, nr 11/12.
- Małecki M.: *Ustawowe zagrożenie karą i sądowy wymiar kary*. W: *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*. Red. W. Wróbel. Kraków 2015.
- Morawski L.: *Zasady wykładni prawa*. Wyd. 2. Toruń 2010.
- Sakowicz A.: *Modyfikacja ustawowego zagrożenia karą poprzez art. 37a Kodeksu karnego (wybrane zagadnienia)*. „Studia Prawnicze KUL” 2015, nr 3.
- Sienkiewicz Z.: *Komentarz do art. 58 k.k.* W: O. Górniok et al.: *Kodeks karny. Komentarz*. T. 1: *Art. 1–116*. Gdańsk 2005.
- Warylewski J.: *Prawo karne. Część ogólna*. Wyd. 8. Warszawa 2020.
- Wróbel W., Zoll A.: *Polskie prawo karne. Część ogólna*. Wyd. 2. Kraków 2013.
- Zawłocki R.: *Reforma prawa karnego materialnego od 1.7.2015 r. Uwagi ogólne dotyczące najważniejszych zmian w Kodeksie karnym*. „Monitor Prawniczy” 2015, nr 11.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy. T.j. Dz.U. 2022, poz. 22 ze zm.
- Ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o przeciwdziałaniu narkomanii. T.j. Dz.U. 2021, poz. 2469.
- Ustawa z dnia 5 listopada 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego, ustawy – Kodeks karny wykonawczy, ustawy – Kodeks karny skarbowy oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2009, nr 206, poz. 1589.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2015, poz. 396.
- Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19. T.j. Dz.U. 2021, poz. 1072.

Orzecznictwo

- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r. Kp 1/19. OTK-A 2020/36.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 12 czerwca 2019 r. II AKa 251/18. LEX nr 2706356.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 10 października 2019 r. II AKa 260/19. LEX nr 2749797.

Źródła internetowe

- Małecki M.: *Trik w Tarczy 4.0: zmiana jednego przepisu generalnie zaostrza sankcje. Za aborcję, znieważenie prezydenta, błąd medyczny...* Dogmaty Karnisty, 20.06.2020. <https://www.dogmatykarnisty.pl/2020/06/trik-w-tarczy-4-0-zmiana-jednego-przepisu-generalnie-zaostrza-sankcje/> [dostęp: 10.03.2022].

- Marcin Warchoł na spotkaniu z samorządem lekarskim: Zaostrzenie kar za błędy lekarskie to nieprawda.* Serwis Rzeczypospolitej Polskiej, 23.06.2020. <https://www.gov.pl/web/sprawiedliwosc/marcin-warchol-na-spotkaniu-z-samorzadem-lekarskim-zaostrzenie-kar-za-bledy-lekarskie-to-nieprawda> [dostęp: 10.03.2022].
- Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 2024. Sejm IX kadencji, 22.02.2022. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=2024> [dostęp: 10.03.2022].
- Skazania prawomocne z oskarżenia publicznego – dorośli – wg rodzajów przestępstw i wymiaru kary w l. 2008–2018.* Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości [online]. <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/> [dostęp: 10.03.2022].
- Sprawozdanie Komisji Finansów Publicznych o rządowym projekcie ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Druk nr 390. Sejm IX kadencji, 27.05.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=390> [dostęp: 10.03.2022].
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych na zapewnienie płynności finansowej przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o zmianie niektórych innych ustaw. Druk nr 382. Sejm IX kadencji, 22.05.2020. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm9.nsf/druk.xsp?nr=382> [dostęp: 10.03.2022].
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 2393. Sejm VII kadencji, 15.05.2014. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/druk.xsp?nr=2393> [dostęp: 10.03.2022].
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw. Druk nr 3451. Sejm VIII kadencji, 14.05.2019. Źródło: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/druk.xsp?nr=3451> [dostęp: 10.03.2022].
- Zmiana art. 37a k.k. Wejście w życie i możliwe konsekwencje dla środowiska lekarskiego.* Dolnośląska Izba Lekarska, 23.07.2020. <https://dilnet.wroc.pl/zmiana-art-37a-k-k-wejscie-w-zycie-i-mozliwe-konsekwencje-dla-srodowiska-lekarskiego> [dostęp: 10.03.2022].



BARTOSZ ŁUKOWIAK
Uniwersytet Wrocławski

 <https://orcid.org/0000-0003-3993-2182>

Kilka uwag na temat realizacji obowiązku oceny dowodów w procesie karnym

Few remarks on the implementation of the duty to assess evidence in a criminal proceedings

Abstract: In many of criminal courts statements of reason there is information about accepting piece of evidence as a basis for findings only due to the fact that the piece in question does not raise any doubts, that there are no grounds for questioning its credibility, that it is consistent with other evidence or that none of the parties questioned its credibility. The aim of this work is to highlight the flawed way in which criminal courts approach their duty to assess evidence. Particular sections of the text discuss the reasons encountered in practice for finding evidence credible, explaining why the use of such circumstances should be considered a violation of the principle of free appraisal of evidence.

Keywords: principle of free appraisal of evidence, credibility of the evidence, evidence, statement of reason on a form, criminal proceedings

1. Wprowadzenie

Zasada swobodnej oceny dowodów stanowi jeden z fundamentów procesu karnego opartego na dążeniu do ustalenia prawdy materialnej. Nie powinno dziwić, że chociaż obowiązuje w polskim systemie prawnym już co najmniej od kilkudziesięciu lat, w dalszym ciągu budzi liczne wątpliwości zarówno w piśmiennictwie, jak i w praktyce orzeczniczej. Wynika to, po pierwsze, z jej ogromnego znaczenia¹, po drugie, z wyraże-

¹ Zasadę swobodnej oceny dowodów nazywa się wręcz niekiedy „ukoronowaniem prawa dowodowego” – zob. M. Siewierski, J. Tylman, M. Olszewski: *Postępowanie karne w zarysie*. Warszawa 1971, s. 44; Z. Świda-Łągiewska: *Zasada swobodnej oceny dowodów*

nia jej w tekście ustawy poprzez odwołanie się do kryteriów pozaustawowych (zasad prawidłowego rozumowania, wskazań wiedzy i doświadczenia życiowego) oraz za pomocą zwrotów niełatwych do jednoznacznego zdefiniowania („swobodna ocena”, „prawidłowe rozumowanie”).

Pomimo wielu trudności związanych z określeniem treści zasady swobodnej oceny dowodów (zwłaszcza granic tej swobody) wątpliwości nie może nastęrczać to, czy dyrektywy płynące z przywołanej zasady powinny znaleźć zastosowanie w przypadku każdego środka dowodowego². Co prawda norma prawna dotycząca konieczności dokonywania oceny dowodów z urzędu nie została wyrażona w ustawie procesowej wprost (np. na wzór art. 167 *in fine* k.p.k.), lecz wynika ona instrumentalnie z samego art. 7 k.p.k.³ Skoro bowiem organ procesowy ma obowiązek oceniać dowody, biorąc pod uwagę zasady prawidłowego rozumowania, wskazania wiedzy i doświadczenie życiowe, to – aby w ogóle móc uwzględnić wymienione kryteria – musi przecież najpierw przystąpić do takiej oceny⁴. Wątpliwości nie powinna budzić również

na tle systemu zasad procesu karnego. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1978, z. 2, s. 72.

² W literaturze przedmiotu zaznacza się niekiedy, że użyte w art. 7 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (Dz.U. 2021, poz. 534 i 1023) określenie „wszystkie dowody” odnosi się jedynie do dowodów istotnych w sprawie. Co prawda dowody nieistotne (tj. dotyczące okoliczności niemających znaczenia dla rozstrzygnięcia sprawy) w ogóle nie powinny zostać przeprowadzone (*arg. ex* art. 170 § 1 pkt 2 *in principio* k.p.k.), lecz gdyby mimo wszystko doszło do ich przeprowadzenia, i tak nie podlegałyby ocenie – zob. M. Kurowski. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. T. 1: Art. 1–424. Red. D. Świecki. Wyd. 4. Warszawa 2018, s. 69. Por. J. Kosonoga. W: *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do art. 1–166*. Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2017, s. 141 – zdaniem tego autora sformułowanie „wszystkie przeprowadzone dowody” nie obejmuje dowodów, które pomimo przeprowadzenia są objęte zakazem dowodowym.

³ S. Wronkowska: *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*. Wyd. 3. Poznań 2005, s. 94: „Dyrektywa instrumentalnego nakazu głosi, że skoro obowiązuje norma ustanowiona w formie przepisów prawnych i nakazująca adresatowi A zrealizować określony stan rzeczy C (norma-przesłanka), to należy przyjąć, że obowiązuje również norma, która adresatowi A nakazuje czynić wszystko, co jest warunkiem koniecznym dla zrealizowania tego stanu rzeczy C (norma-konsekwencja), chyba że prawodawca ustanowiłby normę o innej treści”; por. L. Morawski: *Wstęp do prawoznawstwa*. Wyd. 15. Toruń 2014, s. 164–165.

⁴ Por. J. Skorupka: *Zasada swobodnej oceny dowodów i zasada legalnej oceny dowodów*. W: *System prawa karnego procesowego*. T. 3: *Zasady procesu karnego*. Red. P. Hofmański, P. Wiliński. Warszawa 2014, pkt 1.3: „Podmiotami **uprawnionymi** [podkr. – B.Ł.] do swobodnej oceny dowodów jest sąd i (lub) inne organy postępowania karnego”. Wydaje się, że posłużenie się przez tego autora kategorią uprawnienia (a nie np. kompetencji) wynikało jedynie z chęci zaakcentowania korzyści, jakie wiążą się z uwolnieniem organów postępowania od obowiązku przestrzegania sztywnych reguł dowodowych, charakterystycznych dla zasady legalnej (prawnej) oceny dowodów, i nie oznacza negacji obowiązku przystąpienia do takiej oceny. O niewykorzystaniu pojęcia kompetencji mogły w pewnym zakresie zadecydować również względy stylistyczne, ponieważ zastąpienie zwrotu „upraw-

odpowiedź na pytanie, czy ocena danego dowodu może mieć charakter jedynie iluzoryczny (pozorny).

Nakreślone tu zagadnienia wydają się do tego stopnia oczywiste, że w piśmiennictwie naruszenie zasady swobodnej oceny dowodów nierzadko analizuje się wyłącznie w odniesieniu do sytuacji, w której sąd dokonujący takiej oceny naruszył ustalone reguły (np. zasady prawidłowego rozumowania), czyli przyjmuje się milcząco, że konkretny organ w ogóle przystąpił do oceny środka dowodowego⁵. Tymczasem analiza licznych judykatów pozwala wątpić, czy kwestie te rzeczywiście nie stwarzają problemów wymiarowi sprawiedliwości.

Celem tekstu jest rozprawienie się z szeregiem niewłaściwych praktyk, jakie w kontekście oceny dowodów można dostrzec w codziennej działalności sądów karnych, zwłaszcza od momentu wprowadzenia w 2019 r. do ustawy procesowej art. 99a § 1 k.p.k., w myśl którego uzasadnienie wyroku (w tym przede wszystkim wyroku sądu I instancji oraz wyroku sądu odwoławczego) sporządza się na formularzu według ustalonego wzoru.

2. Przyczyny uznawania dowodu za wiarygodny

2.1. Zagadnienia ogólne

Z istoty wyrażonej w art. 7 k.p.k. zasady swobodnej oceny dowodów wynika, że o wiarygodności środka dowodowego można rozstrzygnąć dopiero po jego całościowej analizie przeprowadzonej z zastosowaniem wszystkich kryteriów wskazanych w treści tego przepisu. Jako bezsporne naruszenie owej zasady należy zatem potraktować sytuację, w której organ procesowy rezygnuje z dokonania swobodnej oceny określonych dowodów, a równocześnie uznaje je za wiarygodne, oparłszy się na kryterium nieznanym ustawie procesowej albo nawet bez odwołania się do jakiegokolwiek kryterium.

Mimo to w uzasadnieniach wielu orzeczeń sądów karnych, zwłaszcza sądów rejonowych i okręgowych, znajduje się informacja o uznaniu danego dowodu za podstawę ustaleń faktycznych jedynie z uwagi na:

nionymi” przymiotnikiem odrzeczownikowym „kompetentnymi” mogłoby zostać uznane za mylące. Z tych samych względów w dalszej części tekstu niejednokrotnie będzie mowa o swobodnej ocenie dowodów tylko jako o obowiązku.

⁵ Zob. P. Gensikowski. W: *Kodeks postępowania karnego*. T. 1: *Komentarz*. Art. 1–424. Red. D. Drajewicz. Warszawa 2020 [Legalis], nb. 11 do art. 7; B. Bieńkowska. W: *Wykład prawa karnego procesowego*. Red. P. Kruszyński. Wyd. 4. Białystok 2012, s. 65.

- 1) fakt, że dany dowód nie budzi wątpliwości⁶ lub wręcz jest oczywisty⁷,
- 2) brak podstaw do kwestionowania jego wiarygodności⁸,
- 3) jego niesprzeczność z innymi dowodami⁹ czy wreszcie
- 4) to, że żadna ze stron postępowania nie podważała jego wiarygodności¹⁰.

Tymczasem żadna z przywołanych okoliczności sama w sobie nie zwalnia organu procesowego z obowiązku przeprowadzenia swobodnej, a przede wszystkim całościowej oceny konkretnego środka dowodowego¹¹.

2.2. Oczywistość dowodu

Uznanie, że dany dowód nie budzi wątpliwości lub jest oczywisty, może być co najwyżej wnioskiem z wnikliwej oceny materiału dowodowego, w związku z czym nie może równocześnie stanowić wyjściowego założenia tej oceny. W aktualnym stanie prawnym w podsekcji 2.1 formularza uzasadnienia wyroku, w części zatytułowanej *Zwięźle o powo-*

⁶ Zob. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 15 lipca 2021 r. III K 85/21. LEX nr 3231503; wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 10 czerwca 2021 r. IIIK 281/20. LEX nr 3210874; wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 12 stycznia 2021 r. VI Ka 690/20. LEX nr 3153377; wyrok Sądu Rejonowego w Złotoryi z dnia 24 marca 2021 r. II K 396/20. LEX nr 3194605; wyrok Sądu Rejonowego Szczecin-Centrum w Szczecinie z dnia 22 marca 2021 r. IV K 475/20. LEX nr 3166318; wyrok Sądu Rejonowego w Łukowie z dnia 14 stycznia 2021 r. II K 430/20. LEX nr 3159127.

⁷ Wyrok Sądu Rejonowego w Kielcach z dnia 22 marca 2021 r. II K 342/14 (niepubl.), gdzie powodem uznania szeregu dowodów za wiarygodne był fakt, że są one „oczywiste w swojej treści”.

⁸ Zob. wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 marca 2021 r. III K 366/18. LEX nr 3165357; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 26 lutego 2021 r. II K 108/20. LEX nr 3159542; wyrok Sądu Rejonowego w Lwówku Śląskim z dnia 16 sierpnia 2021 r. II K 410/20. LEX nr 3231553; wyrok Sądu Rejonowego w Rybniku z dnia 5 marca 2021 r. III K 1961/20. LEX nr 3174732.

⁹ Zob. wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 16 listopada 2020 r. III K 258/20. LEX nr 3195115.

¹⁰ Zob. wyrok Sądu Rejonowego w Bartoszycach z dnia 29 września 2021 r. II K 103/20. LEX nr 3252149; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 23 sierpnia 2021 r. II K 48/21. LEX nr 3224366; wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 stycznia 2021 r. VI Ka 594/19. LEX nr 3175226.

¹¹ Podstawę uznania danego dowodu za wiarygodny stanowi zwykle więcej niż jedna z wyszczególnionych wcześniej okoliczności – zob. np. wyrok Sądu Rejonowego w Lwówku Śląskim z dnia 15 lutego 2021 r. II K 188/20. LEX nr 3168259; wyrok Sądu Rejonowego w Bełchatowie z dnia 13 sierpnia 2020 r. II K 420/20. LEX nr 3104420; por. także wyroki Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2 lipca 2021 r. IV K 15/21. LEX nr 3217240 oraz z dnia 9 lipca 2021 r. IV K 25/21. LEX nr 3217219, w których ocenie poddano wyłącznie całokształt przeprowadzonych dowodów (zbiorcza ocena dotyczyła dowodu w postaci „wszystkich dokumentów powołanych w treści uzasadnienia”).

dach uznania dowodu, należy przywołać rzeczywiste powody stwierdzenia wiarygodności dowodu, a nie jedynie informować o uznaniu go za taki; tego rodzaju informacją zaś jest przecież w istocie sformułowanie „dowód nie budzi wątpliwości”. Zresztą przyjęcie danego dowodu za podstawę ustaleń wynika z samego wskazania go właśnie w tym miejscu formularza zamiast w podsekcji 2.2, dotyczącej dowodów nieuwzględnionych podczas ustalania faktów. Co więcej, osoba zapoznająca się z pisemnym uzasadnieniem orzeczenia dowiadyuje się o tym już z podsekcji 1.1, gdzie przy każdym fakcie uznanym za udowodniony trzeba podać również dowód, na podstawie którego ustalono ów fakt, co samo w sobie świadczy o uznaniu go za wiarygodny (zob. załącznik nr 7 do rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 listopada 2019 r. w sprawie wzorów formularzy uzasadnień wyroków oraz sposobu ich wypełniania)¹².

Wprowadzanie wniosku W opartego na przesłance P, a następnie uzasadnianie przesłanki P przez powołanie się na prawdziwość wniosku W traktowane jest na gruncie logiki jako podstawowy błąd w rozumowaniu (*circulus in probando*)¹³. Oznacza to, że sąd, który uznaje konkretny dowód za niebudzący wątpliwości jedynie dlatego, że jego zdaniem nie budzi on wątpliwości, w istocie zrzeka się kompetencji do przeprowadzenia swobodnej oceny dowodów, czym rażąco narusza dyspozycję art. 7 k.p.k.

2.3. Brak podstaw do kwestionowania wiarygodności dowodu

Podobnie trzeba potraktować uznawanie dowodu za wiarygodny z uwagi na brak podstaw do kwestionowania jego wiarygodności. Z przepisów ustawy procesowej nie wynika swoiste domniemanie wiarygodności dowodu, które można by co najwyżej obalić dopiero w razie pojawienia się określonych wątpliwości. Przed przystąpieniem do oceny konkretnego dowodu jego wiarygodność należy oceniać jako niezweryfikowaną („ani wiarygodny, ani niewiarygodny”), nie posiłkując się żadnymi presupozycjami. Organ procesowy obowiązany jest nie tylko do uwzględniania okoliczności świadczących o niewiarygodności dowodu, lecz także do poszukiwania podstaw, by uznać go za wiarygodny. Innymi słowy, nie wystarczy brak podstaw do kwestionowania wiarygodności dowodu, muszą również istnieć podstawy do stwierdzenia jego wiarygodności.

¹² Dz.U. 2019, poz. 2349.

¹³ W. Wolter, M. Lipczyńska: *Elementy logiki. Wykład dla prawników*. Wyd. 2. Warszawa 1976, s. 177–178.

Na marginesie warto zauważyć, że przyjęcie pozaustawowego domniemania wiarygodności dowodu ze swej istoty skutkowałoby wadliwością procesu jego oceny. Nie wyzbywając się pewnych uproszczeń, można zaryzykować twierdzenie, że człowiek z natury nie jest skłonny do przyznawania się do błędów, w związku z czym podświadomie będzie dążył do potwierdzenia prawdziwości założeń, które pierwotnie przyjął. Jeśli więc punktem wyjścia oceny dowodu miałyby być założenie o jego wiarygodności, to organ procesowy siłą rzeczy zmierzałby przede wszystkim do potwierdzenia swoich racji, a jedynie w oczywistych przypadkach zmienił zajęte wcześniej stanowisko.

2.4. Niesprzeczność dowodu z innymi dowodami

Kolejnym przejawem bezprawnego uchylania się od obowiązku wnikliwej oceny materiału dowodowego jest poprzestawanie na ustaleniu, że konkretny dowód nie pozostaje w sprzeczności z innymi dowodami, a ściślej, że twierdzenie o prawdziwości faktów mających wynikać z określonego środka dowodowego nie pozostaje w sprzeczności z twierdzeniem o prawdziwości faktów wynikających z innych środków dowodowych. Rozumowanie to należy ocenić jako błędne co najmniej z dwóch powodów.

Po pierwsze, umożliwienie uzasadniania wiarygodności zeznań świadka S1 wyłącznie ich zgodnością (choćby nawet całkowitą) z zeznaniami świadka S2 oznacza umożliwienie uzasadniania wiarygodności zeznań świadka S2 wyłącznie ich zgodnością z zeznaniami świadka S1. Sytuacja ta prowadzi do absurdu, ponieważ obydwaj dowody uznawane są za wiarygodne jedynie z uwagi na wzajemną zgodność, mimo że w rzeczywistości żaden z nich nie został poddany ocenie przez pryzmat kryteriów wskazanych w art. 7 k.p.k. Zarazem organ procesowy stosujący taki zabieg myślowy zdaje się tracić z pola widzenia ewentualność, że równie dobrze obydwaj świadkowie mogli zeznać nieprawdę.

Po drugie, przyczyną niesprzeczności kilku dowodów (czy nawet całych grup dowodów) często jest wyłącznie fakt, że odnoszą się do zupełnie niepowiązanych ze sobą okoliczności (tzw. tez dowodowych). Jeżeli zeznania świadka S3 dotyczą tylko tego, co oskarżony robił w momencie T1, to ze swej istoty nie będą pozostawały w sprzeczności z zeznaniami świadka S4, przesłuchiwanego z kolei jedynie w kontekście zachowania oskarżonego w momencie T2 (dla uproszczenia można przyjąć, że oba momenty dzielił co najmniej kilkudniowy odstęp). Dostrzegana w takich przypadkach niesprzeczność, wynikająca wyłącznie z różnic w zakresie tez dowodowych, z oczywistych względów nie ma żadnego znaczenia w procesie oceny wiarygodności dowodu z zeznań obu świadków.

2.5. Niepodważanie wiarygodności dowodu przez strony postępowania

Jako równie błędne należy traktować uznawanie konkretnych dowodów za podstawę ustaleń jedynie dlatego, że w toku postępowania żadna ze stron nie podważała ich wiarygodności. Okoliczność ta nie zwalnia organu procesowego z obowiązku przeprowadzenia właściwej oceny dostępnych środków dowodowych. Zgodnie z art. 7 k.p.k. adresatem zasady swobodnej oceny dowodów są przeciwieństwo organy postępowania (zwłaszcza sądy, prokuratorzy oraz Policja), a nie strony. Te ostatnie są co najwyżej uprawnione do samodzielnej oceny materiału dowodowego. Nie sposób zgodzić się z wyrażanym w judykaturze poglądem, w myśl którego „chybiona jest praktyka zarzucania sądowi zaakceptowania pewnego dowodu, skoro zgłaszający ten zarzut, będąc obecnym w trakcie całego postępowania, akceptował ten stan rzeczy, nie podnosił w trakcie rozprawy żadnych wątpliwych kwestii, nie domagał się wówczas dopuszczenia innego dowodu, oświadczając, iż nie żąda uzupełnienia materiału dowodowego, a zatem godził się, by wyrok zapadł na podstawie przeprowadzonych już dowodów”¹⁴. Ustawodawca nie przyznał sądom czy jakimkolwiek innym organom postępowania karnego kompetencji do sankcjonowania bierności stron niewykonywaniem przez te organy własnych obowiązków ani też do usprawiedliwiania niewłaściwej oceny dowodów pasywną postawą stron.

Powyższy wniosek wynika pośrednio również z art. 427 § 3a k.p.k. *Ratio legis* owego unormowania sprowadzała się do chęci ograniczenia sytuacji, w których strony przez swoją bierną postawę przenoszą ciężar przeprowadzenia postępowania dowodowego w całości na sąd, po czym w treści właściwych środków odwoławczych zarzucają mu brak dostatecznego zaangażowania w gromadzenie korzystnych dla nich dowodów¹⁵. Skoro przepis ten dotyczy wyłącznie niemożliwości podnoszenia zarzutu nieprzeprowadzenia dowodu z urzędu, to *a contrario* nie ma żadnych przeszkód, aby odwołujący się podniósł zarzut niedokonania z urzędu oceny przeprowadzonego już – na wniosek albo z urzędu – dowodu (*exceptiones non sunt extendendae*). Jakkolwiek wytykanie sądowi bierności pomimo własnej bierności, szczególnie w przypadku profesjonalnych uczestników procesu, może zostać uznane za niewłaściwe (np. z punktu widzenia norm

¹⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 maja 2010 r. II AKa 66/10. KZS 2011, nr 5, poz. 100; wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 28 listopada 2013 r. IV Ka 1081/13. LEX nr 1882399.

¹⁵ D. Drajewicz. W: *Kodeks postępowania karnego*. T. 2: *Komentarz*. Art. 425–682. Red. D. Drajewicz. Warszawa 2020 [Legalis], nb. 36 do art. 427; K.T. Boratyńska, P. Czarnecki. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. A. Sakowicz. Wyd. 9. Warszawa 2020 [Legalis], nb. 8 do art. 427.

o charakterze deontologicznym), pozostaje w pełni zgodne z obowiązującym modelem postępowania sądowego w sprawach karnych.

W procesie karnym opartym na modelu względnie inkwizycyjnym to sąd jest podmiotem odpowiedzialnym za prawdziwość ustaleń faktycznych stanowiących podstawę wyroku (*arg. ex art. 2 § 2, art. 167 in fine i art. 366 § 1 in fine k.p.k.*). Ocena dowodu również należy do jego obowiązków, a nie wyłącznie uprawnień, w związku z czym jej prawidłowe przeprowadzenie nie może zależeć od woli (zgody) stron ani tego, czy wyrażają one jakiegokolwiek wątpliwości co do wiarygodności danego dowodu. Dotyczy to zresztą nie tylko sytuacji, w których strony jedynie nie kwestionują dowodu (postawa bierna), lecz także przypadków, kiedy zgodnie oświadczają, że uznają go za w pełni wiarygodny (postawa czynna)¹⁶. Ocena dowodu powinna być przeprowadzana nawet wtedy – a może przede wszystkim wtedy – gdy poza organem procesowym żaden inny uczestnik postępowania nie dostrzega podstaw do uznania go za niewiarygodny. Równocześnie możliwe są przecież sytuacje, w których podmiot zarzucający organowi I instancji zaniechanie przeprowadzenia oceny dowodu przystąpił do sprawy dopiero po wydaniu orzeczenia opartego na tym dowodzie (np. jeśli oskarżonemu wyznaczono nowego obrońcę z urzędu po wydaniu wyroku przez sąd I instancji), wobec czego z przyczyn czysto faktycznych mógł on nie mieć wcześniej możliwości kwestionowania zebranego materiału dowodowego.

Zarazem warto pamiętać, że prawo do obrony w ujęciu materialnym przejawia się m.in. w tym, że oskarżony może przybrać zarówno aktywną, jak i pasywną postawę w procesie karnym. Może podjąć próbę odpięcia kierowanych przeciwko niemu zarzutów albo cały czas zachowywać się zupełnie biernie¹⁷. To od samego oskarżonego zależy, czy będzie konsekwentnie realizował przyjętą strategię procesową, czy też na pewnym etapie procesu (choćby i po wydaniu wyroku przez sąd I instancji) jego początkowa pasywność przerodzi się w czynne odpięcie twierdzeń oskarżyciela. Wydaje się, że jeśli ustawodawca nie przewidział takich kroków wprost (zob. chociażby art. 170 § 1 pkt 6 oraz art. 427 § 3 i 3a k.p.k.), to nie można wyciągać wobec oskarżonego konsekwencji z racji jego bierności¹⁸. W zakresie oceny dowodów wyjątkiem od owej reguły są przepisy

¹⁶ Por. art. 229 ustawy z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. 2021, poz. 1805), zgodnie z którym fakty przyznane w toku postępowania cywilnego przez stronę przeciwną, jeżeli przyznanie takie nie budzi wątpliwości, nie wymagają dowodu (a w konsekwencji również jego oceny).

¹⁷ J. Skorupka. W: *Proces karny*. Red. J. Skorupka. Wyd. 3. Warszawa 2020, s. 210.

¹⁸ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2013 r. V KK 86/13. LEX nr 1381082: „Późne złożenie wniosku dowodowego nie może wpłynąć na jego oddalenie także dlatego, że oskarżony nigdy nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności

wyznaczające granice kontroli odwoławczej; wynika z nich, że w niektórych przypadkach, po upływie terminu do wniesienia apelacji, oskarżony może utracić możliwość kwestionowania sposobu przeprowadzenia przez sąd *a quo* procesu analizy materiału dowodowego (*arg. ex art.* 433 § 1 k.p.k.). Nie ma zatem przeszkód, aby właśnie wniesienie apelacji było pierwszym momentem, w którym oskarżony zgłasza wątpliwości co do prawidłowego przebiegu etapu oceny dowodów. W obowiązującym modelu postępowania głównego sąd powinien z urzędu niejako wcielić się w rolę zarówno oskarżyciela, jak i obrońcy i – nie czekając na inicjatywę stron – spróbować odszukać powody, dla których badany środek dowodowy można uznać za wiarygodny albo niewiarygodny, zanim przystąpi do wykorzystania go w procesie ustalania faktów.

Nawiązując do przywołanego wcześniej orzeczenia, należy zaakcentować, że aktualny model procesu karnego zakłada wyższość zasady prawdy materialnej nad zasadą dyspozycyjności (charakterystyczną dla modelu kontradiktoryjnego)¹⁹, wobec czego nie ma znaczenia, czy strony godzą się, aby wyrok zapadł na podstawie określonych dowodów. W myśl art. 2 § 2 k.p.k. podstawę wszelkich rozstrzygnięć powinny stanowić prawdziwe ustalenia faktyczne, co oznacza, że podstawą wyroku mogą być tylko prawdziwe ustalenia (z wyłączeniem ustaleń, które nie są prawdziwe, ale na których wykorzystanie strony wyraziły zgodę), a jednocześnie wszystkie prawdziwe ustalenia (bez możliwości pominięcia tych, które są prawdziwe, ale na których wykorzystanie strony nie wyraziły zgody).

3. Pozorność oceny dowodu

Nie mniej istotne od samego przeprowadzenia oceny dowodów jest to, aby nie była ona jedynie upozorowana, tj. aby powody uznania danego dowodu za wiarygodny, które przywołano w pisemnym uzasadnieniu orzeczenia, nie wynikały wyłącznie z chęci obronienia się przez organ procesowy przed ewentualnym zarzutem nieprzeprowadzenia analizowanego tu procesu myślowego. W praktyce niejednokrotnie dochodzi bowiem do

(art. 74 § 1 k.p.k.). Z uprawnienia, o którym mowa, może zatem skorzystać na każdym etapie postępowania, także w drugiej instancji, poprzedzającym zamknięcie przewodu sądowego”. Wprawdzie z uwagi na wprowadzenie w życie przywołanych wcześniej przepisów pogląd ten uległ częściowej dezaktualizacji, jednak *mutatis mutandis* można go odnieść do kwestii temporalnych granic możliwości zgłaszania wątpliwości co do wiarygodności określonych dowodów.

¹⁹ Szerzej na temat zasady dyspozycyjności (rozporządzalności) – zasadniczo pomijanej w rozważaniach z zakresu prawa karnego procesowego – i jej relacji z innymi zasadami procesowymi zob. R. Flejszar: *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*. Warszawa 2016, *passim*.

sytuacji, gdy w uzasadnieniu używa się frazesów i ogólników, które można by wykorzystać do uzasadnienia wiarygodności bez mała każdego dowodu w każdej sprawie. Jeżeli sąd czy prokurator jako powód uznania dowodu z zeznań konkretnego świadka za podstawę ustaleń faktycznych wskazuje okoliczność, że są one „jasne, spójne i konsekwentne”, to z oceny takiej nie wynika właściwie nic. Zadaniem organu procesowego było bowiem również wyjaśnienie, dlaczego określony dowód należało uznać za jasny, spójny czy konsekwentny (przesłanki oceny), a nie tylko gołosłowne twierdzenie, że dowód ten można za taki uznać (wnioski z oceny).

W literaturze przedmiotu twierdzi się, że nieprzedstawienie w pisemnym uzasadnieniu rezultatów oceny danego dowodu trzeba traktować identycznie jak jej nieprzeprowadzenie. Co prawda sama wadliwość uzasadnienia wyroku – sporządzanego przecież już po jego wydaniu – ze swej natury nie może mieć wpływu na treść orzeczenia w rozumieniu art. 438 pkt 2 k.p.k., ale może stanowić okoliczność potwierdzającą zarzut, że na etapie poprzedzającym wyrokowanie (lub w jego trakcie) doszło do naruszenia przepisów prawa procesowego. Omawiana wadliwość uzasadnienia pozwala na przyjęcie domniemania, że sąd I instancji pominął albo niedostatecznie rozważył dowód lub okoliczność, a zatem naruszył dyspozycję art. 7 lub 410 k.p.k.²⁰ W świetle przedstawionych wcześniej uwag nie powinno budzić wątpliwości, że z posłużenia się przez organ procesowy przy ocenie dowodu wyłącznie pozbawionymi treści formułkami wynika domniemanie nieprzeprowadzenia jego realnej oceny.

Podobnie należy traktować przywoływanie jako powodu uznania dowodu za wiarygodny sporządzenia go przez „upoważnioną osobę” (choćby przez właściwy organ administracji publicznej)²¹. Problem ten dotyczy zwłaszcza analizy wiarygodności dowodów z dokumentu. Wprawdzie okoliczności związane z powstaniem konkretnego źródła dowodowego nierzadko mają niebagatelne znaczenie dla oceny wiarygodności środka dowodowego, który pochodzi od tego źródła²², lecz same w sobie nie mogą przesądzać o jej efektach. Przykładowo ocena danego świadka jako osoby (cech jego charakteru, zachowania itd.), będąca jedynie analizą źródła dowodowego, nie jest jeszcze oceną złożonych przez niego zeznań, czyli

²⁰ Tak, trafnie, D. Świecki: *Konstrukcja apelacji jako środka odwoławczego w procesie karnym*. Warszawa 2018, s. 103–104.

²¹ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 20 maja 2021 r. VI Ka 133/21. LEX nr 3206526; wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 lutego 2021 r. II K 115/20. LEX nr 3129962; wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 19 czerwca 2020 r. II K 160/19. LEX nr 3147956.

²² Na temat znaczenia pojęć „źródło dowodowe” i „środek dowodowy” zob. T. Grzegorzczak. W: T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne*. Wyd. 7. Warszawa 2009, s. 428; S. Waltoś, P. Hofmański: *Proces karny. Zarys systemu*. Wyd. 11. Warszawa 2013, s. 342.

środka dowodowego, mimo że z oczywistych względów może, a wręcz powinna mieć wpływ na ocenę ich wiarygodności. Z identycznych względów sporządzenie dokumentu przez funkcjonariusza Policji, notariusza lub inny sąd stanowi tylko informację na temat jego pochodzenia (okoliczności powstania) i nie zwalnia sądu rozpoznającego sprawę z obowiązku pełnej oceny wiarygodności środka dowodowego, który miałby wynikać z takiego źródła.

Innym przejawem pozorności oceny dowodu jest ograniczenie się przez organ procesowy do wskazania, jakie okoliczności (jakie fakty) wynikają z przeprowadzenia konkretnego dowodu (ewentualnie, w przypadku dowodu z zeznań świadka, wskazania roli świadka)²³. Nie powinno budzić wątpliwości, że zakres tezy dowodowej – a zatem to, co dany dowód ma dopiero potwierdzić – w żadnej mierze nie wpływa jeszcze na jego wiarygodność.

4. Podsumowanie

Z teoretycznego punktu widzenia mówienie o prawie czy uprawnieniu do swobodnej oceny dowodów może zostać uznane za błąd, a na pewno za uproszczenie. Ocena dowodów – każdego oddzielnie, grup powiązanych ze sobą dowodów i wreszcie ich całokształtu²⁴ – jest kompetencją organu procesowego, zatem zarówno jego uprawnieniem, jak i obowiązkiem²⁵. W procesie karnym opartym w przeważającej mierze na modelu inkwizycyjnym ów obowiązek ma charakter bezwarunkowy w tym sensie, że konieczność jego realizacji nie zależy od postawy stron postępowania. Mogą one co najwyżej wesprzeć organ procesowy, dostarczając argumentów na rzecz wiarygodności bądź niewiarygodności konkretnych dowo-

²³ Zob. wyrok Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 18 lutego 2021 r. II K 63/20. LEX nr 3148974, w którym jako powód uznania dowodu z zeznań świadka za podstawę ustaleń faktycznych wskazano jedynie, kim jest ten świadek i jaką okoliczność potwierdził w trakcie przesłuchania.

²⁴ W literaturze podkreśla się, że „[o]cena przeprowadzonych dowodów jest oceną wiarygodności każdego dowodu oddzielnie i oceną tego dowodu w podwiązaniu [*sic!*] z innymi, a także oceną całokształtu materiału dowodowego, z którego wynikają określone ustalenia faktyczne. Stanowi to więc proces nieustannego wartościowania dowodów” (J. Kosonoga. W: *Kodeks...*, s. 140 oraz cytowane tam literatura i orzecznictwo; podobnie P. Wiliński. W: *Polski proces karny*. Red. P. Wiliński. Warszawa 2020, s. 337).

²⁵ Pojęcie kompetencji, według niektórych ujęć rozumianej właśnie jako konglomerat możliwości i powinności działania, wykorzystywane jest od lat głównie w nauce prawa administracyjnego (zamiast wielu zob. M. Matczak: *Kompetencja*. W: *System prawa administracyjnego*. T. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*. Red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski. Wyd. 2. Warszawa 2015, s. 418 i nast. oraz cytowana tam literatura).

dów, ponieważ nawet bezsporność badanej okoliczności nie świadczy jeszcze o jej prawdziwości.

Ocena taka powinna się opierać na przesłankach, które istotnie mogą mieć wpływ na rozstrzygnięcie w przedmiocie wiarygodności badanego dowodu, nie zaś na okolicznościach, których wystąpienie samo w sobie nie zwalnia organu procesowego z analizowanego obowiązku (np. „dowód nie pozostaje w sprzeczności z pozostałym materiałem dowodowym”). Jednocześnie nie wystarczy gołosłowne odwołanie się do przesłanek, które tylko co do zasady (*in genere*) mogą świadczyć o wiarygodności określonego środka dowodowego (np. „dowód jasny, zupełny, niesprzeczny”). Konieczne jest staranne rozważenie, czy, w jakim zakresie, a przede wszystkim dla czego należy przyjąć, że konkretna przesłanka rzeczywiście została albo nie została spełniona.

Analiza orzecznictwa sądów niższego rzędu pokazuje, że opisywany w tekście obowiązek nie jest obecnie realizowany w sposób prawidłowy. Za niemal nagminne trzeba uznać posługiwanie się przez organy procesowe frazesami czy odwoływanie się do okoliczności jedynie stwarzających pozory dokonania pełnej oceny materiału dowodowego. Świadczy o tym zwłaszcza uzasadnianie wiarygodności całkowicie różnych rodzajów dowodów, przeprowadzonych w całkowicie różnych warunkach i całkowicie odmiennych stanach faktycznych, za pomocą dokładnie tych samych słów. Tymczasem – jak trafnie zauważył Naczelny Sąd Administracyjny, gdy dostrzegł, że uzasadnienie kontrolowanego przezeń wyroku „ogranicza się do kilku ogólnikowych i abstrakcyjnych stwierdzeń, które równie dobrze mogłyby być zamieszczone w uzasadnieniach wielu innych wyroków” – „[p]rawidłowo sporządzone uzasadnienie wyroku [...] powinno być jak garnitur uszyty na miarę, a nie jak garnitur pierwszy lepszy, zdjęty w sklepie z wieszaka, który [to ubiór – B.Ł.] może kupić każdy klient i będzie jakoś pasował”²⁶.

W wielu przypadkach trudno nie odnieść wrażenia, że sądy skupiają się nie tyle na swobodnej ocenie dowodów, ile raczej na chęci dopasowania treści uzasadnienia orzeczenia do rygorów wynikających z rozporządzenia regulującego sposób wypełniania wzorów formularzy uzasadnień wyroków (zwłaszcza wobec niemożliwości całkowitego pominięcia choćby części dowodów w podsekcji 2.1 formularza).

Warto zaznaczyć, że nawet nielogiczność poszczególnych wzorów czy nieracjonalność samej idei sporządzania uzasadnień orzeczeń sądowych według ściśle określonych reguł nie może usprawiedliwiać naruszania dyrektyw płynących z zasady swobodnej oceny dowodów. Jeżeli dany sąd

²⁶ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 kwietnia 2005 r. OSK 1468/04. LEX nr 173935.

uważa, że z jakichś przyczyn w konkretnym przypadku formuła sporządzenia uzasadnienia na formularzu nie pozwala mu na całościowe przedstawienie wyników procesu oceny dowodów, to powinien odstąpić od sporządzenia go na takim formularzu²⁷. Jednocześnie wydaje się, że skoro etap sporządzenia uzasadnienia wyroku na piśmie – o ile w ogóle w danej sytuacji ma miejsce (zob. art. 422 § 1 i art. 457 § 2 zd. 1 k.p.k.) – i tak następuje po wydaniu wyroku (a zatem długo po etapie oceny dowodów), obowiązek sporządzenia go według ustalonego wzoru nie powinien mieć żadnego wpływu na samą możliwość przeprowadzenia prawidłowej oceny materiału dowodowego²⁸.

Bibliografia

Literatura

- Bieńkowska B. W: *Wykład prawa karnego procesowego*. Red. P. Kruszyński. Wyd. 4. Białystok 2012.
- Boratyńska K.T., Czarnecki P. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*. Red. A. Sakowicz. Wyd. 9. Warszawa 2020 [Legalis].
- Drajewicz D. W: *Kodeks postępowania karnego. T. 2: Komentarz. Art. 425–682*. Red. D. Drajewicz. Warszawa 2020 [Legalis].
- Flejszar R.: *Zasada dyspozycyjności w procesie cywilnym*. Warszawa 2016.
- Gensikowski P. W: *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz. Art. 1–424*. Red. D. Drajewicz. Warszawa 2020 [Legalis].
- Grzegorzczak T. W: T. Grzegorzczak, J. Tylman: *Polskie postępowanie karne*. Wyd. 7. Warszawa 2009.
- Kosonoga J. W: *Kodeks postępowania karnego. T. 1: Komentarz do art. 1–166*. Red. R.A. Stefański, S. Zabłocki. Warszawa 2017.
- Kurowski M. W: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. T. 1: Art. 1–424*. Red. D. Świecki. Wyd. 4. Warszawa 2018.

²⁷ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 17 czerwca 2020 r. II AKa 64/20. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 2, poz. 10 z glosą E. Ślebiody-Ferens („Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 2, s. 73–79); wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2020 r. I KA 1/20. OSNKW 2020, nr 9–10, poz. 41 z glosami H. Paluszkiewicz i S. Kowalskiego („Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 5, s. 55–60), a także J. Roszkiewiczza („Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 5, s. 62–68); postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2021 r. III KK 77/21. LEX nr 3158982; aprobusz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2021 r. II DK 68/21. LEX nr 3193089.

²⁸ Zob. wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 września 2020 r. II AKa 165/20. „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 9, poz. 49. Wskazano w nim, że merytoryczna zawartość pisemnego uzasadnienia – w kontekście obowiązku wskazania przez sąd powodów uznania dowodów przyjętych za ośnowę odtworzonych faktów – powinna być taka sama zarówno przed wejściem w życie art. 99a k.p.k., jak i po nim.

- Matczak M.: *Kompetencja*. W: *System prawa administracyjnego*. T. 1: *Instytucje prawa administracyjnego*. Red. R. Hauser, A. Wróbel, Z. Niewiadomski. Wyd. 2. Warszawa 2015.
- Morawski L.: *Wstęp do prawoznawstwa*. Wyd. 15. Toruń 2014.
- Paluszkiewicz H., Kowalski S.: *Odmowa sporządzenia uzasadnienia na formularzu. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 11 sierpnia 2020 r., I KA 1/20*. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 5.
- Roszkiewicz J.: *Incydentalna kontrola zgodności ustaw z prawem międzynarodowym i europejskim. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z dnia 11 sierpnia 2020 r., I KA 1/20*. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 5.
- Siewierski M., Tylman J., Olszewski M.: *Postępowanie karne w zarysie*. Warszawa 1971.
- Skorupka J. W.: *Proces karny*. Red. J. Skorupka. Wyd. 3. Warszawa 2020.
- Skorupka J.: *Zasada swobodnej oceny dowodów i zasada legalnej oceny dowodów*. W: *System prawa karnego procesowego*. T. 3: *Zasady procesu karnego*. Red. P. Hofmański, P. Wiliński. Warszawa 2014.
- Ślebioda-Ferens E.: *Sporządzenie uzasadnienia w sprawie karnej na formularzu. Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 17 czerwca 2020 r., II AKA 64/20*. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 2.
- Świda-Łągiewska Z.: *Zasada swobodnej oceny dowodów na tle systemu zasad procesu karnego*. „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1978, z. 2.
- Świecki D.: *Konstrukcja apelacji jako środka odwoławczego w procesie karnym*. Warszawa 2018.
- Waltoś S., Hofmański P.: *Proces karny. Zarys systemu*. Wyd. 11. Warszawa 2013.
- Wiliński P. W.: *Polski proces karny*. Red. P. Wiliński. Warszawa 2020.
- Wolter W., Lipczyńska M.: *Elementy logiki. Wykład dla prawników*. Wyd. 2. Warszawa–Wrocław 1976.
- Wronkowska S.: *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*. Wyd. 3. Poznań 2005.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego. Dz.U. 2021, poz. 1805.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. Dz.U. 2021, poz. 534 i 1023.
- Rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z dnia 28 listopada 2019 r. w sprawie wzorów formularzy uzasadnień wyroków oraz sposobu ich wypełniania. Dz.U. 2019, poz. 2349.

Orzecznictwo


- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 października 2013 r. V KK 86/13. LEX nr 1381082.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 sierpnia 2020 r. I KA 1/20. OSNKW 2020, nr 9–10, poz. 41.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 23 czerwca 2021 r. II DK 68/21. LEX nr 3193089.

- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 8 kwietnia 2021 r. III KK 77/21. LEX nr 3158982.
- Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 28 kwietnia 2005 r. OSK 1468/04. LEX nr 173935.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 6 maja 2010 r. II AKa 66/10. KZS 2011, nr 5, poz. 100.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Gdańsku z dnia 17 czerwca 2020 r. II AKa 64/20. „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2021, nr 2, poz. 10.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 17 września 2020 r. II AKa 165/20. „Prokuratura i Prawo” 2021, nr 9, poz. 49.
- Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 28 listopada 2013 r. IV Ka 1081/13. LEX nr 1882399.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Częstochowie z dnia 19 czerwca 2020 r. II K 160/19. LEX nr 3147956.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Gliwicach z dnia 12 stycznia 2021 r. VI Ka 690/20. LEX nr 3153377.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Jeleniej Górze z dnia 26 stycznia 2021 r. VI Ka 594/19. LEX nr 3175226.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 5 lutego 2021 r. II K 115/20. LEX nr 3129962.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Suwałkach z dnia 18 lutego 2021 r. II K 63/20. LEX nr 3148974.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 26 lutego 2021 r. II K 108/20. LEX nr 3159542.
- Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 8 marca 2021 r. III K 366/18. LEX nr 3165357.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Elblągu z dnia 20 maja 2021 r. VI Ka 133/21. LEX nr 3206526.
- Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 10 czerwca 2021 r. III K 281/20. LEX nr 3210874.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 2 lipca 2021 r. IV K 15/21. LEX nr 3217240.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Łodzi z dnia 9 lipca 2021 r. IV K 25/21. LEX nr 3217219.
- Wyrok Sądu Okręgowego we Wrocławiu z dnia 15 lipca 2021 r. III K 85/21. LEX nr 3231503.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Olsztynie z dnia 23 sierpnia 2021 r. II K 48/21. LEX nr 3224366.
- Wyrok Sądu Rejonowego w Bełchatowie z dnia 13 sierpnia 2020 r. II K 420/20. LEX nr 3104420.
- Wyrok Sądu Rejonowego dla Warszawy-Mokotowa w Warszawie z dnia 16 listopada 2020 r. III K 258/20. LEX nr 3195115.
- Wyrok Sądu Rejonowego w Łukowie z dnia 14 stycznia 2021 r. II K 430/20. LEX nr 3159127.

- Wyrok Sądu Rejonowego w Lwówku Śląskim z dnia 15 lutego 2021 r. II K 188/20. LEX nr 3168259.
- Wyrok Sądu Rejonowego w Rybniku z dnia 5 marca 2021 r. III K 1961/20. LEX nr 3174732.
- Wyrok Sądu Rejonowego w Kielcach z dnia 22 marca 2021 r. II K 342/14 (niepubl.).
- Wyrok Sądu Rejonowego Szczecin-Centrum w Szczecinie z dnia 22 marca 2021 r. IV K 475/20. LEX nr 3166318.
- Wyrok Sądu Rejonowego w Złotoryi z dnia 24 marca 2021 r. II K 396/20. LEX nr 3194605.
- Wyrok Sądu Rejonowego w Lwówku Śląskim z dnia 16 sierpnia 2021 r. II K 410/20. LEX nr 3231553.
- Wyrok Sądu Rejonowego w Bartoszycach z dnia 29 września 2021 r. II K 103/20. LEX nr 3252149.



DARIUSZ GRABAREK

 <https://orcid.org/0000-0002-6069-4804>

członek Krajowej Izby Doradców Restrukturyzacyjnych

Kolizja aksjologiczna prawa karnego z prawem upadłościowym jako skutek zmiany tytułu rozdziału XXXVI Kodeksu karnego

Collision between criminal law and bankruptcy law as a consequence of the change in the title of Chapter XXXVI of the Criminal Code

Abstract: The specific legal benefit of the respective provisions of the Penal Code indicated in the title of the special chapter of the Code implies the type of legal benefits contained therein. Since May 25, 2019, the legislator, by amending the title of Chapter XXXVI of this Code as following: ‘Crimes against economic turnover and property interests in civil law transactions’ has extended the generic object of protection, as a result of which it is no longer relevant whether the respective conduct takes place in economic turnover (as previously) or in civil law turnover, in which non-professionals will appear on both sides. The Supreme Court noted that this would cause an inevitable revolution in the interpretation of the provisions of this chapter. Among other things, this applies to the crimes specified in Art. 301 of the Penal Code, sanctioning the debtor’s bankruptcy or insolvency, therefore penalisation, as a subject of a crime, will also apply to the “consumer”. At the same time, the legislator in the insolvency law, and more specifically in the Bankruptcy Law, opened access to debt relief also to those debtors “consumers” who led to their insolvency or significantly increased its degree intentionally or through gross negligence. There is a possibility of reduction of liabilities even if such a debtor acted deliberately. The author showed that this resulted in a discrepancy between criminal law and bankruptcy law, as well as an axiological collision in the legal system, which occurs when the legislator values a given value higher in one norm than in another, and in the other one does the opposite. In the author’s opinion, some norms will not be derogated by the legislator, and the conflict of laws rules will not apply in this case. It will be necessary to interpret penal provisions based on the paradigm of the presumption of the rationality of the legislator and the subsidiarity of criminal law.

Keywords: business trading, civil law transaction, bankruptcy, insolvency, debt removal, penalty, axiological collision, subsidiarity of criminal law

1. Wprowadzenie

Z dniem 25 maja 2019 r. ustawodawca dokonał zmiany tytułu rozdziału XXXVI Kodeksu karnego z *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu* na *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym*¹. Mimo dodania do tego rozdziału tylko art. 306a – penalizującego zmianę wskazania drogomierza pojazdu mechanicznego lub ingerowanie w prawidłowość jego pomiaru – w uzasadnieniu projektu nowelizacji podniesiono potrzebę zmiany tytułu, argumentując ją wolą oddania w ten sposób pełnego charakteru chronionego dobra prawnego, którym oprócz obrotu gospodarczego jako całości stały się interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym².

Opisana modyfikacja jedynie *prima facie* porządkuje stan rzeczy, gdyż w istocie zrodzi szereg komplikacji, co podkreślił już Sąd Najwyższy w swoich pierwszych uwagach do projektu ustawy, dotyczących wywołania tą zmianą swoistej rewolucji w wykładni typów czynów zabronionych z rozdziału XXXVI³. Owe problemy będą wynikać z faktu, że każda zmiana tytułu któregoś rozdziału części szczególnej Kodeksu karnego wpływa na zakres kryminalizacji czynów zabronionych w nim ujętych. Skutkuje to koniecznością oceny wszelkich tego rodzaju modyfikacji pod kątem zachowania spójności systemu prawa, rozumianego jako ogół norm prawnych obowiązujących w danym państwie w określonym czasie. Zgodnie bowiem z postulatem doktryny prawniczej kierowanym do ustawodawcy system ten powinien charakteryzować się niesprzecznością.

Niestety, wskazana nowelizacja, penalizująca obszar związany z interesami majątkowymi w obrocie cywilnoprawnym, spowodowała istotny rozdźwięk między prawem karnym a upadłościowym na poziomie aksjologicznym. Znamionym przykładem takiej sytuacji jest art. 301 § 2 i 3 k.k. Z jednej strony bowiem osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej lub zawodowej może w ramach prawa upadłościowego uzyskać umorzenie zobowiązań również wtedy, gdy doprowadziła do swojej upadłości bądź niewypłacalności w sposób umyślny, z drugiej strony zaś ta sama osoba, na skutek rozszerzenia rodzajowego przedmiotu

¹ Ustawa z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny. Dz.U. 2019, poz. 870.

² Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny. Druk nr 2878, s.14. Sejm VIII kadencji, 24.09.2018. Źródło: <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/BOB303E8640376EBC125831A003532BF/%24File/2878.pdf> [dostęp: 19.09.2021].

³ Uwagi Sądu Najwyższego do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Prawo o ruchu drogowym. 24.01.2018. Źródło: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12307059/12484417/12484420/dokument328113.pdf> [dostęp: 19.09.2021].

ochrony o interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym, może w ramach prawa karnego materialnego ponieść w konsekwencji tych samych zachowań odpowiedzialność karną, a nadto może zostać objęta obowiązkiem naprawienia szkody. Innymi słowy: zachowania, które na gruncie prawa upadłościowego nie są przeszkodą do umorzenia zobowiązań dłużnika (wprost w tym kierunku ustawodawca zliberalizował owo prawo), równocześnie zostały uznane przez ustawodawcę za przestępstwa.

Niniejsze opracowanie stanowi próbę zwrócenia uwagi na fakt, że zmiana tytułu rozdziału XXXVI k.k., mająca służyć uporządkowaniu przepisów, doprowadziła do rozdźwięku na poziomie aksjologicznym między Kodeksem karnym a polskim prawem upadłościowym, a likwidacja zaistniałej kolizji z dużym prawdopodobieństwem nie nastąpi wskutek derogacji określonych norm przez ustawodawcę ani dzięki wykorzystaniu reguł kolizyjnych, lecz w drodze nowej wykładni przepisów karnych.

2. Rodzajowe dobro prawne a wykładnia przepisów Kodeksu karnego

Rodzajowe dobro prawne wskazane w tytule danego rozdziału części szczególnej Kodeksu karnego implikuje wykładnię przepisów w nim zawartych. Stwierdzenie to wiąże się z ważkim zagadnieniem, jakim jest wpływ treści intytulacji takiego rozdziału na sposób odczytania przedmiotu ochrony zabezpieczanego przez konkretny przepis karny. Zasadniczo przyjmuje się, że możemy ustalić, co stanowi dobro chronione przez rozważany przepis, na podstawie tytułu rozdziału⁴. Tytuł ten ma być odzwierciedleniem przemyślanej woli ustawodawcy, a podmiot rozpoznający znamiona danego czynu zabronionego winien mieć go na uwadze w procesie wykładni. Przesłanką grupowania przestępstw w części szczególnej jest dobro rodzajowe, zatem opierając się na nazwie rozdziału, możemy określić grupowe dobro chronione, np. życie człowieka, zdrowie człowieka, mienie⁵. Tytuły rozdziałów wskazanej części Kodeksu karnego nie tylko mają charakter normatywny, lecz także pełnią funkcję klasyfikująco-porządkującą⁶. Twórcy obecnie obowiązującego Kodeksu karnego, świadomi niedociągnięć i braku konsekwencji w tej materii we wcześniejszych ustawach karnych, postarali się pogrupować wzorce ustawowe według dóbr prawnych i ich grup rodzajowych.

⁴ L. Gardocki: *Prawo karne*. Wyd. 20. Warszawa 2017, s. 91.

⁵ R.G. Hałas: *Dobro chronione (przedmiot przestępstwa)*. W: *Prawo karne*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. Wyd. 7. Warszawa 2020, s. 104–105.

⁶ A. Mucha: *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*. Warszawa 2013, s. 150.

Odnosząc się do tytułu rozdziału XXXVI k.k. w jego poprzednim brzmieniu (*Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*), należy zaznaczyć, że nawiązywał do nazwy ustawy z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego⁷. W rozdziale tym znalazła się, z pewnymi modyfikacjami, większość typów czynów zabronionych ujętych wcześniej w owej ustawie, m.in. przestępstwo nadużycia zaufania, oszustwa kredytowe i ubezpieczeniowe, pranie brudnych pieniędzy, przestępstwa na szkodę wierzycieli, udaremnienie przetargu publicznego⁸. Twórcy Kodeksu karnego, dobierając te typy przestępstw, poza wspólną dla nich kategorią obrotu gospodarczego kierowali się także wagą czynów oraz ówczesnym zasięgiem ich występowania i prognozowaną częstotliwością popełniania⁹.

Termin „obrót gospodarczy” jest kluczowy dla tematyki przestępstw gospodarczych. Nie można się bez niego obejść przy ustalaniu treści przepisów karnych dotyczących sfery działalności gospodarczej, chociaż nie istnieje definicja legalna tego pojęcia ani nie mieści się ono w kategorii języka prawnego. R. Zawłocki definiuje „obrót gospodarczy” jako nie tylko (i nie tyle) wymianę dóbr i usług, która z reguły odbywa się z użyciem środków płatniczych, ale przede wszystkim jako towarzyszące tej wymianie i powstające w trakcie niej stosunki między jej podmiotami (uczestnikami)¹⁰. Podobnie J. Skorupka uważa, że przez „obrót gospodarczy” należy rozumieć wymianę dóbr i usług odbywającą się na ogół za pośrednictwem pieniądza i innych środków płatniczych oraz towarzyszące jej i powstające w procesie tej wymiany stosunki prawne między jej uczestnikami¹¹. Istotny w rozważanym tu przedmiocie jest też pogląd wyrażony w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.¹²: organ ten stwierdził, że obrót gospodarczy może się odbywać nie tylko między przedsiębiorcami, lecz także pomiędzy nimi a konsumentami, tj. osobami, dla których transakcje mają charakter niezawodowy.

Trzeba podkreślić, że z pojęciem „obrót gospodarczy” ściśle wiąże się pojęcie „działalność gospodarcza”, które posiada definicję legalną, zawartą w art. 3 ustawy z 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców¹³. Według tej nowej ustawy – wchodzącej w skład pakietu aktów prawnych nazywa-

⁷ Dz.U. 1994, nr 126, poz. 615.

⁸ O. Górniok: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (rozdz. XXXVI KK art. 296–309)*. W: *Prawo karne gospodarcze*. Red. O. Górniok. Warszawa 2003, s. 70–123.

⁹ *Ibidem*, s. 73.

¹⁰ R. Zawłocki: *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*. Warszawa 2004, s. 13.

¹¹ J. Skorupka: *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*. Warszawa 2005, s. 22.

¹² Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r. I KZP 31/00, OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 5. LEX nr 44029.

¹³ Dz.U. 2018, poz. 646.

nych potocznie „konstytucją biznesu” – działalność gospodarcza oznacza zorganizowaną działalność zarobkową wykonywaną we własnym imieniu i w sposób ciągły. Co prawda owa definicja wywodzi się z innej gałęzi prawa, jednak w omawianym przypadku nie ma przesłanek do odmiennej interpretacji analizowanego pojęcia w prawie karnym. Jest to wniosek w pełni uzasadniony, akceptowany od lat przez doktrynę, także podczas obowiązywania poprzednich ustaw regulujących działalność gospodarczą. Dla przykładu: przy ocenie, czy działalność podmiotu ma charakter działalności gospodarczej, główną dyrektywą muszą być przepisy ustawy z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej¹⁴, a konkretnie – art. 2 tego aktu prawnego, w którego rozumieniu działalnością gospodarczą jest działalność wytwórcza, budowlana, handlowa i usługowa prowadzona w celach zarobkowych i na własny rachunek podmiotu prowadzącego taką działalność¹⁵.

Termin „obróć gospodarczy” służy do zdefiniowania pojęcia „przestępstwo gospodarcze”. W nauce prawa karnego występują różne definicje tego przestępstwa, uzależnione od bieżących systemów ekonomicznych, gospodarczych i politycznych. Przywołuje się formułę E. Zimmerlego, który za przestępstwa gospodarcze uznał czyny karalne naruszające interesy prawne chronione przepisami o obrocie gospodarczym i zarządzaniu publicznymi dobrami majątkowymi¹⁶. O. Górniok zdefiniowała „przestępstwa gospodarcze” jako czyny karalne godzące w ponadindywidualne dobra w sferze życia gospodarczego lub im zagrażające, polegające na naruszeniu zaufania związanego z pozycją sprawcy lub instytucją życia gospodarczego oraz grożące utratą zaufania społecznego do systemu gospodarczego lub jego podstawowych instytucji¹⁷. Z kolei zdaniem R. Zawłockiego przestępstwem gospodarczym jest czyn zabroniony o określonych cechach ustawowych, opisany w przepisie karnym, którego głównym rodzajowym przedmiotem ochrony są ustalone podstawy prawidłowego obrotu gospodarczego. Do tak zdefiniowanego przestępstwa gospodarczego nie będą mogły zostać zaliczone czyny karalne godzące w obrót gospodarczy jedynie pośrednio, w przypadku których stanowi on tylko uboczny lub indywidualny przedmiot ochrony¹⁸.

Jak już podniesiono, w procesie wykładni, przy rozpoznawaniu znamion danego przestępstwa, winno się mieć na uwadze tytuł rozdziału czę-

¹⁴ Dz.U. 1988, nr 41, poz. 324 ze zm.

¹⁵ J. Majewski: *Art. 300. W: Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 Kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Kraków 1999, s. 366–405.

¹⁶ Cyt. za: O. Górniok: *Koncepcja przestępstw gospodarczych w doktrynie niemieckiej a polityka kryminalna*. „Państwo i Prawo” 1993, nr 1, s. 63.

¹⁷ O. Górniok: *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*. Warszawa 1994, s. 57–58.

¹⁸ R. Zawłocki: *Podstawy odpowiedzialności karnej...*, s. 55.

ści szczególnej Kodeksu karnego. Trzeba więc zaznaczyć, że przestępstwo – jako pojęcie ogólne i jako określony typ czynu zabronionego – może być analizowane z punktu widzenia swojej struktury. Taka teza prowadzi do wniosku, że do jego najistotniejszych elementów należą: podmiot przestępstwa, strona podmiotowa, przedmiot przestępstwa i strona przedmiotowa¹⁹. Na potrzeby niniejszego artykułu wskazane jest skoncentrowanie się na przedmiocie i podmiocie.

Rozważając wpływ tytułu rozdziału na wykładnię znamion (tutaj: przedmiotu i podmiotu) danego przestępstwa w nim opisanego, w odniesieniu do uprzedniej intytulacji rozdziału XXXVI – *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu* – jako przykład można wymienić przestępstwa przeciwko wierzycielom określone w art. 300 k.k., art. 301 k.k. i art. 302 k.k. Co ważne, dotychczas w doktrynie i judykaturze istniało w tym zakresie w miarę zgodne stanowisko. Przedmiotem ochrony w przypadku owych przestępstw była prawidłowość (pewność) obrotu gospodarczego jako kategoria zbiorcza, oznaczająca splot różnorodnych interesów. Z jednej strony miała obejmować indywidualne interesy majątkowe podmiotów uczestniczących w obrocie gospodarczym, a z drugiej – ponadindywidualne interesy gospodarcze całego społeczeństwa²⁰. Wskazywano, że rodzajowym przedmiotem ochrony tych przestępstw są uczciwość, rzetelność i godziwość w obrocie gospodarczym, który rozumiano jako całokształt stosunków między podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą lub między takim podmiotem a nieprowadzącym owej działalności²¹. Przedmiotem ochrony w znaczeniu ogólnym jest generalnie ujmowany interes określonej grupy uczestników obrotu gospodarczego²². Omawiane przepisy chronią więc obrót gospodarczy rozumiany ogólnie, czyli interesy wszystkich jego uczestników, i jednocześnie obrót gospodarczy rozumiany konkretnie, czyli fragment stosunków gospodarczych pomiędzy dłużnikami a wierzycielami uczestniczącymi w obrocie gospodarczym²³. Wykładnia art. 300 § 1 k.k. musi uwzględniać rodzajowy przedmiot ochrony przepisów wymienionych w rozdziale XXXVI k.k., czyli chronić obrót gospodarczy²⁴.

¹⁹ L. Gardocki: *Prawo karne...*, s. 65.

²⁰ J. Majewski: *Art. 300...*, s. 370–371.

²¹ M. Currit: *Pokrzywdzenie wierzyciela przez dłużnika. Przestępstwa z art. 300 i 301 § 1 k.k.* Warszawa 2021, s. 21.

²² R. Zawłocki: *Przestępstwa przeciwko wierzycielom w polskim prawie karnym*. Sopot 2007, s. 110.

²³ *Ibidem*, s. 113–114.

²⁴ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2002 r. II KKN 220/00. LEX nr 55524.

Natomiast w odniesieniu do podmiotu sytuacja miała bardziej skomplikowany charakter. J. Majewski prezentuje pogląd, że podmiotem przestępstw określonych w art. 300 § 1–3, art. 301 § 1–3 oraz art. 302 § 1 k.k. może być wyłącznie dłużnik prowadzący działalność gospodarczą, co w pełni harmonizuje z rodzajowym przedmiotem ochrony rozdziału XXXVI k.k. Zdaniem tego przedstawiciela doktryny z doświadczenia wynika, że najbardziej niebezpieczne i karygodne zamachy przeciwko obrotowi gospodarczemu są dokonywane przez jego profesjonalnych uczestników, a jedynie wyjątkowo – przez nieprofesjonalistów. Autor powołuje się tutaj na zasadę subsydiarności prawa karnego, ponieważ gdyby podmiotami mogli być również dłużnicy nieprowadzący działalności gospodarczej, czyli nieprofesjonaliści, pociągałoby to za sobą w wielu wypadkach rozszerzenie granic kryminalizacji ponad miarę wyznaczoną kryminalną i polityczną koniecznością²⁵.

Inaczej kwestię podmiotu wskazanych przestępstw ocenia O. Górniok, która przywołuje Motywy do Kodeksu karnego z 1932 r. (przyjęta nazwa uzasadnienia rządowego) i zawartą w nich uwagę, że handlem i spekulacją zajmują się także ludzie niebędący kupcami, którzy zaciągają długi. Jak zaznacza autorka, przeciw wykładni ograniczającej pojęcie „dłużnik” do podmiotu profesjonalnego przemawia okoliczność, że niejednokrotnie dłużnicy nieuprawiający profesjonalnie działalności gospodarczej pozorują charakter podmiotu gospodarczego dla zdobycia zaufania kontrahenta (potencjalnego wierzyciela)²⁶. Pogląd ten, zmierzający w kierunku uznania, że podmiotem przestępstwa może być każdy dłużnik w stosunku do każdego wierzyciela, znalazł akceptację w uchwale Sądu Najwyższego odnoszącej się do art. 300 § 2 k.k. Stwierdzono w niej, że określenie „orzeczenia sądu lub innego organu państwowego” nie ogranicza się tylko do orzeczeń dotyczących wierzytelności wynikającej ze stosunku prawnego, którego stroną jest podmiot obrotu gospodarczego²⁷. Odmienną interpretację Sąd Najwyższy przyjął we wcześniejszej uchwale, w której uznał, że zagrożonym niewypłacalnością w rozumieniu art. 300 § 1 k.k. może być każdy dłużnik podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą²⁸, zatem podmiotem przestępstwa może być dowolny dłużnik, pod warunkiem że wierzyciel jest przedsiębiorcą.

Zdaniem R. Zawłockiego istotę opisywanych przestępstw stanowi działanie przeciwko wierzycielom jako podmiotom gospodarczym i nie ma podstaw do stwierdzenia, że także dłużnik musi prowadzić działalność

²⁵ J. Majewski: *Art. 300...*, s. 375.

²⁶ O. Górniok: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu...*, s. 107.

²⁷ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2003 r. I KZP 32/03. Legalis nr 59874.

²⁸ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r. I KZP 31/00...

gospodarczą, gdyby bowiem zakończył jej prowadzenie po powstaniu zobowiązania, a jeszcze przed zainicjowaniem działań na szkodę wierzyciela, mógłby uniknąć odpowiedzialności karnej. Wierzyciel – przynajmniej w chwili powstania zobowiązania – musi być podmiotem gospodarczym lub prowadzić działalność gospodarczą, ponieważ tylko pod takim warunkiem dłużnik niebędący podmiotem gospodarczym staje się uczestnikiem obrotu gospodarczego, a zarazem jego działalność jest szkodliwa dla tego obrotu²⁹.

Kolejna koncepcja opiera się na zasadniczej roli wykładni celowościowej oraz systemowej. Znalazła poparcie w przywołanym uprzednio orzeczeniu Sądu Najwyższego, który zauważył, że co najmniej jedna ze stron zobowiązania rodzącego wierzytelność, której zaspokojenie udaremniając lub uszczuplając sprawcy przestępstw na szkodę wierzycieli, musi prowadzić działalność gospodarczą³⁰. Irrelevantna okazuje się okoliczność, która ze stron stosunku zobowiązaniowego jest przedsiębiorcą.

Niezależnie od różnych stanowisk doktryny i orzecznictwa trzeba podkreślić, że w kwestii zarówno podmiotu, jak i przedmiotu przestępstw przeciwko wierzycielom, przywołanych tu dla przykładu, punktem odniesienia w wykładni przepisów pozostawał ujęty w tytule rozdziału XXXVI k.k. „obrotu gospodarczy”.

3. Zasada subsydiarności prawa karnego

Zauważyć należy, że dobro prawne ma znaczenie nie tylko z punktu widzenia prawa karnego. Wręcz przeciwnie – ochronie takich dóbr służą w pierwszej kolejności inne gałęzie prawa, a w przypadku aspektów prawnokarnych obowiązuje zasada *ultima ratio*, która nie jest i nie może być irrelevantna dla organów ścigania ani sądów karnych. Prawnokarna ochrona – tu: obrotu gospodarczego – winna więc mieć zastosowanie jedynie wówczas, gdy nie można skutecznie zapewnić tej ochrony instrumentami pozakarnymi; postulat *ultima ratio* jest zaś szczególnie wiążący w odniesieniu do obrotu gospodarczego, zarówno na poziomie legislacyjnym, jak i na poziomie wykładni przepisów karnych gospodarczych³¹.

Zasada subsydiarności prawa karnego oznacza przyjęcie, że jego przepisy nie stanowią samodzielnej podstawy do uznania danego zachowania za bezprawne, lecz stanowią ją przede wszystkim m.in. normy prawa

²⁹ R. Zawłocki: *Przestępstwa przeciwko wierzycielom...*, s. 115.

³⁰ Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2002 r. II KKN 220/00...

³¹ R. Zawłocki: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. Zagadnienia ogólne*. W: *System prawa karnego*. T. 9: *Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*. Red. R. Zawłocki. Warszawa 2015, s. 399–452.

cywilnego i administracyjnego. Wśród przedstawicieli doktryny prawa karnego, i to w różnych porządkach prawnych, panuje przekonanie, że powinno ono interweniować wtedy, kiedy inne rodzaje akcji nie są wystarczające³². Zasada subsydiarności może się przejawiać w tworzeniu prawa oraz w jego stosowaniu. Prawo karne nie powinno wkraczać – i nie powinna mieć miejsca kryminalizacja – jeżeli wystarczą środki przewidziane w innych dziedzinach prawa, np. w prawie administracyjnym, cywilnym, pracy, karno-administracyjnym. Rozważając potrzebę kryminalizacji, należy brać pod uwagę również pozostałe środki kontroli społecznej³³. W. Wolter zaznacza, że jeżeli coś jest nakazane w innej dziedzinie prawa, to tym samym nie jest zakazane przez normy prawa karnego. Pomocniczość prawa karnego wynika z jego istoty, którą stanowi charakter subsydiarny, związany ze znamionną cechą owego prawa, czyli funkcją *ultima ratio*³⁴.

Bezpośrednio do omawianych przestępstw odnosi się ważne zapamiętanie R. Zawłockiego. Według niego przepis karny nie może samodzielnie określać danego zachowania z dziedziny gospodarki jako szkodliwego i bezprawnego. Obrót gospodarczy nie może być regulowany przepisami prawa karnego, gdyż taka sytuacja byłaby sprzeczna z zasadą jego subsydiarności, korespondującą z konstytucyjną zasadą wolności działalności gospodarczej³⁵. W wypadku przestępstw przeciwko wierzycielom rolę prawa karnego powinno się sprowadzić do konstruowania przepisów wspierających egzekwowanie przepisów prawa cywilnego. Prawo karne musi uwzględniać reguły obrotu gospodarczego, w tym sensie, że ustanowienie czynu zabronionego (przestępstwa) powinno się odnosić do reguł tegoż obrotu³⁶. Stosunki społeczne są w głównej mierze porządkowane przez normy innych gałęzi prawa (m.in. prawo cywilne), zatem dana norma prawa karnego winna mieć związek z owymi normami. W prawie karnym funkcjonuje szereg takich przestępstw i w tym znaczeniu jest ono prawem wtórnym. Niedopuszczalna byłaby sytuacja, gdyby z jednej strony norma karna penalizowała pewne zachowanie, a z drugiej strony to samo zachowanie było dozwolone poza regulacją karną, określoną również klauzulami generalnymi. Norma prawa karnego niezgodna z normami innych gałęzi prawa – tu: prawa upadłościowego – jest dysfunkcyjna. Organy ścigania i sądy dokonujące wykładni normy karnej winny się kierować nie tylko przepisami prawa karnego, ale przede wszystkim przepisami pierwotnie regulującymi konkretne stosunki społeczne.

³² L. Gardocki: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*. Warszawa 1990, s. 127.

³³ Ibidem, s. 127–128.

³⁴ W. Wolter: *Funkcja błędu w prawie karnym*. Warszawa 1965, s. 174.

³⁵ R. Zawłocki: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu...*, s. 36.

³⁶ Ibidem, s. 38.

4. Prawo upadłościowe a konflikt interesów dłużników i ich wierzycieli

Przywołane wcześniej reguły obrotu gospodarczego są wytworem aktualnego systemu ekonomicznego, gospodarczego i politycznego danego państwa, od którego to systemu zależy definiowanie pojęcia „przestępstwo gospodarcze”, zatem również określanie przestępstw przeciwko wierzycielom. Wśród tych reguł (co oczywiste, w odniesieniu do wierzycieli i ich dłużników w Polsce) duże znaczenie mają obecnie przepisy polskiego prawa insolwencyjnego – upadłościowego³⁷ i restrukturyzacyjnego³⁸, a uprzednio ustawy Prawo upadłościowe i naprawcze³⁹.

Wywodzący się z języka łacińskiego termin *insolvency* oznacza ‘niewypłacalność’ i jest używany w różnych systemach prawnych do nazwania zbiorowych postępowań dotyczących niewypłacalności. Prawo upadłościowe wraz z prawem restrukturyzacyjnym stanowią kompleksową regulację prawną, której przedmiotem są relacje pomiędzy niewypłacalnym lub zagrożonym niewypłacalnością dłużnikiem a jego wierzycielem⁴⁰. Regulacja ta obejmuje normy należące z systemowego punktu widzenia do prawa cywilnego, prawa postępowania cywilnego, prawa administracyjnego oraz prawa karnego⁴¹.

31 marca 2009 r. weszły w życie przepisy o „upadłości konsumenckiej”⁴², przy czym trzeba zauważyć, że termin ten nie jest określeniem ustawowym i może być używany wyłącznie w języku prawniczym na oznaczenie postępowania upadłościowego wobec osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej lub zawodowej. Początkowo to nowe, odrębne postępowanie upadłościowe nie skutkowało większą liczbą ogłoszonych upadłości takich podmiotów, co wynikało przede wszystkim z obowiązku oddalenia przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości w sytuacji, kiedy niewypłacalność nie powstała za sprawą okoliczności wyjątkowych i zarazem niezależnych od wnioskodawcy.

Ówczesnie obowiązujące przepisy polskiego prawa upadłościowego i naprawczego spotkały się z dużą krytyką, równolegle bowiem prawo

³⁷ Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe. T.j. Dz.U. 2020, poz. 1228 ze zm.

³⁸ Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne. T.j. Dz.U. 2020, poz. 814 ze zm.

³⁹ Tekst pierwotny: Dz.U. 2003, nr 60, poz. 535.

⁴⁰ A. Hrycaj: *Prawo i postępowanie upadłościowe osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej*. Warszawa 2020, s. 15.

⁴¹ Ibidem.

⁴² Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Dz.U. 2008, nr 234, poz. 1572.

insolwencyjne innych krajów Europy zmierzało w przeciwną stronę. W polskim prawie nadrzędny cel postępowania upadłościowego stanowiło zaspokojenie wierzycieli, a sytuacja dłużnika była drugorzędna, natomiast w Europie zaczął dominować pogląd, że postępowanie upadłościowe nie powinno być głównie postępowaniem likwidacyjnym, lecz zasadniczo winno mieć na względzie interes dłużnika, pomóc mu w przewyżczeniu kryzysu, zrestrukturyzować go i doprowadzić do jego przetrwania⁴³.

Racjonalne uwagi i postulaty wpłynęły na przyjęcie ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych⁴⁴. Celem „upadłości konsumenckiej” stało się wówczas oddłużenie dłużnika, a zaspokojenie jego wierzycieli zeszło na dalszy plan. Kolejna nowelizacja nastąpiła na mocy ustawy z dnia 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw⁴⁵. Uchylono wtedy obowiązek oddalania przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości „konsumenta”, jeżeli doprowadził on do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa. Zasadą stało się natomiast ogłaszanie upadłości wobec każdego niewypłacalnego dłużnika – osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej lub zawodowej. Przyjęto, że kryteria umyślności lub rażącego niedbalstwa będą przez sąd oceniane dopiero po ogłoszeniu upadłości i przeprowadzeniu postępowania upadłościowego, przy podejmowaniu decyzji o ustaleniu planu spłaty wierzycieli albo umorzeniu zobowiązań upadłego bez ustalenia planu spłaty wierzycieli, albo warunkowym umorzeniu zobowiązań upadłego bez ustalenia planu spłaty wierzycieli oraz przy ewentualnej odmowie ustalenia planu spłaty wierzycieli, umorzenia zobowiązań upadłego bez ustalenia planu spłaty bądź warunkowego umorzenia zobowiązań bez ustalenia planu spłaty, gdy upadły doprowadził do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień w sposób celowy, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku. Rzeczona odmowa nie jest obligatoryjna, sąd bowiem może przyjąć, że ustalenie planu spłaty wierzycieli lub wskazane umorzenia będą uzasadnione względami słuszności lub względami humanitarnymi. Zgodnie z wolą prawodawcy ogłoszenie upadłości osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej lub zawodowej nie ma na

⁴³ A. Machowska: *Geneza reformy postępowań, założenia nowelizacji i jej główne cele*. W: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*. Red. A. Machowska. Wyd. 2. Warszawa 2021, s. 29–38.

⁴⁴ Dz.U. 2014, poz. 1306.

⁴⁵ Dz.U. 2019, poz. 1802.

celu uniknięcia płacenia przez nią długów, ale przywrócenie jej egzystencji w warunkach nienaruszających godności. Kolejna obszerna nowelizacja, również w zakresie prawa upadłościowego, weszła w życie 1 grudnia 2021 r.⁴⁶

5. Stosunek prawa upadłościowego do prawa karnego

Komparatystyczne ujęcie zmiany przez ustawodawcę tytułu rozdziału XXXVI k.k., który obecnie brzmi *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu i interesom majątkowym w obrocie cywilnoprawnym*, oraz obowiązujących uregulowań prawa upadłościowego uwidacznia wyraźny brak spójności systemu prawa. Za przykład mogą tu posłużyć art. 301 § 2 k.k. i art. 301 § 3 k.k. Czynność sprawcza przestępstwa w § 2 polega na doprowadzeniu się przez dłużnika do upadłości lub niewypłacalności bez wskazania możliwych sposobów wywołania tych skutków, § 3 zaś typizuje doprowadzenie się przez dłużnika do upadłości lub niewypłacalności w sposób lekkomyślny, przez co ustawodawca rozumie w szczególności trwonienie części składowych majątku, zaciąganie zobowiązań lub zawieranie transakcji oczywiście sprzecznych z zasadami gospodarowania. W stanie prawnym do 25 maja 2019 r. (przed zmianą tytułu rozdziału XXXVI k.k.) należało przyjmować, że chodzi o dłużnika prowadzącego działalność gospodarczą⁴⁷. W tej ostatniej kwestii – niezależnie od przytoczonych wcześniej nieco odmiennych poglądów przedstawicieli doktryny, m.in. R. Zawłockiego i O. Górniok – generalnie uzasadnione było uznanie, że „obróć gospodarczy” w ujęciu karnistycznym odnosi się do obrotu pomiędzy profesjonalistami lub do sytuacji, kiedy co najmniej jeden z jego uczestników jest profesjonalistą. Za takim stanowiskiem przemawiała wykładnia historyczna związana z umieszczeniem przestępstw na szkodę wierzycieli poza Kodeksem karnym – w ustawie z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego – a następnie ujmowanie ich w rozdziale XXXVI k.k., do 25 maja 2019 r. zatytułowanym *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu*⁴⁸.

W prawie upadłościowym w jego obecnym brzmieniu – zgodnie z wolą i wyraźnie wyartykułowaną intencją ustawodawcy – otwarty został dostęp do oddłużenia się również tym dłużnikom, którzy doprowadzili

⁴⁶ Ustawa z dnia 6 grudnia 2018 r. o Krajowym Rejestrze Zadłużonych. T.j. Dz.U. 2019, poz. 55 ze zm.

⁴⁷ M. Kulik: *Art. 301 [Pokrzywdzenie wierzycieli]*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Mozgawa. Wyd. 8. Warszawa 2017, s. 925–927.

⁴⁸ K. Patora: *Prawnokarna ochrona wierzycieli. Zagadnienia teorii i praktyki*. Łódź 2020, s. 45.

do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększyli jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa. Stało się tak w rezultacie uchylenia art. 491[4] ustawy Prawo upadłościowe i braku możliwości oddalenia przez sąd wniosku o ogłoszenie upadłości, jeżeli zajdą wymienione przesłanki. Ustawodawca wyeliminował istniejący uprzednio na tym wstępnym etapie cenzus moralności płatniczej – rozumianej jako podejmowanie przez dłużnika racjonalnych decyzji wpływających na jego sytuację majątkową przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości⁴⁹ – dlatego aktualnie w postępowaniu w przedmiocie ogłoszenia upadłości „konsumenckiej” przyczyny niewypłacalności dłużnika nie podlegają badaniu ani nie warunkują ogłoszenia upadłości takiego podmiotu⁵⁰. Dłużnik uzyska oddłużenie również we wskazanych przypadkach, a swoistą karą za nierzetelność będzie dla niego, zgodnie z art. 491[15] ust. 1a przywołanej ustawy, jedynie wydłużenie planu spłaty na okres do 84 miesięcy.

Do wspomnianego oddłużenia nie dojdzie natomiast, zgodnie z art. 491[14a] ust. 1 Prawa upadłościowego, w sytuacji gdy dłużnik doprowadził do swojej niewypłacalności lub istotnie zwiększył jej stopień w sposób celowy, w szczególności przez trwonienie części składowych majątku oraz celowe nieregulowanie wymagalnych zobowiązań. Moralność płatnicza przybiera w tym wypadku postać braku celowego doprowadzenia do niewypłacalności, a wyłącza ją wina umyślna w zamiarze bezpośrednim doprowadzenia do niewypłacalności⁵¹. Zaznaczyć jednak należy, że nawet wówczas ustawodawca przewidział możliwość oddłużenia, gdyby było to uzasadnione zasadami słuszności lub humanitarnymi (tzw. klauzula rozsądku). Przesłanki negatywne nie mają zatem charakteru bezwzględego, a pojęcia nieostre „słuszność” i „humanitaryzm” pozwalają sądowi dokonać oddłużenia także wtedy, gdy zachodzą obiektywne przesłanki niweczące takie uprawnienie upadłego. „Względy słuszności” to powszechnie panujące zasady godnego postępowania, uniwersalne reguły uczciwości obowiązujące uczestników życia społecznego i obrotu gospodarczego, będące uzewnętrznieniem ogólnego poczucia sprawiedliwości, z kolei „względy humanitarne” to okoliczności dotyczące bezpośrednio osoby dłużnika, jego właściwości i warunków osobistych, np. bieda, niepełnosprawność fizyczna czy choroba⁵².

⁴⁹ M. Geronim: *Moralność płatnicza dłużnika*. W: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*. Red. A. Machowska. Wyd. 2. Warszawa 2021, s. 666–670.

⁵⁰ R. Adamus: *Oddłużenie w upadłości konsumenckiej i układzie konsumenckim*. Warszawa 2020, s. 57.

⁵¹ *Ibidem*, s. 97.

⁵² M. Lizurek: *Upadłość konsumencka byłego przedsiębiorcy od 1 stycznia 2016 roku*. „Fenix.pl” 2016, nr 1, s. 28–30.

Ustawodawca dopuścił więc w regułach prawa upadłościowego, co należy podkreślić, możliwość oddłużenia osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej lub zawodowej również wówczas, gdy osoba taka doprowadziła do swojej upadłości lub istotnie zwiększyła jej stopień umyślnie lub wskutek rażącego niedbalstwa, a nawet wtedy, gdy dokonała tego w sposób celowy, m.in. przez trwonienie części składowych majątku. Zarazem przyjęto, że jednym z podstawowych celów ustawy Prawo upadłościowe jest umorzenie zobowiązań upadłego niewykonanych w postępowaniu upadłościowym, i to nie tylko wobec osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej lub zawodowej, lecz także wobec osób fizycznych, które ją prowadzą.

Do momentu zmiany tytułu rozdziału XXXVI k.k. rodzajowym przedmiotem ochrony przepisów tego rozdziału był obrót gospodarczy rozumiany jako relacje między podmiotami prowadzącymi działalność gospodarczą lub między profesjonalistą a podmiotem nieprowadzącym takiej działalności. Z perspektywy prawa upadłościowego sytuacja prawna w zakresie oceny zachowania danego dłużnika w stanie upadłości, niewypłacalności lub zagrożenia niewypłacalnością była wówczas w miarę przejrzysta, a linia orzecznicza – wypracowana. Natomiast po omawianej tu zmianie tytułu rodzajowym przedmiotem ochrony stały się także interesy majątkowe w obrocie cywilnoprawnym, czyli pomiędzy „konsumentami”. Jest to zmiana rewolucyjna, co wyeksponował Sąd Najwyższy w uwagach do projektu ustawy nowelizującej, już na wstępie podnosząc, że przyjęcie nowej nazwy dla rozdziału XXXVI k.k. ma charakter zasadniczy, rzutujący na orzecznictwo sądowe w odniesieniu do wszystkich typów czynów zabronionych określonych w tym rozdziale, gdyż tytuł rozdziału immanentnie wiąże się z funkcją ochronną prawa karnego. Jak stwierdził Sąd Najwyższy, wskazana zmiana spowoduje, że przestanie mieć znaczenie, czy dane zachowanie występuje w obrocie gospodarczym, czy też w obrocie cywilnoprawnym, a ponadto poszerzy ona zakres kryminalizacji wszystkich typów czynów zabronionych ujętych w rozdziale XXXVI k.k. Tytułem przykładu: za zachowanie określone w art. 300 § 1 k.k. będzie się ponosić odpowiedzialność karną także wówczas, kiedy stosunek zobowiązaniowy nie powstanie w obrocie gospodarczym, a więc wówczas, gdy zrodzi się on w obrocie cywilnoprawnym, w którym po obu stronach znajdują się nieprofesjonaliści, co w poprzednim stanie prawnym było wykluczone⁵³.

Nowelizacja Kodeksu karnego w opisywanym zakresie doprowadziła zatem do ewidentnego rozziwku, m.in. z jednej strony przepisy karne

⁵³ Uwagi Sądu Najwyższego do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Prawo o ruchu drogowym...

sankcjonują doprowadzenie się przez dłużnika do upadłości lub niewypłacalności, również w sposób lekkomyślny (co wiąże się z obowiązkiem naprawienia szkody z art. 46 § 1 k.k. oraz obowiązkami okresu próby z art. 72 § 2 k.k.), a z drugiej strony osoba fizyczna nieprowadząca działalności gospodarczej lub zawodowej może obecnie, w takim samym stanie faktycznym, uzyskać oddłużenie (umorzenie długów) według norm ustawy Prawo upadłościowe.

Oprócz problemów o charakterze generalnym nowelizacja wywołała mniejsze, ale też wymagające rozwiązania. Dla przykładu: zauważyć należy, że podmiot przestępstw z art. 301 k.k. musi być dłużnikiem „kilku wierzycieli”, co oznacza liczbę pomiędzy 3 a 9. Wzbudza to uzasadnione wątpliwości w kwestii penalizacji zachowania dłużnika w sytuacji, gdy wierzycieli jest wielu, czyli więcej niż kilku, oraz wówczas, gdy dłużnik ma wyłącznie jednego wierzyciela. Ta ostatnia sytuacja jest istotna, procedura upadłościowa przewiduje bowiem także oddłużenie osoby fizycznej nieprowadzącej działalności gospodarczej i mającej pojedynczego wierzyciela.

6. Zakończenie

Penalizacja obszaru związanego z interesami majątkowymi w obrocie cywilnoprawnym – zatem pomiędzy osobami fizycznymi nieprowadzącymi działalności gospodarczej lub zawodowej – doprowadziła do widocznego rozdźwięku między prawem karnym a prawem upadłościowym. Kolizja aksjologiczna ma miejsce wtedy, gdy ustawodawca nie przejawia uporządkowania w swoich preferencjach i w jednej normie wyżej stawia pewną wartość, w drugiej zaś postępuje odwrotnie. System prawa nie jest wówczas spójny w kwestii wartości. Zlikwidować kolizję można poprzez derogację danej normy, wykorzystanie reguł kolizyjnych bądź stosowną wykładnię. W tej konkretnej sytuacji reguła hierarchiczna *lex superior derogat legi inferiori*, reguła merytoryczna *lex specialis derogat legi generali*, reguła chronologiczna *lex posterior derogat legi priori* ani metareguły nie będą mieć zastosowania. Z dużym prawdopodobieństwem można także antycypować, że ustawodawca nie dokona wspomnianej derogacji przepisów karnych. Dla przykładu: w przeszłości nie uwzględnił konkluzji Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego zawartych w uzasadnieniu projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 5 listopada 2013 r.⁵⁴ Zaproponowano wówczas uchylenie

⁵⁴ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, 5.11.2013. Źródło: <https://arch-bip.ms.gov.pl/pl/>

całego rozdziału XXXVI k.k. i umieszczenie części jego zmienionych przepisów w rozdziale odnoszącym się do innego rodzajowego dobra chronionego, mianowicie mienia. Generalnie komisja stanęła na stanowisku, że prawnokarną ochronę obrotu gospodarczego *de facto* realizują przede wszystkim przepisy chroniące ogół praw o charakterze majątkowym, zamachy na mienie powinny być karane niezależnie od tego, czy mienie to jest przedmiotem obrotu gospodarczego, czy też relacji pozagospodarczych, a całkowita rezygnacja z gospodarczego przymiotu przestępstw pozwoliłaby na zwalczenie patologii gospodarczej za pomocą prostszych i elastyczniejszych przepisów karnych. Mimo że współczesny doradca restrykturyzacyjny musi wydać krytyczną opinię o szczegółach zaproponowanych wtedy brzmień przepisów, które chronią wierzycieli, bezdyskusyjnie należy zaaprobować diagnozę Komisji, że przepisy kodeksowe w tym zakresie (art. 300–302 k.k.) są dotknięte szeregiem poważnych wad, takich jak: brak spójności z regulacjami i pojęciami cywilnoprawnymi, nadmierna kazuistyka, niejasne określenie charakteru strony przedmiotowej i podmiotowej. Obecnie, na skutek zmiany tytułu rozdziału XXXVI k.k., pozostaje jedynie taka wykładnia przepisów karnych, która opiera się na paradygmacie domniemania racjonalności ustawodawcy oraz na stanowczo przestrzeganej zasadzie subsydiarności prawa karnego wobec prawa upadłościowego.

Bibliografia

Literatura

- Adamus R.: *Oddłużenie w upadłości konsumenckiej i układzie konsumenckim*. Warszawa 2020.
- Currit M.: *Pokrzywdzenie wierzycieli przez dłużnika. Przepisy z art. 300 i 301 § 1 k.k.* Warszawa 2021.
- Gardocki L.: *Prawo karne*. Wyd. 20. Warszawa 2017.
- Gardocki L.: *Zagadnienia teorii kryminalizacji*. Warszawa 1990.
- Geronim M.: *Moralność płatnicza dłużnika*. W: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*. Red. A. Machowska. Wyd. 2. Warszawa 2021.
- Górniok O.: *Koncepcja przestępstw gospodarczych w doktrynie niemieckiej a polityka kryminalna*. „Państwo i Prawo” 1993, nr 1.
- Górniok O.: *Przestępczość gospodarcza i jej zwalczanie*. Warszawa 1994.
- Górniok O.: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu (rozdz. XXXVI KK art. 296–309)*. W: *Prawo karne gospodarcze*. Red. O. Górniok. Warszawa 2003.
- Hałas R.G.: *Dobro chronione (przedmiot przestępstwa)*. W: *Prawo karne*. Red. A. Grześkowiak, K. Wiak. Wyd. 7. Warszawa 2020.

- Hrycaj A.: *Pokrzywdzenie wierzycieli jako przesłanka odmowy otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego*. „Doradca Restrukturyzacyjny” 2016, nr 1.
- Hrycaj A.: *Prawo i postępowanie upadłościowe osób fizycznych nieprowadzących działalności gospodarczej*. Warszawa 2020.
- Kulik M.: *Art. 301 [Pokrzywdzenie wierzycieli]*. W: *Kodeks karny. Komentarz*. Red. M. Mozgawa. Wyd. 8. Warszawa 2017.
- Lizurek M.: *Upadłość konsumencka byłego przedsiębiorcy od 1 stycznia 2016 roku*. „Fenix.pl” 2016, nr 1.
- Machowska A.: *Geneza reformy postępowań, założenia nowelizacji i jej główne cele*. W: *Prawo restrukturyzacyjne i upadłościowe*. Red. A. Machowska. Wyd. 2. Warszawa 2021.
- Majewski J.: *Art. 300*. W: *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278–363 Kodeksu karnego*. Red. A. Zoll. Kraków 1999.
- Mucha A.: *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*. Warszawa 2013.
- Patora K.: *Prawnokarna ochrona wierzycieli. Zagadnienia teorii i praktyki*. Łódź 2020.
- Skorupka J.: *Prawo karne gospodarcze. Zarys wykładu*. Warszawa 2005.
- Wolter W.: *Funkcja błędu w prawie karnym*. Warszawa 1965.
- Zawłocki R.: *Podstawy odpowiedzialności karnej za przestępstwa gospodarcze*. Warszawa 2004.
- Zawłocki R.: *Przestępstwa przeciwko obrotowi gospodarczemu. Zagadnienia ogólne*. W: *System prawa karnego. T. 9: Przestępstwa przeciwko mieniu i gospodarcze*. Red. R. Zawłocki. Wyd. 2. Warszawa 2015.
- Zawłocki R.: *Przestępstwa przeciwko wierzycielom w polskim prawie karnym*. Sopot 2007.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 12 października 1994 r. o ochronie obrotu gospodarczego i zmianie niektórych przepisów prawa karnego. Dz.U. 1994, nr 126, poz. 615.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny. Dz.U. 1997, nr 88, poz. 553 ze zm.
- Ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe. T.j. Dz.U. 2020, poz. 1228 ze zm.
- Ustawa z dnia 5 grudnia 2008 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze oraz ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Dz.U. 2008, nr 234, poz. 1572.
- Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe i naprawcze, ustawy o Krajowym Rejestrze Sądowym oraz kosztach sądowych w sprawach cywilnych. Dz.U. 2014, poz. 306.
- Ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne. T.j. Dz.U. 2020, poz. 814 ze zm.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 r. – Prawo przedsiębiorców. Dz.U. 2018, poz. 646.

- Ustawa z dnia 6 grudnia 2018 r. o Krajowym Rejestrze Zadłużonych. T.j. Dz.U. 2019, poz. 55 ze zm.
- Ustawa z dnia 15 marca 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny. Dz.U. 2019, poz. 870.
- Ustawa z dnia 30 sierpnia 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo upadłościowe oraz niektórych innych ustaw. Dz.U. 2019, poz. 1802.

Orzecznictwo

- Postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 3 czerwca 2002 r. II KKN 220/00. LEX nr 55524.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r. I KZP 31/00, OSNKW 2001, nr 1–2, poz. 5. LEX nr 44029.
- Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 26 listopada 2003 r. I KZP 32/03. Legalis nr 59874.

Źródła internetowe

- Uwagi Sądu Najwyższego do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz ustawy – Prawo o ruchu drogowym. 24.01.2018. Źródło: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12307059/12484417/12484420/dokument328113.pdf> [dostęp: 19.09.2021].
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny. Komisja Kodyfikacyjna Prawa Karnego, 5.11.2013. Źródło: <https://arch-bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013> [dostęp: 19.09.2021].
- Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo o ruchu drogowym oraz ustawy – Kodeks karny. Druk nr 2878. Sejm VIII kadencji, 24.09.2018. Źródło: <https://orka.sejm.gov.pl/druki8ka.nsf/0/B0B303E8640376EBC125831A003532BF/%24File/2878.pdf> [dostęp: 19.09.2021].

Redakcja i korekta
KATARZYNA SZKARADNIK (teksty polskie)
KRYSTIAN WOJCIESZUK (tekst angielski)

Przygotowanie okładki do druku
MAGDALENA PACHE

Skład i łamanie
MAREK ZAGNIŃSKI

ISSN 2353-9712

Uznanie Autorstwa-Na tych samych warunkach 4.0
Międzynarodowe (CC BY-SA.4.0)



Czasopismo elektroniczne, dystrybuowane bezpłatnie
Czasopismo wcześniej ukazywało się w formie drukowanej,
z identyfikatorem ISSN 0208-5577

Wydawca
Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego
ul. Bankowa 12B, 40-007 Katowice
www.wydawnictwo.us.edu.pl
e-mail: wydawnictwo@us.edu.pl

Ark. druk. 10,25. Ark. wyd. 11,5.

Egzemplarz bezpłatny

ISSN 2353-9712



Więcej o książce

