

Caveat amator: Podvodné znásilnění¹

Caveat amator: Rape by deception

Tomáš Sobek

Ústav státu a práva
Akademie věd České Republiky
Národní 18, 116 00 Praha 1 - Nové Město
&
Právnická fakulta
Masarykova univerzita v Brně
Veveří 70, 611 80 Brno
tomas.sobek@law.muni.cz

Abstrakt/Abstract

Znásilnění můžeme předběžně chápat jako nekonsenzuální sex, to znamená sex bez souhlasu. Nabízí se otázka, zda je správné, abychom i dosažení sexu na základě podvodného překroucení nebo zamlčení relevantních a významných faktů kvalifikovali jako znásilnění, tedy jako něco trestuhodného. Myslím, že bychom měli rozlišovat podvod, jehož účelem je dosažení sexu bez souhlasu, a podvod, jehož účelem je dosažení souhlasu k sexu.

We might (tentatively) understand the rape as nonconsensual sex, which means sex without consent. The question arises as to whether accomplishing sexual intercourse by means of fraudulent misrepresentation or concealment of relevant and important facts is blameworthy and appropriately condemnable as rape. I think, we should distinguish the fraud, whose purpose is to accomplish sexual intercourse without consent, and the fraud, whose purpose is to accomplish consent for sexual intercourse.

Úvod

My lidé žijeme ve společenském prostoru institucionálních faktů, pro které jsou konstitutivní komunikační praktiky, včetně řečových aktů jako jsou tvrzení, příkazy a sliby.² Je-li slib jednou stranou mince, pak její druhou stranou je udělení souhlasu (= autorizace). Zatímco slibem sami sobě stanovíme nějakou povinnost vůči druhému, takže se ve vztahu k němu zavazujeme k určitému chování, autorizací naopak pro druhého vytváříme oprávnění, aby se ve vztahu k nám určitým způsobem choval.

¹ Článek vznikl za podpory grantového projektu 13-30299S GA ČR.

² Searle (2010, s. 90).

Souhlasem se nejen někomu uděluje nějaké právo („privilegium“),³ ale také se jakoby magicky mění morální a často i trestně-právní kvalita jeho jednání. Například krádež se mění na darování, neoprávněné užívání cizí věci se mění na výpůjčku, porušování domovní svobody se mění na návštěvu, vražda se (v určitém normativním kontextu) mění na eutanázii.⁴ A když se ptáme, zda má být určitý sexuální akt hodnocený (a potažmo i kritizovaný, stíhaný a trestaný) jako znásilnění, na prvním místě se ptáme, jestli to byl sex se souhlasem zúčastněných, resp. dotčených osob.

Trestní zákoníky různých států definují skutkovou podstatu znásilnění odlišně. My se tu ale nebudeme zabývat deskriptivně-právní otázkou, co je znásilněním podle toho či onoho zákoníku, ani se nebudeme zabývat deskriptivně-jazykovou otázkou, jak se v češtině používá slovo ‘znásilnění’. Zaměříme se na znásilnění jako na etický problém. Ačkoli lze znásilnění chápat a definovat různě, z etického hlediska je centrálním aspektem znásilnění skutečnost, že se jedná o *nekonsenzuální sex*.⁵ Nekonsenzuálnost možná není postačující podmínkou znásilnění, nicméně zdá se být podmínkou nutnou. Znásilnění je podobné k porušení domovní svobody v tom, že je to neoprávněné vniknutí do soukromé sféry druhé osoby. Je ale mnohem horším zásahem, protože zasahuje do nejintimnější sféry člověka, totiž do jeho sexuální integrity.⁶ Znásilnění jakožto nekonsenzuální sex v sobě vždy zahrnuje útok proti sexuální autonomii druhého člověka, ale to ještě neznámá, že každý útok proti sexuální autonomii musíme automaticky hodnotit jako znásilnění. Zejména je diskutabilní, zda je správné, abychom každý případ, kdy byl souhlas k sexu získaný podvodným způsobem, kvalifikovali jako nekonsenzuální sex a potažmo jako znásilnění.

Sex jako takový zde budeme chápat velmi široce. Nejen jako koitus, totiž spojení pohlavních orgánů muže a ženy. Do úvahy implicitně zahrnujeme i orální a anální praktiky, protože tyto jsou obecně považované za (alternativní) sexuální praktiky a oprávněně mohou být vnímané jako zásah do sexuální integrity člověka, který je analogický ke klasické souloži. A také proto, že není důvod, proč by se otázka znásilnění měla omezit na heterosexuální styk. Naše příklady budou prezentovat situace, ve kterých muž znásilňuje ženu, ale to jenom proto, že takové případy jsou typické. To znamená, že v principu nevyklučujeme, aby to bylo naopak.

³ Jestliže subjekt *A* udělil subjektu *B* privilegium k chování *X*, znamená to, že nyní už *B* (na rozdíl od ostatních subjektů) nemá vůči *A* povinnost zdržet se chování *X*. Viz Hohfeld (1919, s. 7).

⁴ Hurd (1996, s. 123).

⁵ Znásilnění je hrubě nemorální jednání, ovšem jeho nemorálnost se nevyčerpává ve skutečnosti, že je to nekonsenzuální jednání. Samotná skutečnost, že jednáme vůči druhé osobě bez jejího souhlasu, ještě nemusí znamenat, že jednáme hrubě nemorálně. Jestliže např. někomu potřesu rukou bez jeho souhlasu, může to být nevhodné, nicméně asi to nebudeme kvalifikovat jako hrubě nemorální jednání. Viz Gardner a Shute (2000, s. 194).

⁶ Archard (2007, s. 390).

Někdy může být důležité rozlišovat, jestli byl dán souhlas k určité aktivitě sexuální povahy při znalosti toho, že skutečným účelem oné aktivity je sex jako takový, nebo byl dán souhlas k takové aktivitě v mylném přesvědčení, že účelem oné aktivity je něco jiného než sex, např. léčení.

Souhlas k sexu – obecně

Konsenzus znamená oboustranný souhlas. Nekonsenzuální sex je tedy takový sex, který nevychází ze shody dvou vůlí, protože chybí souhlas některé ze stran sexuálního aktu. Znásilnění je myslitelné i v situaci oboustranného nesouhlasu, například když třetí osoba pod pohrůzkou násilí donutí nějakou dvojici k sexu.⁷ Mnohem běžnější jsou ovšem případy, že jedna strana dosáhne sexu s někým, kdo s tím nesouhlasil. Nemusí se jednat zrovna o sex navzdory nesouhlasu. Stačí, že došlo k sexu při absenci souhlasu. Vezměme kupříkladu situaci, že muž zneužil k pohlavnímu styku bezbrannosti ženy, která byla opilá do bezvědomí, takže ani netušila, že ji penetroval. Asi neřekneme, že to byl sex navzdory nesouhlasu. Vždyť byla v bezvědomí. Nicméně byl to nekonsenzuální sex, protože muž ženu penetroval bez jejího souhlasu. Takový případ lze kvalifikovat jako znásilnění, přestože nedošlo k fyzickému násilí, ani se tu neuplatnila výhrůžka fyzickým násilím. *Fyzické násilí není nutnou podmínkou znásilnění.*⁸

Východiskem úvahy o povaze souhlasu k sexu může být názor, že to je volní akt, totiž osobní rozhodnutí se k sexu. Měli bychom přitom rozlišovat souhlas k sexu od sexuální touhy. Vezměme, že Lucie touží po sexu s Martinem, ale chce být věrná svému manželovi Petrovi. Svoji sexuální touhu proto ovládne a rozhodne se, že si s Martinem nezačne. To znamená, že touha k sexu tu je, ale souhlas k sexu tu není. Přitom pro otázku znásilnění není podstatné, zda tu je touha k sexu, ale zda tu je souhlas k sexu. A na druhé straně skutečnost, že někdo souhlasí se sexem, ještě neznamená, že po sexu i touží.⁹ Například prostitutka může dát souhlas k sexu konkrétnímu muži pouze na základě finanční motivace, a to i když si sex s tímto mužem oškliví.

Teoreticky lze rozlišit souhlas jako mentální stav, tedy jako postoj v mysli člověka, od souhlasu jakožto komunikačního aktu, kterým se vůle k sexu sdělným

⁷ V takovém případě je v roli násilníka ten, kdo onu dvojici pod pohrůzkou násilí donutil k sexu, zatímco oba z dvojice přinucené k sexu jsou v roli znásilněného. Naše sémantické intuice jsou formovány paradigmatickými příklady znásilnění, v neobvyklých případech (jako je tento) mohou selhávat.

⁸ Znásilnění obvykle způsobuje oběti vážné psychické trauma, nicméně v principu je možné si představit i znásilnění bez jakékoli psychické újmy. Vezměme, že lékař v nemocnici zneužil skutečnosti, že žena byla v kómatu, a penetroval ji. Přitom věděl, že ona žena se z kómatu nikdy neprobudí. A navíc věděl, že i kdyby se probudila, stejně by nedokázala pochopit, co se jí stalo. I kdyby takové příklady byly svým počtem marginální, přesto nás nutí k zamyšlení, v čem přesně spočívá morální špatnost znásilnění. Viz Gardner a Shute (2000, s. 197).

⁹ „Osoba může souhlasit s něčím, po čem vůbec netouží, např. když souhlasí, aby byla potrestána za delikt, který spáchala.“ Viz Malm (1996, s. 148).

způsobem vyjadřuje. Je-li jednotlivec ke druhým lidem neupřímný ve svých postojích, znamená to, že existuje neshoda mezi jeho vůlí a projevem. V principu je možné, aby někdo („vnějškově“) vyjádřil postoj, který ve skutečnosti („vnitřně“) nezastává, a naopak může nevyjádřit postoj, který zastává. Preferuji komunikační pojetí souhlasu před mentalistickým. *Pro otázku znásilnění je relevantní vnější projev souhlasu, protože morální význam souhlasu spočívá v tom, že někdo někoho k něčemu opravňuje (autorizuje), a to musí být nějak sděleno.*

„Souhlas by nebyl právně smysluplný jako hraniční kritérium toho, co je dovolené a co zakázané, kdyby byl pouze funkcí osobních mentálních stavů, ke kterým nemá adresát souhlasu potřebný epistemický přístup.“¹⁰

Vezměme, že žena jasně vyjádřila souhlas k sexu, ačkoli její vůle byla opačná, tedy ačkoli vnitřně nesouhlasila. Přitom její nesouhlas nebyl zřejmý ani z okolností. Po celou dobu normálně spolupracovala, takže muž jednal v dobré víře, že ona skutečně souhlasí. V takovém případě se nejedná o znásilnění. A nyní naopak. Vezměme, že žena jasně vyjádřila nesouhlas k sexu, ačkoli její vůle byla opačná, tedy ačkoli vnitřně souhlasila. Přitom její souhlas nebyl zřejmý ani z jejího jednání, ani z okolností. Muž nedbal na její *projev* nesouhlasu a pokračoval v sexuální aktivitě. V takovém případě se z jeho strany jedná přinejmenším o pokus o znásilnění.¹¹ Skutečnost, že žena vnějškově vyjádřila svůj nesouhlas, je významná pro otázku, jakou představu muž mohl mít o její vůli. Skutečnost, že žena subjektivně (= vnitřně) souhlasila se sexem, ale může být významná pro jinou otázku, totiž jakou újmu jí muž způsobil.¹² Ovšem i kdyby muž, který nerespektoval vyjádřený nesouhlas ženy, této konkrétní ženě nezpůsobil žádnou újmu, protože ona se sexem ve skutečnosti (= vnitřně) souhlasila, nic to nemění na skutečnosti, že nerespektování vyjádřeného nesouhlasu druhé osoby je v zásadě nemorálním jednáním a v případě sexu je takový způsob jednání natolik společensky nebezpečný, že má být trestný.¹³ Netrestáme primárně skutečnost, že muž ublížil konkrétní ženě, ale skutečnost, že jeho koncepce jednání je obecně nepřijatelná.¹⁴

¹⁰ McGregor (2007, s. 125).

¹¹ Otázku, zda určité jednání označíme jako „znásilnění“ nebo jako „pokus o znásilnění“, v našem kontextu úvahy nepovažuji za významnou. Např. neúspěšný pokus o vraždu je stejně nemorální (a ve většině jurisdikcí i stejně trestný) jako dokonaná vražda. V obou případech totiž aktér svým jednáním vyjádřil svůj úmysl někoho zabít. V našem příkladu považuji za podstatnou skutečnost, že muž svým jednáním vyjádřil svůj úmysl dosáhnout sexu bez autorizace ze strany ženy.

¹² Westen (2004, s. 319).

¹³ V uvažovaném případě je z hlediska mužova jednání pouze nahodilost, že ona žena se sexem vnitřně souhlasila. Pro morální hodnocení jeho jednání je podstatné to, že jednal navzdory vyjádřenému nesouhlasu, tedy jako někdo, kdo v otázce sexu nebere ohled na autorizaci ze strany druhé osoby.

¹⁴ Snažím se formulovat své teze neutrálně ke sporu retributivismu s konsekvenencialismem, což ale není snadné, takže sklouzávám buď do jedné, anebo do druhé koncepce. Z hlediska retributivismu bych mluvil o tom, že muž si morálně *zaslouží* potrestání, protože jednal bez ohledu na (ne)autorizaci ze strany ženy.

Otázka vnitřního (ne)souhlasu, resp. neshody vůle a projevu, je překerní záležitost. Jednak proto, že v konkrétních případech se nabízí otázka, jakou motivaci žena mohla mít k tomu, aby byla ve vyjádření svých postojů neupřímná. Zejména pak, jaké důvody mohla mít k tomu, aby jasně vyjádřila souhlas, když ve skutečnosti (= vnitřně) nesouhlasila. A samozřejmě i proto, že neprojevené mentální stavy budou při kvalifikaci jednání předmětem důkazní nouze. Ovšem to jsou jenom další důvody k tomu, abychom pojem znásilnění spojovali s *projevem* souhlasu, tedy se souhlasem jakožto komunikačním aktem, a ne se souhlasem jakožto mentálním stavem. To znamená, že otázku, zda byl muž v dobré víře, že žena souhlasí se sexem, „redukujeme“ na otázku, zda mu žena platným způsobem komunikovala svůj souhlas.¹⁵

Udělení souhlasu jakožto komunikační akt nemusí být vyjádřené zrovna verbálně, ale může být konkludentní, tedy může být vyjádřené už samotným jednáním, kterým se vzhledem k okolnostem dává jasně najevo, že aktér souhlasí. U dlouhodobého partnerského vztahu se souhlas k sexu obvykle předpokládá, takže se vychází z vyvratitelné domněnky, že jestliže partner nevyjádřil nesouhlas, znamená to, že souhlasí. *Presumpce souhlasu je založená na konstrukci, že souhlas se komunikuje už tím, že nebyla využita možnost vyjádřit nesouhlas.* To ale znamená, že presumpce souhlasu závisí na možnosti vyjádřit nesouhlas. Představme si, že manžel doma pečuje o svoji ženu, která je kómatu. Může vzhledem k jejich bezvadnému sexuálnímu vztahu před kómatem presumovat její souhlas k pohlavnímu styku? Nemůže, protože žena v bezvědomí nemá možnost vyjádřit nesouhlas.

Podobně lze uvažovat ve věci předběžného souhlasu. Vezměme, že žena řekla muži, že souhlasí, aby spolu měli zítra sex. Nicméně předběžný souhlas ji nijak nezavazuje. Ona ho může kdykoli odvolat, zejména v okamžiku, kdy už se schyluje k zahájení sexu. Význam předběžného souhlasu tedy spočívá pouze v tom, že už není nutné znovu vyjádřit souhlas. Má se za to, že žena souhlasí, pokud svůj souhlas neodvolala. Totéž platí i v celém průběhu sexuálního aktu. Každý má právo ukončit sex kdykoli v jeho průběhu, i když s jeho zahájením souhlasil. Učiní to tak, že jasně vyjádří svůj nesouhlas s pokračováním sexu. Sexuální partner je pak povinen tuto skutečnost respektovat a okamžitě ukončit sexuální aktivitu, jinak by se už jednalo o nekonsenzuální sex. Sexuální svoboda je permanentní, každá osoba si ji zachovává v každém okamžiku. *Souhlasem se nezavazuje k sexu*, pouze autorizuje druhou osobu k sexu, a to dokud svůj souhlas neodvolá. Takto široce pojatá sexuální svoboda v sobě –

Z hlediska konsekvencialismu bych mluvil o tom, že muž má být potrestán z důvodů prevence, tedy budoucího *odstrašení* od takového společensky nebezpečného způsobu jednání.

¹⁵ Dát někomu souhlas k sexu znamená udělit mu určité *privilegium*. Jestliže subjekt A udělil subjektu B souhlas k sexu, neznamená to, že subjekt B má nyní vůči subjektu A nárok na sex. Pouze to znamená, že subjekt B (na rozdíl od všech „neprivilegovaných“) už nemá povinnost zdržet se sexu se subjektem B. Viz Hohfeld (1919, s. 7).

paradoxně – zahrnuje určité omezení, totiž že *nikdo se nemůže předem vzdát svého práva odvolat svůj souhlas k sexu*.

Jestliže muž přinutil ženu k sexu fyzickým násilím (ona se mu intenzivně bránila, ale on ji hrubou silou přemohl), pak se zdá být zřejmým, že tu chybí konsenzus a že se jedná o znásilnění. Vždyť mnozí lidé si právě fyzické donucení k sexu představují jako typický příklad znásilnění. Ovšem skutečnost, že se žena nebránila, nelze automaticky považovat za znak toho, že souhlasila. Možná se podvolila proto, že svoji situaci zhodnotila jako bezvýhodnou, nebo snad proto, že byla v šoku a prostě se nezmohla na odpor. A na druhé straně ani samotný fakt, že se žena muži bránila, nelze automaticky považovat za znak toho, že nesouhlasila. Není totiž vyloučeno, že se jednalo o konsenzuální hru na znásilnění, tedy o (řekněme) svobodné zpestření sexu.¹⁶ Navíc, znásilnění jako nekonsenzuální strategie obstarání si sexu se rozhodně neomezuje na přímočaré fyzické přinucení k sexu. Existuje široká rozmanitost jiných možností, jak obejít či eliminovat svobodnou vůli druhé osoby za účelem dosažení sexu.¹⁷

Vezměme, že muž pod pohrůzkou násilí nutil k sexu ženu, která pod touto pohrůzkou svolila k sexu. Žena ovšem svolila k sexu jenom proto, aby se vyhnula násilí. Na tomto místě lze pojmově rozlišovat *de facto* souhlas a *de jure* souhlas. Můžeme uvažovat tak, že žena *de facto* souhlasila se sexem, alespoň v tom smyslu, že vyjádřila svoji ochotu/podvolení se k sexu, ale že takový vynucený souhlas *de jure* neuznáváme jako platný. Na to lze odpovědět, že takový nedobrovolný „souhlas“ vlastně vůbec nemá povahu souhlasu,¹⁸ protože žena svým podvolením se nesignalizovala, že násilníka autorizuje k sexu, ale pouze své rozhodnutí, že se nebude bránit. (Něco ve stylu „Nebij mě, vzdávám se!“) Problém ovšem nespočívá v tom, jestli je vhodné označovat vynucený souhlas jako *de facto* souhlas. Podstatná je skutečnost, že za takových okolností nemůže být sex kvalifikovaný jako konsenzuální.

Na toto téma lze formulovat rozmanité variace. Např. muž nutil ženu k sexu pod pohrůzkou násilí. Ta mu z obavy, že ji nakazí pohlavní nemocí, řekla: „Podvolím se ti, když si vezmeš kondom.“ I tady lze říct, že žena vyjádřila *de facto* souhlas, který byl ale vynucený, a proto ho *de jure* neuznáme jako platný.¹⁹ A také tady lze namítnout, že se vlastně vůbec nejednalo o souhlas, ale pouze o signalizaci: „Když si vezmeš kondom, nebudu se bránit.“ Ovšem i zde je nakonec podstatné to, že se nejednalo o konsenzuální sex, protože tu nebyl svobodný souhlas k sexu, ale vynucená volba menšího zla.

¹⁶ Vynechme zde klasickou paternalistickou otázku, jakou újmu už nelze tolerovat bez ohledu na souhlas poškozeného. Viz Beyleveld a Brownsword (2007, s. 19).

¹⁷ Spence (2003, s. 89).

¹⁸ „Říct „Souhlasím.“ v kontextu explicitní a/nebo implicitní pohrůžky znamená, že tu není souhlas.“ Viz McGregor (2007, s. 127).

¹⁹ Westen, (2004, s. 9).

Pohrůžka ovšem nemusí být zrovna pohrůžkou násilí, ale může se orientovat i na jinou vážnou újmu. Vezměme, že ředitel střední školy se domohl sexu na studentce, která se mu podvolila jen proto, aby ji nevyhodil ze školy. Zde je důležité rozlišovat dvě situace: 1) Studentka řádně plnila své studijní povinnosti, a proto ředitel nemá oprávnění ji vyhodit ze školy. 2) Studentka neplnila řádně své studijní povinnosti, a proto ředitel má oprávnění (ale i povinnost) ji vyhodit ze školy. V obou případech ředitel zneužil svého postavení k dosažení sexu, nicméně pouze v prvním případě se jednalo o výhrůžku vážnou újmu, tedy o donucení k sexu. Ve druhém případě nešlo o pohrůžku vyhození, ale naopak o slib prominutí vyhození. Vyloučení ze školy je životní událost, která může mít pro život mladého člověka velmi vážné důsledky. Z hlediska prvního případu to znamená, že ředitel vyhrožoval studentce velkou újmu.²⁰ Z hlediska druhého případu to ale naopak znamená, že ředitel studentce sliboval velkou výhodu.²¹ Vlastně si řekl o úplatek za prominutí vyloučení ze školy, což je analogické k úplatku za přijetí na školu. Snad lze i druhý případ kvalifikovat jako znásilnění, ale museli bychom argumentovat jinak než v pojmech výhrůžky vážnou újmu. Někdo by mohl např. argumentovat, že ačkoli druhý případ vypadá jako konsenzuální transakce, doslova obchod, nelze hovořit o skutečném konsenzu, protože studentka vzhledem ke své tíživé situaci prostě neměla na výběr. Na to lze odpovědět, že vyloučení ze školy student legitimně hodnotí jako nepřijatelnou možnost tím, že plní své studijní povinnosti, a ne tím, že uplácí personál školy.

Podvodné znásilnění?

Vynecháme-li problematiku skupinových sexuálních praktik, je souhlas k sexu adresovaný konkrétní osobě, tedy někdo konkrétní je autorizován jako sexuální partner. Při identifikaci osoby ovšem může dojít k omylu, což je eticky významné zejména tehdy, když jedna strana úmyslně (podvodně) uvedla druhou stranu v omyl. Představme si dva bratry, Pavla a Honzu, kteří jsou jednovaječnými dvojčaty. Jsou si tak podobní, že je velmi obtížné je od sebe odlišit, a to i pro jejich rodinu a blízké přátele. Pavel má manželku Alici, po které jeho bratr velmi touží. Honza dal Alici najevo svůj zájem, ale ta ho jednoznačně odmítla. Frustrovaný Honza vymyslel léčku. Jednou večer, když věděl, že Pavel zůstane v práci dlouho do noci, vnikl do bratrova domu, vlezl do ložnice k Alici a předstíral, že je Pavel. Alice takto v přítomí nepoznala, že to ve skutečnosti není její manžel, ale švagr Jan. Měli spolu sex. Byl to konsenzuální sex? Rozhodně nebyl. Alice nedala Honzovi souhlas k sexu, její souhlas byl adresován manželovi Pavlovi.

²⁰ Vydírací potenciál, tedy faktická schopnost subjektu *A* vydírat subjekt *B*, nezávisí ani tak na tom, jestli subjekt *A* opravdu dokáže způsobit subjektu *B* vážnou újmu, ale spíše na tom, jestli *B* věří tomu, že *A* mu dokáže takovou újmu způsobit.

²¹ O vydírání lze smysluplně mluvit tehdy, když někdo někomu vyhrožuje vážnou újmu, ale rozhodně ne tehdy, když někdo někomu slibuje velkou výhodu.

Honza podvodně uplatnil autorizaci, která patřila někomu jinému.²² Byl to sex bez souhlasu, tedy neoprávněné vniknutí do intimních partií těla Alice.

Jedna věc je, komu dala žena souhlas k sexu, druhá věc pak je, jestli dala určité osobě souhlas právě k sexu. Vezměme, že žena přišla k lékaři na gynekologické vyšetření. Ten jí nabídl ultrazvukové vyšetření provedené sondou zaváděnou do pochvy. Žena s takovým vyšetřením souhlasila. Jenomže lékař do její pochvy ve skutečnosti nezavedl sondu, ale svůj penis. Žena se během celého „zákroku“ mylně domnívala, že má v pochvě sondu. Svůj omyl si zděšeně uvědomila až po „zákroku“, když si všimla, že lékař si obléká kalhoty. Nepochybně se jednalo o nekonsenzuální sex, protože žena lékaři nedala souhlas k pohlavnímu styku. Autorizovala ho k lékařskému vyšetření, ale neautorizovala ho k sexu. Bylo to neoprávněné vniknutí.

Lze uvažovat příklady, ve kterých žena souhlasila se sexem, ale pouze za určitých podmínek. Např. vezměme, že žena dala muži souhlas k sexu, ale jen ve formě tzv. přerušované soulože. To znamená, že ho autorizovala k přerušované souloži, ale už ho neautorizovala k souloži „až do konce“. Představme si, že muž přistoupil na sex při znalosti této výhrady, jenomže během soulože ženě zašeptal: „Rozhodl jsem se, že to udělám do tebe, protože se mi to tak líbí.“ Nečekal na odpověď ženy a udělal to.²³ V takovém případě muž vědomě překročil autorizaci, což je z jeho strany útok proti sexuální integritě a svobodě ženy. Kdyby ale muž v přerušování soulože neuspěl, ačkoli měl v úmyslu ji přerušit a skutečně se o to pokusil (prostě to nestihl), pak je to pouze nehoda jako výsledek rizika, které oba společně a konsenzuálně podstoupili.

Podvodné porušení stanovených podmínek sexu ale ještě nemusí znamenat, že se jedná o nekonsenzuální sex. Představme si, že muž přišel k prostitutce a dohodli se spolu na ceně za sex. Muž ženě zaplatil dohodnutou částku a pak spolu měli sex. Jenomže muž jí vědomě zaplatil falešnými bankovkami.²⁴ Prostitutka na tuto skutečnost přišla až po souloži. Kdyby věděla, že to jsou falešné bankovky, určitě by na soulož nepřistoupila. Přesto asi nebudeme popírat, že to byl konsenzuální sex. Spíše řekneme, že muž dluží prostitutce dohodnutou částku.²⁵

Nyní se dostáváme k opravdu těžkému problému. Představme si dvojici Karla a Jitku, kteří k sobě chovají náklonnost a sexuálně po sobě touží. Karel je ženatý. Jitka se ho zeptala, jestli je svobodný. Ten jí zalhal, že ano. Jitka mu ještě zdůraznila, že nechce mít sex s ženatým mužem, ale Karel jí jen zopakoval svoji lež. Měli spolu sex. Teprve

²² Z hlediska českého trestního zákoníku (zák. č. 40/2009 Sb.) by to asi nebylo kvalifikováno jako znásilnění (§ 185), ale jako poškození cizích práv (§ 181).

²³ K podobným případům dochází a skutečně se řeší otázka, jestli je to znásilnění. Viz Doing a Wortley (2013, s. 287).

²⁴ Wertheimer (2003, s. 204).

²⁵ Právní platnost a morální závaznost takového dluhu může být diskutabilní a kontextově citlivá otázka.

po souloži se Jitka dozvěděla pravdu. Karel se k Jitce zachoval manipulativně. Nerespektoval její sexuální autonomii, totiž její volbu nesouložit s ženatými muži. Kdyby věděla, že je ženatý, pak by na sex nepřistoupila. Autorizovala ho v mylné představě o jeho stavu, přičemž tuto vlastnost u sexuálního partnera považovala za významnou. Nicméně nemýlila se v jeho nominální identitě. (Tím se tento příklad liší od příkladu s dvojčaty.) Jitka chtěla sex s Karlem a byl to právě Karel, koho k sexu autorizovala. Jestliže se jejich soulož odehrála proti vůli Jitky, pak to nespočívalo ve skutečnosti, že měla s Karlem **sex**, ani v tom, že měla sex s **Karlem**, ale v tom, že měla sex s **ženatým** mužem.²⁶ Karel sice od Jitky získal autorizaci k sexu podvodně, nicméně onu autorizaci získal. Získal ji opravdu on a získal ji opravdu k sexu. V tomto širokém smyslu byl jejich sex konsenzuální.

Lze diskutovat o tom, zda je takto extenzivní koncepce konsenzuálnosti (a potažmo restriktivní koncepce nekonsenzuálnosti) přijatelná jako etické východisko k tomu, co kvalifikovat jako znásilnění. Podstatné přitom ale je, že jako znásilnění bychom měli kvalifikovat jen takové praktiky, které vnímáme jako trestuhodné a přitom jako natolik závažné, že považujeme za správné, aby je trestní zákoník zahrnul mezi zločiny. Trestní právo je nejtvrdším prostředkem ochrany společnosti (*ultima ratio*), a proto by zákonodárce měl být velmi rozvážný, v jakém rozsahu ho bude používat. Nechce-li upadnout do tzv. právního moralismu,²⁷ musí mít nějakou koncepci rozlišování toho, co je *public wrong* a co je *private wrong*.²⁸ Trestní právo má nutit osoby k tomu, aby rezignovaly na možnost sexu bez autorizace. Je ale velmi problematické, aby svojí neohrabanou železnou rukou regulovalo i subtilní mezi-lidské praktiky jako jsou metody dvoření a svádění.

Jedna věc je, že někdo podvodně usiluje o sex bez autorizace, druhá věc pak to, že někdo podvodně usiluje o autorizaci k sexu. Etický rozdíl spočívá v tom, že jestliže podvodník klamal proto, aby obešel absenci souhlasu k sexu, pak to znamená, že neuznává právo druhé osoby rozhodovat o tom, s kým bude mít sex. To ale ještě vyžaduje upřesnění. V literatuře se někdy pojmově rozlišuje klamání o povaze toho, k čemu se dává souhlas (*fraud in factum*), od klamání v rámci svádění (*fraud in inducement*).²⁹ Vezměme, že lékař lživě namluvil pacientce, že její nemoc dokáže vyléčit, ale jen pomocí pohlavního styku. Žena mu uvěřila a měli spolu pohlavní styk.³⁰

²⁶ „Lze uvažovat tak, že jestliže žena nemá averzi k sexu s konkrétním mužem, pak je-li tu nějaký delikt, ten spočívá spíše ve lhaní než v útoku na její tělesnou integritu (ale lhaní v záležitostech mezilidských vztahů obvykle neuvažujeme jako zločin).“ Viz Posner (1992, s. 392).

²⁷ Pro právní moralismus jsou typické inference: „Toto je nemorální, tedy by to mělo být trestné.“ Viz Taylor (2012, str. 3).

²⁸ Husak (2008, s. 199).

²⁹ Falk (1998, s. 158).

³⁰ Srov. Wertheimer (2003, s. 173).

Lékař zneužil svého postavení a zároveň i důvěry ženy k tomu, aby ji oklamal o povaze onoho aktu. Žena ho autorizovala k léčení, ne však k uspokojování svých sexuálních potřeb. Lékař ji lhal právě proto, že k sexu jako takovému by mu souhlas nedala. Lze to říct i tak, že ji oklamal, aby ji nemusel svádět. Bylo to neoprávněné vniknutí.

I klamání o svých osobních kvalitách za účelem získání autorizace k sexu lze kritizovat jako nemorální chování, protože i to je útok proti sexuální autonomii druhé osoby.³¹ Lhář manipulativně podlamuje epistemickou kvalitu rozhodování druhé osoby, a to takovým způsobem, aby se rozhodla v jeho prospěch. A to znamená, že nerespektuje její svobodu mít racionální kontrolu nad svým jednáním.³² Nicméně je problematické takové případy kvalifikovat jako nekonsenzuální sex a potažmo jako znásilnění.³³ Vezměme například, že muž lhal ženě, že ji miluje, a to jen proto, aby se mu otevřela k sexu, což se mu nakonec podařilo. Máme i to snad hodnotit jako znásilnění? A kdyby ano, kde bude hranice toho, co už je znásilnění?³⁴ Lidé o sobě během svádění vcelku běžně lžou, resp. říkají polopravdy, aby na druhé udělali dojem, prostě aby působili atraktivně. Lžou o svém společenském postavení, věhlasu, původu, bohatství, o svých známostech, znalostech, zásadách, emocích, fyzických schopnostech a podobně. Dvoření se, koketování a svádění jsou strategickým jednáním v konkurenčním prostředí soupeření na trhu sexuálních příležitostí. V takovém kontextu by si měl každý sám nést riziko za své rozhodnutí, komu dává souhlas k sexu, tedy komu otevře své dveře, aby vstoupil do nejintimnější zóny jeho života.

„Rodiče učí své dcery, aby byly podezíravé k lichotkám nápadníků; důkladné testování lichotníků je podstatou optimální ženské sexuální strategie ...“³⁵

Caveat amator.

Závěr

Uvažujeme-li znásilnění jako nekonsenzuální sex, měli bychom se zaměřit na otázky existence, obsahu, adresnosti a dobrovolnosti autorizace k sexu. Klame-li někdo druhého proto, aby dosáhl sexu (jakožto sexu) bez jeho souhlasu, pak tím vyjadřuje svůj

³¹ Rubinfeld, (2013, s. 1432).

³² Alexander a Sherwin (2003, s. 397).

³³ V roce 2010 byl v Jeruzalémě (*Israel vs. Kashour*) odsouzený muž za znásilnění. Šlo o to, že lhal poškozené, že je svobodným židovským mládencem a že ji romanticky miluje. Soud v odůvodnění svého rozsudku argumentoval, že kdyby poškozená znala skutečný stav věcí, tak by obžalovanému souhlas k sexu nedala. A k tomu dodal: „Soud má povinnost chránit veřejný zájem proti zločincům se sofistikovanými sladkými řečmi, kterými klamou nevinné oběti za nesnesitelnou cenu - posvátnost jejich těla a duše.“ Toto rozhodnutí lze kritizovat jako nevhodný moralismus v trestním právu.

³⁴ Má-li být znásilnění vymezené jako trestný čin, pak musí být vymezené relativně jasně.

³⁵ Posner (1992, s. 393).

postoj, že mu při sexu na souhlasu druhé strany vůbec nezáleží, takže druhého vůbec nerespektuje jako osobu. Něco takového nelze v žádném případě tolerovat, takové jednání má být trestné. Vhodnost trestní represe ale není takto samozřejmá v případech, když někdo v rámci svádění klame druhého, aby získal jeho souhlas k sexu. Lhaní při svádění je sice nemorální, ale je to delikt soukromé morálky, do které by stát neměl zasahovat.³⁶ (Nevěra je také nemorální, nicméně není trestná, a je to tak dobře.) Riziko podvádění při svádění má i svoji pozitivní stránku, protože aktéry motivuje k tomu, aby se snažili co nejlépe poznat toho druhého. Zdrženlivá opatrnost před autorizací k sexu je rozumným přístupem jednotlivce. A byla by rozumným přístupem, i kdyby stát formou trestní represe odstrašoval potenciální svůdníky-lháře.

Proti mému přístupu lze trefně namítnout, že se opírá o příliš subtilní etický rozdíl. Na jedné straně jako znásilnění eticky *kvalifikuji* situaci, když podvodník klamal proto, aby dosáhl sexu bez autorizace, protože takový podvodník vůbec neuznává právo druhé osoby rozhodovat o tom, s kým bude mít sex. Ale na druhé straně jako znásilnění eticky *nekvalifikuji* situaci, když podvodník klamal proto, aby dosáhl autorizace k sexu, ačkoli takový podvodník vlastně nerespektuje svobodu druhé osoby mít racionální kontrolu nad svým rozhodnutím, s kým bude mít sex. Moje odpověď bude pragmatická. Jestliže etická kvalifikace znásilnění má být relevantní pro otázku, co by (*de lege ferenda*) mělo být trestné jako znásilnění, pak není až tolik důležité, aby ona hranice byla etickou propastí. Důležitější je její epistemická zřetelnost, totiž abychom ji uměli v praxi dobře rozpoznat. A to můj přístup, myslím, splňuje.³⁷

Literatura

- Alexander, L. a Sherwin, E. (2003): „Deception in Morality and Law.“ *Law and Philosophy* 2: 393–450.
- Archard, D. (2007): „The Wrong of Rape.“ *The Philosophical Quarterly* 57(228): 374–393.
- Beyleveld, D. a Brownsword, R. (2007): *Consent in the Laws*. Hart Publishing, Oxford.
- Doig, G. A. a Wortley, N. (2013): „Conditional Consent? An Emerging Concept in the Law of Rape.“ *The Journal of Criminal Law* 77(4): 286–291.
- Falk, P. J. (1998): „Rape by Fraud and Rape by Coercion.“ *Brooklyn Law Review* 64(1): 39–180.

³⁶ Zvláštní režim má zamlčení infekční pohlavní choroby. Z etického hlediska je to odlišný problém než znásilnění, protože tu nejde jenom o otázku souhlasu k sexu. Lze argumentovat, že vystavit někoho nebezpečí nákazy pohlavní chorobou, by bylo trestuhodné, i kdyby s tím ten druhý souhlasil. Už proto, že existuje silný veřejný zájem na tom, aby se ve společnosti nešířily pohlavní nemoci.

³⁷ Děkuji svému kolegovi Davidovi Černému a také anonymnímu recenzentovi za cenné připomínky k textu.

- Gardner J. a Shute S. (2000): „The Wrongness of Rape.“ In *Oxford Essays in Jurisprudence*, ed. J. Horder, Oxford University Press, Oxford, 2000, s. 193-218.
- Hohfeld, W. N. (1919): *Fundamental Legal Conceptions*. Yale.
- Hurd, H. M. (1996): „The Moral Magic of Consent.“ *Legal Theory 2*: 121–146.
- Husak, D. (2008): *Overcriminalization: The Limits of the Criminal Law*. Oxford University Press, Oxford.
- Malm, H. M. (1996): „The Ontological Status of Consent and Its Implication.“ *Legal Theory 2*: 147–164.
- McGregor, J. (2007): *Is it Rape? On Acquaintance Rape and Taking Women's Consent Seriously*. Ashgate, Aldershot and Burlington.
- Posner, R. (1992): *Sex and Reason*. Harvard University Press, Harvard.
- Rubinfeld, J. (2013): „The Riddle of Rape-by-Deception and the Myth of Sexual Autonomy.“ *The Yale Law Journal* 122: 1372-1443.
- Searle, J. (2010): *Making Social World*. Oxford University Press, Oxford.
- Spence, A. T. (2003): „A Contract Reading of Rape Law: Redefining Force to Include Coercion.“ *Columbia Journal of Law and Social Problems* 37: 57-90.
- Taylor, C. (2012): *Moralism: A Study of A Vice*. McGill-Queen's University Press, Montreal.
- Wertheimer, A. (2003): *Consent to Sexual Relations*. Cambridge University Press, Cambridge.
- Westen, P. (2004): *The Logic of Consent*. Ashgate, Aldershot and Burlington.