

Paulina Furman

Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190 a k.k. - zagadnienia wybrane.

Analiza znamion art. 190 a kk.

Dobra chronione

Przestępstwo „uporczywego nękania” zostało umiejscowione w rozdziale *Kodeksu karnego* poświęconemu przestępstwom przeciwko wolności i wydaje się, że jest to miejsce właściwe. Głównym przedmiotem ochrony jest tutaj wolność człowieka, lecz szeroko rozumiana. Jest to między innymi wolność od negatywnej ingerencji w sferę psychiki drugiego człowieka, od działań mających na celu naruszenie jej integralności, wywoływania presji, wpływania na proces decyzyjny, wolność od poczucia zagrożenia i niepewności co do bezpieczeństwa swojego i swoich bliskich. Ponadto przepis chroni również godność jednostki ludzkiej zarówno w perspektywie ochrony przed naruszeniem czci i dobrego imienia, jak i poniżającego traktowania oraz uprzedmiotowienia osoby, jako nie posiadającej możliwości samodzielnego decydowania o swoim życiu i kształtowania relacji z innymi ludźmi. Przepis ten w sposób zbiorczy przydaje ochronę prawom i wolnościom wchodzącym w zakres prawa do prywatności (np. wolności komunikowania się, tajemnicy korespondencji, prawa do ochrony informacji dotyczących życia prywatnego, swobody kształtowania życia rodzinnego i kontaktów z innymi ludźmi i innych, które mogą zostać w ten sposób zakwalifikowane), gwarantując w ten sposób wolność od ingerencji w sferę życia prywatnego. Wreszcie obejmuje ochroną wizerunek osoby wraz z jej danymi osobowymi, a także - w paragrafie 3- życie człowieka.¹

190 a § 1 kk

Znamiona strony przedmiotowej.

Przestępstwo „uporczywego nękania” jest przestępstwem powszechnym. Może być popełnione przez każdego człowieka.

Większość legislatorów, stając przed problemem zredagowania przepisu opisującego przestępstwo o tak bogatej możliwości różnych przebiegów, punkt ciężkości w tworzonym przepisie kładzie albo

¹ Na gruncie prawa cywilnego, pojęcie wolności (w kontekście ochrony dóbr osobistych przez art. 23 k.c.) jest rozumiane następująco: „Chodzi tutaj nie tylko o sferę fizyczną oddziaływania (ograniczenie swobody poruszania się, nietykalność osobista). Dobrem osobistym jest także wolność od obawy i strachu, od użycia przemocy lub zrealizowania groźby przez inną osobę. Innymi słowy, przepis art. 23 k.c. chroni uprawnionego przed niedozwolonymi naciskami, które krępują swobodne dysponowanie wartościami osobistymi.” cyt. za: A.Szpunar, *Ochrona dóbr osobistych*, PWN, Warszawa 1979 r.

na opis czynności (niejednokrotnie tworząc katalog zakazanych zachowań), albo na skutek lub też cel działania sprawcy.² Polski ustawodawca dla opisanego czynności sprawczej wybrał konstrukcję przestępstwa materialnego, które może być popełnione zarówno przez działanie, jak i zaniechanie³. Dla przyjęcia jego dokonania konieczne jest ziszczenie się opisanego w ustawie skutku. Taka konstrukcja w sposób zasadniczy -przynajmniej w pierwszej jego odmianie- różni to przestępstwo od wykroczenia *złośliwego niepokojenia*, które sankcjonuje już samo podjęcie określonego zachowania w celu dokuczenia innej osobie bez stawiania dalszych wymagań co do jego skutku.

Jako przestępstwo wieloodmianowe, w swym podstawowym typie może przybrać dwie postaci, które zróżnicowane są pod względem powstałego skutku: uporczywego nękania wzbudzającego uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub uporczywe nękanie powodujące istotne naruszenie prawa do prywatności.

Zgodnie z pierwotnym znaczeniem językowym **nękać** znaczy tyle, co 'ustawicznie dręczyć, trapić, niepokoić kogo; dokuczać komu, nie dawać spokoju.'⁴ Najczęściej podawane wyrażenia synonimiczne dla czasownika 'nękać' to: gnębić, prześladować, trapić, niepokoić, dręczyć, męczyć.

Będzie to więc podejmowanie w sposób powtarzalny zachowań, które odbijają się w psychice adresata w negatywny sposób. Negatywny ładunek aktywności sprawcy jest nieodłącznym elementem opisu czynności sprawczej. Odbiór zachowania jako takiego nie odnosi się wyłącznie do oceny subiektywnej pokrzywdzonego, ale obiektywnie posiada taki charakter. 'Nękaniem' będzie więc zbiór zachowań, który obiektywnie będzie nosił cechy postępowania, które prowadzi do udręczenia, trapienia, zastraszenia, zdominowania, oddziaływania na wolę, upokorzenia lub wywoływania innych skutków czy też doznań negatywnych. W jakimś sensie nękanie będzie przypominało znamię „znęcania” jako „systematycznie powtarzające się zachowanie złożone z jedno lub wieloodmianowych pojedynczych czynności naruszających różne dobra prawne”.⁵ Czynności tej nie zostało do tej pory przypisane w doktrynie, ani orzecznictwie żadne szczególne znaczenie, które kierunkowałoby lub zawężało rozumienie tego pojęcia, w związku z czym – odwołując się do podstawowych zasad wykładniczych- w pierwszym rzędzie należy rozumieć je zgodnie z przyjętym znaczeniem językowym. Biorąc pod uwagę słownikowe znaczenie nękania, może ono zawierać w sobie zachowania dość zróżnicowane pod względem natężenia, a co za tym

² Takie trzy modele wyróżnia M. Królikowski w *Opinii dotyczącej zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego typu czynu zabronionego*, KKKPK opinia nr 10 (niepublikowane)

³ Można sobie wyobrazić sytuację nękania kogoś poprzez wynikające ze złej woli utrzymywanie jakiegoś stanu bezprawnego, który wywołuje u pokrzywdzonego uczucie zagrożenia, bądź narusza jego prawo do prywatności poprzez zaniechanie usunięcia go. (Podobnie: A. Golonka, *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*, „Państwo i Prawo”, 1/2012)

⁴ *Mały słownik języka polskiego*, pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, PWN, Warszawa 1968 r.

⁵ M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 13 do art. 207

idzie skutków względem osoby pokrzywdzonej. Opis znamienia czynności sprawczej poprzez rzeczownik odczasownikowy 'nękanie' w żaden sposób nie dookreśla możliwych przebiegów zdarzeń, które wejdą w pole zainteresowania prawa karnego. Tworzy on raczej ramy w jakim charakterze zachowanie winno być postrzegane jako całość. Przypisanie zachowaniu sprawcy charakteru nękania może zależeć od różnych czynników – długości, intensywności działań, dotkliwości wywołanych skutków, treści przekazu czy wynikać ze specyfiki zastosowanych przez sprawcę środków itp. Znamię to ma więc charakter czysto ocenny i decyzja o zakwalifikowaniu w taki sposób zachowania sprawcy w konkretnym stanie faktycznym będzie za każdym razem zależała od oceny sądu lub organu ścigania. Taka konstrukcja opisu czynności sprawczej z pewnością ogranicza ewentualne problemy z niedostatkami wyliczeń zawartych w katalogach ustawowych przewidzianych w innych państwach.⁶ Ogólne ujęcie czynności sprawczej wydaje się na dobrą sprawę w większym stopniu odpowiadać niejednorodnemu, złożonemu charakterowi zjawiska, umożliwiać poddawanie ocenie karnej zachowań, które dopiero ze względu na „efekt sumaryczny”, biorąc pod uwagę całość okoliczności sprawy, mogą być uznane za naganne w takim stopniu, który uzasadnia reakcję karną. Pozostaje jednak pytanie, czy nie jest to ujęcie zbyt szerokie, godzące w fundamentalne zasady wysuwane względem norm o tak szczególnym znaczeniu i charakterze, jak normy prawa karnego.

Warto podkreślić, że aby przypisać zachowaniu sprawcy charakter nękania, zgodnie z jego subiektywnym postrzeganiem przez osobę pokrzywdzoną, jak i możliwością obiektywnego uznania go za takie konieczne jest **postępowanie wbrew woli pokrzywdzonego**. Jest to widoczne już na płaszczyźnie językowej zgodnie ze znaczeniem słowa 'nękać'. Ponadto, zgodnie twierdzi się, iż istota *stalkingu* (zwłaszcza wobec czasami „niewinnej” natury pojedynczych zdarzeń, które mogą być np. przejawem admiracji) polega na podejmowaniu określonych zachowań pomimo, iż ich odbiorca wyraził sprzeciw względem takiego stanu rzeczy. Znajduje to odzwierciedlenie jako element konstrukcyjny antystalkingowych regulacji, naukowych definicji, a także zgodnie przyjmowane jest w literaturze.

Przedmiotem czynności wykonawczej może być każdy człowiek. Przepis art. 190 a § 1 kk przewiduje, iż w roli tej może występować „inna osoba”, wobec której wymierzone jest nękanie lub „osoba jej najbliższa”. Pojęcie osoby najbliższej należy rozumieć zgodnie z definicją kodeksową zamieszczoną w art. 115 § 11 kk a mówi ona, iż za osobę najbliższą uważa się małżonka, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osobę pozostającą w stosunku przysposobienia oraz jej małżonka, a także osobę pozostającą we wspólnym pożyciu.⁷

⁶ Np. Australia, Nowa Zelandia, Kanada i część regulacji stanowych w Stanach Zjednoczonych .

⁷ *Ustawa Kodeks karny z dnia 6 czerwca 1997 r.*, Dz. U. Nr 88, poz. 553 ze zm.

Uczynienie przez ustawodawcę przedmiotem czynności sprawczej także osoby najbliższej jest bardzo dobrym rozwiązaniem, spotykanym także w ustawodawstwie antystalkingowym innych krajów. Również konstrukcja przestępstwa zmuszania z art. 191 k.k. dopuszczała oddziaływanie na psychikę osoby zmuszanej poprzez stosowanie przemocy wobec innej osoby. W wypadku *stalkingu* krąg tych osób został ograniczony jak wyżej, co wydaje się zasadne ze względu na naturę tego zjawiska. W praktyce niejednokrotnie zdarza się, iż w celu pogwałcenia osoby nękanego, wywarcia na niej presji czy zademonstrowania przewagi siły *stalker* bezpośrednio oddziałuje na osoby szczególnie bliskie ofierze np. dziecko czy partnera, często – ze względu na szczególną więź emocjonalną – wzbudzając tym większe poczucie zagrożenia i bezbronności. Badania aktowe⁸ dostarczały przykładów, gdy były kochanek lub partner podejmowali się także nękania współmałżonka lub nowego partnera, co podyktowane było żalem, bądź chęcią zemsty. Wreszcie często zdarza się, iż *stalker* podejmuje takie zachowania, które siłą rzeczy dotyczą również innych członków rodziny. Należy jednak zauważyć, co słusznie podniósł w *Opinii Zleconej* M. Mozgawa,⁹ że odwołanie się do zdefiniowanego w ustawie pojęcia osoby najbliższej pozbawi ochrony osoby, które należą do osób najbliższych sprawcy, jednak nie mieszczą się w zakresie definicji. Ochrony mogą zostać w ten sposób pozbawieni między innymi partnerzy, osoby pozostające z pokrzywdzonymi w związku uczuciowym i utrzymujące z nimi stałe stosunki seksualne, jednak nie prowadzące wspólnego gospodarstwa, a działanie *stalkera* nierzadko wymierzone jest również właśnie w te osoby. Kluczowa w tym względzie będzie koncepcja wykładni pojęcia „wspólnego pożycia” z art. 115 § 11 kk.¹⁰ Pogląd większościowy zakłada, iż chodzi tutaj o osoby, które „wspólne żyją”, a więc łączy ich wspólnota gospodarstwa oraz więź psychiczna.¹¹

Analogicznie do ustaleń poczynionych na gruncie przestępstwa groźby z art. 190 kk, wydaje się, że również w przypadku nękania sprawca nie musi działać osobiście, lecz może „**posłużyć się osobą trzecią**”.¹² Możliwe jest na przykład spowodowanie natrętnego kontaktowania się z pokrzywdzonym wielu osób.

⁸ W ramach zbierania materiałów do pracy magisterskiej poświęconej analizie zmiany normatywnej wprowadzającej do *Kodeksu karnego* nowy typ czynu zabronionego penalizujący zjawisko *stalkingu* przeprowadzone zostały w krakowskich sądach badania aktowe dostępnych spraw z art. 190 a k.k., jak również 118 spraw z art. 107 k.w. - *złośliwe niepokojenie* rozpatrywanych we wszystkich krakowskich sądach w latach 2010 i 2011. Wobec braku adekwatnej regulacji w kodeksie karnym przed omawianą nowelizacją, podnoszono w piśmiennictwie możliwość odwoływania się (w razie braku możliwości zastosowania innych przepisów karnych) do regulacji wykroczeniowej przewidzianej art. 107 k.w. (np. A. Chlebowska i P. Nalewajko, K.Garstka i P.Przygucki, A.Michalska- Warias i K. Nazar-Gutowska i inni). Co może wydać się dość zaskakujące, z analizy akt nasuwa się wniosek, iż na dobrą sprawę art. 107 k.w. był właściwie głównym narzędziem używanym do walki ze zjawiskiem *stalkingu*.

⁹ M.Mozgawa, *Opinia zlecona* Biura Analiz Sejmowych, Lublin ,23.12.2010 r., niepublikowane

¹⁰ Por. J. Majewski, *Komentarz do art. 115 § 11 kk.* [w:] *Kodeks karny. Część Ogólna. Komentarz. Tom I. Komentarz do art. 1-116 k.k.*, pod red. A. Zolla, Warszawa 2007

¹¹ Regulacja kanadyjska np. określa skutek jako strach o bezpieczeństwo swoje lub jakiegokolwiek znanej im osoby.

¹² Por. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 9 do art. 190 k.k.

Znamieńkę nękania zostało przez ustawodawcę dookreślone poprzez dodanie przymiotnika „**uporczywe**”. Zgodnie z definicją podaną w *Małym słowniku języka polskiego* uporczywy znaczy tyle, co 'trwający ciągle, nieprzerwany, powtarzający się, nieustanny'.¹³ *Uniwersalny słownik języka polskiego* podaje podobną definicję: 'trudy do usunięcia, utrzymujący się długo lub ciągle powtarzający się'.¹⁴ Jednak „uporczywy” jest określeniem modalnym znanym już wcześniej ustawie karnej, któremu zarówno doktryna, jak i orzecznictwo przypisały konkretne znaczenia. Rozważania na tym polu prowadzone były głównie w odniesieniu do przestępstwa niealimentacji opisanego w art. 209 kk (dawny art. 186 § 1 k.k.), choć podobne uwagi można także znaleźć w związku z analizą znamion art. 218 kk penalizującego naruszenia praw pracowniczych. Istnieje pewien spór co do interpretacji tego określenia. Pierwszy pogląd mówi, iż należy rozumieć je zgodnie z przedstawionym znaczeniem słownikowym, jako obiektywne określenie zachowania, które utrzymuje się w czasie, powtarza, jest trudne do zwalczenia¹⁵, jednak większość doktryny¹⁶ i orzecznictwa przedstawia pogląd o obiektywno-subiektywnym charakterze „uporczywości”, gdzie utrzymywanie określonego stanu rzeczy wynika ze złej woli sprawcy.¹⁷ Sąd Najwyższy w wyroku z 2001 roku stwierdził, iż: „W przepisie art. 209 kk ustawodawca posłużył się znamieniem podmiotowo-przedmiotowym „uporczywości”, które oznacza, że musi wystąpić właśnie wielokrotność zaniechań na przestrzeni pewnego czasu, a ponadto znamieńkę to wyraża psychiczne nastawienie sprawcy, który uchyla się od obowiązku wykonania świadczeń alimentacyjnych, pomimo realnej możliwości ich spełnienia (...)”¹⁸ W 1996 r. w jednym ze swoich orzeczeń przyjął, że: „Do bytu przestępstwa określonego w art. 186 § 1 nie wystarczy ustalenie, że oskarżony nie płaci alimentów, do których był zobowiązany, lecz konieczne jest ustalenie, że od tego obowiązku uchylał się i to "uporczywie". Oba te znamiona nie są równoznaczne z samym niepłaceniem (niełożeniem) alimentów, lecz mają wydźwięk pejoratywny, świadczący o wyraźnie złej woli domniemanego sprawcy, ignorującego w sposób tendencyjny obowiązek alimentacyjny.”¹⁹ W uchwale z dnia 9 czerwca 1976 roku (VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7, poz. 86) Sąd Najwyższy wyraził pogląd, iż: „Znamieńkę uporczywości łączy w sobie dwa elementy. Jeden z nich

¹³ *Mały słownik języka polskiego*, pod red. S. Skorupki, H. Auderskiej, PWN, Warszawa 1968 r.

¹⁴ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, pod red. S. Dubisza, wyd. PWN, 2003 r.

¹⁵ M.Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 25 do art. 209 k.k.

¹⁶ Por. M.Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 25 do art. 209 k.k.; I. Andrejew [w:] I. Andrejew, W. Świda, W. Wolter, *Kodeks karny z komentarzem*, Warszawa 1973, s. 547.

¹⁷ M.Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 27 do art. 209 k.k.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. V KKN 504/00, OSNKW 2001, nr 7-8, poz. 57

¹⁹ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 27 lutego 1996 r., sygn. II KRN 200/95, Prok. i Pr. 1996, nr 10, poz. 8

charakteryzuje postępowanie sprawcy od strony podmiotowej, a polega na szczególnym nastawieniu psychicznym wyrażającym się w nieustępliwości, chęci postawienia na swoim (obojętne, z jakich pobudek), podtrzymywaniu własnego stanowiska na przekór ewentualnym próbom jego zmiany (np. mimo wszczęcia egzekucji cywilnej, przeprowadzenia rozmów ostrzegawczych itp.). Przejawem takiego nastawienia psychicznego bywa porzucenie pracy lub jej zmiana na gorzej płatną. Drugi element, obiektywny, polega na trwaniu takiego stanu rzeczy przez pewien dłuższy czas (np. na wstrzymywaniu się z zapłatą kolejnych rat alimentacyjnych co najmniej przez 3 miesiące lub płaceniu ich nieregularnie albo w kwotach znacznie niższych od należnych)".²⁰ Takie założenia faktycznie wydają się być aktualne w kontekście czynu polegającego na nękanii, gdyż z jednej strony jest to zachowanie powtarzające się, trwające przez dłuższy czas, z drugiej - trwa pomimo dezaprobaty, sprzeciwu ze strony osoby pokrzywdzonej. Można jednak zaryzykować stwierdzenie, iż w wypadku omawianego typu czynu na płaszczyźnie przedmiotowej takie „dookreślenie” niewiele wnosi, gdyż już samo znamię nękania zakłada większą liczbę zachowań. Kwestię tę wskazał także autor *Opinii* wydanej przez Biuro Analiz Sądu Najwyższego.²¹ Określenie to jedynie potęguje kwestie utrzymywania się niepożądanego stanu faktycznego pomimo sprzeciwu ofiary. Wydaje się, że kwestia uporczywości nabiera znaczenia dopiero w kontekście strony podmiotowej czynu.

Warunek powtarzalności zachowań sprawcy wynikający z natury samego nękania czy określenia go jako uporczywe nie konstruuje ram czasowych czy ilościowych, które stanowiłyby kryterium pozwalające uznać poczynania sprawcy za przesądzające o przyjęciu kwalifikacji prawnej z art. 190 a § 1. Istnieje pewność, iż nie będzie tutaj chodziło o pojedyncze zdarzenia, lecz o większą ilość, która będzie w stanie wywołać negatywny obiór. Powtarzalność naruszeń dokonywanych przez sprawcę także jest elementem charakterystycznym dla zjawiska *stalkingu*. Przepięstwo to jest przepięstwem trwałym, polegającym na utrzymywaniu określonego stanu bezprawia. Z praktyki wynika, iż czas utrzymywania się stanu bezprawia może kształtować się różnie, ale także w zależności od okoliczności sprawy, sposobu działania sprawcy, podjętych przez niego środków różna będzie liczba zachowań, która przesądzi o przyjęciu naruszenia prywatności lub uznaniu poczucia zagrożenia za uzasadnione. Można tylko przypomnieć, iż z przedstawionych przez Instytut Wymiaru Sprawiedliwości danych statystyczne dotyczące długości trwania stanu nękania wyłaniały się dwie zasadnicze grupy: zachowań, które nie są długotrwałe (w przedziale od

²⁰ Uchwała Sądu Najwyższego z dnia 9 czerwca 1976 roku (VI KZP 13/75, OSNKW 1976, nr 7, poz. 86)

²¹ *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy- Kodeks karny* Biura Studiów i Analiz Sądu Najwyższego, BSA II – 021 – 63 – 104/10, z dnia 10 sierpnia 2010 r., niepublikowana

tygodnia do miesiąca – 13% i od miesiąca do 3 miesięcy – 17.3%) oraz zachowania utrzymujące się przez długi czas (od roku do 2 lat – 13.8% i 3 lata i więcej – 15%).²² W świetle przeprowadzonych badań aktowych największą grupę zdarzeń stanowią te trwające poniżej sześciu miesięcy (72 przypadki). Blisko połowa z nich to stany faktyczne utrzymujące się przez około miesiąc do dwóch miesięcy. W nieco ponad jednej piątej przypadków czas trwania nękania wynosi około roku lub więcej. Zdarzają się także przypadki nękania utrzymującego się przez krótki czas – kilka dni do miesiąca.²³

W literaturze dotyczącej zjawiska *stalkingu* można odnaleźć próbę badań empirycznych, których celem jest odpowiedzenie na pytanie, kiedy naruszenia dokonywane przez sprawcę osiągają taki poziom, aby mówić o na tyle ciężkich wypadkach, by uznać je za bezprawne. Badania takie zostały przeprowadzone przez zespół badawczy R. Purcelle, M. Pathe, P.E. Mullen i warto zaznaczyć, iż za punkt wyjścia posłużyło określenie *stalkingu* zgodnie z koncepcją australijską, która definiuje go jako umyślne i celowe nękanie, wzbudzające poczucie zagrożenia, które dokonane być może poprzez czynności opisane w katalogu. Jest to więc jedna z węższych definicji. Za punkt graniczny wyznaczono cezurę 2 tygodni. To wówczas zachowanie sprawcy przestaje być krótkotrwałym stanem, który wygaśnie sam, a przeradza się w cięższe naruszenia, które mogą mieć poważne skutki dla psychiki i bezpieczeństwa ofiary.²⁴ Wydaje się, że przy tak szerokim ujęciu nękania, jakie zostało przyjęte w ustawodawstwie polskim tak arbitralne określenie cezury czasowej nie znalazłoby zastosowania. Regulacje amerykańskie dla przykładu zawierają najczęściej określenie *'on more than one occasion'*. Jednak i tutaj mowa jest zwykle o przypadkach wiążących się z potencjalnym zagrożeniem, które dodatkowo zwykle odpowiadają dość ścisłym definicjom ustawowym.

Śledząc poszczególne przypadki zawarte w materiale aktowym należy stwierdzić, iż arbitralne przyjęcie dość abstrakcyjnie wyznaczonej granicy ilościowej czy czasowej, zwłaszcza przy modelu regulacji przyjętym w art. 190 a kk ujmującym je w sposób zbiorczy, nie byłoby właściwe. Przy tak szerokim ujęciu nękania, obejmującym wypadki niezwykle zróżnicowane co do stopnia szkodliwości prawdopodobnie ciężko także byłoby wyznaczyć takie ramy drogą badań empirycznych. Wydaje się, że w tym wypadku najbardziej właściwa byłaby każdorazowo ocena okoliczności faktycznych sprawy przez sąd. Zdarzają się przecież sytuacje rozciągnięte w czasie, które jednak nie niosą ze sobą szczególnie groźnych konsekwencji (np. wykonywanie połączeń

²² *Stalking w Polsce. Rozmiary-Formy-Skutki. Raport z badania nt. uporczywego nękania.*, red. A. Siemaszko, Archiwum Kryminologii, tom XXXII / 2010

²³ Należy pamiętać, iż dane te nie są uzyskiwane w oparciu o reprezentatywną grupę badanych przypadków.

²⁴ R. Purcelle, M. Pathe, P.E. Mullen, *Editorial: When do repeated intrusions become stalking?*, The Journal of Forensic Psychiatry & Psychology, Vol 15 No 4 December 2004 571–583

telefonicznych w ostępach czasu), bywają też takie, które skoncentrowane są na bardzo krótkim odcinku czasu, jednak ze względu na intensywność działań i stopień niebezpieczeństwa, jaki ze sobą niosą lub mogą zwiastować nie sposób byłoby odrzucić je jako wypadek *stalkingu*²⁵, choć będą to raczej przypadki sporadyczne. (Wśród badanych spraw zwykle podejmowanie „zmasowanego ataku”, który wiązałby się z możliwym niebezpieczeństwem było związane z wcześniejszym niepokojeniem.) Podobny wydźwięk można dostrzec w orzecznictwie amerykańskim, w kwestii interpretacji określenia '*on more than one occasion*'. W jednej ze spraw poddano w wątpliwość możliwość zakwalifikowania zachowania sprawcy jako *stalking*, gdyż kilka zachowań sprawcy miało miejsce jednego dnia. Sąd uznał, iż wyrażenie to należy interpretować jako określony moment, gdy jakieś zdarzenie następuje i możliwe jest, aby kilkoma zachowaniami, które (z uwzględnieniem odwołania do wzorca normatywnego) wprowadzają osobę w stan uzasadnionej obawy o swoje bezpieczeństwo i emocjonalnego zastraszenia popełnić przestępstwo *stalkingu* w jeden dzień.²⁶ Okazuje się ponadto, iż taką samą koncepcję odnośnie długotrwałości nękania wyraził w jednym ze swych orzeczeń Sąd Najwyższy, wypowiadając się co do kwestii *mobbingu* w sposób następujący: „Długotrwałość nękania lub zastraszania pracownika w rozumieniu art. 94 (3) § 2 k.p. musi być rozpatrywana w sposób zindywidualizowany i uwzględniać okoliczności konkretnego przypadku. Nie jest zatem możliwe sztywne wskazanie minimalnego okresu niezbędnego do zaistnienia *mobbingu*. Z art. 94 (3) § 2 i 3 k.p. wynika jednak, że dla oceny długotrwałości istotny jest moment wystąpienia wskazanych w tych przepisach skutków nękania lub zastraszania pracownika oraz uporczywości i stopień nasilenia tego rodzaju działań.”²⁷

Przyjęcie dokonania przestępstwa uporczywego nękania opisanego jako przestępstwo materialne uzależnione będzie od wywołania określonego skutku, a w pierwszym z dwóch możliwych wariantów będzie to skutek w postaci **poczucia zagrożenia** po stronie pokrzywdzonego. Zgodnie z definicją językową zagrożenie to 'sytuacja lub stan, które komuś zagrażają lub w których ktoś czuje się zagrożony', zagrażać zaś znaczy tyle, co 'stać się dla kogoś lub czegoś realnym niebezpieczeństwem'.²⁸ Poczucie zagrożenia jest więc emocją, która wiąże się z faktycznie istniejącym stanem potencjalnego niebezpieczeństwa, jest zakorzenione w rzeczywistym układzie sytuacyjnym. Różni się w tym względzie od zjawiska lęku, będącego raczej pewną mentalną projekcją o charakterze subiektywnym, nie odnoszącą się do rzeczywistych bodźców. W

²⁵ Por. na przykład sprawa o wykroczenie *złośliwego niepokojenia*, gdzie sprawca (osoba całkowicie obca) przez dwa dni uporczywie śledził pokrzywdzoną, zachowując się przy tym w sposób mogący zwiastować niebezpieczeństwo.

²⁶ Wyrok w sprawie *State v. Watson*, 610 S.E.2d 472, [pełny tekst:] www.westlawinternational.com

²⁷ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 17 stycznia 2007 r., I PK 176/06, *OSNP 2008/5-6/58, Sł. Prawoc. 2007/9/7, LEX nr 292292*

²⁸ *Uniwersalny Słownik Języka Polskiego.....*, op. cit.

pierwotnym projekcie nowelizacji ustawy mowa była o „odczuciu strachu”. Wprowadzona różnica właściwie nie powoduje zasadniczej zmiany jakościowej. Obydwa terminy odnoszą się do emocji, obydwie są wynikiem występowania realnego niebezpieczeństwa wytworzonego przez rzeczywiste bodźce, mają charakter zobiektywizowany. Strach, jako sprzęgnięty z reakcją fizjologiczną organizmu, faktycznie może traktować jako nie bardziej „osobniczą” reakcję, w tym sensie, że jest zależna np. od stopnia pobudliwości, wyuczonych poprzez doświadczenia reakcji etc. Patrząc pod tym kątem, strach jako reakcja szybciej zaniknie pod wpływem braku aktualnej ekspozycji na bodziec, podczas gdy poczucie zagrożenia jako odczuwanie niebezpieczeństwa może utrzymywać się jako trwały stan. A należy pamiętać, iż pozostawanie pod presją poczucia zagrożenia i stres temu towarzyszący mogą mieć negatywne skutki dla zdrowia psychicznego, znacznie bardziej dotkliwe niż krótkotrwałe uczucie strachu. Z tych względów może sformułowanie takie będzie bardziej właściwe. Choć różnice nie powinny mieć wielkiego znaczenia wykładniczego, to mogą jednak mieć znaczenie przy ocenie stopnia naganności zachowań należących do tej odmiany przestępstwa.

²⁹ Ustawodawca ponadto sformułował warunek, iż poczucie zagrożenia musi być uzasadnione okolicznościami. Zabieg ten miał na celu zobiektywizowanie oceny nękania, jako stwarzającego realnie niebezpieczeństwo dla ofiary. Pozostawienie samego tylko skutku w postaci wzbudzenia poczucia zagrożenia umożliwiłoby opieranie kwalifikacji zachowania sprawcy na podstawie subiektywnego odczucia osoby pokrzywdzonej. Ze względu na różny stopień wrażliwości, doświadczenia, typy osobowości czy stopień rozwoju emocjonalnego lub umysłowego byłoby to dość ryzykowne. Nadto, z jednej strony stwarzałoby to sposobność do niezwykle łatwej manipulacji, z drugiej mogłoby stwarzać pewne problemy dowodowe. Wymóg uzasadnionego poczucia zagrożenia jest analogiczny jak w wypadku przestępstwa groźby. Nękanie -ze względu na okoliczności, sposób postępowania sprawcy- powinno w sposób obiektywny wywoływać przekonanie, iż może się wiązać z realnym niebezpieczeństwem dla ofiary. Konieczne jest więc sprawdzenie, czy każdy inny człowiek w takich warunkach pojmowałby sytuację podobnie. W odniesieniu do przestępstwa groźby utrwalił się w literaturze i orzecznictwie pogląd, iż o „uzasadnionej obawie” można mówić wówczas, gdy „przeciętny człowiek o porównywalnych do ofiary cechach osobowości, psychiki, intelektu i umysłowości, w porównywalnych warunkach, uznałby tę groźbę za realną i wzbudzającą obawę”³⁰. „Wzorzec normatywny” nie jest więc zrelatywizowany wyłącznie do okoliczności obiektywnie dostrzegalnych, ale do pewnych cech osobowości adresata groźby. Można mieć wątpliwości, czy w wypadku *stalkingu*, gdzie częstokroć

²⁹ zupełnie odmienne o powyższej kwestii wypowiada się A. Golonka

³⁰ wyrok Sądu Najwyższego z dnia 16 lutego 2007 r., sygnatura WA 5/07, LEX nr 4459/09, OSNwSK 2007/1/465

bezprawność zachowania sprawcy jest uzależniona od postrzegania go za pewne „nadużycie” reguł społecznych, działanie z przesadą jest to w pełni bezpieczne. Osoba, której przewina będzie polegała na rzekomym naruszeniu prywatności może *ex ante* nie mieć pojęcia, iż „ofiara” posiada takie cechy osobowości, które decydować będą o odbiorze jego postępowania w sposób „przesadzony”, przejawiony. Wydaje się, że ocena na ile poczucie zagrożenia występujące u pokrzywdzonego było uzasadnione powinna być odniesiona do przeciętnego człowieka- wzorca- który został umiejscowiony w porównywalnych okoliczności, które ewentualnie można poszerzyć o cechy ofiary, które mogą wpłynąć na odbiór zachowania sprawcy dostrzegalne w sposób obiektywny dla rozsądnego człowieka z pewnym doświadczeniem życiowym (jak np. wiek, pewne rodzaje upośledzenia etc.) chyba, że sprawca posiadał wiedzę na temat odbiegania cech ofiary takich, o jakich wcześniej mówiono od przeciętnego poziomu; wówczas wzorzec powinien być o tę cechę wzbogacony. Element zapewniający obiektywną ocenę zdarzenia poprzez test czy przeciętna osoba w identycznych okolicznościach również mogłaby odczuwać obawę znajduje się w sporej części typów czynów penalizujących *stalking*.³¹

Skutek w sferze psychiki sprawcy jest tutaj ujęty znacznie szerzej niż w wypadku groźby. Przepis jest zredagowany w sposób, który nie precyzuje o jakie niebezpieczeństwo miałoby chodzić. Można by zaproponować szerokie rozumienie, uwzględniające niebezpieczeństwo powstania szkody lub uszczerbku w stosunku do dobra, które posiada dla pokrzywdzonego istotne znaczenie. O zagrożeniu można by więc mówić w kontekście obawy o zastosowanie przemocy, spowodowanie uszczerbku na zdrowiu swoim lub innych osób, o własne życie, ale także np. o zdegradowanie wizerunku i dobrego imienia w środowisku, spowodowania pozbawienia pracy i utraty możliwości zarobkowania, bezpodstawnego wszczęcia różnego rodzaju postępowań wobec ofiary (nie tylko natury karnej), co utrudnia jej funkcjonowanie i naraża na niedogodności, utrudnienie lub udaremnienie prowadzenia działalności gospodarczej i wiele innych. W przepisie nie ma mowy o stopniu zagrożenia. Wspomniane zostało kryterium istotnego znaczenia dobra, które może być zagrożone ponieważ wydaje się, iż tylko wtedy penalizacja miałaby sens. Poczucie zagrożenia sprawą błahą, nie posiadającą większego znaczenia dla ofiary nie uzasadniałoby uznania go za szkodliwe w takim stopniu, aby mówić o karygodności czynu. Podobnie jak w wypadku przestępstwa groźby karalnej,³² bez znaczenia wydaje się czy osoba, która swym nękaniami wzbudza poczucie zagrożenia, szczególnie dopuszczając się pogróżek, straszenia czy grożenia, faktycznie posiada chęć urzeczywistnienia ich treści.

³¹ Między innymi w Stanach Zjednoczonych, Wielkiej Brytanii i Irlandii.

³² Por. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 10 do art. 190 k.k..

W drugiej odmianie nękanie wywołuje skutek w postaci „**istotnego naruszenia prawa do prywatności**”. Na dobrą sprawę jest to pojęcie dość kłopotliwe. Rozważania nad kwestią prawa do prywatności rozpoczęły się w Stanach Zjednoczonych pod sam koniec XIX wieku po opublikowaniu artykułu Warrena i Brandeisa i do dziś pozostaje ono kwestią sporną, co do samej jego natury, co do jego treści i granic.³³ W Polsce prawo do prywatności początkowo pod rządami poprzedniej ustawy zasadniczej traktowane było jako odrębne dobro osobiste do momentu, gdy w 1996 r. Trybunał Konstytucyjny wywiódł je z konstytucyjnej zasady demokratycznego państwa prawnego³⁴. Obecnie ochrona prawa do prywatności wypływa zarówno z Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej -gdzie wyrażona jest w sposób bezpośredni w art. 47-, jak również wiążących Polskę umów międzynarodowych. Jak wiadomo, ochronę prawa do prywatności jako dobra osobistego zapewnia także art. 23 k.c.

Prawo do prywatności jest terminem niezwykle trudnym do zdefiniowania, którego zakresu nie jest łatwo ustalić. J. Braciak wyróżnia dwa aspekty prawa do prywatności: jeden, powiązany z wolnością i bezpieczeństwem, kształtuje przestrzeń działań i zachowań jednostki wolną od kontroli zewnętrznej, drugi natomiast -związany z godnością ludzką- polega na stworzeniu dystansu w stosunku do innych osób. Ochrona prawa do prywatności ma dwa wymiary. W aspekcie wertykalnym polega na ochronie jednostki przed zbytnią ingerencją organów państwowych w jej sferę prywatną, w aspekcie horyzontalnym zaś – pozwala chronić prywatność w stosunkach międzyludzkich. Na gruncie niniejszego przepisu chodzi rzecz jasna o prywatność w jej drugim aspekcie. W obrębie prawa do prywatności autorka wyróżnia pewne zasadnicze przestrzenie autonomii: fizyczną (np. nietykalność osobista), terytorialną (np. mir domowy, autonomia w miejscu pracy, a nawet miejscach publicznych), komunikacyjną (bezpieczeństwo i prywatność) i informacyjną (np. ochrona życia prywatnego).³⁵ Za istotne dla rozumienia pojęcia prawa do prywatności uznaje się orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego o sygnaturze K 21/96 -na które powoływano się również w uzasadnieniu projektu nowelizacji- w którym Trybunał uznał za Kopffem, iż ochronę prawa do prywatności „stanowią zasady i reguły odnoszące się do różnych sfer życia jednostki, a ich wspólnym mianownikiem jest przyznanie jednostce prawa do życia własnym życiem, układanym według własnej woli, z ograniczeniem do minimum ingerencji zewnętrznej”.³⁶ Trybunał stwierdził także, że „zachowanie przez człowieka godności wymaga poszanowania jego sfery czysto osobistej, gdzie nie jest narażony na konieczność <<bycia z

³³ W.A.Parent pisał nawet, iż prawo do prywatności znajduje się w pojęciowym „bagnie”. [za:] K. Motyka, *Spory wokół prawa do prywatności- na przykładzie Stanów Zjednoczonych*, [w:] *Prawo do prywatności – aspekty prawne i psychologiczne*, wyd. Morpol, Lublin 2001

³⁴ J. Braciak, *Prawo do prywatności*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa, 2004 r.

³⁵ J. Braciak...,op. cit.

³⁶ Wyrok z dnia 24 czerwca 1997 r. sygn. K 21/96; www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/otkpdf/1997/k_21_96.pdf

innymi>> czy <<dzielenia się z innymi>> swoimi przeżyciami czy doznaniem o intymnym charakterze.”³⁷ Europejski Trybunał Praw Człowieka stwierdził, iż życie prywatne to prawo do życia w zgodzie z własnym życzeniem, bez zbędnego rozgłosu,³⁸ prawo do rozwoju osobistego, do nawiązywania i rozwiązywania kontaktów z innymi osobami i światem zewnętrznym, że można mówić o istnieniu sfery interakcji jednostki z innymi osobami, która może wejść w zakres ochrony prawa prywatnego nawet w kontekście publicznym.³⁹ Zdaniem M. Filara życie prywatne cechuje się wolnością działania i kierowania postępowaniem w sposób dla siebie słuszny.⁴⁰ ETPC ukuł również termin „wewnętrznego kręgu”, w obrębie którego jednostka może prowadzić swobodne życie wedle własnej woli.⁴¹ Ciężko jest wyznaczyć zakres i wskazać, jakie dobra czy sfery z całą pewnością zawierają się w treści tego prawa, a które nie. Sam Europejski Trybunał Praw Człowieka przyznał w orzeczeniu w sprawie *Uzun v. Niemcy*, iż jest to termin o szerokim zakresie, niemożliwy do zdefiniowania w sposób wyczerpujący.

Za K. Piaseckim można uznać, iż **naruszenia prawa do prywatności** w szczególności mogą obejmować: przedstawienie osoby w fałszywym świetle; nieuprawnione nagrania, fotografowanie, filmowanie; upublicznianie wizerunku osoby bez jej zgody oraz niepokojenie drugiej osoby przez jej śledzenie, narzucanie jej swego towarzystwa⁴². Już na gruncie prawa cywilnego pojawił się postulat pojmowania pojęcie naruszenia dóbr osobistych, w tym prawa do prywatności, w sposób obiektywny, uwzględniający „przeciętną reakcję człowieka, a to ze względu na zasadę ochrony interesów typowych”⁴³. Obiektywne rozumienie naruszenia prawa do prywatności należy przyjąć także na gruncie omawianego przepisu. Naruszenie prawa do prywatności zostało dookreślone jako „**istotne**”. Jest to element stosunkowo rzadko stanowiący część opisu typu czynu zabronionego, występujący w kodeksie karnym zaledwie kilkakrotnie, głównie w kontekście przestępstw przeciwko środowisku. Nie posiada ono przypisanego żadnego szczególnego znaczenia, odmiennego od potocznego. W przypadku naruszenia prawa do prywatności można mieć pewne wątpliwości co do rzeczywistego spełniania funkcji, w postaci stopniowania przekroczenia normy społecznej, które przesądza o bezprawności zachowania. Biorąc pod uwagę dorobek orzecznictwa i doktryny prawa cywilnego już samo pojęcie naruszenia zawiera w sobie pewną istotność. Uczestnicząc w życiu społecznym niejednokrotnie dokonujemy pewnych przekroczeń, nadużyć w stosunku do określonych dóbr, także tych wchodzących w zakres prawa do prywatności. Kwestia na

³⁷ Wyrok z dnia 12 grudnia 2005 r., sygn. K 32/04; www.trybunal.gov.pl/OTK/teksty/otkpdf/2005/K_32_04.pdf

³⁸ Orzeczenie ETPC *Oostervijck v. Belgia*, [za:] A. Sakowicz, op. cit.

³⁹ Orzeczenie ETPC *Uzun v. Niemcy*, wyrok z dnia 2 września 2010 r., Lex Nr 599284

⁴⁰ Za A. Sakowicz, *Karnoprawne gwarancje prywatności*, Zakamycze, 2006 r.

⁴¹ ibidem

⁴² K. Piasecki, *Komentarz do art. 23 k.c.*, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz. Księga pierwsza. Część ogólna*, Zakamycze 2003

⁴³ Postulaty takie wysuwane między innymi przez: A. Szpunara, A. Kopffa, cyt. za: A. Szpunar, op. cit

ile przekroczenie uznane zostanie za dopuszczalne czy też usprawiedliwione będzie zależało od ocen moralnych, które zazwyczaj pozostają zrelatywizowane do różnych systemów wartości, stąd też mogą kształtować się odmiennie. Stąd pogląd, iż o naruszeniu można mówić wówczas, gdy cechuje się ono pewną istotnością. Znalazł on odzwierciedlenie w jednym z orzeczeń krakowskiego Sądu Apelacyjnego, gdzie czytamy, iż „nie każda dolegliwość w postaci doznania przykrości stanowi o naruszeniu dóbr osobistych ale tylko taka, która wedle przeciętnych ocen przyjmowanych w społeczeństwie przekracza próg dozwolonych zachowań i nie jest małej wagi”, zatem charakteryzuje się pewną istotnością.⁴⁴ Można mieć więc wrażenie, że na dobrą sprawę jest to definiowanie na zasadzie *idem per idem*, które nie wnosi dodatkowego czytelnego kryterium.

Ochrona przed naruszeniami prawa do prywatności dokonuje się głównie na gruncie prawa cywilnego w obrębie ochrony dóbr osobistych. Prawo karne chroni jedynie w wybranym, ściśle dookreślonym zakresie zaledwie te jego aspekty, które posiadają dla społeczeństwa -również historycznie- szczególną wartość (ochrona czci, nietykalności cielesnej, miru domowego, tajemnicy korespondencji). Dokładnie dookreślone zostają zarówno zakresy w jakich dobra pozostają pod ochroną, jak i sposoby ich naruszenia. Prawo cywilne posługuje się w zakresie ochrony dóbr osobistych pojęciami o szerokim charakterze, czyniąc ochronę naruszeń bardziej elastyczną, wyposażoną w środki zaradcze o zróżnicowanym charakterze, nigdy jednak nie posiadające natury środka represyjnego. Sąd cywilny dysponuje w tym zakresie bez porównania szerszą władzą dyskrecyjną niż sądy karne, posiadając możliwość zakwalifikowania zachowania jako bezprawne po wcześniejszej ocenie stopnia naruszenia reguł przez sprawcę w konkretnym stanie faktycznym i odniesieniu go do stopnia naruszeń, które można uznać za dopuszczalne ze względu na ochronę typowego interesu. To sąd w każdym przypadku, z uwzględnieniem różnie kształtujących się czynników związanych z daną sytuacją, decyduje jaka pula zachowań będzie bezprawna, kształtując w ten sposób niejako zakresy dopuszczalnych naruszeń i tych które uznane zostają za bezprawne. Prawo karne zaś, jako zbiór norm o charakterze subsydiarnym, posługujący się represją w postaci uznania sprawcy za winnego popełnienia czynu i wymierzenia mu kary, ze wszystkimi tego daleko idącymi konsekwencjami stwarza postulat określoności znamion przesądzających o przyjęciu bezprawia. Wydaje się, że „klauzulowe” wprowadzenie do kodeksu karnego ochrony prawa do prywatności takiego wymogu nie spełnia. Niewiadomą pozostaje o jakie dobra będzie chodziło, w jakim zakresie będą chronione, gdzie będzie przebiegała granica pomiędzy zachowaniami już karalnymi, a jeszcze dozwolonymi. Wprowadzenie „tylnymi drzwiami” do systemu norm karnych szeroko pojętych przejawów prawa do prywatności w sposób

⁴⁴ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 28 października 2010 r., sygn. IACa 908/10, Lex nr 743278

zbiorczy, za pomocą pewnego rodzaju „klauzuli ogólnej”, bez wcześniejszej dyskusji nad potrzebą chronienia określonych dóbr i granic w jakich miałyby się to odbywać może budzić pewne zastrzeżenia. Zwłaszcza, iż zostało wprowadzone jako element typu czynu, którego pozostałe znamiona również są ocenne i nie wyznaczają ani natężenia, stopnia naruszeń jaki byłby relewantny z punktu widzenia prawa karnego, ani nie wyznaczają możliwych zbiorów sposobu postępowania, które powinno spotkać się z negatywną oceną i reakcją karną. W obliczu zmian cywilizacyjnych, które dostarczają środków, które umożliwiają coraz częstszą i coraz bardziej „globalną” możliwość ingerencji w naszą sferę osobistą, w wielu krajach prowadzone są prace nad wprowadzeniem nowych przepisów karnych, które zabezpieczyłyby nas przed nią. Są to jednak zazwyczaj zmiany normatywne polegające na wprowadzeniu nowych, osobnych typów przestępstw. Po odpowiedniej analizie zagadnienia przyjmowane są różne kształty unormowań, które zależnie od przyjętych koncepcji wskazują, co dokładnie powinno podlegać ochronie. Weźmy dla przykładu zakaz obserwowania/filmowania (*surveillance*). We Francji obejmuje on nagrywanie wizerunku osoby znajdującej się w przestrzeni prywatnej, w Danii jest to fotografowanie w miejscu prywatnym, ale i szpiegowanie na posesji za pomocą urządzeń optycznych, a w Australii np. odpowiedzialność za obserwowanie osoby bez jej zgody występuje niezależnie od tego czy znajduje się ona w przestrzeni prywatnej, czy publicznej⁴⁵. Widać na tym przykładzie, iż dookreślenie pewnych okoliczności w zależności od koncepcji jakiemu wymiarowi ochrona prywatności w danym aspekcie powinna przysługiwać może pozostawać nie bez znaczenia. W Stanach Zjednoczonych zachowania stalkingowe związane z naruszeniem prywatności będą podlegały karze o tyle, o ile wzbudzają uzasadnioną obawę, polegają zwykle np. na próbie kontaktowania i zdalnego komunikowania się, co ujęte jest zazwyczaj w odpowiednim katalogu lub o ile np. polegają na podglądactwie, które często stanowi osobny od *stalkingu* typ czynu. Ciężko więc z entuzjazmem zaakceptować sytuację, gdzie kwalifikowanie czy zachowanie było już nękaniami polegającym na naruszeniu prywatności, czy jeszcze nie przebiegało właściwie w sposób dość dowolny.

Przy szerokim ujęciu kryteriów przesądzających o bezprawności konieczne jest przyglądnięcie się ewentualnym możliwościom wyłączenia odpowiedzialności sprawcy naruszenia. Wydaje się, że prawo cywilne stwarza lepsze możliwości konstruowania instrumentów umożliwiających zawężenie lub wyłączenie odpowiedzialności. Już sędzia uznając to za stosowne do okoliczności może zawęzić w danej sprawie margines bezprawności. Wśród okoliczności wyłączających bezprawność w prawie cywilnym, obok działania na podstawie przepisu, zgody uprawnionego,

⁴⁵ Na podstawie: Chapter 6: *The Protection of Privacy in Comparative Law*, [w:] *Report on Privacy: Surveillance and Interception of Communications*, The Law Reform Commission (LRC 57 19998), źródło: <http://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=/ie/other/IELRC/1998/3.html&query=%22stalking%22&method=boolean>, 29 maja 2012 r.

stanu wyższej konieczności, obrony koniecznej, znajdują się także: wykonywanie prawa podmiotowego, nadużycie prawa podmiotowego (z art. 5 k.c.), obrona uzasadnionego interesu społecznego lub prywatnego oraz postępowanie podjęte adekwatnie do prawdopodobnej woli osoby zainteresowanej. Specyfika systemu prawa karnego polega na tym, iż zasadniczo jeśli określone zachowanie wejdzie w ramy zakreślone przez znamiona typu czynu zabronionego, to automatycznie będzie to skutkowało odpowiedzialnością karną chyba, że podczas badania także pozostałych elementów struktury przestępstwa zajdzie okoliczność wyłączająca bezprawność lub winę (obrona konieczna, stan wyższej konieczności, błędy). Będą to jednak sytuacje dosyć rzadkie, wymagające spełnienia bardzo ściśle określonych przesłanek. Od odpowiedzialności karnej może uwolnić sprawcę także wyłączenie karygodności ze względu na przyjęcie znikomego stopnia szkodliwości czynu. Należy jednak w tym miejscu pamiętać – co opisuje w pracy na temat materialnej określoności przestępstwa E. Plebanek - iż już samo podjęcie przez ustawodawcę decyzji o zmianie legislacyjnej polegającej na uznaniu danego zachowania za typ czynu zabronionego poprzedzony jest oceną jego stopnia społecznej szkodliwości na płaszczyźnie abstrakcyjnej („aksjologiczna wypowiedź ustawodawcy” powzięta zgodnie z zasadą *nullum crimen sine periculo sociali*). Jeśli więc jakiś czyn wszedł w zakres znamion typu, to znaczy, iż ustawodawca zakłada względem niego określony stopień szkodliwości, większy niż znikomy. Przyjęcie znikomego stopnia społecznej szkodliwości, jako okoliczności wyłączającej możliwość przypisania sprawcy czynu uzasadnione jest więc wyłącznie w wypadkach rzeczywiście cechujących się atypowością, odbiegającą w sposób zasadniczy od przeciętnej. Wydaje się, że wobec takich ustaleń należy stwierdzić, iż niedopuszczalne byłoby w sytuacji tak szeroko określonych znamion typu czynu zabronionego, wyłączanie spod jego działania całych grupy zachowań cechujących się zdecydowanie mniejszą nagannością za pomocą odwołania do instytucji znikomej szkodliwości społecznej. Jak pisze E. Plebanek: „(...) przyznanie sądom powszechnym prawa do dokonywania oceny całych klas zachowań jako niespełniających materialnej przesłanki przestępności oznacza jednak przyznanie sądowi prawa do stwierdzania, że dana kategoria zachowań realizujących znamiona danego typu nie może być uznana za przestępną z uwagi na brak cechy społecznej szkodliwości - co stanowi prerogatywę ustawodawcy”.⁴⁶ „Organ stosujący prawo nie ma podstaw do kwestionowania zasadności kryminalizacji oceniając stopień społecznej szkodliwości zachowań opisanych w danym typie wedle swego mniemania.”⁴⁷ Sytuację, gdy można mieć wątpliwości co do przyjęcia odpowiedzialności karnej w stosunku do całych grup zachowań pomimo, iż można uznać je za wypełniające znamiona typu czynu należy uznać za błąd ustawodawcy w zakreślaniu jego ram.

⁴⁶ E. Plebanek, *Materialna określoność przestępstwa*, wyd. Oficyna, 2009

⁴⁷ ibidem

Należy zgodzić się z poglądem, iż nadużywanie instytucji znikomego stopnia społecznej szkodliwości mogłoby doprowadzić do „dewaluacji” instytucji o szczególnym znaczeniu.

Jak zostało już zaznaczone znamię nękania tworzy ramy, w jakich postępowanie sprawy powinno być określane, pozostawiając możliwość uzupełniania go właściwie dowolnymi zachowaniami. Biorąc pod uwagę znaczenie językowe tego znamienia, negatywny ładunek zachowania sprawcy i stopień dotkliwości, jaki może stąd wypływać również wydają się stanowić dość rozległe *continuum*. Uzupełnienie opisu czynności sprawczej znamieniem skutku w postaci istotnego naruszenia prywatności w tak szeroki sposób zakreśla kontekst w jakim przestępstwo uporczywego nękania może być rozpatrywane, że nie sposób dopatrzeć się w przepisie możliwości dekodowania z niego w miarę ograniczonego zbioru zachowań, wskazówek o jakiego rodzaju sytuacje może chodzić. Taki stan rzeczy sprawia, iż to organ dokonujący prawnokarnej oceny zdarzenia, posiadając zaledwie pewną ramę nakreśloną przez ustawodawcę, będzie musiał każdorazowo, odnosząc się do konkretnego stanu faktycznego budować samodzielnie szczegółową treść normy na potrzeby danego przypadku. Ciężko uznać, aby takie rozwiązanie spełniało wymóg pewności i określoności prawa. Wydaje się, że oparte jest raczej na dowolności ustalania treści bezprawnych zachowań, na dobrą sprawę w oparciu o kryteria pozaprawne – oceny społeczne czy moralne.⁴⁸ Tak luźna norma, którą można dowolnie wypełniać stwarza pole dla arbitralnych rozstrzygnięć. Odwołanie się do przyjętego w nauce sposobu rozumienia zjawiska *stalkingu* nie wydaje się pomocne z uwagi na różnorodność w obrębie zakresu zachowań jakie są określane tym mianem⁴⁹, zróżnicowanie przyjmowanych typologii zjawiska oraz zmiany znaczenia przydawanego temu terminowi w czasie na różnych etapach publicznej debaty w tym obszarze - od utożsamiania go z brutalnymi zdarzeniami, przez nękanie wzbudzające obawę, aż po naruszenie prywatności, w

⁴⁸ Ze swej istoty bywają one relatywne. Szczególnie, jeśli chodzi o oceny o niestabilizowanym charakterze. Na przykład inaczej jest określana granica prawa do prywatności dzisiaj, a inaczej nakreślano ją w czasach PRL, gdy prawo to mogło być uchylone wobec jednostek „społecznie niebezpiecznych”, zagrażających systemowi politycznemu, które ze względu na tę swoją rzekomą właściwość poddawane były inwigilacji za pomocą osób trzecich. Kolejnym przykładem może być także kwestia odróżniania pozornego i rzeczywistego oporu czy niechęci osoby pokrzywdzonej podnoszona w kontekście przestępstw seksualnych, aktualna także odnośnie *stalkingu*. Podnosi się, iż zależnie od wzorców obyczajowości zmiennych w czasie i kręgach kulturowych może istnieć przekonanie o postawie „prawej kobiety” polegającej na manifestowaniu *pro forma* niechęci wobec starań adoratora. W związku z tym, osoba posiadająca taki archetypiczny wzorec może tkwić w błędnym przekonaniu, iż sprzeciw wobec starań nawiązania relacji jest tylko pozorny, lub jest zachętą do bardziej wytrwałych zabiegów. Wzorce tego rodzaju będą zmienne. [za:] M. Bielski, [w:] *Komentarz do Kodeksu karnego. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k., pod red. A. Zolla, Zakamycze, wyd. II, 2006 r.*, teza 17 do art. 197 k.k.

⁴⁹ Dla przykładu: Definicja J. Reid Meloy'a brzmi: „stalking jest formą złośliwego i powtarzającego się prześladowania i dokuczania innej osobie, przy czym zachowanie to wzbudza w pokrzywdzonym poczucie zagrożenia.” (J.R. Meloy, *Stalking: the state of science*, Criminal Behaviour and Mental Health, **17**: 1–7 (2007)), zaś P.E. Mullen, M. Pathe i inni uznali, iż *stalking* odnosi się do „zbioru zachowań powtarzanych i trwających nieustępliwie przez dłuższy czas, podejmowanych w celu wymuszenia na pokrzywdzonym niechcianego przez niego kontaktu.” [tłumaczenie własne] (P.E.Mullen, M. Pathe, R. Purcell, G.W. Stuart, *Study of stalkers*, Am J Psychiatry **156**:8, August 1999)

tym próbę wymuszenia kontaktów wbrew woli osoby pokrzywdzonej. Także tutaj natrafiamy więc na rozbieżności co do sposobu pojmowania zjawiska. Pozostawienie wypełnienia nakreślonych przez ustawodawcę ram orzecznictwu i doktrynie także może nasuwać pewne wątpliwości. Zanim dojdzie do utrwalenia powszechnie przyjmowanego poglądu, wobec rozbieżności orzecznich raczej ciężko byłoby zachować zasadę równości oceny prawnej analogicznych zdarzeń. Należy także pamiętać, iż nawet zgodnie przyjęta linia orzecznicza nie ma przecież charakteru normatywnego. Jak wskazuje W. Wróbel wykładnia sądowa nie posiada mocy powszechnie obowiązującej, tak więc orzeczenia odmienne od przyjętej wykładni również będą miały charakter legalny.⁵⁰ Zwracać uwagę może fakt, iż dotychczas przestępstwa w jakiś sposób zbliżone do nękania, jak groźba, zmuszanie czy znęcanie wyposażone zostały w komplet znamion w istotny sposób zawężający ich stosowanie. W przypadku nękania ustawodawca od tej zasady odstąpił. Przedstawiony podczas trwania IV kadencji Sejmu RP projekt rozszerzenia znamion przestępstwa znęcania poprzez usunięcie znamienia stosunku zależności spotkał się z krytyką.

W aktualnie obowiązującym stanie prawnym typ czynu uporczywego nękania obejmuje zarówno poważne przypadki prześladowania ofiary przez sprawcę, jak i objął swym zakresem także wszystkie te przypadki, które w poprzednio obowiązującym porządku prawnym podlegały rozpatrywaniu jako wykroczenie *złośliwego niepokojenia*. Mając przed oczyma obraz przykładowych spraw, jaki wyłania się z przeprowadzonych badań aktowych, można mieć wątpliwości co do proporcjonalności takiego rozwiązania.⁵¹ Zgodnie z postulatem przedstawionym w orzeczeniu Trybunału Konstytucyjnego K 11/94⁵², dokonując ingerencji w postaci ograniczenia praw i wolności, jaką niewątpliwie jest wprowadzenie sankcji karnej ze wszystkimi jej konsekwencjami, ustawodawca powinien zachować proporcję pomiędzy naruszeniem uprawnień jednostki a rangą interesu publicznego, który w ten sposób podlega ochronie. Można mieć wątpliwości co do racjonalności aksjologicznej ustawodawcy, który stwarza możliwość kwalifikowania zwykłych sytuacji konfliktowych, przekroczeń reguł społecznych, zdarzeń gdzie granica między naruszeniem i dopuszczalnością zachowania jest niezwykle cienka, jako przestępstwa obwarowane sankcją karną. Proporcja wydaje się być tutaj zachwiana.

Podobne zastrzeżenia, iż bardzo ogólne ujęcie znamion przestępstwa *stalkingu* skutkuje

⁵⁰ W. Wróbel, *Zmiana normatywna i zasady intertemporalne w prawie karnym*, Zakamycze 2003, s.175

⁵¹ Najczęściej zachowania podejmowane były na tle konfliktów rodzinnych, małżeńskich, po rozstaniu, konfliktów sąsiedzkich, o możliwość kontaktu z małoletnimi dziećmi i często były to zachowania typowe dla kłótni lub zabiegania o naprawę relacji. Podobne wyniki uzyskał Home Office Research, Development and Statistics Directorate badając stosowanie przepisów penalizujących *stalking* w Wielkiej Brytanii. (Jessica Harris, *THE PROTECTION FROM HARASSMENT ACT 1997 – AN EVALUATION OF ITS USE AND EFFECTIVENESS*, Home Office Research, Development and Statistics Directorate, Research Findings No. 130)

⁵² Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 26 kwietnia 1995 r. Sygn. akt K. 11/94 [za:] *Konstytucja III RP w tezach orzecznich Trybunału Konstytucyjnego i wybranych sądów*, red. M. Zubik, Beck, W-wa, 2008 r.

zawieraniem się w nie także zdarzeń, co do których nie było to pierwotnym zamysłem ustawodawcy wprowadzającego taką regulację wysuwano również w stosunku do przepisu penalizującego *stalking* w Danii⁵³ oraz w Wielkiej Brytanii.

Trzeba także w tym miejscu przypomnieć, iż art. 107 k.w. nadal jest przepisem obowiązującym. Aktualnie pozostają więc w systemie prawnym dwie regulacje o nieporównywalnych konsekwencjach (mam tu na myśli konsekwencje uznania osoby za skazaną), diametralnie różnym sposobie określenia sankcji karnej, jednak – biorąc pod uwagę słownikowe znaczenie znamion czynności sprawczej występujących w obydwu typach oraz przyjętą wykładnię- o krzyżujących się zakresach. Kwestia ta została podniesiona także w *Opinii* prawnej Sądu Najwyższego.⁵⁴ Nie jest to stan pożądany. Przesłanką wyrażoną przez Trybunał Konstytucyjny przemawiającą za wprowadzeniem nowej regulacji, stanowiącej ingerencję w prawa i wolności człowieka jest potrzeba chronienia wartości, których ochrona nie jest możliwa na podstawie obowiązujących przepisów. W tym zakresie ochrona już istniała.

Umożliwienie wtłoczenie konfliktów na drogę postępowania karnego może stwarzać pola do nadużywania takiej możliwości ze względu na chęć toczenia pewnych rozgrywek (np. chęć zemsty, uzyskania przewagi w sprawie rozwodowej, o uzyskanie wyłącznej opieki na dzieckiem etc.). Obawy takie znajdują potwierdzenie w wynikach badań przeprowadzonych przez L.P.Sheridana i E. Blaauwa, którzy oszacowali, iż liczba fałszywych oskarżeń o *stalking* wynosi aż 11.5 %. Badaczom tym udało się stworzyć całą typologię sprawców fałszywych oskarżeń.⁵⁵ Ponadto, podczas lektury materiału aktowego dotyczącego wykroczenia *złośliwego niepokojenia* można było odnieść wrażenie, iż złożeniu wniosku o ściganie sprawcy za wykroczenie towarzyszyła niekiedy chęć uzyskania potwierdzenia swojej racji w toczącym się konflikcie, bądź potwierdzenia czy uznania swej emocjonalnej krzywdy w sytuacji, która stała się powodem nękania. Sąd karny nie jest miejscem na takie rozstrzygnięcia.

Wydaje się, że skoro na tyle ciężko jest wyznaczyć granicę między zachowaniami jeszcze legalnymi, a już charakteryzującymi się bezprawiem (pod względem ilościowym i pod względem stopnia dolegliwości skutku) i będzie to właściwie zależało od uznania sądu, to nie sposób *ex ante* wyznaczyć cezurę rozróżnienia pomiędzy już dokonaniem czynu, a jeszcze bezpośrednim zmierzaniem do dokonania, stwarzającym jedynie realne zagrożenie dla dobra prawnego (Po którym telefonie miałyby się przyjmować dokonanie czynu nękania naruszającego prywatność? Po

⁵³ Zastrzeżenie takie miał podnosić Royakkers. [za:] U. Smartt, *The Stalking Phenomenon: Trends in European and International Stalking and Harassment Legislation*, European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, 2001 - 3

⁵⁴ *Opinia* Biura Analiz Sądu Najwyższego, *op. cit.*

⁵⁵ L.P.Sheridan, E.Blaauw, *Characteristics of False Stalking Reports*, http://www.hawaii.edu/hivandaids/Characteristics_of_False_Stalking_Reports.pdf, 20.05.2012 r.

której próbie przeproszenia i prośby o danie szansy na naprawę związku?). Wydaje się więc, że nie bardzo możliwe jest **usiłowanie** przestępstwa nękania, ponieważ zachowanie sprawcy albo będzie jeszcze dopuszczalne przez normy społeczne, albo stanowić będzie już dokonanie czynu.

Na zakończenie omawiania kwestii dotyczących znamion strony przedmiotowej przestępstwa uporczywego nękania należy odnieść się do jeszcze jednej kwestii. W raporcie Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości z badań obrazujących zjawisko *stalkingu* w Polsce podano, iż -obok roboczej definicji zamieszczonej w kwestionariuszu badań- podawano respondentom także informację, iż nękanie w żadnym razie nie może obejmować jakichkolwiek działań „z pobudek materialnych”.⁵⁶ Za nienadające się do rozpatrywania w takich kategoriach uznano działania polegające na odzyskiwaniu długów czy dóbr, działalności akwizytorskiej i tym podobnych. Trudno jednak znaleźć dostateczne uzasadnienie dla podobnego twierdzenia. Wydaje się, iż również osoba, posiadająca legitymację do dochodzenia określonych roszczeń nie powinna stosować metod ich dochodzenia, które naruszają inne przepisy prawa i stają się nadmiernie uciążliwe dla ich adresatów. Jeśli więc np. windykator wykracza swym postępowaniem poza ramy przewidziane przez przepisy organizujące działalność windykatorów, przepisy prawa cywilnego oraz dobre obyczaje i narusza normy prawa karnego oraz zasady współżycia społecznego, to słusznym wydawałoby się pociągnięcie go z tego tytułu do odpowiedzialności karnej. Jeśli zaś znamiona wyznaczające granice typu czynu (w wypadku badań-zjawiska) skonstruowane są tak, że możliwe byłoby pociągnięcie na ich mocy do odpowiedzialności osobę, która działa w sposób usprawiedliwiony swoim słusznym interesem, to być może są one zbyt szeroko zakreślone. Kwestia do jakiego momentu podejmowanie „przymuszających” działań wobec dłużnika, a więc nękanie będzie dopuszczalne ze względu na bezprawne uchylanie się dłużnika od realizacji swych zobowiązań jest nazbyt obszerna, aby dokładniej omówić ją w tym miejscu. Możliwość przyjęcia nękania także na tle majątkowym przyjęła również w swym *Komentarzu* M. Budyn-Kulik.⁵⁷

Na gruncie obowiązującej, regulacji podobne wątpliwości odnośnie granicy pomiędzy zachowaniami dopuszczalnymi i karalnymi mogą powstawać również między innymi w wypadku osób zabiegających o utrzymanie związku małżeńskiego, prawnych opiekunów oskarżonych o nękanie przez osoby małoletnie pozostające pod ich opieką, a także osób publicznych nękanych przez *paparazzi*.

Znamiona strony podmiotowej

⁵⁶ *Stalking w Polsce*..., op. cit.

⁵⁷ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny.*, LEX 2011, teza 40.

Przestępstwo z art. 190 a § 1 kk jest przestępstwem umyślnym. Mogą jednak pojawiać się pewne rozbieżności co do przyjęcia postaci zamiaru, jaki towarzyszy sprawcy.

Już do samego znamienia nękania można przyjąć dwojakie założenie. Jako czasownik opisujący zachowanie powtarzające się, o negatywnym znaczeniu dla ich adresata, biorąc pod uwagę wskazywane wyrażenia synonimiczne takie, jak: gnębić, prześladować, trapić, niepokoić, dręczyć, męczyć można się zastanawiać na ile, obok elementu obiektywnego opisu zachowania, samo słowo „nęka” zawiera w sobie pewne szczególne nastawienie sprawcy. Byłoby to zgodne z językową intuicją. Takie szczególne nastawienie zawarte jest na przykład w znamieniu znęcania, co przyjmowane jest przez większość doktryny i orzecznictwa. Porównując słowo „nękać” ze znamieniem niepokojenia, które jako bardziej jednak obiektywnie opisujące charakter postępowania sprawcy zostało dookreślone w kodeksie wykroczeń jako złośliwe, można zwrócić uwagę, iż językowo „niepokojenie” może, poza sprawianiem przykrości drugiej osobie, mieć też znaczenie neutralne (poza „niepokoi”, także 'coś wydaje się niepokojące'). Coś, co samo z siebie nie ma negatywnego znaczenia może wydawać się niepokojące subiektywnie dla kogoś. Nękanie zdaje się zawsze mieć charakter dość silnie negatywny, ciężko przyjąć, iż mogłoby się wydarzyć bez woli uzyskania takiego charakteru działania przez jego sprawcę. Biorąc jednak pod uwagę szerokie znaczenie, od nacechowanego złą wolą po neutralne niepokojenie, a także pamiętając, iż słowo to cechuje się w mniejszym stopniu pejoratywnością, definitywną wolą zadawania cierpienia niż np. znęcanie, terroryzowanie, prześladowanie, można by ewentualnie zaakceptować pogląd przedstawiony przez projektodawców o obiektywnym charakterze negatywnej oceny zachowania sprawcy, zawartej w słowie „nękanie”.

W przypadku uporczywości, przyjęcie zamiaru będzie zależne od wyboru koncepcji interpretacyjnej tej okoliczności modalnej. Jeśli uwzględnić mniejszościowy pogląd, iż znamie uporczywości również odnosi się jedynie do wielości podejmowanych przez sprawcę zachowań, wówczas możliwe byłoby przyjęcie zamiaru ewentualnego (pogląd taki przedstawia np. A. Marek pisząc, iż „(...) uporczywość naruszeń praw pracownika nie wyklucza zamiaru ewentualnego.”⁵⁸). Właściwe wydaje się jednak uwzględnienie złej woli sprawcy, który podtrzymuje niezgodny z prawem stan lub podejmuje nowe bezprawne zachowania pomimo, iż mógłby zachować się zgodnie z normą. Tak również przyjął Sąd Apelacyjny w Krakowie w stosunku do uporczywości z art. 218 kk uznając, iż: „Pojęcie uporczywości zawiera zarówno wielokrotność uchylania się od wykonania powinności, jak i świadomość niweczenia tym możliwości osiągnięcia stanu założonego przez prawo.”⁵⁹ Ponadto, używając terminu o ustalonym od lat w orzecznictwie i doktrynie znaczeniu,

⁵⁸ A. Marek, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, LEX, 2007, wyd. IV., teza 7 do art. 218 kodeksu karnego,

⁵⁹ Postanowienie Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 13 grudnia 2000, sygn. KZS 12/200/28, Lex 45065

należy trzymać się przyjętego jego znaczenia. Zasadne więc wydaje się przyjęcie, że uporczywe nękanie zdecydowanie nacechowane jest złą wolą sprawcy. Takie stanowisko towarzyszyło zamysłowi legislacyjnemu i przedstawione zostało w uzasadnieniu projektu nowelizacji. Projektodawca podkreślił przy tym – mając na względzie potrzebę dostosowania przepisu tak, aby był możliwy do zastosowania wobec osób które nie działały z intencją pogwałcenia pokrzywdzonego, a admiracji- iż w przeciwieństwie do wykroczenia złośliwego niepokojenia celem sprawcy nie musi być dokuczenie drugiej osobie. Wśród komentatorów był to częsty zarzut pod adresem adekwatności wykroczenia z art. 107 k.w. do wypadków *stalkingu*. Przyglądając się jednak rodzajom spraw, jakie sądzone były z tego artykułu należy przyznać, iż częstokroć był to czynnik zapobiegający skazywaniu za wykroczenie w sytuacji, gdy po wzięciu pod uwagę całości okoliczności ciężko uznać zachowanie sprawcy za ewidentnie nieusprawiedliwione złamanie norm społecznych (np. domaganie się kontaktów z własnym dzieckiem). Tutaj ujawnia się znaczenie „uporczywości”, które uzasadniałoby użycie go obok znamienia nękania, które zawiera już w sobie powtarzalność zdarzeń. O ile bowiem można przyjąć, że w niektórych wypadkach może zdarzyć się, iż postępowanie sprawcy będzie oceniane negatywnie bez dania o tym wyrazu sprawcy, o tyle „zła wola” zawarta w uporczywym charakterze zachowania zdaje się przesądzać, iż sprzeciw pokrzywdzonego wobec takiego stanu rzeczy znalazł odbicie w świadomości sprawcy. Przy takim kształcie znamion strony przedmiotowej czynu można pokusić się o stwierdzenie, iż jeśli sprawca kontynuuje swoje postępowanie nadal pomimo dania sygnału przez pokrzywdzonego, iż jest ono niemiłe widziane, to chce on naruszyć granicę prywatności wyznaczoną przez pokrzywdzonego. Przyjęcie, iż uporczywe nękanie zawiera w sobie ładunek złej woli sprawcy przesądza o przyjęciu zamiaru bezpośredniego.

Zagrożenie karą

Za popełnienie przestępstwa uporczywego nękania w typie podstawowym art. 190 a § 1 kk przewiduje karę w postaci bezwzględnego pozbawienia wolności do lat 3. Odmienne do większości typów czynów ujętych w rozdziale przestępstw przeciwko wolności, sankcje karne nie zostały tutaj oznaczone alternatywnie. Zgodnie z dyrektywą wymiaru kary opisaną w art. 58 § 3 - jak była już o tym mowa- sąd posiada w tym wypadku możliwość orzeczenia w miejsce kary pozbawienia wolności kar lżejszych rodzajowo: grzywny lub ograniczenia do lat dwóch. Zamieszczenie w art. 190 a § 1 kk wyłącznie sankcji w postaci pozbawienia wolności skutkuje tym, iż wyłączone zostaje stosowanie zasady przewidzianej w art. 58 § 1 kk, zgodnie z którą „jeżeli ustawa przewiduje możliwość wyboru rodzaju kary, sąd orzeka karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania tylko wtedy, gdy inna kara lub środek karny nie może

spełnić swych celów”.⁶⁰ Ustawodawca likwiduje więc „domniemanie” orzekania warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności prawdopodobnie ze względu na przyjętą ocenę stopnia społecznej szkodliwości czynu jako przesłanki uzasadniającej wysokość sankcji karnej, co -jak pokazuje praktyka- pozostaje zupełnie sprzeczne z oceną podobnych zachowań przez organy wymiaru sprawiedliwości. Sądy o czym była już mowa, wyrokując na art. 190 § 1 kk orzekają w praktyce albo kary takie jak za wykroczenie złośliwego niepokojenia, albo umarzają postępowanie na wniosek prokuratora ze względu na niską społeczną szkodliwość czynu pomimo, iż było on typowym przypadkiem *stalkingu*, albo też orzekają warunkowe zawieszenie kary pozbawienia wolności, zwłaszcza jeśli sprawca jest sądzony także o inne czyny pozostające w zbiegu. Należy się zastanawiać, czy fakt ten nie świadczy przypadkiem o przeszacowaniu stopnia społecznej szkodliwości zdarzeń polegających na nękanii na płaszczyźnie abstrakcyjnej.

Zbiegi

Zarówno ze względu na samą specyfikę zjawiska *stalkingu*, w ramach którego sprawca dokonuje naruszeń w obrębie różnych sfer i (obok wolności) godzi w różne dobra, jak i ze względu na bardzo szerokie ujęcie znamion uporczywego nękania, niejednokrotnie zachowanie sprawcy będzie mogło być rozpatrywane w perspektywie większej ilości przepisów ustawy karnej.

Przestępstwo nękania może pozostawać w zbiegu z typami czynów takimi jak, zniewaga, naruszenie nietykalności cielesnej, zakłócenie miru domowego i wówczas na zasadzie konsumpcji kwalifikacja taka zostanie pochłonięta przez kwalifikację z art. 190 a § 1 kk.

Niekiedy, w wypadkach gdy nękana będzie osoba nieletnia, przestępstwo z art. 190 a § 1 może pozostawać w zbiegu z przestępstwem *groomingu* i wówczas właściwe będzie zastosowanie kwalifikacji kumulatywnej.

Zastosowanie przemocy wobec osoby lub próba zamachu na jej życie powinny być oceniane, jako „eksces” z całą pewnością wykraczający poza ramy *stalking*. Wyczerpanie przez sprawcę znamion występów związanych ze spowodowaniem uszczerbku na zdrowiu, nieumyślnym spowodowaniu śmierci oraz zbrodni zabójstwa lub ich usiłowania w oczywisty sposób będzie przesądzało o przyjęciu kwalifikacji kumulatywnej.

Podobnie jak w wypadku znęcania, kumulatywny zbieg art. 190 a § 1 kk z innymi przepisami będzie zachodził wówczas, gdy zachowanie sprawcy będzie wykraczało poza ramy *stalkingu* realizując jednocześnie znamiona innych typów czynów zabronionych.⁶¹ Najczęściej występującym w praktyce przykładem jest zniszczenie mienia.

⁶⁰ Ustawa Kodeks karny....., op. cit.

⁶¹ Por. M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz.....* op. cit. Teza 45 do art. 207 k.k.

Pewne wątpliwości mogą występować w przypadku wypełnienia przez sprawcę znamion nękania oraz groźby, zmuszania, a także wydaje się, że zniesławienia. Wydaje się, że w przypadku groźby, odczuwane niebezpieczeństwo będzie niekiedy różniło się pod względem stopnia dotkliwości ewentualnego skutku wynikającego z jego ziszczenia. W wypadku nękania poczucie zagrożenie może dotyczyć niebezpieczeństwa szkód o różnym poziomie dotkliwości i dotyczących rozmaitych dóbr w obrębie rozmaitych sfer życia, podczas gdy groźba dotyczy popełnienia przestępstwa. Wydaje się, że niekiedy zakresy tych przypadków mogą się pokrywać, jednak mogą też wystąpić zdarzenia, gdy groźbą będzie objęte popełnienie czynu, godzącego w dobro o tak szczególnym znaczeniu i poziomie ochrony prawnej, iż zasadne byłoby przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji. Podobnie rzecz będzie się miała z przestępstwem zmuszania. Tutaj należy zwrócić szczególną uwagę na środki, na pomocą których oddziałuje się na wolę pokrzywdzonego. Szczególnie użycie przemocy oraz groźby o jakiej była mowa poprzednio mogłyby stanowić przesłanki do przyjęcia kumulatywnej kwalifikacji na podstawie zbiegających się przepisów. Rozpatrując kwestię zniesławienia można przyjąć, iż skutki płynące z samego zniesławienia pokrzywdzonego mogą być na tyle poważne, iż dla oddania całej zawartości bezprawia czynu będzie można odwołać się w kwalifikacji do obydwu przepisów. Kwestie te powinny być oceniane w konkretnych przypadkach.⁶²

Tryb ścigania

Dla przestępstwa uporczywego nękania, podobnie zresztą jak dla przestępstwa „przywłaszczenia tożsamości”, przewidziany został tryb ścigania na wniosek osoby pokrzywdzonej. Wobec rządzącej polskim postępowaniem karnym zasady legalizmu, należy traktować taki zabieg jako rzadkie odstępstwo od reguły. Głównym powodem przyjęcia takiego rozwiązania było uzależnienie możliwości uznania zachowania sprawcy za nękanie od tego czy faktycznie było ono podejmowane wbrew woli ofiary, postrzegane przez osobę pokrzywdzoną jako wzbudzające zagrożenie lub osoba pokrzywdzona faktycznie uważa je za naruszające prawo do prywatności oraz jak ocenia potrzebę reakcji karnej po zaprzestaniu nękania przez sprawcę.⁶³ Wśród przesłanek przemawiających za wprowadzeniem trybu wnioskowego T. Gardocka dostrzega „szczególne poszanowanie więzów rodzinnych, które mogą skłaniać pokrzywdzonego do przebaczenia sprawcy lub powodować, że woli on załatwić w rodzinie.”⁶⁴ Również takie podejście uzasadniałoby decyzję ustawodawcy,

⁶² W stosunku do groźby i zmuszania podobnie przyjęła M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny.*, LEX 2011

⁶³ Przesłankę uwzględnienia oceny czynu przez pokrzywdzonego wysuwa Wąsek.[za:] *Wnioskowy tryb ścigania przestępstw w Polsce*, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny”, 4/2001

⁶⁴ J.Grajewski, [za:] *Wnioskowy tryb ścigania przestępstw w Polsce*, I.Nestoruk, „Ruch Prawniczy Ekonomiczny i

bowiem w przeważającej części spraw nękanie odbywa się pomiędzy osobami, które są lub były powiązane więzami rodzinnymi lub przynajmniej są lub były ze sobą blisko związane. W niektórych sytuacjach ściganie przestępstwa z urzędu mogłoby wyrządzić pokrzywdzonemu i jego bliskim więcej szkody niż pożytku⁶⁵ ze względu na negatywny wpływ na jego relację z aktualnym partnerem lub dobro rodziny, w tym małoletnich dzieci. Taki zabieg należy ocenić za właściwy.

Trzeba jednak zauważyć, iż wnioskowy tryb ścigania może stwarzać pewne problemy w wypadkach, gdy pokrzywdzonym jest osoba nieletnia. Możliwość dokonywania czynności takiej jak wniesienie wniosku o ściganie przestępstwa posiadają jedynie osoby pełnoletnie. W sytuacji, gdy pokrzywdzonym jest osoba nieletnia czynność powinna być dokonana przez jej opiekunów prawnych. W kontekście przestępstwa *stalkingu* -biorąc pod uwagę, iż często jest ono konsekwencją podjęcia flirtu lub zakończenia nieformalnego związku o charakterze seksualnym lub uczuciowym- może się zdarzać, iż osoby pokrzywdzone będą próbowały raczej ukryć fakt nękania i jego powód przed swoimi opiekunami prawnymi w obawie przed negatywną oceną postępowania, ewentualnym rozczarowaniem względem ich osoby, obawą przed erozją więzi rodzinnych, czy karą. Powodem może być także zwykły wstyd. W podobnych sytuacjach pokrzywdzeni zostaną pozbawieni ochrony. Przy konstrukcji trybu wnioskowego ograniczona będzie też możliwość działania organów ścigania na własną rękę w momencie ujawnienia popełnienia przestępstwa przy wykonywaniu czynności w ramach innego postępowania, a nie trudno sobie wyobrazić że na przykład przy dokonywaniu oględzin miejsca zamieszkania, komputera czy telefonu komórkowego osoby podejrzanej o dokonanie przestępstwa lub choćby odbierania zeznań świadków funkcjonariusze odkryją fakt uporczywego nękania innej osoby lub większej liczby osób. Będzie to kłopotliwe głównie w wypadkach nękania o cięższym charakterze, łączących się ze znacznym udręczeniem osoby pokrzywdzonej lub z potencjalnie grożącym jej niebezpieczeństwem, gdy z jakiegoś względu nie mogła, bądź nie chciała wnieść wniosku o ściganie, a także w przypadkach seryjnych *stalkerów*, którzy dopuszczają się nękania większej liczby osób.

Art. 190 a § 2 kk

Art. 190 a § 2 k.k. statuuje zupełnie odrębny typ czynu zabronionego, wprowadzając karalność wykorzystania wizerunku lub danych osobowych innej osoby.

Przestępstwo „przywłaszczenia tożsamości” jest przestępstwem formalnym. Penalizowane jest już samo podjęcie czynności polegającej na wykorzystywaniu wizerunku innej osoby lub innych jej danych.

Spółeczny”, 4/2001

⁶⁵ Taką przesłankę wskazuje Wąsek, op. cit.

„Wizerunek” innej osoby w znaczeniu węższym jest to portret jako „materialne ucieleśnienie wizerunku”, utrwalona podobizna osoby, „obraz fizyczny”,⁶⁶ a może być to fotografia, portret malarski, rycina, nagranie wideo itp., zaś w ujęciu szerokim bywa on definiowany jako „dostrzegalne, fizyczne cechy człowieka, tworzące jego wygląd i pozwalające na identyfikację osoby wśród innych ludzi”, zarówno naturalne cechy, jak i elementy dodane np. fryzura, makijaż etc., a także inne charakterystyczne cechy, które stanowią o wyjątkowości osoby i wyróżniają ją spośród innych osób (autorka za J. Barta, R. Markiewicz, *Wokół prawa do wizerunku*, ZNUJ *PWiOWI* 2002 z.80).⁶⁷ Dla potrzeb niniejszego przepisu należy przyjąć pierwsze znaczenie, zgodne ze słownikowym ('portret, podobizna, obraz, zdjęcie, fotografia'⁶⁸), drugie z nich ma znaczenie raczej w kontekście praw autorskich i ochrony dóbr osobistych.

Do tej pory ochrona wizerunku była zapewniona głównie na gruncie ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych i obejmowała swym zakresem jedynie rozpowszechnianie wizerunku osoby bez jej zgody, chyba że osoba ta otrzymała zapłatę za pozowanie, a brak zgody nie został wyraźnie zastrzeżony (art. 81 ustawy prawo autorskie)⁶⁹. Ponadto ochronę wizerunku jako dobra osobistego zapewniał art. 23 k.c. 8 czerwca 2010 roku nowelizacją *Kodeksu karnego* wprowadzono karalność utrwalania wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej bez jej zgody lub przy użyciu przemocy, groźby bezprawnej lub podstępny (art. 191 a kk).

Obecnie, na gruncie art. 190 a § 2 wykorzystywanie wizerunku będzie polegało przede wszystkim na umieszczaniu wizerunku osoby w Internecie czy zamieszczanie wizerunku innej osoby jako swojego. Tego typu zachowania są częstym przejawem *cyberstalkingu*, a więc nękania innej osoby za pomocą sieci internetowej w cyberprzestrzeni. Popęlenie tego przestępstwa przy takiej redakcji przepisu może być również całkowicie nie związane z *cyberstalkingiem*.

Pojęcie „danych osobowych” posiada swoją definicję legalną zamieszczoną w art. 6 ustawy o ochronie danych osobowych. Danymi osobowymi są wszelkie informacje dotyczące osoby, dzięki którym -w sposób pośredni lub bezpośredni- możliwe jest określenie jej tożsamości. Obok chronionych prawem cywilnym nazwiska i pseudonimu, będą to w szczególności numer identyfikacyjny, albo specyficzne czynniki (jeden, bądź więcej) określające cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne.⁷⁰

Obok cywilnoprawnej ochrony pseudonimu i nazwiska (a także wizerunku) zapewnionej przez art. 23 k.c., ochrona przed bezprawnym wykorzystywaniem danych osobowych przewidziana w

⁶⁶ A. Szpunar..., op.cit, s. 145

⁶⁷ Małgorzata Winiarska-Lisowska, *Ochrona prawa do wizerunku*, http://www.emaxservice.nazwa.pl/kopipol/wp-content/uploads/2011/11/Ochrona_prawa_wizerunku.pdf, data: 09.06.2012 r.

⁶⁸ *Mały słownik języka polskiego*, op. cit.

⁶⁹ *Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych*, Dz. U. 2006. 90. 631. j.t.

⁷⁰ *Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych*, Dz.U. 1997 nr 133 poz. 883

przepisach karnych ustawy o ochronie danych osobowych była dość ograniczona. Karalność udostępniania danych osobowych była ograniczona tylko do podmiotów administrujących zbiorem danych, inne czyny zaś także do podmiotów przetwarzających dane. Między innymi właśnie indywidualny charakter odpowiedzialności za naruszenie ochrony danych skłonił ustawodawcę do wprowadzenia karalności także wobec innych podmiotów.⁷¹ Ponadto, jak zaznaczono w uzasadnieniu do projektu nowelizacji, regulacja niniejsza została wprowadzona dla ochrony swobody decydowania o wykorzystaniu informacji o swoim życiu osobistym, podczas gdy przepisy karne ustawy o ochronie danych osobowych chroniły w pierwszym rzędzie prawidłowy obrót danymi.⁷² Choć należy pamiętać, iż ochrona obrotu danymi pośrednio zapewniała właśnie ochronę możliwości decydowania o wykorzystywaniu swoich danych, informacji o sobie.⁷³

Przestępstwo z art. 190 a § 2 kk w związku z wykorzystaniem danych osobowych może polegać zarówno na nękanii innej osoby poprzez zamieszczanie informacji o niej w sieci internetowej w celu degradowania jej opinii, ujawniania informacji prywatnych, spowodowania nękania jej przez inne osoby poprzez zamieszczenie jej danych kontaktowych, podawanie się za inną osobę i wiązać się z *cyberstalkingiem*, jak również odnosić się do przypadków zamawiania towarów na rachunek innej osoby (jest to zachowanie występujące w niemal każdym katalogu obrazującym możliwe postępowanie *stalkera*, a wymykające się spod zakresu art. 190 a § 1 kk), a także służyć jako „środek do celu” umożliwiający popełnianie innych przestępstw.

Wykorzystywanie danych osobowych innej osoby, tak jak i wizerunku, będzie podlegało karze o ile dokonane zostało w celu wyrządzenia szkody majątkowej, bądź osobistej. Wyrządzenie szkody majątkowej należy rozumieć podobnie jak w perspektywie art. 296 kk. Jako, że pojęcie „szkody majątkowej” nie zostało przez ustawodawcę dodatkowo dookreślone przyjmuje się, iż pod pojęciem tym można rozumieć tak szkodę rzeczyswą, jak utracone korzyści.⁷⁴ Szkoda osobista będzie oznaczała ujemne skutki w sferze niemajątkowej, osobistej. Jako przestępstwo kierunkowe może być popełnione tylko umyślnie, z zamiarem bezpośrednim nakierunkowanym na osiągnięcie konkretnego celu.

Zarówno wykorzystanie danych w taki sposób, aby inne osoby przynajmniej mogły mieć możliwość zapoznania się z nimi lub podszyć się pod kogoś w celu wyrządzenia mu szkody są

⁷¹ Uzasadnienie do projektu Ustawy o zmianie ustawy <<Kodeks karny>>, Druk nr 3553, Warszawa 27.10.2010 r.

⁷² op. cit

⁷³ Jak opisuje A. Sakowicz dyskusja nad ochroną prawa do prywatności rozpoczęła się w USA w latach 50. w związku z dostrzeżeniem niebezpieczeństw płynących z postępowania instytucji kredytujących, które prowadziły wywiad odnośnie swoich klientów. Dochodziło do niekontrolowanego przepływania tego rodzaju danych bez wiedzy osób, których dotyczyły. [za:] A. Sakowicz, *Karnoprawne gwarancje prywatności*, Zakamycze, 2006 r.

⁷⁴ P.Kardas, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do art. 278 - 363 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 74 do art. 296

zdarzeniami na tyle szkodliwymi, iż -nawet jeśli chodzi o wyrządzenie szkody osobistej – zostały odłączone od przestępstwa nękania i brak tutaj wymogu powtarzalności zachowań. Jest to przestępstwo innej natury, choć działanie takie może być wykorzystywane między innymi do nękania drugiej osoby i będzie to bardzo częsty powód jego popełnienia.

Pozostaje pytanie jak będzie wyglądała na gruncie tej regulacji kwestia wizerunku osoby publicznej, powszechnie znanej, jeżeli wizerunek utrwalono w związku z pełnieniem przez nią funkcji publicznej, społecznej czy zawodowej, a także osoby jako części większej całości (jak zgromadzenie, krajobraz, impreza publiczna). Ze względu na racjonalizację ochrony wizerunku, prawo autorskie pozbawia wizerunek ochrony w takich sytuacjach, tzn. rozpowszechnianie może mieć miejsce bez zgody osoby zainteresowanej. Wydaje się, że również ochrona wykorzystania wizerunku na gruncie prawa karnego nie powinna być bezwzględna. W przeciwnym razie mogłoby dochodzić do absurdalnych sytuacji. Z próbą pociągnięcia do odpowiedzialności karnej mogłyby się spotkać na przykład osoby, które podjęły się wykorzystania wizerunku osoby publicznej w celu satyrycznym, przy argumentacji, iż działanie takie mogło wyrządzić im szkodę osobistą. Jednak wydaje się, iż przy przyjęciu zamiaru kierunkowego, pociągnięcie do odpowiedzialności osoby, która wykorzystwała takie wizerunki nie działając w celu wyrządzenia szkody osobistej lub majątkowej nie powinno mieć miejsca.

Za popełnienie przestępstwa przewidziana jest kara 3 lat bezwzględnego pozbawienia wolności, identycznie jak przy przestępstwie stypizowanym w paragrafie poprzednim.

Przestępstwo ścigane jest z oskarżenia prywatnego, co pozostawia decyzję o podjęciu karnoprawnej reakcji osobie pokrzywdzonej, zależnie od tego na ile sama odczuwa, iż jej wolność do decydowania o swobodnym dysponowaniu danymi o sobie oraz informacjami o swoim życiu prywatnym oraz wolność od nieuprawnionego posługiwania się takimi danymi zostały faktycznie naruszone.

Przestępstwo opisane w art. 190 a § 2 kk może pozostawać w zbiegu przede wszystkim z typami czynów, w celu popełnienia których doszło do przywłaszczenia tożsamości. W szczególności będą to przestępstwa przeciwko czci oraz mieniu. Najczęściej właściwe będzie przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji na podstawie zbiegających się przepisów. Przywłaszczenie tożsamości może pozostawać w związku z przestępstwami przeciwko dokumentom (w szczególności fałszerstwa materialnego dokumentów, posługiwanie się cudzym dokumentem), a także przestępstwami przeciwko ochronie informacji, także zamieszczonymi w ustawie o ochronie danych osobowych i wówczas będzie należało przyjąć kumulatywny zbieg przepisów ustawy. Wykorzystanie wizerunku może łączyć się ponadto z przestępstwem prezentowania pornografii. Wówczas również zasadne będzie zastosowanie takiego zbiegu.

Art. 190 a § 3 kk

Przepis tego artykułu wprowadza typ kwalifikowany przez następstwo w stosunku do typu czynu opisanego w paragrafie pierwszym i drugim. Czynnikiem wpływającym na zwiększenie stopnia społecznej szkodliwości jest skutek w postaci targnięcia osoby pokrzywdzonej na własne życie. Przepis ten jest skonstruowany analogicznie do typu czynu opisanego w art. 207 § 3 kk. Podobnie jak przyjmuje się w kontekście znęcania dla dokonania czynu wystarczające jest podjęcie próby samobójczej przez poszkodowanego. Bez znaczenia w tym względzie pozostaje, czy będzie to próba zakończona powodzeniem.⁷⁵ Wprowadzenie takie typu kwalifikowanego należy zaaprobować, ze względu na fakt, iż można sobie wyobrazić, że długotrwałe nękanie, zastraszanie osoby może mieć niekiedy na tyle poważne konsekwencje jak opisano w znamionach, a reakcja karna wydaje się w takich przypadkach konieczna.

Przestępstwo jest zagrożone karą bezwzględnego pozbawienia wolności od roku do lat 10. W wypadku tego typu przestępstwa, ze względu na znaczenie czynu, ściganie następuje już z urzędu, niezależnie od woli osób pokrzywdzonych.

Kwestia zbiegów będzie kształtowała się analogicznie do zbiegów podstawowych typów czynów z innymi typami przestępstw.

Podsumowanie

Wydaje się, że powodem, dla którego ludzie zaczęli w tak stanowczy sposób domagać się zapewnienia wolności od ingerencji w ich prywatność, wyznaczenia pewnej intymnej sfery jest coraz bardziej agresywne wkraczanie w nią za pośrednictwem szeroko dostępnych środków komunikowania, które stwarzają coraz to nowe okazje do oddziaływania na nas. Powoduje to coraz dalsze wyznaczanie granic autonomii, co może jednak momentami stawać się trudne do pogodzenia ze społecznym charakterem człowieka. Ocena czy doszło do przekroczenia granic wydaje się niesłychanie płynna. Zachowana stanowiące pewne mity propagowane w kulturze, mogą naraz wydać się komuś zamachem na jego wolność.

Przyjęcie przez polskiego ustawodawcę najszerszego z możliwych sposobów kształtowania zakresów zachowań, jakie przynależą do tego zjawiska przesądziło o trudnościach wykładniczych, naruszeniu konstytucyjnej zasady określoności normy sankcjonowanej, proporcjonalności

⁷⁵ Por. M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna, Tom II. Komentarz do art. 117-277 k.k.*, pod red. A. Zolla, wyd. III, Kraków 2008 r., teza 25 do art. 207 k.k.

ograniczeń podstawowych praw i wolności, a także równości i zachowania wymogu adekwatności. Wydaje się, że większość kłopotów dotyczących omawianej regulacją zrodziła się z bardzo szerokiego zakrojenia znamion nowego typu czynu, które stworzyły ramy dla zbioru zachowań o dość zróżnicowanym stopniu szkodliwości społecznej w ramach jednego typu czynu zabronionego. Pomimo licznych zarzutów, jakie można formułować pod adresem nowej regulacji wydaje się, że nie należy zupełnie jej odrzucać. Pozostaje bowiem pewna grupa poważnych wypadków nękania wymagających reakcji karnej, lecz nie dających się zakwalifikować na mocy poprzednio obowiązujących przepisów. Można zaproponować pewne zmiany, które być może w większym stopniu zapewniłyby efektywność przepisu.

Biorąc pod uwagę prezentowane w niniejszej pracy rozważania, wobec pozostawiania omawianych przepisów w mocy powszechnie obowiązującej, przyjmując w tym kontekście koncepcję różnicowania przestępstw i wykroczeń pod względem „ilościowym”,⁷⁶ zaproponować można próbę dokonania kontrawencjonalizacji nękania pomiędzy wykroczenie *złośliwego niepokojenia* z art. 107 k.w. i przestępstwo „uporczywego nękania” z art. 190 a § 1 kk.

Mając na względzie, że zgodnie z zasadą proporcjonalności dla uzyskania stanu zgodnego z prawem należy używać środków jak najmniej uciążliwych, a przy tym cechujących się adekwatnością, wydaje się że wykroczenie *złośliwego niepokojenia* – na kanwie poczynionych wcześniej uwag- jest dobrym narzędziem zwalczania nękania, które nie cechuje się szczególną dotkliwością. Jak pokazały badania obrazujące *stalking* w Polsce zdecydowana większość sprawców zaprzestała nękania z własnej woli, na skutek przekonania ich, że nie wolno tak czynić, a także przestraszenia ich konsekwencjami podobnych zachowań.⁷⁷ Można więc pokusić się o stwierdzenie, że celowościowy charakter postępowania wykroczeniowego, przewidziane w *Kodeksie wykroczeń* środki oddziaływania wychowawczego, ale i przeciwnie – groźba orzeczenia kary aresztu w ramach „recydywy wykroczeniowej” mogłyby okazać się niekiedy wystarczające dla osiągnięcia zgodnego z prawem stanu.

Pozostawiając wykroczenie z art. 107 k.w. w funkcji, jaką spełniało dotychczas, można by przyjąć, iż „nękanie” należy rozumieć jako pojęcie obejmujące przypadki poważniejsze niż niepokojenie, mogące wywołać bardziej negatywne konsekwencje dla sfery psychiki ludzkiej niż zaledwie niepokój, irytacja, złość czy zniecierpliwienie. Trzeba by wyklądać je bardziej w zgodzie z

⁷⁶ „Wydaje się, że współczesny ustawodawca, w przeciwieństwie do ustawodawcy, którego poczynania omawiali cytowani autorzy, podkreśla raczej podobieństwa w naturze wykroczeń i wymierzanych za nie kar do przestępstw. Świadczy o tym likwidacja kolegów do spraw wykroczeń i powrót wykroczeń do sądów powszechnych oraz liczne w prawie wykroczeń odwołania do zasad ogólnych prawa karnego. Wszystkich tych zabiegów legislacyjnych obecny prawodawca dokonał, jak się wydaje, w celu podkreślenia gwarancyjnej funkcji prawa wykroczeń”, E. Plebanek, *Materiałna określoność przestępstwa*, op. cit

⁷⁷ *Stalking w Polsce...*, op. cit.

wyrażeniami synonimicznymi, jak prześladowanie, dręczenie, terroryzowanie. Należałoby także przenieść tutaj ustalenia dokonane na kanwie wykładni przestępstwa znęcania, iż nie sposób przyjąć bezprawny charakter zachowania jednej ze stron, uznać go za przekroczenie reguł, jeśli podobne postępowanie było pomiędzy stronami przyjęte jako zwyczajna forma prowadzenia sporu.⁷⁸ Takie rozwiązanie sprawia jednak wrażenie dalece niewystarczającego i kłopotliwego do przeprowadzenia.

Odwołując się do najistotniejszych wad przyjętej regulacji, najbardziej właściwym sposobem działania byłoby dokonanie zmiany normatywnej, polegającej na stworzeniu ustawowej definicji nękania. Odwoływanie się jedynie do zachowań przewidzianych w ustawie nie byłoby w tym wypadku wadą, lecz spowodowałoby ograniczenie stosowania przepisu do zdarzeń cechujących się faktycznie znacznym stopniem szkodliwości społecznej, który uzasadniałby traktowanie ich w kategoriach przestępstw. Również dodanie do katalogu sformułowania „inne podobne” zachowania nie byłoby wcale takim złym rozwiązaniem. Odnoście kazuistycznego ujęcia nękania zgłoszonego podczas prac nad projektem nowelizacji *Kodeksu karnego* podnoszono -poza zarzutem odstawiania od przyjętego sposobu konstruowania typów czynów w rodzimym systemie norm karnych- , iż takie dopełnienie katalogu przesądzałoby o naruszeniu zasady *lex certa*. Można jednak zauważyć, że zasada ta doznaje uszczerbku również przy obecnym sposobie ujęcia znamion czynu. Gdyby jednak stanowiła zaledwie element definicji, to zarzut godzenia w zasadę *lex certa* odpadałby ze względu na zawężający, dookreślający charakter pozostałych znamion, w tym skutku i złej woli sprawcy. Ponadto wymóg podobieństwa poza katalogowych zachowań miałby zakres ograniczony do czynów o podobnym stopniu uciążliwości, zawartości bezprawia i naganności.

Wartym rozważenia rozwiązaniem byłoby usunięcie z przepisu odmiany nękania polegającej na naruszeniu prywatności. Czyny o podobnym charakterze, które faktycznie zasługują na spotkanie się z reakcją karną zostałyby niejako rozdzielone. Na dobrą sprawę te z nich, które wymuszają dezorganizację w życiu osoby pokrzywdzonej (np. zmiana pracy, ograniczenie przebywania poza domem, zmiana miejsca zamieszkania i inne) wywierają taki skutek ze względu na to, iż wzbudzają jakiś rodzaj zagrożenia. Przy zaprezentowanym w niniejszej pracy sposobie rozumienia tego znamienia skutku możliwe byłoby więc zakwalifikowanie ich jako uporczywe nękanie z art. 190 a § 1 kk, wzbudzające uzasadnione poczucie zagrożenia. Pozostała część zdarzeń kwalifikowana byłaby jako wykroczenia z art. 107 k.w. chyba, że okoliczności faktyczne sprawy uzasadniałyby przyjęcie jeszcze innej kwalifikacji. Nękanie pozostawałoby zdefiniowane, jak zaproponowano.

⁷⁸ Za: wyrok Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 r., sygn. III KK 153/08, Lex nr 469432

Ewentualnym alternatywnym rozwiązaniem mogłaby być zamiana „istotnego naruszenia prawa” na „poważnie wpływa na sposób życia”, podobnie jak przyjęto w regulacji niemieckiej. Poczynienie takiego zabiegu spowodowałoby „odsianie” zachowań stanowiących jedynie nieznaczne przekroczenia prawa do prywatności i reakcja karna odnosiłaby się tylko do takich jego naruszeń, które faktycznie wymuszają zmiany w sposobie życia, odbierając jednostce prawo do swobodnego kierowania własnym losem. Także i tutaj nękanie byłoby w odpowiedni sposób zdefiniowane przez ustawę, podobnie jak np. groźba bezprawna (art. 115 § 12 kk). Zdarzenia mniejszej wagi pozostałyby wykroczeniami *złośliwego niepokojenia*.

Możliwość wprowadzenia prawnokarnej ochrony poszczególnych aspektów prawa do prywatności powinna zostać rozważona osobno.