

UNIWERSYTET SZCZECIŃSKI W SZCZECINIE
INSTYTUT NAUK PRAWNYCH

MARCIN GALIŃSKI

ROZPRAWA DOKTORSKA

PRZESTĘPSTWO UPORCZYWEGO NĘKANIA
W POLSKIM PRAWIE KARNYM
(ANALIZA DOGMATYCZNOPRAWNA)

Rozprawa doktorska przygotowana
pod kierunkiem prof. dr hab. Łukasza Pohla

Szczecin 2024

Oświadczenie

Oświadczam, że rozprawa doktorska pt.:

Przestępstwo uporczywego nękania w polskim prawie karnym (analiza dogmatycznoprawna)

- a) została napisana przeze mnie samodzielnie,
- b) nie narusza praw autorskich w rozumieniu ustawy z dnia 4 lutego 1994 roku o prawie, autorskim i prawach pokrewnych (Dz. U.2022 r. poz. 2509 ze zm.) oraz dóbr osobistych chronionych prawem, nie zawiera danych i informacji, które uzyskałem w sposób nie-
dozwolony,
- c) nie była podstawą nadania stopnia naukowego ani mnie, ani innej osobie.

Ponadto oświadczam, że treść rozprawy doktorskiej zawarta na przekazanym nośniku elektro-
nicznym, jest identyczna z jej wersją drukowaną.

Szczecin dnia 6 czerwca 2024 r.

.....
podpis doktoranta

Oświadczenie

Wyrażam zgodę na udostępnienie mojej rozprawy doktorskiej pt.

Przestępstwo uporczywego nękania w polskim prawie karnym (analiza dogmatycznoprawna).

Szczecin dnia 6 czerwca 2024 r.

.....
podpis doktoranta

Szczecin, 6 czerwca 2024 r.

Prof. dr hab. Łukasz Pohl
Instytut Nauk Prawnych/Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Szczeciński

Opinia promotora o rozprawie doktorskiej mgra Marcin Galińskiego

Jako promotor Pana mgr. Marcina Galińskiego stwierdzam, że przygotowana przez Niego rozprawa doktorska pt. „Przestępstwo uporczywego nękania w polskim prawie karnym (analiza dogmatycznoprawna)” spełnia wymogi określone w art. 187 ust. 1-2 ustawy – Prawo o Szkolnictwie Wyższym i Nauce (Dz. U. z 2023 r., poz. 742 ze zm.).

Prof. dr hab. Łukasz Pohl

Spis treści

Spis treści	4
Wykaz używanych skrótów	8
WPROWADZENIE	13
ROZDZIAŁ I POJĘCIE <i>STALKINGU</i>	19
ROZDZIAŁ II REGULACJE DOTYCZĄCE NĘKANIA W RYSIE HISTORYCZNYM (OD 1932 ROKU)	25
§ 1. Kodeks karny z 1932 roku	25
§ 2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Prawo o wykroczeniach.....	31
§ 3. Kodeks karny z 1969 roku	33
§ 4. Kodeks karny z 1997 roku – prace legislacyjne nad art. 190a	41
§ 5. Podsumowanie	46
ROZDZIAŁ III ANALIZA PRZESTĘPSTWA UPORCZYWEGO NĘKANIA W POLSKIM PRAWIE KARNYM	48
§ 1. Wprowadzenie metodologiczne	48
§ 1.1. Kilka uwag na temat tekstu prawnego i normy prawnej	49
§ 1.2. Ogólny zarys derywacyjnej koncepcji wykładni prawa.....	54
§ 1.3. Pojęcie przestępstwa na gruncie prawa karnego	61
§ 1.4. Zachowanie	68
§ 1.5. Czyn.....	69
§ 1.6. Czyn zabroniony	95
§ 1.7. Bezprawność.....	96
§ 1.8. Społeczna szkodliwość	98
§ 1.9. Wina	100
§ 1.10. Artykuł 190a § 1 k.k. jako główne źródło do odkodowania norm prawnych	107
§ 2. Analiza znamion czynów zabronionych stypizowanych w art. 190a § 1 k.k.....	112
§ 2.1. Uwagi ogólne.....	112
§ 2.2. Przedmiot ochrony.....	115
§ 2.3. Podmiot	117
§ 2.4. Znamiona przedmiotu czynności wykonawczej.....	134
§ 2.5. Znamiona modalne	137
§ 2.5.1. Czas	138

§ 2.5.2. Miejsce	141
§ 2.6. Czynności wykonawcze	143
§ 2.7. Skutek.....	173
§ 2.7.1. Uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia	183
§ 2.7.2. Istotne naruszenie prywatności	207
§ 2.7.3. Analiza zasadności umieszczania znamion skutku w art. 190a § 1 k.k.....	216
§ 2.8. Strona podmiotowa	221
§ 2.9. Podsumowanie.....	235
§ 3. Formy popełnienia przestępstwa uporczywego nękania oraz zagadnienie prowokacji.....	239
§ 3.1. Współsprawstwo	240
§ 3.2. Sprawstwo kierownicze	245
§ 3.3. Sprawstwo polecające	248
§ 3.4. Podżeganie	250
§ 3.5. Pomocnictwo.....	254
§ 3.6. Prowokacja	257
§ 3.7. Podsumowanie.....	259
§ 4. Formy stadialne przestępstwa uporczywego nękania	261
§ 4.1. Przygotowanie	261
§ 4.2. Usiłowanie	263
§ 4.2.1. Usiłowanie udolne	263
§ 4.2.2. Usiłowanie nieudolne	268
§ 4.2.3. Usiłowanie nierealne	277
§ 4.2.4. Usiłowanie ukończone i nieukończone	278
§ 4.3. Podsumowanie.....	281
§ 5. Okoliczności wyłączające bezprawność.....	282
§ 5.1. Obrona konieczna	283
§ 5.2. Stan wyższej konieczności	296
§ 5.3. Eksperyment.....	298
§ 5.4. Tak zwane kontratypy pozaustawowe	300
§ 5.4.1. Zgoda pokrzywdzonego.....	301
§ 5.4.2. Działanie w granicach uprawnień i obowiązków służbowych	305
§ 5.5. Podsumowanie.....	312
§ 6. Społeczna szkodliwość.....	312

§ 7. Okoliczności wyłączające winę	313
§ 7.1. Błąd.....	314
§ 7.1.1. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego.....	317
§ 7.1.2. Błąd co do znamienia uprzywilejowującego.....	323
§ 7.1.3. Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego...	325
§ 7.1.4. Błąd co do okoliczności wyłączającej winę	327
§ 7.1.5. Błąd co do bezprawności czynu zabronionego	328
§ 7.2. Niepoczytalność	330
§ 7.3. Podsumowanie.....	336
§ 8. Zbieg przepisów i zbieg przestępstw	338
§ 8.1. Zbieg art. 190a § 1 z przepisami k.k.....	342
§ 8.1.1. Zbieg w obrębie art. 190a k.k.	342
§ 8.1.2. Zbieg z art. 207 k.k.	345
§ 8.1.3. Zbieg z innymi przepisami części szczególnej k.k.....	348
§ 8.2. Zbieg art. 190a § 1 k.k. z przepisami k.w.	354
§ 8.2.1. Zbieg z art. 107 k.w.....	354
§ 8.2.2. Zbieg z innymi przepisami k.w.	358
§ 8.3. Czyn ciągly.....	365
§ 8.4. Ciąg przestępstw	371
§ 8.5. Podsumowanie.....	373
§ 9. Podsumowanie	379
§ 9.1. Normy prawne odtwarzalne z art. 190a § 1 k.k.	379
§ 9.2. Uporczywe nękanie jako czynność konwencjonalna doniosła prawnokarnie	386
ROZDZIAŁ IV KARNOPRAWNA REAKCJA NA PRZESTĘPSTWO Z ART. 190A §	
1 K.K.	393
§ 1. Kara oraz inne środki karnoprawnej reakcji	393
§ 1.1. Kara.....	393
§ 1.2. Środki karne	398
§ 1.3. Przepadek i środki kompensacyjne.....	403
§ 1.3.1. Przepadek	403
§ 1.3.2. Środki kompensacyjne.....	413
§ 1.4. Środki probacyjne.....	416
§ 1.4.1. Warunkowe umorzenie postępowania karnego	416
§ 1.4.2. Warunkowe zawieszenie wykonania kary	418
§ 1.4.3. Warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia kary	425

§ 1.5. Środki zabezpieczające	428
§ 1.6. Podsumowanie	441
§ 2. Czynny żal	442
§ 3. Przedawnienie	448
§ 3.1. Przedawnienie karalności	450
§ 3.2. Przedawnienie wykonania kary	452
§ 4. Zatarcie skazania	455
§ 4.1. Zatarcie skazania z mocy prawa	456
§ 4.2. Zatarcie skazania z mocy postanowienia sądu	459
§ 5. Tryb ścigania	460
§ 6. Podsumowanie	463
ROZDZIAŁ V ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA UPORCZYWE NĘKANIE W WYBRANYCH INNYCH PAŃSTWACH	466
§ 1. Wprowadzenie	466
§ 2. <i>Stalking</i> w prawie Stanów Zjednoczonych Ameryki	467
§ 3. Penalizacja <i>stalkingu</i> w Niemczech	476
§ 4. <i>Stalking</i> w prawie japońskim	479
§ 5. Podsumowanie	481
PODSUMOWANIE	488
BIBLIOGRAFIA	499
WYKAZ TABEL I WYKRESÓW	533
STRESZCZENIE	534
SUMMARY	538

Wykaz używanych skrótów

10 U.S. Code	Title 10 of the United States Code, https://us-code.house.gov/browse/prelim@title10&edition=prelim [dostęp: 14.05.2024]
18 U.S. Code	Title 18 of the United States Code, https://us-code.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim [dostęp: 14.05.2024]
AIS	Acta Iuris Stetinensis
ang.	w języku angielskim
art.	artykuł
CDC	Code of the District of Columbia, https://code.dccouncil.us/dc/council/code/ [dostęp: 14.05.2024]
CPC	California Penal Code, https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codedisplayexpand.xhtml?tocCode=PEN [dostęp: 14.05.2024]
CPKiNP	Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych
EKPCz	Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284)
el.	wydanie elektroniczne
etc.	<i>et cetera</i>
i in.	i inni
i nast.	i następne
itd.	i tak dalej
itp.	i tym podobne
jap.	w języku japońskim
k.c.	Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.)
k.k.	Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 17)

k.k. z 1932 r.	Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r., nr 60, poz. 571)
k.k. z 1969 r.	Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. - Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r., nr 13, poz. 94)
k.k.s.	Ustawa z dnia 10 września 1999 r. - Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 628)
k.k.w.	Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks karny wykonawczy (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 706)
Konstytucja	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.)
Konwencja stambulska	Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 961)
k.p.	Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. - Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1475)
k.p.c.	Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. - Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1550 ze zm.)
k.p.k.	Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. - Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 37)
k.w.	Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. - Kodeks wykroczeń (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 2119)
Legalis	system informacji prawnej Legalis
LEX	system informacji prawnej LEX
m.in.	między innymi
MPPOiP	Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167)
MS	Minnesota Statutes, https://www.revisor.mn.gov/statutes/ , [dostęp: 29.07.2022]
niem.	w języku niemieckim
np.	na przykład
nr	numer
OSA	Orzecznictwo Sądów Apelacyjnych

OSNKW	Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Izba Wojskowa
PiP	Państwo i Prawo
PDPCz	Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona w dniu 10 grudnia 1948 r., https://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf [dostęp: 8.10.2020]
poz.	pozycja
Prawo o adwokaturze	Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 ze zm.)
proj.k.k.	Projekt z dnia 25 stycznia 2019 r. Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320403/12565609/12565610/dokument378687.pdf [dostęp: 5.11.2019]
Prok. i Pr.	Prokuratura i Prawo
przyp.	przypis
pt.	pod tytułem
p.w.	Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Prawo o wykroczeniach (Dz. U. z 1932 r., nr 60, poz. 572)
r.	rok, roku
red.	redaktor
RPEiS	Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny
s.	strona
SA	Sąd Apelacyjny
SN	Sąd Najwyższy
SO	Sąd Okręgowy
SR	Sąd Rejonowy
StGB	Strafgesetzbuch, https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html [dostęp: 14.05.2024]
Sutōkā Kisei Hō	Sutōkā Kōi Nado no Kisei Nado ni Kansuru Hōritsu, https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=412AC1000000081 [dostęp: 23.10.2020]

Tarcza	Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r., poz. 568 ze zm.)
Tarcza 4.0	Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz. U. z 2020 r., poz. 1086 ze zm.)
tj.	to jest
t.j.	tekst jednolity
TK	Trybunał Konstytucyjny
tłum.	tłumaczenie
trans.	transkrypcja
tw.	tak zwany
u.o.p.z.	Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 659)
u.k.s.	Ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1691 ze zm.)
u.p.	Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o policji (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 171 ze zm.)
u.p.n.	Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 969)
ust.	ustęp
ustawa o radcach prawnych	Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 499)
u.s.w.	Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1683 ze zm.)
u.ś.p.b.	Ustawa z dnia 24 marca 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 383)

u.w.r.n.	Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich (Dz. U. z 2022 r., poz. 1700 ze zm.)
u.z.u.	Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny (Dz. U. z 2011 r., nr 72, poz. 381)
vol.	wolumin
ww.	wyżej wymieniony
z.	zeszyt
ze zm.	ze zmianami
zm.k.k.	Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/\$file/3451_u.pdf [dostęp: 15.02.2020]
zm.k.k. 2022	Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2022, poz. 1600 ze zm.)
zob.	zobacz
z.t.p.	załącznik do Rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 283)

WPROWADZENIE

Uporczywe nękanie, zwane również *stalkingiem*, jest dość złożonym zjawiskiem. Zachowania *stalkera* w dłuższej perspektywie czasowej mogą powodować wiele negatywnych konsekwencji dla ofiary, począwszy od dyskomfortu psychicznego, skończywszy na targnięciu się na własne życie. Stąd też ustawodawca nie pozostaje bierny względem takich zachowań i je penalizuje. Antycypując dalsze rozważania należy wskazać, że w Polsce uporczywe nękanie jest kryminalizowane od 2011 r. przez art. 190a § 1 k.k. Za penalizacją tego zjawiska, prócz jego skutków, przemawia jego skala. A. Siemaszko wraz z zespołem w 2009 roku przeprowadzili badanie dotyczące skali nękania w Polsce. Autorzy ci zebrali 10300 wywiadów, zaś 1035 respondentów (czyli 9,9% wszystkich respondentów) stwierdziło, że padło ofiarą uporczywego nękania. Pozwoliło to dojść wspomnianym autorom do wniosku, że ofiarami uporczywego nękania mogą być ponad 3 miliony dorosłych Polaków¹. Warto dodać, że liczba prawomocnych wyroków skazujących za popełnienie przestępstw z art. 190a § 1 k.k. stale rośnie. W 2011 roku za przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. zostało skazanych 38 osób, w 2015 roku - 970 osób, a w 2018 roku – 1307 osób². Dane te wskazują, że uporczywe nękania stanowi w Polsce realny problem. Zatem niezbędne wydaje się prowadzenie dyskusji dotyczącej tego zjawiska nie tylko na gruncie nauk takich, jak psychologia czy socjologia, ale również w obszarze nauki prawa. Niniejsza praca to głos w tej dyskusji.

Zagadnienie przestępstwa uporczywego nękania jest zagadnieniem obszernym. Na jego gruncie można poczynić wiele wniosków i tak też się stanie w niniejszej pracy. Dla klarowności wyводу zasadne jest wyodrębnienie kilku głównych hipotez badawczych. Są one następujące:

1. Przestępstwa uporczywego nękania³ są współokreślane przez przepisy części ogólnej k.k. Bez odniesienia art. 190a § 1 k.k. do tych przepisów analiza znamion tych przestępstw jest nieadekwatna.
2. Art. 190a § 1 k.k. w obecnym brzmieniu jest nazbyt rozbudowany, co nie jest uzasadnione zapewnieniem właściwej ochrony prawnokarnej pokrzywdzonemu.

¹ Zob. B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Siemaszko (red.), D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki. Raport z badań nt. uporczywego nękania*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII, s. 49-50.

² Zob. *Skazania prawomocne - z oskarżenia publicznego - stalking art. 190a kk w latach 2011-2018*, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,41.html> [dostęp: 2.09.2020].

³ Posłużenie się liczbą mnogą jest uzasadnione tym, że przestępstwo uporczywego nękania – jak pokażą dalsze rozważania – jest tzw. Przestępstwem wieloodmianowym.

3. Pomimo, iż znaczenie nękania obejmuje także skutek wywołany przez sprawcę, to jednak uzasadnione jest wyróżnienie tego skutku pośród znamion przestępstw uporczywego nękania. Jest to uzasadnione przekonaniem o możliwości nadużywania stosowania art. 190a § 1 k.k. w razie ujęcia w nim przestępstw jako przestępstw bezskutkowych.
4. Nękanie zawiera się w pojęciu znęcania, stąd też wystarczająca byłaby, zamiast wprowadzania art. 190a § 1 k.k., nowelizacja art. 207 k.k. poprzez zarówno rozszerzenie zakresu przedmiotu przestępstwa na każdą osobę, jak i zmianę umiejscowienia tego przepisu w k.k.
5. Środki karnoprawnej reakcji przewidziane przez ustawodawcę pozwalają właściwie oddziaływać na sprawcę i zapewniać zadowalający poziom ochrony pokrzywdzonego przed dalszym nękaniem go ze strony sprawcy.

Wyróżnienie powyższych hipotez badawczych nie jest przypadkowe. W przypadku pierwszej z nich, rozważania doktryny prawa karnego odnośnie do instytucji części ogólnej k.k. ograniczają się (nie licząc rzecz jasna uwag odnośnie możliwości nękania poprzez zaniechanie) do kwestii, czy nękanie stanowi czyn ciągły⁴, a także do rozwiązywania problemu, czy nękać można na polecenie innej osoby⁵. Lektura literatury przedmiotu poświęconej przestępstwu uporczywego nękania pozostawia niedosyt w obszarze wielu kwestii, by tytułem przykładu wskazać na problematykę usiłowania tego przestępstwa, zagadnienia możliwości zrealizowania jego znamion w warunkach, czy to obrony koniecznej, czy to błędu co do znamienia uprzywilejowanego. W przypadku drugiej hipotezy, w literaturze przedmiotu wskazuje się na zbędność wyróżnienia niektórych elementów pośród znamion przestępstwa uporczywego nękania⁶, nie mniej wielu autorów – jak się wydaje – nie wskazuje dostatecznie precyzyjnie, jak powinny być ukształtowane znamiona skutku – tak, żeby z jednej strony zapewnić możliwie jak najszerszą ochronę przed nękaniem, a z drugiej strony nie wyróżniać zbędnych elementów. Odnieść

⁴ Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *O normatywnych przesłankach tożsamości czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. – kilka uwag na tle wyroku Sądu Najwyższego z 16.11.2015 r., V KK 329/15* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking*, Warszawa 2018, s. 375 i nast. oraz D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 121 i nast.

⁵ Zob. G. Mania, M. Szafrąńska, *Ochrona przed stalkingiem w prawie polskim*, „Przegląd Naukowo-Metodyczny. Edukacja dla Bezpieczeństwa” 2011, nr 3, s. 92.

⁶ W tym miejscu należy wskazać na poglądy M. Mozgawy odnośnie zbędności znamienia uporczywości. Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekt nękania*, Warszawa 2012, s. 12, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Budyn-Kulik-MMozgawa-M_aspekty-nękania.pdf [dostęp: 15.08.2019]; M. Mozgawa, *Analiza ustawowych znamion przestępstwa uporczywego nękania* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking*, s. 54; M. Mozgawa, *A few comments on the feature of 'persistent harassment' in the light of Article 190a Criminal Code*, „Ius Novum” 2020, nr 2, s. 80; podobnie: P. Furman, *Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a k.k. Zagadnienia wybrane*, CPKiNP, Rok XVI: 2012, z. 3, s. 49. M. Mozgawa wskazuje również na zbędność znamienia istotności naruszenia prywatności. Zob. np. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 13; M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu (nękania) i podszywania się (art. 190a k.k.)* [w:] J. Warylewski (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016, s. 466.

można wrażenie, że w literaturze przedmiotu brakuje odpowiednio pogłębionej refleksji co do zasadności umieszczenia znamion skutków w art. 190a § 1 k.k.⁷. Co prawda wskazuje się w niej na kwestię zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów⁸, ale w zakresie zbiegu przestępstwa uporczywego nękania z przestępstwem znęcania się, zwraca się wyłącznie uwagę na to, jak kwalifikować dane zachowanie odpowiednio, czy to jako uporczywe nękanie, czy to jako znęcanie się⁹. Wydaje się, że należałoby pójść o krok dalej i rozważyć słuszność hipotezy o zawieraniu się nękania w znęcaniu się. Ostatnia hipoteza odnosi się do elastyczności i efektywności katalogu sankcji. Można spotkać się z rozważaniami wskazującymi na nadmierną surowość sankcji w postaci kary pozbawienia wolności¹⁰, jak i z poglądami odmiennymi¹¹. Nadto w literaturze przedmiotu wskazuje się na określone konsekwencje przyjętego ustawowego zagrożenia¹², a także na zakres środków karnych, jakie można orzec względem sprawcy uporczywego nękania¹³. Brakuje jednak głębszej refleksji nad możliwością zastosowania innych środków karnoprawnej reakcji. Brakuje przy tym także wskazania potencjalnych problemów związanych z przyjętym przez ustawodawcę systemem reakcji na zjawisko *stalkingu*.

Należy wyraźnie podkreślić, że niniejsza praca – rzecz jasna – nie jest wyczerpującym omówieniem problematyki przestępstwa uporczywego nękania. Wynika to z faktu, podkreślanego w podtytule rozprawy, że jej przedmiotem są węzłowe zagadnienia dogmatycznoprawne.

⁷ W tym miejscu warto zwrócić uwagę na pogląd K. Nazar, która sygnalizuje, że należałoby rozważyć, czy zasadne jest umieszczanie znamion skutku w przepisie penalizującym uporczywe nękanie. Autorka jednak nie rozwija tego zagadnienia. Zob. K. Nazar, *Uporczywe nękanie oraz kradzież tożsamości* [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu*, Lublin 2019, s. 324.

⁸ Warto nadmienić, że w publikacjach powstałych przed 2010 rokiem wskazywano na to, nie z jakimi przepisami zbiega się art. 190a § 1 k.k., lecz na to, na podstawie których przepisów należy kwalifikować w Polsce zachowania *stalkera*. Zob. np. A. Michalska-Warias, K. Nazar-Gutowska, *Prawnokarne aspekty nękania w prawie polskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, nr 14; K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 326-327; P. Furman, *Próba analizy...*, s. 69; D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy przemocy emocjonalnej. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2019, s. 126 czy M. Jachimowicz, *Przestępstwo stalkingu w świetle noweli do kodeksu karnego*, „Woj-skowy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 3, s. 42.

⁹ Zob. np. P. Kozłowska-Kalisz, *Przestępstwo nękania – wybrane zagadnienia zbiegu ustawy* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking*, s. 82 czy M. Galiński, *Problematyka przestępstwa uporczywego nękania*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2019, vol. XXII, nr 41, s. 74.

¹⁰ Zob. np. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 22 czy D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w prawie polskim i unijnym* [w:] J. Utrat-Milecki (red.), *Reformy prawa karnego*, Warszawa 2013, s. 202. Warto zasygnalizować w tym miejscu, że można się spotkać z poglądem, iż sankcja za nękanie powinna być elastyczna. Zob. J.J. Bąkowski, *Karanie za stalking w świetle praktyki państw obcych*, „Palestra” 2013, nr 1-2, s. 296.

¹¹ Zob. M. Romańczuk-Grącka, *Politycznokryminalne aspekty stalkingu w Polsce*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13, s. 327.

¹² D. Woźniakowska-Fajst wskazuje na gruncie nieaktualnego już stanu prawnego, że możliwa przy wymiarze kary sprzed nowelizacji art. 190a § 1 k.k. jest zamiana kary pozbawienia wolności na karę grzywny. Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w prawie...*, s. 200-201. Z kolei M. Romańczuk-Grącka zauważa, że sprawa o nękanie może być przedmiotem mediacji. Zob. M. Romańczuk-Grącka, *Politycznokryminalne aspekty...*, s. 327.

¹³ Zob. np. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 25-26.

W niniejszej rozprawie metodą analizy jest przede wszystkim metoda formalno-dogmatyczna, co jest uzasadnione przedmiotem rozważań. W pewnym zakresie zostanie też przeprowadzona analiza prawnoporównawcza – jako swoiste uzupełnienie głównej analizy naukowej.

Niniejsza praca składa się z pięciu rozdziałów. W rozdziale pierwszym omówiona zostanie kwestia pojęcia „*stalkingu*”, przy czym analiza ta będzie przeprowadzona w oderwaniu od art. 190a § 1 k.k. i dotyczyć będzie wyłącznie rozumienia *stalkingu* jako pewnego zjawiska, nie zaś jako czynu zabronionego. Rozważania te przydadzą się w dalszej części dysertacji. Pozwolą bowiem, przynajmniej częściowo, zweryfikować, czy ustawodawca w sposób właściwy zidentyfikował to zjawisko i odpowiednio ujął je w art. 190a § 1 k.k.

W drugim rozdziale zostanie omówiona odpowiedzialność karna sprawcy uporczywego nękania na gruncie regulacji historycznych. Zakres analizy został ograniczony czasowo do 1932 roku. Zatem omówione zostaną regulacje k.k. z 1932 r., p.w., k.k. z 1969 r. oraz przebieg prac legislacyjnych nad art. 190a k.k. Kwestia odpowiedzialności sprawcy nękania na gruncie obecnie obowiązującego k.k. i k.w. zostanie omówiona w fragmencie pracy dotyczącym zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw.

Trzeci rozdział będzie poświęcony analizie przestępstw art. 190a § 1 k.k. W pierwszej kolejności zostaną przedstawione rozważania wstępne odnoszące się do tego, czym jest tekst prawny, jak należy go interpretować, oraz jak należy rozumieć pojęcie przestępstwa na gruncie prawa karnego materialnego. W części stanowiącej wprowadzenie metodologiczne zostanie zrealizowana wykładnia art. 190a § 1 k.k. w ramach faz porządkującej i rekonstrukcyjnej. Następnie rozważania w tym rozdziale będą dotyczyć uwag ogólnych związanych z analizowanym przepisem, a także z kwestiami: znamion podmiotu tytułowego przestępstwa, znamion jego przedmiotu, znamion czasu i miejsca jego popełnienia, znamion czynności sprawczej, naruszenia reguł ostrożności, znamion skutku oraz strony podmiotowej przestępstwa uporczywego nękania (z uwzględnieniem strony podmiotowej usiłowania oraz strony podmiotowej poszczególnych form popełnienia czynu zabronionego). Następnie zostanie omówiona kwestia możliwości popełnienia przestępstw uporczywego nękania we współsprawstwie, sprawstwie kierowniczym, sprawstwie polecającym, jak również poprzez podżeganie, czy też pomocnictwo. Zostanie też przeanalizowana kwestia odnosząca się do tego, czy uporczywe nękanie może stanowić formę kierowania wykonaniem czynu zabronionego, polecenia, namowy, czy udzielenia pomocy w popełnieniu czynu zabronionego. Poruszona też zostanie kwestia prowokacji do uporczywego nękania i możliwości prowokowania uporczywym nękaniami. Następne fragmenty dotyczyć będą form stadialnych przygotowania i usiłowania. W przypadku usiłowania zostanie

omówiona kwestia usiłowania: udolnego, nieudolnego oraz nierealnego przestępstw uporczywego nękania. W rozdziale tym zostanie omówiona również kwestia okoliczności wyłączających bezprawność, czyli tzw. „kontratypów”. Rozważania dotyczyć będą kwestii obrony koniecznej przed nękaniami i nękania jako sposobu obrony koniecznej, możliwości powołania się sprawcy nękania na stan wyższej konieczności, możliwości zastosowania przy omawianych czynach zabronionych tzw. kontratypu eksperymentu oraz dwóch tzw. kontratypów pozaustawowych – zgody pokrzywdzonego i działania w granicach uprawnień i obowiązków. Kolejnym elementem struktury przestępstwa, który zostanie zreferowany w niniejszej pracy jest społeczna szkodliwość czynu. Ze względu na charakter pracy rozważania dotyczyć będą wyłącznie społecznej szkodliwości *in abstracto*. Dalsza część tego rozdziału dotyczyć będzie możliwości powołania się sprawcy nękania na okoliczności wyłączające winę. Zatem zostanie omówiona możliwość powołania się sprawcy nękania na: błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, błąd co do znamienia uprzywilejowującego, błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność, błąd co do okoliczności wyłączającej winę, błąd co do bezprawności oraz niepoczytalność (w ramach tego zagadnienia zostanie zasygnalizowana kwestia tzw. ograniczonej poczytalności). Kolejnym zagadnieniem będzie kwestia zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów. W ramach tego zagadnienia zostanie omówiona kwestia zbiegu w obrębie art. 190a k.k., z innymi przepisami k.k. (z obszerniejszym omówieniem zbiegu z art. 207 k.k.) oraz przepisami k.w. (więcej uwagi w ramach tej kwestii zostanie poświęcone zbiegowi art. 190a § 1 k.k. z art. 107 k.w.). Ponadto zostanie przeanalizowana możliwość popełnienia uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego i ciągu przestępstw. Podsumowanie rozdziału trzeciego będzie miało charakter dwuczęściowy. W pierwszej części zostanie dokończona wykładnia art. 190a § 1 k.k. poprzez przeprowadzenie fazy percepcyjnej wykładni tego przepisu. Kolejną część podsumowania stanowić będzie próba ujęcia uporczywego nękania jako czynności konwencjonalnej doniosłej prawnokarnie. Zostaną wskazane zatem następujące elementy tej czynności konwencjonalnej: substrat materialny, reguły sensu i sens przypisywany substratowi materialnemu.

W czwartym rozdziale zostanie poruszona kwestia kary, środków karnych (rozważania zostaną ograniczone wyłącznie do środków karnych przywidzianych w art. 41a § 1 k.k.), przepadku, środków kompensacyjnych oraz środków zabezpieczających przewidzianych za naruszenie normy sankcjonowanej zawartej w art. 190a § 1 k.k. Prócz wymienienia katalogu środków karnoprawnej reakcji na uporczywe nękanie, ocenie zostanie poddana trafność ustanowienia takich, a nie innych środków oraz wskazane zostaną problemy związane z ich stosowaniem. Dalej poruszona zostanie kwestia czynnego żalu przy uporczywym nękaniami. W ramach tego

zagadnienia będzie rozważona kwestia możliwości powołania się sprawcy na: skuteczny czynny żal przy usiłowaniu i nieskuteczny czynny żal przy usiłowaniu oraz na skuteczny czynny żal współdziałającego i nieskuteczny czynny żal współdziałającego. Dalsze rozważania zostaną poświęcone przedawnieniu karalności, przedawnieniu wykonania kary oraz zatarciu skazania za przestępstwa uporczywego nękania (zostanie omówione zarówno zatarcie skazania *ipso iure* oraz zatarcie skazania z mocy postanowienia sądu). Ostatnim zagadnieniem rozdziału czwartego będzie kwestia trybu ścigania przewidzianego dla przestępstw uporczywego nękania. Zostanie poddana analizie zasadność przyjęcia takiego trybu ścigania z uwzględnieniem regulacji przewidzianych w Konwencji stambulskiej.

Ostatni, piąty rozdział, stanowić będzie analizę komparatystyczną. W rozdziale tym zostaną przedstawione regulacje odnoszące się do penalizacji nękania w Stanach Zjednoczonych Ameryki (na poziomie federalnym oraz regulacje stanowe stanów: Kalifornia, Minnesota oraz Dystryktu Kolumbii), Niemiec oraz Japonii. Rozważania te nie będą jednak stanowić wykładni, lecz wyłącznie przedstawienie brzmienia tekstu prawnego wraz z krótkim komentarzem odnośnie tych przepisów. W podsumowaniu do tego rozdziału ww. regulacje tychże trzech państw zostaną porównane z polskim art. 190a § 1 k.k. Zostanie również udzielona odpowiedź na pytanie, czy zasadne jest przenoszenie pewnych elementów przedstawionych regulacji na grunt prawa polskiego.

W tym miejscu należy wskazać, że w dalszej części pracy mówiąc o przestępstwach uporczywego nękania, autor będzie posługiwał się liczbą pojedynczą (tj. przestępstwo uporczywego nękania). Taki zabieg wynika z chęci zapewnienia większej przejrzystości i komunikatywności tekstu.

Niniejsza praca opiera się na stanie prawnym obowiązującym na dzień 15 maja 2024 r.

ROZDZIAŁ I

POJĘCIE *STALKINGU*

Niniejszy rozdział należy zacząć od stwierdzenia, że aby dane zachowanie zostało przez ustawodawcę spenalizowane, musi być zachowaniem realnym, a więc występującym w danej społeczności¹⁴.

Na początku należy zauważyć, że analizowane zjawisko nazywane jest *stalkingiem*. Zwrot ten nie jest zwrotem polskim. Pochodzi on z języka angielskiego, który w bezokoliczniku przybiera formę „*to stalk*”. Warto w tym miejscu przytoczyć kilka przykładowych tłumaczeń tego słowa, które można spotkać w słownikach polsko-angielskich:

1. w „Słowniku polsko-angielskim” pod redakcją J. Fisiaka wyraz ten definiowany jest jako: „podchody, skradanie się”¹⁵;
2. w „Nowym słowniku angielsko-polskim/polsko-angielskim” pod redakcją T. Piotrowskiego i Z. Saloniego wyraz „*to stalk*” znaczy tyle, co: „tropić”¹⁶;
3. w „Nowym słowniku angielsko-polskim i polsko-angielskim PWN-Oxford” pod redakcją J. Linde-Usiekniewicz i Phillipa G. Smitha ów wyraz jest definiowany jako: „tropić, podchodzić”¹⁷.

Wyraz „*stalking*” znaczy więc w języku angielskim tyle, co tropienie, podchody czy skradanie się. Ł. Zygmunt wskazuje na fakt, że wyraz ten w XV-wiecznej Anglii był synonimem kłusownika (ang. *poacher*). Zdaniem cytowanego autora etymologia tego słowa sięga prawdopodobnie języka praindoeuropejskiego, a pierwotne znaczenie zostało zaczerpnięte z języka łowieckiego, gdzie oznacza powolne i ciche podchodzenie zwierzyny¹⁸. Nazwa omawianego zjawiska wywodzi się ze Stanów Zjednoczonych i ma swoją genezę w latach 90. XX wieku, kiedy to zaczęto tym wyrazem opisywać zjawisko społeczne biorące się z obsesji fanów aktorów czy też muzyków¹⁹.

¹⁴ Oczywiście, nie ma reguł zakazujących wprowadzenia norm sankcjonowanych, które zakazywałyby dopuszczania się zachowań będących zachowaniami nierealnymi, jednakże wydaje się to być niecelowe. Kwestia ta jest poruszana nieprzypadkowo, bowiem żeby móc przejść do analizy karnoprawnych regulacji penalizujących uporczywe nękanie należy sprawdzić, czy zjawisko to jest zjawiskiem realnym, a także czym się ono charakteryzuje.

¹⁵ J. Fisiak (red.), *Słownik polsko-angielski*, Warszawa 2002, s. 429.

¹⁶ T. Piotrowski, Z. Saloni (red.), *Nowy słownik angielsko-polski/polsko-angielski*, Warszawa 1996, s. 399.

¹⁷ J. Linde-Usiekniewicz, P.G. Smith (red.), *Nowy słownik angielsko-polski i polsko-angielski PWN-Oxford*, Warszawa 2005, s. 377.

¹⁸ Zob. Ł. Zygmunt, *Uporczywe nękanie – stalking: niektóre problemy materialnoprawne związane ze ściganiem sprawców* [w:] M. Trybus, T. Wilk (red.), *Przestępstwa rzadko podejmowane przez organy ścigania. Aspekty kryminalistyczne, materialnoprawne i procesowe*, Rzeszów 2013, s. 402.

¹⁹ Zob. S. Bębas, *Patologie społeczne w sieci*, Toruń 2013, s. 139.

Warto nadmienić, że analizowane zjawisko jest nazywane nie tylko *stalkingiem*, bowiem można się spotkać z innymi nazwami tego zjawiska. Przykładowymi określeniami są: nękanie na tle emocjonalnym, przemoc emocjonalna, prześladowanie na tle emocjonalnym, uporczywe nękanie, obsesyjna miłość, obsesyjne pożądanie czy też patologiczna miłość²⁰. Już *prima facie* można zauważyć, że przedstawione nazwy różnią się swoimi zakresami od siebie. Powodować to może pewnego rodzaju chaos informacyjny, bowiem taka wielość nazw i różnice między ich zakresami mogą utrudniać trafny opis tego zjawiska. Jednakże wskazać należy, że ta mnogość nazw ma swoje podłoże w fakcie zróżnicowania analizowanych zachowań. Za niezbędne należy uznać przytoczenie kilku opisów zjawiska tzw. *stalkingu*, które to dadzą asumpt dalszym rozważaniom w omawianej materii. L. Casineli, W. Woźniak, M. Lattanzi i J. Skarżyńska definiując tzw. *stalking* wskazują, że: „Stalking jest modelem zachowania, w których charakterystyczne są powtarzające się naruszenia życia publicznego i prywatnego jednej lub więcej osób”²¹. Cytowani autorzy wskazują katalog zachowań, jakie charakteryzują tzw. *stalking*. Są to: „(...) telefonowanie, wysyłanie wiadomości sms i e-mail, otrzymywanie niemile widzianych podarunków i kwiatów, groźby, zachowania agresywne, śledzenie, obserwowanie i szkodzenie”²², przy czym, aby dane zachowanie czy też zachowania mogły być uznane za tzw. *stalking* muszą one, zdaniem autorów, spełnić następujące kryteria: muszą to być działania zamierzone, muszą wywołać one strach, występują co najmniej przez trzydzieści dni i w ciągu tych trzydziestu dni ma mieć miejsce co najmniej dziesięć czynów²³, które powodują negatywne skutki psychiczno-relacyjne (takie jak niepokój, zaburzenia snu lub konieczność zmiany miejsca zamieszkania, czy też pracy). Nadto, zachowania te mają: „(...) «wciągać» najbliższych, członków rodziny, przyjaciół, znajomych, kolegów z pracy”²⁴. Z kolei, D. Sarzała i M.Z. Jędrzejko wskazują, że: „stalking charakteryzują powtarzające się próby nawiązania kontaktu z inną osobą, w taki sposób, który wywołuje cierpienie bądź też uzasadniony lęk u osoby, do której są kierowane”²⁵. Natomiast, B. Hołyst definiując omawiane zjawisko stwierdza: „Typowy sposób postępowania polega na częstym nawiedzaniu innej osoby w domu, miejscu pracy bądź innych miejscach, w których ofiara się zatrzymuje bądź przebywa. Jest ona [ofiara – przyp. M.G.] zaczepiana, namawiana do aktów seksualnych, do wspólnych

²⁰ Zob. D. Sarzała, M.Z. Jędrzejko, *Stalking – przejawy i etiologia zjawiska* [w:] M.Z. Jędrzejko, M. Netczuk-Gwoździewicz (red.), *Człowiek w świecie wielowymiarowego ryzyka. Wybrane problemy*, Wrocław 2015, s. 152.

²¹ L. Casineli, M. Lattanzi, J. Skarżyńska, W. Woźniak, *Określenie stalkingu* [w:] W. Woźniak, M. Lattanzi (red.), *Stalking – między przemocą a uzależnieniem*, Kutno 2010, s. 8.

²² L. Casineli, M. Lattanzi, J. Skarżyńska, W. Woźniak, *Określenie...*, s. 8.

²³ Użytemu przez autorów zwrotu „czyn” nie należy nadawać prawnokarnego znaczenia, lecz traktować bardziej jako synonim słowa „działanie” czy też „zachowanie się”.

²⁴ L. Casineli, M. Lattanzi, J. Skarżyńska, W. Woźniak, *Określenie...*, s. 8-9.

²⁵ D. Sarzała, M. Z. Jędrzejko, *Stalking - przejawy...*, s. 152.

wycieczek i imprez, przy czym wszelkie odmowy jedynie sygnalizują sprawcy, że powinien zintensyfikować swoje wysiłki”²⁶. Cytowany autor definiując tzw. *stalking* wskazuje nadto, że jedną z cech *modus operandi* stalkera może być obserwowanie swojej ofiary poprzez szczegółowe badanie jej nawyków życiowych czy też poprzez organizację przypadkowych i zaskakujących spotkań²⁷. Nadto, ów autor wymienia katalog zachowań, których dopuszcza się stalker. Są to m.in.: częste telefony (także w nocy), masowe przesyłanie kwiatów i prezentów na adres ofiary, wdzieranie się do mieszkania ofiary, tworzenie osobistych zbiorów przedmiotów ofiary bądź fotografii czy też grożenie ofierze lub dopuszczanie się uszkodzenia jej własności²⁸. W aspekcie zachowania ofiary B. Hołyst wskazuje, że: „stalker może być agresywny na początku albo po dłuższym czasie «podchodów» do ofiary. Nadto, zdaniem wskazanego autora, że *stalking*: „(...) może też przerodzić się w inne przestępstwa, takie jak: włamanie, uszkodzenie ciała, a nawet zabójstwo”. W aspekcie trwania zachowań stalkera B. Hołyst wskazuje, że „(...) typowe dla postępowań sprawców stają się wysoka intensywność i długotrwałość działań”²⁹. K. Banasik odnosząc się do skutków *stalkingu* wskazuje: „Stalking może zmienić życie ofiary. Zachowanie sprawcy może doprowadzić do psychicznych lub fizycznych następstw u ofiary, jak również do zmian w jej stosunkach społecznych. Do następstw psychicznych *stalkingu* należą między innymi: obawa, uczucie bezradności, myśli samobójcze, stan nerwowego napięcia, podwyższona irytacja. Wśród skutków fizjologicznych wymienia się przykładowo zakłócenia snu, zakłócenia jedzenia, bóle głowy, dolegliwości żołądkowe. Społeczne zmiany u ofiary to na przykład generalna nieufność w stosunku do ludzi, kryzys w związku z partnerem spowodowany zmianą osobowości ofiary, utrata kontaktów towarzyskich w efekcie «zamknięcia się ofiary w sobie», mniejsza wydajność w pracy zawodowej. Stalking oddziałuje z reguły na sposób życia ofiary. Ofiara tworzy różne strategie obronne i podejmuje różne środki ochronne, na przykład kupuje gaz łzawiący, instaluje alarm, nie odsłania zasłon lub zabarykadowuje się w swoim mieszkaniu, nie wychodzi sama z domu lub nie odwiedza ulubionych lokali, zmienia miejsce robienia zakupów. Może dojść do zmiany miejsca pracy lub zamieszkania, nawet do przeprowadzki do innego miasta. Następstwem *stalkingu* może być zatem izolacja i całkowita zmiana sytuacji życiowej”³⁰.

²⁶ B. Hołyst, *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2006, s. 629.

²⁷ Zob. B. Hołyst, *Psychologia...*, s. 629.

²⁸ Zob. B. Hołyst, *Psychologia...*, s. 629.

²⁹ B. Hołyst, *Psychologia...*, s. 629.

³⁰ K. Banasik, *Stalking w austriackim prawie karnym*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 1(10), s. 101-102.

Warto przytoczyć J. Hancę, który za austriackimi kryminologami wyróżnia podziały *stalkingu* oparte na kryterium osób pokrzywdzonych. Są to: tzw. *fan-stalking* – dotykający głównie aktorów, piosenkarzy i celebrytów, *stalking*, którego dopuszcza się były partner ofiary (niem. *Ex-Partner-Stalking*) oraz *stalking-zemstę* (niem. *Rache-Stalking*) – u jego podłoża leżą zwykle niewygaszone konflikty sąsiedzkie lub przegrane procesy sądowe³¹.

W przedstawionych stanowiskach dość istotnie akcentuje się to, że *stalking* stanowi pewien zbiór zachowań się stalkera, co wyklucza możliwość uznania pojedynczego zachowania za *stalking*. W tym miejscu należy się zastanowić nad tym, czy takie rozumowanie jest trafne. W tym celu należy wyróżnić dwie istotne cechy tzw. *stalkingu*, jakie rysują się na gruncie przytoczonych stanowisk. Pierwszą cechą jest to, że zachowania składające się na tzw. *stalking* muszą być rozciągnięte w czasie. Drugą cechą to negatywne skutki, jakie niosą za sobą owe zachowania dla nękanego. Można sobie wyobrazić sytuację, że sprawca dopuszcza się jednego zachowania, które jest rozciągnięte w czasie (np. trwa miesiąc) i czyni to w celu wzbudzenia strachu, czy też w celu spowodowania innych szkód psychicznych u nękanego. Istotą *stalkingu* w świetle przytoczonych opisów tego zjawiska jest nie tyle liczba podejmowanych zachowań, lecz fakt rozciągnięcia w czasie czynności podejmowanych przez nękającego oraz ich skutków. W konsekwencji zawężenie *stalkingu* tylko do zbioru zachowań wydaje się nieuzasadnione.

Kolejną kwestią, jaka wyłania się przy analizie zjawiska *stalkingu* jest charakter krzywd wyrządzanych *stalkingiem*. Na potrzeby niniejszego opracowania krzywdy należy podzielić na psychiczne i fizyczne. Przez krzywdy psychiczne rozumieć należy negatywne konsekwencje w psychice ofiary wywoływane zachowaniem lub zachowaniami stalkera, natomiast krzywdy fizyczne objawiają się negatywnymi konsekwencjami fizycznymi. W podanych wyżej rozumieniach *stalkingu* można zauważyć, że akcentowane są negatywne dla psychiki nękanego skutki zachowań się sprawcy. W związku z tym jedną z istotnych cech (jeśli nie najistotniejszą) nękania jest to, że zachowanie stalkera mają wywołać u ofiary krzywdę psychiczną. Dalszą konsekwencją tego jest to, że krzywda fizyczna co prawda może zostać wyrządzona ofierze przez stalkera, jednak nie stanowi ona elementu definicyjnego tzw. *stalkingu*. W konsekwencji, aby mówić, że konkretne zjawisko jest *stalkingiem* musi zostać wyrządzona nękanemu krzywda psychiczna, przy czym z przedstawionych opisów *stalkingu* wynika, że nie każda krzywda psychiczna może uzasadniać uznawanie danego zachowania czy zachowań jako

³¹ Zob. J. Hancę, *Przypadek Manfreda i Kristen – czyli stalking jako przyczynek do kilku refleksji o tym, jak prawo odpowiada na zjawisko społeczne*, „Studia Prawnicze” 2019, nr 1 (217), s. 142.

nękanie. Krzywda ta musi wpływać w sposób istotny na funkcjonowanie jednostki i jej psychikę, a więc musi to być pewien kwalifikowany rodzaj krzywdy psychicznej. Ten rodzaj krzywdy psychicznej wydaje się najlepiej oddawać wyraz „udręczenie”³².

Analizując problematykę tzw. *stalkingu* omówić należy również pewną formę kwalifikowaną tego zjawiska, która z racji rozwoju technologii zyskiwać będzie na znaczeniu. Mowa o tzw. *cyberstalkingu*, zwanego również cybernękaniem³³, czy też śledzeniem³⁴. B. Hołyst zauważa, że *stalking* oraz *cyberstalking* często występują jednocześnie³⁵. S. Bębas wskazuje, że: „Zjawisko *cyberstalkingu* można zdefiniować jako wykorzystywanie nowoczesnych technologii informacyjnych, w szczególności Internetu, do nękania i zastraszania innych osób”³⁶. Cytowany autor wskazuje, że w ramach tzw. *cyberstalkingu* pod względem kryterium działania sprawcy wyróżnia się:

1. *E-mail stalking* – jest to prześladowanie ofiary za pomocą wiadomości SMS i e-mail;
2. *Internet stalking* – polega na podszywaniu się pod ofiarę m.in. na czatach czy forach internetowych;
3. *Computer stalking* – forma ta polega na m.in. uszkodzaniu sprzętu ofiary oraz danych czy też na sprawowaniu kontroli nad komputerem ofiary³⁷.

J. Kosińska opisując tzw. *cyberstalking* wskazuje, że zjawisko to polega na: „(...) na prześladowaniu e-mailowym w postaci przekazywania wiadomości na konto pocztowe ofiary wbrew jej woli, uniemożliwianiu korzystania ze skrzynki pocztowej, rozsyłaniu niechcianych przesyłek od ofiary jako nadawcy”³⁸. Autorka wyróżnia także prześladowanie w Internecie, które: „(...) polega na podszywaniu się pod ofiarę na chatach (czatach), grupach usenetowych, forach itp., rozpowszechnianiu informacji o ofierze, może także objawiać się we włamaniach do komputera osobistego ofiary”³⁹.

Przedstawione definicje tzw. *stalkingu* w pewnym stopniu różnią się od siebie zakresem definiensa. Nadto, definicje te abstrahują od faktu, że *stalkingu* można dopuścić się nie tylko dwoma lub więcej zachowaniami, ale także jednym zachowaniem rozciągniętym w czasie. Na potrzeby dalszych rozważań niezbędne jest stworzenie autorskiej definicji tzw. *stalkingu*, która

³² Definicje słownikowe wyrazu „udręczenie” zostaną podane w dalszej części pracy.

³³ Zob. S. Bębas, *Patologie...*, s. 142.

³⁴ Zob. M. Cyrklaff-Gorczyca, *Cyberstalking jako forma przemocy z wykorzystaniem technologii informacyjno-komunikacyjnych* [w:] K. Materska, B. Taraszkiewicz, *Ekologia informacji a zasoby informacyjne w bibliotece i cyberprzestrzeni*, Słupsk 2017, s. 203.

³⁵ Zob. B. Hołyst, *Cyberstalking as a form of cyberharassment*, „Ius Novum” nr 2/2015, s. 104.

³⁶ S. Bębas, *Patologie...*, s. 142.

³⁷ Zob. S. Bębas, *Patologie...*, s. 142.

³⁸ J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka stalkingu*, Prok. i Pr. 2008, nr 10, s. 34.

³⁹ J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka...*, s. 34.

to definicja oparta będzie na uwagach poczynionych w niniejszym rozdziale. Na gruncie tej definicji *stalking* jest to pojedyncze zachowanie się sprawcy, które to zachowanie jest rozciągnięte w czasie albo zbiór zachowań się sprawcy, który nie musi być zbiorem zachowań jednorodnych, podejmowanych względem pokrzywdzonego bez jego zgody nieustępliwie przez pewien okres, powodujące udręczenie psychiczne.

Jak już wskazano omawiane zjawisko jest nazywane w różny sposób. Na potrzeby niniejszej pracy owe zjawisko będzie nazywane zamiennie nękaniami, uporczywym nękaniami⁴⁰ oraz *stalkingiem*.

⁴⁰ Przyjęte w niniejszej pracy nazewnictwo tego zjawiska ma swoje uzasadnienie m.in. w literalnym brzmieniu art. 190a § 1 k.k., które je penalizuje.

ROZDZIAŁ II

REGULACJE DOTYCZĄCE NĘKANIA W RYSIE HISTORYCZNYM (OD 1932 ROKU)

W niniejszym rozdziale zostaną omówione historyczne regulacje prawne, na mocy których można było pociągnąć sprawcę dopuszczającego się nękania innej osoby lub innych osób. Warto zaznaczyć, że w analizowanych przepisach prawodawca nie wyrażał zakazu nękania innej osoby w ich warstwie deskryptywnej. Dlatego też analizie poddane zostaną przepisy, które wprost (*explicite*) nie wskazuje na penalizację nękania, ale zawierają normy sankcjonowane zakazujące jego popełniania.

Poczynione w niniejszym rozdziale rozważania będą dotyczyły wybranych regulacji karnoprawnych i regulacji prawa wykroczeń, które obowiązywały na terenie Polski od 1932 r. Takie zawężenie analizy historycznej wynika z faktu, że niniejsza praca ma charakter dogmatycznoprawny, nie zaś prawnohistoryczny.

§ 1. Kodeks karny z 1932 roku

W analizowanym akcie prawnym nie stypizowano w żadnym przepisie nękania jako osobnego typu czynu zabronionego, jednakże poprzez nękanie sprawca mógł wypełnić znamiona innych typów czynów zabronionych.

W pierwszej kolejności należy wskazać na art. 246 k.k. z 1932 r. Zgodnie z tym przepisem: „Kto znęca się fizycznie lub moralnie nad pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy osobą nieletnią poniżej lat 17 lub bezradną, podlega karze pozbawienia wolności do lat 5”. Jak wskazywał W. Makowski: „(...) znęcaniem się może być zarówno zadawanie razów, bicie, wogóle sprawianie bólu fizycznego, jakoteż sprawianie ciężkich przykrości moralnych, zarówno jednorazowe, jakoteż systematyczne, zarówno aktywne jak też polegające na zaniedbaniu, odmowie pożywienia itp. Słowem, każde postępowanie nacechowane zamiarem krzywdzenia fizycznego lub moralnego, w odpowiednich warunkach może być objęte pojęciem znęcania”⁴¹. Podobnie znęcanie definiował W. Gutekunst, dla którego było to: „(...) zarówno zadawanie bólu fizycznego, np. bicie, jak i sprawianie udręczeń moralnych, np.

⁴¹ W. Makowski, *Komentarz do art. 246 k.k. z 1932 r.* [w:] W. Makowski, *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1933, s. 548.

odmawianie zaspokajania elementarnych potrzeb w pożywieniu, wypoczynku itd.”⁴² Z przytoczonego poglądu można wywieść, że w zakres zachowań kryminalizowanych przez normę sankcjonowaną zawartą w art. 246 k.k. z 1932 r. wchodzić mogły także przypadki nękania innej osoby, o ile sprawca miał zamiar poprzez realizowanie określonych zachowań sprawić innej osobie krzywdy fizyczne czy też moralne. Odnosząc się natomiast do przedmiotu tego przestępstwa, to zdaniem M. Siewierskiego przedmiotem tego przestępstwa mogła być osoba nieletnia albo bezradna, czyli taka osoba, która nie może się przeciwstawić sprawcy ze względu na swoje właściwości osobiste. Cytowany autor jako przykłady takich podawał osoby cierpiące na choroby psychiczne lub na choroby fizyczne czy też osoby starsze⁴³. Z kolei W. Gutekunst przedmiot tego przestępstwa ujmował wężej. Jego zdaniem podmiotem tego przestępstwa mogły być wyłącznie osoby nieletnie do lat 17 oraz osoby bezradne⁴⁴. Ponadto przedmiotem przestępstwa z art. 246 k.k. z 1932 r. była także osoba pozostająca ze sprawcą w stałym lub przemijającym stosunku zależności. Jak wskazywał cytowany autor, stosunek zależności musiał istnieć *tempore criminis*⁴⁵. M. Siewierski definiując stosunek zależności stwierdził: „Zależność w rozumieniu art. 246 k.k. [z 1932 r. – przyp. M.G.] ma miejsce wówczas, gdy pokrzywdzony na skutek fizycznej, stałej lub czasowej, ograniczenia umysłowego, trudności materialnych, obawy przed przemocą, przed konsekwencjami służbowymi itp. nie jest w stanie samodzielnie zmienić warunków swego bytowania i zmuszony jest pozostawać w sytuacji wytworzonej z wyżej wymienionych przyczyn”⁴⁶. Prawodawca, więc istotnie zawęził zakres przedmiotu, na którym można było popełnić ów czyn do kręgu podmiotów wykazujących się w pewnym stopniu nieporadnością i potrzebujących pomocy ze strony sprawcy.

Kolejnym przepisem, jaki należy wskazać jest art. 228 k.k. z 1932 r. zgodnie z którym: „Kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze więzienia do lat 5”. W kontekście nękania istotne jest znamię namowy. W doktrynie wskazywano, że to znamię należy łączyć z podżeganiem⁴⁷. Kwestię podżegania w k.k. z 1932 r. regulował art. 26. Zdaniem M. Siewierskiego: „Podżeganiem jest działanie, zmierzające do wywołania w innej osobie woli spełnienia czynu przestępnego, do którego

⁴² W. Gutekunst, *Znęcanie się (art. 246)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne. Część szczególna (Zagadnienia wybrane)*, Wrocław 1965, s. 93.

⁴³ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 246 k.k. z 1932 r.* [w:] M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1958, s. 334.

⁴⁴ Zob. W. Gutekunst, *Znęcanie się...*, s. 93.

⁴⁵ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 246...*, s. 334.

⁴⁶ M. Siewierski, *Komentarz do art. 246...*, s. 335.

⁴⁷ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 228 k.k. z 1932 r.* [w:] M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 308.

sprawca podżega⁴⁸. Odnosząc się do sposobów, w jaki można było dokonać podżegania cytowany autor wskazywał, że k.k. z 1932 r. nie formułował żadnego katalogu sposobów podżegania innej osoby. Zatem podżeganie mogło przybierać różne formy, w tym formę namowy⁴⁹, groźby, prośby czy też obietnicy⁵⁰. W związku z tym za formę podżegania można uznać również nękanie sprawcy. Co istotne, zdaniem cytowanego autora podżegacz musiał działać umyślnie oraz wykazywać chęć wzbudzenia lub wzmocnienia u sprawcy chęci popełnienia czynu zabronionego⁵¹. Na gruncie art. 228 k.k. z 1932 r. owszem można mówić o namowie, a co za tym idzie o podżeganiu, ale nie do popełnienia przestępstwa, lecz do dokonania zamachu samobójczego. Rozróżnienie to nie jest bez znaczenia, bowiem na gruncie k.k. z 1932 r. jak i ustaw późniejszych samobójstwo nie było penalizowane. Wywieść to można posługując się założeniem o racjonalności prawodawcy. Bowiem, jeśli prawodawca chciałby, aby samobójstwo było zakazane przez normy sankcjonowane⁵², to nie wprowadziłby do systemu prawnego analizowanego przepisu. Odnosząc się do pozostałych znamion czynu zabronionego z art. 228 k.k. z 1932 r. wskazać należy, że aby sprawca przekroczył normę sankcjonowaną znajdującą się w tym przepisie, to namowa musiała być w związku przyczynowym z faktem dokonania albo usiłowania przez pokrzywdzonego targnięcia się na swoje życie⁵³. Jak wskazywał M. Siewierski namowa musiała być czynnikiem wpływającym w stanowczy sposób na podjęcie zamachu samobójczego przez pokrzywdzonego⁵⁴. J. Makarewicz twierdził, że namowa ta musiała być skierowana bezpośrednia do sprawcy. Ponadto zdaniem wskazanego autora, na gruncie tego przepisu nie chodziło o mechaniczny związek przyczynowy, bowiem: „(...) przechodzi [namowa do popełnienia samobójstwa – przyp. M.G.] poprzez medium swobodnej dyspozycji własnym życiem po stronie samobójcy”⁵⁵. Nadto, zakresem normowania objęte były zarówno przypadki samobójstwa dokonanego jak i usiłowanego. Natomiast zdaniem cytowanego autora

⁴⁸ M. Siewierski, *Komentarz do art. 26 k.k. z 1932 r.* [w:] M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 65.

⁴⁹ Zdaniem M. Siewierskiego stanowiła ona formę podżegania, jeśli podżegacz wzbudził lub wzmocnił u danej osoby wolę popełnienia czynu zabronionego. Jeśli osoba namawiana taką wolę miała, to zdaniem cytowanego autora zachodzi tutaj sytuacja nie podżegania, lecz pomocy psychicznej. Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 26...*, s. 66.

⁵⁰ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 26...*, s. 65.

⁵¹ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 26...*, s. 66.

⁵² Chodzi tutaj niekoniecznie o nowy typ czynu zabronionego, lecz np. możliwość poprzez choćby usiłowanie zamachu samobójczego, wypełnienia znamion istniejących typów czynów zabronionych, takich jak przestępstwo zabójstwa.

⁵³ J. Makarewicz wskazuje, że musi to być związek psychiczny. Zob. J. Makarewicz, *Komentarz do art. 228 k.k. z 1932 r.* [w:] J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 326.

⁵⁴ M. Siewierski, *Komentarz do art. 228...*, s. 308.

⁵⁵ J. Makarewicz, *Komentarz do art. 228...*, s. 326.

za czas popełnienia czynu zabronionego należy uznać moment dokonania albo usiłowania popełnienia samobójstwa⁵⁶.

Przy analizie odpowiedzialności karnej za nękanie innej osoby na gruncie k.k. z 1932 r. należy zwrócić jeszcze uwagę na art. 250 i art. 251. Zgodnie z pierwszym z przytoczonych przepisów: „Kto grozi innej osobie popełnieniem zbrodni albo występku na jej szkodę lub szkodę bliskich, jeżeli zachodzi prawdopodobieństwo spełnienia zapowiedzi i groźba może wzbudzić obawę w zagrożonym, podlega karze więzienia do lat 2 lub aresztu do lat 2”. W tym przepisie w aspekcie penalizacji nękania istotne znaczenie ma znamię groźby. Groźba, o której mowa w przytoczonym przepisie nazywana była groźbą karalną⁵⁷. Jak wskazuje M. Siewierski zakres nazwy „groźba karalna” był węższy od zakresu nazwy „groźba bezprawna”, która to miała swoją definicję w art. 91 § 4 k.k. z 1932 r.⁵⁸. Jak twierdzi J. Makarewicz groźba karalna miała zawierać w sobie oświadczenie, w którym to sprawa zapowiada pokrzywdzonemu popełnienie przestępstwa czy to w postaci zbrodni czy to w postaci występku⁵⁹. Odnośnie do formy groźby to nie musiała być ona wyrażona w formie słownej⁶⁰. Mogła więc zostać wyrażona np. w formie gestów czy słów. O. Chybiński jako przykłady groźby dokonanej za pomocą odpowiedniego zachowania się podawał: „(...) stanie pod cudzym oknem z siekierą w ręku lub gest oznaczający poderżnięcie gardła”⁶¹. K. Daszkiewicz-Paluszyńska wskazywała, że groźba mogła przybrać charakter groźby konkludentnej, a więc takiej groźby, której treść jest zrozumiała dla pokrzywdzonego, zaś dla osób trzecich jest niejasna. Groźba taka obejmowała również przypadki zapowiedzi działania pozornie przypominającego działanie przyjazne⁶². Autorka wyróżniała również groźbę „pośrednią”, która to zachodziła, kiedy między wypowiadającym groźbę a osobą, dzięki której treść groźby dociera do pokrzywdzonego istnieje porozumienie lub sprawca informując osobę trzecią o treści groźby wiedział, że groźba ta dotrze do pokrzywdzonego i godził się na to⁶³. Przytoczona autorka poruszała również kwestię groźby przybierającej postać „znęcania się”. Zdaniem K. Paluszyńskiej-Daszkiewicz możliwe było „znęcanie się” za pomocą groźby w przypadkach, w których sprawca ponawiając groźby powodował nasilenie przeżywanego przez bólu psychicznego lub fizycznego⁶⁴. Warto dodać, że prawodawca nie wskazywał, czy groźba karalna ma być zrealizowana jednym zachowaniem

⁵⁶ M. Siewierski, *Komentarz do art. 228...*, s. 308.

⁵⁷ Zob. J. Makarewicz, *Komentarz do art. 250 k.k. z 1932 r.* [w:] J. Makarewicz, *Kodeks karny...*, s. 557.

⁵⁸ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 250 k.k. z 1932 r.* [w:] M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 343.

⁵⁹ Zob. J. Makarewicz, *Komentarz do art. 250...*, s. 348.

⁶⁰ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 250...*, s. 343.

⁶¹ O. Chybiński, *Groźba karalna (art. 250)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne...*, s. 197.

⁶² K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958, s. 125.

⁶³ Zob. K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim...*, s. 137-138.

⁶⁴ Zob. K. Daszkiewicz-Paluszyńska, *Groźba w polskim...*, s. 141.

się sprawcy, czy też może stanowić ciąg zachowań. Wydaje się, że konstrukcja tego przepisu nie przekreślała możliwości wysłowienia groźby karalnej kilkoma zachowaniami, o ile groźba ta wywołałaby wskazany przez ustawodawcę skutek. W związku z tym należy uznać, że tak rozumianą groźbę karalną mogło stanowić nękanie. Prawodawca stwierdził, że aby groźba karalna była penalizowana musiało występować prawdopodobieństwo jej realizacji oraz groźba ta musiała wzbudzić poczucie zagrożenia u pokrzywdzonego. Natomiast art. 251 k.k. z 1932 r. wskazywał, że: „Kto przemocą lub groźbą bezprawną zmusza inną osobę do działania, zaniechania lub znoszenia, podlega karze więzienia do lat 2 lub aresztu do lat 2”. Zmuszanie należało rozumieć jako poddanie woli pokrzywdzonego woli sprawcy. Zmuszanie mogło przybrać formę zmuszania do działania lub zmuszania do zaniechania⁶⁵. W aspekcie nękania analizy wymagają znamiona przemocy i groźby bezprawnej. Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych znamion, wskazać należy za W. Makowskim, że przemoc polegała na użyciu siły (przy czym użycie siły nie musiało mieć charakteru bezpośredniego) w postaci bezpośredniego oddziaływania fizycznego na człowieka, ale oddziaływanie to mogło mieć charakter pośredni⁶⁶. Jak wskazywał cytowany autor chodziło tutaj o sytuację wytworzenia pewnej sytuacji fizycznej czy moralnej, w której to pokrzywdzony będzie musiał się poddać woli sprawcy⁶⁷. Jak można zauważyć, biorąc pod uwagę wcześniej sformułowaną definicję nękania, możliwe jest zmuszanie pokrzywdzonego do podjęcia się określonego działania lub zaniechania poprzez nękanie go. W konsekwencji znamię przemocy mogło być wypełnione przez nękanie. Kolejnym znamieniem wysłowionym w analizowanym przepisie jest znamię groźby karalnej. Pojęcie to zostało zdefiniowane w art. 91 § 4 k.k. z 1932 r., który to stanowił, że: „Groźba bezprawna jest to zarówno groźba spełnienia przestępstwa (groźba karalna), jako też groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego bliskich”. *Modus operandi* nękającego może polegać m.in. na stosowaniu gróźb wobec nękanego. Nadto, katalog zachowań, jakimi można dopuścić się nękania jest nad wyraz szeroki, a co za tym idzie należy uznać za możliwe nękanie innej osoby poprzez rozprowadzanie wiadomości mogących uwłaczać czci nękanego lub jego osób najbliższych. W konsekwencji znamię groźby bezprawnej można było wypełnić poprzez nękanie. Co istotne sprawca dopuszczając się przemocy czy też stosując groźbę bezprawną wobec pokrzywdzonego musiał działać w zamiarze zmuszenia go do określonego działania, zaniechania czy też znoszenia, co wynika z warstwy deskryptywnej art. 251 k.k. z 1932 r.

⁶⁵ Zob. O. Chybiński, *Zmuszanie (art. 251)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne...*, s. 199.

⁶⁶ Zob. W. Makowski, *Komentarz do art. 251 k.k. z 1932 r.* [w:] W. Makowski, *Kodeks karny...*, s. 561.

⁶⁷ Zob. W. Makowski, *Komentarz do art. 251...*, s. 561.

Należy się teraz odnieść do znamienia wdzierania się. Za M. Siewierskim należy wskazać, że znamień wdarcia się należało rozumieć jako „bezprawne przedostanie się do miejsc wymienionych w art. 252 [§ 1 – przyp. M.G.] wbrew jawnej lub dorozumianej woli osoby, uprawnionej do dysponowania nimi. Nie jest konieczne, aby użyto przy tym gwałtu nad rzeczą albo przemocy fizycznej lub groźby w stosunku do osoby”⁶⁸. Osobą uprawnioną do dysponowania była osoba, która: „danym miejscem rozporządza i ma je w wyłącznym władztwie”⁶⁹. Z przytoczonego *in extenso* poglądu wywieść można, że przepis ten penalizował samo wdarcie się do enumeratywnie wymienionych w tym przepisie miejsc bez zgody osoby uprawnionej, niezależnie od motywacji sprawcy. Nadto, do przekroczenia normy sankcjonowanej zawartej w tym przepisie ustawodawca nie wymagał konkretnego sposobu działania. W konsekwencji nękanie poprzez wdzieranie się do tych miejsc było penalizowane przez art. 252 k.k. z 1932 r., przy czym, jeśli sprawca nękał nękanego kilkakrotnie wdzierając się do wymienionych miejsc, to każde jego zachowanie z osobna stanowiło przekroczenie normy sankcjonowanej⁷⁰.

Oprócz wyżej wymienionych przepisów nękający, w zależności od sposobu działania, mógł ponieść odpowiedzialność karną także za: naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 253), pomówienie (art. 255), obrażenie godności osobistej (art. 256), zmuszenie urzędnika do podjęcia czynności urzędowej poprzez użycie przemocy lub groźby bezprawnej (art. 130), spowodowanie uszczerbku na zdrowiu polegającego na spowodowaniu trwałej choroby psychicznej (art. 235 § 1) lub rozstrój zdrowia trwające co najmniej 20 dni (art. 236 § 1 pkt a), czy też uszkodzenie cudzego mienia (art. 263 § 1). Szczegółowa analiza tychże przestępstw pod kątem realizacji ich znamion poprzez nękanie wykracza poza ramy niniejszej pracy.

Konkludując, kodeks karny z 1932 r. nie zawierał typu czynu zabronionego penalizującego nękanie innej osoby. Jednak nękanie innej osoby wypełniało znamiona szeregu przepisów, w tym przestępstwa znęcania się nad osobą pozostającą w stosunku zależności od sprawcy lub nad osobą poniżej 17 roku życia czy też nieporadną życiowo (art. 246), przestępstwa namowy do targnięcia się na własne życie (art. 228), przestępstwa groźby karalnej (art. 250), zmuszenia za pomocą przemocy lub groźby bezprawnej do określonego działania, zaniechania lub znoszenia (art. 251), czy też przestępstwa wdarcia się do cudzego lokalu, mieszkania (art. 252 § 1).

⁶⁸ M. Siewierski, *Komentarz do art. 252 k.k. z 1932 r.* [w:] M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 351.

⁶⁹ O. Chybiński, *Najście na dom (art. 252)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Prawo karne...*, s. 201.

⁷⁰ Innymi słowy, ile razy nękający wdzierał się np. do mieszkania nękanego, to tyle razy została przekroczona norma sankcjonowana wysłowiona w art. 252 k.k. z 1932 r.

§ 2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. - Prawo o wykroczeniach

Ten akt prawny zawierał dwa przepisy odnoszące się do nękania, przy czym regulacje te dotyczą wąskiego katalogu zachowań. Wspomnianymi przepisami były art. 28 p.w. i art. 30 p.w.

Zgodnie z art. 28 p.w.: „Kto krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spokój publiczny, podlega karze aresztu do 2 miesięcy albo grzywny do 2000 złotych”. M. Siewierski twierdził, że spokój publiczny należało rozumieć jako: „(...) stan rzeczy, który w danym miejscu, porze i czasie zgodnie z obowiązującymi przepisami prawnymi i ogólnie przyjętymi zwyczajami, uważa się za normalny i który leży w interesie publicznym”⁷¹. Natomiast zakłócanie spokoju publicznego, zdaniem tego autora: „(...) polega na sprowadzeniu wśród publiczności zaniepokojenia w postaci zatrwożenia bądź innego wyprowadzenia z równowagi psychicznej, jak np. wywołania uczucia złości, podniecenia, oburzenia, niesmaku itp.”⁷². *Prima facie* mogłoby się wydawać, że skoro omawiany przepis penalizował zakłócanie spokoju publicznego, a więc naruszanie pewnej sfery publicznej, to nie ma on związku z nękaniami, które bardziej narusza sferę prywatną, aniżeli publiczną. Nękanie jednak może dotyczyć w pewnym stopniu naruszenia sfery publicznej wtedy, gdy np. sprawca nęka ofiarę w przestrzeni publicznej na oczach innych osób, co wśród tych osób wzbudza poczucie zagrożenia oraz obawy, że nękający będzie zachowywał się w taki sposób względem nich lub gdy nękający zakłócając spokój publiczny chce oddziaływać w ten sposób na nękanego (nękanych). Dlatego też przepis ten dotyczył nękania. W analizowanym przepisie prawodawca wskazywał na sposób w jaki sprawca miał zakłócać spokój publiczny. Miał to czynić poprzez: krzyki, powodowanie hałasów, alarmowanie oraz poprzez inne wybryki. W skład zakresu nazwy „inne wybryki” wchodziły różnorakie zachowania dokonywane publicznie, takie jak: „głośna kłótnia, zatamowanie ruchu przez zajęcie chodnika, wniesienie trumny na salę balową, wołanie o pomoc jakkolwiek mu nic złego nie dzieje się itp.”⁷³, przy czym wspomniane „inne wybryki” mogły obejmować także zachowania, których sprawca dopuścił się niepublicznie⁷⁴. W konsekwencji zakres tej nazwy

⁷¹ M. Siewierski, *Komentarz do art. 28 p.w.* [w:] M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 491.

⁷² M. Siewierski, *Komentarz do art. 28...*, s. 491-492.

⁷³ A. Laniewski, K. Sobolewski, *Komentarz do art. 28 p.w.* [w:] A. Laniewski, K. Sobolewski, *Polski kodeks karny z 11. VII. 1932 r. wraz z prawem o wykroczeniach, przepisami wprowadzającym i utrzymaniem w mocy przepisami kodeksu karnego austriackiego, niemieckiego, rosyjskiego i skorowidzem.*, Lwów 1932, s. 169.

⁷⁴ Zob. A. Laniewski, K. Sobolewski, *Komentarz do art. 28...*, s. 169.

był nad wyraz szeroki, przy czym kierując się założeniem o racjonalności prawodawcy z zakresu nazwy „inne wybryki” należy wyłączyć pozostałe znamiona wskazujące na to w jaki sposób ma nastąpić naruszeniu spokoju publicznego⁷⁵. Niewątpliwie każdym z tych zachowań można dopuścić się nękania innej osoby czy też innych osób, a co za tym idzie możliwe było przekroczenie normy sankcjonowanej zawartej w art. 28 p.w. poprzez nękanie innej osoby, jeśli owo nękanie powodowało zakłócenie spokoju publicznego.

Drugi z przywołanych przepisów, czyli art. 30 p.w. miał następujące brzmienie: „Kto przez uporczywe wybryki zakłóca spoczynek nocny, podlega karze aresztu do tygodnia lub grzywny do 250 złotych”. Jak wskazuje M. Siewierski różnica pomiędzy czynem z art. 28 p.w., a czynem z art. 30 p.w. sprowadzała się do tego, że do przekroczenia normy sankcjonowanej zawartej w art. 30 nie było wymagane zakłócenie spokoju publicznego, zaś wybryki sprawcy miały charakteryzować się uporczywością⁷⁶. Zdaniem cytowanego autora uporczywe wybryki należało rozumieć jako: „(...) każde dłużej trwające lub powtarzające się działanie, które narusza przyjęte normy obyczajności powszechnej w dziedzinie porządku zewnętrznego”⁷⁷. Nadto, jak twierdził cytowany autor: „Znamiona uporczywego występku uwarunkowane są pewną cechującą odnośne działanie przekorną złośliwością, nie liczącą się z powszechnym prawem do spoczynku nocnego ugruntowanym na zasadach przyjętego współżycia z ludźmi”⁷⁸. Natomiast cytowany autor definiując porę spoczynku nocnego wskazywał, że jest to: „(...) pora przeznaczona wedle miejscowych zwyczajów dla snu ludzi”⁷⁹. Zakresem normowania objęte były przypadki nie tylko zakłócania spoczynku nocnego jednej osobie czy np. sąsiadom, ale również sytuacje zakłócenia spoczynku nocnego szerszemu kręgowi osób⁸⁰. Zakresem normowania, zdaniem M. Siewierskiego, objęta też była sytuacja, gdy sprawca zakłócał spoczynek nocny jednej osobie, ale w sposób zdolny zakłócić sen innym osobom⁸¹. Odnośnie do katalogu wybryków, jakie były objęte zakresem normowania tego przepisu, to słuszne jest stwierdzenie A. Laniewskiego i K. Sobolewskiego, że: „Przepis tego np. obejmuje każde uporczywe działanie powodujące zakłócenie spokoju nocnego”⁸². W związku z tym należy uznać, że jeśli sprawca nękał pokrzywdzonego poprzez zakłócanie mu snu, to realizował znamiona normy sankcjonowanej zawartej w art. 30 p.w.

⁷⁵ A więc należy wyłączyć spod zakresu tej nazwy: krzyki, hałasy oraz alarmy.

⁷⁶ Zob. M. Siewierski, *Komentarz do art. 30 p.w.* [w:] M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 494.

⁷⁷ M. Siewierski, *Komentarz do art. 30...*, s. 494.

⁷⁸ M. Siewierski, *Komentarz do art. 30...*, s. 494.

⁷⁹ M. Siewierski, *Komentarz do art. 30...*, s. 494.

⁸⁰ Zob. A. Laniewski, K. Sobolewski, *Komentarz do art. 30 p.w.* [w:] A. Laniewski, K. Sobolewski, *Polski kodeks karny...*, s. 170.

⁸¹ M. Siewierski, *Komentarz do art. 30...*, s. 494.

⁸² A. Laniewski, K. Sobolewski, *Komentarz do art. 30...*, s. 170.

Zatem na gruncie Prawa o wykroczeniach z 1932 r. nękający mógł odpowiadać za zakłócenie spokoju publicznego krzykiem, hałasem, alarmami czy innymi wybrykami (art. 28) oraz za zakłócenie uporczywymi wybrakami spoczynku nocnego innej osobie (art. 30).

§ 3. Kodeks karny z 1969 roku

W kodeksie karnym z 1969 r. ustawodawca, podobnie jak w kodeksie karnym z 1932 r., nie przewidział osobnego typu czynu zabronionego dla nękania innej osoby (osób). Jednak nękanie stanowiło realizację znamion innych typów czynów zabronionych.

Pierwszym przepisem jaki należy przeanalizować jest art. 151 k.k. z 1969 r. Zgodnie z tym przepisem: „Kto namową lub przez udzielenie pomocy doprowadza człowieka do targnięcia się na własne życie, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”. Dla analizy odpowiedzialności karnej za nękanie istotne znaczenie będzie miało znamię namowy. Jak wskazuje I. Andrejew, nie każda namowa do samobójstwa była penalizowana przez przywołany przepis. Penalizowana była, zdaniem autora, wyłącznie namowa do samobójstwa, którą sprawca doprowadza pokrzywdzonego do zamachu samobójczego⁸³. Z kolei zwrot „targnięcie się na własne życie” odnoszony był w doktrynie zarówno do samobójstwa dokonanego, jak i samobójstwa usiłowanego⁸⁴. Co istotne, namowa musiała być wyraźnie przyczynowo powiązana z zachowaniem suicidenta⁸⁵. Zatem nie każda namowa do samobójstwa była penalizowana przez ten przepis, lecz tylko taka, która była motywem (lub jednym z motywów) targnięcia się na własne życie przez namawianego. Ponadto, konstrukcja namowy była związana z instytucją podżegania, przy czym czyn ten stanowi swoistą postać przestępstwa⁸⁶. Instytucja podżegania była uregulowana w art. 18 § 1 k.k. z 1969 r. Zgodnie z tym przepisem: „Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego nakłania ją do tego”. W tym miejscu należy przywołać rozważania A. Wąska dotyczące relacji zakresów pojęć „namowa” i „nakłanianie” względem siebie. Wspomniany autor twierdził, że w odczuciu językowym pojęcie „namowa” należałoby odnosić wyłącznie do słownego oddziaływania na suicydenta. Cytowany autor jednak doszedł do wniosku, że rezultat wykładni językowej jest niejednoznaczny,

⁸³ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 151 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986, s. 134.

⁸⁴ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987, s. 95.

⁸⁵ W. Gutekunst, *Namowa lub pomoc do samobójstwa (art. 151)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Kodeks karny. Część szczególna*, Wrocław 1980, s. 142.

⁸⁶ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 95.

stąd też należy przychylić się do poglądu zgodnie, z którym zakres pojęć „namowa” i „nakłanianie” jest taki sam⁸⁷. A. Wąsek nadto twierdzi, że: „Namowa do samobójstwa to nie tylko wzbudzenie woli popełnienia samobójstwa, ale też skłonienie do realizacji już powstałego zamiaru targnięcia się na swe życie”⁸⁸. Żaden z przedstawionych autorów nie odnosi się do tego, w jaki sposób sprawca ma namówić suicydenta do targnięcia się na swe życie. Niemniej wydaje się, że na gruncie analizowanego przepisu istotniejszy od *modus operandi* sprawcy był skutek w postaci doprowadzenia do samobójstwa (choćby usiłowanego). Wydaje się zatem, że namowa mogła przybierać różne postacie, a zatem też zachowań, którym można było nadać miano nękania. Zatem sprawca nękania w przypadku doprowadzenia w taki sposób innej osoby do targnięcia się na swoje życie mógł odpowiadać z art. 151 k.k. z 1969 r.

Kolejnym przepisem k.k. z 1969 r., na który należy zwrócić uwagę analizując omawianą kwestię jest art. 166 k.k. z 1969 r., którego brzmienie było następujące: „Kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę najbliższych, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo karze grzywny”. Podobnie jak w przypadku przestępstwa groźby stypizowanego w k.k. z 1932 r., tak i również w przypadku groźby penalizowanej przez art. 166 k.k. z 1969 r., w doktrynie podnoszono, że: „Zapowiedź popełnienia przestępstwa może być wyrażona nie tylko za pomocą słów, ale również za pomocą odpowiedniego zachowania się...”⁸⁹. J. Bafia, K. Mioduski i M. Siewierski wskazują, że: „Do wypełnienia stanu faktycznego art. 166 konieczne jest, aby groźba, ze względu na swoją na swoją formę, okoliczności czynu oraz osobę grożącą i zagrożoną, mogła wzbudzić obawę w zagrożonym, że będzie spełniona”⁹⁰. Autorzy ci podnoszą również, że wzbudzenie obawy w pokrzywdzonym należy oceniać subiektywnie, a zatem z perspektywy pokrzywdzonego⁹¹. Przestępstwo to było przestępstwem skutkowym. I. Andrejew twierdzi, że skutkiem było: „(...) wzbudzenie w zagrożonym subiektywnej obawy, że groźba będzie spełniona (przestępstwo materialne); natomiast nie jest skutkiem obiektywne niebezpieczeństwo spowodowania groźby”⁹². Podobnie jak w przypadku przestępstwa groźby stypizowanego w k.k. z 1932 r. konstrukcja tego przepisu nie wyłączała groźby „pośredniej”, a więc groźby, której treść nie jest formułowana wprost do sprawców, lecz względem osób trzecich w taki sposób, żeby sprawca mógł dowiedzieć się o treści owej

⁸⁷ Zob. A. Wąsek, *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982, s. 60.

⁸⁸ Zob. A. Wąsek, *Karnoprawna problematyka...*, s. 60.

⁸⁹ Zob. O. Chybiński, *Groźba karalna (art. 166)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Kodeks karny...*, s. 205.

⁹⁰ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 129.

⁹¹ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 129.

⁹² Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 166 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny...*, s. 146.

groźby⁹³. Wydaje się, że możliwe było również popełnienie tego czynu poprzez groźbę „konkludentną”, jak i poprzez „znęcanie się”. Treść groźby z kolei, w myśl warstwy deskryptywnej, musiała dotyczyć popełnienia przestępstwa na szkodę pokrzywdzonego lub osób najbliższych. Nie były więc penalizowane przypadki, kiedy sprawca groził popełnieniem wykroczenia (taka groźba była penalizowana przez inne przepisy)⁹⁴. Pojęcie groźby karalnej było na gruncie k.k. z 1969 r. pojęciem węższym od pojęcia groźby bezprawnej (mającej swoją definicję legalną w art. 120 § 10 k.k. z 1969 r.), która obejmowała dodatkowo groźbę spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci pokrzywdzonego albo jego najbliższych⁹⁵. Taka konstrukcja przestępstwa groźby karalnej odwoływała się więc nie tylko do elementu obiektywnego, a więc zakomunikowania przez sprawcę zamiaru popełnienia przestępstwa na szkodę pokrzywdzonego lub jego najbliższych, ale również do elementu subiektywnego, czyli negatywnego wpływu na psychikę sprawcy wywołanego poznaniem treści groźby. Należy zauważyć, że na podobnych filarach osadzona jest konstrukcja nękania. Z jednej strony mamy do czynienia z pewnym mniej lub bardziej postrzegalnymi zachowaniami albo zachowaniem się sprawcy, z drugiej strony zaś z udręceniem pokrzywdzonego będącego następstwem realizacji przez sprawcę tych zachowań albo zachowania. Niemniej, aby zostały wypełnione znamiona analizowanego czynu poprzez nękanie musiał być spełniony jeszcze jeden warunek – rozciągnięcie w czasie zachowań. Skoro groźba mogła być zakomunikowana sprawcy niemalże w sposób dowolny, to nie można wykluczyć sytuacji, że groźba karalna mogła być *in concreto* również konglomeratem zachowań zmierzających do udręczenia pokrzywdzonego. Rzecz jasna, możliwa była sytuacja przybrania przez tak rozumianą groźbę, jednego zachowania rozciągniętego w czasie. Stąd też sprawca nękania swoim zachowaniem albo zachowaniami mógł wypełnić znamiona czynu z art. 166 k.k. z 1969 r.

Istotne znaczenie miał też art. 167 § 1 k.k. z 1969 r., który stanowił, że: „Kto używa przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego zachowania się, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny”. I. Andrejew wskazuje, że użycie przemocy należało rozumieć jako użycie siły fizycznej zmuszającej inną osobę do działania albo znoszenia czegoś⁹⁶. Wspomniany autor dodał również, że przemoc może mieć polegać na bezpośrednim działaniu na osobę (np. przez pchnięcie czy zatrzymanie) albo na działaniu na nią w sposób pośredni (np. przez zamknięcie dostępu do pomieszczenia

⁹³ Zob. O. Chybiński, *Groźba karalna (art. 166)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Kodeks karny...*, s. 205.

⁹⁴ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 129.

⁹⁵ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 129.

⁹⁶ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 167 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny...*, s. 146.

czy poprzez wypuszczenie powietrza z opon samochodu)⁹⁷. Przemoc niekoniecznie musiała być zastosowana względem pokrzywdzonego. Mogła być zastosowana względem innej osoby lub nawet rzeczy⁹⁸. Z kolei pojęcie groźby bezprawnej miało swoją definicję legalną w art. 120 § 10 k.k. z 1969 r. Zgodnie z tym przepisem: „Groźba bezprawna jest to zarówno groźba, o której mowa w art. 166 [k.k. z 1969 r. – przyp. M.G.], jak i groźba spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego najbliższych; nie stanowi groźby zapowiedź spowodowania postępowania karnego, jeżeli ma ona jedynie na celu ochronę prawa naruszonego przestępstwem”. Gwoli przypomnienia groźba, o której mowa w art. 166 k.k. z 1969 r. była groźbą spowodowania przestępstwa na szkodę pokrzywdzonego lub osoby mu najbliższej. Zatem groźba bezprawna była zakresowo szersza od groźby karalnej. Groźba bezprawna nie została skonstruowana, zdaniem J. Bafii, K. Mioduskiego i M. Siewierskiego, jako groźba realna – czyli taka, którą ma sprawca spełnić. Wykonanie jej nie musiało być, więc ani zamierzone, ani możliwe. Groźba miała wydawać się na tyle poważna, że była w stanie determinować działanie pokrzywdzonego⁹⁹. Autorzy ci wskazali również, że: „Groźba bezprawna może być wyrażona nie tylko słowem, lecz także gestem, wyrazem twarzy, a także zachowaniem się groźącego, które w sposób zrozumiwały dla pokrzywdzonego umożliwia mu poznanie treści groźby”¹⁰⁰. Co istotne, warunek przestępności odnoszący się do wzbudzenia obawy w pokrzywdzonym zawarty w art. 166 k.k. z 1969 r. nie należał do znamion analizowanego czynu. W analizowanym przepisie warunkiem przestępności była przedmiotowo uwarunkowana zewnętrznymi okolicznościami danego czynu zdolność groźby do wywarcia nacisku na wolę pokrzywdzonego, celem skłonienia go do określonego działania lub znoszenia działań¹⁰¹. Warto również nadmienić, że podobnie jak w przypadku czynu z art. 166 k.k. z 1969 r., tak w przypadku czynu z art. 167 groźba karalna nie musiała zostać skierowana bezpośrednio do pokrzywdzonego, lecz mogła być skierowana do niego za pośrednictwem osób trzecich¹⁰². Niewątpliwie działania *stalkera* mogą oddziaływać na funkcjonowanie pokrzywdzonego. Sprawca nękania może zmuszać swoją ofiarę do pewnego zachowania lub powstrzymywania się od jakichś zachowań. Metody takiego wywierania wpływu mogą być różne, w tym poprzez zastosowanie groźby. Wydaje się, że stosowanie przemocy również mogłoby odpowiadać nie-

⁹⁷ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 167...*, s. 146.

⁹⁸ Zob. O. Chybiński, *Zmuszanie (art. 167)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Kodeks karny...*, s. 207.

⁹⁹ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 132.

¹⁰⁰ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 133.

¹⁰¹ J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 132.

¹⁰² J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 133.

kiedy charakterystyce nękania, o ile wywołuje ono negatywny wpływ psychiczny u pokrzywdzonego (np. prowadzi do jego udręczenia). Zatem wydaje się, że sprawca nękania mógł na gruncie k.k. z 1969 r. odpowiadać z omawianego przepisu.

Warto także odwołać się do art. 171 § 1 k.k. z 1969 r., który stanowił, że: „Kto wdziera się do cudzego domu, mieszkania, lokalu, pomieszczenia albo ogrodzonej działki gruntu związanej z ich użytkowaniem lub służącej za miejsce pobytu albo wbrew żądaniu osoby uprawnionej miejsca takiego nie opuszcza, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny”. W kontekście karalności nękania istotne będzie znamię wdarcia się. Wdarcie się O. Chybiński rozumie jako: „(...) dostanie się na teren domu, mieszkania itp. wbrew wyraźnej lub dorozumianej woli osoby uprawnionej”¹⁰³. Nie wymagano przy tym użycia przemocy fizycznej czy podstępny. Było, więc wdarcie się np. wejście przez otwarte okno czy za pomocą drzwi dobranym kluczem¹⁰⁴. Osobę uprawnioną rozumiano nie tylko jako właściciela, ale także posiadacza, użytkownika, najemcę, zastępcę powyższych, domowników, pracowników itp.¹⁰⁵. Żądanie takiej osoby uprawnionej mogło być wyrażone w dowolny sposób. Mogło być skierowane bezpośrednio do sprawcy lub za pośrednictwem innej osoby¹⁰⁶. I. Andrejew sugeruje, aby pojęcia „dom”, „mieszkanie”, „lokal”, „pomieszczenie”, „ogrodzona działka gruntu” rozumieć zgodnie z potocznym znaczeniem tych wyrazów¹⁰⁷. Z kolei J. Bafia, K. Mioduski i M. Siewierski stwierdzają, że pod pojęcie domu podpadają nie tylko pomieszczenia mieszkalne, ale także pomieszczenia niezamieszkałe, które są przeznaczone do różnego użytkowania oraz użytkowane działki gruntu¹⁰⁸. I. Andrejew stwierdza, że ogrodzona działka gruntu mogła być miejscem czynu tylko wtedy, gdy służyła za miejsce pobytu (jako przykład autor ten podaje *camping*) albo gdy była związana z użytkowaniem domu, mieszkania, pomieszczenia czy lokalu¹⁰⁹. O. Chybiński podaje zamknięty katalog przedmiotów czynu zabronionego. W skład tego katalogu wchodziły: dom, mieszkanie, lokal, pomieszczenie, ogrodzona działka gruntu związana z użytkowaniem wspomnianych przedmiotów czynu czy też ogrodzona działka gruntu służąca za miejsce pobytu, przy czym autor dodaje, że wspomniane przed-

¹⁰³ Zob. O. Chybiński, *Najście domu (art. 171)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Kodeks karny...*, s. 215.

¹⁰⁴ Zob. O. Chybiński, *Najście domu...*, s. 215; I. Andrejew, *Komentarz do art. 171 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny...*, s. 151 czy J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 144.

¹⁰⁵ Zob. O. Chybiński, *Najście domu...*, s. 216.

¹⁰⁶ I. Andrejew, *Komentarz do art. 171...*, s. 151.

¹⁰⁷ I. Andrejew, *Komentarz do art. 171...*, s. 151.

¹⁰⁸ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 144.

¹⁰⁹ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 171...*, s. 151.

mioty miały być dla sprawcy cudze, a więc sprawca nie mógł być osobą uprawnioną do skorzystania z nich¹¹⁰. Warto również wspomnieć o momencie popełnienia tego czynu zabronionego. Jego popełnienie następowało w momencie, gdy sprawca znajdował się chociażby częściowo na terenie domu mieszkania itd. O. Chybiński jako przykład podaje, że już samo wstawienie nogi między próg a drzwi stanowiło realizację znamion tego przestępstwa¹¹¹. Penalizowane przez omawiany przepis przypadki stanowią jeden z przykładów działania nękającego. Stąd też uznać należy, że niniejszy przepis w dość ograniczonym zakresie mógł zapewniać karnoprawną ochronę przed nękaniami.

Analizując kwestię odpowiedzialności karnej za nękanie innej osoby należy przywołać także dwa przepisy: art. 172 § 1 i § 2 k.k. z 1969 r. Art. 172 § 1 brzmiał następująco: „Kto bez uprawnienia otwiera zamknięte pismo dla niego nie przeznaczone albo ukrywa lub niszczy cudzą korespondencję, zanim adresat się z nią zapoznał, albo przyłącza się do przewodu służącego do podawania wiadomości, albo podstępnie uzyskuje nie przeznaczoną dla niego wiadomość nadaną przy użyciu środków telekomunikacji, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny”. Natomiast § 2 art. 172 miał poniższe brzmienie: „Tej samej karze [karze pozbawienia wolności do lat 2, ograniczenia wolności albo grzywny – przyp. M.G.] podlega, kto tak uzyskaną wiadomość przekazuje”. Otwarcie zamkniętego pisma należało rozumieć jako rozdarcie lub odklejenie koperty czy też innego zabezpieczenia, którym nadawca posłużył się, aby nadać mu charakter listu zamkniętego¹¹². Ukrycie korespondencji to każda czynność utrudniająca lub uniemożliwiająca jej odszukanie. Zniszczenie korespondencji było każdą czynnością unicestwiającą lub czyniącą niezdatną do użytku chociażby w części¹¹³. Było ono karane, jeśli nastąpiło przed zapoznaniem się adresata z treścią wiadomości¹¹⁴. Z kolei przyłączenie się do przewodu służącego do podawania wiadomości O. Chybiński rozumie jako czynność umożliwiającą uzyskanie wiadomości za pomocą takiego przewodu. Podstępne uzyskanie wiadomości następowało, gdy wiadomość została uzyskana przez wprowadzenie innej osoby w błąd lub wyzyskanie jej błędu¹¹⁵. Wbrew przyjętej nazwie tego przestępstwa, jaką było naruszenie tajemnicy korespondencji, treść wiadomości nie musiała przybierać formy pisemnej, mogła to być również forma ustna¹¹⁶. Nie wydaje się zasadne na potrzeby problematyki

¹¹⁰ Zob. O. Chybiński, *Najście domu...*, s. 216.

¹¹¹ Zob. O. Chybiński, *Najście domu...*, s. 216.

¹¹² Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 172 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny...*, s. 152.

¹¹³ Zob. O. Chybiński, *Naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 172)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Kodeks karny...*, s. 218.

¹¹⁴ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 146.

¹¹⁵ Zob. O. Chybiński, *Naruszenie tajemnicy...*, s. 218.

¹¹⁶ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 146.

karalności nękania przytaczanie definicji wyrazów czy zbitek słownych takich jak: „pismo”, „korespondencja” czy „wiadomość nadana przy użyciu środków telekomunikacyjnych”. Warto jednak wskazać, że korespondencja, której tajemnicę narusza sprawca miała być cudza, a więc nie mogła być ona przeznaczona dla niego¹¹⁷. Zapoznanie się z pismem, które było przekazywane jako otwarte (np. pocztówką) nie stanowiło przekroczenia normy sankcjonowanej zawartej w art. 172 § 1 k.k. z 1969 r.¹¹⁸. Nie wymagano również, żeby w treści takich wiadomości mieściły się wiadomości mające charakter tajemnicy¹¹⁹. Odrębny typ czynu zabronionego, jak już wspomiano, uregulowany został w art. 172 § 2 k.k. z 1969 r. Zdaniem I. Andrejewa między czynem z art. 172 § 1 oraz czynem z art. 172 § 2 dochodziło do pozornego zbiegu przestępstw, zaś czyn z § 1 lub § 2 traktowano jako współukaraną czynność (w zależności od stanu faktycznego współukaraną uprzednio lub współukaraną następczo)¹²⁰. Ustawodawca penalizował w art. 172 § 2 k.k. z 1969 r. dalsze przekazywanie wiadomości w sposób uzyskany, o którym mowa w § 1, przy czym nie wymagano, aby to sprawca czynu uzyskał w taki sposób wiadomość. Penalizowane były również przypadki, kiedy w sposób opisany w § 1 treść korespondencji została uzyskana przez osobę trzecią, zaś sprawca wiedział o sposobie jej uzyskania¹²¹. Zdaniem O. Chybińskiego przekazanie wiadomości to: „(...) podanie wiadomości dalej, np. osobie trzeciej”¹²². Przekazanie wiadomości polegało również na podaniu wiadomości drukiem lub innymi środkami, a także na komunikowaniu wiadomości innym osobom w sposób niemający charakteru publicznego¹²³. Czynności sprawcze opisane w obu przytoczonych przepisach stanowią niewątpliwie jeden z możliwych sposobów działania sprawców nękania. Zatem należy uznać, że sprawca nękania na gruncie k.k. z 1969 r., który działania polegały na naruszeniu tajemnicy korespondencji lub przekazywaniu dalej korespondencji uzyskanej w sposób nieuprawniony mógł ponosić odpowiedzialność karna odpowiednio z art. 172 § 1 lub z art. 172 § 2 k.k. z 1969 r.

Omówienia wymaga także art. 184 § 1 k.k. z 1969 r. Brzmiał on następująco: „Kto znęca się fizycznie lub moralnie na członkiem swojej rodziny lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy albo małoletnim lub osobom bezradną, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 5”. Odnosząc się do przedmiotu przestępstwa, członka rodziny należało rozumieć jako małżonka sprawcy, jego rodziców i dzieci

¹¹⁷ Zob. O. Chybiński, *Naruszenie tajemnicy ...*, s. 219.

¹¹⁸ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 146.

¹¹⁹ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 146.

¹²⁰ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 172 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny...*, s. 153.

¹²¹ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 146.

¹²² Zob. O. Chybiński, *Naruszenie tajemnicy...*, s. 218.

¹²³ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 147.

oraz osoby pozostające z nim w stosunku przysposobienia¹²⁴. Ochrona ta przysługiwała niezależnie od istnienia innej więzi ze sprawcą aniżeli stosunek pokrewieństwa¹²⁵. Natomiast stosunek zależności od sprawcy zachodził, gdy: „(...) pokrzywdzony nie jest zdolny z własnej woli przeciwstawić się znęcaniu i znosi je z obawy przed pogorszeniem swoich dotychczasowych warunków życiowych”¹²⁶. Jako osobę małoletnią na gruncie tego przepisu rozumiano osobę, która nie ukończyła 18 roku życia¹²⁷. Wiek ten ulegał obniżeniu, jeśli osoba, która nie ukończyła 18 roku życia wstąpiła w związek małżeński¹²⁸. Osoby bezradne to osoby, które: „(...) z powodu swoich właściwości fizycznych: podeszłego wieku, kalectwa, obłożnej choroby lub właściwości psychicznych (np. upośledzenie umysłowe) nie mają możliwości samodzielnie ani decydować o swoim losie, ani zmienić swojego położenia”¹²⁹. Odnosząc się natomiast do strony przedmiotowej należy zauważyć, że znęcanie mogło przybrać dwojaką formę: znęcania się fizycznego lub znęcania się moralnego. Znęcanie mogło polegać zarówno na działaniu jak i zaniechaniu¹³⁰. Znęcanie się fizyczne polegało na zadawaniu cierpień fizycznych (np. biciu), z kolei znęcanie się moralne było to zadawanie udręczeń moralnych (np. lżenie, okazywanie pogardy czy straszenie)¹³¹. J. Bafia, K. Mioduski i M. Siewierski uważali, że znęcanie się było złożone zazwyczaj z wielu fragmentów wykonawczych działania przestępnego¹³². Znamię znęcania się było znamieniem w pewnym stopniu znamieniem ocennym. Niemniej, o tym czy dane zachowania lub zachowania się sprawcy można było uznać za znęcanie się decydowała obiektywna ocena etyczna, nie zaś subiektywne odczucie pokrzywdzonego¹³³. Znamię czasownikowej czynności sprawczej obejmowało, więc wiele rodzajów zachowań się sprawcy. Ustawodawca przewidział również typ kwalifikowany tego czynu. Został on uregulowany w art. 184 § 2. Zgodnie z tym przepisem: „Jeżeli następstwem czynu jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze od roku do lat 10”. Zwrot „targnięcie się na pokrzywdzonego na własne życie” rozumiany był nie tylko jako samobójstwo dokonane, ale również jako samobójstwo usiłowane¹³⁴. Zatem znaczenie tego znamienia było takie samo jak w przypadku tego samego znamienia użytego w art. 151 k.k. z 1969 r. I. Andrejew wskazuje, że za-

¹²⁴ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 174.

¹²⁵ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 172 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny...*, s. 164.

¹²⁶ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 175.

¹²⁷ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 184 k.k. z 1969 r.* [w:] I. Andrejew, *Kodeks karny...*, s. 164.

¹²⁸ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 175.

¹²⁹ Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 175.

¹³⁰ Zob. O. Chybiński, *Znęcanie się (art. 184)* [w:] O. Chybiński, W. Gutekunst, W. Świda, *Kodeks karny...*, s. 265.

¹³¹ Zob. O. Chybiński, *Znęcanie się...*, s. 265.

¹³² Zob. J. Bafia, K. Mioduski, M. Siewierski, *Kodeks karny...*, s. 177.

¹³³ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 184...*, s. 164.

¹³⁴ Zob. O. Chybiński, *Znęcanie się...*, s. 268.

mach był następstwem znęcania się, jeśli pomiędzy znęcaniem się nad pokrzywdzonym a zamachem samobójczym zachodził związek przyczynowy¹³⁵. Wydaje się, że spośród omawianych wszystkich omawianych w niniejszej pracy przepisów k.k. z 1969 r., to właśnie art. 184 § 1 najbardziej oddaje charakterystykę nękania, przy czym bardziej nękanie należy porównywać ze znęcaniem się moralnym aniżeli ze znęcaniem się fizycznym, bowiem skutkiem nękania nie jest zadawanie krzywdy fizycznej, lecz krzywdy psychicznej. Natomiast art. 184 § 2 można było odnosić do bardziej drastycznych skutków nękania.

Podsumowując, zgodnie z k.k. z 1969 r. osoba dopuszczająca się nękania innej osoby mogła w zależności od sposobu działania odpowiadać karnie za: namowę nękanego do targnięcia się na swoje życie (art. 151), groźbę karalną (art. 166), zmuszanie za pomocą przemocy lub groźby bezprawnej do określonego zachowania się (art. 167 § 1), naruszenie miru domowego (art. 171 § 1), naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 172 § 1), przekazanie wiadomości uzyskanej w wyniku naruszenia tajemnicy korespondencji (art. 172 § 2), znęcanie się (art. 184 § 1) oraz doprowadzenie do targnięcia się na własne życie poprzez znęcanie się (art. 184 § 2). Należy jednak pamiętać, że z racji szerokiego katalogu zachowań, jakimi można nękać inną osobę, sprawca mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej również za naruszenie norm sankcjonowanych zakodowanych w nieomówionych w niniejszej pracy przepisach k.k. z 1969 r. Niemniej, przestępstwa będące przedmiotem powyższych rozważań wydają się opisywać typowe zachowania stanowiące nękanie innej osoby.

§ 4. Kodeks karny z 1997 roku – prace legislacyjne nad art. 190a

Przed przejściem do omówienia prac legislacyjnych nad wprowadzeniem do systemu prawnego art. 190a k.k., należy wskazać, że w latach 1997 – 2011 k.k. nie przywidywał osobnego typu czynu zabronionego dla nękania. Jednak nie oznaczało to, że sprawca dopuszczający się nękania innej osoby nie mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Podobnie jak we wcześniej omawianych kodeksach karnych z 1932 i 1969 r. nękanie wypełniało znamiona innych czynów zabronionych. Z racji tego, że mowa tutaj o obecnie obowiązującej ustawie, a przepisy te nie uległy znaczącym modyfikacjom, należy zaniechać wskazania wspomnianych przepisów i ich analizy w niniejszym rozdziale. Regulacje te zostaną omówione w dalszej części pracy.

¹³⁵ Zob. I. Andrejew, *Komentarz do art. 184...*, s. 165.

W kwestii tworzenia regulacji karnoprawnych odnoszących się wprost do nękania istotny był rok 2009. Wówczas Ministerstwo Sprawiedliwości zleciło zbadanie skali zjawiska nękania w Polsce, które zostały przekazane Ministerstwu w dniu 28 kwietnia 2010 r.¹³⁶. Badania te dały asumpt do dyskusji na forum Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego, co do celowości penalizacji zjawiska nękania¹³⁷. Efektem posiedzeń Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego było zaproponowanie wprowadzenia nowego typu czynu zabronionego, który to mógłby przybrać następującą formę:

„Art. 190a. § 1. Kto przez uporczywe nękanie innej osoby doprowadza ją lub osobę jej najbliższą do uzasadnionego odczuwania strachu lub narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto złośliwie wykorzystuje dane osobowe innej osoby celem narażenia jej na szkodę materialną lub osobistą.

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12.

§ 4. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub § 2 odbywa się na wniosek pokrzywdzonego”¹³⁸.

Następnie projekt ten w dniu 21 lipca 2010 r. został skierowany do uzgodnień wewnętrznych, zaś 13 września 2010 r. uzyskał rekomendację Komitetu Stałego Rady Ministrów. Rada Ministrów przyjęła projekt w dniu 19 października 2010 r.¹³⁹. Warto nadmienić, że przyjęcie omawianego projektu nastąpiło poza planem prac legislacyjnych Rady Ministrów¹⁴⁰.

W dniu 27 października 2010 r. do Marszałka Sejmu wpłynął rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny¹⁴¹. W art. 1 pkt 2 zawarto brzmienie nowego przepisu – art. 190a, które było następujące:

¹³⁶ Zob. A. Cieleń, M. Matczak, T. Zalasieński, R. Zubek, *Barometr legislacyjny: Analiza wykonywania prac legislacyjnych Rady Ministrów na II półroczu 2010 r.*, Warszawa 2011, s. 17, [https://www.ey.com/Publication/vwLU-Assets/EY_Barometr_VI.pdf/\\$FILE/EY_Barometr_VI.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLU-Assets/EY_Barometr_VI.pdf/$FILE/EY_Barometr_VI.pdf) [dostęp: 10.02.2019].

¹³⁷ Zob. A. Cieleń, M. Matczak, T. Zalasieński, R. Zubek, *Barometr legislacyjny...*, s. 17.

¹³⁸ M. Królikowski, *Opinia dotycząca zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego czynu zabronionego*, Warszawa 2010, s. 10, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/download,1216,12.html> [dostęp: 10.02.2019].

¹³⁹ Zob. A. Cieleń, M. Matczak, T. Zalasieński, R. Zubek, *Barometr legislacyjny...*, s. 17.

¹⁴⁰ Zob. A. Cieleń, M. Matczak, T. Zalasieński, R. Zubek, *Barometr legislacyjny...*, s. 17.

¹⁴¹ Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 3553), [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/\\$file/3553.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/$file/3553.pdf) [dostęp: 10.02.2019].

„Art. 190a § 1. Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do 3 lat.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto wykorzystuje wizerunek innej osoby lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej.

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Ściganie przestępstw określonych w § 1 i 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego¹⁴².

W uzasadnieniu do projektu projektodawca wskazał, że: „Celem niniejszej regulacji jest stworzenie instrumentu ochrony prawnej w reakcji na negatywne zjawisko społeczne zwane «stalkingiem»»,¹⁴³. Odwołując się do wspomnianego uzasadnienia, należy zwrócić uwagę na przywołane przez projektodawcę, wspomniane wyżej badania analityczne zainicjowane w 2009 r. przez Ministerstwo Sprawiedliwości, których celem było rozpoznanie skali nękania w Polsce. Badania te przeprowadzono na losowej grupie 10 200 respondentów, spośród których 9,9 % stwierdziło, że było ofiarą nękania, co pozwoliło projektodawcy dojść do wniosku, że ofiarami zjawiska nękania mogły zostać 3 miliony osób¹⁴⁴. Projektodawca przywołał także opinie badanych co do penalizacji nękania zgodnie, z którymi: „(...) za penalizacją uporczywego nękania opowiedziało się aż 87 % badanych, przeciw zaledwie 5 %, a 8 % nie miało w tej sprawie opinii...”¹⁴⁵. W dalszej części uzasadnienia do projektu projektodawca wskazał, że obowiązujące wówczas regulacje karnoprawne nie penalizowały wszystkich form nękania, przez co nie zawsze można było dokonać karnoprawnej oceny popełnionego przez nękańcego czynu¹⁴⁶. Nadto, zdaniem projektodawcy, nękanie narusza konstytucyjne wartości, takie jak godność człowieka, wolność, prawo do prywatności, prawo do decydowania o swoim życiu, zakaz poniżania czy też, w skrajnych przypadkach, wolność od nieludzkiego traktowania¹⁴⁷. Można wywnioskować, że poniższe argumenty, zdaniem projektodawcy, uzasadniały wprowadzenie do systemu prawnego norm penalizujących nękanie.

¹⁴² Warto nadmienić, że zaproponowane w projekcie ustawy brzmienie art. 190a § 2 zostało zmienione względem brzmienia zaproponowanego przez Komisję Kodyfikacyjną Prawa Karnego. Zmiany te polegały na usunięciu z przepisu znamienia złośliwości oraz dodaniu w warstwie deskryptywnej przepisu znamienia wykorzystania wizerunku.

¹⁴³ Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (Druk 3553), s. 1, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/\\$file/3553-uzas.doc](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/$file/3553-uzas.doc) [dostęp: 10.02.2019].

¹⁴⁴ Uzasadnienie do projektu..., s. 2. Należy dodać, że w uzasadnieniu projektodawca odwołał się do badań przeprowadzonych przez A. Siemaszkę wraz z zespołem, które zostały przytoczone we wprowadzeniu.

¹⁴⁵ Uzasadnienie do projektu..., s. 2.

¹⁴⁶ Zob. Uzasadnienie do projektu..., s. 3-5.

¹⁴⁷ Zob. Uzasadnienie do projektu..., s. 5.

W dniu 27 października 2010 r. projekt ustawy został skierowany do I czytania na posiedzeniu Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej, które odbyło się 24 listopada 2010 r. Wówczas projekt został skierowany do Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach¹⁴⁸.

W toku prac nad projektem ustawy w Sejmie Rzeczypospolitej Polskiej na zlecenia Biura Analiz Sejmowych zostały zlecone dwie opinie prawne. W pierwszej z nich przygotowanej przez A. Sakowicza została wskazana przez tego autora potrzeba zmiany sankcji karnej w przypadku przepisów art. 190a § 1 i § 2, które powinny: „(...) przewidywać zagrożenie karą grzywny, karą ograniczenia wolności oraz karą pozbawienia wolności do 2 lat”¹⁴⁹. Zdaniem A. Sakowicza zagrożenie sankcją w wysokości do 3 lat pozbawienia wolności jest nazbyt surowe. Nadto, proponowana zmiana pozwoliłaby: „(...) zachować spójność wewnętrzną kodeksu karnego w zakresie ustawowego zagrożenia, gdy chodzi o zachowania, które w porównywalny sposób ingerują w sferę szeroko rozumianej wolności jednostki”¹⁵⁰. Cytowany autor proponował także, aby sankcja karna za typ kwalifikowany przestępstwa uporczywego nękania, była taka sama jak w przypadku typu kwalifikowanego przestępstwa znęcania się, czyli kara pozbawienia wolności od 2 lat do lat 12¹⁵¹. Drugą opinię prawną do projektu ustawy natomiast przygotował M. Mozgawa. Cytowany autor wskazał, że należy zastąpić zwrot „uporczywe nękanie” zwrotem „nękanie”, bowiem zdaniem M. Mozgawy już w samym określeniu „nękać” zawiera się konieczność dopuszczenia się przez sprawcę szeregu zachowań. Znamię uporczywości, zdaniem przywołanego autora, mogłoby: „(...) implikować dodatkowe wymagania ustawowe, które będą tylko utrudniały stosowanie tego przepisu w praktyce”¹⁵². Ponadto, wskazując na nieostrość znamienia nękania cytowany autor sugerował, aby wprowadzić w art. 115 k.k. definicję legalną zwrotu „nękać”¹⁵³. Autor widział także wątpliwości odnośnie do przedmiotu czynności wykonawczej jaką jest inna osoba najbliższa. Termin ten ma swoją definicję legalną w art. 115 § 11 k.k. i w związku z definicją legalną innej osoby najbliższej: „(...) przepis [art. 190a § 1 k.k. – przyp. M.G.] nie obejmuje sytuacji, gdy nękana jest osoba, która nie jest najbliższą w rozumieniu ustawowym, ale faktycznym (np. nie mieszkająca wspólnie z pokrzywdzonym jego narzeczona)”¹⁵⁴. Cytowany autor wskazał także, że poprzez użycie w art. 190a

¹⁴⁸ Zob. <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3553.htm> [dostęp: 10.02.2019].

¹⁴⁹ A. Sakowicz, *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk 3553)*, Warszawa 2010, s. 1, [http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/\\$file/i2133-10.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/$file/i2133-10.rtf) [dostęp: 10.02.2019].

¹⁵⁰ A. Sakowicz, *Opinia prawna...*, s. 10.

¹⁵¹ Zob. A. Sakowicz, *Opinia prawna...*, s. 1.

¹⁵² M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk 3553)*, Lublin 2010, s. 6, [http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/\\$file/i2133-10.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/$file/i2133-10.rtf) [dostęp: 10.02.2019].

¹⁵³ M. Mozgawa, *Opinia...*, s. 6.

¹⁵⁴ M. Mozgawa, *Opinia...*, s. 7.

§ 2 k.k. zwrotu „w celu wyrządzenia jej szkody” zawężyła sferę kryminalizacji czynów po-
pełnionych w zamiarze kierunkowym. Autor ten miał wątpliwości co do tego zabiegu i propo-
nował, aby zwrot ten zastąpić zwrotem „w zamiarze wyrządzenia jej szkody”¹⁵⁵. M. Mozgawa
podobnie jak A. Sakowicz, opowiadał się za tym, aby sankcja za popełnienie typu kwalifiko-
wanego uporczywego nękania była taka sama jak za czyn z art. 207 § 3 k.k. Proponowaną
sankcję za popełnienie typu kwalifikowanego uporczywego nękania z art. 190a § 3 autor uwa-
żał za brak spójności z innymi regulacjami kodeksowymi¹⁵⁶.

W dniu 1 grudnia 2010 r. Komisja Nadzwyczajna do spraw zmian w kodyfikacjach
skierowała projekt do prac w podkomisji stałej. Z kolei podkomisja stała w dniu 1 lutego 2011
r. przyjęła projekt z poprawkami¹⁵⁷. Zgodnie ze sprawozdaniem z prac Komisji Nadzwyczajnej
do spraw zmian w kodyfikacjach projektowany art. 190a przyjął następujące brzmienie:

„Art. 190a § 1. Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza
u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność,
podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto, podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej wizerunek
lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej.

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na
własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego”¹⁵⁸.
Jak można zauważyć, przyjęte brzmienie przepisu nie zawiera poprawek sugerowanych w opi-
niach prawnych M. Mozgawy i A. Sakowicza. W toku prac w komisji i podkomisji doszło do
zmiany brzmienia art. 190a § 2 polegającej na dodaniu w tym przepisie znamienia podszywania
się pod inną osobę. Była to zmiana dosyć istotna, bowiem zawężony został zakres kryminali-
zacji przewidziany przez normę sankcjonowaną zawartą w tym przepisie.

Drugie czytanie miało miejsce w dniu 23 lutego 2011 r., natomiast trzecie czytanie dwa
dni później, a więc w dniu 25 lutego 2011 r. Tego samego dnia Sejm Rzeczypospolitej Polskiej
przyjął analizowany projekt ustawy, zaś ustawa została przekazana Prezydentowi Rzeczypo-
spolitej Polskiej i Marszałkowi Senatu. Senat Rzeczypospolitej Polskiej nie wniósł poprawek,

¹⁵⁵ Zob. M. Mozgawa, *Opinia...*, s. 9.

¹⁵⁶ M. Mozgawa stwierdza wręcz, że w projektowanym rozwiązaniu widzi dysharmonię. Zob. M. Mozgawa, *Opi-
nia...*, s. 9.

¹⁵⁷ Zob. <http://orka.sejm.gov.pl/SQL.nsf/poskomprocall?OpenAgent&6&3553> [dostęp: 10.02.2019].

¹⁵⁸ *Sprawozdanie Komisji Nadzwyczajnej do spraw zmian w kodyfikacjach o rządowym projekcie ustawy o zmianie
ustawy - Kodeks karny,*
[http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/76990E3994E7A640C125782D002BF8BE/\\$file/3823.PDF](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/76990E3994E7A640C125782D002BF8BE/$file/3823.PDF) [dostęp:
10.02.2019].

zaś w dniu 24 marca 2011 r. Prezydent Rzeczypospolitej Polskiej podpisał ustawę¹⁵⁹. Zgodnie z art. 1 pkt 2 u.z.u. art. 190a otrzymał następujące brzmienie:

„Art. 190a. § 1. Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

§ 2. Tej samej karze podlega, kto, podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej wizerunek lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej.

§ 3. Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od roku do lat 10.

§ 4. Ściganie przestępstwa określonego w § 1 lub 2 następuje na wniosek pokrzywdzonego”.

Zgodnie z art. 2 u.z.u. zmiany weszły dwa miesiące po ich ogłoszeniu, które nastąpiło w dniu 5 kwietnia 2011 r., a więc przepisy penalizujące nękanie weszły w życie w dniu 6 czerwca 2011 r.¹⁶⁰.

§ 5. Podsumowanie

Przez długi okres w polskim systemie prawnym nie było regulacji, które w sposób kompleksowy penalizowałyby nękanie innej osoby lub innych osób. Oczywiście, co wykazano, nie znaczy to, że nękający w ogóle nie ponosił odpowiedzialności karnej. Jednak ta odpowiedzialność karna była istotnie ograniczona. Wynika to z faktu, że nękanie stanowiło realizację znamion innych typów czynów zabronionych, chociażby takich jak: znęcanie się, groźba karalna, doprowadzenie za pomocą namowy do targnięcia się na własne życie, naruszanie miru domowego, a także naruszenie tajemnicy korespondencji. Konsekwencje takiego stanu były dwie. Pierwsza, że odpowiedzialność karna za nękanie ograniczała się tylko do form stanowiących realizację znamion tychże przestępstw, a więc nie każda forma nękania była penalizowana. Drugą konsekwencją jest to, że aby sprawca mógł ponieść odpowiedzialność karną musiał swym zachowaniem się wypełnić znamiona tych przestępstw, a co za tym idzie odpowiedzialność karna była uwarunkowana sposobem nękania pokrzywdzonego. Co więcej, omawiane w poprzednich podrozdziałach typy czynów zabronionych co do zasady można było naruszyć jednym zachowaniem, a co za tym idzie, gdy sprawca dopuścił się nękania poprzez kilkakrotne

¹⁵⁹ Zob. <http://orka.sejm.gov.pl/proc6.nsf/opisy/3553.htm> [dostęp: 10.02.2019].

¹⁶⁰ Zob. <http://prawo.sejm.gov.pl/isap.nsf/DocDetails.xsp?id=WDU20110720381> [dostęp: 10.02.2019].

przekroczenie tej samej normy sankcjonowanej albo poprzez dopuszczanie się zachowań wypełniających znamiona kilku typów czynów zabronionych (np. sprawca nękał pokrzywdzonego poprzez: naruszanie miru domowego, groźbę karalną oraz naruszanie tajemnicy korespondencji), to wówczas następował zbieg przestępstw. Ponadto, taka fragmentaryczna penalizacja nękania miała taki skutek, że jeśli sprawca dopuszczał się nękania innej osoby (albo innych osób) w taki sposób, że częścią swoich zachowań wypełniał znamiona typów czynów zabronionych, a z kolei część zachowań sprawcy była karnoprawnie irrelevantna, to sprawca ponosił odpowiedzialność karną tylko za część zachowań, jakimi dopuszczał się nękania, stanowiącymi realizację typu czynu zabronionego. Tak ukształtowana odpowiedzialność karna niewątpliwie utrudniała pociągnięcie nękającego do odpowiedzialności karnej, chociażby z powodu, że organ prowadzący postępowanie musiał dokonywać karnoprawnej oceny każdego zachowania nękającego z osobna, nie zaś całego kompleksu zachowań. Przy tej ocenie niekiedy ze względu na charakter danego czynu zabronionego nieistotny był zamiar sprawcy w aspekcie udręczenia pokrzywdzonego¹⁶¹.

Można się zastanawiać, dlaczego w kodeksach karnych z 1932 r. i 1969 r. oraz w Prawie o wykroczeniach z 1932 r. kwestia nękania została uregulowana częściowo. Wydaje się, że wynika to z tego, iż zamiarem ustawodawcy przedstawione w tym rozdziale typy czynów zabronionych nie miały na celu penalizacji nękania, lecz innych zachowań. Natomiast penalizacja nękania przez te przepisy jest raczej pewnym niezamierzonym efektem, który wynika z faktycznej możliwości dopuszczenia się tych przestępstw poprzez nękanie.

Regulacja art. 190a k.k. jest pierwszą w analizowanym okresie regulacją prawną odnoszącą się wprost do nękania. Takie rozwiązanie, przy założeniu konieczności penalizacji nękania należy ocenić pozytywnie, gdyż powstał jeden przepis, na podstawie którego można dokonać karnoprawnej oceny wszystkich zachowań się sprawcy.

¹⁶¹ Np. przy przestępstwie naruszenia tajemnicy korespondencji istotną rolę odgrywał zamiar sprawcy naruszenia tej tajemnicy, zaś fakt chęci zadania krzywdy psychicznej, czy w skrajnych przypadkach nawet krzywdy fizycznej nękanemu nie był nazbyt istotny dla odpowiedzialności karnej sprawcy.

ROZDZIAŁ III

ANALIZA PRZESTĘPSTWA UPORCZYWEGO NĘKANIA W POLSKIM PRAWIE KARNYM

§ 1. Wprowadzenie metodologiczne

Dokonując badania naukowego danego zagadnienia, nad wyraz istotne jest przyjęcie odpowiedniej metody badawczej. Niniejsza praca koncentruje się na zbadaniu z posłużeniem się metody dogmatyczno-prawnej określonego przestępstwa (a właściwie przestępstw) – uporczywego nękania. Zatem przedmiotem badania nie będzie określony układ rzeczy w świecie zewnętrznym, czy też określone stany wewnętrzne, lecz kształt słowny tekstu prawnego¹⁶². Ma to, rzecz jasna, swoje przełożenie na metodą badawczą, jaką należy zastosować. W niniejszej pracy najważniejszą rolę odgrywać będzie wykładnia art. 190a § 1 k.k. oraz wybranych przepisów części ogólnej k.k.

Przed przejściem do rozważań na temat przestępstwa uporczywego nękania, należy poświęcić trochę uwagi innym, bardziej fundamentalnym kwestiom. Ich dość krótkie objaśnienie pozwoli lepiej zrozumieć omawianą na łamach niniejszej pracy problematykę. Przede wszystkim należy poczynić kilka uwag o tekście prawnym. Wszakże jak wskazano, materiałem badawczym będzie określony przepis, a w konsekwencji tekst prawny. Następnie należy przejść do wyboru stosowanej w niniejszej pracy koncepcji wykładni prawa i krótkiego jej objaśnienia. Należy już w tym miejscu wskazać, że autor w głównej mierze będzie korzystał z derywacyjnej koncepcji wykładni prawa. W dalszej kolejności należy rozważyć, jak pojmowane jest przestępstwo na gruncie prawa karnego. Jest to podyktowane tym, że przedmiotem niniejszej pracy jest brzmienie tekstu prawnego ustanawiającego określone przestępstwo. Na sam koniec niniejszego wprowadzenia metodologicznego należy omówić art. 190a § 1 k.k. jako podstawę do odkodowania norm prawnych. W tym fragmencie pracy zostanie przywołane obecne brzmienie art. 190a § 1 k.k. i zostaną dokonane czynności w ramach fazy porządkującej i fazy rekonstrukcyjnej wykładni tego przepisu.

¹⁶² Oczywiście nie sposób przy analizie tekstu prawnego abstrahować od stosowania tekstu prawnego w praktyce jak i od zjawisk, do których tekst prawny się odnosi. Niemniej analiza tych kwestii ma stanowić wyłącznie dopełnienie analizy dogmatycznoprawnej.

§ 1.1. Kilka uwag na temat tekstu prawnego i normy prawnej

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na najistotniejsze cechy tekstu prawnego. Niemniej ze względu na charakter niniejszej pracy nie wydaje się zasadne szczegółowe omówienie tego zagadnienia. Ograniczyć się należy wyłącznie do wskazania takich właściwości tekstu prawnego, które będą istotne z punktu tematyki poruszanej w pracy.

Na samym początku trzeba powiedzieć, jak należy pojmować tekst prawny. Warto przytoczyć w tym miejscu definicję A. Malinowskiego, który stwierdza: „Przez tekst prawny rozumiemy obiekt językowy składający się ze zwrotów językowych umieszczonych pod pewnymi oznaczeniami (numerami paragrafów, artykułów, punktów, literami itp.). Zwroty te służą do przekazania informacji o normach postępowania”¹⁶³. W definicji tej należy zwrócić szczególną uwagę na wyeksponowanie tego, że tekst prawny służy do przekazania informacji o określonych normach postępowania. Zatem w istocie tekst prawny zawiera w sobie pewną *prima facie* „ukrytą” treść. I właśnie ta ukryta treść może być uznana za treść właściwą tekstu prawnego. Treść, z którą odbiorca styka się poprzez literalne brzmienie tekstu prawnego jest w istocie nośnikiem normy prawnej. Warto dodać, że w aspekcie budowy tekstu prawnego istotne znaczenie ma koncepcja Z. Ziemińskiego, który dokonał rozróżnienia normy prawnej od przepisu prawnego. Dla tego autora normą prawną jest wskazanie: „(...) co wedle woli ustawodawcy powinna czynić pewna osoba, wskazanie, że ktoś ma obowiązek takiego a takiego zachowania w pewnych okolicznościach (względnie — że nie ma obowiązku)”¹⁶⁴. Odnosząc się do pojęcia przepisu prawnego Z. Ziemiński stwierdza: „Przez przepis prawny rozumie się na ogół wypowiedź zdaniokształtną wydrukowaną w dzienniku publikacyjnym, najmniejszy fragment tekstu ustawy...”¹⁶⁵. Zdaniem tego autora przepisy prawne wyrażają normy prawne¹⁶⁶. W konsekwencji nakazy postępowania nie są wyrażane w przepisach prawnych, a więc w fragmencie tekstu, z którym to interpretator ma kontakt na początku procesu poznawania tekstu prawnego, lecz w normie prawnej zakodowanej w przepisie.

Taka rola tekstu prawnego powoduje, że ów tekst nie jest jak w przypadku np. tekstu publicystycznego, tekstu naukowego czy popularnonaukowego tekstem, którego treść jest co do zasady¹⁶⁷ zrozumiała bez konieczności przeprowadzania procesu jego interpretacji¹⁶⁸.

¹⁶³ A. Malinowski, *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne*, Warszawa 2012, s. 7.

¹⁶⁴ Z. Ziemiński, *Przepis prawny a norma prawna*, RPEiS 1960, z. 1, s. 105.

¹⁶⁵ Z. Ziemiński, *Przepis prawny...*, s. 105.

¹⁶⁶ Zob. Z. Ziemiński, *Przepis prawny...*, s. 105.

¹⁶⁷ Zależy to bowiem od problematyki poruszanej przez tekst i zasobu słów jego odbiorcy.

¹⁶⁸ Teksty takie na potrzeby niniejszego wywodu nazwijmy tekstami jednowarstwowymi.

W przeciwieństwie do wspomnianych tekstów jednowarstwowych, tekst prawny jest tekstem kilkuwarstwowym. Można zaryzykować stwierdzenie, że owa wielowarstwowość i konieczność „wyłuskania” z tekstu zakodowanej treści właściwej powoduje, iż tekst prawny w tym aspekcie jest podobny do tekstu lirycznego¹⁶⁹. Niemniej obie kategorie tekstów różni wiele. Przede wszystkim brzmienie tekstu prawnego i środki jakimi posługuje się podmiot tworzący prawo nie są środkami stanowiącymi dowolną inwencję autora tekstu prawnego¹⁷⁰. Bowiem wypracowywane są wśród przedstawicieli nauki jak i zawodów prawniczych, dyrektywy i zasady redagowania i interpretowania tekstów prawnych.

R. Sarkowicz wyróżnia trzy poziomy tekstu prawnego: poziom deskryptywny, poziom normatywny i poziom presupozycyjny. Poziom deskryptywny to: „(...) całokształt elementów tekstu umożliwiających opis pewnego świata, o którym mówi tekst prawny studiowany w jego dosłownej postaci”¹⁷¹. Jest to zatem warstwa, z którą czytelnik tekstu prawnego styka się bezpośrednio po otwarciu tekstu prawnego. Warstwa ta stanowi nośnik norm prawnych. Należy dodać, że co prawda warstwa ta nie wysławia nakazów ani zakazów zachowania (czy też kompetencji do dokonania jakichś czynności), ale jej ukształtowanie wpływa na treść dekodowanych z tej warstwy norm. Stąd też nie może być ukształtowana w sposób dowolny¹⁷². Kolejną warstwą tekstu prawnego jest warstwa dyrektywna (normatywna). R. Sarkowicz definiuje ją następująco: „(...) [są to – przyp. M.G.] wszystkie dyrektywy, w tym głównie normy, w tekście prawnym tkwiące...”¹⁷³. W konsekwencji poziom ten jest poznawalny dopiero po zastosowaniu odpowiednich dyrektyw interpretacyjnych. Co istotne w zależności od przyjęcia przez interpretatora różnych sposobów rozumienia i wykładni prawa, treść normy odkodowywanej z jednego i tego samego przepisu może być inna. Czynnikiem wpływającym na to są przede wszystkim przyjmowanie różnych założeń metodologicznych w aspekcie wykładni prawa, jak również różne pojmowanie znaczenia określonych słów czy zbitek słownych. W konsekwencji, o ile

¹⁶⁹ Warto przytoczenia są następujące słowa B. Brożka: „Prawo i poezję łączy nie tylko wykorzystywanie wyobraźni, ale i sposób i cel, dla którego się to robi. Kluczowe jest tu słowo *gravitas* (powaga): zarówno prawnicy, jak i poeci zajmują się kwestiami o wielkiej wadze egzystencjalnej. Powaga tego zadania zagubiłaby się całkiem w systemie aksjomatycznym i czysto abstrakcyjnych rozważaniach” B. Brożek, *Umysł prawniczy*, Kraków 2019, s. 255. Bez wątpienia kwestie regulowane przez prawo można uznać za kwestie nad wyraz poważne. Stąd też od prawodawcy wymagana jest wyobraźnia, choćby w celu prawidłowego i precyzyjnego zakodowania norm w przepisie. Jeśli prawodawca działa nie wykazując przejawów posługiwania się wyobraźnią, to sformułowane przez niego normy mogą w żaden sposób nie odnosić się do rzeczywistości, przez co nie będą mogły być one stosowane i staną się wyłącznie konstruktem teoretycznym, zaś nie taki jest cel ustanawiania norm prawnych.

¹⁷⁰ Należy podkreślić, że rozważania te prowadzone są w kontekście polskiego systemu prawnego. Nie można wykluczyć, że istnieją na świecie takie systemy prawne, w których tekst prawny i jego przekaz mogą być formułowane bez konieczności stosowania pewnych, przyjętych reguł – zatem mogą stanowić całkowity przejaw inwencji twórczej tworzącego tekst.

¹⁷¹ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1995, s. 93.

¹⁷² Prócz poglądów doktrynalnych istotną rolę w kreowaniu zasad redagowania tekstów prawnych spełnia z.t.p.

¹⁷³ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja...*, s. 111.

treść warstwy deskryptywnej w warunkach demokratycznego państwa prawnego jest generalnie niesporna, to warstwa normatywna danego przepisu może być i często jest przedmiotem sporów w doktrynie czy orzecznictwie. Ostatnim poziomem tekstu prawnego jest poziom presupozycji. Jak zauważa R. Sarkowicz: „Presupozycje (...) zdają się umożliwiać interpretatorowi otrzymywanie pewnych dodatkowych informacji, które – choć niezawarte bezpośrednio w brzmieniu zdania – dopełniają go i czynią go w pełni zrozumiałym”¹⁷⁴. Zatem poziom ten dostarcza dodatkowych informacji np. o stosunkach społecznych czy właściwości danych zjawisk. Wydaje się, że poziom ten jest poziomem niejako „wpadkowym”. Wynika to z tego, że celem tekstu prawnego nie jest opis rzeczywistości, lecz zawieranie w sobie treści norm prawnych, które zakazują/nakazują określonego zachowania, tworzą reguły sensu dokonywania określonych czynności, przyznają kompetencje, kreują ustrój ciał kolegialnych itp. Oczywiście może być tak, że tekst prawny może interpretatorowi dostarczyć jakichś informacji odnośnie do pojmowania pewnych zjawisk, ich rozpoznawania czy też niekiedy dostarczyć wiedzy historycznej. Niemniej pozyskanie takiej wiedzy przez interpretatora nie jest skutkiem woli ustawodawcy, lecz innych czynników leżących po stronie osoby stykającej się z tekstem prawnym. Stąd też poziom presupozycyjny, w istocie nie stanowi właściwego poziomu tekstu prawnego. Jego wyróżnienie służyć może wskazaniu, że niektórzy (np. historycy) mogą z tekstu prawnego wywodzić inne treści aniżeli normy prawne.

Istotne znaczenie ma rozróżnienie przepisu od normy. Za M. Zielińskim należy stwierdzić, że przepis prawny jest to zdanie w sensie gramatycznym (od kropki do kropki lub od kropki do średnika, lub od średnika do kropki), zwykle wyraźnie wyróżnione graficznie w tekście i zwykle oznaczone jako artykuł, paragraf czy ustęp¹⁷⁵. Natomiast normą prawną, zdaniem M. Zielińskiego, jest norma postępowania¹⁷⁶, która (na gruncie polskiej współczesnej kultury prawnej) została ustanowiona (lub uznana) przez kompetentny organ władzy publicznej¹⁷⁷. Zatem jak można zauważyć przepis prawny jest fragmentem aktu prawnego, który *per se* nie nakazuje ani nie zakazuje określonych zachowań, lecz jest jedynie nośnikiem norm prawnych.

¹⁷⁴ R. Sarkowicz, *Poziomowa interpretacja...*, s. 132.

¹⁷⁵ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2017, s. 17.

¹⁷⁶ Z kolei normę postępowania należy rozumieć jako (choćby tylko pomyślane) wyrażenie, które w sposób jednoznaczny określone podmiotowi w określonych okolicznościach, nakazuje albo zakazuje określonego zachowania. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 17.

¹⁷⁷ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 18.

A co za tym idzie analizie prawnej oraz analizie naukowej przede wszystkim winny być poddawane normy prawne, nie zaś przepisy¹⁷⁸.

Przechodząc dalej, normy prawne w doktrynie są dzielone w różny sposób i z uwagi na różne przesłanki. Z racji tego, że niniejsza praca nie jest pracą teoretycznoprawną i jej przedmiotem nie jest pojęciem normy, należy zaniechać wskazywania wszystkich możliwych podziałów normy prawnej, lecz skupić się wyłącznie na dwóch podziałach, z punktu problematyki przestępstw uporczywego nękania, najistotniejszych.

Pierwszym takim podziałem norm jest podział norm na normy merytoryczne i normy kompetencyjne. Normy merytoryczne określone adresatowi w określonych okolicznościach zakazują albo nakazują określone zachowanie¹⁷⁹. Norma merytoryczna powinna zatem zawierać następujące elementy syntaktyczne: a (adresat), o (okoliczności), n/z (nakaz albo zakaz) oraz Z (zachowanie)¹⁸⁰. Adresat i okoliczności są zakresem zastosowania normy (niegdyś zwanego hipotezą), a nakaz/zakaz i zachowanie stanowi zakres normowania normy merytorycznej (dawniej zwany dyspozycją)¹⁸¹. Z kolei norma kompetencyjna przyznaje określonym podmiotom uprawnienie do dokonania określonej czynności konwencjonalnej¹⁸². M. Zieliński przedstawia budowę normy kompetencyjnej następująco: „Podmiotowi A nakazuje się C, jeśli podmiot P dokona czynności konwencjonalnej K”¹⁸³.

Na gruncie prawa karnego istotniejszy jest inny podział, mianowicie podział na normy sankcjonowane i normy sankcjonujące¹⁸⁴. Normą sankcjonowaną nazywamy normę prawną, która określone podmiotowi w określonych okolicznościach nakazuje lub zakazuje określonego zachowania¹⁸⁵. Jak można zauważyć definicja normy sankcjonowanej jest tożsama z definicją normy merytorycznej. Wynika to z tego, że w swojej istocie norma sankcjonowana jest

¹⁷⁸ Rzecz jasna przepisy prawne winny być przedmiotem analizy naukowej (zwłaszcza celem sprawdzenia poprawności ich skonstruowania, która to poprawność przekłada się na brzmienie normy), niemniej główny przedmiot badań nauk prawnych (przede wszystkim mowa w tym miejscu o metodzie formalno-dogmatycznej) stanowią właśnie normy prawne.

¹⁷⁹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 30 i nast.

¹⁸⁰ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 101-102.

¹⁸¹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 31-32. W doktrynie prawa karnego toczyły się spory odnośnie do trzeciego elementu normy merytorycznej – sankcji. Część autorów sankcję uważała za integralną część normy merytorycznej (zob. np. F. Siemieński, *Dwa problemy w związku z zagadnieniem normy prawnej*, PiP 1960, z. 8-9, s. 344 i nast. czy W. Lang, J. Śmiałowski, *O rozumieniu tekstów prawnych*, PiP 1962, z. 7, s. 20), inni autorzy uważali, że sankcja nie jest częścią normy merytorycznej (zob. np. J. Lande, *Nauka o normie prawnej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G” 1956, vol. III-1, s. 9; A. Werner, *W przedmiocie normy prawnej*, PiP 1959, z. 8-9, s. 1002 i nast. czy Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 154-157). Obecnie chociażby z racji podziału norm na normy sankcjonowane i normy sankcjonujące, spór ten uznać należy za historyczny.

¹⁸² Zob. Z. Ziemiński, *Kompetencja i norma kompetencyjna*, RPEiS 1969, z. 4, s. 34 i nast.

¹⁸³ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 28.

¹⁸⁴ Jednym z pierwszych autorów, który zaproponował w polskiej doktrynie taki podział norm był J. Lande. Zob. J. Lande, *Nauka o...*, s. 8 i nast.

¹⁸⁵ Por. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 64.

normą merytoryczną. Istotny wpływ na jej kształt ma struktura przestępstwa, a zwłaszcza poszczególne znamiona typu czynu zabronionego. Główną cechą odróżniającą normę sankcjonowaną od innych norm merytorycznych jest to, że jest sprzężona z inną normą, nazywaną normą sankcjonującą¹⁸⁶. Norma sankcjonująca jest normą prawną, która nakazuje sądowi albo innemu organowi władzy publicznej w określonych okolicznościach wymierzyć karę temu¹⁸⁷, kto swoim zachowaniem przekroczył normę sankcjonowaną¹⁸⁸. W konsekwencji norma sankcjonująca ma charakter wtórny względem normy sankcjonowanej. Co jest równie ważne norma sankcjonująca nie jest normą kompetencyjną¹⁸⁹, lecz jest normą merytoryczną. Konkretna treść poszczególnych norm sankcjonujących jest zależna od treści określonego przepisu przewidującego odpowiedzialność karną za dany czyn. Warto jeszcze nadmienić, że wyróżnia się normy postsankcjonujące. Są to normy mające na celu realizację normy sankcjonującej (takie normy można dekodować z przepisów k.k.w.)¹⁹⁰. Ze względu na zakres niniejszej pracy, nie będą one przedmiotem dalszych rozważań¹⁹¹.

Wydaje się, że taki opis na gruncie tematu niniejszej pracy jest wystarczający. To co dla dalszych rozważań jest istotne to fakt, że tekst prawny różni się znacząco np. od tekstu artykułu publicystycznego. Tekst prawny pisany jest bowiem na poziomie deskryptywnym, zaś odczy-

¹⁸⁶ Koncepcję pary norm sprzężonych (dla doprecyzowania sprzężone są ze sobą norma sankcjonowana i norma sankcjonująca) w prawie wprowadził przede wszystkim Z. Ziemiński. Zob. Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa-Poznań 1973, s. 29. Trafnie zauważa M. Zieliński, że sprzężenie norm nie stanowi wymogu poparcia normy merytorycznej sankcją (a jest to wymagane na gruncie trójczłonowej koncepcji normy). Normy merytoryczne niezabezpieczone sankcją nazywa się w nauce prawa *leges imperfectae*. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 32.

¹⁸⁷ Można spotkać się w doktrynie z poglądem, że okolicznościami normy sankcjonującej są zachowania się sprzeczne z ustawą (zob. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 98-100). Okoliczności też ujmuje się zrealizowanie opisu czynu zabronionego i spełnienie warunków przestępności czynu (zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 112). Ł. Pohl słusznie stwierdza, że pojmowanie okoliczności jako ustalenia przekroczenia normy sankcjonowanej jest zbytnim uproszczeniem. Zdaniem wspomnianego autora: „(...) sąd – poza ustaleniem przekroczenia normy sankcjonowanej – musi poczynić jeszcze wiele innych ustaleń, aby w drodze zaktualizowania (zastosowania) normy sankcjonującej mógł sprawcy tego przekroczenia wymierzyć karę” (zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 66). Wielość czynników wpływających na okoliczności zastosowania normy sankcjonującej komplikuje ustalenie jej dokładnej treści, niemniej komplikacja ta jest potrzebna, aby wymierzyć sprawcy karę (lub inny środek karnoprawnej reakcji) adekwatny do rozmiaru, wagi oraz okoliczności popełnionego przezeń przestępstwa.

¹⁸⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 66.

¹⁸⁹ Bowiem kompetencje sądu do wymierzenia kary wynikają z innych aktów prawnych, przede wszystkim z k.p.k.

¹⁹⁰ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 33.

¹⁹¹ W doktrynie wyróżnia się niekiedy, jako możliwą do wywiedzenia z przepisu części szczególnej k.k., normę kompetencyjną dającą uprawnienie do orzeczenia kary za popełniony przez sprawcę czyn (zob. W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawnego*, RPEiS 1993, z. 3, s. 102 czy K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 20). Powyżej wskazano modelową treść normy kompetencyjnej. Nie wglębiając się w przywołaną problematykę należy wskazać, że przepisy części szczególnej polskiej ustawy karnej nie zawierają elementów zrębowych normy kompetencyjnej, stąd też nie można ich wywieść z tego aktu prawnego. Normy kompetencyjne uprawniające sądy i inne organy do realizacji nakazu wynikającego z normy sankcjonującej są zakodowane w przepisach prawa karnego procesowego.

tywany jest na poziomie normatywnym. Stąd też budowa tekstu prawnego nie może być dowolna, skoro ma oddziaływać na prawa i obowiązki obywateli, jak również na kompetencje i uprawnienia organów.

§ 1.2. Ogólny zarys derywacyjnej koncepcji wykładni prawa

Dokonując wykładni tekstu prawnego rozumianej jako dekodowanie z warstwy deskryptywnej normy prawnej (czy też norm prawnych) należy uczynić to w określony sposób. Skutkuje to koniecznością przyjęcia pewnych założeń o rozumieniu prawa i przyjęcia pewnych algorytmów pozwalających „odkryć” interpretatorowi warstwę normatywną analizowanego przez niego przepisu¹⁹². Trzeba dodać, co jest truizmem, iż zbiór algorytmów i dyrektyw odpowiedniego postępowania z tekstem prawnym, nie jest zbiorem ustanowionym przez ustawodawcę. Jest to zbiór wytworzony przez doktrynę (a precyzyjniej przez określonych przedstawicieli doktryny). Główne konsekwencje tego stanu rzeczy są dwie. Po pierwsze, istnieje wiele konkurencyjnych względem siebie koncepcji wykładni prawa. Wydaje się to wynikać z faktu różnego rozumienia tekstu prawnego, co sprowadza się do wypracowania różnych narzędzi jego rozumienia. Drugą konsekwencją tego stanu rzeczy, jest brak nakazu (ani zakazu) stosowania tej, a nie innej koncepcji. Powoduje to zamęt interpretacyjny, co w przypadku stosowania prawa niekiedy zmniejsza pewność adresatów norm co do ich sytuacji¹⁹³.

Skoro istnieje wiele koncepcji wykładni prawa, to należy opowiedzieć się za którąś z nich albo zaproponować własną. Niniejsza praca nie jest pracą z zakresu teorii prawa, więc formułowanie własnych koncepcji nie mieści się w zakresie niniejszej pracy. Co więcej autor nie czuje się upoważniony ani nie ma ambicji do tworzenia nowej koncepcji wykładni prawa, co mogłoby wprowadzić jeszcze więcej zamętu do rozumienia prawa. Stąd też postanowiono

¹⁹² Należy dodać, że zdarzać się mogą i niewątpliwie zdarzają się próby dokonania wykładni prawa bez przyjęcia jakichkolwiek założeń metodologicznych czy nawet bez posiadania wiedzy o istotnych właściwościach tekstu prawnego. Tego rodzaju wykładnia prawa raczej będzie procesem chybionym, bowiem treść prawa zostanie błędnie odczytana. Owszem, mogą zdarzyć się sytuacje, w których mimo braku wiedzy o wykładni prawa, interpretator dobrze odczyta treść normy prawnej. Jednak takie sytuacje wydają się bardziej przejawem bardziej przypadku aniżeli sprawności w rozumieniu tekstu prawnego.

¹⁹³ Warto dodać, że w doktrynie wysuwano postulat integracji polskich koncepcji wykładni prawa. Zob. O. Bogucki, A. Choduń, S. Czepita, B. Kanarek, A. Munczewski, M. Zieliński, *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, RPEiS 2009, z. 4, s. 24 i nast. Propozycja przywołanych autorów jak i argumenty wskazujące na podobieństwa między wypracowanymi w doktrynie koncepcjami prawa, są zasadne. Niemniej wydaje się, że pełna integracja polskich koncepcji wykładni prawa przejawiająca się w stworzeniu jednej koncepcji wykładni prawa wydaje się na ten moment jeszcze niemożliwa. Należy zauważyć, że nie sposób w pełni przewidzieć czy ten postulat w ogóle zostanie zrealizowany. Zależy to przede wszystkim od woli wielu podmiotów, a zwłaszcza od doktryny prawa, organów stosujących prawo jak i organów prawo tworzących.

wybrać istniejącą już koncepcję (aczkolwiek z pewnymi modyfikacjami). Koncepcją tą jest derywacyjna koncepcja wykładni prawa.

Koncepcja ta, której głównym autorem jest M. Zieliński bazuje na rozróżnieniu warstwy deskryptywnej od warstwy normatywnej. Jak zauważa sam autor pod tym względem koncepcja ta jest zintegrowana z poziomową koncepcją wykładni prawa¹⁹⁴. Warto jednak doprecyzować, że w tym aspekcie związek pomiędzy obiema koncepcjami jest swoistą kalką. Koncepcja derywacyjna w ogóle nie bierze pod uwagę poziomu presupozycyjnego tekstu prawnego. Warto dodać, że koncepcja ta różni się znacząco od koncepcji klaryfikacyjnej rozwijanej przez J. Wróblewskiego w aspekcie inicjacji procesu wykładni¹⁹⁵. J. Wróblewski wychodzi z założenia, że jeżeli już *prima facie* dany przepis dla interpretatora jest jasny, to nie należy wówczas stosować dyrektyw interpretacyjnych, chyba że interpretatora skłaniają ku temu określone elementy normatywne¹⁹⁶. Wyraża się to poprzez stwierdzenie *clara non sunt interpretanda*. Z kolei zdaniem M. Zielińskiego nawet jeśli interpretator jest przeświadczony, iż rozumie treść normy bez stosowania jakichkolwiek dyrektyw interpretacyjnych, to i tak należy przeprowadzić cały proces wykładni. Założenie to wyraża stwierdzenie *omnia sunt interpretanda*¹⁹⁷.

Takie różnice między przywołanymi koncepcjami mogą sugerować, że są one względem siebie konkurencyjne, wręcz stoją ze sobą w sprzeczności. Warto jednak przedstawić w tym miejscu pogląd T. Gizberta-Studnickiego, zdaniem którego koncepcja derywacyjna stanowi rozwinięcie koncepcji klaryfikacyjnej, z racji podkreślenia przez samego M. Zielińskiego sensualności i klaryfikacyjności koncepcji derywacyjnej¹⁹⁸. Na szerszą analizę tego poglądu w niniejszej pracy nie ma miejsca, należy się zatem ograniczyć do stwierdzenia, że taki pogląd niewątpliwie pozwala oceniać te koncepcje jako stadia ewolucji wykładni prawa, co zdaje się mieć uzasadnienie merytoryczne, biorąc pod uwagę fakt powstania koncepcji derywacyjnej później od koncepcji klaryfikacyjnej.

Istotną cechą koncepcji derywacyjnej jest to, że wykładnia przepisu jest traktowana jako proces myślowy, którego rezultatem jest poznanie znaczenia normy prawnej jako wyrażenia dostatecznie jednoznacznego¹⁹⁹. Proces wykładni przebiega w trzech fazach: fazie porządkującej, fazie rekonstrukcyjnej i fazie percepcyjnej.

¹⁹⁴ Zob. M. Zieliński, *Derywacyjna koncepcja prawa jako koncepcja zintegrowana*, RPEiS 2006, z. 3, s. 97.

¹⁹⁵ Rzecz jasna koncepcja klaryfikacyjna jak i koncepcja derywacyjna, nie są jedynymi koncepcjami wykładni prawa polskiego. Jednak ze względu na przeciwstawne założenia odnośnie inicjacji wykładni, zasadne było krótkie wspomnienie koncepcji autorstwa J. Wróblewskiego.

¹⁹⁶ Zob. J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959, s. 240.

¹⁹⁷ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 224 i nast.

¹⁹⁸ Zob. T. Gizbert-Studnicki, *Recenzja pracy Macieja Zielińskiego „Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki”*, PiP 2002, z. 8, s. 93.

¹⁹⁹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 223.

Pierwszą fazą wykładni prawa, w myśl koncepcji derywacyjnej, jest faza porządkująca. *Clou* tej fazy sprowadza się do podjęcia czynności mających wskazać, jaki moment w czasie będzie stanowił podstawę dokonania wykładni. W trakcie tej fazy ustala się również wersję aktu prawnego, która stanowić będzie podstawę wykładni²⁰⁰. Po ustaleniu momentu interpretacyjnego należy odszukać aktualną dla tego momentu wersję tekstu prawnego. Wymaga to zwłaszcza odszukania jednolitego tekstu ustawy (jeśli takowy został wydany), sprawdzenia czy dany akt był nowelizowany i ewentualnie odszukanie przepisów zmieniających, sprawdzenie czy wydane zostały akty uchylające interpretowany przepis (przepisy) czy cały akt prawny²⁰¹.

Kolejną fazą wykładni prawa jest faza rekonstrukcyjna. Jak stwierdza M. Zieliński: „Dyrektywy fazy rekonstrukcyjnej zmierzają do tego, by z przepisów o różnej postaci syntaktycznej otrzymać wyrażenie normokształtne o strukturze: A [adresat – przyp. M.G.], O [okoliczności – przyp. M.G.], n/z [nakaz/zakaz – przyp. M.G.], Z [zachowanie – przyp. M.G.], co ułatwić ma ustalenie sensu norm w tym przepisie wysłowionych”²⁰². W ramach tej fazy należy rozpocząć od ustalenia syntaktycznych cech interpretacyjnych przepisu, który będzie poddawany interpretacji. Wymaga to sprawdzenia: czy dany przepis jest jednozdaniowy czy wielozdaniowy, czy jest przepisem zrębowym, czy jest przepisem syngularnym czy też przepisem pluralnym. W przypadku przepisu zrębowego należy go interpretować dalej samodzielnie, zaś przepis niezrębowy należy interpretować w kontekście innego przepisu (przepisów) zrębowego i odpowiednio przepisu (przepisów) centralnego. Jeśli przepis jest niezupełny normatywnie należy szukać jego uzupełnienia w innych przepisach (zwłaszcza wśród przepisów szczegółowych lub przepisów części ogólnej aktu prawnego, w którym znajduje się interpretowany przepis czy w innych aktach prawnych). Prócz uzupełnień normatywnych należy dokonać również uzupełnień logicznych, które to mogą znajdować się obok przepisu zrębowego (przed albo po przepisie zrębowym), bądź w przepisach, do których odsyła przepis zrębowy. Jeśli przepis zrębowy jest zupełny od początku albo został nim na skutek uzupełnienia wyrażenia normokształtnego, to należy traktować go jako przepis centralny i sprawdzić, czy jest on przepisem treściowo pełnym. Treściowa pełność przepisu występuje, jeśli w tekście prawnym nie jest zawarty przepis modyfikujący jego treść. Modyfikatory mogą znajdować się w sąsiednich przepisach szczegółowych, w przepisach intertemporalnych, przepisach ogólnych, przepisach aktu

²⁰⁰ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 282.

²⁰¹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 282-285 oraz B. Kanarek, M. Zieliński, *Porządkująca faza wykładni prawa*, RPEiS 2001, z. 3, s. 10-12.

²⁰² Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 286.

proceduralnego w stosunku do aktu zawierającego przepis centralny, przepisach aktów organizacyjnych, przepisach ustaw tematycznie zbliżonych do tematyki aktu prawnego zawierającego przepis centralny, przepisach prawa Unii Europejskiej. Modyfikatorów winno się szukać dla przepisu centralnego, zaś dla przepisu centralnego zrębowego niepełnego modyfikatorów szuka się jedynie w stosunku do elementów już wyróżnionych w przepisie zrębowym²⁰³.

Ostatnią fazą wykładni, w myśl koncepcji derywacyjnej, jest faza percepcyjna. W fazie tej podejmuje się czynności interpretacyjne mające przekształcić wyrażenie normokształtne w normę prawną. Należy zatem ustalić znaczenie poszczególnych słów lub zbitek słownych składających się na otrzymane wyrażenie normokształtne. Co istotne w przypadku zbitki słownej sprawdza się znaczenie wszystkich składających się na tę zbitkę słowną z osobna. W pierwszej kolejności należy odwołać się do dyrektyw językowych. Na początku sprawdza się czy ustawodawca sformułował definicję legalną danego wyrazu czy wyrażenia. Definicja legalna prócz ustawy, w której znajduje się interpretowany przepis, może znajdować się w ustawie będącej kodeksem regulującym dziedzinę obejmującą problematykę regulowaną przez ww. ustawę lub w innej ustawie podstawowej dla dziedziny regulowanej przez ustawę, w której umieszczony jest interpretowany przepis. W przypadku stwierdzenia, że występuje definicja legalna danego wyrazu lub wyrażenia, interpretuje się ją jak przepis prawny, jednak bez możliwości przełamania jej językowo jednoznacznego sensu. Jeśli jednak nie ma definicji legalnej danego wyrazu lub wyrażenia, w przypadku wykładni dla celów praktycznych należy sprawdzić, czy występuje związanie cudzą decyzją interpretacyjną (np. dokonaniem interpretacyjnym SN, decyzjami sądów odwoławczych czy organów administracji publicznej) w kwestii pojmowania interpretowanego zwrotu. Ponadto, jeśli brak jest wspomnianej definicji legalnej należy sprawdzić przede wszystkim, czy dany wyraz lub wyrażenie ma ustalone swoje znaczenie w języku prawniczym jako znaczenie dla zwrotu języka prawnego, przy czym należy przyjmując tylko takie znaczenie, które w doktrynie nie budzi wątpliwości. Jeśli w odniesieniu do interpretowanego zwrotu literatura prawnicza nie zajmuje jednolitego stanowiska albo interpretowany zwrot jest typowym zwrotem faktycznym (czyli terminem należącym do języka ogólnego, którego używa się na co dzień) albo należy do sfery zwrotów-wiązań gramatycznych, trzeba ustalić znaczenie tego zwrotu w języku ogólnym poprzez posłużenie się słownikami języka polskiego (i niekiedy posiłkowo słownikiem frazeologicznym, słownikiem wyrazów obcych, słownikiem synonimów lub słownikiem dystynktywnym), przy czym znaczenie spójników i niektórych zaimków ustala się w myśl zasad logiki. Następnie należy sprawdzić, czy

²⁰³ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 286-289.

słowniki są zgodne co do jednego znaczenia (wówczas uznaje się interpretowany zwrot za jednoznaczny), czy też nie (wówczas zwrot należy uznać za niejednoznaczny). W przypadku jednoznaczności przyjmuje się znaczenie słownikowe, a w przypadku niejednoznaczności uruchamia się procedury językowe zmierzające do ujednoczenia go (m.in. odwołując się do kontekstu językowego). Jeśli to nie daje jednoznaczności interpretowanego zwrotu, należy odwołać się do dyrektyw pozajęzykowych – dyrektyw systemowych i funkcjonalnych. Nieco uproszczając zagadnienie, dyrektywy systemowe odnoszą się do hierarchiczności norm – sprawdza się, czy dane znaczenie interpretowanego zwrotu jest zgodne z aktami prawnymi hierarchicznie wyższymi. Dyrektywy funkcjonalne intelektualne odwołują się do wiedzy prawodawcy. W celu pozyskania takiej wiedzy należy skorzystać z bezpośredniej literatury z danej dziedziny lub z opinii ekspertów z danej dziedziny. Dyrektywy funkcjonalne mogą być również dyrektywami aksjologicznymi (czyli dyrektywami odnoszącymi się do wartości akceptowalnych społecznie i przypisywanych prawodawcy). Jednym ze środków realizacji dyrektyw funkcjonalnych aksjologicznych są dyrektywy celowościowe (odwołujące się do celu danej regulacji). W przypadku rozbieżności między uzyskanymi rezultatami należy ustalić hierarchię tych rezultatów, szczegółowo ją uzasadnić i wybrać to znaczenie, które jest zgodne z najwyżej preferowanymi wartościami, kierując się tym, by priorytetowo traktować wartości chronione przez Konstytucję. Co istotne, jeśli dany zwrot jest jednoznaczny już na gruncie dyrektyw językowych, to według M. Zielińskiego i tak należy przeprowadzić procedury interpretacyjne wedle dyrektyw funkcjonalnych. Proces wykładni należy uznać za zakończony, gdy uzyska się dostateczną jednoznaczność składających się na niego wyrazów. Wówczas zdaniem M. Zielińskiego odtworzono normę postępowania, która podlega już tylko percepcji²⁰⁴.

Warto dodać, że zreferowana wyżej koncepcja wykładni prawa ma swoich krytyków. W tym miejscu warto przytoczyć pogląd L. Morawskiego. Autor ten zauważa, że: „Po pierwsze, nie widać powodu, dla którego interpretator w każdym przypadku wykładni, a zwłaszcza w przypadku wykładni operatywnej, musiałby rekonstruować pełną i jednoznaczную normę postępowania”²⁰⁵. Autor ten za K. Pleszką uważa, że w przypadku wykładni operatywnej wystarczające jest ustalenie znaczenia w stopniu umożliwiającym podjęcie decyzji²⁰⁶. Kolejnym argumentem, który L. Morawski wysuwa przeciw koncepcji derywacyjnej jest konieczność odtworzenia normy częstokroć z szeregu przepisów. Zdaniem tego autora: „Rezultat tzw. derywacyjnej koncepcji wykładni jest w praktyce taki, że prowadzi ona do konstruowania, z wielkim

²⁰⁴ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 290-302.

²⁰⁵ L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010, s. 16.

²⁰⁶ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 16.

trudem i mozołem, nikomu nieznanymi i do niczego niepotrzebnymi regułami. Nawiasem mówiąc, gdyby nawet, wbrew oczywistym faktom, spróbować zastosować teorię derywacyjną do wykładni prawa, to okazałoby się to niemożliwe. Mam wrażenie, że teoria ta raczej tworzy wymaginowane problemy, zamiast rozwiązywać problemy rzeczywiste”²⁰⁷. L. Morawski krytycznie odnosi się do zasady *omnia sunt interpretanda*. Autor twierdzi, że konieczność dokonywania przez sąd wykładni przepisu, nawet w przypadku, gdy jego brzmienie ani w doktrynie, ani w orzecznictwie nie budzi wątpliwości, byłoby w istocie zwykłym marnotrawstwem czasu i mogłoby doprowadzić do paraliżu instytucji sądowych²⁰⁸. Ponadto zdaniem cytowanego autora: „Wątpliwe jest również filozoficzne uzasadnienie zasady *omnia sunt interpretanda*. Twierdzenie, że nie jest możliwe zrozumienie jakiejkolwiek wypowiedzi bez dokonania jej interpretacji jest ewidentnie sprzeczne z praktyką procesów komunikowania się ludzi w interakcjach społecznych. Ludzie w normalnych okolicznościach mówią coś do siebie i rozumieją co się do nich mówi i nikomu nie przychodzi na myśl, by dokonywać wykładni przekazywanych sobie informacji. Proszą oni o wyjaśnienia dopiero wtedy, gdy sens przekazywanych informacji budzi wątpliwość”²⁰⁹. L. Morawski dostrzega jednak zaletę zasady *omnia sunt interpretanda*, której to zastosowanie może sprawić, iż przepis wydający się *prima facie* niewątpliwym znaczeniowo, może okazać się wątpliwym dopiero w trakcie jego wykładni. Wynika to z tego, że sens przepisów prócz od kontekstu językowego zależy również od kontekstu systemowego i kontekstu funkcjonalnego, które to w wielu sytuacjach ulegają dynamicznym zmianom (np. z powodu nowelizacji przepisu czy też radykalnej zmiany sytuacji społecznej lub ekonomicznej)²¹⁰.

Generalnie krytyka autorstwa L. Morawskiego nie zasługuje na aprobatę. Autor ten zdaje się nie rozumieć, że tekst prawny jest pisany w osobliwy dla siebie sposób. Nie jest to zatem typowa sytuacja komunikacyjna. Stąd też wyjątkowo nietrafne jest porównywanie brzmienia ustawy do rozmowy dwóch osób. Należy wziąć pod uwagę, że każda osoba ma inny zasób słów. Nadto pomimo tego, że w danej społeczności ludzie posługują się danymi wyrażeniami, nie przesądza to o tym, że każdy z użytkowników tego wyrażenia rozumie je tak samo i w dodatku tak jak rozumiane jest ono w słownikach języka polskiego. Stąd też w tym zakresie wiedza o znaczeniach danych wyrażen jest wiedzą subiektywną. Ze względu na stan wiedzy, doświadczenie jak i poglądy interpretatora dane wyrażenie może być dla jednej osoby zrozumiałe, dla innej zaś może budzić wątpliwości interpretacyjne. Stąd też kierowanie się zasadą

²⁰⁷ L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 17.

²⁰⁸ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 54.

²⁰⁹ L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 54.

²¹⁰ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni...*, s. 56.

clara non sunt interpretanda radykalnie zmniejsza poziom pewności co do prawa, bowiem w istocie treść normy prawnej determinować będą ludzkie przeświadczenia, nie zaś względy językowe. Derywacyjna koncepcja wykładni prawa jest w rzeczy samej koncepcją wymagającą podjęcia wielu czynności interpretacyjnych, które w niektórych przypadkach mogą być bardzo czasochłonne. Niemniej jest to uzasadnione względami dokładnego ustalenia treści normy prawnej, co w przypadku wykładni na potrzeby np. postępowania karnego ma rudymenarny wpływ na treść rozstrzygnięcia. Ponadto czynności te pozwalają zbudować uzasadnienie rozstrzygnięcia, bowiem opis podjętych przez organ czynności interpretacyjnych w istocie jest samym uzasadnieniem²¹¹. Idąc dalej należy wskazać, że L. Morawski w swoich rozważaniach pomija jedną istotną cechę tekstu prawnego. A mianowicie, że przepisy prawne w danym akcie czy aktach prawnych nie są od siebie niezależne, lecz tworzą – obrazowo rzecz ujmując – „naczynia połączone”. Stąd też nie można interpretować danego przepisu w oderwaniu od innych przepisów. Jest to istotne, ponieważ ustawodawca częstokroć celem oszczędzenia długości tekstu, nie wysłowia w przepisie wszystkich jego elementów. Nadto inne przepisy mogą modyfikować zakres interpretowanego przepisu. Jeśli ograniczy się tylko do interpretowanego przepisu, to wówczas otrzyma się rezultat niepełny, a niekiedy nawet sprzeczny z faktycznym brzmieniem normy prawnej.

Przechodząc do rozważań własnych odnośnie zreferowanej koncepcji wykładni prawa, to pomimo wielu zalet wskazać można pewne jej mankamenty. Przede wszystkim należy zauważyć, że niekiedy przepisy w swoim brzmieniu mogą odwoływać się do zwrotów odnoszących się do specjalistycznych dziedzin nauki. W przypadku art. 190a § 1 k.k. mamy do czynienia z odniesieniem się do zwrotów psychologicznych (poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia)²¹². W przypadku zwrotów specjalistycznych nie wydaje się wystarczające jedynie ograniczenie się do definicji słownikowej. Oczywiście, stosując dyrektywy celowościowe należy się odwołać do wiedzy specjalistycznej. Jednak celem tych dyrektyw jest ustalenie potencjalnego stanu wiedzy prawodawcy, nie zaś przedstawienie definicji danego zwrotu. Co prawda dyrektywy celowościowe prowadzą do otrzymania znaczenia interpretowanego zwrotu, niemniej weryfikują i konkretyzują one treść uzyskaną w drodze dyrektyw językowych. Wydaje się zasadne, ażeby w przypadku użycia zwrotów będących zwrotami specjalistycznymi (czyli słownictwem stanowiącym opis naukowy jakichś zjawisk, stanów rzeczy etc. lub będącym słownictwem wypracowanym wyłącznie przez naukę), naukowe pojmowanie takich zwrotów

²¹¹ Oczywiście na to wspomniane uzasadnienie należy „nałożyć” również okoliczności stanu faktycznego.

²¹² Co prawda zwroty te są *stricte* psychologiczne, niemniej zajmują się nimi również nauki takie jak: psychiatria, nauki o bezpieczeństwie czy filozofia.

należy sprawdzać w toku dyrektyw wykładni językowej bezpośrednio po sprawdzeniu znaczenia słownikowego danego zwrotu. Należy wskazać, że postulat ten będzie wykorzystany w niniejszej pracy (rzecz jasna, w miarę potrzeby). Stąd też wiedza naukowa nie będzie traktowana jako element potencjalnej wiedzy prawodawcy (aczkolwiek nią też być może), lecz jako element opisywanego pojęcia.

Idąc dalej należy wskazać, że wykładnia w procesie stosowania prawa, a wykładnia dokonywana naukowo różnią się od siebie. W pierwszej z tych sytuacji chodzi o rozwiązanie konkretnego problemu prawnego, a precyzyjniej o kwestię aplikacji konkretnych norm prawnych do konkretnego stanu faktycznego. Z kolei wykładnia naukowa dokonywana jest w celu rozwiązania pewnego uniwersalnego problemu czy też poznania określonego zagadnienia o charakterze uniwersalnym²¹³. Stąd też należy stwierdzić, że w obu sytuacjach należy dokonywać wykładni w inny sposób. W przypadku wykładni naukowej ściśle stosowanie wskazówek autorstwa M. Zielińskiego znacząco zawęziłoby pole badawcze. Wynika to z tego, że celem badań naukowych byłoby wyłącznie odkodowanie norm prawnych z przepisu. W konsekwencji zasadne wydaje się niekiedy odchodzenie od zasad derywacyjnej koncepcji wykładni prawa, celem przedstawiania zagadnień, które w myśl tych reguł powinny zostać potraktowane pobieżnie albo całkowicie pominięte. Należy także dodać, że niekiedy celem analizy konkretnego zagadnienia nie jest konieczne przeprowadzanie wszystkich czynności składających się na proces wykładni w myśl derywacyjnej koncepcji wykładni prawa. Stąd też, w niniejszej pracy pozwolono sobie na pewne odstępstwa od reguł, zasad oraz wskazówek sformułowanych przez M. Zielińskiego²¹⁴.

§ 1.3. Pojęcie przestępstwa na gruncie prawa karnego

Jak już wskazano przedmiotem niniejszej pracy jest określone przestępstwo, a precyzyjniej rzecz ujmując, przestępstwo uporczywego nękania. Stąd też przed omówieniem istoty tegoż przestępstwa, należy wyjaśnić, jak należy pojmować zwrot „przestępstwo”. W pierwszej kolejności należy wskazać, że pojęcie „przestępstwo” jest najbardziej związane z prawem karnym (zwłaszcza prawem karnym materialnym). W. Wolter wskazuje, że przestępstwo z jednej

²¹³ Przez uniwersalność rozważań należy w tym miejscu rozumieć możliwość zastosowania wniosków naukowych w wielu stanach faktycznych.

²¹⁴ Jako przykład takich odstępstw można podać rezygnację z dokonywania wykładni art. 115 § 11 k.k., który to zawiera definicję legalną pojęcia „osoby najbliższej” występującego w art. 190a § 1 k.k. Postanowiono jedynie ograniczyć i rozwiązać do wskazania wątpliwości odnośnie zakresu z uwzględnieniem poglądów doktryny i judykatury (bez odwoływania się do słowników).

strony może być konkretnym zdarzeniem społecznym będącym przedmiotem procesu karnego (przestępstwo konkretne), jak również pewnym zbiorem (klasą) zachowań społecznych o mniejszym lub większym stopniu generalizacji²¹⁵. Autor ten podaje dwie metody określania przestępstw: formalną i materialną. Metoda formalna: „(...) używa dla jednoznacznego określenia przestępstwa cechy «czyn zabroniony przez ustawę pod groźbą kary». Wyróżnione cechy mają charakter czysto formalny, jako że z nich wynika, iż o bycie przestępstwa decyduje ustawa, która określa, jaki czyn jest zabroniony i jaka za jego popełnienie grozi kara”²¹⁶. Z kolei w myśl metody materialnej (merytorycznej) przestępstwem jest czyn dla danych stosunków społecznych niebezpieczny²¹⁷. W. Wolter proponuje zatem następującą definicję przestępstwa (będącą w istocie definicją formalno-materialną): „(...) [jest to – przyp. M.G.] czyn niebezpieczny dla danego układu stosunków społecznych (strona merytoryczna), a zarazem zabroniony pod groźbą kary (strona formalna)...”²¹⁸.

Z kolei R. Zawłocki stwierdza, że: „Ustawowe (kodeksowe) pojęcie przestępstwa formułowane jest więc w dwóch zasadniczych znaczeniach. W pierwszym przypadku jest ono odnoszone do wszystkich rodzajów przestępstw (ujęcie ogólne). W drugim zaś używane jest ono dla określenia danego rodzaju przestępstwa, identyfikowanego ze względu na określony typ czynu zabronionego (ujęcie rodzajowe). Różnica między tymi ujęciami sprowadza się wyłącznie do abstrakcyjnego zindywidualizowania ujęcia generalnego. Desygnat prawnego pojęcia «przestępstwo» w obu tych przypadkach nie ma charakteru realnego (ontologicznego), lecz abstrakcyjny. Jego treść sprowadza się bowiem do prawnego i prawniczego opisu faktów, a nie do samych rzeczywistych faktów”²¹⁹.

Prócz ujmowania przestępstwa w kryteriach materialno-formalnych przestępstwo postrzegane jest jako pewną strukturę. Liczba elementów owej struktury w zależności od autora jest różna. Stąd też należy ograniczyć się do kilku przykładów takiego pojmowania przestępstwa. Według A. Grześkowiak z jednej strony przestępstwo jest określonym prawem modelem zachowania zabronionego pod groźbą kary przez prawo karne²²⁰. Z drugiej strony autorka przed-

²¹⁵ W. Wolter, *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część I. Część ogólna. Zeszyt 1. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Kraków 1979, s. 71.

²¹⁶ W. Wolter, *Wykład prawa...*, s. 71. Zob. także W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 11.

²¹⁷ W. Wolter, *Wykład prawa...*, s. 72.

²¹⁸ W. Wolter, *Wykład prawa...*, s. 73. Zob. także W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 13-14.

²¹⁹ R. Zawłocki, *Definicja przestępstwa* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017, s. 40.

²²⁰ A. Grześkowiak, *Definicja przestępstwa* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 82.

stawia bardziej precyzyjną definicję wedle, której na przestępstwo składają się następujące elementy jego struktury: czyn zabroniony, czyn bezprawny, czyn karalny, czyn zawiniony i czyn karygodny²²¹. W. Wróbel i A. Zoll wskazują w pierwszej kolejności na definicję E. Belinga, dla którego przestępstwem jest czyn realizujący znamiona typu czynu zabronionego pod groźbą kary, który to czyn dodatkowo jest czynem bezprawnym i zawinionym²²². W dalszej kolejności wspomniani autorzy wskazują na definicje:

1. klasyczne – przestępstwem jest czyn, zgodność czynu z typem czynu zabronionego (a właściwie z ustawowym opisem typu czynu zabronionego) i bezprawność czynu²²³;
2. neoklasyczne – przestępstwo to czyn, który zgodny z opisem typu czynu zabronionego (czyli jest bezprawny) i jest czynem zawinionym²²⁴;
3. finalistyczne – przestępstwo jest to czyn, który jest: zgodny z typem czynu zabronionego, bezprawny (w finalistycznym rozumieniu sprzeczny z zakazem lub nakazem ustawowym, przy braku wyłączenia bezprawności czynu) i zawiniony (koncepcja ta opiera się na tzw. czystej normatywnej teorii winy; według niej wina to czysty zarzut)²²⁵;
4. postfinalistyczne – zrodziło się z krytyki finalizmu, która to krytyka nie dotyczyła o tyle kształtu struktury przestępstwa, lecz poszczególnych jej elementów²²⁶.

Warto dodać, że A. Zoll odnosząc się do zagadnienia definicji przestępstwa twierdzi również, że: „Artykuł 1 [k.k. – przyp. M.G.] jest wyrazem przyjętej koncepcji przestępstwa jako zjawiska o podwójnej naturze: ontologicznej i normatywnej. Zjawisko to ma rozbudowaną strukturę, której podstawowe elementy zostały określone w art. 1, stanowiąc warunki konieczne przyjęcia odpowiedzialności karnej. Według tej struktury przestępstwo jest zachowaniem człowieka, które spełnia warunki pozwalające określić je jako czyn. Ten czyn narusza normę sankcjonowaną, przy braku okoliczności uzasadniających takie naruszenie, z uwagi na konflikt dóbr chronionych prawem. Jest zatem czynem bezprawnym. To naruszenie normy sankcjonowanej jest zagrożone przez ustawę sankcją karną. Jest więc czynem karalnym. Ten czyn karalny w jego indywidualnej ocenie jest społecznie szkodliwy w stopniu wyższym niż znikomy. Jest więc czynem karygodnym. Sprawcy tego czynu karalnego i karygodnego można przypisać winę. Jest to, więc czyn zawiniony...”²²⁷. W. Wolter kreuje następującą definicję przestępstwa opartą na

²²¹ Zob. A. Grześkowiak, *Definicja...*, s. 86.

²²² Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 156.

²²³ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 156-158.

²²⁴ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 159-160.

²²⁵ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 161-164.

²²⁶ Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 154-165.

²²⁷ A. Zoll, *Nowa Kodyfikacja Karno. Kodeks karny. Zeszyt 12. Zasady odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1998, s. 14.

jego strukturze: „(...) przestępstwem, tj. zbrodnią lub występkiem, jest czyn przedmiotowo i podmiotowo społecznie niebezpieczny, zabroniony przez ustawę karną, a więc bezprawny, zawiniony i karalny”²²⁸. R. Zawłocki odnosząc się do definicji opartej na strukturze przestępstwa stwierdza: „(...) przestępstwo to bezprawny czyn człowieka, będący zachowaniem o znamionach określonych w ustawie karnej, z uwzględnieniem wskazanej w niej formy jego popełnienia, popełniony umyślnie albo nieumyślnie, zabroniony pod groźbą kary przez ustawę jako występki albo zbrodnie, którego społeczna szkodliwość jest wyższa niż znikoma, sprawcy którego można przypisać winę”²²⁹. Ł. Pohl za przestępstwo uważa postrzegalne zewnętrznie zachowanie się człowieka, które jest: czynem, czynem zabronionym pod groźbą kary, czynem bezprawnym, czynem społecznie szkodliwym i czynem zawinionym²³⁰. Z kolei J. Giezek jako przestępstwo rozumie: „(...) zachowanie się człowieka będące czynem realizującym znamiona określone w ustawie karnej, naruszającym – przy braku jakichkolwiek okoliczności usprawiedliwiających – normę sankcjonowaną, czyli formalnie bezprawnym, społecznie szkodliwym w stopniu wyższym niż znikomy, a zatem karygodnym, zawinionym, zagrożonym karą w ustawie”²³¹. Natomiast A. Marek twierdzi: „Przepisy art. 1 § 1-3 [k.k. – przyp. M.G.] określają warunki odpowiedzialności karnej, a zarazem stanowią podstawę do sformułowania ogólnej definicji przestępstwa. W oparciu o te przepisy stwierdzamy, że przestępstwem jest czyn zabroniony pod groźbą kary przez obowiązującą ustawę, zawiniony i społecznie szkodliwy w stopniu większym niż znikomy. W definicji tej wyróżniamy element formalny (ustawowy), tj. zabronienie czynu przez obowiązującą ustawę, oraz element materialny, który wyraża zwrot - «społeczna szkodliwość czynu»”²³².

Jak można zauważyć część autorów upatruje się elementów definicji przestępstwa w art. 1 k.k. Przed przejściem do rozważań własnych w aspekcie pojmowania przestępstwa na gruncie prawnokarnym, wydaje się zasadne przywołanie tego przepisu. Art. 1 k.k. składa się z trzech paragrafów. W § 1 ustawodawca stanowi, że: „Odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia”. Z kolei w myśl § 2: „Nie stanowi przestępstwa czyn zabroniony, którego społeczna szkodliwość jest znikoma”. Natomiast § 3 brzmi następująco: „Nie popełnia przestępstwa sprawca czynu zabronionego, jeżeli nie można mu przypisać winy w czasie czynu”.

²²⁸ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 23.

²²⁹ R. Zawłocki, *Definicja...*, s. 105-106.

²³⁰ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 117 i nast.

²³¹ M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2015, s. 76.

²³² A. Marek, *Nowa Kodyfikacja Karne. Kodeks karny. Zeszyt 13. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998, s. 7.

Z powyższych twierdzeń można wyróżnić trzy nurty pojmowania przestępstwa. W myśl pierwszego nurtu możemy mieć do czynienia z trzema kombinacjami definicji przestępstwa:

1. definicje formalne – przestępstwem jest zachowanie zabronione przez ustawę;
2. definicje materialne – przestępstwem jest zachowanie godzące w określone stosunki społeczne;
3. definicje mieszane – przestępstwem jest zachowanie godzące w określone stosunki społeczne, które jest zabronione przez ustawę.

Drugim nurtem jest definiowanie przestępstwa w ustawie w dwóch znaczeniach (ujęciach). Znaczenie (ujęcie) ogólne odnosi pojęcie „przestępstwa” do wszystkich rodzajów przestępstw. Znaczenie (ujęcie) rodzajowe odnosi się do pojęcia „przestępstwa” celem określenia danego rodzaju przestępstwa, identyfikowanego ze względu na określony typ czynu zabronionego. W obu ujęciach przestępstwo nie jest traktowane jako rzeczywisty i intersubiektywnie poznawalny desygnat, lecz jako abstrakcyjna jednostka stanowiąca opis wybranych zachowań ludzkich, które to zabronione są pod groźbą kary. W myśl ostatniego nurtu przestępstwo stanowi pewną strukturę, która to stanowi definicję przestępstwa. W zależności od autora struktura ta jest inna – może mieć ona np. cztery elementy, jak również sześć elementów. Jak wskazano część autorów wywodzi ową strukturę z art. 1 k.k.

Wydaje się, że konstruując definicję przestępstwa (na gruncie prawa karnego materialnego) należy korzystać ze wszystkich przedstawionych nurtów. Wynika to z tego, że przestępstwo jako pojęcie nie ma w istocie jednego znaczenia. Taki stan jest uzasadniony tym, że na gruncie prawa karnego na przestępstwo można patrzeć wielopłaszczyznowo. Pojęciem przestępstwa można się bowiem posługiwać na gruncie „teoretycznym”, czyli analizy jakie zachowania winny być penalizowane (więc być przestępstwem), a które nie. W tym aspekcie istotne są definicje materialne, formalne jak i materialno-formalne. Przyjęcie definicji materialnych powodować może, że w istocie przestępstwem może być zachowanie, które nie jest zagrożone sankcją. Wynika to z tego, że w przypadku definicji materialnych bytu przestępstwa nie kreuje karalność tego zachowania, lecz sam fakt, iż narusza ono określone stosunki społeczne. Z kolei, jeśli chodzi o definicje formalne to na ich gruncie byt przestępstwa tworzy wyłącznie zagrożenie sankcją za dane zachowanie. Nie jest istotne to czy dane zachowanie narusza określone reguły społeczne lub naraża jakieś dobro na jego naruszenie czy też nie. W konsekwencji przyjęcie definicji formalnych powoduje, że w istocie ustawodawca kreując określony typ czynu zabronionego nie musi baczyć na to, czy dane zachowanie narusza jakiegokolwiek dobra. Możliwe jest zatem, idąc tokiem tej grupy definicji, uczynienie z przestępstwa zachowań, których

nie da się, obiektywnie rzecz biorąc, zrealizować, jak również zachowania cechujące się społeczną opłacalnością. Stąd też nie sposób zaaprobować definicji formalnych. Wydaje się, że najpełniejszą, a przez to najtrafniejszą, grupą definicji jest grupa mieszana (formalno-materialna). Ujmuje ona bowiem konieczność naruszenia przez jakieś zachowanie się (pojmowane w tym miejscu jako zachowanie abstrakcyjne) reguł społecznych, które to naruszenie reguł społecznych²³³ aktualizuje możliwość wymierzenia sprawcy takiego zachowania sankcji przewidzianej przez ustawę. Zatem z jednej strony unika się tworzenia przestępstw niekaranych, z drugiej strony zaś znacząco ograniczona jest możliwość tworzenia typów przestępstw, które stanowią zachowania niemożliwe do zrealizowania czy też zachowania pozytywnie oceniane społecznie.

Na przestępstwo można patrzeć jako pewien model-wzór zachowania ukształtowany przez ustawodawcę w tekście prawnym (przestępstwo *in abstracto*), jak również jako na określone zachowanie się sprawcy odpowiadające ustawowemu opisowi czynu zabronionego (przestępstwo *in concreto*). W tym pierwszym ujęciu jak trafnie zauważa R. Zawłocki o przestępstwie można mówić jako o przestępstwie w ogóle (ujęcie ogólne), czyli klasie wszystkich modeli-wzorów, które to na mocy woli ustawodawcy są przestępstwem. Jak trafnie zauważa cytowany autor przestępstwo może być ujmowane w ujęciu rodzajowym, w którym to przestępstwem nie jest ogół przestępstw, lecz pewien konkretny rodzaj penalizowanego zachowania. Ważniejszą jednak koncepcją w omawianym zakresie jest przyjęcie, że przestępstwo stanowi strukturę. Owa struktura w istocie stanowi pewien „pomost” pomiędzy przestępstwem *in abstracto* a przestępstwem *in concreto*. Struktura ta z jednej strony determinuje zakres przestępstwa *in abstracto*, bowiem ustawowy opis przestępstwa musi zawierać elementy owej struktury, z drugiej strony zaś w przypadku przestępstwa *in concreto* organ prowadzący postępowanie karne musi sprawdzić, celem pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, czy jego zachowanie się wypełnia poszczególne elementy struktury przestępstwa, które elementy to znalazły swój wyraz w ustawie. Przedstawione wyżej definicje doktrynalne opierające definiens nazwy „przestępstwo” na strukturze przestępstwa różnią się od siebie. Wynika z tego konieczność przychylenia się do jednej z przedstawionych definicji, względnie stworzenie definicji własnej²³⁴. Zanim jednak kwestia ta zostanie rozwiązana, należy zastanowić się nad tym, czy

²³³ Oczywiście owo naruszenie reguł społecznych *per se* nie jest wystarczające dla wymierzenia sprawcy kary (bowiem muszą zostać spełnione inne przesłanki). Niemniej na potrzeby analizy przywołanego poglądu reguły społeczne ujmuje się w sposób nad wyraz szeroki, bowiem obejmujący również opis czynu, którego to dokonał ustawodawca penalizując dane zachowanie, a także okoliczności takie jak wina.

²³⁴ Drugie rozwiązanie nie jest zalecane, ponieważ w istocie prowadzi do powstania większego zamętu pojęciowego, przez co utrudnia zrozumienie czym jest przestępstwo i jakie są jego elementy. Należy dodać, że z racji

art. 1 k.k. stanowi nośnik definicji przestępstwa. Wydaje się, że przepisy zawarte w tym artykule nie pełnią takiej roli. W § 1 tego przepisu co prawda wskazano, że do odpowiedzialności karnej może zostać pociągnięta osoba, która dopuściła się czynu będącego czynem zabronionym pod groźbą kary. Z kolei w § 2 i § 3 o społecznej szkodliwości i winie mowa jest w sposób negatywny (tj. nie jest przestępstwem czyn o znikomej społecznej szkodliwości oraz w przypadku braku winy sprawcy należy uznać, że nie popełnia on przestępstwa). Z racji umieszczenia tych elementów w trzech różnych paragrafach, braku jednoznacznego wskazania, iż treść tych paragrafów jest definicją przestępstwa, jak również poprzez wyrażenie niektórych elementów w sposób negatywny. Nie można więc uznać, że przepis ten stanowi definicję przestępstwa. Może stanowić on jedynie wskazówkę dla osób badających zakres nazwy „przestępstwo”. Powoduje to, że o ile w k.k. ustawodawca umieścił definicję czynu zabronionego, o tyle definicji przestępstwa już nie. Idąc dalej należy zastanowić się, jakie elementy wchodzi w skład wspomnianej już struktury przestępstwa. Jak wskazano niezasadne jest tworzenie nowych poglądów doktrynalnych, stąd też należy opowiedzieć się za którymś z poglądów już wysłowionych. Na aprobatę zasługuje definicja Ł. Pohla, bowiem jest to definicja najbardziej rozbudowana, a co za tym idzie określająca strukturę przestępstwa w sposób najbardziej precyzyjny. W myśl poglądów przywołanego autora można wyróżnić następujące elementy struktury przestępstwa:

1. zachowanie;
2. czyn;
3. czyn zabroniony;
4. bezprawność;
5. społeczna szkodliwość;
6. zawinienie²³⁵.

pryncypialnego znaczenia pojęcia „przestępstwa” wskazane jest w doktrynie ujednoczenie poglądów odnośnie struktury przestępstwa lub wskazanie jej elementów wprost w warstwie deskryptywnej odpowiedniego przepisu części ogólnej k.k.

²³⁵ W niniejszej pracy aprobowana będzie koncepcja Ł. Pohla dotycząca treści norm: sankcjonowanej i sankcjonującej. Koncepcja ta została przedstawiona w pracy *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007. Z wymienionych elementów struktury przestępstwa przyjmuje się w tej koncepcji, że pierwsze trzy są elementami charakteryzującymi treść normy sankcjonowanej, natomiast pozostałe precyzują treść normy sankcjonującej, a ściślej rzecz ujmując współkształtują one zakres zastosowania tej normy (zwanej niekiedy hipotezą).

§ 1.4. Zachowanie

Pierwszym z przedstawionych wyżej elementów struktury przestępstwa jest zachowanie²³⁶. Należy doprecyzować, że mowa w strukturze przestępstwa o zachowaniu się człowieka – bowiem tylko człowiek jest adresatem normy prawnokarnej, co wynika z przyjętego założenia aksjologicznego, w myśl którego jedynie człowiek jest istotą zdolną do ponoszenia odpowiedzialności karnej²³⁷. Zachowanie się człowieka może przybrać z jednej strony postać działania (postać pozytywna), z drugiej strony zaś postać zaniechania określonego działania (postać negatywna)²³⁸. W konsekwencji musi to być zachowanie istniejące w rzeczywistości obiektywnej, nie może być to zachowanie dziejące się wyłącznie w czyichś myślach. Warunek ten nazywa się w doktrynie prawa karnego warunkiem zewnętrżności²³⁹. Warunek zewnętrżności jest jedynym warunkiem, stawianym zachowaniu się. Stwierdzenie to nie wyklucza w żadnej mierze istnienia wielu szczegółowych problemów i zagadnień związanych zarówno z działaniem, jak i zaniechaniem. Występują one jednak na następnych „szczeblach” struktury przestępstwa. Zachowanie jako element struktury przestępstwa jest bowiem pierwszym elementem niezbędnym do stwierdzenia, że mamy do czynienia z przestępstwem. Zatem w pierwszej kolejności należy ustalić, że doszło do określonego obiektywnie postrzegalnego zjawiska. Dopiero w dalszej kolejności weryfikuje się, czy to zjawisko spełnia przesłanki, by nadać mu miano przestępstwa czy też nie.

²³⁶ Warto dodać, że nie wszyscy autorzy przedstawiając zagadnienie struktury przestępstwa, traktują zachowanie jako odrębny element tej struktury. Zob. np. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2019, s. 50; M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 172; M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2020, s. 88; J. Lachowski, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] V. Konarska-Wrżosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 37; J. Giezek, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 23; A. Marek, V. Konarska-Wrżosek, *Prawo karne*, Warszawa 2019, s. 99, czy ze starszej literatury W. Wolter, *Nauka o...*, s. 23. Dla wspomnianych autorów pierwszym elementem struktury przestępstwa jest czyn. Ponadto, w tym miejscu warto przytoczyć pogląd W. Woltera, który twierdzi, że nie każde zachowanie jest czynem. Zdaniem W. Woltera na klasę zachowań składają się zachowania będące czynami oraz zachowania niebędące czynami. Niemniej wspomniany autor nie włącza do struktury przestępstwa zachowania, zostawiając je poza strukturą. Zob. W. Wolter, *Nauka o...*, s. 50. Ciężko uznać takie rozumowanie za słuszne. Mianowicie każdy z elementów struktury przestępstwa zawęży zakres desygnatów tej nazwy. Ze względu na piętrowy charakter tej struktury, zaczyna się ona od elementu najbardziej szerokiego, by skończyć na elemencie najwęższym. W konsekwencji struktura przestępstwa winna mieć swój początek w możliwie jak najszerszym elemencie. A takowym nie jest czyn, lecz zachowanie. Antycypując dalsze wywody czyn nie jest najszerszą zakresowo nazwą, bowiem obejmuje on wyłącznie klasę zachowań noszących określone cechy (niezależnie od przyjętej koncepcji), nie zaś klasę wszystkich zachowań w ogóle. Z kolei niewłączenie zachowania do struktury przestępstwa (tak jak to czyni np. W. Wolter), w istocie wyłącza wręcz możliwość karnoprawnego wartościowania zachowań, a w konsekwencji oceny, czy dane zachowanie jest przestępne, czy też nie.

²³⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 117.

²³⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 117.

²³⁹ Zob. np. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis.

Należy w tym miejscu zasygnalizować, że zagadnienie zaniechania jest zagadnieniem nad wyraz spornym w doktrynie. Z racji tego, że jednym z punktów spornych jest to, czy zaniechanie jest czynem, czy też nie, pojęcie zaniechania i problemy związane z tym konstruktem zostaną omówione w części dotyczące pojęcia czynu. Umożliwi to bardziej spójne przedstawienie tej problematyki.

Warto również nadmienić, że I. Andrejew wyodrębnia trzecią formę zachowania, jaką jest posiadanie²⁴⁰. Racjami, które mogą przemawiać za wyodrębnieniem tej postaci prawnokarnie doniosłego zachowania jest to, że niektóre przestępstwa (np. przestępstwo posiadania broni palnej wbrew przepisom ustawy, stypizowane w art. 263 § 1 k.k.) nie mogą zostać uznane jednoznacznie za działanie albo zaniechanie. Uznanie takiego czynu, czy to za działanie, czy to za zaniechanie, czy zarówno za działanie jak i zaniechanie nie odda w pełen sposób jego ontologicznej istoty. Stąd też należy uznać za słuszne wyodrębnienie tej trzeciej postaci zachowania, aczkolwiek należy ją poczytywać jako wyjątek od reguły, że zachowanie się może przybrać formę działania albo zaniechania.

§ 1.5. Czyn

Spośród wymienionych wyżej elementów struktury przestępstwa na szczególne omówienie zasługuje czyn. Ustawodawca w k.k. nie sformułował jakiegokolwiek definicji tego pojęcia²⁴¹. W doktrynie natomiast wypracowano wiele koncepcji (ujęć) pojmowania pojęcia „czyn”²⁴². Poniżej zostaną przedstawione najpopularniejsze, a zdaniem autora niniejszej pracy także najciekawsze, ujęcia czynu występujące w polskiej doktrynie prawa karnego.

Pierwszym ujęciem jest ujęcie naturalistyczno-kausalne czynu. Według tego ujęcia czynem jest zachowanie się człowieka, które spełnia dwa następujące warunki:

1. jest zachowaniem dowolnym, w takim znaczeniu, że dopuszczenie się danego czynu jest zależne od woli jego sprawcy; w takim znaczeniu wola sprawcy stanowi przyczynę (*causę*) tegoż czynu;

²⁴⁰ Zob. I. Andrejew, *Polskie prawo karne w zarysie*, Warszawa 1971, s. 128.

²⁴¹ W art. 115 § 1 k.k. znaleźć za to można definicję czynu zabronionego („Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”). Niemniej nie jest to definicja czynu *per se*, lecz określonej klasy czynów. Nadto, nie sposób w niej znaleźć odpowiedzi na pryncypialne problemy związane z dowolnością czynu, jego celowością, czy kwestii możliwości uznania za czyn zaniechania.

²⁴² Warto dodać, że ujęcia: naturalistyczno-kausalne, socjologiczne i finalistyczne nie są wytworem myśli polskiej doktryny prawa karnego, lecz zostały zapożyczone z doktryny niemieckiej. Przede wszystkim mowa tutaj o naturalistyczno-kausalnym ujęciu czynu reprezentowanym w doktrynie niemieckiej przez F. Liszta, E. Belinga i G. Radbrucha, socjologiczne ujęcie czynu reprezentowane przez K. Bindinga i W. Sauera oraz finalistyczne ujęcie czynu, które przedstawicielem w doktrynie niemieckiej jest H. Welzel. Por. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975, s. 11 i nast.

2. jest zachowaniem obiektywnie postrzegalnym w świecie zewnętrznym; nie są zatem czynem przeżycia intelektualno-psychiczne człowieka, jak również zaniechanie²⁴³.

Ł. Pohl wskazuje na zarzuty, jakie można postawić naturalistyczno-kauzalnemu ujęciu czynu. Wśród tych zarzutów wskazać należy wątpliwości związane z trafnością warunku dowolności, który *prima facie* zakłada dowolność w przypadkach patologicznych (przede wszystkim zaburzeń psychicznych), zakłócających prawidłowe funkcjonowanie procesów wolicjonalno-poznawczych, a niekiedy nawet wyłączających je. Niemniej, jak wskazuje Ł. Pohl, dowolność w ujęciu naturalistyczno-kauzalnym należy pojmować jako li tylko czynnik sprawczy, a więc jako czynnik uruchamiający procesy decyzyjne o popełnieniu przestępstwa przez sprawcę. Kolejny zarzut odnosi się do kwestii zaniechania, które w referowanym ujęciu może zostać uznane za czyn. Mianowicie wychodząc z założenia, że zaniechanie nie jest czynnością realną, lecz tzw. zerem rzeczywistości, krytykuje się tę koncepcję także za niewłaściwe (biorąc pod uwagę powyższe przeświadczenie) uznawanie zaniechania za czynność występującą w rzeczywistości obiektywnie postrzegalnej²⁴⁴.

Kolejnym ujęciem czynu jest socjologiczne (społeczne) ujęcie czynu, będące odmianą ujęcia naturalistyczno-kauzalnego. W myśl tego ujęcia za czyn może zostać uznane takie zachowanie się, które jest społecznie doniosłe²⁴⁵. Społeczną doniosłość zachowania należy pojmować jako ujemną ocenę określonego zachowania w danej społeczności²⁴⁶. W konsekwencji jak zauważa W. Wolter czyn w tej koncepcji jest pojęciem wartościującym²⁴⁷. Według jednego z polskich zwolenników socjologicznego ujęcia czynu – A. Zolla, czynem w myśl ujęcia społecznego może być zarówno działanie, jak i zaniechanie²⁴⁸. W. Mąciór odnosząc się krytycznie do tego pojmowania czynu zauważa, że pojęcie społecznie ważne zachowanie się człowieka:

²⁴³ Zob. np. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 50 oraz W. Wolter, *O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym*, PiP 1956, z. 5-6, s. 882 i nast.

²⁴⁴ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 121-122. Należy dodać, że w tym miejscu sygnalizuje się jedynie racje, które mogłyby dotyczyć zagadnienia zaniechania, nie rozstrzyga się zaś o ich słuszności (zostanie to uczynione w dalszej części niniejszej pracy).

²⁴⁵ Zob. K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1980, s. 186 oraz W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 124.

²⁴⁶ Zob. W. Mąciór, *Czyn ludzki i jego znaczenie w prawie karnym. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1990, s. 23-24. Podobnie J. Wojciechowski, który za czyn uważa: „(...) celowe zachowanie się człowieka, stanowiące zespół ruchów zewnętrznych lub brak takich ruchów w określonym kierunku i któremu towarzyszą określone przeżycia psychiczne”. Zob. J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2000, s. 9. Zwolennikiem finalizmu w polskiej doktrynie prawa karnego jest również A. Zębik stwierdzający, że czyn na gruncie prawa karnego może funkcjonować w ujęciu realistycznym. Według A. Zębika wspomniane ujęcie realistyczne należy rozumieć jako świadome, celowe zachowanie się człowieka, które jest złożone z poszczególnych czynności zintegrowanych pod pojęciem celu i koordynowanych przez tenże cel. Zob. A. Zębik, *Czyn a przestępstwo...*, s. 46.

²⁴⁷ Zob. W. Wolter, *O czynie...*, s. 883.

²⁴⁸ Zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 21.

„(...) jest znamieniem ocennym – a nie opisowym – oraz odległym od jednoznaczności i ścisłości, wobec czego nie nadaje się do użycia w realnej definicji czynu”²⁴⁹. Zdaniem Ł. Pohla taka krytyka opiera się na niezwróceniu uwagi na to, że w pełni dopuszczalnym założeniem – w procesie modelowania pojęcia czynu na gruncie prawnokarnym – jest wypracowanie modelu czynu w prawie karnym, nie zaś modelu czynu w ogóle (a więc także poza ramami prawa karnego)²⁵⁰.

Następnym ujęciem czynu jest ujęcie finalistyczne (celowościowe). W tym ujęciu akcentuje się istotność celowości działania sprawcy jako czynnika wpływającego na możliwość uznania danego zachowania za czyn. Jak wskazuje W. Mąciór: „Czynem jest tylko takie ludzkie zachowanie się, które powstało pod wpływem aktywnej roli świadomości i jako jej produkt przeszło przez studium decyzji podjętej ze względu na określony cel, a następnie uzewnętrzniło się w postaci działania”²⁵¹. Realizacja czynu w myśl ujęcia finalistycznym składa się z dwóch etapów. W pierwszym etapie, występującym wyłącznie w sferze myśli, sprawca dokonuje wyboru i sprecyzowania celu oraz następuje przygotowanie i selekcja środków umożliwiających osiągnięcie celu, jak również przegląd ewentualnych skutków ubocznych. W drugim etapie sprawca urzeczywistnia myśl w realnym świecie treści myślowej sprawcy²⁵². Z przywołanej wyżej wypowiedzi W. Mącióra wprost wynika, że w myśl ujęcia finalistycznego, zaniechanie nie jest czynem. Ł. Pohl odnosząc się do zreferowanego ujęcia wskazuje, że pojmuje ono czyn w sposób niepoprawny metodologicznie. Mianowicie: „Wtłaczając cel zachowania się człowieka do czynu, uniemożliwia ono [finalistyczne ujęcie czynu – przyp. M.G.] w konsekwencji jego [czynu – przyp. M.G.] wyjaśnienie w drodze humanistycznej interpretacji, opierającej się na wymogu separacji elementów intelektualno-wolicjonalnych od elementu ich przedmiotowo scharakteryzowanego wytworu, jakim jest obiektywnie postrzegalne zachowanie się człowieka w świecie zewnętrznym”²⁵³. Dodatkowo zdaniem Ł. Pohla stawianie wymogu finalnego kierowania czynem prowadzi do wyłączenia z obrębu czynu zachowań popełnionych w stanie niepoczytalności. Jak zauważa wspomniany autor zachowania popełnione w stanie niepoczytalności są popełnione w stanie braku kontroli sprawcy nad jego postępowaniem²⁵⁴. Warto nadmienić, że w doktrynie można spotkać się z poglądami nawiązującymi do finalizmu, niemniej nie

²⁴⁹ W. Mąciór, *Czyn ludzki...*, s. 21.

²⁵⁰ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 122.

²⁵¹ W. Mąciór, *Czyn ludzki...*, s. 62.

²⁵² Zob. A. Zębik, *Czyn a przestępstwo ciągłe*, Łódź 1971, s. 22.

²⁵³ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 123.

²⁵⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 123.

będącymi w pełni poglądami finalistycznymi. W tym miejscu mowa przede wszystkim o poglądach I. Andrejewa, który z jednej strony podkreślał, że czynem jest skierowane na określony cel zachowanie się człowieka będące w zasięgu jego woli, a z drugiej strony, odmiennie od finalistów uważał, że to zachowanie może przybrać formę nie tylko aktywną (czyli działania), ale również i formę pasywną, a więc postać zaniechania²⁵⁵.

Warto wspomnieć również o ontologicznym ujęciu czynu zaproponowanym przez L. Kubickiego. Ujęcie to jest nazywane w zakresie problematyki zaniechania, ujęciem psychofizjologicznym²⁵⁶. W myśl tego ujęcia czynem jest: „(...) każdy akt zachowania się, niezależnie od jego skutku, celu, kierunku, treści świadomości, który następuje w czasie «czuwania», tzn. w stanie umożliwiającym odbieranie i przetwarzanie informacji”²⁵⁷. Wspomniany autor spod zakresu tak pojmowanego czynu wyłącza trzy sytuacje: reakcje następujące podczas snu, reakcje w postaci odruchów bezwarunkowych przebiegających poza kontrolą ośrodkowego układu nerwowego (jako przykłady L. Kubicki wskazuje konwulsje czy odruchy wywołane gwałtownym bólem) oraz reakcje stanowiące wynik oddziaływania czysto fizycznego (*vis absoluta*)²⁵⁸. Jak można zauważyć koncepcja ta bazuje na elementach *stricte* związanych z psychiką człowieka, nie zaś na argumentach natury prawniczej czy argumentach związanych ze społecznymi ocenami określonych zachowań. M. Cieślak w recenzji monografii L. Kubickiego dość krytycznie ocenia szukanie definicji czynu poza prawem karnym. Rozważania L. Kubickiego nt. definicji czynu skłaniają M. Cieślaka do rozważań nad tym, na ile często i jak głęboko prawnicy winni sięgać do innych nauk. Warto w tym miejscu przytoczyć następującą wypowiedź M. Cieślaka: „To, że prawnik musi niekiedy sięgnąć do innych dziedzin nauki jest sprawą oczywistą, wręcz banalną, i nie można czynić mu zarzutu, jeśli nie ufa nadmiernie hasłu: «zróbmy to sami!». Chodzi jednak o zachowanie odpowiednich reguł. Wypad na cudzy teren, zwłaszcza «głęboki», wymaga pewnej ostrożności: nietrudno tu narazić się na zarzut niekompetencji, zwłaszcza przy obecnym burzliwym rozwoju nauki, mnogości kierunków i teorii”²⁵⁹. M. Cieślak stwierdza również, że: „Na pewno fałszywa jest tendencja – nierzadko spotykana – w myśl, której jeśli pojawi się jakiś trudny problem prawniczy to sięgajmy do dziedzin związkowych: socjologii, psychologii, medycyny, ... a nawet cybernetyki! Jest to najlepszy sposób na zaimponowanie prawnikowi (...), ale niekoniecznie przyczyniający się do rozwikłania właściwego

²⁵⁵ Zob. I. Andrejew, *O dystans do tzw. finale Handlungslehre*, PiP 1972, z. 6, s. 107 i nast. oraz I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978, s. 135–136.

²⁵⁶ Zob. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1986, s. 124.

²⁵⁷ L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 59.

²⁵⁸ L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 59.

²⁵⁹ M. Cieślak, *Recenzja pracy Leszka Kubickiego „Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, PiP 1977, z. 2, s. 124–125.

zagadnienia”²⁶⁰. Przedstawione rozważania M. Cieślak odnosi do ustaleń L. Kubickiego stwierdzając, że pojęcie czynu jest pojęciem *stricte* prawniczym, stąd też nie należy szukać jego definicji w innych dyscyplinach nauki aniżeli nauki prawne. Zwłaszcza, że: „(...) przecież w rzeczywistości obiektywnej nie ma czynu jako zjawisk fizykalnie wyodrębnionych, są tylko tak czy inaczej zachowujący się ludzie (...), a z kolei to ich zachowanie nie składa się z oderwanych i zamkniętych zdarzeń, ale stanowi swoiste *continuum*, z którego prawnik wyodrębnia, na podstawie określonych kryteriów, odpowiednie «czyny»”²⁶¹.

M. Rodzyńkiewicz sformułował ujęcie czynu, zwane metodologicznym ujęciem czynu. W tym ujęciu czynem jest model-wzór zachowania się będący rezultatem modelowania pojęcia „czyn”, który to proces uwzględnia nakładane w nauce prawa karnego na ludzkie zachowanie się warunki umożliwiające uznanie określonego zachowania się za czyn²⁶². W konsekwencji, skoro czynem jest model-wzór zachowania się, to mowa wyłącznie o określonym postulacie modelu zachowania się stanowiącego czyn. Zdaniem M. Rodzyńkiewicza pojęciu „czynu” nie odpowiadają żadne rzeczywiste zjawiska czy przedmioty, a zatem nie istnieje czyn sam w sobie. W konsekwencji zdaniem wspomnianego autora, nie jest możliwe stworzenie modelu-odwzorowania czynu stanowiącego strukturalne odzwierciedlenie określonych rzeczywistych zdarzeń, przedmiotów czy stanów rzeczy²⁶³. Stąd też w istocie model-wzór czynu uznać można za pewnego rodzaju wyobrażenie teoretycznego rozumienia „czynu”, które może być oparte na wielu przesłankach, w zależności od autora i stopnia jego rozeznania w literaturze prawnokarnej, teoretycznoprawnej oraz literaturze innych nauk nad wyraz zróżnicowanych²⁶⁴. Można rozważać, jakie przesłanki musi uwzględniać postulowany model-wzór czynu. Warto przytoczyć stanowisko T. Kaczmarka, zdaniem którego określenie czynu w prawie karnym do zachowania metodologicznego sensu winno uwzględniać ontologiczne i normatywne jego podstawy²⁶⁵.

Należy jeszcze wspomnieć o syntaktycznym ujęciu czynu autorstwa W. Patryasa. Według tego ujęcia czyn należy pożytywać nie jako nazwę, lecz jako argument nazwotwórczy od jednego argumentu nazwowego. Jak wskazuje wspomniany autor: „Aby podać prawidłową kwalifikację gramatyczną wyrażenia «czyn», warto zauważyć, że zachowuje się ono tak samo, jak wyraz «ojciec». Zrozumiałe jest stwierdzenie, że ojciec Jana poszedł do pracy. Natomiast

²⁶⁰ M. Cieślak, *Recenzja pracy...*, s. 125.

²⁶¹ M. Cieślak, *Recenzja pracy...*, s. 125.

²⁶² M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 30 i nast.

²⁶³ Zob. M. Rodzyńkiewicz, *Modelowanie pojęć...*, s. 27 i nast.

²⁶⁴ Niewątpliwie autor ma na myśli stworzenie jednego, powszechnego modelu. Niemniej z racji wielogłosu i braku zgody, co do pojęcia czynu w doktrynie, możliwość taka wydaje się trudna do aplikacji, o ile wręcz nie niemożliwa.

²⁶⁵ Zob. T. Kaczmarek, *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 43.

stwierdzenie, że Jan okradł ojca, jest powszechnie rozumiane jako zdanie «Jan okradł ojca Jana». (...) Krótko mówiąc, wyraz «ojciec» jest funktorem nazwotwórczym od jednego argumentu nazwowego. Nasuwa się (...) przypuszczenie, że i wyraz «czyn» jest funktorem tego właśnie rodzaju. Upewnia w tym analiza zwrotu «czyn C». Po wstawieniu za zmienną C stosownej nazwy zwrot ten przekształca się w nazwę. Tak właśnie funkcjonuje on w rozmaitych schematach wyrażen formułowanych w rozważaniach teoretycznoprawnych, na przykład w schematach zdań deontycznych «Ze względu na normę N czyn C jest X-owi nakazany», «Ze względu na normę N czyn C jest X-owi zakazany» itp. Jeśli zatem wyrażenie «czyn C» staje się nazwą po wstawieniu za zmienną C stosownej nazwy, to tym samym wyraz «czyn» jest funktorem nazwotwórczym od jednego argumentu nazwowego. Stąd też nie nadaje się on do wstawienia w miejsce którejkolwiek ze zmiennych występujących w schemacie «X w t wykonał czyn C». Uwzględnienie go wymaga rozbudowania tego schematu do postaci «X w t wykonał czyn C»²⁶⁶. W. Patryas zwraca jeszcze uwagę na to, że: „(...) desygnat nazwy powstałej z formuły «czyn C» jest identyczny z desygnatem nazwy wstawionej za zmienną C. Czyn zjedzenie śniadania jest bowiem identyczny ze zjedzeniem śniadania, a czyn podskoku jest identyczny z podskokiem»²⁶⁷. Z poglądami W. Patryasa nt. czynu polemizuje P. Konieczniak. Wskazany autor bowiem nie zgadza się z poglądem, iż czyn zawsze jest funktorem nazwotwórczym od jednego argumentu nazwowego. Jego zdaniem niekiedy czyn jest w istocie funktorem nazwotwórczym, jednak niekiedy czyn jest nazwą²⁶⁸. Autor ten tłumaczy swoje stanowisko na przykładach. Mianowicie określona nazwa może być nazwą ogólną np. „trener” czy „advokat” oraz stanowić człon nazwy jednostkowej np. „trener Mike’a Tysona” czy „advokat Ala Capone”. Podobnie jest zdaniem P. Konieczniaka z przytoczoną przez W. Patryasa nazwą „ojciec”. Z jednej strony w istocie jest niekiedy funktorem nazwotwórczym (kiedy mówimy o czyimś ojcu, np. ojcu Jana), jednak ojciec też jest niekiedy nazwą ogólną²⁶⁹. Z kolei zaś pod wyrażeniem „czyn” ukrywają się różne znaczenia nadające niekiedy temu wyrażeniu charakter nazwy. P. Konieczniak zauważa, że w literaturze prawnokarnej wyrażenie „czyn” występuje w charakterze nazwy generalnej i ogólnej²⁷⁰. W konsekwencji prawnokarnej analiza czynu w istocie jest, w myśl przedstawionego poglądu, analizą nazwy ogólnej, nie zaś li tylko funktora

²⁶⁶ W. Patryas, *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993, s. 27-28.

²⁶⁷ W. Patryas, *Zaniechanie. Próba...*, s. 28.

²⁶⁸ Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002, s. 39.

²⁶⁹ Według P. Konieczniaka, gdyby przyjęć inaczej, użycie nazwy „ojciec” np. w przepisach prawa rodzinnego, byłoby niezrozumiałe. Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako...*, s. 35 i nast.

²⁷⁰ Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako...*, s. 35 i nast.

nazwotwórczego, który sam bez argumentu nazwowego pozostaje wyrażeniem bez wyraźnego znaczenia.

Z kolei Ł. Pohl proponuje przyjęcie kompromisowego stanowiska, w myśl którego czynem jest zachowanie się podmiotu (człowieka) determinowane jego wolą oraz nastawione na osiągnięcie wyobrażanego sobie przez ten podmiot określonego celu. W konsekwencji takie pojmowanie czynu, co zauważa sam Ł. Pohl, jest połączeniem ujęcia naturalistyczno-kauzalnego oraz ujęcia finalistycznego²⁷¹. Stąd też ujęcie to można określić mianem ujęcia kauzalno-finalistycznego.

Warto w tym miejscu nadmienić, że I. Andrejew podjął próbę systematyzacji różnych funkcji, które może spełniać czyn. Najistotniejszymi funkcjami czynu są:

1. funkcja gwarancyjna;
2. funkcja definicyjna oraz
3. funkcja normatywna.

Istota pierwszej z przywołanych funkcji, a więc funkcji gwarancyjnej sprowadza się do stania się zabezpieczenia przed karaniem za grzeszne myśli lub szkodliwy styl życia. Z kolei funkcja definicyjna przejawia się w traktowaniu pojęcia czynu, jako nadrzędnego nad pojęciami działania oraz zaniechania. Ostatnia funkcja – funkcja normatywna – wynika z faktu użycia przez ustawodawcę zwrotu „czyn” w k.k.²⁷².

W konsekwencji pojęcie czynu jest pojęciem rozumianym w doktrynie w sposób znacząco zróżnicowany, niekiedy nawet sprzeczny ze sobą. Biorąc pod uwagę fundamentalność pojęcia czynu dla prawa karnego, nie sposób pominąć określenia jego znaczenia, celem dalszej analizy przestępstwa uporczywego nękania. Dla klarowności wyводу czytelnik ma prawo wymagać od autora pracy przedstawienia jednej definicji czynu, która jego zdaniem jest słuszna. Przedstawiony wielogłos nie ułatwia tego zadania i pozostawia dwa wyjścia: przyjęcie któregoś z przedstawionych poglądów albo sformułowanie własnego, mniej lub bardziej innego rozumienia czynu.

W pierwszej kolejności należy przyjąć wstępne warunki, które powinien spełniać czyn, a następnie odnieść się do przedstawionych na poprzednich stronach niniejszej pracy poglądów nt. rozumienia czynu i porównać je ze wspomnianymi warunkami wstępnymi. Przede wszystkim należy mieć na uwadze, że czyn jest drugim elementem struktury przestępstwa. Z kolei

²⁷¹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 126 oraz Ł. Pohl, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis.

²⁷² Zob. I. Andrejew, *O pojęciu czynu w prawie karnym*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2-3, s. 85 i nast.

przyjęta w niniejszej pracy struktura przestępstwa skonstruowana jest w taki sposób, że wychodzi się od nazwy o dużej pojemności zakresowej (zachowanie się), a następnie zawęża się jej zakres. Powoduje to, że każdy z elementów struktury przestępstwa – począwszy od czynu – musi być zakresowo podrzędny do zachowania²⁷³. W konsekwencji czynem nie może być zachowanie nierzeczywiste oraz niewykonalne²⁷⁴. Rozważenia wymaga także kwestia dowolności czynu oraz świadomości jego popełnienia. Ponadto odpowiadając na pytanie czym jest czyn, należy również odnieść się do kwestii, czy wyłączamy z spod jego zakresu zaniechanie²⁷⁵. Omówienie tego zagadnienia wymaga z kolei zdefiniowania zaniechania oraz ocenienia jego realności w świecie rzeczywistym, co zostanie uczynione na następnych stronach²⁷⁶. Niemniej dla klarowności wyводу, warto antycypować dalsze rozważania w tej materii i wskazać, że zaniechanie jest czynem.

Omawiając warunki wstępne, które musi spełniać określona koncepcja czynu, należy dodać, że taka koncepcja nie może wykluczać spod zakresu nazwy „czyn” składników wynikających z następnych elementów struktury przestępstwa. Stąd też pojęcie czynu nie może negować możliwości popełnienia przestępstwa w sposób nieumyślny²⁷⁷.

Kolejną kwestią wstępną jest dowolność czynu. Zachowaniem dowolnym jest tylko takie zachowanie, które jest powodowane wolą jego podmiotu. *A contrario* zachowaniem niedowolnym będzie zachowanie podjęte w warunkach braku woli jego podjęcia, przy czym przez wolę należy tu rozumieć jako uwarunkowanie psychiczne będące jego przyczyną tego zacho-

²⁷³ W konsekwencji nie może być mowy o tym, żeby następne elementy struktury przestępstwa zakresowo wykluczały czy krzyżowały się z elementami poprzednimi. Zatem kolejne elementy struktury przestępstwa nie mogą być sprzeczne z poprzednimi, ale także i poprzednie nie mogą wykluczać dalszych elementów tej struktury. W takiej sytuacji nie moglibyśmy mówić o uporządkowanej strukturze przestępstwa, lecz o chaotycznym ujmowaniu przestępstwa, co uniemożliwiłoby ustalenie jej zakresu i zmniejszyło przez klarowność systemu prawa karnego.

²⁷⁴ Za Ł. Pohlem warunek ten można nazwać warunkiem wykonalności czynu. Zob. Ł. Pohl, *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007, s. 69. Warto dodać, że żadna z powyższych koncepcji czynu nie odwołuje się do zagadnienia wykonalności czynu.

²⁷⁵ Jak wskazano za postać zachowania można uważać jeszcze posiadanie. Jednak z racji tego, że z racji znamion, który posłużył się ustawodawca typizując przestępstwo uporczywego nękania, nie jest możliwe jego popełnienie w tej formie zachowania. Stąd też rozważania, czy posiadanie jest czynem czy też nie, wykraczają poza zakres niniejszej pracy.

²⁷⁶ Mogłoby się wydawać, że omawianie pojęcia „czyn” bez uprzedniego omówienia pojęcia zaniechania będzie niepełne, a może i nawet nierzetelne. Jednakże omawiając kwestię zaniechania nie sposób odnieść się do tego, czy zaniechanie jest czynem. A wszakże do określenia, czy zaniechanie jest czynem, trzeba uprzednio ustalić czym jest czyn. Stąd też należy w pierwszej kolejności odnieść się do zreferowanych koncepcji czynu (i poczynić częściowe wnioski), następnie poruszyć tematykę zaniechania, co umożliwi sformułowanie pełnych wniosków co do pojęcia czynu.

²⁷⁷ Biorąc pod uwagę powyżej zreferowane koncepcje należy uznać, że wyłącznie odrzucenie nieumyślności stałoby w sprzeczności ze strukturą przestępstwa. Rzecz jasna, można wspominać o wymogu nieodrzućcia zawinienia, czy krytykować hipotetyczne uznawanie za czyn wyłącznie zachowań cechujących się niskim stopniem społecznej szkodliwości. Niemniej takie rozważania byłyby sztuczne i stanowiłyby przejaw szukania problemów, których w istocie nie ma.

wania (wola jako determinanta tego zachowania; tym samym nie ujmuje się tu woli w charakterze czynnika sterującego, który jest istotny przy przypisywaniu winy)²⁷⁸. Pojawiać się może pytanie, czy zachowanie niedowolne jest czynem, a także czy dowolność zachowania powinna być badana przy elemencie czynu, czy też przy elemencie winy. W zakresie pierwszego zagadnienia istotne są uwagi poczynione na marginesie sporu W. Patryasa z Ł. Pohlem. Biorąc pod uwagę całokształt struktury przestępstwa, pod uwagę brać można element czynu oraz element winy. Zagadnienie to jest zagadnieniem złożonym, bowiem z jednej strony mamy do czynienia z okolicznościami wyłączającymi możliwość uznania danego zachowania za czyn, którymi są okoliczności powodujące nie dowolność zachowań (np. odruch bezwarunkowy, działanie w stanie wyłączonej świadomości, czy też wyłączający fizjologiczną możliwość działania). Z drugiej strony zaś okoliczności, które można by uznać w pewnym stopniu za niedowolne (niepoczytalność) stanowią okoliczności wyłączające winę. Pełne rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga pogłębionych rozważań, które przekraczają zarysowany zakres pracy, w której przyjmuje się podane wyżej rozróżnienie woli na determinującą i sterującą. Jedynie brak tej pierwszej powoduje brak czynu, a brak drugiej jedynie brak winy.

W ramach niniejszej pracy poświęconej przestępstwu uporczywego nękania interesujące jest pojmowanie czynu na gruncie prawa karnego. Jednakże nie sposób uciec od rozważań,

²⁷⁸ Warto odnotować spór między Ł. Pohlem a W. Patryasem nt. tego, czy norma sankcjonowana normuje wyłącznie działania dowolne, czy także działania niedowolne. Ł. Pohl stoi na stanowisku, że norma sankcjonowana może zostać przekroczona zarówno zachowaniem dowolnym, jak i zachowaniem niedowolnym (zdaniem Ł. Pohla norma sankcjonowana nie jest normą postępowania i powołując się na Z. Ziemińskiego stwierdza, że normy postępowania normują wyłącznie zachowania dowolne; koncepcja została przedstawiona w: Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*), przez co dowolność czynu winna być badana dopiero na poziomie aplikacji normy sankcjonującej w zakresie jej zastosowania. Oddając głos Ł. Pohlowi: „Korekta, którą tu proponuję, polega, mówiąc krótko, na przesunięciu wymogu dowolności, jaki stawia się normowanemu w normie sankcjonowanej zachowaniu, do zakresu zastosowania normy ją sankcjonującej”. Zob. Ł. Pohl, *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej niebędącej normą postępowania*, RPEiS 2006, z. 1, s. 55 i nast.; Ł. Pohl, *W odpowiedzi na uwagi prof. Wojciecha Patryasa o artykule Łukasza Pohla Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, RPEiS 2006, z. 4, s. 174 oraz Ł. Pohl, *Uwagi na marginesie dialogu z prof. Wojciechem Patryasem*, RPEiS 2006, z. 4, s. 185-186. Z kolei W. Patryas co prawda nie neguje istoty poglądów Ł. Pohla w tej materii, lecz krytycznie odnosi się do metod rozwiązania tego zagadnienia przez powyższego autora. Głównym zarzutem stawianym koncepcji Ł. Pohla jest to, że autor ten niepotrzebnie neguje koncepcję normy postępowania Z. Ziemińskiego. Według W. Patryasa istnieją dwie interpretacje pogląd Z. Ziemińskiego nt. pojmowania postępowania. W interpretacji słabszej, postępowanie w zasadzie zależy od woli podmiotu (przy czym wolicjonalność nie musi obejmować wszystkich elementów postępowania), z kolei w interpretacji silniejszej wszystkie jednostkowe przypadki stanu, jakim jest postępowanie muszą mieć absolutnie wolicjonalny charakter. W. Patryas wskazuje, że koncepcja Z. Ziemińskiego odnosi się do interpretacji słabszej, a Ł. Pohl w tej koncepcji widzi silniejszą interpretację postępowania. W. Patryas krytycznie patrzy również na lokację znamion podmiotowych w zakresie normy sankcjonowanej, nie zaś normy sankcjonującej, co wydaje się kolidować – zdaniem wspomnianego autora – z propozycją korekty koncepcji Z. Ziemińskiego. Zob. W. Patryas, *„Norma sankcjonowana w prawie karnym...” – kilka uwag do artykułu Łukasza Pohla*, RPEiS 2006, z. 1, s. 65-67, W. Patryas, *Na polemikę dra Łukasza Pohla – odpowiedź*, RPEiS 2006, z. 4, s. 177-180, a także W. Patryas, *Jeszcze w sprawie normy sankcjonowanej w prawie karnym*, RPEiS 2006, z. 4, s. 187-189.

czy pojęcie czynu jest zagadnieniem *stricte* prawnokarnym, czy też pojęcie czynu stanowi implementację dorobku innych nauk, a co za tym idzie należy wspomniany dorobek przy karnoprawnej analizie uwzględniać. Niewątpliwie czynem nie zajmują się wyłącznie prawnicy. Pojęcie to analizowane jest m.in. przez filozofów, czy psychologów. Jednakże analiza prawnicza, jest czyniona na potrzeby określonego zagadnienia, tj. prawnokarnego rozumienia przestępstwa. Stąd też w istocie chodzi o wypracowanie konstruktów pozwalających na płaszczyźnie legislacyjnej skonstruować dane przestępstwo, a na płaszczyźnie stosowania prawa móc w sposób właściwy dokonać subsumpcji stanu faktycznego i stanu prawnego. Niemniej, niezależnie od przyjętej koncepcji nie sposób zaprzeczyć temu, że czyn jest zachowaniem człowieka. Skoro jest zachowaniem człowieka, to jednak nie można odrzucać dorobku medycyny, psychologii czy psychiatrii, które w przeciwieństwie do nauk prawnych posiadają odpowiedni warsztat badawczy i metodologiczny umożliwiający zbadanie zachowań ludzkich oraz wartościowanie ich w zakresie normy i patologii. Uciekanie od chociażby częściowego odwołania się do tych nauk przy określaniu definicji czynu spowoduje, że definicja ta będzie niewłaściwie opisywać rzeczywistość, przez co struktura przestępstwa stanie się li tylko konstruktem teoretycznym, nad którym prowadzić się będzie rozmaite dyskusje, jednak nie pomagających stosować norm prawa karnego na gruncie konkretnych postępowań karnych. Stąd też w nauce mamy w istocie do czynienia z wieloma perspektywami pojęciami czynu, a prawnokarne ujęcie czynu jest jednym z wielu jego ujęć.

Po przedstawieniu uwag ogólnych dotyczących rozumienia czynu, należy w tym miejscu odnieść się do zreferowanych wyżej koncepcji. Rozpoczynając od ujęcia naturalistyczno-kausalnego zaaprobować należy uznanie woli jako determinanty podjęcia czynu²⁷⁹. Niemniej nie można zaaprobować tej koncepcji z uwagi na traktowanie zaniechania jako zjawiska niefizycznego. Jak zostanie przedstawione w dalszej części niniejszej rozprawy, zaniechanie stanowi fizyczny składnik rzeczywistości, stąd też odmawianie zaniechaniu przymiotu czynu prowadziłoby do wyłączenia spod zakresu kryminalizacji realizacji znamion przestępstw poprzez zaniechanie (albowiem nie można by było ich uznać za czyn, więc nie mogłoby stanowić przedmiotu karnoprawnego wartościowania). Koncepcji tej na marginesie można zarzucić, że nie wykazuje one wprost odwoływania się do dorobku innych nauk posiadających bardziej odpowiednie narzędzia badawcze aniżeli nauki prawne do badania ludzkiego zachowania się (np. psychologii czy socjologii).

²⁷⁹ Należy wskazać, że koncepcja ta odnosi się w zreferowanym ujęciu wyłącznie do woli determinującej, nie zaś woli sterującej.

Przechodząc do ujęcia socjologicznego należy wskazać, że z uwagi na fakt bycia odmianą ujęcia naturalistyczno-kausalnego, uwagi na poczynione na jego gruncie znajdują zastosowanie również do ujęcia socjologicznego. Istotną modyfikacją jest wymóg doniosłości czynu. Bezdyskusyjne jest to, że doniosłość ta może być postrzegana przez pryzmat wyłącznie ujemnej (negatywnej) oceny działania lub zaniechania sprawcy. Zgodzić się należy, że na gruncie ustalenia przestępności danego zachowania się, należy odwoływać się przede wszystkim do kryteriów prawnych oraz naukowych. Kryteria społecznej oceny istotne są bowiem na etapie podjęcia prac nad penalizacją określonych zachowań. W przypadku ustalenia przestępności czynu mamy do czynienia z wykładnią prawą, a więc ustaleniem brzmienia normy prawnej i weryfikacji, czy zachowanie się sprawcy stanowi jej przekroczenie. Z racji tego, że norma prawna ma być wyrażeniem dostatecznie jednoznacznym, jej treść musi mieć korzenie w elementach dość uporządkowanych i mających znaczny stopień obiektywności²⁸⁰. Z kolei oceny, jako przeżycie aprobaty lub dezaprobaty²⁸¹, a więc jako emocja są nazbyt mało obiektywne, by móc stanowić postawę decyzji o dalszych losach i warunkach życiowych podmiotu normy sankcjonowanej²⁸². Nie można rzecz jasna przesądzić, że w ujęciu pozakarnoprawnym takie oceny, z jakiegoś punktu widzenia, mogą być istotne. Ale jak słusznie wynika z przywołanego wyżej *passusu* Ł. Pohla, mowa jest o ustalaniu karnoprawnego znaczenia czynu, nie zaś znaczenia czynu w ogóle. Stąd też warunek społecznej doniosłości zachowania winien być bardziej adresowany do ustawodawcy, nie zaś do adresatów normy. Powyższa konstatacja prowadzi do odrzucenia tej koncepcji czynu.

Przechodząc do skomentowania ujęcia finalistycznego, należy wskazać, że koncepcja ta nie dość, że uniemożliwia odseparowanie od siebie czynników wolicjonalno-intelektualnych oraz czynników przedmiotowych, to sprowadza ona w istocie czyn wyłącznie do postaci umyślności, i to w postaci *dolus directus*. W konsekwencji przyjęcie takiej koncepcji czynu, wyłączyłoby przestępność zachowań popełnionych nieumyślnie i *cum dolo eventuali*. Biorąc pod uwagę obecny stan prawny doprowadziłoby to do załamania systemu prawnokarnego, bowiem w k.k. penalizowane byłyby zachowania niebędące czynami, a co za tym idzie stypizowane by były przestępstwa niebędące przestępstwami. Analogiczne konsekwencje będzie miało odrzucenie zaniechania jako czynu. Zatem przywołana koncepcja nie zasługuje na aprobatę.

²⁸⁰ Uzyskaniu tej obiektywności służy proces wykładni, zaś wiedza z zakresu innych nauk jest subsydiarna w tym znaczeniu, że stosuje się ją, gdy wiedza o danym wycinku rzeczywistości nie jest przedmiotem badań nauk prawnych lub te badania są nie wystarczające do otrzymania wiedzy umożliwiającej obiektywnie spojrzenie na rzezonny odcinek rzeczywistości, lub rozważania wynikające z analizy językowej są nazbyt płytkie i nie dają odpowiedzi co istoty danego pojęcia.

²⁸¹ Por. np. C. Znamierowski, *Z abecadła prawoznawcy*, RPEiS 1958, z. 1, s. 116-117.

²⁸² Rację ma zatem W. Mąciór wskazując na zbytnią subiektywność takich ocen.

Ujęcie ontologiczne, spośród wszystkich zaprezentowanych ujęć czynu zdaje się najlepiej oddawać przedstawione warunki wstępne, które musi spełnić koncepcja czynu, by mogła zostać uznana za prawidłową. Na gruncie tej koncepcji ocena dowolności jest możliwa zarówno na etapie czynu, jak i zawinienia, albowiem na gruncie tej koncepcji wymagane jest jedynie istnienie świadomości zachowania (co wyłącza jedynie zachowania przebiegające zupełnie poza świadomością zachowującego się) – zatem koncepcja ta najlepiej jest zgodna z przyjętym w niniejszej dysertacji podziałem woli na wolę: determinującą i sterującą. Koncepcja ta również nie wyklucza żadnej z postaci strony podmiotowej, jak również przyjmuje zaniechanie jako postać czynu. Biorąc pod uwagę precyzyjny definiens tej koncepcji, jak również odwołanie do psychologii czy neurobiologii, koncepcja ta nie jest li tylko teoretycznym wytworem określonego autora, lecz odwołuje się do specyfiki psychiki ludzkiej i przeżywanych przez człowieka procesów psychicznych. Odwołując się do poglądów M. Cieślaka zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że przy sięganiu do dorobku innych nauk, istnieje ryzyko niewłaściwego zrozumienia ich dorobku, jak również przyjęcie poglądu mniejszościowego lub skrajnie sprzecznego z metodologią danej nauki. Niemniej należy pamiętać, że podmiotem przestępstwa jest człowiek. Nauki prawne *per se* nie mają odpowiedniego warsztatu, aby badać człowieka w jego aspekcie fizjologicznym, jak i psychologicznym. Nauki prawne nie mają również kompletnego warsztatu pozwalającego, w oderwaniu od innych nauk, badać aktywność ludzką lub jej brak. Stąd też nie można abstrahować od uwzględniania innych nauk przy badaniu zagadnień prawnych, niemniej trzeba to czynić rozważnie. I taką rozważną i udaną próbę przeprowadził właśnie L. Kubicki²⁸³.

Natomiast odnosząc się do metodologicznego ujęcia czynu należy wskazać, że M. Ródkiewicz w istocie nie tworzy pełnej definicji czynu, lecz wskazuje co należy uwzględniać definiując czyn. Można to wiązać z przeświadczeniem autora o nierealności pojęcia czynu. Niemniej skoro czyn jest podrzędny do zachowania, które ma być realne, to przyjęcie, że czyn jest fikcją wymyśloną przez karnistów, stoi ze sobą w sprzeczności. Takie założenie również stoi w sprzeczności z warunkiem zewnętrznej postrzegalności czynu, ponieważ skoro czyn nie jest pojęciem realnym, to realność desygnatu tej nazwy może zostać zakwestionowana. Odnosząc się do desygnatu, to jego ustalenie na gruncie tego ujęcia wymaga uzyskania konsensusu doktryny co do określonych elementów modelu-wzoru. Propozycja T. Kaczmarka, aby przy modelowaniu pojęcia czynu uwzględniać płaszczyznę ontologiczną, jak i normatywną jest za-

²⁸³ O zasadności odwoływania się do innych nauk przy analizie pojęcia czynu poruszono kilka stron wcześniej. Stąd też nie ma potrzeby ponownego przytaczania tych wniosków.

sadna, niemniej nazbyt ogólna. Każdy autor może bowiem inaczej pojmować obie te płaszczyzny. Biorąc pod uwagę wielość koncepcji czynu w doktrynie prawa karnego, w istocie będziemy mieli do czynienia nie z jednym modelem-wzorem czynu, lecz z wieloma modelami-wzorami. Zatem koncepcja ta nie kończy istniejącego wielogłosu w sprawie czynu, lecz inaczej go nazywa. Stąd też nie może zostać ona zaaprobowana.

Ujęcie syntaktyczne autorstwa W. Patryasa jest dość ciekawą koncepcją czynu, lecz należy je bardziej traktować, jako próbę logicznej analizy pojęcia czynu, nie zaś koncepcję w jakikolwiek sposób przydatną w procesie subsumpcji normy sankcjonowanej na gruncie określonego stanu faktycznego. To, czy czyn jest samodzielną nazwą czy relacją między sprawcą a jego zachowaniem się, jest mało istotne w sytuacji ustalania, czy np. brak świadomości sprawcy powoduje, że nie można przypisać mu winy w czasie czynu (a zaistnienie okoliczności ekskulpującej może aktualizować normę umożliwiającą orzeczenie względem sprawcy środków zabezpieczających), czy powoduje, że sprawca ten w ogóle nie popełnił czynu (co wyłącza jakąkolwiek karnoprawną reakcję na jego zachowanie się). Owszem rozważania co do określonych nazw i ich desygnatów mogą i winny być podejmowane przez teoretyków prawa, ale w takiej formie z jaką mamy do czynienia przy ujęciu syntaktycznym nie służą one lepszemu stosowaniu prawa karnego, lecz stanowią materiał do ubogacenia rozważań dogmatycznoprawnych czynionych w celach wyłącznie naukowych, przez co ich praktyczna użyteczność jest znikoma. Rację ma P. Konieczniak, że wyraz „czyn” może pełnić dwojaką funkcję: po pierwsze być nazwą dla czynu (np. kiedy dokonuje się naukowego lub praktycznego opisu zakresu tej nazwy), a po drugie być funktorem nazwotwórczym (np. kiedy mowa jest o określonym czynie określonego sprawcy). Dodatkowo pojmowanie czynu jako funktora nazwotwórczego, stoi w sprzeczności z funkcją normatywną czynu, bowiem czyn stanowi element normy sankcjonowanej. Z racji tego, że norma sankcjonowana jest normą prawną, musi być ona generalna i abstrakcyjna (o czym już wspomiano), natomiast uznawanie czynu za relację, w istocie czyniłoby ją normą indywidualną i konkretną²⁸⁴. Koncepcja W. Patryasa rodzi znacznie więcej pytań i wątpliwości, niemniej ich rozwianie winno stanowić przedmiot odrębnego opracowania.

Na sam koniec należy spojrzeć na koncepcję kauzalno-finalistyczną. Koncepcja ta co prawda przewyżcza ww. wskazane mankamenty, przez co w bardziej prawidłowy sposób opisuje zagadnienie czynu. Zatem koncepcję tę można uznać za mniej lub bardziej konkurencyjną

²⁸⁴ Bowiem czyn jako relacja odnosić się musi do konkretnego sprawcy i jego konkretnego zachowania się, a więc do sytuacji jednostkowej i co do zasady niepowtarzalnej. Z kolei stwierdzenie X czyni Y jest nazbyt nieprecyzyjnym pojęciem, by nadać mu charakter normatywny. Takie stwierdzenie może jedynie stanowić pewną naukową *quasi*-definicję relacji czynu.

dla ontologicznej koncepcji czynu. Jednakże na korzyść koncepcji L. Kubickiego przemawia oparcie tej koncepcji wprost na dokonaniach innych nauk. Warto wspomnieć również o zagadnieniu zaniechania w świetle tej koncepcji. Mianowicie Ł. Pohl formułując koncepcję kausalno-finalistyczną, nie odnosi się do kwestii zaniechania. Niemniej z innych prac tego autora można wywieść, że przyjmuje on, iż zaniechanie jest czynem²⁸⁵.

Podsumowując powyższe i dość syntetyczne rozważania, należy przyjąć ontologiczne ujęcie czynu autorstwa L. Kubickiego. Niemniej koncepcję tę należy uzupełnić jeszcze poprzez dodanie wymogu możliwości wykonania przez sprawcę jego czynu.

Po wskazaniu, jak należy pojmować czyn, należy wskazać, jakie okoliczności wyłączają jego przyjęcie. Wśród takich okoliczności można wskazać za Ł. Pohlem:

1. przymus bezwzględny (zwany również przymusem fizycznym, przymusem nieodpornym oraz *vis absoluta*) – zachowanie się człowieka nie jest przez niego sterowane na skutek zewnętrznego (tj. pochodzącego od innego człowieka lub innej siły przyrody) – niedającego się odeprzeć oddziaływania na jego mięśnie (wówczas ciało stanowi niesterowalną przestrzeń i li tylko mechanicznie stanowi ogniwo związku kausalnego);
2. odruch bezwarunkowy – wrodzony, obronny odruch automatyczny, leżący poza organizującymi zachowanie człowieka funkcjami jego mózgu (nie bierze w procesie realizacji zachowania świadomość człowieka);
3. stan wyłączonej świadomości – stan, w którym człowiek nie ma możliwości odbierania i przetwarzania informacji z otoczenia (a więc nie znajduje się on w stanie przytomności lub stanie czuwania), np. występuje on w przypadku głębokiego snu lub śpiączki;
4. stan wyłączający fizjologiczną możliwość działania – stan ten może obejmować nie tylko sferę motoryczną, ale również sferę wolicjonalną, przykładem takiego stanu może być paraliż;
5. inne sytuacje wyłączające obiektywność możliwość wykonania danego działania – np. brak niezbędnego narzędzia do wykonania działania, czy mechanicznie uniemożliwienie wykonania określonego działania (np. poprzez skrupowanie człowieka lub zamknięcie go w pomieszczeniu, z którego nie może się on samodzielnie wydostać)²⁸⁶.

²⁸⁵ Zob. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 1 k.k.*..., Legalis; Ł. Pohl, *Prawo karne*..., s. 118; Ł. Pohl, *Czyn w prawie karnym* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa*..., s. 220-222 oraz Ł. Pohl, *O niemożności wykonania nakazanego działania spowodowanej zachowaniem się zobowiązanego do działania (przyczynek do analizy zaniechania w prawie karnym)* [w:] W. Cieślak, S. Steinborn (red.), *Professor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacje*, Warszawa 2013, s. 452-453. Warto dodać, że w swoich wczesnych prac Ł. Pohl wprost odrzucał możliwość uznania zaniechania za czyn. Zob. Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa w kodeksie karnym z 6 VI 1997 r.*, RPEiS 2000, z. 2, s. 84.

²⁸⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne*..., s. 126-128.

Jak można zauważyć, większość z przedstawionych okoliczności związana jest z wyłączeniem dowolności zachowania się sprawcy (zarówno na poziomie psychicznym, jak i fizycznym). Ponadto, czyn wyłączają inne okoliczności takie jak brak odpowiedniego narzędzia, brak wiedzy czy odpowiednich umiejętności związanych z możliwością wykonania czynu.

Jak już wskazano, spory w doktrynie budzi możliwość uznania zaniechania za czyn. Odnosząc się do tego zagadnienia, w pierwszej kolejności należy zastanowić się, czym jest zaniechanie. W zależności od autora można spotkać się z różnym pojmowaniem zaniechania. I tak, W. Wolter pierwotnie zaniechanie określał mianem kierunkowej beczynności²⁸⁷. Następnie zrewidował swój pogląd i bazując na ustaleniach I. Pawłowa, zaczął definiować zaniechanie jako zahamowanie podjęcia określonego działania, które to zahamowanie stanowi aktywność woli²⁸⁸. Według tej definicji zaniechania istotny jest zatem aspekt psychiczny, a precyzyjniej przeżywany przez niechającego proces psychiczny polegający na powstrzymaniu się od wykonania określonego działania. L. Kubicki zaniechanie pojmuje jako: „(...) niepodjęcie przez podmiot obiektywnie możliwego w danym czasie i miejscu działania w określonym kierunku”²⁸⁹. Podobnie zaniechanie pojmuje W. Patryas, według którego zaniechanie zachodzi: „Jeżeli podmiot X w okresie t potrafił wykonać czyn C, to podmiot X w okresie t zaniechał czynu C wtedy i tylko wtedy, gdy podmiot X w okresie t nie wykonał czynu C”²⁹⁰. Według wspomnianego autora potrafienie wykonania przez podmiot X czynu C, oznacza możliwość jego wykonania przez wspomniany podmiot X, bowiem w momencie t miał wszelkie niezbędne ku temu właściwości zarówno natury pozaintelektualnej, jak i natury pozawolicjonalnej²⁹¹. Natomiast Z. Ziemiński zauważa: „Zaniechania jakiegoś działania nie można po prostu utożsamiać z zachowaniem biernym osoby w danym odcinku czasu. (...) Zaniechanie sprowadza się (...) nie tyle co do bierności, co do niewykonania określonego działania. Niewykonanie danego działania, nierealizowanie czynu rozpatrywanego jako jakiegoś działania prowadzące do określonego skutku (...), może polegać zarówno na bierności, jak i na wykonywaniu w tym samym czasie innego działania, które uniemożliwia z jakichkolwiek względów skuteczne podjęcie interesującego nas zachowania, np. działania zmierzającego do zrealizowania nakazanego stanu

²⁸⁷ Zob. W. Wolter, *Prawo karne. Zarys wykładu syntetycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947, s. 91 i 94.

²⁸⁸ Zob. W. Wolter, *Z problematyki odpowiedzialności karnej za zaniechanie*, PiP 1957, z. 6, s. 1108 oraz W. Wolter, *O czynie...*, s. 900 i nast.

²⁸⁹ L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 76 i nast.

²⁹⁰ Zob. W. Patryas, *Zaniechanie. Próba...*, s. 43.

²⁹¹ Zob. W. Patryas, *Zaniechanie. Próba...*, s. 41. W polemikę z W. Patryasem wchodzi K. Paprzycka, która neguje wymóg potrafienia przez niechającego dokonania zaniechanego działania. Zob. K. Paprzycka, *Uwagi o W. Patryasa koncepcji zaniechania*, RPEiS 1995, z. 3, s. 145-147.

rzeczy, czy wręcz uniemożliwia samo podjęcie nakazywanego działania określonego rodzaju”²⁹². Warto dodać, że w późniejszym opracowaniu napisanym wspólnie z M. Tarnawskim, Z. Ziemiński wskazuje na inną definicję zaniechania, a precyzyjniej na cztery jego rozumienia (interpretacje). W interpretacji słabszej, zdaniem Z. Ziemińskiego i M. Tarnawskiego, zaniechanie ma miejsce w sytuacji, gdy określony podmiot był w stanie dokonać danego czynu, lecz nie wykonał go. W rozumieniu (interpretacji) silniejszym, dodatkowo występuje wymóg świadomości i dowolności zaniechania. W interpretacji jeszcze silniejszym zaniechaniem występuje, jeśli zostały spełnione warunki z dwóch powyższych interpretacji, zaś niezrealizowanie danego czynu było przedmiotem rozmyślnej decyzji powstrzymania się od wykonania działania. Według czwartej interpretacji decyzja o niepodejmowaniu określonego działania zostaje podjęta pomimo odpowiednio silnych oporów wewnętrznych danej jednostki, związanych z przewyciężeniem silnej dążności do zrealizowania określonego czynu²⁹³.

Jak można zauważyć w doktrynie, pojęcie zaniechania jest definiowane niejednolicie. Część z autorów, jak L. Kubicki nie odnosi się w swoich definicjach do celowości zaniechania i angażowania woli. Elementem wspólnym podanych definicji jest niepodjęcie określonego działania, dość często także akcentuje się wymóg obiektywnej możliwości wykonywanego działania. Nie sposób kontestować poglądu, że zaniechaniem jest niepodjęcie działania X, czy też wykonywanie określonego działania Y zamiast działania X. Należy wskazać, że z ontologicznego punktu widzenia zaniechanie w istocie polega nie tyle na bierności i nieczynieniu „niczego” przez sprawcę, lecz na realizacji innego zachowania (zachowań), aniżeli zachowania X. Pogląd taki wynika z tego, że w istocie człowiek zawsze podejmuje jakieś działanie. Nawet bierne siedzenie na fotelu, czy leżenie w łóżku jest pewną czynnością²⁹⁴. Stąd też w sytuacji zaniechania *de facto* mamy do czynienia z co najmniej dwoma zachowaniami. Pierwszym zachowaniem jest zachowanie X, które określony podmiot (np. sprawca) wykonywał w danym momencie t oraz zachowanie Y, którego sprawca nie wykonał (a z różnych względów – w tym prawnych – winien je wykonać, nawet kosztem wykonania zachowania X). Można zatem stwierdzić, że w istocie zaniechanie jest działaniem, przy czym polegającym na czynieniu czegoś innego niż niechane działanie. Dalej pojawia się kwestia możliwości wykonania zaniechanego przez sprawcę działania. Zagadnienie to należy rozpatrywać nie w aspekcie ogólnym (czy

²⁹² Z. Ziemiński, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972, s. 94-95.

²⁹³ Zob. Z. Ziemiński, M. Tarnawski, *O pojmowaniu zaniechania*, PiP 1996, z. 7, s. 42.

²⁹⁴ Mówiąc potocznie, że wówczas dana osoba X „nic nie robi”, bardziej mamy na myśli to, że nie wykonuje ona innego działania, które w określonym czasie t może zostać uznać wedle czyichś ocen za bardziej produktywnie lub też za działanie konieczne ze strony osoby X.

w ogóle można mówić o zaniechaniu, jeśli określony podmiot nie mógł dokonać danego działania – bo z fizykalnego punktu widzenia dopuszcza się zaniechania), lecz w aspekcie *stricte* prawnokarnym. Aspekt prawnokarny sprowadza się do tego, czy elementem konstytutywnym prawnokarnie doniosłego zaniechania jest obiektywnie istniejąca możliwość wykonania danego działania przez niechającego. W tym przypadku ciężko przyjąć odpowiedź przeczącą. Uznanie, że na gruncie prawa karnego nie ma znaczenia, czy dany podmiot mógł wykonać zachowanie X, stałoby w sprzeczności z zasadą *impossibillium nullum obligatio est*. W konsekwencji na gruncie prawa karnego, istotne są tylko tego rodzaju zaniechania, których sprawca miał obiektywną możliwość, czy to na gruncie intelektualnym²⁹⁵, czy też fizykalnym²⁹⁶, wykonania określonego zachowania X, lecz tegoż zachowania nie zrealizował. Jeszcze należy zwrócić uwagę na podnoszony przez niektórych z przywołanych autorów element wolicjonalności, czy też celowości zaniechania. Wydaje się, że wolicjonalność w przypadku określonych zachowań ocenianych przez pryzmat spełnienia przezeń warunku czynu²⁹⁷ odnosić się może do woli wykonania określonego działania X, którego to wykonanie doprowadziło do niewykonania innego działania Y, co doprowadziło do popełnienia czynu zabronionego. Innymi słowy, jest bowiem możliwe po pierwsze zaniechanie działania X przewidując, że można w ten sposób popełnić przestępstwo i chcieć tego albo godzić się na to. Po drugie możliwa jest zaś taka sytuacja, gdy ktoś podejmuje się działania Y zamiast działania X w nieprzestępnym celu, jednak konsekwencją dokonano wyboru i realizacji założonego celu jest nieintencjonalne wytworzenie sytuacji przestępnej. W konsekwencji tak rozumiany wymóg celowości nie odnosi się do strony podmiotowej, przez co możliwe jest popełnienie określonego czynu przez zaniechanie zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie.

Zasadnym jest skonkludować powyższe rozważania przedstawieniem autorskiej definicji zaniechania²⁹⁸. Według niej zaniechanie jest to niewykonywanie działania (albo działań) X, przy jednoczesnym wykonywaniu działania (albo działań) Y²⁹⁹.

²⁹⁵ Np. posiadał wiedzę do wykonania określonego działania X.

²⁹⁶ Np. posiadał siłę fizyczną do wykonania działania X, czy znajdował się w określonym miejscu i czasie umożliwiającym wykonanie działania X.

²⁹⁷ Mowa zatem o sytuacji, kiedy dane zachowanie nie podlega jeszcze ocenie jako czyn zabroniony itd.

²⁹⁸ Należy dodać, że definicja ta jest stworzona na potrzeby rozważań karnoprawnych i nie pretenduje do opisu zaniechania w ujęciu pozaprawnym. Do stworzenia do uniwersalnej definicji zaniechania potrzeba poczynić więcej rozważań, co wykracza poza zakres niniejszej pracy.

²⁹⁹ Podobnie zaniechanie pojmuje Ł. Pohl zdaniem, którego: „(...) zaniechanie (określonego działania), będąc realnym obiektem niematerialnym, uzewnętrznia się poprzez działanie, którego zaniechający dopuszcza się w czasie, gdy zaniecha interesującego nas działania”. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 1...*, Legalis. Zob. również Ł. Pohl, *Czyn w prawie...*, s. 221-222.

Pojęcie zaniechania powoduje w doktrynie prawa karnego liczne wątpliwości odnośnie możliwości uznania go za przedmiot materialny. Doktryna prawa karnego nie jest również jednolita w kwestii tego, czy zaniechanie jest postacią czynu. Oba zagadnienia łączą się ze sobą, bowiem przyjęcie tego, czy zaniechanie jest przedmiotem materialnym, czy też nie, przy jednoczesnym przyjęciu, że można uznać je za czyn będzie determinować zakres tego pojęcia³⁰⁰.

Część autorów uważa, że zaniechanie nie może zostać uznane za przedmiot materialny mający swoje odbicie w obiektywnie postrzegalnej rzeczywistości. Do tak myślących autorów można zaliczyć P. Konieczniaka. Zdaniem tego autora zaniechanie nie jest częścią świata fizycznego. Nie jest ono postrzegalne zmysłami, zarówno nieuzbrojonymi, jak i uzbrojonymi za pomocą jakichś instrumentów, a percepcja zaniechania jest ograniczona wyłącznie do pewnego wzorca myślowego³⁰¹. P. Konieczniak uważa również zaniechanie za negację określonego działania. Autor ten dodaje, że negacja jest logiczno-językową formą opisu zaniechania. Za E. Grodzińskim przyjmuje, że język, którym ludzie się posługują stanowi zjawisko wielopoziomowe, zaś jego najniższym poziomem jest język przedmiotowy, na który składają się zdania asertoryczno-twierdzące. Z kolei negacja nie jest, zdaniem E. Grodzińskiego, elementem języka, lecz tzw. metafizyka, czyli wypowiedzi o języku, nie zaś o przedmiocie. Zdania takie nie są wypowiedzane *per se* o rzeczywistości, lecz o zdaniach języka przedmiotowego, a niosą informacje wyłącznie w powiązaniu z innymi zdaniami asertoryczno-twierdzącymi³⁰². Ponadto P. Konieczniak kieruje się ujęciem R. Ingardena negatywnych stanów rzeczy (negatywnych faktów). Owe negatywne stany rzeczy mają swoją podstawę, w przeciwieństwie do stanów pozytywnych, w zestawieniu przedmiotów i operacji ich subiektywnego porównania³⁰³. Aplikując to założenie na grunt rozważań o charakterze zaniechania P. Konieczniak stwierdza: „(...) samo zaniechanie nie istnieje realnie. Jego realnym «fundamentem bytowym» nie jest ono samo, lecz to, co zwykło się nazywać pozytywną dopełniającą rzeczywistością. Co do tego, że ta ostatnia

³⁰⁰ Mianowicie przyjęcie, że zaniechanie będące czynem nie jest przedmiotem materialnym pociąga za sobą stwierdzenie, że czynem mogą być zarówno przedmioty materialne (działanie), jak i zjawiska, czy niemające materialnego charakteru (zaniechanie). Warto, niejako antycypując dalsze rozważania, przywołać opinię J. Gieźki wskazującego, że w doktrynie panuje monistyczne ujęcie czynu, a więc przyjmowanie czynu jako pojęcia nadrzędnego nad działaniem i zaniechaniem, a w konsekwencji mieszczącego w swoim zakresie obie te postaci zachowania się. Zob. J. Giezek, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część Ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 40.

³⁰¹ Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa...*, s. 208.

³⁰² Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa...*, s. 212-213 oraz E. Grodziński, *Język, metafizyka, rzeczywistość*, Warszawa 1969, s. 46 i nast.

³⁰³ Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa...*, s. 213 oraz R. Ingarden, *Spór o istnienie świata. Tom II*, Warszawa 1961, s. 128 i nast.

istnieje realnie nikt nie ma oczywiście wątpliwości, ale przecież nie nadaje to samemu zaniechaniu rzeczywistego charakteru”³⁰⁴. Pogląd o możliwości uznania zaniechania za przedmiot realny neguje również J. Giezek. Przywołany autor stwierdza, że zaniechania nie da się sprowadzić do kwestii ontologicznej, bowiem jego wyodrębnienie jest możliwe po wyodrębnieniu płaszczyzny normatywnej (ocennej). Płaszczyzną tą są ludzkie oczekiwania oraz powinności ciążące na sprawcy³⁰⁵. A. Zoll odnosząc się do materialności zaniechania stwierdza, że wszelkie wysiłki nakierowane na udowodnienie ontologicznej natury zaniechania są skazane na porażkę. A. Zoll pojmuje bowiem zaniechanie jako kierunkową beczynność, której kierunek jest wyznaczany przez normy prawne (decydujących również o sytuacji, w której sprawca ponosi odpowiedzialność prawną za sprzeniewierzenie się obowiązkowi) oraz normy aksjologiczne. Niemożność udowodnienia ontologicznej natury zaniechania nie wyłącza zatem – zdaniem A. Zolla – możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności sprawcy za niedopełnienie ciążącego na nim obowiązku³⁰⁶.

Pogląd przeciwny zakładający, że zaniechanie jest przedmiotem materialnym, reprezentuje A. Zębik. Autor ten stwierdza, że zachowanie, które uznajemy za czyn, zachodzi realnie w świecie zewnętrznym, czyli w społeczeństwie. Taki czyn jest zespołem faktów obiektywnie możliwych do zaobserwowania i rozpoznania, empirycznie sprawdzalnych, które są prawnokarnie istotne. Takim faktem dla A. Zębika jest również zaniechanie³⁰⁷. K. Buchała z kolei wskazuje, że zaniechanie nie jest brakiem działania w sensie braku aktywności, lecz jest aktywnością określonego podmiotu w stosunku do otoczenia. Tak pojmowane zaniechanie stanowi obiektywny i empirycznie sprawdzalny fakt oraz stanowi czyn w znaczeniu ontologicznym³⁰⁸. Wspomniany autor w innych publikacjach dodaje, że zaniechanie może zostać spostrzeżone dlatego, że istnieje obiektywna sytuacja, która zgodnie z pewnymi oczekiwaniami winna spowodować działanie. Tworzy się zatem określony kontekst sytuacyjny, w którym to kontekście przejawia się fizykalność zaniechania³⁰⁹. Według L. Tyszkiewicza, zaniechania – rozumiane jako negatywy działania – nie są fikcją, podobnie jak np. nie jest nią odczuwanie głodu. Zdaniem przywołanego autora natura rzeczy jest nazbyt skomplikowana, niż *prima facie*

³⁰⁴ P. Konieczniak, *Czyn jako podstawa...*, s. 215.

³⁰⁵ Zob. J. Giezek, *Komentarz do art. 2...*, s. 40.

³⁰⁶ Zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 17-18.

³⁰⁷ Zob. A. Zębik, *Czyn a przestępstwo...*, s. 17 oraz A. Zębik, *Czyn przestępny w polskim prawie karnym*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1974, nr 4, s. 175.

³⁰⁸ Zob. K. Buchała, *Prawo karne...*, s. 182 i nast.

³⁰⁹ Zob. K. Buchała [w:] K. Buchała, S. Waltoś, *Zasady prawa i procesu karnego*, Warszawa 1975, s. 46.

może się wydawać i uproszczeniem jest również przypisywanie zaniechaniu przymiotu niematerialności³¹⁰. Warto jeszcze przywołać poglądy L. Kubickiego na kwestię realności (materialności) zaniechania. Zdaniem wspomnianego autora nie można mówić o oczekiwanej aktywności człowieka, bowiem zaniechanie jest kwestią faktów, nie zaś ocen. Mówiąc o zaniechaniu określonego podmiotu stwierdza się brak aktywności podmiotu w określonym kierunku, która to „kierunkowa bezczynność” jest tak samo realna, jak jego potencjalne działanie w określonym kierunku. L. Kubicki dodaje, że różnica między działaniem a zaniechaniem, nie wynika z płaszczyzny ontologicznej, lecz z określonych aksjologicznych założeń polityki prawa³¹¹. Ł. Pohl z kolei zauważa, że *per se* zaniechanie nie jest obiektem materialnym, niemniej nie oznacza to braku materialności zachowania się sprawcy. Otóż, zaniechanie istnieje w rzeczywistości materialnej na bazie określonego działania będącego obiektem materialnym w tej rzeczywistości³¹².

Po przedstawieniu najistotniejszych poglądów doktrynalnych w powyższej materii, należy w tym miejscu odnieść się do tego sporu. Istotną rolę odgrywa przy przedstawianiu tego zagadnienia, sformułowana wyżej autorska definicja zaniechania. Gwoli przypomnienia, zaniechanie jest sytuacją niewykonywania działania (albo działań) X, przy jednoczesnym wykonywaniu działania (albo działań) Y. Zatem w przypadku zaniechania mamy do czynienia z działaniem człowieka, lecz innym, niż to którego nie dokonał. Prowadzi to do konkluzji, że zaniechanie w istocie stanowi obiektywnie postrzegalny składnik rzeczywistości, a więc jest bytem materialnym. W dalszej konsekwencji można uznać, że zaniechanie stanowi również postać czynu³¹³. Nie stanowi zatem, tak jak twierdzą J. Giezek i A. Zoll, konstruktu li tylko normatywnego. Konsekwencje normatywne w przypadku zachowania mają bowiem charakter do niego wtóry, nie zaś pierwotny. Doszukiwanie się w zaniechaniu fikcji należy uznać za całkowicie bezpodstawne i stanowiące wyraz niezrozumienia istoty zaniechania. Zaniechanie jako element świata rzeczywistego, nie może stanowić jego negacji jak twierdzi P. Konieczniak. Owszem można powiedzieć, że sprawca niechając jakiegoś działania zamiast stanu rzeczy p, wytwarza stan rzeczy nie-p. W tym przypadku stan p jest stanem hipotetycznym, stanem postulatywnym, a niekiedy także powinnym. Jednak w przypadku zaniechania sprawca wytwarza inny stan rzeczy aniżeli stan rzeczy p (stan rzeczy q). Bowiem to inne działanie i wytworzony

³¹⁰ Zob. L. Tyszkiewicz, *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego — Problemy Prawa Karnego” 1995, t. 21, s. 44.

³¹¹ Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 76.

³¹² Zob. Ł. Pohl, *Czyn w prawie...*, s. 220-222 oraz Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 118.

³¹³ Niemniej by można uznać je za czyn zaniechanie to musi być dowolne, świadome (w myśl poczynionych wcześniej wniosków), zaś sprawca musi obiektywnie mieć możliwość dokonania zachowania, które zatamowałoby powstanie stanu mogącego powstać, gdyby sprawca nie zatamowałby jego wystąpienia.

przez nie stan rzeczy nie jest *per se* negacją działania zaniechanego (i nie powstałego stanu rzeczy), lecz występuje obok tego zaniechania. Stan rzeczy q może być zupełnie niepowiązany ze stany rzeczy p, w konsekwencji nie stanowi on co do zasady negacji stanu rzeczy p i nie stanowi on także negatywnego stanu rzeczy w myśl poglądów R. Ingardena. Ponadto biorąc pod uwagę realność zaniechania, jego stwierdzenie należy do zakresu zdań języka, nie zaś metajęzyka. Z kolei rację ma L. Tyszkiewicz, że tak rozumianego zaniechania nie można pojmować jako fikcji, skoro dzieje się ono faktycznie. Niemniej jak wskazano nie należy pojmować zaniechania jako prostego negatywu działania, gdyż sprawca działa, lecz dopuszcza się innego działania niż to, które nie dopuściłoby do wytworzenia określonego stanu rzeczy wywołanego przez zaniechanie. L. Kubicki jednak błędnie wymaga konieczności działania *cum dolo directus* (błądność tego poglądu przedstawiono wyżej). Dość interesująco autor ten lokuje odróżnienie działania od zaniechania nie w płaszczyźnie ontologicznej, lecz na płaszczyźnie aksjologicznej³¹⁴. Jak już wskazano różnica ta jednak nie dotyczy świata rzeczywistego, lecz li tylko zróżnicowania zakresu odpowiedzialności karnej za działanie i zaniechanie. Warty krótkiego komentarza jest też pogląd K. Buchały nt. pojmowania zaniechania jako aktywności określonego podmiotu w stosunku do otoczenia. Stwierdzenie to należy rozumieć jako stawianie wymogu zewnętrżności zachowania się (zaniechania) sprawcy, co należy zaaprobować. Równie ciekawy jest pogląd Ł. Pohla. Autor ten z jednej strony neguje materialny charakter zaniechania, z drugiej strony zaś podkreśla materialność zachowania się sprawcy. Takie rozróżnienie wydaje się nie do końca potrzebne. Skoro zaniechanie jest konsekwencją wykonywania innego działania niż to, które nie doprowadziłoby do powstania skutku przestępnego, to istota zaniechania przejawia się w materialności działania wykonywanego i nie jest czymś od niego odrębnym. Stąd też materialność zachowania się podmiotu, implikuje materialność jego zaniechania.

Dla rozważań o przestępstwie uporczywego nękania, jako przestępstwa skutkowego istotne znaczenia ma również zagadnienie przyczynowości (kauzalności) zaniechania. Mianowicie, w doktrynie prawa karnego panuje nierozwiązany, jak dotąd spór w zakresie tego, czy zaniechaniem można wywołać prawnokarnie doniosły skutek. W doktrynie panują trzy grupy poglądów na tę materię. Część autorów uważa zaniechanie za przyczynowe, inni stoją na sta-

³¹⁴ Niemniej szukanie różnic między działaniem a zaniechaniem li tylko w sferze aksjologicznej jest jednak niewłaściwe. Owszem, w myśl przedstawionej wyżej definicji zaniechania sprawca działa, ale jednocześnie nie wykonuje innego działania. W konsekwencji w świecie rzeczywistym występują jednocześnie zarówno działanie sprawcy, jak i brak wykonywania tego inne działania. Stąd też różnica między działaniem a zaniechaniem przebiega w sferze ontologicznej, zaś w sferze aksjologicznej następuje zróżnicowanie zakresu odpowiedzialności karnej za działania oraz zakresu tej odpowiedzialności za zaniechanie.

nowisku niekausalności zaniechania. Ostatnią grupę poglądów można nazwać mieszaną, bowiem według części przedstawicieli doktryny, niektóre zaniechania są przyczynowe, a niektóre nie.

Za kausalnością zaniechania opowiada się T. Kaczmarek. Jak stwierdza przywołany autor: „(...) postrzegać można jako niepodjęcie przez podmiot obiektywnie możliwego w danym miejscu i czasie – działania w określonym kierunku. Ustalenie, że człowiek nie działa w określony sposób (...) jest w tym samym stopniu i w tym samym sensie stwierdzeniem faktu obiektywnego, co konstatacja, że człowiek w danej sytuacji działa w określony sposób. W konsekwencji (...) przyjmuje się, że atrybutem także zaniechania jest jego zdolność do bycia przyczyną określonego skutku, którą zwolennicy takiego stanowiska zwykle ustalają i wykazują na podstawie założeń teorii kondycjonalnej J.S. Milla...”³¹⁵. Za kausalnością zaniechania opowiada się również L. Kubicki. Autor ten bazując na poglądach J.S. Milla wskazuje, że zaniechanie stanowi warunek negatywny, równie istotny co warunek pozytywny (a więc działanie). Niekiedy – jak zauważa L. Kubicki, zaniechanie może stanowić warunek konieczny, w sytuacji, gdyby podjęcie przez daną osobę obiektywnie możliwego dla niej działania wyłączałyoby nastąpienie analizowanego skutku. Jak dodaje cytowany autor skutek ten powstaje dlatego, że nie istniał określony fakt pozytywny, który uniemożliwiłby jego wystąpienie³¹⁶.

Kolejną grupą poglądów jest przyjmowanie, że zaniechanie nie może stanowić przyczyny wywołania skutku stanowiącego znamię typu czynu zabronionego. Do przedstawicieli takiego poglądu zaliczyć można W. Woltera. Autor ten stwierdza, że skutek jest fragmentem rzeczywistości obiektywnej, zaś zaniechanie jako przedmiot niematerialny nie może być elementem łańcucha przyczynowego. Stanowi ono jedynie brak związku kausalnego w przeciwnym kierunku do rozwijającego się przebiegu przyczynowego³¹⁷. W późniejszych pracach W. Wolter dodaje, że to co nazywamy przyczynowym wywołaniem skutku przez zaniechanie jest niczym innym jak „nieprzeszkodzeniem skutkowi”³¹⁸. P. Konieczniak z kolei stwierdza, że zaniechanie nie oddziałuje twórczo i nie wywołuje fizykalnie żadnej zmiany w świecie rzeczywistym. Wskutek zaniechania nic nie powstaje, ani też nie ulega zniszczeniu. Zatem zdaniem P. Konieczniaka nie zachodzi żaden związek kausalny (rzeczowy) pomiędzy zaniechaniem

³¹⁵ T. Kaczmarek, *Spory wokół przyczynowości zaniechania i przypisywania jego skutku* [w:] Ł. Pohl (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarcza*, Poznań 2009, s. 206.

³¹⁶ Zob. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 133.

³¹⁷ Zob. W. Wolter, *Wykład prawa...*, s. 92 oraz W. Wolter, *O tzw. przyczynowości zaniechania*, PiP 1954, z. 10-11, s. 520 i nast.

³¹⁸ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 80.

określonego podmiotu, a skutkiem powstałym w świecie zewnętrznym³¹⁹. Warto również nadmienić, że zdaniem M. Rodzynkiewicza unormowanie art. 2 k.k. może być pojmowane jako wzmocnienie poglądu o niekausalności zaniechania³²⁰. Przeciwnikiem kausalności zaniechania jest również J. Majewski. Autor ten negując możliwość uznania zaniechania za czyn stwierdza, że w przypadku zaniechania można mówić nie o odpowiedzi na pytanie czy skutek zaistniał z powodu określonego czynu sprawcy, lecz: „(...) moglibyśmy co najwyżej wyrażać nasze przekonanie, iż ten czyn jest istotnym składnikiem odpowiedzi na inne – ontologicznie «słabsze» - pytanie, dlaczego w tym konkretnym układzie świata ów skutek w ogóle mógł zaistnieć (a więc po prostu przekonanie, że czyjeś zaniechanie było jednym z warunków urzeczywistnienia się skutku). A to przecież dalece nie to samo! Byłyby to po prostu dwie różne «przyczynowości»»³²¹. Zatem dla J. Majewskiego zaniechanie nie może być przyczynowe, niemniej – jak dodaje ten autor – odpowiedzialność za przestępstwa popełnione przez zaniechanie opiera się na pewnych zależnościach przyczynowo-skutkowych, a więc zaniechanie w istocie jest „quasi-przyczynowe”. Przez to w procesie przypisania skutku przy zaniechaniu, wiedza o ogólnych prawidłowościach rządzących przemianami otaczającego nas świata, jest równie istotna, co przy przestępstwach materialnych z działania, lecz jej rola jest odmienna³²².

Przechodząc do ostatniej grupy poglądów, co do kausalności zaniechania należy zacząć od tego, że na potrzeby tej materii W. Świda odróżnia dwa typy zaniechań: typ A i typ B. Przywołany autor nie formułuje jednak wprost definicji, lecz wskazuje różnice pomiędzy tymi typami zaniechań na następującym przykładzie. Jan i Piotr wybrali się, aby popływać w rzece. W pierwszym wariantcie kazusu: „Jan tonie, a Piotr – o czym Jan nie wie – przypatruje się temu niewidoczny z brzegu rzeki i nie ratuje Jana, chociaż będąc dobrym pływakiem, mógł to uczynić”³²³. W tym przypadku według W. Świdy nie zachodzi powiązanie kausalne pomiędzy utonięciem Jana, a zaniechaniem Piotra w postaci powstrzymania się od ruszenia mu na ratunek. Wynikać to ma, że w tej sytuacji przebieg powiązań przyczynowych przebiega „obok” Piotra, który nie bierze w nim udziału. Przykład ten ma zdaniem W. Świdy wskazywać, że zaniechania typu A nie są zaniechaniami, którym można przypisać cechę kausalności³²⁴. W. Świda wyróż-

³¹⁹ Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako...*, s. 221-222.

³²⁰ Zob. M. Rodzynkiewicz, *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez zaniechanie w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Prawa Karnego” 1994, nr 11, s. 29.

³²¹ J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 57.

³²² Zob. J. Majewski, *Prawnokarne przypisywanie...*, s. 58-59.

³²³ W. Świda, *Uwagi o przyczynowości zaniechania*, PiP 1957, z. 2, s. 838.

³²⁴ W. Świda także zauważa, że przedstawiciele poglądu o niekausalności zaniechania pojmują zaniechanie jako zaniechanie typu A. Zob. W. Świda, *Uwagi o przyczynowości...*, s. 838.

nia także zaniechania typu B. Celem objaśnienia istoty tego typu zaniechania przedstawia zmodyfikowaną wersję przypadku z Janem i Piotrem. Brzmi on następująco: „Jan jest słabym pływakiem, a Piotr, który jest przyjacielem Jana doskonale pływa. Jan wypływa na głębszą wodę ufając, że Piotr który pozostał na brzegu rzeki i obserwuje Jana, pośpieszy mu w razie potrzeby z pomocą. Tymczasem w chwili krytycznej Piotr, pomimo że Jan wzywa pomocy, nie rusza się z miejsca, bo chętnie chciałby się pozbyć z miejsca rywala. Widok Piotra obojętnego na wezwania pomocy tak deprymująco działa na Jana, że opuszcza go wola walki z żywiołem i Jan tonie”³²⁵. W tym przypadku zdaniem W. Świdy związek kauzalny nie przebiega obok Piotra, lecz zaniechanie Piotra spostrzeżone przez Jana staje się jednym z ogniw prowadzących do skutku w postaci śmierci Jana³²⁶. W konsekwencji kauzalność zaniechania typu B jest związana ze spostrzeżeniem go przez inne osoby (w tym przez osobę będącą przedmiotem przestępstwa). Podsumowując poglądy W. Świdy należy wskazać, że zdaniem tego autora zaniechania typu A cechują się niekauzalnością, zaś zaniechania typu B są zaniechaniami przyczynowymi, a co za tym idzie przyczynowość zaniechania zależy od spostrzeżenia go przez inne osoby aniżeli sprawca.

Przechodząc do własnego stanowiska nt. kauzalności zaniechania należy wskazać, że przedstawiony problem w istocie nie jest problemem odnoszącym się do pojmowania obecnego stanu prawnego, lecz do oceny jego trafności. Bowiem w art. 2 k.k. ustawodawca *expressis verbis* wskazał, że za przestępstwo popełnione przez zaniechanie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej ten, kto miał obowiązek prawny zapobiegnięcia skutkowi, który ostatecznie zmaterializował się w obiektywnie postrzegalnej rzeczywistości na skutek tegoż zaniechania. Pozwala to uznać – zdaniem niektórych autorów – że zaniechanie w myśl obecnego stanu prawnego, może wywołać karnoprawnie relewantny skutek, a co za tym idzie jest kauzalne³²⁷. Warto jednak zaznaczyć, że z kolei zdaniem innych autorów ujęcie art. 2 k.k. dostarcza argumentu na rzecz tezy przeciwnej – że zaniechanie nie jest kauzalne, a odpowiedzialność z jego tytułu oparta jest wyłącznie na możliwości zapobiegnięcia skutkowi. Wydaje się, że pierwsza konstatacja jest słuszna. Mianowicie, biorąc pod uwagę płaszczyznę normatywną, wprowadzanie karalności za niezapobieżenie skutkowi, który miałby się dokonać niezależnie od powstrzymania albo niepodjęcia aktywności przez niechającego (a tak by trzeba byłoby

³²⁵ W. Świda, *Uwagi o przyczynowości...*, s. 838.

³²⁶ Zob. W. Świda, *Uwagi o przyczynowości...*, s. 838-839.

³²⁷ Co do szerszego omówienia tych poglądów zob. Ł. Pohl, *Artykuł 2 kodeksu karnego w roli wyznaczenia podmiotu przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie*, RPEiS 2008, z. 3, s. 87 i nast.

przyjąć kierując się założeniem o niekausalności zaniechania) byłoby wbrew założeniom o racjonalności prawodawcy. Oczywiście można uznać, że jednak w art. 2 k.k. ustawodawca postąpił nieracjonalnie niemniej, aby to uczynić trzeba rozważyć również płaszczyznę ontologiczną. W ramach tej płaszczyzny należy zastanowić się, czy skutek jest wywoływany przez zaniechanie, czy też dzieje on się w obiektywnie postrzegalnej rzeczywistości niezależnie od tego, czy określony człowiek zaniecha danego działania, czy też go nie zaniecha. Powyżej przedstawiono wybrane poglądy doktryny w tym zakresie. Odnosząc się do nich, należy przychylić się do poglądu zgodnie, z którym kausalność zaniechania zależy od określonego układu sytuacyjnego, stąd nie można kategorycznie orzec, że każde zaniechanie jest lub nie jest kausalne. Kategoryczne wykluczanie możliwości wywołanie skutku przez zaniechanie jest w istocie wyrazem niezrozumienia rzeczywistości. Argument ten wzmacnia również to, że przywołani wyżej autorzy opowiadający się za niekausalnością zaniechania wychodzą z założenia jego niematerialności, które to założenie jest – jak już wskazywano – jest błędne. Prócz argumentu o braku materialnego charakteru istotne znaczenie zdaje się mieć także argument, że zaniechanie nie jest czynnikiem wywołującym skutek, lecz przebiegającym obok niego. I taki pogląd dziwi. Antycypując dalsze rozważania należy wskazać, że skutek jest obiektywnie postrzeganą zmianą w świecie zewnętrznym (tj. poza sferą przeżyć wewnętrznych sprawcy) będącym rezultatem zachowania się sprawcy. Takie rozumienie skutku nie ogranicza w jakikolwiek sposób katalogu przyczyn jego wystąpienia. To, że wedle niektórych zaniechanie nie ma charakteru materialnego, nie znaczy, że rzekomo niematerialne zachowanie się, nie może być bezpośrednią przyczyną zmian w świecie zewnętrznym. Zilustrujmy to następującym przykładem. Matka regularnie nie karmi swojego dziecka, będącego niemowlęciem (a więc niecha jego karmienia)³²⁸. Na skutek braku dostarczania pokarmu i zawartych w nim wartości odżywczych do organizmu dziecka, umiera ono. Zwolennicy niekausalności zaniechania zapewne by stwierdzili, że śmierć dziecka nie jest skutkiem zaniechania matki, lecz wynika z nietamowania przez matkę śmierci tego dziecka. W przypadku niemowlęcia nie można wymagać, aby ono same się karmiło, może je karmić tylko inna osoba (na gruncie niniejszego kazusu, matka). Nadinterpretacją byłoby przyjęcie, że zatamowanie skutku w postaci śmierci nastąpiłoby w przypadku regularnego karmienia dziecka. *Per analogiam* można by stwierdzić, że przestrzeganie przepisów prawa drogowego stanowi zapobieżenie powstania skutku wypadku drogowego, a to stwierdzenie jest niedorzeczne. Nie jest więc tak, że pewne następstwa czyichś zaniechań dzieją się same przez się i nie są związane z niepodjęciem określonego zachowania. Nie jest to też żadna

³²⁸ Przyjęte zostaje założenie, że jedynie matka sprawowała opiekę nad dzieckiem i wyłącznie ona z nim zamieszkiwała, zaś sąsiedzi, jej znajomi i rodzina nie mieli wiedzy co do stanu dziecka.

quasi-przyczynowość, jak twierdzi J. Majewski, kierując się błędnym założeniem o niematerialności zaniechania, lecz związek przyczynowo-skutkowy o podobnej (jeśli nie identycznej) strukturze, jak związek przyczynowo-skutkowy przy działaniu. Jak słusznie zauważa T. Kaczmarek zaniechanie jest obiektywnie postrzegalnym faktem, co pociąga za sobą możliwość wywołania nim określonego skutku. Jak wspomniano L. Kubicki traktuje kausalność zaniechania jako brak zaistnienie warunku pozytywnego, który uniemożliwiłby zaistnienie skutku. Takie stwierdzenie przywołanego autora sugeruje, że zaniechanie zawsze jest niezatamowaniem skutku, ale odmiennie od zwolenników niekausalności zaniechania widzi między tym niezapobieżeniem, a skutkiem związek kausalny. Należy wskazać, że tych słów nie można poczytywać jako reguły. Są bowiem takie zaniechania, które rzeczywiście polegają na niezatamowaniu skutku (np. nieudzieleniu pomocy tonącemu), ale są też takie zaniechania, które wytwarzają skutek (jak np. wspomniany przypadek matki i jej dziecka będącego niemowlęciem). Należy jednak pamiętać, że nie zawsze zaniechanie jakiegoś działania będzie czynnikiem wywołującym określony skutek. Jego wywołanie może być związane, nie o tyle z zachowaniem się sprawcy, lecz z innym równoczesnymi czynnikami. W konsekwencji należy się zgodzić, że W. Świdą, że nie każde zaniechanie będzie kausalne. Niemniej różnicowanie kausalności zaniechania od faktu spostrzeżenia (a nie obiektywnej możliwości spostrzeżenia) zaniechania przez inną osobę nie może zyskać aprobaty. Autor ten w istocie sprowadza kausalność zaniechania, do elementów losowych (np. pojawienie się innej osoby w miejscu popełnienia czynu) oraz subiektywnych (każdy człowiek może bowiem inaczej spostrzegać określone zdarzenia i inaczej je interpretować)³²⁹. Przyjęcie takich kryteriów uniemożliwiłoby obiektywne stwierdzenie wystąpienia określonego przestępstwa popełnionego przez zaniechanie i wymierzenia za niego adekwatnej kary.

Konkludując powyższe rozważania należy wskazać, że po przedstawieniu problematyki zaniechania, aprobatą ontologicznej koncepcji czynu (z uwagami nt. wykonalności czynu przez sprawcę) nadal jest właściwa. Stąd też czyn należy rozumieć jako każdy akt zachowania się,

³²⁹ Autor w swoim przykładzie podaje spostrzeżenie nieratowania tonącego Jana przez stojącego na brzegu Piotra. W niniejszej pracy została przyjęta przychylna dla poglądów W. Świdy interpretacja, że autor miał na myśli spostrzeżenie zaniechania przez inne osoby *tempore criminis*. Przyjęcie literalnej interpretacji, tj. konieczność spostrzeżenia przez osobę będącą przedmiotem zaniechania, iż sprawca niecha określonego zachowania się działając tym samym na jej szkodę, skutkowałoby odrzuceniem poglądów W. Świdy. Przyjęcie takiej interpretacji zawęziłoby tylko możliwość przypisania skutku do sytuacji, w której pokrzywdzony spostrzegłby zaniechanie. A częstokroć sprawca nie może ze względu na swój stan psychofizyczny, czy czynniki zewnętrzne spostrzec, że jest przedmiotem przestępstwa. W istotny sposób osłabiałoby to skuteczność prawa karnego i realizację jego funkcji (zwłaszcza funkcji ochronnej, sprawiedliwościowej oraz gwarancyjnej).

niezależnie od jego skutku, celu, kierunku, treści świadomości następujące w czasie „czuwania”, tzn. w stanie umożliwiającym odbieranie i przetwarzanie informacji, które obiektywnie może zostać wykonane przez określoną osobę.

§ 1.6. Czyn zabroniony

W przedstawionej powyżej strukturze przestępstwa odróżnia się czyn od czynu zabronionego, który ustawodawca w art. 115 § 1 k.k. definiuje następująco: „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej”. W konsekwencji elementem tworzącym czyn zabroniony są jego znamiona.

Znamię typu czynu zabronionego jest to składnik tekstu prawnego stanowiący opis danego typu czynu zabronionego³³⁰. Znamiona typu czynu zabronionego są dzielone w doktrynie na poszczególne grupy znamion. Najistotniejsze wydają się dwa następujące podziały. Pierwszy podział to podział znamion na znamiona subiektywne i znamiona obiektywne. Znamiona subiektywne są to takie znamiona, które odnoszą się do zjawisk zachodzących w psychice sprawcy. Z kolei znamiona obiektywne charakteryzują zewnętrzną stronę czynu, jego skutek i okoliczności³³¹. Kolejny podział jest podziałem bardziej rozbudowanym. Obejmuje on bowiem podział znamion przestępstwa na cztery grupy znamion, tj.: znamiona przedmiotu, znamiona podmiotu, znamiona strony przedmiotowej i znamiona strony podmiotowej³³². Ze względu na fakt, iż drugi z przedstawionych podziałów jest podziałem aprobowanym przez autora niniejszej pracy oraz jest on bardziej szczegółowy, szersze omówienie specyfiki tych znamion nastąpi w dalszej części pracy w kontekście znamion przestępstwa uporczywego nękania³³³. Znamiona przedmiotu są to znamiona określające przedmiot ochrony chronione przez określony przepis³³⁴. Znamiona podmiotu odnoszą się z kolei do sprawcy przestępstwa. Znamiona strony podmiotowej określają stosunek wolicjonalny-intelektualny, który sprawca musi

³³⁰ Por. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 129. Ciekawą definicję znamion przestępstwa przedstawia I. Andrejew. Zdaniem tego autora: „Przez ustawowe znamiona przestępstwa rozumiemy więc cechy zewnętrznego zachowania się człowieka, skutku i okoliczności tego zachowania się, jak również stosunku psychicznego do tego zdarzenia oraz cechy samego człowieka jako podmiotu zachowania się, cechy określone w ustawie, których całokształt charakteryzuje przestępstwo, a które muszą być udowodnione w postępowaniu karnym, aby mogło nastąpić prawidłowe skazanie za przestępstwo”. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona...*, s. 69-70.

³³¹ Zob. I. Andrejew, *Ustawowe znamiona...*, s. 248.

³³² Zob. W. Wolter, *Wykład prawa...*, s. 84.

³³³ Należy dodać, że z racji mniejszej dokładności, a co za tym idzie mniejszej przydatności w dalszych rozważaniach, podziału znamion na znamiona subiektywne i znamiona obiektywne, postanowiono tylko odnotować takowy podział bez szczegółowego omawiania go.

³³⁴ Przedmiot ochrony może być: ogólny (tj. ogół stosunków społecznych chroniony przez przepisy k.k.), rodzajowy (tj. dobro społeczne jest chronione określoną grupą przepisów) oraz bezpośredni (gdzie określone dobro prawne jest chronione przez poszczególne przepisy). Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 180 i nast.

żyć do zarzucanego mu czynu, by mógł przekroczyć normę sankcjonowaną. Ostatnia grupa znamion – strony przedmiotowej – odnosi się do: zachowania się człowieka, tzw. okoliczności modalnych (którymi są czas, miejsce i sytuacja popełnienia określonego czynu zabronionego), a także niekiedy do skutku zachowania się człowieka³³⁵. Szersze omówienie ww. czterech grup znamion czynu zabronionego zostanie dokonane na gruncie omawiania znamion przestępstwa uporczywego nękania.

§ 1.7. Bezprawność

Kolejnym elementem struktury przestępstwa jest bezprawność. Bezprawność określonego czynu należy rozumieć – najprościej rzecz ujmując – jako jego sprzeczność z normą prawną³³⁶. W doktrynie toczy się spór o charakter bezprawności – niektórzy uważają ją za kategorię obiektywną, inni zaś za kategorię subiektywną. Obiektywność bezprawności jest związana z ujmowaniem jej w sposób relacyjny. Mianowicie, bezprawność jest sprzecznością konkretnego i indywidualnego zachowania z treścią imperatywu wyrażonego w normie prawnej. Jak zauważa P. Kardas: „Bezprawność charakteryzowana jest w tym podejściu wyłącznie przez elementy przedmiotowe, jej istota sprowadza się do przekroczenia ujmowanego obiektywnie zakazu lub nakazu określonego zachowania i stworzenia w ten sposób stanu zagrożenia dla chronionych przez przepisy prawa karnego wartości. Charakterystyka bezprawności oderwana jest w tym ujęciu od jakichkolwiek elementów subiektywnych (w tym zarówno związanych z płaszczyzną świadomości, jak i płaszczyzną woli), w tym także nastawienia psychicznego sprawcy dopuszczającego się swoim zachowaniem przekroczenia wyrażonego przez przepisy prawa zakazu lub nakazu”³³⁷. P. Kardas dodaje, że ujęcie to, związane jest z przyjmowaniem ujęcia monistycznego bezprawności³³⁸. Z kolei subiektywne ujęcie bezprawności, kładzie nacisk na uwzględnianie elementów subiektywnych przy ocenie bezprawności, a zwłaszcza nastawienia sprawcy do naruszanej przez niego normy. Jak zauważa wspomniany wyżej autor: „Stanowisko subiektywistyczne łączy bezprawność z charakterystyką strony podmiotowej,

³³⁵ Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 131 i nast.

³³⁶ Należy podkreślić, że pojęcie bezprawności ewoluowało przez wieki oraz stanowiło i stanowi przedmiot wielu sporu doktrynalnych, których przytoczenie w niniejszej pracy przekracza ramy czynionych rozważań. Odnosnie sporów co do pojęcia bezprawności zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009 i cytowaną tam literaturę oraz Z. Jędrzejewski, *Bezprawność* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, s. 311-370 i cytowaną tam literaturę.

³³⁷ P. Kardas, *Subiektywne komponenty czynu a bezprawność i okoliczności ją wyłączające. Kilka uwag o przyjmowanych w piśmiennictwie karnistycznym płaszczyznach i metodach analizy subiektywnych elementów bezprawności*, AIS 2018, nr 1 (21), s. 14-15 i cytowana tam literatura.

³³⁸ Zob. P. Kardas, *Subiektywne...*, s. 15-16.

przyjmując, że w istocie relewantne z punktu widzenia odpowiedzialności karnej zakazy lub nakazy odnoszą się nie tyle do samego obiektywnie scharakteryzowanego zachowania, tworzącego w razie jego popełnienia stan zagrożenia dla chronionych przez prawo karne wartości, ale charakteryzują zakazane lub nakazane zachowanie łącznie z komponentami subiektywnymi, w zależności od treści normy sankcjonowanej, zakazując lub nakazując podejmowania umyślnie lub nieumyślnie zachowań sprzecznych z treścią wyrażonego w normie imperatywu³³⁹. Ujęcie subiektywistyczne, związane jest z pluralistycznym pojmowaniem bezprawności³⁴⁰. Ustosunkowując się do przywołanego sporu, należy opowiedzieć się za ujęciem obiektywnym, jednakże bez całkowitego odrzucenia ujęcia subiektywnego. Wynika to z tego, że strona podmiotowa przestępstwa stanowi znamię typu czynu zabronionego, a więc element normy sankcjonowanej. W konsekwencji nie może być mowy o przekroczeniu normy sankcjonowanej, jeśli sprawca nie żywi określonego przez ustawodawcę stosunku intelektualno-wolitionalnego względem swojego postępowania³⁴¹. Subiektywne ujmowanie bezprawności zdaje się wyłączać spoza zakresu normy sankcjonowanej elementy strony podmiotowej i traktować je jako niezależne od zakresu normowania normy sankcjonowanej, co jest sprzeczne z wypracowanymi w doktrynie, podstawowymi założeniami prawa karnego.

Tak rozumiana bezprawność może być ujmowana monistycznie – obejmować wszystkie gałęzie prawa, albo w sposób pluralistyczny – bezprawność dzieli się np. na bezprawność karną, bezprawność karną czy bezprawność administracyjną³⁴². Niemniej w przypadku popełnienia przestępstwa, najistotniejsze znaczenie ma przekroczenie karnoprawnej normy sankcjonowanej. Z kolei jednoczesne przekroczenie tym samym czynem np. normy (czy norm) prawa cywilnego ma, z punktu widzenia odpowiedzialności karnej sprawcy, poboczne znaczenie (aczkolwiek nie zawsze nieistotne).

³³⁹ P. Kardas, *Subiektywne...*, s. 15.

³⁴⁰ Zob. P. Kardas, *Subiektywne...*, s. 16.

³⁴¹ Zatem ujęcie obiektywne w żadnej mierze nie może wykluczać konieczności wystąpienia znamion subiektywnych, mających w istocie rzeczy wpływ na obiektywne znamiona czynu zabronionego.

³⁴² Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 285. Odnosząc się do przedstawionych podziałów należy zaaprobować monistyczne rozumienie bezprawności. Wyodrębnianie poszczególnych rodzajów bezprawności jest dość sztucznym zabiegiem, który zdaje się z jednej strony słusznie wskazuje, że określone zachowanie się nie musi być w tym samym momencie sprzeczne z normami każdej gałęzi prawa, lecz może np. naruszać wyłącznie normy prawa karnego. Z drugiej strony zaś, prowadzi do konkluzji, że czym innym jest np. sprzeczność z normami prawa cywilnego, a czym innym z normami prawa karnego. Różnica zdaje się jednak leżeć nie w ulokowaniu normy prawnej w określonej gałęzi prawa, lecz w konsekwencjach przekroczenia normy, które w zależności od gałęzi prawna są od siebie różne.

§ 1.8. Społeczna szkodliwość

Społeczna szkodliwość, zwana również karygodnością, jest jednym z elementów struktury przestępstwa. Nie jest ona definiowana w żaden sposób przez ustawodawcę. Rację ma A. Strzembosz, że społeczna szkodliwość jest klauzulą generalną³⁴³. W materii definicji doktrynalnych warta przytoczenia jest definicja M. Derlatki, który stwierdza: „Wykładnia językowa pojęcia «społeczna szkodliwość czynu» pozwala przyjąć, że chodzi tutaj o cechę czynu wyrażającą się w naruszeniu lub możliwości naruszenia dobra prawnego, interesu jednostki lub całego społeczeństwa. Społeczna szkodliwość wiąże się z wyrządzeniem szkody, krzywdy, a więc z negatywnymi następstwami czynu, które dotyczą jedną lub więcej osób. Charakter szkody bywa różny: materialny, fizyczny lub niematerialny, psychiczny, duchowy”³⁴⁴. Społeczna szkodliwość nie jest konstruktem „zero-jedynkowym” innymi słowy, że albo ona jest albo jej nie ma. Społeczność szkodliwość jest bowiem stopniowalna³⁴⁵. P. Daniluk wskazuje, że następujące stopnie społecznej szkodliwości czynu: znikomy, nieznaczny i znaczny, przy czym jak zauważa cytowany autor: „Nie oznacza to oczywiście, że przy badaniu konkretnych czynów zabronionych niedopuszczalne jest posługiwanie się bardziej rozbudowaną skalą społecznej szkodliwości”³⁴⁶.

Społeczną szkodliwość dzieli się na społeczną szkodliwość *in abstracto* i na społeczną szkodliwość *in concreto*. Społeczna szkodliwość *in abstracto* odnosi się do karygodności danego typu czynu zabronionego³⁴⁷. Z kolei społeczną szkodliwość *in concreto* można rozumieć jako społeczną szkodliwość konkretnego zachowania się sprawcy, które to zachowanie wypełnia znamiona określonego typu czynu zabronionego³⁴⁸. Z racji tego, że niniejsza praca stanowi opis określonego typu czynu zabronionego, nie zaś studium konkretnego przypadku *stalkingu*, to w niniejszym fragmencie pracy zostanie wyłącznie omówiona społeczna szkodliwość *in abstracto*.

Warto przytoczyć w tym miejscu art. 115 § 2 k.k., który brzmi następująco: „Przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu sąd bierze pod uwagę rodzaj i charakter naruszonego

³⁴³ Zob. A. Strzembosz, *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego* [w:] S. Waltoś (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego: księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993, s. 96. Warto odnotować, że pogląd ten jest negowany przez K. Skowrońskiego, który nie uważa społecznej szkodliwości za klauzulę generalną. Zob. K. Skowroński, *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Palestra” 2003, nr 7-8, s. 83.

³⁴⁴ M. Derlatka, *Społeczna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, Prok. i Pr. 2006, nr 6, s. 123.

³⁴⁵ Zob. np. R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, Legalis czy Wyrok SN z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. II KK 349/17, LEX nr 2449784.

³⁴⁶ P. Daniluk, *Ocena społecznej szkodliwości czynu*, Prok. i Pr. 2011, nr 6, s. 128.

³⁴⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 321.

³⁴⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 323.

lub zagrożonego dobra, rozmiary wyrządzonej lub grożącej szkody, sposób i okoliczności popełnienia czynu, wagę naruszonych przez sprawcę obowiązków, jak również postać zamiaru, motywację sprawcy, rodzaj naruszonych reguł ostrożności i stopień ich naruszenia”. Przepis ten pomimo swojego umiejscowienia nie stanowi nośnika definicji społecznej szkodliwości. Niemniej wyraża tzw. kwantyfikatory społecznej szkodliwości, czyli okoliczności determinujące jej stopień. Co prawda katalog kwantyfikatorów społecznej szkodliwości wymieniony w tym przepisie ma charakter zamknięty, to jak stwierdza R. Zawłocki: „(...) przy ocenie karygodności można uwzględniać elementy niewskazane w przepisie art. 115 § 2 KK (wynikające z treści czynu zabronionego), a także elementy w nim wskazane, choć nieobecne w ustawowym opisie typu czynu zabronionego (wynikające z treści określonego karnoprawnego zakazu). Nie jest zatem trafne stwierdzenie, że przedmiot oceny społecznej szkodliwości wyznacza bezwzględnie przepis z art. 115 § 2 KK albo przepis określający konkretny czyn zabroniony. W istocie należy w każdym indywidualnym przypadku rekonstruować zakres oceny karygodności w oparciu o treść przepisu art. 115 § 2 KK oraz treść normy prawnokarnej zawartej w dyspozycji przepisu określającego czyn zabroniony przypisany sprawcy”³⁴⁹. Tymi elementami nieujętych w art. 115 § 2 k.k., a wynikającymi z przepisów części szczególnej są przede wszystkim znamiona czynu zabronionego jak i wymiar kary grożący za popełnienie danego czynu zabronionego. Niemniej jak można zauważyć elementy, o których mowa w art. 115 § 2 k.k. odnoszą się do przesłanek, które ciężko ustalić *in abstracto*. Wynika to z tego, że w przepisie tym w istocie zawarto wyłącznie kwantyfikatory społecznej szkodliwości *in concreto*, nie zaś społecznej szkodliwości *in abstracto*. Stąd też należy zastanowić się w jaki sposób określić społeczną szkodliwość *in abstracto* danego typu czynu zabronionego. Warto w tym miejscu przytoczyć następujące słowa A. Zolla: „Pewna przestrzeń możliwych ocen stopnia społecznej szkodliwości czynów realizujących znamiona wzorca jest z góry założona przez ustawodawcę, co znajduje wyraz w wyznaczeniu dolnej i górnej granicy ustawowego zagrożenia. Te granice są również wynikiem wyrażonego przez ustawodawcę najniższego i najwyższego stopnia społecznej szkodliwości czynów realizujących znamiona danego typu, chociaż to nie jest proste odbicie”³⁵⁰. W przypadku modelu penalizowanego czynu zabronionego brak jest bowiem możliwości zastosowania kwantyfikatorów społecznej szkodliwości, o których mowa w art. 115 § 2 k.k. Wynika to z tego, że w przypadku tekstu prawnego *per se* nie istnieje ani desygnat sprawcy ani desygnat czynności sprawczej, do których owe kwantyfikatory mogłyby zostać zastoso-

³⁴⁹ R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje...*, Legalis.

³⁵⁰ A. Zoll, *Zasady odpowiedzialności...*, s. 20-21.

wane. Możliwość ich zastosowania pojawia się, kiedy w obiektywnie postrzegalnej rzeczywistości jakiś człowiek zaktualizuje normę sankcjonowaną zawartą przez ów przepis. W przypadku samego brzmienia tekstu prawnego nie dochodzi do aktualizacji normy sankcjonowanej. Stąd też jedynym wyznacznikiem społecznej szkodliwości *in abstracto* może być wyłącznie sankcja grożąca za dany czyn, przy czym, jak trafnie zauważa cytowany autor, społeczna szkodliwość *in abstracto* jest również stopniowalna, co znajduje wyraz w rozpiętości grożącego wymiaru kary. Im bardziej rozpięty jest ten wymiar, to tym więcej jest stopni społecznej szkodliwości *in abstracto*.

§ 1.9. Wina

Pojęcie winy, podobnie jak pojęcie czynu, w doktrynie prawa karnego nie jest rozumiane w sposób jednolity. Wynika to m.in. z braku definicji legalnej tego pojęcia oraz ewolucji postrzegania winy w doktrynie prawa karnego (nie tylko polskiego). Jak zauważa I. Andrejew znakomita część teorii winy, z którymi można spotkać się w polskiej doktrynie prawa karnego, jest zaczerpnięta z doktryny niemieckiej³⁵¹, niektóre zaś (np. relacyjna teoria winy) stanowią dorobek doktryny polskiej.

Pierwszą z koncepcji winy, w ujęciu chronologicznym, jest psychologiczne ujęcie winy. W tym ujęciu sprowadza się winę do stosunku intelektualno-wolicjonalnego sprawcy względem popełnionego przezeń czynu³⁵². Konsekwencją takiego ujmowania winy, było włączanie w jej skład strony podmiotowej. Stąd mówiono dawniej o winie umyślnej, winie nieumyślnej oraz winie kombinowanej (obecnie określanej mianem mieszanej strony podmiotowej). Psychologiczne ujęcie winy w doktrynie nie było rozumiane w sposób jednolity. Istnieje bowiem kilka jego rodzajów.

W pierwszej kolejności należy wspomnieć o teorii woli, której twórcą jest R. Hippe³⁵³. Zdaniem wspomnianego autora w przypadku winy umyślnej zarzuca się sprawcy egoistyczną postawę – tj. zaspokojenie własnych potrzeb kosztem innych osób, jeśli sprawca pragnął zachowania bezprawnego lub wybrał je zamiast legalnego zachowania, a w przypadku winy nie-

³⁵¹ Zob. I. Andrejew, *O pojęciu winy w prawie karnym*, PiP 1982, z. 7, s. 39.

³⁵² Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 326 czy W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 113.

³⁵³ Por. J. Lachowski, *Wina w prawie karnym* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, s. 657.

umyślnej sprawca spowodował, że czynniki sprzyjające sprowadzeniu skutku przestępnego zyskały przewagę³⁵⁴. Na gruncie k.k. z 1932 r. teorię woli w całości lub z pewnymi modyfikacjami przyjmowali: J. Makarewicz³⁵⁵, W. Wolter³⁵⁶ oraz J. Nisenson i M. Siewierski³⁵⁷.

Kolejną teorią w ramach psychologicznego ujęcia winy, była teoria wyobrażenia przedstawiona przez F. v. Liszta. Istotą winy w rozumieniu tej teorii, jest wyobrażenie sobie możliwości sprowadzenia skutku przewidzianego przez prawo, na czym opiera się zamiar sprawcy³⁵⁸. Zawiniony jest zatem czyn, którego popełnienia nie zatrzymało wspomniane wyobrażenie. Natomiast wina nieumyślna związana jest z brakiem wspomnianego wyobrażenia, które to prowadzi do braku woli po stronie sprawcy³⁵⁹. Odmianą tej teorii jest teoria motywacji, w polskiej doktrynie prawa karnego przyjęta szczególnie przez S. Glasera. W teorii tej akcentuje się pierwotną rolę motywacji względem woli³⁶⁰. Motywy te zawierają w sobie wyobrażenia zmiany w świecie zewnętrznym. Ich wynikiem jest właśnie wola popełnienia określonego czynu. W przypadku winy nieumyślnej dochodzi do wadliwości procesu powstania woli³⁶¹.

Teoria prawdopodobieństwa, zwana również teorią przewidywania, akcentuje element przedmiotowy w istocie winy, którym jest prawdopodobieństwo wystąpienia danego skutku. W myśl tej teorii im większe prawdopodobieństwo sprowadzenia skutku, przy jednoczesnym powstrzymaniu się od zmierzania w kierunku jego wywołania, tym większe natężenie woli w kierunku sprowadzenia skutku³⁶². Wspomniana konstatacja pozwalała niektórym autorom ustalić granicę między zamiarem ewentualnym a nieświadomą nieumyślnością³⁶³.

Ostatnią z teorii, jest teoria społecznego niebezpieczeństwa sprawcy. W świetle tej teorii winą jest antyspołeczne nastawienie sprawcy, stwarzające zagrożenie dla społeczeństwa. Takie

³⁵⁴ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 657.

³⁵⁵ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 657.

³⁵⁶ W. Wolter, *Studia z zakresu prawa karnego. 1. Problematyka zamiaru ewentualnego. 2. Błąd w prawie karnym w ujęciu systematycznym*, Kraków 1947, s. 24–25.

³⁵⁷ Zob. J. Nisenson, M. Siewierski, *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach*, Łódź 1947, s. 20.

³⁵⁸ Zdaniem F. v. Liszta wina nie może się wyczerpywać w woli popełnienia określonego czynu, który to na moment powzięcia decyzji o jego popełnieniu, stanowi jedynie byt hipotetyczny, potencjalny, nie zaś rzeczywisty. Zaś wola może się odnosić jedynie do istniejących przedmiotów czy zdarzeń. Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 657-658 oraz J. Śliwowski, *Prawo karne*, Warszawa 1979, s. 45.

³⁵⁹ Zob. K. Buchała [w:] K. Buchała, W. Wolter, *Wina w prawie karnym*, Kraków 1954, s. 35.

³⁶⁰ Wspomniany wcześniej S. Glaser jednak koncentrował się nie o tyle co na motywacji, lecz na przeżyciach wewnętrznych człowieka w ogóle. Zob. S. Glaser, *Polskie prawo karne w zarysie*, Kraków 1933, s. 185-186.

³⁶¹ Zob. K. Buchała [w:] K. Buchała, W. Wolter, *Wina w prawie...*, s. 35.

³⁶² Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 659.

³⁶³ Bowiem im wyższe prawdopodobieństwo sprowadzenia skutku, tym bardziej postać zamiaru sprawcy można sprowadzić do umyślności w postaci *dolus eventualis*. Por. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 659.

rozumienie winy *prima facie* abstrahuje od psychicznych aspektów winy i sprowadza ją do pojęcia prawnego³⁶⁴.

Psychologiczne ujęcie winy prócz zwolenników, znajduje również krytyków. Jednym z punktów krytyki jest zarzut o zawężaniu pojęcia winy wyłącznie do przeżyć psychicznych człowieka³⁶⁵. W przypadku teorii woli krytykowano sprowadzanie winy do chęci popełnienia przestępstwa³⁶⁶. Konsekwencją tego stwierdzenia jest wyłączenie spod zakresu winy nieumyślności, a w szczególności niedbalstwa³⁶⁷. Inni autorzy zarzucają psychologicznej koncepcji winy brak wyjaśnienia istoty niedbalstwa³⁶⁸, a jeszcze inni zarzucają jej błędne wyjaśnianie jego istoty poprzez odwołanie się do konstrukcji przestępstw umyślnego narażenia na niebezpieczeństwo³⁶⁹. Psychologiczną koncepcję winy spotykał zarzut, że nie objaśnia ona w sposób należyty również i umyślności³⁷⁰. W doktrynie można również spotkać się z zarzutem braku stopniowości winy na gruncie tej koncepcji³⁷¹. Najistotniejszym jednak zarzutem, wydaje się zarzut niewłaściwego lokowania strony podmiotowej na płaszczyźnie winy, czego konsekwencją jest używanie określeń „wina umyślna” oraz „wina nieumyślna”³⁷².

Kolejnym ujęciem jest normatywne ujęcie winy. Rzeczony ujęcie, podobnie jak ujęcie psychologiczne, nie jest rozumiane jednolicie. Dzieli się ono bowiem w doktrynie na kompleksowe normatywne ujęcie winy oraz czyste normatywne ujęcie winy.

Przechodząc do pierwszego ze wskazanych „wariantów” normatywnej koncepcji winy, należy wskazać, że przez winę rozumie się czysty zarzut, jaki można poczynić sprawcy, z powodu popełnienia przez niego określonego czynu³⁷³. W doktrynie prawa niemieckiego reprezentantem tej odmiany teorii normatywnej był H. Welzel. Zdaniem wspomnianego autora umyślność i nieumyślność nie stanowią elementu winy, lecz element struktury czynu zabronionego, przez co definiują one bezprawność lub brak bezprawności czynu. W ujęciu czysto normatywnym przesłankami przypisania winy są: dojrzałość psychiczna sprawcy, poczytalność,

³⁶⁴ Warto nadmienić, że twórca tej koncepcji F. v. Liszt, jak i rozwijający ją A. Kaufmann definiowali w ten sposób winę pod wpływem panujących w doktrynie niemieckiej nurtów antropologicznego i socjologicznego. Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 659-660 oraz G. Rejman, *Teorie i formy...*, s. 143.

³⁶⁵ Zob. W. Świda, *Prawo karne*, Warszawa 1970, s. 206-207.

³⁶⁶ Zob. K. Buchała [w:] K. Buchała, W. Wolter, *Wina w prawie...*, s. 32.

³⁶⁷ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 660.

³⁶⁸ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 663.

³⁶⁹ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 116.

³⁷⁰ Zob. W. Mąciór, *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Kraków 1968, s. 60.

³⁷¹ Zob. K. Buchała [w:] K. Buchała, W. Wolter, *Wina w prawie...*, s. 44.

³⁷² Zob. w szczególności W. Wróbel, *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej* [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Kraków 2006, s. 674 i nast.

³⁷³ Zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 114-115.

normalna sytuacja motywacyjna i świadomość bezprawności czynu³⁷⁴. Ujęcie to zatem, w przeciwieństwie do teorii psychologicznej, może wydawać się zupełnie abstrahować od elementów subiektywnych czynu. Niemniej jak zauważa T. Kaczmarek tak nie jest, bowiem elementy subiektywne dochodzą do głosu poprzez będący przedmiotem oceny czyn zawierający znamiona subiektywne³⁷⁵. Konceptji tej stawia się zarzuty wprowadzenia problemu odróżnienia winy od bezprawności i społecznej szkodliwości czynu³⁷⁶. Czystej normatywnej teorii winy zarzuca się także, że uniemożliwia ona stopniowanie winy³⁷⁷. Zarzuca się tej koncepcji także oparcie na finalnej teorii czynu, przez niektórych uważaną za teorię wadliwą³⁷⁸.

W kompleksowym (finalnym) normatywnym ujęciu winy, przez winę rozumie się ujemnie oceniany stosunek sprawcy do popełnionego przezeń czynu³⁷⁹. Jak wskazuje T. Kaczmarek winą jest: „(...) ujemnie oceniany ze względu na treść woli lub na wadliwy sposób podjęcia decyzji woli, stosunek podmiotowy sprawcy do czynu zabronionego, którego on w danych warunkach mógł i powinien był uniknąć”³⁸⁰. Kompleksowa normatywna teoria winy łączy w sobie cechy teorii psychologicznej i czystej normatywnej³⁸¹. Istotną cechą tej teorii jest lokowanie umyślności oraz nieumyślności zarówno, w elemencie znamion czynu zabronionego, jak i na poziomie winy. To podwójne ułożenie strony podmiotowej w strukturze przestępstwa zdaniem P. Kardasa i J. Majewskiego jest związane z tym, że winę wyznacza społeczna szkodliwość czynu³⁸². T. Kaczmarek z kolei twierdzi, że elementy wyznaczające społeczną szkodliwość czynu współwyznaczają również i winę³⁸³. Na gruncie kompleksowej normatywnej teorii winy, podstawami jej przypisania są: dojrzałość i poczytalność sprawcy, umyślność lub nieumyślność zachowania sprawcy, rozpoznanie lub możliwość rozpoznania bezprawności czynu, wymagalność zgodnego z prawem postępowania³⁸⁴. Przedstawionemu ujęciu winy zarzuca się w doktrynie błąd metodologiczny polegający na pomieszaniu przedmiotu oceny (umyślności i nieumyślności) z samą oceną (winą)³⁸⁵. Kompleksowej normatywnej teorii winy stawia się

³⁷⁴ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 669-670.

³⁷⁵ Zob. T. Kaczmarek, *Spory wokół...*, s. 184.

³⁷⁶ Por. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 672 oraz T. Kaczmarek, *O finalnej teorii winy na gruncie doktryny polskiej* [w:] T. Kaczmarek, *Rozważanie o przestępstwie i karze. Wybór prac z okazji 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006, s. 243 i nast.

³⁷⁷ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 672.

³⁷⁸ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 118.

³⁷⁹ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 117.

³⁸⁰ T. Kaczmarek, *Spory wokół pojęcia winy w prawie karnym* [w:] Z. Hołda, L. Leszczyński, E. Skrętowicz (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 192.

³⁸¹ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 673.

³⁸² Zob. P. Kardas, J. Majewski, *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, z. 10, s. 78-79.

³⁸³ Zob. T. Kaczmarek, *Spory wokół...*, s. 186.

³⁸⁴ Zob. T. Kaczmarek, *Spory wokół...*, s. 184 czy J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 676.

³⁸⁵ Zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 1995, s. 234.

także zarzut, że nie jest do końca czytelna w zakresie ograniczenia przedmiotu oceny tylko do strony podmiotowej, bez obejmowania oceną całego czynu zabronionego³⁸⁶.

M. Kowalewska-Łukuć natomiast stwierdza, że wina stanowi zarzut stawiany sprawcy ze względu na popełnienie przez niego czynu w sytuacji spełnienia warunku kognitywnego, przejawiającego się w możliwości prawidłowego rozeznania znaczenia swojego czynu oraz warunku kontroli, a więc możliwości suwerennego pokierowania popełnieniem tego czynu zabronionego³⁸⁷. Takie pojmowanie winy, jak zauważa sama autorka, jest zgodne z założeniami czystej normatywnej teorii winy³⁸⁸.

Jeszcze innym ujęciem winy przedstawianym w polskiej literaturze prawa karnego jest funkcjonalne ujęcie winy. W myśl tego ujęcia, o przyjęciu winy powinna decydować celowość wymierzenia sprawcy sankcji karnej, która to celowość będzie uzasadniona z punktu widzenia bieżących potrzeb kryminalno-politycznych³⁸⁹. Krytycznie do tej koncepcji odnosi się Z. Papierkowski. Zdaniem tego autora dowodem na istnienie winy jako przesłanki odpowiedzialności karnej, jest ewolucja prawa karnego od obiektywizmu do subiektywizmu, a także karalność usiłowania oraz karalność czynności przygotowawczych³⁹⁰. Z koncepcją tą polemizuje także Ł. Pohl. Autor ten stwierdza, że poprzez uzależnienie istnienia winy od zasadności wymierzenia kary, koncepcja ta czyni nazbyt relatywnym pojęcie przestępstwa. Ł. Pohl dodaje również, że: „Pomija też ona okoliczność, że nie każde zawinione przekroczenie normy sankcjonowanej zasługuje na represję ze strony prawa karnego pod postacią kary czy innego środka prawnokarnej reakcji”³⁹¹.

Na sam koniec należy wspomnieć o relacyjnym ujęciu winy autorstwa W. Patryasa. Według wspomnianego autora rzeczownik „wina” jest podobny do rzeczowników takich jak „ojcostw”, czy „przyjaźń”, które to są nazwami określonych relacji między dwoma podmiotami. *Per analogiam* wina również oznacza relację. Relację między człowiekiem, a określonym stanem rzeczy. Relacja ta musi się dziać w określonym czasookresie, co W. Patryas ujmuje

³⁸⁶ Zob. A. Barczak-Opustil, *Sporne zagadnienia winy w prawie karnym*, CzPKiNP 2005, nr 2, s. 81.

³⁸⁷ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie karnym*, Warszawa 2019, s. 141 oraz M. Kowalewska-Łukuć, *W poszukiwaniu teorii winy w prawie karnym* [w:] W. Zalewski (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018, s. 193-194.

³⁸⁸ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie...*, s. 270.

³⁸⁹ Zob. S. Stomma, *Fikcja winy*, PiP 1947, nr 10, s. 15 i nast.

³⁹⁰ Zob. Z. Papierkowski, *Fikcja winy czy nierozumienie sensu nowoczesnego prawa karnego*, PiP 1948, z. 1, s. 74.

³⁹¹ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 332.

formułą: „X zawinił C w czasie t”³⁹². Ponadto tak rozumiana wina stanowi nazwę zbioru stanowiącego relację zawinienia³⁹³. J. Lachowski zauważa, że takie pojmowanie winy nie wnika w jej istotę, lecz wyłącznie wskazuje, kiedy wina zachodzi i kiedy ona istnieje³⁹⁴. M. Rodzynkiewicz modyfikuje koncepcję W. Patryasa. Wspomniany autor uważa, że pierwszym członem relacji winien być czyn, a zaś drugim system prawny (rozumiany jako zespół zwrotów językowych), który zakazuje czynu popełnionego przez sprawcę. Taka propozycja wynika z tego, że obowiązek określonego zachowania się nakazany lub zakazany przez normę, istnieje tak długo jak obowiązuje statuująca go norma prawna i nie jest on związany z egzystencją lub aktywnością określonego podmiotu³⁹⁵. P. Kardas i J. Majewski stwierdzają, że o winie danego podmiotu nie decyduje czas dopuszczenia się przez sprawcę przezeń zawinionego czynu. Zdaniem tychże autorów o istocie winy decydują cechy podmiotu oraz jego zachowania określone przez ustawodawcę w ustawie karnej. W konsekwencji relacja między sprawcą a czynem nie jest relacją winy, lecz relacją zawinienia. Wychodząc z tego założenia, P. Kardas i J. Majewski stwierdzają, że relacja bycia winnym zachodzi gdy: „(...) podmiotowi x można zarzucić, że w czasie swego bezprawnego, karalnego, karygodnego zachowania się y nie dał posłuchu normie prawnej (nie dochował wierności prawu)”³⁹⁶. Odnosząc się do krytyki koncepcji relacyjnej, podnosi się także zarzut braku możliwości stopniowania winy-relacji³⁹⁷.

Po przedstawieniu najważniejszych poglądów na temat winy, należy się krótko do nich odnieść, celem określenia czym jest wina. Krytycznie należy ocenić psychologiczną koncepcję winy i przyznać rację jej krytykom³⁹⁸. Najistotniejszym powodem, dla którego należy odrzucić psychologiczne ujęcie winy jest utożsamianie, na gruncie tej koncepcji, winy ze stroną podmiotową. Antycypując dalsze rozważania i przypominając już wcześniej poczynione, należy wskazać, że strona podmiotowa jest niezależna od winy sprawcy. Zatem np. sprawca działający w stanie niepoczytalności, może działać umyślnie. Przyjęcie założenia o tożsamości strony podmiotowej z winą, stanowiłoby niezgodny z rzeczywistością opis czynu sprawcy. Pozostając przy zagadnieniu strony podmiotowej, należy krytycznie odnieść się również do kompleksowej

³⁹² Zob. W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna...*, s. 195 i nast.

³⁹³ Gwoli uporządkowania przedstawionych poglądów W. Patryasa należy wskazać, że w skład tego zbioru wchodzi: podmiot czynu, sprowadzony przezeń stan rzeczy oraz relatywizacja czasowa sprowadzenia tegoż stanu rzeczy). Zob. W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna...*, s. 196-197.

³⁹⁴ Zob. J. Lachowski, *Wina w prawie...*, s. 680.

³⁹⁵ Warto dodać, że dla M. Rodzynkiewicz sprawca stanowi element pozajęzykowy. Zob. M. Rodzynkiewicz, *Pojęcie winy w prawie karnym – próba analizy krytycznej na tle ujęcia relacyjnego*, RPEiS 1992, z. 3, s. 17.

³⁹⁶ P. Kardas, J. Majewski, *O dwóch znaczeniach...*, s. 71-74.

³⁹⁷ Zob. M. Rodzynkiewicz, *Pojęcie winy...*, s. 18 oraz P. Kardas, J. Majewski, *O dwóch znaczeniach...*, s. 75.

³⁹⁸ Jak można zauważyć zarzuty wysuwane względem tej koncepcji niekiedy są ze sobą sprzeczne, niemniej może to wynikać z wielości odmian psychologicznej koncepcji winy.

normatywnej teorii winy. Lokowanie umyślności oraz nieumyślności, zarówno po stronie znamion czynu zabronionego, jak i po stronie winy, nie znajduje uzasadnienia merytorycznego. Struktura przestępstwa, jak można wywieść z samej jej nazwy, jest konstruktem wewnątrznie spójnym i uporządkowanym. Konsekwencją tego uporządkowania jest to, że każdy element składający się na byt określonego przestępstwa, pojawia się w rzeczonyj strukturze tylko jeden raz. Ułatwia to bowiem, klarowną ocenę zachowania się sprawcy pod kątem jego przestępczości. Umieszczenie umyślności i nieumyślności podwójnie w strukturze przestępstwa, generuje problemy odnoszące się do tego, kiedy umyślność powoduje zawinienie czynu, a kiedy występuje ona w przypadku czynu niezawinionego (i czy w ogóle może wystąpić w przypadku braku zawinienia). Powielenie strony podmiotowej może doprowadzić do sprzecznych ze sobą wniosków, zarówno w doktrynie, jak i praktyce, przez co konstrukcje umyślności i nieumyślności staną się bardziej wieloznaczne i mętne, co utrudni skuteczne stosowanie norm prawno-karnych w praktyce wymiaru sprawiedliwości. Zgodzić się należy z T. Kaczmarkiem, że elementy subiektywne podlegają wartościowaniu pod kątem zawinienia, bowiem stanowią one znamię typu czynu zabronionego. Funkcjonalne ujęcie winy nie zasługuje na aprobatę, bowiem odrywa winę od osoby sprawcy, abstrahując od jego osobistych właściwości, motywacji czy kontekstu jego działania (lub zaniechania), na rzecz bezrefleksyjnej realizacji założeń polityki kryminalnej, nie bacząc na to, by kara za czyn sprawcy spełniała swoje funkcje. Ujęcie relacyjne również nie może zostać zaaprobowane, bowiem nie mówi ono nic o istocie winy, lecz jedynie wskazuje z teoretycznoprawnego punktu widzenia, jaka jest relacja pomiędzy sprawcą a popełnionym przezeń czynem. Pozostało jeszcze czyste normatywne ujęcie winy, którego główną zaletą jest rozpoznanie odrębności strony podmiotowej od winy. Pojmowanie winy jako czystego zarzutu, pozwala postrzegać winę jako swoiste podsumowanie struktury przestępstwa, a co za tym podsumowanie czynu sprawcy. Podbudowa tego „podsumowania”, winna mieć solidną podbudowę pojęciową. Taką to podbudowę wprowadza M. Kowalewska-Łukuć. Określenie wymogu ustalenia spełnienia warunku kognitywnego i warunku kontroli, pozwala na większą czytelność procesu aplikacji norm sankcjonowanych oraz zmniejsza stopień arbitralności i subiektywności ocen w aspekcie winy sprawcy. Stąd też winę należy pojmować jako zarzut względem sprawcy oparty na sumie dwóch warunków: warunku kognitywnego (rozpoznawania przez sprawcę znaczenia swojego czynu) oraz warunku kontroli (możliwości suwerennego kierowania swoim postępowaniem).

§ 1.10. Artykuł 190a § 1 k.k. jako główne źródło do odkodowania norm prawnych

Na początku szkicu rozważań o normatywnej zawartości art. 190a § 1 k.k. należy przytoczyć jego brzmienie. Przepis ten brzmi następująco: „Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby dla niej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, poniżenia lub udržczenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”.

Jak wskazano pierwszą fazą wykładni jest faza porządkująca. Stąd też w tym miejscu należy ustalić moment interpretacyjny, na który to będzie dokonywana wykładnia przywołanego przepisu. Momentem tym jest dzień 15 maja 2024 r. W przyjętym momencie interpretacyjnym nie ma wątpliwości co do obowiązywania art. 190a § 1 k.k. w ww. brzmieniu. Przepis ten wszedł w życie w dniu 6 czerwca 2011 r., zaś jego nowelizacja na podstawie przepisów Tarczy weszła w życie w dniu 31 marca 2020 r. Należy dodać, że ostatni ogłoszony tekst jednolity zawiera nowelizację wprowadzoną przez Tarczę.

Przechodząc do fazy rekonstrukcyjnej należy zauważyć, że mamy do czynienia z przepisem jednozdaniowym. Należy dodać, że jest to przepis części szczególnej k.k. typizujący określony typ czynu zabronionego. Stąd też przepis taki zawiera co najmniej dwie normy: normę sankcjonowaną i normę sankcjonującą. Tak też jest w przypadku przywołanego przepisu, a zatem mamy do czynienia z przepisem pluralnym. W tym miejscu należy wskazać, że dalsza analiza dotyczyć będzie wyłącznie norm sankcjonowanych, które to, z punktu widzenia niniejszego rozdziału, są najistotniejsze. Mowa jest o normach sankcjonowanych, bowiem ukształtowanie treści przepisu wskazuje, że można wywieść z niego więcej niż jedną normę sankcjonowaną. Kolejną kwestią, jaką należy ustalić jest zrębowość art. 190a § 1 k.k. Dla przypomnienia, ażeby móc uznać dany przepis za przepis zrębowy zupełny musi wysłowiać on wszystkie elementy normy merytorycznej – tj. wskazywać na: adresata, okoliczności, nakaz lub zakaz oraz na zachowanie się będące przedmiotem nakazu lub zakazu. W przywołanym przepisie ustawodawca posłużył się zaimkiem „kto”, który to zaimek wskazuje podmiot przestępstwa – czyli adresata norm sankcjonowanych. Jednak w przywołanym przepisie brakuje wskazania na okoliczności. Wynika to z tego, że w myśl § 145 ust. 1 z.t.p. jeśli norma ma znajdować zastosowanie we wszystkich okolicznościach, to w przepisie prawnym nie określa się okoliczności jej zastosowania. Stąd też należy uznać, że zabronione jest przekraczanie norm wysłownych w art. 190a § 1 k.k. w każdych okolicznościach. W analizowanym przepisie został wysłowiony element zakazu określonych zachowań się sprawcy. Przechodząc do zachowania

należy zauważyć, że w skład tego elementu syntaktycznego wchodzi: znamię czynności sprawczej określające sposób zachowania się sprawcy, znamię skutku (jeśli ono występuje w danym przepisie) jak i strona podmiotowa³⁹⁹. W tym miejscu należy poczynić uwagę, że przestępstwo uporczywego nękania może być popełnione wyłącznie umyślnie. W analizowanym przepisie można wyróżnić niemalże wszystkie elementy normy merytorycznej. Wątpliwości może budzić określenie okoliczności. Niemniej wydaje się jednak, że brak określenia okoliczności nie przesądza o tym, że przepis penalizujący dane zachowanie się jest przepisem zrębowym niezupełnym. Jak zauważa Ł. Pohl przepisy niewskazujące na okoliczności są także przepisami zawierającymi normy hipotetyczne⁴⁰⁰. Należy wskazać, że założenie przedstawione w § 145 ust. 1 z.t.p. jest w istocie elementem wiedzy prawniczej. Stąd też brak wskazania okoliczności w istocie nie powoduje „wyłamania” elementu normy z tego przepisu, lecz wskazuje na to, że dane zachowanie się jest zakazane adresatowi w każdych okolicznościach. Stąd też art. 190a § 1 k.k. wysłowia wszystkie elementy zrębowe normy merytorycznej, więc jest przepisem zrębowym zupełnym. Kolejną rzeczą, jaką należy ustalić jest zupełność treściowa art. 190a § 1 k.k. W zakresie adresata normy należy wskazać, że w systemie prawnym nie są zawarte normy ograniczające zakres podmiotów przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. W konsekwencji zakres adresatów nie ulega modyfikacji. W przypadku okoliczności należy rozważyć kwestię bezprawności. Jeśli chodzi zaś o bezprawność należy zauważyć, że kwalifikacja obu tych elementów struktury przestępstwa do któregoś z elementów syntaktycznych normy sankcjonowanej jest nieoczywista. Niemniej szukając modyfikatorów to nie bezprawność jest najistotniejsza, lecz okoliczności ją wyłączające. Biorąc pod uwagę ukształtowanie przepisów odnoszących się do obrony koniecznej, stanu wyższej konieczności, tzw. kolizji obowiązków oraz eksperymentu można zauważyć, że w przepisach tych możliwe jest odkodowanie norm prawnych, które to są normami prawnymi wysłowiającymi adresata, okoliczności oraz nakaz (czy też zakaz) określonego zachowania i są normami niezupełnymi logicznie. Powstaje więc pytanie, czy normy te nie modyfikują zakresu norm zakodowanych w art. 190a § 1 k.k. Wydaje się, że tzw. kontratypy modyfikują zakres okoliczności normy sankcjonowanej. Wynika to z tego, że odnoszą się one do pewnych okoliczności, sytuacji. Stąd w pewnych okolicznościach zachowaniu się sprawcy nie można przypisać cechy bezprawności, co wówczas skutkuje brakiem przekroczenia przez niego normy sankcjonowanej. W konsekwencji spod zakresu okoliczności zastosowania danej normy zostają wyłączone sytuacje działania w warunkach kontratypu. W tym miejscu nie można wskazać konkretnych kontratypów znajdujących zastosowanie w przypadku art. 190a

³⁹⁹ Poza tym elementem struktury przestępstwa pozostają więc zawinienie jak i społeczna szkodliwość czynu.

⁴⁰⁰ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 71.

§ 1 k.k. Zostaną one wskazane w dalszej części pracy. Stąd też w sformułowanych niżej wyrażeniach normokształtnych zamiast wskazania konkretnych kontratypów, zostanie użyty ogólnikowy zwrot „okoliczności wyłączające bezprawność czynu”. W przypadku zakazu i zachowania możliwe są wątpliwości w tej materii. Bowiem z jednej strony niski stopień społecznej szkodliwości czy wyłączenie winy powodują, iż sprawcy nie można pociągnąć do odpowiedzialności karnej. Ponadto możliwa jest sytuacja wyłączenia naruszenia prywatności czy *prima facie* również nękania⁴⁰¹. Powstaje również pytanie o to czy art. 190a § 3 k.k. nie modyfikuje zakresu norm wysłowionych w § 1 tego artykułu. Odnosząc się do znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu należy stwierdzić, że ten element nie należy do elementu syntaktycznego zachowania będącego przedmiotem zakazu. Należy dodać, że co prawda społeczna szkodliwość wpływa na możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, zaś jej znikomy stopień dekompletuje strukturę przestępstwa. Jednak pomimo tego sprawca dopuszcza się przekroczenia normy sankcjonowanej. Nie zostaje on jednak pociągnięty do odpowiedzialności karnej, bowiem jego przekroczenie normy sankcjonowanej nie stanowi zagrożenia dla naruszenia dobra prawnego czy też przekroczenie normy sankcjonowanej z innych powodów jest na tyle społecznie nieistotne, że niezasadne jest pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej. Kolejnym ewentualnym modyfikatorem są okoliczności wyłączające winę. Wskazać należy, że okoliczności te odnoszą się do pewnych stanów psychicznych sprawcy. Z racji tego, że są to stany psychiczne to nie sposób wskazać, że okoliczności te modyfikują krąg adresatów czy zakres okoliczności. Z racji tego, że nie ma odpowiedniej kategorii syntaktycznej dla elementów subiektywnych (tj. wina oraz strona podmiotowa), winę – podobnie jak stronę podmiotową – można by lokować w zakresie zachowania będącego przedmiotem nakazu albo zakazu. Niemniej wydaje się, że okoliczności wyłączające winę nie oddziałuje na treść normy sankcjonowanej, lecz korygują zakres zastosowania normy sankcjonującej, co zgodne jest z tradycyjnym założeniem dogmatycznym, że winę rozpatruje się po ustaleniu bezprawności zachowania⁴⁰². Ostatni potencjalny modyfikator może zostać zawarty w art. 190a § 3 k.k. Przepis ten brzmi następująco: „Jeżeli następstwem czynu określonego w § 1 lub 2 jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 15”. Jak można zauważyć jest to typ kwalifikowany przez następstwo. Stąd też do przekroczenia tej normy konieczne jest dodatkowo wywołanie skutku w postaci targnięcia się na własne życie

⁴⁰¹ W tym miejscu antycypując dalsze rozważania należy wskazać, że analizowane w niniejszej pracy tzw. kontratypy pozaustawowe nie znajdują zastosowania w przypadku przestępstwa uporczywego nękania.

⁴⁰² Przyjęcie odmiennego stanowiska – tj. że wina modyfikuje zakres normy sankcjonowanej – powodowałoby np. niemożność popełnienia czynu bezprawnego przez osobę niepoczytalną. A co za tym idzie nie mogłaby się na tzw. kontratyp obrony koniecznej osoba odpierająca zamach spowodowany przez osobę niepoczytalną.

pokrzywdzonego, którego to przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. nie obejmuje. W konsekwencji przepis ten modyfikuje zakres normy z art. 190a § 1 k.k. Z kolei, jeśli chodzi o przepisy dopuszczające ingerencję w prywatność to nie odnoszą się one do nękania, stąd też nie modyfikują zakresu norm zakodowanych w art. 190a § 1 k.k. Mamy zatem do czynienia z przepisem centralnym niezupełnym.

Z racji konstrukcji przepisu możliwe jest wiele kombinacji skutków jak i przedmiotów przestępstwa. Stąd też liczba norm, które można wyinterpretować z tego przepisu wynosi kilkadziesiąt. Wydaje się zatem, że przedstawienie wszystkich wyrażeń normokształtnych, które można wywieść z niniejszego przepisu, po pierwsze może stanowić nadmierne rozwinięcie tematu będące dla czytelnika męczące w odbiorze, po drugie zaś stanowić będą znaczące powielenie rozważań nie wnoszące nowej, dodatkowej wiedzy do treści niniejszej pracy. Zasadne zatem wydaje się przełamanie w tym miejscu reguł derywacyjnej koncepcji wykładni prawa i ograniczenie się do 10 przykładów wyrażeń normokształtnych (a w dalszej konsekwencji norm prawnych), które to wywieść można z warstwy deskryptywnej art. 190a § 1 k.k. W konsekwencji można wskazać na następujące przykłady wyrażeń normokształtnych, które można odkodować z art. 190a § 1 k.k.⁴⁰³:

1. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby i innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
2. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.

⁴⁰³ Należy nadmienić, że w niniejszej pracy nie zostaną przedstawione normy (ani wyrażenia normokształtne), których adresowane do sprawców kierowniczych, sprawców polecających, podżegaczy i prowokatorów oraz norm adresowanych do gwaranta nienastąpienia skutku przy zaniechaniu. W niniejszej pracy zrezygnowano także z podania norm penalizujących usiłowanie uporczywego nękania (zarówno w formie usiłowania udolnego, jak i usiłowania nieudolnego). Takie rozważania byłyby niewątpliwie interesujące i mogłyby wnieść wartość dodaną do niniejszej pracy, jednak ze względu na wielość norm, które można wywieść już w przypadku samodzielnego dokonania uporczywego nękania przez działanie, wprowadzenie dodatkowych wyrażeń normokształtnych do analizy doprowadziłoby do znaczącego ograniczenia jej komunikatywności.

3. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
4. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby i innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
5. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia i uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
6. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
7. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
8. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia i uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
9. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia i uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
10. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby i innej osoby najbliższej, którego skutkiem

jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.

Po przeprowadzeniu fazy rekonstrukcyjnej należałoby przejść do przeprowadzenia dyrektyw fazy percepcyjnej. Niemniej z racji ukształtowania pracy, która zakłada ustalenie (w mniejszym lub większym stopniu) znaczeń poszczególnych wyrażen składających się na wskazane wyżej wyrażenia normokształtnych, faza percepcyjna wykładni zostanie dokonana w podsumowaniu (dokładniej w części § 9.1) niniejszego rozdziału.

§ 2. Analiza znamion czynów zabronionych stypizowanych w art. 190a § 1 k.k.

W ramach tego fragmentu niniejszej pracy zostaną omówione znamiona przestępstwa uporczywego nękania. Poprzedzone to zostanie kilkoma uwagami ogólnymi odnośnie analizowanego przestępstwa. Następnie zostaną omówione zagadnienia: przedmiotu ochrony, podmiotu przestępstwa (z odrębnym omówieniem kwestii popełnienia przestępstwa uporczywego nękania przez nieletniego), znamion przedmiotu czynności wykonawczej, czasu i miejsca przestępstwa, znamienia czynności wykonawczej, reguł ostrożności w odniesieniu do analizowanego przestępstwa, znamion skutku oraz strony podmiotowej.

§ 2.1. Uwagi ogólne

Punktem wyjścia do dalszych rozważań jest art. 190a § 1 k.k., którego obecna treść już została wskazana powyżej. Niemniej dla klarowności wyводу jak i gwoli przypomnienia czytelnikowi jego brzmienia warto ów przepis przytoczyć ponownie. Brzmi on następująco: „Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby dla niej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”⁴⁰⁴. *Prima facie* z treści tego przepisu wynika, że *de facto* ustawodawca stypizował kilka przestępstw uporczywego nękania.

⁴⁰⁴ Przepis ten został znowelizowany dwukrotnie. Pierwsza jego nowelizacja nastąpiła na mocy Tarczy, a wspomniana nowelizacja polegała na dodaniu dwóch skutków jakie ma wywołać nękanie – poniżenie i udręczenie, które podobnie jak poczucie zagrożenia muszą być uzasadnione okolicznościami. Nadto podwyższony został grożący wymiar kary. Kolejna nowelizacja rzeczzonego przepisu nastąpiła na mocy zm.k.k. 2022 – nowelizacja dotyczyła zwrotu „osoby jej najbliższej”, który to został zastąpiony zwrotem: „osoby dla niej najbliższej”. Jak stwierdzają P. Bogacki i M. Olęzałek przypuszczać można, że celem ustawodawcy zapewne było ujednoczenie zmienionego sformułowania, wprowadzonego przez nowy typ wymuszenia rozbójniczego z art. 282 § 2 k.k. Zob.

Zdaniem C. Nowak omawiany przepis stanowi tzw. „przeszczep prawny”. Według przywołanej autorki trudno wskazać źródło pochodzenia tej regulacji. Niemniej opis czynu zbliżony jest do opisu czynu występującego w przepisach karnych ustawodawstwa państwa systemu *common law*. Natomiast przepisy penalizujące nękanie w prawodawstwach systemu prawa kontynentalnego a polski art. 190a § 1 k.k. łączy to, że zachowania sprawcy naruszają konstytucyjne wartości. Zatem według C. Nowak analizowany przepis jest konglomeratem rozwiązań pochodzących z obcych systemów prawnych⁴⁰⁵. Stanowisko takie wydaje się trafne. Już w samym uzasadnieniu do projektu u.z.u. wskazywano, że zjawisko nękania jest penalizowane w innych krajach⁴⁰⁶. Wskazuje to, że ustawodawca mógł sugerować się treścią tzw. „przepisów antystalkingowych” obowiązujących w innych państwach. Do argumentów C. Nowak dołożyć należy to, że ustawodawca zdecydował się stworzyć nowy, odrębny typ czynu zabronionego, nie zaś dokonać modyfikacji istniejącego czynu zabronionego, pomimo możliwości osiągnięcia tego samego celu np. poprzez zmianę art. 207 k.k.⁴⁰⁷. Niemniej w ślad za innymi państwami zdecydował się wprowadzić do systemu prawnego art. 190a § 1 k.k.

Przestępstwo uporczywego nękania jest niewątpliwie przestępstwem skutkowym, bowiem ustawodawca wskazuje, że skutkiem działania sprawcy ma być wzbudzenie u pokrzywdzonego uzasadnionego poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnego naruszenia prywatności. Nie bez przyczyny w poprzednim zdaniu użyto spójnika „lub” pomiędzy skutkami przestępstwa uporczywego nękania. Spójnik ten występuje również w treści przepisu. Konsekwencją tego jest fakt, że aby móc pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności karnej wystarczające jest ziszczenie się tylko jednego z wymienionych w tym przepisie skutków, jednak ustawodawca wskazuje na możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy w przypadku, gdy swym zachowaniem przestępnym wywoła dwa lub więcej ze wskazanych w analizowanym przepisie skutków. Charakter skutków wymienionych przez ustawodawcę w analizowanym przepisie zostanie wskazany w dalszej części pracy.

P. Bogacki, M. Olęzątek, *Kodeks karny. Komentarz do nowelizacji z 7.7.2022 r.*, Warszawa 2023, Legalis. W konsekwencji druga nowelizacja stanowi li tylko korektę językową omawianego przepisu, bez zmiany treści jego warstwy normatywnej. Warto dodać, że podobne zmiany miały na mocy zm.k.k. z tą różnicą, że wymiar kary miał wynosić od 3 miesięcy do lat 5, zaś znamię istotnego naruszenia prywatności zostało preredagowane i brzmiało w warstwie deskryptywnej „(...) w istotnym stopniu narusza jej prywatność...”. Regulacja przewidziana przez zm.k.k. nie weszła w życie, bowiem TK orzekł niezgodność tego aktu prawnego z Konstytucją (zob. Wyrok TK z dnia 14 lipca 2020 r., sygn. Kp 1/19, Legalis nr 2396669).

⁴⁰⁵ Zob. C. Nowak, *Kryminalizacja stalkingu jako przykład przeszczepu prawnego w polskim prawie karnym* [w:] B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Zochowska (red.), *Prawo wobec problemów społecznych. Księga Jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, Warszawa 2016, s. 274-275.

⁴⁰⁶ Zob. *Uzasadnienie do projektu...*, s. 1-2.

⁴⁰⁷ Stanowisko to zostanie uzasadnione w rozdziale dotyczącym zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw.

Odnosnie do przestępstwa uporczywego nękania przedmiotem sporu w doktrynie jest to czy uporczywe nękanie jest przestępstwem trwałym. Warto w tym miejscu wskazać na dwa przeciwstawne sobie poglądy w tej kwestii. Według pierwszego poglądu, którego wyraża jest J. Kosonoga występki z art. 190a § 1 k.k. należy uznać za przestępstwa trwałe, bowiem na owe przestępstwa składa się ciąg zachowań, a zdaniem wspomnianego autora, konsekwencją tego jest utrwalenie poczucia zagrożenia u pokrzywdzonego poprzez zadawanie wielokrotnych bodźców powodujących ów poczucie⁴⁰⁸. P. Furman dodaje, że analizowane przestępstwo ma na celu utrzymanie stanu bezprawia⁴⁰⁹. Zgodnie z przeciwnym stanowiskiem M. Królikowski i A. Sakowicza uporczywe nękanie nie jest przestępstwem trwałym, bowiem zdaniem tych autorów istota tego czynu: „(...) sprowadza się do wielokrotności bodźców w oddziaływaniu na inną osobę (...)” i nie istotny jest, zdaniem autorów, fakt, że poczucie zagrożenia pokrzywdzonego musi wystąpić w utrwalony sposób⁴¹⁰. Trudno się zgodzić z przedstawicielami poglądu negującego trwały charakter tego przestępstwa, gdyż jak wskazuje K. Banasik powołując się na definicję J. Makarewicza przestępstwo trwałe polega na: „wytworzeniu sytuacji przestępnej, będącej następstwem jednego działania: choć działanie ukończono, to sytuacja przestępna trwa”⁴¹¹. W podanej definicji przestępstwa trwałego może budzić słuszne zastanowienie, iż wytworzenie sytuacji przestępnej ma powstać za pomocą jednego działania. Niemniej działanie jak i zaniechanie stanowi element struktury przestępstwa. Stąd też, skoro wiele zachowań może stanowić jedno przestępstwo, a skoro działanie jak i zaniechanie jest elementem tegoż przestępstwa, to wielość zachowań w sensie ontologicznym może zostać uznana za jedno działanie lub zaniechanie w sensie prawnokarnym. Idąc dalej należy stwierdzić, że w przypadku występkę z art. 190a § 1 k.k. dochodzi do wytworzenia sytuacji przestępnej. Niemniej przekroczenie normy sankcjonowanej nie polega, co do zasady, na dopuszczeniu się jednego zachowania się przez sprawcę, lecz na dopuszczeniu się pewnego kompleksu działań⁴¹². Zaś skutek owych działań występuje w postaci: uzasadnionego poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnego naruszenia prywatności pokrzywdzonego. Skutki te pomimo zakończenia

⁴⁰⁸ Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 1092.

⁴⁰⁹ Zob. P. Furman, *Próba analizy...*, s. 49.

⁴¹⁰ Zob. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom 1. Komentarz do artykułów 117 – 221*, Warszawa 2013, s. 541.

⁴¹¹ K. Banasik, *Przestępstwa trwałe i delikty trwałe*, PiP, 2013 nr 7-8, s. 95.

⁴¹² Można się słusznie zastanawiać, czy aby doszło do realizacji popełnienia czynu z art. 190a § 1 k.k. musi dojść do realizacji kilku zachowań (co najmniej dwóch), czy wystarczy jednego zachowania się, które będzie cechować się takimi właściwościami, że będzie można uznać je za realizację znamienia uporczywego nękania. Analiza tego problemu zostanie dokonana w dalszej części pracy (co prawda kwestia ta była już omawiana w niniejszej pracy, ale nie w aspekcie prawnokarnym), zaś na potrzeby rozważań co do możliwości uznania przestępstwa uporczywego nękania za przestępstwo trwałe wystarczające jest tylko zasygnalizowanie takiego problemu.

działań przestępnych, co wskazuje na utrwalenie skutków działania przestępnego sprawcy. W związku z tym należy się skłonić ku poglądowi zgodnie, z którym przestępstwo uporczywego nękania jest przestępstwem trwałym.

Jak wskazano ustawodawca kreuje kilka znamion skutku, które *in concreto* mogą wystąpić razem, może wystąpić tylko część tych skutków albo tylko jeden z nich. Prowadzi to do wniosku, że przestępstwo uporczywego nękania jest przestępstwem wieloodmianowym.

Podsumowując niniejsze rozważania wskazać należy, że przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. należy uznać za przestępstwo skutkowe, bowiem ustawodawca w treści przepisu wskazuje na skutki, jakie musi wywołać zachowanie lub zachowania przestępne sprawcy, żeby można było go pociągnąć do odpowiedzialności karnej. Nadto, zachowania przestępne penalizowane przez art. 190a § 1 k.k. wykazują cechy przestępstwa trwałego, co wynika chociażby z faktu utrwalenia skutku przestępstwa u pokrzywdzonego (pokrzywdzonych). Omawiane przestępstwo jest także przestępstwem wieloodmianowym, z racji wprowadzenia do art. 190a § 1 k.k. kilku znamion skutku.

§ 2.2. Przedmiot ochrony

Analizowany przepis został umiejscowiony w rozdziale XXIII k.k., który nazywa się: „Przestępstwa przeciwko wolności”. Pozwala to stwierdzić, że dobrem chronionym przez przytoczony przepis jest wolność. Warte przytoczenia jest stanowisko A. Golonki, która wskazuje, że wolność na gruncie analizowanego przestępstwa powinna być pojmowana w znaczeniu jakie nadają ów wolności normy prawne, a w szczególności normy prawne znajdujące się w Konstytucji⁴¹³. M. Mozgawa natomiast wskazuje, że dobrem chronionym jest zarówno wolność pozytywna (czyli „wolność do”), jak też wolność negatywna (czyli „wolność od”)⁴¹⁴. K. Szczucki również uważa wolność za dobro chronione, powiązane z art. 31 ust. 1 i 2 Konstytucji, przy czym autor ten ochronę wolności zawęża do wolności od nękania i nachalnego zachowania⁴¹⁵. M. Kulik z kolei uważa, że przedmiot ochrony art 190a § 1 k.k. ma charakter eklektyczny – bowiem zdaniem autora w wypadku niektórych postaci czynności wykonawczej chroniona jest wolność, a w wypadku innych prywatność⁴¹⁶. Niewątpliwie można się zgodzić ze stanowiskami

⁴¹³ Zob. A. Golonka, *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*, PiP 2012, nr 1, s. 89.

⁴¹⁴ Zob. M. Mozgawa, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 507.

⁴¹⁵ Zob. K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna w praktyce. Przykład stalkingu*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 6 (20), s. 21.

⁴¹⁶ Zob. M. Kulik, *Wolność jako przedmiot ochrony w prawie karnym* [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko...*, s. 52.

A. Golonki, M. Mozgawy i K. Szczuckiego, jednakże należy je uznać za niepełne (zwłaszcza stanowisko A. Golonki). Wynika to z tego, że co prawda normy prawne odnoszą się do wolności i określają jej pewien zakres, zwłaszcza w normach zawartych w Konstytucji, jednakże normatywne pojmowanie wolności nie jest pełne. Przejaw tej niepełności definicji wolności, jaką można wywieść z norm prawnych, przejawia się w katalogu zachowań, który nie jest unormowany wyczerpująco. Nie zawiera on zachowań prawnie indyferentnych, których realizacja przez dany podmiot czy też podmioty stanowi realizację wolności tego podmiotu (podmiotów). Co więcej, według poglądu A. Golonki, zakres owej wolności determinują normy prawne wywiedzione z przepisów prawnych w drodze wykładni, nie zaś zasady prawa zarówno w ujęciu opisowym jak i w ujęciu dyrektywnym. Uznanie, że przedmiotem ochrony może być tylko wolność wyrażona w treści norm prawnych powoduje wykluczenie ochrony przez art. 190a § 1 k.k. szeregu zachowań stanowiących realizację wolności ludzkiej. Z kolei, M. Mozgawa abstrahuje od normatywnego definiowania wolności na rzecz podziału dychotomicznego wolności na: „wolność od” i „wolność do”. Niewątpliwie ten podział jest podziałem trafnym, aczkolwiek podziałem niepełnym. Mogą być bowiem przypadki takich wolności, których nie można w ogóle zakwalifikować do żadnej z wyróżnionych rodzajów wolności. W związku z tym wydaje się, że wolność w analizowanym kontekście należy rozumieć jako możliwość swobodnego podejmowania decyzji, dowolnego zachowywania się, w możliwie najszerszym kontekście, a więc nie ograniczającym się tylko do rozumienia normatywnego, ani do określonych rodzajów wolności. Na aprobatę nie zasługuje przytoczony wyżej pogląd M. Kulika. Oczywiście prywatność w zależności od *modus operandi* sprawcy może być naruszana albo nie. Niemniej wolność (a właściwie to jej naruszenie) w przeciwieństwie do prywatności nie stanowi ani znamienia czynności wykonawczej ani znamienia skutku – jest ona dobrem rodzajowym. Stąd też, skoro wolność jest dobrem rodzajowym, to podlega ona zawsze ochronie niezależnie od sposobu działania sprawcy. A. Malicka-Ochtera natomiast stwierdza: „Na dalszym, ale tylko pozornie, planie pozostaje dobro w postaci bezpieczeństwa publicznego, rozumiane jako ład społeczny, czyli porządek respektowany dzięki ustaleniu i przestrzeganiu przez jego uczestników norm oraz wartości, w którym jednostka ma prawo żyć w poczuciu dobrostanu psychofizycznego, to jest w stanie wolności od jakichkolwiek form dręczenia, nękania i zastraszania”⁴¹⁷. W przytoczonym *passusie* autorka zdaje się utożsamiać bezpieczeństwo publiczne z powszechną (przy czym nie kolektywną) wolnością od nękania czy też innych zachowań negatywnie wpływających na psychikę ludzką. W konsekwencji nie mamy do czynienia z odrębnym

⁴¹⁷ A. Malicka-Ochtera, *Stalking z perspektywy sprawcy i ofiary*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2020, tom LV, s. 107.

dobrem prawnym, lecz z pewną formą dobra prawnego w postaci wolności zarówno w postaci wolności pozytywnej jak i wolności negatywnej.

Idąc dalej należy zauważyć, że wolność nie jest jedynym dobrem chronionym przez ten przepis. Warto w tym miejscu przytoczyć pogląd M. Budyn-Kulik, która uważa za dobro chronione przez ten przepis również dobro w postaci dobrostanu psychicznego człowieka⁴¹⁸. Natomiast K. Szczucki uważa, że art. 47 Konstytucji stanowi źródło wiedzy o niemałej części dóbr chronionych przez analizowany przepis. Autor ten do katalogu dóbr chronionych przez art. 190a § 1 k.k. dodaje: wizerunek i tożsamość, życie prywatne i rodzinne, dobre imię, które może zostać naruszone w wyniku posługiwania się przez sprawcę tożsamością pokrzywdzonego⁴¹⁹. Co istotne, część dóbr chronionych przez ten przepis jest uzależniona od *modus operandi* sprawcy. Takimi dobrami mogą być np. zdrowie, nietykalność cielesna, czy też tajemnica korespondencji⁴²⁰. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w warstwie deskryptywnej tego przepisu ustawodawca wskazuje na ochronę dobra jakim jest prywatność, przy czym, jeśli sprawca nie narusza prywatności pokrzywdzonego, to owa prywatność nie będzie na gruncie tego stanu faktycznego podlegać ochronie prawnej z art. 190a § 1 k.k. Co więcej, należy wskazać, że katalog dóbr chronionych przez analizowany przepis jest katalogiem otwartym, bowiem może być rozszerzany w zależności od *modus operandi* sprawcy o inne, niewymienione wyżej dobra.

§ 2.3. Podmiot

Ustawodawca w warstwie deskryptywnej art. 190a § 1 k.k. opisując podmiot przestępstwa uporczywego nękania posługuje się zaimkiem „kto”. Konsekwencją tego jest fakt, że czyn z art. 190a § 1 k.k. jest przestępstwem powszechnym. Jak wskazuje L. Gardocki sprawcą przestępstwa powszechnego może być osoba fizyczna, która osiągnęła odpowiedni wiek⁴²¹. Bezdykusyjnym jest, że sprawcą przestępstwa powszechnego może być człowiek, jednak można mieć sporo wątpliwości co do tego, czy możliwość bycia podmiotem czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. (a także innych przestępstw powszechnych) jest warunkowana wiekiem sprawcy. W art. 10 § 1 k.k. ustawodawca sformułował regułę zgodnie, z którą można pociągnąć do odpowiedzialności karnej osobę, która *tempore criminis* miała ukończone co najmniej 17 lat, zaś

⁴¹⁸ Zob. M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, SIP LEX/El. 2011, teza 19.

⁴¹⁹ Zob. K. Szczucki, *Wykładnia prokonstytucyjna...*, s. 21.

⁴²⁰ Zob. A. Golonka, *Uporczywe nękanie...*, s. 90.

⁴²¹ Zob. L. Gardocki, *Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstw w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G” 2013, vol. LX, nr 2, s. 39.

wyjątkowo może odpowiadać karne sprawca, który ukończył lat 15, co wynika z art. 10 § 2 k.k. Ustawodawca posłużył się w art. 10 § 1 k.k. zwrotem „odpowiada ten, kto”, co wskazuje na fakt, że granica wieku odnosi się do możliwości pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, nie zaś do możliwości popełnienia czynu zabronionego. Dlatego niezasadne jest stanowisko L. Gardockiego, że podmiotem przestępstwa powszechnego może być wyłącznie osoba mająca odpowiedni wiek⁴²². Zatem podmiotem przestępstwa uporczywego nękania może być każdy człowiek, przy czym *in concreto* dany podmiot z powodu pewnych czynników zewnętrznych lub wewnętrznych może mieć ograniczoną możliwość popełnienia przestępstwa lub w ogóle jej nie mieć. Warto zasygnalizować kolejny, nad wyraz istotny argument za tym, że podmiotem analizowanego przestępstwa jest każdy człowiek, a nie tylko osoba mająca odpowiedni wiek. W § 144 z.t.p. wskazano, że: „Jeżeli norma ma być adresowana do każdej osoby fizycznej, adresata tej normy wskazuje się wyrazem «kto»”.

W tym miejscu należy zasygnalizować, że możliwe jest dopuszczenie się przestępstwa uporczywego nękania poprzez zaniechanie. W myśl art. 2 k.k.: „Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim ciążył prawny, szczególnie obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”. Trafnie wskazuje się w doktrynie, iż przywołany przepis powoduje, że przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie jest przestępstwem indywidualnym⁴²³. Wynika to z faktu, że owego zaniechania nie może dopuścić się jakikolwiek podmiot, lecz tylko ten człowiek, na którym ciążył prawny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi, zwany inaczej gwarantem nienastąpienia skutku.

W zakresie gwaranta nienastąpienia skutku⁴²⁴ należy zwrócić uwagę na zagadnienie źródeł jego obowiązku. W doktrynie stworzono „triadę” źródeł obowiązków gwaranta. Należą do niej: ustawa, dobrowolne zobowiązanie oraz uprzednie zachowanie się sprawcy⁴²⁵. Takie ujęcie źródeł obowiązków gwaranta jest nazywane ujęciem formalnym⁴²⁶. W doktrynie spotkać się można jeszcze z ujęciem materialnym. W myśl tego ujęcia to status lub charakter działań

⁴²² Warto nadmienić, że przytoczony autor nie wskazuje, jak należy rozumieć ów odpowiedni wiek sprawcy. Zob. L. Gardocki, *Pojęcie przestępstwa...*, s. 39.

⁴²³ Zob. np. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis; A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, Legalis; Wyrok SN z dnia 24 lutego 2005 r., sygn. V KK 375/04, OSNKW 2005/3/31 czy J. Lachowski, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzosek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, LEX.

⁴²⁴ Nazywanego w dalszej części również określanie gwaranta.

⁴²⁵ Zob. np. M. Kliś, *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, CPKiNP 1999, z. 2, s. 173-174; L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...* s. 160 i nast. czy Ł. Pohl, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

⁴²⁶ Zob. M. Królikowski, M. Gałęski, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116*, Warszawa 2021, Legalis.

gwaranta ma decydować o tym, czy określony podmiot nabywa cech gwaranta nienastąpienia skutku, czy też nie. W konsekwencji istotna jest nie tyle ranga czy nazwa aktu statuującego obowiązki gwaranta (czy też kwestia, czy obowiązek wynika z jakiegoś aktu prawnego lub umowy, czy też nie), co relacja danej osoby do określonego dobra lub źródła niebezpieczeństwa i na podstawie tej relacji doprecyzowana zostaje treść obowiązków gwaranta⁴²⁷. Takiemu ujęciu stawia się zarzut osłabienia funkcji gwarancyjnej prawa karnego oraz nadmierne rozszerzenie katalogu źródeł obowiązku gwaranta nienastąpienia skutku⁴²⁸. M. Królikowski i M. Gałęski wskazują, że: „(...) materialne ujęcie źródeł gwaranta może prowadzić do zawężenia odpowiedzialności, która miałyby miejsce na gruncie czysto formalnego ujęcia. Przykładem będzie tutaj porównanie sytuacji faktycznie funkcjonującego małżeństwa, takiego małżeństwa, w którym wspólne pożycie zostało zerwane, oraz faktycznie funkcjonującego konkubinatu. Powstaje pytanie, czy w wypadku tych trzech związków istnieje obowiązek do odwrócenia niebezpieczeństwa grożącego małżonkowi, pod groźbą odpowiedzialności na podstawie art. 2 KK. W przypadku małżeństwa obowiązek takiej treści wynika formalnie z art. 23 KRO, zaś w trzecim przypadku – powiedzieć możemy – jest związany z obowiązkiem pieczy, jaki (i jeśli) obiektywnie winni są sobie nawzajem konkubenci. Nie jest przy tym jednoznaczne, czy można byłoby interpretować ten stan faktyczny *per se* jako dorozumiane wzięcie na siebie, dobrowolnie, obowiązku o tej treści przez konkubentów”⁴²⁹. Istotnym problemem takiego ujęcia jest jego nieprecyzyjność i arbitralność. Nieprecyzyjność wynika z tego, że nie wskazuje się w ogóle katalogu aktów prawnych, czy sytuacji faktycznych konstytuujących obowiązki gwaranta. Arbitralność jest związana z tym, że wspomniane źródła ustala się *in concreto* i w zależności od stanu faktycznego katalog źródeł obowiązku tego gwaranta jest *de facto* różny. Ponadto zależności od oceniającego nawet przy jednym i tym samym stanie faktycznym, można otrzymać wiele różnych i niekiedy sprzecznych ze sobą rezultatów. W konsekwencji ujęcie materialne jest ujęciem nad wyraz mętnym i zgodzić się należy z R. Dębskim, że stoi ono w sprzeczności z funkcją gwarancyjną prawa karnego. Stąd należy zaaprobować ujęcie formalne i według tego ujęcia prowadzić dalsze rozważania.

Przechodząc, do pierwszego ze wspomnianych źródeł obowiązków gwaranta w ujęciu formalnym, a więc ustawy, w pierwszej kolejności należy skupić się nad warunkami, które winien spełniać należycie sformułowany obowiązek konkretnego zachowania mającego na celu

⁴²⁷ Zob. S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019, s. 252.

⁴²⁸ Zob. R. Dębski, *Pozastawowe znamiona przestępstwa: o ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995, s. 261.

⁴²⁹ M. Królikowski, M. Gałęski, *Komentarz do art. 1...*, Legalis.

zapobieżeniu naruszenia określonego dobra prawnego. M. Kliś wskazuje na dwa wymogi. Po pierwsze, obowiązek konkretnego zachowania musi być skierowany do wyraźnie oznaczonej kategorii podmiotów, która to kategoria jest łatwa do wyodrębnienia z racji pewnych właściwości osobistych tych podmiotów lub ze względu na znalezienie się określonej w ustawie sytuacji faktycznej. Stąd też obowiązek niedopuszczenia do wystąpienia skutku poprzez zaniechanie określonego działania ma charakter szczególny⁴³⁰. Drugim wymogiem, jest zawarcie przez taką normę nakazu podejmowania działań obronnych względem określonych dóbr prawnych lub działań zabezpieczających w związku z podjętą działalnością, która może być potencjalnie niebezpieczna⁴³¹. W pierwszej kolejności takie normy można odnaleźć w ustawach karnych, a są to normy sankcjonowane zakodowane w przepisach karnoprawnych⁴³². Niemniej jak zauważa M. Kliś, nie każda norma sankcjonowana będzie zawierać normy adresowane do gwarantów nienastąpienia skutku⁴³³. Wynika to m.in. z faktu, że nie każde przestępstwo może być popełnione przez zaniechanie. Antycypując dalsze wywody należy zasygnalizować, że norma sankcjonowana stanowiąca podstawę odpowiedzialności sprawcy za tzw. skutkowe przestępstwo z zaniechania, a więc norma stanowiąca podstawę jego obowiązku, została zrębowo wyśłowiona w art. 2 k.k. Oczywiście z tego przepisu nie można wywieść wszystkich elementów syntaktycznych normy statuującej obowiązki gwaranta, jest to wszakże przepis części ogólnej. I dlatego pozostałych elementów normy wynikającej z art. 2 należy szukać w określonych przepisach części szczególnej k.k.⁴³⁴. Idąc dalej, ustawowy obowiązek zapobieżenia skutkowi ma swoje podstawy również w ustawach z innych gałęzi niż prawo karne⁴³⁵. W doktrynie rozważa się również kwestię, czy źródła obowiązku gwaranta nienastąpienia skutku mogą mieć swoje podstawy także w aktach podustawowych oraz innych aktach takich jak orzeczenia sądowe czy zawodowe kodeksy etyki. W orzecznictwie SN wskazuje się, że źródłem obowiązków gwaranta może być akt wykonawczy do ustawy⁴³⁶. Ponadto SN stoi na stanowisku, że źródłem obowiązku gwaranta może być również orzeczenie sądowe⁴³⁷. W doktrynie patrzy się z aprobatą

⁴³⁰ Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 2...*, Legalis.

⁴³¹ Zob. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 174. Podobnie P. Konieczniak, *Czyn jako...*, s. 304 oraz L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 167.

⁴³² Zob. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 175.

⁴³³ Zob. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 175.

⁴³⁴ Wskazywanie chociażby przykładowego katalogu przepisów części szczególnej uzupełniających tę normę przekracza ramy niniejszej pracy.

⁴³⁵ Jako przykłady można podać np. k.c., k.r.o. czy ustawy określające ustrój określonych organów, czy wskazujące prawa i obowiązki wynikające związane z pełnieniem danego zawodu.

⁴³⁶ Zob. Postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2015 r., sygn. II KK 23/05, Legalis nr 74198.

⁴³⁷ Zob. Wyrok SN z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. IV KK 371/17, Legalis nr 1819262.

możliwość uznania aktów rangi podustawowej za źródło obowiązków gwaranta⁴³⁸. Odnosząc się do źródeł takich jak kodeksy etyki lekarskiej warto w tym miejscu zwrócić uwagę na pogląd M. Klisia. Autor ten negatywnie odnosi się do takiej możliwości i wskazuje, że źródłem obowiązków gwaranta może być źródło prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji⁴³⁹. Pogląd ten należy zaaprobować. W art. 2 k.k. mowa jest bowiem o prawnym obowiązku zapobiegnięcia skutkowi. Sugeruje to, że podstawą tego obowiązku mają być akty normatywne lub akty kreujące określone stosunki prawne, mające swoją podstawę w normach prawa powszechnie obowiązującego. Katalog tych źródeł określa art. 87 Konstytucji. Normy etyki określonych zawodów nie są określone *expressis verbis* w tymże katalogu⁴⁴⁰. Wychodzenie poza ramy Konstytucji i innych przepisów prawnych, powoduje sytuację niepewności, co do treści norm prawno-karnych. Przechodząc dalej, w doktrynie podnoszona jest również kwestia aktów rangi nadustawowej jako źródeł obowiązków gwaranta nienastąpienia skutku. Jak trafnie zauważają M. Królikowski i M. Gałęski: „Źródłem obowiązku gwaranta może być również sama Konstytucja RP, umowa międzynarodowa, w tym umowa międzynarodowa ratyfikowana za uprzednią zgodą Sejmu, akty prawa Unii Europejskiej, które wywołują skutek bezpośredni lub z którymi związany jest obowiązek wykładni prounijnej. Konieczne jest spełnienie wymogów dotyczących stopnia i sposobu określenia obowiązku co do jego konkretyzacji i treści. Kontrowersyjne jest uznanie aktów, które w całości lub części dotyczą praw człowieka ze względu na podnieszone wątpliwości dotyczące tezy o horyzontalnym obowiązywaniu praw człowieka”⁴⁴¹. Jak można zauważyć źródło obowiązków gwaranta nazywane „ustawą” jest nie tylko ustawą. Stąd też używanie tego określenia na tę kategorię źródeł jest nad wyraz mylące i niepoprawne.

⁴³⁸ Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021, Legalis; Ł. Pohl, *Komentarz do art. 2 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis; M. Królikowski, M. Gałęski, *Komentarz do art. 2...*, Legalis; L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 162-163 czy M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 174 i nast.

⁴³⁹ Zob. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 185-187.

⁴⁴⁰ Nie wydają się zmieniać tego przepisy zobowiązujące izby reprezentujące określone zawody do uchwalenia kodeksów etyki zawodowej (przykładem takiego przepisu może być art. 3 ust. 1 pkt 5 Prawa o adwokaturze, który nakazuje samorządowi zawodowemu adwokatury ustalenie i krzewienie zasad etyki zawodowej czy art. 57 pkt 7 ustawy o radcach prawnych, który upoważnia i nakazuje Krajowemu Zjazdowi Radców Prawnych, uchwalenie zbioru zasad etyki zawodowej). Przepisy te, co prawda upoważniają określone organy do wydania określonego aktu, jednakże nie jest to upoważnienie zbliżone do upoważnień do wydania rozporządzenia. Główną odmiennością jest to, że kodeksy etyki zawodowej nie są aktami wykonawczymi do ustawy. Na przykładzie powyższych przepisów zauważyć można brak wytycznych, które znajdują się w przepisach upoważniających do wydania rozporządzenia. Daje to zatem większą dowolność organowi uchwalającemu takie zbiory zasad etyki zawodowej. Należy zasygnalizować pogląd w myśl, którego normy etyki zawodowej nie mają charakteru norm prawnych (zob. A. Breczko, M. Poniatowicz, *Rola kodeksów etyki zawodowej (ze szczególnym uwzględnieniem zawodów ekonomicznych)* [w:] A.F. Bocian (red.), *Ekonomia-Polityka-Etyka. Tom II*, Białystok 2005, s. 160). Omówienie jednak tego poglądu przekracza zakres niniejszej pracy.

⁴⁴¹ M. Królikowski, M. Gałęski, *Komentarz do art. 1...*, Legalis.

W związku z tym tę grupę źródeł należałoby nazywać aktami normatywnymi, względnie aktami normatywnymi będącymi źródłami prawa w rozumieniu art. 87 Konstytucji.

Dobrowolne zobowiązanie (zwane niekiedy niepoprawnie umową), jak sama nazwa wskazuje, odnosi się do sytuacji, w której dana osoba dobrowolnie zgodziła się niedopuszczenie do stanu powstania naruszenia określonego dobra prawnego. Jak wskazuje się w doktrynie, dobrowolnego zobowiązania nie należy pojmować w sposób *stricte* cywilistyczny, bowiem jego zakres jest szerszy. Wynika to z tego, że nie musi zostać ono zawarte w określonej formie. Nadto takie zobowiązanie niekoniecznie musi rodzić odpowiedzialność karną po stronie gwaranta⁴⁴². Wskazuje się również, że prócz przepisów prawa cywilnego podstawą zawarcia takiej umowy mogą być przepisy prawa gospodarczego, prawa administracyjnego, czy prawa pracy⁴⁴³. W doktrynie istnieje spór odnośnie momentu „umownego” powstania obowiązku gwaranta⁴⁴⁴. Niektórzy autorzy uważają, że obowiązek gwaranta powstaje w momencie podjęcia przez niego wykonywania tego obowiązku⁴⁴⁵. W myśl przeciwnego poglądu obowiązek ten powstaje w momencie zawarcia „umowy”⁴⁴⁶. Wydaje się, że oba poglądy nie są w pełni trafne. Z racji tego, że mamy do czynienia z pewnym stosunkiem prawnym, między określonymi podmiotami prawa, to podmioty te mogą swobodnie układać treść tego stosunku prawnego. Zatem mogą ustalić, że obowiązek powstaje w momencie zobowiązania się gwaranta, a także mogą ustalić moment początkowy na chwilę rzeczywistego podjęcia wykonywania przez niego swojego obowiązku. W orzecznictwie wskazuje się jako przykłady wspomnianych dobrowolnych zobowiązań pełnienie funkcji instruktora (trenera, przewodnika) osoby szkolącej się względem określonej dziedziny⁴⁴⁷, dobrowolne przyjęcie niezależnie, czy to w formie umowy cywilnoprawnej, czy to w formie oświadczenia woli⁴⁴⁸, czy też przyjęcie przez ratownika medycznego na podstawie oświadczenia woli, a więc dobrowolnego zobowiązania, poza systemem państwowego ratownictwa medycznego, szczególnego zobowiązania prawnego do ochrony zdrowia i życia przed jego naruszeniem lub narażeniem⁴⁴⁹. Powyższe przykłady wskazują różną

⁴⁴² Zob. np. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 188 czy L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 176. Warto przytoczyć w tym miejscu pogląd SA w Katowicach, który stwierdza: „Prawny, szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, na gruncie (...) art. 2 KK (...) może wynikać również z dobrowolnego przejęcia na siebie obowiązku gwaranta, co nie musi przybierać formy cywilnoprawnego kontraktu”. Zob. Wyrok SA w Katowicach z dnia 12 maja 2016 r., sygn. II AKa 121/16, Legalis nr 1482022.

⁴⁴³ Por. M. Królikowski, M. Gałęski, *Komentarz do art. 1...*, Legalis.

⁴⁴⁴ Wyraz umowny został wzięty w cudzysłów, gdyż stanowi pewnego rodzaju skrót myślowy. Jak już wskazywano, nie tylko umowa w rozumieniu przepisów k.c. stanowi źródło obowiązku sprawcy.

⁴⁴⁵ Zob. np. L. Kubicki, *Przestępstwo popełnione...*, s. 178.

⁴⁴⁶ Zob. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 188.

⁴⁴⁷ Zob. Wyrok SN z dnia 5 lutego 2021 r., sygn. V KK 327/19, Legalis nr 2580634.

⁴⁴⁸ Zob. Wyrok SN z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. IV KK 371/17, Legalis nr 1819262.

⁴⁴⁹ Zob. Wyrok SN z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. IV KK 371/17, Legalis nr 1819262.

istotę dobrowolnego zobowiązania jako źródła obowiązku gwaranta. Biorąc pod uwagę powyższe należy przychylić się do poglądu M. Klisia, że nazywanie dobrowolnego zobowiązania umową jest niezasadne⁴⁵⁰. Stanowi to bowiem kontrfaktyczne ograniczenie zakresu źródeł, które kreują obowiązki gwaranta nienastąpienia skutku.

Przedstawioną wyżej „triadę” źródeł obowiązków gwaranta zamyka uprzednie zachowanie się sprawcy. Za M. Cieślakiem źródło to można zdefiniować jako uprzednią czynność sprawcy stwarzającą lub istotnie zwiększającą prawdopodobieństwo wystąpienia skutku⁴⁵¹. Zdaniem L. Kubickiego podstawą tego obowiązku może być art. 439 k.c.⁴⁵². Z kolei A. Spotowski przyjmuje za postawę wspomnianego obowiązku zasady ostrożności, które istnieją przy odpowiedzialności za przestępstwa nieumyślne⁴⁵³. Podstawy tego źródła w dawniejszej literaturze poszukiwano również w przepisach prawa cywilnego odsyłających do zasad współżycia społecznego⁴⁵⁴. P. Konieczniak widzi tylko jedną sytuację, w której odpowiedzialność za nieodwrócenie skutków własnego zachowania jest bezsporna. Tą sytuacją jest wywołanie przez określoną osobę ciągu zdarzeń, który prowadzi do skutku stanowiącego znamię przestępstwa. Działanie to ma naruszać reguły ostrożnego zachowania⁴⁵⁵. M. Kliś z kolei neguje wyodrębnienie uprzedniego zachowania się sprawcy jako samoistnego źródła obowiązku gwaranta. Odnosząc się do poglądów A. Spotowskiego oraz S. Śliwińskiego wskazuje, że obaj ci autorzy szukają podstaw odpowiedzialności gwaranta nienastąpienia skutku w klauzulach generalnych, które to klauzule są w znacznej mierze pojęciami nieostrymi, nieskodyfikowanymi oraz niezwyfikowanymi przez jakiegokolwiek badania empiryczne. Autor wychodzi również z założenia, że nakaz określonego zachowania się przez gwaranta musi być wprost zawarty w przepisie umożliwiającym przypisanie tej funkcji określonemu podmiotowi. A tak nie jest w przypadku klauzul generalnych, które są – zdaniem M. Klisia – nazbyt ogólne, ażeby móc wysłowiać wspomniany nakaz. Odnosząc się do poglądów L. Kubickiego autor ten stwierdza, że skoro art.

⁴⁵⁰ Zob. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 188.

⁴⁵¹ Zob. M. Cieślak, *Polskie prawo karne...*, s. 204.

⁴⁵² Zob. L. Kubicki, *Przestępstwa popełnione...*, s. 184-185. W myśl rzeczzonego przepisu: „Ten, komu wskutek zachowania się innej osoby, w szczególności wskutek braku należytego nadzoru nad ruchem kierowanego przez nią przedsiębiorstwa lub zakładu albo nad stanem posiadanego przez nią budynku lub innego urządzenia, zagraża bezpośrednio szkoda, może żądać, ażeby osoba ta przedsięwzięła środki niezbędne do odwrócenia grożącego niebezpieczeństwa, a w razie potrzeby także, by dała odpowiednie zabezpieczenie”.

⁴⁵³ Zob. A. Spotowski, *Kilka uwag o obowiązku gwaranta w prawie karnym*, PiP 1987, z. 11, s. 62 i nast.

⁴⁵⁴ Zob. S. Śliwiński, *Odpowiedź na pytanie prawne*, PiP 1948, z. 8, s. 152-153. W doktrynie niektórzy autorzy wyróżniali zasady współżycia społecznego jako osobną grupę obowiązków gwaranta. Zob. np. S. Pławski, *Prawo karne. Część 1*, Warszawa 1965, s. 94, czy A. Marek, *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986, s. 68.

⁴⁵⁵ Zob. P. Konieczniak, *Czyn jako...*, s. 329.

439 k.c. jest przepisem prawnym, to norma statuująca obowiązki gwaranta wynika z aktu normatywnego, nie zaś z samego faktu zachowania się sprawcy. W konsekwencji źródłem obowiązków gwaranta jest w takiej sytuacji ustawa, co czyni zbędnym wyodrębnienie dodatkowej grupy źródeł obowiązków gwaranta⁴⁵⁶. Pogląd M. Klisia należy w pełni zaaprobować. W myśl zasady *nullum crimen sine lege certa* opis treści normy sankcjonowanej musi być jak najbardziej precyzyjny⁴⁵⁷. W konsekwencji z przepisów prawa musi wynikać jasno, kto i w jakich okolicznościach podlega odpowiedzialności karnej. Klauzule generalne ze względu na swoją budowę takiej precyzji nie zapewniają. Nadto prawo karne nie posługuje się zwrotem zasad współżycia społecznego, stąd też w istocie przy tej klauzuli generalnej szuka się podstaw odpowiedzialności karnej poza sferą prawa karnego, pośród regulacji, które nie zostały stworzone w celu regulacji zakresu odpowiedzialności karnej. Z kolei reguły ostrożności jako reguły określające sposób postępowania z danym dobrem, *per se* nie zawierają zrębów normy merytorycznej, która kreowałaby nakaz lub zakaz określonego zachowania. Rację ma M. Kliś w uznawaniu obowiązku odwrócenia spowodowanego skutku za obowiązek ustawowy. Obowiązek ten wynika wprost z przepisu ustawy, stąd też oddzielanie go od ustawowego katalogu źródeł obowiązków gwaranta jest nad wyraz sztuczne i zbędne. Prowadzi to do konkluzji, że ani zasady współżycia społecznego ani uprzednie zachowanie się sprawcy nie stanowią osobnej grupy źródeł obowiązku gwaranta nienastąpienia skutku.

Powyższe rozważania pozwalają stwierdzić, że osoba gwaranta nienastąpienia skutku nie jest podmiotem, którego da się jednoznacznie określić i scharakteryzować. Pod tym pojęciem kryje się bowiem szereg różnorodnych podmiotów, pełniących rozmaite role zawodowe i społeczne⁴⁵⁸. Niemniej wprowadzenie takiej kategorii podmiotu należy ocenić pozytywnie. Zaniechanie jako osobliwy konstrukt budzi wiele wątpliwości, zwłaszcza na gruncie określonych stanów faktycznych. Stąd też trudniej jest ustalić powiązania kauzalne między zaniechaniem a skutkiem, aniżeli w przypadku przestępstw z działania. Nie bez znaczenia jest kwestia społecznej szkodliwości przestępstw popełnionych przez zaniechanie⁴⁵⁹. Nie wchodząc głębiej w tę problematykę należy wskazać, że można mieć poważne wątpliwości, czy każde zaniecha-

⁴⁵⁶ Zob. M. Kliś, *Źródła obowiązku...*, s. 191-195.

⁴⁵⁷ Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 34-35.

⁴⁵⁸ Wynika to m.in. z faktu, że zaniechania nie ograniczają się do naruszenia wyłącznie jednego rodzaju dóbr, lecz mogą naruszyć ich wiele. Wielość naruszonych dóbr implikuje wielość sytuacji, w których dochodzi do ich naruszenia i podmiotów naruszających te dobra.

⁴⁵⁹ Rzecz jasna, zagadnień związanych z penalizacją zaniechanie jest znacznie więcej, niemniej ze względu na założone ramy niniejszej pracy, postanowiono zasygnalizować wyłącznie najistotniejsze kwestie związane z penalizacją przestępstw popełnionych przez zaniechanie.

nie jest równie społecznie szkodliwe, jak działanie. Ustawodawca postanowił rozwiązać te wątpliwości i problemy, poprzez ograniczenie odpowiedzialności karnej za przestępstwa popełnione przez zaniechanie, wyłącznie do określonego kręgu osób, które z racji swoich właściwości obowiązane są dbać o określone dobra prawne. Z racji ciężącego na nich obowiązku zaniechanie tej ochrony jawi się, co do zasady, jako bardziej karygodne niż zaniechanie osób niezobowiązanych do takiej ochrony.

Jak już wskazano podmiotem przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. może być każdy człowiek, a więc osoba fizyczna. Można się zastanawiać nad możliwą odpowiedzialnością karną za uporczywe nękanie innych podmiotów aniżeli osoba fizyczna, a więc osoby prawnej i jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której przepisy przyznają zdolność prawną. Kwestię odpowiedzialności tych podmiotów reguluje u.o.p.z. Na gruncie tego aktu prawnego kluczowe znaczenia ma zwrot „podmiot zbiorowy”. Definicja legalna tegoż pojęcia została zawarta w art. 2 ust. 1 przywołanej ustawy. Zgodnie z tym przepisem: „Podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest osoba prawna oraz jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną, z wyłączeniem Skarbu Państwa, jednostek samorządu terytorialnego i ich związków” Z kolei ust. 2 rozszerza zakres tej nazwy wskazując, że: „Podmiotem zbiorowym w rozumieniu ustawy jest również spółka handlowa z udziałem Skarbu Państwa, jednostki samorządu terytorialnego lub związku takich jednostek, spółka kapitałowa w organizacji, podmiot w stanie likwidacji oraz przedsiębiorca niebędący osobą fizyczną, a także zagraniczna jednostka organizacyjna”. Art. 3 wskazuje na podmiotowy zakres odpowiedzialności podmiotu zbiorowego. I tak podmiot zbiorowy odpowiada za zachowania będące czynem zabronionym osoby fizycznej: „(...) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego w ramach uprawnienia lub obowiązku do jego reprezentowania, podejmowania w jego imieniu decyzji lub wykonywania kontroli wewnętrznej albo przy przekroczeniu tego uprawnienia lub niedopełnieniu tego obowiązku, (...) dopuszczonej do działania w wyniku przekroczenia uprawnień lub niedopełnienia obowiązków przez (...) [ww. osobę – przyp. M.G.], (...) działającej w imieniu lub w interesie podmiotu zbiorowego, za zgodą lub wiedzą osoby [wskazanej na początku tego cytatu – przyp. M.G.] (...) będącej przedsiębiorcą, który bezpośrednio współdziała z podmiotem zbiorowym w realizacji celu prawnie dopuszczalnego”. Zgodnie z u.o.p.z. podmiot zbiorowy nie może zostać pociągnięty za jakiegokolwiek przestępstwo stypizowane w k.k. lub w innych ustawach, lecz może odpowiadać tylko za te czyny, które wypełniają znamiona typów czynów zabronionych wskazanych w art. 16 u.o.p.z. Katalog przestępstw w art. 16 jest katalogiem zamkniętym i obejmuje on wybrane czyny zabronione z k.k., innych ustaw oraz przestępstwa skarbowe stypizowane

w k.k.s. Przytaczanie choćby fragmentu tego katalogu wydaje się zbędne. Należy jednak wskazać, że katalog ten nie zawiera przestępstwa z art. 190a § 1 k.k., co prowadzi do konkluzji, że podmiot zbiorowy nie może ponosi odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. Rozwiązanie takie wydaje się niezbyt satysfakcjonujące, ponieważ nękania mogą dopuszczać się również osoby działające w imieniu podmiotu zbiorowego i co istotne nękając pokrzywdzonego lub pokrzywdzonych w imieniu podmiotu zbiorowego. Niemniej można pociągnąć do odpowiedzialności karnej osobę działającą w imieniu tego podmiotu zbiorowego za nękanie jak i osobę, która w imieniu osoby prawnej zleciła czy też kierowała nękaniem pokrzywdzonego lub pokrzywdzonych. Jednak będzie to odpowiedzialność indywidualna każdej z tych osób z osobna, nie zaś podmiotu zbiorowego jako całości⁴⁶⁰.

Na marginesie należy dodać, że w dniu 11 stycznia 2019 r. do Sejmu wpłynął Rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary. Istotną zmianą na gruncie analizowanej problematyki jaką przewiduje ów projekt ustawy w porównaniu z u.o.p.z. jest to, że zrezygnowano z katalogu przestępstw za jakie można pociągnąć do odpowiedzialności podmiot zbiorowy. W art. 5 ust. 1 wymienionego projektu wskazano, że: „Podmiot zbiorowy odpowiada za czyn zabroniony, którego znamiona zostały wyczerpane przez działanie lub zaniechanie pozostające bezpośrednio w związku z prowadzoną przez ten podmiot działalnością”. Projektodawca wskazał więc *explicite*, że podmiot zbiorowy może zostać pociągnięty do odpowiedzialności za popełnienie każdego czynu zabronionego, a więc także za czyn z art. 190a § 1 k.k. Jeśli chodzi zaś o prace legislacyjne nad tym projektem, to zgodnie z informacją zamieszczoną na stronie internetowej Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej ostatnim działaniem jakie podjęte w aspekcie tego projektu jest skierowanie go do konsultacji w dniu 15 stycznia 2019 r.⁴⁶¹.

Należy nadmienić, iż w psychologii opracowano wiele modeli sprawców uporczywego nękania. Ze względu na dogmatyczno-prawny charakter pracy nie jest wskazane wymienianie i analizowanie wszystkich modeli. Autor niniejszej pracy postanowił ograniczyć się do wskazania dwóch podziałów sprawców *stalkingu*, w szczególności uwzględniając podział najpopularniejszy.

⁴⁶⁰ Należy przychylić się do poglądu D. Habrat zgodnie, z którym odpowiedzialność podmiotu zbiorowego co prawda jest odpowiedzialnością pozostającą w kręgu prawa karnego, ale nie jest odpowiedzialnością karną sensu *stricto*. Odpowiedzialność taka nie wyczerpuje znamion normy sankcjonowanej, co wynika przede wszystkim z faktu, że czyn zabroniony *de facto* popełnia określona osoba fizyczna działająca w imieniu podmiotu zbiorowego, nie zaś sam podmiot zbiorowy. Stąd też odpowiedzialność podmiotu zbiorowego ma charakter wtórny i pochodny. Zob. D. Habrat, *Komentarz do art. 1 u.o.p.z.* [w:] D. Habrat, *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych pod groźbą kary*, Warszawa 2014, s. 13.

⁴⁶¹ Rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-190-18> [dostęp: 22.05.2024].

Pierwszy podział sprawców jaki należy wskazać przedstawia K. Tomaszek. Wyróżnia ona 3 typy sprawców stalkingu:

1. Erotomani (ang. *erotomaniacs*);
2. Obsesyjnie zakochani (ang. *obsessional love stalker*);
3. Stalkerzy z zaburzeniami obsesyjnymi (ang. *simple obsessional stalkers*)⁴⁶².

Pierwsza grupa sprawców charakteryzuje się tym, że sprawcy ci uważają, że ofiara jest im „przeznaczona przez siły wyższe”. Ze względu na wybór pokrzywdzonego wyróżnia się 3 podtypy takich sprawców: a) przypadkowo wybierający pokrzywdzonych, b) wybierający celebrytów i c) wybierających osoby ze swojego środowiska⁴⁶³. Druga grupa sprawców, są to osoby znające swoje ofiary „z widzenia”. Tego typu sprawcami są w szczególności znajomy ofiary lub jej współpracownik. Ostatnia grupa, to zazwyczaj byli partnerzy pokrzywdzonych. W tej grupie wyróżnia się dwa podtypy: a) sprawcy mający kontakty seksualne z pokrzywdzonym, b) sprawca mieszkający z pokrzywdzonym, będącym dość często życiowym partnerem (partnerką) sprawcy i dopuszczający się względem ów partnera przemocy fizycznej, psychicznej lub seksualnej⁴⁶⁴.

Kolejny podział sprawców uporczywego nękania to podział autorstwa P.E. Mullen, M. Pathé i R. Purcell. Wskazują oni następujące typy sprawców uporczywego nękania:

1. *Rejected stalker* (*stalker odrzucony*) – chodzi tutaj o sytuację, kiedy partner sprawcy kończy związek ze sprawcą albo komunikuje mu chęć zakończenia związku. Taka sytuacja stanowi dla *stalkera* odrzuconego motywację do nękania byłego partnera. Co istotne działania tego typu *stalkera* nie muszą się odnosić wyłącznie do długoletniego partnera życiowego, lecz mogą dotyczyć także np. bliskich współpracowników sprawcy, dzieci, bliskich przyjaciół czy nawet terapeutów (chodzi tutaj bowiem o więź emocjonalną między sprawcą a ofiarą)⁴⁶⁵.
2. *Resentful stalker* (*stalker urażony*) i *retaliatory stalker* (*stalker pragnący odwetu*) – są to dwa podtypy jednego z typów sprawców nękania. *Stalkera* urażonego do działania przestępnego motywuje poczucie niesprawiedliwości, zaś nękanie ma stanowić formę odwetu za doznane krzywdy. Różnica pomiędzy tymi dwoma podtypami *stalkerów*

⁴⁶² Zob. K. Tomaszek, *Patologiczna obsesja w relacjach intymnych – charakterystyka zjawiska uporczywego nękania*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia Psychologica”, 10 (2017), s. 176-177.

⁴⁶³ Zob. K. Tomaszek, *Patologiczna obsesja...*, s. 176.

⁴⁶⁴ Zob. K. Tomaszek, *Patologiczna obsesja...*, s. 177.

⁴⁶⁵ Zob. P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, *Stalkers and their victims*, Cambridge 2009, s. 69 i nast.

srowadza się do intensywności urazy, jaką sprawcy doznali w swojej ocenie i zaangażowaniu w realizacji czynu przestępnego. Mniejsza intensywność i długotrwałość zachowań charakteryzuje *stalkera* urażonego, zaś dłuższa *stalkera* pragnącego odwetu⁴⁶⁶.

3. *The intimacy seeker* (poszukujący bliskości) – sprawca taki zazwyczaj jest osobą samotną i mającą potrzebę związania się z inną osobą. Ich zachowania są nakierowane na stworzenie związku z ofiarą, która nie jest zainteresowana związaniem się ze sprawcą, przy czym ofiarami mogą być znajomi jak i osoby obce dla sprawcy (np. celebryci)⁴⁶⁷.
4. *The incompetent suitor* (nieudolny zalotnik) – motywacja nieudolnych zalotników jest podobna jak poszukujących bliskości. Chcą oni stworzyć relację intymną z inną osobą, która nie chce stworzenia tej relacji. W przeciwieństwie jednak do poszukujących bliskości nie chodzi tutaj o stworzenie długotrwałego związku, lecz bardziej o relację przyjaźni lub relację nastawioną nie na uczucia, lecz na samo uprawianie seksu bez jakiegokolwiek zaangażowania uczuciowego⁴⁶⁸.
5. *The preaditory* (drapieżca) – *Stalker* drapieżca działa w celu przygotowania się do ataku na ofiarę, najczęściej ataku na tle seksualnym. Ofiarami drapieżców są zazwyczaj dzieci i kobiety, które są atrakcyjne dla sprawcy. *Modus operandi* drapieżcy sprowadza się do wąskiego katalogu zachowań, najczęściej są to włamania i wtargnięcia na posesję ofiary. Nadto sprawcy ci działają dyskretnie, co wynika z celu działania, jakim nie jest udręczenie psychiczne ofiary, lecz zdobycie o niej jak najwięcej informacji mających doprowadzić do faktycznego ataku na tę osobę⁴⁶⁹.

D. Woźniakowska-Fajst uzupełnia przedstawiony podział sprawców uporczywego nękania o *stalkera* zagrożonego⁴⁷⁰. *Stalker* zagrożony jest podobną osobowością do *stalkera* odrzuconego. Jednakże ten typ sprawcy jest nadal w związku ze swoją ofiarą, jednak odczuwa silne poczucie zagrożenia. Poczucie zagrożenia może następować z różnych powodów np. niepewności w relacjach z partnerem czy z obawy przed odrzuceniem. Ten typ *stalkera* dopuszcza się swoich zachowań względem ofiary jeszcze w trakcie trwania związku⁴⁷¹. Autorka stwierdza, że ten typ sprawcy może być szeroko zakwalifikowany do *stalkera* odrzuconego⁴⁷².

Pomimo tego, że przedstawiona typologia, zwłaszcza podział P.E. Mullen i współpracowników odnosi się dość szczegółowo do osobowości sprawcy, to jednak należy pamiętać, że

⁴⁶⁶ Zob. P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, *Stalkers...*, s. 76 i nast.

⁴⁶⁷ Zob. P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, *Stalkers...*, s. 83 i nast.

⁴⁶⁸ Zob. P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, *Stalkers...*, s. 86 i nast.

⁴⁶⁹ Zob. P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, *Stalkers...*, s. 110 - 112.

⁴⁷⁰ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 161.

⁴⁷¹ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking...*, s. 161-162.

⁴⁷² Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking...*, s. 161.

są to tylko modele zachowań sprawców. Możliwa jest zatem sytuacja, że sprawcy uporczywego nękania nie będzie można zakwalifikować do żadnego z przywołanych typów sprawców albo będzie można go zakwalifikować do więcej niż jednego typu sprawcy.

W ramach omawiania zagadnienia podmiotu przestępstwa uporczywego nękania należy poświęcić więcej uwagi na kwestię prawnej reakcji na dopuszczenie się przez sprawcę nieletniego uporczywego nękania. W art. 10 § 1, § 2 oraz § 2a k.k., określony został minimalny wiek sprawcy *tempore criminis*, wymagany do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za swój czyn. Niektórzy ujmują nieletniość jako okoliczność wyłączającą winę⁴⁷³. Pogląd ten nie wydaje się słuszny. Należy zwrócić uwagę, że przepisy, z których wywieść można normy wyłączające zawinienie w określonych sytuacjach, zaczynają się od sformułowania: „Nie popełnia przestępstwa...”. W art. 10 § 1 k.k. ustawodawca zaczyna ten przepis od sformułowania: „Na zasadach określonych w tym kodeksie odpowiada ten...”. Sformułowanie to sugeruje, że mowa tutaj o wyznaczeniu granicy wiekowej odpowiedzialności karnej, nie zaś o negatywnym ustanowieniu wyłączenia przestępności z powodu braku winy⁴⁷⁴. Ponadto za krytyką nieletniości jako okoliczności wyłączającej winę, przemawia również fakt uchwalenia u.w.r.n. (a wcześniej u.p.n.), która to przewiduje działania zmierzające do ukształtowania osobowości nieletniego sprawcy w taki sposób, ażeby nie popełniał on w przyszłości czynów zabronionych. Jeśli nieletniość byłaby okolicznością wyłączającą winę to zapewne nie byłoby odrębnej ustawy poświęconej osobom nieletnim wykazującym przejawy demoralizacji i dopuszczających się czynów karalnych, lecz stosowano by względem nich środki zabezpieczające z k.k. (być może ustawodawca stypizowałby nowe środki zabezpieczające wyłącznie dla sprawców nieletnich). Wydaje się, że brak odpowiedzialności karnej sprawców nieletnich nie wynika z braku możliwości przypisania im winy, lecz z założenia, że w tym wieku można i należy kształtować charakter sprawcy innymi, łagodniejszymi środkami aniżeli karnoprawna reakcja.

Odpowiedzialność karną za czyn z art. 190a § 1 k.k. sprawca może ponieść, jeśli w chwili popełnienia czynu zabronionego miał ukończone co najmniej 17 lat. Niemniej brak osiągnięcia takiego wieku przez sprawcę nękania nie powoduje braku jakiejkolwiek reakcji prawnej w związku z jego czynem. Kwestię reakcji prawnej względem takich podmiotów reguluje u.w.r.n., która to zastąpiła u.p.n. W tym miejscu należy pokrótce przedstawić regulacje

⁴⁷³ Zob. np. A. Walczak-Żochowska, *Komentarz do art. 10 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis; M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 10 k.k.* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2017, LEX czy A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 10 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

⁴⁷⁴ Negatywne w tym sensie, że ustawodawca wskazuje od jakiego wieku odpowiada się karne, a zatem gdyby przyjąć, że nieletniość jest okolicznością ekskulpującą, to wówczas przepis ten określałby, kiedy sprawcy można przypisać winę. Por. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 358.

przywołanej ustawy w tym zakresie, odnosząc te wnioski do przestępstwa uporczywego nękania.

Należy na początku przedstawić definicję nieletniego sformułowaną w u.w.r.n. W myśl art. 1 ust. 2 pkt 1 w zw. z art. 1 ust. 1 pkt 1 u.w.r.n. przez nieletnich rozumie się osoby, które:

1. ukończyły 10 lat i nie są pełnoletnie (w przypadku postępowań w sprawach o demoralizację);
2. dopuściły się czynu po ukończeniu lat 13, ale nie ukończyły lat 17 (w przypadku postępowania w sprawach o czyny karalne);
3. nie ukończyły 21 roku życia (w przypadku wykonywania środków wychowawczych lub poprawczych – w stosunku do osób, względem których środki te zostały orzeczone).

Zatem definicja ta obejmuje trzy grupy podmiotów i trzy różne granice wiekowe. Na potrzeby niniejszej pracy należy odrzucić ostatnią grupę osób będących nieletnimi. Grupa pierwsza będzie istotna w przypadku wszczęcia postępowania przeciwko sprawcy nękania, który nie ukończył *tempore criminis* 13 roku życia. Wówczas można wszcząć przeciwko takiemu sprawcy postępowanie o demoralizację⁴⁷⁵. Jednak w przypadku sprawców, którzy popełnili przestępstwo przed ukończeniem 17 roku życia, lecz po ukończeniu lat 13 należy rozważyć wszczęcie postępowania z powodu popełnienia przez nieletniego czynu karalnego⁴⁷⁶. Pojęcie czynu karalnego jest zakresowo szersze od pojęcia czynu zabronionego, obejmuje bowiem również przestępstwa skarbowe oraz wykroczenia i wykroczenia skarbowe⁴⁷⁷. Na gruncie niniejszej pracy najistotniejsze jest to, że do zakresu omawianego pojęcia wchodzi przestępstwo uporczywego nękania.

Omawiając problematykę reakcji prawnej na nękanie dokonane przez nieletniego należy odwołać się do środków oddziaływania na takiego sprawcę przewidziane przez u.w.r.n. W pierwszej kolejności należy odwołać się do preambuły. W preambule wskazano następujące cele postępowania w sprawach nieletnich: umacnianie poczucia odpowiedzialności rodzin za

⁴⁷⁵ W celu uzasadnienia tego poglądu należy wskazać cechy demoralizacji wymienione w doktrynie: pewien proces, nie zaś od razu pojawiający się stan, zachodzący w psychice jednostki, o doniosłości społecznej i związany z funkcjonowaniem jednostki w społeczeństwie, łączący się z niekorzystnymi zmianami osobowości, manifestujący się z zewnątrz w postaci zachowań polegających na nierespektowaniu norm i zasad postępowania, jakie przyjęte zostały w danym społeczeństwie za właściwe i konieczne do przestrzegania przez osoby małoletnie, o charakterze nasilonym, a nie ledwie zaznaczającym się i proces dość utrwalony. Zob. V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do preambuły u.p.n.* [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek, *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 26. Popełnienie czynu zabronionego na gruncie takiej definicji demoralizacji może stanowić jej przejaw, chociażby z tego powodu, że przestępstwo jest czymś uzewnętrznionym, stanowi przekroczenie norm moralnych i jest związane z funkcjonowaniem nieletniego w określonej społeczności.

⁴⁷⁶ Stąd też na gruncie niniejszych rozważań istotne będzie drugie znaczenie terminu „nieletni”.

⁴⁷⁷ Por. V. Konarska-Wrzosek, *Komentarz do art. 1 u.p.n.* [w:] P. Górecki, V. Konarska-Wrzosek, *Postępowanie w sprawach...*, s. 36.

przygotowanie dzieci do życia we wspólnocie, jako indywidualnie ukształtowanej jednostki oraz za wychowanie nieletnich na osoby świadome swych obowiązków rodzinnych i obywatelskich, wzmocnienie świadomości odpowiedzialności za własne czyny, przeciwdziałanie demoralizacji nieletnich, przeciwdziałanie dopuszczeniu się przez nich czynów karalnych oraz stwarzanie warunków powrotu do normalnego życia nieletnim, którzy popadli w konflikt z prawem lub z zasadami współżycia społecznego. Zatem celem postępowania w sprawach nieletnich nie jest ukaranie nieletniego sprawcy za jego zachowanie niezgodne z normami prawnymi lub zasadami współżycia społecznego. Przekłada się to na katalog środków oddziaływania na nieletniego. Środki te w myśl tytułu Działu II u.w.r.n. nazywają się środkami przeciwdziałania demoralizacji nieletnich i dopuszczeniu się przez nich czynów karalnych. Art. 6 u.w.r.n. stanowi, że: „Wobec nieletniego mogą być stosowane środki wychowawcze, środek leczniczy oraz środek poprawczy. Wobec nieletniego kara może być orzeczona tylko w przypadkach określonych w ustawie, jeżeli inne środki nie są w stanie zapewnić resocjalizacji nieletniego”. Katalog środków wychowawczych ustawodawca określił w art. 7 u.w.r.n. i zawiera on przykładowo upomnienie, zastosowanie nadzoru kuratora sądowego, zastosowanie nadzoru odpowiedzialnego rodzica albo opiekuna nieletniego czy zobowiązanie do określonego postępowania, a zwłaszcza do naprawienia wyrządzonej szkody w całości albo w części, do zadośćuczynienia za doznaną krzywdę, do wykonania prac społecznych, do przeproszenia pokrzywdzonego, do podjęcia nauki lub pracy, do uczestniczenia w odpowiednich zajęciach o charakterze wychowawczym, terapeutycznym, w szczególności terapii uzależnień, psychoterapii, psychoedukacji, lub szkoleniowym, do powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, do powstrzymania się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub do zaniechania używania substancji psychoaktywnej. Zatem względem nieletniego sprawcy uporczywego nękania nie stosuje się środków represyjnych, lecz środki poprawcze i wychowawcze mające pomóc sprawcy zrozumieć swoje niewłaściwe zachowanie i pomóc mu w poprawie swojego postępowania.

Kolejną kwestią wymagającą wskazania jest to, jak kształtuje się odpowiedzialność karna sprawcy, jeśli części zachowań składających się na nękanie dopuścił się przed ukończeniem 17 roku życia, a części zachowań po ukończeniu 17 roku życia. W tym miejscu należy dokonać antycypacji dwóch tez postawionych w dalszych częściach niniejszej pracy. Po pierwsze czas popełnienia przestępstwa, którego zasadą jest jednokrotne popełnienie wielokrotnym zachowaniem się sprawcy ustalany jest przy użyciu formuły „od do”, która obejmuje zbiór zachowań od pierwszego zachowania wchodzącego w skład tego zbioru po ostatnie. Kolejnym wnioskiem wymagającym przytoczenia jest stwierdzenie, że znamię czynności sprawczej, które

ustawodawca ulokował w art. 190a § 1 k.k. koresponduje z wnioskami o zjawisku *stalkingu*, przedstawionymi w rozdziale I. Przechodząc teraz do *meritum* należy przypomnieć, że nękanie może stanowić konglomerat zachowań się sprawcy jak i jedno zachowanie się, które to jest rozciągnięte w czasie. Przechodząc do odpowiedzialności karnej za konglomerat zachowań, z których części sprawca dopuścił się po ukończeniu 17 roku życia, a części przed ukończeniem tego wieku, należy wskazać na trzy możliwe rozwiązania:

1. sprawca z racji tego, że rozpoczynając swą aktywność przestępną mając mniej niż 17 lat, będzie odpowiadał za wszystkie zachowania wchodzące w skład nękania na zasadach określonych w u.w.r.n.;
2. sprawca skończył realizację znamion czynu z art. 190a § 1 k.k. mając już ukończone 17 lat, stąd też będzie on odpowiadał za wszystkie swoje zachowania na zasadach określonych w k.k.;
3. sprawca będzie odpowiadał za zachowania, których dopuścił się przed ukończeniem 17 roku życia na zasadach określonych w u.w.r.n., a za zachowania, których dopuścił się po ukończeniu tego wieku na zasadach określonych w k.k.

Przedstawiona konkluzja odnośnie czasu popełnienia przestępstwa, którego zasadą jest jednokrotne popełnienie wielokrotnym zachowaniem się sprawcy stoi w sprzeczności z pierwszym i drugim założeniem. Wynika to z faktu, że ocenie ma podlegać całość czasookresu przestępnej działalności (bowiem czasem popełnienia przestępstwa jest czasookres od pierwszego do ostatniego zachowania się sprawcy), zaś dwa pierwsze rozwiązania odwołują się wyłącznie do jednego punktu w czasie. Niemniej nie przesądza to o możliwości przyjęcia trzeciego rozwiązania. Rozwiązanie to będzie można przyjąć po sprawdzeniu, czy możliwe jest podzielenie zachowań wchodzących w skład jednego nękania na dwie części. Kryterium podziału stanowić ma osiągnięcie przez sprawcę 17 roku życia. Po pierwsze nękanie, w interesującej nas w tym miejscu postaci, stanowi konglomerat powiązanych ze sobą zachowań mających na celu wywołanie u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udrczenia lub istotnego naruszenia jego prywatności. Nie jest konieczne, ażeby zachowania te występowały po sobie bezpośrednio. Możliwa jest przerwa wynoszą np. dwa dni czy kilka tygodni. Głównym spoiwem tych zachowań są: sprawca, pokrzywdzony i krzywda psychiczna pokrzywdzonego. Niemniej pomiędzy tymi zachowaniami się nie zachodzi więź ontologiczna, lecz więź funkcjonalna. Rzecz jasna pomimo takiego charakteru więzi nie powinno się jej naruszać poprzez włączanie czy wyłączenie określonych zachowań spod zakresu zachowań danego nękania. Jednak w omawianej sytuacji rozerwanie więzi funkcjonalnej jest uzasadnione celem pełnej reakcji prawnej na popełnienie przestępstwa. Zatem podzielenie nękania na dwie części

uzasadnione jest realizacją funkcji prawa karnego, a zwłaszcza funkcja prewencyjnej, funkcji sprawiedliwościowej czy funkcji ochronnej. Stąd też możliwe, a nawet zasadne jest przyjęcie fikcji przejawiającej się uznaniu, że sprawca, który część swoich zachowań realizuje przed ukończeniem 17 roku życia, a część po ukończeniu tego wieku dopuszcza się w świetle oceny prawnej dwóch nękań, do których stosuje się dwa rodzaje reakcji prawnej.

Natomiast w sytuacji, kiedy nękaniem jest jedno zachowanie się rozciągnięte w czasie zastosowanie powyższego rozwiązania doprowadziłoby do ontologicznego rozerwania się zachowania sprawcy. W konsekwencji nie może zostać ono przyjęte w takiej sytuacji. Jednak zarówno pierwsze jak i drugie rozwiązanie obarczone są pewnymi mankamentami. Pierwsze rozwiązanie premiuje sprawcę, bowiem unika on sankcji karnej, która to ma charakter bardziej dolegliwy aniżeli odpowiedzialność na zasadach przewidzianych w u.w.r.n. Drugie rozwiązanie jest po części nazbyt surowym. Wynika to z faktu, iż sprawca odpowiada karnie również za ten fragment zachowania, którego dopuścił się przed 17 rokiem życia. Jak zostanie wskazane w dalszej części pracy, czas popełnienia przestępstwa uporczywego nękania, na które składa się tylko jedno zachowanie sprawcy rozciągnięte w czasie winien być tak samo liczony jak czas popełnienia przestępstwa uporczywego nękania, na które składa się konglomerat zachowań, przy czym w analizowanej sytuacji niemożność podziału nękania na dwie „części” wynika z faktu, że podział ten przełamałby więź ontologiczną. Taki zabieg oczywiście jest hipotetycznie możliwy, ale prowadzić może do niedozwolonej dowolności w ocenie prawnej czynu popełnionego przez sprawcę, niekiedy stojącej w sprzeczności z brzmieniem danego przepisu. W konsekwencji potrzebna jest jedna prawna ocena takiego zachowania. W przypadku analizowanego przestępstwa możliwość dopuszczenia się nękania za pomocą jednego zachowania rozciągniętego w czasie stanowi wyjątek od reguły. Stąd też w sytuacji, w której zachowanie to ma swój początek przed ukończeniem przez sprawcę 17 roku życia, a ma swój koniec po ukończeniu tego wieku winna być rozpatrywana wyjątkowo. Biorąc pod uwagę, że sprawa o taki czyn będzie się toczyć po ukończeniu przez sprawcę 17 roku życia, to należy się skłonić ku rozwiązaniu, że sprawca ten odpowiadać powinien za swoje zachowanie na zasadach określonych w k.k. Jest to rozwiązanie nad wyraz wadliwe, niemniej z racji tego, że mamy do czynienia z problematycznym wyjątkiem należy skłonić się bardziej ku sięgnięciu po surowszy i bardziej adekwatny do wieku sprawcy (rzecz jasna wieku w toku postępowania karnego) środek jakim jest sankcja prawnokarna.

§ 2.4. Znamiona przedmiotu czynności wykonawczej

Ustawodawca w art. 190a § 1 k.k. wskazał na dwie grupy przedmiotów czynności sprawczej: inną osobę i osobę najbliższą dla wspomnianej innej osoby. Przy opisie przedmiotu przestępstwa ustawodawca posłużył się funktorem alternatywy rozłącznej „lub”, a co za tym idzie przekroczenie normy sankcjonowanej może nastąpić, kiedy sprawca nęka wyłącznie inną osobę, kiedy nęka wyłącznie inną osobę najbliższą i zarówno wtedy, kiedy nęka inną osobę jak i osobę najbliższą dla tej innej osoby⁴⁷⁸. Jak można zauważyć przedmiot czynu zabronionego został w tym przepisie określony szeroko.

Znamię „innej osoby” nie wymaga szerszego omówienia. Więcej uwagi natomiast należy poświęcić znamieniu innej osoby najbliższej. Pojęcie osoby najbliższej ma swoją definicję legalną w art. 115 § 1 k.k. Przepis ten stanowi, że: „Osobą najbliższą jest małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Istotny problem budzi zwrot „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Problem interpretacji przywołanego zwrotu można sprowadzić do dwóch następujących pytań:

1. Czy do zakresu nazwy „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, a co za tym idzie do zakresu nazwy „osoba najbliższa” wchodzi osoba będąca partnerem życiowym/partnerką życiową pokrzywdzonego (pokrzywdzonej) zamieszkująca z nim i będąca tej samej płci co pokrzywdzony/pokrzywdzona?
2. Czy do zakresu wspomnianej nazwy można zaliczyć osoby będące partnerami życiowymi pokrzywdzonego (pokrzywdzonej) niezamieszkujące z nim (nieistotna jest w tym wypadku płeć tych osób)⁴⁷⁹?

Odnosząc się do pierwszego z postawionych pytań, przez dłuższy czas przyjmowano, że zwrot „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” należy utożsamiać z konkubinatem. Pogląd ten znalazł swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie SN. W wyroku z dnia 7 lipca 2004 r. SN stwierdził, że: „pojęcie wspólne pożycie odnoszone jest wyłącznie do konkubinatu, a w szczególności do związku osób o różnej płci, odpowiadającego od strony faktycznej stosunkowi małżeństwa (którym w myśl art. 18 Konstytucji jest wyłącznie związek osób różnej płci)”⁴⁸⁰. Z przytoczonego *in extenso* fragmentu orzeczenia wynika, że SN pojmuje konkubinatem

⁴⁷⁸ Oczywiście należy pamiętać, że samo nękanie nie wystarczy do przekroczenia normy sankcjonowanej. Musi jeszcze wystąpić co najmniej jeden ze skutków wskazanych w art. 190a § 1 k.k.

⁴⁷⁹ Można spotkać się z określaniem tych osób jako osoby najbliższe w rozumieniu faktycznym. Zob. M. Jachimowicz, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 45.

⁴⁸⁰ Wyrok SN z dnia 7 lipca 2004 r., sygn. II KK 176/04, LEX nr 121668.

jako instytucję zbliżoną do małżeństwa z istotną różnicą, że konkubinaty nie rodzi konsekwencji prawnych, w szczególności dotyczących praw i obowiązków partnerów. Jak wskazuje B. Oszkinis, cechami konkubinatu wskazywanymi przez doktrynę są w szczególności: brak uznawanej przez prawo więzi małżeńskiej, a także istnienie wspólnoty życiowej, która to wspólnota charakteryzuje się splotem życiowych interesów osobistych i majątkowych partnerów. Zdaniem autora: „wspólnotę tę statuuje, według szeroko akceptowanego poglądu, istnienie między partnerami więzi emocjonalnej, fizycznej, gospodarczej oraz wspólne ich zamieszkiwanie”⁴⁸¹. Wiąż duchowa, fizyczna jak i ekonomiczna są cechami pożycia małżeńskiego. Wiąż duchowa jak wskazuje T. Smyczyński: „(...) wynika z więzi psychicznej małżonków [lub konkubentów – przyp. M.G.] opartej na żywym względem siebie uczuciu miłości i przywiązania. Dalszym skutkiem tej więzi jest wzajemny szacunek, lojalność i wierność”⁴⁸². Z kolei wiąż fizyczna, zdaniem wspomnianego autora, jest związana z realizowaniem funkcji prokreacyjnej i seksualnej rodziny. Istnienie tej więzi jest determinowane przez natężenie realizacji funkcji seksualnej i jest ono zmienne (może nawet zaniknąć) pod wpływem różnych czynników obiektywnych i subiektywnych. Zdaniem autora, wiąż fizyczna nie zawsze jest niezbędnym elementem wspólnego pożycia⁴⁸³. Wspólność (wiąż) gospodarcza przejawia się przede wszystkim w prowadzeniu wspólnego gospodarstwa domowego przez małżonków albo partnerów⁴⁸⁴.

Powyższy pogląd został przełamany przez SN w uchwale siedmiu sędziów z dnia 25 lutego 2016 r. W przytoczonym orzeczeniu SN stwierdził, że: „zawarty w art. 115 § 11 k.k. zwrot «osoba pozostająca we wspólnym pożyciu» określa osobę, która pozostaje z inną osobą w takiej relacji faktycznej, w której pomiędzy nimi istnieją jednocześnie więzi duchowe (emocjonalne), fizyczne oraz gospodarcze (wspólne gospodarstwo domowe). Ustalenie istnienia takiej relacji, tj. «pozostawania we wspólnym pożyciu», jest możliwe także wtedy, gdy brak określonego rodzaju więzi jest obiektywnie usprawiedliwiony. Odmienność płci osób pozostających w takiej relacji nie jest warunkiem uznania ich za pozostających we wspólnym pożyciu w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.”⁴⁸⁵. Z przytoczonego fragmentu orzeczenia można wywieść dwa wnioski:

1. Możliwe jest przyjęcie, że między danymi osobami występuje wspólne pożycie, nawet jeśli nie występują między tymi osobami wszystkie trzy więzi składające się na pożycie.

⁴⁸¹ Zob. B. Oszkinis, *Pojęcie konkubinatu w świetle polskiej doktryny i orzecznictwa*, „Miscellanea historico-iuridica” 2014, tom XIII, z. 2, s. 196-198.

⁴⁸² T. Smyczyński, *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018, s. 78.

⁴⁸³ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 77-78.

⁴⁸⁴ T. Smyczyński, *Prawo rodzinne...*, s. 78.

⁴⁸⁵ Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. I KZP 20/15, OSNKW 2016/3/19.

Jednakże brak określonego rodzaju lub rodzaju więzi musi być uzasadniony obiektywnymi przesłankami.

2. Na gruncie zwrotu „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, którym ustawodawca posłużył się w art. 115 § 11 k.k. irrelevantna jest płeć partnerów. Istotne jest z kolei istnienie wspólnego pożycia między tymi osobami.

Jak wspomniano wcześniej pojęcie „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu” było odnoszone do konkubinatu, który jest związkiem dwóch osób różnej płci. Niemniej należy wziąć pod uwagę, że w art. 115 § 11 k.k. ustawodawca nie posłużył się zwrotem „osoba pozostająca w konkubinacie”, lecz pojęciem „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”. Co prawda wskazano, że w doktrynie odnoszono pojęcie wspólnego pożycia do konkubinatu, jednak nie ma podstaw, aby nie móc odnosić pojęcia wspólnego pożycia do innych form relacji międzyludzkich, w szczególności do związków osób o tej samej płci. Zatem, należy się zgodzić z przywołaną tezą. Takie rozwiązanie jest istotne na gruncie art. 190a § 1 k.k. Otóż przyjęcie poglądu, że zwrot ten należy pojmować wyłącznie jako konkubinaty zawęży ochronę prawną przed nękaniami. Bowiem w sytuacji, gdy sprawca nęka partnera pokrzywdzonego tej samej płci co ów pokrzywdzony, w celu wywołania u niego krzywdy psychicznej, nie popełniłby czynu zabronionego⁴⁸⁶. Sprawca wówczas nie dopuszczałby się tych zachowań względem innej osoby najbliższej. Rozwiązanie takie nie wydaje się prawidłowe, bowiem pokrzywdzony nie uzyskałby należytej ochrony prawnej. Natomiast przyjmując pogląd wyrażony w uchwale SN z dnia 25 lutego 2016 r. sprawca w przytoczonym stanie faktycznym mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej.

Z kolei odpowiedzi negatywnej należy udzielić na drugie z postawionych pytań. Osoby najbliższe w rozumieniu faktycznym nie zamieszkują ze sobą, w konsekwencji nie prowadzą wspólnego pożycia. Również i to rozwiązanie można by kwestionować, jednak należy wziąć pod uwagę chociażby kwestie dowodowe. W przypadku np. konkubentów jest łatwiejsza możliwość udowodnienia relacji między konkubentami, aniżeli w przypadku osób najbliższych w rozumieniu faktycznym. Wynika to np. z faktu zamieszkiwania konkubentów ze sobą. W przypadku osób najbliższych w rozumieniu faktycznym istotną rolę odgrywają nie elementy obiektywne takie jak chociażby wspólne zamieszkanie, ale elementy subiektywne, a mianowicie uczucia tych osób żywione względem siebie⁴⁸⁷, których to nie da się w pełni obiektywnie

⁴⁸⁶ Przy założeniu, że działania sprawcy nie wywołują krzywdy psychicznej u partnera. Jeśli wywołują to i tak przy przyjęciu tego poglądu sprawca odpowiadałby nie za nękanie pokrzywdzonego, ale za nękanie partnera.

⁴⁸⁷ Oczywiście w przypadku osób najbliższych w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. uczucia żywione przez te osoby względem siebie są również istotne, niemniej co do zasady w ich przypadku występuje więcej elementów obiektywnych takich jak na przykład wspólne zamieszkanie, pokrewieństwo czy powinowactwo.

zbadać. Trzeba mieć na uwadze, że jeśli ktoś twierdzi, że żywi określone uczucia do danej osoby (np. ją kocha), to jesteśmy w stanie obiektywnie stwierdzić tylko to, że ta osoba wypowiedziała twierdzenie o tym, że żywi określone uczucia do określonej osoby. Można się zastanawiać czy, wyłączenie osób najbliższych w rozumieniu faktycznym z zakresu przedmiotu przestępstwa uporczywego nękania było ze strony ustawodawcy posunięciem właściwym. Wszak sprawca może dopuszczać się nękania względem osoby najbliższej w rozumieniu faktycznym chcąc wzbudzić w pokrzywdzonym uzasadnione poczucie zagrożenia. W takiej sytuacji, jeśli udaje się sprawcy wzbudzić u pokrzywdzonego owo uczucie zagrożenia i pomimo tego ów sprawca nie odpowie za popełnienie czynu na szkodę wspomnianego pokrzywdzonego. Jednak przy ocenie tego zagadnienia trzeba brać pod uwagę także kwestię wspomnianych wyżej problemów dowodowych. Dlatego też przyjęte rozwiązanie wydaje się być przejawem racjonalizmu ze strony ustawodawcy.

§ 2.5. Znamiona modalne

Mianem znamion (okoliczności) modalnych określa się czas, miejsce oraz sytuację, w której zostaje popełniony czyn zabroniony⁴⁸⁸. Znamiona modalne mogą zostać określone w przepisie typizującym dany typ czynu zabronionego, jak też mogą być wskazane w innych przepisach aniżeli przepis typizujący dany typ czynu zabronionego. Ogólne regulacje odnoszące się do czasu i miejsca popełnienia przestępstwa ustawodawca uregulował w art. 6 k.k. Biorąc pod uwagę, że przepis ten jest przepisem części ogólnej k.k., to należy stwierdzić, że w przepisie tym zostały określone ogólne zasady określenia czasu i miejsca popełnienia przestępstwa. W konsekwencji regulacje odnoszące się do materii czasu popełnienia przestępstwa, jak i miejsca jego popełnienia, które określone są w przepisach części szczególnej (czy części wojskowej) k.k. uznać należy za modyfikację regulacji wynikających z art. 6 k.k. Warto dodać, że w art. 190a § 1 k.k. ustawodawca nie odnosi się w ogóle do kwestii czasu, jak i miejsca popełnienia przestępstwa uporczywego nękania. W konsekwencji do tego przestępstwa znajduje zastosowanie art. 6 k.k. Przechodząc do ostatniego ze znamion modalnych, czyli sytuacji należy wskazać, że w części ogólnej k.k. nie ma przepisu wskazującego na ogólną zasadę odnoszącą się do znamienia opisującego sytuację, w której sprawca dopuszcza się przestępstwa.

⁴⁸⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 152.

Znamiona takie występują w wybranych przepisach części szczególnej k.k.⁴⁸⁹. W gronie wspomnianych przepisów nie ma art. 190a § 1 k.k. Szukając ogólnej reguły odnoszącej się do sytuacji, w której można dopuścić się czynu zabronionego pod groźbą kary należy zwrócić uwagę na § 145 ust. 1 z.t.p. w myśl, którego: „Jeżeli norma ma znajdować zastosowanie we wszystkich okolicznościach, w przepisie prawnym nie określa się okoliczności jej zastosowania”. Zatem wydaje się, iż ogólną regułą odnośnie znamienia modalnego sytuacji jest możliwość dopuszczenia się przestępstwa w każdej sytuacji i w każdych okolicznościach. Wprowadzenie do przepisu części szczególnej (lub części wojskowej) znamienia określającego sytuację, w której sprawca ma się dopuścić czynu zabronionego stanowi modyfikację polegającą na zawężeniu zakresu znamienia określającego sytuację.

W niniejszym fragmencie pracy poruszona zostanie kwestia dwóch znamion modalnych przestępstwa uporczywego nękania – znamienia czasu popełnienia przestępstwa oraz znamienia miejsca popełnienia przestępstwa. Nie zostanie omówione znamień modalne sytuacji. Wydaje się bowiem, że poczynione wyżej rozważania w tej materii można uznać za wystarczające.

§ 2.5.1. Czas

Regulacja dotycząca czasu popełnienia przestępstwa została umiejscowiona w art. 6 § 1 k.k. Przywołany przepis stanowi, że: „Czyn zabroniony uważa się za popełniony w czasie, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany”. Na gruncie przywołanego przepisu w kontekście przestępstwa uporczywego nękania powstają dwa problemy. Pierwszy problem dotyczy tego, czy czasem popełnienia przestępstwa jest czas pierwszego zachowania się sprawcy, czy też czas ostatniego zachowania się sprawcy albo czas dopuszczenia się każdego z zachowań stanowiących nękania z osobna⁴⁹⁰. Kolejny problem dotyczy tego, czy czasem popełnienia przestępstwa może być również czas ziszczenia się skutku. Jest to nad wyraz istotne, kiedy skutek nie wystąpi w tym samym czasie, w którym nastąpiło działanie lub zaniechanie sprawcy.

⁴⁸⁹ Jako przykłady takich przepisów można podać art. 126 § 1 k.k., który stanowi: „Kto w czasie działań zbrojnych używa niezgodnie z prawem międzynarodowym znaku Czerwonego Krzyża lub Czerwonego Półksiężycy, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3” oraz art. 199 § 1 k.k. o następującym brzmieniu: „Kto, przez nadużycie stosunku zależności lub wykorzystanie krytycznego położenia, doprowadza inną osobę do obcowania płciowego lub do poddania się innej czynności seksualnej albo do wykonania takiej czynności, podlega karze pozbawienia wolności do lat 3”.

⁴⁹⁰ W tym rozumieniu czasem popełnienia przestępstwa byłby czasookres, w którym sprawca dopuścił się wszystkich zachowań wchodzących w skład nękania.

Odnosząc się do pierwszego ze wzmiankowanych problemów, można wyróżnić trzy modele czasu popełnienia czynu zabronionego, którego zasadą jest jednokrotne popełnienie wielokrotnym zachowaniem się sprawcy. Pierwszy model to taki, w którym można przyjąć, że czasem popełnienia czynu zabronionego jest moment dopuszczenia się pierwszego zachowania wchodzącego w skład przestępstwa. Drugi model natomiast wskazuje, że momentem popełnienia tegoż przestępstwa jest moment ostatniego zachowania się sprawcy. Zgodnie z trzecim możliwym modelem czasem popełnienia takowego czynu zabronionego jest czasookres pomiędzy pierwszym, a ostatnim zachowaniem się sprawcy. W doktrynie i judykaturze można się dość często spotkać z przyjęciem drugiego modelu⁴⁹¹. Nie wydaje się jednak, żeby dwa pierwsze modele były modelami trafnymi. Przyjmują one, że czasem popełnienia przestępstwa jest czas popełnienia jednego zachowania spośród innych zachowań wchodzących w skład jednego i tego samego czynu zabronionego, abstrahując od pozostałych zachowań składających się na ten czyn zabroniony. Jak słusznie wskazuje M. Nawrocki czas popełnienia przestępstwa, którego zasadą jest jednokrotne popełnienie wielokrotnym zachowaniem się sprawcy ustalany jest przy użyciu formuły „od do”, która obejmuje zbiór zachowań od pierwszego zachowania wchodzącego w skład tego zbioru po ostatnie⁴⁹². Nie należy, więc przy karnoprawnej ocenie danego czynu skupiać się wyłącznie na ocenie niektórych zachowań wchodzących w skład czynu, a pozostałe zaś pomijać. Ustalenie czasu przestępstwa ma istotne znaczenie w przypadku odpowiedzialności karnej sprawcy, kiedy np. część zachowań zostało popełnione przez sprawcę przed ukończeniem 17 roku życia, czy też część zachowań została popełniona przez sprawcę, kiedy był on niepoczytalny, a część zachowań przestępnych zostało popełnionych w okresie jego poczytalności. Wady pierwszych dwóch modeli w tym zakresie najlepiej zilustrować następującym przykładem. Sprawca dopuszcza się nękania innej osoby w celu wzbudzenia u niej istotnego poczucia zagrożenia poprzez dopuszczenie się dwunastu zachowań. Pierwsze sześć zachowań popełnił będąc w pełni poczytalnym, z kolei sześciu ostatnich zachowań sprawca dopuścił się w stanie niepoczytalności wywołanym przez chorobę psychiczną uniemożliwiającą mu rozpoznanie znaczenia swojego czynu. Przy przyjęciu pierwszego modelu, a więc, że czasem popełnienia przestępstwa będącego jednym czynem, na które składa się wiele zachowań,

⁴⁹¹ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 6 k.k.*, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 – 52*, Warszawa 2016, s. 133 czy B. Namysłowska-Gabrysiak, *Komentarz do art. 6 k.k.*, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015, s. 231-232; Postanowienie SA w Gdańsku z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. II AKo 199/99, LEX nr 42876; Postanowienie SA w Krakowie z dnia 28 kwietnia 2010 r., sygn. II AKz 154/10, LEX nr 154/10 czy Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2002 r., sygn. II KKN 387/01, LEX nr 52943.

⁴⁹² Zob. M. Nawrocki, *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin 2014, s. 147.

jest czas popełnienia pierwszego z zachowań wchodzących w skład tego czynu, sprawca zostałby pociągnięty do odpowiedzialności również za te zachowania, których dopuścił się będąc niepoczytalnym. Z kolei przy przyjęciu drugiego modelu, który głosi, że czasem popełnienia takiego przestępstwa jest czas ostatniego z zachowań wchodzących w skład czynu, to sprawca w ogóle nie odpowiadałby karnie. Dlatego też zasadne jest przyjęcie trzeciego z przedstawionych modeli zgodnie, z którym czasem popełnienia czynu zabronionego, którego zasadą jest jednokrotne popełnienie wielokrotnym zachowaniem się sprawcy jest czasookres obejmujący wszystkie zachowania wchodzące w skład tego czynu zabronionego.

Idąc dalej należy rozważyć, jak kształtuje się czas popełnienia przestępstwa uporczywego nękania, na które składa się tylko jedno zachowanie rozciągnięte w czasie. Ten czas kształtuje się podobnie, jak w przypadku uporczywego nękania składającego się z więcej niż jednego zachowania. Zgodnie z przytoczonym już art. 6 § 1 k.k. czasem popełnienia czynu zabronionego jest czas działania sprawcy lub zaniechania przez niego działania. W konsekwencji przyjęcie, że czasem dopuszczenia się takiego przestępstwa byłby określony moment w czasie stanowi przejaw nieuzasadnionego jakimikolwiek racjami przełamania rezultatu wykładni językowej. Stąd też należy uznać, że czasem dopuszczenia się nękania, którego przybiera postać jednego zachowania rozciągniętego w czasie jest czasookres od powzięcia tego zachowania do zakończenia jego realizacji.

Kolejnym problemem na gruncie art. 6 § 1 k.k. jest to, czy czasem popełnienia czynu zabronionego jest także czas wystąpienia skutku przestępstwa. Zagadnienie to jest istotne, zwłaszcza przy analizie sytuacji, kiedy zachowanie przestępne jak i skutek nie występują w tym samym czasie. W doktrynie wskazuje się, że czasem popełnienia czynu zabronionego (lub fragmentem owego czasu) nie jest czas wystąpienia skutku⁴⁹³. Takie rozumowanie wydaje się trafne, co wynika chociażby z warstwy deskryptywnej art. 6 § 1 k.k., w której to ustawodawca nie wskazuje, że wystąpienie skutku popełnienia czynu zabronionego w przypadku przestępstw skutkowych determinuje czas popełnienia czynu zabronionego. W przywołanym przepisie ustawodawca odwołuje się tylko do podjęcia aktywności przez sprawcę lub zaniechania określonej aktywności. Z kolei przyjęcie, że wystąpienie skutku będącego znamieniem przestępstwa skutkowego determinuje czas popełnienia przestępstwa stanowiłoby niedopuszczalną wykładnię rozszerzającą. W konsekwencji za czas popełnienia przestępstwa nie można uznać ziszczenia się skutku stanowiącego znamień przestępstwa skutkowego.

⁴⁹³ Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 6 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 83; A. Zoll, *Komentarz do art. 6...*, s. 132 czy T. Bojarski, *Komentarz do art. 6 k.k.*, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 65.

§ 2.5.2. Miejsce

Zgodnie z art. 6 § 2 k.k.: „Czyn zabroniony uważa się za popełniony w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania, do którego był obowiązany, albo gdzie skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił lub według zamiaru sprawcy miał nastąpić”. Ustawodawca przyjął w przywołanym przepisie zasadę „wszędobylstwa”, zwaną również zasadą „wielomiejscowości”. Jak wskazuje SA w Łodzi w wyroku z dnia 24 stycznia 2001 r. istota tej zasady polega na tym, że: „Za miejsce popełnienia czynu zabronionego uważa się bowiem zarówno miejsce, w którym sprawca działał, jak i miejsce, w którym zaniechał działania, do którego był obowiązany, a także miejsce, w którym skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił, jak i miejsce, w którym skutek według zamiaru sprawcy miał nastąpić. Przyjęcie zasady «wielomiejscowości» rozszerza znacznie polską jurysdykcję w oparciu o zasadę terytorialności”⁴⁹⁴. W konsekwencji możemy wyróżnić następujące miejsca popełnienia przestępstwa:

- miejsce działania lub zaniechania sprawcy, do którego był zobowiązany;
- miejsce wystąpienia skutku czynu zabronionego oraz;
- miejsce, w którym według zamiaru sprawcy miał nastąpić skutek czynu zabronionego.

Ł. Pohl odnosząc się do zasady „wielomiejscowości” wskazuje, że na gruncie tej zasady: „(...) czyn zabroniony pod groźbą kary może mieć więcej niż jedno miejsce jego popełnienia”⁴⁹⁵. Zasadę wielomiejscowości bardzo dobrze ilustruje następujący przykład podany w jednym z orzeczeń SA w Krakowie: „Skoro oskarżony działał w Krakowie przy ul. Bora Komorowskiego, a skutek jego działania nastąpił w Sopocie, to miejscem popełnienia przestępstwa jest i Kraków i Sopot”⁴⁹⁶.

W kontekście przestępstwa uporczywego nękania istotne jest to, jak kształtować się będzie miejsce popełnienia czynu zabronionego w przypadku, gdy sprawca dopuszcza się zachowań składających na to przestępstwo w różnych miejscach. Nadto wartym rozważenia jest to jak precyzyjnie należy wyznaczać miejsce przestępstwa.

Odnosząc się do pierwszej z przywołanych kwestii, to należy wskazać, że przestępstwa, przy których regułą jest wielokrotne zachowanie się niekoniecznie tego samego rodzaju, są prawną jednością. Mogłoby to wskazywać, że w kontekście miejsca działania lub zaniechania,

⁴⁹⁴ Wyrok SA w Łodzi z dnia 24 stycznia 2001 r., sygn. II AKa 240/01, LEX nr 84224.

⁴⁹⁵ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 93.

⁴⁹⁶ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 8 maja 2019 r., sygn. II AKz 224/19, LEX nr 27187741.

do którego sprawca był zobowiązany możemy wyróżnić tylko jedno miejsce popełnienia takiego przestępstwa, bowiem doszło do popełnienia jednego czynu zabronionego. Jednak jak wskazuje M. Nawrocki, nie sposób uznać, aby te zachowania mogły zostać popełnione w jednym miejscu. Przytoczony autor wskazuje, że: „Skoro opisywana konstrukcja faktycznie składa się z kilku zachowań się sprawcy, to miejsce popełnienia tego czynu będzie wyznaczane przez każde z nich”⁴⁹⁷. Twierdzenie przywołanego autor wydaje się słuszne. Wynika to z faktu, że ustawodawca odnosi miejsce popełnienia przestępstwa m.in. do miejsca działania lub zaniechania sprawcy. Działanie i zaniechanie w strukturze przestępstwa odnoszone jest do zachowania się sprawcy⁴⁹⁸, nie zaś do czynu czy też czynu zabronionego. Wydaje się więc, że ustawodawca celowo odwołał się do tych kategorii zdając sobie sprawę z tego, że znamiona czynności sprawczej nie zawsze da się wypełnić jednym zachowaniem. Dlatego też, przy ocenie miejsca popełnienia przestępstwa, przy którym regułą jest wielokrotne zachowanie się niekoniecznie tego samego rodzaju, jakim jest uporczywe nękanie, jest miejsce każdego działania jak i każdego zaniechania wchodzącego w skład czynności sprawczej. Ponadto w przypadku przestępstwa uporczywego nękania miejscem jego popełnienia, będzie również miejsce rzeczywistego lub planowanego przez sprawcę wystąpienia skutku. Wydaje się, że w przypadku, gdy skutek wystąpił lub miał wystąpić wedle zamierzeń sprawcy więcej niż w jednym miejscu, analogicznie jak w przypadku miejsca działania lub zaniechania, każde z tych miejsc będzie można uznać za miejsce popełnienia czynu zabronionego. Argumentem przemawiającym za tym rozwiązaniem są kwestie funkcjonalne. Co prawda ustawodawca określając miejsce popełnienia czynu zabronionego użył liczby pojedynczej, to podobnie jak w przypadku miejsca działania lub zaniechania sprawcy, nie wyklucza to możliwości przyjęcia kilku miejsc wystąpienia skutku przestępstwa. W kontekście analizowanego typu czynu zabronionego jest to o tyle istotne, że zachowania sprawcy składające się na czynność sprawczą mogą być popełnione w różnych miejscach, czego konsekwencją jest to, że również skutek tychże zachowań może wystąpić więcej niż w jednym miejscu. W związku z tym niezasadne byłoby przyjęcie odmiennego poglądu zgodnie, z którym może być tylko jedno miejsce wystąpienia skutku czynu zabronionego⁴⁹⁹.

Kolejną kwestią wartą uwagi w kontekście miejsca popełnienia czynu zabronionego przestępstwa uporczywego nękania jest to, jak precyzyjnie należy określić miejsce popełnienia

⁴⁹⁷ M. Nawrocki, *Miejsce popełnienia czynu zabronionego*, Warszawa 2016, s. 81.

⁴⁹⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 118.

⁴⁹⁹ Na marginesie należy dodać, że rozważania te dotyczą nie tylko miejsca faktycznego wystąpienia skutku, ale również zaplanowanego przez sprawcę miejsca wystąpienia skutku.

czynu zabronionego. Ustawodawca w art. 6 § 2 k.k. dość szeroko zakreślił miejsce popełnienia czynu zabronionego, co wynika z tego, że nie sformułował on żadnych kryteriów w jaki sposób ów miejsce należy ustalić, posługując się tylko zwrotem „(...) w miejscu, w którym sprawca działał lub zaniechał działania”. Wydaje się to być zabieg celowy uzasadniony wolą pozostawienia organowi prowadzącemu postępowanie pewnej swobody w określeniu miejsca popełnienia danego czynu zabronionego pod groźbą kary. Na gruncie tak sformułowanego określenia miejsca popełnienia czynu zabronionego możliwe jest uznanie za miejsce popełnienia czynu zabronionego określoną miejscowość, dzielnicę, osiedle, konkretną ulicę, dane pomieszczenie czy też lokalizację określaną wyłącznie na podstawie współrzędnych geograficznych. W zależności od tego, jak precyzyjnie wyznaczać się będzie miejsce popełnienia czynu zabronionego, to wówczas dany czyn zabroniony może być popełniony w jednym albo w wielu miejscach⁵⁰⁰. Powodować to może więc istotne rozbieżności. Analizując przedmiotowe zagadnienie należy brać pod uwagę fakt, że określenie miejsca popełnienia czynu zabronionego ma istotne znaczenie dla określenia właściwości miejscowej sądu czy jednostki prokuratury prowadzącej postępowanie w tej sprawie. I z tego względu wydaje się, że miejsce popełnienia czynu zabronionego powinno być wyznaczane tak precyzyjnie, na ile jest to niezbędne do określenia właściwości miejscowej organów prowadzących postępowanie karne.

§ 2.6. Czynności wykonawcze

Znamię uporczywego nękania stanowi znamię czynności wykonawczej przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. Oba znamiona, a więc znamię nękania i znamię uporczywości należy umówić łącznie, co wynika z konstrukcji analizowanego przepisu.

Należy zacząć od omówienia znamienia nękania. Ustawodawca nie formułuje definicji legalnej tego pojęcia⁵⁰¹. W związku z tym należy odwołać się do definicji słownikowych tego wyrazu. Wskazać należy na cztery następujące definicje tego zwrotu:

⁵⁰⁰ Za przykład można podać sytuację, kiedy sprawca dopuszczał się uporczywego nękania swojej żony w ich mieszkaniu, ale czynność sprawcza była dokonywana w salonie, sypialni i kuchni. Przy przyjęciu kryterium miejscowości czy dzielnicy, mamy wówczas do czynienia z jednym miejscem popełnienia czynu zabronionego. Natomiast gdy kryterium stanowić będzie pomieszczenie, to wówczas będziemy mogli mówić o trzech miejscach popełnienia czynu zabronionego, bowiem czynność sprawcza została dokonana w trzech pomieszczeniach.

⁵⁰¹ Warto dodać, że dość zdumiewający pogląd formułuje H. Szewczyk. Zdaniem tej autorki: „W polskim kodeksie karnym stalking jest definiowany jako złośliwe i powtarzające się prześladowanie i dokuczanie innej osobie, przy czym zachowanie to wzbudza w pokrzywdzonym poczucie zagrożenia. Pod pojęciem stalkingu należy rozumieć zespół powtarzalnych, złośliwych i dręczących zachowań, które wywołują u ofiary lęk oraz wzbudzają poczucie zagrożenia”. H. Szewczyk, *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017, LEX. Pogląd ten zdumiewa z tego powodu, że w k.k. ani w innym akcie prawnym z zakresu prawa karnego materialnego nie ma definicji legalnej

1. w „Słowniku języka polskiego” pod redakcją M. Szymczaka wyraz „nękać” znaczy tyle, co: „ustawicznie dręczyć, trapić, niepokoić (czymś) kogoś”⁵⁰²;
2. w „Małym słownikiem języka polskiego” pod redakcją E. Sobol nękać to: „ustawicznie dręczyć, trapić, niepokoić kogoś; dokuczać komuś, nie dawać spokoju”⁵⁰³;
3. w „Słowniku współczesnego języka polskiego” pod redakcją B. Dunaja wyraz „nękać” jest definiowany jako: „bezustannie niepokoić, gnębić, prześladować kogoś; nie dawać wytchnienia, spokoju; trapić”⁵⁰⁴.

Na gruncie przywołanych definicji nękanie jest ustawicznym dręczeniem kogoś, dokuczaniem innej osobie, a więc dopuszczaniem się względem innej osoby zachowania lub zachowań mających negatywne skutki dla tej innej osoby lub jej otoczenia. Definicja ta jest zgodna ze sformułowaną w Rozdziale I definicją *stalkingu*.

Katalog zachowań jakimi można dopuścić się nękania jest katalogiem nad wyraz szerokim. W piśmiennictwie można spotkać się z następującymi przykładami: wysyłanie pokrzywdzonemu niechcianych przez niego wiadomości SMS, wręczanie niechcianych upominków, ciągłe nagabywanie pokrzywdzonego, śledzenie go⁵⁰⁵, robienie zdjęć pokrzywdzonemu bez jego zgody, pozostawianie wiadomości pod drzwiami⁵⁰⁶, obmawianie pokrzywdzonego⁵⁰⁷, zamawianie towarów i usług w imieniu pokrzywdzonego przy wykorzystaniu jego danych osobowych czy też groźenie naruszeniem życia, zdrowia lub wolności pokrzywdzonego lub osobie mu najbliższej⁵⁰⁸, proponowanie kontaktów seksualnych, manipulowanie najbliższymi ofiary w celu nastawienia ich przeciw niej⁵⁰⁹, upublicznianie wizerunków ofiary w internecie naruszające jej dobre imię lub godność⁵¹⁰, niszczenie przedmiotów należących do pokrzywdzonego, nękanie zwierzęcia należącego do pokrzywdzonego⁵¹¹, bezpośrednim lub pośrednim uniemożliwianiu zaspokojenia potrzeb fizjologicznych⁵¹², wielokrotne śledzenie pokrzywdzonego za

uporczywego nękania. Stąd też pogląd autorki jest nietrafny. Być może H. Szewczyk chodziło o definicje doktrynalne *stalkingu*, niemniej w takim przypadku autorka powinna to jednoznacznie podkreślić, a tego nie uczyniła.

⁵⁰² M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego. Tom drugi L-P*, Warszawa 1994, s. 317.

⁵⁰³ E. Sobol (red.), *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1993, s. 489.

⁵⁰⁴ B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996, s. 585.

⁵⁰⁵ Zob. A. Golonka, *Uporczywe nękanie...*, s. 88.

⁵⁰⁶ Zob. A. Szelegiewicz, *Stalking i przywłaszczenie tożsamości w polskim prawie karnym – zagadnienia wybrane*, „Ius Novum 3/2013”, s. 68.

⁵⁰⁷ Zob. J. Banaszyńska, *Prawnokarne ujęcie przestępstwa stalkingu*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2014, nr 4, s. 43.

⁵⁰⁸ Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1090.

⁵⁰⁹ Zob. K. Cygan, *Czyn złośliwego podszywania się pod inną osobę*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 29, s. 59.

⁵¹⁰ Zob. K. Chałubińska-Jentkiewicz, M. Karpiuk, *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2015, LEX.

⁵¹¹ Zob. M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 46 oraz M. Mozgawa, *A few comments...*, nr 2, s. 76.

⁵¹² Zob. M. Budyn-Kulik, *Przedmiot zamachu i ochrony przestępstw z rozdziału XXIII Kodeksu karnego z perspektywy psychologiczne* [w:] M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko...*, s. 67.

pomocą drona⁵¹³, włamanie do domu czy samochodu pokrzywdzonego⁵¹⁴, tzw. agresywna reklama, która przejawia się w wielokrotnym, częstym proponowaniu w krótkim czasie określonych produktów i wywieraniu presji, aby pokrzywdzony nabył dany produkt czy też częstym nachodzeniu lub telefonowaniu do pokrzywdzonego w tym celu⁵¹⁵, „wizyty” sprawcy w miejscu pracy pokrzywdzonego (które to nie jest miejscem świadczenia pracy przez sprawcę)⁵¹⁶, wielokrotne wysyłanie wezwań przez funkcjonariuszy Policji, poszukiwanie osoby w celu ustalenia miejsca jej pobytu⁵¹⁷, wyraźnie nieprzychylnie zachowanie windykatora, które jest zbyt intensywne i nieadekwatne do sytuacji⁵¹⁸, czy też: „(...) poprzez wypowiedź ustną lub pisemną, ważne aby to nękanie połączone z mową nienawiści miało odpowiednie nacechowanie podsygnowane jakąkolwiek nietolerancją wobec nękanego”⁵¹⁹. Konstrukcja wymienionych przykładów może sugerować, że sprawca, aby zrealizować znamię nękania wspomnianymi zachowaniami musi dopuścić się ich wielokrotnie. Jak słusznie zauważa K. Nazar: „Każde z wielu zachowań, które mogą wejść w grę [jako zachowania wchodzące w skład danego nękania – przyp. M.G.], należy brać pod uwagę jako równie istotne z punktu widzenia odczuć osoby nękanej”⁵²⁰. Konsekwencją przyjęcia takiego poglądu jest stwierdzenie, że w trakcie prowadzenia postępowania karnego o czyn z art. 190a § 1 k.k., organ prowadzący to postępowanie nie powinien dokonywać jakiegokolwiek gradacji zachowań składających się na dane nękanie (np. poprzez wyróżnienie spośród zachowań tych mniej lub bardziej istotnych dla wywołania skutku stanowiącego znamię przestępstwa), lecz traktować wszystkie te zachowania równorzędnie.

⁵¹³ Zob. K. Mamak, *Prawo karne przeszłości*, Warszawa 2017, LEX.

⁵¹⁴ Zob. J. Akińcza, *Stalking – zjawisko, odpowiedzialność prawna*, „Jurysta” 2012, nr 12, s. 6.

⁵¹⁵ Zob. J. Lachowski, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzosek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 911.

⁵¹⁶ Zob. S. Kowalski, *Stalking w miejscu świadczenia pracy*, „Służba pracownicza” 2014, nr 4, s. 5.

⁵¹⁷ Zob. E. Żywucka-Kozłowska, *Funkcjonariusz publiczny jako sprawca stalkingu (?)* [w:] J. Karaźniewicz, T. Kuczur, *Karnomaterialne i procesowe instrumenty ochrony jednostki przed nadużyciami władzy państwowej*, Toruń 2015, s. 116.

⁵¹⁸ Zob. G. Grupa, *Windykacja należności jako przejaw uporczywego nękania z art. 190a § 1 KK*, „Monitor Prawa Handlowego” 2013, nr 5, s. 30. Warto nadmienić, że w proj.k.k. planowano dodać nowy przepis o następującej treści: „Jeżeli sprawca działa w sposób określony w § 1 w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8”. Zatem miał to być typ kwalifikowany przestępstwa uporczywego nękania. Co istotne sprawca celem pociągnięcia do odpowiedzialności karnej musiałby działać z zamiarem kierunkowym, na co wskazuje zwrot „w celu wymuszenia zwrotu wierzytelności”. Wydaje się także, że znamieniem kwalifikującym miało być właśnie działanie w celu uzyskania zwrotu wierzytelności. W toku dalszych prac nad projektem przepis ten został usunięty.

⁵¹⁹ Cytowana autorka przykład ten nazywa nękaniami poprzez mowę nienawiści. A. Sadło-Nowak, *Stalking wyrażony mową nienawiści* [w:] M. Duda (red.), W. Pływaczewski (red.), *Mowa nienawiści a prawo na tle współczesnych zjawisk społeczno-politycznych*, Olsztyn 2017, s. 126.

⁵²⁰ K. Nazar, *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13*, „Prawo w działaniu. Sprawy karne” 2016, nr 26, s. 244.

Jak wskazano w Rozdziale I nie można ograniczać pojmowania nękania tylko do pewnego kompleksu zachowań. Nękania innej osoby można dopuścić się również jednym zachowaniem, które jest rozciągnięte w czasie. Za przykład takiej sytuacji można podać emitowanie dźwięków z radiomagnetofonu, które powodują u pokrzywdzonego poczucie zagrożenia czy stanie pod oknem pokrzywdzonego przez więcej niż jeden dzień prowadzącego do wzbudzenia uzasadnionego okolicznościami poczucia jego zagrożenia. W doktrynie można spotkać się ze stanowiskami negującymi możliwość dopuszczenia się nękania poprzez jedno zachowanie. Wydaje się, że takie stanowisko jest stanowiskiem większościowym, niemniej większość autorów nie uzasadnia go w jakikolwiek sposób. Niezasadne jest więc przywoływanie wszystkich głosów w tej materii. Przykładowo, P. Furman wskazuje na istnienie warunku powtarzalności zachowań sprawcy. Autorka wskazuje również, że: „Istnieje pewność, że nie będzie tutaj chodziło o pojedyncze zdarzenia, lecz o ich większą liczbę, która będzie w stanie wywołać negatywny odbiór”⁵²¹. Swojego stanowiska cytowana autorka jednak szerzej nie uzasadnia. Podobny pogląd wyraża również R. Krajewski i podobnie jak P. Furman nie uzasadnia szerzej swojego stanowiska⁵²². S. Hyps w swojej definicji nękania również wskazuje na konieczność wystąpienia co najmniej dwóch zachowań⁵²³. Pewną argumentację tego stanowiska przeprowadza J. Lachowski wskazując, że nie wyczerpuje znamion analizowanego czynu wysłanie kilku wiadomości tekstowych czy też kilka prób nawiązania kontaktu telefonicznego⁵²⁴. S. Tarapata i P. Zakrzewski dość lakonicznie stwierdzają, że z istoty użytego czasownika stanowiącego znamię czynności sprawczej wynika, że ma być wiele zachowań⁵²⁵. Brak obszerniejszego uzasadnienia przytoczonego poglądów przez wyżej wymienionych autorów wskazywać może na niesłusznym traktowaniu tego poglądu za truizm przy jednoczesnym abstrahowaniu od istoty zjawiska nękania. Wskazywano już w niniejszej pracy, że istotą *stalkingu* jest nie tyle ilość zachowań, lecz rozciągnięcie w czasie działania przestępnego. Być może dość niełatwe jest wyobrażenie sobie nękania za pomocą jednego zachowania rozciągniętego w czasie, jednak takiej możliwości nie można wykluczyć. Przyjęcie poglądu, że nękania można dopuścić się wyłącznie co najmniej dwoma zachowaniami pozbawiłoby prawnej ochrony osób nękanych jednym zachowaniem rozciągniętym w czasie.

⁵²¹ Zob. P. Furman, *Próba analizy...*, s. 49.

⁵²² Zob. R. Krajewski, *Przestępstwo nękania innej osoby lub podszywania się pod inną osobę*, „Przeгляд Sądowy”, maj 2012, s. 25.

⁵²³ Zob. S. Hyps, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny...*, s. 977.

⁵²⁴ Zob. J. Lachowski, *Komentarz do art. 190a...*, s. 911. Niemniej, wydaje się to być argumentacja tezy inną tezą. Zapewne autorowi chodziło o sytuację, w której sprawca podejmuje próby nawiązania kontaktu z pokrzywdzonym w innym celu czy kierując się inną motywacją aniżeli nękania go. Należało to wyraźnie podkreślić, czego autor nie uczynił.

⁵²⁵ Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *O normatywnych przesłankach...*, s. 389.

We wcześniejszych fragmentach niniejszej pracy wskazano, że jeśli mamy do czynienia z pewnym konglomeratem zachowań jakimi sprawca nęka pokrzywdzonego (lub inną osobę najbliższą dla niego) to ów zbiór nie musi być zbiorem jednolitym. Możliwe jest więc nękanie innej osoby kilkoma zachowaniami, z których jedno lub kilka jest rozciągnięte w czasie, a kilka z nich jest uskuteczniane tylko w jednym, określonym momencie. Nadto nękania można dopuścić się nie tylko zachowaniami prawnokarnie irrelewantnymi, ale również poprzez popełnienie czynu zabronionego i wydaje się, że ów czyn zabroniony nie musi być popełniony na szkodę pokrzywdzonego czy osoby dla niego najbliższej. Wynika to z tego, że nękanie ma spowodować udręczenie pokrzywdzonego, zaś możliwa jest sytuacja, kiedy sprawca popełni przestępstwo na szkodę innej osoby aniżeli pokrzywdzony i obejmuje swoim zamiarem również chęć udręczenia u pokrzywdzonego. Za M. Mozgawą przyjąć należy, że przez art. 190a § 1 k.k. penalizowane jest także zjawisko nękania się wzajemnego⁵²⁶. Istota takiego nękania sprowadza się do tego, że dwie lub więcej osób dopuszczają się względem siebie nękania. Jak wskazuje przytoczony autor: „Wydaje się, że w przypadku nękania się wzajemnego wchodzić w grę będą przede wszystkim sytuacje, kiedy to sprawcy (a jednocześnie pokrzywdzeni) będą wywoływali skutek w postaci istotnego naruszenia swojej prywatności...”⁵²⁷. Niemniej wydaje się, że pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawców nękania się wzajemnego jest również możliwe, kiedy ich zachowania spowodują pozostałe ze skutków wskazanych w analizowanym przepisie. Wydaje się również, że skutki każdego z nękań wchodzącego w skład nękania wzajemnego nie muszą być takie same. W doktrynie jest też reprezentowany pogląd przeciwny, którego autorką jest D. Woźniakowska-Fajst. Autorka ta klasyfikuje nękanie jako przemoc emocjonalną⁵²⁸. W związku z tym autorka wskazuje, że sprawca musi mieć przewagę nad ofiarą, która to przewaga będzie miała charakter fizyczny lub emocjonalny⁵²⁹. Niewątpliwie w przypadku nękania sprawca może mieć pewną przewagę nad nękanym (zwłaszcza psychiczną), przez co może wywierać wpływ na swojej ofierze. Niemniej mogą się zdarzyć przypadki nękania wzajemnego, gdzie jedna z osób zacznie nękać inną osobę ze strachu przed nią

⁵²⁶ Zob. M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 52.

⁵²⁷ Zob. M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 53.

⁵²⁸ Nękanie jako przemoc emocjonalną określa również M. Rajkowska. Zob. M. Rajkowska, *Stalking jako przestępstwo współczesne* [w:] D. Dajnowicz-Piesiecka, E. Jurgielewicz-Delegacz, E. Pływaczewski (red.), *Współczesna przestępczość i patologie społeczne z perspektywy interdyscyplinarnych badań kryminologicznych*, Warszawa 2017, Legalis.

⁵²⁹ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii”, Tom XXXI/2009, s. 200.

lub w obronie przed jej zachowaniami. Nie wydaje się, żeby istota nękania leżała w dysproporcji sił między sprawcą a pokrzywdzonym. Jest to bardziej element subsydiarny i nie zawsze występujący.

Warto przytoczyć również dwa istotne poglądy dotyczące działania lub działań sprawcy stanowiących nękanie. Zgodnie z poglądem SN ustawodawca nie wymaga, aby zachowanie sprawcy niosło za sobą element agresji⁵³⁰. Zdaniem M. Królikowskiego i A. Sakowicza zachowania realizujące znamię nękania powinny być zakomunikowane pokrzywdzonemu bądź wyraźnie zrozumiałe dla otoczenia, w tym dla pokrzywdzonego⁵³¹.

Analizując dalej zakres nazwy „nękanie” należy zastanowić się nad tym, czy do zakresu tej nazwy można włączyć takie zjawiska jak tzw. *cyberstalking*, *mobbing* i *bullying*. O *cyberstalkingu* wspomniano w Rozdziale I niniejszej pracy, więc niezasadne jest przytaczanie w tym miejscu definicji tego zjawiska. Wspomniano również w Rozdziale I o tym, że *cyberstalking* stanowi kwalifikowaną formę *stalkingu*. Należy również nadmienić, że ustawodawca nie przewidział osobnego typu czynu zabronionego dla tego typu zachowań. Różnica między nękaniami jak i *cyberstalkingiem* odnosi się do formy działania sprawcy, nie zaś do celów i skutków tego zjawiska. Art. 190a § 1 k.k. nie przesądza o tym, w jaki sposób sprawca ma się dopuścić nękania. W konsekwencji należy uznać, że *cyberstalking* jest penalizowany przez normy sankcjonowane wysłowione w art. 190a § 1 k.k.⁵³².

Natomiast pojęcia *mobbingu* ustawodawca używa w art. 94³ § 2 k.p., który stanowi, że: „*Mobbing* oznacza działania lub zachowania dotyczące pracownika lub skierowane przeciwko pracownikowi, polegające na uporczywym i długotrwałym nękaniami lub zastraszaniu pracownika, wywołujące u niego zaniżoną ocenę przydatności zawodowej, powodujące lub mające na celu poniżenie lub ośmieszenie pracownika, izolowanie go lub wyeliminowanie z zespołu pra-

⁵³⁰ Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13, KZS 2014, nr 6, poz. 26.

⁵³¹ Zob. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 541.

⁵³² M. Romańczuk-Grącka twierdzi, że najczęściej zachowania stanowiące *cyberstalking* nie będą penalizowane przez art. 190a § 1 k.k. Zdaniem autorki ma to wynikać z tego, że w sporej części przypadków *cyberstalking* (zwłaszcza w przypadku wykorzystania danych osobowych) będzie składać się z jednego zachowania. Zob. M. Romańczuk-Grącka, *Politycznokryminalne aspekty...*, s. 317. Jak można zauważyć autorka przyjęła pogląd o wielości zachowań jako warunku *sine qua non* nękania. Warunek ten został w niniejszej pracy zakwestionowany, stąd też pogląd autorki jest niezasadny.

owników”. M. Bosak i A. Danilewicz wskazują, że w zakres tej definicji mogą wchodzić molestowanie⁵³³ i molestowanie seksualne⁵³⁴, jeśli wypełniają one przesłanki wskazane w przytoczonym przepisie⁵³⁵. Należy jednak pamiętać, że dla niniejszych rozważań definicja *mobbingu* z k.p. nie ma wiążącego charakteru, bowiem na gruncie derywacyjnej koncepcji wykładni prawa nie jest możliwe posługiwanie się definicją z innego aktu prawnego. Wyjątkiem jest sytuacja, kiedy zachodzi relacja tego typu, że akt prawny zawierający definicję legalną określonego pojęcia ma charakter ustawy podstawowej dla danej dziedziny, zaś akt prawny podlegający wykładni i w którym posługujemy się definicją legalną z ustawy podstawowej, należy do tej samej dziedziny prawa⁵³⁶. Między k.p. a k.k. takiej relacji nie ma. W związku z tym, aby należy sięgnąć do doktrynalnego rozumienia *mobbingu*. Według H. Szewczyk *mobbing* to: „wrogie i nieetyczne, systematycznie powtarzające się zachowanie skierowane wobec jednej osoby lub grupy osób, którego celem i rezultatem jest psychiczne, psychosomatyczne i społeczne wyniszczenie pracownika”. Zdaniem cytowanej autorki: „Następstwem tego zachowania jest bezradność ofiar oraz brak możliwości obrony”⁵³⁷. A. Strzałkowski pojmuje *mobbing* jako: „rozmaite zachowania w środowisku pracy, które wywołują wśród pracowników strach, lęk, obawę, których skutki mogą nawet doprowadzić do uszczerbku na zdrowiu”⁵³⁸. Warto w tym miejscu przytoczyć jeszcze jedną definicję *mobbingu*, której autorem jest H. Leymann. Pojmuje on *mobbing* jako: „terror psychiczny w miejscu pracy, który angażuje wrogie nastawienie i nieetyczne komunikowanie się (stosowanie w codziennych kontaktach w ramach stosunku pracy obelg, wyzwisk, pomówień, oszczerstw, krzyku itd.) systematycznie podtrzymywane przez jedną, bądź kilka osób w stosunku do innej, co w konsekwencji spycha ofiarę do roli uniemożliwiającej jej obronę. Działania te zdarzają się często (co najmniej raz w tygodniu)

⁵³³ Zgodnie z definicją nawiasową znajdującą się w art. 18^{3a} § 5 pkt 2 k.p. zawiera definicję nawiasową molestowania, zgodnie z którą molestowanie to: „niepożądane zachowanie, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika i stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery”.

⁵³⁴ Zgodnie z art. 18^{3a} § k.p.: „Dyskryminowaniem ze względu na płeć jest także każde niepożądane zachowanie o charakterze seksualnym lub odnoszące się do płci pracownika, którego celem lub skutkiem jest naruszenie godności pracownika, w szczególności stworzenie wobec niego zastraszającej, wrogiej, poniżającej, upokarzającej lub uwłaczającej atmosfery; na zachowanie to mogą się składać fizyczne, werbalne lub pozawerbalne elementy (molestowanie seksualne)”.

⁵³⁵ Zob. M. Bosak, A. Danilewicz, *Odpowiedzialność cywilna i karna za mobbing*, PiP 2010, nr 4, s. 112.

⁵³⁶ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2018, s. 291-292, przy czym należy zauważyć, iż w k.k. nie mówi się *expressis verbis* o *mobbingu*, więc nie dokonujemy tutaj analizy warstwy deskryptywnej przepisu. Niemniej chodzi tutaj o weryfikację czy dane zachowanie może wypełniać znamiona określonego typu czynu zabronionego, zaś definicja *mobbingu* została skonstruowana w k.p. na potrzeby tego aktu. Zatem nie powinna być uznawana za wiążącą przy analizie prawnokarnej odpowiedzialności *mobbera*. Należy więc uznać, że w tym przypadku zasadne jest zastosowanie wskazanej reguły derywacyjnej koncepcji wykładni prawa.

⁵³⁷ H. Szewczyk, *Molestowanie seksualne i mobbing w miejscu pracy lub w związku z pracą – nowe wyzwania dla polskiego prawa pracy*, „Praca i zabezpieczenie społeczne” 2002, nr 6, s. 9.

⁵³⁸ A. Strzałkowski, *Problem mobbingu w stosunkach pracy*, „Praca i zabezpieczenie społeczne” nr 9, 2002, s. 4.

i trwają przez dłuższy okres (co najmniej pół roku). Z uwagi na czas trwania i częstotliwość, maltretowanie to skutkuje zaburzeniami w sferze psychiki, zdrowia fizycznego i funkcjonowania społecznego ofiary⁵³⁹. D. Woźniakowska-Fajst wskazuje, że *mobbing* może mieć charakter horyzontalny, jak i charakter wertykalny. Zdaniem autorki *mobbing* horyzontalny występuje w relacjach między współpracownikami, zaś *mobbing* wertykalny w relacjach pracodawca-pracownik⁵⁴⁰. Co istotne pokrzywdzonym *mobbingiem* może być również pracodawca⁵⁴¹. Jak można zauważyć *mobbing* może stanowić jedną z form nękania. J. Marciniak odnosząc się do relacji między *stalkingiem* a *mobbingiem* stwierdza: „Dla *stalkingu* i *mobbingu* wspólne jest to, że ofiarą obu zjawisk może być każdy. Faktem jest, że najczęściej ofiarą *stalkingu* są osoby «w relacji» np. partner (partnerka), jednakże może to również dotyczyć osoby obcej dla stalkera (prześladowcy), wręcz przypadkowej – w odniesieniu do której stworzył on wymagowany związek uczuciowy (może to więc być «cichy wielbiciel» z miejsca pracy). Jest również znane pojęcie tzw. *community stalking* (zbiorowego osaczania czy nękania). Tutaj analogia z *mobbingiem* również jest wyraźna. Przy *mobbingu* często mamy bowiem do czynienia z elementem nękania i osaczania przez grupę (składającą się zwykle z kilku osób – przełożonego ofiary *mobbingu* i pracowników zespołu w miejscu zatrudnienia). Zarówno *stalking*, jak i *mobbing* są związane z pogorszeniem się stanu zdrowia psychicznego i fizycznego. Podobnie jak *mobberzy*, *stalkerzy* odczuwają potrzebę dominowania nad ofiarą, kontrolowania i zastraszania jej, gdyż bezsilność i lęk ofiary dają im poczucie władzy. Manipulowanie znajomymi i rodziną ofiary ma na celu osłabienia ofiary przez jej wyizolowanie i brak wsparcia ze strony najbliższego otoczenia. Daje to sprawcy dodatkowe poczucie przewagi i władzy nad ofiarą. Uprzedmiotawiając ofiarę, poniżając ją, sprawca usprawiedliwia się przed samymi sobą, co pozwala mu postępować w sposób bezwzględny, bez odczuwania empatii, współczucia. Wspólnym podłożem *mobbingu* i *stalkingu* są narastająca agresja i frustracja – związana najczęściej z poczuciem niesprawiedliwości i potrzeby zmiany danej sytuacji wg własnej wizji, zaspokojenia za wszelką cenę potrzeb swoich lub wynikających z oczekiwań innych. Może być to także wynikiem strachu połączonego z nieumiejętnością zaspokojenia tych potrzeb (brak skuteczności, brak pozytywnych efektów swoich działań, prawdziwe lub wymagowane zagrożenie własnej pozycji). Bardzo ważnym elementem wspólnym obydwu zjawisk jest to, że w większości przypadków wiążą się one z poważnym zaburzeniem komunikacji międzyludzkiej. Są patologicz-

⁵³⁹ M. Ostrowska, *Mobbing – elementy definicyjne*, „Zeszyty naukowe FIRMA I RYNEK”, 2014/1(46), s. 102.

⁵⁴⁰ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking...*, s. 44.

⁵⁴¹ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking...*, s. 44.

nym, wykrzywionym «sposobem» realizacji tej komunikacji w celu zaspokojenia dążeń, pomysłów, wyobrażeń tylko jednej strony przy kompletnym nieuwzględnieniu oczekiwań i godności drugiej osoby”⁵⁴². S. Kowalski zauważa, że: „Z treści art. 94³ § 2 k.p. wynika, że nie każde zachowanie, które można zakwalifikować jako mobbing muszą prowadzić do wzbudzenia u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia lub do istotnego naruszenia prywatności pokrzywdzonego. Zatem nie każdy mobbing będzie jednocześnie wyczerpywał ustawowe znamiona przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a § 1 k.k.”⁵⁴³. Więc, jeśli zachowaniu się *mobbera* możemy przypisać cechy nękania, to wówczas takiego sprawcę można pociągnąć do odpowiedzialności karnej z art. 190a § 1 k.k. Niemniej można spotkać się z głosami w doktrynie, że *mobbing* nie jest penalizowany⁵⁴⁴. Pogląd taki jest niezrozumiały. Wynika to ze wspomnianego już faktu, że ustawodawca konstruując regulacje dotyczące penalizacji *stalkingu* zamiast stosowania np. metody kazuistycznego wymienienia penalizowanych zachowań, użył pojemnego zakresowego zwrotu „uporczywe nękanie”. Zatem do odpowiedzialności karnej można pociągnąć sprawcę, którego zachowanie spełnia cechy uporczywego nękania pokrzywdzonego lub innej osoby najbliższej i wywołuje u pokrzywdzonego co najmniej jeden ze skutków wskazanych w analizowanym przepisie, przy czym irrelewantne do pociągnięcia odpowiedzialności jest to, jakie stosunki łączyły sprawcę z pokrzywdzonym i okoliczności faktyczne w jakich sprawca dopuścił się czynu⁵⁴⁵. Istotne jest wypełnienie znamion omawianego czynu zabronionego przez sprawcę. Być może cytowana autorka przyjęła taki pogląd kierując się różnicami w nazewnictwie obu zjawisk. Jednak należy mieć na uwadze, że w przypadku stypizowania określonego czynu w k.k. jako czynu zabronionego pod groźbą kary, nie jest istotne jego potoczne nazewnictwo, lecz opis znamion. Jak już wskazano, *mobbing* stanowi formę nękania, a więc można przez sprawstwo takiego zjawiska wypełnić znamiona czynu z art. 190a § 1 k.k. Oczywiście, należałoby się zastanowić czy *mobbing* nie powinien zostać ujęty jako osobny typ czynu zabronionego, być może jako typ kwalifikowany przestępstwa uporczywego nękania. Jednak rozważania te wykraczają poza zakres niniejszego fragmentu pracy.

⁵⁴² J. Marciniak, *Mobbing, dyskryminacja, molestowanie. Przeciwdziałanie w praktyce*, Warszawa 2015, LEX.

⁵⁴³ S. Kowalski, *Stalking w miejscu...*, s. 4. Generalnie należy się zgodzić z cytowanym autorem, że nie zawsze *mobbing* będzie wypełniał znamiona czynu z art. 190a § 1 k.k. Niemniej autor nie zauważył tego, że definicja *mobbingu* sformułowana w k.p. jest wyłącznie definicją legalną, która jest wiążąca wyłącznie na gruncie tego aktu prawnego. Stąd też za błędne należy uznać oparcie, przez cytowanego autora, swojego poglądu na treści tego przepisu.

⁵⁴⁴ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking...*, s. 45.

⁵⁴⁵ Przez okoliczności faktyczne w tym wypadku należy rozumieć przede wszystkim czas, miejsce jak i sytuacje takie jak nękanie w miejscu pracy, poza miejscem pracy czy nękanie w czasie i w związku z wykonywaną przez pokrzywdzonego pracą.

Kolejnym zachowaniem, jakie należy poddać analizie stanowi tzw. *bullying*. D. Woźniakowska-Fajst definiuje *bullying* jako: „zjawisko znęcania się uczniów nad innymi uczniami”⁵⁴⁶. Inną definicję tego zjawiska przedstawia D. Olweus. Zdaniem tego autora *bullying* jest to sytuacja: „gdy ofiara jest w dłuższym okresie wielokrotnie narażona na negatywne działania ze strony innej osoby lub osób”. Autor ten *bullying* nazywa błędnie *mobbingiem*⁵⁴⁷. Kolejną definicję tego zjawiska przedstawia K.E. Dambach, który *bullying* rozumie jako: „długotrwałe upokarzanie ciągle tej samej osoby przez większość członków grupy”⁵⁴⁸. Jak można zauważyć *bullying* posiada cechy nękania i sprawca takich zachowań może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej z art. 190a § 1 k.k., z dość istotnym zastrzeżeniem. Zastrzeżenie to wynika z faktu, że za popełnienie czynu z art. 190a § 1 k.k. może być pociągnięty sprawca, który *tempore criminis* miał ukończone 17 lat. Natomiast biorąc pod uwagę fakt, że mamy do czynienia z przemocą wśród dzieci i młodzieży szkolnej, to sprawcami *bullyingu* są również osoby młodsze, których nie można pociągnąć do odpowiedzialności karnej. Kwestia nieletniości sprawcy będzie analizowana szerzej w dalszej części pracy, jednak już teraz należy zasygnalizować, że względem takiego sprawcy można wszcząć postępowanie z powodu popełnienia czynu karalnego lub demoralizacji i stosować środki wychowawcze lub poprawcze przewidziane przez u.w.r.n.

Nękanie jak już wspomniano jest specyficzną sytuacją, gdzie zachowania lub zachowanie pokrzywdzonego wywołuje u pokrzywdzonego pewne negatywne skutki natury psychicznej. P. Kozłowska-Kalisz nazywa takie skutki „dolegliwymi cierpieniami moralnymi”⁵⁴⁹. Niewątpliwie należy wziąć pod uwagę, że krzywdy psychiczne (moralne) mogą występować jednocześnie z cierpieniami fizycznymi. Wówczas powstaje problem możliwości kwalifikacji zachowań powodujących zarówno cierpienia psychiczne jak i fizyczne jako zachowań przekraczających jedną z norm sankcjonowanych wysłowionych w art. 190a § 1 k.k. Możliwość taka hipotetycznie wydaje się możliwa⁵⁵⁰. Jednakże zachowania takie musiałyby zawierać cechy nękania⁵⁵¹, zaś dla sprawcy główną intencją popełnienia czynu zabronionego musi być bardziej zadanie pokrzywdzonemu krzywd psychicznych aniżeli fizycznych. *A contratio* nie można

⁵⁴⁶ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking...*, s.48.

⁵⁴⁷ Zob. D. Olweus, *Mobbing. Fala przemocy w szkole, jak ją powstrzymać?*, Warszawa 2007, s. 21.

⁵⁴⁸ K.E. Dambach, *Mobbing w szkole. Jak zapobiegać przemocy grupowej*, Gdańsk 2003, s. 13.

⁵⁴⁹ P. Kozłowska-Kalisz, *Przestępstwo nękania – wybrane zagadnienia zbiegu ustawy* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking*, s. 82.

⁵⁵⁰ Przeciwnie twierdzi S. Hyps, który wskazuje, że: „Ze względu na charakter dobra chronionego podejmowane przez sprawcę czynności nie mogą przybrać postaci bezpośredniego zamachu fizycznego, tj. na zdrowie lub życie lub netykalność osobistą pokrzywdzonego lub jego osoby najbliższej”. S. Hyps, *Komentarz do art. 190a...*, s. 977.

⁵⁵¹ Przede wszystkim chodzi tutaj o rozciągnięcie w czasie zachowań się sprawcy.

zakwalifikować danego zachowania lub zachowań się z art. 190a § 1 k.k., jeśli spowodowanie krzywdy psychicznej jest skutkiem wpadkowym zachowania przestępnego sprawcy.

Kolejnym istotnym elementem nękania jest to (co było wspomniane w Rozdziale I), że zachowanie lub zachowania sprawcy nie mogą być dla pokrzywdzonego obojętne. A mianowicie, aktywność sprawcy musi wywoływać u pokrzywdzonego negatywne odczucia w postaci zaznania krzywdy psychicznej. Niemniej krańcowo nietrafne byłoby stwierdzenie, że nękaniami jest krzywda psychicznej w każdej formie. W Rozdziale I wspomniano, że mowa tutaj o kwalifikowanej formie krzywdy psychicznej jaką jest udrczenie. Chodzi więc o spowodowanie takiej krzywdy psychicznej, która w znaczący sposób wpłynie na zdrowie psychiczne pokrzywdzonego czy jego funkcjonowanie w społeczeństwie. Wagę konsekwencji dla pokrzywdzonego, jakie ma nieść za sobą karnoprawnie doniosłe nękanie wskazują następujące słowa J. Kuleszy: „Chodzi przecież nie o każde nękanie, lecz o długotrwałe, nieustanne dręczenie, gnębienie, dokuczanie, poniżanie, niszczenie, prześladowanie, osaczanie, zaszczuwanie, zastraszanie, upokarzanie, molestowanie pokrzywdzonego, i to takie, które wzbudza w nim uzasadnione poczucie zagrożenia lub prowadzi do istotnego naruszenia prywatności”⁵⁵². Nie można mówić o nękanii, kiedy działanie lub zaniechanie sprawcy nie wywołuje znaczących negatywnych konsekwencji w psychice sprawcy czy też w ogóle takich konsekwencji nie wywołuje lub dana osoba wyraża na zgodę na te zachowania (zachowanie) czy też je aprobuje. Kwestia odbioru aktywności potencjalnego *stalkera* przez adresata zachowań takiej osoby wydaje się być kwestią bardzo problematyczną w przypadku analizowanego typu czynu zabronionego. Szersze wyjaśnienie tego stanowiska jak i rozwinięcie tego problemu zostanie dokonane przy analizie skutków przestępstwa uporczywego nękania.

Ustawodawca formułuje kolejny warunek jakim jest uporczywość nękania. Znamię uporczywości nie ma swojej definicji legalnej. Można podać następujące przykłady definicji słownikowych uporczywości:

1. w „Słowniku języka polskiego” pod redakcją M. Szymczaka wyraz „uporczywy” jest definiowany jako: „trudny do usunięcia, zlikwidowania; utrzymujący się długo, uciążliwy”⁵⁵³;

⁵⁵² J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona wolności jednostki w kontekście zasad teorii kryminalizacji*, Prok. i Pr. 2014, nr 6, s. 43. Podobnie nękanie rozumie A. Kojder zdaniem, którego: „Przez «nękanie» rozumie się (...) ustawiczne dręczenie, trapienie, niepokojenie, dokuczanie, niedawanie spokoju”. Zob. A. Kojder, *Podstawy socjologii prawa*, Warszawa 2016, s. 313. Z tego rozumienia nękania można wywieść, że musi ono w sposób istotnie negatywny wpływać na funkcjonowanie pokrzywdzonego, a przede wszystkim na jego psychikę.

⁵⁵³ M. Szymczak, *Słownik języka polskiego...*, s. 610.

2. w „Małym słowniku języka polskiego” pod redakcją E. Sobol wyraz „uporczywy” pojmowany jest jako: „trwający ciągle, nie przerywany, powtarzający się, nieustanny”⁵⁵⁴;
3. w „Słowniku współczesnego języka polskiego” pod redakcją B. Dunaja wyraz „uporczywy” jest definiowany jako: „nie dający się łatwo wstrzymać, usunąć, zlikwidować, utrzymujący się nieprzerwanie lub ciągle powtarzający się; nieustanny, trudny do zniesienia, uciążliwy”⁵⁵⁵.

Ponadto znamię uporczywości było przedmiotem analizy w judykaturze. W postanowieniu z dnia 12 grudnia 2013 r. SN stwierdził, że: „By zachowanie mogło być uznane za stalking, nękanie przez sprawcę musi być uporczywe, a zatem polegać na nieustannym oraz istotnym naruszeniu prywatności innej osoby oraz na wzbudzeniu w pokrzywdzonym uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia”⁵⁵⁶. Natomiast SA we Wrocławiu w wyroku z dnia 19 lutego 2014 roku opisując znamię uporczywości wskazuje, że: „O uporczywym zachowaniu się sprawcy świadczyć będzie z jednej strony jego szczególne nastawienie psychiczne, wyrażające się w nieustępliwości nękania, tj. trwaniu w swego rodzaju uporze, mimo próśb i upomnień pochodzących od pokrzywdzonego lub innych osób o zaprzestanie przedmiotowych zachowań, z drugiej natomiast strony - dłuższy upływ czasu, przez który sprawca je podejmuje”⁵⁵⁷. W wyroku z dnia 27 lutego 1996 r. SN wskazywał na negatywny, pejoratywny wydźwięk uporczy-

⁵⁵⁴ E. Sobol, *Mały słownik...*, s. 984.

⁵⁵⁵ B. Dunaj, *Słownik współczesnego języka...*, s. 1184.

⁵⁵⁶ Wyrok SN z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13, KZS 2014, nr 6, poz. 26.

⁵⁵⁷ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. II AKa 18/14, LEX nr 1439334. Warto dodać, że z poglądem tym częściowo wchodzi w polemikę K. Nazar. Autorka ta bowiem stwierdza: „Niewątpliwie nastawienie psychiczne sprawcy przestępstwa uporczywego nękania charakteryzuje się nieustępliwością, uporem, lecz nie sposób przyjąć, że nieustępliwość nękania to «trwanie w swego rodzaju porze, pomimo próśb i upomnień pochodzących od pokrzywdzonego lub innych osób o zaprzestanie przedmiotowych zachowań». O ile w przypadku przestępstwa niealimentacji sprawca trwa w uporze na przekór ewentualnym próbom zmiany jego postępowania (...), o tyle w przypadku uporczywego nękania próśby czy upomnienia pochodzące od pokrzywdzonego, innych osób lub instytucji (np. policję) nie należą do ustawowych znamion przepisu art. 190a § 1 k.k.”. K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 311. Zgodzić się należy z autorką, że próśby, upomnienia czy inne sposoby wpłynięcia na sprawcę ażeby zaprzestał nękać pokrzywdzonego nie stanowią znamienia analizowanego przestępstwa. Niemniej należy zwrócić uwagę, że SA we Wrocławiu formułuje swój pogląd na gruncie dawnego brzemienia art. 209 § 1 k.k., stąd też nie należy czynić zarzutu sądowi, iż może ujmować pewne elementy, których ustawodawca nie zawarł w art. 190a § 1 k.k. Nie można się zgodzić natomiast z cytowaną autorką, że nieustępliwość na gruncie przestępstwa uporczywego nękania nie jest trwaniem w uporze pomimo próśb o zaprzestanie działań czy innych form oddziaływania na sprawcę. To, że próśby te nie stanowią znamienia czynności wykonawczej to nie znaczy, że nie są one obojętne dla procesów motywacyjnych sprawcy. Wszakże może być tak, że próśby pokrzywdzonego o zaprzestanie nękania będą stanowiły dla sprawcy bodziec do dalszego nękania (być może nawet bardziej intensywnego aniżeli przed sformułowaniem owej próśby).

wości (rozważania te były prowadzone w kontekście art. 186 k.k. z 1969 r.) oraz na fakt, że znamię uporczywości wskazuje na wyraźną złą wolę domniemanego sprawcy⁵⁵⁸. Wartym przytoczenia jest również pogląd wyrażony w Uchwale SN z dnia 9 czerwca 1976 r. W przywołanym orzeczeniu sąd stwierdził, iż: „Znamię uporczywości łączy w sobie dwa elementy. Jeden z nich 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)”⁵⁵⁹. Natomiast w wyroku z dnia 5 stycznia 2001 r. SN analizując znamię uporczywości w kontekście przestępstwa uporczywej niealimentacji zauważył, że: „W przepisie art. 209 k.k. ustawodawca posłużył się znamieniem podmiotowo-przedmiotowym «uporczywości», które oznacza, że musi wystąpić właśnie wielokrotność zaniechań na przestrzeni pewnego czasu, a ponadto znamię to wyraża psychiczne nastawienie sprawcy, który uchyla się od obowiązku wykonania świadczeń alimentacyjnych, pomimo realnej możliwości ich spełnienia”⁵⁶⁰. Z kolei w innym orzeczeniu SN na gruncie art. 190a § 1 k.k. o uporczywości twierdzi następująco: „Uporczywość, polegająca na powtarzalności takich zachowań, wbrew woli pokrzywdzonych, na zasadzaniu się na wybrane osoby w celu złośliwego dokuczania im, czynienie ich życia nieznośnym, odbiera chęć do zwyczajnej aktywności i jest przestępstwem”⁵⁶¹.

Z przytoczonych orzeczeń wywieść można, że uporczywość ma charakter mieszany (podmiotowo-przedmiotowy). Z jednej strony znamię uporczywości określa *modus operandi* sprawcy, polegający na długotrwałym przekraczaniu normy sankcjonowanej (element przedmiotowy). Z drugiej strony, zaś określa stosunek psychiczny sprawcy do popełnianego przez niego czynu, a mianowicie nieustępliwość w działaniu przestępnym. W niektórych orzeczeniach wskazuje się także na wartościujący charakter tego znamienia oraz na to, że uporczywość oznacza wielokrotność zachowań.

⁵⁵⁸ Zob. Wyrok SN z dnia 27 lutego 1996 r., sygn. II KRN 200/95, LEX nr 25594.

⁵⁵⁹ Uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., sygn. VI KZP 13/75, OSNKW 1976/7-8/86.

⁵⁶⁰ Wyrok SN z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. V KKN 504/00, OSNKW 2001/7-8/57.

⁵⁶¹ Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16, OSNKW 2017/8/44.

Z kolei w doktrynie wskazuje się, że pojęcie uporczywości nie ma charakteru jednorodnego i znamię to powinno oceniać się w kategoriach subiektywno-objektywnych, co wynika z dualistyczności tego pojęcia określającej zachowanie sprawcy jak i jego postawę psychiczną względem popełnianego przezeń czynu⁵⁶². Według R. Krajewskiego użycie zwrotu „uporczywe nękanie” wskazuje, że ustawodawca penalizuje wyłącznie pewien kwalifikowany typ nękania. Nadto zdaniem cytowanego autora ustawodawca kierował się nie tym, żeby zawęzić ochronę prawną ofiar nękania, lecz chęcią zapewnienia gwarancji ochrony przed pochopnym przypisywaniu cech takich zachowań osobom, które w odbiorze innych osób je nękały, ale nękanie to nie było uporczywe⁵⁶³. Przy analizie tego znamienia w piśmiennictwie powiela się również wnioski wynikające z orzecznictwa wskazując na element przedmiotowy i podmiotowy uporczywości⁵⁶⁴, stwierdzając, że znamię uporczywości wskazuje na konieczność wystąpienia co najmniej dwóch zachowań się sprawcy⁵⁶⁵. Można spotkać się również z twierdzeniami, iż znamię uporczywości powoduje, że analizowane przestępstwo może zostać popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim⁵⁶⁶. Nadto pojawiają się głosy, że ustawodawca przez użycie znamienia uporczywości zawęził ochronę karnoprawną pokrzywdzonego⁵⁶⁷. A. Zoll dodatkowo wskazuje, że znamię uporczywości wskazuje na sytuację, gdy zachowania sprawcy są kontynuowane pomimo sprzeciwu pokrzywdzonego. Twierdzi także, iż znamię uporczywości wskazuje na szczególne nastawienie psychiczne⁵⁶⁸. Z kolei M. Berent i M. Filar znamię uporczywości odczytują jako obowiązek umyślnego działania sprawcy, przy czym ich zdaniem nie jest wymagane, aby umyślność przybrała formę *dolus coloratus*⁵⁶⁹. J. Lachowski upatruje w znamieniu

⁵⁶² Zob. M. Staręga, *Stalking jako nowy czyn zabroniony w polskim prawie karnym. Aspekt prawny oraz znaczenie społeczne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach. Seria: Administracja i Zarządzanie”, nr 94, 2012, s. 194-195.

⁵⁶³ Zob. R. Krajewski, *Przestępstwo nękania...*, s. 25.

⁵⁶⁴ Zob. A. Golonka, *Uporczywe nękanie...*, s. 93; R. Krajewski, *Uporczywe nękanie...*, s. 24; M. Jachimowicz, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 45; M. Malessa, *Przestępstwo uporczywego nękania w polskim prawie karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 4, s. 67; J. Długosz, *O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu* [w:] B. Orłowska-Zielińska, S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2011, s. 254 czy N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014, s. 470. Odwrotnie twierdzą M. Królikowski i A. Sakowicz. Ich zdaniem znamię uporczywości oddaje wyłącznie element podmiotowy, co wynika z charakteru nękania. Zob. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 541.

⁵⁶⁵ Zob. A. Golonka, *Uporczywe nękanie...*, s. 93; N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 190a...*, s. 470; J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1090 czy M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 541.

⁵⁶⁶ Zob. M. Staręga, *Stalking jako...*, s. 194; N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 190a k.k.*, s. 471 czy J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a k.k.*, s. 1092.

⁵⁶⁷ Zob. M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, s. 463; M. Budyn-Kulik, *Komentarz do zmian...*, teza 22 czy A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] T. Bojarski, *Kodeks karny...*, s. 533.

⁵⁶⁸ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 117 – 211a*, Warszawa 2017, s. 592.

⁵⁶⁹ Zob. M. Berent, M. Filar, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 1175.

nękania również konieczność ignorowania: „(...) przez sprawcę częstych próśb osoby pokrzywdzonej o zaprzestanie zachowań wzbudzających w niej poczucie zagrożenia lub naruszających jej prywatność”⁵⁷⁰. K. Cygan stwierdza, że znamię uporczywości wyraża konieczność istnienia po stronie sprawcy „absolutnie złej woli”⁵⁷¹. G. Mania i M. Szafrąńska czynią dość oczywistą uwagę, że uporczywy charakter mogą mieć zachowania podejmowane przez różne podmioty na zlecenie sprawcy polecającego⁵⁷². S. Kowalski uważa, że znamię uporczywości zakłada świadomość sprawcy, że jego zachowanie jest niechciane i niepożądane przez pokrzywdzonego⁵⁷³. K. Nazar wyraża wątpliwości, czy ze względu na różnice w brzmieniu art. 190a § 1 i art. 209 k.k. (w dawnym jego brzmieniu) można odnieść wykładnię znamienia uporczywości poczynioną na gruncie drugiego z tych przepisów⁵⁷⁴. Wspomniana autorka konkludując owe wątpliwości wskazuje, że nie powinno przenosić się wprost rozważań poczynionych na gruncie art. 209 k.k. na rozważania odnośnie przestępstwa uporczywego nękania⁵⁷⁵. W doktrynie (w szczególności głosi ten pogląd M. Mozgawa) wyraża się też pogląd zgodnie, z którym znamię to stanowi *superfluum* ustawowe, gdyż uporczywość zawiera się już w samej definicji nękania⁵⁷⁶.

Przed przystąpieniem do autorskiej analizy i oceny znamienia uporczywości zasadne wydaje się odpowiedzieć na pytanie, jak długo sprawca musi dopuszczać się swoich zachowań względem pokrzywdzonego, aby móc mówić o nękanii czy też o uporczywym nękanii. Ustawa karna w żaden sposób nie udziela odpowiedzi na to pytanie. Pewną wskazówkę może stanowić przytoczony wyżej fragment wyroku SN z dnia 9 czerwca 1976 r., gdzie sąd jako przykład uporczywości podaje niepłacenie alimentów przez trzy miesiące⁵⁷⁷. Niemniej, abstrahując nawet od tego, że rozważania były prowadzone w kontekście innego przepisu i innej ustawy,

⁵⁷⁰ J. Lachowski, *Komentarz do art. 190a...*, s. 911.

⁵⁷¹ Zob. K. Cygan, *Postulaty de lege lata i de lege ferenda dotyczące uporczywego nękania jako czynności sprawczej przestępstwa stypizowanego w art. 190a § 1 k.k.* [w:] W. Cieślak, S. Pikulski, M. Romańczuk-Grącka (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015, s. 235.

⁵⁷² Zob. G. Mania, M. Szafrąńska, *Ochrona przed stalkingiem...*, s. 92.

⁵⁷³ Zob. S. Kowalski, *Stalking w miejscu...*, s. 2.

⁵⁷⁴ Zob. K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 310 oraz K. Nazar, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2016 r., IV KK 196/15, „Palestra” 2016, nr 7-8*, s. 179.

⁵⁷⁵ Zob. K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 311 oraz K. Nazar, *Glosa do wyroku...*, s. 180.

⁵⁷⁶ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 12; M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 54; M. Mozgawa, *A few comments...*, s. 80 czy P. Furman, *Próba analizy...*, s. 49.

⁵⁷⁷ Niewłaściwie zatem odczytują twierdzenie SN M. Budyn-Kulik oraz M. Mozgawa twierdząc, iż znamię uporczywości na gruncie art. 190a § 1 k.k. powinno być inaczej interpretowane, aniżeli jak przy dawnym brzmieniu art. 209 k.k., co ma wynikać z przyjętej przez SN konieczności wystąpienia czasookresu co najmniej 3 miesięcy. Wynika to z faktu, że autorzy ci błędnie odczytali uzasadnienie wyroku SN przez co traktują przykład podany przez sąd jako zasadę. Skoro mamy do czynienia z podaniem przykładu to można stwierdzić, że zapewne sąd dopuszcza jako uporczywe inne (krótsze lub dłuższe) sytuacje. Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 33.

należy zauważyć, że jest to wyłącznie przykład podany w nawiasie najpewniej mający ilustrować istotę problemu, nie zaś stanowić jego zupełne rozwiązanie. Nadto mamy do czynienia z osobliwym typem czynu zabronionego, bowiem osadzonego głęboko w emocjach, uczuciach i przeżyciach ludzi. Wydaje się więc, że arbitralne przyjęcia określonego czasookresu jako przesłanki niezbędnej, aby móc stwierdzić przekroczenie normy sankcjonowanej z art. 190a § 1 k.k. byłoby co najmniej nietrafione. Wydaje się też, że czasookres nękania jest kwestią indywidualną, a co za tym idzie jest zróżnicowany w zależności od stanu faktycznego. Warto w tym miejscu odwołać się do badań empirycznych, w których to badano okres nękania ofiar przez *stalkerów*. R. Purcell wraz z zespołem wskazują, że w większości badanych przez nich przypadków (tj. 55% badanych) nękanie dłużej niż dwa tygodnie. W pozostałych 45% przypadkach, nękanie zaczęło ustawać po dwóch tygodniach⁵⁷⁸. Z kolei A. Stachelska dokonała analizy akt sądowych znajdujących się w SR w Białymstoku. Treść tych akt dotyczyła postępowań karnych o czyn z art. 190a k.k.⁵⁷⁹. Na gruncie analizowanego problemu odwołać się należy wyłącznie do części badań dotyczącej długości nękania pokrzywdzonych. Rozpiętość czasowa nękania wykazana w niniejszym badaniu wynosiła okres od poniżej 7 dni do poniżej 5 lat⁵⁸⁰. Okres nękania trwający mniej niż 7 dni autorka stwierdziła tylko w jednej z analizowanych spraw. Okres od 1 tygodnia do poniżej jednego miesiąca występował w czterech sprawach. Kolejny z wyróżnionych przez autorkę okresów tj. od 1 miesiąca do poniżej 6 miesięcy występował w 27 sprawach (jest to najwyższa liczba spraw). W 24 sprawach do nękania dochodziło w przedziale 6 miesięcy do poniżej jednego roku. Okres od 1 roku do poniżej 2 lat występował w czterech sprawach. W takiej samej ilości spraw okres nękania wynosił od 2 lat do poniżej 5 lat⁵⁸¹. Warto zwrócić również uwagę na badanie przeprowadzone przez D. Woźniakowską-Fajst, które dotyczyło zjawiska *stalkingu* wśród studentów Uniwersytetu Warszawskiego. Autorka dochodzi do konkluzji, że nękanie było najczęściej krótkotrwałe, zazwyczaj nietrwało dłużej niż 3 miesiące (zazwyczaj od 1 miesiąca do 3 miesięcy). Zdarzały się również wśród grupy

⁵⁷⁸ Zob. P.E. Mullen, M. Pathé, R. Purcell, *Editorial: When do repeated intrusions become stalking*, „Journal of Forensic Psychiatry and Psychology”, vol. 15, issue 4, 2004. Pobrano z: [https://researchbank.swinburne.edu.au/file/6d3339d3-e2a4-4713-93ac-0fdb1b13c315/1/PDF%20\(Accepted%20manuscript\).pdf](https://researchbank.swinburne.edu.au/file/6d3339d3-e2a4-4713-93ac-0fdb1b13c315/1/PDF%20(Accepted%20manuscript).pdf) [dostęp: 15.08.2019].

⁵⁷⁹ Zob. A. Stachelska, *Przestępstwo stalkingu w świetle badań białostockiej szkoły kryminologii*, „Zeszyty Prawnicze” 2018, vol. 18, nr 2, s. 156.

⁵⁸⁰ Autorka przyjęła jeszcze kryterium „powyżej 5 lat”, ale w żadnej z analizowanych przez autorkę spraw nie wystąpiła taka długość nękania.

⁵⁸¹ Zob. A. Stachelska, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 160-161.

badawczej przypadki, w których nękanie trwało dłużej aniżeli 3 miesiące. Były również przypadki, gdzie nękanie trwało 3 lata lub dłużej, jednak była to sytuacja dość rzadka⁵⁸². Przechodząc do wskazania szczegółowych danych to prezentują się one następująco: okres mniej niż tygodnia – 2,1%, ponad tydzień, mniej niż miesiąc - 19,7 %, od 1 do 3 miesięcy - 26 %, od 4 do 5 miesięcy - 10,6 %, od 6 do 11 miesięcy - 6,3 %, od roku do 2 lat - 14 %, 3 lata i dłużej - 1,4 %⁵⁸³. J. Skarżyńska-Sernaglia w okresie od stycznia do czerwca 2006 r. przeprowadziła badanie na próbie reprezentatywnej 984 mężczyzn i 1016 kobiet w wieku 16-69 lat. Odnośnie do okresu nękania autorka doszła do wniosku, że średni okres nękania to 18 miesięcy, zaś precyzując rezultaty badania wskazuje, że dla 81% ofiar okres prześladowania wynosił od kilku miesięcy do 2 lat, zaś najdłuższy okres nękania to 8 lat⁵⁸⁴. A. Siemaszko z zespołem w swoich badaniach dotyczących skali nękania w Polsce, odnieśli się do czasu trwania nękania. Wskazali oni na czasookres nękania badanych, którzy stwierdzili, że są ofiarami *stalkingu*. Wyniki przedstawiają się następująco: na okres nękania poniżej tygodnia wskazało 5 % badanych, na okres od 1 tygodnia do miesiąca – 13%, od 1 do 3 miesięcy – 17,3%, od 4 do 5 miesięcy – 4,8%, od 6 do 11 miesięcy – 8,1%, od roku do 2 lat – 13,8%, 3 lata i więcej – 15 %. Warto także dodać, że 19,9 % badanych stwierdziło, że nękanie trwa nadal, zaś 3,1% nie potrafiło wskazać okresu przez jaki byli nękani⁵⁸⁵. Przetawione badania potwierdzają, że jednoznaczna odpowiedź na pytanie o okres niezbędny do przyjęcia, że zachowania (zachowanie) sprawcy stanowią nękanie jest niemożliwa. Warto również wskazać, że w zależności od badania wyniki różnią się od siebie. Wydaje się, że główną przyczyną tych mniejszych bądź większych różnic są różnice w składzie i liczebności grupy badawczej, różnice w miejscu wykonywania badań i być może, w mniejszym zakresie, różnice w czasie wykonywania poszczególnych badań. Dla lepszego zobrazowania przedstawionych wyżej wyników zostaną one przedstawione poniżej w formie wykresu.

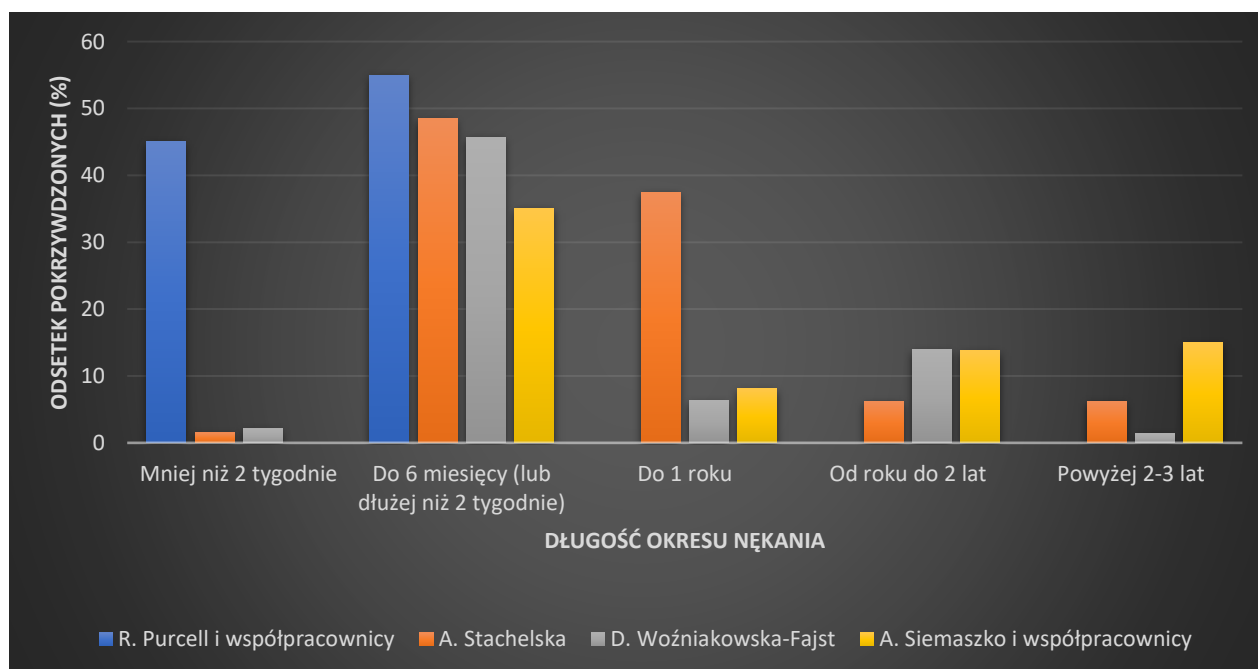
⁵⁸² Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Nękanie emocjonalne (stalking) w doświadczeniu studentów Uniwersytetu Warszawskiego*, „Biuletyn PTK” 2016, nr 23, s. 49-50.

⁵⁸³ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Nękanie emocjonalne...*, s. 50.

⁵⁸⁴ Zob. J. Skarżyńska-Sernaglia, *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*, <http://psychologia.net.pl/artukul.php?level=415> [dostęp: 20.08.2019].

⁵⁸⁵ Zob. B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, A. Siemaszko (red.), D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce...*, s. 51-52.

Wykres 1. Okres trwania nękania w świetle badań empirycznych⁵⁸⁶



Źródło: opracowanie własne na podstawie wyżej wskazanej literatury

Na wstępie własnych rozważań nad znamieniem uporczywości należy wskazać, że w tym miejscu nie będzie analizowany pogląd zgodnie, z którym znamię uporczywości wskazuje na ograniczenie strony podmiotowej analizowanego czynu zabronionego wyłącznie do zamiaru bezpośredniego. Rozważania tego problemu zostaną podjęte w fragmencie pracy dotyczącym strony podmiotowej przestępstwa uporczywego nękania. Przechodząc do *meritum*, w pierwszej kolejności należy się odnieść do poglądu, że znamię uporczywości przesądza o tym, że przekroczenie normy sankcjonowanej wysłowione w art. 190a § 1 k.k. nastąpi, gdy sprawca dopuści się co najmniej dwóch zachowań. Wydaje się, że doktryna pogląd ten przejęła z orzecznictwa, które to analizowało ten problem z perspektywy przestępstwa uporczywej niealimentacji⁵⁸⁷. Należy wziąć pod uwagę, że pomiędzy przestępstwem uporczywego nękania a przestępstwem uporczywej alimentacji zachodziły istotne różnice, zwłaszcza w przedmiocie przestępstwa. W przypadku uporczywego nękania przedmiotem przestępstwa jest człowiek, zaś w przypadku przestępstwa niealimentacji przedmiotem, niezależnie od zmiany brzmienia art.

⁵⁸⁶ W tabeli podano rezultaty tych badań, w których można było wyliczyć odsetek procentowy pokrzywdzonych, którzy byli ofiarami nękania przez dany okres (stąd też na wykresie nie wskazano wyników badań J. Skarzyńskiej-Sernegalii). Ponadto ze względu na różne przedziały czasu określone w badaniach, niekiedy przyporządkowanie określonego odsetku pokrzywdzonych do wyróżnionych w wykresie przedziałów czasowych może być nie zawsze w pełni precyzyjne. Niemniej dla czytelności wykresu nie wskazano było nanoszenie wszystkich przedziałów czasowych wyróżnionych przez autorów badań i w związku postanowiono w wykresie ujednoczyć te przedziały.

⁵⁸⁷ Należy na marginesie dodać, że przywołane w niniejszej pracy orzeczenia w tej materii odnoszą się do brzmienia sprzed nowelizacji tego przepisu. Obecnie w art. 209 § 1 k.k. nie używa się znamienia uporczywości, tylko wskazuje się wprost na wysokość lub okres niespełnionych świadczeń.

209 k.k., jest pewne świadczenie okresowe. Takie przenoszenie wprost pewnych wniosków czynionych w aspekcie odmiennego czynu zabronionego może skutkować tym, że pewien wniosek będzie sprzeczny z istotą analizowanego czynu zabronionego. Zatem zgodzić należy się z K. Nazar, że nie można przenieść wprost znaczenia uporczywości na gruncie dawnego brzmienia art. 209 na uporczywość, o której mowa w art. 190a § 1 k.k. Niemniej kierując się założeniem o racjonalności prawodawcy nie można się zupełnie „odcinać” od znaczenia przyjętego na gruncie historycznego już ukształtowania znamion przestępstwa uporczywej niealimentacji. Konieczne jest wyłącznie „dopasowanie” tego znaczenia do specyfiki przestępstwa uporczywego nękania. Jak wielokrotnie podkreślano nękania można się dopuścić zarówno jednym i jak wieloma zachowaniami. Przytoczone poglądy orzecznictwa dotyczące analizowanego znamienia ze względu na swoją konstrukcję stanowią pewne poglądy na temat uporczywości, nie zaś ich definicję. W tej sytuacji nie należy się więc „odcinać” od znaczenia słownikowego, które to znaczenie wskazuje, że uporczywość oceniać należy według kryterium czasowego, nie zaś ilościowego. W konsekwencji znamię uporczywości nie wskazuje na to, że nękanie penalizowane przez art. 190a § 1 k.k. musi zostać popełnione przez wiele zachowań (co najmniej dwa).

Kolejnym zagadnieniem, które już zostało zasygnalizowane, a wymaga rozwinięcia jest kwestia zbędności tego znamienia w kontekście omawianego przestępstwa. M. Mozgawa twierdzi, że warunek uporczywości zawiera się w znamieniu nękania, a także wskazuje na to, że znamię to stanowi implikację zbędnych warunków⁵⁸⁸. J. Kosonoga co prawda uważa omawiane znamię za potrzebne, ale sygnalizuje wątpliwości związane ze zbędnością znamienia i nazywa je pleonazmem⁵⁸⁹. M. Marciniak, co prawda podziela pogląd o zbędności znamienia nękania, lecz wskazuje na uzasadnienie, które mogłoby przemawiać za umieszczeniem tego znamienia w art. 190a § 1 k.k. Zdaniem tej autorki: „(...) zakładając racjonalność ustawodawcy, który zbytecznie nie powielałby w opisie czynu dwukrotnie tego samego znamienia, należy założyć, iż intencją ustawodawcy było wskazanie nie tylko na powtarzalność zachowań, ale też na ich wydzwięk pejoratywny, cechujący się złą wolą oraz negatywnym zabarwieniem emocjonalnym zachowania sprawcy”⁵⁹⁰. Analizując tę kwestię trzeba po raz kolejny powtórzyć, że istotą nękania jest rozciągnięcie w czasie zachowania lub zachowań sprawcy. Z definicji słownikowych

⁵⁸⁸ Zob. M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 54 czy M. Mozgawa, *Kilka uwag na temat przestępstwa uporczywego nękania (art. 190a k.k.)* [w:] P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012, s. 1249.

⁵⁸⁹ Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1090.

⁵⁹⁰ M. Marciniak, *Złośliwe niepokojenie a uporczywe nękanie – podobieństwa i różnice*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2015, nr 3, s. 101.

nękania wynika, że jest ono ustawicznym dręczeniem kogoś. Warto przedstawić przykładowe definicje słownikowe wyrazu „ustawiczny”:

1. w „Małym słowniku języka polskiego” pod redakcją E. Sobol wyraz „ustawiczny” definiowany jest jako „bezustanny, ciągły, nieprzerwany”⁵⁹¹;

2. w „Słowniku języka polskiego” pod redakcją M. Szymczak wyraz „ustawiczny” znaczy tyle, co „ciągły, nieprzerwany, stały”⁵⁹²;

3. w „Słowniku Współczesnego Języka Polskiego” pod redakcją B. Dunaja wyraz ten definiowany jest jako: „trwający ciągle, długo, przewlekły, nieustanny, stały, nie kończący się, powtarzający się”⁵⁹³.

Jak można zauważyć wyraz ustawiczny na gruncie przytoczonych definicji stanowi synonim wyrazu uporczywy. Wydaje się więc trafne twierdzenie M. Mozgawy, że uporczywość zawiera się w znamieniu nękania. Jak autor niniejszej pracy wskazywał w innym opracowaniu: „(...) ujęcie w przepisie znamienia uporczywości powoduje powtórzenie znamienia uporczywości jakie można wywieść z definicji wyrazu «nękanie»”⁵⁹⁴.

Idąc dalej, można próbować szukać uzasadnienia dla powtórzenia tego znamienia. Argument, o którym mowa już była wcześniej przytoczył R. Krajewski. Niemniej nie można zgodzić się z autorem, że uporczywe nękanie jest formą kwalifikowaną nękania. Żeby można nazwać określone zjawisko formą kwalifikowaną innego zjawiska (zjawiska podstawowego), to takie zjawisko powinno mieć cechy zjawiska podstawowego i dodatkowo inne cechy albo modyfikować pewne cechy zjawiska podstawowego. Skoro uporczywość zawiera się już w nękanii to nie mamy do czynienia z modyfikacją nękania. Być może mogłyby pojawić się w tym miejscu głosy, że uporczywość stanowi dookreślenie nękania. Ale i tak ten pogląd nie zasługuje na aprobatę. Nazwa nękanie *per se* jest nazwą nieostrą, gdyż *in abstracto* nie można w sposób należyty metodologicznie dookreślić jej, żeby usunąć pas nieostrości tej nazwy lub go zminimalizować. Co więcej zwrot ten jest zwrotem nad wyraz pojemnym znaczeniowo. Nazwą nieostrą i pojemną znaczeniowo jest też nazwa „uporczywy”. Modyfikacja nękania wyglądałaby więc tak, że tak kwalifikowany typ nękania byłby „uporczywym uporczywym nękaniiem”. Stworzenie typu kwalifikowanego (czy też doprecyzowanie) nazwy niedookreślonej następuje więc przez dodanie zwrotu niedookreślonego, więc nie mielibyśmy do czynienia z modyfikacją

⁵⁹¹ E. Sobol (red.), *Mały słownik...*, s. 990.

⁵⁹² M. Szymczak (red.), *Słownik języka polskiego*, s. 624.

⁵⁹³ B. Dunaj, *Słownik współczesnego...*, s. 1191.

⁵⁹⁴ M. Galiński, *Problematyka przestępstwa uporczywego nękania*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2019, vol. XXII, nr 41, s. 74.

podstawowego typu, lecz ze stworzeniem tautologii. M. Marciniak dokonując próby uzasadnienia umieszczenia tego znamienia w art. 190a § 1 k.k. dokonuje argumentacji *prima facie* poprawnej, zwłaszcza z punktu widzenia wykładni prawa. Oczywiście zakładając racjonalność ustawodawcy, należy w uporczywości szukać „czegoś” czego nie można znaleźć w znamieniu nękania. Niemniej, skoro nękanie może składać się tylko z jednego zachowania rozciągniętego w czasie, to ustawodawca chcąc wyeksponować konieczność wielości zachowań poprzez stworzenie dodatkowego znamienia postąpił błędnie. Wszakże jak już wskazano uporczywość nie oznacza wielości zachowań. Stąd też uwaga autorki jest bardziej stwierdzeniem, o nieracjonalności prawodawcy, który posługuje się określonymi zwrotami niezgodnie z ich znaczeniem. Idąc dalej, autorka ta uważa, iż znamię uporczywości ma na celu wyrażenie pejoratywności nękania (rozumianej przez autorkę jako złą wolą oraz negatywne zabarwienie emocjonalne zachowania sprawcy), co wywodzi kierując się zasadą o racjonalności prawodawcy. Oczywiście jak wskazano kilka zdań temu, uporczywość wyraża pewne elementy stosunku psychicznego sprawcy do popełnianego przez niego nękania. Niemniej nie można uznać, że czyni pejoratywnym nękanie. Wynika to z tego, że pejoratywność odnosi się bardziej do oceny zachowania aniżeli do motywacji sprawcy. Z kolei norma prawna (dodajmy, że chodzi o normę prawną merytoryczną) jako wypowiedź określonego adresatowi w określonych okolicznościach zakazująca lub nakazująca określonego zachowania, nie jest nośnikiem oceny. Skoro norma merytoryczna nie zawiera oceny określonego zachowania⁵⁹⁵, to tym bardziej nie zawiera jej warstwa deskryptywna, która jest nośnikiem normy prawnej. Stąd też uznanie, że ustawodawca chciał wyrazić przez posłużenie się wspomnianym znamieniem pejoratywności nękania nie jest zasadne. Aczkolwiek należy przyznać rację autorce, która dostrzega w znamieniu nękania element akcentujący stosunek psychiczny sprawcy do popełnianego przezeń przestępstwa. Na sam koniec rozważań należy odnieść się do poglądu M. Mozgawy dotyczącego implikowania dodatkowych warunków przez znamię uporczywości. I ten pogląd wydaje się nietrafny. Skoro uporczywość zawiera się w nękanii, a uporczywość jest zwrotem niedookreślonym, to nie można mówić o implikacji dodatkowych warunków. Mamy tutaj do czynienia ze stworzeniem pleonazmu, gdyż jedna z cech nękania zostaje powtórzona.

Po dokonaniu analizy czynności sprawczej należy rozważyć kwestię postaci jaką nękanie może przybrać (chodzi tutaj o postać działania lub zaniechania). Poczynione już wnioski

⁵⁹⁵ Przez tak pojmowaną ocenę należy rozumieć przeżycie psychiczne aprobaty lub dezaprobaty danego zachowania, zjawiska, osoby itd. Por. C. Znamierowski, *Oceny i normy*, Warszawa 1957, s. 194-195 oraz C. Znamierowski, *Z abecadła...*, s. 116-117.

pozwalają stwierdzić, że czyn z art. 190a § 1 k.k. przybiera niewątpliwie formę działania, bowiem mamy do czynienia z pewną aktywnością sprawcy. W dodatku z aktywnością cechującą się rozciągnięciem w czasie. Wątpliwości mogą pojawić się w przypadku rozważania możliwości popełnienia przestępstwa uporczywego nękania przez zaniechanie. W doktrynie można spotkać się z dwojakim spojrzeniem na ten pogląd. Pierwszy z poglądów jest poglądem dopuszczającym popełnienie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. przez zaniechanie⁵⁹⁶. M. Mozgawa w kontekście tego poglądu czyni uwagę, że taka forma nękania stanowi sytuację wyjątkową⁵⁹⁷. Cytowany autor jako przykłady nękania przez zaniechanie wskazuje: niewywożenie śmieci przez pewien okres, uporczywe uchylanie się od dokonywania niezbędnych napraw np. przez administratora budynku czy właściciela kamienicy czy też niesprzątanie klatki schodowej przez osoby do tego obowiązane⁵⁹⁸. A. Golonka jako przykład nękania przez zaniechanie podaje wynikające z bezmyślności czy braku zrozumienia, niewyłączenie głośno pracującego urządzenia, które to zakłóca spokój nocny sąsiadom⁵⁹⁹. P. Furman jako przykład nękania przez zaniechanie podaje celowe utrzymywanie przez sprawcę jakiegoś bezprawnego stanu wywołującego u pokrzywdzonego poczucie zagrożenia bądź naruszającego jego prywatność poprzez nieusunięcie tego stanu⁶⁰⁰. D. Woźniakowska-Fajst twierdzi natomiast, że określone zaniechania mogą zostać uznane za nękanie, jeśli skutkiem tych zaniechań jest zaszczucie pokrzywdzonego czy wywołanie w nim lęku⁶⁰¹. Drugi z poglądów neguje możliwość dopuszczenia się nękania w postaci zaniechania⁶⁰². M. Berent i M. Filar nie argumentują szerzej przyjętego przez siebie poglądu. A. Zoll wskazuje, że przykład przywołany przez A. Golonkę można pożytywać jako formę działania. Ponadto zdaniem tego autora za możliwością popełnienia nękania wyłącznie w formie działania przemawia fakt, że ze względu na konstrukcję tego typu czynu zabronionego trudno skonstruować funkcję gwaranta nienastąpienia skutku⁶⁰³.

Odnosząc się do tej kwestii, zaaprobować należy pogląd dopuszczający możliwość popełnienia przestępstwa uporczywego nękania poprzez zaniechanie. Istotne znaczenie dla analizowanego problemu ma art. 2 k.k. Przypomnijmy, że zgodnie z tym przepisem: „Odpowiedzialności karnej za przestępstwo skutkowe popełnione przez zaniechanie podlega ten tylko, na kim

⁵⁹⁶ Zob. M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, s. 463; M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 56; A. Golonka, *Uporczywe nękanie...*, s. 91; P. Furman, *Próba analizy...*, s. 44 oraz M. Kusion, *Stalking i cyberbullying w polskim prawie karnym* [w:] Z.M. Dymińska (red.), *Konteksty prawa i praw człowieka*, Kraków 2012, s. 98.

⁵⁹⁷ Zob. M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 56, M. Mozgawa, *Kilka uwag...*, s. 1249 czy M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 10.

⁵⁹⁸ Zob. M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 56.

⁵⁹⁹ Zob. A. Golonka, *Uporczywe nękanie...*, s. 91.

⁶⁰⁰ Zob. P. Furman, *Próba analizy...*, s. 44.

⁶⁰¹ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 113.

⁶⁰² Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 190a...*, s. 592 czy M. Berent, M. Filar, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1174.

⁶⁰³ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 190a...*, s. 592.

ciężył prawny, szczególny obowiązek zapobiegnięcia skutkowi”. W konsekwencji, w przypadku przestępstw skutkowych popełnianych przez zaniechanie musi istnieć gwarant nienastąpienia skutku, który to obowiązany jest zapobiec skutkowi. Najpewniej A. Zoll oparł swój pogląd na założeniu, że w przypadku przestępstwa nękania nie można mówić wprost o normie nakazującej adresatowi zapobiegnięcia nastąpienia skutku w postaci spowodowania u pokrzywdzonego uzasadnionego poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnego naruszenia prywatności. W tym kontekście pojawia się pytanie o treść normy, której adresatem jest gwarant nienastąpienia skutku. J. Majewski rekonstruując brzmienie normy, której adresatem jest gwarant nienastąpienia skutku stwierdza: „(...) norma statuująca obowiązki gwaranta nie nakazuje jakiegokolwiek postępowania samo przez się, jakiegoś postępowania określonego w sposób formalny, ale nakazuje spowodowanie określonego stanu rzeczy – zapewnienie stanu bezpieczeństwa dobru prawnemu nad którym gwarant ma pieczę”⁶⁰⁴. Cytowany autor stwierdza, że warunkiem *sine qua non*, a zarazem co do zasady warunkiem wystarczającym do przypisania gwarantowi skutku w wypadku zaniechanie jest przekroczenie normy statuującej ochronę określonego dobra przed niebezpieczeństwem⁶⁰⁵. W doktrynie wskazuje się, że taka norma jest normą sankcjonowaną⁶⁰⁶. Konsekwencją tego jest to, że źródłem obowiązku gwaranta może być wyłącznie ustawa, zaś z normą ustanawiającą obowiązki gwaranta musi być sprzężona norma sankcjonująca. Jak wskazano nękanie jest zachowaniem, które może przybierać różne postacie i chroni szeroki zakres dóbr. Można wyobrazić sobie sytuację, że ktoś jest obowiązany do zapewnienia czyjego bezpieczeństwa, jednak niecha swojego obowiązku⁶⁰⁷, co wiąże się z przekroczeniem normy statuującej obowiązek gwaranta nakazującej zapewnić stan bezpieczeństwa określonemu podmiotowi czy podmiotom. Co istotne owe zaniechanie jest determinowane wiedzą, że w przypadku rozciągniętego w czasie odstąpienia od troszczenia się o dobro w postaci bezpieczeństwa danemu podmiotowi/podmiotom doprowadzi on do krzywdy psychicznej osób, którym ma zapewnić ochronę przed wystąpieniem określonego (określonych) negatywnych skutków czyichś działań czy zaniechań lub przez skutkami działania *vis maior*. Gwarant wykazuje również wolę udręczenia przez swoje zaniechanie tej osoby (osób). Niewątpliwie w takiej sytuacji przekracza on nie tylko normę statuującą jego obowiązek, ale także normę sankcjonowaną zawartą w art. 190a § 1 k.k. Przykład ten uwidacznia, że możliwe

⁶⁰⁴ J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997, s. 74-75.

⁶⁰⁵ Zob. J. Majewski, *Prawnokarne przypisanie...*, s. 85.

⁶⁰⁶ Zob. D. Tokarczyk, *Obowiązek gwaranta w prawie karnym*, RPEiS 2014, z. 4, s. 204-205.

⁶⁰⁷ Korzystając z przedstawionej wcześniej definicji zaniechania można powiedzieć, że wykonuje inną czynność aniżeli ochrona tego dobra.

jest dopuszczenie się nękania przez zaniechanie, przy czym w takiej sytuacji sprawca jednocześnie przekracza co najmniej dwie normy sankcjonowane.

Można się zastanowić czy z warstwy deskryptywnej art. 190a § 1 k.k. można dekodować normę wyznaczającą obowiązek gwaranta ochrony określonego dobra. Norma taka byłaby niewątpliwie normą merytoryczną, a więc wskazującą adresata, okoliczności, nakaz lub zakaz zachowania oraz zachowanie będące przedmiotem nakazu lub zakazu. Skoro norma ta miałaby określać obowiązek gwaranta to mogłaby przybrać dwa warianty:

1. nakazywać adresatowi tej ochronę określonego dobra przed realnym niebezpieczeństwem albo;
2. zakazywać adresatowi normy wszystkich działań prowadzących do narażenia chronionego dobra na niebezpieczeństwo.

Wydaje się, że obie normy są ze sobą sprzężone, ponieważ druga ze wskazanych norm wymaga istnienia obowiązku ochrony określonego dobra, bowiem *per se* nie przewiduje takiej ochrony. Dalsze rozważania będą poświęcone pierwszej z wymienionych norm, gdyż właśnie ta norma ustanawia obowiązek gwaranta.

Próbę dekodowania takiej normy z art. 190a § 1 k.k. należy zacząć nie od ustalenia adresata, lecz od ustalenia jakiego dobra miałby chronić gwarant nienastąpienia skutku. Należy odwołać się w pierwszej kolejności do dóbr chronionych przez analizowany przepis. Analiza kwestii dóbr prawnie chronionych art. 190a § 1 k.k. dokonana została w § 2.2 niniejszego rozdziału, więc w tym miejscu należy pokrótce wskazać, że przepis ten chroni takie dobra jak: wolność, prywatność, dobrostan psychiczny, nietykalność cielesną czy tajemnicę korespondencji. Jak też wspomiano katalog dóbr chronionych przez ten przepis jest katalogiem otwartym. Norma, której adresatem byłby gwarant nienastąpienia skutku musiałaby zawierać nakaz ochrony co najmniej jednego z wyżej wymienionych dóbr przed rzeczywiście grożącym niebezpieczeństwem. W tym miejscu należy odwołać się do brzmienia normatywnego art. 190a § 1, które zostało przytoczone wcześniej. W analizowanym przepisie wysłowiono wiele norm sankcjonowanych zakazujących każdemu w każdych okolicznościach nękania innych osób lub innych osób najbliższych (dla tych osób) w taki sposób, że wywoła się, co najmniej jeden ze skutków wskazanych w analizowanym przepisie⁶⁰⁸. W przedstawionych normach ciężko znaleźć odniesienie do obowiązków gwaranta. Wynika to z istoty nękania, które jest zachowaniem modelowo samoistnym, niewynikającym z braku ochrony określonych dóbr. Dlatego też art.

⁶⁰⁸ Z racji wielu kombinacji możliwości wystąpienia skutku przy analizowanym przestępstwie, postanowiono wskazać dość ogólnie treść „części wspólnej” dla wszystkich omawianych norm.

190a § 1 k.k. nie zawiera normy wyznaczającej gwarantowi obowiązku ochrony określonego dobra.

Nie przesądza to jednak o błędności przyjętego na początku niniejszych rozważań założenia o możliwości popełnienia przestępstwa uporczywego nękania przez zaniechanie. Powyżej podany został dość ogólny przykład uzasadniający możliwość dopuszczenia się nękania przez zaniechanie. W tym miejscu warto spojrzeć na niego z innej perspektywy. Należy zwrócić uwagę, że w przedmiotowym przykładzie mieliśmy do czynienia z sytuacją przekroczenia dwóch norm sankcjonowanych: normy nakładającej na gwaranta obowiązek ochrony dobra prawnego i normy sankcjonowanej dekodowanej z art. 190a § 1 k.k. Zdaniem Ł. Pohla norma sankcjonowana stanowiąca podstawę odpowiedzialności sprawcy za tzw. skutkowe przestępstwo z zaniechania została zrębowo wysłowiona w art. 2 k.k.⁶⁰⁹. Autor ten argumentuje swój pogląd następująco: „Wymienia on [art. 2 k.k. – przyp. M.G.] bowiem wymagane dla takiej kwalifikacji syntaktyczne elementy tej normy, wskazując zarówno na normowane zachowanie (tu zaniechanie), jak i na operator normatywny zakazu tego zachowania...”⁶¹⁰. Ł. Pohl stwierdza również, że art. 2 k.k. w tym kontekście można uznać za przepis zrębowo zupełny. Cytowany autor wskazuje, że: „Rzecz jasna, na poziomie deskryptywnym przepis art. 2 obowiązującego Kodeksu karnego nie określa bliżej o zaniechanie zapobiegnięcia jakiego skutku miałyby chodzić. Nie zmienia to jednak faktu jego zrębowości i tym samym jego kluczowej roli w procesie egzegezy interesujących nas norm. Jest on bowiem w istocie przepisem zrębowym niezupełnym logicznie (...). W tym względzie potrzebne są więc stosowne relatywizacje do odpowiednich przepisów ustanawiających tzw. materialne (skutkowe) typy czynów zabronionych”⁶¹¹. M. Zieliński wskazuje, że o przepisie niezupełnym logicznie można mówić, gdy: „(...) któryś z elementów syntaktycznych normatywnych (adresat, okoliczności czy zachowanie się) jest zwrotem relatywnym, tj. wymagającym dodania jakiegoś zwrotu, by uczynić go w pełni sensownym...”⁶¹². Niezupełność logiczna normy wywiedzionej z art. 2 będzie sprowadzać się do nieokreśloności zachowania, jakie gwarant ma podjąć oraz okoliczności, w których aktualizuje się obowiązek zachowania się gwaranta wyznaczanego przez tę normę. Z racji niezupełności logicznej tej normy koniecznej jest dokonanie jej uzupełnienia. Za przepisy uzupełniające należy uznać odpowiednie przepisy albo odpowiedni przepis z części szczególnej

⁶⁰⁹ Zob. Ł. Pohl, *Artykuł 2...*, s. 92.

⁶¹⁰ Ł. Pohl, *Artykuł 2...*, s. 92.

⁶¹¹ Ł. Pohl, *Artykuł 2...*, s. 92-93.

⁶¹² Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 105.

k.k.⁶¹³. Odpowiednie w takim znaczeniu, że można z nich wywieść elementy uzupełniające brzmienie normy wywiedzionej z art. 2 k.k., a jak wskazano takim przepisem nie jest m.in. art. 190a § 1 k.k. Zatem w przypadku nękania przez zaniechanie mamy więc do czynienia ze zbiegiem przepisów. Jednym z nich jest art. 2 w związku z odpowiednim dla danego stanu faktycznego przepisem uzupełniającym, zaś drugim jest art. 190a § 1 k.k.

W tym miejscu należy poświęcić trochę uwagi zagadnieniu reguł ostrożności (zwanych również normami ostrożności czy regułami postępowania z dobrem prawnym), a precyzyjniej naruszeniu reguł ostrożności poprzez uporczywe nękanie innej osoby. M. Byczyk przez normy ostrożności rozumie: „(...) dyrektywy wskazujące podmiotowi jak w określonej sytuacji postąpić ostrożnie (bezpiecznie), a pojęcie to stosowane jest jako substytut spotykanych w doktrynie prawa karnego określeń odnoszących się do dyrektyw kształtujących owe ostrożne postępowanie, takich jak reguły ostrożności, reguły obchodzenia się z dobrem prawnie chronionym, reguły postępowania, zasady bezpieczeństwa i inne”⁶¹⁴. Z kolei J. Giezek wskazuje, że: „Reguła taka – opierając się na gromadzonym nieustannie doświadczeniu kauzalnym, umożliwiającym dostrzeganie oraz przewidywanie występujących w otaczającym nas świecie zagrożeń – miałyby wskazywać na to, co w określonego typu sytuacjach (tzn. różnych dziedzinach ludzkiej aktywności) należy czynić, by zagrożenia te eliminować lub je odpowiednio zmniejszyć”⁶¹⁵. M. Banasiewicz i R. Kokot z kolei zauważają: „Wymagana ostrożność ujmowana jest zazwyczaj w postaci reguł postępowania wobec dobra przedstawiającego wartość społeczną, zwanych w skrócie regułami ostrożności”⁶¹⁶. W świetle przytoczonych poglądów, reguły ostrożności są niczym innym jak dyrektywami określającymi sposób obchodzenia się z określonymi dobrami prawnymi. Należy wskazać, że źródło tych reguł jest zróżnicowane. Mogą wynikać one z norm prawnych (co istotnie nie tylko z norm karnoprawnych), jak i z norm pozaprawnych (np. z pewnych twierdzeń wypracowanych w określonej grupie społecznej). Kolejną kwestią wymagającą wskazania jest to, w którym miejscu struktury przestępstwa ulokowane jest naruszenie reguł ostrożności. M. Byczyk zauważa, że charakter normatywny reguł ostrożności nie może *per se* przesądzać o odrębności tych reguł w strukturze przestępstwa⁶¹⁷. Autor ten zauważa również, że reguł (norm) ostrożności nie sposób przypisać wyłącznie do jednego elementu struktury

⁶¹³ Oczywiście można rozważać czy przepisy uzupełniające nie są też zawarte w regulacjach z zakresu tzw. prawa karnego pozakodeksowego, lecz wykracza to poza zakres niniejszych rozważań.

⁶¹⁴ M. Byczyk, *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016, s. 20.

⁶¹⁵ J. Giezek, *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje jego przypisania* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, Warszawa 2017, s. 487.

⁶¹⁶ M. Banasiewicz, R. Kokot, *Z problematyki odpowiedzialności lekarskiej za błąd w sztuce lekarskiej*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2009, t. XXIV, s. 111.

⁶¹⁷ Zob. M. Byczyk, *Normy ostrożności...*, s. 319.

przestępstwa ani też zakwalifikować reguł ostrożności do jakiegokolwiek elementu struktury przestępstwa. Odnosząc się z kolei do stworzenia odrębnego „piętra” w strukturze przestępstwa cytowany autor twierdzi, że należy zachować powściągliwość w rozbudowywaniu tej struktury, z racji obszerności jej już w obecnym kształcie. W konsekwencji cytowany autor nie odnosi się do tego, w którym „piętrze” struktury przestępstwa należy lokować reguły ostrożności⁶¹⁸. W zamian dokonuje wyróżnienia dwóch grup przesłanek odpowiedzialności karnej – grupy przesłanek, które mają charakter obiektywny i grupy przesłanek mających charakter subiektywny. M. Bczyk twierdzi, że normy ostrożności stanowią przesłankę o charakterze obiektywnym⁶¹⁹. A. Zoll uważa reguły ostrożności za okoliczność wyłączającą winę⁶²⁰. M. Bielski precyzując pogląd wskazany w poprzednim zdaniu zauważa: „Wychodzą oni [zwolennicy poglądu o wyłączeniu bezprawności przez reguły ostrożności – przyp. M.G.] z założenia, że zachowanie podmiotu, choćby było zgodne z regułą postępowania i tak powoduje naruszenie normy sankcjonowanej, gdyż łączy się ze stworzeniem bardziej lub mniej skonkretyzowanego niebezpieczeństwa dla chronionego dobra. Pogląd dziś przeważający w doktrynie traktuje reguły ostrożności jako niemieszczące się w opisie typu czynu zabronionego, a zatem pozostające poza zakresem bezprawności. Zachowanie zgodnie z regułą postępowania z danym dobrem ma bowiem tę funkcję, że ma wyznaczać granice akceptowalnego w życiu społecznym, a niedającego się w praktyce usunąć z obrotu niebezpieczeństwa dla dóbr prawnych. Każde więc zachowanie – zgodnie z przyjętymi regułami ostrożności – nie może być uznane za bezprawne, a więc z tego punktu widzenia jest irrelewantne”⁶²¹. Słusznie można stwierdzić, że ze względu na swój charakter reguły ostrożności są konstruktem⁶²², który sprawiać może trudności podczas kwalifikacji do któregoś z elementów struktury przestępstwa. Niemniej nie można zaaprobować postępowania M. Bczyka, który zrezygnował z chociażby próby ulokowania reguł ostrożności w którymś z elementów (czy elementach) struktury przestępstwa. Wskazanie na obiektywność przesłanki, którą są reguły ostrożności nie rozwiązuje w ogóle tego problemu. Odpowiedź na

⁶¹⁸ Aczkolwiek np. Ł. Pohl proponuje wyróżnienie jako osobne „piętro” struktury przestępstwa reguł ostrożności. Autor ten proponuje przeformułowanie art. 115 § 1 k.k., który według propozycji winien mieć następujące brzmienie: „Czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej popełnione na skutek niezachowania przez sprawcę wymaganej w danych okolicznościach ostrożności”. Ł. Pohl, *Niezachowanie wymaganej ostrożności – znamię typu czynu zabronionego czy odrębny element w strukturze przestępstwa?* [w:] J. Majewski (red.), *Nieumyślność: pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2012, s. 84. Wyrazem postulatu rozbudowy struktury przestępstwa jest wyszczególnienie w warstwie deskryptywnej proponowanego przepisu, wymogu niezachowania ostrożności przez sprawcę czynu zabronionego.

⁶¹⁹ Zob. M. Bczyk, *Normy ostrożności...*, s. 324.

⁶²⁰ Zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 99.

⁶²¹ M. Bielski, *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, CPKiNP 2004, z. 1, s. 30-31.

⁶²² Bardziej precyzyjne byłoby stwierdzenie, że ocena jest dokonywana względem naruszenia reguł ostrożności, nie zaś względem samych reguł.

pytanie jak należy ujmować naruszenie reguł ostrożności wskazuje również na konsekwencje, jakie naruszenie owych reguł może wywołać. W praktyce to jest nad wyraz istotne, bowiem uznanie, że sprawca co prawda wypełnił pozostałe znamiona czynu, jednak jego zachowanie było zgodne z pewnymi regułami ostrożności może diametralnie wpłynąć na kwalifikację prawną zachowania się sprawcy⁶²³. Wskazywano już, że przedmiotem oceny winno być naruszenie reguł ostrożności. Wynika to z faktu, że wytworzenie niebezpieczeństwa dla dobra prawnego jest konsekwencją postępowania wbrew tym regułom, nie zaś z powodu działania wedle reguł ostrożności. Powoduje to w istocie konieczność pewnej dwutorowej optyki: po pierwsze trzeba dokonać oceny w zakresie lokacji w którymś elementach przestępstwa naruszenia reguł ostrożności, jak i oceny w zakresie umiejscowienia w strukturze przestępstwa tych reguł ostrożności, które to powodują, że zachowanie wypełniające znamiona określonego typu czynu zabronionego z powodu zastosowania tych reguł staje się zachowaniem nieprzestępnym. Wydaje się, że naruszenie reguł ostrożności należy kwalifikować jako jedno ze znamion strony przedmiotowej czynu, a więc należy owo naruszenie lokować przy czynie⁶²⁴. Naruszenie tychże reguł bowiem statuuje, wraz z faktem wypełnienia znamion wskazanych w ustawie, byt przestępstwa. Reguły ostrożności bowiem precyzują zakres zachowań, których dana osoba nie powinna się dopuszczać, ażeby nie doprowadzić do wytworzenia określonego negatywnego stanu rzeczy⁶²⁵. Stąd też reguły te współkształtują treść ustawowych znamion przestępstwa, więc ich naruszenie należy poczytywać jako pozaustawowe znamię strony przedmiotowej⁶²⁶. Wskazano wcześniej, że naruszenie reguł ostrożności i same reguły ostrożności należy na gruncie badania ich lokacji w strukturze przestępstwa traktować rozłącznie. Wynika to z tego, że reguły ostrożności mogą spełniać dwojaką rolę. Po pierwsze mogą wskazywać, jak należy postępować, aby nie narazić na naruszenie określonego dobra⁶²⁷. W tej sytuacji w przypadku rozważań karnoprawnych należy mówić o naruszeniu reguł (norm) ostrożności, ponieważ sprawca dopuszcza się zachowania niezgodnego z tą normą, czy też niekiedy zakazanego. Można jednak wyróżnić

⁶²³ Jeśli naruszenie reguł ostrożności lub same reguły ostrożności zostaną uznane za element czynu, to wówczas sprawca taki nie popełni przestępstwa z racji niewypełnienia wszystkich znamion typu czynu zabronionego. Z kolei, jeśli zostaną one zakwalifikowane jako elementy bezprawności czy winy, to sprawca wówczas dopuści się wypełnienia wszystkich znamion typu czynu zabronionego, lecz ze względu na brak bezprawności czy też winy nie zostanie on pociągnięty do odpowiedzialności karnej lub w ogóle nie zostanie wymierzona mu kara.

⁶²⁴ Z racji przyjęcia takiego poglądu rozważania dotyczące reguł ostrożności i ich naruszenia przez sprawcę uprzedniego nękania zostały umieszczone między omówieniem znamienia czynności sprawca a omówieniem znamion skutku.

⁶²⁵ Przekładając to na kontekst prawnokarny można wskazać, że reguły ostrożności wskazują jak należy się zachowywać, ażeby nie wytworzyć sytuacji przestępnej.

⁶²⁶ Szczegółowo zagadnienie reguł ostrożności jako pozaustawowego znamienia typu czynu zabronionego rozpatruje R. Dębski. Zob. R. Dębski, *Pozaustawowe znamiona...*, Łódź 1995.

⁶²⁷ Zatem *a contrario* reguły te wskazują jak nie należy obchodzić się z danym dobrem i nie narazić go w ten sposób na narażenie.

jeszcze jedną sytuację. Mianowicie reguły ostrożności mogą wskazywać, że dane zachowania *prima facie* zakazane przez jakąś normę sankcjonującą w istocie nie wypełnia jej znamion, bowiem istnieje reguła ostrożności, wedle której to zachowanie się sprawcy można uznać za właściwe, przez co sprawca nie powinien ponieść odpowiedzialności karnej. I właśnie w tej sytuacji może przejawiać się wyłączenie bezprawności przez ową regułę⁶²⁸. Zanim jednak zostanie rozstrzygnięta kwestia kontratypowości takich norm ostrożności należy wskazać na dwie sytuacje z nimi związane. Po pierwsze reguła ostrożności pozwalająca określonych zachowań może być jedyną normą odnoszącą się do danego zachowania. Po drugie prócz tej normy można wyróżnić inne normy ostrożności, które to będą zakazywały podejmowania określonych zachowań względem danego dobra. Zaczynając od tej drugiej sytuacji należy wskazać, że w tym przypadku będziemy mieli do czynienia z kolizją reguł ostrożności. Reguły rozstrzygnięcia tej kolizji będą różne w zależności od okoliczności stanu faktycznego, rodzaju i charakteru naruszanych dóbr oraz treści reguł ostrożności i ich źródła. Niemniej w obu przedstawionych przypadkach takie reguły wydają się okolicznościami pierwotnie legalizującymi czyn, nie zaś okolicznościami powodującymi jego legalizację wtórną. Wynika to z faktu, że reguła ostrożności pozwalająca na określone zachowania powoduje, że sprawca nie realizuje kompletu znamion koniecznych do stwierdzenia, że dopuścił się on danego czynu⁶²⁹. Uniemożliwia to bowiem jego przypisanie, a w dalszej konsekwencji również ocenę zachowania się sprawcy w aspekcie realizacji następnych elementów struktury przestępstwa.

W tym miejscu należy przejść do rozważań, jakie reguły ostrożności narusza swoim zachowaniem się sprawca przestępstwa uporczywego nękania. Po pierwsze należy przypomnieć, że uporczywe nękanie jest przestępstwem, które może zostać popełnione na wiele sposobów i w wielu różnych okolicznościach. Stąd też nie jest możliwe stworzenie zamkniętego katalogu reguł ostrożności, jakie narusza sprawca uporczywego nękania swoim przestępnym zachowaniem się. Katalog taki poza swoim zakresem zostawiałby bowiem wiele reguł, które sprawca mógłby naruszyć swoim zachowaniem. Chcąc wskazać przykładowe reguły postępowania z dobrem prawnym, które zostają naruszone w przypadku popełnienia przestępstwa uporczywego nękania, najłatwiej wskazać je dla nękania przybierającego postać zaniechania. W przypadku nękania przez zaniechanie, jeśli na sprawcy ciąży obowiązek ochrony czy opieki nad pokrzywdzonym, to wówczas regułami ostrożności będą te normy, które określają sposób

⁶²⁸ Doprecyzowując, w zdaniu tym nie zawarto stwierdzenia aprobującego wyłączenie bezprawności przez normy ostrożności. Wskazano wyłącznie zakres, w którym pogląd A. Zolla mógłby znaleźć zastosowanie.

⁶²⁹ Mowa tutaj o ocenie samego elementu struktury przestępstwa jakim jest czyn, nie zaś o jego ocenie pod względem bezprawności, karygodności czy zawinienia.

wykonywania obowiązków ciążących na gwarancie nienastąpienia skutku⁶³⁰. Więcej problemów może stworzyć wyznaczenie reguł ostrożności zabraniających nękać sprawcę w formie działania. Niemniej takie spostrzeżenie jest złudne, bowiem jest możliwe wskazanie typowych reguł ostrożności odnoszących się do zakazu naruszenia określonych dóbr poprzez nękanie sprawcy. Niemniej źródło tych reguł praktycznie jest ulokowane poza k.k. Głównym źródłem tychże reguł ostrożności są bowiem reguły społeczno-kulturowe odnoszące się do dobrych obyczajów i koegzystencji jednostki w społeczeństwie. Innymi słowy, chodzi przede wszystkim o reguły dotyczące tego jak należy zachowywać się względem innych osób (w przypadku analizowanego przestępstwa istotne będą reguły wskazujące jak należy się zachowywać, aby nie spowodować krzywdy psychicznej u innej osoby czy też nie naruszyć jej prywatności). Za przykłady niech posłużą reguły wskazujące, że: należy okazywać innym osobom szacunek, nie należy śmiać się z pewnych cech innych osób, nie należy z nich szydzić, nie należy utrzymywać kontaktów z osobami, które sobie tego kontaktu nie życzą, reguły wskazujące, że należy szanować odmienne uczucia i poglądy innych osób, jak również reguły zakazujące przeglądania nośników informacji o życiu prywatnym, osobistym innej osoby bez jej zgody. Co istotne mowa tu nie tylko o regułach ogólnych, lecz także o regułach konkretnych, czyli tych znajdujących zastosowanie w relacjach między konkretnymi osobami. Reguły te odnoszą się przede wszystkim do kontekstu sytuacyjnego, do relacji między nadawcą a odbiorcą zachowań, przeszłości, jak i warunków życiowych każdej z tych osób. Za przykład może posłużyć reguła zakazująca wykorzystywania w celu nękania przykrych dla pokrzywdzonego informacji odnoszących się do jego przeszłości (np. dotyczących bycia pokrzywdzonym przestępstwem czy też odnoszących się do relacji z innymi osobami lub do porażek pokrzywdzonego). Prócz tych reguł społeczno-kulturowych reguły ostrożności przy przestępstwie uporczywego nękania współtworzą również wnioski socjologów, psychologów czy psychiatrów. Wnioski te pozwalają stwierdzić, czy dana osoba właściwie reaguje na zachowania innej osoby, a w konsekwencji czy ta inna osoba postępuje w sposób ostrożny z dobrem prawnym jakim jest np. psychika ludzka odbiorcy tych zachowań⁶³¹. Reguły społeczno-kulturowe jak i wnioski płynące z ww. nauk mogą kształtować reguły ostrożności pozwalające uznać zachowanie się sprawcy *prima facie* przypominające nękanie za zachowania, które nie naruszają ostrożnego traktowania dóbr takich jak psychika ludzka, wolność itd. Będą to zatem sytuacje, w których zachowania mogące

⁶³⁰ Należy dodać, że sprawca swym zaniechaniem może naruszyć inne reguły ostrożności niż te wskazane powyżej. Jest to jedynie wskazanie reguł najbardziej swoistych dla zaniechania.

⁶³¹ W tym miejscu nie zostaną podane przykłady takich wniosków, bowiem kwestia obiektywizacja reakcji potencjalnego pokrzywdzonego zostanie omówiona w dalszej części pracy.

realizować pozostałe znamiona czynu z art. 190a § 1 k.k., które są z jakichś względów społecznie opłacalne (np. następują w ramach badań naukowych nad wytrzymałością psychiki ludzkiej)⁶³².

§ 2.7. Skutek

Przechodząc do omówienia znamion skutku przestępstwa uporczywego nękania, należy poświęcić na wstępie kilka uwag samemu pojęciu skutku i przesłankom jego przypisania. Według Ł. Pohla skutkiem określonego zachowania jest dająca się oddzielić od tego zachowania i będąca wynikiem jego popełnienia zmiana w świecie zewnętrznym, a czasem nawet w świecie wewnętrznym innego człowieka⁶³³. W. Wolter wskazuje, że skutkiem przestępnym może być jakaś zmiana materialna (np. zniszczenie lub uszkodzenie cudzego mienia), funkcjonalna (np. uczynienie jakiegoś przedmiotu niezdatnym do jego użytku), fizjologiczna, biologiczna, psychiczna (np. obawa spełnienia groźby), sytuacyjna (np. niebezpieczeństwo), w układzie stosunku społecznego (np. zawarcie związku bigamicznego)⁶³⁴. Skutki przestępne dzieli się na skutki lokucyjne, skutki perlokucyjne oraz skutki illokucyjne⁶³⁵. Przez skutek lokucyjne rozumie się takie następstwo czynu zabronionego, które wywołuje zmianę w świecie zewnętrznym.

⁶³² Mogłaby się nasunąć propozycja wskazania wśród tych reguł odpłaty za jakąś krzywdę, którą wyrządził pokrzywdzony (a więc nękanie miałyby pełnić funkcję sprawiedliwościową). Niemniej ze względu na wielość możliwych środków prawnej (a więc nie tylko karnoprawnej) reakcji na bezprawie przyjęcie takiej reguły ostrożności stanowiłoby przejaw promowania zwalczanie bezprawia poprzez czynienie bezprawia.

⁶³³ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 154. Zob. także M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne...*, s. 120 czy E. Hryniewicz, *Skutek w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7-8, s. 110 i nast. Odmiennie twierdzą M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik i M. Mozgawa, którzy (niesłusznie) ograniczają pojęcie skutku wyłącznie do zmiany w świecie zewnętrznym. Zob. M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 209. Podobnie do Ł. Pohla pojęcie skutku pojmuje J. Piórkowska-Flieger, która stwierdza, że: „(...) skutkiem w znaczeniu prawnokarnym (...) jest wywołanie czynem sprawcy lub utrzymywana przez niego zmiana w rzeczywistości wyznaczonej granicami dobra prawnego, chronionego przez przepis przewidujący określony czyn zabroniony. Zmiana ta jest oddzielona od zachowania sprawcy, pod względem czasowym i miejscowym. Pierwszy aspekt oddziaływania wyraża się w tym, że skutek może (choć nie musi) przetrwać sam czyn. Drugi aspekt oddzielana oznacza, że skutek jest czymś innym niż samo zachowanie”. J. Piórkowska-Flieger, *Skutek czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Lublin 2019, s. 101.

⁶³⁴ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 65.

⁶³⁵ Podział ten ma swoje korzenie w teorii aktów mowy sformułowanej przez J.L. Austina. Autor ten zauważył, że wypowiedzi mogą mieć nie tylko charakter np. opisowy, lecz mogą mieć również charakter performatywny, a więc charakter kreujący rzeczywistość. J.L. Austin wskazuje także trzy rodzaje czynności, których można dokonać się za pomocą języka: czynności lokucyjne, czynności illokucyjne oraz czynności perlokucyjne. Czynności lokucyjne są to czynności wypowiedziania określonych dźwięków, odpowiednich słów z użyciem pewnej składni i wypowiedzianiem tych słów z pewnym znaczeniem (z pewnym sensem i pewnym odniesieniem). Z kolei czynności illokucyjne wspomniany autor rozumie jako wykonywanie czynności kryjących się w powiedzeniu czegoś w przeciwieństwie do wykonywania czynności powiedzenia. Jako przykłady czynności illokucyjnych J.L. Austin podaje m.in. zapytanie lub odpowiadanie na pytanie, podawanie jakiejś informacji, wydawanie wyroku czy identyfikowanie lub podawanie opisu. Z kolei czynnością perlokucyjną jest czynność stwierdzająca, że określony podmiot wykonał pewną czynność, a stosując jej nazewnictwo bądź tylko pośrednio dokonał odniesienia do pewnej czynności lokucyjnej lub illokucyjnej, bądź też w ogóle go nie wykonał. Zob. J.L. Austin, *Jak działać słowami* [w:] J.L. Austin,

Skutek perlokucyjny z kolei, jest zmianą w świecie wewnętrznym określonego podmiotu (przede wszystkim pokrzywdzonego)⁶³⁶. Ł. Pohl wskazuje jeszcze na skutek illokucyjny, który to jest efektem w postaci przydania określonemu zachowaniu się, znaczenia nadanemu mu poprzez zastosowanie obowiązujących w społeczeństwie norm (czy też reguł) kulturowych⁶³⁷.

Idąc dalej, zasadne jest poczynienie kilku uwag odnośnie związku między zachowaniem się sprawcy (w tym przypadku uporczywym nękaniem) a skutkiem stanowiącym znamię przestępstwa. Związek ten musi być z jednej strony związkiem kauzalnym, z drugiej strony zaś związkiem normatywnym. Związek kauzalny i związek normatywny stanowią kryteria obiektywnego przypisania skutku. Przechodząc do związku kauzalnego należy wskazać, że związek ten jest różnie pojmowany.

Pierwszą teorią związku kauzalnego jest teoria ekwiwalencji⁶³⁸. Teoria ta wiąże się z koncepcją związku kauzalnego autorstwa J.S. Milla, w myśl której przyczyną skutku jest suma warunków prowadzących do jego wywołania. W myśl tej koncepcji istnienie związku przyczynowego pomiędzy określonym przestępstwem a określonym skutkiem, winno być ustalone z pomocą tzw. testu warunku *sine qua non*. Test ten polega na formułowaniu hipotetycznych powiązań kauzalnych, porównywanych następnie z rzeczywistym przebiegiem zdarzeń. Przeprowadzenie rzeczzonego testu ma służyć odpowiedzi na pytanie, czy skutek wystąpiłby także wówczas, gdyby z ciągu poprzedzających go zdarzeń, wyeliminować oceniane pod względem kauzalnym zachowanie się sprawcy. Koncepcja ta spotyka się z zarzutem nadmiernego rozszerzania możliwych powiązań kauzalnych w istocie do każdego czynnika mającego chociażby minimalny wpływ na wywołanie określonego skutku⁶³⁹. Krytyce poddaje się również test warunku *sine qua non*. Jak stwierdza J. Giezek: „Test warunku *sine qua non* jest (...)

Mówienie i poznanie, tłum. B. Chwedończuk, Warszawa 1993, s. 640-647. Odnośnie wykorzystania teorii aktów mowy w polskim prawie karnym, por. J. Piórkowska-Flieger, *Skutek czynu...*, s. 63-64.

⁶³⁶ Zob. J. Piórkowska-Flieger, *Skutek czynu...*, s. 63-64 oraz Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 154.

⁶³⁷ Zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 56-57.

⁶³⁸ Teoria ta zwana jest również teorią warunkowości, teorią równowartości warunków, teorią kondycjonalną czy teorią *conditio sine qua non*.

⁶³⁹ Zob. np. K. Buchała, *Przypisanie skutku stanowiącego znamię nieumyślnego deliktu w polskim prawie karnym* [w:] T. Kaczmarek (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990, s. 25; Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 156-157; M. Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawo karne...*, s. 211-212; T. Dukiet-Nagórska (red.) i in., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2020, s. 118-119; L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 78-79, czy J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 447 i nast. Celem zobrazowania tej krytyki należy podać przykład spowodowania wypadku drogowego przez sprawcę pod wpływem alkoholu. Patrząc na związek kauzalny w sposób wynikający z teorii ekwiwalencji można dojść do wniosku, że odpowiedzialności karnej nie powinien podlegać li tylko sprawca tego wypadku, lecz również rodzice sprawcy (bowiem, gdyby rodzice ci nie istnieli, to nie istniałby również i sprawca), producent samochodu (gdyby samochód sprawcy nie zostałby wyprodukowany, to sprawca nie poruszałby się nim pod wpływem alkoholu), czy producent alkoholu, który sprawca przed wypadkiem spożył (gdyby butelka z zawartością alkoholu nie została wyprodukowana, to sprawca nie wprowadziłby się w stan odurzenia).

obciążony zasadniczym błędem metodologicznym, gdyż po to, aby móc go zastosować – tzn. ustalić, że zachowanie sprawcy stanowi w konkretnym przypadku warunek konieczny skutku – trzeba już wcześniej dokładnie wiedzieć, że między dwoma badanymi zdarzeniami (czyli zachowaniem sprawcy oraz ustawowo określonym skutkiem) istnieje związek, który w wyniku tego testu miał być wszak dopiero rozpoznany”⁶⁴⁰.

Kolejną teorią jest teoria adekwancji (adekwatności). Teoria ta stanowi próbę usunięcia mankamentów teorii ekwiwalencji poprzez ograniczenie prawnokarnie doniosłych czynników wywołujących określony skutek przestępny. Według tej teorii, działanie człowieka jest przyczyną skutku, gdy skutek jest jego normalnym typowym następstwem⁶⁴¹. Ł. Pohl odnosząc się do mierników typowości skutku wskazuje, że zagadnienie to winno być badane z perspektywy *ex ante* obiektywnego obserwatora posiadającego wiedzę zarówno wzorcowego (modelowego) przedstawiciela reprezentowanej przez sprawcę grupy społecznej lub zawodowej, ale także winno się uwzględniać wiedzę będącą w posiadaniu sprawcy⁶⁴². Koncepcji tej stawia się zarzut, że nie stanowi ona teorii związku kauzalnego, lecz jest teorią związku normatywnego, mającą na celu rozwiązanie określonych problemów prawnych. Ponadto wskazuje się na możliwą zawodność oceny, czy dany konkretny skutek przekracza miarę przeciętności⁶⁴³.

Z kolei teoria relewancji, będąca modyfikacją teorii adekwancji, akcentuje, że nie każdy związek kauzalny jest związkiem prawnokarnie relewantnym. W myśl tej teorii, najpierw trzeba ustalić istnienie związku kauzalnego (na podstawie teorii ekwiwalencji), a następnie zbadać, czy dana przyczyna jest prawnokarnie istotna. Odpowiedzialność karna na granicy tej teorii ograniczona zostaje do zachowań będących przyczyną istotną z punktu widzenia znamion czasownikowych współtworzących określony typ czynu zabronionego⁶⁴⁴. Teorii tej, analogicznie do teorii adekwancji, stawia się zarzut, że nie stanowi ona teorii związku kauzalnego, lecz jest teorią związku normatywnego⁶⁴⁵.

Wspomnieć należy również o teorii społecznie niebezpiecznego przyczynienia się. W myśl tej teorii zachowaniem się wywołującym karnoprawnie doniosły skutek może być wyłącznie działanie społecznie niebezpieczne (czy też inaczej społecznie szkodliwe)⁶⁴⁶. Również i ta koncepcja spotyka się z zarzutem, że nie stanowi ona teorii związku przyczynowego, lecz

⁶⁴⁰ J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 32.

⁶⁴¹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 157; L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 79; T. Dukiet-Nagórska (red.) i in., *Prawo karne...*, s. 119 czy M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne...*, s. 212-213.

⁶⁴² Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 158.

⁶⁴³ Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 158 czy T. Dukiet-Nagórska (red.) i in., *Prawo karne...*, s. 119.

⁶⁴⁴ Zob. T. Dukiet-Nagórska (red.) i in., *Prawo karne...*, s. 119.

⁶⁴⁵ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 158;

⁶⁴⁶ Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 158 oraz M. Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawo karne...*, s. 216.

jest: „(...) koncepcją funkcjonalną zorientowaną na rozwiązanie problemów prawniczych wyrastających z pytania o to, kiedy wywołanie skutku jest zabronione pod groźbą kary”⁶⁴⁷.

Przechodząc do teorii warunku właściwego (zwanej inaczej teorią warunku odpowiadającego empirycznie potwierdzonej prawidłowości) należy przywołać następującą wypowiedź Ł. Pohla: „(...) [według tej teorii – przyp. M.G.] przyczyną skutku jest tylko to działanie, które zgodnie ze znajdującym potwierdzenie w obserwacji powiązań kauzalnych prawem przyczynowym, mającym zastosowanie w rozważanym przypadku, pociąga za sobą wystąpienie skutku”⁶⁴⁸. Jak zauważa cytowany autor odpowiedź na pytanie, czy dane działanie było odpowiadające empirycznie potwierdzonej prawidłowości jest uzależnione od dwóch zabiegów. Pierwszy zabieg to odszukanie odpowiedniego prawa kauzalnego, które wskazuje na istnienie związku kauzalnego między zdarzeniami określonego rodzaju. Drugim zabiegiem jest z kolei subsumpcja rozważanego przypadku pod to prawo⁶⁴⁹. J. Giezek zauważa, że koncepcja ta nie stara się definiować pojęcia „związku przyczynowego”, lecz dostarcza jedynie swoistych wskaźników metodologicznych ułatwiających i racjonalizujących proces kauzalnego wyjaśnienia konkretnych zdarzeń⁶⁵⁰. Tak zarysowana koncepcja związku kauzalnego jest koncepcją, które znajduje zastosowanie wyłącznie *in concreto*. Oczywiście nie jest to żaden zarzut względem przytoczonej koncepcji, bowiem badanie wystąpienia skutku ma najważniejsze znaczenie w odniesieniu do konkretnych stanów faktycznych. W aspekcie *in abstracto* bardziej istotne jest to, że ustawodawca w określonym przepisie stypizował znamię skutku. Nie zwalnia to jednak przy czynieniu analizy dogmatycznoprawnej, od chociażby próby wskazania prawa kauzalnego, czy też praw kauzalnych umożliwiających uznanie w danej sprawie, że skutek został wywołany zachowaniem się sprawcy. W dalszych częściach pracy zostanie podjęta próba wskazania wspomnianych praw kauzalnych⁶⁵¹, które to umożliwiają uznanie, że w danej sprawie możliwe jest stwierdzenie, iż skutek stanowiący ustawowe znamię omawianego przestępstwa został wywołany przez zachowanie się sprawcy, które to zachowanie może być uznane za uprzejwe nękanie.

⁶⁴⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 158.

⁶⁴⁸ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 158. Podobnie istotę tej teorii pojmuje J. Giezek, który stwierdza, że: „Podstawowa teza tej teorii, w jej najbardziej syntetycznym ujęciu brzmi następująco: dowolne zdarzenie (np. konkretne zachowanie się sprawcy) stanowi przyczynę zdarzenia czasowo późniejszego (np. ustawowo określonego skutku), jeśli oba te zdarzenia powiązane są łańcuchem zmian odpowiadających istniejącej w otaczającym nas świecie prawidłowości”. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie...*, s. 40.

⁶⁴⁹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 158-159.

⁶⁵⁰ Zob. J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie...*, s. 40.

⁶⁵¹ Ze względu na wielość zachowań jakie mogą składać się na nękanie, ażeby wnioski miały zastosowanie w możliwie jak największej liczbie spraw, będą one miały charakter ogólny.

Odnosząc się do powyżej zarysowanych teorii związku kauzalnego, należy opowiedzieć się za teorią warunku właściwego. Teoria ta w sposób najpełniejszy pozwala ustalić powiązania kauzalne między czynem sprawcy a powstałym skutkiem, określając dość precyzyjne podstawy powiązań kauzalnych oraz umożliwia ich weryfikację na gruncie określonych stanów faktycznych. Ponadto koncepcja ta dopuszcza w swej konstrukcji możliwość ziszczenia się na gruncie określonego stanu faktycznego atypowych praw kauzalnych, które to w przypadku popełnienia określonego typu czynu zabronionego, modelowo nie powinny mieć miejsca. Należy również podzielić pogląd J. Giezka, że koncepcja ta nie tworzy jakichkolwiek definicji „związku przyczynowego”, lecz jest nakierowana na ułatwienie procesu badania i przypisywania powiązań kauzalnych. Wydaje się, że celem tej koncepcji nie jest definiowanie tego pojęcia. Przede wszystkim sama definicja być może objaśni, jak pojmować związek kauzalny, lecz *per se* nie wskaże, jak go ustalać na gruncie określonych stanów faktycznych, co na gruncie stosowania norm sankcjonujących jest najistotniejsze.

Zgodzić się należy z zarzutami dotyczącymi teorii ekwiwalencji, w myśl których rozszerza ona nadmiernie odpowiedzialność karną za powstanie określonego skutku. Nadgorliwe przyjmowanie tej zasady mogłoby doprowadzić do krańcowo nietrafnej konkluzji, że w istocie każdy człowiek w pewnym stopniu jest odpowiedzialny za wystąpienie każdego skutku przestępnego, przez co w istocie każdy człowiek mógłby zostać uznany za przestępcę, co stoi w sprzeczności z wszystkimi funkcjami i zasadami prawa karnego. Odnosząc się do krytyki testu warunku *sine qua non*, krytykę tę należy uznać za częściowo słuszną. W przypadku niektórych stanów faktycznych, nie sposób przeprowadzić testu warunku koniecznego bez apriorycznego założenia, że zdarzenie X wywołało skutek Y. Niekiedy zaś możliwe jest postawienie wielu hipotez konkurencyjnych, które nie muszą odwoływać się do zdarzenia X, lecz tylko do samego skutku. Niektóre hipotezy mogą umożliwić szukanie genezy skutku w innym zdarzeniu aniżeli zdarzenie X.

Teoria adekwancji w zakresie pojmowania skutku, jest co prawda zbliżona do zaaprobowanej w niniejszej pracy teorii warunku właściwego, niemniej znacząco się od niej różni. Przede wszystkim teoria ta nie bada praw kauzalnych, które to prawa wskazują następstwa typowe oraz następstwa atypowe, stanowiące wyjątek względem określonych powiązań kauzalnych. Rzecz jasna, wiedza sprawcy jest niewątpliwie istotna, a w przypadku przestępstw umyślnych świadomość możliwości wywołania prawnokarnie doniosłego skutku jest przesłanką niezbędną do pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej. Niemniej nie jest ona wyłącznym czynnikiem powodującym, że dane następstwo się ziszcza. Nie można, więc główną osią oceny, czynić stan wiedzy wzorcowego obywatela czy samego sprawcy. Zgodzić się należy

z zarzutami, że na gruncie tej teorii nie wypracowano takich wzorców oceny wiedzy sprawcy, jak i miernika przeciętności skutku, który wyłączyłby możliwość arbitralnej i nierzetelnej oceny powiązań kauzalnych.

Teoria relewancji oraz teoria społecznie niebezpiecznego przyczynienia się w istocie niezbyt wiele mówią o tym, jak badać powiązania kauzalne pomiędzy czynem, a powstałym skutkiem, lecz odnoszą się bardziej do elementów normatywnych i to w dodatku w sposób nad wyraz lakoniczny. Stwierdzenie, że nie każdy związek kauzalny jest relewantny dla odpowiedzialności karnej sprawcy, stanowi pewnego rodzaju truizm. Nie jest wskazane opieranie teorii odnoszących się do pryncypialnych zagadnień prawa karnego na truizmach i ogólnych stwierdzeniach, bowiem nie wnoszą one nic nowego i wartościowego do dyskursu prawniczego oraz w żaden sposób nie pozwalają rozwiązać powstałych problemów, lecz powodują zastój i ugruntowanie zastanego stanu, jednakże sformułowanego w innych słowach. Tak też jest z przywołanymi teoriami. Należy jeszcze dodać, że teoria społecznie niebezpiecznego przyczynienia się, abstrahuje od struktury przestępstwa, w której to skutek stanowi znamię typu czynu zabronionego (zatem lokowany jest w elemencie czynu zabronionego), zaś społeczna szkodliwość stanowi odrębny element tej struktury, znajdujący się w dalszej jej części. W konsekwencji stwierdzenie społecznej szkodliwości czynu zabronionego i jego skutku, następuje nie równocześnie z oceną powiązań kauzalnych i normatywnych, lecz już po ustaleniu ich istnienia. Zatem dopiero w dalszej kolejności poddaje się ocenie czyn i wywołany nim skutek, pod kątem jego karygodności i wyłącza się *in concreto* określone stany faktyczne cechujące się znikomym stopniem społecznej szkodliwości, jednak – przypomnijmy – jest to ocena odrębna od weryfikacji wystąpienia związku kauzalnego i związku normatywnego.

Kolejnym związkiem jaki musi zostać stwierdzony, ażeby przypisać sprawcy wywołanie skutku jest związek normatywny⁶⁵². W tej materii nad wyraz istotne są poglądy J. Giezka. Autor ten odnosząc się do związku normatywnego, jaki ma zachodzić między zachowaniem się sprawcy a skutkiem przestępstwa wychodzi z założenia, że nikt nie jest zobowiązany do czy-

⁶⁵² Związku normatywnego nie należy traktować jako pokrewnego pojęcia do pojęcia „przyczynowości normatywnej”, którym posługuje się S. Ehrlich. Przyczynowość normatywna w rozumieniu S. Ehrlicha odnosi się bardziej do następstw formalnoprawnych reakcji organów na realizację, czy też naruszenie przez sprawcę określonej normy prawnej (w układzie tym wypowiedź normatywna zdaniem S. Ehrlicha stanowi przyczynę pośrednią lub warunek, zaś jej realizacja albo naruszenie jest przyczyną bodźcową) i nie odnosi się wprost do powiązań między określonym zachowaniem a jego fizykalnym następstwem (do czego z kolei odnosi się związek normatywny). Zob. S. Ehrlich, *O przyczynowości normatywnej*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2-3, s. 41 i nast.

nienia rzeczy niemożliwych (wyraża się to w łacińskiej paremii *ad impossibilia nemo obligatur*)⁶⁵³. W pierwszej kolejności skutek musi być obiektywnie przewidywalny. J. Giezek w zakresie tej przesłanki stwierdza: „(...) obiektywna przewidywalność, będąca podstawowym wyznacznikiem normy postępowania, to nie jest punkt na skali tego, co przewidzieć można, lecz raczej mieszczący się na niej – niekiedy nawet dość rozległy – przedział między tym, co przewidzieć zdołałby po miot idealny, wyposażony w całą dostępną *ex ante* wiedzę, a tym, co przewidzieć powinien podmiot odpowiadający wzorcowi osobowemu, kształtowanemu wedle roli społecznej, w jakiej występuje konkretny sprawca. Obiektywnie przewidywalne jest – innymi słowy – nie tylko to, co sprawca przewidzieć musi, ale także to, co faktycznie przewidzieć zdoła, skoro tego rodzaju przewidywanie opiera się na określonej (obiektywnie dostępnej) części wiedzy, jaką posiada idealny podmiot. Wyznaczając górną granicę obiektywnej przewidywalności, nie należy tracić z pola widzenia jej ścisłego, rzec by można – genetycznego pokrewieństwa z możliwością kauzalnego wyjaśniania. Jeśli przy uwzględnieniu całej wiedzy i doświadczenia nie udało się analizowanego przebiegu zdarzeń *ex post* kauzalnie wyjaśnić, to tym bardziej nie mógł on zostać *ex ante* przewidziany. Jeśli natomiast przebieg zdarzeń był kauzalnie wyjaśnialny (oczywiście na podstawie wiedzy dostępnej *ex ante*), to tym samym był on również przewidywalny”⁶⁵⁴. Przekładając te rozważania na grunt przestępstwa uporczywego nękania należy wskazać, że jedną z podstaw przypisania sprawcy skutku jest to, że obiektywnie rzecz ujmując mógł przewidzieć wywołanie skutku stanowiącego znamię czynu z art. 190a § 1 k.k. Co istotne przesłanki tej, nie należy utożsamiać z wymogiem posiadania przez sprawcę określonej strony podmiotowej. Mowa tutaj bowiem nie o tym, co sprawca przewidywał, ale co na moment popełnienia przestępstwa było możliwe do przewidzenia. Do przypisania skutku sprawca nie musi zatem przewidywać możliwości jego wywołania⁶⁵⁵. Kolejną przesłanką, która musi zaistnieć do powstania związku normatywnego między zachowaniem się sprawcy a powstałym skutkiem jest stwierdzenie, że sprawca swym zachowaniem się naruszył reguły ostrożności (zwanych przez J. Giezka regułami postępowania z dobrem prawnym)⁶⁵⁶. W niniejszej pracy już wspomniano na temat reguł ostrożności, więc nie jest zasadne powielanie rozważań w tym zakresie. Ostatnią wyróżnianą przez J. Giezka przesłanką umożliwiającą przypisanie

⁶⁵³ Zob. J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 480.

⁶⁵⁴ J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 486.

⁶⁵⁵ Rzecz jasna przewidywanie lub brak przewidywania wywołania skutku będzie miał doniosłe na gruncie strony podmiotowej, co też w przypadku ustalenia braku przewidywania ze strony sprawcy może uniemożliwić pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej.

⁶⁵⁶ Zob. J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 487 i nast.

związku normatywnego jest społeczna nieadekwatność zachowania się sprawcy. Owa społeczna nieadekwatność ma wiązać się z nadmiernym ryzykiem wywołania negatywnego skutku. Słusznie zauważa cytowany autor, że: „Trafne wydaje się spostrzeżenie, że granic akceptowalnego ryzyka nie wyznaczają – jakby się to na pozór mogło wydawać – reguły postępowania z dobrem prawnym. Reguł nie ustanawiamy bowiem po to, by dowiedzieć się, gdzie powinna leżeć granica ryzyka, lecz – uprzednio ją wyznaczywszy – formułujemy (dobieramy) reguły, które zapobiegałyby jej przekraczaniu. Łatwo zauważyć, że zachowania, które dzisiaj określilibyśmy jako odpowiednie, przestaną być takie, przestaną być takie, jeśli tylko przesuniemy granicę akceptowalnego ryzyka. (...) Pierwotnym wyznacznikiem prawnokarnie relewantnego zachowania jest bowiem przekroczenie granic dozwolonego ryzyka, nie zaś – jak to się często przyjmuje – naruszenie reguł wymaganej w obrocie ostrożności. To nie wymagana ostrożność wyznacza granice ryzyka, lecz dzieje się akurat dokładnie odwrotnie, tzn. ryzyko, jakie skłonni jesteśmy zaakceptować, determinuje wymagania ostrożności. Formułowanie jakichkolwiek reguł nabiera więc sensu dopiero w obliczu ryzyka. O żadnym zachowaniu nie powiemy przecież, że było ono ostrożne albo nieostrożne, jeśli nie dostrzegamy istniejącego lub potencjalnego niebezpieczeństwa, jakie jest z nim związane. Ostrożność jest bowiem oczekiwana jedynie wówczas, gdy liczymy się z prawdopodobieństwem negatywnego skutku”⁶⁵⁷. J. Giezek ponadto wskazuje na trzy kryteria pozwalające stwierdzić, że dane zachowanie jest powiązane z wytworzeniem społecznie nieaprobowanego ryzyka narażenia dobra prawnego na naruszenie. Pierwsze kryterium odwołuje się do społecznego sensu i celu podejmowanego zachowania. Jak zauważa J. Giezek: „Stworzenie jakiegokolwiek zagrożenia dla dobra chronionego prawem tylko wówczas wejść może w rachubę jako potencjalnie dopuszczalne, jeśli pojawia się ono jako rezultat aktywności, której sens oraz typowe konsekwencje zarówno ze społecznego, jak i prawnego punktu widzenia zasługują na aprobatę. Najmniejszego nawet prawdopodobieństwa negatywnego skutku nie dałoby się wszak usprawiedliwić i zaakceptować, gdyby stwarzające je zachowanie było powszechnie dostrzegane jako środek służący do osiągnięcia społecznie dezaprobowanego celu. (...) Mamy więc tutaj do czynienia z ryzykiem, które – niezależnie od jego natężenia – nie nadaje się do zaakceptowania. Nie musimy zatem sprawdzać, czy granica dozwolonego ryzyka została przekroczona, gdyż granicy takiej – wobec wykluczenia jakiegokolwiek dlań tolerancji – w tym przypadku po prostu nie da się wyznaczyć. Zachowania, które generują tego rodzaju ryzyko, muszą więc po prostu zostać zaniechane”⁶⁵⁸.

⁶⁵⁷ J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 502-503.

⁶⁵⁸ J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 503-504.

Drugie kryterium według przywoływanego autora: „(...) stanowiąc przejaw bilansowania potencjalnych zysków i strat, zawiera się w pytaniu, czy pozytywna wartość zachowania, będąca odzwierciedleniem jego społecznej doniosłości, jest co najmniej tak duża, by niedającym się wykluczyć naruszeniem dobra prawnego w ogóle opłacało się ryzykować. Nie wystarczy nam bowiem stwierdzenie faktu, że zachowanie podmiotu jest ogólnie aprobowane, gdyż wówczas przeoczylibyśmy, iż – w zależności od stanowiących jego ekwiwalent kosztów, jakie *in concreto* trzeba będzie ponieść – stopień społecznej aprobaty także należy różnicować. Aprobata zachowania często może zaś oznaczać jedynie jego tolerowanie, by nadmiernie nie ograniczać swobody jednostki, co nie zawsze musi iść jednak w parze ze zgodą na wszelkie ryzyko, potencjalnie z zachowaniem takim związane. Z drugiej zaś strony, cel podmiotu może być tak ważny, że za cenę ryzyka – niekiedy nawet dość znacznego – zezwolimy na jego realizację”⁶⁵⁹. Ostatnie kryterium sformułowane przez J. Giezka: „(...) sprowadza się w istocie do odpowiedzi na pytanie, czy oceniane zachowanie mogłoby zostać zrealizowane w sposób niewiążący się z żadnym, najmniejszym nawet ryzykiem, nie tracąc przy tym jednak swego społecznego sensu. Jest oczywiste, że pozytywna wartość określonego rodzaju zachowania tylko wówczas usprawiedliwiać może pewne związane z nim ryzyko, jeśli stwierdzimy, że przy realizowaniu tej cieszącej się społeczną aprobatą wartości jest ono nieuniknione. Całkowite wyeliminowanie ryzyka lub chociażby nawet samo jego zmniejszenie poniżej pewnego minimum musiałoby bowiem oznaczać, że wybrany sposób zachowania nie realizuje owej wartości, gdyż nie przynosi ono korzyści, jakie zwykle z danego typu zachowaniami wiążemy. Rozmiaru korzyści nie można wszak zredukować poniżej jakiegoś, podyktowanego społecznymi potrzebami lub oczekiwaniami progu, nie przekreślając tym samym sensu podejmowanej aktywności. Innymi słowy, eliminacja ryzyka uczynić może zachowanie bardziej bezpiecznym, lecz niestety bezsensownym”⁶⁶⁰. Zachowania się sprawcy są ukierunkowane na naruszenie określonych dóbr prawnych. W aspekcie *in abstracto* można zaryzykować tezę, że nękanie *per se*, co do zasady, stwarza istotne ryzyko dla dobra prawnego, którego nie sposób społecznie zaakceptować, a więc nękanie jest zachowaniem społecznie nieakceptowalnym. Zatem pierwsze kryterium nie zostaje spełnione. Odnosząc się do drugiego z kryteriów sformułowanych przez J. Giezka należy zauważyć, że uporczywe nękanie nie jest na tyle społecznie doniosłe w sensie pozytywnym, że konieczne by było narażanie dóbr pokrzywdzonego na ich naruszenie. Możliwe jest uniknięcie naruszenia dobra poprzez niepodejmowanie się nękania innej osoby. Ostatnie kryterium również nie zostaje spełnione, bowiem nękanie jest zachowaniem się społecznie szkodliwym, a

⁶⁵⁹ J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 504.

⁶⁶⁰ J. Giezek, *Teorie związku...*, s. 505.

więc zachowaniem nie przynoszącym społecznych korzyści⁶⁶¹. W konsekwencji już na płaszczyźnie *in abstracto* można uznać nękanie za społecznie nieadekwatne. Warto nadmienić, że Ł. Pohl dodaje przesłankę odnoszącą się do związku normatywnego między zachowaniem się sprawcy a wywołaniem przez to zachowanie skutku stanowiącego znamię typu czynu zabronionego. Autor ten formułuje wspomnianą przesłankę następująco: „(...) skutek ten nie powstałby w razie podjęcia działania zgodnego z regułą ostrożnego postępowania z dobrem prawnie chronionym...”⁶⁶². Przesłanka ta również odwołuje się do omówionego już w aspekcie przestępstwa uporczywego nękania zagadnienia reguł ostrożności. Stąd też nie jest konieczne szerzej jej omawianie.

W analizowanym przepisie ustawodawca wyróżnił cztery rodzaje skutków:

1. spowodowanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia u pokrzywdzonego⁶⁶³;
2. spowodowanie uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia pokrzywdzonego;
3. spowodowanie uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia pokrzywdzonego;
4. istotne naruszenie jego prywatności⁶⁶⁴.

Nadto ustawodawca wymieniając znamienia skutku posłużył się alternatywą rozłączną, przez co dopuszcza on możliwość spowodowania jednego z tych skutków, kilku z nich albo wszystkich łącznie. Ponadto charakter tych skutków jest różny, w związku z tym zostaną one omówione osobno.

⁶⁶¹ Można oczywiście rozważać czy nękanie w warunkach eksperymentu (o którym będzie mowa w dalszej części pracy) może być zachowaniem społecznie opłacalnym ze względu na wiedzę jaką ów eksperyment ma wnieść. Kwestia kontratypu ryzyka nowatorstwa w odniesieniu do przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. zostanie omówiona w dalszej części pracy. Niemniej na ten moment warto zasygnalizować, że takie sytuacje należą do rzadkości. Stąd też społeczna korzyść płynąca z nękania innej osoby, jeśli już by wystąpiła, to stanowić będzie wyjątek od reguły zaprezentowanej wyżej.

⁶⁶² Ł. Pohl, *Komentarz do art. 1 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

⁶⁶³ M. Dumkiewicz i J. Sitko twierdzą następująco: „Przede wszystkim należy jeszcze dodać, że z popełnieniem przestępstwa, o którym mowa w art. 190a § 1 k.k., mamy do czynienia nie tylko wówczas, gdy skutkiem uporczywego nękania jest odczuwanie strachu przez osobę nękaną, lecz także wtedy, gdy pomimo braku uczucia strachu po stronie osoby nękanej strach odczuwa osoba jej najbliższa, i wreszcie możliwy jest jeszcze trzeci wariant, tj. sytuacja, w której strach odczuwa nie tylko osoba nękana, lecz także osoba jej najbliższa” - M. Dumkiewicz, J. Sitko, *Stalking na tle prawa karnego i cywilnego* [w:] J. Balcarczyk (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012, s. 526. Pogląd ten częściowo można uznać za słuszny. Bowiem z warstwy deskryptywnej przepisu wynika, że skutek w postaci wzbudzenia poczucia zagrożenia ma być wzbudzony u pokrzywdzonego, nie zaś innej osoby niż pokrzywdzony, przy czym może być faktycznie tak, że poczucie zagrożenia zostanie wzbudzone również albo tylko w innej osobie najbliższej. Wówczas to ona jest pokrzywdzonym przestępstwa.

⁶⁶⁴ Na marginesie należy dodać, że J. Piórkowska-Flieger nazywa skutki te skutkami niewymiernymi. Ich niewymierność oznacza brak miernika pozwalającego ocenić wielkość wywołanego przez sprawcę skutku. Zdaniem wspomnianej autorki nie jest możliwe ani też konieczne ustalanie rozmiaru wyrządzonego skutku, celem możliwości przypisania sprawcy realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego. Zob. J. Piórkowska-Flieger, *Skutek czynu...*, s. 206.

§ 2.7.1. Uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia

Na wstępie należy omówić pojęcie zagrożenia, które to pojęcie nie ma definicji legalnej. SN odnosząc się do poczucia zagrożenia wskazuje, że: „Art. 190a § 1 k.k. posługuje się zarówno kryterium subiektywnym w postaci poczucia zagrożenia, oznaczającego wewnętrzny odbiór, odczucie lęku i osaczenia osoby doświadczanej nękaniami, jak i obiektywnym, wskazując na to, iż poczucie zagrożenia musi być uzasadnione okolicznościami”⁶⁶⁵. Wskazuje również, że: „Działania prowadzące się do obserwacji, filmowania i fotografowania pokrzywdzonych spoza ich posesji, zamykające się tylko w sferze prywatnego dokumentowania, nieużywane do osiągnięcia na pokrzywdzonych jakiegokolwiek wymiernego zagrożenia, nie wypełniają znamienia poczucia zagrożenia z art. 190a § 1 k.k. Mogą jednak stanowić istotne naruszenie prywatności”⁶⁶⁶. J. Kosonoga odnosząc się do tej ostatniej tezy na gruncie stanu faktycznego będącego przedmiotem tego orzeczenia, aprobuje pogląd przyjęty przez SN. Jednak trafnie zauważa, że wniosek ten nie może mieć charakteru uniwersalnego⁶⁶⁷. Przytoczony autor argumentując swój pogląd stwierdza: „Nie można jednak wykluczyć, że obserwacja, filmowanie czy fotografowanie pokrzywdzonych spoza ich posesji, nawet w sytuacji, gdy następuje to wyłącznie dla celów prywatnych, będą powodowały stan zagrożenia pokrzywdzonego”⁶⁶⁸.

W doktrynie niektórzy autorzy dokonują definicji nie samego wyrazu zagrożenie, lecz całej zbitki słownej „poczucie zagrożenia”, stąd też zostaną przywołane definicje zarówno zagrożenia jak i poczucia zagrożenia. M. Jachimowicz wskazuje, że: „Pojęcie zagrożenia (...) to obiektywnie oceniane odczucie bezpieczeństwa wynikające z wielokrotnych zachowań podjętych przez nękanącego”⁶⁶⁹. P. Furman z kolei uważa, że poczucie zagrożenia jest: „(...) emocją, która wiąże się z faktycznie istniejącym stanem potencjalnego niebezpieczeństwa, jest zakorzenione w rzeczywistym układzie sytuacyjnym”⁶⁷⁰. N. Kłaczyńska wskazuje, że ustawodawca nie precyzuje, jakie dobra mają być zagrożone działaniem sprawcy. Zdaniem autorki nie jest konieczne wykazanie zagrożenia dóbr takich jak zdrowie czy życie, wystarczy, że pokrzyw-

⁶⁶⁵ Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16, OSNKW 2017/8/44.

⁶⁶⁶ Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16, OSNKW 2017/8/44.

⁶⁶⁷ Zob. J. Kosonoga, *Poczucie zagrożenia oraz istotne naruszenie prywatności jako ustawowe znamiona przestępstwa stalkingu. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z 29.03.2017 r., IV KK 413/16*, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, nr 4/2019, s. 88.

⁶⁶⁸ Zob. J. Kosonoga, *Poczucie zagrożenia...*, s. 88.

⁶⁶⁹ M. Jachimowicz, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 46.

⁶⁷⁰ P. Furman, *Próba analizy...*, s. 52.

dzony będzie odczuwał zagrożenie niesprecyzowane (autorka podaje przykład uczucia pokrzywdzonego, że „coś się może stać”)⁶⁷¹. M. Królikowski i A. Sakowicz poczucie zagrożenia rozumieją jako: „(...) stan psychiczny danej osoby wyrażający się w zaniepokojeniu, braku poczucia bezpieczeństwa lub odczuwaniu strachu”⁶⁷². Przywołani autorzy zauważają, że ustawodawca nie stopniuje intensywności odczuwanego zagrożenia stąd też proponują, żeby odwołując się do istoty dobra chronionego, poziom penalizowanego poczucia zagrożenia wyznaczyć: „(...) w odniesieniu do tego, jak bardzo zachowanie sprawcy może zakłócić dobrostan sprawcy”⁶⁷³. S. Hypś stwierdza, że: „Poczucie zagrożenia oznacza, że zachowanie sprawcy rodzi u pokrzywdzonego przypuszczenie, że może nastąpić eskalacja zamachu i sprawca jest w stanie posunąć się do naruszenia innych dóbr, jego lub osoby mu najbliższej, w szczególności życia lub zdrowia”⁶⁷⁴. Autor ten dodaje, że może ono powstać również: „(...) w wyniku stałego braku komfortu bezpieczeństwa spowodowanego zachowaniem sprawcy, tj. podjęcia przez niego takich czynności, które wytworzą u ofiary stałe wrażenie śledzenia (obserwowania, podglądania) lub naruszania jego rzeczy lub korespondencji”⁶⁷⁵. Z kolei J. Lachowski utożsamia poczucie zagrożenia ze strachem i lękiem⁶⁷⁶. J. Kosonoga odnosi się do czynników powodujących wywołanie stanu zagrożenia. Jako przykłady takich czynników autor ten podaje: formę oddziaływania na psychikę pokrzywdzonego oraz relację jaka zachodzi między sprawcą a pokrzywdzonym⁶⁷⁷. Wskazuje również, że: „Od sposobu zachowania będzie zależeć bowiem ilość i jakoś[ć] wrażeń odbieranych przez osobę zagrożoną, co z kolei wpływa na nasilenie przeżywanego przez nią strachu”⁶⁷⁸. E. Żywucka-Kozłowska natomiast zagrożenie pojmuje jako: „(...) coś, co może prowadzić do negatywnych skutków dla podmiotu”⁶⁷⁹.

Poczucie zagrożenia, jak i samo zagrożenie, to pojęcia, które są przede wszystkim przedmiotem zainteresowaniem psychologii, więc nie sposób analizując niniejsze zagadnienie nie odnieść się do psychologicznego pojmowania tego zjawiska. P. Mamcarz i współpracownicy wskazują, że w psychologii poczucie zagrożenia jest rozumiane jako: „przeżywanie obaw związanych ze skutkami aktualnych/potencjalnych niebezpieczeństw”⁶⁸⁰. Wspomniani autorzy

⁶⁷¹ Zob. N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 190a...*, s. 471.

⁶⁷² M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 542-543.

⁶⁷³ M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 543.

⁶⁷⁴ S. Hypś, *Komentarz do art. 190a...*, s. 978.

⁶⁷⁵ S. Hypś, *Komentarz do art. 190a...*, s. 978.

⁶⁷⁶ Zob. J. Lachowski, *Komentarz do art. 190a...*, s. 912.

⁶⁷⁷ J. Kosonoga, *Poczucie zagrożenia...*, s. 89.

⁶⁷⁸ Zob. J. Kosonoga, *Poczucie zagrożenia...*, s. 89.

⁶⁷⁹ E. Żywucka-Kozłowska, *Funkcjonariusz publiczny...*, s. 112.

⁶⁸⁰ P. Mamcarz, I. Mamcarz, L. Suchocka, *Psychologiczne konsekwencje poczucia zagrożenia doświadczanego w sytuacji pracy*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Psychologica” 2012, nr 16, s. 17.

wskazują na dwa aspekty zagrożenia: aspekt emocjonalny, dotyczący przeżywania negatywnych emocji oraz aspekt kognitywny związany z treścią obrazu zagrożenia, atrybucją czy retrospekcją⁶⁸¹. Odnosząc się do skutków poczucia zagrożenia E. Ćwiertnia stwierdza, że: „Długotrwałe poczucie zagrożenia wpływa bowiem niekorzystnie na codzienne funkcjonowanie, powoduje obniżenie życiowych aspiracji i motywacji do podejmowania działań doprowadza do stopniowego wycofywania się z życia społecznego; sprzyjając tym samym negatywnemu odbiorowi otaczającej rzeczywistości oraz występowaniu zaburzeń emocjonalnych o charakterze lękowym”⁶⁸². Poczucie zagrożenia może być pojmowane również jako przeciwieństwo poczucia bezpieczeństwa. Bezpieczeństwo definiowane jest w psychologii następująco: „(...) poczucie wolności od strachu i lęku, szczególnie w kontekście zaspokajania obecnych (i przyszłych) potrzeb jednostki”⁶⁸³. A. Maslow wśród potrzeb bezpieczeństwa wymienia potrzeby: pewności, stabilności, oparcia, opieki, wolności od strachu, lęku i chaosu, struktury, porządku, prawa i granic, silnego opiekuna, przy czym katalog ten nie jest katalogiem zamkniętym⁶⁸⁴. Za następstwo frustracji poczucia bezpieczeństwa (a więc następstwo braku realizacji potrzeby bezpieczeństwa) autor uważa: zaniepokojenie, strach, przerażenie, lęk, napięcie, nerwowości i tremę⁶⁸⁵. E. Ćwiertnia z kolei twierdzi, że poczucie bezpieczeństwa: „(...) jest dla człowieka bezpośrednio powiązane z brakiem obawy o możliwe doznanie szkody czy to w aspekcie indywidualnym, czy też zbiorowym”⁶⁸⁶. Warto również przytoczyć jedną z definicji poczucia bezpieczeństwa (dotyczącym jednostki), z którą można spotkać się w naukach o bezpieczeństwie publicznym. Brzmi ona następująco: „(...) bezpieczeństwo, na poziomie jednostki, to stan wewnętrzny, indywidualnie konfigurowany, dający poczucie pewności istnienia i gwarancje jego zachowania oraz szanse na jego doskonalenie”⁶⁸⁷. W doktrynie prawa karnego należy wskazać na pogląd E. Żywuckiej-Kozłowskiej zdaniem, której: „Bezpieczeństwo jest niczym innym jak brakiem zagrożenia, natomiast jego poczucie może być określone jako wewnętrzny spokój”⁶⁸⁸.

Poczucie zagrożenia jest więc pewną emocją wynikającą z braku stanu bezpieczeństwa. Osoba przeżywająca tę emocję spodziewa się naruszenia jego szeroko pojmowanego bezpie-

⁶⁸¹ Zob. P. Mamcarz, I. Mamcarz, L. Suchocka, *Psychologiczne konsekwencje...*, s. 17.

⁶⁸² E. Ćwiertnia, *Poczucie zagrożenia przestępczością w ujęciu koncepcji późnej nowoczesności*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka-Praktyka-Refleksje” 2014, nr 16, s. 100.

⁶⁸³ A.S. Reber, *Słownik psychologii*, tłum. B. Janasiewicz-Kruszyńska i in. Warszawa 2000, s. 508.

⁶⁸⁴ Zob. A. Maslow, *Motywacja i osobowość*, tłum. J. Radzicki, Warszawa 2009, s. 66.

⁶⁸⁵ Zob. A. Maslow, *Motywacja...*, s. 91.

⁶⁸⁶ E. Ćwiertnia, *Poczucie zagrożenia...*, s. 99.

⁶⁸⁷ A. Dawidczyk, R.B. Kuc, Z. Ściborek, B. Wiśniewski, *Bezpieczeństwo wewnętrzne. Podręcznik akademicki*, Toruń 2015, s. 24.

⁶⁸⁸ E. Żywucka-Kozłowska, *Funkcjonariusz publiczny...*, s. 112.

czeństwa, zaś asumpt tej emocji daje zachowanie sprawcy, przy czym nie wydaje się, że poczucie zagrożenia musi kierunkować pokrzywdzonego na myśl, że źródłem braku stanu bezpieczeństwa będzie sprawca. Poza tym zagrożenie, którego pokrzywdzony się obawia nie musi dotyczyć jego osoby, a może być skierowane na inną osobę najbliższą czy nawet inną osobę. Odnosząc się natomiast do poglądu SN, to na gruncie prawnym pogląd ten należy zaaprobować. Jednak analizując poczucie zagrożenia w aspekcie psychologicznym, to należy stwierdzić, że poczucie zagrożenia, o czym była mowa, jest emocją. Emocje zaś są czymś *stricte* subiektywnym. Więc nie można pojmować poczucia zagrożenia w sposób obiektywny. Nie można również się zgodzić z poglądem J. Lachowskiego utożsamiającego poczucie zagrożenia ze strachem i lękiem. Antycypując dalsze rozważania w tym zakresie należy wskazać, że poczucie zagrożenia, strach i lęk nie są one terminami synonimicznymi.

Wydaje się zasadne, żeby zbadać relację poczucia zagrożenia do strachu oraz lęku. Rozważania te pozwolą na ocenę czy spowodowanie przez sprawcę u pokrzywdzonego wspomnianych stanów może być kwalifikowane jako skutek spowodowania istotnego poczucia zagrożenia. R.J. Gerring i P.G. Zimbardo wskazują, że: „Strach (*fear*) jest racjonalną reakcją na zewnętrzne, obiektywnie występujące zagrożenie (np. pożar w domu czy napad) mogące skłonić jednostkę do ucieczki lub ataku w obronie własnej”⁶⁸⁹. Zdaniem W. Tłokińskiego: „Strach jest reakcją na niebezpieczeństwo widoczne, obiektywne”⁶⁹⁰. A.S. Reber przedstawia strach jako: „(...) stan emocjonalny pojawiający się w obecności lub przy oczekiwaniu niebezpiecznego albo szkodliwego bodźca. Strach zazwyczaj charakteryzują wewnętrzne, subiektywne poczucie skrajnego poruszenia, pragnienie ucieczki lub ataku oraz rozmaite reakcje współczulne”⁶⁹¹. J. Laplanche i J.B. Pontalis strach definiują jako: „Reakcja na sytuację zagrożenia lub bardzo intensywne bodźce zewnętrzne, które zaskakują podmiot, gdy nie jest on na nie przygotowany i dlatego nie może się przed nimi ochronić ani opanować”⁶⁹². D.L. Rosenhan i współpracownicy wskazują na cztery elementy strachu:

1. Elementy poznawcze, które są spostrzeżeniami bezpośredniej, prawie pewnej krzywdy wywołanej przez konkretne, rozpoznawalne zagrożenie.

⁶⁸⁹ R.J. Gerring, P.G. Zimbardo, *Psychologia i życie*, tłum. E. Czerniawska, M. Guzowska-Dąbrowska, A. Jaworska-Surna, J. Radzicki, Warszawa 2012, s. 629.

⁶⁹⁰ W. Tłokiński [w:] W. Szewczuk (red.), *Encyklopedia psychologii*, Warszawa 1998, s. 203.

⁶⁹¹ A.S. Reber, *Słownik...*, s. 711.

⁶⁹² J. Laplanche, J.B. Pontalis, *Słownik psychoanalizy*, tłum. E. Modzelewska, E. Wojciechowska, Warszawa 1996, s. 310.

2. Elementy somatyczne, które obejmują dwie klasy reakcji organizmu: zmiany wewnętrzne i zmiany zewnętrzne. Reakcje zewnętrzne mogą zostać zaobserwowane przez każdą osobę, natomiast reakcje wewnętrzne są niezauważalne dla innych osób.
3. Elementy emocjonalne, które obejmują poczucie przerażenia, grozy i paniki czy też takie reakcje jak: mdłości, drżenie, mrowienie skóry i dziwne wrażenie w żołądku.
4. Elementy behawioralne, obejmujące dwa rodzaje zachowań. Pierwsze rodzaje zachowań to mimowolne reakcje niepokoju, będące często wynikiem warunkowania klasycznego. Zaś drugie rodzaje zachowań to reakcje sprawcze, które są dowolnymi próbami uczynienia czegoś przedmiotem strachu⁶⁹³.

Istotną reakcją na strach są usuwanie się, bezruch oraz walka. W kontekście usuwania się to może ono przybrać formę reakcji ucieczki (zwaną również reakcją pogotowia lub reakcją walki). W reakcji ucieczki opuszcza się miejsce zagrożenia, gdy zagrożenie faktycznie nastąpiło. W przypadku reakcji unikania następuje oddalenie się, zanim nastąpi groźne zdarzenie⁶⁹⁴.

D. Goleman opisując reakcje zachodzące w ciele człowieka na skutek reakcji strachu, wskazuje: „W strachu krew napływa do dużych mięśni szkieletowych, takich jak mięśnie nóg, dzięki czemu łatwiej jest się rzucić do ucieczki. Powoduje to odpływ krwi z twarzy, przez co staje się ona blada (i mamy wrażenie, że «krew zamiera nam w żyłach»). Jednocześnie ciało zastyga, choćby tylko na moment, w bezruchu, być może po to, byśmy mieli czas ocenić, czy lepszą reakcją nie byłoby ukrycie się. Połączenia w sterujących emocjami ośrodkach mózgowych uruchamiają napływ fali hormonów, które zmuszają całe ciało do czujności, sprawiając, że staje się wrażliwe na wszelkie zewnętrzne bodźce i gotowe do działania, natomiast cała uwaga skupia się na bezpośrednim zagrożeniu, abyśmy mogli lepiej ocenić, jak na nie zareagować”⁶⁹⁵. Ponadto autor zauważa, że centralną rolę w powstawaniu strachu u człowieka odgrywa ciało migdałowate. Ten fragment mózgu rejestruje informacje z otoczenia, a także w przypadku odczuwania strachu wysyła do komórek pnia mózgu sygnały wpływające na powstanie reakcji psychofizycznych stanowiących przejaw strachu⁶⁹⁶. Warto jeszcze wskazać definicję strachu autorstwa T. Ślipki. Autor ten definiuje strach jako: „(...) stan niepokoju odczuwany przez

⁶⁹³ Zob. D.L. Rosenhan, M.E.P. Seligman, E.F. Walker, *Psychopatologia*, tłum. J. Gilewicz, A. Wojciechowski, Poznań 2003, s. 182-183.

⁶⁹⁴ Zob. D.L. Rosenhan, M.E.P. Seligman, E.F. Walker, *Psychopatologia*, s. 183.

⁶⁹⁵ D. Goleman, *Inteligencja emocjonalna*, tłum. A. Jankowski, Poznań 2012, s. 44.

⁶⁹⁶ Zob. D. Goleman, *Inteligencja emocjonalna*, s. 458-461.

władze zmysłowe człowieka, a spowodowany zagrożeniem go przez zło trudne do uniknięcia”⁶⁹⁷. T. Ślipko wyróżnia dwa elementy tak rozumianego strachu: odczucie niepokoju i określone zło, które to nie są wielkościami stałymi, lecz ulegają zmianom⁶⁹⁸. Analiza tego zagadnienia wskazuje, że nie powinno traktować się jako synonimów poczucia zagrożenia i strachu. Poczucie zagrożenia jest wyłącznie pewnym odczuciem, że może „stać się coś złego”, zaś w przypadku strachu prócz tego przeczucia uruchamiają się mechanizmy ucieczki, bezruchu czy obrony przed zagrożeniem. Strach jest więc „czymś więcej” niż samo poczucie zagrożenia.

Z kolei lęk W. Tłokiński definiuje jako: „(...) uczucie niepokoju, napięcia, zagrożenia, trwożliwego oczekiwania, połączone z zaburzeniem koncentracji, sprawności pamięci, zawężeniem pola spostrzegania, myślami natrętnymi, obawą przed zasłabnięciem lub śmiercią”⁶⁹⁹. Nadto autor ten wskazuje, że lęk jest odpowiedzią na niebezpieczeństwo subiektywne i ukryte. Na lęk składają się: objawy psychiczne, objawy behawioralne oraz objawy wegetatywno-somatyczne⁷⁰⁰. Objawy psychiczne lęku mogą przejawiać się w: poczuciu zagrożenia, poczuciu zbliżającej się śmierci, trudności myślenia czy zaburzenia uwagi⁷⁰¹. W. Tłokiński do objawów behawioralnych zalicza: „podniecenie ruchowe, niepokój manipulacyjny i lokomocyjny, czasem zahamowanie ruchowe aż do osłupienia”⁷⁰². Ponadto cytowany autor wskazuje, że: „Niekiedy zdarza się tak zwany «raptus», nagła i niespodziewana reakcja psychomotoryczna przybierająca postać ucieczki, wybuchu gniewu, agresji”⁷⁰³. Do objawów wegetatywno-somatycznych lęku można według cytowanego autora zaliczyć: „rozszerzenie źrenic, wysychanie w jamie ustnej, przyspieszenie oddechu, przyspieszenie czynności serca i tętna, podwyższenie lub nagły spadek ciśnienia krwi, ucisk w klatce piersiowej, biegunki, częste oddawanie moczu”⁷⁰⁴. Zdaniem W. Tłokińskiego nie zawsze się da przeprowadzić ścisłą granicę między lękiem a strachem⁷⁰⁵. Z kolei J. Laplanche i J.B. Pontalis odwołując się do poglądów S. Freuda wskazują na trzy rodzaje lęku. Pierwszym z nich jest lęk automatyczny rozumiany jako: „Reakcja podmiotu występująca za każdym razem, gdy znajdzie się on w sytuacji urazowej, tzn. poddany będzie napływowi pobudzeń pochodzenia zewnętrznego lub wewnętrznego, których nie może opanować”⁷⁰⁶. Drugim rodzajem lęku jest lęk przed rzeczywistym zagrożeniem, który stanowi lęk:

⁶⁹⁷ T. Ślipko, *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2004, s. 88.

⁶⁹⁸ Zob. T. Ślipko, *Zarys etyki...*, s. 88.

⁶⁹⁹ W. Tłokiński [w:] W. Szewczuk (red.), *Encyklopedia...*, s. 203.

⁷⁰⁰ W. Tłokiński [w:] W. Szewczuk (red.), *Encyklopedia...*, s. 203.

⁷⁰¹ Zob. A. Bilikiewicz (red.), *Psychiatria dla studentów medycyny. Podręcznik*, Warszawa 2000, s. 469.

⁷⁰² W. Tłokiński [w:] W. Szewczuk (red.), *Encyklopedia...*, s. 203.

⁷⁰³ W. Tłokiński [w:] W. Szewczuk (red.), *Encyklopedia...*, s. 203.

⁷⁰⁴ W. Tłokiński [w:] W. Szewczuk (red.), *Encyklopedia...*, s. 203.

⁷⁰⁵ W. Tłokiński [w:] W. Szewczuk (red.), *Encyklopedia...*, s. 203.

⁷⁰⁶ J. Laplanche, J.B. Pontalis, *Słownik...*, s. 127.

„(...) wobec zewnętrznego niebezpieczeństwa, które stanowi rzeczywiste zagrożenie dla podmiotu”⁷⁰⁷. Ostatnią kategorią jest lęk sygnałowy, który to termin jest używany przez S. Freuda na: „(...) oznaczenie gotowości wzbudzonej przez Ja znajdujące się w sytuacji niebezpieczeństwa, w celu uniknięcia załamania przez napływające pobudzenie. Lęk sygnałowy odtwarza w złagodzonej formie reakcję lękową przeżyta pierwotnie w sytuacji urazowej, co pozwala uruchomić operacje obronne”⁷⁰⁸. Sam S. Freud dokonuje także rozróżnienia lęku na lęk realny i lęk wywołujący fobie. Lęk realny: „(...) jest reakcją na spostrzeżenie niebezpieczeństwa zewnętrznego, to znaczy szkodliwości oczekiwanej i przewidywanej, jest związany z odruchem zmierzającym do ucieczki i trzeba na niego spoglądać jak na uzewnętrznienie popędu samozachowawczego”⁷⁰⁹. Z kolei lęk wywołujący fobie jest znacznie silniej związany psychicznie i połączony z pewnymi przedmiotami i sytuacjami⁷¹⁰. W myśl samej nazwy, lęk ten jest związany z fobiami⁷¹¹. S. Freud zauważa, że obie te postaci lęku są od siebie niezależne. Jak stwierdza cytowany autor: „Jedna nie jest na przykład wyższym stopniem drugiej, spotykają się ze sobą tylko w drodze wyjątku, przypadkowo”⁷¹². Idąc dalej należy wskazać, że lęk w przeciwieństwie do strachu nie uruchamia reakcji ucieczki lub reakcji walki, lecz każe się do niej przygotować⁷¹³. J.N. Butcher i współpracownicy wskazują, że na poziomie fizjologicznym lęk charakteryzuje się stanem ciągłego pobudzenia, który może odzwierciedlać gotowość do walki w przypadku wystąpienia zagrożenia, zaś na poziomie behawioralnym usiłowaniem unikania sytuacji mogących generować zagrożenie⁷¹⁴. D. Goleman wskazuje następujące, jego zdaniem, typowe objawy ataku lękowego: palpacja serca, krótki oddech, uczucie duszenia się⁷¹⁵. Z przytoczonych poglądów na temat lęku można zauważyć, że lęk charakteryzuje się większą intensywnością od strachu i obejmuje więcej objawów motorycznych, behawioralnych i psychicznych. Poza tym źródło lęku niekiedy bywa mniej skonkretyzowane aniżeli źródło strachu. Zatem lęk jest emocją intensywniejszą od poczucia zagrożenia i strachu.

W konsekwencji pojęcia poczucia zagrożenia, lęku i strachu różnią się od siebie, a zatem nie mogą być traktowane względem siebie jako synonimy. Celem usystematyzowania powyższych rozważań wskazane jest podanie znaczenia tych trzech pojęć w formie poniższej tabeli.

⁷⁰⁷ J. Lapanche, J.B. Pontalis, *Słownik...*, s. 127.

⁷⁰⁸ J. Lapanche, J.B. Pontalis, *Słownik...*, s. 127-128.

⁷⁰⁹ S. Freud, *Wstęp do psychoanalizy*, tłum. S. Kempnerówna i W. Zaniewicki, Kęty 2010, s. 256-257.

⁷¹⁰ Zob. S. Freud, *Wstęp do...*, s. 259.

⁷¹¹ Ze względu na charakter niniejszej pracy postanowiono zaniechać omawiania pojęcia fobii. Stąd też rozważania odnośnie tego rodzaju lęku należy zakończyć na tym stwierdzeniu.

⁷¹² Zob. S. Freud, *Wstęp do...*, s. 261.

⁷¹³ Zob. J.N. Butcher, R.C. Carson, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń. Vol. 1*, tłum. W. Dietrich i in., Gdańsk 2003, s. 253.

⁷¹⁴ Zob. J.N. Butcher, R.C. Carson, S. Mineka, *Psychologia zaburzeń...*, s. 254.

⁷¹⁵ Zob. D. Goleman, *Inteligencja emocjonalna*, s. 345.

Tabela 1. Poczucie zagrożenia a strach i lęk

Poczucie zagrożenia	Strach	Lęk
Emocja przejawiająca się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo osoby odczuwającej tę emocję, może zostać lub zostanie naruszone.	Emocja przejawiająca się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa lub o stanie narażenia bezpieczeństwa na zagrożenie, co powoduje uruchomienie wewnętrznych mechanizmów ucieczki, bezruchu czy obrony przed zagrożeniem.	Emocja przejawiająca się w silnym przeświadczeniu o mniej lub bardziej skonkretyzowanym zagrożeniu bezpieczeństwa osoby odczuwającej tę emocję, powodujące uruchomienie wielu reakcji psychofizycznych (takich jak wzrost ciśnienia krwi, trudności w myśleniu, zaburzenia uwagi etc.).

Źródło: opracowanie własne

Po zbadaniu relacji między terminami poczucie zagrożenia, strachu i lęku należy odpowiedzieć na pytanie czy ustawodawca formułując znamię skutku w postaci uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia przewidział również penalizację skutku wzbudzenia u pokrzywdzonego strachu lub lęku. W analizowanym przepisie mowa jest wprost o poczuciu zagrożenia, które w dodatku musi być uzasadnione okolicznościami. Jak już wspomniano poczucie zagrożenie, strach i lęk nie są pojęciami synonimicznymi. Co prawda poczucie zagrożenia może zawierać się w strachu czy w lęku, lecz wbrew twierdzeniom np. J. Lachowskiego lękiem i strachem nie jest. W konsekwencji uznanie, że wywołanie za pomocą nękania strachu lub lęku jest realizacją znamienia skutku stanowi wykładnię rozszerzającą. W myśl zasady *nullum crimen sine lege stricta* zakazana jest wykładnia rozszerzająca na niekorzyść sprawcy. W takiej sytuacji niewątpliwie dochodziłoby do rozszerzenia zakresu kryminalizacji, co przesądza o tym, że uznanie wzbudzenie (uzasadnionego okolicznościami) lęku lub strachu stanowi realizację znamienia skutku w postaci wzbudzenia uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, stanowi wykładnię rozszerzającą na niekorzyść sprawcy. Z tego płynie wniosek, że na gruncie tak rozumianego znamienia skutku wzbudzenie lęku lub strachu u pokrzywdzonego nie może być oceniane prawnokarnie z tego znamienia skutku. Przed nowelizacją analizowanego przepisu sprawcę można było pociągnąć do odpowiedzialności karnej, jeśli lękowi lub strachowi towarzyszyło poczucie zagrożenia, jednak odpowiedzialność karna ograniczała się wyłącznie do wzbudzenia poczucia zagrożenia przez nękanie. Wydaje się, że zazwyczaj poczu-

cie zagrożenia współlistnieje z lękiem i strachem⁷¹⁶, co mogłoby prowadzić do refleksji, że omawiany problem jest *stricte* teoretyczny. Niemniej ustawodawca ujął skutek odnoszący się do krzywdy psychicznej zbyt wąsko, bowiem obejmuje on tylko jedną z możliwych emocji, pomimo że nękanie może wzbudzić ich całe *spectrum*⁷¹⁷. Na marginesie warto przypomnieć, że pierwotnie zamiast skutku w postaci uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia proponowano umieścić w analizowanym przepisie znamię wzbudzenia uzasadnionego odczuwania strachu. Wydaje się, że lepszym rozwiązaniem było właśnie umieszczenie skutku w postaci poczucia zagrożenia. Przemawia za tym fakt, że poczucie zagrożenia może być częścią lęku lub strachu, stąd też można pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności karnej za wzbudzenie poczucia zagrożenia. Jeśli natomiast w przepisie występowałoby znamię odczuwania strachu, to nie można by pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności karnej, jeśli pokrzywdzony odczuwałby wyłącznie poczucie zagrożenia lub lęk. Szukając uzasadnienia dla umieszczenia w pierwotnym brzmieniu art. 190a § 1 k.k. jako skutku czynu zabronionego poczucia zagrożenia, nie zaś inną emocję może być pogląd M. Dumkiewicz i J. Sitko, zdaniem których skutek uzasadnionego poczucia zagrożenia pozwala na zapewnienie karnoprawnej ochrony pokrzywdzonego w początkowej fazie nękania, kiedy to zachowania sprawcy nie wzbudziły w pokrzywdzonym silniejszych uczuć takich jak strach czy lęk⁷¹⁸. Niewątpliwie nie sposób się zgodzić z przywołanymi autorkami, jednak równie ważna jest też zapewnienie ochrony, kiedy nękanie trwa już pewien czas i wywołuje intensywniejsze emocje. Wydaje się, że zarówno przypadki nękania w początkowej jego fazie jak i w fazie zaawansowanej, wymagają takiej samej ochrony prawnej. Ochrona prawna przejawiać się może w takiej konstrukcji znamienia skutku ujmującego możliwie jak najwięcej negatywnych konsekwencji w psychice pokrzywdzonego wywołane nękaniami. Zatem pogląd taki nie uzasadnia w pełni posłużenia się przez ustawodawcę takim znamieniem skutku. W konsekwencji należy uznać, że analizowane znamię ujęto nazbyt wąsko. W przypadku nękania skutek w postaci krzywdy psychicznej może objawiać się w różnorodny sposób.

Kolejną stanem, jaki może wywołać zachowanie sprawcy nękania jest uzasadnione okolicznościami poczucie poniżenia. Należy w tym miejscu przedstawić przykładowe słownikowe rozumienie wyrazu „poniżyć”:

⁷¹⁶ Współlistnienie poczucia zagrożenia ze wskazanymi emocjami można rozumieć także jako zawieranie się *in concreto* poczucia zagrożenia w lęku lub strachu.

⁷¹⁷ Antycypując dalsze wywody, *spectrum* skutków odnoszących się do krzywdy psychicznej zostało rozszerzone na skutek nowelizacji art. 190a § 1 k.k. wprowadzonej przez Tarczę 4.0.

⁷¹⁸ Zob. M. Dumkiewicz, J. Sitko, *Stalking na tle...*, s. 526.

1. w „Słowniku współczesnego języka polskiego” pod redakcją B. Dunaja wyraz „poniżać” znaczy tyle, co: „traktować kogoś źle, powodować, że ktoś traci swoją godność; zawstydzić kogoś”⁷¹⁹;
2. w „Słowniku Języka Polskiego” pod redakcją M. Szymczaka wyraz „poniżać” jest definiowany jako: „obrazić czyjąś godność, upokarzać, hańbić”⁷²⁰;
3. w „Praktycznym Słowniku Współczesnej Polszczyzny” pod redakcją H. Zgólkowej wyraz ten rozumiany jest jako pochodny od wyrazu „poniżyć”, który z kolei ma następujące znaczenie: „potraktować kogoś źle, w sposób upokarzający; zranić kogoś; obrazić czyjąś godność, upokorzyć”⁷²¹.

Zatem poniżenie jest emocją odczuwaną przez określony podmiot. Poniżenie przejawia się poczuciem bycia skompromitowanym czy upokorzonym. Emocja ta wydaje się stopniowalna, zatem powstaje pytanie jaki stopień poniżenia uzasadnia pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej. Wydaje się, że uczucie poniżenia musi być na tyle intensywne, że znacząco narusza dobra pokrzywdzonego takie jak zdrowie psychiczne czy wolność. Nie są zatem penalizowane przypadki takiego poniżenia, które powoduje wyłącznie lekki dyskomfort psychiczny niewpływający w sposób negatywnie istotny na psychikę pokrzywdzonego.

Przechodząc do przedstawienia poglądów doktrynalnych należy zacząć od poglądu M. Budyn-Kulik, która stwierdza: „Już w warstwie językowej widać podobieństwo tego pojęcia do słowa «znieważa». Jest ono definiowane jako wyraz pogardy dla innego człowieka według ocen przyjmowanych społecznie i kulturowo. Według słownika języka polskiego «znieważać» znaczy naruszać czyjąś godność. Jego synonimami są: lżyć, obrażać, obrzucać obelgami, wymyślać, znieważać słowami; a także hańbić, obrażać, uwłaczać, kompromitować; bezcześcić, kalać, plugawić. Pojęcia «poniżanie» i «znieważanie» nie są dokładnie synonimiczne; ich zakresy krzyżują się. Istnieją zachowania, które jednocześnie poniżają i znieważają, ale są również przypadki poniżenia bez elementu znieważenia oraz znieważenia pozbawione elementu poniżania. Trudno jest wskazać wyraźną granicę między poniżaniem i znieważaniem. Tym, co jak się wydaje odróżnia takie zachowania, jest relacja między sprawcą i pokrzywdzonym. Pozycja sprawcy (np. społeczna, służbowa, wynikająca ze stosunku faktycznej zależności etc.) musi przewyższać pozycję pokrzywdzonego lub w pewnych sytuacjach być taka sama. Poniżanie jest zachowaniem skierowanym z góry na dół; można określić je jako

⁷¹⁹ B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego...*, s. 1170-1171.

⁷²⁰ M. Szymczak (red.), *Słownik języka...*, s. 803.

⁷²¹ H. Zgólkowa (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 30. Podwładna – por.*, Poznań 2001, s. 349-350.

wektorowo zstępujące. Brak takiej relacji między pokrzywdzonym i sprawcą sprawia, że można mówić co najwyżej o znieważeniu, ale nie o poniżaniu⁷²². Zdaniem autorki: „(...) użyte [w art. 190a § 1 k.k. – przyp. M.G.] zostaje znamię z natury zobiektywizowane (poniżenie), które następnie ustawodawca subiektywizuje (poczucie poniżenia), by znowu je zobiektywizować (uzasadnione okolicznościami)”⁷²³. Cytowana autorka negatywnie wypowiada się na temat wprowadzenia tego znamienia do analizowanego przepisu. Autorce tej poniżanie bardziej odpowiada znęcaniu się aniżeli nękanii. Ponadto jej zdaniem, poniżanie kogoś nie mieści się w zakresie nękania, przez co ustawodawca wykracza poza zakres tej nazwy. Kolejny argument to argument natury kryminologicznej, który M. Budyn-Kulik ujmuje następująco: „Włączenie znamienia w postaci wzbudzenia poczucia poniżenia nie jest również zasadne z perspektywy kryminologicznej. Jak wskazano wcześniej, zachowanie sprawcy nękania wpisuje się zazwyczaj w jeden z dwóch modeli: nękania wrogiego lub przyjaznego. Ustawodawca zauważył, że nie objął dotychczasowym znamieniem w postaci istotnego naruszenia prywatności wielu typowych zachowań, charakterystycznych dla nękania, zwłaszcza przyjaznego. Jednak sprawca tego rodzaju nękania zazwyczaj nie dąży do poniżenia pokrzywdzonego i nie podejmuje zachowań obiektywnie prowadzących do takiego skutku. Przeciwno dodaniu znamienia w postaci wzbudzenia poczucia poniżenia przemawiają również wyniki badań. Wynika z nich, że typowe zachowania sprawcy nękania rzadko mogą spowodować skutek w postaci poczucia poniżenia. Sprawca bowiem najczęściej na różne sposoby niepokoi pokrzywdzonego (telefonicznie, pocztą elektroniczną, nachodząc go). Jedyne niecałe 3% czynów sprawców polega na znieważaniu pokrzywdzonego”⁷²⁴. M. Budyn-Kulik szukając *ratio legis* wprowadzenia do art. 190a § 1 k.k. znamienia poczucia poniżenia stwierdza: „Kryminalizacja wzbudzenia poczucia poniżenia stanowi prawdopodobnie potrzebę reakcji na nasilające się zjawisko zjadliwej krytyki, często nieuzasadnionej lub niewspółmiernej do przyczyny – tzw. hejtu. Wydaje się jednak, że lepszym miejscem na wprowadzenie takiego przepisu byłby Rozdział XXVII. Wzbudzenie poczucia poniżenia mogłoby stanowić znamię kwalifikujące przestępstwa zniesławienia lub/i znieważenia. Wymagałoby to oczywiście starannego rozważenia i przeanalizowania wielowymiarowych konsekwencji takiego zabiegu np. na płaszczyźnie zbiegu przepisów ustawy”⁷²⁵. K. Nazar uważa z kolei, że poniżenie można dopuścić się nawet jednym zachowaniem. Dla autorki stoi to w sprzeczności z istotą uporczywego nękania, które to, jej zdaniem,

⁷²² M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 27.

⁷²³ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 30.

⁷²⁴ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 27-29.

⁷²⁵ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 29.

musi się składać z co najmniej dwóch zachowań⁷²⁶. Autorka rozwiązując ową kwestię wskazuje, że: „Spowodowanie skutku w postaci poniżenia przy tym typie przestępstwa możliwe będzie zatem tylko wtedy, gdy tego rodzaju zachowań będzie więcej lub zachowanie, polegające np. na umieszczeniu w internecie obraźliwego, upokarzającego wpisu, będzie współistniało z innymi nękającymi zachowaniami sprawcy. Jednorazowe zachowanie poniżające pokrzywdzonego nie będzie stanowić uporczywego nękania. Oczywiście otwartą kwestią pozostaje wówczas kwestia przyjęcia usiłowania albo odpowiedzialności za inne przestępstwa w zależności od zachowania się sprawcy...”⁷²⁷. J. Kosonoga odnosząc się do znamienia poniżenia wskazuje na definicję słownikową. Zdaniem tego autora poniżenie należy rozumieć jako obrazić czyjąś godność, upokorzyć czy zhańbić⁷²⁸. W tym miejscu należy odnieść się do przywołanych poglądów. Zaczynając od końca należy wskazać, że pogląd J. Kosonogi konweniuje z przedstawionymi rozważaniami⁷²⁹, stąd też zasługuje on na aprobatę. Z kolei odrzucić należy pogląd K. Nazar. Rację ma autorka w tym, że poniżenie może nastąpić poprzez dopuszczenie się przez poniżającego tylko jednego zachowania. Niemniej swój pogląd opiera na błędnym założeniu, że nękania nie można dopuścić się tylko jednym zachowaniem. Gwoli przypomnienia należy wskazać, że założenie to zostało zanegowane na łamach niniejszej pracy. Zatem skoro nękania można dopuścić się również jednym zachowaniem się, to wywołanie poniżenia jednym zachowaniem będzie wypełniać znamiona czynu z art. 190a § 1 k.k., o ile zachowanie sprawcy będzie rozciągnięte w czasie. M. Budyn-Kulik twierdzi, że poniżanie jest podobne do znieważania. Analiza wyrazu „znieważanie” nie mieści się w zakresie niniejszej pracy. Należy jednak zauważyć, że z definicji znieważania podanej przez przywołaną autorkę można wywieść wniosek, że poniżanie i znieważanie są zakresowo do siebie podobne. Niemniej należy pamiętać, że poniżenie na gruncie art. 190a § 1 k.k. ma być emocją wywołaną na skutek nękania poniżonego. Stąd też wymagana jest znaczna intensywność uczucia poniżenia. Z kolei przy przestępstwie zniewagi nie stawia się wymogu określonego poziomu intensywności (nie licząc dyrektywy zawartej w art. 1 § 2 k.k.). Autorka stwierdza również, że poniżenie nastąpić może wyłącznie w relacji wertykalnej, zaś w relacji horyzontalnej można mówić co najwyżej o znieważeniu. Taki pogląd stanowi przejaw niezrozumienia czym jest poniżenie. Powyżej wskazano trzy przykładowe definicje słownikowe wyrazu „poniżyć”. W *definiensie* żadnej z tych definicji

⁷²⁶ Zob. K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 323.

⁷²⁷ K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 323.

⁷²⁸ Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, Legalis.

⁷²⁹ Zapewne wynika to z tego, że autor ten przywołał jedną z definicji słownikowych, nie zaś stworzył definicję własną.

nie ma jakiegokolwiek wskazania, że między poniżającym a poniżanym musi występować jakakolwiek reakcja. Ponadto możliwe jest wskazanie przykładów poniżania w relacji horyzontalnej takich jak: przykłady poniżania koleżanek czy kolegów ze szkoły lub współpracowników, którzy pracują na tym samym lub równorzędnym stanowisku, co poniżany. Stąd też należy uznać, że poniżanie może wystąpić w każdej formie relacji międzyludzkich. Idąc dalej, należy się zgodzić z przytoczoną autorką w tym, że znamię to zostało niefortunnie użyte w tym przepisie. Mianowicie powstaje pytanie o zasadność wyróżnienia właśnie tej a nie innej emocji w art. 190a § 1 k.k. Wszakże jest wiele innych uczuć, które może wywołać nękanie i których umieszczenie jako znamię skutku przestępstwa uporczywego nękania zdaniem niektórych osób mogłoby być uzasadnione. Być może faktycznie chodziło o próbę zwiększenia środków karnoprawnej reakcji na zjawisko tzw. „hejtu”. Niemniej stanowi to przejaw coraz większej kazuistyki, a w konsekwencji zawężania zakresu penalizacji, a co za tym idzie zakresu ochrony karnoprawnej przed nękaniami. Odnosząc się do argumentu, że poniżenie bardziej odpowiada znęcaniu się aniżeli nękaniami. Ze względu na znaczne podobieństwo do siebie znęcania i nękania⁷³⁰ pogląd ten nie zasługuje na aprobatę. Kolejnym argumentem przywołanym przez M. Budyn-Kulik mającym przemawiać za nietrafnością znamienia poniżenia jest brak mieszczącego się w zakresie nękania poniżenia. Autorka jednak zapomina o tym, że znamię nękania i znamię poniżenia są odrębnymi znamionami. Relacja między nimi jest taka, że nękanie (które ma być jeszcze nękaniami uporczywym) ma doprowadzić do poniżenia. Nie jest zatem wymagana podrzędność zakresowa poniżenia do nękania, lecz wystąpienie związku kauzalnego i związku normatywnego między uporczywym nękaniami a wywołaniem uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia. Idąc dalej, argument kryminologiczny również nie zasługuje na aprobatę. Co prawda krótki opis podziału autorstwa M. Budyn-Kulik na nękanie wrogie i nękanie przyjazne zostanie przedstawiony w dalszej części pracy, stąd też w tym miejscu należy ograniczyć się do dość oczywistego stwierdzenia, że podział ten jest wyłącznie elementem opisu naukowego zjawiska przestępstwa uporczywego nękania. Stąd też podział ten nie determinuje zakresu faktycznej możliwości działania sprawcy, lecz stanowi pewną konkluzję obserwacji zjawiska nękania. Zatem możliwe są sytuacje, kiedy nękanie podejmowane przez sprawcę nie będzie mogło zostać zakwalifikowane jako nękanie wrogie albo nękanie przyjazne. Autorka z jednej strony sama to zauważa posługując się zwrotem „zazwyczaj wpisuje się”. Niemniej nie sposób nie ulec wrażeniu, że oś krytyki tego znamienia w aspekcie kryminologicznym oparta jest głównie na tym podziale. Autorka odwołuje się także do tego, że typowe zachowania *stalkera* co do

⁷³⁰ Kwestia relacji względem siebie znęcania się i nękania zostanie rozważona w dalszej części pracy.

zasady nie wywołują poniżenia nękanego. Należy jednak pamiętać, że dla zapewnienia pełnej prawnokarnej ochrony przed nękaniami nie należy penalizować wyłącznie zachowań, które mogą zostać uznane za typowe. Mogą się zdarzyć takie sytuacje, kiedy sprawca będzie nękał pokrzywdzonego w sposób zgoła odmienny, aniżeli wynika to z modelowych przykładów nękania. W przypadku ograniczenia penalizacji jedynie do typowych przypadków nękania takie zachowania jak te wspomniane powyżej, zostaną poza zakresem penalizacji, mimo że naruszają one dobra prawne pokrzywdzonego w takim samym lub w większym stopniu. A zatem, rację należy przyznać M. Budyn-Kulik, że znamię wywołania uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia zostało umiejscowione w analizowanym przepisie w sposób niefortunny, jednak wynika to z innych powodów aniżeli wskazała cytowana autorka.

Kolejnym skutkiem jest uzasadnione okolicznościami poczucie udręczenia. W zależności od słownika możemy spotkać się z definicją rzeczownika odczasownikowego „udręczenie” albo czasownika „udręczyć, udręczać”. Poniżej przedstawione zostaną trzy definicje słownikowe odnoszące się do udręczenia:

1. w „Słowniku współczesnego języka polskiego” pod redakcją B. Dunaja wyraz „udręczać” znaczy tyle, co: „dręczyć, sprawiać komuś cierpienie; zamęczać, nękać, gnębić”⁷³¹;
2. w „Słowniku Języka Polskiego” pod redakcją M. Szymczaka wyraz „udręczyć” ma dwa znaczenia. Pierwsze znaczenie jest następujące: „sprawić komuś cierpienie, fizyczne lub moralne; dokuczyć, umęczyć”, a w drugim znaczeniu wyraz ten znaczy tyle, co: „udręczać siebie wzajemnie”⁷³²;
3. w „Praktycznym Słowniku Współczesnej Polszczyzny” pod redakcją H. Zgólkowej wyraz „udręczyć” znaczy tyle, co: „spowodować u kogoś stan cierpienia fizycznego lub psychicznego”⁷³³.

Udręczenie jest więc spowodowaniem cierpienia psychicznego innej osoby. Znamię to jest dosyć szerokie, bowiem obejmuje wszystkie możliwe negatywne emocje czy stany psychiczne wywołane nękaniami. Umieszczenie tego znamienia znacząco rozszerza zakres kryminalizacji, co należy ocenić pozytywnie. Niemniej znamię to zawiera w sobie także pozostałe znamiona skutku, więc skoro ustawodawca chciał rozszerzyć znamię skutku, to wystarczyło zostawić wyłącznie znamię udręczenia, bowiem pozostałe znamiona stanowią w takim układzie poniekąd

⁷³¹ B. Dunaj (red.), *Słownik współczesnego...*, s. 803.

⁷³² M. Szymczak (red.), *Słownik języka...*, s. 582.

⁷³³ H. Zgólkowa (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 44. Uczniacki – wantowy.*, Poznań 2001, s. 31.

superfluum ustawowe. Znamię udręczenia wskazuje także na konieczność istnienia dużego ładunku krzywdy psychicznej spowodowanej przez nękanie. Ułatwia to zatem możliwość zweryfikowania, czy działanie lub zaniechanie sprawcy może zostać uznane za nękanie czy też nie.

Przechodząc do wskazania poglądów doktrynalnych odnośnie tego znamienia należy zacząć od przywołania poglądu J. Kosonogi. Autor ten stwierdza: „(...) udręczyć to dokuczyć, przysporzyć komuś cierpień fizycznych lub psychicznych. Poszerzenie zakresu kryminalizacji wydaje się zasadne zwłaszcza w zakresie udręczenia. Wyobrazić sobie można bowiem, że działania sprawcy nie wzbudzają u pokrzywdzonego stanu zagrożenia, wywołują jednak dyskomfort psychiczny odpowiadający udręczeniu”⁷³⁴. K. Nazar odnosząc się do tego znamienia twierdzi: „(...) udręczenie (...) oznacza «sprawianie komuś cierpienia fizycznego lub psychicznego», należy zauważyć, że znamię czynnościowe «nękanie» oznacza dręczenie, a zatem zachowanie sprawcy – niezależnie od tego na czym polega – finalnie będzie prowadzić do udręczenia pokrzywdzonego. Trudno wyobrazić sobie, że nękanie, które dodatkowo ma być uporczywe, nie spowoduje udręczenia. Oczywiście zależy to od rodzaju zachowania oraz od konstrukcji psychicznej pokrzywdzonego. Dla jednej osoby otrzymywanie np. kilkudziesięciu SMS-ów dziennie z wyznaniem miłosnymi będzie stanowić istotny problem i prowadzić do udręczenia, a dla innej, odpornej psychicznie, może to być bez znaczenia. (...) Niewątpliwie wystąpienie tego skutku będzie prostsze do wykazania niż np. w postaci wzbudzenia poczucia zagrożenia czy istotnego naruszenia prywatności pokrzywdzonego, ale nie wydaje się, żeby poszerzenie skutku o kolejne, nieostre znamiona było konieczne”⁷³⁵. Z kolei M. Budyn-Kulik dokonuje pewnego spostrzeżenia natury semantycznej, które jest następujące: „(...) o ile sformułowanie «poczucie poniżenia» jest poprawne, o tyle «poczucie udręczenia» nie ma większego sensu. Słownik języka polskiego wyjaśnia znaczenie słowa «udręczyć» jako sprawić komuś cierpienie fizyczne lub psychiczne. «Poczucie udręczenia» należałoby zatem rozumieć jako poczucie sprawienia cierpienia, co z językowego punktu widzenia nie jest właściwe”⁷³⁶. Autorka ta uważa również, że wprowadzając znamię uzasadnione okolicznościami udręczenia ustawodawca zacierà zupełnie różnice między przestępstwem uporczywego nękania a przestępstwem znęcania się. Autorka argumentuje swój pogląd następująco: „Podkreślano mocno, że istotą znęcania się jest wyrządzenie krzywdy – fizycznej lub moralnej (psychicznej), rozumianej jako kategoria zobiektywizowana, czyli zależnej od zamiaru sprawcy, a nie subiektywnego odczuwania ofiary.

⁷³⁴ J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, Legalis.

⁷³⁵ K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 323-324.

⁷³⁶ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 31.

Do znamion tego przestępstwa należy także skutek w postaci poczucia pokrzywdzenia. Nie stanowi jednakże skutku spowodowanie np. określonych obrażeń ciała, a wywołanie bólu fizycznego lub cierpienia psychicznego. Natomiast do znamion przestępstwa nękania nie wchodził pierwotnie skutek w postaci spowodowania krzywdy fizycznej, a co za tym idzie bólu fizycznego, gdyż w zamyśle ustawodawcy zachowanie sprawcy miało powodować pewne zakłócenia funkcjonowania pokrzywdzonego w sferze emocjonalnej, psychicznej, chociaż z samego określenia sposobu zachowania sprawcy («nękanie») nie wynikało bezwzględne wykluczenie spowodowania takich fizycznych konsekwencji⁷³⁷. Idąc dalej M. Budyn-Kulik rozważa kwestię zawarcia dręczenia innej osoby w pojęciu nękania. Czyni to w następujących słowach: „Ponieważ pierwszym synonimem słowa «nękać» podawanym przez słownik języka polskiego jest «dręczyć», dodanie do znamion przestępstwa nękania skutku w postaci «wzbudzenia poczucia udręczenia» nie ma większego sensu. Jest ono bowiem niejako wpisane w istotę nękania. Szukając *ratio legis* poczyznań ustawodawcy, można by przyjąć, że chodziło mu o wyraźne dodanie skutku w postaci wyrządzenia krzywdy fizycznej. Nie jest jednak wtedy jasne, czym miałyby się różnić zakres przedmiotowy przestępstwa znęcania i nękania. Różnica między nimi sprowadzałyby się niemal wyłącznie do przedmiotu czynności wykonawczej, który w art. 207 k.k. jest dokładnie określony, ograniczony do pewnych grup osób, a w przypadku art. 190a k.k. – nie. Dodanie tego znamienia w takim kształcie wydaje się niepotrzebne. Jeżeli ustawodawca chciał włączyć udręczenie do znamion przestępstwa nękania, to miałyby to sens, gdyby uczynił z niego – konsekwentnie – znamię kwalifikujące (szczególne udręczenie), jak w przypadku innych typów już istniejących w Kodeksie karnym, konstruując typ kwalifikowany⁷³⁸. Na sam koniec rozważań odnośnie poczucia udręczenia jako skutku czynu z art. 190a § 1 k.k. M. Budyn-Kulik rozważa kwestię obiektywizacji tegoż znamienia i trafności tej obiektywizacji: „Poczucie udręczenia, podobnie jak poczucie zagrożenia i poniżenia, ma być uzasadnione okolicznościami. I podobnie jak w tamtych dwóch sytuacjach, ta obiektywizacja wydaje się nie być właściwym rozwiązaniem. Poczucie jest czymś subiektywnym. Jeżeli ustawodawca «nalegał» na obiektywizację tego znamienia, tym bardziej powinien rozważyć wprowadzenie znamienia «szczęólnego udręczenia». Ma ono bowiem charakter czysto przedmiotowy⁷³⁹ Odnosząc się do wskazanych wyżej poglądów należy się zgodzić z poglądami J. Kosonogi i K. Nazar. Konieczne jest jednak poczynienie drobnej uwagi względem stwierdzenia K. Nazar, iż nękanie

⁷³⁷ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 31.

⁷³⁸ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 31-32.

⁷³⁹ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, s. 32.

oznacza dręczenie. Jak wskazano według definicji słownikowej nękanie to ustawiczne dręczenie kogoś. Stąd też nękania i udręczenia nie można traktować wprost jako synonimów. Najwięcej uwagi trzeba poświęcić jednak poglądom M. Budyn-Kulik. Autorka uważa, że nie ma większego sensu zwrot „poczucie udręczenia”. Z tym poglądem nie można się zgodzić. Oczywiście *prima facie* konstrukcja przepisu może wydawać się niekomunikatywna i niemająca większego sensu, lecz wskazanie, że ma zostać wywołane poczucie stanowi może wskazanie na subiektywność uczucia udręczenia. Jeśli pokrzywdzony jest udręczony to siłą rzeczy zazwyczaj czuje się udręczony, a więc ma poczucie udręczenia. Zatem taka konstrukcja przepisu wskazywać może na konieczność wystąpienia dwóch warunków: po pierwsze faktycznego udręczenia pokrzywdzonego, a po drugie odczuwania przez niego, że sprawca go poprzez nękanie dręczy czy też udręczył. Jak można zauważyć zwrot ten pełniący przedstawioną rolę wydaje się jednak zwrotem sensownym. Autorka podnosi również, że wprowadzenie omawianego znamienia skutku do art. 190a § 1 k.k. w istocie zaciera różnice między uporczywym nękaniami a znęcaniem się. Kwestia ta zostanie omówiona szerzej w części dotyczącej zbiegu art. 190a § 1 k.k. z art. 207 § 1 i 1a k.k. W tym miejscu należy jednak wskazać, że różnice w znamieniu czynności sprawczej tychże czynów zatarte są już od momentu wprowadzenia do polskiego systemu prawnego art. 190a § 1 k.k. Stąd też znamię uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia niewiele zmienia w tym temacie. Zdaje się, że M. Budyn-Kulik upatruje w omawianym znamieniu rozszerzenie zakresu nękania także na krzywdę fizyczną. Wniosek taki nie wydaje się zasadny. Udręczenie owszem może mieć także wymiar krzywdy fizycznej, niemniej skoro – tak jak zauważa to M. Budyn-Kulik – udręczenie (a właściwie to ustawiczne dręczenie) jest częścią elementu definicji nękania, to znamię to nie rozszerza pojęcia nękania do krzywdy fizycznej, która to nie jest wyłącznie środkiem do celu w postaci krzywdy psychicznej. Autorka również neguje wprowadzenie tego znamienia skutku, bowiem udręczenie zawarte jest w nękanii. Prawdą jest, że ustawiczne dręczenie kogoś stanowi nękanie, niemniej jak zostanie wykazane w dalszej części pracy usunięcie znamion skutku (w tym znamienia poczucia udręczenia) może w praktyce stosowania prawa przynieść więcej szkód aniżeli pożytku. Ostatnią kwestią poruszaną przez M. Budyn-Kulik jest kwestia obiektywizacji. Co prawda kwestia ta będzie przedmiotem dalszych akapitów. Niemniej już teraz warto wyrazić kilka spostrzeżeń nt. poglądów autorki w tej materii. Zgodzić się należy, że udręczenie w aspekcie psychicznym jest stanem wewnętrznym, a co za tym idzie stanem subiektywnym⁷⁴⁰. Z racji różnych właściwości psychicznych każdej osoby powstać może sytuacja, że dla jednej osoby silne nękanie nie będzie

⁷⁴⁰ Warto przypomnieć, że autorka ten sam zarzut stawia również względem skutków wzbudzenia uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia i wzbudzenia uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia.

stanowić udręczenia, zaś dla innej osoby przyjazne powiedzenie jej „Dzień dobry” może spowodować jej udręczenie. Stąd też powstaje konieczność znalezienia środka tak, ażeby z jednej strony zapewnić należytą prawnokarną ochronę wolności i psychiki ludzkiej, a z drugiej strony zaś wyłączyć spod jej zakresu przypadki, które obiektywnie rzecz ujmując nie naruszają dobra innej osoby, lecz ze względu na jej właściwości psychiczne odbierane są niezasadnie przez tę osobę jako atak. Brak subiektywizacji może spowodować, że penalizowane będą również przypadki zachowań nieszkodzących żadnemu dobru prawnemu. Ponadto, skoro ustawiczne dręczenie kogoś jest elementem definicji nękania, to niezrozumiałe jest tworzenie kwalifikowanego typu tego przestępstwa, gdzie znamieniem, kwalifikującym miałyby być spowodowanie uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia. Zatem nie można się zgodzić z M. Budyń-Kulik w tym, że obiektywizacja jest niewłaściwym rozwiązaniem. Należy zwrócić jeszcze uwagę na sugestię wspomnianej autorki, w myśl której, jeśli ustawodawca chciał zobiektywizować skutek udręczenia to powinien posłużyć się np. zwrotem „szczególne udręczenie”. I ten pogląd wydaje się nietrafny. Udręczenie jako takie może po pierwsze zostać zobiektywizowane, a po drugie wyraz ten zawiera w sobie konieczność wystąpienia sporego ładunku krzywdy psychicznej. Dodanie wymogu szczególności tego udręczenia implikować będzie dodatkowe, dość ogólnikowe, warunki, co w konsekwencji może utrudnić ściganie i pociąganie do odpowiedzialności karnej sprawców czynu z art. 190a § 1 k.k.

Poczucie zagrożenia, poniżenia oraz udręczenia są kategoriami subiektywnymi. Niemniej ustawodawca obiektywizuje te skutki poprzez dodanie znamienia uzasadnionych okoliczności. J. Kosonoga wskazuje, że owe uzasadnione okoliczności muszą dotyczyć zachowania sprawcy⁷⁴¹. Cytowany autor odnosząc się do obiektywizacji poczucia zagrożenia wskazuje, że: „przesłanką odpowiedzialności jest w tym przypadku poczucie zagrożenia, jakie powstałoby w danych okolicznościach u przeciętnej, racjonalnie myślącej osoby”. Dodaje również, że: „reakcja taka powinna być w tych okolicznościach uznana za naturalną”⁷⁴². M. Teleszewska wskazuje, że: „(...) przesłanką odpowiedzialności sprawcy czynu uporczywego nękania będzie wyłącznie poczucie zagrożenia, które powstałoby w takich okolicznościach u racjonalnie myślącego człowieka”⁷⁴³. SN z kolei odnosząc się do obiektywizacji skutku wskazuje, że: „(...) decydujące jest tu subiektywne odczucie zagrożonego, które musi być oceniane w sposób zobiektywizowany”⁷⁴⁴. W innym orzeczeniu SN zauważa, że: „Subiektywne odczuwanie zagrożenia

⁷⁴¹ Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1091.

⁷⁴² Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1091.

⁷⁴³ Zob. M. Teleszewska, *Pojęcia przestępstwa stalkingu (uporczywego nękania)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria prawnicza”, Zeszyt 84/2014, s. 178.

⁷⁴⁴ Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., III KK 417/13, KZS 2014, nr 6, poz. 26.

przez osobę należy konfrontować z wiedzą, doświadczeniem i psychologią reakcji ogółu społeczeństwa, obiektywizować poprzez pocucie zagrożenia w danych okolicznościach, jakie towarzyszyłyby przeciętnemu człowiekowi, o ile oczywiście działania sprawcy nie zmateriaływały się w konkretnym skutku”⁷⁴⁵. Z przytoczonych stanowisk można wywieść dwa modele obiektywizacji pocucia zagrożenia (oraz udręczenia lub poniżenia). Pierwszy model zakłada odwołanie się do właściwości osobistych pokrzywdzonego. Przyjęcie takiego modelu nie powoduje, że nie powinno brać się pod uwagę czynników zewnętrznych czy też określonych modeli zachowań. Można to brać pod uwagę, bowiem istota tego modelu tkwi w ocenie obiektywności zagrożenia z uwzględnieniem właściwości osobistych pokrzywdzonego. W myśl drugiego modelu przy ocenie wystąpienia skutku uzasadnionego pocucia zagrożenia należy odwołać się do modelu-wzoru przeciętnego człowieka. W tym modelu nie są nazbyt istotne właściwości osobiste pokrzywdzonego. Tak rozumiana obiektywizacja sprowadza się do „podstawienia” emocji pokrzywdzonego pod pewien model-wzór racjonalnie myślącej osoby i weryfikacja czy reakcja pokrzywdzonego jest zgodna z przyjętym wzorem. Ten model obiektywizowania pocucia zagrożenia poddawany jest krytyce przez M. Mozgawę. Autor ten twierdzi, że: „(...) odwoływanie się do konstrukcji «racjonalnie myślącej osoby» w aspekcie odczuwania zagrożenia nie jest uzasadnione. Indywidualny odbiór sytuacji trudnych (stresu, zagrożenia, strachu) jest tak zróżnicowany, że w żadnej mierze nie da się stworzyć wzorca, do którego można by odnieść przypadki podlegające ocenie w konkretnych sprawach”⁷⁴⁶. Na trudności ze stosowaniem tego modelu obiektywizacji pocucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia wskazuje także J. Fronczak. Autor ten podnosi, że: „«Wzorcowy obywatel» nie znajduje się w tej samej sytuacji co ofiara, a więc nie może ocenić, czy zachowanie stalkera może budzić pocucie zagrożenia, czy nie. Stąd wnioskować można, iż zanim nie ukształtuje się jednolita linia orzecznicza, większość wpływających do sądu spraw będzie rozstrzygana na korzyść pokrzywdzonego”⁷⁴⁷.

Ocena zasadności odczuwania pocucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia wydaje się być dość niełatwa. Wpływa na to przede wszystkim wielość reakcji i emocji, jakie może wzbudzać zachowanie się sprawcy. Niewątpliwie rację należy przyznać tym, którzy wskazują na trudności w stworzeniu wzorca przeciętnego obywatela. Należy też wziąć pod uwagę fakt, że taki wzorec jako pewien konstrukt teoretyczny jest tworzony przez określone osoby na podstawie określonych wniosków czy przemyśleń. Stąd też wzorec taki nie jest w stanie objąć

⁷⁴⁵ Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16, OSNKW 2017/8/44.

⁷⁴⁶ M. Mozgawa, *Analiza ustawowych...*, s. 60.

⁷⁴⁷ J. Fronczak, *Stalking z perspektywy interdyscyplinarnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13, s. 155.

wszystkich możliwych reakcji czy emocji, jakie w człowieku może wzbudzić określone zachowanie innego człowieka. Skoro taki wzorzec nie jest w stanie w sposób odpowiedni udzielić odpowiedzi na pytanie czy *in concreto* dane poczucie zagrożenia (a także uczucie poniżenia i udręczenia) należy uznać za uzasadnione okolicznościami, to należy szukać innych punktów odniesienia. Wydaje się, że najbardziej wiarygodną weryfikacją zasadności odczuwania przez pokrzywdzonego poczucia zagrożenia stanowić będzie odwołanie się do wniosków wypracowanych przez nauki takie jak psychologia, psychiatria czy socjologia. Mówiąc o tej formie obiektywizacji chodzi o to, żeby przy użyciu wiedzy naukowej zweryfikować, czy reakcje pokrzywdzonego na skutek zachowań się sprawcy dokonanych w określonym kontekście, można uznać w świetle tej wiedzy można uznać za uzasadnione w odniesieniu do zachowań (lub zachowania) podejmowanego przez sprawcę. W postępowaniu karnym wymagać to może zasięgnięcia opinii biegłego. Niemniej takie rozwiązanie jest lepsze, bowiem nauki te opisują dość szczegółowo psychikę człowieka (istotna w przypadku nękania jest wiedza o emocjach i zaburzeniach psychicznych) czy też funkcjonowanie jednostki w społeczeństwie. Zaproponowany katalog nauk pomocnych przez analizie reakcji pokrzywdzonego nie należy rozumieć jako zamknięty. Wymienione dziedziny wydają się w sposób najbardziej pożądanym opisywać stany rzeczy czy zjawiska związane z nękaniami. Niemniej w miarę potrzeby należy się posilkiwać również wnioskami wypracowanymi w innych naukach. Wiedza wynikająca z osiągnięć i odkryć wspomnianych nauk pełni dwojaką rolę w aspekcie przypisania skutku. Po pierwsze (o czym była już mowa) wyznacza ona treść i zakres reguł ostrożności, których sprawca nękania dopuszcza się naruszenia. Po drugie wraz z regułami życia w społeczeństwie wyznacza ona prawa kauzalne powodujące, że zachowanie się sprawcy będące uporczywym nękaniami, wywołuje skutek w postaci uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia czy też poczucia udręczenia. Należy przypomnieć, że owe prawa kauzalne odnoszą się do sytuacji *in concreto*, stąd też nie sposób zbudować ich wyczerpującego katalogu. Jako przykład można podać prawo kauzalne zgodnie, z którym jeśli ktoś chce utrzymywać kontakty z inną osobą wbrew jej woli, to osoba ta może w pewnym momencie zacząć odczuwać krzywdę psychiczną, co wynika z jednej strony ze społecznych reguł wskazujących, że usilne próby utrzymywania kontaktów z osobą, które tego nie chce są nieaprobowane, jak również powodować mogą uczucie strachu lub inną negatywną emocję. Kolejnym przykładem może być prawo kauzalne w myśl, którego wielokrotne wyszydzanie czy też ośmieszanie innej osoby wśród jej znajomych prowadzi do wzbudzenia u wyszydzanego czy też ośmieszanego uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia, co wynika z tego, że swoimi zachowaniami sprawcy przełamują

poziom krytyczny bariery wytrzymałości psychiki pokrzywdzonego na uwłaczające mu zachowania.

Jak już wspomniano przy obiektywizacji omawianych skutków konieczne może być powołanie biegłego. Pojawia się pytanie, czy sąd w każdej sprawie celem ustalenia wystąpienia skutku i jego obiektywizacji musi powoływać biegłego, czy też może sam dokonać takiej oceny. Takie pytanie może powstać na kanwie następującego poglądu SA w Szczecinie: „Ocena, czy okoliczności, które doprowadziły do silnego wzburzenia, były usprawiedliwione, nie jest ani oceną psychologiczną, ani oceną psychiatryczną, lecz oceną prawną. Silne wzburzenie jest bowiem kategorią prawną i to powinnością sądu jest ustalenie, czy występowało w danym wypadku czy też nie oraz czy było usprawiedliwione okolicznościami. Przesądzenie o wystąpieniu tychże okoliczności należy zatem do sfery ustaleń faktycznych, ocenianych przez sąd na podstawie przeprowadzonych dowodów, opierającego się na wiedzy i życiowym doświadczeniu i jedynie w szczególnie skomplikowanych wypadkach ewentualnie pomocne mogą być opinie biegłych – socjologów moralności i obyczajowości”⁷⁴⁸. Słusznie zauważa sąd, że ocena, czy dane zachowanie, dana reakcja są uzasadnione okolicznościami stanowi ocenę prawną. Wynika to z tego, że mamy do czynienia ze zwrotem znajdującym się w ustawie. Ponadto zwrot ten stanowi znamię typu czynu zabronionego. W związku z tym ocena, czy dane poczucie zagrożenia, poniżenia czy też udręczenia jest uzasadnione okolicznościami stanowi ocenę, czy sprawca swoim zachowaniem się wywołał co najmniej jedno ze znamion skutku. Jednak z racji charakteru znamienia czynności sprawczej oraz znamion skutku sama wiedza prawnicza jest niewystarczająca. Oczywiście do wiedzy psychologicznej, psychiatrycznej czy socjologicznej (rzecz jasna w niezbędnym zakresie), w pierwszej kolejności winien sięgnąć samodzielnie sąd. Niewątpliwie istotne jest również doświadczenie życiowe sędziego, niemniej powinno być ono poparte wiedzą z zakresu ww. nauk⁷⁴⁹. Należy zauważyć, że powoływanie biegłego w każdej sprawie o popełnienie przestępstwa uporczywego nękania jest nieekonomiczne, po pierwsze w aspekcie finansowym (zwiększa koszty postępowania), a po drugie w aspekcie czasowym (zwiększa zakres czynności, jakie muszą zostać wykonane w toku procesu, a przez to zwiększa długość postępowania sądowego). Zatem rację ma SA w Szczecinie,

⁷⁴⁸ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 12 października 2017 r., sygn. II AKa 122/17, LEX nr 2414623. Warto nadmienić, że sąd mówi o okolicznościach uzasadniających silne wzburzenie, bowiem wyrok ten zapadł w sprawie o czyn z art. 148 § 4 k.k.

⁷⁴⁹ Wynika to z tego, że doświadczenie życiowe sędziego jest z gruntu czymś subiektywnym, a więc może być nad wyraz zawodne. Wiedza naukowa jest bardziej obiektywna i daje większe szanse uzyskania trafnego wniosku aniżeli samo doświadczenie życiowe.

że biegły albo biegli winni być powoływani wtedy, kiedy ze względu na zawilóść sprawy sąd nie posiada dostatecznej wiedzy pozaprawnej⁷⁵⁰.

Samo odwołanie się do wniosków płynących z nauki abstrahujących od osoby pokrzywdzonej jest niewystarczające. Skoro mamy zweryfikować zasadność odczuwania pewnych emocji przez taką osobę, nie można abstrahować od jej właściwości osobistych, w szczególności właściwości odnoszących się do psychiki tej osoby. Za istotnością zestawiania wiedzy naukowej z osobowością pokrzywdzonego może przemawiać fakt, na który uwagę zwraca J. Kosonoga. Mianowicie sprawca wiedząc o pewnych właściwościach sprawcy (np. o fobiach, na jakie cierpi pokrzywdzony) może determinować przez to swój *modus operandi*. Cytowany autor podaje przykład fobii, które sprawca wykorzystuje nękać sprawcę⁷⁵¹. Z punktu widzenia tzw. racjonalnie myślącej osoby poczucie zagrożenia, poniżenia czy też udręczenia wywołanym takim nękaniami nie mogłoby zostać uznane za uzasadnione. W świetle psychologii czy psychiatrii w przypadku abstrahowania od zaburzeń psychicznych pokrzywdzonego wniosek byłby taki sam.

Odnosząc się do sytuacji, w których pokrzywdzony nieprawidłowo będzie odbierał zachowania potencjalnego sprawcy należy przywołać dwie możliwe sytuacje. Pierwsza sytuacja jest taka, że dana osoba będzie czuła się nękana, mimo że do nękania faktycznie nie dochodzi. Wydaje się, że przyczyną takich zachowań są przede wszystkim zaburzenia lękowe, a w szczególności fobie. Wówczas na skutek zaburzeń psychicznych osoba taka błędnie interpretuje zachowania rzekomego sprawcy przypisując im cechę nękania, a w rzeczywistości zachowania te mają np. charakter grzecznościowy czy są nakierowane na pomoc tej osobie – czyli intencją nie jest chęć udręczenia rzekomego pokrzywdzonego. Do tej kategorii można zaliczyć też przypadki, kiedy rzekomy sprawca nie dopuszcza się w ogóle jakichkolwiek zachowań względem innej osoby, a ona np. w wyniku urojeń twierdzi, że jest nękana przez rzekomego sprawcę. W takiej sytuacji w ogóle nie dochodzi do popełnienia przestępstwa, bowiem sprawca nie wypełnia swoim zachowaniem znamion czynu z art. 190a § 1 k.k. Drugą sytuacją jest sytuacja, kiedy faktycznie dochodzi do nękania pokrzywdzonego, jednak ów pokrzywdzony ma obojętny stosunek do zachowań sprawcy. Takie zobojętnienie może być skutkiem np. długotrwałego nę-

⁷⁵⁰ Rzecz jasna nie chodzi tutaj o sytuacje, w których to sędzia nie posiada takiej ze względu na brak chęci jej pozyskania, lecz o sytuacje kiedy – obiektywnie rzecz biorąc – sędzia nie ma możliwości samodzielnej aplikacji wiedzy naukowej do konkretnego stanu faktycznego, np. poprzez konieczność wykonania badań psychologicznych czy psychiatrycznych, jak również kiedy wiedza nt. danego zagadnienia jest w nauce sporna lub z innych powodów nie jest w stanie przedstawić jednoznacznego rezultatu.

⁷⁵¹ Zob. J. Kosonoga, *Glosa do wyroku...*, s. 88.

kania pokrzywdzonego przez sprawcę, które to nękanie doprowadziło do zubożenia względem zachowań sprawcy, zapewnienia należytej ochrony przed takimi zachowaniami czy też wysokiej odporności psychicznej. W takiej sytuacji powstają wątpliwości co do możliwości zakwalifikowania zachowań się sprawcy jako przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. Wynika to z tego, że sprawca nęka pokrzywdzonego, lecz ten nie odczuwa uzasadnionego poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia. Wydaje się, że jeśli sprawca swym zachowaniem się nie spowodował tego skutku, to nie może on zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za dokonanie przestępstwa uporczywego nękania. Wątpliwości budzić mogą sytuacje, kiedy owe zubożenie jest wynikiem pewnych chorób czy zaburzeń psychicznych. Ale należy wziąć pod uwagę fakt, że również w takiej sytuacji nie zostaje wywołany skutek, więc nie zostaną wypełnione w pełni znamiona czynu. W konsekwencji sprawca i w tym przypadku nie może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za dokonanie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k.⁷⁵². Niemniej istnieje od tego wyjątek, bowiem pojawia się możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za dokonanie tego przestępstwa, jeśli sprawca wywołał swoim zachowaniem się skutek w postaci istotnego naruszenia prywatności.

Należy wziąć pod uwagę, że obie przedstawione sytuacje są jedynie przykładami, kiedy pokrzywdzony (czy też rzekomy pokrzywdzony) niewłaściwie odbiera albo w ogóle nie odbiera zachowań innej osoby. W praktyce może pojawić się znacznie więcej takich sytuacji, zaś stworzenie ich wyczerpującego katalogu jest niemożliwe. W niniejszej pracy ograniczono się więc do dwóch najbardziej typowych sytuacji.

Próba obiektywizacji tak skonstruowanych znamion skutku jest zabiegiem nie tylko poprawnym, ale wręcz koniecznym. Konstrukcja skutku odwołującego się do ludzkich emocji wiąże się z tym, że bez próby obiektywizacji generalnie doszłoby do penalizacji każdego wzburzenia takich emocji, nawet kiedy są one niezasadne czy nieracjonalne. Rozszerzałoby to w sposób znaczący i zbyteczny odpowiedzialność karną sprawcy, a co za tym idzie nie zapewniałoby należytej ochrony chronionym przez ten przepis dobrom prawnym. Stoi to w sprzeczności z zasadą *ultima ratio*. Wiadomym jest, że nie da się w pełni spoglądać na emocje w sposób obiektywny, niemniej ustawodawca dał podstawy ku temu, żeby skutek ten móc spróbować zobiektywizować we właściwy ku temu sposób.

Skutki uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia u pokrzywdzonego należy zatem uznać za skutek mający charakter perlokucyjny. Wynika to z faktu, że rezultatem działania przestępczego sprawcy nie jest obiektywnie postrzegalna zmiana

⁷⁵² Antycypując dalsze rozważania należy wskazać, że w takiej sytuacji sprawca może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za usiłowanie przestępstwa uporczywego nękania.

w świecie zewnętrznym, lecz spowodowania zmian w psychice człowieka, a więc w jego świecie wewnętrznym. Nie można mówić w omawianej sytuacji o skutku illokucyjnym, ponieważ nękanie i jego konsekwencje dla pokrzywdzonego są zależne od wielu czynników (przede wszystkim od kontekstu w jakim sprawca dopuścił się swoich zachowań), stąd też nie wydaje się możliwe stworzenie reguł społecznych, co do uznawania danych zachowań za nękanie powodujące wzbudzenie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia.

Można się zastanawiać nad tym jak powinno brzmieć znamię skutku odwołujące do wywoływania krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego. Analizowane znamiona poczucia zagrożenia i poniżenia nie odwołują się do wszystkich możliwych emocji, przez co ograniczają zakres penalizacji. Z kolei znamię udręczenia wydaje się w sposób pełny oddawać charakter tego zjawiska. Wydaje się jednak, że pomimo tego zasadne jest podanie kryteriów jakie powinno spełniać znamię skutku wskazującego na krzywdę psychiczną. Analizując tę kwestię należy wziąć pod uwagę, że stworzenie katalogu zamkniętego nie jest możliwe. Katalog otwarty negatywnych skutków odnoszących się do psychiki sprawcy też nie może być zastosowany z dwóch powodów. Po pierwsze nie będzie on odwoływał się do wszystkich możliwych skutków, przez co nie zapewni należytej ochrony pokrzywdzonemu. Po drugie istotne ma znaczenie jak pojmować zwrot „w szczególności”. A. Choduń odnosząc się do tego zwrotu twierdzi, że zwrot „w szczególności” wskazuje, że dany katalog jest katalogiem zamkniętym w chwili redagowania tekstu prawnego, a więc odwołuje się do wszystkich istniejących w momencie redagowania desygnatów definiowanej nazwy. Natomiast rolą tego zwrotu jest umożliwienie modyfikacji zakresu definiowanej nazwy w przyszłości bez konieczności nowelizacji tekstu aktu prawnego⁷⁵³. Autorka w celu lepszego zobrazowania tej kwestii wskazuje, że: „Nie jest to wyliczenie przykładowe, ale wyliczenie wyczerpujące «na dziś» i jednocześnie otwarte «na przyszłość»”⁷⁵⁴. Zatem konstruując znamię skutku należy posłużyć się nazwą względnie nieostrą, która ujmowałaby jak najwięcej przypadków wywierania przez sprawcę negatywnego wpływu na psychikę pokrzywdzonego. I tutaj ustawodawca nowelizując art. 190a § 1 k.k. wprowadził takie znamię skutku, a mianowicie znamię (poczucia) udręczenia, które to spełnia wskazane wyżej kryteria. Wydaje się więc, że przepis uwzględniający takie znamię skutku mógłby

⁷⁵³ Zob. A. Choduń, *Aspekty językowe derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, Szczecin 2018, s. 207-208.

⁷⁵⁴ A. Choduń, *Aspekty językowe...*, s. 208.

zostać sformułowany następująco: „Kto nękając inną osobę lub inną osobę najbliższą doprowadza do uzasadnionego okolicznościami jej [innej osoby] udręczenia...”⁷⁵⁵.

§ 2.7.2. Istotne naruszenie prywatności

O ile w przypadku skutków uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia stosunkowo łatwo można było stwierdzić jakim jest ono rodzajem skutku, to o tyle w przypadku istotnego naruszenia prywatności wydaje się to trudniejsze. Skutek ten jest osadzony na elementach obiektywnych, niemniej zdaniem M. Królikowskiego i A. Sakowicza występuje tutaj pewien element 207ział⁷⁵⁶. Wprowadzenie przez ustawodawcę skutku istotnego naruszenia prywatności można odczytywać jako realizację norm zawartych w art. 47 Konstytucji gwarantujących prawo do prywatności.

Rozważania należy zacząć od zdefiniowania terminu „prywatność”. Znamię to nie ma swojej definicji legalnej w k.k. i nie jest też terminem nazbyt często używanym w polskiej ustawie karnej⁷⁵⁷. W doktrynie natomiast prywatność jest pojmowana w sposób różny. M. Budyn-Kulik i M. Mozgawa traktują prywatność jako prawo przysługujące jednostce, zaś ów prawo definiują następująco: „prywatność to termin, który – w najszerszym znaczeniu – określa możliwość jednostki lub grupy osób do utrzymania swych danych oraz osobistych zwyczajów i zachowań nieujawnionych publicznie”⁷⁵⁸. Zdaniem tych autorów istota prywatności składa się z dwóch elementów. Pierwszym z tych elementów jest decydowanie o przepływie informacji na temat własnej osoby, natomiast drugim swobodne dysponowanie własnym postępowaniem⁷⁵⁹. S. Hyps definiuje prywatność jako: „(...) pewien obszar przyrodzonej wolności człowieka, w którym ma on prawo autonomicznie decydować o kształcie swojego trybu życia. Może obejmować ona zatem różne aspekty życia, począwszy od decydowania o swoim wizerunku, sposobie wyrażania emocji i myśli (wypowiedzi) oraz sposobie postępowania”⁷⁶⁰.

⁷⁵⁵ Można się zastanawiać czy hipotetyczny przepis powinien jednak odwoływać się do poczucia udręczenia, nie zaś do samego udręczenia. Wydaje się jednak, że wskazanie na samo udręczenie byłoby wystarczające. Jak wskazano, uwypuklenie przez ustawodawcę, że pokrzywdzony ma poczuć się udręczony jest związane z tym, że emocja udręczenia ma być odczuwana w sposób subiektywny. Skoro udręczenie jest emocją, to nie jest konieczne podkreślanie subiektywności poprzez wskazanie poczucia się przez pokrzywdzonego udręczonym (aczkolwiek takie wskazanie nie byłoby jednak niczym błędnym). Stąd też celem uproszczenia warstwy deskryptywnej przepisu (dokonanej bez uszczerbku dla jego treści) postanowiono ograniczyć się wskazania, że pokrzywdzony ma zostać udręczony, które to udręczenie będzie uzasadnione okolicznościami.

⁷⁵⁶ M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 543.

⁷⁵⁷ Oprócz art. 190a § 1 k.k. odniesie do prywatności w k.k. znajduje się jedynie w art. 213 § 2 k.k.

⁷⁵⁸ M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 12.

⁷⁵⁹ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 13.

⁷⁶⁰ Zob. S. Hyps, *Komentarz do art. 190a ...*, s. 978.

J. Chamernik przy opisywaniu prawa do prywatności odwołuje się do dóbr osobistych wysłowionych w art. 23 k.c.⁷⁶¹, wskazując na otwarty charakter tego katalogu⁷⁶². Cytowany autor ponadto wskazuje, że: „Prywatność nie powinna być utożsamiana z centrum życiowym pokrzywdzonego (dom, mieszkanie), prywatność to możliwość podejmowania postanowień istotnych z punktu widzenia życia osobistego. Każda osoba różnie określa granice swojej prywatności i w inny sposób będzie interpretować naruszenie granic”⁷⁶³. A. Szelegiewicz uważa, że pojęcie prywatności obejmuje wiele jednostkowych dóbr⁷⁶⁴. Dla wspomnianej autorki prywatność jest: „sferą odosobnienia, do której każda jednostka ma prawo i w obrębie, której decyduje ona o swoich sprawach zarówno fizycznych, jak i emocjonalnych”⁷⁶⁵. M. Jachimowicz opisując prawo do prywatności stwierdza, że: „Prawo to gwarantuje ochronę pewnej sfery odrębnej, nie zawsze określanej w kategoriach materialnych, której granice wyznacza z jednej strony prawna dopuszczalność oddziaływania ze strony władz publicznych lub innych osób, np. ustanowienie służebności gruntowej przez sąd, zakaz komunikowania się z określonymi osobami, korzystanie z rzeczy stanowiących współwłasność, obowiązek opieki nad małoletnim dzieckiem, a z drugiej samoistna decyzja jednostki o dopuszczeniu do tej sfery innych osób, np. wybór określonej grupy znajomych, czy sposobu spędzania czasu, decyzja o wyborze osób, z którymi wymieniamy prywatną korespondencję”⁷⁶⁶.

Nie sposób jest wymienić wyczerpujący katalog zachowań, jakimi można naruszyć czyją prywatność. M. Królikowski i A. Sakowicz wskazali, że naruszenie prywatności może polegać przykładowo na: „nagrywaniu, filmowaniu, fotografowaniu, upublicznianiu wizerunku bez zgody [pokrzywdzonego – M.G.], narzucaniu swojego towarzystwa, innym przekraczaniu bariery fizycznej bliskości”⁷⁶⁷. I. Zgoliński natomiast odnosząc się do form naruszenia prywatności stwierdza, że: „[Naruszenie prywatności – przyp. M.G.] Może przybierać różne formy, począwszy od wysyłania listów, wiadomości tekstowych sms, poprzez tzw. głuche telefony

⁷⁶¹ W przepisie tym mowa o następujących dobrach prawnie chronionych: zdrowie, wolność, cześć, swoboda sumienia, nazwisko lub pseudonim, wizerunek, tajemnica korespondencji, nietykalność mieszkania, twórczość naukowa, artystyczna, wynalazcza i racjonalizatorska.

⁷⁶² Zob. J. Chamernik, *Przestępstwo stalkingu w świetle regulacji kodeksu karnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach. Seria Administracja i Zarządzanie” 2013, nr 99, s. 311.

⁷⁶³ J. Chamernik, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 311.

⁷⁶⁴ Zob. A. Szelegiewicz, *Stalking i przywłaszczenie...*, s. 69.

⁷⁶⁵ Zob. A. Szelegiewicz, *Stalking i przywłaszczenie...*, s. 68.

⁷⁶⁶ M. Jachimowicz, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 46-47.

⁷⁶⁷ Zob. M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 543.

a kończąc na naruszeniu tajemnicy korespondencji czy niespodziewanych i niemiłych wizytach, «najściach» w miejscu pracy bądź zamieszkania⁷⁶⁸. K. Nazar pojmuje prywatność następująco: „Sfera prywatności jest to pewien obszar wolny od ingerencji innych osób, w którym jednostka ma swobodę rozwijania własnej osobowości i decydowania o kształcie swojego życia. Jest to tzw. *right to be alone* – prawo do bycia pozostawionym w spokoju⁷⁶⁹. D. Woźniakowska-Fajst twierdzi, że: „W pojęciu «naruszenie prywatności» może się mieścić nieograniczona wręcz liczba zachowań, niekoniecznie wzbudzających strach czy niepokój, a np. po prostu irytację czy znużenie. W jednym przepisie w tej samej kategorii znajdują się takie drastyczne zachowania, jak wysyłanie do pokrzywdzonego wieńców żałobnych czy wywieszanie w miejscach publicznych zdjęć dziecka ofiary oblanych czerwoną farbą (które to zachowania niewątpliwie mogą wzbudzać uzasadnione poczucie zagrożenia), jak i innego rodzaju czyny, które naruszają prywatność, np. robienie pokrzywdzonemu zdjęć, podglądanie go przez niezastłonięte okno czy natarczywe wypytywanie znajomych pokrzywdzonego o jego życie prywatne⁷⁷⁰. SN natomiast stwierdził, że: „Prawo do prywatności wyraża się także w wolności od ingerencji w życie prywatne, rodzinne i domowe, i to niezależnie do tego, czy dotyczy faktów obojętnych czy kłopotliwych. Naruszenie prywatności następuje z momentem określonego działania sprawcy, wkraczającego w sferę życia prywatnego pokrzywdzonego, np. poprzez nagrania lub fotografowanie⁷⁷¹. W innym wyroku SN z kolei wskazując na zachowania mogące naruszyć prywatność wskazał na: „Działania sprowadzające się do obserwacji, filmowania i fotografowania pokrzywdzonych spoza ich posesji, zamykające się tylko w sferze prywatnego dokumentowania, nieużywane do ściągnięcia na pokrzywdzonych jakiegokolwiek wymiernego zagrożenia (...)”⁷⁷².

Warto wskazać, jak prywatność jest pojmowana w doktrynie prawa cywilnego⁷⁷³. Jednym z pierwszych cywilistów, który wniósł znaczny wkład w pojmowanie prywatności był A. Kopff. Stwierdził on, że: „dobrem osobistym w postaci życia prywatnego jest to wszystko,

⁷⁶⁸ Zob. I. Zgoliński, *Penalizacja stalkingu jako nowa forma ochrony dóbr człowieka*, „Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych. Miscellanea” 2012, nr 2, s. 101.

⁷⁶⁹ K. Nazar, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16*, Prok. i Pr. 2018, nr 2, s. 146.

⁷⁷⁰ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w prawie...*, s. 199.

⁷⁷¹ Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. IV KK 196/15, LEX nr 1976249.

⁷⁷² Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16, OSNKW 2017/8/44.

⁷⁷³ Rzecz jasna zagadnienie prywatności jak i prawa do prywatności nie jest wyłącznie domeną prawa cywilnego. Przepisy odnoszące się do prawa do prywatności znajdują się m.in. w Konstytucji (art. 47) jak również w aktach prawa Unii Europejskiej (mowa przede wszystkim o art. 8 EKPCz) i prawa międzynarodowego (zwłaszcza art. 17 MPPOiP, a wcześniej art. 12 PDPCz). Niemniej z racji tego, że niniejsza praca jest pracą z zakresu prawa karnego materialnego za zasadne uznano ograniczenie się do przedstawienia przykładowych poglądów na gruncie prawa cywilnego. Wydaje się bowiem, iż karniści w swoich definicjach prywatności jak i prawa do prywatności najbardziej czerpią właśnie z poglądów wypracowanych przez cywilistów.

co ze względu na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu służy jej do rozwoju fizycznej lub psychicznej osobowości oraz zachowania osiągniętej pozycji społecznej⁷⁷⁴. Autor ten wyróżnił dwie podsferę w ramach sfery życia prywatnego. Pierwszą podsferą jest sfera intymnego życia osobistego, drugą zaś sfera prywatnego życia osobistego. Sfera intymnego życia osobistego obejmuje: „(...) ten zakres faktów dotyczących jednostki i jej przeżyć, który w zasadzie nie jest przez nią ujawniany nawet osobom najbliższym i którego odsłonięcie przed kimkolwiek wywołuje zawsze uczucie wstydu, zakłopotania i udręki⁷⁷⁵. Z kolei przedmiotem sfery prywatnego życia osobistego jest, w myśl samej jej nazwy, życie prywatne. Przez życie prywatne A. Kopff rozumie: „(...) to wszystko, co ze względu na uzasadnione odosobnienie się jednostki od ogółu społeczeństwa służy jej do fizycznego i psychicznego rozwoju oraz zachowania pozycji społecznej⁷⁷⁶. Odnosząc się do znaczenia tej koncepcji K. Michałowska stwierdza: „Koncepcja A. Kopffa wywarła bardzo duży wpływ na dalsze badania na temat zakresu i znaczenia prawa do prywatności. Doktryna po części ją akceptowała, wskazując jednak od początku na potrzebę jej dopracowania, pojawiały się też głosy krytyczne. Nowsze opracowania skupiają się na wykazaniu niedoskonałości tej koncepcji, negując ideę sfer⁷⁷⁷. Zatem koncepcja ta nie jest koncepcją możliwą do aplikacji w dzisiejszych czasach. Niemniej stanowiła ona pewien kamień milowy w zakresie cywilistycznego pojmowania prywatności i dała asumpt do dalszych rozważań. Przechodząc do pozostałych definicji należy wskazać na definicję M. Safjana, który prywatność definiuje jako: „(...) obszar niedostępności, chroniony przed ciekawością i wścibstwem innych, sfera wolna od zewnętrznych ingerencji, w której każdy ma prawo schronić się przed innymi⁷⁷⁸. Z kolei Z. Radwański i A. Olejniczak pojmują prywatność w następujący sposób: „Prywatność człowieka obejmuje w szczególności zdarzenia związane z życiem rodzinnym, życiem seksualnym, stanem zdrowia, przeszłości, sytuacji majątkowej, w tym także uzyskiwanych dochodów⁷⁷⁹. Zaś naruszeniem prawa do prywatności jest: „(...) już samo zachowanie godzące w spokój psychiczny człowieka, przejawiające się w podsłuchiowaniu, śledzeniu, filmowaniu, nagrywaniu wypowiedzi, nawet później niepublikowanych⁷⁸⁰. Jak można zauważyć pojmowanie prawa do prywatności jak i naruszenia prywatności w prawie

⁷⁷⁴ A. Kopff, *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. XX, s. 33.

⁷⁷⁵ A. Kopff, *Koncepcja prawa...*, s. 33.

⁷⁷⁶ A. Kopff, *Ochrona życia prywatnego w świetle doktryny i orzecznictwa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1982, nr 100, s. 32.

⁷⁷⁷ K. Michałowska, *Prawo do życia rodzinnego na tle ogólnie pojmowanej prywatności jednostki*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie” 2013, nr 911, s. 55-56.

⁷⁷⁸ M. Safjan, *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju dóbr osobistych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, z. 1, s. 232.

⁷⁷⁹ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 173.

⁷⁸⁰ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne...*, s. 173.

cywilnym jest podobne do rozumienia prywatności w doktrynie prawa karnego. Jednym z czynników wpływających na taki stan rzeczy jest to, że prywatność, prawo do prywatności oraz naruszanie prawa do prywatności są kategoriami typowymi dla innych gałęzi prawa niż prawa karne. Najpewniej stąd też doktryna prawa karnego przyjęła podobne znaczenie tych terminów.

Analiza definicji prywatności i prawa do prywatności nie stanowi łatwego zadania. Wynika to z wielości definicji i niezbyt częstego występowania tego znamienia. Na gruncie innych gałęzi prawa w szczególności prawa cywilnego, prawa konstytucyjnego czy też prawa Unii Europejskiej, prawo do prywatności jest rozpatrywane znacznie częściej i w szerszej perspektywie niż na gruncie prawa karnego. Niemniej zgodnie z regułami derywacyjnej koncepcji wykładni prawa nie dopuszczalne jest arbitralne przenoszenie znaczenia danego terminu z innej gałęzi prawa⁷⁸¹. Zaprezentowana wyżej definicja cywilistyczna miała na celu pogładowe ukazanie, jak cywilistyka pojmuje prywatność i jak bardzo definicja ta różni się od definicji karnoprawnych. Jak można zauważyć, na gruncie prawa karnego prywatność jest pojmowana w różny sposób. Odnoszenie się do każdej z tych definicji przekracza ramy niniejszego opracowania, bowiem każda z definicji z jednej strony dopełnia inną definicję, z drugiej strony zawiera pewne mankamenty. W związku z tym należy się ograniczyć do podania własnej definicji tego pojęcia. W proponowanym znaczeniu wyraz „prywatność” związany jest z prawem podmiotowym przysługującym każdemu człowiekowi, które polega na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy. Natomiast naruszenie tego prawa może przybierać różne formy, które to mają doprowadzić do zniweczenia lub osłabienia tego prawa podmiotowego. Niewątpliwie jedną z metod naruszenia prywatności jest nękanie.

Powyższe stwierdzenie, iż nękaniami można dopuścić się naruszenia prywatności może budzić pytanie, czy sprawca dopuści się przestępstwa uporczywego nękania, jeśli sprawca nie doprowadził do spowodowania poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia czy innego rodzaju krzywdy psychicznej, lecz tylko naruszył jej prywatność. Przede wszystkim wskazać trzeba, że znamiona skutków w art. 190a § 1 k.k. są ze sobą rozłączne. W konsekwencji wystarczające jest wywołanie tylko jednego z tych skutków. Ale pojawić się może pytanie, czy przesądza to o tym, że pokrzywdzony na skutek naruszenia jego prywatności nie musi odczuwać konsekwencji psychicznych tego naruszenia. Jak już wskazywano, bowiem nękanie (jako zjawisko) charakteryzuje się tym, że jego konsekwencją ma być wywołanie krzywdy psychicznej u nękanego, które będzie na tyle silna, że można będzie nazwać ją udręczeniem. A zatem

⁷⁸¹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 291-292.

sama próba wywołania udręczenia będzie tylko usiłowaniem nękania⁷⁸². Odnosząc rozważania te na grunt naruszenia prywatności należy wskazać, że aby móc uznać, że sprawca ten wypełnił znamiona omawianego czynu, to naruszenie prywatności musi prowadzić do negatywnych konsekwencji psychicznych u pokrzywdzonego. Mowa tutaj nie o jakichkolwiek negatywnych konsekwencjach, lecz tylko o takich, które mogą zostać uznane za udręczenie pokrzywdzonego. W konsekwencji penalizowane są wyłącznie takie przypadki naruszenia prywatności, które cechują się sporym ładunkiem społecznej szkodliwości⁷⁸³. Wynika to właśnie z tego, że nękanie ma doprowadzić do udręczenia pokrzywdzonego⁷⁸⁴. Dodatkowo wywołanie krzywdy psychicznej na skutek istotnego naruszenia prywatności musi być objęte zamiarem przez sprawcę. Zatem jeśli jest to tylko efekt uboczny zachowania się sprawcy, to wówczas jego działanie należy uznać za nieumyślne. Warto w tym miejscu wskazać, że wyodrębnienie skutku w postaci istotnego naruszenia prywatności ma wskazać również na to, że owo naruszenie prywatności może mieć nie tylko konsekwencje w psychice sprawcy, lecz także może mieć skutki natury fizycznej (poprzez zmianę struktury świata zewnętrznego). Niemniej, aby móc sprawcy przypisać popełnienie analizowanego przestępstwa, to chęć lub godzenie się na wywołania krzywdy psychicznej muszą być co najmniej tak samo intensywne, jak chęć lub godzenie się na dokonanie szkód fizycznych⁷⁸⁵.

Ustawodawca nie ogranicza się tylko do wskazania, że skutkiem działania przestępnego sprawcy ma być naruszenie prywatności, bowiem aby doszło do przekroczenia normy sankcjonowanej z art. 190a § 1 k.k. naruszenie prywatności musi być istotne. W doktrynie wskazuje się, że ustawodawcy chodziło o wyłączenie spod zakresu penalizacji przypadków, kiedy to co prawda prywatność pokrzywdzonego została naruszona, ale to naruszenie nie ma istotnego charakteru, jest mniejszej wagi⁷⁸⁶. SA w Krakowie zauważa z kolei, że: „(...) 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”⁷⁸⁷. SA nie używa wprost terminu istotność, niemniej z kontekstu

⁷⁸² Z kolei, jeśli sprawca chce swoimi zachowaniami się osiągnąć co innego aniżeli udręczenie nękanego, to wówczas nie może być mowy o uznaniu tych zachowań za nękanie.

⁷⁸³ Zdaje się, że ustawodawca chciał to wyeksponować wskazując, że naruszenie prywatności ma być istotne.

⁷⁸⁴ Należy nadmienić, że przyjęcie odwrotnego poglądu stałoby w sprzeczności z istotą nękania.

⁷⁸⁵ Warto zasygnalizować, że w przypadku wywołania szkody o charakterze psychicznym jak i szkody o charakterze fizycznym może w niektórych stanach faktycznych dojść do rzeczywistego zbiegu przepisów (zbiegającymi się przepisami będą te, które penalizują wywołanie szkód fizycznych).

⁷⁸⁶ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 13. Podobnie twierdzi K. Nazar dodając, że znamię to kreuje warunek odpowiedniej intensywności naruszenia dobra jakim jest prawo do prywatności. Zob. K. Nazar, *Glosa do wyroku...*, s. 148.

⁷⁸⁷ Wyrok SA w Krakowie z dnia 28 października 2010 r., I ACa 908/10, LEX nr 743278.

tej wypowiedzi można wywnioskować, że są to kryteria istotności naruszenia określonego dobra prawnego. Istotność dookreśla naruszenie prywatności i wydaje się, że ustawodawcy chodziło o penalizację takich przypadków naruszenia prywatności, które to wywierają znaczny i negatywny wpływ na psychikę pokrzywdzonego. Antycypując dalsze rozważania należy wskazać, że znamię istotności odnosi się również do oceny stopnia społecznej szkodliwości zachowania się sprawcy. Bowiem istotność wiąże się ze stopniem społecznej szkodliwości większym niż znikomy. SN odnosząc się do istotności naruszenia prywatności pokrzywdzonego wskazuje: „O istotności naruszenia prawa do prywatności nie decyduje sama treść materiałów powstała w wyniku nieuprawnionego wkroczenia w sferę prywatności pokrzywdzonego, ale przede wszystkim to, w jaki sposób do naruszenia doszło i ewentualnie jak często dochodziło do tych naruszeń. W tym drugim aspekcie uwidacznia się *iunctim* między znamieniem uporczywości nękania a znamieniem istotności naruszenia prawa do prywatności. Trudno bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której uporczywe nękanie pokrzywdzonego łączące się z naruszeniem prywatności, nie stanowiłoby istotnego naruszenia tego prawa”⁷⁸⁸. W dalszej części przywołanego orzeczenia SN stwierdza: „Nie jest bezpodstawne przekonanie o tym, że znamię «istotności» stanowi *superfluum* ustawowe, co przy poszanowaniu zakazu wykładni *per non est* prowadzi do wniosku, że zawężenie zakresu kryminalizacji przez warunek spełnienia tej przesłanki koresponduje z wymogiem co do ustalenia stopnia intensywności zachowania sprawcy”⁷⁸⁹. O zbędności znamienia istotności w doktrynie mówi M. Mozgawa. Zdaniem tego autora należałoby rozważyć, czy mało istotne przypadki naruszenia prywatności nie będą penalizowane z racji znikomego stopnia społecznej szkodliwości, co wynika z art. 1 § 2 k.k.⁷⁹⁰. Należy zauważyć, że każdorazowo organ prowadzący postępowanie karne musi zweryfikować określony stan faktyczny pod kątem tego, czy aktywność sprawcy wypełnia wszystkie elementy struktury przestępstwa. Konsekwencją tego jest ocenienie stopnia społecznej szkodliwości czynu. Zgodnie z art. 1 § 2 k.k. nie pociąga się do odpowiedzialności karnej sprawcy czynu charakteryzującego się znikomym stopniem społecznej szkodliwości. W przypadku naruszenia prywatności jako przykład mało istotnego naruszenia prywatności można wskazać za M. Budyn-Kulik i M. Mozgawą przeszukiwanie śmieci pokrzywdzonego w celu zdobycia informacji o nim⁷⁹¹. Niewątpliwie sprawca w ten sposób narusza prywatność pokrzywdzonego, niemniej

⁷⁸⁸ Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. IV KK 196/15, LEX nr 1976249.

⁷⁸⁹ Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. IV KK 196/15, LEX nr 1976249.

⁷⁹⁰ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 13; M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu...*, s. 466.

⁷⁹¹ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 13.

biorąc pod uwagę model-wzór przeciętnego i racjonalnie myślącego człowieka zachowanie takie nie wpłynie w sposób istotny na psychikę sprawcy, czy nie zniweczy ani nie osłabi w jakikolwiek sposób jego prawa do prywatności⁷⁹². Skoro istotność należy wiązać ze stopniem społecznej szkodliwości większym niż znikomy, to należy się przychylić do poglądu SN i M. Mozgawy o zbędności tego znamienia.

Należy pamiętać, że prawo do prywatności nie jest prawem nieograniczonym. J. Kosonoga wskazuje na dwa źródła ograniczeń tego prawa. Pierwsze źródło to zgoda pokrzywdzonego na naruszenie jego prawa do prywatności, która ma swoje źródło w przyjmowanym w doktrynie (jednak przez niektórych kwestionowanym) tzw. pozaustawowym kontraktywie zgody pokrzywdzonego⁷⁹³. Niemniej wydaje się, że do tej grupy należy zaliczyć także takie przypadki ograniczenia prywatności wynikające z przyjętych zwyczajów, czy też innych okoliczności wyłączających bezprawność czynu (np. stanu wyższej konieczności). Natomiast druga grupa ograniczeń tego prawa to normy wynikające z przepisów różnych ustaw. Niewątpliwie na gruncie Konstytucji organy władzy publicznej mają szerokie możliwości ograniczania prawa do prywatności. Zgodnie z art. 31 ust. 3 organy władzy publicznej mogą ograniczać konstytucyjne prawa i wolności w drodze ustawy (i tylko ustawy). Ograniczenia takie mogą zostać wprowadzone, jeśli są: „(...) konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób”. Nadto, ustawodawca formułuje wymóg, że ograniczenie wolności nie może naruszyć istoty wolności i praw. Jako przykłady takich przepisów J. Kosonoga podaje regulacje dotyczące przeszukiwania, zatrzymania czy cenzury w rozumieniu art. 105 § 4 k.k.w. oraz przepisy dotyczące kontroli i utrwalania rozmów telefonicznych⁷⁹⁴, jednak należy pamiętać, że takie przepisy można znaleźć nie tylko w prawie karnym wykonawczym czy prawie karnym procesowym. Można zaryzykować stwierdzenie, że takie regulacje mogą znajdować się w aktach prawnych z innych gałęzi prawa aniżeli prawo karne.

Po przeanalizowaniu znamienia skutku istotnego naruszenia prywatności należy odnieść się do ocenności tego znamienia. Jak wskazano wcześniej, znamię to jest znamieniem obiektywnym, choć nie pozbawionym elementów ocennych. Ocenność znamienia naruszenia

⁷⁹² Oczywiście może się zdarzyć tak, że podane zachowanie będzie wpływać w sposób istotny negatywnie na psychikę pokrzywdzonego, zwłaszcza w sytuacji, kiedy było jednym z wielu zachowań sprawcy. Niemniej przykład ten ma zilustrować, jakie przypadki mogą być co do zasady mało istotnym naruszeniem prywatności, zaś co oczywiste istotność lub nieistotność określonego zachowania się czy określonego skutku winno się oceniać *in concreto*.

⁷⁹³ Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1091.

⁷⁹⁴ Zob. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, s. 1091.

prywatności może odnosić się do odbioru konkretnych zachowań jako naruszających prywatność. Nie można wykluczyć, że działanie sprawcy w ocenie pokrzywdzonego będzie naruszać jego prywatność, ale w obiektywnym ujęciu (ujmującym również właściwości psychiczne sprawcy) może nie dojść do jakiegokolwiek naruszenia prywatności. Jednak najbardziej ocenne wydaje się znamię istotności. Ocena przez pokrzywdzonego istotności naruszenia prywatności może być niezgodna z rzeczywistością, bowiem obiektywnie dane naruszenie prywatności może mieć charakter mało istotny. W celu rozwiania wątpliwości związanych z subiektywną oceną naruszenia prywatności i jej istotności w literaturze proponuje się, aby przy badaniu istotności naruszenia prywatności odwoływać się do tzw. *reasonable bystander test*, a więc do testu badającego, czy odczucie przez pokrzywdzonego istotnego naruszenia prywatności (a więc odczucie subiektywne) byłoby odczuwane również w tej samej sytuacji przez modelowego rozsądnego obywatela (kryterium stosunkowo zobiektywizowane)⁷⁹⁵. Test taki należy ocenić pozytywnie, niemniej ma on istotne mankamenty. Odwołuje się on bowiem do odczuć modelu-wzoru racjonalnie myślącego obywatela, abstrahując jednocześnie od właściwości osobistych sprawcy. Przy analizie skutku uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia należy wziąć pod uwagę fakt, że sprawca dopuszczając się względem pokrzywdzonego określonych zachowań, które można nazwać nękaniami wykorzystywać może także wiedzę na temat określonych właściwości osobistych sprawcy, w szczególności odnoszących się do jego psychiki. W sytuacji spowodowania skutku istotnego naruszenia prywatności sprawca może kierować się np. wiedzą na temat tego jakie zachowania mogą wzbudzić w pokrzywdzonym myśl, że jego prywatność jest naruszana. Stąd też wyniki *reasonable bystander test* powinny być odnoszone do właściwości osobistych pokrzywdzonego i dopiero na tej podstawie organ winien oceniać, czy dane naruszenie prywatności miało charakter istotny czy też nie.

W tym miejscu należy rozważyć kwestię praw kausalnych decydujących o powiązaniu uporczywego nękania z istotnym naruszeniem prywatności. Głównym źródłem tych praw kausalnych jest wiedza stanowiąca osiągnięcie nauk takich, jak psychologia, psychiatria czy socjologia. Są nim także reguły społeczne, które wskazują na granice między naruszeniem prywatności a zdobyciem informacji o innej osoby bez naruszenia tego dobra. Jako przykłady takich praw kausalnych można podać prawo, w myśl którego ciągłe przeszukiwanie domu pokrzywdzonego w zamiarze jego udręczenia i zdobycia informacji o nim w taki sposób, że pokrzywdzony wie o tym i odczuwa silną krzywdę psychiczną. Kolejnym przykładem może być prawo

⁷⁹⁵ Zob. K. Garstka, P. Przygucki, *Stalking jako przestępstwo – nowelizacja polskiego kodeksu karnego a doświadczenia prawa angielskiego*, „Wiedza prawnicza”, nr 2/2011, s. 22.

kauzalne, w myśl którego sprawca chcąc wywołać krzywdę psychiczną u pokrzywdzonego wielokrotnie uzyskuje dostęp do jego komputera i kopiuje na dysk przenośny pliki zawierające prywatne informacje o pokrzywdzonym. Z racji nieuprawnionego dostępu do komputera i właściwości psychicznych pokrzywdzonego powoduje nękanie połączone z jednoczesnym naruszeniem prywatności pokrzywdzonego. Warto dodać, że prawo kausalne zostanie wyłączone, jeśli w systemie są normy dopuszczające naruszenie prywatności danej jednostki⁷⁹⁶.

O ile w przypadku skutków uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udrczenia można było stwierdzić wprost o charakterze tego skutku, to o tyle w przypadku skutku istotnego naruszenia prywatności jednoznaczne wskazanie jego charakteru jest bardzo utrudnione. Wynika to z tego, że biorąc pod uwagę charakter nękania skutek ten winien być odnoszony do krzywdy psychicznej, jakiej doznaje sprawca na skutek nękania i to nękania w taki sposób, że prywatność pokrzywdzonego zostanie istotnie naruszona. Bazując na takim założeniu naruszenie prywatności w stopniu istotnym należy odnieść do zmian w świecie wewnętrznym pokrzywdzonego, a więc skutek ten miałby charakter perlokucyjny. Z drugiej strony, działanie sprawcy niekiedy może powodować zmiany w psychice sprawcy, ale również zmiany w świecie zewnętrznym np. poprzez niszczenie obiektów należących do sprawcy czy wpływając na relacje pokrzywdzonego z poszczególnymi osobami. Wszelkie zmiany w układzie świata zewnętrznego wskazują na występowanie skutku lokucyjnego. W związku z tym charakter skutku istotnego naruszenia prywatności należy oceniać na dwóch płaszczyznach: płaszczyźnie *in abstracto* i płaszczyźnie *in concreto*. Na płaszczyźnie *in abstracto* skutek istotnego naruszenia prywatności będzie miał charakter mieszany (lokucyjno-perlokucyjny), natomiast na płaszczyźnie *in concreto* charakter skutku będzie zależny od rzeczywistych konsekwencji zachowania lub zachowań sprawcy w aspekcie naruszenia prywatności pokrzywdzonego.

§ 2.7.3. Analiza zasadności umieszczania znamion skutku w art. 190a § 1 k.k.

Prima facie analiza taka może wydawać się zbędna i można by było ją zakończyć na stwierdzeniu, że wskazanie skutków jest niezbędne, żeby z jednej strony zapewnić jak najszerszą ochronę dobrom prawnym chronionym przez art. 190a § 1 k.k., z drugiej strony zaś, żeby ograniczyć penalizację tylko do faktycznych (a nie wyobrażanych sobie przez pokrzywdzonego

⁷⁹⁶ O przykładach takich przepisów była już mowa wcześniej.

czy sprawcę) i istotnych przypadków nękania. Jednak mogą powstać wątpliwości, czy już w samym znamieniu nękania nie został określony pewien skutek, jaki ma spowodować zachowanie albo zachowania sprawcy⁷⁹⁷. Asumpt do tych rozważań stanowi definicja nękania sformułowana w Rozdziale I. Dla przypomnienia, zgodnie z nią nękanie jest to pojedyncze zachowanie się sprawcy, które to zachowanie jest rozciągnięte w czasie albo zbiór zachowań się sprawcy, który nie musi być zbiorem zachowań jednorodnych, podejmowanych względem pokrzywdzonego bez jego zgody nieustępliwie przez pewien okres, powodujące udręczenie psychiczne.

Należy się zastanowić, czy gdyby usunąć z art. 190a § 1 k.k. znamiona skutku, to uporczywe nękanie w świetle k.k. nadal by było przestępstwem skutkowym. R. Sarkowicz wskazuje na 3 metody formułowania przestępstw skutkowych: poprzez użycie zwrotu „powoduje” lub zwrotu mu bliskoznacznego⁷⁹⁸, poprzez zastosowanie konstrukcji „p i_{caus}q” (czyli przez zastosowanie w przepisie spójnika „i”)⁷⁹⁹ oraz poprzez zastosowanie zwrotów czasownikowych, które zawierają w swym znaczeniu wyraz „powodować”⁸⁰⁰. Z racji tego, że hipotetyczne przepisy brzmiałby: „Kto nęka inną osobę, podlega karze...”, należy poddać analizie wyłącznie trzecią z przytoczonych sytuacji. R. Sarkowicz celem sprawdzenia czy dany zwrot zawiera w swym znaczeniu wyraz „powodować” przeprowadza na gruncie wybranych zwrotów pochodzących z k.k. z 1969 r. test synonimiczności. Autor test ten definiuje następująco: „Dokonuję rozcłonkowania znaczenia czasownika sformułowanego w aspekcie dokonanym na elementy znaczeniowo prostsze, przy czym nie chodzi mi o wyodrębnienie wszystkich elementarnych jednostek semantycznych, lecz o sprawdzenie czy wśród nich występuje element «powodować», będący wskaźnikiem przyczynowości”⁸⁰¹. Przeprowadzając test synonimiczności należy się odnieść nie do nazwy „nękanie”, lecz do definicji tej nazwy⁸⁰². W sformułowanej definicji nękania występuje zwrot powodować, przez co przepis taki zawierałby normy penalizujące przestępstwo skutkowe.

⁷⁹⁷ Warto w tym miejscu dodać, że podobne wątpliwości w tej materii sygnalizuje K. Nazar. Asumpt do tych krótkich rozważań przywołanej autorki stanowi planowane przez zm.k.k. rozbudowanie znamion skutków (które to weszły w życie na skutek nowelizacji art. 190a k.k. przez Tarczę). Autorka ta stwierdza: „Być może lepszym rozwiązaniem byłoby w ogóle zrezygnowanie z określenia skutku i uczynienie uporczywego nękania przestępstwem formalnym. Należy ponadto zauważyć, że z samej istoty nękania wynika, iż muszą to być zachowania, które będą nosić cechy postępowania prowadzącego do udręczenia, upokorzenia, spowodowania cierpienia pokrzywdzonego albo wywołania innych negatywnych skutków”. K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 324.

⁷⁹⁸ Zob. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, Kraków 1989, s. 55.

⁷⁹⁹ Zob. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości...*, s. 46-48.

⁸⁰⁰ Zob. R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości...*, s. 100-101.

⁸⁰¹ R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości...*, s. 72.

⁸⁰² Odnosząc się do samej nazwy „nękanie” synonim tego wyrazu na gruncie testu synonimiczności brzmiałby: powodować nękanie. Wniosek taki byłby sprzeczny ze znaczeniem tego wyrazu, bowiem nie tylko nękanie nie powoduje określonego stanu rzeczy (więc nie może być przestępstwem skutkowym), ale wskazuje również, że

Niewątpliwą zaletą takiej regulacji jest to, że obejmuje ona więcej możliwych skutków, jakie może wywołać nękanie przez sprawcę. W konsekwencji ochrona prawna pokrzywdzonych byłaby szersza. W obecnym brzmieniu art. 190a § 1 k.k. nie można mówić o popełnieniu przestępstwa uporczywego nękania, jeśli sprawca co prawda nęka pokrzywdzonego, ale wywołuje on u pokrzywdzonego inny skutek aniżeli wskazany w analizowanym przepisie. W hipotetycznym brzmieniu byłyby penalizowane takie przypadki nękania, które obecnie nie są kryminalizowane. Jako przykład można podać sytuację opisaną przez M. Mozgawę. Autor ten postuluje, żeby zakresem kryminalizacji były objęte także przypadki, kiedy to zachowanie sprawcy nie wywołuje u pokrzywdzonego poczucia zagrożenia, ale wymusza konieczność do podjęcia istotnych (zdaniem autora niekomfortowych) zmian w swoim życiu prywatnym⁸⁰³.

Przedstawiona koncepcja budzi pewne wątpliwości. Pierwsza kwestia na jaką należy zwrócić uwagę to kwestia obiektywizacji skutku. W obecnym brzmieniu przepisu ustawodawca próbuje obiektywizować skutek poczucia zagrożenia. W przypadku hipotetycznego brzmienia przepisu w warstwie deskryptywnej nie znajdowałyby się *expressis verbis* wyartykułowane znamiona obiektywizujące. Wydaje się jednak, że tak skonstruowany przepis nie wyłączałby możliwości oceny zasadności reakcji pokrzywdzonego, czy też próby obiektywizacji powstałego skutku. Ocena taka mogłaby się odbywać w taki sam sposób jak ocena czy naruszenie prywatności należy uznać za istotne. Należy również pamiętać o ocenie społecznej szkodliwości czynu. W sytuacjach, kiedy do nękania faktycznie doszło i kiedy pokrzywdzony czuje krzywdę psychiczną, ale *de facto* działanie sprawcy nie zagraża pokrzywdzonemu, to można nie wszczynać postępowania karnego. Jednak i tu pojawiają się kolejne wątpliwości. Mianowicie pomimo możliwości weryfikacji zasadności odczuć pokrzywdzonego, to może dojść do sytuacji, w której do odpowiedzialności karnej pociągane będą osoby, które w ogóle nie nękały pokrzywdzonego (ale pokrzywdzonemu się wydawało, że są nękane przez sprawcę) albo sprawcy, którzy co prawda nękali pokrzywdzonego, ale owo nękanie nie wpłynęło w sposób istotny na pokrzywdzonego. Jak wskazuje D. Woźniakowska-Fajst, w stanie *de lege lata* istnieją trudności dowodowe, zaś głównym dowodem są zeznania pokrzywdzonego. Autorka ta zauważa, że: „Przy takich zachowaniach, w szczególności, gdy przestępstwa składa się z szeregu drobniejszych czynów istnieje zagrożenie, że przestępstwo to może być zgłaszane przez

nękanie czymś jest powodowane i to powodowanie nękania stanowi nękanie. Konstrukcja taka wydaje niezbyt racjonalna. Co prawda nękanie może być powodowane różnymi czynnikami, ale nie przesądza to, że mamy do czynienia z terminami synonimicznymi.

⁸⁰³ Zob. M. Mozgawa, *Kilka uwag...*, s. 1250.

osoby chcące komuś dokuczyć czy wymóc coś na osobie, z którą są lub były związane”⁸⁰⁴. Niewątpliwie z racji tego, że skutkiem nękania jest spowodowanie pewnej krzywdy psychicznej, a więc stanu subiektywnego, omawiana regulacja mogłaby być wykorzystywana w przedstawiony sposób. Wydaje się, że nie da się w sposób w pełni obiektywny zweryfikować, czy dana krzywda psychiczna istnieje, a jeśli tak to czy została wywołana działaniami sprawcy. W związku z tym nad wyraz istotne jest wszechstronne zbadanie stanu faktycznego przez organ, który nie powinien się tylko ograniczać do zbadania czy pokrzywdzony doznał jakiejś krzywdy na psychice, ale również inne okoliczności takie jak: relacje pokrzywdzonego ze sprawcą czy najbliższym otoczeniem zarówno pokrzywdzonego jak i sprawcy, osobowość stron postępowania oraz kontekst sytuacji, w jakim sprawca dopuszcza się swoich zachowań. Niemniej wydaje się, że analizowana propozycja przepisu może rozszerzyć pole do nadużywania art. 190a § 1 k.k. w celach niezwiązanych z karnoprawną ochroną przed nękaniami, lecz związanych np. z konfliktem między dwoma lub większą ilością osób czy chęcią zemsty względem kogoś, przez co w skrajnych przypadkach korzystanie z karnoprawnej ochrony przewidzianej przez art. 190a § 1 k.k. może stanowić przejaw nękania.

Kolejnym problemem, jaki rysuje się na gruncie takiej hipotetycznej konstrukcji art. 190a § 1 k.k. jest kwestia naruszenia prywatności. Jak była mowa o tym wcześniej, skutek naruszenia prywatności ma charakter lokucyjno-perlokucyjny. W definicji nękania mieści się wywoływanie krzywdy psychicznej. Niewątpliwie naruszenie prywatności, zwłaszcza istotne, może taką krzywdę wywołać. Niemniej wątpliwość powstaje, kiedy naruszenie prywatności powstaje w świecie zewnętrznym. Zarówno na gruncie obecnego stanu prawnego, jak i rozważanego stanu hipotetycznego, należy wskazać, że ustawodawcy chodziło nie tyle o penalizację negatywnych, intersubiektywnych skutków naruszenia prywatności, lecz o wywieranie okre-

⁸⁰⁴ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w prawie...*, s. 198. Odnośnie do trudności dowodowych odmienny pogląd wyraża E. Żywucka-Kozłowska. Zdaniem tej autorki: „Stosunkowo łatwo to [wyczerpanie przez zachowanie się sprawcy znamion czynu z art. 190a § 1 k.k. – przyp. M.G.] udowodnić w drodze okazania treści sms, listów, bilingów telefonicznych czy korespondencji elektronicznej. Mniej istotna jest przy tym treść przekazu. Wystarczy bowiem, że pokrzywdzony (adresat korespondencji) nie życzy sobie jej otrzymywać”. E. Żywucka-Kozłowska, *Funkcjonariusz publiczny...*, s. 115-116. Dość arbitralne stwierdzenie o łatwości czy trudności udowodnienia popełnienia przez sprawcę czynu z art. 190a § 1 k.k. nie jest nazbyt rzetelne. Należy wziąć pod uwagę, że z racji tego, iż mamy do czynienia z czynem głównie niedostrzegalnym dla większego grona osób i przestępstwem ściągany na wniosek, to sporo w kwestii możliwości udowodnienia sprawcy popełnionego przezeń czynu zależy od pokrzywdzonego. Bowiem pokrzywdzony ma nie tylko uprawnienie polegające na możliwości dochodzenia ochrony prawnej przed nękaniami poprzez złożenie wniosku o ściganie przestępstwa, ale jako ma strona ma również inicjatywę dowodową. Należy pamiętać, że w przypadku korespondencji elektronicznej, wiadomości SMS czy bilingów telefonicznych o wiele łatwiej jest w sytuacji, kiedy to pokrzywdzony je dostarczy organowi, aniżeli organ miałby je pozyskać we własnym zakresie. Zatem trudność udowodnienia popełnienia czynu z art. 190 § 1 k.k. jest różnicowana w zależności od konkretnego stanu faktycznego.

ślonego wpływu na psychikę pokrzywdzonego. Zatem przypadki naruszenia prywatności powodujące krzywdę psychiczną u pokrzywdzonego będą objęte zakresem kryminalizacji w zaprezentowanym brzmieniu przepisu.

Sprawca może dopuścić się nękania względem innej osoby lub innej osoby najbliższej w celu wywołania u tej innej osoby jednego ze skutków wskazanych w przepisie. Na gruncie analizowanej propozycji przepisu pojawia się pytanie, czy penalizowane będą nadal przypadki nękania osoby najbliższej dla pokrzywdzonego, które mają wywołać u wspomnianego pokrzywdzonego krzywdę psychiczną. Należy w tym miejscu przypomnieć, jakby brzmiał rozważany przepis. Brzmienie to byłoby następujące: „Kto nęka inną osobę, podlega karze...”. Z warstwy deskryptywnej takiego przepisu jednoznacznie wynika, że przedmiotem czynności sprawczej ma być inna osoba, nie zaś osoba dla niej najbliższa. Można się zastanawiać czy jednak nękanie innej osoby najbliższej można wywieść ze znamienia czynności sprawczej, wszak nękanie osoby najbliższej dla pokrzywdzonego stanowić może „środek do celu” w postaci udręczenia pokrzywdzonego. Przedstawiona definicja nękania nie wskazuje w jaki sposób sprawca ma wywołać krzywdę psychiczną u pokrzywdzonego, więc nie można wykluczyć, że nękanie osoby najbliższej w celu udręczenia pokrzywdzonego stanowić będzie czynność sprawczą. Taki pogląd mógłby umożliwić wywiedzenie z czynności sprawczej nie tylko znamienia nękania takiej osoby najbliższej, ale też znamię podmiotu innej osoby najbliższej. Niemniej przedstawiona możliwość nie wydaje się poprawna. Po pierwsze dochodzi tutaj do przeniesienia kategorii przedmiotu czynności wykonawczej do kategorii czynności sprawczej. W konsekwencji dochodzi do uczynienia na gruncie analizowanego przepisu z człowieka przedmiotu mającego służyć do realizacji określonego celu. Wydaje się, że takie rozumowanie stoi w sprzeczności z ideą k.k., który to ma chronić człowieka m.in. właśnie przed przedmiotowym traktowaniem⁸⁰⁵. Kolejną kwestią jest fakt, że w tak skonstruowanym przepisie wprost jest wskazane, że nękanie ma dotyczyć innej osoby. Wydaje się, że przepis ten należy interpretować tak, że przedmiotem czynności sprawczej ma być inna osoba, zaś skutek nękania ma się odbić właśnie u wspomnianej innej osoby. A co za tym idzie, nękanie innej osoby najbliższej w celu wyrządzenia krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego, stanowić będzie przejaw wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy, która w prawie karnym jest niedopuszczalna. Zatem przedmiot czynności sprawczej przestępstwa zostałby zawężony tylko do osoby pokrzywdzonego, co z kolei osłabia ochronę prawną przed nękaniem.

⁸⁰⁵ Jako przejawy takiej ochrony można odebrać penalizację m.in. handlu ludzi czy pozbawienia człowieka wolności.

Podsumowując powyższe rozważania należy wskazać, że mają pewne zalety, bowiem rozszerzają karnoprawną ochronę przed nękaniami do każdego rodzaju krzywdy psychicznej, niemniej mają sporo wad. Przede wszystkim rozszerzenie takie wiąże się z większą możliwością wykorzystywania tego przepisu w sposób sprzeczny z jego celem, a także może w praktyce jeszcze bardziej utrudnić poprawne stosowanie przepisu. W proponowanym brzmieniu organ rozpatrując stan faktyczny musiałby dokonać więcej czynności interpretacyjnych. Obecnie organ ma pewne „wskazówki”, kiedy mamy do czynienia z przekroczeniem normy sankcjonowanej, a kiedy nie. W proponowanym stanie prawnym, organ musi w drodze wykładni wywieść znaczenie pojęcia „nękanie”. Jak wskazano w Rozdziale I istnieje wiele definicji nękania. Definicja słownikowa dość pobieżnie odnosi się do tego pojęcia, przez co jej użycie w praktyce powodować będzie wiele komplikacji. Obecny opis czynu zabronionego, pomimo swoich wad, wskazuje co ma powodować nękanie i przez to interpretator tekstu prawnego może domyślić się, czym ma się charakteryzować karalne nękanie. Dodatkowo obiektywizacja skutków nie wynika wprost ze znaczenia, stąd też przy braku wnikliwej analizy mogą się zdarzyć sytuacje wszczynania postępowania karnego, nawet jeśli odczucia pokrzywdzonego nie są adekwatne do zachowania się sprawcy. Nadto w zależności od stanu wiedzy mogłyby się pojawić poglądy wskazujące na bezskutkowość tego czynu zabronionego. Doprowadziłoby to do rozbieżnych rezultatów, a w konsekwencji do osłabienia pewności prawa. Kolejną kwestią jest dekryminalizacja nękania innej osoby najbliższej w celu udręczenia pokrzywdzonego. Istotnie to zawęziłoby ochronę karnoprawną, bowiem takie sytuacje nie byłyby *de facto* kryminalizowane (wynika to z zakazu stosowania wykładni rozszerzającej na niekorzyść sprawcy). Zatem usunięcie znamion skutku z art. 190a § 1 k.k. wpłynęłoby nad wyraz niekorzystnie na realną karnoprawną ochronę przed tym zjawiskiem jak i na prewencję. W konsekwencji przyjęć należy, że umieszczenie znamion skutków w art. 190a § 1 k.k. było zasadne.

§ 2.8. Strona podmiotowa

Przez stronę podmiotową rozumie się stosunek intelektualno-wolicjonalny (intelektualno-psychiczny) sprawcy do zarzucanego mu czynu⁸⁰⁶. Aspekt wolicjonalny odnosi się do

⁸⁰⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 164; L. Gardocki, *Prawo karne*, s. 89 czy M. Galiński, *Ustalenie strony podmiotowej czynu zabronionego w przypadku sprawcy niepoczytalnego*, AIS 2018, nr 1 (21), s. 322.

psychicznego stosunku sprawcy względem popełnionego przezeń czynu, z kolei aspekt intelektualny dotyczy przewidywania lub braku przewidywania konsekwencji określonego zachowania.

Strona podmiotowa nie jest kategorią jednorodną. Dzielona jest w art. 9 k.k. na umyślność (art. 9 § 1 k.k.) i nieumyślność (art. 9 § 2 k.k.). Te postacie strony podmiotowej ulegają dalszemu podziałowi. Odmianami umyślności są zamiar bezpośredni oraz zamiar ewentualny (zamiar wynikowy), zaś odmianami nieumyślności są świadoma nieumyślność (lekkomyślność) i nieświadoma nieumyślność (niedbalstwo).

W aspekcie intelektualnym zamiaru bezpośredniego sprawca przewiduje możliwość czynu zabronionego, zaś w aspekcie wolicjonalnym chce jego popełnienia. Przewidywanie możliwości należy pojmować jako wyobrażenie sobie przez sprawcę, że zachowaniem się, którego dokonuje lub dokona przekroczy on normę sankcjonowaną⁸⁰⁷. Z kolei chęć popełnienia czynu zabronionego jest sytuacją, w której wola sprawcy jest nakierowana na dopuszczenie się określonego zachowania będącego czynem zabronionym⁸⁰⁸. Chęć popełnienia przestępstwa ma miejsce także wtedy, gdy sprawca zdaje sobie sprawę z nieuchronności wywołania swoim zachowaniem się stanu przestępnego, jednakże kontynuuje realizację tegoż zachowania⁸⁰⁹. Należy dodać, że prócz świadomości możliwości popełnienia przestępstwa poprzez określone zachowanie istotne jest godzenie się na wywołanie stanu przestępnego, które na gruncie *dolus directus* zawiera się w elemencie chęci popełnienia czynu zabronionego⁸¹⁰.

Należy dodać, że z zamiaru bezpośredniego wyodrębnia się inne postaci zamiaru. W tym miejscu wskazać należy na:

1. zamiar kierunkowy (*dolus coloratus*) – sprawca działa (lub niecha działania) w celu stanowiącym znamię typu czynu zabronionego;

⁸⁰⁷ Przy czym niezasadne jest wymaganie znajomości pełnej treści przekraczanej normy sankcjonowanej przez sprawcę, wystarczające będzie zdawanie sobie sprawy z ogólnej nielegalności zachowania.

⁸⁰⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 166. Warto wskazać, że przez wolę W. Wolter rozumie pewną właściwość psychiczną człowieka do świadomego kierowania swoim zachowaniem się. Autor ten zauważa, że ówczesna psychologia zaczęła odchodzić od uznawania samodzielnych procesów wolicyjnych zastępując je pewnymi mechanizmami motywacyjnymi. Zob. W. Wolter, *Z problematyki zamiarów przestępnych*, PiP 1981, z. 4, s. 39. Z kolei M. Kowalewska-Łukuć za wolę uważa (przyjmując znaczenie słownikowe) dyspozycję psychiczną człowieka do świadomego i celowego kierowania swoim postępowaniem, dokonywania wyborów, działania w celu realizacji zamierzonych zadań. Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2015, s. 107.

⁸⁰⁹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 167 czy J. Lachowski, *Strona podmiotowa czynu zabronionego* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, s. 565-566. Przeciwnie twierdzi J. Majewski, który uważa, że niekiedy sprawca może nie mieć chęci popełnienia czynu zabronionego pomimo świadomości jego konieczności. Zob. J. Majewski, *Określenie umyślności w projekcie kodeksu karnego na tle obowiązujących przepisów*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1996, z. 1, s. 54.

⁸¹⁰ Niemniej chęć i godzenie się nie są pojęciami zamiennymi, stąd niepoprawne będzie stwierdzenie, że sprawca – w rozumieniu prawa karnego – chciał i godził się na popełnienie czynu zabronionego. Por. M. Galiński, *Ustalenie strony...*, s. 322.

2. zamiar nagły (*dolus repentinus*) – sprawca podejmuje decyzję o popełnieniu przestępstwa oraz odczuwa chęć jego popełnienia w sposób raptowny, impulsywny, pod wpływem niespodziewanego wcześniej bodźca;
3. zamiar premedytowany, inaczej zamiar przemyślany (*dolus praemeditatus*) – wola popełnienia przestępstwa, jest następstwem dokładnego przemyślenia najistotniejszych jego elementów przez sprawcę;
4. zamiar afektywny (*dolus impetu, affect dolus*) – sprawca działa nagle z powodu odczuwania stanu silnego wzburzenia emocjonalnego (którego przyczyny mogą mają różnorodną genezę);
5. zamiar *quasi*-ewentualny (*dolus quasi-eventualis*) – sprawca odczuwa chęć popełnienia przestępstwa, jednak nie ma pewności, co do obicia się w świecie zewnętrznym znamion tzw. znamienia (znamion) statycznego⁸¹¹;
6. zamiar kumulatywny (*dolus directus cumulativus*) – sprawca chce jednym zachowaniem się zrealizować znamiona różnych czynów zabronionych pod groźbą kary;
7. zamiar zamienny (*dolus directus alterenativus*) – sprawca chce zrealizować jeden czyn zabroniony i liczy się z tym, że swoim zachowaniem się może wypełnić również znamiona innego typu czynu zabronionego;
8. zamiar ogólny (*dolus generalis*) – sprawca wyobraża sobie skutek w sposób ogólny, bez jego szczegółowej konkretyzacji (ta postać zamiaru jest kontestowana w doktrynie, z uwagi na jej niekompatybilność z funkcją gwarancyjną prawa karnego, zasadą subiektywizmu oraz jej praktyczne implikacje)⁸¹².

Kolejną postacią umyślności jest zamiar ewentualny (*dolus eventualis*). Aspekt intelektualny zamiaru ewentualnego jest analogiczny jak w przypadku *dolus directus* – sprawca przewiduje możliwość popełnienia przestępstwa. Z kolei aspekt wolicjonalny jest inny – sprawca działający *cum dolo eventuali* nie odczuwa chęci popełnienia przestępstwa, lecz tylko godzi się na jego popełnienie⁸¹³. W doktrynie poszukuje się odpowiedzi na pytanie o różnice między zamiarem bezpośrednim a zamiarem ewentualnym. Jednakże nie udało się znaleźć jednej odpowiedzi aprobowanej przez wszystkich autorów. Stąd też można spotkać się w literaturze

⁸¹¹ Przy czym jak słusznie zauważa Ł. Pohl, *dolus quasi-eventualis* może być niekiedy zamiarem bezpośrednim, niekiedy zamiarem ewentualnym, a czasami nawet odmianą świadomej nieumyślności. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 169.

⁸¹² Por. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 168-170; T. Przesławski, *Komentarz do art. 9 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis czy J. Lachowski, *Strona podmiotowa...*, s. 567-581.

⁸¹³ Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 171 czy M. Królikowski, *Komentarz do art. 9 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, Legalis, który to aspekt intelektualny nazywa elementem kognitywnym zamiaru ewentualnego.

przedmiotu z różnymi teoriami w rzeczonym zakresie. Teorie te można podzielić na teorie psychologiczne oraz teorie przedmiotowe.

Teoria woli warunkowej, do której nawiązuje J. Makarewicz, określając różnicę między *dolus directus* a *dolus eventualis*, bazuje na podziale woli na wolę bezwarunkową i wolę warunkową. Wola warunkowa, polega na akceptacji dalszego skutku swojego zachowania w przypadku jego wystąpienia, nie zaś tylko tego, do którego sprawca zmierza. Godzenie się na tę ewentualną zmianę w świecie zewnętrznym nazywa się w myśl tej teorii chęcią warunkową⁸¹⁴.

W myśl teorii obojętności woli, sprawca *tempore criminis* nie ma woli zarówno nastąpienia, jak i nienastąpienia skutku, a zatem powstanie skutku jest dla sprawcy wolicjonalnie obojętne. Z racji tego, że elementem *dolus eventualis* jest godzenie się z możliwością wywołania swoim zachowaniem się stanu przestępnego, do istoty tej postaci umyślności – zdaniem W. Woltera – należy także świadomość prawdopodobieństwa nastąpienia skutku oraz jednoczesny brak jej wpływu na procesy motywacyjne sprawcy⁸¹⁵. Teorii tej w doktrynie zarzuca się odnoszenie woli do skutku rzeczywistego, podczas gdy skutek przestępny zawsze jest przyszły i mniej lub bardziej prawdopodobny (nie zaś pewny i rzeczywisty na moment działania lub zaniechania sprawcy)⁸¹⁶, przesunięcie aktu woli do lekkomyślności i uczynienie woli działającego *cum dolo eventuali* wolą uniknięcia skutku⁸¹⁷ oraz kontestuje się niekiedy obojętność wolicjonalną sprawcy względem wywołanego przezeń skutku⁸¹⁸.

Przechodząc do teorii przedmiotowych, należy zacząć od przedstawienia teorii interesu społecznego autorstwa M. Szerera. Autor ten uważa, że sprawca działający *cum dolo eventuali* nie ma woli, ani spowodowania skutku, ani jego uniknięcia. Niemniej wola i godzenie są na tyle zakresowo bliskie, że niezasadne jest dzielenie przestępstw na umyślne i nieumyślne na podstawie kryterium wolicjonalnego. Zdaniem M. Szerera podział na zamiar bezpośredni, zamiar ewentualny oraz lekkomyślność wynika ze społecznego punktu widzenia, według którego rzeczone postacie strony podmiotowej są odrębne od siebie⁸¹⁹. Jednakże różnice między zamia-

⁸¹⁴ Zob. J. Makarewicz, *Komentarz do art. 14 § 1 k.k. z 1932 r.* [w:] J. Makarewicz, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 77.

⁸¹⁵ Zob. W. Wolter, *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego*, „Nowe Prawo” 1957, nr 5, s. 50 i nast.

⁸¹⁶ Zob. K. Buchała, *Problemy zamiaru wynikowego*, PiP 1960, z. 4-5, s. 707.

⁸¹⁷ Zob. J. Lachowski, *Strona podmiotowa...*, s. 581.

⁸¹⁸ Zob. J. Waszczyński, *Jeszcze w sprawie zamiaru ewentualnego*, „Palestra” 1977, nr 21/5(233), s. 73-75.

⁸¹⁹ Warto nadmienić, że wspomniany autor bazując na ówczesnych poglądach o stronie podmiotowej jako elemencie winy przedstawił koncepcję zamiaru ewentualnego jako „trzeciej winy” (koncepcja ta była już znana w doktrynie niemieckiego prawa karnego, lecz obejmowała inne elementy). Mianowicie autor ten proponował trójkategorialny podział strony podmiotowej: pierwsza kategoria obejmowałaby przypadki, w których to sprawca dopuszcza się czynu zabronionego rozmyślnie (a więc chce jego popełnienia). W drugiej kategorii znajdowałyby się te

rem ewentualnym, a lekkomyślnością nie są nad wyraz istotne, w związku z czym autor postuluje rezygnację z posługiwania się konstrukcją *dolus eventualis* i przesunięcia elementów tej postaci zamiaru do lekkomyślności⁸²⁰. Krytycznie do zniesienia zamiaru ewentualnego odnosi się H. Popławski, zdaniem którego zamiar ewentualny pomimo trudności w jego objaśnieniu jest niezbędny, bowiem wypełnia poważną lukę między umyślnością a nieumyślnością⁸²¹.

Kolejną teorią jest teoria prawdopodobieństwa. Sprawca w myśl tej teorii, ma uświadamiać sobie wysoki stopień prawdopodobieństwa realizacji swoim zachowaniem znamion typu czynu zabronionego. Jeśli pomimo tej świadomości decyduje się wytworzyć stan przestępny, to wówczas można przypisać mu działanie w zamiarze ewentualnym⁸²².

Ostatnią teorią, na którą należy zwrócić uwagę jest teoria manifestacji woli. Zakłada ona, że sprawcy nie może zostać przypisany zamiar ewentualny, jeśli swoim zachowaniem się uzewnętrznił w sposób niebudzący wątpliwości chęć niepopelnienia czynu zabronionego⁸²³. *A contrario*: „Jeśli sprawca, który jest świadomy wysokiego prawdopodobieństwa skutku nie uczyni nic, aby do skutku nie doprowadzić, odpowie za jego umyślne sprowadzenie”⁸²⁴.

Po zarysowaniu najistotniejszych teorii związanych z zamiarem ewentualnym, należy pokrótce się do nich odnieść. Teoria woli warunkowej w sposób nieuprawniony i kontrfaktyczny zawęża możliwość popełnienia *cum dolo eventuali* przestępstwa formalnego. W konsekwencji zamiar sprawcy winien nie tylko być zrelatywizowany do skutku aktywności sprawczej, ale również do samego działania (lub zaniechania). Nadto zamiar zrelatywizowany jest do momentu realizacji znamion typu czynu zabronionego. Przez to nie jest istotne, czy sprawca się potem godzi, czy wykazuje więź wolicjonalną z powstałym już skutkiem. Należy również dodać, że ograniczenie rozważań, co do pojęcia godzenia się wyłącznie do skutku, w istocie powoduje, że treść zamiaru ewentualnego w odniesieniu do znamion czynności sprawczej pozostaje nadal nie objaśniona.

Teoria obojętności woli mogłaby zyskać aprobatę, o ile nie relatywizowałaby stanów wewnętrznych sprawcy względem jego skutku. Teorii tej bowiem można postawić takie same zarzuty, jak powyżej postanowiono teorii woli warunkowej. Stąd też zgodzić należy się z za-

zachowania, w których sprawca nie przewiduje możliwości popełnienia czynu zabronionego (co odpowiada nieświadomej nieumyślności). Trzecia kategoria byłaby syntezą świadomej nieumyślności i zamiaru wynikowego. Zob. M. Szerer, *W sprawie zamiaru ewentualnego*, PiP 1959, z. 3, s. 450 i nast.

⁸²⁰ Zob. M. Szerer, *W sprawie zamiaru...*, s. 455 i nast.

⁸²¹ Zob. H. Popławski, *Zamiar ewentualny a potrzeby praktyki sądowej*, „Palestra” 1962, nr 3–4, s. 85.

⁸²² Zob. K. Buchała, *Problemy zamiaru...*, s. 715 i nast.

⁸²³ Zob. T. Kaczmarek, *Sporne problemy umyślności* [w:] J. Majewski (red.), *Umyślności i jej formy*, Toruń 2011 s. 43.

⁸²⁴ J. Lachowski, *Strona podmiotowa...*, s. 586.

rzutem nietrafności odnoszenia woli do skutku rzeczywistego. W zakresie zarzutów związanych z relokacją woli oraz jej limitacją do woli nienastąpienia skutku należy stwierdzić, że takie propozycje są nietrafne. W polskim prawie karnym istnieje rozróżnienie między zamiarem wynikowym, a świadomą nieumyślnością. Twierdzenia te z kolei zdają się zrównywać obie wspomniane postaci strony podmiotowej. O woli nienastąpienia skutku można przy lekkomyślności, gdyż taka wola jest immanentną częścią tej postaci nieumyślności. Z kolei w przypadku zamiaru ewentualnego, sprawca właśnie ma się godzić na powstanie skutku przestępnego. W konsekwencji sprawca nakierowuje własne procesy wolicjonalne na wywołanie skutku, lecz to wywołanie skutku stanowi rezultat nie chęci, lecz zgody na wytworzenie takiego stanu. Warto jeszcze przypomnieć, że pojęcie woli nie jest wyłącznie cechą świadomej nieumyślności, bowiem (jak już wskazano) wola popełnienia przestępstwa jest elementem kreującym *dolus directus*.

Teoria społecznego interesu nie wskazuje, jak należy pojmować zamiar ewentualny, lecz ogranicza wyłącznie do wskazania uzasadnienia jego wyodrębnienia. Biorąc pod uwagę różnice pomiędzy poszczególnymi postaciami strony podmiotowej, usunięcie zamiaru wynikowego z polskiego prawa karnego zawęzi możliwość trafnego opisu czynu sprawcy, przez co zafałszuje obraz popełnionego przezeń przestępstwa i kontekstu jego popełnienia. W konsekwencji utrudni to stosowanie odpowiedniej do wagi oraz okoliczności przestępstwa i adekwatnej z punktu widzenia resocjalizacji, odpłaty za popełnione przestępstwo i prewencji indywidualnej.

Za chybioną należy uznać teorię prawdopodobieństwa. Teoria ta odnosi się wyłącznie do aspektu intelektualnego, pomijając zupełnie aspekt wolicjonalny. Bowiem świadomość prawdopodobieństwa wytworzenia stanu przestępnego niewątpliwie może determinować stosunek wolicjonalny sprawcy do jego zachowania, niemniej nie jest z nim tożsama. Krytycznie należy spojrzeć również na teorię manifestacji woli, która stoi w sprzeczności z istotą strony podmiotowej rozumianej, jako stosunek sprawcy do zarzucanego mu czynu, a więc jako określone przeżycie wewnętrzne. W konsekwencji do istnienia zamiaru nie jest konieczne jego uzewewnętrznienie. Teoria ta, podobnie jak teoria prawdopodobieństwa, koncentruje się tylko na intelektualnym aspekcie zamiaru wynikowego, nie odnosząc się do sfery wolicjonalnej. Zgodzić się należy ze stwierdzeniem, że żadna z obu koncepcji nie odpowiada na pytanie czym jest zamiar ewentualny i czym się różni od pozostałych postaci strony podmiotowej⁸²⁵.

⁸²⁵ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny...*, s. 127 oraz J. Lachowski, *Strona podmiotowa...*, s. 585-586.

Powyżej zostały odrzucone wszystkie przedstawione teorie odnoszące się do pojmowania godzenia się sprawcy na popełnienia przezeń czynu zabronionego. Powstaje zatem pytanie o właściwe pojmowanie zamiaru wynikowego, ze szczególnym uwzględnieniem rozumienia jego aspektu wolicjonalnego. Biorąc pod uwagę, że odwołujemy się do sfery przeżyć wewnętrznych, nie można przy definiowaniu *dolus eventualis* uciekać od dorobku psychologii. W tym zakresie należy przyjąć pogląd M. Kowalewskiej-Łukuć, która zamiar ewentualny ujmuje jako sumę rozmaitych procesów dziejących się w psychice człowieka, wśród których wyróżnić można procesy poznawcze, emocjonalne, decyzyjne, wartościowania, motywacyjne oraz postawę wolicjonalną⁸²⁶. Pośród tych wszystkich procesów najważniejsze są te procesy, które są związane wprost z aspektem intelektualnym i aspektem wolicjonalnym. W aspekcie intelektualnym sprawca przewiduje możliwość popełnienia określonego czynu i dąży do realizacji – niekoniecznie przestępnego – pożądanego przezeń celu⁸²⁷. Z kolei odnosząc się do spornego w doktrynie aspektu wolicjonalnego, cytowana autorka stwierdza, że w przypadku zamiaru ewentualnego zachodzi dysonans między istniejącą możliwością popełnienia czynu zabronionego, a realizacją pożądanego celu. W tym układzie sytuacyjnym sprawca odczuwa niechęć względem popełnienia czynu zabronionego. Jedną z możliwości redukcji rzeczonoego dysonansu jest zmiana swojego negatywnego nastawienia względem możliwości popełnienia tego czynu zabronionego, godząc się nań⁸²⁸.

Przed przejściem do przedstawiania postaci nieumyślności należy wskazać, że penalizacja czynów nieumyślnych stanowi wyjątek, który w myśl art. 8 k.k. musi zostać wyraźnie przewidziany przez ustawodawcę w przepisie typizującym określony typ czynu zabronionego. W przypadku przestępstwa uporczywego nękania ustawodawca takiego przepisu nie przewidział. Stąd też nie jest zasadne szczegółowe omawianie świadomej nieumyślności i nieświadomej nieumyślności. Zagadnienia te zostaną wyłącznie skrótowo zasygnalizowane.

Przechodząc do pierwszej postaci nieumyślności – świadomej nieumyślności – należy wskazać, że w zakresie aspektu intelektualnego sprawca przewiduje możliwość wywołania swoim zachowaniem się stanu przestępnego, jednak w zakresie strony wolicjonalnej liczy, że takowy stan tymże zachowaniem nie zostanie wywołany. W art. 9 § 2 k.k. ustawodawca wskazuje, że sprawca ma dopuścić się przestępstwa nieumyślnego na skutek niezachowania reguł

⁸²⁶ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny...*, s. 102 i 195.

⁸²⁷ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny...*, s. 102-103.

⁸²⁸ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Zamiar ewentualny...*, s. 103-107.

ostrożności wskazujących sposób obchodzenia się z danym dobrem prawnym⁸²⁹. Ponadto ustawodawca wskazuje, że sprawca działający nieumyślnie przywidywał lub mógł przewidzieć wytworzenie swoim zachowaniem się stanu przestępnego⁸³⁰. Istotnym zagadnieniem związanym z lekkomyślnością jest odróżnienie jej od zamiaru ewentualnego. Należy stanąć na stanowisku, że granica ta związana jest z wpływem posiadanej wiedzy przez sprawcę na ocenę następstw popełnianego czynu. W przypadku zamiaru ewentualnego, sprawca korzystając ze zdań swojej wiedzy dochodzi do przeświadczenia, że określonym zachowaniem X dopuści się czynu zabronionego C i się na to godzi. Natomiast w przypadku świadomej nieumyślności, sprawca korzystając ze zdań swojej wiedzy błędnie stwierdza, że zachowaniem X nie dopuści się czynu zabronionego C i motywowanym tym przeświadczeniem wykonuje zachowanie X, które to zachowanie jednak stanowi dopuszczenie się czynu zabronionego C⁸³¹.

Z kolei w przypadku nieświadomej nieumyślności sprawca w ogóle nie przewiduje możliwości wywołania swoim zachowaniem się stanu przestępnego, a w konsekwencji nie może się on wolicjonalnie ustosunkować do możliwości jego wywołania⁸³². Analogicznie jak przy lekkomyślności, sprawca ma się dopuścić czynu na skutek naruszenia reguł ostrożności, które to naruszenie i wywołanie stanu przestępnego, obiektywnie rzecz ujmując, mógł przewidzieć.

Należy jeszcze zasygnalizować zagadnienie tzw. mieszanej strony podmiotowej (zwanej również kombinowaną stroną podmiotową oraz złożoną stroną podmiotową). Występuje ona w przypadku typów kwalifikowanych przez następstwo⁸³³. W przypadku takich typów przestępstw można mówić o typach umyślno-nieumyślnych oraz nieumyślno-nieumyślnych. Z mieszaną stroną podmiotową mamy do czynienia w przypadku typów umyślno-nieumyślnych, w których to sprawca umyślnie dopuszcza się realizacji czynności sprawczej, zaś skutek

⁸²⁹ Należy wskazać, że niezrozumiałe jest stawianie takiego wymogu *expressis verbis* wyłącznie przy nieumyślności. Wszakże, co już zostało zaprezentowane, reguły ostrożności dotyczą również przestępstw umyślnych. Stąd też należałoby rozważyć zmianę art. 9 § 1 k.k., ażeby wymóg naruszenia tych reguł był wprost sprecyzowany również przy typach umyślnych.

⁸³⁰ Możliwość przewidzenia przestępnych konsekwencji zachowania się sprawcy bada się w sposób obiektywny przy odwołaniu do modelu wzorcowego obywatela rozumianego jako osobę posiadającą odpowiednie kwalifikacje do wykonania określonych czynności i sumiennie podchodzącą do swoich obowiązków, względnie posiadającą szczególne informacje, które mógł posiadać sprawca, z uwzględnieniem szczególnych indywidualnych jego właściwości. W ramach tego modelu zadaje się pytanie, czy osoba taka będąc na miejscu sprawcy przewidziałaby możliwość popełnienia przezeń czynu zabronionego. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 178.

⁸³¹ Por. W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna...*, s. 161; Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 175-176 czy M. Kowalewska-Łukuc, *Zamiar ewentualny...*, s. 139 i nast.

⁸³² Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 174.

⁸³³ W konsekwencji zagadnienie mieszanej strony podmiotowej odnosi się wyłącznie do typów kwalifikowanych, nie zaś do typów podstawowych oraz typów uprzywilejowanych. Por. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 178-179.

sprawca wywołuje nieumyślnie⁸³⁴. Przesłpstwo uporczywego nękania stypizowane w art. 190a § 1 k.k. jest typem podstawowym, a co za tym idzie nie stanowi ono typu kwalifikowanego innego przestpstwa kwalifikowanego przez nastpstwo. Stąd teŹ rozwijanie rzeczzonego zagadnienie wykracza poza zakres niniejszej pracy.

Rozwazania o stronie podmiotowej czynu z art. 190a § 1 k.k. naleŹy rozpocząć od stwierdzenia, Źe przestpstwo to moŹna popełnić wyłacznie umyślnie. Jak juŹ wspomniano, ustawodawca bowiem nie przewidział typu nieumyślnego przestpstwa uporczywego nękania. Brak wspomnianego typu nieumyślnego naleŹy ocenić pozytywnie. Wprowadzenie typu nieumyślnego w sposób znaczący rozszerzyłoby kryminalizację nękania. Biorąc pod uwagę wielość reakcji ludzi na zachowania innych osób mogłoby dojść do sytuacji, Źe odpowiedzialność karną ponosiłyby osoby dopuszczające się zachowań społecznie aprobowanych i nienastawionych na udręczenie psychiczne sprawcy, które jednak prowadzą do chociaŹby deklarowanej przez adresata tych zachowań krzywdy psychicznej. Takie rozszerzenie odpowiedzialności karnej prócz sprzeciwiania się istocie *stalkingu* byłoby równieŹ sprzeczne z zasadą *ultima ratio*, bowiem doszłoby do kryminalizacji zachowań *de facto* nienaruszających niczyich dóbr prawnych. Ponadto, przepis taki mógłby być używany do nieeleganckiego rozwiązywania konfliktów międzyludzkich w sposób częstszy i skuteczniejszy niż art. 190a § 1 k.k.

Przechodząc teraz do umyślnego przestpstwa uporczywego nękania wątpliwości nie budzi fakt, Źe moŹe ono zostać popełnione w zamiarze bezpośrednim. Rozwazenia wymaga moŹliwość dopuszczenia się tego czynu w zamiarze ewentualnym. Wskazano, Źe w doktrynie są poglądy wskazujące na to, iż znamię uporczywości wyklucza moŹliwość popełnienia czynu z art. 190a § 1 k.k. w zamiarze ewentualnym. Są teŹ poglądy dopuszczające taką formę zamiaru⁸³⁵. W pierwszej kolejności naleŹy odnieść się do poglądu, w myśl którego znamię uporczywości zawęŹa stronę podmiotową do zamiaru bezpośredniego. Pogląd ten naleŹy uznać za błędny. Znamię uporczywości owszem z jednej strony odnosi się do pewnej motywacji, zaś z drugiej strony do *modus operandi*. NaleŹy wskazać, Źe w przypadku zamiaru bezpośredniego sprawca chce popełnienia przestpstwa, zaś w przypadku zamiaru ewentualnego się na to godzi. Określone nastawienie psychiczne sprawcy do nękania nie wydaje się osadzone wyłacznie na

⁸³⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 179. Warto dodać, Źe konstrukt mieszanej strony podmiotowej nie modyfikuje rozumienia umyślności oraz nieumyślności, więc w przypadku członu umyślnego sprawca moŹe działać w zamiarze bezpośrednim (w kaŹdej z jego odmian) albo w zamiarze ewentualnym, a nieumyślność moŹe przybrać postać świadomej nieumyślności albo nieświadomej nieumyślności.

⁸³⁵ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 14; D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 119; N. Kłaczyńska, *Komentarz do art. 190a...*, s. 471-472 czy M. Galiński, *Problematyka przestpstwa...*, s. 70. J. Chamernik równieŹ dopuszcza moŹliwość popełnienia przestpstwa z art. 190a § 1 k.k. w zamiarze ewentualnym, jednak jego zdaniem część zachowań z racji znamienia uporczywości musi być objęta zamiarem bezpośrednim. Zob. J. Chamernik, *Przesłpstwo stalkingu...*, s. 312.

czynniku wolicjonalnym, lecz także na czynniku intelektualnym. Skoro sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu zabronionego to może żywić względem tego przestępstwa różne odczucia. Skoro sprawca wie i dąży do popełnienia czynu ze szczególną motywacją nie wydaje się, żeby z uporczywego działania wynikało, że sprawca chce popełnienia czynu zabronionego, nie zaś tylko godzi się na jego popełnienie. Sprawca działający z istotną motywacją psychiczną może jednak mieć wątpliwości co do konieczności popełnienia tego czynu czy też odczuwać z określonych powodów poczucie konieczności takiego zachowania bez wyraźnie zarysowanej chęci jego popełnienia. Zatem nie można wykluczyć sytuacji, że sprawca wyłącznie godząc się na popełnienie czynu zabronionego będzie działał ze szczególnym nastawieniem psychicznym. Należy również pamiętać, że procesy psychiczne u każdego człowieka zachodzą w różny sposób, zatem znamię uporczywości nie wyznacza postaci zamiaru z jaką ma działać sprawca.

Kolejną kwestią wymagającą rozstrzygnięcia jest to, czy pomimo tego, że znamię uporczywości nie wyklucza popełnienia analizowanego przestępstwa w zamiarze ewentualnym, to czy faktycznie może zostać popełnione ono w zamiarze ewentualnym. Zgodnie z przyjętym poglądem sformułowanym przez M. Kowalewską-Łukuć, *dolus eventualis* składa się z wielu procesów zachodzących w psychice człowieka. Dla przypomnienia, procesy te mogą być procesami: poznawczymi, emocjonalnymi, motywacyjnymi, decyzyjnymi, czy procesami wartościowania. Z racji wielości form nękania, sprawca może żywić wiele postaci emocji do sposobu wypełnienia znamion przestępstwa z art. 190a § 1 k.k., jak i do samej czynności sprawczej. Zatem sprawca może dręczyć pokrzywdzonego, nie tylko czując chęć tego, ale także w sytuacji odczuwania dysonansu między wolą osiągnięcia zamierzonego celu, a realizacją go w sposób przestępny, który to dysonans rozwiązuje godząc się na realizację celu poprzez karnoprawnie doniosłe nękanie. W konsekwencji, przestępstwa uporczywego nękania można dopuścić się zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym⁸³⁶.

Kolejna kwestia odnosi się do tzw. mieszanej strony podmiotowej. A precyzyjniej do odpowiedzi na pytanie, czy przestępstwo uporczywego nękania jest typem umyślno-nieumyślnym. Stwierdzić należy, że nękanie jest przestępstwem umyślno-umyślnym, nie zaś umyślno-nieumyślnym. Wynika to z tego, że skutek w postaci krzywdy psychicznej jest już elementem

⁸³⁶ Na marginesie należy wskazać na pogląd SO w Szczecinie, który stwierdził, że część zachowań sprawcy może być objęta zamiarem bezpośrednim, zaś część zachowań sprawcy zamiarem ewentualnym. Zob. Wyrok SO w Szczecinie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. IV Ka 1795/12, LEX nr 1714996. Pogląd ten wydaje się trafny. Bowiem sprawca może części zachowań chcieć (np. podejmowania zachowań mających udręczenie psychiczne pokrzywdzonego), zaś na części zachowań godzić się (np. na wystąpienie jednego z ustawowych skutków). Niemniej taki dualizm strony podmiotowej w obrębie jednego i tego samego czynu powodować może trudności w ustaleniu, która część zachowań została popełniona w zamiarze bezpośrednim, a która zaś w zamiarze ewentualnym. Znacznie łatwiej jest ustalić stronę podmiotową, kiedy ona przybiera wyłącznie jedną postać.

znamienia nękania, zaś wyeksponowanie skutków w warstwie deskrytywnej przepisu należy uznać za zabieg pragmatyczny mający ułatwić wykładnię art. 190a § 1 k.k. Zatem skoro czynności sprawczej można dopuścić się wyłącznie umyślnie, zaś czynność ta odwołuje się w swoim znaczeniu do spowodowania u pokrzywdzonego krzywdy psychicznej, to uznanie, że spowodowanie skutku może nastąpić nieumyślnie stanowiłoby przejaw niespójności systemowej oraz aksjologicznej i stałoby w sprzeczności z założeniem o racjonalności prawodawcy.

Należy się zastanowić, czy sprawca musi obejmować swoim zamiarem wszystkie znamiona czynu zabronionego czy też wystarczające jest obejmowanie zamiarem wybranych znamion na tyle istotnych, że będzie można stwierdzić, że sprawca chciał albo godził się na popełnienie przestępstwa uporczywego nękania. Przede wszystkim takie wątpliwości mogą się nasunąć przy znamieniu uporczywości. Wydaje się, że ciężko jest sobie wyobrazić owo znamie, co wynika z pewnej jego abstrakcyjności. Sprawca nękania bardziej się koncentruje na udrczeniu innej osoby poprzez nękanie jej a nie na tym, żeby owo nękanie było uporczywe. Wydaje się, że uporczywość sprawcy ma się przejawiać w sposobie jego zachowania, nie zaś w chęci czy godzeniu się na tę uporczywość. Należy także brać pod uwagę fakt, że w aspekcie strony podmiotowej można i należy dokonać pewnej gradacji znamion. Są bowiem znamiona, względem których odczuwanie określonego stosunku wolicjonalno-intelektualnego przez sprawcę jest warunkiem koniecznym do przypisania sprawcy umyślności. Są też takie znamiona, które jedynie uzupełniają opis czynu zabronionego i posiadanie przez sprawcę stosunku wolicjonalno-intelektualnego względem takich znamion jest co prawda możliwe, niemniej nie jest wymagane do przypisania mu umyślności. Znamie uporczywości jest znamieniem zbędnym, bowiem zawiera się w znamieniu nękania. Jednak i sama uporczywość zawierająca się w nękaniu stanowi wyłącznie uzupełnienie opisu tego zjawiska. Zatem nie jest wymagane posiadanie przez sprawcę stosunku wolicjonalno-intelektualnego względem uporczywości jego działania lub zaniechania. Konieczne jest natomiast do przypisania umyślności przewidywanie możliwości nękania oraz jego skutków oraz chęć nękania i wywołania tych skutków poprzez nękanie albo chociaż godzenie się na to.

Przechodząc do wskazania treści zamiaru to obejmuje ona przewidywanie możliwości dopuszczenia się nękania i jego skutków oraz chęć lub godzenie się na nękanie innej osoby lub osoby najbliższej dla tej innej osoby celem spowodowania u wspomnianej innej osoby uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udrczenia lub naruszenia jej prywatności w stopniu istotnym. Trafnie zauważa SN, że motywacja sprawcy jest irrelevantna dla

bytu przestępstwa uporczywego nękania⁸³⁷. Zatem motywacja czy pobudki w wyniku, których sprawca dopuszcza się nękania są nieistotne. Niemniej motywacja może wpływać i można zaryzykować stwierdzenie, że wpływa na decyzję o podjęciu nękania. D. Woźniakowska-Fajst wskazuje na cztery główne motywacje sprawców: chęć odbudowania zakończonego związku, złość, pragnienie nawiązania relacji intymnej i konflikty sąsiedzkie⁸³⁸. Oczywiście ten katalog motywacji sprawców nie można uznać za pełny. Trudno też o rzetelne zbadanie tej kwestii, bowiem wymaga to przeprowadzenia badań typu *self-report*, a te mogą dawać fałszywy obraz faktycznej motywacji sprawców czynu z art. 190a § 1 k.k. Sprawcy mogą bowiem kłamać odnośnie do swojej motywacji i nie istnieją obiektywne sposoby, żeby zweryfikować ich twierdzenia. Nie wydaje się zatem, żeby znamię uporczywości wskazywało na konieczność negatywnego zabarwienia motywacji, np. konieczność istnienia absolutnie złej woli u sprawcy. W tym miejscu warto wspomnieć o zaproponowanym przez M. Budyn-Kulik podziale nękania na nękanie wrogie i nękanie przyjazne. Nękanie wrogie, zdaniem wspomnianej autorki polega na: „(...) na zastraszeniu pokrzywdzonego przez oddziaływanie bezpośrednie lub pośrednie, w kontakcie osobistym lub przez techniczne środki komunikowania się...”. Z kolei nękanie przyjazne, zdaniem wspomnianej autorki jest to: „(...) narzucanie się z dowodami sympatii przez sprawcę, który żywi pozytywne emocje wobec pokrzywdzonego i dąży do nawiązania lub zacieśnienia kontaktu z nim...”⁸³⁹. Podział ten jest o tyle godny przytoczenia, że wskazuje na dwie możliwe skrajne motywacje pokrzywdzonego. Pierwszą z nich jest chęć faktycznego udręczenia pokrzywdzonego, drugą z nich zaś jest chęć nawiązania kontaktów z pokrzywdzonym, który sobie tego nie życzy. W przypadku nękania przyjaznego udręczenie pokrzywdzonego nie jest głównym celem działania sprawcy, choć nie można wykluczyć, że chęć tego będzie istotnie determinować sposób próby nawiązania kontaktu z pokrzywdzonym.

Powyższe rozważania dotyczą strony podmiotowej przestępstwa uporczywego nękania, które zostało dokonane. Należy się zastanowić, jak kształtować się będzie strona podmiotowa

⁸³⁷ Zob. Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., III KK 417/13, KZS 2014, nr 6, poz. 26.

⁸³⁸ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 181.

⁸³⁹ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona...*, „Palestra” 2020, nr 9, s. 22. Zob. także M. Budyn-Kulik, *Wybrane psychologiczne aspekty nękania* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking*, Warszawa 2018, s. 252. Dodać należy, że cytowana autorka wyróżnia jeszcze nękanie fanowskie i nękanie prywatne, które dzieli się na nękanie znajomych i nękanie osób obcych. Zob. M. Budyn-Kulik, *Wybrane psychologiczne...*, s. 253.

uporczywego nękania, którego tylko usiłowano dokonać⁸⁴⁰. Zgodzić się należy z tym, że usiłowania dopuścić się można wyłącznie umyślnie⁸⁴¹. Jest to nad wyraz istotne w przypadku analizowanego przestępstwa, bowiem przyjęcie odmiennego poglądu, tj. o możliwości dopuszczenia się usiłowania (zwłaszcza usiłowania przestępstwa z art. 190a § 1 k.k.) nieumyślnie stanowiłoby przejaw niespójności systemowej. Niemniej powstaje pytanie o postać zamiaru sprawcy usiłującego dokonać czynu zabronionego. Celem doprecyzowania należy wskazać, że o ile możliwość dopuszczenia się karnoprawnie doniosłego usiłowania w zamiarze bezpośrednim nie budzi w doktrynie wątpliwości, to o tyle można rozważać możliwość dopuszczenia się usiłowania w zamiarze ewentualnym. Odnosząc się do zasygnalizowanego sporu, należy przyjąć, obecnie raczej niebudzący w doktrynie wątpliwości⁸⁴², pogląd o możliwości dopuszczenia się usiłowania również w zamiarze ewentualnym. Przyjęcie bowiem odmiennego poglądu (możliwości usiłowania wyłącznie w zamiarze bezpośrednim) na gruncie obecnego stanu prawnego nie znajduje jakiegokolwiek uzasadnienia. Ustawodawca bowiem wskazuje wyłącznie na wymóg działania w zamiarze popełnienia czynu zabronionego, nie precyzuje zaś jaką postać ma przybrać ów zamiar sprawcy. Ponadto zawężanie zamiaru w przypadku usiłowania jest niezasadne również z tego powodu, że skoro sprawca dąży do dokonania w zamiarze ewentualnym, zaś owo dokonanie z pewnych przyczyn nie następuje, to konsekwentnie należy stwierdzić, że usiłowanie było również dokonane w zamiarze ewentualnym (bowiem było ono wkalkulowane w dokonanie czynu zabronionego). Przyjęcie, że taki sprawca usiłował popełnienia czynu w zamiarze bezpośrednim, byłoby istotnym zafałszowaniem rzeczywistości, zaś odstępianie od ukarania takiego sprawcy stanowiłoby promowanie podejmowania zachowań przestępnych, przy czym jak trafnie zwraca się uwagę w doktrynie i judykaturze możliwość usiłowania w zamiarze ewentualnym będzie determinowana tym, czy dany typ czynu zabronionego, który sprawca

⁸⁴⁰ Należy dodać, że w niniejszym fragmencie pracy nie zostanie omówiona, chociażby skrótowo, istota konstrukcji usiłowania. Wynika to z tego, że takie rozważania zostaną podjęte w dalszej części pracy. Stąd też przywołanie tych zagadnień w tym fragmencie pracy stanowiłoby zbędne powielenie treści.

⁸⁴¹ Zob. np. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 231; K. Wiak, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis czy A. Zoll, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, LEX.

⁸⁴² Warto jednak dodać, że na gruncie k.k. z 1932 r. istniał spór w doktrynie odnośnie możliwości dopuszczenia się usiłowania *cum dolo eventuali*. Zob. A. Liszewska, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, s. 764-766 i cytowana tam literatura. Warto dodać, że na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego możliwość dopuszczenia się w zamiarze ewentualnym neguje Z. Jędrzejewski. Zob. Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*, PiP 2003, nr 8, s. 46 i nast.

usiłował popełnić, może zostać dokonany w tej postaci zamiaru⁸⁴³. Jak już wskazano przestępstwo uporczywego nękania może zostać popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym. Stąd też usiłowanie popełnienia tego przestępstwa (zarówno usiłowanie udolne jak i usiłowanie nieudolne) może przybrać postać zarówno zamiaru bezpośredniego, jak również postać zamiaru ewentualnego.

O ile treść i postać zamiaru współsprawców może być taka sama jak w przypadku sprawcy pojedynczego, to wątpliwości pojawiają się co do strony podmiotowej sprawcy kierowniczego, sprawcy polecającego, podżegacza oraz pomocnika. Zatem należy poświęcić tej kwestii trochę uwagi⁸⁴⁴. Odnosząc się do strony podmiotowej sprawstwa kierowniczego można spotkać się z poglądem, że może ono zostać popełnione umyślnie lub nieumyślnie⁸⁴⁵. Pogląd taki należy uznać na gruncie problematyki będącej przedmiotem niniejszej pracy za nazbyt ogólny. Autorzy go przedstawiający nie zajmują się kwestią w jakiej postaci umyślności sprawca kierowniczy może dopuścić się kierowania czynem zabronionym. Niewątpliwie sprawstwa kierowniczego można dopuścić się w zamiarze bezpośrednim, przy czym nie można także wykluczyć popełnienia tego czynu w zamiarze ewentualnym. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, kiedy sprawca kierowniczy jedynie godzi się na kierowanie przestępstwem uporczywego nękania. Może to zachodzić w sytuacjach, gdy zostanie w pewien sposób zmuszony do kierowania czynem z art. 190a § 1 k.k. i jednocześnie przewiduje możliwość kierowania tym przestępstwem i godzi się na to, żeby uwolnić się od przymusu. Z kolei sprawstwa polecającego jak trafnie zauważa A. Sakowicz można się dopuścić zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym⁸⁴⁶. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, że sprawca polecający wyłącznie godzi się na wydanie polecenia uporczywego nękania pokrzywdzonego, nie chcąc jego popełnienia, co może być determinowane przez wiele czynników. Natomiast jeśli chodzi o podżeganie, to należy przytoczyć pogląd B.J. Stefańskiej zgodnie, z którym podżeganie może zostać popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim. Autorka wywodzi to z faktu, że sprawca ma chcieć popełnienia czynu zabronionego i zdaniem B.J. Stefańskiej przemawia

⁸⁴³ Zob. np. K. Wiak, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis; Wyrok SN z dnia 25 października 1984 r., sygn. IV KR 245/84, OSNKW 1985/5-6/38 czy B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

⁸⁴⁴ Należy nadmienić, że analiza ta będzie przeprowadzona w kontekście przestępstwa uporczywego nękania. Zatem przedmiotem analizy nie będzie kwestia nieumyślnego dopuszczenia się czynu zabronionego we wskazanych formach zjawiskowych, lecz zbadanie w jakiej postaci umyślności mogą zostać one popełnione.

⁸⁴⁵ Zob. A. Sakowicz, *Komentarz do art. 18 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015, s. 430; M. Kulik, *Formy zjawiskowe...*, s. 133 czy P. Kardas, *Komentarz do art. 18 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, s. 418, przy czym P. Kardas przyjmuje możliwość sprawstwa kierowniczego w zamiarze ewentualnym.

⁸⁴⁶ Zob. A. Sakowicz, *Komentarz do art. 18...*, s. 434.

za tym także znaczenie słowa „nakłania”⁸⁴⁷. Pogląd taki wydaje się trafny. Ustawodawca już w warstwie deskryptywnej art. 18 § 2 k.k. wskazał, że podżegacz ma chcieć, aby sprawca dopuścił się czynu zabronionego, do którego jest podżegany. W przypadku *dolus eventualis* występuje jedynie godzenie się. Zatem o zamiarze ewentualnym nie może być mowy w przypadku podżegania. Na koniec należy odnieść się do kwestii strony podmiotowej pomocnictwa do uporczywego nękania. K. Lipiński zauważa, że strona podmiotowa pomocnictwa powinna być uzależniona od strony podmiotowej czynu zabronionego, którego popełnienie przez sprawcę ułatwia pomocnik⁸⁴⁸. Zatem w przypadku przestępstwa uporczywego nękania przy przyjęciu tego poglądu pomocnik mógłby działać zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym. A. Sakowicz z kolei dopuszcza pomocnictwo zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym nie odwołując się do uzależnienia strony podmiotowej pomocnictwa od strony podmiotowej czynu zabronionego, który pomocnik pomaga popełnić⁸⁴⁹. Ł. Pohl uważa, że pojęcie zamiaru na gruncie pomocnictwa należy odczytywać w znaczeniu nadanym temu pojęciu przez art. 9 k.k.⁸⁵⁰, czyli jako zamiar bezpośredni i zamiar ewentualny. Pogląd o możliwości dopuszczenia się pomocnictwa w obu postaciach zamiaru należy zaaprobować, przy czym rację ma K. Lipiński, że możliwość pomocnictwa w zamiarze ewentualnym powinna zależeć od tego czy dany typ czynu zabronionego można popełnić w takiej postaci zamiaru. Wynika to z tego, że pomocnictwo w myśl samej nazwy nie stanowi wykonania czynu zabronionego, lecz ułatwienie innej osobie jego popełnienia. Stąd też forma pomocy winna być zrelatywizowana do formy przestępstwa, które popełnia sprawca główny. *In abstracto* należy przyjąć możliwość dopuszczenia się pomocnictwa do przestępstwa uporczywego nękania w obu postaciach zamiaru.

§ 2.9. Podsumowanie

Uporczywe nękanie nie stanowi łatwego przestępstwa do analizy. Wynika to przede wszystkim z posłużenia się przez ustawodawcę znamionami nieostrymi czy wręcz ocennymi. Wydaje się jednak, że udało się w pewnym stopniu dokonać analizy niektórych znamion czynu

⁸⁴⁷ Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 18...*, s. 232. Podobnie A. Marek, V. Konarska-Wrzošek, *Kodeks karny...*, s. 208.

⁸⁴⁸ Zob. K. Lipiński, *Strona podmiotowa pomocnictwa do czynu zabronionego znamionnego wyłącznie zamiarem bezpośrednim*, CPKiNP 2017, z. 2, s. 50.

⁸⁴⁹ Zob. A. Sakowicz, *Komentarz do art. 18...*, s. 452.

⁸⁵⁰ Zob. Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa...*, s. 82-83.

z art. 190a § 1 k.k. W tym miejscu należy syntetycznie przedstawić wnioski, jakie poczyniono w zakresie znamion przestępstwa uporczywego nękania.

Przestępstwo uporczywego nękania chroni wiele dóbr prawnie chronionych, w szczególności wolność (zarówno wolność pozytywną jak i wolność negatywną), prywatność czy dobrostan psychiczny człowieka. Liczba dóbr prawnie chronionych nie jest łatwa do określenia, bowiem w zależności od *modus operandi* sprawcy przepis ten może chronić różnorakie dobra. Analizowany typ czynu zabronionego należy uznać za przestępstwo trwałe, bowiem do jego bytu niezbędne jest utrwalenie u pokrzywdzonego pewnego negatywnego skutku. W przypadku czasu popełnienia przestępstwa opowiedziano się za poglądem zgodnie, z którym czasem popełnienia przestępstwa jest cały czasookres, w którym sprawca podejmował swoje zachowania lub zachowanie. Z kolei jako miejsca popełnienia przestępstwa uporczywego nękania przyjęto: miejsce działania sprawcy, miejsce wystąpienia skutku oraz miejsce, w którym skutek miał nastąpić według zamiaru sprawcy. Wskazano, że miejsca te powinny być określane tak dokładnie, na ile to jest niezbędne do określenia właściwości miejscowej organu prowadzącego postępowanie karne.

Podmiotem analizowanego przestępstwa może być każda osoba fizyczna, w przypadku osób prawnych u.o.p.z. nie przewiduje odpowiedzialności takiego podmiotu za popełnienie czynu z art. 190a § 1 k.k. Sprawca uporczywego nękania może zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za to przestępstwo, jeśli w momencie popełnienia czynu zabronionego miał ukończone 17 lat. Niemniej nie oznacza to, że w przypadku sprawców nieletnich nie istnieją żadne środki prawnej reakcji na takie zachowania – środki te przewiduje bowiem u.w.r.n. Postępowanie w sprawach nieletnich nie zmierza do pociągnięcia nieletniego do odpowiedzialności karnej, lecz m.in. do zmiany jego zachowania. Wobec sprawcy nękania, który *tempore criminis* miał ukończone 13 lat, ale miał ukończonego 17 roku życia można zastosować środki wychowawcze oraz środek poprawczy w postaci umieszczenia w zakładzie poprawczym – z uwagi na popełnienie przez sprawcę czynu karalnego. Względem sprawców, którzy w chwili popełnienia czynu nie mieli ukończonego 13 roku życia postępowanie może być wszczęte ze względu na ich demoralizację. Pokróćce rozważono także sytuację odpowiedzialności karnej sprawcy, który części zachowań składających się na nękanie dopuścił się przed ukończeniem 17 roku życia, zaś części po ukończeniu 17 roku życia. Wskazano, że jest możliwe „podzielenie” tego przestępstwa na dwie części i sprawca odpowiadać będzie karne za tę część zachowań, których dopuścił się po ukończeniu 17 lat.

Odnosząc się do znamienia przedmiotu czynności sprawczej może nim być inna osoba lub inna osoba najbliższa. Drugie z pojęć ma swoją definicję legalną, jednak na gruncie tej

definicji budził wątpliwość zwrot „osoba pozostająca we wspólnym pożyciu”, który to zwrot został dookreślony przez SN. Przyjęte rozwiązanie uznano za pozytywne, bowiem sprawca może również w celu udręczenia pokrzywdzonego nękać jego najbliższych.

Znamię uporczywego nękania stanowi dość ocenny i syntetyczny opis czynności sprawczej. Nękanie ma wiele definicji doktrynalnych, zaś w przypadku definicji słownikowych jest definiowane jako: „ustawiczne dręczenie kogoś”. Niewątpliwie takie rozumienie nękania koresponduje z uwagi poczynionymi w Rozdziale I, więc należy pozytywnie ocenić użycie tego znamienia. Zakwestionowano pogląd wyrażany powszechnie w doktrynie, że nękanie wymaga wielu zachowań się sprawcy. Jest to znamię nieostre, co wynika z wielości metod nękania. Wskazano przykładowy katalog zachowań, którymi według doktryny można dopuścić się nękania. Zachowania te mogą być prawnokarnie irrelewantne lub stanowić przekroczenia jakiejś normy sankcjonowanej. Istotną cechą tych zachowań jest to, że muszą one wzbudzić u pokrzywdzonego krzywdę psychiczną. Znamię uporczywości z kolei nie wydaje się w żaden sposób dookreślać znamię nękania, lecz stanowi *superfluum* ustawowe. Wskazano, że analizowany typ czynu zabronionego może zostać popełniony zarówno przez działanie lub zaniechanie.

Odniesiono się także do reguł ostrożności, których naruszenie stanowi pozaustawowe znamię przestępstwa uporczywego nękania. Treść tych reguł jest zróżnicowana w zależności od stanu faktycznego, a co za tym idzie nie można stworzyć zamkniętego katalogu tychże reguł. Wskazano, że źródłem norm ostrożności są przede wszystkim: normy prawne, wiedza naukowa (w szczególności z zakresu socjologii, psychologii czy psychiatrii) i normy społeczne.

W przypadku znamion skutków, znamię poczucia zagrożenia odnosi się w najprostszym ujęciu do sytuacji, kiedy poprzez działanie lub zaniechanie sprawcy pokrzywdzony odczuwa stan braku bezpieczeństwa. Poczucie zagrożenia nie jest synonimem lęku lub strachu, niemniej współwystępuje z tymi emocjami. Uznano, że znamię to zbyt wąsko obejmuje negatywne skutki związane z psychiką sprawcy i wskazano potrzebę szerszego ujęcia tego skutku. Rozszerzenie *spectrum* skutków nastąpiło na mocy Tarczy 4.0, bowiem dodano dwa nowe skutki – uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia i uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia. Znamię skutku w postaci poczucia udręczenia jest znamieniem pojemnym znaczeniowo i mieści w sobie pozostałe znamiona skutku wysłowione w art. 190a § 1 k.k. Zatem wprowadzając znamię skutku w postaci poczucia udręczenia ustawodawca powinien usunąć pozostałe znamiona skutku. Poczucie zagrożenia, poniżenia czy udręczenia muszą być uzasadnione okolicznościami. Znamię to ma na celu obiektywizację skutku, a zatem wyłączenie spod zakresu kryminalizacji sytuacji, w których pokrzywdzony odczuwa poczucie zagrożenia, poni-

żenia lub udęczenia, ale zachowanie się sprawcy nie powinno wzbudzać takich emocji. Zaproponowano, żeby przy ocenie reakcji pokrzywdzonego odwoływać się do dorobku nauk takich jak: psychologia, psychiatria, socjologia oraz do innych nauk, które mogą na gruncie konkretnego stanu faktycznego, pomóc w obiektywizacji skutku. Wskazano również, że przy obiektywizacji tych skutku należy brać pod uwagę właściwości osobiste pokrzywdzonego. Wskazano także, że co do zasady wspomnianej obiektywizacji może i powinien dokonać sam sąd, zaś z pomocy biegłego winien korzystać tylko w szczególnie zawiłych stanach faktycznych. Z kolei skutek w postaci naruszenia prywatności jak i termin „prywatność” ma wiele definicji w doktrynie, stąd też zaproponowano własną definicję tego pojęcia, zgodnie z którą prywatność to w istocie prawo podmiotowe przysługujące każdemu człowiekowi, które polega na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy. Naruszenie tego prawa podmiotowego może przybierać różne formy. Niemniej naruszenie prywatności, ażeby wypełniało znamiona przestępstwa uporczywego nękania musi spowodować u pokrzywdzonego krzywdę psychiczną o wysokiej intensywności. Znamię istotności ma na celu wyłączenie spod zakresu kryminalizacji przypadków, w których naruszenie prywatności ma charakter mało istotny. Wskazano na zbędność tego znamienia, co wynika z faktu, że w każdym przypadku popełnienia czynu z art. 190a § 1 k.k. należy poddać ocenie stopień społecznej szkodliwości *in concreto*. Przypadki niezbyt istotnego naruszenia prywatności nie są penalizowane, gdyż cechują się niskim stopniem społecznej szkodliwości, więc w myśl art. 1 § 2 k.k. nie stanowią przestępstwa. Przesądza to o zbędności tego znamienia. Wskazano również na ograniczenia prawa do prywatności, które wyłączają również możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej z art. 190a § 1 k.k. Dokonano również spostrzeżenia odnośnie źródeł praw kauzalnych umożliwiających przypisanie skutku sprawcy uporczywego nękania na płaszczyźnie kauzalnej. Źródła te są zróżnicowane i przede wszystkim owe prawa kauzalne wynikają z wiedzy pochodzącej z psychologii, psychiatrii i socjologii oraz pewnych pozaprawnych reguł ustalonych w społeczeństwie. Dokonano również analizy zasadności umieszczenia w art. 190a § 1 k.k. znamion skutku. Wskazano, że skutkowość można wywieść już z samego znamienia nękania. Niemniej należy uznać negatywnie usunięcie znamienia skutku co wynika m.in. z braku jednolitej definicji pojęcia „nękanie”, a co za tym idzie różnego rozumowania tego pojęcia w praktyce czy też z powodu braku kryminalizacji nękania innej osoby najbliższej w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.

Odnosząc się do strony podmiotowej przestępstwa uporczywego nękania, to może zostać ono popełnione wyłącznie umyślnie zarówno w zamiarze bezpośrednim, jak i zamiarze

ewentualnym. Wykluczone jest popełnienie czynu z art. 190a § 1 k.k. w warunkach tzw. mieszanej strony podmiotowej. Omówiono także kwestię strony podmiotowej w przypadku usiłowania nękania oraz w przypadku określonych form popełnienia czynu zabronionego. W prawie wszystkich z tych sytuacji strona podmiotowa jest taka sama jak przy dokonaniu sprawstwa pojedynczego przestępstwa uporczywego nękania (czyli można się dopuścić zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym). Wyjątkiem jest jedynie podżeganie do przestępstwa z art. 190a § 1 k.k., którego można się dopuścić wyłącznie w zamiarze bezpośrednim.

§ 3. Formy popełnienia przestępstwa uporczywego nękania oraz zagadnienie prowokacji

Formy popełnienia czynu zabronionego dzieli się na formy sprawcze oraz formy niesprawcze. Do form sprawczych zaliczyć można: sprawstwo pojedyncze oraz współsprawstwo. Natomiast do form niesprawczych zaliczyć można: sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie i pomocnictwo⁸⁵¹. Poza tym podziałem pozostaje prowokacja, która zostanie omówiona ze względu na to, że w najprostszym ujęciu, stanowi formę pewnego rodzaju uczestnictwa innej osoby w popełnieniu czynu zabronionego.

W niniejszym fragmencie pracy zostanie więc omówiona możliwość popełnienia przestępstwa uporczywego nękania poprzez współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo

⁸⁵¹ Zdaniem P. Kardasa sprawstwo kierownicze oraz sprawstwo polecające należy zaliczyć do sprawczych form zjawiskowych. Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 436. Z poglądem tym nie zgadza się Ł. Pohl. Autor ten uważa, że: „Przyjęcie, że każde sprawstwo polega na wykonaniu czynu zabronionego przesądza bowiem bezwzględnie o tzw. skutkowym charakterze sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego, wprowadzając tym samym na grunt polskiego prawa karnego tak niepożądaną tu - a w moim przekonaniu także nieuprawnioną — akcesoryjność. Stojąc w radykalnej opozycji do poglądu P. Kardasa, uważam, że zarówno sprawstwo kierownicze, jak i sprawstwo polecające są odrębnymi, niezależnymi od wykonawczych form sprawstwa, do których się przecież odnoszą, formami sprawstwa, których *iter criminis* może być wyznaczona wyłącznie zachowaniami ich podmiotów”. Ł. Pohl, *Obiektywna istota sprawstwa w ujęciu polskiego prawa karnego (uwagi na marginesie lektury pracy P. Kardasa Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie)*, RPEiS 2004, z. 2, s. 290-291. Krytycznie o sprawstwie kierowniczym jako sprawczej formie czynu zabronionego wypowiada się W. Patryas (czyni to co prawda na gruncie k.k. z 1969 r., niemniej uwagi te są adekwatne również w obecnym stanie prawnym). Autor ten podaje następujący przykład ilustrujący ten problem: „Gdy X kierował Y-iem wytwarzającym czyn stan rzeczy C, to Y wykonał czyn C oraz X wykonał czyn C. Wykonanie czynu C przez dwie osoby oznacza jednak albo dwukrotne wytworzenie stanu C, albo współsprawstwo stanu C”. Zob. W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna: Studium metodologiczne*, Poznań 1988, s. 48. Autor opowiada się za uznaniem sprawstwa kierowniczego niesprawczą formą popełnienia czynu zabronionego, argumentując to następująco: „Kierownictwo uplasowane jako niesprawcza zjawiskowa forma popełnienia przestępstwa pozwala zastosować propozycję czynów wtórnie kwalifikowanych. Określone wypowiedzi czy gesty stanowiące czyn c, w wyniku interpretacji, wtórnie kwalifikowałyby się jako czyn kierowanie C”. W. Patryas, *Interpretacja karnistyczna...*, s. 50. Niewątpliwie należy się przychylić do stanowiska Ł. Pohla i W. Patryasa. Antycypując dalsze wywody wskazać należy na przykładzie sprawstwa kierowniczego, że jest możliwa sytuacja, kiedy sprawca „kierowany” w wyniku braku posłuchu dla poleceń sprawcy kierowniczego lub z innych powodów nie doprowadzi do wykonania czynu zabronionego. Wówczas, skoro nie zostaną wypełnione znamiona czynu sprawca kierowniczy nie będzie mógł, w myśl poglądu P. Kardasa, zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Takie rozwiązanie nie oddaje właściwie stopienia społecznej szkodliwości zachowania się sprawcy kierowniczego.

polecające, podżeganie, pomocnictwo i prowokację. Poza zakresem rozważań zostanie pozostawione sprawstwo pojedyncze. Wynika to z faktu, że wnioski poczynione w podrozdziale § 2 oraz w dalszej części pracy odnoszą się wprost do sprawstwa pojedynczego.

§ 3.1. Współsprawstwo

Podstawę prawną współsprawstwa stanowi art. 18 § 1 zd. 2 k.k., zgodnie z którym: „Odpowiada za sprawstwo (...) ten, kto wykonuje (...) wspólnie i w porozumieniu z inną osobą...”. Współsprawstwo można podzielić na:

1. Współsprawstwo właściwe – charakteryzujące się tym, że każdy ze sprawców wypełnia określoną część znamion czynu zabronionego⁸⁵². Występuje zatem podział ról między sprawcami.
2. Wielosprawstwo (współsprawstwo niewłaściwe) – każdy ze sprawców realizuje znamiona czynu zabronionego. Nie ma więc podziału ról między sprawcami⁸⁵³.
3. Współsprawstwo konieczne – kiedy to popełnienie czynu zabronionego przez więcej niż jedną osobę stanowi znamię typu czynu zabronionego⁸⁵⁴. Na gruncie przestępstwa uporczywego nękania takie ujęcie współsprawstwa nie występuje.

Można wyróżnić dwie główne koncepcje współsprawstwa⁸⁵⁵. Pierwszą z nich jest koncepcja formalno-objektywna. W myśl tej koncepcji wymaga się od współsprawcy wypełnienia chociażby części znamion czynu zabronionego⁸⁵⁶. Drugą koncepcją jest koncepcja materialno-objektywna. Zgodnie z nią współsprawcą może być również osoba, która nie wypełniła żadnych znamion czynu zabronionego, jednak w sposób istotny przyczyniła się do jego popełnienia⁸⁵⁷. Niewątpliwie, aby można mówić o popełnieniu czynu zabronionego, to sprawca musi wypełnić znamiona tego czynu. Niemniej należy zwrócić uwagę, że współsprawca nawet jeśli

⁸⁵² Zob. M. Kulik, *Formy zjawiskowe przestępstwa w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G” 2013, vol. LX, nr 2, s. 131.

⁸⁵³ Zob. M. Kulik, *Formy zjawiskowe...*, s. 131.

⁸⁵⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 191.

⁸⁵⁵ Na marginesie można wspomnieć o jeszcze dwóch koncepcjach współsprawstwa. Koncepcja subiektywna odnosi się do posiadania przez współsprawcę *animus auctoris*. Drugą koncepcją jest koncepcja panowania nad czynem, w której to jak sama nazwa wskazuje, istotną rolę odgrywało kryterium decydowania o podjęciu i przebiegu realizacji znamion czynu zabronionego. W przypadku panowania nad czynem współsprawca musiał mieć w tym istotną rolę. Zob. L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 18 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, s. 93.

⁸⁵⁶ Zob. P. Kardas, *Istota współsprawstwa w polskim prawie karnym. Uwagi na marginesie trzech orzeczeń Sądu Najwyższego*, Prok. i Pr. 2005, nr 12, s. 8.

⁸⁵⁷ Na marginesie należy dodać, że Ł. Pohl nazywa tę koncepcję, koncepcją materialną. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 191. Warto dodać, że SN odnosząc się do tej koncepcji stwierdza: „Do przyjęcia współsprawstwa (art. 18 § 1 k.k.) nie jest konieczne, aby każda osoba działająca w porozumieniu realizowała osobiście znamiona czynu zabronionego, gdyż wystarczy, że osoba taka działa w ramach uzgodnionego podziału ról, umożliwiając innemu sprawcy wykonanie czynu”. Zob. Postanowienie SN z dnia 1 marca 2005 r., III KK 208/04, OSKNW 2005/7-8/62.

nie realizuje określonego znamienia, to może mieć istotny wpływ na popełnienie czynu zabronionego. Na przykładzie przestępstwa będącego przedmiotem niniejszej pracy: sprawca dopuszcza się nękania m.in. poprzez nachodzenie pokrzywdzonej w jej domu, w którym to znieważa ją oraz grozi jej pozbawieniem życia oraz publikacją w sieci kompromitujących zdjęć⁸⁵⁸. Pokrzywdzona chce się go za każdym razem pozbyć z domu, ale sprawca przychodzi z kolegą, który od zewnątrz zamyka drzwi do mieszkania dorobionym w tym celu kluczem (klucz natomiast jest zostawiany w drzwiach, więc nie mogą zostać one otworzone od środka bez ich uszkodzenia). Niewątpliwie wspomniany kolega nie dopuszcza się czynu z art. 190a § 1 k.k.⁸⁵⁹, niemniej bez jego pomocy pokrzywdzona mogłaby usunąć sprawcę ze swojego domu przez co ten nie nękałby ją w tym momencie. Zatem co prawda nie realizuje on znamion czynu z art. 190a § 1 k.k., ale bierze on udział w popełnieniu tego czynu przez sprawcę. W konsekwencji możliwe i zapewne nierzadkie są przypadki, kiedy współsprawca swoim zachowaniem się nie wypełnia znamion danego typu czynu zabronionego, ale w sposób istotny przyczynia się do wypełniania tych znamion przez innych współsprawców. Przy przyjęciu koncepcji formalno-objektywnej taki współsprawca nie odpowiadałby karnie, mimo odegrania istotnej roli w popełnieniu czynu zabronionego. Zatem należy się przychylić do koncepcji materialno-objektywnej, która to w pełniejszy sposób oddaje faktyczny charakter możliwości popełnienia czynu zabronionego w warunkach współsprawstwa.

P. Kardas wskazuje na dwa elementy, z których, jego zdaniem, składa się omawiana konstrukcja. Pierwszy element to element obiektywny (autor ten nazywa element ten elementem formalno-objektywnym) w postaci wspólnego wykonania czynu zabronionego⁸⁶⁰. Drugi element, zwany przez P. Kardasa elementem subiektywnym to istnienie porozumienia między sprawcami⁸⁶¹.

Nie wydaje się, żeby ze względu na charakter pracy szerszej analizy wymagała kwestia wspólnego popełnienia czynu przez współsprawców. Niemniej odnosząc się do tego kryterium należy powielić poczynione powyżej wnioski. Wspólne popełnienie czynu, zgodnie z nazwą, polega w modelowym ujęciu na realizacji znamion przez co najmniej dwie osoby. Niemniej

⁸⁵⁸ Dla rozbudowania stanu faktycznego należy dodać, że zdjęcia te są w rzeczywistości fotomontażami, których autorem jest sprawca.

⁸⁵⁹ Wynika to chociażby z faktu, że nie obejmuje on zamiarem wzbudzenia u pokrzywdzonej uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udrczenia lub istotnego naruszenia jej prywatności. Nadto nie oddziałuje na psychikę pokrzywdzonej w taki sposób, że można by to nazwać nękaniem.

⁸⁶⁰ Zob. P. Kardas, *Formy sprawstwa i współsprawstwa* [w:] R. Dębski (red.), *System...*, s. 969-970.

⁸⁶¹ Zob. P. Kardas, *Formy sprawstwa...*, s. 969. Na marginesie należy nadmienić, że w innym opracowaniu autor ten wspólne wykonywanie czynu zabronionego nazywa elementem przedmiotowym, zaś porozumienie współsprawców elementem podmiotowym. Zob. P. Kardas, *Przypisywanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4/4, s. 86.

na gruncie koncepcji materialno-obiektywnej możliwe jest także współsprawstwo niepolegające na realizacji znamion typu czynu zabronionego, jednak sprawstwo takiego współsprawcy jest na tyle istotne, że niekiedy może stanowić o powodzeniu realizacji przestępstwa. Wydaje się również, że wspólne popełnienie czynu przez sprawców może przybrać zarówno postać działania jak i zaniechania (o ile konstrukcja danego typu czynu zabronionego pozwala na popełnienie go przez zaniechanie). Aktywność współsprawców może być podejmowana zgodnie z ustalonym podziałem ról albo też bez takiego podziału ról, gdzie każdy ze współsprawców realizuje wszystkie znamiona typu czynu zabronionego.

Odnosząc się natomiast do porozumienia sprawców wskazać należy, że stanowi ono przesłankę *sine qua non* współsprawstwa. A zatem w przypadku braku porozumienia między sprawcami nie można mówić o popełnieniu danego czynu zabronionego we współsprawstwie. A. Wąsek wskazuje, że zawarcie porozumienia nie ma charakteru czysto podmiotowego. Autor ten wyróżnia: „1) proces zawierania porozumienia, co wymaga odpowiedniego zachowania się sprawców, 2) treść porozumienia – wspólne wykonanie czynu zabronionego, 3) świadomość i wolę realizacji treści porozumienia”⁸⁶². Ustawodawca nie formułuje żadnych ograniczeń podmiotowych odnośnie do stron porozumienia⁸⁶³. Za A. Wąskiem należy przyjąć, że nie musi występować między współsprawcami stosunek równorzędności względem siebie⁸⁶⁴. Odnosząc się do formy porozumienia, to forma ta może być dowolna (a więc także forma *per facta concludentia*)⁸⁶⁵. P. Kardas wskazuje wprost, że w treści porozumienia musi być zawarte wspólne popełnienie czynu zabronionego, nie zaś jego wspólny zamiar jego popełnienia⁸⁶⁶. Co istotne porozumienie sprawców musi prowadzić do dokonania czynu zabronionego⁸⁶⁷. To rozróżnienie pomiędzy treścią porozumienia a efektem jaki ma ono wywołać jest dość istotne, bowiem możliwe jest porozumienie w sprawie popełnienia czynu zabronionego, ale *de facto* nie prowadzące do popełnienia czynu zabronionego. Wówczas, skoro czyn nie został popełniony mimo zawarcia porozumienia, to nie można mówić o przestępnym współdziałaniu w formie współsprawstwa. Analizując dalej treść porozumienia zastanowić się należy nad sytuacją, kiedy nie wszystkie osoby porozumienia są zaznajomione z pełną jego treścią. Za A. Wąskiem należy przyjąć,

⁸⁶² A. Wąsek, *Nowa Kodyfikacja Karno. Kodeks karny. Zeszyt 9. Formy popełnienia przestępstwa w kodeksie karnym z 1997 r.*, Warszawa 1998, s. 94-95.

⁸⁶³ Pogląd ten w żaden sposób nie abstrahuje od norm wynikających np. z przepisów dotyczących wieku odpowiedzialności karnej.

⁸⁶⁴ Zob. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim...*, s. 52.

⁸⁶⁵ Zob. np. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 18.k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.) *Kodeks karny...*, s. 228 czy A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977, s. 52.

⁸⁶⁶ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 472-473.

⁸⁶⁷ Zob. T. Dukiet-Nagórska (red.) i in., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2018, s. 158.

że w takiej sytuacji wystarczy sama świadomość współsprawcy, że porozumienie to ma na celu popełnienie czynu zabronionego⁸⁶⁸. M. Kulik wskazuje, że: „Element porozumienia przesądza o ocenie tzw. ekscesu współsprawcy, czyli przypadku, kiedy jeden ze współsprawców dopuszcza się zachowania wykraczającego poza porozumienie”⁸⁶⁹. Wówczas pozostali sprawcy nie odpowiadają za eksces innego współsprawcy⁸⁷⁰. L. Tyszkiewicz wskazuje również, że treść porozumienia determinuje zakres odpowiedzialności sprawcy⁸⁷¹. Jak wspomniano wyżej P. Kardas uznał przesłankę porozumienia za przesłankę subiektywną. P. Kardas zauważa, że: „Z istoty porozumienia wynika konieczność istnienia między umawiającymi się sprawcami wzajemnej subiektywnej więzi, sprowadzającej się do tego, iż umawia się z inną osobą co do wspólnego przedsięwzięcia określonych działań oraz woli wspólnego ich wypełnienia, przy czym owa dwustronna więź subiektywna między sprawcami musi być odniesiona do przedmiotu porozumienia, którym jest wspólne wykonanie czynu zabronionego”⁸⁷².

Przenosząc powyższe rozważania na grunt art. 190a k.k. można zauważyć, że istota tego czynu nie wyklucza, żeby przestępstwo uporczywego nękania zostało dokonane przez więcej niż jedną osobę. Można zaryzykować nawet stwierdzenie, że problem współsprawstwa przy nękanii nie jest tylko problemem hipotetycznym, lecz występuje w pewnej liczbie przypadków w praktyce. Wydaje się, że współsprawstwo nękania występuje w przypadku działań niektórych windykatorów, gdzie dwie lub więcej osób nęka pokrzywdzonego w celu uzyskania od niego niekoniecznie należnego świadczenia. Jak wskazywano powyżej, założenia koncepcji materialno-obiektywnej są adekwatne na gruncie tego czynu. Wydaje się, że porozumienie współsprawców odnośnie do popełnienia przestępstwa nękania powinno obejmować przede wszystkim określenie osoby pokrzywdzonego (lub pokrzywdzonych) oraz to, że każdy z nich będzie go nękać⁸⁷³. Biorąc pod uwagę, że współsprawstwo może przybierać formę wielosprawstwa albo współsprawstwa właściwego nie wydaje się konieczne, aby porozumienie sprawców obejmowało podział ról czy też formę nękania.

⁸⁶⁸ Zob. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim...*, s. 55.

⁸⁶⁹ Zob. M. Kulik, *Formy zjawiskowe...*, s. 131.

⁸⁷⁰ Zob. M. Bojarski (red.), J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2017, s. 276.

⁸⁷¹ Zob. L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 18...*, s. 93.

⁸⁷² P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 478.

⁸⁷³ Zastanowić się należy także nad tym czy wywołanie skutku również należy do konstytutywnych elementów porozumienia współsprawców uporczywego nękania. Z racji tego, że problematyka wywołania skutku stanowiącego znamię typu czynu zabronionego przez współsprawców zostanie omówiona w następnym akapicie, stąd też postanowiono właśnie tam rozważyć zasygnalizowaną kwestię.

Kolejną kwestią, jaką należy poddać analizie, jest kwestia przyczynienia się współsprawców do zrealizowania przestępczego skutku. Jest to kwestia na gruncie przestępstwa uporczywego nękania nad wyraz istotna, co wynika ze skutkowego charakteru tego przestępstwa. Wszak może zdarzyć się sytuacja, że jeden ze współsprawców wywoła skutek wskazany w przepisie, zaś drugi współsprawca nie. Odnosząc rozważania na grunt przestępstwa uporczywego nękania należy zauważyć, że ustawodawca konstruując ten typ czynu dokonał pewnej charakterystyki znamion skutku. Zatem zdaniem P. Kardasa zastosowanie modelu obiektywnego przypisania skutku w taki sam sposób, jak przy sprawstwie pojedynczym spowoduje, że nie będzie można przypisać spowodowania skutku wszystkim współdziałającym⁸⁷⁴. Autor ten proponuje jednak rozwiązanie tego problemu. Wskazuje on, że: „Zarazem przyjęcie konstrukcji współsprawstwa prowadzi do odpowiedzialności każdego ze współsprawców (...), a więc także za skutek wywołany przez stanowiące przekroczenie normy sankcjonowanej szczególnego typu zachowanie innego współdziałającego. Ponieważ w tych wypadkach współsprawstwa jednostkowe zachowania poszczególnych współdziałających samoistnie nie stanowią przekroczenia normy sankcjonowanej szczególnego typu, zaś przyjęcie konstrukcji współsprawstwa prowadzi do przypisania każdemu ze współdziałających skutku stanowiącego konsekwencję przekroczenia tej normy, stwierdzić należy, że podstawą owego zabiegu jest treść art. 18 § 1 k.k. określająca konstytutywne elementy współsprawstwa. Innymi słowy normatywne znaczenie definicji współsprawstwa sprowadza się w tych wypadkach do określenia przesłanek (kryteriów) przypisania każdemu ze współdziałających przekroczenia normy sankcjonowanej szczególnego typu”⁸⁷⁵. Zachowania współsprawców stanowią pewnego rodzaju prawną jedność, więc oceniane są one łącznie. Zatem należy się przychylić do poglądu P. Kardasa, skoro bowiem każdy ze współsprawców odpowiada karnie za popełnienie jednego i tego samego czynu, to konsekwencją tego jest również to, że skutek stanowiący znamię typu czynu zabronionego jest pochytywany jako będący następstwem działań wszystkich współsprawców. Niekiedy więc tworzy się pewną fikcję prawną, która wydaje się uzasadniona. Pozostaje jeszcze jedna kwestia, która celowo nie została omówiona w poprzednim akapicie. A mianowicie, czy zakres treści porozumienia współsprawców o popełnieniu przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. musi obejmować także wywołanie jednego z ustawowo wskazanych skutków. Skoro mamy do czynienia z przestępstwem skutkowym to wydaje się, że porozumienie współsprawców winno obejmować tę kwestię.

⁸⁷⁴ Zob. P. Kardas, *Przypisywanie skutku...*, s. 100.

⁸⁷⁵ P. Kardas, *Przypisywanie skutku...*, s. 100-101.

Od współsprawstwa należy odróżnić sprawstwo równoległe (zwane też sprawstwem koincydentalnym) charakteryzujące się tym, że kilka osób realizuje jednocześnie znamiona tego samego przestępstwa, lecz nie działają oni ani wspólnie ani w porozumieniu⁸⁷⁶. Na gruncie czynu z art. 190a § 1 k.k. taka sytuacja jest również możliwa, jednak w przypadku sprawstwa równoległego będzie popełnionych tyle czynów zabronionych, ilu sprawców nęka pokrzywdzonego.

§ 3.2. Sprawstwo kierownicze

Ustawodawca normuje kwestię sprawstwa kierowniczego w art. 18 § 1 zdanie 3, który brzmi następująco: „Odpowiada za sprawstwo (...) ten, kto (...) kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę”. Istotne znaczenie na gruncie przywołanego przepisu ma znamie kierowania. Można wskazać na dwa poglądy dotyczące pojmowania tego znamienia. Pierwszy zgodnie, z którym kierowanie czynem zabronionym polega na panowaniu nad wykonywaniem czynu zabronionego przez inną osobę. Jego wyrazem ma być: „(...) totalne podporządkowanie się przez osobę wykonującą wolę sprawcy kierowniczego odnośnie do czasu, miejsca, sytuacji i sposobu wykonania tego czynu”⁸⁷⁷. Natomiast drugi pogląd ujmuje sprawstwo kierownicze wyłącznie jako samo zorganizowanie wykonania czynu zabronionego, bez panowania nad jego przebiegiem⁸⁷⁸. Samo zorganizowanie wykonania czynu zabronionego przypomina konstrukcję pomocnictwa, bowiem sprawca kierowniczy pomaga popełnić sprawcy „kierowanemu” czyn zabroniony poprzez ustalenie przebiegu jego popełnienia. Ale przy takim rozumieniu sprawca „kierowany” ma możliwość odstąpienia od planu przygotowanego przez sprawcę kierowniczego lub jego modyfikacji, przez co ów sprawca kierowniczy nie ma pełnej kontroli nad popełnieniem czynu. Zatem należy się przychylić do pierwszego z przywołanych poglądów. P. Kardas stwierdza, że kierowanie czynem zabronionym ma element subiektywny i element obiektywny. Pierwszy element – subiektywny odnosi się do posiadania przez kierującego sprawstwem czynu zabronionego *animus auctoris*, czyli woli popełnienia czynu zabronionego poprzez kierowanie sprawstwem innej osoby⁸⁷⁹. Drugim elementem – obiektywnym są: czynność kierowania sprawstwem innej osoby oraz panowanie przez sprawcę kierowniczego nad wykonaniem znamion określonego typu czynu zabronionego przez sprawcę

⁸⁷⁶ Zob. M. Kulik, *Formy zjawiskowe...*, s. 131.

⁸⁷⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 195.

⁸⁷⁸ Zob. np. W. Radecki, A. Urbanek, *Sprawstwo kierownicze w rozboju kwalifikowanym*, „Palestra” 1975, nr 11, s. 43.

⁸⁷⁹ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 509.

(lub sprawców) „kierowanego”⁸⁸⁰. Cytowany autor uważa, że sprawstwo kierownicze ma charakter akcesoryjny i jest uzależnione od realizacji znamion typu czynu zabronionego przez sprawcę „kierowanego”⁸⁸¹. A. Liszewska z kolei zauważa: „Na gruncie art. 18 § 1 k.k. nie ma wątpliwości, że popełnienie czynu zabronionego w formie sprawstwa kierowniczego musi się wiązać z wykonaniem tego czynu przez sprawcę bezpośredniego, bez tego bowiem nie zostaną zrealizowane znamiona wskazane w części szczególnej ustawy karnej, co jest warunkiem karalności tej formy sprawstwa”⁸⁸². Nie wydaje się jednak, żeby sprawstwo kierownicze miało charakter akcesoryjny. Ma ono charakter samoistny. Uzależnienie odpowiedzialności karnej sprawcy kierującego od wypełnienia znamion pewnego typu czynu zabronionego powodowałoby zawężenie odpowiedzialności karnej takiego sprawcy jedynie do przypadków dokonania czynu przez sprawcę „kierowanego”. Zatem poza zakresem penalizacji byłyby przypadki, w których sprawca „kierowany” dopuścił się tylko usiłowania danego czynu. Nie jest to rozwiązanie słuszne zwłaszcza w przypadkach, gdy brak powodzenia w popełnieniu czynu zabronionego jest konsekwencją działania sprawcy „kierowanego”. Ł. Pohl zauważa, że każda z form popełnienia czynu zabronionego wskazanych w art. 18 k.k. wytwarza osobliwy stan rzeczy powodujący zmianę w rzeczywistości. Pozwala to: „(...) krytycznie się ustosunkować do intuicji wiązania istoty sprawstwa czynu zabronionego z wykonaniem tego czynu, a więc z takim jego popełnieniem, które polega na zrealizowaniu znamion określonych w części szczególnej kodeksu karnego lub przepisie pozakodeksowym. Bezzasadność takiej, bądź co bądź konwencji ujawnia bowiem nie tylko skutkowe ujęcie czynu, które dostarcza przekonujących argumentów na rzecz tego, iż takie odmiany sprawstwa niewykonawczego wytwarzają określone (a zarazem obiektywne) stany rzeczy – sprawca kierowniczy wykonuje bowiem czyn polegający na kierowaniu poczynaniami innej osoby (...) – ile sam kodeks karny, który częstokroć «ubiera» sprawstwo nie wykonawcze (...) w szaty wykonawstwa tylko z racji jego usytuowania w części szczególnej”⁸⁸³. Autor ten odnosił się w ten sposób krytycznie do zarzutów o pęknięciu teoretycznym, które spowodowało wyodrębnienie sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego. Niemniej z przytoczonego *passusu* wywieść można, że każda z form popełnienia czynu wywołuje inny stan rzeczy, co może przesądzać, że w przypadku każdej z form popełnienia czynu zabronionego mamy do czynienia z inną normą sankcjonowaną. Zatem skoro mamy do czynienia z inną normą sankcjonowaną aniżeli na gruncie sprawstwa pojedynczego, to nietrafne

⁸⁸⁰ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 515.

⁸⁸¹ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 516.

⁸⁸² A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatycznoprawna*, Łódź 2004, s. 66.

⁸⁸³ Zob. Ł. Pohl, *Struktura normy...*, s. 158-159.

są słowa A. Liszewskiej. Bowiern norma sankcjonowana wynikająca z art. 18 § 1 zd. 3 k.k. zakazuje kierowania wypełnieniem znamion określonego przestępstwa stypizowanego w części szczególnej k.k. lub w innej ustawie. Sprawca „kierowany” znajdując się pod kierownictwem sprawcy kierowniczego, wypełniający znamiona czynu zabronionego nie przekracza wyżej wspomnianej normy. Normę tę przekracza wyłącznie sprawca kierowniczy. Skoro podmioty te przekraczają różne normy wywiedzione z różnych przepisów, to nieistotne jest dla stwierdzenia przekroczenia normy wynikającej z art. 18 § 1 k.k. przez sprawcę kierowniczego, to czy sprawca „kierowany” przekroczy „swoją” normę sankcjonowaną, bowiem obie normy mają zupełnie inną treść.

W doktrynie można spotkać się z podziałem sprawstwa kierowniczego na sprawstwo kierownicze skuteczne i sprawstwo kierownicze nieskuteczne⁸⁸⁴. Sprawstwo kierownicze skuteczne zachodzi, gdy sprawca „kierowany” podejmie się wykonania czynu zabronionego, zaś sprawstwo kierownicze nieskuteczne, gdy sprawca „kierowany” nie wykona polecenia sprawcy kierowniczego⁸⁸⁵. Podział ten jest podziałem słusznym, choć wymagającym pewnych modyfikacji. M. Królikowski i R. Zawłocki stwierdzili, że sprawstwo kierownicze skuteczne ma miejsce, kiedy sprawca „kierowany” przystąpi do realizacji czynu zabronionego. Taka definicja sugeruje, że już samo przystąpienie tego sprawcy do realizacji znamion czynu zabronionego stanowi sprawstwo kierownicze skuteczne. Zatem do zakresu takiego sprawstwa wchodzi również sytuacja, kiedy sprawca „kierowany” nie dokonał jego popełnienia, lecz *iter delicti* skończył się na przygotowaniu albo usiłowaniu. Już intuicyjnie to stoi w sprzeczności ze skutecznością. Zatem o sprawstwie kierowniczym skutecznym powinno się mówić wtedy, gdy sprawca „kierowany” dokona czynu zabronionego, natomiast *a contrario* sprawstwem kierowniczym nieskutecznym powinno się nazywać przypadki sprawstwa kierowniczego, w których to sprawca „kierowany” nie doprowadził do dokonania czynu zabronionego albo w ogóle nie podjął się realizacji znamion typu czynu zabronionego.

W kontekście przestępstwa uporczywego nękania istotne są dwie kwestie:

1. możliwość popełnienia czynu z art. 190a § 1 k.k. w formie sprawstwa kierowniczego;
2. kierowanie realizacją znamion określonego typu czynu zabronionego poprzez popełnienie czynu z art. 190a § 1 k.k. na szkodę sprawcy „kierowanego” (innymi słowy kierowaniem popełnieniem czynu zabronionego poprzez nękanie sprawcy „kierowanego”).

⁸⁸⁴ Zob. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 226.

⁸⁸⁵ Zob. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo...*, s. 226.

Odnosząc się do pierwszej ze wskazanych kwestii przyjąć należy, że jak najbardziej możliwe jest kierowanie przestępstwem uporczywego nękania innej osoby lub innej osoby najbliższej. Wydaje się również, że możliwa jest odpowiedzialność karna sprawcy kierującego nie tylko wtedy, kiedy sprawca „kierowany” wypełni choćby jedno znamię skutku wyrażone w tym przepisie (wtedy można mówić o sprawstwie kierowniczym skutecznym), ale również wtedy, kiedy znamię skutku nie zostanie wypełnione przez sprawcę „kierowanego” (wtedy występuje sprawstwo kierownicze nieskuteczne).

Analiza drugiej kwestii, czyli kierowania za pomocą nękania sprawstwem czynu zabronionego wymaga sprawdzenia w jaki sposób można kierować czynem zabronionym⁸⁸⁶. Skoro kierowanie czynem zabronionym stanowi totalne podporządkowanie się sprawcy „kierowanego” sprawcy kierowniczemu, to możliwe jest uznanie, że to totalne panowanie może mieć formę dowolną. Kierowanie czynem zabronionym poprzez nękanie sprawcy „kierowanego” jawi się jako dosyć problematyczne i niezbyt efektywne. Wynika to z faktu, że nękanie przede wszystkim oddziałuje negatywnie na sferę psychiczną i *per se* nie wystarczy, aby móc w pełni kierować popełnieniem czynu zabronionego. Wszak nękanie nie stanowi przygotowania planu popełnienia czynu zabronionego czy dostarczenia środków. Zatem w praktycznym ujęciu nękanie raczej może stanowić jako jeden z elementów kontroli popełnienia czynu zabronionego, nie zaś jako samoistny środek kierowania popełnieniem przestępstwa.

§ 3.3. Sprawstwo polecające

Konstrukcja sprawstwa polecającego została unormowana w art. 18 § 1 *in fine* k.k., który to stanowi: „Odpowiada za sprawstwo (...), kto (...) wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu”. W doktrynie można spotkać się z nazywaniem tej formy popełnienia czynu zabronionego sprawstwem poleceniowym⁸⁸⁷. Istotną różnicą między sprawstwem kierowniczym a sprawstwem polecającym jest to, że w przypadku tego drugiego sprawca polecający nie ma kontroli nad wypełnieniem znamion czynu zabronionego przez sprawcę głównego⁸⁸⁸. P. Kardas widzi podobieństwo sprawstwa polecającego z podżeganiem polegające nad wykonaniem czynności sprawczej przed popełnieniem czynu zabronionego przez sprawcę głównego⁸⁸⁹. Odnosząc się do formy polecenia należy wskazać,

⁸⁸⁶ Należy doprecyzować, że rozważane jest również kierowanie poprzez nękanie sprawcy „kierowanego” wypełniającego znamiona czynu z art. 190a § 1 k.k.

⁸⁸⁷ Zob. T. Dukiet-Nagórska i in., *Prawo karne...*, s. 159.

⁸⁸⁸ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 520.

⁸⁸⁹ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 521.

że forma ta może być dowolna, może być ona np. ustna lub pisemna. Niemniej treść polecenia powinna być sformułowana wyraźnie oraz odebrana przez sprawcę głównego jako nakaz popełnienia czynu zabronionego⁸⁹⁰.

Kolejnym elementem odróżniającym sprawstwo polecające od sprawstwa kierowniczego jest to, że musi istnieć między sprawcą polecającym a sprawcą głównym pewnego rodzaju relacja, a mianowicie uzależnienie sprawcy głównego od sprawcy polecającego. Ustawodawca nie wskazał na czym konkretnie ma się opierać ten stosunek uzależnienia, zatem należy przyjąć, iż może on mieć różne źródła. Niemniej jak trafnie zauważa Ł. Pohl powinien on być osadzony na obiektywnych okolicznościach⁸⁹¹. Może to być więc stosunek pokrewieństwa, stosunek przełożony-podwładny, nauczyciel-uczeń czy też stosunek zależności ekonomicznej. Najistotniejsze jest to, żeby ów stosunek mógł być postrzegalny dla osób trzecich⁸⁹².

Istotną kwestią jest uzależnienie odpowiedzialności karnej sprawcy od popełnienia czynu przez sprawcę głównego. Podobnie jak przy sprawstwie kierowniczym należy przychylić się do poglądu, zgodnie z którym odpowiedzialność karna sprawcy polecającego nie jest związana z popełnieniem czynu zabronionego przez sprawcę głównego⁸⁹³. Pogląd taki wzmacnia argument, że skoro mamy do czynienia wyłącznie z poleceniem popełnienia określonego czynu zabronionego, to sprawca główny ma hipotetyczną możliwość niewypełnienia polecenia sprawcy polecającego. Wówczas przyjmując odmienny pogląd to sprawca polecający w przypadku niewykonania polecenia przez sprawcę głównego nie podlegałyby karze, co wydaje się stać w pewnej sprzeczności z konstrukcją sprawstwa polecającego.

Konstrukcja sprawstwa polecającego jest możliwa w przypadku przestępstwa uporczywego nękania. Warto poczynić uwagę, że w treści polecenia, z racji skutkowego charakteru przestępstwa, powinno znaleźć się polecenie wywołania co najmniej jednego ze wskazanych w art. 190a § 1 k.k. skutków. Oczywiście sprawcy polecający nie myślą i nie posługują się językiem ustawy karnej, stąd też nie należy oczekiwać, że polecenia będą wydawane i odbierane w ten sposób. Polecenie wywołania jednego z ustawowych skutków może przebiegać

⁸⁹⁰ Zob. A. Sakowicz, *Komentarz do art. 6 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny...*, s. 450.

⁸⁹¹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 200.

⁸⁹² Takie rozumienie stosunku zależności wyłącza sytuację, kiedy ów zależność odbija się wyłącznie w psychice sprawcy polecającego lub sprawcy głównego.

⁸⁹³ Na marginesie należy wspomnieć o propozycji rozwiązania problemu akcesoryjności sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego sformułowaną przez Ł. Pohla. Autor ten proponuje nowelizację art. 18 k.k. poprzez dodanie w nim § 1a o następującym brzmieniu: „Art. 18. § 1a. Dokonanie kierowania wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę oraz dokonanie polecenia wykonania czynu zabronionego osobie uzależnionej od wydającego polecenie nie są uwarunkowane wykonaniem czynu zabronionego przez osobę mającą wykonać czyn zabroniony”. Ł. Pohl, *Propozycja nowelizacji art. 18 Kodeksu karnego*, „Prawo w działaniu” 2018, nr 35, s. 156.

formy wypowiedzi takich jak: „Żeby wiedział/a, co stracił/a”, „Żeby dostał/a za swoje”, „Żeby popamiętał/a” etc.

Drugą kwestią jest to, czy nękanie może stanowić polecenia albo stanowić okoliczność powodującą stan uzależnienia sprawcy głównego od sprawcy polecającego. Wskazano już, że forma polecenia może być dowolna. Nie można wykluczyć, że wśród zachowań składających się na nękanie znajdują się takie, które zawierają będą polecenie popełnienia określonego przestępstwa lub przestępstw. Jednak nie wydaje się, żeby co do zasady wszystkie zachowania składające się na nękanie stanowiły takie polecenie. Pogląd ten wynika z faktu, że nękanie ma prowadzić do psychicznego udręczenia pokrzywdzonego, nie zaś stanowić środek mający na celu sformułowanie polecenia popełnienia czynu zabronionego. Zjawisko nękania bardziej w przypadku analizowanej konstrukcji odpowiadać może w niektórych sytuacjach stosunkowi uzależnienia sprawcy głównego od sprawcy polecającego, przy czym w takiej sytuacji stosunek zależności nie stanowi samego nękania, lecz jest jego jednym ze skutków. Wynika to z faktu, że nękanie jest pewnego rodzaju czynnością lub czynnościami (rozumianymi jako działanie lub zaniechanie). Czynności te mogą wpływać na relacje pomiędzy nękanym a nękającym, jednak nie stanowią one *per se* relacji między określonymi podmiotami. Wskazano wcześniej, że stosunek uzależnienia musi być oparty na obiektywnych okolicznościach i dostrzegalnych dla osób trzecich. Część przypadków nękania może stanowić uzasadnioną okoliczność takiego stosunku uzależniania, a także stanowić jego oznakę. Należy jednak pamiętać, że przytoczone stwierdzenie nie zawsze znajdzie potwierdzenie na gruncie określonego stanu faktycznego, co wynika z wielości form nękania oraz wielu możliwych reakcji nękanego na zachowanie lub zachowania się sprawcy. Zatem nękanie nie wydaje się stanowić polecenia, lecz niekiedy okoliczność powodującą oraz uzasadniającą istnienie stosunku uzależnienia sprawcy głównego od sprawcy polecającego.

§ 3.4. Podżeganie

Podstawę prawną podżegania stanowi art. 18 § 2 k.k. stanowiący, że: „Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”. Na gruncie tego przepisu pojawia się kilka problemów natury uniwersalnej⁸⁹⁴.

⁸⁹⁴ Uniwersalnej w takim sensie, że dotyczących nie tylko przestępstwa uporczywego nękania.

Pierwszą kwestią wymagającą przedstawienia jest kwestia rozumienia znamienia namowy. D. Tokarczyk odnosząc się do formy nakłaniania wskazuje, że może ona być dowolna⁸⁹⁵, przy czym zdaniem tego autora podżeganie nie może być popełnione przez zaniechanie⁸⁹⁶. Jako przykłady podżegania podaje on m.in.: słowa, pismo, gest, namowę, prośbę, wydanie rozkazu czy polecenia, udzielenie pochwały czy nawet groźbę⁸⁹⁷. Wydaje się też, że formą nakłaniania sprawcy głównego może być uporczywe nękanie przez podżegacza lub osoby, którym podżegacz poleca albo kieruje nękaniami sprawcy głównego. Kwestią oczywistą wydaje się, że nakłonienie do czynu zabronionego powinno być zrozumiałe dla sprawcy głównego. Ustawodawca wskazuje również, że nakłonienie ma nastąpić w celu spowodowania, żeby inna osoba dopuściła się czynu zabronionego. Zwrot ten ogranicza zakres penalizacji podżegania do sytuacji, w których to podżegacz w sposób świadomy nakłania inną osobę do dopuszczenia się przez nią czynu zabronionego. Zatem nie są penalizowane przypadki, w których to osoba np. wykonuje jakiś gest czy wypowiada jakieś słowa, nie czyniąc tego w zamiarze nakłonienia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, ale odbiorca tych gestów czy słów bierze je za nakłonienie do popełnienia czynu zabronionego. P. Kardas wskazuje, że użyty w art. 18 § 2 k.k. zwrot „czyn zabroniony” powinien być *in concreto* zastępowany określonym typem czynu zabronionego stypizowanym w części szczególnej k.k. Autor ten zauważa: „Przepis części szczególnej [k.k. – przyp. M.G.], wykorzystywany jest jako tworzywo do odczytania znamion podżegania, wskazuje dobro prawne polegające ochronie przed atakami dokonywanymi przez działania podżegacza, określając przedmiot, do którego relacjonowane jest niebezpieczeństwo wynikające z tych działań”⁸⁹⁸. M. Gałązka podnosi, że nie będzie odpowiadać karnie podżegacz podżegający sprawcę głównego do popełnienia czynu zabronionego w warunkach tzw. kontraty. Nadto autorka ta stwierdza, że: „(...) w większości powyższych przypadków należałoby

⁸⁹⁵ Zob. D. Tokarczyk, *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017, s. 244.

⁸⁹⁶ Zob. D. Tokarczyk, *Podżeganie w polskim...*, s. 244. Pogląd taki nie wydaje się trafny. Można sobie wyobrazić sytuację, kiedy ktoś waha się czy nie popełnić określonego przestępstwa, jednak zanim to uczyni chciałby poznać zdanie osoby, którą darzy szczególnym zaufaniem. Ta osoba znając dobrze potencjalnego sprawcę, wie w jaki sposób oddziaływać na niego. I gdy potencjalny sprawca zwraca się do niej z pytaniem czy ma popełnić ów czyn zabroniony, bo nie wie co ma czynić, to jej „zaufana” osoba milczy. Wie bowiem ona, że jeśli nie odpowie na pytanie potencjalnego sprawcy to wzbudzi w nim wolę dopuszczenia się pewnego zachowania lub podjęcia pewnej decyzji. Osoba ta chce, żeby potencjalny sprawca popełnił czyn zabroniony i z tego powodu celowo nie odpowiada na pytanie. Konsekwencją braku oczekiwanej odpowiedzi jest popełnienie przestępstwa przez sprawcę. Przykład ten ilustruje, że nie można wykluczyć podżegania przez zaniechanie, aczkolwiek wydaje się, że będzie ono stanowić pewien wyjątek.

⁸⁹⁷ Zob. D. Tokarczyk, *Podżeganie w polskim...*, s. 245.

⁸⁹⁸ P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 569.

przyjąć, że nakłaniając do czynu objętego kontratypem podżegacz sam działa w sytuacji kontratypu”⁸⁹⁹. Jak już wspomniano treść podżegania musi być wyraźna dla sprawcy głównego. Zatem musi zawierać wszystkie elementy niezbędne do dokładnego zrozumienia wszystkich znamion czynu zabronionego, jaki sprawca ma popełnić. Należy wskazać, że w zależności od stosunków między podżegaczem a sprawcą głównym, stanem wiedzy obu tych osób czy też słownictwa jakim się posługują oraz formy podżegania treść ta może być różna. Niemniej rację ma P. Kardas, że podżegacz ma nakierować sprawcę głównego na myśl przekroczenia pewnej normy sankcjonowanej czy kompleksu takich norm. Wydaje się także, że wbrew twierdzeniu tego autora czyn zabroniony, o którym mowa w art. 18 § 2 k.k. może być pojmowany jako przestępstwo stypizowane również w innym akcie prawnym niż k.k.⁹⁰⁰. Odnosząc się do poglądu M. Gałązki zgodzić się należy z przywołaną autorką w tym, że jeśli podżegacz nakłania do popełnienia określonego typu czynu zabronionego w warunkach tzw. kontratypu, to nie powinien on ponieść odpowiedzialności karnej. Jednakże nieuzasadnione jest traktowanie takiego podżegania jako popełnienia w warunkach okoliczności wyłączającej bezprawność czynu. Rozwiązania należy szukać na innym polu – a mianowicie na gruncie struktury przestępstwa. Okoliczność wyłączająca bezprawność czynu sprawia, że dany czyn nie stanowi przestępstwa. Hipotetycznie możliwe jest podżeganie do określonego zachowania wypełniającego tylko częściowo strukturę przestępstwa. Niemniej taki zabieg cechuje się znikomym stopniem społecznej szkodliwości czynu, ponieważ do popełnienia przestępstwa przez sprawcę głównego dojść nie może. Należałoby się zastanowić czy w art. 18 § 2 błędnie posłużono się zwrotem „czyn zabroniony” i czy nie powinien się tam znaleźć wyraz „przestępstwo”. Takie rozważania jednak wykraczają poza ramy niniejszej pracy.

Idąc dalej, należy zastanowić się, czy odpowiedzialność karna podżegającego jest determinowana popełnieniem czynu zabronionego przez sprawcę głównego. P. Kardas uważa, że dokonanie podżegania nie jest związane z dokonaniem czynu zabronionego przez sprawcę głównego. Jego zdaniem momentem końcowym popełnienia podżegania jest zakończenie nakłaniania sprawcy do popełnienia przestępstwa głównego⁹⁰¹. Nieakcesoryjność podżegania jest także przyjmowana w orzecznictwie SN. W jednym z wyroków stwierdził on, że: „Nie ulega wątpliwości, że przestępstwo podżegania (...) nie ma w świetle uregulowania tej formy zjaw-

⁸⁹⁹ M. Gałązka, *Podżeganie w polskim prawie karnym*, „Roczniki Nauk Prawnych”, Tom X, z. 1, s. 138.

⁹⁰⁰ Uwaga ta jest dość istotna, bowiem na gruncie poglądu P. Kardasa nie będzie możliwe pociągnięcie do odpowiedzialności karnej podżegacza podżegającego np. do handlu narkotykami czy też posiadania pewnej ilości narkotyków, co istotnie zawęży zakres ochrony prawnokarnej.

⁹⁰¹ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 571.

skowej przestępstwa w nowym Kodeksie karnym – z 1997 r. charakteru skutkowego. Odpowiedzialność podżegacza (pomocnika) (...) nie zależy od dokonania przestępstwa przez sprawcę. Podżeganie jako postać przestępstwa jest zrealizowana w momencie zakończenia nakłaniania”⁹⁰². W doktrynie jest też wyrażany pogląd przeciwny – o uzależnieniu odpowiedzialności karnej podżegacza od odpowiedzialności karnej sprawcy⁹⁰³. Należy go jednak odrzucić. Wynika to z faktu, że podżegacz nie ma *de facto* kontroli nad sprawstwem sprawcy głównego. Może on jedynie wywołać poprzez namowę wolę popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę głównego. Przemawia za tym samo brzmienie deskryptywne art. 18 § 2 k.k. Zatem należy się przychylić do poglądu o nieakcesoryjności podżegania. Przychylić się należy również do poglądu o skutkowości podżegania. W myśl tego poglądu sprawca odpowiada karnie za podżeganie, jeśli nakłonienie do popełnienia czynu zabronionego wzbudzi w sprawcy głównym wolę popełnienia tego przestępstwa⁹⁰⁴. Wbrew twierdzeniom P. Kardasa⁹⁰⁵ wydaje się, że stanowi podżeganie sytuacja, w której podżegacz wzmacnia już istniejący u sprawcy głównego zamiar popełnienia czynu zabronionego. Z racji tego, że nakłonienie ma stanowić istotny asumpt do przestępnego działania sprawcy głównego, wzmocnienie zamiaru powinno być nazywane podżeganiem wyłącznie w sytuacjach, kiedy miało istotny wpływ na podjęcie decyzji przez sprawcę głównego, chociażby usiłowania wypełnienia znamion typu czynu zabronionego. Jeśli nakłanianie nie wywoła woli sprawcy głównego popełnienia czynu zabronionego można mówić wówczas o usiłowanym podżeganiu.

Na gruncie podżegania należy postawić pytanie odnośnie do możliwości podżegania do uporczywego nękania i odpowiedzialności karnej podżegacza w takiej sytuacji. Jak w przypadku wcześniej wskazanych form popełnienia czynu możliwe jest współdziałanie przy nękanii mogące mieć charakter czynny (podejmowanie się zachowań wypełniających znamiona tego typu czynu zabronionego) albo charakter bierny (tworzenie warunków lub inicjowanie wypełnienia znamion typu czynu z art. 190a § 1 przez inne osoby). Podżeganie należy zaliczyć do kategorii współdziałania biernego. Mamy do czynienia z sytuacją, w której ktoś nakłania inną osobę do nękania pokrzywdzonego lub innej osoby najbliższej w celu wywołania jednego z ustawowo wymienionych skutków. Podobnie jak przy innych formach popełnienia czynu treść podżegania powinna zawierać nakłonienie nie tylko do nękania, ale również do wywołania

⁹⁰² Wyrok SN z dnia 2 października 2002 r., sygn. IV KNN 109/00, LEX nr 56086.

⁹⁰³ Zob. A. Wąsek, *Komentarz do art. 18 k.k.* [w:] O. Górniok, S. Hoc, M. Kalitowski, S.M. Przyjemski, Z. Sienkiewicz, J. Szumski, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz do art. 1-116. Tom I*, Gdańsk 2005, s. 280.

⁹⁰⁴ Zob. P. Kardas, *Komentarz do art. 18 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 438-439.

⁹⁰⁵ Zob. P. Kardas, *Komentarz do art. 18...*, s. 439.

jednego ze skutków, o których mowa w przepisie penalizującym to zjawisko. Oczywiście treść ta nie będzie brzmiała tak jak treść tego przepisu. Wymagane jest takie nakłonienie, które można „podstawić” pod znamiona wysłowione w art. 190a § 1 k.k. Odnosząc się do kwalifikacji prawnej czynu podżegacza to będzie ona następująca: art. 18 § 2 k.k. w zw. Art. 190a § 1 k.k.

§ 3.5. Pomocnictwo

Zgodnie z art. 18 § 3 k.k.: „Odpowiada za pomocnictwo, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji; odpowiada za pomocnictwo także ten, kto wbrew prawnemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie”. Na gruncie przywołanego przepisu możemy wyróżnić dwa rodzaje pomocnictwa: pomocnictwo przez działanie i pomocnictwo przez zaniechanie. Można również spotkać się z podziałem pomocnictwa na pomocnictwo psychiczne i pomocnictwo fizyczne.

Pomocnictwo przez działanie polega, w myśl warstwy deskryptywnej art. 18 § 3 k.k. na ułatwieniu sprawcy przez określone działanie popełnienia czynu zabronionego. Ustawodawca wskazuje w jaki sposób można dopuścić się pomocnictwa przez działanie. A mianowicie poprzez: dostarczenie narzędzia, środka przewozu czy też poprzez udzielenie rady lub informacji. Ustawodawca posłużył się zwrotem „w szczególności”, co wskazuje na katalog otwarty. W doktrynie można spotkać się z poglądami, w myśl których użycie tego zwrotu stanowi uelastycznienie katalogu pomocnictwa⁹⁰⁶. Ł. Pohl uważa, że: „(...) uelastycznienie strony przedmiotowej pomocnictwa pogłębi, gdyż pogłębić musi, trudności związane z właściwym odgraniczeniem pomocnictwa od sprawstwa wykonawczego, co jak wydaje spowoduje konieczność posługiwania się w tym względzie teorią formalno-objektywną”⁹⁰⁷. Pogląd o elastyczności katalogu pomocnictwa przez działanie wydaje się w pewien sposób abstrahować od znaczenia w tekście prawnym zwrotu „w szczególności”. W tym miejscu należy przypomnieć trafny pogląd A. Choduń zgodnie, z którym zwrot „w szczególności” pozwala w przyszłości modyfikować zakres nazwy użytej w danym przepisie bez konieczności jego nowelizacji. Z kolei wyliczenie w takim przepisie następujące po tym zwrocie na moment redagowania tekstu prawnego

⁹⁰⁶ Zob. Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa...*, s. 83-84 czy M. Kulik, *Formy zjawiskowe...*, s. 139, przy czym M. Kulik nie mówi wprost o elastyczności katalogu z art. 18 § 3 k.k., lecz stwierdza, że: „Pomocnictwo polega na każdej czynności, która faktycznie ułatwia innej osobie popełnienie czynu”.

⁹⁰⁷ Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa...*, s. 84.

jest wyczerpujące⁹⁰⁸. Zatem w chwili redagowania tekstu prawnego wedle wiedzy i woli ustawodawcy pomocnictwa przez działanie można było się dopuścić wyłącznie poprzez dostarczenie narzędzia, środka przewozu, udzielenie rady lub informacji. Powstaje pytanie czy od lat 90. XX wieku nastąpiły zmiany, które spowodowały rozszerzenie zakresu nazwy „ułatwienie popełnienia przestępstwa”. Odpowiedź na nie jest jednoznaczna, bowiem z jednej strony od tego czasu doszło do wielu zmian np. społecznych czy technologicznych, z drugiej strony zaś ustawodawca posłużył się dość szerokimi zakresowo pojęciami, gdzie ów zakres ciągle jest poszerzany⁹⁰⁹. Nie wchodząc głębiej w rozważania wydaje się jednak, że przez ponad 20 lat nie doszło do takich zmian, które by wprowadziły nowe elementy do zakresu tej nazwy, a w konsekwencji obecnie penalizacja pomocnictwa przez działanie ogranicza się jedynie do form wskazanych w art. 18 § 3 k.k.⁹¹⁰. Niemniej wskazać należy, że pogląd ten wymaga szerszej analizy, która przekracza ramy niniejszej pracy.

Należy poświęcić trochę uwagi podziałowi na pomocnictwo psychiczne i pomocnictwo fizyczne. Podział ten nie jest dodatkowym podziałem pomocnictwa, lecz stanowi podział pomocnictwa przez działanie. Pomocnictwem psychicznym jest przykładowo udzielenie rady lub informacji⁹¹¹, natomiast pomocnictwo fizyczne stanowi m.in. dostarczenie narzędzia lub środka przewozu⁹¹².

M. Kulik pomocnictwo przez zaniechanie definiuje jako: „(...) na nieprzeszkodzeniu przestępstwu, jednak dopuścić się go może wyłącznie ten, na kim ciąży szczególnie, prawny obowiązek przeszkodzenia czynowi zabronionemu”⁹¹³. Zdaniem P. Kardasa pomocnictwo przez zaniechanie różni się kształtem znamion pomocnictwa dokonanego przez działanie. Znamiona normy sankcjonowanej odnoszące się do tej formy pomocnictwa określają bowiem

⁹⁰⁸ Zob. A. Choduń, *Aspekty językowe...*, s. 207-208.

⁹⁰⁹ Sporo zmian dotyczy przede wszystkim upowszechnianiu się dostępu do Internetu. Ma to swoje odbicie również w sposobie popełniania przestępstw. Nie wydaje się jednak, żeby pociągało to rozszerzenie zakresu ułatwienia popełnienia przestępstwa. Przykładowo, udostępnienie przez pomocnika sprawcy plików pochodzących z komputera pokrzywdzonego (które uzyskał włamując się do jego komputera) celem umożliwienia sprawcy nawyków życiowych pokrzywdzonego mające ułatwić popełnienie przestępstwa uporczywego nękania, stanowić będzie pomocnictwo w postaci udzielenia informacji.

⁹¹⁰ Na marginesie należy krytycznie odnieść się do takiej konstrukcji art. 18 § 3 k.k. Jak już wskazano katalog otwarty wbrew pozorom nie umożliwia uznać każdej formy udzielenia pomocy sprawcy za pomocnictwo przez działanie, o którym mowa w tym przepisie. Bardziej zasadnym i faktycznie umożliwiającym uznaniem za karnoprawne pomocnictwo przez działanie byłoby użycie samego zwrotu „kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie” bez wyliczania przykładowych sposobów jego popełnienia. Wówczas faktycznie zakresem normy zostaną objęte wszystkie przypadki udzielenia sprawcy karnoprawnie doniosłej pomocy przez działanie.

⁹¹¹ Zob. A. Sakowicz, *Komentarz do art. 18 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny...*, s. 468.

⁹¹² Zob. A. Sakowicz, *Komentarz do art. 18...*, s. 468. Warto nadmienić, że W. Wolter wskazuje również jako przykład pomocnictwa psychicznego nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, która zdecydowała się już na to. Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 306. Wydaje się, że dość często takie sytuacje można kwalifikować jako udzielanie komuś rady.

⁹¹³ Zob. M. Kulik, *Formy zjawiskowe...*, s. 140.

w sposób odmienny znamię czynnościowe oraz przesłanki odpowiedzialności umożliwiające przypisanie odpowiedzialności karnej sprawcy⁹¹⁴. Znamię czynnościowe sprowadza się do nieprzeszkadzania w popełnieniu czynu zabronionego przez inną osobę, podczas gdy na pomocniku ciąży prawny obowiązek zapobiegnięcia popełnieniu czynu zabronionego przez sprawcę głównego. Według przytoczonego autora przesłanki odpowiedzialności kształtują się tak jak przesłanki odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa skutkowego przez zaniechanie określone w art. 2 k.k.⁹¹⁵. Ł. Pohl poszukując źródła obowiązku pomocnika wskazuje za L. Kubickim na ustawę, umowę oraz na uprzednie zachowanie się sprawcy⁹¹⁶. Nie można się zgodzić, że uprzednie zachowanie się sprawcy stanowi źródło obowiązku pomocnika polegającego na niedopuszczeniu do realizacji znamion typu czynu zabronionego przez sprawcę. Należy zauważyć, że w myśl warstwy deskryptywnej art. 18 § 3 k.k. obowiązek ten ma być obowiązkiem prawnym. Zatem jego źródłem musi być pewien akt normatywny, nie zaś pewien zwyczaj zachowywania się czy pojedyncze zachowanie, które miało miejsce w przeszłości. Można mieć wątpliwości co do charakteru normy kreującej obowiązek pomocnika. W przypadku uznania, że jest to norma sankcjonowana zawierająca zakaz dopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę, to wówczas źródłem tego obowiązku może być wyłącznie ustawa (w myśl zasady *nullum crimen sine lege scripta*). Jednak rozważania dotyczące charakteru tej normy wykraczają poza zakres niniejszego opracowania.

P. Kardas wskazuje na skutkowy charakter pomocnictwa, zaś określając skutek wskazuje na zaistnienie stanu ułatwiającego sprawcy głównemu przekroczenie normy sankcjonowanej⁹¹⁷. Taki pogląd umożliwia wyłączenie spod zakresu dokonania pomocnictwa takich jego przejawów, które nie wpłynęły w żaden sposób albo wpłynęły w sposób mało istotny na popełnienie czynu zabronionego przez sprawcę. Przejawy te mogłyby, w przypadku spełnienia przesłanki działania w zamiarze popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego, być kwalifikowane jako usiłowanie pomocnictwa.

Niewątpliwie z praktycznego punktu widzenia nad wyraz istotna jest pomoc innej osobie w nękanii pokrzywdzonego. Wydaje się, że z powodu specyfiki nękania najistotniejszą rolę odgrywać będzie pomocnictwo psychiczne, aczkolwiek na gruncie określonych stanów faktycznych można mieć do czynienia również z pomocnictwem fizycznym. Wydaje się również, że w przypadku uporczywego nękania możliwe jest pomocnictwo przez zaniechanie.

⁹¹⁴ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 621.

⁹¹⁵ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 622.

⁹¹⁶ Zob. Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa...*, s. 85.

⁹¹⁷ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 630-631.

§ 3.6. Prowokacja

Prowokacja jest konstrukcją uregulowaną w art. 24 k.k. W myśl tego artykułu: „Odpowiada jak za podżeganie, kto w celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego nakłania ją do popełnienia czynu zabronionego; w tym wypadku nie stosuje się art. 22 i 23”. Jak już wspomniano na wstępie niniejszego podrozdziału prowokacja nie stanowi formy popełnienia czynu zabronionego, lecz bardziej formę *quasi-zjawiskową*. M. Kulik upatruje w prowokacji podobieństwa do podżegania⁹¹⁸. Jednak pomimo podobieństw do podżegania konstrukcja prowokacji w sposób istotny różni się od podżegania. Głównym punktem łączącym podżeganie i prowokację jest odpowiedzialność sprawcy, która w myśl przytoczonego przepisu kształtuje się podobnie jak za podżeganie.

W pierwszej kolejności należy odwołać się do znamienia nakłaniania. K. Burdziak stwierdza, że nakłanianie stanowi zachowanie o szczególnym charakterze. Zdaniem wspomnianego autora: „Charakteryzuje się ono usilnym, nachalnym wręcz, dążeniem do wywołania określonego zachowania się/decyzji innej osoby. Jest to zachowanie, na które składać się będzie typowo szereg czynności tego samego lub różnego rodzaju. Choć – dodajmy – nie jest wykluczone, że nakłaniający w trakcie nakłaniania posłuży się wyłącznie jednym zdaniem, które będzie według niego wystarczające dla nakłonienia innej osoby do zachowania się w określony sposób czy podjęcia określonej decyzji. (...) Podkreślenia wymaga przy tym, że nakłanianie, a w zasadzie czynność mogąca stanowić nakłanianie, musi zostać przez nakłanianego odebrana, aczkolwiek nie musi (choć może, rzecz jasna), spotkać się z jego strony z pozytywnym oddźwiękiem. Nakłaniany nie jest, wszakże zobowiązany do zachowania się/podjęcia decyzji w sposób postulowany przez nakłaniającego”⁹¹⁹. Widać zatem, że nakłanianie może przejawiać się w dowolny sposób. Można też zauważyć, że znamień nakłaniania w przypadku prowokacji jest podobne zakresowo do znamienia nakłaniania użytego w przepisie dotyczącym podżegania. Na tym stwierdzeniu można by było zakończyć analizę tego znamienia, jednak ze względu na odmiennosc obu konstrukcji od siebie należy jeszcze wspomnieć o kilku kwestiach istotnych na gruncie analizowanego przestępstwa związanych z nakłanianiem przez prowokatora. Należy przeanalizować możliwość nakłaniania przez zaniechanie. Z twierdzenia K. Burdziaka wywieść można, że nakłanianie może przybrać postać działania. Niemniej, skoro nakłanianie ma w zamierzeniach prowokatora skłonić sprawcę do popełnienia czynu zabronionego, to za nakłanianie powinna być brane każde zachowanie lub powstrzymanie się od zachowania, które

⁹¹⁸ Zob. M. Kulik, *Formy zjawiskowe...*, s. 139.

⁹¹⁹ K. Burdziak, *Prowokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018, s. 59.

skieruje myśli potencjalnego sprawcy w kierunku popełnienia tego, a nie innego przestępstwa. Zatem niezasadne wydaje się wykluczanie możliwości nakłaniania przez zaniechanie. Idąc dalej, pojawia się pytanie o możliwość prowokowania przez nękanie. Należy na takie pytanie udzielić odpowiedzi pozytywnej. Ustawodawca nie formułuje jakiegokolwiek katalogu zachowań jakimi można dopuścić się nakłaniania w rozumieniu art. 24 k.k. Wydaje się to być celowe rozwiązanie, które akcentuje istotność nie formy, lecz skutku czynności nakłaniania i jego celu. Skutkiem tym jest wywarcie u sprawcy woli popełnienia czynu zabronionego⁹²⁰. Zatem nie można wykluczyć możliwości nakłaniania sprawcy poprzez popełnienie czynu zabronionego na jego szkodę (w tym wypadku przestępstwa uporczywego nękania).

Istotnym elementem prowokacji jest to, że jest ona celowa. Celem jaki ma przyświecać prowokatorowi nie jest chęć popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę (co odróżnia w sposób istotny prowokację od podżegania)⁹²¹, lecz chęć skierowania przeciwko sprawcy postępowania karnego. Według P. Daniluka chodzi o sytuację, kiedy sprawcy przedstawiono co najmniej zarzut popełnienia czynu zabronionego⁹²², a więc o sytuację co najmniej postępowania przygotowawczego w fazie *in personam*.

Nie można zgodzić się z twierdzeniem P. Kardasa, że w rzeczywistości prowokacja ma na celu doprowadzenie jedynie do usiłowania popełnienia czynu zabronionego, które ma pozwolić zapobieżeniu przez prowokatora jego dokonaniu⁹²³. Jak już wskazano w przypadku prowokacji sprawca ma nakłonić sprawcę do popełnienia czynu zabronionego, żeby wszczęte zostało przeciwko niemu postępowanie karne.

Na gruncie znamienia czynu zabronionego pojawić się może pytanie, czy ów czyn zabroniony ma godzić w dobra prowokatora, czy może godzić w dobra osoby trzeciej⁹²⁴. Ustawodawca w art. 24 k.k. nie wskazuje na czyją szkodę ma być popełniony czyn zabroniony, do którego sprawca został sprowokowany. Zatem przyjąć można, że ów czyn zabroniony może

⁹²⁰ Ł. Pohl wskazuje na wątpliwości w sytuacji, kiedy sprawca ma już zamiar popełnienia czynu zabronionego, zaś prowokator poprzez nakłanianie umacnia u sprawcy ów zamiar. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 210. Kwestię tę ciężko rozstrzygnąć w sposób jednoznaczny. Wydaje się jednak, że istotną rolę powinno odgrywać to na ile namowa prowokatora przyczyniła się do tego, że u sprawcy zamiar umocnił się na tyle, że postanowił popełnić konkretny czyn zabroniony. Jako prowokację powinno się kwalifikować przypadki takiego nakłaniania, które w znaczący sposób utwierdziło u sprawcy zamiar popełnienia określonego przestępstwa. Przypadki mniej istotne mogą być kwalifikowane w zależności od danego stanu faktycznego jako inna forma współdziałania przestępnego, ewentualnie jako usiłowanie prowokacji.

⁹²¹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 210 czy L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 24 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, s. 105.

⁹²² Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 24 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 242. Podobnie K. Burdziak, *Prowokacja...*, s. 83.

⁹²³ Zob. P. Kardas, *Komentarz do art. 24 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 525.

⁹²⁴ Przez osobę trzecią należy rozumieć osobę, która nie uczestniczy w stosunku prowokacji, a więc nie jest sprawcą albo prowokatorem.

naruszać dobra prawnego prowokatora, dobra prawne osoby trzeciej, a także zarówno dobra prawne prowokatora jak i osoby trzeciej.

W tym miejscu należy odpowiedzieć na najistotniejsze pytanie, brzmiące następująco: czy możliwe jest prowokowanie sprawcy do popełnienia czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. Niewątpliwie nie można wykluczyć takiej możliwości, przy czym prowokator swoim zachowaniem nie przekroczy normy sankcjonowanej z art. 190a § 1 k.k. Jak wskazuje bowiem K. Burdziak w art. 24 k.k. zakodowano normę sankcjonowaną o następującej treści: „Każdemu człowiekowi w każdych okolicznościach zakazuje się (nakazuje się niech nie) nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego (...) w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego (umyślnie)”⁹²⁵. K. Burdziak wskazuje, że w przypadku zwrotu „czyn zabroniony” należy dokonać relatywizacji⁹²⁶. Zatem przytoczone wyrażenie normokształtne charakteryzuje się niezupełnością logiczną. Celem usunięcia tej niezupełności logicznej konieczna jest modyfikacja tej normy przez określony przepis modyfikujący. W przypadku przestępstwa uporczywego nękania takim przepisem modyfikującym będzie art. 190a § 1 k.k. Na koniec niniejszych rozważań należy wskazać, że kwalifikacja prawna zachowania się prowokatora, który prowokuje sprawcę do uporczywego nękania innej osoby lub innej osoby najbliższej będzie się przedstawiać następująco: art. 24 w zw. Z art. 190a § 1 k.k.

§ 3.7. Podsumowanie

Zagadnienie form popełnienia przestępstwa jak i prowokacji należy do dość obszernych zagadnień budzących wiele problemów. Autor niniejszej pracy celowo nie dokonywał szerokiej analizy tych zagadnień, co wynika z tematyki pracy, która dotyczy nie poszczególnych form popełnienia czynu zabronionego lub prowokacji, lecz przestępstwa uporczywego nękania.

W niniejszym podrozdziale przeanalizowano, czy na gruncie czynu z art. 190a § 1 k.k. możliwe jest współuczestniczenie w jego popełnieniu poprzez: współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie oraz pomocnictwo, a także czy możliwe jest odniesienie do uporczywego nękania konstrukcji prowokacji. W podrozdziałach dotyczących sprawstwa kierowniczego, sprawstwa polecającego, podżegania i prowokacji przeanalizowano także kwestię realizacji znamion czasownikowych wysłowionych w przepisach będących podstawą prawną tych konstrukcji.

⁹²⁵ K. Burdziak, *Prowokacja...*, s. 43.

⁹²⁶ Zob. K. Burdziak, *Prowokacja...*, s. 43.

Dokonując syntetycznego podsumowania wniosków przedstawionych powyżej należy wskazać, że możliwe jest współuczestniczenie w popełnieniu przestępstwa uporczywego nękania poprzez każdą z form popełnienia czynu zabronionego. W przypadku współsprawstwa udział współsprawcy w przestępstwie będzie polegał na realizacji znamion czynu z art. 190a § 1 k.k. lub przyczynianiu się w inny, istotny sposób do realizacji przestępstwa. Sprawstwo kierownicze polega na kierowaniu przestępstwem uporczywego nękania, a więc na pełnej kontroli co do wykonania czynu przez sprawcę „kierowanego” (lub sprawców). Przyjęto w niniejszej pracy, że odpowiedzialność karna sprawcy kierowniczego nie jest uzależniona od dokonania czynu przez sprawcę „kierowanego”. Możliwe jest również dopuszczenie się sprawstwa kierowniczego za pomocą nękania. Z kolei sprawstwo polecające polega na wydaniu osobie pozostającej w stosunku uzależnienia od sprawcy polecającego, polecenia nękania innej osoby lub innej osoby najbliższej w celu wzbudzenia uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnego naruszenia prywatności. Treść takiego polecenia nie musi być sformułowana „językiem ustawy”. Istotne jest, żeby z tej moc wywieść polecenie nie tylko nękania, ale również polecenia spowodowania co najmniej jednego z ustawowych skutków. Nękanie nie wydaje się stanowić polecenia, lecz bardziej czynnik powodujący stosunek uzależnienia sprawcy głównego od sprawcy polecającego. Podżeganie do nękania polega na nakłonieniu innej osoby do wypełnienia znamion typu czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. Może ono przybrać praktycznie dowolną formę. Namowa musi być jednak zrozumiała dla sprawcy głównego i zawierać w sobie treść jednoznacznie wskazującą jaki typ czynu zabronionego podżegacz ma na myśli. Nakłonienie musi być realizowane w celu skłonienia sprawcy głównego do popełnienia przestępstwa. Odnosząc się do formy nakłaniania wskazano, że nakłonienie może stanowić również uporczywe nękanie (w tym wypadku możliwe jest nakłanianie nękaniami do popełnienia innego przestępstwa aniżeli tego stypizowanego w art. 190a § 1 k.k.). Pomocnictwo zaś może przybrać formę pomocnictwa przez działanie i pomocnictwa przez zaniechanie. Pomocnictwo przez działanie dzieli się na pomocnictwo psychiczne i pomocnictwo fizyczne. Z kolei normy określające pomocnictwo przez zaniechanie mają inną budowę niż normy sankcjonowane penalizujące pomocnictwo przez działanie. Możliwe jest udzielenie pomocy w uporczywym nękanii zarówno poprzez działanie jak i poprzez zaniechanie.

Jak już wspomniano poddano również analizie instytucję prowokacji stanowiącej tzw. formę *quasi*-zjawiskową podobną do podżegania. Niemniej od podżegania różni się w sposób istotny. Prowokator nie działa w celu skłonienia sprawcy do popełnienia czynu zabronionego, lecz w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego rozumianego jako co najmniej

wszczęćie postępowania przygotowawczego w fazie *in personam* względem sprawcy. Podobnie jak przy podżeganiu nakłonienie może przybrać różną formę, w tym nękania. Czyn zabroniony, do którego nakłaniany jest sprawca może naruszać dobra prawne podżegacza, dobra prawne osoby niebędącej sprawcą albo podżegaczem albo dobra prawne zarówno podżegacza jak i osoby trzeciej (czyli niebędącej sprawcą albo podżegaczem). Możliwe jest prowokowanie do czynu z art. 190a § 1 k.k.

§ 4. Formy stadialne przestępstwa uporczywego nękania

Ustawa karna wskazuje na trzy formy stadialne popełnienia czynu zabronionego: przygotowanie, usiłowanie i dokonanie. Kolejność, w której wymieniono te formy stadialne nie jest przypadkowa. Ma bowiem ona związek z pochodem przestępstwa (*iter delicti*). W niniejszym podrozdziale zostanie przeprowadzona analiza przygotowania i usiłowania w kontekście przestępstwa uporczywego nękania. Poza zakresem rozważań zostanie ostatnia z form stadialnych, czyli dokonanie. Ma to związek z tym, że wcześniejsze jak i przyszłe rozważania odnoszą się właśnie do dokonania analizowanego przestępstwa.

§ 4.1. Przygotowanie

Zgodnie z warstwą deskryptywną art. 16 § 1 k.k.: „Przygotowanie zachodzi tylko wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego podejmuje czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania, w szczególności w tymże celu wchodzi w porozumienie z inną osobą, uzyskuje lub przysposabia środki, zbiera informacje lub sporządza plan działania”. W § 2 wspomnianego przepisu ustawodawca wskazuje, że: „Przygotowanie jest karalne tylko wtedy, gdy ustawa tak stanowi”. Zatem, aby móc pociągnąć sprawcę do odpowiedzialności karnej za czynienie przygotowań do popełnienia danego typu czynu zabronionego w systemie musi obowiązywać norma sankcjonowana zakazująca czynienia przygotowań do tego typu czynu zabronionego.

Odnosząc się do przestępstwa uporczywego nękania należy zauważyć, że takiej normy nie ma w polskim systemie prawnym, przez co przygotowanie do analizowanego czynu nie jest karalne. Zabieg ten należy ocenić pozytywnie. Niewątpliwie istnieje grupa sprawców, która przed przystąpieniem do realizacji znamion przestępstwa uporczywego nękania czyni ku temu

przygotowania. Jednak biorąc pod uwagę, że nękania można dopuścić się wieloma zachowaniami, to w przypadku penalizacji przygotowania czynu z art. 190a § 1 k.k. istnieje spore ryzyko, że norma sankcjonowana objęłaby swoim zakresem przypadki jakichś działań, czy też zaniechań niestanowiących *de facto* przygotowania do popełnienia tego przestępstwa, które w czyjejs ocenie wydają się być przygotowaniem do wzmiankowanego przestępstwa. Zatem penalizacja przygotowania tego przestępstwa nie spełniałaby warunku *ultima ratio*. Taka regulacja powodowałaby również wątpliwości innej natury. Czyn z art. 190a § 1 k.k. jest ścigany na wniosek pokrzywdzonego. Stąd też pojawia się pytanie czy przygotowanie do uporczywego nękania miałyby być ścigane z urzędu czy na wniosek pokrzywdzonego albo nawet z oskarżenia prywatnego. Pierwsza i ostatnia możliwość stoi w sprzeczności z trybem ścigania przewidzianym dla przestępstwa dokonanego. Zaś tryb wnioskowy mógłby spowodować, że niekiedy potencjalny pokrzywdzony mógłby nadinterpretować pewne sytuacje uważając je za przygotowanie do przestępstwa uporczywego nękania czy też przepis taki stanowiłby formę niezbyt uczciwego rozwiązania sporów międzyludzkich.

Pozostaje do rozważenia jeszcze jedna kwestia. Czy jest możliwość karalnego przygotowania do popełnienia określonego typu czynu zabronionego poprzez nękanie innej osoby. Na wstępie należy postawić jeden, dość oczywisty warunek. Mianowicie, żeby móc w ogóle mówić o karalnym przygotowaniu przez nękanie innej osoby to w k.k. lub innej ustawie musi znajdować się przepis penalizujący przygotowanie do popełnienia takiego czynu zabronionego. Zdaniem Ł. Pohla taka konstrukcja przepisu dopuszcza możliwość penalizacji każdej formy przygotowania do popełnienia czynu zabronionego, o czym przesądza zwrot „w szczególności”⁹²⁷. Przesądzać mogłoby to o możliwości uznania, że nękanie może stanowić formę przygotowania do popełnienia innego przestępstwa. Jednak wydaje się, że nie tyle samo nękanie, co jego rzeczywiste skutki mogą stanowić przygotowanie do przestępstwa. Najbardziej typową sytuacją mogącą stanowić przygotowanie do popełnienia czynu zabronionego jest zebranie informacji o pokrzywdzonym. Wspomniano już w § 2.3 niniejszego rozdziału o typie *stalkera* zwanego *the preaditory*, a polsku zaś drapieżką. Dla przypomnienia, sprawca taki nęka nie po to, żeby zadać swojej ofierze krzywdy psychiczne, lecz w celu uzyskania o niej informacji służących do popełnienia innego przestępstwa. Odnosząc się do ustawowych skutków uporczywego nękania to należy zauważyć, że wywołując skutek istotnego naruszenia prywatności sprawca może uzyskać pewną ilość informacji o pokrzywdzonym i jego otoczeniu. Można się zastanawiać, czy nękanie może stanowić albo generować inne sposoby przygotowania, o których mowa w art.

⁹²⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 223.

16 § 1 k.k. Wchodzenie z kimś w porozumienie za pomocą nękania wydaje się być mało prawdopodobne, z kolei uzyskiwanie przedmiotów za pomocą nękania jest możliwe, choć nie wydaje się być sytuacją typową. Można rozważać, czy nękanie może wywołać inne przypadki przygotowania, o których ustawodawca nie wspomniał, lecz nie wydaje się potrzebne dla istoty niniejszych rozważań wchodzić w głębszą kazuistykę. Zatem nękanie stanowi pewien „środek do celu” umożliwiający np. zdobycie informacji potrzebnych do popełnienia czynu zabronionego, zaś przygotowaniem do przestępstwa nie jest *per se* nękanie, lecz jego pewne rezultaty.

§ 4.2. Usiłowanie

Usiłowanie jest formą stadialną usytuowaną między przygotowaniem a dokonaniem czynu zabronionego. Zdaniem A. Liszewskiej: „Granice usiłowania ustawodawca dookreśla z jednej strony poprzez zdefiniowanie czynności przygotowawczych, z drugiej natomiast poprzez wykazanie, że sprawca zrealizował wszystkie znamiona danego typu czynu zabronionego – nastąpiło zatem jego dokonanie”⁹²⁸. Autorka ta trafnie zauważa, że nie jest wymagane dla bytu usiłowania podejmowanie uprzednio przez sprawcę czynności przygotowawczych⁹²⁹. Zatem usiłowanie jest formą stadialną, w której sprawca zaczyna wypełniać znamiona określonego typu czynu zabronionego. W przypadku udanego zrealizowania wszystkich znamion typu czynu zabronionego można mówić o dokonaniu tego czynu, zaś jeśli sprawcy nie uda się wypełnić znamion tego przestępstwa to wówczas *iter delicti* kończy się na usiłowaniu.

W tym miejscu należy wskazać na dwa podziały usiłowania. Według pierwszego z nich można wyróżnić trzy rodzaje (typy) usiłowania: usiłowanie udolne, usiłowanie nieudolne oraz usiłowanie nierealne. W drugim podziale usiłowanie dzieli się na usiłowanie ukończone i nieukończone. W niniejszym podrozdziale zostanie omówiony każdy z tych typów usiłowania w odniesieniu do przestępstwa uporczywego nękania.

§ 4.2.1. Usiłowanie udolne

Usiłowanie udolne zostało uregulowane w art. 13 § 1 k.k., który brzmi następująco: „Odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje”. J. Warylewski na

⁹²⁸ A. Liszewska, *Usiłowanie* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, s. 763.

⁹²⁹ Zob. A. Liszewska, *Usiłowanie*, s. 763.

gruncie przywołanego przepisu wyróżnia trzy elementy niezbędne do pociągnięcia do odpowiedzialności karnej sprawcy dopuszczającego się usiłowania udolnego: zamiar popełnienia czynu zabronionego, zachowanie zmierzające bezpośrednio do dokonania oraz brak dokonania czynu zabronionego⁹³⁰. A. Zoll odnosi się do uzasadnienia karalności usiłowania udolnego. Zdaniem tego autora jest ona poparta dwoma elementami. Pierwszym elementem jest dalekie zaawansowanie czynu zabronionego, które stwarza realne zagrożenie dla dobra prawnego, które sprawca chce zaatakować swoim czynem. Drugim elementem natomiast jest objęcie zamiarem sprawcy dokonania czynu zabronionego⁹³¹. Omawiając kwestie ogólne związane z usiłowaniem udolnym należy wspomnieć o podziale usiłowania udolnego na usiłowanie udolne zupełne (ukończone) i usiłowanie udolne niezupełne (nieukończone)⁹³². Usiłowanie udolne zupełne występuje, gdy sprawca wykonał wszystko co jest niezbędne do popełnienia czynu zabronionego, lecz chybił⁹³³. Z kolei usiłowanie udolne niezupełne ma miejsce wtedy, gdy nie wykonał wszystkich czynności niezbędnych do wypełnienia znamion określonego typu czynu zabronionego. Owe niewykonanie tych czynności może wynikać z wielu czynników, np. z powodu dobrowolnego odstąpienia sprawcy od popełnienia czynu zabronionego czy zatamowania usiłowania przez inną osobę⁹³⁴.

Przechodząc do analizy elementów składających się na usiłowanie udolne, w pierwszej kolejności należy się skupić na zamiarze sprawcy dokonania czynu zabronionego. W doktrynie można spotkać się z poglądem, że zamiar popełnienia czynu zabronionego, o którym mowa w art. 13 § 1 k.k. należy rozumieć tak samo jak w przypadku art. 9 § 1 k.k. Zatem w przypadku

⁹³⁰ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 436. Podobnie A. Zoll, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 279.

⁹³¹ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 13...*, s. 277.

⁹³² Zostanie on przedstawiony szerzej w dalszej części niniejszej dysertacji.

⁹³³ Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 208 czy Wyrok SA w Gdańsku z dnia 27 listopada 2015 r., sygn. II AKa 394/14, OSA 2016/3/16-35. Inaczej usiłowanie udolne ukończone definiuje SN. Stwierdza on, że: „(...) usiłowanie zakończone zachodzi w sytuacji, gdy mimo ukończenia przez sprawcę ostatniej czynności nie doszło do powstania zamierzonego skutku. Zob. Wyrok SN z dnia 18 października 2007 r., sygn. II KK 170/07, OSNwSK 2007/1/2250.

⁹³⁴ Cytowana autorka uważa, że taki podział usiłowania udolnego ma istotne znaczenie w sytuacji ustalania bezkarności czynu z powodu tzw. czynnego żalu. Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 13...*, s. 209. Warto nadmienić, że SN usiłowanie udolne nieukończone (nazywając je usiłowaniem nie ukończonym) definiuje w następujący sposób: „Usiłowanie nie ukończone występuje wówczas, gdy sprawca nie ukończył ostatniej czynności zmierzającej do dokonania czynu zabronionego...”. Zob. Wyrok SN z dnia 18 października 2007 r., sygn. II KK 170/07, OSNwSK 2007/1/2250.

usiłowania udolnego możliwe jest popełnienie go w zamiarze bezpośrednim jak i ewentualnym⁹³⁵. W doktrynie wyrażany jest też pogląd o niemożności dopuszczenia się usiłowania udolnego w zamiarze ewentualnym⁹³⁶. Przychylić się należy do poglądu przyjmującego możliwość popełnienia czynu zabronionego zarówno w zamiarze ewentualnym jak i bezpośrednim. Wynika to z faktu, że skoro usiłowanie poprzedza dokonanie czynu zabronionego, a sprawca ma mieć zamiar popełnienia przestępstwa, to co do zasady żywi taki sam zamiar do usiłowania jak i do dokonania czynu zabronionego. Zaś *in abstracto* umyślny typ czynu zabronionego może zostać popełniony zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym. Zatem twierdzenie o niemożności usiłowania *cum dolo eventuali* wydaje się abstrahować od dokonania czynu zabronionego, które w przypadku usiłowania udolnego miało realne szanse zaistnieć, jednak z pewnych powodów nie zaistniało. Odnosząc się do strony podmiotowej należy wskazać również za J. Giezekiem, że: „Nie wchodzi jednak w rachubę konstrukcja usiłowania w zamiarze ewentualnym w przypadku takiego przestępstwa, którego dokonanie możliwe jest jedynie w zamiarze bezpośrednim”⁹³⁷. Ł. Pohl wskazuje, że znamię zamiaru, o którym mowa w art. 13 § 1 k.k. pełni rolę selekcyjną, niepozwalającą wyodrębnić w polskim prawie karnym usiłowania przestępstwa nieumyślnego oraz przestępstw kwalifikowanych przez następstwo, czyli usiłowania przestępstwa umyślno-nieumyślnego oraz przestępstwa nieumyślno-umyślnego⁹³⁸.

Kolejnym elementem usiłowania udolnego jest zachowanie się sprawcy bezpośrednio zmierzające do popełnienia przez niego czynu zabronionego. Odnosząc się do bezpośredniości należy wskazać na trzy koncepcje. Pierwszą koncepcją jest koncepcja subiektywna (podmiotowa), zgodnie z którą usiłowanie stanowi uzewnętrznioną wolę popełnienia przestępstwa⁹³⁹. Koncepcja ta ma trzy grupy odmian: nakładające dodatkowe warunki przedmiotowe, stanowiące niekiedy wskazówkę co do ustalenia treści zamiaru sprawcy, odmiany odwołujące się do

⁹³⁵ Zob. np. A. Liszewska, *Usiłowanie*, s. 769; J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 437; Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 231; A. Zoll, *Komentarz do art. 13...*, s. 280; B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 13...*, s. 209 czy J. Giezek, *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G” 2013, vol. LX, 2, s. 44.

⁹³⁶ Do zwolenników takich poglądów należy W. Mąciór zdaniem, którego usiłowanie *cum dolo eventuali* stanowi w swej istocie umyślne narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Zob. W. Mąciór, *Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.*, PiP 1996, z. 7, s. 75. Przeciwnikiem możliwości usiłowania czynu zabronionego w zamiarze ewentualnym jest również Z. Jędrzejewski. Autor ten wskazywał na odmienną „godzenia się” od „chcenia”. Według Z. Jędrzejewskiego „chcenie” jest odmianą woli człowieka i nie stanowi elementu bezprawia, lecz jest składnikiem elementu motywacyjnego sprawcy, a więc składa się na jego winę. Autor idąc dalej stwierdza, że „godzenie się” jest związane z bezprawnością nieumyślną i podobnie jak nie występuje usiłowanie nieumyślne, tak nie występuje również usiłowanie w zamiarze ewentualnym. Zob. Z. Jędrzejewski, *Usiłowanie z zamiarem...*, s. 53-54.

⁹³⁷ Zob. J. Giezek, *Formy stadialne...*, s. 44.

⁹³⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 231.

⁹³⁹ Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 18...*, s. 210.

osobowości sprawcy oraz odmiany pomijające przy ocenie woli sprawcy jakiegokolwiek elementy obiektywne⁹⁴⁰. Kolejną koncepcją jest koncepcja obiektywna (przedmiotowa), w myśl której do usiłowania wystarczające jest obiektywne zagrożenie konkretnego dobra prawnego. Na gruncie tej koncepcji bezpośredniość ocenia się przez pryzmat danego typu czynu zabronionego oraz przez pryzmat zachowania się sprawcy⁹⁴¹. Trzecia koncepcja to koncepcja przedmiotowo-podmiotowa (zwana też mieszaną), wedle której o usiłowaniu decyduje zamiar sprawcy i etap realizacji znamion, na którym znajduje się sprawca⁹⁴². Należy się przychylić do ostatniej z tych koncepcji, bowiem oddaje ona najpełniej istotę usiłowania. SN znamię bezpośredniości pojmuje w następujący sposób: „Znamię bezpośredniości w przypadku usiłowania należy uznać za spełnione, gdy zagrożenie dla dobra prawnego, będącego znamieniem czynu zabronionego objętego zamiarem sprawcy, przekształca się z zagrożenia abstrakcyjnego w realne. Usiłowanie nie może być przy tym utożsamiane wyłącznie z ostatnim aktem zachowania poprzedzającego dokonanie. W określonych warunkach, może przybrać postać oddalonych w czasie od dokonania, ale zmierzających do niego bezpośrednio, ciągu różnych zachowań. Co więcej, bezpośrednie zmierzanie do dokonania jako znamię usiłowania popełnienia czynu zabronionego, odnosi się do działania samego sprawcy i jego zachowania również wówczas, gdy uzyskanie zamierzonego skutku uzależnione jest od postępowania jeszcze innych osób”⁹⁴³.

Na gruncie analizowanego elementu pojawia się problem, czy owe zachowania się sprawcy należy rozumieć jako działanie, czy też mogą przybrać one formę zaniechania. Wydaje się, że możliwe jest usiłowanie poprzez zaniechanie. Wynika to z faktu, skoro sprawca w przypadku usiłowania przystępuje do realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego to przystępuje w takiej formie, w jakiej można popełnić ten czyn zabroniony. W k.k. znajdują się przestępstwa, które można popełnić przez zaniechanie (w tym przestępstwo uporczywego nękania), stąd też nie zasadne wydaje się wymagać od sprawcy usiłowania w innej formie aniżeli tej, w której chciał dokonać przestępstwa czy nawet uznać, że nie jest karalne usiłowanie przez zaniechanie, jeśli czyn nie zostanie dokonany. Oczywiście udowodnienie usiłowania przez zaniechanie napotkać może sporo istotnych problemów. Niemniej istotniejszy od tych trudności jest właściwy opis czynu zabronionego jakiego sprawca usiłował dokonać.

⁹⁴⁰ Zob. A. Liszewska, *Usiłowanie*, s. 773-774.

⁹⁴¹ Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 18...*, s. 210.

⁹⁴² Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 18...*, s. 211.

⁹⁴³ Z przytoczonego *passusu* można wywieść, że SN opowiada się za koncepcją mieszaną. Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2017 r., sygn. IV KK 438/16, LEX nr 2224613.

Ostatnim warunkiem jest brak dokonania czynu zabronionego. A. Zoll uważa brak niedokonania (a więc sytuacji, kiedy sprawca czynu dokonał) czynu zabronionego za znamię negatywne usiłowania⁹⁴⁴. Z poglądem tym nie zgadza się Ł. Pohl. Autor ten argumentując swój pogląd uważa, że dokonanie umyślnego czynu zabronionego nie może „wykasować” faktu jego usiłowania. Według Ł. Pohla ustalenie dokonania typu czynu zabronionego równoznaczne jest z ustaleniem wykluczającym, na mocy normy zawartej w art. 13 § 1 k.k., możliwość pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej za usiłowanie popełnienia tego czynu⁹⁴⁵. Szersze omawianie tego problemu przekracza ramy niniejszej pracy i ograniczyć się należy do stwierdzenia, że w przypadku dokonania czynu zabronionego nie można pociągnąć sprawcy do odpowiedzialności karnej za jego usiłowanie⁹⁴⁶. Brak dokonania czynu zabronionego polega na niezrealizowaniu wszystkich, niezbędnych do stwierdzenia dokonania przestępstwa, znamion typu czynu zabronionego. Przyczyny braku dokonania mogą być różne. Może to być na przykład zatamowanie wypełniania znamion przez osobę trzecią czy odstąpienie przez sprawcę od realizacji znamion typu czynu zabronionego⁹⁴⁷. Należy nadmienić, że na gruncie przestępstw skutkowych brak dokonania czynu zabronionego nastąpi przykładowo w sytuacji, gdy sprawca wypełnił znamiona czynności sprawczej, lecz nie wypełnił znamion skutku.

Przenosząc poczynione wnioski na grunt przestępstwa uporczywego nękania, należy się zastanowić w jakich sytuacjach można mówić o usiłowaniu udolnym uporczywego nękania. Oczywiście nie jest możliwe stworzenie pełnego katalogu takich zachowań, ale można podjąć próbę stworzenia sytuacji najbardziej typowych⁹⁴⁸. Po pierwsze wydaje się, że najbardziej typową sytuacją jest taka, w której sprawca nie wzbudzi u pokrzywdzonego skutku uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub naruszenia prywatności w stopniu istotnym. Może to wynikać z różnych powodów, np. zatamowania nękania przez osobę trzecią lub samego pokrzywdzonego w fazie, w której nie doszło jeszcze do wzbudzenia poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia czy naruszenia prywatności. Kolejna sytuacja to taka, kiedy sprawca co prawda uporczywie nęka pokrzywdzonego lub inną osobę najbliższą i nikt nie tamuje nękania, ale żaden ze skutków wskazanych w ustawie nie zostaje wywołany.

⁹⁴⁴ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 13...*, s. 289.

⁹⁴⁵ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 237-238.

⁹⁴⁶ Na marginesie należy poczynić uwagę, że słuszność ma Ł. Pohl. Uznanie dokonania czynu zabronionego za znamię negatywne powoduje, że nie można stwierdzić wypełnienia znamion usiłowania. A w przypadku usiłowania sprawca znamiona usiłowania wykonał, ale na gruncie normy wynikającej z art. 13 § 1 k.k. wyłączona jest karalność sprawcy za to usiłowanie. Wynika to również z faktu, że dokonanie czynu „pochłania” jego usiłowanie.

⁹⁴⁷ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 438.

⁹⁴⁸ Należy zaznaczyć, że analizie zostaną poddane przypadki sprawstwa uporczywego nękania. Możliwe jest bowiem, jak wskazuje Ł. Pohl, usiłowanie nie tylko sprawstwa czy też współsprawstwa, ale również innych form zjawiskowych oraz prowokacja. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 231.

Może to wynikać przykładowo z silnej psychiki pokrzywdzonego⁹⁴⁹, z zapewnienia sobie ochrony przed tego typu zachowaniami, rozumianej nie tylko jako ochronę fizyczną w postaci innej osoby takiej jak ochroniarz, ale również ochronę psychiczną (np. wizyty u psychologa czy też wsparcie psychiczne innej osoby). Kolejny przypadek usiłowania udolnego nękania to sytuacja, w której działania sprawcy kończą się na takim stadium, że ciężko jego aktywność nazwać nękaniami. Główną przyczyną wydaje się być zatamowanie nękania przez osobę trzecią lub przez samego potencjalnego pokrzywdzonego. Przykładami takiego zatamowania mogą być zakomunikowanie sprawcy, że pokrzywdzony nie chce, żeby sprawca się z nim kontaktował lub zachowywał w taki sposób, co sprawca przyjmie do wiadomości i zaniecha dalszego sprawstwa czy też, kiedy osoba trzecia w podobny lub w inny sposób przekona sprawcę do zakończenia swojej aktywności. Niekiedy nawet może to dokonać się w sposób bezprawny (np. przez pobicie sprawcy, naruszenie nietykalności cielesnej w inny sposób czy znieważanie go). Idąc dalej należy rozważyć możliwość usiłowania nękania przez zaniechanie. Wydaje się to być możliwe z podobnych powodów jak wyżej wskazane, przy czym w przypadku nękania przez zaniechanie pokrzywdzony lub osoba trzecia, rzecz jasna, nie może skłonić sprawcy do zaprzestania swoich działań, lecz skłonić do podjęcia określonej aktywności, celem ochrony dobra prawnego, do którego ochrony zobowiązany jest sprawca. Jak można zauważyć usiłowanie udolne nękania jest sytuacją jak najbardziej możliwą i mogącą się przejawiać w wielu formach. Jak już wyżej wspomniano, przedstawione formy usiłowania udolnego przestępstwa uporczywego nękania należy traktować jako przykłady, nie zaś jako wyczerpujący katalog. Wynika to z tego, że stworzenie takiego katalogu w sposób rzetelny jest niemożliwe.

§ 4.2.2. Usiłowanie nieudolne

W myśl art. 13 § 2 k.k.: „Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”. Należy więc stwierdzić za Ł. Pohlem, że: „Usiłowaniem nieudolnym jest (...) takie zachowanie wypełniające znamiona usiłowania, którym jego podmiot

⁹⁴⁹ *Prima facie* mogłoby się wydać, że przypadek silnej psychiki pokrzywdzonego powinien być zakwalifikowany jako przypadek usiłowania nieudolnego. Takie rozumowanie nie byłoby jednak trafne. Po pierwsze znamieniem omawianego czynu zabronionego nie jest wiedza sprawcy o takich właściwościach psychicznych pokrzywdzonego, które umożliwiają udręczenie go w określony sposób. Po drugie, a zarazem co najważniejsze, podmiotem przestępstwa może być każdy nie człowiek, a nie tylko osoba podatna na określone negatywne wpływy psychiczne. Zatem w takiej sytuacji nie można mówić o braku przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego, bowiem każdy człowiek może być hipotetycznie przedmiotem tego przestępstwa.

już w momencie podjęcia się go nie mógł nim doprowadzić do dokonania czynu zabronionego⁹⁵⁰. J. Warylewski podkreśla, że nie należy usiłowania nieudolnego jako konstrukcji prawnej utożsamiać z nieudolnym usiłowaniem⁹⁵¹. To drugie pojęcie wydaje się szersze i wydaje się również obejmować zakresowo również przypadki niekaralnego usiłowania. W doktrynie rozważano kwestię uzasadnienia karalności usiłowania nieudolnego⁹⁵². R. Dębski zauważa, że: „Skoro brak przedmiotu nadającego się do dokonania na nim przestępstwa, nie ma mowy o niebezpieczeństwie dla konkretnie ujmowanego dobra (życie danej osoby). Nie znaczy to, że podjęty czyn (w swej określonej przedmiotowo i podmiotowo postaci) nie był działaniem niebezpiecznym dla życia człowieka, niebezpiecznym z punktu widzenia poszanowania tej wartości jaką jest życie ludzkie. Takie czyny naruszające normę postępowania są zabronione jako typowo niebezpieczne, choć w konkretnym wypadku może okazać się, że nie są one w stanie spowodować szkody. Ujemna wartość społeczna czynu wynika tu jedynie z ujemności społecznej samego zachowania się, nie zaś ze szkodliwości skutku⁹⁵³. Z kolei A. Zoll odwołuje się do obiektywnego uzasadnienia karalności usiłowania nieudolnego. Bowiem zdaniem tego autora uzasadnione jest, aby karalność usiłowania nieudolnego była determinowana również przez potencjalne niebezpieczeństwo dla dobra prawnego. Autor odnosząc się do ustalenia owego niebezpieczeństwa wskazuje: „To niebezpieczeństwo powinno być ustalane przez obiektywnego (wzorcowego) obserwatora, dysponującego wiedzą odnośnie do planu działania sprawcy. Takie potencjalne niebezpieczeństwo będzie zachodziło wtedy, gdy sprawca zaplanował czyn w sposób realnie zagrażający dobru prawnemu, natomiast przy jego realizacji doszło do błędu wykluczającego możliwość realizacji tego planu⁹⁵⁴. Wydaje się, że uzasadnianie karalności usiłowania nieudolnego należy szukać na innej płaszczyźnie. W przypadku usiłowania nieudolnego mamy do czynienia z sytuacją, gdzie sprawca podejmuje próbę dokonania czynu zabronionego. Sprawca ten jest utwierdzony w przekonaniu, że jest w stanie dokonać czynu zabronionego, ponieważ przedmiot przestępstwa istnieje lub przedmiot, którym sprawca chce dopełnić czyn zabroniony się do tego nadaje. Zatem w świadomości sprawcy odbija się istnienie

⁹⁵⁰ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 231.

⁹⁵¹ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 438.

⁹⁵² Z racji faktu, że niniejsza praca jest poświęcona przestępstwu uporczywego nękania, nie zaś kompleksowej analizie usiłowania nieudolnego, niezasadne wydaje się być przytaczanie wszystkich poglądów w tej kwestii.

⁹⁵³ R. Dębski, *Karalność usiłowania nieudolnego*, RPEiS 1999, z. 2, s. 114-115.

⁹⁵⁴ A. Zoll, *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego* [w:] J. Majewski (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe przestępstwa: materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007, s. 18.

możliwości rzeczywistego dokonania czynu zabronionego. Taka możliwość może być postrzegana obiektywnie. I właśnie to ta hipotetyczna możliwość, uzasadnia karalność usiłowania nieudolnego.

Należy podkreślić, że usiłowanie nieudolne jest szczególnym przypadkiem usiłowania. Niemniej nie wydaje się by pomiędzy art. 13 § 1 k.k. a art. 13 § 2 k.k. zachodziła relacja *lex specialis* – *lex generalis*. Istotne znaczenie ma w przepisie statuującym usiłowanie nieudolne zwrot: „Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy...”. Zwrot ten odsyła do konstrukcji z art. 13 § 1 k.k. celem uzupełnienia treści normy wynikającej z art. 13 § 2, bowiem norma ta jest normą niezupełną logicznie. Aby dokonać jej uzupełnienia należy nie tylko skonkretyzować czyn zabroniony, jakiego sprawca chciał się dopuścić, ale również należy „przenieść” z § 1 pewne przesłanki usiłowania. Tymi przesłankami są: bezpośrednie zmierzanie do dokonania czynu zabronionego, zamiar jego popełnienia oraz brak dokonania tego czynu⁹⁵⁵.

Ustawodawca wskazał dwie przyczyny powodujące rzeczywistą niemożność dokonania czynu zabronionego. Są to: brak przedmiotu nadającego się do popełnienia przestępstwa i środek nienadający się do jego popełnienia. Jak trafnie zauważa D. Kwiatkowski poza zakresem penalizacji znajdują się inne przypadki obiektywnej niemożności popełnienia przestępstwa⁹⁵⁶. Należy również dodać, że z racji posłużenia się przez ustawodawcę alternatywą rozłączną penalizowane jest także kumulatywne wystąpienie obu sytuacji.

Przechodząc do pierwszej przyczyny niemożności popełnienia czynu zabronionego, czyli do braku przedmiotu nadającego się do popełnienia przestępstwa, należy wskazać na dwie koncepcje pojmowania w orzecznictwie tego znamienia: subiektywistyczną i obiektywistyczną. W koncepcji subiektywistycznej istotną rolę odgrywa zamiar sprawcy, a precyzyjniej brak zamiaru dokonania czynu zabronionego na określonym desygnacie stanowiącym znamię czynności wykonawczej⁹⁵⁷. Na gruncie uporczywego nękania w takim ujęciu o braku przedmiotu nadającego się wykonania na nim tego przestępstwa można by mówić przykładowo w sytuacji,

⁹⁵⁵ Obecne brzmienie art. 13 § 2 k.k. w tym zakresie generuje sporo wątpliwości. Ustawodawca tworząc ten przepis powinien wysłowić w nim wszystkie przesłanki usiłowania, nie zaś odsyłać do innych przepisów. Wówczas uniknięto by sporów doktrynalnych co do relacji pomiędzy art. 13 § 1 a § 2. Przepis taki mógłby brzmieć następująco: „Usiłowanie zachodzi także wtedy, gdy sprawca nie popełnia czynu, do którego popełnienia w sposób umyślny bezpośrednio dąży i nie uświadamia sobie, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego”.

⁹⁵⁶ Zob. D. Kwiatkowski, *Brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego jako znamię usiłowania nieudolnego (ujęcie doktrynalne i orzecznicze)*, CPKiNP 2018, z. 2, s. 9.

⁹⁵⁷ Zob. Uchwała SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/00, OSNKW, 2001/1-2/1, gdzie SN stwierdza: „W wypadku braku przedmiotu «nadającego się» do popełnienia na nim czynu zabronionego (kradzieży) w ujęciu art. 13 § 2 k.k., a więc tego przedmiotu, na który skierowany jest zamiar sprawcy, wykonanie przez niego wszyst-

gdy sprawca objął zamiarem nękanie Jana Kowalskiego, ale okazuje się, że nęka Jana Nowaka, czego sprawca nie chce, przez co następuje usiłowanie nieudolne nękania Jana Kowalskiego⁹⁵⁸. W myśl koncepcji obiektywistycznych: „Za brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego, określony w art. 13 § 2 k.k., należy uznać brak obiektywny, nie zaś zdyskwalifikowanie przez sprawcę przedmiotu ze względu na nieprzydatność dla niego”⁹⁵⁹. Zatem chodzi nie o sytuację, kiedy rzeczywisty przedmiot czynności wykonawczej jest inny aniżeli przedmiot objęty przez sprawcę zamiarem, lecz o obiektywnie postrzegalny brak takiego przedmiotu. A więc usiłowanie nieudolne nękania Jana Kowalskiego będzie miał miejsce wtedy, kiedy ów Jan Kowalski nie będzie w ogóle istniał. Z powyższymi koncepcjami nie zgadza się J. Giezek, który proponuje koncepcję mieszaną. Koncepcja ta ujmuje zarówno kryteria subiektywne (zamiar sprawcy) jak i kryteria obiektywne (rzeczywisty brak przedmiotu). Ocena wedle tej koncepcji winna być uzależniona w głównej mierze od tego czy konkretny przedmiot został zaatakowany czy też sprawca powstrzymał się od ataku⁹⁶⁰. Jeśli sprawca dokona ataku to można stwierdzić, że przedmiot przestępstwa istnieje w ujęciu subiektywnym, zaś w dalszej kolejności należy ocenić kryterium obiektywne. Zdaniem wspomnianego autora wyrazem oceny subiektywnej będzie zachowanie się sprawcy. W tym przypadku ocena obiektywna (będąca w istocie obiektywizacją oceny subiektywnej) prowadzić będzie do stwierdzenia istnienia desygnatu przedmiotu czynności wykonawczej (wówczas mamy do czynienia z usiłowaniem udolnym) albo jego nieistnienia (usiłowanie nieudolne). W przypadku, kiedy sprawca zrezygnuje z zamachu, to zdaniem J. Giezka nie należy jedynie bazować na ocenie subiektywnej, przy czym nie chodzi w tym wypadku o obiektywizację poprzez weryfikację istnienia albo nieistnienia desygnatu, lecz o obiektywizację woli sprawcy. Przejawiać ma się ona w odpowiedzi na pytanie: czy konkretny cel z punktu widzenia racjonalnie oraz pragmatycznie zachowującego się sprawcy przestępstwa można byłoby w ogóle osiągnąć⁹⁶¹. Inną koncepcję mieszaną przedstawia E. Markowska. Zdaniem tej autorki: „W ujęciu subiektywistycznym – idąc za poglądem Sądu Najwyższego – należy odnosić to tylko do rodzaju rzeczy, która miała stanowić w zamiarze sprawcy przedmiot przestępstwa, natomiast przy określaniu, czy daną ilość tych

kich czynności znamiennej dla rozboju, i niejednokrotnie niebezpiecznych dla zdrowia czy życia pokrzywdzonego, nie stanowi obiektywnego, rzeczywistego niebezpieczeństwa dla tego dobra prawnego chronionego przez przepis art. 280 k.k., jakim jest prawo własności”, czy A. Górski, M. Klonowski, *Usiłowanie nieudolne ze względu na przedmiot w praktyce sądowej (na marginesie uchwały Sądu Najwyższego I KZP 16/16)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, vol. XXVI, 2, s. 14.

⁹⁵⁸ W takim ujęciu jest nieistotne czy Jan Kowalski istnieje czy też nie. Kwestia sprowadza się do tego, że sprawca nie nęka osobę, którą objął zamiarem nękania.

⁹⁵⁹ Wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. V KK 33/11, LEX nr 817558.

⁹⁶⁰ Zob. J. Giezek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/2000*, Prok. i Pr. 2001, nr 9, s. 109.

⁹⁶¹ Zob. J. Giezek, *Glosa do uchwały...*, s. 109-111.

rzeczy cechuje zdatność do bycia przedmiotem konkretnego przestępstwa, kierować się obiektywizmem, uwzględniając zarazem okoliczności konkretnego zdarzenia”⁹⁶². Omawiając przedmiotową kwestię należy zwrócić uwagę na uchwałę SN, w której sąd stwierdza: „Zawarte w art. 13 § 2 k.k. wyrażenie: «brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego» oznacza brak takiego przedmiotu, który należy do zbioru desygnatów znamienia przedmiotu czynności wykonawczej typu czynu zabronionego, do którego popełnienia zmierza sprawca”⁹⁶³. SN w przywołanej uchwale opowiedział się, więc za koncepcją obiektywistyczną. Nie wdając się w dalsze rozważania co do istoty tego znamienia, należy w tym miejscu przedstawić własne stanowisko. Niewątpliwie spór co do pojmowania tego znamienia jest słuszny. Ustawodawca nie formułuje żadnych kryteriów odnoszących się do tego jak ma być postrzegany brak przedmiotu, na którym można popełnić czyn zabroniony. Stanowiska subiektywistyczne odwołują się do jednego z najistotniejszych aspektów popełnienia czynu zabronionego, a więc zamiaru sprawcy. Pojawia się jednak pytanie czy sam zamiar jest wystarczający, aby mówić o udolności lub nieudolności usiłowania (czy nawet o usiłowaniu w ogóle). Wydaje się, że kryterium zamiaru jest kryterium dość zawodnym. Zawodność kryterium zamiaru jest nad wyraz widoczna w sytuacji, kiedy sprawca w swojej świadomości odbija desygnat przedmiotu czynności sprawczej w sposób dość ogólny (np. sprawca chce nękać młodą kobietę, ale w swojej świadomości nie odbija się więcej szczegółów odnośnie do pokrzywdzonej). Wówczas ciężko jest określić, czy sprawca chciał popełnić określony czyn na tym konkretnym desygnacie czy też nie mógł go popełnić z racji braku przedmiotu czynności wykonawczej wyobrażonego sobie przez sprawcę. Koncepcja obiektywistyczna z kolei w pewien sposób abstrahuje od czynnika zamiaru sprawcy. Niewątpliwie kryterium zamiaru może być zawodne, niemniej odbicie desygnatu przedmiotu czynności sprawczej nawet w najbardziej ogólny sposób stanowić może jeden z czynników determinujących zachowanie sprawcy. Jest to istotne w przypadku przestępstw takich jak uporczywe nękanie. Sprawca bowiem nie chce nękać w myśl k.k. jakiegś nieokreślonej innej osoby czy też osoby najbliższej dla tej innej osoby, ale np. Jana Kowalskiego, Henryka Nowaka, młodą, nieznaną kobietę poznaną w klubie, która odrzuciła zaloty sprawcy etc. Zatem sprawca chociażby w sposób ogólny wyobraża sobie swoją ofiarę i wobec

⁹⁶² E. Markowska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.*, sygn. I KZP 36/2000, Prok. i Pr. 2005, nr 9, s. 128.

⁹⁶³ Uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, OSNKW 2017/3/12. Negatywnie względem tej uchwały odnieśli się: A. Jezusek, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r.*, sygn. I KZP 16/16, Prok. i Pr. 2017, nr 4, M. Małecki, *Glosa do uchwały SN z 19.01.2017 r.*, I KZP 16/16, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017, nr 3-4 i S. Tarapata, *Ile udolności w usiłowaniu nieudolnym? (na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2017 r.*, I KZP 16/16), CPKiNP 2017, z. 3.

tej mniej lub bardziej skonkretyzowanej ofiary dopuszcza się zachowań przestępnych. W przypadku abstrahowania od kryterium intelektualnego sprawcy można by powiedzieć, że usiłowanie nieudolne uporczywego nękania jest niemożliwe, bo przecież istnieją inne osoby niż sprawca i te osoby zazwyczaj mają swoje osoby najbliższe. Koncepcja J. Giezka posiada jeden istotny mankament. Sprawca w tej koncepcji ukazywany jest jako podmiot posiadający pełną wiedzę na temat popełnianego przezeń czynu i świadomie manifestujący tę wiedzę poprzez podejmowanie się zachowania przestępnego lub odstępowanie od niego. Podmiot taki jest podmiotem idealnym, a więc podmiotem nierealnym. Sprawca przystępując lub odstępując od zamiaru dokonania czynu zabronionego zazwyczaj nie ma pełnej wiedzy odnośnie do wszystkich znamion tego czynu (nie mówiąc już o tym, że w myśl art. 13 § 2 k.k. sprawca ma sobie nie zdawać sprawy z nieistnienia przedmiotu przestępstwa). Skoro takiej wiedzy nie ma, to jego zachowanie nie może być w żaden sposób wyznacznikiem poglądu tego sprawcy o istnieniu lub nieistnieniu przedmiotu czynności sprawczej, który to pogląd według J. Giezka winien być obiektywizowany. Najbardziej zasadny wydaje się być pogląd E. Markowskiej. Lecz i ta koncepcja nie jest w pełni satysfakcjonująca. Kryterium obiektywne na gruncie tej koncepcji odwołuje się bardziej do sytuacji, kiedy przedmiotem przestępstwa jest rzecz ruchoma, nie zaś człowiek. Zatem powstaje pytanie jak należy określić ów brak przedmiotu przestępstwa. Wydaje się, że należy określać to w sposób szeroki zarówno stosując kryterium subiektywne jak i kryterium obiektywne. Niemniej głównymi wyznacznikami oceny braku przedmiotu czynności wykonawczej winny być określony typ czynu zabronionego i okoliczności sprawy. Pojawia się kolejne pytanie, jak *in abstracto* należy tę kwestię określić na gruncie czynu z art. 190a § 1 k.k. Wydaje się, że z jednej strony należy odwołać się do kryterium subiektywnego, a więc ustalić kogo sprawca chciał nękać, w dalszej kolejności zaś ustalić czy osoba, którą sprawca chciał nękać rzeczywiście istniała (niezbędne do tego jest zastosowanie kryterium obiektywnego).

Kolejną przyczyną usiłowania nieudolnego jest użycie środka nie nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Według B.J. Stefańskiej środkiem nienadającym się do popełnienia czynu zabronionego jest: „(...) środek, który jest niezdatny jakościowo lub ilościowo do wywołania zamierzonego skutku. W pierwszym przypadku w ogóle nie nadaje się do wywołania skutku, niezależnie od ilości w jakiej zostanie użyty, w drugim zaś mógłby go wywołać, gdyby został użyty w większej ilości”⁹⁶⁴. A. Liszewska wskazuje, że pojęcie „środka” należy

⁹⁶⁴ B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 13...*, s. 214.

rozumieć w taki sposób, żeby możliwe było uwzględnienie przypadków niemożliwości dokonania czynu zabronionego z powodu braku odpowiedniego narzędzia oraz obrania niewłaściwej metody⁹⁶⁵. W doktrynie podobnie jak i przy znamieniu braku przedmiotu nadającego się do popełnienia rozważa się kwestię obiektywności i subiektywności znamienia. K. Kmąk twierdzi, że: „(...) druga podstawa karalności (użycie niewłaściwego środka) powinna być interpretowana w sposób obiektywny. Podobnie należy interpretować brak przedmiotu nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Nie ma podstaw, by przyjmować, że ustawodawca określił jedną podstawę karalności usiłowania nieudolnego w sposób obiektywny, natomiast drugą w sposób subiektywny lub subiektywno-obiektywny”⁹⁶⁶. Autor ten uważa również, że: „Kluczowa jest ocena czy środek użyty przez sprawcę (w sposób przez niego ustalony) może prowadzić do dokonania zamierzonego czynu zabronionego. (...) Wykładnia w tym przypadku jest obiektywizująca w tym sensie, że abstrahuje od umiejętności czy wiedzy sprawcy w zakresie posługiwania się danym środkiem, a koncentruje się jedynie na ocenie przydatności środka w kontekście zamierzonego sposobu dokonania czynu zabronionego z perspektywy jego cech i właściwości”⁹⁶⁷. Przeciwny pogląd przedstawia M. Małecki, zdaniem, którego: „Należy zauważyć, że użycie środka nadającego się do dokonania czynu zabronionego jest elementem charakteryzującym znamię czynności sprawczej danego typu przestępstwa, której podjęcie w określonych okolicznościach faktycznych sprowadza (bądź nie sprowadza) zagrożenia dla dobra prawnego, (...). Problem sprowadza się więc do pytania, czy używając określonego środka sprawca będzie w stanie wykonać czynność sprawczą danego czynu zabronionego, sprowadzając zagrożenie dla dobra chronionego prawnie, a więc czy jego dokonanie będzie czy nie będzie możliwe w rozumieniu art. 13 § 1 albo 2 k.k.”⁹⁶⁸. Autor ten odwołuje się do przykładu usiłowania zabójstwa przy użyciu broni palnej. W przykładzie tym sprawcy wydaje się, że posiada on broń palną wraz z amunicją zdolną do zadania śmiertelnych ran, lecz w rzeczywistości jest to wyłącznie atrapa broni palnej. Zdaniem M. Małeckiego w ujęciu subiektywnym: „(...) usiłowanie zabójstwa miało charakter nieudolny, gdyż sprawca nie uświadamiał sobie, że dokonanie zabójstwa jest niemożliwe z uwagi na użycie środka nie nadającego się do zastrzelenia człowieka. (...) Jednak w myśl poglądów Sądu Najwyższego – zaaprobowanych przez

⁹⁶⁵ Zob. A. Liszewska, *Usiłowanie*, s. 821.

⁹⁶⁶ K. Kmąk, *Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16*, Prok. i Pr. 2017, nr 6, s. 163.

⁹⁶⁷ K. Kmąk, *Obiektywizująca i subiektywizująca wykładnia art. 13 § 2 k.k. (odpowiedź M. Małeckiemu)*, Prok. i Pr. 2018, nr 3, s. 59.

⁹⁶⁸ M. Małecki, *O usiłowaniu nieudolnym na marginesie glosy K. Kmąka*, Prok. i Pr. 2017, nr 10, s. 147.

K. Kmąka – należałoby raczej uznać, że obiektywnie rzecz biorąc sprawca mógł tak zmodyfikować swoje zachowanie, by zagrozić życiu człowieka, np. kilkakrotnie uderzyć ofiarę atrapą pistoletu w głowę. Przedmiot ten, a w gruncie rzeczy sama obecność sprawcy w bezpośredniej bliskości ofiary obiektywnie nadawały się do pozbawienia życia człowieka w jakiś bliżej nieskonkretyzowany sposób. Wynikałoby z tego, że w opisanych okolicznościach próba zabicia człowieka atrapą pistoletu powinna zostać uznana za usiłowanie udolne zabójstwa. Również z tego powodu koncepcja obiektywizująca, zaprezentowana w uchwale Sądu Najwyższego i zaaprobowana przez glosatora, musi zostać odrzucona⁹⁶⁹. Natomiast A. Jezusek swój pogląd tłumaczy na przykładzie zabójstwa osoby chorującej na hiperglikemię. Sprawca zabija tę osobę poprzez podanie mu cukru. Autor ten zauważa, że przy przyjęciu koncepcji obiektywnej w każdym przypadku kwalifikowano by cukier jako przedmiot, którym można zabić człowieka, co prowadzi zdaniem przytoczonego autora do absurdu⁹⁷⁰. A. Jezusek zatem stwierdza: „Jedynym racjonalnym rozwiązaniem jest odniesienie tego terminu do czynu zamierzonego przez sprawcę: jeżeli ofiarą miała być osoba chora na cukrzycę w stanie hiperglikemii, będzie to niewątpliwie środek nadający się do spowodowania jej śmierci. W pozostałych przypadkach będzie zachodziło usiłowanie nieudolne. Jeżeli zaś w tym wypadku za trafną uznamy wykładnię subiektywizującą, to takie podejście należy również przyjąć w przypadku zwrotu «brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego»⁹⁷¹. Zatem przytoczony autor opowiada się za koncepcją subiektywistyczną. D. Kwiatkowski opowiada się za koncepcją mieszaną argumentując to następująco: „O ile w przypadku przedmiotu sprawca może sobie wyobrazić «pożądany» obiekt, na który może w rzeczywistości nie natrafić (chciał pieniądze, których nie było, ale były inne przedmioty), przez co można w tym wypadku zastosować cały zakres koncepcji wykładniczych – od obiektywnej (każdy przedmiot), przez koncepcję mieszaną (nie każdy zamiar ma znaczenie), do czysto subiektywnej (każdy zamiar ma znaczenie) – o tyle w przypadku «nieodpowiedniego środka» możliwości takiej nie ma. Sprawca przed przystąpieniem do realizacji znamion konkretyzuje środek, którym się posługuje, przez co musimy oceniać zdolność wybranego przez niego środka do osiągnięcia wybranego przez niego celu (trzeba uwzględnić zamiar). Jak bowiem wskazał A. Jezusek, w gruncie rzeczy nie da się określić generalnego statusu zdolności danego środka do wywołania danego skutku. Szczególnie widoczne jest to przy środkach, które wymagają odpowiedniej ilości do wywołania danego skutku. Z drugiej jednak strony nie można też ujmować tego znamienia czysto subiektywnie

⁹⁶⁹ M. Małecki, *O usiłowaniu...*, s. 147-148.

⁹⁷⁰ Zob. A. Jezusek, *Glosa do uchwały...*, s. 159.

⁹⁷¹ A. Jezusek, *Glosa do uchwały...*, s. 159-160.

(przy uwzględnieniu zamiaru), w takim bowiem wypadku nigdy nie doszłoby do uznania usiłowania za nieudolne ze względu na to znamię. Należałoby powiedzieć, że w świadomości sprawcy konkretny środek zawsze będzie zdolny do osiągnięcia konkretnego skutku. W innym wypadku nie będzie to w ogóle usiłowanie nieudolne. Pozostaje więc wyłącznie mieszane (subiektywno-objektywne) ujmowanie tego znamienia⁹⁷². Przechodząc do zaprezentowania własnego stanowiska, należy w pierwszej kolejności stwierdzić, że środek, o którym mowa w art. 13 § 2 k.k. należy rozumieć w dwojaki sposób. Po pierwsze jako pewne narzędzie (w szerokim znaczeniu) służące do popełnienia określonego przestępstwa, z drugiej strony zaś jako metody działania sprawcy. Odnosząc się zaś do przedstawionych koncepcji najbardziej trafny wydaje się pogląd D. Kwiatkowskiego. Niewątpliwie autor trafnie zauważa, że w ocenie sprawcy środek jakim się on posługuje jest środkiem właściwym. Należy jednak zauważyć, że w aspekcie subiektywnym nie tylko mieści się ocena przez sprawcę czy danym środkiem może on popełnić czyn zabroniony. Istotne jest również to czy sprawca ma wiedzę jak się danym środkiem posłużyć czy też stosowne ku temu umiejętności. Usiłowaniem nieudolnym będzie niewątpliwie sytuacja, kiedy sprawca ma co prawda środek zdalny do popełnienia nim przestępstwa, wydaje mu się, że wie, jak go użyć, ale w rzeczywistości nie umie nim się posłużyć. Zatem nie sposób abstrahować od świadomości sprawcy, z drugiej strony zaś nie można bazować wyłącznie na niej. Należy weryfikować również faktyczną zdadność danego środka do popełnienia określonego czynu zabronionego. Rekapitułując uznać należy, że niezdatność środka powinna być oceniana szeroko z uwzględnieniem zarówno kryteriów objektywnych jak i subiektywnych. Odnosząc kwestię niezdatności środka do przestępstwa uporczywego nękania trudne jest wskazanie narzędzia jakim nie można popełnić czynu zabronionego. Jak już wskazano nękania można dopuścić się przy użyciu praktycznie każdego sposobu, a więc również niemalże każdym narzędziem. *In concreto* nie każdym środkiem da się wywołać uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub naruszyć czyjąś prywatność w stopniu istotnym. Jednak stworzenie katalogu narzędzi niezdatnych, żeby dopuścić się nimi nękanie *in abstracto* będzie wiązać się z dużym ryzykiem błędu. Łatwiej jest w przypadku drugiego rozumienia środka, czyli metod działania sprawcy. Takim przykładem będą działania, które nie są komunikowane pokrzywdzonemu lub jego otoczeniu pomimo poczucia sprawcy, że pokrzywdzony ma wiedzę o jego działaniach.

⁹⁷² D. Kwiatkowski, *Brak przedmiotu...*, s. 30.

Podsumowując niniejsze rozważania w kontekście czynu z art. 190a § 1 k.k. wskazać należy, że możliwe jest usiłowanie nieudolne uporczywego nękania. Brak przedmiotu czynności wykonawczej może polegać z jednej strony na faktycznym nieistnieniu osoby, którą sprawca chciał nękać, z drugiej strony zaś na niewłaściwym odbiciu w świadomości sprawcy desygnatu czynności sprawczej, przez co sprawca nęka inną osobę aniżeli zamierza. Na gruncie analizowanego czynu środkiem nienadającym się do jego popełnienia jest narzędzie, jakim sprawca się posługuje, a także metody działania. Nie sposób stworzyć jakiegokolwiek katalogu narzędzi, jakimi nie można dopuścić się nękania, bowiem jest to zróżnicowane w zależności od stanu faktycznego. Niewłaściwe metody działania natomiast, sprowadzać się będą przede wszystkim do takiego działania, które nie jest postrzegalne dla pokrzywdzonego i jego otoczenia.

§ 4.2.3. Usiłowanie nierealne

Usiłowanie nierealne jest konstrukcją, która nie ma swojego odzwierciedlenia w przepisach k.k., przez co owa forma usiłowania nie jest penalizowana⁹⁷³. Według Ł. Pohla usiłowanie nierealne polega na tym, że: „(...) sprawca zamierza dokonać czynu zabronionego całkowicie nieracjonalnym, sposobem, któremu na skutek zabobonu lub swojej ciemnoty (...) przypisuje on nadzwyczajną moc dokonania czynu tego rodzaju”⁹⁷⁴. Zdaniem A. Liszewskiej usiłowanie nierealne (nazywane przez autorkę też usiłowaniem absolutnie nieudolnym) obejmuje przypadki stosowania sposobów dokonania czynów zabronionych sprzecznych z wiedzą oraz doświadczeniem życiowym⁹⁷⁵. Można się spotkać z poglądami utożsamiającymi usiłowanie nieudolne i usiłowanie nierealne⁹⁷⁶, jednak zdecydowanie należy je odrzucić. Wynika to z tego, że pomiędzy usiłowaniem nieudolnym a usiłowaniem nierealnym zachodzi sporo istotnych różnic. Główną różnicą jest to, że w przypadku usiłowania nieudolnego istnieją pewne szanse na powodzenie realizacji znamion typu czynu zabronionego, zaś w przypadku usiłowania nierealnego z racji środka jakim sprawca chce popełnić przestępstwo apriorycznie można stwierdzić, że w ten sposób nie jest możliwe popełnienie czynu zabronionego i zagrożenie w jakikolwiek

⁹⁷³ Warto nadmienić, że do usiłowania nierealnego ustawodawca odniósł się w k.k. z 1932 r. Zgodnie z art. 23 § 3 k.k. z 1932 r.: „Nie odpowiada za usiłowanie, kto tylko z powodu zabobonu lub ciemnoty wierzył w skuteczność swojego działania”.

⁹⁷⁴ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 233.

⁹⁷⁵ Zob. A. Liszewska, *Usiłowanie*, s. 821.

⁹⁷⁶ Zob. np. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 440, gdzie autor opis usiłowania nierealnego nazywa usiłowaniem nieudolnym.

sposób dobru prawnemu. Wydaje się, że z powodu braku takiego zagrożenia ustawodawca nie odnosi się do tej konstrukcji.

Z racji braku jakiegokolwiek prawnokarnej doniosłości tej instytucji niezasadne jest poświęcanie jej więcej uwagi. Na zakończenie rozważań można podać przykłady usiłowania nie-realnego uporczywego nękania. Takimi przykładami mogą być nękanie poprzez wyobrażanie sobie przez sprawcę cierpień jakich doznaje potencjalna ofiara, potajemne odprawianie rytuałów mających na celu udręczenie psychiczne ofiary czy też kierowanie gróźb do zdjecia potencjalnej ofiary.

§ 4.2.4. Usiłowanie ukończone i nieukończone

Kolejnym podziałem usiłowania jest podział na usiłowanie ukończone (zwane również usiłowaniem zupełnym) i nieukończone (zwane niekiedy usiłowaniem niezupełnym). Należy wskazać, że podział ten nie wynika z przepisów k.k., lecz został sformułowany w doktrynie⁹⁷⁷. Jak zauważa Ł. Pohl rzeczony podział jest niezależny od kodeksowego podziału usiłowania na udolne oraz nieudolne, albowiem usiłowanie ukończone i nieukończone mogą być zarówno usiłowaniem udolnym, jak i nieudolnym⁹⁷⁸. Odnosząc się do funkcji tego podziału, w literaturze przedmiotu wskazuje się, że ma on istotne znaczenie w zakresie warunkowania stosowania poszczególnych form czynnego żalu na gruncie konkretnego stanu faktycznego⁹⁷⁹. W tej kwestii O. Sitarz wyraża pogląd przeciwny – aprobowany w niniejszej pracy – twierdząc, że: „Różnicowanie usiłowania na niezakończone i zakończone jest więc uzasadnione historycznie. Nie ma jednak już znaczenia obecnie – odpadły bowiem przesłanki ówczesnego różnicowania, a nie pojawiły się nowe. (...) W moim przekonaniu, postaci skutecznego czynnego żalu opisane w art. 15 § 1 k.k. nie są zróżnicowane na podstawie dwóch postaci usiłowania (zakończonego lub nie), ale według wymogów stawianych sprawcy. Stąd występują dwie, a w zasadzie trzy postaci skutecznego czynnego żalu odnoszącego się do usiłowania. Po pierwsze, można wskazać odstępianie od dokonania, gdy dla niewystąpienia przestępnego skutku (lub mówiąc ogólniej: dla braku dokonania) wystarczy poniechanie pochodzenia przestępstwa – zakończył się

⁹⁷⁷ W kwestii rysu historycznego wyodrębnienia usiłowania dokonanego i niedokonanego zob. O. Sitarz, *Usiłowanie ukończone i nieukończone (próba nowego spojrzenia)*, PiP 2011, nr 6, s. 88 i nast.

⁹⁷⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 234.

⁹⁷⁹ Zob. np. A. Liszewska, *Czynny żal* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, s. 823; J. Majewski, *Komentarz do art. 15 k.k.* [w:] J. Majewski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2024, LEX czy W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, s. 235.

kauczalny ciąg zdarzeń, który sprawca swoim zachowaniem uruchomił (przestępstwa z działania) lub którego nie uruchomił, ale miał obowiązek go zakończyć (przestępstwa z zaniechania). Po drugie, należy wyróżnić zapobieżenie skutkowi – od sprawcy wymaga się więcej niż tylko poniechania zamiaru, ponieważ kausalny ciąg zdarzeń jeszcze „trwa” i sprawca musi go przerwać przeciwnością (gdy sam go zapoczątkował – przestępstwa z działania) lub akcją (gdy, co prawda, nie zapoczątkował go, ale ma obowiązek go przerwać – przestępstwa z zaniechania). Po trzecie, istnieje „kwalifikowany” czynny żal, gdy ustawodawca stawia inne, dodatkowe wymagania, np. poniechanie dalszej działalności wraz z ujawnieniem wobec organów powołanych do ścigania przestępstw wszystkich istotnych okoliczności popełnionego czynu (art. 131 k.k.). (...) Poszukując uzasadnienia dla zaproponowanego rozwiązania, warto sięgnąć na koniec po uzasadnienie samego czynnego żalu. W zdecydowanej większości przedstawiciele nauki widzą w nim instrument polityki karnej. Za rezygnacją z karania przemawiają bowiem względy zapobiegania negatywnym skutkom. Skoro więc to brak dokonania ma uzasadniać ratio legis przepisów regulujących czynny żal, to właśnie brak dokonania powinien stanowić punkt wyjścia przy ich interpretacji oraz karnoprawnej ocenie całego zdarzenia. Również teoretyczne uzasadnienia czynnego żalu przed dokonaniem przestępstwa na płaszczyźnie dogmatycznej, przedstawione przez D. Gajdusa, nie wymagają – jak się wydaje – rozróżniania postaci czynnego żalu. Teoria niezdatności moralnej eksponuje słabość zamiaru sprawcy usiłowania, natomiast teoria anulacyjna podkreśla, że anulowanie jednej z dwóch przesłanek karalności usiłowania – zamiaru naruszenia prawa (przy czym drugą przesłanką jest zachowanie sprawcy zmierzające do dokonania) – przekreśla uzasadnienie jakiegokolwiek kary. Jeden z jej zwolenników wywodził uzasadnienie bezkarności z bezwzględnych teorii kary. Przyjmując, że przestępstwo jest negacją prawa, a kara – negacją pogwałcenia sprawiedliwości, E. Pessina dowodził, iż działalność przestępcza jest anulowana przez dobrowolne przeszkodzenie naruszeniu prawa, a stosowanie w tym przypadku kary byłoby niczym innym jak spóźnionym remedium. W Polsce pojawiła się (dość odosobniona) teoria społecznie niebezpiecznego czynu M. Cieślaka, w myśl której zapobieżenie skutkowi modyfikuje ocenę stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu. Żadna z tych teorii nie przywiązuje wagi ani nawet nie rozróżnia postaci usiłowania ani postaci czynnego żalu. Każda akcentuje jedynie brak dokonania wynikający z intencjonalnego zachowania sprawcy, nadając poszczególnym elementom inne znaczenie w konstrukcji odpowiedzialności karnej (a w zasadzie w znoszeniu tej odpowiedzialności). Reasumując, należy powtórzyć, że warunkowanie przyjęcia poszczególnych form czynnego żalu for-

mami usiłowania (ukończonego i nieukończonego) nie ma uzasadnienia normatywnego, teoretycznego ani praktycznego”⁹⁸⁰. Biorąc pod uwagę powyższe stwierdzenia należy stwierdzić, że omawiany podział nie ma *per se* wpływu na klasę kwalifikowanych zachowań, albowiem czyny usiłowane zarówno w sposób ukończony, jak i nieukończony nadal będą czynami usiłowanymi udolnie albo nieudolnie. Niemniej, fakt ukończenia albo nieukończenia usiłowania może być w niektórych stanach faktycznych na tyle istotną okolicznością sprawy, że w ocenie sądu może mieć on wpływ na wymiar kary wymierzonej sprawcy⁹⁸¹.

Po przedstawieniu uwag ogólnych, należy w tym miejscu objaśnić czym są usiłowanie ukończone oraz usiłowanie nieukończone. Usiłowaniem ukończonym jest sytuacja, gdy sprawca zrealizował wszystkie czynności mające prowadzić do realizacji czynu zabronionego i nie ma możliwości uczynienia czegoś więcej, by móc wypełnić jego znamiona. Wskazuje się w literaturze przedmiotu, że może mieć ono miejsce wyłącznie w przypadku przestępstw skutkowych⁹⁸². Natomiast z usiłowaniem nieukończonym mamy do czynienia, gdy: „sprawca nie wykonał wszystkich czynności niezbędnych do dokonania czynu zabronionego. Mogło to być wynikiem rezygnacji z realizacji czynu (*quia non voluit*), np. sprawca, mając zamiar dokonania kradzieży z włamaniem, otworzył podrobionym kluczem drzwi, lecz odstąpił od kradzieży znajdujących się w tym pomieszczeniu rzeczy (usiłowanie zaniechane). Dokonanie mogło nie nastąpić ze względu na to, że sprawcy przeszkodzono w tym (*quia non potuit*), np. sprawca zamachnął się, by uderzyć nożem, lecz cios został zatrzymany przez inną osobę (usiłowanie przeszkodzone, zatamowane)”⁹⁸³.

Przechodząc dalej należy rozważyć, kiedy będziemy mieli do czynienia z usiłowaniem ukończonym uporczywego nękania, a kiedy zaś z jego usiłowaniem nieukończonym. Usiłowanie ukończone uporczywego nękania będzie miało miejsce w sytuacji, gdy sprawca wypełnił swoim zachowaniem znamiona czynności sprawczej (a zatem podjął wszystkie czynności, które mogłoby spowodować krzywdę psychiczną u pokrzywdzonego), lecz pomimo tego nie doszło do wypełnienia znamion skutku z uwagi na brak wpływu zachowań na dobrostan psychiczny sprawcy. Tytułem przykładu można wskazać na sytuację, kiedy sprawca chcąc by pokrzywdzony czuł się zagrożony nachodzi go w domu, w miejscu pracy i wysyła kilkadziesiąt

⁹⁸⁰ O. Sitarz, *Usiłowanie ukończone...*, s. 94-97. Por. O. Sitarz, *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym: analiza dogmatyczna i kryminologiczna*, Katowice 2015 s. 241-246.

⁹⁸¹ Podobnie V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, LEX.

⁹⁸² Zob. np. J. Karnat, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] B. Gadecki (red.), *Kodeks karny. Art. 1-316. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis.

⁹⁸³ B.J. Stefański, *Komentarz do art. 13 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023, Legalis.

wiadomości SMS dziennie przez okres 3 miesięcy, lecz nie wywołuje zamierzonego skutku, albowiem pokrzywdzony jest obojętny na zachowania sprawcy. Zatem mamy do czynienia z sytuacją, w której sprawca dokonał wszystko co możliwe – w schematycznej sytuacji – by wywołać krzywdę psychiczną, lecz to się nie stało.

Z kolei o usiłowaniu nieukończonym uporczywego nękania możemy mówić, gdy sprawca nie wypełnił znamienia czynności sprawczej w stopniu umożliwiającym ziszczenie się co najmniej jednego ze skutków z art. 190a § 1 k.k. Przykładem takiej sytuacji może być pisanie kilkudziesięciu wiadomości SMS dziennie do pokrzywdzonego, których to sprawca nie wysłał. Usiłowaniem nieukończonym uporczywego nękania będą również sytuacje, w których to sprawca odstąpił od realizacji znamienia czynności sprawczej zanim ktokolwiek (zwłaszcza pokrzywdzony) je dostrzegł.

§ 4.3. Podsumowanie

Podsumowując wnioski uczynione w niniejszym podrozdziale należy wskazać, że przestępstwo uporczywego nękania może być popełnione w formie usiłowania i dokonania. Kodeks nie przewiduje penalizacji przygotowania do tego przestępstwa, co należy ocenić pozytywnie. Uporczywe nękanie może jednak sprzyjać powstawaniu sytuacji stanowiących karalne przygotowanie innego typu czynu zabronionego. Przeprowadzono rozważania odnośnie do usiłowania, dokonując z osobna analizy możliwości popełnienia przestępstwa uporczywego nękania w formie usiłowania udolnego, usiłowania nieudolnego oraz usiłowania nierealnego. Wykazano, że możliwe jest usiłowanie nękania w tych trzech odmianach usiłowania. Dokonano również analizy art. 13 § 1 i 2 k.k. celem zasygnalizowania głównych problemów interpretacyjnych związanych z tymi przepisami. Wskazano, że usiłowanie udolne nękania ma miejsce np. w sytuacji niewystąpienia jednego ze skutków wskazanych w art. 190a § 1 k.k., co wynikać może z różnych czynników (np. silnej psychiki pokrzywdzonego czy korzystania z usług psychologa). Usiłowanie udolne zachodzi również, gdy sprawca odstąpi od realizacji znamion niezależnie od tego, czy owo odstąpienie jest dobrowolne, czy też nie oraz w sytuacjach zatamowania aktywności sprawcy. Wskazano również, że można dopuścić się usiłowania udolnego analizowanego przestępstwa przez zaniechanie. W przypadku usiłowania nieudolnego analizie poddano znamiona braku przedmiotu czynności wykonawczej oraz braku środka nadającego się do popełnienia nim czynu zabronionego. Przedmiot czynności wykonawczej może być ujmowany subiektywnie, obiektywnie lub w sposób mieszany. W niniejszej pracy opowiedziano się za koncepcją mieszaną. Na gruncie przestępstwa uporczywego nękania, w ujęciu subiektywnym

brak przedmiotu polegać będzie przede wszystkim na odbiciu w świadomości sprawcy zamiaru nękania określonej osoby i przekonania, że nęka on właśnie tę osobę, kiedy w rzeczywistości dopuszcza się zachowań przestępnych względem kogoś innego. W ujęciu obiektywnym brak przedmiotu polegać będzie na nieistnieniu osoby, którą sprawca chce nękać. W przypadku nieodpowiedniego środka również wyróżnia się koncepcje obiektywne, subiektywne i mieszane. Autor niniejszej pracy i w tym przypadku opowiedział się za badaniem zarówno elementów subiektywnych jak i obiektywnych. Środek może być rozumiany jako konkretne narzędzie albo jako pewien *modus operandi* sprawcy. W pierwszym znaczeniu ciężko jest stworzyć jakikolwiek katalog narzędzi, którymi można nękać inną osobę. Wynika to z tego, że na każdą osobę można oddziaływać innymi metodami, zatem *in abstracto* niemalże każdy środek może służyć nękananiu. W przypadku drugiego sposobu rozumienia środka, czyli pewnej metody działania sprawcy najważniejszym przykładem jest sytuacja, kiedy sprawca działa w sposób, że zachowania sprawcy nie są postrzegalne dla pokrzywdzonego lub jego otoczenia, zaś sprawca jest przekonany, że działa w sposób umożliwiający dowiedzenie się przez pokrzywdzonego o jego aktywności. Znacznie mniej uwagi poświęcono usiłowaniu nierealnemu, które nie jest penalizowane na gruncie obecnie obowiązującego k.k. Wskazano, że nie należy utożsamiać usiłowania nierealnego z usiłowaniem nieudolnym. Podano przykłady zachowań, które mogłyby być oceniane jako usiłowanie nierealne uporczywego nękania.

W zakresie podziału usiłowania nękania na usiłowanie ukończone i nieukończone należy wskazać, że o usiłowaniu ukończonym nękania będziemy mówili w sytuacji, gdy sprawca nękania swoim zachowaniem w pełni wypełni znamiona czynności sprawczej, jednak nie wywoła co najmniej jednego ze skutków wskazanych w art. 190a § 1 k.k. Z kolei usiłowanie nieukończone może mieć miejsce, gdy sprawca nie wypełnił znamienia czynności sprawczej w stopniu umożliwiającym ziszczenie się co najmniej jednego ze skutków z art. 190a § 1 k.k.

§ 5. Okoliczności wyłączające bezprawność

Okoliczności wyłączające bezprawność czynu stanowią grupę okoliczności dekomplektujących strukturę przestępstwa poprzez wyłączenie elementu bezprawności danego zachowania się sprawcy. Zwane są inaczej kontratypami. Autorem tego pojęcia jest W. Wolter, który stwierdził, że kontratyp bez typu jest pozbawiony sensu⁹⁸⁴. Stwierdzenie to wskazuje, że tzw. „kontratypy” nie są zdarzeniami samoistnymi. Żeby móc mówić o wyłączeniu bezprawności

⁹⁸⁴ Zob. W. Wolter, *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1963, z. 10 (212), s. 504.

jakiegoś zachowania się stanowiącego realizację znamion określonego typu czynu zabronionego, musi do niego rzeczywiście dojść. Kontratyp stanowi zatem wtórną legalizację zachowania się określonego podmiotu. Istnieje wiele podziałów kontratypów, ale na potrzeby niniejszej pracy należy wskazać na kontratypy ustawowe i pozaustawowe. Kontratypami ustawowymi stypizowanymi w k.k. są: obrona konieczna, stan wyższej konieczności, eksperyment oraz ostateczna potrzeba⁹⁸⁵. Katalog kontratypów pozaustawowych jest dość szeroki. Przykładami takich kontratypów są: zgoda pokrzywdzonego, ryzyko sportowe, działanie w granicach uprawnień i obowiązków służbowych, karcenie małoletnich czy zwyczaj.

W ramach niniejszej pracy podjęta zostanie kwestia okoliczności wyłączających bezprawność czynu w odniesieniu do przestępstwa uporczywego nękania. Poza zakresem analizy zostanie kontratyp ostatecznej potrzeby, co wynika z faktu, że uporczywe nękanie nie jest zjawiskiem „wojskowym”, lecz bardziej mającym charakter „powszechny”. Z racji wielości tzw. kontratypów pozaustawowych, rozważania zostaną ograniczone do dwóch – zgody pokrzywdzonego oraz działania w granicach uprawnień i obowiązków służbowych.

§ 5.1. Obrona konieczna

Normy odnoszące się do kontratypu obrony koniecznej zostały umiejscowione w art. 25 § 1 k.k., który brzmi następująco: „Nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpiera bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem”. A. Marek wskazuje na następujące warunki obrony koniecznej: zamach na jakiegokolwiek dobro prawnie chronione, bezprawność tego zamachu, bezpośredni oraz rzeczywisty charakter obrony, odpieranie zamachu (czyli obrona), współmierność sposobu obrony do niebezpieczeństw zamachu i współczesność działania obronnego w stosunku do zamachu⁹⁸⁶. Podział ten jest podziałem częściowo trafny. Otóż, A. Marek abstrahuje od bezpośredniości zamachu, co wynika wprost już z warstwy deskryptywnej art. 25 § 1 k.k. Wydaje się, że autor nie odnosił się do cech zamachu, lecz do cech sytuacji, w której możliwe jest zastosowanie obrony koniecznej. Pomimo tego należało jednak w sposób bardziej precyzyjny i zgodny z brzmieniem przepisu podać cechy zamachu. Za Ł. Pohlem można wskazać na trzy następujące warunki zamachu: faktyczność (inaczej też rzeczywistość), bezpośredniość i bezprawność⁹⁸⁷. Z kolei odnośnie do obrony autor

⁹⁸⁵ Autor zdaje sobie sprawę, że tzw. kontratypy mogą się znajdować w innych aktach rangi ustawowej aniżeli k.k. Niemniej to właśnie k.k. jest głównym źródłem norm wyłączających bezprawność danego zachowania.

⁹⁸⁶ Zob. A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym: Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 33.

⁹⁸⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 292.

ten nie odniósł się do przesłanki, która co prawda *expressis verbis* nie wynika z art. 25 § 1 k.k., lecz bardziej z nazwy doktrynalnej omawianego kontratypu, czyli konieczności obrony. Trafnie zauważa Z. Jędrzejewski, że aby broniący mógł się powołać na kontratyp obrony koniecznej musi być świadomy wszystkich jego znamion. Autor ten podaje przykład, że jeśli broniący nie wie, że jest atakowany nie może powołać się na obronę konieczną⁹⁸⁸. Zatem do przesłanek obrony koniecznej należy dodać świadomość sprawcy co do znamion kontratypu. Sformułowana przesłanka na gruncie niniejszej pracy nie wymaga jednak szerszego omówienia.

Na wstępie należy zacząć od warunku *sine qua non* obrony koniecznej, a więc zamachu. Zdaniem J. Lachowskiego zamachem jest: „(...) zachowanie człowieka sprowadzające zagrożenie dla dobra chronionego przez prawo. Nie ma znaczenia to, czy było to zachowanie umyślne czy też nieumyślne”⁹⁸⁹. A. Marek definiuje zamach jako: „(...) takie zachowanie się człowieka, które stwarza realne zagrożenie dla dobra chronionego prawem. Zamachem najczęściej jest działanie o charakterze agresywnym, ale może on również polegać na zaniechaniu naruszającym lub zagrażającym dobru prawnemu, co uzasadnia podjęcie działań, obronnych...”⁹⁹⁰. Zdaniem tego autora nie jest jednak zamachem odpieranie innego zamachu na określone dobro chronione prawem⁹⁹¹. Na gruncie zamachu powstaje również pytanie czy zamach może przybrać formę zaniechania. Na gruncie zarysowanego tematu niniejszej pracy, jakim jest przestępstwo uporczywego nękania zbędne wydaje się omawianie wszystkich poglądów w tej kwestii, więc należy przystąpić do wskazania stanowiska własnego. W myśl własnego stanowiska można dopuścić się zamachu poprzez zaniechanie. Skoro zamach stanowi atak na określone dobro prawnie chronione to przyjmując należy, że zamachem będzie naruszenie czy też sprowadzenie zagrożenia naruszenia tego dobra w każdej formie. Niewątpliwie niechając określonych czynności można naruszyć czyjeś dobra prawnie chronione i to niekiedy nawet w sposób istotny. Stwierdzić należy, że tak rozumiany zamach może przybrać formę nękania innej osoby. Kolejną kwestią jest to jakim dobrom ma zagrozić zamach w postaci uporczywego nękania. Odpowiedź na to pytanie wydaje się być dosyć oczywista – tymi dobrami mają być dobra prawnie chronione przez art. 190a § 1 k.k. Już dokonano w niniejszej pracy wskazania konkretnych dóbr, więc bezzasadne jest powtarzanie w tym miejscu poczynionych wniosków w tej kwestii.

⁹⁸⁸ Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element...*, s. 257.

⁹⁸⁹ Zob. J. Lachowski, *Komentarz do art. 25 k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny...*, s. 164.

⁹⁹⁰ A. Marek, *Kodeks karny z komentarzem – fragmenty*, „Nowa Kodyfikacja Karna. Kodeks karny. Krótkie komentarze” 1998, z. 13, s. 56-57.

⁹⁹¹ Zob. A. Marek, *Obrona konieczna...*, s. 34.

Odnosząc się do faktyczności (rzeczywistości) zamachu należy wskazać, że zdaniem Ł. Pohla faktyczność zamachu występuje wówczas, gdy zamach ma miejsce w świecie rzeczywistym⁹⁹². Istotną kwestią jest to czy można powiedzieć o zamachu na psychikę człowieka, że ma on miejsce w świecie rzeczywistym. Wydaje się, że autor świat rzeczywisty rozumie szeroko. Nie chodzi więc tylko o zmiany postrzegalne w świecie zewnętrznym, ale również i w sferze przeżyć wewnętrznych. Istotą faktyczności jest bardziej to, żeby sprawca podjął pewne działania mające zagrozić określonemu dobru prawnemu, a więc zamach nie może być urojony ani przez sprawcę ani przez pokrzywdzonego. W przypadku nękania sprawca musi podjąć jakieś działania postrzegalne zewnętrznie. Jednak, aby mówić o faktyczności zamachu w formie uporczywego nękania samo podjęcie zachowań wydaje się być nie wystarczające. Potrzebny jest bowiem pewien element wskazujący, że zachowania sprawcy nie mają charakteru kurtuazyjnego czy też neutralnego, lecz stanowią faktyczny zamach na psychikę człowieka lub jego prywatność. Najczęściej ten dodatkowy element będzie zawierał się w zachowaniach sprawcy, a także objawiać się będzie w postaci zamiaru naruszenia tego dobra.

Kolejną cechą zamachu jest jego bezpośredniość. K. Buchała stwierdza: „Warunkiem legalności obrony koniecznej jest bezpośredniość zamachu, której istnienie przyjmuje się zgodnie już w chwili, gdy naruszenie dobra groziło w najbliższym czasie albo gdy zachodziła czynność, którą można by było uznać za usiłowanie popełnienia określonego czynu zabronionego”⁹⁹³. Zdaniem E. Knapczyk bezpośredniość zachodzi wtedy, gdy z: „(...) zachowania atakującego można wywnioskować, iż przystępuje do ataku. Podobnie na gruncie aktualnego kodeksu karnego o bezpośredniości należy mówić, gdy z zachowania napastnika w sposób wyraźny wynika, że przystępuje on do ataku określonego dobra prawnego oraz istnieje wysoki stopień prawdopodobieństwa natychmiastowego ataku na to dobro”⁹⁹⁴. K. Burdziak natomiast za zamach bezpośredni uznaje zachowanie się człowieka, które naraża dobro prawnie chronione na niebezpieczeństwo jego naruszenia i jednocześnie stwarza sytuację, w której konieczna jest obrona przed tym naruszeniem⁹⁹⁵. Przywołany autor rozważa również kwestię granic bezpośredniości zamachu. Jego zdaniem, zamach traci cechę bezpośredniości w momencie: „(...)

⁹⁹² Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 292.

⁹⁹³ K. Buchała, *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1974, nr 18/5(197), s. 45.

⁹⁹⁴ E. Knapczyk, *Istota obrony koniecznej w polskich kodeksach karnych*, „Państwo i Społeczeństwo” 2014, nr 4, s. 124.

⁹⁹⁵ Zob. K. Burdziak, *Bezpośredniość zamachu, czyli kilka słów na temat obrony koniecznej w prawie karnym*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 1, s. 59.

ustania zachowania się narażającego dobro chronione prawem na niebezpieczeństwo jego naruszenia, będący jednocześnie momentem ustania zamachu w ogóle”⁹⁹⁶. Bezpośredniość zamachu wydaje się więc sytuacją, kiedy zachowanie się sprawcy zmierza wprost co najmniej do sprowadzenia stanu zagrożenia pewnego dobra jego naruszeniem. Na gruncie przesłanki bezpośredniości nie wydaje się, żeby istotna była prawno-karna doniosłość tychże dóbr. Kwestie te wynikają bardziej z przesłanki bezprawności, nie zaś z przesłanki bezpośredniości. Uporczywe nękanie jest *per se* nakierowane na zadanie krzywdy psychicznej pokrzywdzonemu, a więc na naruszenie określonych dóbr, które to dobra mogą mieć charakter dóbr prawnie chronionych. Zatem zamach w postaci uporczywego nękania w modelowej sytuacji spełniać będzie również i warunek bezpośredniości.

Kolejną cechą zamachu jest jego bezprawność. *Prima facie* zagadnienie to może nie budzić wątpliwości, wszak *communis opinio* wydaje się stwierdzenie, że bezprawność należy łączyć z przekroczeniem norm sankcjonowanych. Jednak w doktrynie pojawił się problem odnośnie do tego czy cechę bezprawności można przypisać zachowaniom się sprawcy niestanowiących przekroczenia normy sankcjonowanej (np. sprawcy nękania, który w wyniku swojej niepoczytalności nie mógł rozpoznać znaczenia swojego czynu). Słusznie zauważają K. Burdziak i Ł. Pohl, że możliwe jest reagowanie obroną konieczną na działanie nieprzestępne, kiedy ta nieprzestępność wynika z niemożności przypisania sprawcy winy lub niemożności przypisania zachowaniu się sprawcy wymaganego dla bytu określonego przestępstwa stopnia społecznej szkodliwości⁹⁹⁷. Zatem obrona konieczna nie przysługuje względem zachowań prawnokarnie irrelevantnych, lecz względem zachowań doniosłych prawnokarnie, w których to struktura przestępstwa *in concreto* została zdekompletowana. Zatem bezprawność zamachu nie jest związana z pełnym wypełnieniem wszystkich elementów struktury przestępstwa *in concreto*, lecz z typizacją określonych zachowań w k.k. i innych ustawach przewidujących odpowiedzialność karną za przekroczenie określonej normy sankcjonowanej. Można zatem stwierdzić, że uporczywe nękanie spełnia cechę bezprawności z racji stypizowania tego zjawiska w art. 190a § 1 k.k., zaś dla bezprawności nie jest istotne czy struktura przestępstwa *in concreto* jest kompletna czy też występują czynniki eliminujące w danym stanie faktycznym pewne elementy tej struktury.

⁹⁹⁶ K. Burdziak, *Bezpośredniość zamachu...*, s. 59.

⁹⁹⁷ Zob. K. Burdziak, Ł. Pohl, *Obraz i analiza wykładni sądowej przepisów Kodeksu karnego z 1997 r. o obronie koniecznej i przekroczeniu jej granic*, Warszawa 2017, s. 16-17, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Pohl-Ł.-Burdziak-K._Obrona-konieczna.pdf [dostęp: 24.09.2019] oraz K. Burdziak, Ł. Pohl, *Juridical Interpretation of the 1997 Criminal Code Provisions on Self-Defence*, tłum. T. Żebrowski, Berlin 2019, s. 24.

Przechodząc do analizy cech obrony w rozumieniu art. 25 § 1 k.k. przedstawić należy na wstępie dwa główne problemy, jakie na gruncie niniejszej pracy wymagają rozwiązania. Po pierwsze należy rozważyć formę obrony przed zamachem w postaci uporczywego nękania, a po drugie możliwość odpierania zamachu poprzez nękanie (przy czym zamach nie musi przybierać postaci nękania). Pierwszą cechą obrony jest to, że ma stanowić odpieranie zamachu. J. Kulesza odnosząc się do odpierania zamachu wskazuje, że jest to: „(...) przeważnie zmuszanie napastnika przy użyciu siły do odwrotu, cofnięcia się, odstąpienia od kontynuowania zamachu, odepchnięcie go”⁹⁹⁸. Autor ten posłużył się wyrazem „przeważnie” co mogłoby sugerować, że podane sytuacje są jedynie przykładami odpierania zamachu, zaś podawanie przykładów na gruncie analizowanej problematyki wydaje się być nie wystarczające i bardziej pożądane jest przedstawienie ogólnej definicji odpierania zamachu. W tym celu należy zatem sięgnąć do paru definicji słownikowych wyrazu „odpierać”. Według Słownika Współczesnego Języka Polskiego pod redakcją B. Dunaja wyraz ten znaczy tyle co: „1. ‘używać siły dla oddalenia zagrożenia, niebezpieczeństwa’: Odpierać najazd. Odpierać nacierającą krę. Odpierać ciosy. 2. ‘przeciwstawiać się atakowi słownemu’: Odpierać zarzuty”⁹⁹⁹. W „Nowym słowniku języka polskiego” pod redakcją E. Sobol wyraz „odpierać” definiowany jest jako: „a) «zmusić przy użyciu siły do odwrotu, do cofnięcia się, odstąpienia od czegoś, odrzucić, odepchnąć kogoś siłą» (...) b) «przeciwstawić się czemuś, obronić się przed czemuś» (...) c) (...) «odpowiedzieć, odrzec»”¹⁰⁰⁰. Z kolei w „Praktycznym słowniku współczesnej polszczyzny” pod redakcją H. Zgółkowej wyraz „odpierać” jest traktowany jako wyraz pochodny od wyrazu „odeprzeć”¹⁰⁰¹. Z kolei wyraz „odeprzeć” w przedstawionym słowniku ma trzy następujące znaczenia: „1. «użyć siły w celu odsunięcia, oddalenia niebezpieczeństwa» (...) 2. «przeciwstawić się atakowi słownemu» (...) 3. *Książkowy* «udzielić odpowiedzi na pytanie; odpowiedzieć, odrzec»”¹⁰⁰². W pierwszej kolejności należy odrzucić te znaczenia, które nie są adekwatne kontekstowo. Takimi znaczeniami będą znaczenia wskazujące, że odparcie stanowi udzielenie odpowiedzi. Zatem pozostają znaczenia wskazujące na przeciwstawianie się lub obronę przed pewnym atakiem czy to fizycznym czy to słownym. Wydaje się, że odpieranie zamachu należy rozumieć właśnie w ten sposób. Rację ma M. Mozgawa, że odpieranie zamachu w warunkach obrony koniecznej

⁹⁹⁸ J. Kulesza, *Obrona konieczna* [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016, s. 244.

⁹⁹⁹ B. Dunaj, *Słownik współczesnego...*, s. 660.

¹⁰⁰⁰ E. Sobol (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2002, s. 570.

¹⁰⁰¹ Zob. H. Zgółkowa (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 25 objechać – odstawka*, Poznań 2000, s. 404.

¹⁰⁰² H. Zgółkowa (red.), *Praktyczny słownik...*, s. 297.

ma wiązać się z realizacją zachowań przekraczających normę sankcjonowaną¹⁰⁰³. Skoro odpieranie zamachu ma stanowić przekroczenie normy sankcjonowanej to wywieść z tego można, że możliwe jest odpieranie zamachu (aczkolwiek wyjątkowo) również przez zaniechanie. Zatem nękanie może z jednej strony stanowić przedmiot odpierania zamachu (bowiem jak wskazano wcześniej jest zamachem), z drugiej strony zaś wydaje się, że może stanowić formę odpierania zamachu, niemniej w tym momencie rozważań nie można stwierdzić, czy jest to forma odpierania zamachu spełniająca przesłanki wynikające z art. 25 § 1 k.k.¹⁰⁰⁴.

Odpieranie zamachu ma być współmierne do niebezpieczeństw zamachu. Niewspółmierność sposobu obrony w myśl art. 25 § 2 k.k. stanowi przekroczenie granic obrony koniecznej, a precyzyjniej eksces intensywny sprawcy. Istotnym problemem na gruncie współmierności jest to wedle jakich kryteriów należy ją oceniać. A. Zoll twierdzi, że współmierność wyznaczać będzie m.in. wartość zagrożonego dobra. Autor argumentuje swój pogląd następująco: „Niebezpieczeństwo zamachu bowiem nie tylko wynika z intensywności i sposobu działania napastnika, ale także, i to w decydującym stopniu, niebezpieczeństwo zamachu jest wyznaczane wartością zaatakowanego dobra”¹⁰⁰⁵, przy czym A. Zoll stwierdza, że z art. 25 § 1 k.k. nie wypływa wymóg takiej proporcjonalności dóbr będących w kolizji, jakiej ustawodawca wymaga w przypadku stanu wyższej konieczności¹⁰⁰⁶. P. Daniluk natomiast stwierdza: „Ustalenie czy przesłanka ta [współmierności sposobu obrony do niebezpieczeństwa zamachu – przyp. M.G.] została spełniona wymaga najpierw zbadania stopnia niebezpieczeństwa zamachu, a następnie zestawienia go z zastosowanym sposobem obrony. Zamach *ex definitione* zawsze jest niebezpieczny, przy czym nasilenie tego niebezpieczeństwa jest wypadkową wielu czynników...”¹⁰⁰⁷. Dalej cytowany autor wskazuje, że na ocenę współmierności wpływ będą miały: właściwości osobiste napastnika i broniącego się (przede wszystkim chodzi o siłę), stosunek ilościowy napastników do broniących się, środki zamachu, środki obrony, a także sposób ataku oraz sposób obrony¹⁰⁰⁸. A. Marek wskazuje na trzy grupy czynników determinujących współ-

¹⁰⁰³ Zob. M. Mozgawa, *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Sklodowska. Sectio G” 2013, vol. LX, 2, s. 182.

¹⁰⁰⁴ Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, w której ktoś będąc ofiarą pewnego zamachu np. przestępstwa kradzieży popełnionego w warunkach czynu ciągłego uznaje, że aby sprawca odstąpił od dalszych kradzieży należy go nękać. W tym miejscu nie należy oceniać zasadności czy słuszności działań broniącego się. Na tym etapie analizy, jak już wspomniano, istotne jest to czy hipotetycznie nękanie może być środkiem do odparcia zamachu. Dopiero po przeanalizowaniu dalszych przesłanek obrony można będzie stwierdzić, czy nękanie w obronie koniecznej jest rzeczywiście możliwe czy też mamy do czynienia wyłącznie z pewnym konstruktem teoretycznym.

¹⁰⁰⁵ A. Zoll, *Komentarz do art. 25 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 562-563.

¹⁰⁰⁶ A. Zoll, *Komentarz do art. 25...*, s. 563.

¹⁰⁰⁷ P. Daniluk, *Komentarz do art. 25 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 258-259.

¹⁰⁰⁸ Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 25...*, s. 259-260.

mierność zamachu. Pierwszą grupą są właściwości napastnika i działającego takie jak: właściwości fizyczne, budowa somatyczna napastnika i broniącego się, wiek tych osób, ich stan psychofizyczny¹⁰⁰⁹. Drugą grupę okoliczności stanowią środki i sposób zamachu oraz jego odpierniania. Trzecią grupę czynników (*de facto* konsumującą dwie poprzednie) stanowi całokształt sytuacji, w której rozgrywa się dane zdarzenie. A. Marek wskazuje na dwa elementy tego całokształtu: podmiotowy (subiektywny) wiążący się z sytuacją psychiczną oraz obiektywny, który odnosi się do dynamicznego rozwoju zdarzenia jako nośnika niebezpieczeństwa¹⁰¹⁰. W myśl przytoczonych poglądów współmierność winna być relatywizowana do konkretnego stanu faktycznego. Niewątpliwie wszelkie właściwości osobiste napastnika i broniącego się jak również właściwości sytuacji determinują zakres współmierności obrony. Stawiając pytanie o to jaki środek jest współmierny do odparcia zamachu w postaci nękania, stwierdzić należy, że nie można udzielić na to pytanie jednoznacznej odpowiedzi. Wynika to bowiem z wielości form nękania, wielości kontekstów sytuacyjnych, w których sprawca dopuszcza się nękania oraz okoliczności, w jakich ono następuje. Niewątpliwie współmierność nie wystąpi, kiedy ktoś w obronie koniecznej zabije sprawcę nękania w postaci wysyłania wiadomości SMS w liczbie kilkudziesięciu na dzień oraz nachodzenia broniącego się w miejscu pracy. Współmierności też nie będzie w sytuacji, w której broniący się spowoduje ciężki uszczerbek na zdrowiu tak działającego sprawcy. Idąc dalej, można się jednak pokusić na przykłady odparcia nękania, które mogą hipotetycznie mieć cechę współmierności. Chodzi tutaj o sytuacje, kiedy broniący się znieważy sprawcę, zastosuje względem niego groźbę karalną czy też w nieznaczny sposób naruszy nietykalność cielesną atakującego (np. chwyci go mocno za koszulę, aby go wystraszyć). Kontynuując ten wątek należy się zastanowić, czy odpieranie nękania nękaniami spełniać będzie warunek współmierności. Wszystko zależy od tego w jakiej formie będzie działał sprawca, bowiem współmierność polega na tym, że sposób obrony przed zagrożeniem jest determinowany przez sposób zachowania się sprawcy. Kiedy sprawca wysyła kilkadziesiąt wiadomości SMS dziennie z pytaniem co pokrzywdzony robi, dlaczego mu nie odpisuje i zawierających zarzuty, że skoro pokrzywdzony nie odpisuje, co zdaniem sprawcy znaczy, że pokrzywdzony nie kocha sprawcy i go nie chce, to niewątpliwie proporcjonalną odpowiedzią na te ataki nie będzie obrona w postaci nękania poprzez niszczenie rzeczy sprawcy. Kolejna kwestia to taka, czy obrona za pomocą nękania będzie proporcjonalna w przypadku zamachu stanowiącego przekroczenie normy sankcjonowanej zawartej w innym przepisie niż art. 190a k.k. Można wyobrazić sobie sytuację, że ktoś chcąc się bronić przed zgwałceniem zaczyna nękać sprawcę, aby

¹⁰⁰⁹ Zob. A. Marek, *Obrona konieczna...*, s. 107-108.

¹⁰¹⁰ Zob. A. Marek, *Obrona konieczna...*, s. 112-116.

ten zaniechał działań zmierzających do popełnienia tego przestępstwa na broniącym się. Ale czy to będzie współmierne? W tej sytuacji przy założeniu, że broniący się stosuje formy mogące spowodować zmiany w psychice, nie zaś w strukturze świata zewnętrznego można mówić o niewspółmierności, lecz nie takiej wynikającej z art. 25 § 2 k.k. Chodzi tu o sytuację, że środek obrony może się okazać niewystarczający do zapobieżenia zamachowi. Można też rozważyć sytuację, kiedy ktoś nęka inną osobę w obronie przed regularnym robieniem zdjęć broniącemu się, który jest w chwili ich wykonywania nagi (tj. czyny z art. 191a § 1 k.k.). Tutaj być może można uznać nękanie za współmierne, o ile nie narusza psychiki sprawcy w sposób istotny. Zatem ciężko jednoznacznie określić *in abstracto*, czy dana forma obrony będzie współmierna do danej formy zamachu, czy też nie. Należy również pamiętać, że aby móc w ogóle bronić się za pomocą nękania broniący się musi wypełnić nie tylko znamię czynności sprawczej, ale również znamię skutku, co stawia pytanie o realną (skuteczną) możliwość odparcia zamachu poprzez nękanie. Kwestia ta zostanie rozważona w dalszej części pracy.

Kolejną przesłanką jest współczesność obrony, a więc sytuacja koincydencji czasowej zamachu i zastosowania obrony przed tym zamachem. Brak takiej koincydencji skutkuje zaistnieniem ekscesu ekstensywnego, czyli niewspółczesności zamachu. Należy się zastanowić jak ta koincydencja ma wyglądać w przypadku, kiedy dany czyn zabroniony (zamach) jest rozciągnięty w czasie. P. Daniluk wiąże cechę współczesności obrony z bezpośredniością zamachu¹⁰¹¹. Gwoli przypomnienia, granicami bezpośredniości zamachu jest czasookres, w którym sprawca naraża określone dobra prawnie chronione na niebezpieczeństwo ich naruszenia albo je narusza. Wskazywałoby to, zresztą trafnie, że współczesność zamachu stanowi czasookres takiego stwarzania warunków niebezpieczeństwa dla danego dobra¹⁰¹². Ustawodawca w sposób lakoniczny odnosi się do kwestii współczesności zamachu. Wydaje się to być zabieg celowy, umożliwiający także zastosowanie obrony koniecznej przed m.in. przestępstwami trwałymi czy też przestępstwami ciągłymi. Skoro uporczywe nękanie stanowi przestępstwo trwałe, to należy stwierdzić, że obrona przed nękaniem może nastąpić, dopóki dopóty sprawca dopuszcza się względem broniącego zachowań przestępnych. Zgodnie z art. 6 § 1 k.k. czasem popełnienia przestępstwa nie jest czas wystąpienia skutku, zatem przy liczeniu czasookresu zamachu

¹⁰¹¹ Zob. P. Daniulak, *Komentarz do art. 25...*, s. 259.

¹⁰¹² Zresztą można to wywieść *a contrario* z rozumienia ekscesu ekstensywnego. Warto odwołać się do *communis opinio* wyrażonego m.in. przez V. Konarską-Wrzosę i A. Marka, w myśl którego ekscesem ekstensywnym jest sytuacja, w której sprawca podjął obronę zanim zamach nie wszedł jeszcze w stadium bezpośredniego zagrożenia albo kiedy zamach został zakończony. Zob. V. Konarska-Wrzosę, A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2019, s. 178.

nie można brać pod uwagę czasu, w którym występował skutek u pokrzywdzonego¹⁰¹³. Kolejna kwestia jest taka, jak należy odnieść warunek współczesności do obrony za pomocą uporczywego nękania. Wydaje się, że skoro musi istnieć korelacja czasowa pomiędzy zamachem a jego odpieraniem to obrona poprzez nękanie nie będzie spełniać warunków ekscesu ekstensywnego, jeśli będzie podjęta w czasookresie, w którym sprawca dopuszcza się zamachu. Zatem tak rozumiane odpieranie zamachu za pomocą uporczywego nękania jest możliwe w przypadku zamachu rozciągniętego w czasie. Nie można zatem zastosować takiej obrony np. przed przestępstwami jednochwilowymi. W konsekwencji potencjalny zakres tego rodzaju obrony jest dość istotnie ograniczony.

Kolejną cechą obrony jest jej konieczność. A. Marek konieczność obrony rozumie jako niezbędność tej obrony i dopuszczalność czynnego odpierania zamachu noszącego cechy bezpośrednio i bezprawności¹⁰¹⁴. Z kolei A. Grześkowiak wskazuje na rzeczywistość potrzeby odparcia zamachu, a więc na niezbędność odparcia tej obrony¹⁰¹⁵. K. Burdziak i Ł. Pohl wskazują, że na konieczność obrony nakładają się trzy kwestie – problem skuteczności obrony, problem niezbędności oraz jej współmierności¹⁰¹⁶. Z koniecznością obrony wiąże się kwestia samoistności i subsydiarności obrony koniecznej. Pogląd o samoistności obrony opiera się na założeniu, że prawo do obrony koniecznej stanowi prawo do czynnego odpierania bezprawnego i bezpośredniego zamachu bez względu na to czy istniał inny sposób odparcia zamachu¹⁰¹⁷. Z kolei w myśl poglądu o subsydiarności prawa do obrony koniecznej wynika, że: „(...) prawo to przysługuje tylko wtedy, gdy jest to konieczne w tym sensie, że nie istnieje inny sposób uniknięcia skutków zamachu w ogóle (subsidiarny charakter obrony koniecznej) lub inny racjonalny sposób ich uniknięcia, tj. taki, który nie pogarsza sytuacji napadniętego (ograniczona subsydiarność)”¹⁰¹⁸. Spośród obu tych poglądów należy opowiedzieć się za samoistnością obrony koniecznej. Głównym argumentem za tym jest to, że te poglądy odwołują się nie do psychiki i wiedzy broniącego, lecz do obiektywnej możliwości odparcia zamachu. Należy jednak zdawać sobie sprawę, że w momencie odpierania zamachu rzadko kiedy człowiek jest zdolny przeprowadzić rzetelną analizę odnośnie do możliwości odparcia zamachu w inny spo-

¹⁰¹³ Oczywiście nie dotyczy to czasookresu koincydencji czynności sprawczej i skutku (skutków). Mowa jest tutaj o okresie, w którym czynność sprawcza już nie jest realizowana, zaś skutek czynności sprawczej utrzymuje się nadal.

¹⁰¹⁴ Zob. A. Marek, *Obrona konieczna...*, s. 90.

¹⁰¹⁵ Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 25 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, s. 236.

¹⁰¹⁶ Zob. K. Burdziak, Ł. Pohl, *Obraz i analiza...*, s. 54 czy K. Burdziak, Ł. Pohl, *Juridical Interpretation...*, s. 60.

¹⁰¹⁷ Zob. A. Marek, *Obrona konieczna...*, s. 90.

¹⁰¹⁸ K. Buchała, *Granice obrony...*, s. 34.

sób, bowiem zamach stwarza sytuację pewnego zagrożenia dla broniącego, zaś zagrożenie powoduje uruchomienie się pewnych instynktów u człowieka, nad którymi broniący nie jest w stanie w pełni zapanować. Przechodząc dalej przyjrzeć się należy kwestii skuteczności obrony, a konkretniej temu czy skuteczność obrony jest jednym z czynników determinujących uznanie danej obrony za obronę konieczną. K. Burdziak i Ł. Pohl stwierdzają: „Obrona skuteczna to bowiem nic innego, jak obrona, która charakteryzuje się przewagą broniącego się nad napastnikiem, a właściwie przewagą zachowania się broniącego nad zachowaniem się napastnika. Rzecz jasna, obrona konieczna musi się znamionować tego rodzaju cechą – w przeciwnym razie byłaby bowiem ona nieefektywną, niezdatną metodą ratowania zaatakowanego zamachem dobra prawnego. Równie zrozumiałe jest jednak i to, że tak zarysowany warunek skuteczności nie może się ostać w wersji nieograniczonej. Takie ujęcie nie konweniowałoby bowiem w pełni z konstytucyjnym dla każdego kontraktu wymogiem ratowania w jego ramach dobra o społecznie cenniejszej wartości od wartości dobra poświęcanego. Umożliwiłoby ono posługiwanie się formułą obrony koniecznej w przypadkach unicestwienia dóbr najcenniejszych względem dóbr o dużo niższej wartości społecznej. W pełni trafnie wskazaną możliwość odnotował już W. Radecki, pisząc, że – skądinąd w pełni słuszna i naszym zdaniem w pełni podzielana – idea, iż prawo nie może ustępować przed bezprawiem, nie może być realizowana za wszelką cenę, również kosztem rezygnacji z pewnych względów ludzkich. (...) Stąd też skuteczność obrony koniecznej poddaje się ograniczeniom. Pierwszym z nich – znów ujmując rzecz od strony logicznej – jest niezbędność obrony, a więc jej konieczność”¹⁰¹⁹. Pogląd ten należy zaaprobować. Należy wziąć pod uwagę fakt, że w przypadku obrony przed zamachem zawsze jest prawdopodobieństwo nieskuteczności obrony z powodu czynników niekoniecznie zależnych od broniącego się. Zatem przyjmowanie chybionej obrony jako działanie bezprawne byłoby pewnego rodzaju aprobatą popełniania przestępstw, zaś nie taki jest cel prawa karnego. Z drugiej strony zaś w sytuacjach, kiedy od początku działań obronnych wiadomo, że środek czy sposób obrony przed zamachem będzie nieefektywny, a broniący się może to sobie uświadomić, wówczas nie wydaje się, aby zasadne było wyłączenie bezprawności zachowania sprawcy. Obrona konieczna w swych założeniach ma chronić osoby, będące *de facto* pokrzywdzonymi, które przekraczają normę sankcjonowaną w celu ochrony dóbr prawnych własnych lub innych osób. Niewątpliwie mogą być takie sytuacje, że nieskuteczne działanie będzie konieczne i wówczas można się zastanowić czy to właśnie ta konieczność działania w takiej sytuacji nie wyłącza

¹⁰¹⁹ K. Burdziak, Ł. Pohl, *Obraz i analiza...*, s. 55-56 czy K. Burdziak, Ł. Pohl, *Juridical Intepretation...*, s. 61-62.

bezprawności zachowania się broniącego. Niewątpliwie można mówić o sytuacjach, że niekiedy obrona współmierna i współczesna przed zamachem w postaci nękania będzie konieczna, przy czym nie zawsze może być skuteczna. Wszystko to zależy od wielu czynników. Pojawia się pytanie czy obrona poprzez nękanie może być konieczna i do tego skuteczna. Konieczność takiego rodzaju obrony jest kwestią dość dyskusyjną. Broniący się w przypadku typu czynu zabronionego ma dość często do wykorzystania sporo metod obrony, które szybciej mogą udaremnić zamach. Nękanie *per se* jest zjawiskiem rozciągniętym w czasie. Zatem, żeby skutki nękania się ujawniły potrzebny jest pewien okres. Na przykład w przypadku obrony poprzez groźbę karalną odeprzeć zamach można niemalże natychmiastowo. Poza tym skuteczność takiej formy obrony jest dość wątpliwa. Wszystko bowiem zależy od psychiki sprawcy. Jeśli sprawca ma odporną psychikę, to wówczas obrona przez nękanie nie przyniesie żadnego efektu, a może nawet potęgować częstotliwość i formę zamachu. W przypadku sprawcy o słabszej psychice może przynieść oczekiwane efekty, ale potrzebny jest na to czas. Może tak być, że skutki tej obrony ujawnią się już po zakończeniu zamachu przez sprawcę, przez co nie będzie można mówić o skuteczności takiej ochrony. Niekiedy więc obrona przez nękanie może być konieczna i skuteczna, ale najpewniej będą to marginalne przypadki. Można stwierdzić natomiast, że z racji czasu trwania taka forma obrony przed zamachem jest niepraktyczna.

Przed skończeniem rozważań odnoszących się do obrony koniecznej, należy poświęcić chwilę uwagi na zagadnienie tzw. sprowokowanej obrony koniecznej. Jak zauważają K. Burdziak i Ł. Pohl przez sprowokowaną obronę konieczną można rozumieć dwie grupy sytuacji: „Pierwszą z nich jest układ, w którym sprawca wywołuje zamach ze strony innej osoby w celu wykorzystania tego faktu jako pretekstu do naruszenia jej dobra prawnego, a następnie w reakcji na ten zamach dobro to narusza. Drugą jest natomiast wypadek, kiedy to sprawca wywołuje zamach ze strony innej osoby w drodze prowokacyjnego zachowania się, nie mając przy tym na celu naruszenia jej chronionego prawem dobra, a następnie w reakcji na ten zamach dobro to narusza”¹⁰²⁰. Tak rozumiana sprowokowana obrona konieczna nastęrcza problemów odnośnie tego, czy osoba sprowokowana może powoływać się na kontratyp obrony koniecznej. Z kolei na gruncie rozważań stanowiących przedmiot niniejszej pracy istotne jest należy się zastanowić, czy sprawca w ramach nękania może sprowokować zamach wywołany przez pokrzywdzonego, celem zastosowania przeciwko niemu obrony, co ma w zamyśle sprawcy ma stanowić jeden z elementów nękania pokrzywdzonego. Przechodząc do pierwszej kwestii należy wskazać, na pogląd SN, zdaniem którego: „Wyzywające zachowanie napadniętego nie

¹⁰²⁰ K. Burdziak, Ł. Pohl, *Obraz i analiza...*, s. 51-52.

odbiera atakowi na życie lub zdrowie cech przestępnych. Zamach skierowany przeciwko życiu czy zdrowiu człowieka, jeśli nawet został w zasadniczej mierze wywołany nagannym zachowaniem napadniętego, na dodatek niestanowiącym czynu zabronionego, nie traci przymiotu bezprawności. Zatem trudno zgodzić się z poglądem, że przeciwko takiemu zamachowi napadniętemu nie wolno się bronić¹⁰²¹. Warto dodać, że w innym judykacie SN twierdzi następująco: „Podejmowane działania muszą być zatem motywowane wolą obrony, a nie zaś rewanżu. Na podkreślenie zasługuje również, że okoliczność, iż zamach został wywołany niewłaściwym zachowaniem napadniętego (np. niegrzecznością, złośliwością), nie likwiduje sama przez się prawa do obrony, przy czym należy też mieć na względzie, że celowe sprowokowanie zamachu po to, by zaatakować sprowokowanego, nie mieści się w granicach obrony koniecznej”¹⁰²². SA w Katowicach w jednym ze swoich orzeczeń formułuje następującą tezę: „Warunkiem skorzystania z dobrodziejstwa obrony koniecznej jest legalne działanie osoby odpierającej zamach, a zatem nie może powoływać się na prawo do obrony koniecznej ten, kto chociażby prowokuje napastnika do zamachu, aktywnie podejmując konfrontację i jedynie nie mogąc uzyskać przewagi nad osobą, z którą popadł w konflikt, decyduje się na użycie środka przynoszącego mu zamierzony cel”¹⁰²³. P. Daniluk odnosząc się do tej kwestii zauważa: „Nie ma żadnych argumentów prawnych ani kryminalno-politycznych, aby generalnie pozbawiać prawa do obrony koniecznej osoby, które wywołały zamach swoim niewłaściwym czy też niestosownym zachowaniem (...) Z inną sytuacją będziemy mieli natomiast do czynienia, kiedy ktoś celowo oddziałuje na inną osobę jedynie po to, aby sprowokować ją do zamachu i pod pozorem obrony koniecznej naruszyć jej dobra prawne. W takich wypadkach zaatakowanemu prowokatorowi – co do zasady – nie przysługuje prawo do obrony koniecznej, gdyż nie działa on z zamiarem odparcia zamachu. Jego zamiarem jest bowiem naruszenie dóbr prawnych napastnika z zachowaniem pozorów obrony przed bezpośrednim i bezprawnym zamachem...”¹⁰²⁴. M. Berent i M. Filar natomiast twierdzą: „Jeśli (...) dana osoba świadomie prowokuje inną, aby ta ją zaatakowała, po to, by następnie – pod pozorem obrony koniecznej – naruszyć jej dobro chronione prawem, nie będzie mogła powołać się na obronę konieczną. Jeśli jednak nie miała takiego zamiaru, choć jej zachowanie obiektywnie sprowokowało napastnika, możliwe jest przyjęcie obrony koniecznej”¹⁰²⁵. Zdaniem M. Mozgawy: „Element subiektywny obrony koniecznej nakazuje pozostawienie poza jej ramami przypadków tzw. sprowokowanej obrony koniecznej (X prowokuje Y

¹⁰²¹ Postanowienie SN z dnia 19 czerwca 2002 roku, sygn. V KKN 34/01, LEX nr 53912.

¹⁰²² Wyrok SN z dnia 21 marca 2013 roku, sygn. II KK 192/12, LEX nr 1298094.

¹⁰²³ Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 maja 2008 r., sygn. II AKa 13/08, LEX nr 447031.

¹⁰²⁴ P. Daniuluk, *Komentarz do art. 25...*, Legalis.

¹⁰²⁵ M. Berent, M. Filar, *Komentarz do art. 25 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

po to, aby „pod płaszczykiem” obrony koniecznej wyrządzić mu krzywdę)”¹⁰²⁶. Z powyższych poglądów można wywieść, że w pierwszej z przedstawionych przez K. Burdziaka i Ł. Pohla sytuacji, powołanie się na kontratyp obrony koniecznej przez sprawcę „pokrzywdzonego”, które umyślnie wywołał zamach ze strony innej osoby nie jest możliwe. Z kolei w drugiej sytuacji, czyli wtedy kiedy to, co prawda osoba atakowana wywołuje zamach ze strony odbiorcy swojego zachowania, jednak nie ma on zamiaru sprowokowania tej osoby do zamachu, dopuszcza się możliwość powołania na kontratyp obrony koniecznej. Takie stanowisko zasługuje na aprobatę, bowiem w pierwszej sytuacji sprawca *de facto* sam wywołuje zamach. Stąd też w myśl zasady *volenti fit non iniuria*, prawo nie powinno chronić faktycznego sprawcy przed skutkami jego zachowania, o których ma świadomość i do których dąży. Poza tym przyznanie w takiej sytuacji możliwości powołania się na obronę konieczną stanowi pewnego rodzaju gratyfikację sprawców takich zachowań, przez co ochrona faktycznych pokrzywdzonych zostaje znacząco ograniczona. W przypadku uporczywego nękania możliwe jest prowokowanie przez sprawcę obrony koniecznej, chociażby dlatego ażeby doprowadzić do wszczęcia przeciwko pokrzywdzonemu postępowania karnego i w konsekwencji pokazać pokrzywdzonemu „kto tu rządzi”. W przypadku drugiej sytuacji osoba atakowana wywołuje zamach nieumyślnie. Z racji wielości potencjalnych reakcji innej osoby na zachowanie się danego człowieka, nie zawsze możliwe przewidzenie jest reakcji konkretnej osoby na konkretne zachowanie. Ponadto w przypadku innego niż zazwyczaj stanu emocjonalnego czy też stanu psychofizycznego, dana osoba może odbierać inaczej określone zachowania się niż robi to zazwyczaj. Stąd zamach, który został wywołany przez daną osobę, używając terminologii prawnokarnej, w sposób nieumyślny¹⁰²⁷, stanowić może w istocie zamach realnie zagrażającym dobrom prawnie chronionym. W przypadku uporczywego nękania z racji „nieumyślnego” wywołania zamachu ciężko jest mówić o stosowaniu przez sprawców drugiego rodzaju tzw. sprowokowanej obrony koniecznej.

Konkludując niniejsze rozważania wskazać należy, że jak najbardziej możliwe jest odpiernanie w warunkach obrony koniecznej zamachu w postaci uporczywego nękania. Proporcjonalność i rodzaj środka obrony będzie zależeć przede wszystkim od sposobu nękania. Współczesność obrony jest uzależniona od czasookresu, w którym sprawca nęka inną osobę, ale ten czasookres musi być skorelowany z czasem wypełniania przez sprawcę znamion czynności sprawczej. Wydaje się, że taka obrona nie przysługuje wyłącznie pokrzywdzonemu lub osobie

¹⁰²⁶ M. Mozgawa, *Obrona konieczna...*, s. 182.

¹⁰²⁷ Trzeba mieć na względzie, że owa nieumyślność jest pewnym skrótem myślowym. Bowiem atakowany nie dopuszcza się w modelowej sytuacji czynu zabronionego.

najbliższej dla niego. Odeprzeć taki zamach może również osoba trzecia, choć z racji emocjonalnego podłoża takiego zamachu wydaje się, że broniącym się w sporej części przypadków będzie sam pokrzywdzony. Dużo więcej wątpliwości budzi możliwość obrony poprzez nękanie. Nie można tego wykluczyć, niemniej wydaje się to dość niepraktyczny sposób ochrony dóbr prawnych i obarczony dużym prawdopodobieństwem nieskuteczności. Pomimo tego nie można wykluczyć takiej formy ochrony dóbr prawnie chronionych, której można przypisać cechy współmierności, współczesności oraz konieczności. Ponadto sprawca nękania prowokując zamach ze strony pokrzywdzonego i odpierając go (tzw. sprowokowana obrona konieczna) nie działa w obronie koniecznej.

§ 5.2. Stan wyższej konieczności

Według A. Grześkowiak stan wyższej konieczności jest stanem: „(...) w którym dla uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego dobru prawnemu poświęca się inne dobro prawne w sytuacji, w której niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć. Przyjmuje się, że podstawą stanu wyższej konieczności jest kolizja, konflikt między dobrami podlegającymi ochronie prawnej. Uratować bowiem można jedno dobro kosztem drugiego”¹⁰²⁸. Według V. Konarskiej-Wrzosek i A. Marka źródło niebezpieczeństwa może być różne. Może być nim inny człowiek czy też czynniki od niego niezależne¹⁰²⁹. Zatem źródłem niebezpieczeństwa może być zwierzę, rzecz czy zjawisko atmosferyczne. Odwołując się do pojęcia zamachu należy przytoczyć pogląd W. Zontka. Autor ten uważa niebezpieczeństwo za pewien stan rzeczy obiektywnie stwarzający niebezpieczeństwo dla człowieka. Pojęcie to zdaniem tego autora jest szersze od pojęcia zamachu. W. Zontek odnosi się także do działania człowieka jako źródła niebezpieczeństwa, o ile niebezpieczeństwo to nie pozostaje w związku z bezprawnym zachowaniem, bowiem w przypadku bezprawności zachowania istnieje możliwość zastosowania obrony koniecznej¹⁰³⁰. Natomiast M. Cieślak twierdzi, że niebezpieczeństwo w przypadku stanu wyższej konieczności nie może być zamachem na dobra prawne innej osoby¹⁰³¹. Ł. Pohl wskazuje, że niebezpieczeństwo musi być faktyczne (czyli musi występować w rzeczywistości,

¹⁰²⁸ Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 25 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, s. 250.

¹⁰²⁹ Zob. V. Konarska-Wrzosek, A. Marek, *Prawo karne*, s. 180.

¹⁰³⁰ Zob. W. Zontek, *Komentarz do art. 26 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 535.

¹⁰³¹ Zob. M. Cieślak, *Stan wyższej konieczności* [w:] S. Waltoś (red.), *Marian Cieślak. Dzieła wybrane. Tom III*, Kraków 2011, s. 192.

nie może być urojone) oraz bezpośrednio zagrażać dobrom prawnym¹⁰³². Dodać trzeba, że niebezpieczeństwo, które – rzecz jasna – nie może stanowić zamachu lub innej aktywności człowieka, może być wyłącznie rezultatem tej aktywności.

Po przedstawieniu pojęcia niebezpieczeństwa należy się teraz zastanowić, czy nękanie może stanowić niebezpieczeństwo, o którym mowa w art. 26 § 1 k.k. Jak już wspomniano niebezpieczeństwo występujące w przypadku stanu wyższej konieczności nie jest zachowaniem się człowieka. Z kolei, co wielokrotnie podkreślono w niniejszej pracy, nękanie jest zachowaniem się człowieka, przebijającym postać działania i niekiedy zaniechania. Zatem nękanie jako aktywność ludzka nie może stanowić niebezpieczeństwa. Może być natomiast niekiedy źródłem takiego niebezpieczeństwa. Ale wyłączenie bezprawności wynikające z art. 26 § 1 k.k. następuje, gdy sprawca odpiesa (uchyla) niebezpieczeństwo, nie zaś kiedy odpiesa źródło niebezpieczeństwa. Zatem w przypadku odpiesania nękania nie można powołać się na stan wyższej konieczności. Kolejne pytanie na jakie należy odpowiedzieć, to czy można uchylić niebezpieczeństwo nękaniami. I tutaj wydaje się, że nie. Po pierwsze nękanie jest pewnym oddziaływaniem na psychikę człowieka, a więc w modelowym ujęciu nie oddziałuje na inne elementy rzeczywistości aniżeli wspomniana psychika ludzka. Można sobie jednak wyobrazić sytuację, że pewna osoba nęka inną osobę w celu przymuszenia jej do podjęcia aktywności mającej na celu uchylenie pewnego niebezpieczeństwa i chronione dobro ma większą wartość aniżeli dobrostan psychiczny nękanego. Niemniej w takiej sytuacji sprawca działa pośrednio, bowiem to nie on *de facto* uchyla niebezpieczeństwo, lecz nękanym. Zatem w takiej sytuacji nie może być mowy o uchylaniu niebezpieczeństwa, lecz o niezbyt eleganckiej formie namowy innej osoby do uchylenia niebezpieczeństwa. Idąc dalej, skoro niebezpieczeństwo jest czymś niezależnym od zachowania się człowieka, zaś nękanie polega na oddziaływaniu na człowieka, to należy rozważyć, czy jest możliwe nękanie celem odparcia niebezpieczeństwa. Wydaje się, że nie jest to możliwe. Bowiem skoro można nękać w sposób skuteczny wyłącznie inną osobę¹⁰³³, zaś w przypadku stanu wyższej konieczności chodzi o uchylenie niebezpieczeństwa, to przy przyjęciu, że nękanie w tym celu jest możliwe prowadzi do konkluzji, iż to człowiek jest tym niebezpieczeństwem. Wniosek ten w myśl wcześniejszych ustaleń, jest wnioskiem kuriozalnym. W przypadku, kiedy człowiek stanowi niebezpieczeństwo, a więc dopuszcza się zamachu, można w sytuacji spełnienia odpowiednich przesłanek powoływać się na obronę konieczną.

¹⁰³² Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 301.

¹⁰³³ Oczywiście nie można wykluczyć, że można nękać również np. zwierzęta w taki sposób, że odczują one krzywdę psychiczną. Niemniej z racji tego, że art. 190a § 1 k.k. penalizuje wyłącznie uporczywe nękania ludzi, to rozważania odnośnie do możliwości skutecznego nękania zwierząt nie należą do zakresu niniejszego opracowania.

Zatem sprawca dopuszczający się nękania innej osoby nie może się skutecznie powoływać na wyłączenie bezprawności wynikające z art. 26 § 1 k.k.

Stan wyższej konieczności z art. 26 § 2 k.k. stanowi okoliczność wyłączającą winę. Co prawda niniejszy podrozdział dotyczy okoliczności wyłączających bezprawność czynu, jednak ze względu na związek treściowy art. 26 § 1 i art. 26 § 2 k.k. należy w tym miejscu poświęcić trochę uwagi stanowi wyższej konieczności wyłączającemu winę. Główną różnicą pomiędzy stanem wyższej konieczności wyłączającym bezprawność, a tym wyłączającym winę jest proporcja dóbr. W sytuacji z art. 26 § 1 k.k. dobro ratowane musi przedstawiać oczywiście wyższą wartość aniżeli dobro poświęcane. Z kolei w przypadku wynikającym z art. 26 § 2 k.k. dobro ratowane nie przedstawia wartości oczywiście wyższej od dobra poświęcanego – zatem może przedstawiać wartość równą albo mniejszą niż dobro poświęcane. Taka dysproporcja dóbr umożliwia zastosowanie obrony koniecznej, co nie jest możliwe przy stanie wyższej konieczności wyłączającym bezprawność¹⁰³⁴. Powiązanie treściowe między dwoma paragrafami przejawia się w tym, że w przypadku stanu wyższej konieczności wyłączającego winę należy odwołać się do art. 25 § 1 k.k., celem „przeniesienia” z tego przepisu przesłanek niebezpieczeństwa i jego poświęcenia. Zatem w obu przepisach te przesłanki mają tożsame brzmienie. Więc w sytuacji stanu wyższej konieczności wyłączającego winę, nie można mówić o nękanii jako niebezpieczeństwie oraz o nękanii jako sposobie uchylania niebezpieczeństwa.

Konkludując, ze względu na istotę nękania nie jest możliwe powoływanie się przez jego sprawcę zarówno na stan wyższej konieczności wyłączający bezprawność, jak i stan wyższej konieczności wyłączający winę.

§ 5.3. Eksperyment

W myśl art. 27 § 1 k.k.: „Nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu przeprowadzenia eksperymentu poznawczego, medycznego, technicznego lub ekonomicznego, jeżeli spodziewana korzyść ma istotne znaczenie poznawcze, medyczne lub gospodarcze, a oczekiwanie jej osiągnięcia, celowość oraz sposób przeprowadzenia eksperymentu są zasadne w świetle aktualnego stanu wiedzy”. Art. 27 § 2 k.k. przedstawia kolejne przesłanki, jaki musi spełniać eksperyment wyłączający bezprawność. Przepis ten stanowi, że: „Eksperyment jest niedopuszczalny bez zgody uczestnika, na którym jest przeprowadzany, należycie poinformowanego o spodziewanych korzyściach i grożących mu ujemnych skutkach oraz prawdopodobieństwie

¹⁰³⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 360-361.

ich powstania, jak również o możliwości odstąpienia od udziału w eksperymencie na każdym jego etapie”. I. Zduński wskazuje na trzy fazy działalności nowatorskiej. Pierwszą fazą jest faza ustalenia koncepcji teoretycznej w ramach, której: „(...) potencjalnie istnieje wprowadzenie element ryzyka, ale nie może się ono urzeczywistnić wskutek braku próby jej realizacji”¹⁰³⁵. Kolejną fazą jest faza weryfikacji koncepcji teoretycznej za pomocą eksperymentu na modelu całościowym lub cząstkowym. Trzecią fazę I. Zduński opisuje następująco: „W trzeciej fazie, gdy eksperyment zakończył się pomyślnie, wprowadza się zweryfikowaną koncepcję czy rozwiązanie do praktyki. W tej fazie istnieje także ryzyko nie osiągnięcia założonych efektów, mimo pomyślnych wyników eksperymentu. Eksperymentu bowiem dokonuje się w warunkach specjalnych, wzorcowych, na podstawie określonych zasad postępowania. Wprowadzenie zaś rozwiązania do praktyki następuje w warunkach normalnych, zazwyczaj innych, mniej korzystnych od tych, jakie istniały przy dokonywaniu eksperymentu. Zatem również w tej ostatniej fazie działalności nowatorskiej istnieje element ryzyka, z którym trzeba się liczyć”¹⁰³⁶.

Powstaje kolejne pytanie, czy sprawcą działającym w warunkach tego kontraktypu musi być autor i prowadzący (współprowadzący) ten eksperyment czy też może być tym sprawcą jego uczestnik. Rozróżnienie to jest istotne, bowiem eksperyment dotyczący nękania może polegać na tym, że jeden uczestnik nęka innego uczestnika i wówczas powstaje kwestia bezprawności czy też legalności takiego działania. Brzmienie art. 27 § 1 k.k. wskazuje, że sprawca ma być osobą przeprowadzającą eksperyment. Przemawiać może za tym pogląd P. Daniluka, który uważa, że czyn zabroniony ma zostać popełniony w formie eksperymentu¹⁰³⁷. Ale czy takie ukształtowanie warstwy deskryptywnej wyklucza możliwość powołania się na ten kontraktyp również i uczestnika tego eksperymentu. Trafna odpowiedź brzmi, że wyłącznie eksperymentator (eksperymentatorzy) mogą powołać się na ten kontraktyp. Eksperymentatorzy bowiem są dość często twórcami eksperymentu i kierują nim. Pełnią więc rolę organizacyjno-kreacyjną dla bytu eksperymentu. Uczestnik z kolei jest niejako „narzędziem” w rękach eksperymentatora. Zatem sprawstwo czynu w postaci eksperymentu jest sprawstwem eksperymentatorów, zaś uczestnik jest jedynie przedmiotem czynności sprawczej. Ale czy niemożność powołania się na kontraktyp eksperymentu przez uczestnika, który nęka innego uczestnika w ramach eksperymentu przekreśla brak odpowiedzialności karnej uczestnika. W takiej sytuacji uczestnik przy założeniu rzetelności eksperymentu, spełnienia przez ów eksperyment przesłanek z art. 27 k.k. oraz działania zgodnie z poleceniami eksperymentatora nie będzie odpowiadał za nękanie,

¹⁰³⁵ I. Zduński, *Przesłanki ryzyka nowatorstwa*, Prok. i Pr. 2010, nr 10, s. 48.

¹⁰³⁶ I. Zduński, *Przesłanki ryzyka...*, s. 48.

¹⁰³⁷ P. Daniluk, *Komentarz do art. 27 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 273.

przy czym podstawą braku odpowiedzialności nie będzie wyłączenie bezprawności, lecz brak przestępności czynu wynikający z braku popełnienia czynu zabronionego albo znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu. Antycypując dalsze rozważania wskazać należy, że sprawca uporczywego nękania musi działać w zamiarze wywołania u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnego naruszenia jego prywatności. W przypadku takiego eksperymentu sprawca (uczestnik A) działa nie o tyle, aby wypełnić znamiona czynności sprawczej i wywołać jeden ze skutków, o których mowa w art. 190a § 1 k.k. Uczestnik A działa w celu weryfikacji hipotez badawczych postawionych przez eksperymentatorów. Niewątpliwie sprawca może chcieć i wywołuje taki skutek, lecz dzieje się to jakby „dodatkowo”. Nie naraża on zatem dóbr prawnie chronionych pokrzywdzonego (uczestnika B). Zatem wyłączenie następuje z powodu braku realizacji znamion typu czynu zabronionego. Kolejną możliwością uznania zachowania się uczestnika A za nieprzestępne jest stwierdzenie znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu. Wspomniany znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu wynika z braku faktycznego naruszenia dóbr prawnych uczestnika B.

Zatem możliwe jest powołanie się na kontratyp eksperymentu wyłącznie w sytuacji, kiedy to eksperymentator w warunkach rzetelnego eksperymentu (m.in. spełniającego warunki wynikające z art. 27 k.k.), a precyzyjniej w fazie trzeciej eksperymentu, dopuszcza się przekroczenia normy sankcjonowanej z art. 190a § 1 k.k. względem uczestnika.

§ 5.4. Tak zwane kontratypy pozaustawowe

Kolejną grupą okoliczności wyłączających bezprawność czynu są tzw. kontratypy pozaustawowe. Jak sama nazwa wskazuje okoliczności te nie wynikają z tekstu aktu prawnego. Konsekwencją tego jest trudność ustalenia dokładnej liczby takich kontratypów jak i wszystkich ich rodzajów. Warto nadmienić, że niektórzy przedstawiciele doktryny negują istnienie wspomnianych kontratypów pozaustawowych¹⁰³⁸. Nie wchodząc głębiej w te rozważania należy zanegować taki pogląd. Wynika to z faktu, że nazwa kontratyp jest nazwą doktrynalną, nie zaś stosowaną przez ustawodawcę. Ponadto przyjęcie poglądu o nieistnieniu kontratypów pozaustawowych mogłoby spowodować, że sytuacje pozbawione cechy bezprawności staną się

¹⁰³⁸ Przedstawicielami takiego poglądu są m.in. W. Wróbel i A. Zoll. Autorzy ci uważają, że formułowanie kontratypów niemających swojej podstawy w tekście ustawy stanowi naruszenie zasady legalizmu. Wskazują oni także na brak potrzeby tworzenia tych kontratypów, bowiem zabieg medyczny jak i zgoda pokrzywdzonego są pierwotnie legalne. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013, s. 346-347.

czynami bezprawnymi¹⁰³⁹. Zatem należy uznać, że wspomniane kontratyby pozaustawowe istnieją, choć są zjawiskiem niezbyt pożądanym z perspektywy przejrzystości prawa. Kontratyby pozaustawowe są wypracowywane przez orzecznictwo i doktrynę, przez co ich liczba zmienia się i nie sposób podać ich wyczerpującego katalogu¹⁰⁴⁰. Tak jak wspomniano na gruncie niniejszej pracy omówione zostaną kwestie związane z kontratypem zgody pokrzywdzonego oraz działania w granicach uprawnień i obowiązków służbowych.

§ 5.4.1. Zgoda pokrzywdzonego

Istotę kontratypu zgody pokrzywdzonego wyraża łacińska paremia *volenti fit non iniuria*¹⁰⁴¹. Poza zakresem niniejszych rozważań pozostanie kwestia, czy zgoda pokrzywdzonego stanowi pierwotną, czy też wtórną legalizację typu czynu zabronionego¹⁰⁴². Na potrzeby niniejszej pracy należy przyjąć pogląd, że zgoda pokrzywdzonego stanowi okoliczność wtórnie legalizującą zachowanie się sprawcy, o ile zgoda albo jej brak nie stanowi znamienia ustawowego¹⁰⁴³. W art. 190a § 1 k.k. w warstwie deskryptywnej nie sformułowano wymogu braku zgody pokrzywdzonego. Można się zastanawiać czy w warstwie normatywnej sformułowany

¹⁰³⁹ Przykładem może być sytuacja obrażeń boksera powstałych podczas walki bokserskiej. Z racji przyjęcia pozaustawowego kontratypu ryzyka sportowego działanie przeciwnika nie jest bezprawne. Przy uznaniu, że kontratyby pozaustawowe nie istnieją, to wówczas przeciwnik ten popełniłby przestępstwo spowodowania uszczerbku na zdrowiu (w zależności od obrażeń lekkiego, średniego albo ciężkiego), a zatem jego działanie byłoby bezprawne. Ewentualnie przestępność zachowania się sprawcy może wynikać w takiej sytuacji z innych czynników aniżeli bezprawność (np. z pierwotnej legalizacji jego zachowania). Analiza tego problemu wykracza jednak poza ramy niniejszego opracowania.

¹⁰⁴⁰ Istotnym problemem jest to, że w zależności od autora, liczba i zakres takich kontratypów są różne. Żeby mówić o kontratypie pozaustawowym to wydaje się, że powinien być on upowszechniony w doktrynie i orzecznictwie. Uznanie za kontratyp pozaustawowy konstrukcji tylko dlatego, że przedstawiona ją w jednym albo kilku orzeczeniach lub jednym albo kilku opracowaniach wydaje się być nie wystarczające. Nie chodzi o sytuację, w której istnienie danego kontratypu pozaustawowego stanowić będzie *communis opinio*, lecz żeby uznanie danego kontratypu pozaustawowego stanowiło pogląd większościowy.

¹⁰⁴¹ W tłumaczeniu na język polski – chcącemu nie dzieje się krzywda.

¹⁰⁴² Warto w tym miejscu przywołać propozycję umieszczenia w k.k. przepisu ustanawiającego ustawy kontratyp zgody pokrzywdzonego wysuniętą przez A. Gubińskiego. W myśl propozycji wspomnianego autora przepis ten miałby składać się z dwóch paragrafów (jako numer artykułu A. Gubiński przyjmuje art. 24). Paragraf 1 powinien mieć następujące brzmienie: „Nie popełnia przestępstwa, kto podejmuje czyn przeciw prawnie chronionemu dobru, za zgodą osoby uprawnionej do rozporządzania tym dobrem”. Paragraf 2 miałby brzmieć następująco: „Przepisu § 1 nie stosuje się, gdy wyrażenie zgody jest sprzeczne z zasadami współżycia społecznego”. Zob. A. Gubiński, *Zgoda pokrzywdzonego*, PiP 1960, z. 7, s. 57. Propozycja ta na gruncie współczesnego prawa karnego jest słuszna, aczkolwiek kształt § 2 odwołującego się do tak sformułowanej w czasie komunizmu, cywilistycznej klauzuli zasad współżycia społecznego, jest nie do przyjęcia. O wiele lepiej byłoby odwołać się do siatki pojęciowej występującej na gruncie obecnego prawa karnego. Rzeczony § 2 mógłby, przykładowo, brzmieć następująco: „Przepisu § 1 nie stosuje się, gdy wyrażenie zgody dotyczy czynu, którego następstwem jest śmierć osoby uprawnionej do rozporządzania tym dobrem albo spowodowanie ciężkiego uszczerbku na zdrowiu tej osoby”. Kwestia ta jednak wymaga szerszej analizy, co wykracza poza ramy niniejszej pracy.

¹⁰⁴³ Wówczas, gdy ustawa karna wymaga, aby działanie sprawcy nastąpiło bez zgody pokrzywdzonego, a pokrzywdzony taką zgodę wyraża, to wówczas zachowanie się sprawcy jest pierwotnie legalne.

został warunek zgody. Jeśli szuka się warunku czy znamienia zgody winien się on znajdować w zwrocie nękanie.

Przed przejściem do takich rozważań należy poświęcić trochę uwagi samej zgodzie pokrzywdzonego. K. Szczucki wskazuje, że konstrukcję zgody należy rozumieć dwupłaszczyznowo: w obszarze faktycznym i obszarze normatywnym. Obszar faktyczny odnosi się do analizy zgody jako zjawiska społecznego, pewnego zaistniałego faktu w relacjach międzyludzkich. Analiza obszaru normatywnego ma udzielić odpowiedzi na prawną relewantność zgody¹⁰⁴⁴. K. Młynarczyk-Puławska zgodę definiuje jako: „jednostronne, odwoławalne działanie prawne zbliżone w swym charakterze do oświadczenia woli”¹⁰⁴⁵. Autorka ta stwierdza, że bezprawność wyłączać będzie zgoda spełniająca wszystkie przewidziane prawem warunki¹⁰⁴⁶. Wskazuje to, że treść kontraktów zgody pokrzywdzonego jest w myśl takiego rozumowania, determinowana przez określone normy prawne. Niewątpliwie, zgoda jest pewną sytuacją międzyludzką wywołującą określone skutki. Niekiedy ten fakt występujący w relacjach międzyludzkich może być doniosły prawnie. Nie wydaje się, że zawsze warunki zgody można wywieść wprost z przepisów prawa karnego. Kontrakt zgody pokrzywdzonego jest kontraktem pozaustawowym, a co za tym idzie treść tego kontraktów nie jest kreowana przez ustawodawcę, lecz przez doktrynę i judykaturę. W tym miejscu należy wskazać na dwa przykładowe poglądy odnoszące się do przesłanek, jakie musi spełniać zgoda pokrzywdzonego wyłączająca bezprawność czynu sprawcy. Zdaniem M. Cieślaka zgoda pokrzywdzonego jest prawnokarnie doniosła, jeśli pokrzywdzony jest wyłącznym dysponentem dóbr, które sprawca ma naruszyć swoim zachowaniem się (zachowaniami się)¹⁰⁴⁷. Warunek taki w przypadku przestępstwa uporczywego nękania jest spełniony, bowiem przepis penalizujący nękanie chroni dobra ściśle związane z konkretną osobą, a co za tym idzie dobra prawne, których wyłącznym dysponentem jest pokrzywdzony. Autor ten formułuje jeszcze inne warunki omawianej zgody, a mianowicie: zdolność pokrzywdzonego do wyrażenia zgody w sposób świadomy, poczytalność pokrzywdzonego w momencie wyrażania zgody, wolność zgody od podstępów i przymusu, rzeczywistość i uprzedniość zgody¹⁰⁴⁸. Warunek poczytalności sprawcy zawiera się w zdolności do wyrażenia zgody w sposób świadomy, więc niezasadne wydaje się jego wyróżnienie. Ł. Pohl z kolei wy-

¹⁰⁴⁴ Zob. K. Szczucki, *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, CPKiNP 2011, z. 1, s. 41-42.

¹⁰⁴⁵ K. Młynarczyk-Puławska, *Analiza porównawcza wyłączającej odpowiedzialności karnej w prawie europejskim*, „Studia Europejskie” 2017, nr 3, s. 166.

¹⁰⁴⁶ Zob. K. Młynarczyk-Puławska, *Analiza porównawcza...*, s. 163.

¹⁰⁴⁷ Zob. M. Cieślak, *Zgoda pokrzywdzonego* [w:] S. Waltoś (red.), *Marian Cieślak...*, s. 203.

¹⁰⁴⁸ Zob. M. Cieślak, *Zgoda pokrzywdzonego*, s. 204.

mienia trzy warunki, jakie musi spełniać zgoda pokrzywdzonego: musi być ona suwerenną decyzją dysponenta naruszanego dobra, musi być ona decyzją podjętą przez podmiot prawnie upoważniony do wyrażenia prawnie dostatecznej zgody na naruszenie dobra czy też na narażenie na niebezpieczeństwo jego naruszenia oraz zgoda musi istnieć w chwili naruszenia lub narażenia na niebezpieczeństwo naruszenia dobra¹⁰⁴⁹. Podział Ł. Pohla ujmuje w trzech punktach podział M. Cieślaka i akcentuje dodatkowo element istnienia zgody *tempore criminis*, przez co zasługuje on na aprobatę.

Przechodząc teraz do kluczowego zagadnienia, a więc możliwości zastosowania kontraktu zgody na gruncie przestępstwa uporczywego nękania, w pierwszej kolejności należy rozważyć jaki jest stosunek zgody do nękania, czyli czy nękanie jest zachowaniem, które zachodzi bez zgody pokrzywdzonego. Intuicyjnie można wyjść z założenia, że skoro nękanie jest powodowaniem krzywdy psychicznej, to już z samego faktu wywoływania negatywnych konsekwencji dla psychiki pokrzywdzonego można wywieść, że sprawca musi działać bez jego zgody. Niewątpliwie tak jest w znaczącej liczbie sytuacji. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, w których sprawca będzie powodował nękaniami krzywdę psychiczną u pokrzywdzonego za jego zgodą, przy czym takie przypadki wydają się być marginalne. Jednak zaprezentowana definicja nękania nie odwołuje się do warunku zgody. Bowiem jeśli mówimy o nękanii jako pewnym zjawisku to zgoda nękanego na gruncie pozaprawnym nie jest istotna, aby stwierdzić, że mamy do czynienia z nękaniami. Zatem art. 190a § 1 k.k. nie wyraża znamienia zgody pokrzywdzonego zarówno w formie znamienia pozytywnego jak i znamienia negatywnego. Wniosek ten pozwala iść dalej w rozważaniach. Skoro zgoda pokrzywdzonego nie stanowi znamienia typu czynu zabronionego, to należy się zastanowić czy może wyłączać bezprawność nękania. Tę kwestię należy przeanalizować na dwóch następujących przykładach:

1. osoba A dopuszcza się względem osoby B zachowań mogących być uznane za nękanie (np. przychodzenie codziennie pod dom osoby B, częste wręczanie jej upominków), niewywołujące u osoby B uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub poczucia istotnego naruszenia prywatności (można założyć, że te zachowania powodują pozytywne emocje u osoby A);
2. osoba A nęka osobę B i wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnie narusza jej prywatność, zaś osoba B pomimo odczuwania silnego dyskomfortu psychicznego na to się godzi (powód takiej postawy nie jest istotny) i zachowuje się biernie wobec sprawcy.

¹⁰⁴⁹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 338.

Odnosząc się do pierwszej sytuacji, należy rozważyć czy w ogóle mamy tutaj do czynienia z nękaniami. Nie zachodzi bowiem krzywda psychiczna, gdyż osoba B aprobuje te zachowania. Powyżej była mowa, że co do zasady z nękaniami skorelowany jest brak zgody pokrzywdzonego na te zachowania. Jeśli potencjalny pokrzywdzony wyraża zgodę i żywi obojętne lub pozytywne uczucia (względnie negatywne, lecz nie na tyle nasilone, by móc mówić o krzywdzie psychicznej), to wówczas nie może być mowy o nękanii. Nie wynika to z wyłączenia bezprawności, lecz z nieprzekroczenia normy sankcjonowanej zawartej w art. 190a § 1 k.k. Owo nieprzekroczenie nie polega na niewypełnieniu znamienia skutku, lecz na niezrealizowaniu znamienia czynności sprawczej. Przechodząc do drugiej sytuacji należy wskazać, że w tym przypadku sprawca dopuszcza się przekroczenia normy sankcjonowanej. Problem w tym przypadku sprowadza się do pytania, czy ze względu na charakter naruszanych dóbr, możliwa jest prawnokarnie skuteczna zgoda pokrzywdzonego. Kwestia ta *in abstracto* nie może być jednoznacznie rozwiązana, gdyż nękanie może mieć różną intensywność, a w konsekwencji może naruszać określone dobro w różnym stopniu. Należy wskazać na pogląd, w myśl którego wyłączenie bezprawności konkretnego zachowania w warunkach kontratypu cechować się musi m.in. społeczną opłacalnością działania podmiotu dopuszczającego się takiego zachowania¹⁰⁵⁰. Kierując się tym poglądem należy się zastanowić nad społeczną opłacalnością wyrażenia zgody przez pokrzywdzonego na gnębienie psychiczne. Analizowany jest przypadek, gdy sprawca działa w celu udrczenia pokrzywdzonego, nie zaś w innym celu (np. empirycznej weryfikacji pewnych hipotez dotyczących psychiki ludzkiej). Społeczna opłacalność intuicyjnie wydaje się być przeciwieństwem społecznej szkodliwości, a zatem zachowanie społecznie opłacalne jest zachowaniem pożądanym w świetle poglądów panujących w danym kręgu kulturowym. Ze społeczną opłacalnością wiąże się motywacja jaką kierował się pokrzywdzony wyrażając zgodę na nękanie. Wydaje się, że główną motywacją pokrzywdzonego jest strach przed konsekwencjami zgłoszenia zawiadomienia o nękanii organom postępowania karnego, próbie rozwiązania tej sytuacji samemu, celem ochrony innego dobra, braku zaufania do organów władzy publicznej czy niewiedzy co do możliwości prawnych „uwolnienia” się od sprawcy. Zatem wyrażenie zgody nie stanowi w takim przypadku wyłącznie wyrazu wolności, lecz stanowi pewien środek do celu, który może być zawodny. Prawo nie powinno ustępować przed bezprawiem, zatem skoro ustawodawca daje pewne możliwości ochrony określonych dóbr w inny sposób aniżeli znoszenie krzywdy psychicznej (która to krzywda coraz bardziej wpływać będzie na pokrzywdzonego w sposób destrukcyjny), to należy z nich skorzystać. Zatem zgoda pokrzywdzonego

¹⁰⁵⁰ Zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, s. 110.

daje asumpt do zwiększenia ładunku społecznej szkodliwości zachowania się sprawcy, a więc stanowi przeciwieństwo funkcji jaką ma spełniać kontratyp. W konsekwencji nie można uznać za prawnie relewantną zgodę w takim przypadku.

Analiza dwóch powyższych przykładów prowadzi do konkluzji, że nie jest możliwe na gruncie przestępstwa uporczywego nękania powołanie się na pozaustawowy kontratyp zgody pokrzywdzonego. W obu analizowanych przykładach wynika to z odmiennych poglądów. Kiedy jedna osoba dopuszcza się względem drugiej zachowań mogących zostać uznane za nękanie, ale ta druga osoba nie odczuwa krzywdy psychicznej (lecz np. obojętność czy pozytywne emocje względem tych zachowań), to wówczas sprawca nie przekracza normy sankcjonowanej zawartej w art. 190a § 1 k.k. Wynika to z tego, że istota nękania nie opiera się wyłącznie na zachowaniach, lecz również na negatywnych konsekwencjach tych zachowań dla psychiki pokrzywdzonego. Skoro nie ma typu czynu zabronionego, to nie można powołać się na kontratyp. W drugiej sytuacji, czyli w przypadku, gdy sprawca nęka pokrzywdzonego (a więc wywołuje krzywdę psychiczną u pokrzywdzonego), to wówczas motywacja i okoliczności udzielenia takiej zgody powodują, że zgoda pokrzywdzonego nie czyni zachowania się sprawcy zachowaniem się społecznie opłacalnym, lecz nawet może zwiększyć stopień społecznej szkodliwości działania przestępnego.

§ 5.4.2. Działanie w granicach uprawnień i obowiązków służbowych

Potrzeba analiza tego zagadnienia wynika m.in. z sygnalizowanej już kwestii stosowania przy windykacji nękania czy stosowania nękania przez funkcjonariuszy publicznych w ramach wykonywania obowiązków służbowych. I. Gieruła dzieli uprawnienia na uprawnienia powszechne i uprawnienia indywidualne. Z kolei uprawnienia indywidualne dzielą się na uprawnienia służbowe oraz uprawnienia prywatne – mające swoje źródło przede wszystkim w przepisach prawa cywilnego¹⁰⁵¹. Zdaniem Ł. Pohla uprawnienia takie muszą wynikać z aktu rangi ustawowej¹⁰⁵². L. Gardocki twierdzi, że uprawnienie może dotyczyć zarówno funkcjonariuszy państwa wykonujących czynności służbowe jak i osoby prywatne. Dodatkowo jako przykład działania w granicach uprawnień i obowiązków wskazuje na dozwoloną samopomoc¹⁰⁵³. Można sformułować następujące warunki, w których można powołać się na ten kontratyp:

¹⁰⁵¹ Zob. I. Gieruła, *Kontratyp działania w granicach szczególnych uprawnień i obowiązków (cz. 1)*, „Palestra” 2013, nr 58/1-2, s. 88.

¹⁰⁵² Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 312.

¹⁰⁵³ Zob. L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 131.

1. istnienie podstawy prawnej i faktycznej dla działania podmiotu;
2. dokonywana czynność musi leżeć w granicach kompetencji podmiotu;
3. czynność musi zostać dokonana z uwzględnieniem warunków przewidzianych przez normy prawne¹⁰⁵⁴.

Przed analizą możliwości wyłączenia bezprawności uporczywego nękania należy pokrótce skupić się na kwestii podmiotu działającego w granicach uprawnień i obowiązków. Sama nazwa kontratypu wskazuje, że uprawnienia i obowiązki mają być służbowe, a więc związane z wykonywaniem pewnego zawodu. Zatem niewłaściwy jest pogląd L. Gardockiego, że kontratyp ten obejmuje także przypadki działania osób prywatnych, a tym bardziej, że jego z jednym przejawów jest dozwolona samopomoc. Odrzucenie poglądu o niemożności powołania się na ten kontratyp przez osoby prywatne prowadzi do wniosku, że możliwość taka przysługuje wyłącznie funkcjonariuszom publicznym. Słuszność takiego poglądu wynika z konieczności ustawowego uregulowania uprawnień i obowiązków takich podmiotów. Poza tym, skoro działanie w warunkach kontratypu ma być działaniem społecznie opłacalnym, to działanie podmiotu w ramach jego uprawnień i obowiązków służbowych powinno być w pewien sposób społecznie doniosłe. Przechodząc dalej wskazać należy, że zwrot „funkcjonariusz publiczny” ma swoją definicję legalną w art. 115 § 13 k.k. W tym zamkniętym katalogu wymieniono podmioty takie jak: komornik, funkcjonariusz organu powołanego do ochrony bezpieczeństwa publicznego (np. policji) albo funkcjonariusz Służby Więziennej czy też osoba pełniąca służbę wojskową, z wyłączeniem terytorialnej służby pełnionej dyspozycyjnie.

Przechodząc do dalszych rozważań należy sprawdzić, czy istnieją przepisy umożliwiające nękanie w warunkach omawianego kontratypu. Analiza ta będzie dotyczyć przepisów odnoszących się do uprawnień komorników, policjantów oraz funkcjonariuszy służby więziennej. Na wstępie należy zaznaczyć, że treść normy prawnej przyznającej określoną kompetencję ma nie tylko obejmować możliwość dopuszczenia się określonych zachowań, ale także możliwość spowodowania skutków, o których mowa w art. 190a § 1 k.k.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 u.k.s. komornik ma działać osobiście, przy czym może zlecić określone zadania asesorowi komorniczemu wyłącznie w celu przygotowania asesora komorniczego do zawodu komorniczego. Zadania komorników sądowych zostały wskazane w art. 3 ust. 3 i 4 u.k.s. Zadania te są następujące:

¹⁰⁵⁴ Zob. V. Konarska-Wrzošek, A. Marek, *Prawo karne*, s. 185; M. Mozgawa [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2016, s. 291; J. Lachowski, *Inne kontratypy* [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System prawa...*, s. 493 czy Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 312.

1. wykonywanie orzeczeń sądowych w sprawach o roszczenia pieniężne i niepieniężne oraz zabezpieczenie roszczeń, w tym europejskich nakazów zabezpieczenia na rachunku bankowym, z uwzględnieniem wyjątków przewidzianych w k.p.c.;
2. wykonywanie innych tytułów wykonawczych oraz tytułów egzekucyjnych, które podlegają wykonaniu w drodze egzekucji sądowej bez zaopatrywania ich w klauzulę wykonalności;
3. wykonywanie postanowień o zabezpieczeniu środka dowodowego oraz postanowień nakazujących wydanie środka dowodowego w postępowaniu w sprawach własności intelektualnej;
4. wykonywanie postanowień o zabezpieczeniu spadku lub sporządzanie spisu inwentarza;
5. wykonywanie zadań określonych w innych ustawach;
6. na zlecenie sądu albo wniosek powoda zobowiązanego przez sąd na podstawie art. 1391 § 1 k.p.c. – osobiste doręczenie bezpośrednio adresatowi zawiadomień sądowych, pism procesowych oraz innych dokumentów sądowych za potwierdzeniem odbioru i oznaczeniem daty;
7. sporządzenie protokołu stanu faktycznego;
8. na wniosek organizatora licytacji – sprawowanie urzędowego nadzoru nad dobrowolnymi publicznymi licytacjami, z przybiciem najniższej lub najwyższej oferty.

Katalog tych zadań jest katalogiem zamkniętym. Zatem w przypadku czynności egzekucyjnych na kontratyp mógłby się powołać wyłącznie komornik, o ile popełnienie czynu wiązałoby się z realizacją jednego z siedmiu tychże zadań. Ale należy zwrócić uwagę jeszcze na art. 25 ust. 1, który stanowi: „Komornik jest obowiązany postępować zgodnie z przepisami prawa, orzeczeniami sądu wydanymi w trybie nadzoru judykacyjnego, zarządzeniami lub zaleceniami uprawnionych organów nadzoru administracyjnego, złożonym ślubowaniem i zasadami etyki zawodowej oraz podnosić kwalifikacje zawodowe”. Z przepisu tego można wywieść normę zakazującą przekraczania innych norm prawnych, a więc i norm sankcjonowanych. Dalszym wnioskiem płynącym z tego przepisu jest to, że w trakcie wykonywania swoich zadań komornik sądowy nie może stosować względem dłużnika uporczywego nękania. Jeśli natomiast komornik sądowy dopuści się nękania względem dłużnika to wówczas przekracza swoje uprawnienia. Zatem komornik sądowy, jeśli w trakcie czynności służbowych i w związku z nimi dopuści się przestępstwa uporczywego nękania, to nie może powoływać się na kontratyp działania w ramach uprawnień i obowiązków.

Przechodząc do analizy możliwości powołania się na przedmiotowy kontratyp policjanta, który dopuścił się uporczywego nękania w trakcie i w związku z wykonywanymi czynnościami służbowymi należy odwołać się do u.p. Katalog zadań policji został sformułowany w art. 1, natomiast uprawnieniom poświęcony jest rozdział 3 wspomnianej ustawy. Na potrzeby niniejszej pracy nie jest zasadne chociażby pobieżne odwoływanie się do zadań policji, natomiast należy się skupić na uprawnieniach policji. Uprawnieniami tymi są m.in.: dokonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych, przeglądanie zawartości bagaży lub ładunków w portach i na dworcach, legitymowanie osób, zatrzymanie osób w wypadkach przewidzianych przez k.p.k. i u.p., dokonywanie kontroli osobistej, sprawdzanie prewencyjne, użycie środków przymusu lub broni palnej, zakup kontrolowany czy też kontrola operacyjna. Należy nadmienić, że na gruncie niniejszej pracy nie ma potrzeby analizowania wszystkich wymienionych uprawnień, bowiem niekiedy już *prima facie* można orzec, że nie zawierają one w sobie możliwości nękania innej osoby. Zatem analizie nie zostaną poddane użycie broni palnej, przeglądanie zawartości bagaży lub ładunków w portach i na dworcach oraz zakup kontrolowany.

Czynności operacyjno-rozpoznawcze nie mają swojej definicji legalnej. Art. 14 ust. 1 u.p. wskazuje na cele, w których mogą zostać podjęte te czynności. Są to:

1. rozpoznawanie, zapobieganie i wykrywanie przestępstw, przestępstw skarbowych i wykroczeń;
2. poszukiwanie osób ukrywających się przed organami ścigania lub wymiaru sprawiedliwości;
3. poszukiwanie osób, które na skutek wystąpienia zdarzenia uniemożliwiającego ustalenie miejsca ich pobytu należy odnaleźć w celu zapewnienia ochrony ich życia, zdrowia lub wolności.

W doktrynie można spotkać różne definicje czynności operacyjno-rozpoznawczych. J. Konieczny i J. Widacki wskazują, że: „(...) czynności operacyjno-rozpoznawcze są umocowanymi ustawowo, z reguły niejawnymi działaniami organów państwowych, realizowanymi w celach informacyjnych, prewencyjnych, wykrywczych lub dowodowych...”¹⁰⁵⁵. Autorzy ci wymieniają następujące rodzaje czynności operacyjno-rozpoznawczych: wywiad, przetwarzanie danych, podsłuch telefoniczny, podsłuch pomieszczeń, podgląd pomieszczeń, kontrola korespondencji, obserwację, prowokację policyjną, przesyłkę (dostawę) niejawnie kontrolowaną, tzw. „przykrycie”, legalizację oraz działalność tajnych informatorów i agentów¹⁰⁵⁶. A. Taracha

¹⁰⁵⁵ J. Konieczny, J. Widacki, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze* [w:] J. Widacki (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2016, s. 172.

¹⁰⁵⁶ J. Konieczny, J. Widacki, *Czynności...*, s. 174-177.

wymienia następujące cechy czynności operacyjno-rozpoznawczych: są to czynności organów państwowych, wykonywane tajnie lub poufnie, posiadają podstawę prawną w akcie rangi ustawowej, spełniają funkcję informacyjną, wykrywczą, profilaktyczną i dowodową¹⁰⁵⁷. K. Ożóg-Wróbel twierdzi: „Czynności operacyjno-rozpoznawcze służą zwalczaniu przestępstw oraz polegają na uzyskiwaniu oraz sprawdzaniu informacji związanych z wszelkiego rodzaju działalnością i zjawiskami kryminogennymi z punktu widzenia społecznego i podejmowane są w większości przypadków w sposób tajny. Różnią się także znacznie od czynności procesowych, czynności administracyjnych i innych czynności służbowych, występują na wszystkich etapach walki z przestępczością, w fazie rozpoznawania zagrożeń przestępczością na etapie zapobiegania przestępczości, na odcinku wykrywania przestępstw i ich sprawców, a także udowodnienia winy sprawcom przestępstw”¹⁰⁵⁸. Z przytoczonych definicji można wywieść istotną cechę czynności operacyjno-rozpoznawczych – ich tajność. Już była mowa, że aby móc dopuścić się przestępstwa uporczywego nękania to zachowania te muszą być zakomunikowane sprawcy, a brak takiego zachowania może być traktowany jako usiłowanie. Wydaje się także, że czynności operacyjno-rozpoznawcze polegają na dokonaniu pewnych czynności, nie zaś wyłącznie ich usiłowaniu. Zatem nękanie nie stanowi formy prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych. W sytuacji realizacji tych czynności omawiany kontratyp nie znajdzie zastosowania.

Odnosząc się do legitymowania osób, sprawdzania prewencyjnego oraz zatrzymania osoby należy ograniczyć się do stwierdzenia, że są to czynności mające zasadniczo charakter jednorazowy (tj. nie są rozciągnięte w czasie). Zatem czynności te w swej istocie nie obejmują również nękania. Stosowanie nękania przy takich czynnościach wydaje się być *de facto* nad wyraz trudne i sprzeczne z celem tych czynności, a zatem stanowi przekroczenie uprawnień służbowych, które nie może korzystać z wyłączenia bezprawności na podstawie omawianego kontratypu.

Kontrola osobista uregulowana jest w art. 15d u.p. Ustawodawca sformułował katalog czynności na jakich polega kontrola osobista oraz reguły jej przeprowadzania. Jest to czynność techniczna, która dzieje się jednorazowo, tj. nie jest rozciągnięta w czasie oraz nie posiada cechy trwałości. Zatem i tutaj jest wyłączona możliwość powołania się na kontratyp działania

¹⁰⁵⁷ Zob. A. Taracha, *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006, s. 25.

¹⁰⁵⁸ K. Ożóg-Wróbel, *Katalog metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, t. XXII, nr 4, s. 116-117.

w ramach uprawnień i obowiązków służbowych, jeśli policjant dopuścił się nękania w trakcie kontroli osobistej.

Użycie środków przymusu zostało uregulowane w art. 16 ust. 1 u.p. Jest to przepis odsyłający do regulacji zawartych w u.ś.p.b. w zakresie katalogu środków przymusu bezpośredniego oraz sytuacji, w których można ich użyć. Na gruncie niniejszej pracy najistotniejszy jest katalog środków przymusu¹⁰⁵⁹, zatem pominięta zostanie kwestia sytuacji, w których można ich użyć. Obejmuje on m.in.: siłę fizyczną w postaci technik transportowych, ataku, obrony, obezwładniania, kajdanki, pas obezwładniający, pałka służbowa, pociski niepenetracyjne czy chemiczne środki obezwładniające w postaci ręcznych miotaczy substancji obezwładniających, plecakowych miotaczy substancji obezwładniających, granatów łzawiących oraz innych urządzeń przeznaczonych do miotania środków obezwładniających. Katalog ten obejmuje zatem środki oddziaływania fizycznego na określoną osobę, nie zaś środki oddziaływania psychicznego. Stąd też użycie nękania jako środka przymusu nie stanowi działania w ramach uprawnień i obowiązków, przez co nie może być wyłączona bezprawność takiego zachowania się sprawcy.

Kontrola operacyjna została uregulowana w art. 19 u.p. Ustawodawca wskazał wyczerpujący katalog sytuacji, w których można ją zastosować – w uproszczeniu chodzi o sytuację prewencji albo prowadzenia postępowania karnego o wymienione enumeratywnie w tym przepisie przestępstwa i przestępstwa skarbowe, kiedy to inne środki okażą się bezskuteczne lub nieprzydatne. Ustawodawca również definiuje pojęcie kontroli operacyjnej w art. 19 ust. 6. Zgodnie z tym przepisem: „Kontrola operacyjna prowadzona jest niejawnie i polega na: 1) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści rozmów prowadzonych przy użyciu środków technicznych, w tym za pomocą sieci telekomunikacyjnych; 2) uzyskiwaniu i utrwalaniu obrazu lub dźwięku osób z pomieszczeń, środków transportu lub miejsc innych niż miejsca publiczne; 3) uzyskiwaniu i utrwalaniu treści korespondencji, w tym korespondencji prowadzonej za pomocą środków komunikacji elektronicznej; 4) uzyskiwaniu i utrwalaniu danych zawartych w informatycznych nośnikach danych, telekomunikacyjnych urządzeniach końcowych, systemach informatycznych i teleinformatycznych; 5) uzyskiwaniu dostępu i kontroli zawartości przesyłek”. Nie będzie zatem działaniem w granicach uprawnień i obowiązków uporczywe nękanie w ramach kontroli operacyjnej skutkujące wzbudzeniem u osoby kontrolowanej uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia. Wątpliwości powstają co do uporczywego nękania skutkującego istotnym naruszeniem prywatności. Bowiem w toku kontroli operacyjnej mieści się istotne

¹⁰⁵⁹ Katalog środków przymusu bezpośredniego jest sformułowany w art. 12 ust. 1 u.ś.p.b.

wkroczenie w prywatność osoby kontrolowanej. Ustawodawca jednak *expressis verbis* wskazuje, że kontrola operacyjna jest niejawną, zatem osoba poddawana takiej kontroli nie wie, że Policja prowadzi względem tej osoby działania naruszające jej prywatność w celach wskazanych w u.p. Zatem skoro kontrolowany nie wie o kontroli operacyjnej, to nie może być mowy o nękanii. Zatem i w tym przypadku nie można powołać się na analizowany kontratyp.

Przechodząc do u.s.w. należy w pierwszej kolejności odwołać się do art. 18 ust. 1, który to określa uprawnienia funkcjonariuszy Służby Więziennej. Są to uprawnienia takie jak: legitymowanie określonych osób, żądanie przekazania do depozytu przedmiotów niebezpiecznych i przedmiotów niedozwolonych, prawo dokonywania kontroli osobistej osób ubiegających się o wstęp do jednostki, funkcjonariuszy wchodzących i wychodzących na teren jednostki organizacyjnej, zatrzymanie osób wymienionych w art. 18 ust. 1 u.s.w. czy usunięcie z terenu jednostki organizacyjnej osoby niestosującej się do polecenia wydanego na podstawie obowiązujących przepisów. Art. 19 przyznaje funkcjonariuszom Służby Więziennej podobne kompetencje do zastosowania środków przymusu bezpośredniego, jakie przysługują funkcjonariuszom Policji. Ponadto Służbie Więziennej przysługują uprawnienia odnoszące się do pozyskiwania informacji. W odniesieniu do obowiązków względem osób skazanych istotny jest art. 2 ust. 2 pkt 3 i 4. W punkcie 3 Służba Więzienna została zobligowana do zapewnienia skazanym lub tymczasowo aresztowanym przestrzegania ich praw, a zwłaszcza ich humanitarnych warunków bytowych, poszanowania godności, opieki zdrowotnej i religijnej. Punkt 4 nakazuje z kolei humanitarne traktowanie osób pozbawionych wolności. W tak przedstawionym zakresie uprawnień i obowiązków nie jest możliwe uzasadnienie uporczywego nękania podejmowanego w trakcie czynności służbowych przez funkcjonariuszy Służby Więziennej jako przejawu wykonywania swoich uprawnień czy też obowiązków. Zatem w przypadku popełnienia czynu z art. 190a § 1 k.k. funkcjonariusz Służby Więziennej w takiej sytuacji nie może powołać się na kontratyp działania w granicach uprawnień i obowiązków służbowych.

Konkludując niniejsze rozważania, w przypadku popełnienia przestępstwa uporczywego nękania przez funkcjonariusza publicznego w trakcie i w związku z wykonywanymi przez niego czynnościami służbowymi, nie może on powołać się na kontratyp działania w granicach uprawnień i obowiązków służbowych.

§ 5.5. Podsumowanie

Jak wykazano, liczba kontratypów na jakie może powołać się sprawca uporczywego nękania jest niewielka. Bowiem sprawca nękania może powołać się na obronę konieczną i wyjątkowo na kontratyp eksperymentu. Przechodząc do podsumowania niniejszych wniosków należy wskazać, że niewątpliwie można odeprzeć zamach w postaci uporczywego nękania obroną konieczną, przy czym obrona ta musi spełniać przesłanki wysłowione w art. 25 § 1 k.k. W praktyce odpieranie zamachu w postaci uporczywego nękania może być środkiem mało efektywnym, z racji możliwości spowodowania przez to eskalacji zachowań się sprawcy. W przypadku, gdy odpieranie zamachu przybiera postać nękania odpierany w takiej formie zamach musi być rozciągnięty w czasie. Jednak odpieranie zamachu za pomocą nękania wydaje się mało praktycznym sposobem uchylania bezprawia. Wymaga ono bowiem wzbudzenia jednego ze skutków wysłowionych w art. 190a § 1 k.k., zaś sama obrona jest rozciągnięta w czasie, co nie pozwala na natychmiastową ochronę dobra prawnego. Z kolei w przypadku kontratypu eksperymentu, może się powołać na niego eksperymentator nękający uczestnika eksperymentu zgodnego z treścią art. 27 k.k. oraz poprawnego metodologicznie. W przypadku nękania w ramach eksperymentu jednego uczestnika przez drugiego, wówczas zachowanie to jest pierwotnie legalne co wynika z faktu, że intencją uczestnika nie jest w modelowym ujęciu spowodowanie krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego, lecz sprawdzenie pewnych założeń. Jeśli jednak spowodowanie krzywdy psychicznej stanowi główną intencję sprawcy wówczas dochodzi do ekscesu i uczestnik odpowiada karnie.

Jak wskazano, sprawca nie może powołać się na kontratyp stanu wyższej konieczności, bowiem zachowanie się człowieka nie stanowi niebezpieczeństwa w rozumieniu art. 26 § 1 k.k., a skoro zachowanie się człowieka jest tylko źródłem niebezpieczeństwa, nie zaś samym niebezpieczeństwem to nie można uchylić takiego stanu za pomocą nękania. Sprawca czynu z art. 190a § 1 k.k. nie może powołać się również na kontratypy pozaustawowe zgody pokrzywdzonego oraz działania w granicach uprawnień i obowiązków służbowych.

§ 6. Społeczna szkodliwość

Przechodząc do zagadnienia społecznej szkodliwości czyni należy przypomnieć, że może być ona społeczną szkodliwością: *in abstracto* oraz *in concreto*. Wymiar kary od 6 miesięcy do lat 8 wskazuje na społeczną szkodliwość *in abstracto* analizowanego przestępstwa.

Ten stopień społecznej szkodliwości jest na tyle znaczny, że wymaga on po pierwsze zastosowania sankcji karnej, a po drugie sankcji dość dolegliwej – czasowej izolacji sprawcy od społeczeństwa. Kwestię stopnia społecznej szkodliwości przestępstwa uporczywego nękania trafnie ujmuje następujące stwierdzenie E. Bieńkowskiej: „Wymienione czyny [tj. art. 190a § 1, art. 190a § 2 oraz art. 191a k.k. – przyp. M.G.] – obiektywnie rzecz biorąc – nie odznaczają się szczególnie wysokim stopniem społecznej szkodliwości, ale ich doświadczanie, zwłaszcza przez dłuższy czas, bywa w codziennym życiu niezwykle uciążliwe, a nawet może stać się źródłem poważnych urazów psychicznych, z zespołem stresu urazowego na czele”¹⁰⁶⁰. J. Kulesza natomiast uważa, że uporczywe nękanie cechuje się wysoką społeczną szkodliwością¹⁰⁶¹. Takie stwierdzenie wydaje się być dość arbitralne, ponieważ wskazuje na to, że nękanie cechuje się zawsze wysokim stopniem społecznej szkodliwości. Jednak są sytuacje, w których sprawca co prawda w znaczący sposób oddziałuje negatywnie na psychikę człowieka, niemniej ze względu na kontekst podejmowanych działań i ich formę, nie są w stanie one naruszyć w znaczny sposób dóbr prawnie chronionych przez omawiany przepis. Wówczas nie można mówić, że społeczna szkodliwość *in concreto* czynu zabronionego popełnionego przez sprawcę jest wysoka. Owszem mowa jest o społecznej szkodliwości *in abstracto*, niemniej stopień społecznej szkodliwości w tym znaczeniu jest determinowany również w pewnym stopniu przez stopień społecznej szkodliwości *in concreto*. Zatem skoro dobro prawne nie jest naruszane w znaczącym stopniu na gruncie poszczególnych stanów faktycznych (a wydaje się, że tak jest w większości przypadków), to nie można mówić o wysokim stopniu społecznej szkodliwości *in abstracto*. Nadto na wysoki stopień społecznej szkodliwości czynu nie wskazuje wymiar kary. Gdyby bowiem ustawodawca uważał ten czyn za społecznie szkodliwy w stopniu wysokim, to wówczas kara grożąca za popełnienie tego przestępstwa byłaby znacząco wyższa.

§ 7. Okoliczności wyłączające winę

Ustawodawca w k.k. kreuje okoliczności, które wyłączają możliwość przypisania winy sprawcy, a zatem i możliwość wymierzenia mu kary za popełniony przez niego czyn. Zwane są one w doktrynie: okolicznościami wyłączającymi winę, okolicznościami ekskulpującymi czy ekskulpantami¹⁰⁶². Okolicznościami tymi są: błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu

¹⁰⁶⁰ E. Bieńkowska, *Wiktymologia*, Warszawa 2018, s. 361.

¹⁰⁶¹ Zob. J. Kulesza, *Prawnokarna ochrona...*, s. 43.

¹⁰⁶² Zob. M. Małecki, *Przypisanie winy. Podstawy teorii ekskulpantów*, Kraków 2019, s. 189. Warto dodać, że M. Małecki we wspomnianej pracy okoliczności wyłączające winę, które to zostaną wymienione w niniejszym

czynu zabronionego, błąd co do okoliczności stanowiącej znamię uprzywilejowujące, błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego, błąd co do okoliczności wyłączającej winę, błąd co do bezprawności czynu, niepoczytalność, ostateczna potrzeba i stan wyższej konieczności z art. 26 § 2 k.k.

Analizie zostanie poddana kwestia możliwości powołania się sprawcy uporczywego nękania na: błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, błąd co do znamienia uprzywilejowującego, błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego, błąd co do okoliczności wyłączającej winę, błąd co do bezprawności czynu i niepoczytalność. Poza zakresem rozważań zostaną stan wyższej konieczności z art. 26 § 2 k.k. oraz ostateczna potrzeba. Stan wyższej konieczności wyłączający winę został omówiony we fragmencie dotyczącym okoliczności wyłączających bezprawność, zaś ostateczna potrzeba jako instytucja uregulowana w części wojskowej k.k. nie ma związku z niezbyt „wojskowym” przestępstwem uporczywego nękania.

§ 7.1. Błąd

Zdaniem W. Woltera błąd jest stosunkiem poznającego podmiotu (świadomości) do obiektywnej rzeczywistości charakteryzujący się niezgodnością między tą rzeczywistością a odbiciem tej rzeczywistości w świadomości określonego podmiotu w ramach określonego

fragmencie pracy, nazywa ekskulpantami pierwszego stopnia. Zob. M. Małecki, *Przypisanie winy...*, s. 189. Autor ten wyróżnia również tzw. ekskulpanty drugiego stopnia. Według przywołanego autora na ekosystem ekskulpantami drugiego stopnia składają się czyny sprawcy (np. zapobiegnięcie skutkowi, pomoc ofiarom czynu, pozytywna zmiana trybu życia czy samoukaranie się), czyny pokrzywdzonego (np. przebaczenia sprawcy, pojednanie się ze sprawcą, samoukaranie sprawcy czy nadużycie praw pokrzywdzonego) oraz stany rzeczy ewoluujące z czasem (np. kondycja sprawcy, tożsamość osobowa sprawcy, zmiany społeczne i cywilizacyjne relewantne do okoliczności jak również oceny społeczne dotyczące danej kategorii czynów). Co istotne M. Małecki nie tworzy wyczerpującego katalogu tzw. ekskulpantów drugiego stopnia. Dopuszcza on bowiem możliwość wyróżnienia innych takich okoliczności, które mogłyby wyłączać winę. Zob. M. Małecki, *Przypisanie winy...*, s. 203 i nast. Warto jeszcze dodać, że autor wśród potencjalnych ekskulpantów drugiego stopnia wymienia klauzule: czynnego żalu, przedawnienia karalności oraz umorzenia kompensacyjnego. Zob. M. Małecki, *Przypisanie winy...*, s. 244. Przechodząc do wskazania własnego stanowiska odnośnie zreferowanej koncepcji, należy wskazać, że co prawda koncepcja M. Małeckiego jest koncepcją nowatorską i bardzo interesującą, niemniej jest także koncepcją niezastępującą na aprobatę. Autor ten bowiem „rozciga” winę na zachowania czy zdarzenia występujące już po popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego. Jak wynika ze wskazanej powyżej definicji winy sformułowanej przez M. Kowalewską-Łukuć, winę ocenia się na czas popełnienia przez sprawcę czynu zabronionego, nie zaś od momentu jego popełnienia. Należy dodać, że przy ocenie winy należy niekiedy brać pod uwagę zachowania się oraz właściwości osobiste sprawcy, które to wystąpiły przed popełnieniem czynu zabronionego (np. wprawienie się sprawcy w stan upojenia alkoholowego). Kolejną kwestią jest to, że okoliczności zwane przez M. Małeckiego ekskulpantami drugiego stopnia w istocie są okolicznościami wpływającymi na wymiar kary. A w konsekwencji okoliczności te lokować należy po stronie normy sankcjonującej. Z kolei okoliczności wyłączające winę wyłączają jeden z elementów przestępstwa, jakim jest wina. Zatem okoliczności te odnoszą się do normy sankcjonowanej, nie zaś do normy sankcjonującej. Zob. także M. Kowalewska-Łukuć, *Imputacyjna koncepcja winy i ekskulpanty 2^o (polemika z M. Małeckim)*, PiP 2021, z. 5, s. 126-134.

aktu poznawczego. Autor ten wskazuje, że w ramach takiego stosunku-błądu wyróżnić można: podmiot błędzący, przedmiot błędu (określony fragment rzeczywistości nieprawidłowo odbijający się świadomości sprawcy) oraz stosunek niezgodności między rzeczywistością a jej odbiciem w świadomości¹⁰⁶³. W takim ujęciu błędu czynnikiem subiektywnym nie jest wiedza podmiotu błędzącego, lecz jego świadomość. Uwaga ta jest dość istotna, bowiem wiedza nie jest tożsama ze świadomością tej wiedzy. Człowiek może posiadać określoną wiedzę, ale w danym momencie sobie jej nie uświadamiać. Jak zauważa M. Nawrocki takie rozumienie błędu czerpie swe znaczenie z dorobku psychologii i filozofii, w których to głównym zagadnieniem jest kwestia postrzegania¹⁰⁶⁴.

Z kolei inaczej na błąd patrzy Ł. Pohl. Zdaniem tego autora błąd jest rezultatem procesu błędzenia. Procesem błędzenia, zdaniem Ł. Pohla, jest bowiem „(...) rezultatem przeprowadzonego przez człowieka intelektualnego procesu, za pomocą którego człowiek niewłaściwie interpretuje określony fragment rzeczywistości obiektywnej. Leżący u podstaw tego procesu element niewłaściwej interpretacji określonego fragmentu rzeczywistości obiektywnej zasadza się na nieświadomości człowieka co do prawdziwego obrazu tego fragmentu. Z uwagi jednak na to, że błędem nie jest sam proces błędzenia, gdyż jako wytwór procesu błędzenia jest on jedynie rezultatem tego procesu, nie można błędu sprowadzić do samej nieświadomości co do prawdziwego obrazu poddawanego interpretacji fragmentu rzeczywistości obiektywnej. Stąd też z błędem będziemy mieli do czynienia jedynie wówczas, gdy proces błędzenia doprowadzi błędzącego do nieodpowiadającego prawdzie, a więc mylnego (błédnego), wyobrażenia o fragmencie rzeczywistości obiektywnej”¹⁰⁶⁵.

Warto w tym miejscu przytoczyć również rozumienie błędu przedstawiane przez J. Giezka. Autor ten uważa, że o błédzie można mówić w przypadku wystąpienia błédnego wyobrażenia co do rzeczywistości oraz nieświadomości co do tego jak rzeczywistość wygląda¹⁰⁶⁶. Co istotne wspomniany autor nie formułuje wymogu jednoczesności występowania błédnego wyobrażenia o rzeczywistości oraz jej nieświadomości. Dla J. Giezka stanowią one dwa etapy tego samego zjawiska¹⁰⁶⁷. Jak stwierdza cytowany autor: „Z natury rzeczy każdy błąd musi polegać na nieświadomości, jak i towarzyszącym jej mylnym wyobrażeniu, gdyż

¹⁰⁶³ Zob. W. Wolter, *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965, s. 8.

¹⁰⁶⁴ Zob. M. Nawrocki, *Błąd jako znamię typu czynu zabronionego w prawie karnym*, Szczecin 2019, s. 69.

¹⁰⁶⁵ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 363-364.

¹⁰⁶⁶ Zob. J. Giezek [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne...*, s. 181 oraz J. Giezek, *Błąd co znamion modyfikujących typ czynu zabronionego* [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2010, s. 42-45.

¹⁰⁶⁷ Zob. J. Giezek [w:] M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne...*, s. 181.

w miejsce elementów rzeczywistości, które nie zostały odzwierciedlone, powstają w świadomości sprawcy obrazy (wyobrażenia) nieodpowiadające obserwowanemu wycinkowi rzeczywistości, a więc z nią sprzeczne. Sama zaś nieświadomość taka nie oznacza jeszcze błędu, lecz stanowi jedynie niezbędną przesłankę jego wystąpienia”¹⁰⁶⁸.

Może się wydawać, że definicje W. Woltera i Ł. Pohla różnią się od siebie w sposób istotny. Oczywiście między tymi definicjami występują różnice w definiensie. Niemniej różnice te nie powodują tego, że obaj autorzy błąd pojmują inaczej. W istocie różnica między obiema definicjami sprowadza się do wskazania przez Ł. Pohla, iż błąd jest rezultatem pewnego procesu myślowego. W. Wolter bowiem skupia się wyłącznie na wskazaniu czym jest błąd, a nie jak błąd powstaje. Wolterowska definicja nie wyklucza przyjęcia, iż błąd jest rezultatem procesu błędzenia. Istota błędu w obu definicjach jest taka sama – jest to niewłaściwe odbicie się w rzeczywistości sprawcy fragmentu rzeczywistości obiektywnej. Idąc dalej należy wskazać, że na problematykę błędu składają się w głównej mierze wiedza i świadomość tej wiedzy. Postrzeganie wydaje się stanowić jedno ze źródeł zdobywania wiedzy o świecie, która to wiedza może być uświadomiona sobie poprzez podmiot w sposób całkowicie zgodny z rzeczywistością albo być w tej świadomości zniekształcana. Odnosząc się natomiast do koncepcji J. Giezka należy wskazać, że nie zasługuje ona w pełni na aprobatę. Niewątpliwie są sytuacje, w których nieświadomość rzeczywistości i błędne jej wyobrażenie występują jednocześnie, czy też występują po sobie jako etapy pewnego procesu, lecz nie zawsze musi tak być. Wszakże sprawca może tkwić w błędnym wyobrażeniu rzeczywistości, a z drugiej strony mieć świadomość, że rzeczywistość może wyglądać inaczej niż jest przeświadczony¹⁰⁶⁹. Sprawca może być też nieświadomy rzeczywistości i nie wyobrażać sobie jakiegokolwiek jej obrazu (w tym obrazu fałszywego owej rzeczywistości). W konsekwencji dochodzi do istotnego i niczym nieuzasadnionego zawężenia zakresu nazwy „błąd”. Jak można zauważyć, tematyka pojęcia błędu jest tematyką nad wyraz szeroką. Wydaje się jednak, że poczynione uwagi są wystarczające dla rozważań o błędzie przy przestępstwie uporczywego nękania.

Na gruncie polskiego prawa karnego doniosłość błędu znajduje dwa przejawy: z jednej strony błąd stanowi znamię niektórych typów czynu zabronionego, z drugiej strony zaś jest jedną z okoliczności wyłączających winę. Ustawodawca dokonuje podziału błędu na błąd co

¹⁰⁶⁸ J. Giezek, *Błąd co do znamion...*, s. 42.

¹⁰⁶⁹ Doprecyzowując, w tym miejscu mowa o sytuacji, w której sprawca jest co prawda błędnie przeświadczony o rzeczywistości, ale bierze również pod uwagę fakt, że może się co do niej mylić (aczkolwiek – swoim zdaniem - nie znajduje na przekonujących go przesłanek świadczących o tym, iż jest w błędzie).

do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, błąd co do znamienia uprzywilejowanego, błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego (błąd co do kontratypu), błąd co do okoliczności wyłączającej winę i błąd co do bezprawności czynu zabronionego. Przepięstwo uporczywego nękania nie zawiera w sobie znamienia błędu, zatem w tym znaczeniu błąd jest irrelewantny dla bytu tego przepięstwa¹⁰⁷⁰. Szerszej analizie naleŹy poddać relewantnoŹ błądu w tym drugim znaczeniu w kontekŹcie czynu z art. 190a § 1 k.k., a więc jako okolicznoŹi wyłączaŹącej winę w trzech jej ustawowych odmianach.

§ 7.1.1. Błąd co do okolicznoŹi stanowiącej znamię czynu zabronionego

Błąd co do okolicznoŹi znamion ustawodawca uregulował w art. 28 § 1 k.k. W myŹl tego przepisu: „Nie popełnia przepięstwa, kto pozostaje w usprawiedliwionym błędie co do okolicznoŹi stanowiącej znamię czynu zabronionego”. Błąd co do okolicznoŹi stanowiącej znamię typu czynu zabronionego spełnia dwie funkcje. Pierwszà, moŹna by rzec pierwotnà, funkcjà tego błędu jest wyłączenie umyŹlnoŹi i Źwiadomej nieumyŹlnoŹi. Zatem ten rodzaj błędu modyfikuje stronę podmiotowà w taki sposób, Źe sprawca działając pod wpływem błędu co do okolicznoŹi stanowiącej znamię typu czynu zabronionego moŹe dopuŹcić się czynu zabronionego wyłączenie w warunkach nieŹwiadomej nieumyŹlnoŹi. Kolejnà konsekwencjà, wtórnà i okreŹlonà przez ustawodawcę, jest wyłączenie przez ten błąd winy¹⁰⁷¹. Błąd ten jest w doktrynie dzielony na nieŹwiadomoŹ i urojenie (mylne wyobraŹenie)¹⁰⁷². NieŹwiadomoŹ polega na nieodbiciu się w ŹwiadomoŹi sprawcy znamienia typu czynu zabronionego¹⁰⁷³. Innymi słowy, sprawca nie uŹwiadamia sobie, Źe popełnia ten czyn zabroniony. Mowa tu nie tylko o przypadkach, kiedy sprawcy wydaje się, Źe dopuszcza się zachowania prawnokarnie irrelewantnego, ale faktycznie popełnia przepięstwo. Mowa takŹe o przypadkach, kiedy sprawca uŹwiadamia sobie, Źe popełnia pewne przepięstwo, ale w rzeczywistoŹi popełnia inny typ czynu zabronionego. Z kolei urojenie następuje wtedy, kiedy w ŹwiadomoŹi sprawcy powstaje obraz nieznajdujący odzwierciedlenia w rzeczywistoŹi¹⁰⁷⁴. Urojenie naleŹy wiàzać (lecz nie utoŹsamiać) z pojęciem przepięstwa urojonego. Przepięstwo urojone jest sytuacjà, kiedy sprawca jest przekonany, Źe popełnia czyn zabroniony, zaŹ w rzeczywistoŹi dopuszcza

¹⁰⁷⁰ Rzecz jasna nie wyklucza to sytuacji, kiedy sprawca w ramach czynnoŹi nękania będie wprowadzał w błąd pokrzywdzonego lub inne osoby.

¹⁰⁷¹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 366-367.

¹⁰⁷² Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 28 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 609.

¹⁰⁷³ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 28...*, s. 609.

¹⁰⁷⁴ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 28...*, s. 609.

się zachowania prawnokarnie irrelevantnego¹⁰⁷⁵. Przepięstwo urojone z racji braku przekroczenia jakiegokolwiek normy sankcjonowanej jest pierwotnie legalne. Ł. Pohl twierdzi, że należy przywiązywać wagę do wiedzy sprawcy, nie zaś do jego świadomości¹⁰⁷⁶.

Wskazując na kwestię nieświadomości i mylnego wyobrażenia, należy wskazać również na podział znamion na znamiona pozytywne i znamiona negatywne. Przez znamię pozytywne należy rozumieć takie znamię, które musi się zaktualizować w obiektywnie postrzegalnej rzeczywistości, ażeby norma sankcjonowana została przekroczone przez sprawcę. Z kolei znamię negatywne to takie znamię, które ażeby norma sankcjonowana została przekroczone, nie może się odbić w obiektywnie postrzegalnej rzeczywistości¹⁰⁷⁷. Ze względu na ten podział pojawia się zagadnienie konsekwencji omawianego błędu w sytuacji nieświadomości odbicia się w rzeczywistości znamienia pozytywnego, mylnego wyobrażenia znamienia negatywnego, odbicia się w obiektywnie postrzegalnej rzeczywistości desygnatu znamienia negatywnego, mylnego wyobrażenia odbicia się w rzeczywistości obiektywnej, desygnatu znamienia pozytywnego oraz nieświadomości odbicia się w rzeczywistości obiektywnej desygnatu znamienia negatywnego. Kwestia ta zostanie przedstawiona w poniższej tabeli.

Tabela 2. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego a znamiona pozytywne i znamiona negatywne

Postać błędu	Rodzaj znamienia	Konsekwencja błędu
nieświadomość	znamię pozytywne	wykluczenie umyślności (możliwa kwalifikacja jako przestęstwo nieumyślne, o ile dla danego typu czynu zabronionego przewidziany jest typ nieumyślny)

¹⁰⁷⁵ Zob. R.A. Stefański, *Przepięstwo urojone*, Prok. i Pr. 2008, nr 3, s. 31.

¹⁰⁷⁶ Zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności...*, s. 149. Z poglądem tym nie zgadza się A. Zoll zdaniem, którego cytowany autor bazuje na poglądzie J. Giezka, w myśl którego istotę błędu stanowi tylko błędne wyobrażenie rzeczywistości, które wynika z nieświadomości, nie zaś jedynie brak wyobrażenia. Autor ten dodaje, że takie rozumienie błędu wyłącza możliwość przypisania braku błędu przy tzw. „przepięstwach z zapomnienia”. Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 28...*, s. 609. Z poglądem A. Zolla nie można się zgodzić. Autor ten przyjmując za istotę błędu sam brak wyobrażenia znacząco słyca przedmiotowy problem. Brak wyobrażenia stanowi efekt wystąpienia albo niewystąpienia pewnych procesów psychicznych, w których kluczową rolę odgrywa wiedza podmiotu. Wiedzy tej nie należy utożsamiać ze zbiorem twierdzeń będących zdaniem prawdziwymi w rozumieniu logiki formalnej. Wiedza może zawierać również twierdzenia fałszywe i kierowanie się taką wiedzą przez sprawcę może spowodować dodanie pewnych elementów nieistniejących w rzeczywistości albo odjęcie pewnych istniejących elementów. I niewątpliwie ta wiedza może niekiedy wpływać na świadomość sprawcy.

¹⁰⁷⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 368.

mylne wyobrażenie	znamię negatywne	wykluczenie umyślności oraz świadomej nieumyślności (możliwa kwalifikacja jako zachowanie nieświadomie nieumyślne)
mylne wyobrażenie	znamię pozytywne	usiłowanie nieudolne
nieświadomość	znamię negatywne	usiłowanie nieudolne

Źródło: opracowanie własne na podstawie Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 369.

Należy wskazać, że funkcją błędu co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego nie jest wyłączenie możliwości przypisania sprawcy dokonania określonego typu czynu zabronionego. Stąd też spośród wymienionych w tabeli sytuacji, przypadkami błędu z art. 28 § 1 k.k. będą wyłącznie nieświadomość znamienia pozytywnego oraz mylne wyobrażenie (urojenie) znamienia negatywnego.

Zdaniem Ł. Pohla błąd co do okoliczności znamion typu czynu zabronionego stanowi przejaw błędu co do faktu, nie zaś błędu co do prawa¹⁰⁷⁸. Przez to istota błędu nie polega na błędzie co do znamienia rozumianego jako składnik tekstu prawnego, lecz na mylnym wyobrażeniu elementów określonego stanu faktycznego, który to stan faktyczny wypełnia określone znamię typu czynu zabronionego. Powstaje pytanie czy chodzi tutaj o ogólny opis znamion czy też o sytuację, że sprawca chciał dopuścić się przestępstwa na indywidualnie oznaczonym przedmiocie. Niewątpliwie pierwsza sytuacja może być błędem, o którym mowa w art. 28 § 1 k.k. Na gruncie czynu z art. 190a § 1 k.k. może się przejawiać ona tym, że sprawca nęka np. manekina czy też jest przeświadczony, że swoimi zachowaniami powoduje krzywdę psychiczną u adresata tych zachowań, kiedy to wspomniany adresat nie odczuwa negatywnych konsekwencji psychicznych tych zachowań. O wiele więcej wątpliwości powstaje w przypadku drugiej kategorii, a więc sytuacji, kiedy sprawca co prawda popełnia czyn zabroniony na ogólnie określonym przedmiocie czynności wykonawczej (np. nęka inną osobę), ale popełnia ów

¹⁰⁷⁸ Trafnie zauważa Ł. Pohl, że o ile można się zgodzić, że analizowana postać błędu zawiera cechy błędu co do faktu, to nie można jednak traktować go jako synonimu błędu co do faktu. Autor zauważa, że każda postać błędu jest błędem co do faktu. W przypadku błędu z art. 28 § 1 z punktu widzenia logiki, zdaniem cytowanego autora, błąd co do faktu stanowi całość dzieloną, z której ustawodawca wyodrębnił człony podziału tej nazwy. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 365. P. Zakrzewski uważa z kolei, że błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego stanowi zarówno błąd co do faktu jak i błąd co do prawa. Zob. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 345. Wydaje się, że umieszczenie błędu z art. 28 k.k. na płaszczyźnie *error iuris* jest zbyt daleko idące. Ustawodawca mówi wprost, że przedmiotem błędu ma być zachowanie stanowiące znamię typu czynu zabronionego, nie zaś wiedza o istnieniu danego znamienia w określonym przepisie karnym. Zatem chodzi nie o mylne uświadomienie treści normy prawnej (choć i ono może współistnieć w przypadku tego błędu), ale o mylne odbicie w świadomości występowania lub niewystępowania określonych stanów rzeczy stanowiących znamię czynu zabronionego.

czyn zabroniony na innym konkretnym desygnacie przedmiotu czynności wykonawczej aniżeli tym, który odbija się w jego świadomości (np. sprawca chciał nękać Jana Kowalskiego, a nęka Jana Nowaka myśląc, że jest on Janem Kowalskim). P. Daniluk stwierdza, że błąd taki będzie karnoprawnie relewantny, jeśli przedmiot czynności wykonawczej zostanie w danym przepisie karnym zindywidualizowany (takiej sytuacji nie ma na gruncie czynu z art. 190a § 1 k.k.)¹⁰⁷⁹. Ł. Pohl uważa, że *error in personam* stanowi błąd nieistotny¹⁰⁸⁰, a więc błąd niewpływający na odpowiedzialność karną sprawcy. Niewątpliwie stwierdzenia te są słuszne. Bowiem normy prawne są normami generalnymi i abstrakcyjnymi¹⁰⁸¹. Przekłada się to na opis znamion typu czynu zabronionego, w którym to co do zasady przedmiot czynności wykonawczej jest sformułowany w sposób ogólny (chyba, że ustawodawca chce chronić pewną wąską kategorię podmiotów). Zatem dla ustawodawcy naganne i niepożądane jest nękanie każdej osoby. Irrelevantne jest więc dla przyjęcia błędu to czy sprawca chciał nękać Kowalskiego czy Nowaka. Bowiem nawet jeśli nęka inną osobę aniżeli zamierzał, co wynika z błędnego odbicia rzeczywistości w świadomości sprawcy, to i tak wypełnia znamię czynności czasownikowej. Nadto w takiej sytuacji nie można mówić o błędzie co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, bowiem sprawca miał zamiar nękania człowieka i uświadamiał sobie to. Ale ustawodawca dodał w art. 190a § 1 k.k. drugą grupę przedmiotów czynności sprawczej – inną osobę najbliższą. Wydaje się, że skoro ustawodawca posłużył się pojęciem zawężającym zakres czynności sprawczej, to możliwe jest przyjęcie, że z błędem z art. 28 § 1 k.k. będziemy mieli do czynienia wtedy, kiedy np. sprawca chciał nękać żonę Kowalskiego, celem wzbudzenia uzasadnionego poczucia zagrożenia u Kowalskiego, ale na skutek błędu nęka jego sąsiadkę (niebędącą dla Kowalskiego osobą najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 k.k.). Ale w myśl poczynionych uwag sprawca nie będzie mógł powołać się na błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego w sytuacji, gdy celem wzbudzenia uzasadnionego poczucia zagrożenia u Kowalskiego chciał nękać jego żonę, ale na skutek błędu nękał jego córkę. W tej sytuacji sprawca wypełnia znamię przedmiotu czynności sprawczej, lecz na innym desygnacie aniżeli ten, który objął swoim zamiarem.

Ł. Pohl twierdzi, że błąd co do skutku stanowiącego znamię typu czynu zabronionego „oderwany” od zachowania przestępnego nie może być przedmiotem błędu. Wynika to z faktu, że sam skutek nie jest z natury rzeczy elementem obiektywnie istniejącym w rzeczywistości¹⁰⁸².

¹⁰⁷⁹ Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 28 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 282.

¹⁰⁸⁰ Zob. Ł. Pohl, *Błąd co do znamion czynu zabronionego* [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System prawa...*, s. 690.

¹⁰⁸¹ Zob. S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2003, s. 18.

¹⁰⁸² Zob. Ł. Pohl, *Błąd...*, s. 60-61.

Niemniej nie można skończyć rozważań w tym zakresie na przytoczonym stwierdzeniu. Ł. Pohl wychodzi bowiem z założenia (*notabene* trafnego), że skutek jest ściśle związany z realizacją znamion czynności sprawczej typu czynu zabronionego. A co w wypadku, jeśli sprawca realizuje zachowania się, ale jest w błędzie, że nie wywołują one u pokrzywdzonego skutków, o których mowa w art. 190a § 1 k.k. Należy przypomnieć, że w samym znamieniu nękania została zawarta konieczność spowodowania u pokrzywdzonego krzywdy psychicznej w postaci udęczenia, zaś konieczność umieszczenia w art. 190a § 1 k.k. znamion skutku wynika z powodów pragmatycznych. Zatem, jeśli sprawca jest w błędzie, że swoimi zachowaniami się nie doprowadza do krzywdy psychicznej, to *de facto* jest on w błędzie nie co do znamienia skutku, lecz co do znamienia czynności sprawczej. Zatem skutek w przypadku czynu z art. 190a § 1 k.k. jest immanentnie związany ze znamieniem czynności sprawczej. Skutek oderwany od aktywności sprawcy jest natomiast zdarzeniem prawnokarnie irrelevantnym, przez co rację ma Ł. Pohl, że nie może być on przedmiotem prawnokarnie doniesłego błędu.

Przechodząc dalej błąd sprawcy musi być usprawiedliwiony. P. Daniluk wskazuje: „Z takim błędem [usprawiedliwionym] będziemy mieli do czynienia wówczas, gdy sprawcy nie można zarzucić, że gdyby dochował należytej staranności, to właściwie rozpoznałby zachodzącą rzeczywistość i tym samym unikałby błędu”¹⁰⁸³. P. Zakrzewski wyróżnia usprawiedliwienie błędu na poziomie przedmiotowym i usprawiedliwienie błędu na poziomie podmiotowym¹⁰⁸⁴. W przypadku usprawiedliwienia błędu na poziomie przedmiotowym, zdaniem cytowanego autora: „(...) ustaleniu podlega, czy w sytuacji, w jakiej znalazła się jednostka, możliwe było takie celowe zachowanie, które odpowiadało treści powinności wyznaczonej z uwzględnieniem celu obronnego normy dobra prawnego...”¹⁰⁸⁵. Natomiast usprawiedliwienie błędu na poziomie podmiotowym sprowadza się do tego czy: „(...) jednostka miała możliwość podjęcia tego zachowania”¹⁰⁸⁶. Z usprawiedliwieniem błędu ma się więc do czynienia wtedy, kiedy błąd powstałby w świadomości sprawcy nawet przy zachowaniu należytej świadomości przewidzianej dla pozyskiwania wiedzy o danych przedmiotach czy zjawiskach. W przypadku uprzączywego nękania usprawiedliwiony błąd co do znamion wydaje się sytuacją mniejszościową. W przypadku znamienia czynności sprawczej takim przykładem usprawiedliwionego błędu może być sytuacja, kiedy sprawca myśli, że swoim zachowaniem się sprawia krzywdę psychiczną innej osobie, gdyż zachowanie tej osoby daje wrażenie, że nie chce tych

¹⁰⁸³ Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 28...*, s. 285.

¹⁰⁸⁴ Zob. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 342.

¹⁰⁸⁵ Zob. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 345.

¹⁰⁸⁶ Zob. P. Zakrzewski, *Stopniowanie winy...*, s. 345.

zachowań się (albo zachowania się) sprawcy, jednak reakcje te wynikają z innych czynników aniżeli nękanie, zaś wspomniane zachowania się są dla tej osoby obojętne lub odbiera je pozytywnie. W przypadku znamienia człowieka na gruncie obecnego stanu techniki ciężko znaleźć adekwatny przykład. Można pokusić się o pewien trochę irracjonalny przykład, gdzie sprawca myśląc, że pewna, nieruszająca się od dłuższego czasu (przy co istotne żywa) osoba jest manekinem i kierując się wiedzą, że jest to manekin wyładowuje na niej emocje, co wprowadza pokrzywdzonego w stan poczucia zagrożenia¹⁰⁸⁷. O wiele łatwiej wskazać modelową sytuację usprawiedliwionego błędu co do innej osoby najbliższej. Taki błąd będzie usprawiedliwiony, kiedy osoba trzecia będzie łudzaco przypominać wyglądem osobę najbliższą dla pokrzywdzonego i dopiero na podstawie dość szczegółowego kontekstu niepostrzegalnego *prima facie* będzie można stwierdzić, że ta osoba trzecia nie jest łudzaco podobną do niej inną osobą najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. Kolejnym przejawem błędu co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego jest sytuacja, kiedy sprawca nęka pokrzywdzonego, lecz ten nie komunikuje poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia czy też istotnego naruszenia prywatności. Wówczas sprawca może (w sposób ogólnie przyjęty za właściwy) uznać, że jego zachowania nie powodują dyskomfortu u pokrzywdzonego. Może być też taka sytuacja, w której to pokrzywdzony chcąc mieć dobre stosunki ze sprawcą reaguje na te zachowania nieszczerym uśmiechem mającym na celu zamaskować poczucie krzywdy psychicznej, przez co sprawca może mieć podstawy do przyjęcia poglądu, że pokrzywdzony aprobuje jego aktywność. Oczywiście nie są to jedyne przykłady takich sytuacji. Niemniej na gruncie niniejszych rozważań taka liczba przykładów wydaje się wystarczająca. W konsekwencji możliwe jest wystąpienie na gruncie uporczywego nękania usprawiedliwionego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię określonego typu czynu zabronionego.

Jedną z sytuacji zazwyczaj analizowanej przy problematyce błędu co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego jest zboczenie działania (*aberratio ictis*). Według P. Daniluka jest to sytuacja, kiedy: „(...) wadliwa technika realizacji czynu zabronionego doprowadziła do skierowania go na inną osobę lub rzecz, niż zamierzał sprawca”¹⁰⁸⁸. Ł. Pohl natomiast zboczenie działania rozumie jako sytuację, w której: „(...) sprawca w zamiarze popełnienia czynu zabronionego na określonym desygnacie przedmiotu wykonawczego realizuje

¹⁰⁸⁷ Celem doprecyzowania przykładu należy dodać, że pokrzywdzony nie rusza się z powodu wielokrotnego wykonywania pokazu artystycznego w określonych dniach o określonej godzinie. W tym właśnie czasie kontakt z pokrzywdzonym (w świadomości sprawcy pojmowanym jako manekin) ma sprawca.

¹⁰⁸⁸ Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 28...*, s. 282.

przedmiotowe znamiona tego czynu na innym desygnacie tego samego przedmiotu wykonawczego, czego nie zamierzał”¹⁰⁸⁹. Wydaje się, że trafniejsza jest definicja Ł. Pohla. Definicja P. Daniluka pozwala dojść do wniosku, że realizacja czynu zabronionego na innym desygnacie czynności sprawczej niż na tym, na którym popełnienie czynu zaplanował sprawca leży całkowicie po stronie sprawcy, a nie zawsze tak jest. Mogą się zdarzyć czynniki zewnętrzne, które skierują atak na inny desygnat. Nie wchodząc głębiej w tę problematykę wskazać należy, że na gruncie uporczywego nękania przykładem zboczenia działania może być sytuacja, kiedy sprawca chce nękać Annę Kowalską, która jednak wyjedzie zagranicę, a sprawca nie ma wiedzy o tym wyjeździe. Anna Kowalska poprosiła o zamieszkanie w swoim mieszkaniu przyjaciółkę i sprawca, który nie wie jak wygląda Anna Kowalska bierze ową przyjaciółkę właśnie za Annę Kowalską i ją nęka. Za Ł. Pohlem należy stwierdzić, że *aberratio iuctis* nie może stanowić błędu co do okoliczności znamion, o którym mowa w art. 28 § 1 k.k., bowiem nie jest w ogóle błędem. Zboczenie działania stanowi natomiast wyraz błędnej prognozy sprawcy¹⁰⁹⁰. Zatem skoro mamy do czynienia z prognozą, to nie można mieć całkowitej pewności, że uda się sprawcy zrealizować znamiona typu czynu zabronionego w sposób w jaki sobie to zaplanował.

Podsumowując, możliwe jest zaistnienie karnoprawnie doniosłego błędu co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego przestępstwa uporczywego nękania, przy czym rzadko kiedy błąd sprawcy będzie można uznać za usprawiedliwiony.

§ 7.1.2. Błąd co do znamienia uprzywilejowanego

Konstrukcja błędu co do znamienia uprzywilejowanego sformułowana została przez ustawodawcę w art. 28 § 2 k.k., który to stanowi: „Odpowiada na podstawie przepisu przewidującego łagodniejszą odpowiedzialność sprawca, który dopuszcza się czynu w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność stanowiąca znamię czynu zabronionego, od której taka łagodniejsza odpowiedzialność zależy”. Z warstwy deskryptywnej tego przepisu jednoznacznie wynika, że okoliczność łagodząca ma stanowić znamię przestępstwa, przy czym w doktrynie powstał spór odnośnie tego, czy jako ten błąd mogą być kwalifikowane wyłącznie sytuacje, kiedy sprawca chcąc dopuścić się typu uprzywilejowanego dopuszcza się typu podstawowego czy również sytuacja, kiedy sprawca dopuszcza się popełnienia typu kwalifikowanego danego czynu zabronionego będąc w usprawiedliwionym błędzie, iż dopuszcza

¹⁰⁸⁹ Ł. Pohl, *Błąd...*, s. 69.

¹⁰⁹⁰ Zob. Ł. Pohl, *Błąd...*, s. 72.

się popełnienia typu podstawowego tegoż czynu¹⁰⁹¹. Odnosząc się do tego sporu należy przychylić się do poglądu, w myśl którego błędem, o którym mowa w art. 28 § 2 k.k. będą obie z przedstawionych sytuacji. Przede wszystkim wynika to z brzmienia art. 28 § 2 k.k. W przepisie tym mowa jest bowiem o okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego, od której zależy łagodniejsza odpowiedzialność karna, nie zaś o okoliczności stanowiącej znamię tworzące typ uprzywilejowany danego przestępstwa. Jeśli ustawodawca miałby zamiar ograniczenia przedmiotu omawianego błędu wyłącznie do relacji typ podstawowy – typ uprzywilejowany, to dałby temu wyraz w brzmieniu tego przepisu. Wydaje się zatem, że takie zawężanie przedmiotu błędu nie znajduje swoich podstaw w warstwie deskryptywnej art. 28 § 2 k.k. i stanowi przejaw niczym nieuzasadnionego pogorszenia sytuacji sprawcy. Ponadto powstaje pytanie czy okoliczności wyłączające bezprawność albo winę są tymi okolicznościami łagodzącymi w rozumieniu art. 28 § 2 k.k. Odpowiedź na to pytanie stanowić będzie zarazem odpowiedź na możliwość powołania się sprawcy na konstrukcję z art. 28 § 2 k.k., bowiem w art. 190a k.k. nie sformułowano typu uprzywilejowanego tego przestępstwa¹⁰⁹². Ponadto art. 190a § 1 k.k. nie stanowi typu kwalifikowanego innego przestępstwa. Skoro ustawodawca mówi o znamieniu typu czynu zabronionego to mowa tutaj nie o modyfikatorach takiego znamienia w postaci np. okoliczności wyłączających bezprawność czy winę, lecz o znamieniu uprzywilejującym. Skoro przestępstwo uporczywego nękania nie ma typu uprzywilejowanego na taki błąd nie może powołać się skutecznie sprawca czynu z art. 190a § 1 k.k.¹⁰⁹³.

¹⁰⁹¹ Do zwolenników poglądu ograniczającego treść tego błędu wyłącznie do relacji typ podstawowy – typ uprzywilejowane należą przykładowo J. Majewski, zob. J. Majewski [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające winę...*, s. 125-126 jak również S. Zabłocki, zob. S. Zabłocki [w:] J. Majewski (red.), *Okoliczności wyłączające...*, s. 133. Z kolei wśród zwolenników poglądu przeciwnego znajdują się m.in. J. Giezek, zob. J. Giezek, *Błąd co do znamion...*, s. 50 i nast. czy Ł. Pohl, zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 375.

¹⁰⁹² Należy nadmienić, że w polskim prawie karnym ustawodawca w ogóle nie przewiduje typu uprzywilejowanego przestępstwa uporczywego nękania. Za to skonstruowany został w art. 190a § 3 k.k. typ kwalifikowany przez następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie w wyniku zachowań się sprawcy.

¹⁰⁹³ Na marginesie można się zastanawiać, czy sprawca przestępstwa z art. 190a § 3 k.k. działający w usprawiedliwionym błędzie, że popełnia on przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. Hipotetycznie jest taka możliwość, niemniej w aspekcie pragmatycznym uznanie takiego błędu za usprawiedliwiony byłoby nader utrudnione. Typ kwalifikowany przestępstwa uporczywego nękania stypizowany w art. 190a § 3 k.k. jest typem kwalifikowanym przez następstwo. A zatem, ażeby zaktualizowała się norma sankcjonowana w tym przepisie musi dojść do doprowadzenia na skutek nękania pokrzywdzonego do targnięcia się na własne życie. Zatem jest to konsekwencja pewnych działań, którą to konsekwencję sprawca może przewidzieć czy też ich nie przewidzieć. Oczywiście ten rezultat może być pomijany na skutek błędnego postrzegania rzeczywistości, niemniej to jednak zachowania się sprawcy (co do których nie błądził) spowodowały wspomniane następstwo. Stąd też w przypadku, gdy sprawca nie zdaje sobie sprawy z tego, że doprowadzić może czy też doprowadził pokrzywdzonego do targnięcia się na własne życie, można mówić o dopuszczeniu się typu kwalifikowanego w sposób nieumyślny, nie zaś pod wpływem błędu.

§ 7.1.3. Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu zabronionego

W myśl art. 29 k.k.: „Nie popełnia przestępstwa, kto dopuszcza się czynu zabronionego w usprawiedliwionym błędnym przekonaniu, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność albo winę; jeżeli błąd sprawcy jest nieusprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary”. A. Zoll wskazuje, że przepis ten dotyczy błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność oraz błędu co do okoliczności wyłączającej winę¹⁰⁹⁴. Odnosząc się do pierwszego z tych błędów należy wskazać na pogląd Ł. Pohla, który wskazuje, że w przypadku przedmiotu tego błędu w grę wchodzić będą wszystkie okoliczności wyłączające bezprawność czynu zarówno ustawowe jak i pozaustawowe¹⁰⁹⁵. Zatem jak wskazuje cytowany autor błąd ten może zająć m.in. w przypadku:

1. mylnego wyobrażenia, że miał miejsce zamach uprawniający do podjęcia obrony koniecznej (inaczej sytuacja ta zwie się urojoną obroną konieczną);
2. mylnego wyobrażenia, że mający miejsce w świecie rzeczywistym zamach na dobro chronione prawem wszedł w fazę jego bezpośredniości;
3. mylnego wyobrażenia, że zamach kierowany w stronę dobra chronionego prawem jest zamachem bezprawnym;
4. mylnego wyobrażenia, że obrona dobra chronionego prawem jest obroną spełniającą wymóg konieczności;
5. mylnego wyobrażenia, że zamach na dobro prawem chronione jeszcze trwa;
6. błędnego przyjęcia przez poświęcającego dobro prawne, że dobru prawnemu wyższej wartości od dobra poświęcanego groziło niebezpieczeństwo jego naruszenia (tzw. urojony stan wyższej konieczności);
7. błędnego przyjęcia przez poświęcającego dobro prawne, że dobru prawnemu wyższej wartości od dobra poświęcanego groziło niebezpieczeństwo jego naruszenia, gdy tymczasem dobru temu w istocie niebezpieczeństwo groziło wyłącznie pośrednio;
8. błędnego przyjęcia przez poświęcającego dobro prawne, że dobru prawnemu wyższej wartości od dobra poświęcanego groziło bezpośrednio niebezpieczeństwo jego naruszenia, gdy tymczasem bezpieczeństwo już nie groziło;

¹⁰⁹⁴ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 29 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 619.

¹⁰⁹⁵ Zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność* [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System prawa...*, s. 754.

9. błędnego przyjęcia przez poświęcającego dobro prawne celem ratowania dobra prawnego wyższej wartości, że poświęcenie niższej wartości było konieczne (tj. było ono jedynym sposobem na uratowanie dobra wyższej wartości);
10. błędnego przyjęcia przez poświęcającego dobro prawne, że dobro poświęcone przedstawiało wartość niższą od dobra ratowanego;
11. błędnego przyjęcia, że obowiązek wykonywany jest obowiązkiem ważniejszym od obowiązku niewykonanego;
12. mylnego wyobrażenia, że miała miejsce kontratypowa zgoda dysponenta dobrem na jego naruszenie¹⁰⁹⁶.

Zastanović się należy w tym miejscu czy pojęcie usprawiedliwienia błędu należy rozumieć podobnie jak w przypadku art. 28 § 1 k.k. Bazując na poglądzie o racjonalności ustawodawcy należy założyć, że ustawodawca danemu terminowi, którego używa w danym tekście prawnym przyznaje jedno znaczenie, niezmiennie w zależności od kontekstu jego użycia. W przypadku błędu ustawodawca dokonał pewnego rodzaju podziału. Kryterium tego podziału jest przedmiot błędu. Wydaje się, że usprawiedliwienie dotyczy bardziej nie przedmiotu błędu, lecz jego istoty. Przez to omawiany błąd będzie usprawiedliwiony wtedy, gdy sprawca pomimo zachowania należytej staranności nie mógł tego błędu uniknąć. Co istotne w przypadku, gdy błąd sprawcy okaże się błędem nieusprawiedliwionym sąd na mocy art. 29 k.k. może sprawcy nadzwyczajnie złagodzić karę.

Zastanović się teraz należy, czy błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu może być okolicznością wyłączającą winę w przypadku przestępstwa uporczywego nękania. Wydaje się, że tak. Sprawca nękania może być np. w usprawiedliwionym błędzie, że pokrzywdzony atakuje jego dobra prawne i przez to uważając nękanie za najbardziej adekwatną formę odparcia zamachu dopuszcza się go względem pokrzywdzonego. W tym względzie nie ma znaczenia, czy sprawcy za pomocą nękania uda się odeprzeć ten zamach, czy też nie. Kwestia usprawiedliwienia błędu na gruncie tej okoliczności wyłączającej winę nie odnosi się do typu czynu zabronionego, lecz do pozostałych okoliczności, w szczególności do wystąpienia sytuacji wskazanych w przepisach odnoszących się do tzw. kontratypów. Idąc dalej, można się zastanawiać, czy przedmiotem tego błędu w przypadku analizowanego przestępstwa mogą być tylko okoliczności wyłączające bezprawność czynu, które to mogą zostać zastosowane przy przestępstwie uporczywego nękania czy też mogą być to być wszystkie okoliczności wyłączające bezprawność czynu (w tym te, których nie można zastosować w przypadku przestępstwa

¹⁰⁹⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 381-383.

z art. 190a § 1 k.k.). Wydaje się, że nie ma jakichkolwiek podstaw do ograniczania katalogu okoliczności wyłączających bezprawność czynu mogących być przedmiotem omawianego tylko do tych, które mogą znaleźć zastosowanie przy analizowanym przepisie. Prócz braku sformułowania takich ograniczeń przez ustawodawcę, argumentem przemawiającym za takim stanowiskiem jest to, że sprawca co do zasady nie jest podmiotem operującym prawem karnym na tyle, żeby wiedzieć, który kontratyp znajdzie zastosowanie przy popełnianym przez niego przestępstwie, a który nie. Ponadto, rozważania w tej materii są wnioskami doktrynalnymi (wynikają one bowiem nie z samej treści danych przepisów, lecz z ich wykładni), stąd też każdy może przedstawić inny, aniżeli pozostali interpretatorzy prawa karnego, katalog kontratypów znajdujących zastosowanie przy danym typie czynu zabronionego.

§ 7.1.4. Błąd co do okoliczności wyłączającej winę

Kolejnym typem błędu stanowiącym okoliczność wyłączającą winę jest błąd co do okoliczności wyłączającej winę. Podstawą prawną tej okoliczności wyłączającej winę jest art. 29 k.k. A. Zoll stwierdza, że katalog okoliczności ekskulpacyjnych, na jakie może powołać się sprawca jest dość ograniczony. Sprawca, zdaniem przywołanego autora, nie może bowiem błędzić co do takich okoliczności wyłączających winę jak nieletniość czy niepoczytalność¹⁰⁹⁷. Uwaga ta wydaje się słuszna, bowiem wiek i w pewnym stopniu poczytalność są okolicznościami sprawcy, które mu są znane, więc możliwość błędu co do tych okoliczności wydaje się znikoma¹⁰⁹⁸. Omawiany błąd obejmuje wyłącznie przypadki, kiedy sprawca myśli, że działa w warunkach okoliczności wyłączających winę, które muszą być stypizowane w ustawie¹⁰⁹⁹, czyli muszą być konstrukcjami faktycznie istniejącymi, nie zaś urojonymi przez sprawcę. Wydaje się też, że przedmiotem omawianego błędu nie mogą być okoliczności ekskulpacyjne takie jak: błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, błąd co do znamienia uprzywilejowanego, błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność, błąd okoliczności wyłączającej winę czy błąd co do bezprawności. Wynika to z tego, że błąd co do błędu stanowi dość irracjonalny pleonazm. Biorąc pod uwagę liczbę okoliczności wyłączających winę, które nie mogą być przedmiotem omawianego błędu, można się zastanawiać, które okoliczności wyłączające winę mogą być jego przedmiotem. Ł. Pohl wskazuje, że mogą to być m.in.:

¹⁰⁹⁷ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 29...*, s. 622.

¹⁰⁹⁸ Warto jednak przypomnieć, że nieletniość nie stanowi okoliczności wyłączającej winę. Niemniej sprawca hipotetycznie mógłby błędzić co do wieku. Jednak taki błąd nie wywołuje żadnych karnoprawnych skutków.

¹⁰⁹⁹ Przy czym możliwe jest błędzenie co do kontratypu ustawowego. Zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności...*, s. 754.

1. błędne przyjęcie przez sprawcę, że przedstawiające faktycznie oczywiście wyższą wartość dobro prawne, które sprawca poświęca, przedstawia wartość wyższą od dobra prawnego przez niego ratowanego, ale nie oczywiście wyższą od tego dobra;
2. błędne przyjęcie przez sprawcę, że przedstawiające faktycznie oczywiście wyższą wartość dobro prawne, które sprawca poświęca, przedstawia wartość identyczną jak dobro prawne przez niego ratowane;
3. błędne przyjęcie przez sprawcę, że obowiązek wykonany, o obiektywnie oczywiście mniejszej wadze od wagi obowiązku niewykonanego, jest obowiązkiem równie ważnym, co obowiązek niewykonany lub jest obowiązkiem mniejszej wagi, ale nie oczywiście mniejszej wagi, od wagi obowiązku niewykonanego¹¹⁰⁰.

Do wskazanego wyżej katalogu autorstwa Ł. Pohla należy dodać możliwość błędu co do okoliczności wskazanych w art. 319 k.k. (czyli tzw. ostatecznej potrzeby, która stanowi okoliczność wyłączającą winę). Błąd co do okoliczności wyłączającej winę może dotyczyć również takich okoliczności wyłączających winę, które nie mogą wystąpić na gruncie przestępstwa uporczywego nękania. Należy zwrócić uwagę, że w poprzednim zdaniu zasygnalizowano, że możliwe jest powołanie się na ten błąd przez sprawcę uporczywego nękania. Rzecz jasna przedmiotem błędu muszą być tylko te okoliczności wyłączające winę, które to zostały wyżej uznane za mogące stanowić przedmiotem omawianego błędu.

Co istotne błąd co do okoliczności wyłączające winę musi być błędem usprawiedliwionym. Usprawiedliwienie błędu należy rozumieć tak jak rozumie się je na gruncie art. 28 § 1 k.k. W konsekwencji błędem usprawiedliwionym będzie błąd, którego nawet przy zachowaniu należytej staranności sprawca nie mógł uniknąć. Należy dodać, że w przypadku, jeśli błędu sprawcy nie można uznać za błąd usprawiedliwiony, sąd może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary względem sprawcy.

§ 7.1.5. Błąd co do bezprawności czynu zabronionego

Błąd co do bezprawności czynu zabronionego stypizowany w art. 30 k.k. Błąd ten jest błędem co do prawa¹¹⁰¹. Pojęcie usprawiedliwienia błędu należy rozumieć podobnie jak w przypadku poprzednio omawianych błędów, więc nie będzie to przedmiotem dalszych rozważań.

¹¹⁰⁰ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 383.

¹¹⁰¹ Zob. Ł. Pohl, *Błąd co do prawa* [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System prawa...*, s. 760.

Z warstwy deskryptywnej przytoczonego przepisu wynika, że błąd co do bezprawności przybiera jedynie formę nieświadomości. *A contrario* nie może zatem przybrać formy urojenia¹¹⁰². Trafnie zauważa Z. Cwiąkowski, że błędu co do bezprawności nie należy utożsamiać z błędem co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego¹¹⁰³. Jak wskazuje cytowany autor błąd co do bezprawności jest błędem co do oceny prawnej zachowania¹¹⁰⁴. Zatem w świadomości sprawcy czynność sprawcza odbija się w sposób zgodny z rzeczywistością, z kolei w sposób niezgodny z nią odbija się ocena prawna tego czynu. Czyli błąd co do bezprawności zachowania się sprawcy to błąd odnoszący się wyłącznie do błędnej oceny prawnej czynu w aspekcie jego bezprawności¹¹⁰⁵. Odróżnia to błąd z art. 30 k.k. od błędu co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego. Bowiem przedmiotem tego drugiego błędu nie jest bezprawność zachowania, czyli przeświadczenie o brzmieniu pewnego wycinka tekstu prawnego, lecz fragment rzeczywistości korespondujący z opisem określonego znamienia czy określonych znamion. Co istotne błąd ten, ażeby był usprawiedliwiony powinien dotyczyć wyłącznie przestępstw *mala prohibita*. W przypadku przestępstw *mala per se* ich społeczna negatywna ocena, jak i ich bezprawność wydają się na tyle istotne, że nie można błędu co do bezprawności tychże przestępstw uznać za błąd usprawiedliwiony. Co istotne błąd co do prawa ma być błędem pierwotnym, czyli takim który nie jest konsekwencją błędu co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego¹¹⁰⁶. W dodatku jest to wyłącznie taki błąd, kiedy sprawca mimo zachowania należytej staranności uważa, że jego zachowanie jest zachowaniem niemającym cechy bezprawności. Jak stwierdza Ł. Pohl błąd ten nie wymaga świadomości karalności. Zdaniem cytowanego autora na błąd z art. 30 k.k. nie może powoływać się ten, kto zdawał sobie sprawę, że zachowanie, którego się dopuszcza jest zachowaniem bezprawnym, ale nie zdaje sobie sprawy z tego, iż owe zachowanie jest zagrożone sankcją karną¹¹⁰⁷.

Wskazać należy, że taka postać błędu może wystąpić u sprawcy dopuszczającego się czynu z art. 190a § 1 k.k. Przykładem takiej sytuacji usprawiedliwionego błędu co do bezprawności zachowania będzie sytuacja, kiedy sprawca zdaje sobie sprawę ze swoich zachowań, ale nie uświadamia sobie, iż jego zachowania zabronione są przez normy sankcjonowane wysłowne w art. 190a § 1 k.k. *Prima facie* stwierdzenie to wydaje się oczywiste i może nie budzić

¹¹⁰² Zatem art. 30 k.k. nie odnosi się do sytuacji przestępstw urojonych, bowiem takie są pierwotnie legalne.

¹¹⁰³ Zob. Z. Cwiąkowski, *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991, s. 70.

¹¹⁰⁴ Zob. Z. Cwiąkowski, *Błąd...*, s. 70.

¹¹⁰⁵ Co istotne błąd ten nie odnosi się do mylnego wyobrażenia przestępności czynu, lecz wyłącznie do jego bezprawności.

¹¹⁰⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 387.

¹¹⁰⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 387.

wątpliwości jednak należy pamiętać, że błąd sprawcy ma być błędem usprawiedliwionym. Usprawiedliwienie błędu co do prawa może być *in concreto* nierzadko kontrowersyjne. Wynika to z tego, że mamy do czynienia ze zjawiskiem, które ewidentnie narusza jedno z podstawowych dóbr człowieka. Stąd też możliwe jest uznanie, że przestępstwo uporczywego nękania jest przestępstwem *mala per se*. Oczywiście możliwe jest przyjęcie, że omawiane przestępstwo stanowi przestępstwo *mala prohibita*, bowiem podział na przestępstwa *mala per se* i *mala prohibita* jest podziałem „z grubsza”¹¹⁰⁸. Niemniej, hipotetycznie możliwe jest powołanie się sprawcy na ten błąd, aczkolwiek taka możliwość zdaje się z praktycznego punktu widzenia wysoce wątpliwa¹¹⁰⁹.

§ 7.2. Niepoczytalność

Ustawodawca w art. 31 § 1 k.k. zdefiniował niepoczytalność posługując się definicją psychiatryczno-psychologiczną. Człon psychiatryczny odwołuje się do przyczyn niepoczytalności, którymi są: choroba psychiczna, niedorozwój umysłowy lub inne zakłócenia czynności psychicznych. Człon psychologiczny wskazuje na konsekwencje wyżej wskazanych czynników, którymi są niemożność rozpoznania znaczenia swojego czynu lub niemożność pokierowania swoim postępowaniem¹¹¹⁰. Należy zauważyć, że brak możliwości rozpoznania znaczenia swojego czynu czy pokierowania swoim postępowaniem nie wyłącza istnienia stosunku intelektualno-wolicjonalnego sprawcy niepoczytalnego do jego czynu (a więc strony podmiotowej)¹¹¹¹. Oczywiście obiektywne ustalenie w takiej sytuacji strony podmiotowej może być dość trudne, niemniej trudność w jej ustaleniu czy wykazaniu nie determinuje występowania albo niewystępowania u sprawcy stosunku wolicjonalno-intelektualnego. Co istotne występowanie strony podmiotowej nie jest jednoznaczne z przekroczeniem przez sprawcę niepoczytalnego normy sankcjonowanej – taki sprawca bowiem jej nie przekracza. Ciekawe uzasadnienie tego stwierdzenia przedstawia K. Burdziak. Autor ten wychodzi z założenia, iż norma sankcjonowana pełni funkcję motywacyjną, tj. ma ona motywacyjnie oddziaływać na adresata tej normy

¹¹⁰⁸ Mianowicie nie ma sformułowanych jednolitych kryteriów zakwalifikowania danego przestępstwa do którejś z wymienionych kategorii. Taka ocena zdaje się mieć charakter bardziej kazuistyczny.

¹¹⁰⁹ Z racji nieostrości podziału przestępstw na przestępstwa *mala per se* i przestępstwa *mala prohibita*, postanowiono zaniechać przypisania przestępstwa uporczywego nękania do którejś z tych kategorii i wyłącznie wskazać wątpliwości jakie mogą wystąpić w praktyce. Należy dodać, że przypisanie omawianego przestępstwa do którejś z tych kategorii, może być warunkowane *in concreto* okolicznościami danego stanu faktycznego.

¹¹¹⁰ Zob. M. Kowalewska-Lukuć, *Wina w prawie...*, s. 174-175.

¹¹¹¹ Zob. M. Kowalewska, *Strona podmiotowa czynu zabronionego niepoczytalnego sprawcy*, RPEiS 2013, z. 3, s. 122 czy M. Galiński, *Ustalenie strony podmiotowej...*, s. 333.

w taki sposób, ażeby skłonić go do niepodejmowania zakazanego działania lub niedopuszczenia się zakazanego zaniechania¹¹¹². Zdaniem K. Burdziaka w przypadku sprawcy niepoczytalnego nie istnieje (potencjalnie) możliwość oddziaływania na niego motywacyjnie. Niemożność ta – zdaniem przywołanego autora – związana jest z: „(...) usprawiedliwionym brakiem świadomości bezprawności danego zachowania, a więc z sytuacją, w której nie oddziałują, bo nie mogą oddziaływać, na sprawcę odpowiednie przeciwmotywy, które mogłyby (a wręcz – powinny) stanowić dla niego czynnik hamujący przed podjęciem decyzji woli skierowanej na dopuszczenie się zachowania realizującego znamiona danego typu czynu zabronionego pod groźbą kary”¹¹¹³.

W tym miejscu należy postawić tezę, że jest możliwe popełnienie przestępstwa uprzedzonego nękania w stanie niepoczytalności, a także skuteczne powołanie się sprawcy analizowanego czynu na tę okoliczność ekskulpacyjną. Możliwe jest bowiem nierozpoznawanie znaczenia nękania czy też niemożność pokierowania, a właściwie zatrzymania działań nękających pokrzywdzonego lub inną osobę najbliższą, co wynika z przyczyn wskazanych w członie psychiatrycznym art. 31 § 1 k.k. Można by było zakończyć w tym miejscu rozważania w tej materii, niemniej zasadne jest przeanalizowanie w kontekście omawianego czynu członu psychiatrycznego, a następnie przyjrzenie się niektórym czynnikom wpływającym na konsekwencje wskazane przez ustawodawcę w członie psychologicznym.

W pierwszej kolejności należy zacząć od niemożności rozpoznania swojego czynu. Należy podkreślić, że rozpoznawanie znaczenia swojego czynu jest determinowane od przebiegu procesów poznawczych sprawcy¹¹¹⁴. Niemożność ta może być dwojakiego rodzaju: niemożność rozpoznania ontologicznego znaczenia swojego czynu oraz niemożność rozpoznania aksjologicznego znaczenia swojego czynu¹¹¹⁵. Niemożność rozpoznania ontologicznego znaczenia czynu polega na nieświadomianiu sobie przez sprawcę właściwości fizycznych oraz związków kauzalnych odnoszących się do popełnianego przez siebie czynu¹¹¹⁶. W takim znaczeniu niemożność rozpoznania znaczenia popełnionego przez sprawcę czynu z art. 190a § 1 k.k. występuje przykładowo w sytuacji, kiedy sprawca co prawda wie co czyni, ale na skutek okoliczności wskazanych w art. 31 § 1 k.k. nie widzi związku przyczynowego pomiędzy swoimi zachowaniami, a powodowaniem krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego. Z kolei niemożność

¹¹¹² Zob. K. Burdziak, *Osoba niepoczytalna a prawnokarna norma sankcjonowana. Rozważania na tle polskiego Kodeksu karnego*, Warszawa 2021, s. 75.

¹¹¹³ K. Burdziak, *Osoba niepoczytalna...*, s. 103.

¹¹¹⁴ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie...*, s. 176.

¹¹¹⁵ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie...*, s. 176.

¹¹¹⁶ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie...*, s. 176.

rozpoznania aksjologicznego znaczenia swojego czynu objawia się tym, że sprawca nieprawidłowo wartościuje moralnie i społecznie popełniony przez siebie czyn¹¹¹⁷. Jak trafnie wskazuje M. Kowalewska-Łukuć: „Zauważyć (...) należy, że między możliwością rozpoznania ontologicznego znaczenia czynu a możliwością rozpoznania jego znaczenia aksjologicznego zachodzi swoista relacja. Warunkiem rozpoznania aksjologicznego znaczenia czynu jest bowiem rozpoznanie jego ontologicznego znaczenia. Jeżeli sprawca nie rozpoznaje ontologicznego znaczenia swojego czynu, czyli faktycznie nie wie, co robi, nie może tym samym właściwie ocenić tego, co robi, a więc nie rozpoznaje też aksjologicznego znaczenia swojego czynu. Natomiast rozpoznanie przez sprawcę ontologicznego znaczenia czynu nie przesądza jeszcze, że sprawca prawidłowo oceni go aksjologicznie. Warunek rozpoznania ontologicznego znaczenia swojego czynu jest zatem konieczny, ale niewystarczający dla rozpoznania jego znaczenia aksjologicznego”¹¹¹⁸. Przykładem nierozpoznawania aksjologicznego znaczenia czynu może być sytuacja, kiedy sprawca uznaje za moralnie pozytywne powodowanie krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego. Taka forma niemożności rozpoznania znaczenia czynu występuje również, gdy ze względu na niemożność rozpoznania znaczenia ontologicznego (np. gdy sprawca nie zdaje sobie sprawy z tego, że krzywda psychiczna pokrzywdzonego jest związana z jego zachowaniem) nieprawidłowo wartościuje swój czyn.

Kolejnym z elementów określonych w członie psychologicznym jest niemożność pokierowania własnym postępowaniem. Według A. Golonki ustawodawca celowo użył pojęcia „postępowanie” (nie zaś pojęcia „zachowanie”), bowiem zdaniem tej autorki postępowanie uważa się za bardziej zorganizowaną formę aktywności ludzkiej aniżeli zachowanie¹¹¹⁹. Niemożność pokierowania swoim postępowaniem wynika z deficytów w zakresie woli¹¹²⁰. Zatem chodzi o takie przypadki, kiedy aktywność sprawcy jest niezależna od jego woli. Sprawca nie ma więc pełnej kontroli nad rozpoczęciem, przebiegiem i zakończeniem działania przestępnego. Niewątpliwie takim działaniem przestępnym, nad którym sprawca nie może sprawować kontroli z powodu czynników wymienionych w członie psychiatrycznym art. 31 § 1 k.k. jest uporczywe nękanie.

Natomiast pierwszym czynnikiem powodującym niemożność rozpoznania znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem jest choroba psychiczna. Zdaniem

¹¹¹⁷ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie...*, s. 176.

¹¹¹⁸ Zob. M. Kowalewska-Łukuć, *Wina w prawie...*, s. 176.

¹¹¹⁹ Zob. A. Golonka, *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Warszawa 2013, s. 179.

¹¹²⁰ Zob. A. Golonka, *Psychologiczne kryteria oceny poczytalności sprawcy czynu zabronionego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2012, nr 3, s. 7, <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/07/079bc2502ffbec2023eb41bdc1add161.pdf> [dostęp: 13.10.2019].

P. Paleń: „Samo pojęcie tego źródła, posiada bardzo długie tradycje historyczne i jest silnie utrwalone w opisie psychiatrycznym poszczególnych grup zaburzeń psychicznych. Stąd można uznać, że choroba psychiczna (określana również mianem «psychozy») to schorzenie psychiczne o różnorodnych przyczynach, które charakteryzuje się zmianami funkcji psychicznych o charakterze patologicznym, które z kolei cechują się różnymi objawami, m.in. urojeniami, zaburzeniami świadomości, pamięci, nastroju, myślenia, popędów czy możliwości podejmowania decyzji. Do najczęściej występujących i jednocześnie typowych chorób psychicznych zalicza się m.in. schizofrenię, psychozę maniakalno – depresyjną czy paranoję”¹¹²¹. J. Warylewski wskazuje, że do chorób psychicznych nie należy zaliczać psychopatii, czyli pewnych odchyłeń w naturze osobowości. Za to chorobami psychicznymi zdaniem tego autora są m.in.: schizofrenia, paranoja, cyklofrenia (psychoza maniakalno-depresyjna), padaczka, histeria, neurastia, stany pomroczone i dipsomania¹¹²². Gama chorób (zaburzeń) psychicznych jest dość szeroka. Nie sposób zatem omówić wszystkich chorób psychicznych, stąd też należy się ograniczyć do schizofrenii, cyklofrenii oraz paranoi. Schizofrenia stanowi niejednorodną grupę zaburzeń psychicznych. Objawy podstawowe zaburzeń schizofrenicznych za E. Bleuerem ujmuje się jako „Cztery A”, czyli: zaburzenia asocjacji, zaburzenia afektu, ambiwalencja, autyzm. Natomiast za K. Scheiderem wskazuje się na następujące objawy pierwszorzędne: ugłośnienie myśli, głosy w postaci za i przeciw, oddziaływania cielesne (urojenia), odciąganie i inne oddziaływanie na myśli (urojenia), odstonięcie – inaczej rozgłaszanie myśli (również związane z urojeniami), spostrzeżenie urojeniowe czy inne oddziaływania na uczucie, dążenia i wolę (urojenia)¹¹²³. Wyróżnia się grupy schizofrenii takie jak: schizofrenia paranoidalna, hebefreniczna, katatoniczna, depresja psychofreniczna, depresja prosta, zdeorganizowana, nieodróżnicowana czy rezydualna¹¹²⁴. W przypadku schizofrenii paranoidalnej w obrazie klinicznym dominują urojenia i omamy¹¹²⁵. Zatem w przypadku nękania sprawca może np. sobie roić sytuację zagrożenia (w rzeczywistości nieistniejącego), które to nieistniejące zagrożenie chce odeprzeć nękaniami. Wówczas nieprawidłowo on wartościuje znaczenie swojego czynu. Brak postrzegania ontologicznego znaczenia czynu może polegać na urojeniu sobie przez sprawcę, że pokrzywdzony aprobuje zachowania sprawcy cierpiącego na schizofrenię paranoidalną, zaś okazywanie

¹¹²¹ Zob. P. Paleń, *Zagadnienia niepoczytalności w polskim prawie karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, nr 3, s. 108.

¹¹²² Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 413-414.

¹¹²³ Zob. J. Wciórka, *Psychozy schizofreniczne* [w:] A. Bilikiewicz (red.), *Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 2011, s. 274.

¹¹²⁴ Zob. J. Wciórka, *Psychozy schizofreniczne*, s. 273.

¹¹²⁵ Zob. P. Baranowski, M. Szechiński, *Zaburzenia psychotyczne* [w:] A. Kiejna, K. Małyszczak (red.), *Psychiatria. Podręcznik akademicki*, Wrocław 2011, s. 119.

negatywnych reakcji na te zachowania jest determinowane, jego zdaniem, innymi czynnikami niż wspomniane zachowania. Pociągać to może za sobą błędne przypisywanie znaczenia tych zachowań na gruncie aksjologicznym. Niemożność pokierowania własnym postępowaniem przy schizofrenii paranoidalnej może zachodzić, gdy na skutek omamów (np. w postaci wyobrażonych obrazów czy dźwięków) sprawca zaczyna nękać pokrzywdzonego i nie może się przeciwstawić tymże omamom. Należy wspomnieć również o schizofrenii hebefrenicznej (zdezorganizowanej), w której dominują zaburzenia afektywne, myślenia i zachowania oraz manieryzmy oraz o schizofrenii katatonicznej – dominują zaburzenia zachowania, spowolnienie lub pobudzenie oraz negatywizm (ten typ schizofrenii nie wydaje się wyłączać poczytalności przy nękanii)¹¹²⁶. Przy schizofrenii hebefrenicznej możliwość kontroli postępowania wyłączać mogą zaburzenia afektywne, które są na tyle silne, że uniemożliwiają podjęcie sprawcy suwerennej decyzji co do kontroli swojego zachowania się. Myśli, zachowania czy manieryzmy mogą powodować, że sprawca nie będzie łączył swych zachowań z udręczeniem psychicznym sprawcy lub będzie uważał swoje zachowania za typowe, które nie powinny wywierać negatywnego wpływu na psychikę innej osoby.

Kolejną chorobą psychiczną mogącą wyłączyć poczytalność sprawcy jest psychoza depresyjno-maniakalna, zwana inaczej cyklofrenią. Zaburzenia w przypadku cyklofrenii dotyczą przede wszystkim sfery emocjonalnej, a precyzyjniej zaburzenia tzw. uczuć witalnych. Przebiega ona zazwyczaj fazowo. Wyróżnić można fazę depresyjną i fazę maniakalną. Objawami fazy depresyjnej są: głęboki smutek (niekiedy rozpacz), zahamowanie toku myśli, zahamowanie woli i motoryki. Faza maniakalna objawia się: wesołością, gonitwą myśli, brakiem hamulców woli i żywą motoryką¹¹²⁷. Zmienność nastrojów może stanowić pewien asumpt do podjęcia nękania, przy czym brak poczytalności sprawcy może wystąpić głównie w fazie maniakalnej, zwłaszcza wówczas, gdy sprawca nie czuje żadnych zahamowań. Brak tych zahamowań może wpływać nie tylko na poprawne wartościowanie swojego zachowania, ale również na brak kontroli nad swoim zachowaniem. Sprawca nękania w fazie maniakalnej może intensywniej atakować dobra prawne pokrzywdzonego, nie zwracając uwagi na jego sprzeciw. W fazie depresyjnej zachowania nękające sprawcę z pewnością ustaną, a następnie będą kontynuowane w fazie maniakalnej.

¹¹²⁶ Zob. P. Baranowski, M. Szechiński, *Zaburzenia psychiatryczne*, s. 119.

¹¹²⁷ Zob. M. Cieślak, K. Spett, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1977, s. 357-358.

Omówienia wymaga jeszcze paranoja (zaburzenia urojeniowe). Choroba ta objawia się systemem urojeniowym niepodlegającym korekcji, zaś chorzy poza tymi zmianami nie wykazują innych zmian w zachowaniu się¹¹²⁸. Brak innych zmian aniżeli urojenia odróżnia tę chorobę od schizofrenii¹¹²⁹. Chodzi tutaj o urojenia niedziwaczne, czyli: „(...) przekonania prawdopodobne i w zasadzie wiarygodne, a mimo to błędne. Obejmują one sytuacje, które mogą się pojawić w życiu, takie jak zapadnięcie na jakąś chorobę, posiadanie cichego wielbiciela, bycie zdradzonym przez małżonka lub partnera”¹¹³⁰. Niewątpliwie, zwłaszcza w związkach, urojenia sprawcy mogą powodować, że będzie on nękał pokrzywdzonego, przy czym nie każdy przypadek paranoi będzie skutkowało wyłączeniem poczytalności. Chodzi bowiem o przypadki na tyle intensywnych urojeń, że sprawca będzie aprobował podejmowane przez siebie zachowania (pomimo negatywnej społecznej oceny takich zachowań) czy też ze względu na tak silne urojenia nie będzie mógł zaprzestać nękania.

Kolejnym elementem członu psychiatrycznego definicji niepoczytalności jest upośledzenie umysłowe. Nie wchodząc szczegółowiej w tę problematykę należy przychylić się do stwierdzenia A. Marka i V. Konarskiej-Wrzosek, że podstawą uznania niepoczytalności jest głęboki niedorozwój, zaś ograniczenia umysłowe na ogół nie stanowią racji wyłączenia poczytalności. Zdaniem tej autorki termin upośledzenie umysłowe obejmuje zarówno przypadki niedorozwoju umysłowego (spowodowanego najczęściej uszkodzeniem mózgu w okresie życia płodowego czy też czynnikami genetycznymi), ale również stany powstałe na skutek doznanych urazów czy sytuacje, kiedy na skutek niezbędnej interwencji chirurgicznej doszło do zaniku pewnych funkcji mózgu¹¹³¹. Wydaje się, że wyłączenie niepoczytalności sprawcy nękania może nastąpić, używając terminów wprowadzonych przez Światową Organizację Zdrowia, w przypadku upośledzenia umysłowego głębokiego, a w wyjątkowych sytuacjach także upośledzenia umysłowego znacznego. Bowiem chodzi o sytuacje, kiedy deficyty intelektualne są na tyle spore, że nie pozwalają one rozpoznać sprawcy, że zachowania jakie uskutecznia on względem pokrzywdzonego stanowią nękanie, a więc powodują krzywdę psychiczną u pokrzywdzonego, a także gdy ze względu na swoje upośledzenie umysłowe nie jest w sposób suwerenny kierować wypełnieniem znamion typu czynu zabronionego.

Ostatnim elementem członu psychiatrycznego są inne zakłócenia czynności psychicznych. Mogą nimi być zarówno zakłócenia powstałe na podłożu patologicznym oraz zakłócenia

¹¹²⁸ Zob. M. Cieślak, K. Spett, A. Szymusik, W. Wolter, *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991, s. 328.

¹¹²⁹ Zob. Rosenhan D.L., Seligman M.E.P., Walker E.F., *Psychopatologia*, s. 530.

¹¹³⁰ Zob. Rosenhan D.L., Seligman M.E.P., Walker E.F., *Psychopatologia*, s. 529.

¹¹³¹ Zob. A. Marek, V. Konarska-Wrzosek, *Prawo karne*, s. 161.

powstałe na podłożu fizjologicznym¹¹³². Zatem w grę wchodzi okoliczności takie jak: psychoza, nerwice czy stan silnego wzburzenia (afekt), przy czym muszą być one na tyle silne, że przysłaniają sprawcy możliwość autodeterminacji swojego zachowania oraz dokonania jego właściwej oceny w aspekcie ontologicznym jak i aksjologicznym. Wydaje się, że z grona tych czynników najistotniejsze znaczenie będzie miały stany silnego wzburzenia, które to niekiedy mogą generować silną chęć zniszczenia psychiki byłemu partnerowi, który odrzucił sprawcę. Chęć ta jest na tyle silna, że sprawca nie może w jakikolwiek sposób panować nad nią, a w konsekwencji panować nad popełnianym przez siebie przestępstwem.

W tym miejscu należy zasygnalizować tzw. ograniczoną poczytalność, o której mowa w art. 31 § 2 k.k. Nie jest to okoliczność wyłączająca winę, lecz okoliczność umożliwiająca sądowi zastosowanie względem takiego sprawcy nadzwyczajnego złagodzenia kary. Ustawodawca w art. 31 § 2 k.k. sformułował wyłącznie człon psychologiczny. Niemniej wskazać należy, że okoliczności natury psychiatrycznej ograniczonej poczytalności są takie same jak przy poczytalności¹¹³³. Istotną różnicą między niepoczytalnością a poczytalnością ograniczoną jest to, że sprawca zachowuje możliwość rozpoznania znaczenia swojego czynu lub kierowania swoim postępowaniem, przy czym te możliwości są istotnie ograniczone (ale nie wyłączone)¹¹³⁴. Wydaje się, że jak najbardziej możliwe jest popełnienie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. w stanie ograniczonej poczytalności.

Podsumowując, możliwe jest popełnienie przestępstwa uporczywego nękania w stanie niepoczytalności albo ograniczonej poczytalności. Konkretnie źródła takich stanów mogą być różne, zaś opis dokonany w niniejszej pracy należy traktować jako przykładowy. Szczegółowa analiza czynników wpływających na niepoczytalność sprawcy jest zadaniem bardziej dla nauk takich jak psychologia czy psychiatria.

§ 7.3. Podsumowanie

Okoliczności wyłączające winę na gruncie analizowanego przestępstwa mogą być zastosowane częściej aniżeli okoliczności wyłączające bezprawność. Sprawca może powołać się na prawie każdą z przeanalizowanych okoliczności ekskulpacyjnych¹¹³⁵. W tym miejscu należy dokonać podsumowania wniosków poczynionych w tym podrozdziale.

¹¹³² Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 346.

¹¹³³ Zob. M. Budyn-Kulik [w:] M. Mozgawa (red.), *Prawo karne...*, s. 322.

¹¹³⁴ Zob. M. Berent, M. Filar, *Komentarz do art. 31 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, s. 175.

¹¹³⁵ Należy dodać, że na gruncie niniejszej pracy uznano, że nieletniość nie stanowi okoliczności wyłączającej winę.

Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego polegać może na nieświadomości lub urojeniu (mylnym wyobrażeniu). Błąd ten musi być nadto usprawiedliwiony, a więc musi wystąpić nawet gdyby sprawca dochował należytej staranności. Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu przestępstwa uporczywego nękania może polegać na nękanii manekina myśląc, że jest on człowiekiem, mylnym przeświadczeniu sprawcy o tym, że swoimi zachowaniami powoduje krzywdę psychiczną u adresata tych zachowań, kiedy to wspomniany adresat nie odczuwa negatywnych konsekwencji psychicznych takich zachowań czy też błędnym przeświadczeniu, że nęka się inną osobę najbliższą, a w rzeczywistości nęka się osobę ludzko podobną niebędącą jednak osobą najbliższą dla pokrzywdzonego w rozumieniu art. 115 § 11 k.k. Błędem co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego nie jest błąd dotyczący konkretnego przedmiotu czynności wykonawczej. Błędem tym nie jest również zboczenie działania. W art. 28 § 2 k.k. stypizowano błąd co do znamienia uprzywilejowanego, który nie ma zastosowania w przypadku przestępstwa uporczywego nękania, bowiem ustawodawca nie przewidział typu uprzywilejowanego tego przestępstwa. Sprawca przestępstwa uporczywego nękania może powołać się także na błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność. Podobnie jak błąd z art. 28 § 1 k.k. musi być on usprawiedliwiony. W niniejszej pracy jako przykład podano sytuację, w której sprawca jest w usprawiedliwionym błędzie, co do sytuacji bezpośredniego, rzeczywistego i bezprawnego zamachu na jego dobra prawnie chronione i sądzi, że musi odeprzeć ten zamach poprzez nękanie. W przypadku błędu co do okoliczności wyłączającej winę możliwość powołania się na ten błąd jest ograniczona. Z kolei błąd co do bezprawności czynu zabronionego polega na usprawiedliwionym mylnym przeświadczeniu sprawcy, że jego zachowanie się nie jest bezprawne. Jak wskazano, w praktyce to może budzić wątpliwości, zwłaszcza przy uznaniu przestępstwa uporczywego nękania za przestępstwo *mala per se*.

Niepoczytalność została uregulowana w art. 31 § 1 k.k. W przepisie tym ustawodawca zamieścił człon psychiatryczny, wskazujący na przyczyny niepoczytalności oraz człon psychologiczny wskazujący konsekwencje wynikające z zaistnienia jednego ze stanów wskazanych w członie psychiatrycznym. Jak wskazano, niemożność rozpoznania znaczenia czynu na poziomie ontologicznym polegać może na braku wiązania w świadomości sprawcy jego zachowań (zachowania się) stanowiącego *de facto* nękanie z negatywnymi konsekwencjami dla psychiki pokrzywdzonego. Niemożność rozpoznania aksjologicznego znaczenia swojego czynu polega na błędnym wartościowaniu swoich działań przestępnych (np. pozytywne ocenianie krzywdy psychicznej pokrzywdzonego wywołanej nękaniami przez niepoczytalnego sprawcę). Niemoż-

ność kierowania postępowaniem odnosi się do pewnej zorganizowanej formy aktywności ludzkiej. Chodzi o sytuację, gdzie sprawca nie może swobodnie podjąć decyzji o rozpoczęciu działań przestępnych, ich przebiegu oraz zakończeniu. Omówiono też elementy członu psychiatrycznego, gdzie wskazano możliwość ich wpływania na gruncie czynu z art. 190a § 1 k.k. na wystąpienie sytuacji wskazanych w członie psychologicznym. W przypadku choroby psychicznej przeanalizowano tylko przykładowe choroby psychiczne mogące powodować niepoczytalność sprawcy nękania. Istnieją bowiem inne stany chorobowe powodujące ową niepoczytalność sprawcy. W przypadku upośledzenia umysłowego wskazano, że niepoczytalność wystąpi w przypadku upośledzenia umysłowego stopnia głębokiego oraz wyjątkowo w przypadku upośledzenia umysłowego w stopniu znacznym. Jako przykłady innych zakłóceń czynności psychicznej wskazano: psychozę, nerwicę i afekt mający istotne znaczenie w przypadku nękania byłego partnera lub osoby, która odrzuciła uczucia sprawcy. Zasygnalizowano także możliwość wystąpienia przy przestępstwie uporczywego nękania ograniczonej poczytalności, której zaistnienie daje kompetencję sądowi do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Główną różnicą między niepoczytalnością a ograniczoną poczytalnością jest to, że w przypadku ograniczonej poczytalności sprawca ma możliwość rozpoznania ontologicznego i aksjologicznego znaczenia swojego czynu lub pokierowania swoim postępowaniem, lecz na skutek choroby psychicznej, upośledzenia umysłowego lub innych zakłóceń czynności psychicznych jest to ograniczone.

§ 8. Zbieg przepisów i zbieg przestępstw

W modelowym ujęciu, jeśli sprawca dopuszcza się jednego czynu zabronionego, to odpowiada on na podstawie jednego przepisu karnoprawnego. Niemniej jest to tylko sytuacja modelowa, bowiem sprawca jednym i tym samym zachowaniem się, może przekroczyć więcej niż jedną normę sankcjonowaną, która to sytuacja nazywa się zbiegiem przepisów (podstawą prawną zbiegu przepisów jest art. 11 k.k.). W polskim prawie karnym zbieg przepisów oparty jest na teorii jedności przestępstwa, w myśl której jedno i to samo zachowanie się może stanowić tylko jedno przestępstwo¹¹³⁶. Zdaniem W. Woltera w przypadku zbiegu przepisów mamy

¹¹³⁶ Zob. np. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 11 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis; W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 16; P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 161 i nast., czy M. Błaszczyk, *Komentarz do art. 11 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, Legalis. Niemniej w polskim systemie prawa istnieją wyjątki od teorii jedności przestępstw, na rzecz teorii wielości przestępstw (oraz koncepcji idealnego zbiegu przepisów). Zwrócić należy uwagę na art. 10 § 1 k.w., w myśl którego: „Jeżeli czyn będący wykroczeniem wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa, orzeka się za przestępstwo i za wykroczenie, z tym że jeżeli orzeczono za przestępstwo i za wykroczenie karę lub środek karny tego samego rodzaju, wykonuje się surowszą karę lub

do czynienia, nie z ocenionym czynem, lecz z oceną czynu¹¹³⁷. Według art. 11 § 2 k.k.: „Jeżeli czyn wyczerpuje znamiona określone w dwóch albo więcej przepisach ustawy karnej, sąd skazuje za jedno przestępstwo na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów”. Z kolei według § 3 przywoływanego przepisu: „W wypadku określonym w § 2 sąd wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu innych środków przewidzianych w ustawie na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów”¹¹³⁸. Można spotkać się z dwoma podziałami zbiegu przepisów: podziałem starszym¹¹³⁹ i podziałem nowszym. W myśl nowszego podziału zbieg przepisów może być:

1. rzeczywistym zbiegiem przepisów – kiedy to sprawca swoim zachowaniem się przekroczył więcej niż jedną normę sankcjonowaną. Dzieli się on na:
 - a. uwzględniany zbieg przepisów (kumulatywny zbieg przepisów, właściwy zbieg przepisów) – w kwalifikacji prawnej uwzględnia się wszystkie zachowania się sprawcy;
 - b. nieuwzględniany zbieg przepisów (pomijalny zbieg przepisów, niewłaściwy zbieg przepisów) – w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy uwzględnia się wyłącznie wybrane przepisy zawierające normy sankcjonowane, które sprawca swoim zachowaniem się przekroczył (co może wynikać z zastosowania reguły subsydiarności lub reguły subsumpcji);
2. pozornym zbiegiem przepisów – sprawca swoim zachowaniem w istocie przekroczył tylko jedną normę sankcjonowaną, choć wydawać się może, że przekroczył on więcej

środek karny. W razie uprzedniego wykonania łagodniejszej kary lub środka karnego zalicza się je na poczet surowszych” oraz na art. 8 § 1 k.k.s. zgodnie, z którym: „Jeżeli ten sam czyn będący przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa lub wykroczenia określonego w przepisach karnych innej ustawy, stosuje się każdy z tych przepisów”. Por. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 11...*, Legalis oraz Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 203.

¹¹³⁷ Zob. W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960, s. 25. Podobnie A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstwa*, Warszawa 1976, s. 161-162.

¹¹³⁸ Takie rozwiązanie należy za krańcowo niefortunne. Tworzy się bowiem fikcję prawną, że jednym czynem przekroczone tylko jedną normę sankcjonowaną, a w rzeczywistości tak nie jest. Mankamenty przyjętego przez ustawodawcę rozwiązania przejawiają się zwłaszcza w sytuacji, gdy sprawca jednym i tym samym zachowaniem się zrealizuje znamiona typu uprzywilejowanego i typu kwalifikowanego (np. sprawca zabije człowieka ze szczególnym okrucieństwem pod wpływem silnego wzburzenia uzasadnionego okolicznościami). Biorąc pod uwagę przywołane trudności warto zastanowić się nad porzuceniem teorii jedności przestępstwa na rzecz teorii wielości przestępstw i za zbieg przepisów przewidzieć wymierzenie kary łącznej, której podstawą będą wszystkie zbiegającego się ze sobą przepisy.

¹¹³⁹ Według starszego podziału zbieg przepisów dzieli się na: zbieg rzeczywisty i zbieg pozorny, który obejmuje dwie sytuacje: przekroczenie więcej niż jednej normy sankcjonowanej jednym i tym samym zachowaniem, jest tylko złudzeniem ujawnianym na gruncie reguły specjalności oraz przypadek, gdy sprawca, co prawda przekracza jednym i tym samym zachowaniem się więcej niż jedną normę sankcjonowaną, ale ze względów celowościowych (teleologicznych) uznaje się jednak, że sprawca przekroczył tylko jedną normę sankcjonowaną (co wynika z zastosowania reguły specjalności lub reguły subsumpcji). Por. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 241-242 oraz Ł. Pohl, *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć*, RPEiS 2005, z. 1, s. 99-10. Podział ten jest podziałem już historycznym, stąd też nie będzie on omawiany na łamach niniejszej pracy.

niż jedną wspomnianą normę; jednak stanowi to złudzenie, które usuwa się poprzez zastosowanie reguły specjalności¹¹⁴⁰.

Z zagadnieniem zbiegu przepisów, wiąże się kwestia okoliczności wyłączających wielość ocen. Okoliczności te, ujmuje się w doktrynie jako reguły wyłączania wielości ocen. Regułami wymienianymi w literaturze przedmiotu są:

1. reguła specjalności – istota tej reguły wyraża się w paremii *lex specialis derogat lex generalis*. Mianowicie zbieg przepisów nie zachodzi w przypadku popełnienia typu kwalifikowanego albo typu uprzywilejowanego. Na podstawie tej zasady zachowania penalizowane przez wspomniane przepisy szczególne, nie wchodzi w zakres normy penalizującej popełnienie określonego czynu w typie podstawowym¹¹⁴¹;
2. reguła subsydiarności – według tej reguły odpowiedzialność sprawcy powinna być ograniczona ramami zakreślonymi, tylko przez jedną z norm sankcjonujących sprzężonych z naruszonymi przez sprawcę jego jednym i tym samym zachowaniem się normami sankcjonowanymi. W przypadku subsydiarności wyróżnia się przepisy prymarne (przepisy główne, *lex primaria*) oraz przepisy subsydiarne (pomocnicze, posiłkowe, *lex subsidiaria*). W myśl paremii *lex primaria derogat legi subsidiariae*, przepis subsydiarny może być zastosowany wtedy, gdy nie można zastosować przepisu prymarnego. Subsydiarność może mieć charakter ustawowy (inaczej jest to subsydiarność wyraźna), gdy ustawodawca *expressis verbis* wskazuje, że określony przepis stosuje się w przypadku niemożności zastosowania innego przepisu, albo może mieć ona charakter pozaustawowy (subsydiarność milcząca), gdy reguły subsydiarności zostały wypracowane przez doktrynę prawa karnego¹¹⁴²;

¹¹⁴⁰ Zob. A. Spotowski, *Pomijalny (pozorny) ...*, s. 210; M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977, s. 44; Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 242; A. Marek, *Komentarz do art. 11 k.k.* [w:] A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 138; M. Błaszczuk, *Komentarz do art. 11...*, Legalis; J. Giezek, *Komentarz do art. 11 k.k.* [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny...*, LEX czy A. Zoll, *Komentarz do art. 11 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny...*, LEX.

¹¹⁴¹ Zob. J. Kanarek, *Istota zewnętrznego zbiegu ustawy w prawie karnym skarbowym, jego geneza oraz uzasadnienie zastosowania*, Prok. i Pr. 2021, nr 6, s. 26; Ł. Pohl, *Komentarz do art. 11...*, Legalis; A. Zoll, *Komentarz do art. 11...*, LEX; J. Majewski, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa...*, s. 1111 czy W. Wolter, *Reguły wyłączania wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961, s. 29 i nast.

¹¹⁴² Zob. J. Giezek, *Komentarz do art. 11...*, LEX; W. Wróbel, *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów* [w:] J. Majewski (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006, s. 67 i nast.; Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 253-256 czy W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 333-337.

3. reguła konsumpcji – ilustruje ją paremia *lex consumens derogat legi consumptae*. Podstawą tej reguły jest istnienie tego typu zależności między przestępstwami, że popełnienie jednego jest wkalkulowane w popełnienie innego. Stąd też na potrzeby tej reguły wyróżnia się, przepisy konsumujące (zawierają one normy sankcjonowane konsumowane oraz normy sankcjonujące konsumowane) i przepisy konsumujące (zawierające normy sankcjonowane konsumujące oraz normy sankcjonujące konsumujące). Normy sankcjonowane konsumowane są to takie normy, których realizacja jest wpisana w zakres normy (albo norm) sankcjonującej konsumującej. Rezultatem zastosowania tej reguły jest uwzględnienie w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy wyłącznie przepisu konsumującego¹¹⁴³.

Może być też tak, że sprawca zanim zapadnie względem niego pierwszy, chociażby nieprawomocny, wyrok, popełni on kilka przestępstw (a więc w różnym czasie dopuści się przekroczenia, co najmniej dwóch norm sankcjonowanych). Taka sytuacja nazywa się zbiegiem przestępstw i może niekiedy skutkować wymierzeniem kary łącznej. Zbieg przestępstw może przybrać postać:

1. rzeczywistego zbiegu przestępstw – gdy sprawca faktycznie dopuścił się więcej niż jednego przestępstwa. Zbieg ten dzieli się na zbieg:
 - a. uwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy;
 - b. nieuwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy (przykładem mogą być przestępstwa współukarane uprzednie czy też przestępstwa współukarane następcze);
2. pozornego zbiegu przestępstw – gdy pomimo wielu zachowań, sprawca dopuszcza się wyłącznie jednego przestępstwa. Taka sytuacja występuje np. w przypadku przestępstwa wieloczynowego, złożonego, dwuaktowego, o sumarycznie określonym przedmiocie czy przestępstwa, których regułą przy ich jednorazowym popełnieniu jest wielokrotne zachowanie niekoniecznie tego samego rodzaju¹¹⁴⁴.

¹¹⁴³ Zob. W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 336-337; Ł. Pohl, *Komentarz do art. 11...*, Legalis; J. Majewski, *Zbieg przepisów...*, s. 1119 i nast.; M. Gałązka, *Komentarz do art. 11...*, Legalis; A. Zoll, *Komentarz do art. 11...*, LEX czy M. Błaszczyk, *Komentarz do art. 11...*, Legalis.

¹¹⁴⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 260 i nast.; Ł. Pohl, *Zbieg przepisów...*, s. 104-108; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie...*, s. 342 i nast.; W. Mąciór, *Z problematyki zbiegu przestępstw i zbiegu ustawy (W sprawie pozornego zbiegu realnego przestępstw)*, PiP 1965, nr 1, s. 72 i nast.; A. Spotowski, *O redukcji ocen przy zbiegu przestępstw*, PiP 1975, nr 5, s. 74 oraz 76; A. Spotowski, *O nowe ujęcie zbiegu przestępstw i przepisów*, PiP 1989, nr 9, s. 118 czy P. Kardas, *Zbieg przestępstw i kara łączna w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Skłodowska-Curie. Sectio G”, Vol. LX, 2, 2013, s. 103 i nast.

Jak można zauważyć zarówno zbieg przepisów, jak i zbieg przestępstw, budzą wiele pytań w zakresie relacji poszczególnych przepisów względem siebie. Niekiedy bowiem zakresy kilku przekraczanych norm krzyżują się, są względem siebie podrzędne albo nadrzędne. W konsekwencji można mieć wątpliwości czy zachodzi wówczas jakaś postać zbiegu między tymi normami czy też wielość zostaje wyłączona. Takie wątpliwości też powstają na gruncie przestępstwa uporczywego nękania, które ze względu na swoją złożoność może przybierać także formy typowe dla innych czynów zabronionych.

Stąd też przedmiotem rozważań prowadzonych w niniejszym fragmencie pracy będzie kwestia zbiegu przepisów i zbiegu przestępstw w przypadku przestępstwa uporczywego nękania. Większość rozważań zostanie poświęcona kwestii zbiegu przepisów, a precyzyjniej kwestii zbiegu art. 190a § 1 k.k. z przepisami k.k. (z uwzględnieniem zbiegu w obrębie art. 190a k.k. oraz zbiegu z art. 207 k.k.) oraz przepisami k.w. (szerszej analizie poddany zostanie zbieg art. 190a § 1 k.k. z art. 107 k.w.). Analizie zostanie poddana także możliwość popełnienia przestępstwa uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego i ciągu przestępstw.

§ 8.1. Zbieg art. 190a § 1 z przepisami k.k.

Kwestia zbiegu art. 190a § 1 k.k. z innymi przepisami k.k. jest istotna z kilku powodów. Po pierwsze ustalenie przepisów zbiegających się z art. 190a § 1 k.k. stanowić będzie jednocześnie wskazanie, za jakie przestępstwa mógł odpowiadać sprawca nękania na gruncie obecnie obowiązującego k.k. przed wprowadzeniem tego przepisu. Po drugie, analiza ta pozwoli zwerfikować pogląd S. Ładosia i M. Warchoła, według którego wprowadzenie do systemu prawnego przestępstwa uporczywego nękania doprowadziło do podwójnej kryminalizacji szeregu zachowań¹¹⁴⁵. Wreszcie analiza ta pozwoli odpowiedzieć, choćby częściowo, na pytanie o zasadność wprowadzenia do systemu prawnego art. 190a k.k. Odpowiedź na to pytanie, z kolei umożliwi rozważenie tego, czy zachowania te skutecznie mogłyby penalizować inne, obowiązujące już przepisy bez zmian w ich treści albo po wprowadzeniu w ich treści pewnych zmian.

§ 8.1.1. Zbieg w obrębie art. 190a k.k.

Na wstępie rozważań wskazać należy, że prócz przestępstwa uporczywego nękania art. 190a k.k. penalizuje przywłaszczenie tożsamości (art. 190a § 2) oraz typ kwalifikowany przez

¹¹⁴⁵ Zob. S. Ładoś, M. Warchoła, *Krytycznie o karalności „stalkingu” po nowelizacji Kodeksu karnego (art. 190a)*, „Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich IUSTITIA” 2012, nr 1(7), s. 39.

następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie (art. 190a § 3). Należy wskazać, że jako typ kwalifikowany art. 190a § 3 k.k. wyłącza możliwość zastosowania § 1 i § 2, co jest rezultatem zastosowaniem reguły specjalności. Prowadzi to do dość oczywistego wniosku, że pomiędzy czynami z art. 190a § 1 i 2 k.k., a przestępstwem z art. 190a § 3 k.k. zachodzi pozorny zbieg przepisów.

W pierwszej kolejności należy wskazać, że sprawca jednym i tym samym zachowaniem może przekroczyć tę samą normę sankcjonowaną lub inną normę wysłowioną w art. 190a § 1 k.k. Dochodzi do tego w sytuacji równoczesnego nękania kilku osób przez jednego i tego samego sprawcę. Omówienia takiego poglądu należy dokonać w oparciu o następujące stwierdzenie SN: „W zależności od ustaleń faktycznych dokonanych w konkretnej sprawie, zachowania oskarżonego polegające na nękanii więcej niż jednej osoby, mogą stanowić jedno przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. lub też tyle przestępstw, ilu jest pokrzywdzonych, których dobra prawne zostały naruszone”¹¹⁴⁶. SN trafnie wskazuje, że sytuacja nękania kilku osób powoduje, że zostaje popełnionych kilka przestępstw. Jednak nietrafnie uzależnia możliwość taką od ustaleń faktycznych dokonanych w konkretnej sprawie. Nietrafne też jest stwierdzenie, że nękanie kilku osób stanowi jedno przestępstwo. W myśl art. 190a § 1 k.k.: „Kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby dla niej najbliższej...”. Ustawodawca mówi o innej osobie i innej osobie najbliższej, a więc określając przedmiot przestępstwa posługuje się liczbą pojedynczą. Użycie liczby pojedynczej w myśl założenia o racjonalności prawodawcy, wskazuje na intencjonalne ograniczenie zakresu przedmiotu przestępstwa w aspekcie ilościowym. W ramach jednego przestępstwa nękania może być nękana jedna inna osoba, jedna inna osoba najbliższa oraz jedna inna osoba i jedna inna osoba najbliższa. Zatem jeśli sprawca nęka dwie albo więcej innych osób lub innych osób najbliższych to w zależności od wywołanego skutku, liczby przedmiotów przestępstwa i treści zamiaru, może przekroczyć jednym i tym samym nękaniem kilka norm sankcjonowanych albo kilka razy przekroczyć jedną i tę samą normę sankcjonowaną. W konsekwencji jego zachowanie należy traktować jako rzeczywisty zbieg przepisów, które to będzie zbiegiem uwzględnianym w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy. Kolejną sytuacją zbiegu w art. 190a § 1 k.k. jest sytuacja, kiedy sprawca nękając inną osobę najbliższą chcąc wywołać jeden ze skutków, o których mowa w tym przepisie, skutek lub skutki wyrażone w przepisie wywołuje również u innej osoby najbliższej. Wówczas *de facto* będzie występować co najmniej dwóch pokrzywdzonych, a skoro art. 190a k.k. odnosi się do nękania innej osoby, a więc jednej osoby fizycznej, to w takiej sytuacji sprawca jednym i tym samym nękaniem

¹¹⁴⁶ Wyrok SN z dnia 16 listopada 2015 r., sygn. V KK 329/15, LEX nr 1940573.

przekracza co najmniej dwie normy sankcjonowane wysłowione w art. 190a § 1 k.k. Zatem zbieg ten będzie rzeczywistym zbiegiem przepisów uwzględnianym w kwalifikacji prawnej, przy czym, aby móc pociągnąć sprawcę za wzbudzenie karnoprawnie doniosłego skutku również u innej osoby najbliższej sprawca musi wywołanie takiego skutku u osoby najbliższej obejmować swoim zamiarem.

Rozważyć należy zbieg między art. 190a § 1 a art. 190a § 2 k.k. Szczegółowe omawianie tego drugiego przepisu wydaje się zbędne. W myśl tego przepisu: „Tej samej karze podlega [od 6 miesięcy do 8 lat – przyp. M.G.], kto, podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej wizerunek, inne jej dane osobowe lub inne dane, za pomocą których jest ona publicznie identyfikowana, przez co wyrządza jej szkodę majątkową lub osobistą”. Z racji umieszczenia tego przestępstwa można spotkać się z poglądem, że przestępstwo tzw. „kradzieży tożsamości” stanowi odmianę uporczywego nękania¹¹⁴⁷, czy nawet z utożsamianiem tego przestępstwa z *cyberstalkingiem*¹¹⁴⁸. Rację ma A. Lach, że przestępstwo to ma inny charakter niż art. 190a § 1 k.k. i zostało umieszczone w art. 190a k.k. z powodu powiązania przestępstwa tzw. „kradzieży tożsamości” z uporczywym nękaniami¹¹⁴⁹. Należy wskazać, że zbieg przepisów pomiędzy czynem z art. 190a § 1 a przestępstwem z art. 190a § 2 k.k. jest możliwy. Występuje on bowiem w sytuacji, kiedy sprawca wśród metod nękania wykorzystuje podszywanie się pod pokrzywdzonego, wykorzystuje jego wizerunek lub inne dane osobowe¹¹⁵⁰. Ponadto sprawca prócz wywołania skutku lub skutków, o których mowa w art. 190a § 1 k.k. ma wywołać skutki wskazane w art. 190a § 2 k.k. – a więc wywołać szkodę majątkową lub osobistą pokrzywdzonego. W tym miejscu należy się zastanowić, jaki charakter będzie mieć przedstawiony zbieg przepisów. Pomędzy tymi przepisami nie zachodzi relacja w postaci typ podstawowy – typ zmodyfikowany, ani też realizacja jednego z tych przestępstw nie jest wkalkulowana w drugą (a więc nie zachodzi relacja *lex consumens – legi consumptae*). Ponadto pomiędzy przestępstwem z art. 190a § 1 k.k. a przestępstwami z art. 190a § 2 k.k. nie zachodzi również relacja przepis prymarny – przepis subsydiarny. Zatem oba przepisy są przepisami niezależnymi od siebie. Stąd też należy

¹¹⁴⁷ Zob. P. Siemkowicz, *Stalking – ocena regulacji karnoprawnej ze szczególnym uwzględnieniem możliwości przypisania sprawcy realizacji znamion czynu uporczywego nękania z art. 190a § 1 k.k. oraz podszywania się z art. 190a § 2 k.k.* [w:] K. Łucarz, J. Sawicki (red.), *Na styku prawa karnego i prawa o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarskiemu. Tom 1*, Wrocław 2016, s. 462 czy S. Hyps, *Komentarz do art. 190a...*, s. 926, przy czym S. Hyps uważa, że przepis ten uzupełnia kryminalizację art. 190a § 1 k.k.

¹¹⁴⁸ Zob. M. Budyn-Kulik, *Komentarz do zmian...*, teza 50 czy M. Królikowski, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 190a...*, s. 541.

¹¹⁴⁹ Zob. A. Lach, *Karnoprawna reakcja na zjawisko kradzieży tożsamości*, Warszawa 2015, s. 90-91.

¹¹⁵⁰ Ze względu na warstwę deskryptywną art. 190a § 2 k.k. zbieg nie nastąpi, jeśli sprawca wykorzystując tożsamość innej osoby najbliższej działa w celu wyrządzenia pokrzywdzonemu szkody majątkowej lub osobistej.

uznać, że w przypadku ich zbiegu mamy do czynienia z rzeczywistym zbiegiem przepisów, który to winien być uwzględniony w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy.

§ 8.1.2. Zbieg z art. 207 k.k.

Odrębnego omówienia wymaga kwestia zbiegu przestępstwa uporczywego nękania z przestępstwem znęcania się. Konieczność szerszego omówienia zagadnienia wynika z podobieństw obu typów czynów zabronionych. Analizy wymaga relacja między zakresami nazwy „nękanie” i „znęcanie się”. Pozwoli to na wskazanie, kiedy mamy do czynienia ze zbiegiem art. 190a § 1 k.k. z art. 207 § 1 k.k. Ponadto analiza ta da odpowiedź na pytanie czy zasadne było wprowadzenie do k.k. art. 190a § 1 k.k. czy też wystarczające było rozszerzenie zakresu przedmiotu przestępstwa czynu z art. 207 § 1 i § 1a k.k.

Wydaje się, że rozważania na temat stosunku między zakresami nazw „nękanie” a „znęcanie się” należy zacząć od wskazania stanowiska P. Kozłowskiej-Kalisz, która to autorka stwierdza, że nękanie jest psychicznym znęcaniem się nad osobą, przy czym, zdaniem cytowanej autorki, może mieć mniej intensywny charakter aniżeli znęcanie się¹¹⁵¹. Sam ustawodawca zauważył, że znęcanie się może być zarówno znęcaniem fizycznym jak i znęcaniem psychicznym, czemu dał wyraz w warstwie deskryptywnej art. 207 § 1 k.k. Z racji tego, że nękanie wywołuje krzywdę psychiczną, nie zaś krzywdę fizyczną rozważania należy zawęzić wyłącznie do znamienia znęcania się psychicznego. Przechodząc do doktrynalnego pojmowania terminu „znęcanie się psychiczne” należy zacząć od wskazania, że V. Konarska-Wrzosek termin ten rozumie następująco: „Znęcanie psychiczne polega na zadawaniu w sposób aktywny lub bierny różnego rodzaju cierpienie psychiczne ofiary np. poprzez: obrażanie, poniżanie, wyszydzanie, straszenie, emocjonalne odrzucenie, niewypuszczenie do domu, niewypuszczenie z domu bez racjonalnych powodów, odmawianie zaspokojenia podstawowych potrzeb (...), niszczenie sprzętów domowych, zdjęć, dręczenie lub zabijanie zwierząt będących ulubieńcami ofiary, sprowadzanie prostytutek do domu itd.”¹¹⁵². Według J. Jodłowskiego i M. Szewczyk: „Znęcanie psychiczne będzie polegać na dręczeniu psychicznym np. przez lżenie, wyszydzanie, straszenie, poniżanie itd.”¹¹⁵³. J. Kosonoga z kolei odnosi się do zwrotu „znęcanie się” i zdaniem tego autora zwrot ten oznacza: „(...) zadawać komuś cierpienia fizyczne lub moralne, pastwić się nad kimś (...), dręczyć kogoś, znęcać się nad dzieckiem (...) Na gruncie prawa karnego termin ten stanowi

¹¹⁵¹ Zob. P. Kozłowska-Kalisz, *Przestępstwo nękania...*, s. 82.

¹¹⁵² V. Konarska-Wrzosek, *Przestępstwo znęcania się* [w:] J. Warylewski (red.), *System prawa...*, s. 986.

¹¹⁵³ J. Jodłowski, M. Szewczyk, *Komentarz do art. 207 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 861.

normatywną cechę przestępstwa. Ustalenie zamkniętego katalogu czynności mieszczących się w jego zakresie znaczeniowym jest jednak *in genere* niemożliwe¹¹⁵⁴. S. Hypś natomiast uważa, że: „Znęcanie psychiczne polega na zadawaniu dotkliwych cierpień, które oddziałują szkodliwie na psychikę człowieka, na jego samopoczucie. Intensywność wyrządzonych cierpień psychicznych i ustalenie ich miary dokonywane jest przez wymiar sprawiedliwości na podstawie konkretnego stanu faktycznego i okoliczności współistniejących z tym stanem”¹¹⁵⁵. J. Bryk natomiast stwierdza, że: „Znęcanie psychiczne jest to zadawanie dotkliwych cierpień, które oddziałują szkodliwie przede wszystkim na przeżycia psychiczne człowieka, na jego samopoczucie. Znęcanie to jest określane jako zadawanie cierpień psychicznych. Może przejawiać się ono w wyszydzaniu, groźbach, poniżaniu, upokarzaniu, szykanowaniu, używaniu obelg, okazywaniu pogardy, lekceważeniu, straszaniu, urządzaniu awantur, nieodzywaniu się, wyrzucaniu z domu, zmuszaniu do przebywania poza domem, w powtarzaniu przykrych słów itp.”¹¹⁵⁶. Przedstawione, przykładowe, doktrynalne definicje znęcania się psychicznego nie brzmią co prawda tak samo, jednak są identyczne zakresowo. Należy więc stwierdzić, że znęcanie się psychiczne nad inną osobą jest to dręczenie innej osoby wpływające negatywnie na psychikę tej osoby, względnie także na jej samopoczucie. Jak można zauważyć *prima facie* zakres tej nazwy jest tożsamy z zakresem nazwy „nękanie”. Należy się teraz zastanowić nad poglądem P. Kozłowskiej-Kalisz, że różnica pomiędzy nękaniami a znęcaniem się psychicznym dotyczy kryterium intensywności. Autor niniejszej pracy pogląd ten zaaprobował i na jego podstawie stworzył następującą dyrektywę postępowania w przypadku zbiegu przestępstwa uprzedzonego nękania i przestępstwa znęcania się: „Jeśli doszło do znęcania się psychicznego to należy wówczas zastosować kryterium ilościowe – jeśli nękanie było bardzo intensywne to należy zastosować kwalifikację prawną z art. 207 § 1 lub 1a, natomiast w wypadkach mniej intensywnych – art. 190a § 1”¹¹⁵⁷. Jednak przy większym stopniu wnikliwości można mieć wątpliwości co do trafności przywołanego poglądu. Z przedstawionego rozumowania wynika, że znęcanie psychiczne ma być dręczeniem czy też charakteryzować się dotkliwością. Zatem znęcaniem się nie można nazwać zachowań uprawiających ich adresata w stan niezbyt intensywnego dyskomfortu psychicznego. Cytowani autorzy natomiast nie ujmują w cytowanych *passusach* kwestii stopniowości tego dręczenia czy też zadawania dotkliwych cierpień psychicznych. Wydaje się jednak, że znęcanie psychiczne może być mniej lub bardziej intensywne. Termin ten

¹¹⁵⁴ J. Kosonoga, *Komentarz do art. 207 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 1351.

¹¹⁵⁵ S. Hypś, *Komentarz do art. 207 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny...*, s. 834.

¹¹⁵⁶ J. Bryk, *Przestępstwo znęcania się. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Szczytno 2003, s. 69.

¹¹⁵⁷ Zob. M. Galiński, *Problematyka przestępstwa...*, s. 74.

odwołuje się bardziej do minimalnego progu krzywdy psychicznej, jaka ma zostać wyrządzona, aby można było mówić o znęcaniu psychicznym. Powstaje pytanie o intensywność nękania, a precyzyjniej o to, czy ono faktycznie ma być mniej intensywne aniżeli znęcanie psychiczne. Jak wskazywano w niniejszej pracy skutkiem nękania ma być spowodowanie krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego. Jak wskazano w autorskiej definicji nękania, działania sprawcy mają doprowadzić do udręczenia pokrzywdzonego. Zatem nie chodzi tutaj o jakąkolwiek krzywdę psychiczną, lecz o taką, która jest na tyle intensywna, że może w sposób istotny negatywnie wpłynąć na psychikę pokrzywdzonego, względnie też na jego samopoczucie. Oczywiście nękanie jest również stopniowalne. W konsekwencji ciężko jest jednak obronić stanowisko przyjęte przez P. Kozłowską-Kalisz. Należy więc uznać, że zakres nazwy nękanie mieści się w zakresie znęcanie psychiczne.

Przechodząc do kwestii zbiegu tych przepisów należy wskazać, że zakres sytuacji, w których może dojść do wskazanego zbiegu jest dość wąski. Po pierwsze w przeciwieństwie do art. 190a § 1 k.k. przedmiotem czynów z art. 207 k.k. może być wyłącznie osoba najbliższa, inna osoba pozostająca w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy (§ 1) oraz osoba nieporadna ze względu na swój, stan psychiczny lub fizyczny (§ 1a). Zatem do zbiegu przepisów może dojść wyłącznie w sytuacji, w której sprawca dopuszcza się nękania (znęcania psychicznego) względem któregoś z wyżej wskazanych podmiotów. Nie jest to jednak wystarczające do uznania, że zachodzi zbieg przepisów. Zbieg art. 190a § 1 k.k. z art. 207 § 1 lub § 1a k.k. zajdzie, gdy sprawca swoim nękaniami (znęcaniem psychicznym) wywoła jeden ze skutków wskazanych w art. 190a § 1 k.k. i wywołanie tego skutku sprawca obejmuje swoim zamiarem. Dopiero gdy obie te przesłanki zostaną spełnione łącznie, to można mówić o zbiegu przepisów, który w dodatku jest kumulatywnym zbiegiem przepisów. *A contrario* zbieg ten nie zachodzi, jeśli sprawca dopuszcza się uporczywego nękania (znęcania psychicznego) względem innego podmiotu aniżeli wskazanego w art. 207 § 1 lub § 1a k.k. albo jeśli nękając podmioty wymienione w tych przepisach wywoła inny skutek, aniżeli ten stanowiący znamię czynu z art. 190a § 1 k.k. albo jeśli wywołany skutek stanowiący znamię czynu z art. 190a § 1 k.k. nie został objęty zamiarem przez sprawcę. Odnosząc się do rodzaju zbiegu zachodzącego między tymi przepisami należy wskazać, że żaden z tych przepisów ze względu na ukształtowanie ustawowej charakterystyki ich znamion nie stanowi względem siebie typu zmodyfikowanego. Z racji podobnego zakresu penalizacji oraz różnego katalogu przedmiotów czynności wykonawczej realizacja znamion jednego z tych przestępstw nie jest wkalkulowana w realizację drugiego z nich. I w końcu, nie zachodzi między tymi przepisami relacja przepis prymarny – przepis subsydiarny. W konsekwencji w przypadku zbiegu art. 190a § 1 k.k. i art. 207 § 1 lub § 1a k.k.

nie znajdują zastosowania reguły wyłączające wielość ocen prawnokarnych. A zatem, w sytuacji zbiegu tych przepisów mamy do czynienia z rzeczywistym zbiegiem przepisów, który to zbieg powinien być uwzględniony w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy.

§ 8.1.3. Zbieg z innymi przepisami części szczególnej k.k.

Przechodząc do kwestii zbiegu art. 190a § 1 k.k. z innymi przepisami k.k. aniżeli art. 190a i art. 207 należy wskazać, że w zależności od *modus operandi* sprawca może przekroczyć prócz jednej albo kilku norm sankcjonowanych z art. 190a § 1 k.k., sporo różnych norm sankcjonowanych wynikających z k.k. lub przepisów szczególnych. Zatem stworzenie katalogu zamkniętego przepisów k.k. pozostających w zbiegu z art. 190a § 1 k.k. jest dość utrudnione, jeśli wręcz niemożliwe. Podobnie jak to czyniono w Rozdziale II, tak i w tym miejscu należy ograniczyć się do przestępstw, których znamiona odpowiadają opisowi typowych zachowań składających się na uporczywe nękanie.

W pierwszej kolejności art. 190a § 1 k.k. zbiega się z przestępstwem z art. 190 § 1 k.k. Niemniej zakres normowania jest dość wąski – obejmuje on bowiem wyłącznie groźbę popełnienia przestępstwa na szkodę pokrzywdzonego lub osoby dla niego najbliższej. Konstrukcja karnoprawnej doniosłej groźby jest podobna do konstrukcji wynikających z historycznych regulacji. Niemniej dla klarowności wyводу należy wskazać za M. Jachimowiczem, że groźba karalna może przybrać dowolną formę, zaś pokrzywdzony ma traktować groźbę poważnie i uznać jej spełnienie za faktycznie możliwe¹¹⁵⁸. Jak wskazują A. Michalska-Warias i K. Nazar-Gutowska: „Oznacza to, że jeśli nękanie ofiary przybierze postać innej groźby, nie będzie wypełniać znamion tego przestępstwa. Na przykład nie stanowi groźby karalnej zapowiedź skrzywdzenia osoby spokrewnionej czy spowinowaczonej z ofiarą, lecz niebędącej osobą najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 k.k., czy zapowiedź popełnienia przestępstwa przeciwko bezpieczeństwu powszechnemu, mimo że w konkretnych stanach faktycznych groźby takie mogą bardzo silnie oddziaływać na psychikę ofiary. Stąd w obowiązującym stanie prawnym znamiona groźby karalnej wypełni zagrożenie kradzieżą, okaleczeniem lub zabiciem zwierzęcia należącego do ofiary, natomiast poza polem penalizacji art. 190 § 1 k.k. pozostanie groźba fizycznego skrzywdzenia np. bratanka czy siostrzenicy ofiary, nawet gdyby osoby te faktycznie były przez zagrożonego wychowywane, a więzi emocjonalne między nimi były bardzo

¹¹⁵⁸ Zob. M. Jachimowicz, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 42. Podobnie J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka...*, s. 37.

silne”¹¹⁵⁹. Zatem, jeśli treść groźby nie odpowiada treści groźby wymaganej do przekroczenia normy sankcjonowanej zawartej w art. 190 § 1 k.k. to wówczas nie dochodzi do zbiegu przepisów. Warto wskazać na pogląd M. Mozgawy i M. Budyn-Kulik zdaniem, których zbieg między art. 190 § 1 a art. 190a § 1 k.k. stanowi pomijalny zbieg przestępstw¹¹⁶⁰. Z kolei zdaniem P. Furman: „(...) 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, że zasadne byłoby przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji”¹¹⁶¹. Odnosząc się do obu poglądów należy wskazać, że ujmowanie w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy obu czy też jednego z tych przepisów zależy od stanu faktycznego. Jeśli groźba stanowi jedynie pewien niezbyt istotny element nękania, to wówczas art. 190a § 1 k.k. konsumuje art. 190 § 1 k.k., a zatem do zachodzi do rzeczywistego zbiegu przepisów pomijanego w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy. Wynika to z faktu, że ustawodawca sformułował znamię czynności sprawczej w taki sposób, że zachowanie sprawcy, jakim dopuszcza się nękania pokrzywdzonego może być dowolne. Uwzględnienie zbiegu w kwalifikacji prawnej zasadne jest wtedy, kiedy groźba narusza pewne dobro prawne pokrzywdzonego, w sposób co najmniej równorzędny stopniowi naruszenia dobra pokrzywdzonego jaki powoduje nękanie go.

W dalszej kolejności należy wskazać na przestępstwo zmuszania z art. 191 k.k. A. Chlebowska i P. Nalewajko odnosząc się do tego typu czynu zabronionego wskazują: „Istota tego przestępstwa sprowadza się do tego, że sprawca stosuje przemoc lub groźbę bezprawną w celu wpłynięcia na proces decyzyjny ofiary i wymuszenia na niej zachowania odpowiadającego jego oczekiwaniom. Dobrem chronionym zatem przez przepis art. 191 § 1 k.k. jest zatem wolność wyboru. *Stalker* – stosując przemoc wobec osoby albo groźbę popełnienia przestępstwa, spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej (art. 115 § 12 k.k.) – może przykładowo wymuszać na ofierze częstsze spotkania (w postaci wspólnych kolacji czy spacerów) lub wielogodzinne rozmowy telefoniczne. Może także nakazać ofierze zaniechanie zawiadamiania Policji o tym, że jest nękana przez sprawcę”¹¹⁶². J. Kosińska stwierdza: „W art. 191 k.k. środkami zmuszania są prze-

¹¹⁵⁹ A. Michalska-Warias, K. Nazar-Gutowska, *Prawnokarne aspekty nękania w prawie polskim*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, nr 14, s. 64.

¹¹⁶⁰ Zob. M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 21.

¹¹⁶¹ P. Furman, *Próba analizy...*, s. 69.

¹¹⁶² A. Chlebowska, P. Nalewajko, *Stalking – zarys problemu oraz analiza rozwiązań ustawodawcy niemieckiego, austriackiego i polskiego*, „Prokurator” 2010, nr 4(44)-2010/1(45)-2011, s. 37.

moc wobec osoby lub groźba bezprawna. Przez przemoc rozumie się takie oddziaływanie środkami fizycznymi, które uniemożliwia podjęcie lub realizację decyzji woli osoby zmuszanej, albo oddziałując dolegliwością na jej procesy motywacyjne, ma nastawić tę decyzję w pożądanym przez sprawcę kierunku. Stosowanie przemocy polega na szeroko pojętej czynności fizycznej, skierowanej bądź to bezpośrednio przeciwko samemu pokrzywdzonemu, co ma go zniewolić do poddania się woli sprawcy i określonego zachowania się bądź też przeciwko innej osobie. Zastosowana wtedy przemoc, najczęściej przez związek uczuciowy pokrzywdzonego z ofiarą, prowadzi może do zniewolenia i poddania się woli stosującego przemoc”¹¹⁶³. A. Michalska-Warias i K. Nazar-Gutowska twierdzą, że: „W przypadku przestępstwa zmuszania, do realizacji jego znamion prowadzi także zastosowanie groźby bezprawnej w celu zmuszenia ofiary do określonego zachowania. Tym samym przepis ten pozwala na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej nie tylko w przypadku stosowania groźby karalnej w rozumieniu art. 190 § 1 k.k., ale także groźby spowodowania postępowania karnego lub rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Tego rodzaju groźby, jak wynika z badań kryminologicznych nad zjawiskiem stalkingu, dość często mogą pochodzić od sprawców nękania, a tym samym, o ile wypowiedzane są w celu zmuszenia ofiary do określonego zachowania, wypełniają dyspozycję art. 191 § 1 k.k. Natomiast straszenie ofiary spowodowaniem postępowania karnego lub rozgłoszeniem wiadomości uwłaczającej czci, mające na celu dokuczenie ofierze, ale nie powodowane chęcią zmuszenia jej do określonego zachowania, nie wyczerpuje dyspozycji art. 191 § 1 k.k.”¹¹⁶⁴. Natomiast zdaniem M. Budyn-Kulik: „Zachowanie sprawcy nękania może polegać na zastosowaniu wobec pokrzywdzonego lub innej osoby (np. najbliższej dla pokrzywdzonego albo innej osoby, z którą pokrzywdzony jest emocjonalnie związany) przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia jej do znoszenia wizyt sprawcy. Pojawia się tu więc możliwość zastosowania przepisu art. 191 k.k. Podobnie jak miało to miejsce w odniesieniu do przepisu z art. 190 k.k., typowo zostanie on pochłonięty przez przepis art. 190a § 1 k.k., ale nie można wykluczyć sytuacji, kiedy konieczne będzie zastosowanie kumulatywnej kwalifikacji. Przepisy te pozostają ze sobą w zbiegu rzeczywistym pomijalnym”¹¹⁶⁵. P. Furman natomiast twierdzi, że: „(...) należy zwrócić szczególną uwagę na środki, za pomocą których oddziałuje się na wolę pokrzywdzonego. Szczególnie użycie przemocy oraz groźby

¹¹⁶³ J. Kosińska, *Prawnokarna problematyka...*, s. 38.

¹¹⁶⁴ A. Michalska-Warias, K. Nazar-Gutowska, *Prawnokarne aspekty...*, s. 65.

¹¹⁶⁵ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny...*, teza 85.

o jakiej była mowa poprzednio mogłyby stanowić przesłanki do przyjęcia kumulatywnej kwalifikacji na podstawie zbiegających się przepisów”¹¹⁶⁶. W przypadku zbiegu art. 190a § 1 z art. 191 § 1 k.k. podobnie jak w przypadku zbiegu przestępstwa uporczywego nękania z przestępstwem groźby, uwzględnienie tego zbiegu w kwalifikacji prawnej jest uzasadnione, jeśli przestępstwo zmuszania narusza określone dobro prawne w takim samym albo większym stopniu niż przestępstwo uporczywego nękania. W przypadkach, kiedy przestępstwo zmuszania *per se* jest wyłącznie fragmentem większej części niemającego w całości zachowań większego znaczenia, to wówczas dochodzi do konsumpcji art. 191 § 1 k.k.¹¹⁶⁷, a zatem dochodzi do rzeczywistego zbiegu przepisów, którego nie uwzględnia się w kwalifikacji prawnej czynu.

Warto wspomnieć także o stosunkowo nowym przepisie, jakim jest art. 191 § 1a k.k., który brzmi następująco: „Tej samej karze podlega [karze pozbawienia wolności do lat 3 – przyp. M.G.], kto w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia stosuje przemoc innego rodzaju uporczywie lub w sposób istotnie utrudniający innej osobie korzystanie z zajmowanego lokalu mieszkalnego”. Wydaje się, że relacja pomiędzy tymi przepisami jest podobna jak w przypadku relacji art. 190a § 1 k.k. a art. 191 § 1 k.k. Zatem utrudnianie korzystania z lokalu w celu zmuszenia do określonego zachowania, zaniechania czy zniesienia skutków używając przemocy innego rodzaju niż określonej w art. 191 § 1 może stanowić sposób dopuszczenia się nękania. Niemniej niekiedy zachodzi „pochłonięcie” art. 191 § 1a przez art. 190a § 1 k.k., a w sytuacjach, kiedy przestępstwo z art. 191 § 1a k.k. narusza określone dobro prawne w takim samym albo większym stopniu niż przestępstwo uporczywego nękania, to wówczas dochodzi do kumulatywnego zbiegu przestępstw, który powinien znaleźć swoje odzwierciedlenie w kwalifikacji prawnej czynu. Zatem niekiedy między tymi przepisami zachodzi do rzeczywistego zbiegu przepisów uwzględnianego w kwalifikacji prawnej (tj. drugi ze wskazanych przypadków), a niekiedy będzie to nieuwzględniany w kwalifikacji prawnej rzeczywisty zbieg przepisów (pierwsza ze wskazanych sytuacji).

Kolejnym przepisem zbiegającym się z art. 190a § 1 jest art. 191a k.k. M. Budyn-Kulik odnosząc się do relacji między dwoma wskazanymi przepisami stwierdza: „Nękanie pokrzywdzonego może polegać także na utrwaleniu wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie aktu

¹¹⁶⁶ P. Furman, *Próba analizy...*, s. 69.

¹¹⁶⁷ Warto przytoczyć w tym miejscu słowa J. Kędzierskiego: „Nie jest możliwe również zakwalifikowanie stalkingu jako występkę określonego w art. 191 § 1 k.k. – zmuszania do określonego zachowania. Występek ten de lege lata wyczerpuje wyłącznie przemoc fizyczna wobec osoby (przymus bezpośredni), a tego w przypadku stalkingu sensu stricto w ogóle nie ma”. J. Kędzierski, *Stalking w prawie polskim – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Palestra” 2010, nr 1-2, s. 68. Autor ten abstrahuje od faktu, że występek ten można popełnić również poprzez zastosowanie groźby bezprawnej, która to nie musi przybierać wyłącznie formy przemocy fizycznej. Zatem pogląd ten należy uznać za kontrfaktyczny, a w konsekwencji krańcowo nietrafny.

seksualnego przy użyciu groźby, przemocy lub podstępny, czyli wyczerpywać znamiona czynu zabronionego z art. 191a (utrwalenia wizerunku nagiej osoby). Wydaje się, że zakresy znamion przestępstwa z art. 190a § 1 i art. 191a k.k. krzyżują się, zachodzi więc będzie między tymi przepisami rzeczywisty zbieg przepisów, wymagający zastosowania kumulatywnej kwalifikacji. Nawet gdyby przyjąć, że w znamionach przestępstwa z art. 190a § 1 mieszczą się typowo zachowania wypełniające znamiona przestępstwa z art. 191a k.k. (z pewnością takie założenie można przyjąć w odniesieniu do rozpowszechniania bez jej zgody wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie czynności seksualnej), nie można zastosować jednej z reguł wyłączania wielości ocen – reguły konsumpcji. Pochłaniającym musiałby tu być przepis art. 190a § 1 k.k., gdyż jego znamiona zakreślone są szerzej, tymczasem ustawodawca uznał, że przepis art. 191a typuje czyn zabroniony o większej społecznej szkodliwości, czemu dał wyraz w określeniu sankcji. Za popełnienie tego przestępstwa grozi kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, a więc wyższa niż za popełnienie przestępstwa nękania. Przepis łagodniejszy nie może pochłaniać przepisu surowszego. Należy zatem przyjąć, iż pomiędzy przepisami art. 190a § 1 k.k. i art. 191a k.k. zachodzi zbieg rzeczywisty właściwy¹¹⁶⁸. Krzyżowanie się zakresów obu przepisów polega na tym, że nie każde nękanie przejawia się w zachowaniach penalizowanych przez art. 191a k.k., zaś nie każde zachowanie penalizowane przez ten przepis można uznać za uporczywe nękanie, w rozumieniu art. 190a § 1 k.k. Nie do końca rację ma M. Budyn-Kulik, że między tymi przepisami nie może zachodzić relacja przepis pochłaniający – przepis pochłaniany. Niewątpliwie będą sytuacje, w których między tymi przepisami zachodzić będzie rzeczywisty zbieg przepisów. Niemniej jeśli dojdzie do samego nagrania pokrzywdzonego w trakcie czynności seksualnej, zaś wedle zamiaru sprawcy będzie to jedynie niezbyt znacząca część ciągu określonych zachowań, co znajdować będzie potwierdzenie w ustaleniach faktycznych poczynionych w toku postępowania przygotowawczego, to wówczas przepis ten będzie konsumowany przez art. 190a § 1 k.k., a w konsekwencji dojdzie do rzeczywistego zbiegu przepisów, który to nie będzie uwzględniony w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy. Wynika to z tego, że taka czynność nie stanowi samoistnego bytu, lecz immanentnie jest związana z pozostałymi zachowaniami się sprawcy zmierzającymi do wyrządzenia pokrzywdzonemu krzywdy psychicznej.

W rozdziale II wskazywano, że nękanie na gruncie tzw. k.k. z 1932 r. i tzw. k.k. z 1969 r. mogło wypełniać znamion przestępstwa doprowadzenia pokrzywdzonego za pomocą na-

¹¹⁶⁸ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny...*, teza 86. Należy dodać, że na skutek nowelizacji art. 190a § 1 k.k., obecnie to przestępstwo uporczywego nękania jest zagrożone karą wyższą aniżeli przestępstwo z art. 191a § 1 k.k.

mowy do targnięcia się na własne życie. Jak już wskazano targnięcie się na własne życie pokrzywdzonego stanowiące następstwo uporczywego nękania jest penalizowane przez art. 190a § 3 k.k., który jako typ kwalifikowany art. 190a § 1 k.k. wyłącza jego zastosowanie w takich stanach faktycznych. Nie wchodząc w głębsze rozważania należy wskazać, że art. 190a § 3 k.k. wyłącza stosowanie art. 151 k.k. Stąd też art. 151 k.k. w sytuacji doprowadzenia pokrzywdzonego do targnięcia się na swoje życie poprzez nękanie go, nie znajdzie zastosowania w takich stanach faktycznych. W konsekwencji między art. 151 k.k. a art. 190a § 1 k.k. nie dochodzi do zbiegu obu tych przepisów.

Podając za D. Woźniakowską-Fajst, pozostałymi przepisami jakie mogą się zbiegać z art. 190a § 1 k.k. są m.in.: „(...) art. 156 k.k. (ciężki uszczerbek na zdrowiu), art. 157 k.k. (zwykle i lekkie uszkodzenie ciała, rozstrój zdrowia), art. 158 k.k. (udział w bójce lub pobiciu), art. 189 k.k. (pozbawienie wolności), (...) [art. – przyp. M.G.] 193 k.k. (naruszenie miru domowego), art. 202 k.k. (pornografia), art. 212 k.k. (zniesławienie), art. 216 k.k. (zniewaga), art. 217 k.k. (naruszenie nietykalności cielesnej), art. 267 k.k. (naruszenie tajemnicy korespondencji) czy art. 288 (zniszczenie lub uszkodzenie cudzej rzeczy)”¹¹⁶⁹. W tym miejscu warto ogólnie wskazać jaki rodzaj zbiegu przepisów będzie miał miejsce między wskazanymi wyżej przepisami a art. 190a § 1 k.k. Udzielenie jednej odpowiedzi, będącej trafnej dla każdego stanu faktycznego, co oczywiste, jest niemożliwe. Można jedynie sformułować odpowiedzi, co do dwóch ogólnych modeli, które mogą (choć nie muszą) znaleźć zastosowanie w określonym stanie faktycznym. Po pierwsze, zachowania te mogą być wkalkulowane w określone nękanie. Po drugie, niekiedy przestępstwa te mogą nie wchodzić w skład nękania, lecz występować obok niego. Są one wówczas związane z nękaniami tylko dlatego, że zostają wraz z nim popełnione jednym i tym samym zachowaniem się¹¹⁷⁰. W pierwszej sytuacji dochodzi do konsumpcji tychże przepisów przez art. 190a § 1 k.k., a w konsekwencji do nieuwzględnianego w kwalifikacji prawnej rzeczywistego zbiegu przepisów. Z kolei w przypadku drugiej z przedstawionych sytuacji popełnienie tychże przestępstw nie stanowi realizacji znamion uporczywego nękania i w konsekwencji należy taką sytuację uznać za rzeczywisty zbieg przepisów, który to będzie uwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy.

¹¹⁶⁹ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 126.

¹¹⁷⁰ Aczkolwiek owe jedno i to samo zachowanie się będzie raczej co do zasady tylko jednym z zachowań składających się na nękanie pokrzywdzonego. Wynika to bowiem z istoty przestępstwa z art. 190a § 1 k.k., które cechuje rozciągnięcie w czasie. Z kolei przedstawione przez D. Woźniakowską-Fajst przestępstwa cechują się tym, że do ich popełnienia dochodzi w jednym momencie, nie zaś w pewnym czasookresie.

Jak już wcześniej wskazywano, zbieg przestępstw będzie zachodził w przypadku zaniechania przez gwaranta¹¹⁷¹, realizacji obowiązku ochrony danego dobra prawnego przed wystąpieniem określonego skutku, które to zaniechanie jest realizowane w celu wywołania krzywdy psychicznej u osoby (osób) przez niego chronionej. Wówczas dojdzie do rzeczywistego zbiegu art. 190a § 1 k.k. z art. 2 k.k. w zw. Z adekwatnym do danego stanu faktycznego przepisem części szczególnej k.k.

§ 8.2. Zbieg art. 190a § 1 k.k. z przepisami k.w.

Na gruncie k.w. należy skupić uwagę na art. 107 tej ustawy. Przepis ten wymaga osobnego omówienia, bowiem podobnie jak art. 207 k.k. powoduje wątpliwości co do oceny prawnej zachowania lub zachowań się sprawcy. Należy wskazać, że to nie jedyny przepis k.w., który może być w zbiegu z art. 190a § 1 k.k. Zatem omówienie kwestii zbiegu art. 190a § 1 k.k. z przepisami k.w. zostanie przeprowadzone dwuczęściowo: najpierw zostanie szerzej omówiona kwestia zbiegu art. 190a § 1 k.k. z art. 107 k.w., a w dalszej części niniejszego podrozdziału, zostaną wskazane niektóre przepisy k.w. (rzecz jasna inne niż art. 107) zbiegające się z art. 190a k.k.

§ 8.2.1. Zbieg z art. 107 k.w.

W myśl art. 107 k.w.: „Kto w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny albo karze nagany”. A. Chlebowska i P. Nalewajko odnosząc się do czynności sprawczej stwierdzają: „Zachowanie sprawcy tego wykroczenia sprowadza się do dokuczania innej osobie. Owo dokuczanie może przybrać między innymi postać złośliwego wprowadzania w błąd, polegającego na przykład na podawaniu się za administratora domu lub listonosza w celu nawiązania bliższego kontaktu z ofiarą. Dokuczaniem będzie także straszenie innej osoby. Poczucie lęku czy niepokoju *stalker* może wywołać poprzez uporczywego dzwonienie do drzwi, śledzenie, robienie jej zdjęć, głuche telefony SMS-y i e-maile. Dość częstą formą złośliwego niepokojenia jest także wysyłanie na adres ofiary listów, zdjęć czy upominków”¹¹⁷². P. Daniluk

¹¹⁷¹ Rozumianego jak w poprzednich fragmentach tekstu jako gwaranta nienastąpienia skutku, o którym mowa w art. 2 k.k.

¹¹⁷² A. Chlebowska, P. Nalewajko, *Stalking – zarys...*, s. 35.

trafnie zauważa, że wprowadzenie w błąd jest jedynie egzemplifikacją złośliwego niepokoje-
nia, o czym świadczy brzmienie art. 107 k.w.¹¹⁷³. Zdaniem M. Bojarskiego złośliwe niepoko-
jenie: „(...) oznacza tyle, co wzbudzenie u kogoś niepokoju, obawy, niepewności czy też np.
zakłócenia spokoju. Złośliwe niepokojenie może mieć zatem dla przykładu miejsce przy użyciu
gestu, słowa, rysunku czy też na skutek dokonania innego czynu, mającego w konkretnej sytu-
acji charakter niepokojenia”¹¹⁷⁴. SN wskazuje, że do popełnienia omawianego wykroczenia ko-
nieczny jest *dolus coloratus*¹¹⁷⁵. Biorąc pod uwagę warstwę deskryptywną art. 107 k.w. nie spo-
sób się nie zgodzić z tym poglądem. Działanie sprawcy jest bowiem zabarwione złośliwością
– chęcią dokuczenia, zastraszenia itp.¹¹⁷⁶. Czyn ten jest wykroczeniem formalnym, bowiem
ustawodawca nie formułuje znamienia skutku.

Charakterystyka tego wykroczenia jest zbliżona do charakterystyki uporczywego nęka-
nia. W doktrynie można spotkać się z poglądem, że w przypadku nękania pokrzywdzonego
między art. 107 k.w. a art. 190a § 1 k.k. zachodzi pomijalny zbieg przestępstw¹¹⁷⁷. Niewątpliwie
tak jest, niemniej problem w relacjach między dwoma przepisami leży gdzie indziej i jest znacz-
nie poważniejszy aniżeli to, jaki zbieg zachodzi między nimi.

Wspomniany problem sprowadza się do wątpliwości co do kwalifikacji prawnej danego
zachowania jako złośliwe niepokojenie albo jako uporczywe nękanie. Problem ten potęguje
fakt, że oba te terminy są ocenne. J. Kluza odnosząc się do tego problemu stwierdza: „General-
nie rzecz zatem ujmując, można powiedzieć, że pomiędzy wykroczeniem z art. 107 k.w. a prze-
stępstwem z art. 190 § 1 k.k. zachodzi stosunek krzyżowania, ponieważ znamiona obu tych
czynów w pewnym zakresie mogą zostać popełnione w ten sam sposób. W tym wspólnym ob-
szarze stalking stanowi kwalifikowaną formę dokuczania i konsumuje on realizację wykrocze-
nia na zasadzie zbiegu pomijalnego, bez potrzeby odwoływania się do konstrukcji z art. 10 § 1
k.w. Nie można pomijać tego, że art. 107 k.w. posługuje się także znamieniem wprowadzenia
w błąd, które nie może być postrzegane w kategoriach stalkingu, natomiast nie wszystkie formy
uporczywego nękania będą stanowiły złośliwe niepokojenie, jak chociażby rozpowszechniane

¹¹⁷³ Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 107 k.w.* [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 732.

¹¹⁷⁴ M. Bojarski, *Komentarz do art. 107 k.w.* [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 843.

¹¹⁷⁵ Zob. Wyrok SN z dnia 22 czerwca 1995 r., sygn. III KRN 44/95, LEX nr 24579.

¹¹⁷⁶ Zob. A. Marek, A. Marek-Ossowska, *Prawo wykroczeń (materialne i procesowe)*, Warszawa 2019, s. 140.

¹¹⁷⁷ Co więcej w myśl wspomnianych poglądów wynika to z konsumpcji art. 107 k.w. przez art. 190a § 1 k.k. Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 107...*, s. 734 czy M. Szwarczyk, *Komentarz do art. 107 k.w.* [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 421.

na temat pokrzywdzonego wśród innych osób oszczerstwa”¹¹⁷⁸. Skoro art. 107 k.w. jest „pochłaniany” przez art. 190a § 1 k.k., to nie można zaaprobować poglądu o krzyżowaniu się zakresów normowania obu przepisów. Wszakże czynności wchodzące w zakres złośliwego niepokojenia (w tym wprowadzenie w błąd) mogą składać się na konglomerat zachowań nękających pokrzywdzonego. Konsumowanie art. 107 k.w. przez art. 190a § 1 k.k. występuje w sytuacjach, kiedy sprawca dopuszcza się uporczywego nękania. Z racji tego, że uporczywe nękanie jest „czymś więcej” niż złośliwe niepokojenie, to wówczas następuje „pochłonięcie” wspomnianego złośliwego niepokojenia. Natomiast złośliwe niepokojenie nie zawsze będzie uporczywym nękaniem i rzecz jasna wówczas nie zachodzi „pochłonięcie” art. 107 k.w. przez inny przepis (zwłaszcza przez art. 190a § 1 k.k.). Problem polega na odnalezieniu granicy między złośliwym niepokojeniem a uporczywym nękaniem. P. Kozłowska-Kalisz twierdzi, że między złośliwym niepokojeniem a uporczywym nękaniem zachodzi różnica ilościowa¹¹⁷⁹. R. Krajewski i D. Woźniakowska-Fajst podnoszą, że art. 107 k.w. powinien znaleźć zastosowanie w przypadku łagodniejszych postaci *stalkingu*. Wynika to z tego, że ładunek społecznej szkodliwości *in concreto* takich zachowań przemawia za usankcjonowaniem ich jako wykroczenie¹¹⁸⁰. Autor niniejszej pracy w innym opracowaniu zaproponował następującą dyrektywę postępowania: „Wydaje się, że w tym przypadku należy zbadać stopień społecznej szkodliwości czynu sprawcy. W przypadku gdy stopień społecznej szkodliwości czynu jest większy niż znikomy, to wówczas należy zakwalifikować dane zachowanie jako przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. Natomiast w drobniejszych przypadkach zastosowanie winien mieć art. 107 k.w.”¹¹⁸¹. Dyrektywa ta wymaga rozbudowania. W pierwszej kolejności należy wskazać, że dyrektywa ta koresponduje z poglądami P. Kozłowskiej-Kalisz, R. Krajewskiego oraz D. Woźniakowskiej-Fajst. Niewątpliwie to właśnie społeczna szkodliwość czynu stanowi granicę między niepokojeniem a nękaniem, jednak ta granica jest dość nieprecyzyjna. Nieprecyzyjność wynika z faktu dużej ogólności terminu „społeczna szkodliwość”. Zatem celem doprecyzowania należy wskazać na czynniki determinujące ową społeczną szkodliwość. Wskazać należy, że jest ich wiele, niemniej najistotniejszy jest ten związany z psychiką pokrzywdzonego. Jak już wskazywano, nękanie jest zachowaniem albo zachowaniami się sprawcy wywołującymi u pokrzywdzonego krzywdę psychiczną. Krzywda psychiczna powstała w wyniku nękania przejawiać ma się w udręczeniu psychicznym pokrzywdzonego. Zatem zachowanie się sprawcy ma w sposób

¹¹⁷⁸ J. Kluza, *Granica pomiędzy dokuczaniem a przestępstwem stalkingu*, RPEiS 2019, z. 1, s. 135.

¹¹⁷⁹ Zob. P. Kozłowska-Kalisz, *Przestępstwo nękania...*, s. 93.

¹¹⁸⁰ Zob. R. Krajewski, *Przestępstwo nękania...*, s. 34 oraz D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości...*, s. 206.

¹¹⁸¹ M. Galiński, *Problematyka przestępstwa...*, s. 74.

istotny zaburzyć dobrostan psychiczny pokrzywdzonego, a więc w sposób istotny ingerować w jego życie (zwłaszcza nawyki, jego zachowanie, relacje z innymi osobami czy sferę przeżyć wewnętrznych). Z kolei, jak wydaje się, niepokojenie ma powodować łżejsze reakcje, które nie wpływają znacząco na funkcjonowanie pokrzywdzonego, np. gniew, irytacja. Mowa zatem o reakcjach, które mogą pojawiać się w krótkim okresie następującym po działaniu sprawcy, a następnie ustępować. Zatem w przypadku niepokojenia nie można mówić o dokonaniu czynności konwencjonalnej uporczywego nękania, bowiem sprawca nie wywołuje udręczenia psychicznego pokrzywdzonego, lecz emocje negatywne o znacząco mniej intensywnym charakterze. Płyynie z tego wniosek, że o kwalifikacji zachowań się (zachowania się) sprawcy jako złośliwe niepokojenie albo uporczywe nękanie decyduje intensywność negatywnych emocji pokrzywdzonego wywołanych przez sprawcę. Rzecz jasna ocena tej intensywności powinna obejmować z jednej strony właściwości psychiczne pokrzywdzonego, z drugiej strony zaś być obiektywizowana poprzez odwołanie się do takich nauk jak psychologia, psychiatria lub socjologia, celem weryfikacji zasadności i prawdziwości reakcji na zachowania się (zachowanie się) sprawcy, względnie też poprzez odniesienie się do okoliczności sprawy.

Na sam koniec należy rozważyć kwestię relacji względem art. 107 k.w. a art. 190a § 1 k.k. w zakresie zbiegu obu tych przepisów ze sobą. Wykroczenie złośliwego niepokojenia jest łagodniejszą formą aktywności sprawcy aniżeli uporczywe nękanie. Ponadto, znamiona obu typów czynów zabronionych odnoszą się do podobnego rodzaju katalogu zachowań szkodliwych dla pokrzywdzonego. Niemniej powstaje pytanie, czy w przypadku obu przepisów ma zastosowanie reguła specjalności czy też reguła konsumpcji. Odrzucić należy możliwość zastosowania reguły subsydiarności, bowiem ustawodawca nie wskazał możliwości takiej formy zbiegu w przypadku zbiegu przepisu prawa karnego z przepisem prawa wykroczeń. Należy odrzucić również regułę specjalności, bowiem między tymi przepisami nie zachodzi relacja typ podstawowy – typ zmodyfikowany. Wynika to z tego, że znamiona czynności sprawczej nie są w obu przepisach określone tymi samymi czasownikami. W konsekwencji do rozważenia zostaje konsumpcja art. 107 k.w. przez art. 190a § 1 k.k. Należy zauważyć, że uporczywe nękanie jest „czymś więcej” aniżeli złośliwe niepokojenie. Ze względu na podobieństwo obu tych czynów względem siebie można stwierdzić, że wykroczenie z art. 107 k.w. jest wkalkulowane w popełnienie przestępstwa uporczywego nękania. Stąd też należy uznać, że między art. 107 k.w. a art. 190a § 1 k.k. ma zastosowanie reguła konsumpcji. Prowadzi to do konkluzji, iż między tymi przepisami zachodzi nieuwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy rzeczywisty zbieg przepisów.

§ 8.2.2. Zbieg z innymi przepisami k.w.

W niniejszym fragmencie pracy należy zastanowić się z jakimi pozostałymi przepisami k.w. może zbiegać się art. 190a § 1 k.k. Rzecz jasna przepisów takich w zależności od *modus operandi* sprawcy może być wiele. Na potrzeby niniejszej pracy zasadne jest ograniczenie się do wybranych regulacji prawa wykroczeń, z którymi może się zbiegać art. 190a § 1 k.k.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na art. 51 § 1 k.w. W myśl tego przepisu: „Kto krzykiem, hałasem, alarmem lub innym wybrykiem zakłóca spójność, porządek publiczny, spoczynek nocny albo wywołuje zgorzenie w miejscu publicznym, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny”. Z kolei § 2 przywołanego artykułu brzmi następująco: „Jeżeli czyn określony w § 1 ma charakter chuligański lub sprawca dopuszcza się go, będąc pod wpływem alkoholu, środka odurzającego lub innej podobnie działającej substancji lub środka, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny”. Jak wskazuje W. Kotowski: „Istotą wybryku, o którym mowa w § 1 komentowanego przepisu, jest zachowanie, które odbiega od przyjętych zasad współżycia społecznego. Wybrykiem można zakłócić spójność, porządek publiczny, spoczynek nocny albo wywołać zgorzenie. Wybryk stanowi wykroczenie, jeżeli skutek działania sprawcy ma charakter publiczny. Chodzi o to, że sprawca w trakcie czynu może znajdować się w miejscu publicznym, tzn. idzie ulicą i wrzeszczy na całe gardło, powodując niepokój lub strach u spacerujących osób. Może też znajdować się poza miejscem publicznym (np. u siebie w mieszkaniu), lecz jego działanie ma charakter publiczny. Przykładem mogą być wydobywające się z urządzenia znajdującego się w mieszkaniu przeraźliwe dźwięki, które wywołują niepokój u spacerujących ulicą. Wymienione czyny wypełniają znamiona wykroczenia polegającego na zakłóceniu spokoju. Sprawcą zakłócenia spokoju będzie właściciel samochodu wyposażonego w autoalarm, na «wycie» którego nie reaguje. Jest charakterystyczne, że zakłócenie spokoju może wystąpić zawsze, a więc o każdej porze dnia i nocy”¹¹⁸². SN z kolei zauważa, że: „Zachowanie osoby, które ze względu na zwyczajowe normy ludzkiego współżycia nie wywołuje powszechnie negatywnych ocen społecznych i nie jest jaskrawo sprzeczne z powszechnie akceptowanymi normami zachowania nie stanowi wybryku w rozumieniu art. 51 § 1 k.w.”¹¹⁸³. P. Daniluk zauważa, że kierując się wskazaniem języka powszechnego, wybryk sprawcy musi być czymś niespodziewanym¹¹⁸⁴. Autor ten dodaje,

¹¹⁸² W. Kotowski, *Komentarz do art. 51 k.w.* [w:] W. Kotowski, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009, LEX.

¹¹⁸³ Wyrok SN z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. IV KK 475/17, OSNKW 2018/3/27.

¹¹⁸⁴ Zob. P. Daniluk, *O wykroczeniu z art. 51 § 1 kodeksu wykroczeń (w związku z wyrokiem SN z 30.01.2018 r., IV KK 475/17)*, PiP 2019, nr 1, LEX.

że: „Cechy tej nie można jednak rozumieć opacznie. Wszak nie ma ona służyć temu, żeby poza zakresem normowania art. 51 § 1 k.w. pozostawić takie czyny, które są niezgodne z przyjętymi obyczajami lub normami zachowania się, ale z uwagi na swą powtarzalność można się ich spodziewać”¹¹⁸⁵. R. Krajewski natomiast twierdzi, że: „Przez zakłócenie spokoju publicznego należy rozumieć naruszenie równowagi psychicznej ludzi, a więc spowodowanie u nich w szczególności uczucia zaniepokojenia czy też zdenerwowania. Osoby te muszą znajdować się w miejscach dostępnych dla nieokreślonej liczby osób, choć zakłócenie to będzie miało miejsce zarówno wtedy, gdy działanie podjęte było w miejscu publicznym, jak i niepublicznym. Ważne jest bowiem, aby skutek dotknął osoby znajdujące się w miejscu publicznym, a więc takim, w którym wybryk mógł dotrzeć do większej liczby nieoznaczonych osób i że wywołał on przewidziane skutki przynajmniej w stosunku do jednej osoby. Chodzi więc o to, że sprawca w trakcie czynu może znajdować się w miejscu publicznym, jak choćby idąc ulicą, wrzeszczy na całe gardło, powodując niepokój lub strach u spacerujących osób, ale może też znajdować się poza miejscem publicznym, w szczególności u siebie w mieszkaniu, lecz jego działanie ma charakter publiczny. Przykładem tego mogą być wydobywające się z urządzenia znajdującego się w mieszkaniu przeraźliwe dźwięki, które wywołują niepokój u spacerujących ulicą. Sprawcą zakłócenia spokoju będzie także właściciel samochodu wyposażonego w autoalarm, na „wycie” którego nie reaguje. Charakterystyczne jest przy tym to, że zakłócenie spokoju może wystąpić zawsze, a więc o każdej porze dnia i nocy”¹¹⁸⁶. Przyniesiony opis tego wykroczenia z art. 51 § 1 k.w. koresponduje z treścią art. 28 p.w. Istotną różnicą jest dodanie typu kwalifikowanego stylizowanego w art. 51 § 2 k.w. Omawianie tego typu kwalifikowanego nie jest celowe w niniejszej pracy, bowiem odnośnie zbiegu z art. 190a § 1 k.k. znaczenie mają znamiona czynności sprawczej z § 1, nie zaś to w jakim stanie psychofizycznym znajdował się sprawca *tempore criminis* lub to, czy zachowanie się sprawcy można zakwalifikować jako wykroczenie o charakterze chuligańskim czy też nie. Przede wszystkim należy zwrócić uwagę na to, że przedmiot czynności sprawczej jest w istocie określony zbiorowo. Wynika to z posłużenia się zwrotami takimi jak: „porządek publiczny”, „spoczynek nocny” i „wywołuje zgorzenie w miejscu publicznym”. Zatem czynność sprawcza ma być dokonywana względem nieograniczonej liczby osób. Niemniej zakłócanie porządku publicznego, spoczynku nocnego czy też wywołanie zgorzenia w miejscu publicznym może współwystępować z nękaniami pojedynczej osoby. Wszakże sprawca może krzyczeć w miejscu publicznym na pokrzywdzonego, czy też dopusz-

¹¹⁸⁵ P. Daniluk, *O wykroczeniu...*, LEX.

¹¹⁸⁶ R. Krajewski, *Wykroczenia wybryku i nieobyczajnego wybryku*, „Przegląd Sądowy” 2010, nr 11-12, LEX.

czać się nękania w inny sposób, który będzie powodował u osób trzecich poczucie zakłopotania, zaniepokojenia czy w innych emocji, które mogą stanowić przejaw zakłócenia porządku publicznego spoczynku nocnego czy też wywołania zgorszenia. Ze względu na różnice w przedmiocie czynności wykonawczej ciężko mówić o konsumowaniu art. 51 k.w. przez art. 190a § 1 k.k. Zbieg obu tych przepisów, który to będzie rzeczywistym i uwzględnianym w kwalifikacji prawnej zbiegiem przepisów, będzie miał miejsce, jeśli sprawca dopuszczając się wybryków jako fragmentu nękania, będzie obejmował zamiarem (choćby zamiarem ewentualnym) także naruszenie porządku publicznego, zakłócenie spokoju nocnego wielu osób czy wywołanie zgorszenia w miejscu publicznym. A zatem sprawca musi obejmować także możliwość popełnienia wykroczenia na nieograniczonej liczbie osób trzecich (tj. niebędących pokrzywdzonymi nękaniami). Warto dodać, że zbieg ten będzie idealnym zbiegiem czynów zabronionych, bowiem za każdy z czynów zostanie wymierzona oddzielna kara (co wynika z art. 10 § 1 k.w.).

Zgodnie z art. 107a § 1 k.w.: „Kto, włączając się bez uprawnienia w transmisję danych prowadzoną przy użyciu systemu teleinformatycznego, umyślnie udaremnia lub utrudnia użytkownikowi tego systemu przekazywanie lub odbiór informacji, podlega karze ograniczenia wolności albo grzywny nie niższej niż 1000 złotych”. Z kolei § 2 tego przepisu stanowi, że: „Jeżeli sprawca czynu określonego w § 1 używa słów powszechnie uznanych za obelżywe lub w inny sposób dopuszcza się nieobyczajnego wybryku, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo karze grzywny nie niższej niż 3000 złotych”. Należy zauważyć, że jedną z postaci nękania może być nieuprawnione uzyskiwanie dostępu do transmisji danych takich jak: czaty czy wideokonferencje i dokonywanie zachowań, które by mogły ośmieszyć pokrzywdzonego w oczach pozostałych osób biorących udział w takiej transmisji danych lub umniejszyć jego wiarygodność. Wydaje się, że sprawca może realizować znamiona tego wykroczenia jako element nękania pokrzywdzonego poprzez usuwanie pokrzywdzonego z konwersacji, niedopuszczanie go do głosu poprzez zabieranie głosu samemu w sposób uniemożliwiający innym uczestnikom odnieść się do treści głoszonych przez sprawcę, czy też poprzez prezentację treści przedstawiających pokrzywdzonego w kompromitujących go sytuacjach (przy czym te treści mogą być zarówno prawdziwe jak i niezgodne z rzeczywistością, lecz przerobione przez sprawcę lub inną osobę). Wydaje się zatem, że art. 190a § 1 k.k. konsumuje art. 107a § 1 i § 2 k.w. W konsekwencji między tymi przestępstwami dochodzi do rzeczywistego zbiegu przepisów, który to nie jest uwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy.

Kolejnym przepisem, który należy omówić jest art. 108 k.w. Brzmi on następująco: „Kto szczuje psem człowieka, podlega karze ograniczenia wolności, grzywny albo karze nagany”. Przez szczucie psem człowieka należy rozumieć działanie, które polega na podjudzaniu psa do gonienia i atakowania ludzi¹¹⁸⁷. Jak zauważa A. Michalska-Warias: „W znamionach analizowanego czynu nie mieści się już jednak powodowanie tego, że pies czyni jakąkolwiek fizyczną krzywdę czy wyrządza materialną szkodę, np. uszkadzając ubranie zaatakowanej osoby...”¹¹⁸⁸. W konsekwencji można stwierdzić, że w przypadku tego wykroczenia nie chodzi o spowodowanie przez sprawcę krzywdy fizycznej czy krzywdy materialnej, lecz o negatywne wpłynięcie na psychikę człowieka poprzez stworzenie wyobrażenia u pokrzywdzonego, że pies sprawcy może mu spowodować krzywdę materialną czy też krzywdę fizyczną. Niekiedy szczucie psem może mieć, w intencji sprawcy, za zadanie doprowadzić pokrzywdzonego do pewnego działania lub zaniechania. W konsekwencji dochodzi do negatywnego oddziaływania psychicznego na pokrzywdzonego. Należy dodać, że szczucie psem może stanowić jeden z elementów nękania. Stąd też należy uznać, że art. 190a § 1 k.k. konsumuje art. 108 k.w., a zatem dochodzi do pomijalnego zbiegu przepisów.

Idąc dalej, należy zwrócić uwagę na art. 119 § 1 k.w. Przepis ten stanowi, że: „Kto kradnie lub przywłaszcza sobie cudzą rzecz ruchomą, jeżeli jej wartość nie przekracza 800 złotych, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny.”. Wydaje się, że chociażby pobieżne przedstawienie poglądów doktryny odnośnie znamion tego wykroczenia jest zbędne, w przypadku omawiania zbiegu tego wykroczenia z przestępstwem uporczywego nękania. Należy ograniczyć się do stwierdzenia, że kradzież (zarówno ta stanowiąca wykroczenie i jak i ta stanowiąca przestępstwo) może stanowić element nękania pokrzywdzonego i negatywnie wpływać na jego psychikę. Niemniej czyny te różnią się od siebie na tyle, że nie można mówić o konsumowaniu jednego przez drugi, zwłaszcza konsumowania kradzieży przez uporczywe nękanie. Stąd, jeżeli sprawca jednocześnie ma zamiar zaboru cudzej rzeczy ruchomej (lub jej przywłaszczenia) oraz zamiar nękania pokrzywdzonego i wzbudzenia u niego co najmniej jednego ze skutków wysłowionych w przepisie penalizującym uporczywe nękanie, to wówczas dochodzi do idealnego zbiegu czynów zabronionych z art. 119 § 1 k.w. i art. 190a § 1 k.k.

¹¹⁸⁷ Zob. P. Daniluk, *Komentarz do art. 108 k.k.* [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis czy A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 108 k.w.* [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2020, LEX.

¹¹⁸⁸ A. Michalska-Warias, *Komentarz do art. 108...*, LEX. Podobnie T. Grzegorzcyk, *Komentarz do art. 108 k.w.* [w:] T. Grzegorzcyk (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX 2013, LEX.

Zgodnie z art. 124 § 1 k.w.: „Kto cudzą rzecz umyślnie niszczy, uszkadza lub czyni niezdatną do użytku, jeżeli szkoda nie przekracza 800 złotych, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności albo grzywny”. W przypadku tego wykroczenia należy się ograniczyć do stwierdzenia, że sprawca nękania w celu spowodowania u pokrzywdzonego krzywdy psychicznej może dopuścić się czynności opisanych w tym przepisie. Ustawodawca wymaga, ażeby sprawca przywołanego wykroczenia działał umyślnie. Warto zauważyć, że niszczenie rzeczy, jej uszkodzenie czy uczynienie jej niezdatną do użytku może mieścić się także w stronie podmiotowej sprawcy uporczywego nękania. Zatem, jeśli czynności sprawcze wskazane w ww. przepisie stanowią element uporczywego nękania, to wówczas dochodzi do konsumpcji art. 124 § 1 k.w. przez art. 190a § 1 k.k., a co za tym idzie między tymi przepisami zachodzi rzeczywisty zbieg przepisów, który nie jest uwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy.

Z kolei w myśl art. 126 § 1 k.w.: „Kto zabiera w celu przywłaszczenia, przywłaszcza sobie albo umyślnie niszczy lub uszkadza cudzą rzecz przedstawiającą wartość niemajątkową, podlega karze grzywny albo karze nagany”. W tym miejscu warto objaśnić znaczenie korzyści niemajątkowej. P. Gensikowski stwierdza, że: „Przedmiotem czynności wykonawczej wykroczenia unormowanego w art. 126 § 1 KW jest cudza rzecz przedstawiająca wartość niemajątkową. Takie ujęcie przedmiotu czynności wykonawczej oznacza, że przedmiotem czynności wykonawczej jest rzecz, która dla właściciela ma znaczenie symboliczne, wywołuje u niego określone przeżycia psychiczne, jest on do niej przywiązany. Chodzi zatem o to, że zachowania wymienione w art. 126 § 1 KW godzą w uczucia pokrzywdzonego, wyrządzają mu krzywdę, której nie da się przeliczyć na pieniądze...”¹¹⁸⁹. M. Bojarski rzecz przedstawiającą wartość niemajątkową rozumie jako: „(...) rzecz o minimalnej wartości majątkowej, lecz przedstawiająca duże znaczenie dla osoby poszkodowanej, np. mogą to być pamiątkowe zdjęcia, listy czy nawet zasuszone kwiaty, której to szkody nie da się dla tej osoby przeliczyć na pieniądze”¹¹⁹⁰. Prócz podanych przez M. Bojarskiego przykładów w doktrynie i w judykaturze jako przykład rzeczy przedstawiającej wartość niemajątkową podaje się prawo jazdy¹¹⁹¹, pamiątkę z wakacji, wykorzystany bilet z koncertu ulubionego zespołu, pamiątkę po osobie zmarłej¹¹⁹², dewocjonalia, los

¹¹⁸⁹ P. Gensikowski, *Komentarz do art. 126 k.w.* [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, Legalis.

¹¹⁹⁰ M. Bojarski, *Komentarz do art. 126 k.w.* [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis.

¹¹⁹¹ Zob. M. Bojarski, *Komentarz do art. 126...*, Legalis; Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2012 r., sygn. III KK 45/12, LEX nr 1231572 oraz Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14 listopada 2013 r., sygn. II AKa 347/13, LEX nr 1403005.

¹¹⁹² Zob. A. Sośnicka, *Przestępstwo i wykroczenie przywłaszczenia w polskim prawie karnym*, Warszawa 2013, s. 240.

fantowy¹¹⁹³, konosament na okaziciela¹¹⁹⁴ czy też pukiel włosów¹¹⁹⁵. Zatem przedmiotem czynności wykonawczej tego wykroczenia są takie przedmioty, którym to w obrocie można przypisać niewielką lub żadną wartość pieniężną, jednakże mające dla pokrzywdzonego istotne znaczenie psychiczne, w tym znaczenie sentymentalne. Zatem zabór takiej rzeczy, czy jej przywłaszczenie, może stanowić jeden z elementów prowadzących do wywołania skutków, o których mowa w art. 190a § 1 k.k. Można zatem uznać, że przepis penalizujący uporczywe nękanie konsumuje art. 126 § 1 k.w. Mamy zatem do czynienia z pomijalnym zbiegiem przepisów.

Kolejnym przepisem, który może się zbiegać z art. 190a § 1 k.k. jest art. 127 § 1 k.w. Brzmi on następująco: „Kto samowolnie używa cudzej rzeczy ruchomej, podlega karze grzywny albo nagany”. Jak zauważa M. Szwarczyk: „Użycie «samowolne» to takie, które następuje bez zgody i wiedzy właściciela rzeczy ruchomej, przy czym sprawca ma działać z zamiarem użycia rzeczy w sposób krótkotrwały i z zamiarem jej zwrotu (...) W przypadku gdy dysponent rzeczy ruchomej (właściciel, posiadacz, dzierżyciel) wyrazi zgodę na użycie rzeczy, odpowiedzialność za wykroczenie określone w art. 127 § 1 k.w. zostanie wyłączona...”¹¹⁹⁶. Zatem samowolne użycie to takie użycie rzeczy, które następuje bez zgody pokrzywdzonego i jest krótkotrwałe. Nie można wykluczyć, że sprawca dopuści się samowolnego użycia rzeczy w celu nękania pokrzywdzonego. Wówczas, art. 190a § 1 k.k. konsumuje art. 127 § 1 k.w., czego konsekwencją jest zaistnienie pomijalnego zbiegu przepisów.

Ostatnim przepisem, na który należy zwrócić uwagę jest art. 140 k.w. Przepis ten stanowi, że: „Kto publicznie dopuszcza się nieobyczajnego wybryku, podlega karze aresztu, ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany”. M. Bojarski zauważa, że: „Ustawowe znamię «nieobyczajny» w teorii interpretowane jest dwojako. Uważa się, że pojęcie obyczajności, w rozumieniu Rozdziału XXV KK (Przestępstwa przeciwko wolności seksualnej i obyczajności), oznacza obyczajność w dziedzinie płciowej – dlatego w ten sposób należy rozumieć obyczajność na gruncie przepisów KW. Podnosi się jednak argumenty przeciwstawiające się takiej interpretacji z uwagi na to, że przez obyczajność należy rozumieć każdy sposób zachowania się w grupie społecznej, który wymagany jest przez tę grupę i którego naruszenie jest negatywnie przez nią oceniane. (...) W teorii przez zachowanie nieobyczajne rozumie się czyn, który narusza zasady współżycia społecznego, w zakresie dobrych obyczajów i jest

¹¹⁹³ Zob. M. Szwarczyk, *Komentarz do art. 126 k.w.* [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń...*, LEX.

¹¹⁹⁴ Zob. B. Mik, *Karnopravna ochrona dokumentów (zagadnienia wybrane)*, Prok. i Pr. 2001, nr 4, s. 59.

¹¹⁹⁵ Zob. B. Kurzępa, *Komentarz do art. 126 k.w.* [w:] B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008, LEX.

¹¹⁹⁶ M. Szwarczyk, *Komentarz do art. 127 k.w.* [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks wykroczeń...*, LEX. Podobnie: P. Gensikowski, *Komentarz do art. 127 k.w.* [w:] P. Daniluk (red.), *Kodeks wykroczeń...*, Legalis czy M. Bojarski, *Komentarz do art. 127 k.w.* [w:] M. Bojarski, W. Radecki (red.), *Kodeks wykroczeń...*, Legalis.

zdolny do wywołania zgorszenia (mającego wymowę negatywnej, potępiającej reakcji otoczenia) u przeciętnego obywatela...”¹¹⁹⁷. J. Piórkowska-Flieger nieobyczajny wybryk definiuje jako: „(...) zachowanie lekceważące zasady współżycia społecznego i w konsekwencji mogące wywołać negatywną ocenę przeciętnego człowieka”¹¹⁹⁸. SN z kolei wybryk definiuje następująco: „Wybryk to zachowanie się jakiego wśród konkretnych okoliczności czasu, miejsca i otoczenia, ze względu na przyjęte zwyczajowo normy ludzkiego współżycia nie należało się spodziewać, które zatem wywołuje powszechne negatywne oceny społeczne i uczucia odrazy, gniewu, oburzenia. Wybryk charakteryzuje więc ostra sprzeczność z powszechnie akceptowanymi normami zachowania się. A contrario nie może być uznany za «wybryk» czyn, który nie tylko, iż nie koliduje w rażący sposób z obowiązującymi w określonym kontekście sytuacyjnym normami zachowania się, ale wręcz wzbudza – w odbiorze powszechnym – oceny akceptacji, choćby milczącej zgody, aprobaty, podziwu lub uznania”¹¹⁹⁹. W konsekwencji za nieobyczajny wybryk można uznać takie zachowanie, które jest zachowaniem sprzecznym z przyjętymi w kulturze danej społeczności kanonem zachowań i który może budzić wśród odbiorców i osób postronnych negatywne emocje, przy czym nie wymaga się, ażeby zachowanie się sprawcy wywołało jakikolwiek skutek np. w postaci wyrażenia silnej dezaprobaty przez adresatów takiego zachowania; jest to bowiem wykroczenie bezskutkowe¹²⁰⁰. Jak można zauważyć zakres tej regulacji jest nad wyraz szeroki. Tytułem przykładu za J. Piórkowską-Flieger można podać następujące zachowania, które mogą zostać uznane za nieobyczajny wybryk: zaspokajanie potrzeby fizjologicznej, różnego rodzaju gorszące zachowania osób nietrzeźwych, np. zataczanie i przewracanie się na ulicy, znajdowanie się w stanie wzbudzającym odrazę, np. będąc w ubraniu zabrudzonym wymiocinami lub z rozpiętymi spodniami, picie alkoholu na cmentarzu podczas uroczystości żałobnej czy też demonstracyjne picie alkoholu u stóp pomnika, który upamiętnia ważne dla życia narodu wydarzenie, okazywanie gestów, rysunków, fotografii, napisów, filmów lub utworów muzycznych wywołujących poczucie wstydu czy też dopuszczenie się czynu lubieżnego¹²⁰¹. Odnosząc się do znamienia publiczności należy przytoczyć pogląd SN, który stwierdził: „Działanie «publicznie» (...) zachodzi wówczas, gdy bądź ze względu na miejsce działania, bądź ze względu na okoliczności i sposób działania sprawcy jego zachowanie się jest lub może być dostępne (dostrzegalne) dla nieokreślonej liczby osób, przy czym sprawca

¹¹⁹⁷ M. Bojarski, *Komentarz do art. 140 k.w.* [w:] M. Bojarski, *Kodeks wykroczeń...*, Legalis.

¹¹⁹⁸ J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 140 k.w.* [w:] T. Bojarski, *Kodeks wykroczeń...*, LEX.

¹¹⁹⁹ Wyrok SN z dnia 2 grudnia 1992 r., sygn. III KRN 189/92, LEX nr 162227.

¹²⁰⁰ Zob. np. M. Bojarski, *Komentarz do art. 140...*, Legalis.

¹²⁰¹ Zob. J. Piórkowska-Flieger, *Komentarz do art. 140...*, LEX.

mając świadomość tej możliwości co najmniej się na to godzi”¹²⁰². Zatem znamię publiczności działania odnosi się do sposobu działania sprawcy, nie zaś do jego miejsca. Ma być ono bowiem postrzegalne dla nieograniczonej liczby osób. Przechodząc jednak do relacji tego przepisu względem art. 190a § 1 k.k. należy wskazać, że niekiedy zachowania stanowiące nękanie pokrzywdzonego mogą być odczytywane jako nieobyczajny wybryk. Tytułem przykładu można podać sytuację, kiedy to sprawca używa względem pokrzywdzonego niecenzuralnych wyrazów i gestów. W sytuacjach, kiedy zachowanie stanowiące nieobyczajny wybryk jest fragmentem nękania, to wówczas między tymi przepisami dojdzie do pomijalnego zbiegu przepisów, z racji konsumpcji art. 140 k.w. przez art. 190a § 1 k.k.

Wymienione czyny, podobnie jak w przypadku zbiegu art. 190a § 1 k.k. z przepisami k.k., są jedynie przykładami przekroczenia przepisów prawa wykroczeń zawierających normy sankcjonowane, których przekroczenia może dopuścić się sprawca nękania. W zależności od sposobu działania sprawcy, może on przekroczyć normy sankcjonowane wysłowione w innych przepisach k.w. niż te wskazane w niniejszej pracy.

§ 8.3. Czyn ciągly

Konstrukcja czynu ciągłego została unormowana przez ustawodawcę w art. 12 § 1 k.k. Jest to instytucja budząca wiele wątpliwości interpretacyjnych, przez co można spotkać się z wieloma stanowiskami i poglądami odnośnie do samego czynu ciągłego jak i poszczególnych przesłanek składających się na tę konstrukcję¹²⁰³. Analiza wszystkich stanowisk dotyczących konstrukcji z art. 12 § 1 k.k. przekracza w sposób istotny ramy niniejszego opracowania. Stąd

¹²⁰² Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 20 września 1973 r., sygn. VI KZP 26/73.

¹²⁰³ Warto wspomnieć, że poprzednie k.k. nie znały konstrukcji czynu ciągłego. W doktrynie posługiwano się terminem przestępstwo ciągle, które obejmowano zarówno czyn ciągły, jak i ciąg przestępstw. Konstrukcja przestępstwa ciągłego na gruncie poprzednich k.k. był przedmiotem wielu wątpliwości doktrynalnych. Rzeczona materia budziła wiele sporów, przede wszystkim co do definicji przestępstwa ciągłego, składu takiego przestępstwa (np. spór dotyczył tego, czy przestępstwo ciągle ma być jednorodnjawowe, czy też wielorodnjawowe), jak i jego podstawy prawnej (w związku z najpierw brakiem podstawy prawnej, a potem ograniczonej uregulowania tej instytucji k.k. niektórzy próbowali wywieść możliwość aplikacji instytucji czynu ciągłego na podstawie istniejących wówczas przepisów części ogólnej oraz części szczególnej ustawy karnej). Omówienie zagadnień wzmiankowanego sporu wykracza poza ramy niniejszej pracy. Należy jedynie poczynić konstatację, że regulacja zagadnienia czynu ciągłego, jak i ciągu przestępstw, sporów doktrynalnych nie rozwiązała, lecz tylko w pewnym zakresie przeniosła ten spór na inne zagadnienia (przy części spornych zagadnień, jak np. jedno- lub wieloodmianowość czynu ciągłego jest nadal aktualna). Zob. np. A. Zębik, *Czyn a przestępstwo ciągle*, RPEiS 1968, z. 2, s. 103-118 i cytowana tam literatura; A. Kaftal, *W sprawie struktury tzw. przestępstwa ciągłego*, PiP 1982, z. 9, s. 123-126; A. Kaftal, *Przestępstwo ciągle w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985 i cytowania tam literatura; W. Wolter, *Problem struktury tzw. przestępstwa ciągłego*, PiP 1982, z. 1-2, s. 21-28 i cytowania tam literatura; A. Spotowski, *Przestępstwo ciągle czy ciąg przestępstw*, PiP 1980, z. 10, s. 69 i nast. i cytowana tam literatura; H. Rajzman, *Przestępstwo ciągle w bieżącym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, PiP 1960, z. 2, s. 296-308 oraz P. Konieczniak, *Przestępstwo ciągle*, PiP 1996, z. 12, s. 54-66 i cytowana tam literatura.

też należy się ograniczyć jedynie do wskazania stanowisk aprobowanych przez autora niniejszej pracy, które to posłużą jako podstawa analizy kwestii popełnienia przestępstwa uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego.

Czyn ciągły jest wielokrotnym przekroczeniem jednej i tej normy sankcjonowanej¹²⁰⁴, czego konsekwencją jest konieczność jednorodności zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego. Odrzucić należy również pogląd, że w skład czynu ciągłego mogą wchodzić zachowania prawnokarnie irrelewantne¹²⁰⁵. W warstwie deskryptywnej mowa jest o „krótkich odstępach czasu”, nie zaś o „krótkim odstępie czasu”, przez co owe krótkie odstępy czasu zachodząc mają pomiędzy poszczególnymi zachowaniami składającymi się na czyn ciągły¹²⁰⁶. Długość tych krótkich okresów należy ustalać *in concreto*¹²⁰⁷. Odnosząc się do przesłanki „z góry powziętego zamiaru” sprawca może dopuszczać się popełnienia przestępstwa w warunkach czynu ciągłego zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i zamiarze ewentualnym¹²⁰⁸. W myśl art. 57b k.k.: „Skazując za przestępstwo z zastosowaniem art. 12 § 1, sąd wymierza karę przewidzianą za przypisane sprawcy przestępstwo powyżej dolnej granicy ustawowego zagrożenia, a w wy-

¹²⁰⁴ Zob. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 12 k.k.* [w:] R.A. Stefański, *Kodeks karny...*, s. 198. Przeciwnie twierdzi P. Kardas, według którego czyn ciągły stanowi pozorny zbieg przestępstw. Zob. P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe w prawie karnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów*, Kraków 1999, s. 268. Pogląd P. Kardasa nie zasługuje na aprobatę. Wynika to z faktu, że czyn ciągły stanowi formę „przestępstwa popełnionego na raty”, a co za tym idzie w zamiarze sprawcy jak i w działaniach faktycznych czyn ciągły stanowi prawną oraz faktyczną jedność (przy czym zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego zachowują ontologiczną odrębność). Zatem nie można mówić o zbiegu przestępstw w jakiegokolwiek, jeśli sprawca *de facto* popełnienia jedno przestępstwo, które ze względu na swoją specyfikę stanowi kilkukrotne przekroczenie określonej normy sankcjonowanej wyrażonej w części szczególnej, części wojskiej k.k. albo w przepisach szczególnych. Nie można przyjąć poglądu, że w warunkach czynu ciągłego można przekroczyć kilka norm sankcjonowanych. Wynika to z posłużenia się przez ustawodawcę zwrotem „uważa się za jeden czyn zabroniony”. Prowadzi to do wniosku, że z racji wyłączenia wielości oceny karnoprawnej wszystkich czynów zabronionych składających się na czyn ciągły należy wymierzyć sprawcy jednej kary. Zaś art. 12 § 1 k.k. nie przewiduje reguł wymierzania kary, jeśli przestępstwo popełnione w warunkach czynu ciągłego stanowi wypełnienie znamion kilku typów czynów zabronionych (wskazać należy, że w omawianej sytuacji nie można wymierzyć kary łącznej, ponieważ zachowania się sprawcy stanowią jedno przestępstwo).

¹²⁰⁵ Pogląd o możliwości włączenia w skład czynu ciągłego zachowania się prawnokarnie irrelewantnego wyraża P. Kardas. Zob. P. Kardas, *Przestępstwo ciągłe...*, s. 273. Przyjęcie takiego poglądu umożliwia pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej za zachowanie się, które nie jest penalizowane. Stoi to w sprzeczności z zasadą *nullum crimen sine lege scripta* oraz z art. 42 ust. 1 Konstytucji.

¹²⁰⁶ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły i ciąg przestępstw. Komentarz do art. 12 i 91 Kodeksu karnego*, Kraków 1999, s. 45. Rozwiązanie takie należy jednak ocenić negatywnie. Przyjęcie, że krótki odstęp czasu zachodząc ma nie między pierwszym a ostatnim zachowaniem się sprawcy, lecz między poszczególnymi zachowaniami się wchodzącymi w skład czynu ciągłego znacząco rozszerza tę instytucję. Jako przestępstwo mogą zostać uznane sytuacje popełniania określonego typu przestępstwa przez kilka czy nawet kilkanaście lat, zaś sprawca dopuszcza się swych zachowań przestępnych kilka razy w tygodniu. Wydaje to się stać w sprzeczności z założeniami czynu ciągłego jako swoistego przestępstwa ratalnego.

¹²⁰⁷ Niemniej należy się zgodzić z Ł. Pohlem, że krótki odstęp czasu może trwać maksymalnie 31 dni. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 269.

¹²⁰⁸ S. Żółtek trafnie zauważa, że taka konstrukcja przepisu nie wyłącza ogólnych reguł odnoszących się do postaci zamiaru wynikających z art. 9 § 1 k.k. Zob. S. Żółtek, *Komentarz do art. 12 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 348-349.

padku grzywny lub kary ograniczenia wolności nie niższą od podwójnej dolnej granicy ustawowego zagrożenia – do podwójnej wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia”. Z przywołanego przepisu wywieść można, że popełnienie czynu ciągłego aktualizuje nakaz wymierzenia kary w wysokości innej, aniżeli przewiduje to przepis części szczególnej albo części wojskowej k.k. Zatem w przypadku popełnienia przez sprawcę przestępstwa w warunkach czynu ciągłego mamy do czynienia z nadzwyczajnym wymiarem kary, a precyzyjniej z jej nadzwyczajnym obostrzeniem.

Przy analizie możliwości popełnienia przestępstwa uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego w pierwszej kolejności należy przytoczyć poglądy D. Woźniakowskiej-Fajst oraz S. Tarapaty i P. Zakrzewskiego w tej kwestii.

D. Woźniakowska-Fajst analizując kwestię możliwości dopuszczenia się przestępstwa uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego, próbuje niejako „dopasować” znamiona czynu z art. 190a § 1 k.k. do przesłanek czynu ciągłego. Precyzyjniej zaś autorka sprawdza czy w przypadku uporczywego nękania może być mowa o spełnieniu przesłanki wykonania z góry powziętego zamiaru. D. Woźniakowska-Fajst zauważyła podobną praktykę „podciągania” zachowań się sprawców pod przesłanki czynu ciągłego w analizowanych przez siebie orzeczeniach sądowych¹²⁰⁹. Odnosząc się do przeprowadzenia przez sądy takiego rozumowania wskazuje: „W zacytowanych wyżej opisach, a także w innych podobnych przypadkach, zastosowanie konstrukcji czynu ciągłego wydaje się rozwiązaniem niefortunnym. Przede wszystkim dlatego, że stany faktyczne spraw w świetle zebranego materiału dowodowego, nie pozwalały na ogół stwierdzić, że sprawca w ogóle miał jakiś z góry powzięty, uświadomiony zamiar. Większość zbadanych przeze mnie przypadków, w których sąd zastosował konstrukcję czynu ciągłego, dotyczyła bowiem sytuacji, gdy sprawca nie radził sobie z odrzuceniem przez byłą partnerkę, a jego działania były wyrazem bardzo silnych emocji. Nie sposób nawet za realny cel przyjąć dążenia do odbudowy związku, jako że trudno jest osiągnąć pojednanie, jeśli zachowanie sprawcy obejmuje kierowane do pokrzywdzonej groźby i wulgaryzmy. Wydaje się, że w większości przypadków każde kolejne zachowanie stalkingowe było wyrazem nieradzenia sobie z bólem czy rozczarowaniem w konkretnym momencie, a nie zaplanowanym wcześniej, «na zimno» działaniem w wykonaniu z góry powziętego zamiaru. Nie oznacza to jednak, że konstrukcja czynu ciągłego w odniesieniu do stalkingu nigdy nie mogłaby znaleźć zastosowania. Jeżeli z materiału dowodowego wynika, że sprawca stosował różnego rodzaju techniki nękania (np. groźby, nachodzenie, śledzenie, natarczywe telefonowanie czy wysyłanie licznych

¹²⁰⁹ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 121 i nast.

wiadomości tekstowych), działając nie tyle pod wpływem chaotycznych emocji, co mając przed sobą wyraźny cel (np. doprowadzenie ofiary do takiego wyczerpania psychicznego, by «dla świętego spokoju» wyraziła ona zgodę na coś, na czym zależy sprawcy: chociażby częstsze widywanie dziecka, zgodę na rozwód, zwrot długu itp.), to rzeczywiście należałoby uznać, że mamy do czynienia z zachowaniem wyczerpującym znamiona czynu ciągłego z art. 12 [§ 1 – przyp. M.G.] k.k. Podobnie będzie w przypadku, gdy nowy właściciel kamienicy nęka w różny sposób lokatorów, chcąc doprowadzić do celu, jakim jest ich zastraszenie, a przez to pozbycie się ich z kamienicy. Podkreślić jednak należy, że ustalenie rzeczywistych motywów sprawcy wymagałoby bardzo wnikliwej analizy psychologicznej lub ustalenia w materiale dowodowym faktów dowodzących jego intencji i chęci osiągnięcia określonego skutku¹²¹⁰. Dalej autorka przechodząc do rozważań własnych zastanawia się czy uporczywe nękanie może spełniać przesłankę dwóch lub więcej zachowań, opowiadając się jednocześnie za zasadą jednolitości czynów¹²¹¹. Konkludując swoje rozważania D. Woźniakowska-Fajst stwierdza: „Z powyższych rozważań dotyczących zarówno przesłanki z góry powziętego zamiaru, jak i przeważającej w doktrynie zasady jednolitości czynów wynikałoby, że stosowanie konstrukcji czynu ciągłego odnośnie do przestępstwa stalkingu nie jest rozwiązaniem prawidłowym. Stalking bowiem jest zachowaniem wieloczynowym, złożonym, ale także często wielorodzajowym i wieloodmianowym, a z analizy materiału badawczego wynika, że w wielu przypadkach sprawcy nie można także przypisać z góry powziętego zamiaru ani innych przesłanek określonych w art. 12 [§ 1 – przyp. M.G.] k.k.”¹²¹².

S. Tarapata i P. Zakrzewski reprezentują stanowisko, że z racji posłużenia się przez ustawodawcę w art. 190a § 1 k.k. zwrotem „uporczywe nękanie” nie wymaga zastosowania konstrukcja z art. 12 § 1 k.k., co wynika z szerokiej pojemności znaczeniowej tego znamienia¹²¹³. Wspomniani autorzy zauważają sporo podobieństw między znamieniem uporczywego nękania a konstrukcją czynu ciągłego. Swój pogląd uzasadniają następująco: „(...) użyty w ustawie czasownik nie nazywa jednego w sensie ontologicznym, skonkretyzowanego zachowania, ale nazywa ciąg zachowań, którego ustalenie jest dla przyjęcia realizacji tego znamienia niezbędne”¹²¹⁴.

Przechodząc do przedstawienia własnego stanowiska należy wskazać, że istota możliwości popełnienia przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. w warunkach czynu ciągłego sprowadza się

¹²¹⁰ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 124.

¹²¹¹ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 124-125.

¹²¹² D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 126.

¹²¹³ Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *O normatywnych przesłankach...*, s. 382.

¹²¹⁴ S. Tarapata, P. Zakrzewski, *O normatywnych przesłankach...*, s. 389.

do tego, czy możliwe jest dopuszczenie się w krótkich odstępach czasu co najmniej dwóch uporczywych nękań, czyniąc to dodatkowo w wykonaniu z góry powziętego zamiaru bezpośredniego albo zamiaru ewentualnego. D. Woźniakowska-Fajst, jak i cytowane przez tę autorkę sądy odnosili się do tego, czy uporczywe nękanie spełnia przesłanki czynu ciągłego. Dopuszczono się więc kardynalnego błędu, zupełnie abstrahując od istoty czynu ciągłego. Czyn ciągły, jak wskazano, stanowi wielokrotne przekroczenie tej samej normy sankcjonowanej, a więc zachowań penalizowanych. Zachowania składające się na nękanie owszem mogą stanowić przekroczenie innych norm sankcjonowanych aniżeli tych wysłowionych w art. 190a § 1 k.k., lecz na owo nękanie mogą się składać zachowania legalne, które nie mogą wchodzić w skład czynu ciągłego. Wracając do możliwości dopuszczenia się nękania poprzez przekroczenie innych norm sankcjonowanych to należy wskazać, że przekraczane mogą być różne normy. Natomiast przy czynie ciągłym wymagane jest, żeby została przekroczona wielokrotnie jedna i ta sama norma sankcjonowana. Zatem nie można w żaden sposób poszukiwać realizacji przez poszczególne zachowania wchodząca w skład nękania spełnienie przez te zachowania przesłanek czynu ciągłego. Owszem można znaleźć minimalne podobieństwa między przestępstwem uporczywego nękania a konstrukcją czynu ciągłego¹²¹⁵, niemniej są to podobieństwa bardzo dalekie. Jedynym punktem styczonym jest wielość zachowań, które poddawane są jednej ocenie prawnokarnej. Nie wydaje się również, że pojemność znaczeniowa nie powoduje zbędności zastosowania w przypadku nękania konstrukcji czynu ciągłego. Uporczywe nękanie stanowi odrębny typ czynu zabronionego, który składać się może albo z pojedynczego zachowania się sprawcy rozciągniętego w czasie albo z konglomeratu zachowań mających na celu udręczenie pokrzywdzonego. W tych zachowaniach mogą się zawierać zachowania różnego rodzaju (w tym niepenalizowane). Stąd też w żaden sposób art. 190a § 1 k.k. nie może być traktowany jako surogat czynu ciągłego. Czyn ciągły jest z goła odmienną konstrukcją od uporczywego nękania, zatem nie można tych konstrukcji do siebie porównywać. Należy teraz wrócić do właściwej kwestii rozważań, a więc możliwości kilkukrotnego przekroczenia jednej i tej samej normy sankcjonowanej z art. 190a § 1 k.k. w warunkach czynu ciągłego. Kwestia ta może budzić wątpliwości, bowiem uporczywe nękanie jest przestępstwem trwałym. Rozważyć należy trzy możliwości. Pierwszą zakładającą, że pomimo pewnej przerwy w zachowaniu się sprawcy jego aktywność należy traktować jako popełnienie jednego czynu zabronionego. Druga możliwość to uznanie, że przerwa w zachowaniach się sprawcy powoduje podział na kilka przestępstw, co skutkuje koniecznością wymierzenia kary łącznej, jeśli sprawca nie został skazany

¹²¹⁵ Na tym etapie rozważań mowa jest nie o hipotetycznych kilku przestępstwach uporczywego nękania, które mogą być popełnione w warunkach czynu ciągłego, lecz o pojedynczym przestępstwie uporczywego nękania.

prawomocnym wyrokiem za zachowania się, których dopuścił się przed ową przerwą. Ostatnią możliwością jest sytuacja, w której sprawca dopuścił się części zachowań przed ukończeniem 17 roku życia, a części po ukończeniu 17 lat. Mowa zatem o sytuacji, kiedy sprawca za część zachowań należy zakwalifikować jako czyn karalny w rozumieniu u.w.r.n., a część jako przestępstwo, za które sprawca będzie odpowiadać na zasadach przewidzianych w k.k. Przystępstwo uporczywego nękania jako przestępstwo trwałe z jednej strony polega na dopuszczaniu się określonego zachowania albo zachowań w określonym czasookresie (nie może to być jeden moment w czasie), z drugiej zaś polega na utrzymywaniu skutków tego przestępstwa przez pewien czas (też ten skutek nie może być jednochwilowy). Zatem kilku czy kilkunastodniowa przerwa w zachowaniach sprawcy nie wydaje się wystarczająca dla ustania negatywnych skutków nękania pokrzywdzonego. Przerwa miesięczna czy kilkumiesięczna też nie zawsze może być wystarczająca. Zapewne, jeśli sprawca nie dopuszcza się nękania przez kilka lat, to taki okres jest wystarczający, aby pokrzywdzony przestał odczuwać krzywdę psychiczną (choć oczywiście mogą być wyjątki w tej kwestii). W przypadku tak długiej przerwy niewątpliwie można powiedzieć, że jeśli sprawca ponownie zacznie nękać pokrzywdzonego np. po upływie pięciu lat od zakończenia „poprzedniego” nękania, to wówczas mamy do czynienia z nowym przestępstwem uporczywego nękania. Wydaje się także, że na podstawie zasady *res iudicata* nękanie może być „dzielone” na dwa czyny zabronione w przypadku skazania prawomocnym orzeczeniem sądu sprawcy za „pierwsze” nękanie, zaś jeśli sprawca dopuszcza się po tym wyroku skazującym nękania, to wówczas stanowi ono oddzielne przestępstwo. Przechodząc do omówienia ostatniej ze wskazanych sytuacji należy stwierdzić, że i w tym przypadku nie będzie można mówić o czynie ciągłym. Wynika to z tego, że za część zachowań sprawca ponosi innego rodzaju odpowiedzialność aniżeli odpowiedzialność karną. Ponadto jak już wspomniano wcześniej sprawca za część zachowań nie może ponieść odpowiedzialności karnej, bowiem nie osiągnął on odpowiedniego wieku. Ponadto obowiązek wymierzenia jednej kary za wszystkie zachowania wchodzące w skład czynu ciągłego. Konsekwencją tego obowiązku jest konieczność podlegania przez każde z zachowań wchodzących w skład czynu ciągłego reżimowi karnoprawnej odpowiedzialności. W przypadku zachowań popełnionych przed ukończeniem 17 roku życia sprawca nie odpowiada za nie na karne, lecz na zasadach przewidzianych w u.w.r.n., a zatem zachowania te nie mogą wejść w skład czynu ciągłego¹²¹⁶. W pierwszej sytuacji nie

¹²¹⁶ Warto dodać, że SN dopuszcza możliwość wyłączenia spod zakresu czynu ciągłego tych zachowań się stanowiących przekroczenie normy sankcjonowanej, których sprawca dopuścił się przed ukończeniem 17 roku życia. Zob. Wyrok SN z dnia 17 czerwca 2014 r., sygn. II KK 24/14, LEX nr 1483950.

mamy do czynienia z krótkim odstępem czasu między nękaniami, w drugiej sytuacji zastosowanie konstrukcji czynu ciągłego uniemożliwia zasada *ne bis in idem*, zaś w trzeciej za część zachowań sprawca nie może ponieść odpowiedzialności karnej, co stanowi podstawę stwierdzenia „dwóch” nękań. Kolejnym wnioskiem płynącym z powyższych rozważań jest to, że w znacznej części sytuacji pomimo przerwy będziemy mieli do czynienia z jednym czynem, bowiem przerwy nie będą na tyle długie, żeby stan przestępny ustąpił. Nie można też mówić o możliwości zastosowania konstrukcji czynu ciągłego, kiedy sprawca nęka jednocześnie kilka osób, bowiem przedmiotem zamachu w przypadku przestępstwa uporczywego nękania jest dobro osobiste, a w takim przypadku warunkiem do uznania wielości zachowań za jeden czyn zabroniony jest tożsamość pokrzywdzonego (więc przedmiotem takiego przestępstwa popełnionego w warunkach czynu ciągłego może być wyłącznie jedna osoba). Konkludując, przestępstwo uporczywego nękania nie spełnia przesłanek wskazanych w art. 12 § 1 k.k., a co za tym idzie nie może zostać ono popełnione w warunkach czynu ciągłego.

§ 8.4. Ciąg przestępstw

Ciąg przestępstw, o którym mowa w art. 91 § 1 k.k. jest konstrukcją stanowiącą wieloczynową formę przestępstwa ciągłego. Już w warstwie deskryptywnej ustawodawca wskazuje, że zachodzi on w sytuacji popełnienia dwóch lub więcej przestępstw zanim zapadł względem któregoś z tych przestępstw pierwszy chociażby nieprawomocny wyrok skazujący. O ile stwierdzenie, że w danej sprawie sprawca dopuścił się popełnienia przestępstwa w warunkach czynu ciągłego powoduje wyłączenie wielości ocen karnoprawnych zachowań się sprawcy, o tyle stwierdzenie ciągu przestępstw aktualizuje normę kompetencyjną uprawniającą do wymierzenia sprawcy kary określonej w przepisie stanowiącym podstawę jej wymiaru dla każdego z tych przestępstw w wysokości do górnej granicy zagrożenia zwiększonego o połowę oraz sprzężoną z nią normę merytoryczną nakazującą zrealizować sądowi treść normy kompetencyjnej w przedstawionej sytuacji. Ł. Pohl zauważa, że ciąg przestępstw stanowi rzeczywisty zbieg przepisów¹²¹⁷. M. Dąbrowska-Kardas i P. Kardas twierdzą, że zwrot „sąd orzeka jedną karę określoną w przepisie stanowiącym podstawę jej wymiaru dla każdego z tych przestępstw” przesądza o tym, że w skład ciągu przestępstw mogą wchodzić wyłącznie przepisy o tożsamej kwalifikacji prawnej, czyli takie przepisy wyczerpujące znamiona opisany w tym samym przepisie ustawy karnej¹²¹⁸. Ł. Pohl z kolei twierdzi, że: „W skład ciągu przestępstw wchodzić (...)

¹²¹⁷ Zob. Ł. Pohl, *Komentarz do art. 91 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 628.

¹²¹⁸ Zob. M. Dąbrowska-Kardas, P. Kardas, *Czyn ciągły...*, s. 92.

mogą nie tylko przestępstwa identyczne, ale i różne, byleby tylko trzon ich znamion określony był w jednym i tym samym przepisie prawnokarnym”¹²¹⁹. Fragment art. 91 § 1 k.k. stanowiący dla M. Dąbrowskiej-Kardas i P. Kardasa argument za tożsamością kwalifikacji prawnej zachowań, w istocie dotyczy jedynie wymiaru kary. Skoro kara za wszystkie przestępstwa wchodzące w skład ciągu przestępstw ma być jedna, to możliwe jest wchodzenie w skład ciągu przestępstw różnych typów czynów zabronionych, o ile można wymierzyć za wszystkie przestępstwa taką samą karę, co przekłada się na konieczność identycznej dla wszystkich przestępstw kwalifikacji prawnej. Mówiąc, że podstawą dla wymierzenia kary ma być jeden przepis należy mieć na myśli, że w przypadku, jeśli dany artykuł dzieli się na inne jednostki redakcyjne, to wówczas przestępstwa wchodzące w skład ciągu przestępstw muszą być kwalifikowane prawnie z tej samej jednostki redakcyjnej aktu prawnego. Na gruncie uporczywego nękania ciąg przestępstw mógłby zachodzić wyłącznie pomiędzy przestępstwami realizującym jedną z norm sankcjonowanych wysłowionych w art. 190a § 1 k.k.¹²²⁰.

Wspomniano wcześniej, że w przypadku tego samego sprawcy i tego samego pokrzywdzonego z kilkoma uporczywymi nękaniami można mieć miejsce w dwóch sytuacjach. W przypadku pierwszej sytuacji, a więc kilkoletniego okresu przerwy między nękaniami nie następuje spełnienie przesłanki krótkich odstępów czasu, zatem konstrukcja ciągu przestępstw nie może znaleźć zastosowania. Z kolei w sytuacji, gdy nękania zostaną oddzielone prawomocnym wyrokiem skazującym, to również nie może być mowy o ciągu przestępstw, bowiem w art. 91 § 1 k.k. ustawodawca wymaga, aby kilka przestępstw zostało popełnione przed wydanie pierwszego chociażby nieprawomocnego wyroku.

Rozważyć należy jeszcze jedną sytuację – gdy sprawca w krótkich odstępach czasu nęka więcej niż jedną osobę, a więc przekracza kilkakrotnie jedną z norm sankcjonowanych z art. 190a § 1 k.k. (przy czym nie musi być to przekroczenie tej samej normy sankcjonowanej). Co istotne w przypadku ciągu przestępstw ustawodawca nie formułuje wymogu tożsamości pokrzywdzonego w przypadku atakowania dóbr osobistych. Celem odpowiedzi na to pytanie należy sprawdzić czy taka sytuacja spełnia przesłankę wykorzystania takiej samej sposobności. S. Żółtek odnosząc się do tej przesłanki stwierdza, że należy ją wiązać z okolicznościami przedmiotowymi, które odnoszą się do możliwości popełnienia przestępstwa. Autor ten dodaje, że wykorzystanie takiej samej sposobności stanowi „okazję” czy „warunki” do ponownego popełnie-

¹²¹⁹ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 271.

¹²²⁰ Nie byłoby zatem możliwe uznanie, że ciąg przestępstw zachodzi, kiedy w jego skład wchodzi przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. oraz przestępstwo z art. 190a § 2 k.k., pomimo spełnienia przesłanek z art. 91 § 1 k.k.

nia czynu zabronionego. Autor ten nie wyklucza, że sposobność może być rozciągnięta w czasie¹²²¹. Można sobie bowiem wyobrazić sytuację, że sprawca nęka dwie osoby zamieszkujące ze sobą i nękania te występują po sobie w krótkich odstępach czasu. Niemniej pojawia się wątpliwość, czy uporczywe nękanie jako czynność rozciągnięta w czasie dopuszczana względem kilku osób może być popełniona w krótkich odstępach czasu. W przypadku nękań trwających dłuższy czas ciężko znaleźć spełnienie przesłanki krótkich odstępów czasu, łatwiej natomiast wykazać wykorzystanie przez sprawcę takiej samej sposobności. Ale jeśli sprawca dopuszcza się swych działań w dość krótkim okresie (mniej niż 31 dni) względem wszystkich pokrzywdzonych to wówczas można uznać, że spełnił obie przesłanki. Wówczas nie powstaje wątpliwość, czy aby na pewno odstęp czasu trwający między rozpoczęciem nękania pokrzywdzonego A oraz rozpoczęciem nękania pokrzywdzonego B jest krótki. Wydaje się, że najłatwiej stwierdzić możliwość dopuszczenia się uporczywych nękań w warunkach ciągu przestępstw, jeśli te nękania następują po sobie, choć taka konstrukcja przepisu nie wyklucza, żeby zachowania się sprawcy w pewnym fragmencie występowały jednocześnie. Zatem, aby można było mówić o ciągu przestępstw w przypadku uporczywego nękania to muszą zostać spełnione następujące warunki: sprawca musi wypełnić co najmniej dwukrotnie normy sankcjonowane wysłowione w art. 190a § 1 k.k., przestępstwa sprawcy muszą być skierowane względem kilku osób (bowiem w uproszczeniu jednym przestępstwem można nękać wyłącznie jedną osobę), przestępstwa sprawcy muszą być popełniane przy wykorzystaniu tej samej sposobności (np. w przypadku przebywania pokrzywdzonych w tym samym pomieszczeniu czy członkostwa pokrzywdzonych w danej grupie społecznej), przestępstwa muszą następować po sobie w krótkich odstępach czasu (nie wydaje się być istotne „zazębianie” się czasu popełnienia każdego z tych przestępstw z osobna) oraz czas nękania powinien być stosunkowo krótki (wynika to z kwestii łatwiejszego wykazania w toku postępowania karnego przesłanek ciągu przestępstw, zwłaszcza przesłanki krótkich odstępów czasu).

§ 8.5. Podsumowanie

W niniejszym podrozdziale prócz sprawdzenia z jakimi przepisami k.k. i k.w. zbiega się art. 190a k.k. oraz możliwością popełnienia omawianego przestępstwa w warunkach czynu ciągłego i ciągu przestępstw, analizowano kwestię czy art. 190a § 1 k.k. nie stanowi podwójnej

¹²²¹ Zob. S. Żółtek, *Komentarz do art. 91 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 1157-1158.

kryminalizacji zachowań mających na celu wywołanie krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego. Wskazanie przestępstw i wykroczeń z jakimi zbiega się art. 190a § 1 k.k. pozwoli wskazać (z pewnymi modyfikacjami) jakie normy sankcjonowane mógł przekroczyć sprawca nękania na gruncie obecnie obowiązujących k.k. i k.w. przed wprowadzeniem art. 190a § 1 k.k.

Odnosząc się do pierwszej kwestii, a mianowicie kwestii zbiegu art. 190a § 1 k.k. z przepisami k.k. i k.w., to przepis ten zbiega się z wieloma przepisami obu ustaw. W przypadku zbiegu art. 190a § 1 k.k. z przepisami k.k. takimi przepisami są zwłaszcza: art. 156, art. 157, art. 158, art. 190a § 2, art. 190, art. 191 § 1 i 1a, art. 191a, art. 193, art. 207 § 1 i 1a, art. 212, art. 216, art. 217, art. 267 czy art. 288 k.k. Nadto sprawca jednym i tym samym zachowaniem może przekraczać kilka norm sankcjonowanych wysłowionych w art. 190a § 1 k.k. albo kilkakrotnie przekroczyć tę samą normą wysłowioną w przywołanym przepisie. Analizując relację między art. 190a § 1 a art. 207 § 1 i 1a k.k. wskazano, że zbieg między tymi przestępstwami zachodzi w przypadkach znęcania się psychicznego nad osobą, o której mowa w art. 207 § 1 lub 1a k.k., wywołania u tej osoby jednego ze skutków wskazanych w art. 190a § 1 k.k. oraz obejmowania zamiarem przez sprawcę wywołania tego skutku. Zbieg ten wynika z faktu, że zakres nazwy nękanie mieści się w zakresie znęcanie psychiczne. Tabela poniżej zawiera wykaz ww. przestępstw wraz rodzajami zbiegów przepisów jaki zachodzi między nimi a art. 190a § 1 k.k.

Tabela 3. Wykaz przepisów k.k., które zbiegają się z art. 190a § 1 k.k.

Przepis	Rodzaj zbiegu
art. 156	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 157	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 158	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 190	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)

art. 190a § 1	Rzeczywisty zbieg przepisów uwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy
art. 190a § 2	Rzeczywisty zbieg przepisów uwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy
art. 190a § 3	Pozorny zbieg przepisów
art. 191 § 1 i 1a	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 191a	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 193	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 207 § 1 i 1a	Rzeczywisty zbieg przepisów uwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy
art. 212	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 216	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 217	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 267	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)
art. 288	Pomijalny zbieg przepisów (zastosowanie reguły konsumpcji)/Uwzględniany zbieg przepisów (jeśli realizacja znamion nie stanowi w zamiarze sprawcy części nękania)

Źródło: opracowanie własne

Odnosząc się z kolei do relacji między art. 190a § 1 k.k. a art. 107 k.w. stwierdzono, że kwalifikacja zachowań się (zachowania się) sprawcy jako złośliwe niepokojenie albo uporczywe nękanie jest determinowana przez intensywność negatywnych emocji pokrzywdzonego wywołanych przez sprawcę. Wskazano, że art. 190a § 1 k.k. zbiega się z następującymi przepisami: art. 51, art. 107, art. 107a, art. 108, art. 119, art. 124 § 1, art. 126 § 1, art. 127 § 1 oraz art. 140 k.w. Co istotne sprawca swoim zachowaniem się w zależności od sposobu nękania może przekroczyć także inne normy sankcjonowane. Dla lepszego zobrazowania tej kwestii postanowiono ująć to zagadnienie w formie poniższej tabeli.

Tabela 4. Wykaz przepisów k.w. zbiegających się z art. 190a § 1 k.k.

Przepis	Rodzaj zbiegu
art. 51	Idealny zbieg czynów zabronionych
art. 107	Nieuwzględniany w kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy rzeczywisty zbieg przestępstw
art. 107a	Pomijalny zbieg przepisów
art. 108	Pomijalny zbieg przepisów
art. 119	Idealny zbieg czynów zabronionych
art. 124 § 1	Pomijalny zbieg przepisów
art. 126 § 1	Pomijalny zbieg przepisów
art. 127 § 1	Pomijalny zbieg przepisów
art. 140	Pomijalny zbieg przepisów

Źródło: opracowanie własne

Należy pokrótce dodać, że największe wątpliwości praktyczne budzi problem kwalifikacji prawnej zachowania się sprawcy jako: nękania, znęcania się albo złośliwego niepokojenia.

Kolejną kwestią poddaną analizie była możliwość popełnienia przestępstwa uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego i możliwości występowania przy tym przestępstwie ciągu przestępstw. Wskazano, że nie jest możliwe popełnienie przestępstwa uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego, bowiem co do zasady jedno przestępstwo popełniane przez tego samego sprawcę względem tego samego pokrzywdzonego trwa tak długo jak sprawca działa. Są co prawda trzy wyjątki – kiedy przerwa jest na tyle długa, że stan przestępny ustępuje (zazwyczaj kilka lat), kiedy zachowania sprawcy zostaną oddzielone prawomocnym wyrokiem skazującym oraz kiedy sprawca dopuścił się części swoich zachowań przed ukończeniem 17 roku życia, a części po ukończeniu 17 lat. W pierwszej sytuacji nie jest spełniona przesłanka

krótkich odstępów czasu, w drugiej sytuacji natomiast wyłączenie wielości ocen karnoprawnych naruszyłoby zasadę *ne bis in idem*. Z kolei, w przypadku trzeciej sytuacji możliwość uznania, że mamy do czynienia z czynem ciągłym jest wyłączona z powodu różnych reżimów reakcji prawnej na zachowania się sprawcy¹²²². Zatem została wykluczona możliwość popełnienia omawianego przestępstwa w warunkach czynu ciągłego. Natomiast, żeby móc przyjąć ciąg przestępstw przy uporczywym nękanu muszą zostać spełnione ściśle określone przesłanki, w tym dopuszczenie się nękania względem kilku osób.

Kolejną wspomnianą kwestią jest zarzut podwójnej kryminalizacji przez art. 190a § 1 k.k. zachowań stypizowanych w innych przepisach k.k. Jak wskazano art. 190a § 1 k.k. zbiega się z wieloma innymi przepisami ustawy karnej. Niemniej przepisy te nie oddają charakteru przestępstwa uporczywego nękania i nie zapewniają pełnej karnoprawnej ochrony ofiarom tego przestępstwa. Nadto uporczywe nękanie może składać się z zachowań prawnokarnie irrelewantnych. W sytuacji, w której zachowanie się (lub zachowania się) sprawcy składają się wyłącznie z takich zachowań sprawca, w przypadku braku obowiązywania art. 190a § 1 k.k., nie mógłby zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej, względnie mógłby ponieść odpowiedzialność z art. 107 k.w., który jednak nie oddaje adekwatnie opisu czynu jakiego dopuścił się sprawca, zaś sankcja grożąca za przekroczenie normy sankcjonowanej zawartej w tym przepisie jest niewspółmierna do wagi czynu sprawcy. Z kolei w zakresie zbiegu z innymi przepisami art. 190a § 1 k.k. konsumuje pozostałe przepisy umożliwiając dzięki temu łatwiejszą ocenę zachowań się sprawcy oraz realnych jego skutków, aniżeli w przypadku stosowania przepisów „rozsianych” po całym k.k. i ustawach szczególnych. Nadto obowiązywanie omawianego przepisu ułatwia wymiar kary, bowiem z racji jednej oceny karnoprawnej wymierza się sprawcy jedną karę bez konieczności stosowania instytucji kary łącznej, która to instytucja mogłaby powodować wiele problemów z jej użyciem w takich sprawach w praktyce. Zatem nie można się zgodzić z poglądem S. Ładosia i M. Warchoła, że art. 190a § 1 k.k. stanowi przejaw podwójnej kryminalizacji pewnych zachowań.

Kolejna kwestia wymagająca uwagi może zostać przedstawiona w formie następującego pytania: czy zasadne było tworzenie typu przestępstwa uporczywego nękania czy też wystarczające było rozszerzenie zakresu przedmiotu przestępstwa z art. 207 § 1 k.k. na każdą osobę i zmiana umiejscowienia tego przepisu w k.k.? Wydaje się, że taki zabieg byłby bardziej zasadny aniżeli tworzenie nowego typu czynu zabronionego. Jest to o tyle istotne, bowiem art.

¹²²² Dla przypomnienia za część zachowań popełnionych przed ukończeniem 17 lat sprawca będzie odpowiadał na zasadach określonych w u.w.r.n., a za zachowania, których dopuścił się po ukończeniu 17 roku życia – na zasadach przewidzianych w k.k.

190a § 1 k.k. nie chroni przed krzywdą fizyczną, a więc znęcaniem się fizycznym. Wspomniana regulacja chroniłaby więc pełniej dobra takie jak wolność człowieka czy jego dobrostan zdrowotny. Nadto odnośnie do krzywdy psychicznej znowelizowany art. 207 k.k. chroniłby psychikę ludzką przed intensywną krzywdą psychiczną w postaci znęcania się (i tym samym nękania) szerzej, z racji braku ograniczenia kryminalizacji do wywołania jednego ze skutków o jakich mowa w art. 190a § 1 k.k., lecz do każdej sytuacji znęcania psychicznego. Ustawodawca jednak wolał iść w stronę dokonania przeszczepu prawnego i stworzenia nowego typu czynu zabronionego. Niewątpliwie takie działanie też w pewnym stopniu można uznać za uzasadnione, bowiem jednak nękanie jest objęte kryminalizacją. Niemniej można było podobny efekt osiągnąć poprzez dokonanie zmian w art. 207 k.k. Biorąc pod uwagę spójność systemu prawnego to przeprowadzenie zmian w postaci zmiany umiejscowienia art. 207 § 1 k.k. i rozszerzenia zakresu przedmiotu stypizowanych w tym przepisie przestępstw i uchylenie art. 190a § 1 k.k. mogłoby przynieść więcej szkody aniżeli pożytku. Mankamenty takiego działania objawiać się będą w kwestiach intertemporalnych, gdzie w zależności od interpretatora (a precyzyjnie jego stopnia sprawności interpretacyjnej) czyn z art. 190a § 1 k.k. przez niektórych (*nota bene* trafnie) mogłyby zostać kwalifikowany z „nowego” przepisu (przy założeniu jego względności), a zdaniem niektórych osób mogłoby dojść do depenalizacji uporczywego nękania, a zatem doszłoby do sytuacji sprzecznych rozstrzygnięć organów, co w konsekwencji narusza spójność systemu prawnego oraz jest sprzeczne z postulatem pewności prawa. Zatem skoro ustawodawca zdecydował się na stworzenie nowych typów czynów zabronionych, to konsekwentnie należy taki stan utrzymać.

Ostatnią kwestią, o jakiej wspomniano na początku tego podsumowania, jest to, że analiza kwestii zbiegu art. 190a § 1 k.k. z innymi przepisami k.k. i k.w. da również odpowiedź na pytanie jak można było kwalifikować nękanie na gruncie tych aktów przed wprowadzeniem do systemu prawnego art. 190a § 1 k.k. Ponowne przytaczanie wszystkich tych przepisów jest niecelowe, natomiast należy poczynić pewne zastrzeżenie. Bowiem nie wszystkie z przedstawionych przepisów obowiązywały przed wprowadzeniem art. 190a § 1 k.k. Mowa tutaj o art. 190a § 2 i art. 191 § 1a k.k. Zatem, co wydaje się oczywiste, sprawca nękania nie mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności z tych przepisów.

Jak można zauważyć, analiza kwestii związanych ze zbiegiem przepisów i zbiegiem przestępstw może udzielić odpowiedzi na pytania niezwiązane wprost z występowaniem lub niewystępowaniem danego rodzaju zbiegu pomiędzy poszczególnymi przestępstwami. Na gruncie omawianego przestępstwa analiza ta pozwoliła np. przeanalizować czy wprowadzenie nowego przepisu było konieczne do ochrony określonych dóbr prawnych czy też wystarczająca

byłaby nowelizacja przepisów istniejących oraz wskazać, jak kształtowała się na gruncie obecnie obowiązującego k.k. odpowiedzialność karna za nękanie przed wprowadzeniem art. 190a § 1 k.k.

§ 9. Podsumowanie

Dokonanie podsumowania wszystkich rozważań poczynionych w niniejszym rozdziale w sposób syntetyczny stanowi niełatwe wyzwanie. Wynika to z faktu obszerności poczynionych wniosków. Stąd też przedstawienie wszystkich wniosków, nawet w formie punktowej mogłoby spowodować, że niniejsze podsumowanie nie spełniałoby swojej roli¹²²³.

Chcąc jednak wskazać na pewne istotne kwestie postanowiono dokonać podsumowania w inny sposób. Będzie ono miało charakter dwuczęściowy. Pierwszą część stanowić będzie zakończenie procesu wykładni art. 190a § 1 k.k. poprzez sformułowanie norm prawnych, które można wywieść z tego przepisu. Zatem zostanie dokonana faza percepcyjna wykładni, która to została celowo pominięta na początku niniejszego rozdziału. Drugą część stanowić będzie próba ujęcia uporczywego nękania jako czynności konwencjonalnej doniosłej prawnokarnie. Rozważania te pozwolą na syntetyczne wskazanie cech nękania jako czynu zabronionego pod groźbą kary.

§ 9.1. Normy prawne odtwarzalne z art. 190a § 1 k.k.

W tym miejscu należy dokonać ostatniej fazy wykładni art. 190a § 1 k.k., czyli fazy percepcyjnej. W § 1.10 niniejszego rozdziału dokonano wskazania na 10 przykładowych wyrażań normokształtnych, które można wywieść z tego przepisu. Dla przypomnienia warto przedstawić je raz jeszcze:

1. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby i innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.

¹²²³ Zdaniem autora, celem podsumowania jest jak najbardziej syntetyczne przedstawienie wniosków poczynionych w pracy czy w danym fragmencie, a także dokonanie oceny *de lege lata* lub sformułowanie postulatów *de lege ferenda*.

2. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
3. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
4. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby i innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
5. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia i uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
6. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
7. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia i istotnego naruszenia prywatności, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
8. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia i uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.

9. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia i uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.
10. Każdemu, kto nie działa w sytuacji okoliczności wyłączających bezprawność zakazane jest umyślne uporczywe nękanie innej osoby i innej osoby najbliższej, którego skutkiem jest wywołanie uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia, które nie prowadzi do targnięcia się na własne życie innej osoby.

Chcąc przekształcić powyższe wyrażenia normokształtne w normy prawne należy przyporządkować poszczególnym zwrotom użytym w niniejszych wyrażeniach, ich poszczególne znaczenia. Jak już była mowa, postanowiono częściowo odstąpić od wskazówek M. Zielińskiego (np. poprzez zaniechanie wykładni art. 115 § 11 k.k.), co w założeniach ma uprościć tekst normy prawnej. Należy wskazać również, że część zwrotów ma dość rozbudowane znaczenia. Stąd też wszystkie znaczenia tych zwrotów zostaną maksymalnie uproszczone, jednak bez uszczerbku dla treści, jak i zakresu definiowanych terminów.

Zanim jednak przejdzie się do wskazania ustalonych już znaczeń, należy poświęcić trochę uwagi zwrotowi, który nie był jeszcze przedmiotem rozważań w kontekście obecnie obowiązującego k.k. Zwrotem tym jest „targnięcie się na własne życie”. W przypadku rozważań odnoszących się do nieobowiązujących już aktów prawnych wskazywano, że targnięcie się na własne życie oznacza podjęcie próby samobójczej (przy czym próba ta nie musi być udana) oraz popełnienie samobójstwa. Należy się zastanowić, czy znaczenie takie można przyjąć na gruncie obecnie obowiązującego art. 190a § 3 k.k.¹²²⁴. Obecnie w doktrynie prawa karnego nie doszło do zmiany znaczenia targnięcia się na własne życie, które jest pojmowane jako podjęcie zamachu samobójczego (w tym jako usiłowanie samobójstwa)¹²²⁵. Zatem jako targnięcie się na własne życie należy rozumieć próbę popełnienia samobójstwa, jak również samobójstwo dokonane.

Przechodząc teraz do podsumowania rozważań odnoszących się do pojmowania znaczeń użytych w ww. wyrażeniach normokształtnych, celem zapewnienia przejrzystości wyводу należy przedstawić je w formie poniższej tabeli.

¹²²⁴ Dla przypomnienia, przepis ten zawiera modyfikator norm wysłowionych w art. 190a § 1 k.k.

¹²²⁵ Zob. np. J. Kosonoga, *Komentarz do art. 190a...*, Legalis; A. Łyżwa, *Komentarz do art. 190a k.k.* [w:] M. Banaś-Grabek, *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*, Warszawa 2020, Legalis; S. Hypś, *Komentarz do art. 190a...*, Legalis; M. Galiński, *Problematyka przestępstwa...*, s. 79 czy K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 355.

Tabela 5. Znaczenie zwrotów użytych w wyrażeniach normokształtnych

Zwrot	Znaczenie
okoliczności wyłączające bezprawność	mowa o obronie koniecznej i eksperymencie
umyślność	zarówno zamiar bezpośredni jak i zamiar ewentualny
nękanie	ustawiczne dręczenie kogoś
uporczywość	długotrwałość zachowania i nieustępliwość w realizacji zachowania
inna osoba najbliższa	małżonek, wstępny, zstępny, rodzeństwo, powinowaty w tej samej linii lub stopniu, osoba pozostająca w stosunku przysposobienia oraz jej małżonek, a także konkubent oraz partner (partnerka) tej samej płci zamieszkujący z pokrzywdzonym (inną osobą)
uzasadnienie okolicznościami	właściwa w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową
poczucie zagrożenia	emocja przejawiająca się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo osoby odczuwającej tę emocję może zostać lub zostanie naruszone
poczucie poniżenia	emocja przejawiająca się w poczuciu bycia skompromitowanym czy upokorzonym
poczucie udręczenia	emocja polegająca na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś
istotne naruszenie prywatności	wywierające znaczny i negatywny wpływ na psychikę ludzką nierespektowanie prawa podmiotowego polegającego na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy

targnięcie się na własne życie	usiłowany zamach samobójczy albo dokonany zamach samobójczy
--------------------------------	---

Źródło: opracowanie własne

Na podstawie powyższych znaczeń można dokonać konwersji przywołanych przykładów wyrażeń normokształtnych na następujące normy prawne:

1. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie innej osoby i jej małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osoby pozostającej w stosunku przysposobienia lub jej małżonka, a także konkubenta albo partnera (partnerki) tej samej płci zamieszkującej z inną osobą, którego skutkiem jest wywołanie właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo tej osoby może zostać lub zostanie naruszone, właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w poczuciu bycia skompromitowanym czy upokorzonym, właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji polegającej na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś i wywierającego znaczny i negatywny wpływ na psychikę ludzką nierepektowania prawa podmiotowego polegającego na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.
2. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo tej osoby może zostać lub zostanie naruszone, właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w poczuciu bycia skompromitowanym czy upokorzonym, właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji polegającej na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś i wywierającego znaczny i negatywny wpływ na psy-

chikę ludzką nierespektowania prawa podmiotowego polegającego na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.

3. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie małżonka innej osoby, jej wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osoby pozostającej w stosunku przysposobienia lub jej małżonka, a także konkubenta albo partnera (partnerki) tej samej płci zamieszkującej z inną osobą, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo tej osoby może zostać lub zostanie naruszone, właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w poczuciu bycia skompromitowanym czy upokorzonym, właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji polegającej na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś i wywierającego znaczny i negatywny wpływ na psychikę ludzką nierespektowania prawa podmiotowego polegającego na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.
4. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie innej osoby i jej małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osoby pozostającej w stosunku przysposobienia lub jej małżonka, a także konkubenta albo partnera (partnerki) tej samej płci zamieszkującej z inną osobą, którego skutkiem jest wywołanie właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo tej osoby może zostać lub zostanie naruszone, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.

5. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo tej osoby może zostać lub zostanie naruszone i właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji polegającej na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.
6. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie wywierającego znaczny i negatywny wpływ na psychikę ludzką nierespektowania prawa podmiotowego polegającego na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.
7. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie małżonka innej osoby, jej wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osoby pozostającej w stosunku przysposobienia lub jej małżonka, a także konkubenta albo partnera (partnerki) tej samej płci zamieszkującej z inną osobą, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w poczuciu bycia skompromitowanym czy upokorzonym i wywierającego znaczny i negatywny wpływ na psychikę ludzką nierespektowania prawa podmiotowego polegającego na możliwości swobodnego dysponowania informacjami o swojej osobie, w tym o swoich właściwościach osobistych oraz do zachowywania takich informacji w tajemnicy, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.
8. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie małżonka innej osoby, jej wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, po-

winowatego w tej samej linii lub stopniu, osoby pozostającej w stosunku przysposobienia lub jej małżonka, a także konkubenta albo partnera (partnerki) tej samej płci zamieszkującej z inną osobą, którego skutkiem jest wywołanie u innej osoby właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w poczuciu bycia skompromitowanym czy upokorzonym i właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji polegającej na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.

9. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie innej osoby, którego skutkiem jest wywołanie właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji przejawiającej się w przeświadczeniu o braku bezpieczeństwa, jak również w przeświadczeniu, że bezpieczeństwo tej osoby może zostać lub zostanie naruszone i właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji polegającej na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.
10. Każdemu, kto nie działa w warunkach obrony koniecznej lub eksperymentu zakazane jest w zamiarze bezpośrednim lub w zamiarze ewentualnym długotrwałe i nieustępliwe ustawiczne dręczenie innej osoby i jej małżonka, wstępnego, zstępnego, rodzeństwa, powinowatego w tej samej linii lub stopniu, osoby pozostającej w stosunku przysposobienia lub jej małżonka, a także konkubenta albo partnera (partnerki) tej samej płci zamieszkującej z inną osobą, którego skutkiem jest wywołanie właściwej w związku z okolicznościami sprawy oraz wiedzą naukową emocji polegającej na odczuwaniu cierpienia psychicznego wywołanego przez kogoś, które nie prowadzi do usiłowanego zamachu samobójczego innej osoby albo dokonanego zamachu samobójczego przez inną osobę.

§ 9.2. Uporczywe nękanie jako czynność konwencjonalna doniosła prawnokarnie

Przedstawione wnioski dotyczące przestępstwa uporczywego nękania ciężko ująć w jednym czy kilku zdaniach. Analizowany czyn zabroniony cechuje się złożonością. Złożoność ta przekładać się może na problemy z identyfikacją, czy dane zachowanie albo zachowania *in concreto* stanowią nękanie czy też nie. Powoduje to trudności ze stworzeniem pewnych reguł

pozwalających orzec, kiedy mamy do czynienia z nękaniami, kiedy zaś do nękania nie dochodzi. Niemniej nie wydaje się to być niemożliwe. Do stworzenia takich reguł konieczne jest przyjrzenie się analizowanemu przestępstwu w inny sposób. A mianowicie traktowanie uporczywego nękania jako czynności konwencjonalnej, która ze względu na penalizację tego zjawiska jest czynnością konwencjonalną doniosłą karnoprawnie.

Według S. Czepity: „Uogólniając, należy powiedzieć, że z czynnością konwencjonalną C_k mamy do czynienia wówczas, gdy na gruncie określonych reguł – zwanych regułami sensu czynności konwencjonalnej – wykonanie przez odpowiednią osobę lub osoby w odpowiedniej sytuacji czynności naturalnej C (lub czynności naturalnych C₁...C_n) określonego typu, rozpoznawane jest jako dokonanie czynności konwencjonalnej C_k, która co prawda dokonana jest przez wykonanie czynności naturalnej C (czynności naturalnych C₁...C_n), ale nie jest do niej (do nich) sprowadzalna. Reguły sensu czynności konwencjonalnej pozwalające na rozpoznanie czynności naturalnej wykonanej przez odpowiednią osobę, w odpowiedni sposób, w odpowiedniej sytuacji jako czynności konwencjonalnej danego typu mogą bazować na zwyczaju rozpowszechnionym w danej wspólnotie, wyraźnym porozumieniu lub władczo ustanowionym nakazie”¹²²⁶. Należy dodać, że ową czynność naturalną, a więc czynność, przez którą dokonuje się dana czynność konwencjonalna, wspomniany autor nazywa substratem materialnym czynności konwencjonalnej¹²²⁷. Zatem tak rozumiana czynność konwencjonalna składa się z trzech elementów: substratu materialnego czynności konwencjonalnej, reguł sensu nakazujących owemu substratowi materialnemu nadawać określony sens kulturowy oraz sensu kulturowego wyrażanego przez daną czynność konwencjonalną. J. Wieczorkiewicz-Kita zauważa, że z racji tego, iż zachowanie stanowiące substrat materialny ma stanowić zachowanie się człowieka, to tak rozumiana czynność konwencjonalna jest zawsze „czyjąś” czynnością konwencjonalną¹²²⁸. Ciekawe rozumienie czynności konwencjonalnej proponują L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński i Z. Ziemiński. Dla tych autorów czynnością konwencjonalną jest czynność kulturowa, która jest zarazem czynnością kulturową i czynnością nastawioną na czyjąkolwiek interpretację¹²²⁹. Zdaniem tych autorów w prawie czynności konwencjonalne mają znaczenie

¹²²⁶ S. Czepita, *O pojęciu czynności konwencjonalnej i jej odmianach*, RPEiS 2017, z. 1, s. 86-87.

¹²²⁷ Zob. S. Czepita, *O pojęciu...*, s. 87. Por. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia prawnicze” 1972, z. 33, s. 88.

¹²²⁸ J. Wieczorkiewicz-Kita, *O konwencjonalnych i formalnych aspektach procesu karnego* [w:] A. Choduń, S. Czepita (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010, s. 752.

¹²²⁹ Zob. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne...*, s. 82.

dwojakiego rodzaju. Po pierwsze dokonanie czynności konwencjonalnej może być przedmiotem nakazu, a po drugie ze względu na dokonanie przez kogoś określonej czynności konwencjonalnej powstają lub aktualizują się czyjeś obowiązki¹²³⁰.

Z pojęciem reguł sensu blisko związane jest pojęcie reguł konstytutywnych. Reguły konstytutywne są regułami określającymi warunki, które muszą być spełnione: „(...) ponieważ – ze względu na znaczenie nazwy danego typu czynności konwencjonalnych w danym języku – czynności niespełniające owych warunków nie byłyby czynnościami konwencjonalnymi danego typu”¹²³¹. S. Czepita odnosząc się do poglądów K. Opalka wskazuje na to, że normy konstytutywne odnoszą się do zagadnienia ważności lub nieważności zachowań¹²³². Jak zauważa B. Janusz-Pohl takie ujęcie reguł sensu czynności konwencjonalnych powoduje, że nie są one regułami wyjaśniania określonych czynności konwencjonalnych, lecz regułami ich rozpoznawania¹²³³. S. Czepita dokonuje również wyróżnienia ujęcia konotacyjnego reguł konstytutywnych i ujęcia denotacyjnego reguł konstytutywnych. W konotacyjnym ujęciu mowa tylko o tych regułach prawnych, które wyznaczają konotację (treść) nazwy danego typu czynności konwencjonalnej ze względu na znaczenie tej nazwy w określonym języku. Z kolei ujęcie denotacyjne reguł konstytutywnych odnosi się do reguł prawnych, które wyznaczają warunki dokonania jakiegokolwiek czynności konwencjonalnej doniosłej prawnie. Ujęcie to odnosi się do reguł wyznaczających konsekwencje, jakie wywołuje każda dokonana w ten sposób czynność¹²³⁴. Reguły konstytutywne dzielone są także na reguły konstrukcji, wyznaczające szeroko pojęty sposób wykonania danej czynności konwencjonalnej oraz reguły konsekwencyjne, wyznaczające konsekwencje podjęcia się zachowania będącego substratem materialnym tej czynności konwencjonalnej zgodnie z jej regułami konstrukcji¹²³⁵. Szukając źródła reguł konstytutywnych w prawie, autor ten wskazuje, że reguły konstytutywne (mające charakter konstrukcyjny) są zawarte w normach kompetencyjnych¹²³⁶.

Warto zwrócić uwagę na rozróżnienie formalizacji i konwencjonalizacji w prawie. Formalizacja, według S. Czepity, polega na tym, że normy prawne określają sposób wykonania określonej czynności C. Ta formalizacja jest kreowana przez powstanie obowiązku lub powiązania z prawidłowym wykonaniem tej czynności konsekwencji pozytywnych, zaś w przypadku

¹²³⁰ Zob. L. Nowak, S. Wronkowska, M. Zieliński, Z. Ziemiński, *Czynności konwencjonalne...*, s. 92.

¹²³¹ S. Czepita, *Formalizacja a konwencjonalizacja działań w prawie* [w:] S. Czepita (red.), *Konwencjonalne i formalne aspekty prawa*, Szczecin 2006, s. 13.

¹²³² Zob. S. Czepita, *Reguły konstytutywne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996, s. 139.

¹²³³ Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprocesowych w prawie polskim*, Poznań 2017, s. 38.

¹²³⁴ Zob. S. Czepita, *Reguły konstytutywne...*, s. 169.

¹²³⁵ Zob. B. Janusz-Pohl, *Formalizacja i konwencjonalizacja...*, s. 41.

¹²³⁶ Zob. S. Czepita, *Reguły konstytutywne...*, s. 174.

wykonania jej w sposób inny niż określa norma lub nie wykonania go, powiązania tego z konsekwencjami negatywnymi¹²³⁷. Z kolei konwencjonalizacją S. Czepita nazywa sytuację polegającą na tym, że w przypadku określonego wykonania czynności C przypisywany jest jej sens dokonania czynności konwencjonalnej C_k ¹²³⁸.

Powstaje pytanie o to, jaka jest rola w prawie karnym materialnym czynności konwencjonalnych i czy w ogóle można mówić na gruncie tej gałęzi prawa o czynnościach konwencjonalnych. Czynność konwencjonalna na gruncie przestępstwa występuje w sytuacji przekroczenia przez sprawcę normy sankcjonowanej, za które to przekroczenie normy sankcjonowanej zostaje wymierzona sprawcy kara w myśl reguł konstytucyjnych określonych w normach zawartych w k.p.k. oraz w normie sankcjonującej sprzężonej z przekroczoną normą sankcjonowaną. Niemniej taka czynność konwencjonalna jest czynnością konwencjonalną karnoprosową, nie zaś karnomaterialną. Wydaje się, że czynnością konwencjonalną na gruncie prawa karnego materialnego mogłoby być popełnienie przez sprawcę przestępstwa. Reguły sensu (czy też reguły konstytucyjne) miałyby określać przesłanki, jakie musi spełniać substrat materialny (zachowanie się sprawcy), ażeby mógł zostać uznany za czynność konwencjonalną doniosłą prawnokarnie. W tym miejscu należy dodać, iż doniosłość prawnokarna jest rozumiana jako możliwość reakcji prawnokarnej na zachowanie się sprawcy, które stanowi substrat materialny czynności konwencjonalnej. W przedstawionym wyżej założeniu powstaje problem odnoszący się do tego, że przestępstwo nie jest oceniane z punktu widzenia ważności czy nieważności. Wszakże irracjonalne wydaje się stwierdzenie, że czyjeś przestępstwo cechuje się nieważnością. Przestępstwo może zostać popełnione lub niepopełnione. Zatem nie sposób mówić o regułach konstytucyjnych popełnienia przestępstwa. Niemniej istnieją reguły, które wskazują, iż dane zachowanie jest przestępstwem. Są też reguły wskazujące na społeczną dezaprobatę dla danego zachowania, która to dezaprobata stanowi argument za penalizacją zachowań tego typu. Wszakże z fizycznego punktu widzenia np. dopuszczenie się zachowań nazywanych nękaniami nie powoduje *per se* możliwości złożenia przez pokrzywdzonego wniosku o ściganie, nie powoduje też ukarania sprawcy. Taka możliwość wynika z ustalenia pewnych reguł przez ustawodawcę, które to nadają określony sens takim zachowaniom na gruncie porządku prawnego, a co za tym idzie na gruncie kultury prawnej. Reguły sensu nadają określonej czynności sens kulturowy, zaś reguły konstytucyjne służą walidacji przynależności do zakresu danej czynności konwencjonalnej określonego substratu materialnego. W konsekwencji tak rozumiane reguły konstytucyjne są zakresowo podrzędne do reguł sensu. Reguły sensu wskazują bowiem

¹²³⁷ Zob. S. Czepita, *Formalizacja a konwencjonalizacja...*, s. 11-12.

¹²³⁸ Zob. S. Czepita, *Formalizacja a konwencjonalizacja...*, s. 13.

z jednej strony, czym musi cechować się substrat materialny, ażeby móc nazwać go czynnością konwencjonalną i jednocześnie umożliwiają weryfikację, czy dany substrat materialny stanowi desygnat określonej czynności konwencjonalnej czy też nie. Penalizacja danego zachowania się z jednej strony przypisuje temu zachowaniu przymiot czynności konwencjonalnej, z drugiej strony zaś umożliwia określonym podmiotom podjęcie innych czynności konwencjonalnych prowadzących do wymierzenia kary sprawcy lub zastosowania innych środków karnoprawnej reakcji względem niego.

Należy zwrócić uwagę na jeszcze jeden istotny aspekt. Niektóre zachowania się nie są penalizowane, jednak wraz z innymi zachowaniami składają się na określone przestępstwo, przy czym zachowania te muszą być „spojone” przez pewien określony element. Owo spoiwo stanowią reguły sensu. Nadaje ono bowiem tym zachowaniom nowe znaczenie, inne od ich pierwotnego znaczenia. Owe reguły sensu na gruncie prawnym wyznaczane są przez normy prawne, a w przypadku prawa karnego materialnego przez normy sankcjonowane. Zwroty zawarte w tych normach mogą odwoływać się do innych dziedzin życia społecznego niż prawo np. do wiedzy naukowej czy do określonych reguł społecznych. Stąd też te elementy poniekąd pozaprawne kształtują również treść reguł sensu spajających ze sobą co najmniej dwa zachowania. Przechodząc do ogólnego znaczenia nadawanego tym zachowaniom jest ono dwojakie: po pierwsze tworzy się określony typ zachowania ludzkiego, a po drugie ten utworzony typ zachowania uważany jest za przestępstwo. Taka forma konwencjonalizacji czynności psychofizycznych występuje np. na gruncie przestępstwa uporczywego nękania.

Idąc dalej, należy sformułować wspomniane elementy tworzące karnoprawnie doniosłą czynność konwencjonalną uporczywego nękania. Substratem materialnym czynności konwencjonalnej uporczywego nękania są zachowania się sprawcy (lub jedno zachowanie rozciągnięte w czasie). Jak już wspomniano zachowanie to może być prawnokarnie irrelewantne (np. wręczenie prezentów) lub zachowania prawnokarnie doniosłe (np. stosowanie groźby karalnej). Sensem tej czynności konwencjonalnej z kolei jest to, że danym zachowaniom (albo zachowaniu) nadaje się znaczenie, z którego wynika, że zachowanie albo zachowania te stanowią uporczywe nękanie pokrzywdzonego, które to nękanie ma wywołać co najmniej jeden ze skutków, o których mowa w art. 190a § 1 k.k.

Pewne trudności może sprawić ustalenie reguł sensu powodujących przypisanie sensu w postaci uporczywego nękania zachowaniom się (albo zachowaniu się) sprawcy (czyli substratu materialnego czynności konwencjonalnej). Na gruncie niniejszej pracy przyjęto, że z nękaniami mamy do czynienia, kiedy to sprawca powoduje u pokrzywdzonego krzywdę psychiczną, która to krzywda psychiczna ma istotnie wpływać na dobrostan psychiczny człowieka

i jego codzienne funkcjonowanie. Problemem jest to, że każda osoba może reagować w różny sposób (a niekiedy nawet w sposób krańcowo różny) na ten sam bodziec. Zatem to, co dla jednej osoby może stanowić jej nękanie, dla innej nękaniami już nie będzie. W niniejszej pracy wskazano, że reakcje pokrzywdzonego należy obiektywizować z uwzględnieniem dorobku takich nauk jak psychologia, psychiatria czy socjologia. Z drugiej strony zaś należy uwzględniać właściwości osobiste pokrzywdzonego np. dotyczące tego w jaki sposób można go urazić czy czego się boi. Jest to dość istotne, bowiem jak trafnie zauważył W. Patryas wiedza determinuje działanie podmiotu¹²³⁹. Zatem wiedza sprawcy o właściwościach osobistych podmiotu może wpływać na jego działanie zmierzające do udręczenia pokrzywdzonego (np. sprawca celem udręczenia pokrzywdzonego żartuje i przypomina mu o jego zakończonym związku wiedząc, że pokrzywdzony (pokrzywdzona) bardzo przeżywa rozstanie ze swoim partnerem/partnerką). Abstrahowanie od właściwości osobistych pokrzywdzonego (zwłaszcza tych dotyczących jego psychiki) byłoby nad wyraz sprzeczne z istotą tego przestępstwa. Jak już pisano reakcje (potencjalnego) pokrzywdzonego mogą być przesadzone. Po to więc należy zestawiać reakcje pokrzywdzonego z wiedzą naukową, uwzględniając – rzecz jasna – wiedzę o określonych właściwościach pokrzywdzonego, celem weryfikacji adekwatności reakcji sprawcy na zachowania pokrzywdzonego. Zatem skutek w postaci wzbudzenia uzasadnionego poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub istotnego naruszenia prywatności musi być w pewien sposób uzasadniony. Z tego wypływa też kolejna konsekwencja – zachowania sprawcy muszą być niechciane przez pokrzywdzonego. Bowiem to właśnie zachowania niechciane, niepożądane wywierają negatywne odczucia, nawet tak silne, że można mówić o wzbudzeniu poczucia zagrożenia, poniżeniu czy nawet udręczeniu. Jeśli dana osoba udaje, że nie chce być adresatem zachowań innej osoby, a w rzeczywistości jednak aprobeuje te zachowania, ale z określonych powodów udaje owe niechcenie, to wówczas nie dochodzi do nękania. Może być tak, że ktoś żywić będzie względem takich zachowań mieszane uczucia. I jeśli owe mieszane uczucia nie powodują silnego dyskomfortu psychicznego, to wówczas również nie może być mowy o nękanii. Kolejnym ważnym składnikiem reguł sensu tworzących czynność konwencjonalną uporczywego nękania jest kwestia zamiaru. Bowiem koniecznym elementem do stwierdzenia, że mamy do czynienia z uporczywym nękaniami jest umyślność działania sprawcy, a więc konieczność przewidywania i wyobrażenia sobie nękania pokrzywdzonego oraz chęć nękania (w przypadku zamiaru bezpośredniego) albo godzenie się na nękanie (zamiar

¹²³⁹ Zob. W. Patryas, *Uznawanie zdań*, Warszawa - Poznań 1987, s. 242 oraz W. Patryas, *Czynnik intelektualny jako determinanta ludzkiego postępowania wyznaczająca winę*, AIS 2018, nr 1, s. 108.

ewentualny). Z jednej strony wynika to z umyślnego charakteru przestępstwa z art. 190a § 1 k.k., z drugiej strony zaś z istoty tego zjawiska¹²⁴⁰.

Zatem uporczywe nękanie można ujmować jako pewną czynność konwencjonalną. Substratem materialnym tej czynności są zachowania się albo zachowanie się sprawcy, regułami sensu są: powodowanie istotnej krzywdy psychicznej (rozumianej jako poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia) wpływającej znacząco na funkcjonowanie pokrzywdzonego w życiu codziennym oceniane przy uwzględnieniu właściwości osobistych pokrzywdzonego i obiektywizowane przy odwołaniu się do nauk takich jak np. psychologia, psychiatria czy socjologia, względnie obiektywizowanej wyłącznie na podstawie samych okoliczności sprawy, brak zgody pokrzywdzonego na takie zachowania oraz umyślność działania sprawcy (a więc zamiar udręczenia pokrzywdzonego). Sensem kulturowym z kolei jest uznanie tych zachowań za uporczywe nękanie, które to powoduje co najmniej jeden ze skutków, określonych w art. 190a § 1 k.k. Dla lepszego zobrazowania powyższych wniosków zasadne jest ujęcie ich w poniższej tabeli.

Tabela 6. Uporczywe nękanie jako czynność konwencjonalna doniosła prawnokarnie

Substrat materialny	Zachowania się albo zachowanie się sprawcy.
Sens kulturowy	Uznanie tych zachowań za uporczywe nękanie, które to powoduje co najmniej jeden ze skutków, określonych w art. 190a § 1 k.k.
Reguły sensu	<ol style="list-style-type: none"> 1. powodowanie istotnej krzywdy psychicznej (rozumianej jako poczucie zagrożenia, poniżenia lub udręczenia) wpływającej znacząco na funkcjonowanie pokrzywdzonego w życiu codziennym oceniane przy uwzględnieniu właściwości osobistych pokrzywdzonego i obiektywizowane przy odwołaniu się do nauk takich jak np. psychologia, psychiatria czy socjologia, względnie obiektywizowanej wyłącznie na podstawie samych okoliczności sprawy; 2. brak zgody pokrzywdzonego na takie zachowania; 3. umyślność działania sprawcy (a więc zamiar udręczenia pokrzywdzonego).

Źródło: opracowanie własne

¹²⁴⁰ O zasadności niewprowadzenia typu nieumyślnego wspomniano w poprzednim rozdziale, więc o ile w przypadku poprzednich reguł sensu była konieczność skonkludowania wniosków z racji złożoności tych kwestii, tak w przypadku strony podmiotowej wydaje się to być zbędne (owszem kwestia ta jest złożona, lecz wydaje się, że stopień tej złożoności jest mniejszy niż w przypadku poprzednich reguł sensu).

ROZDZIAŁ IV

KARNOPRAWNA REAKCJA NA PRZESTĘPSTWO Z ART. 190A § 1 K.K.

§ 1. Kara oraz inne środki karnoprawnej reakcji

Po omówieniu przestępstwa uporczywego nękania, należy przejść do analizy karnoprawnej reakcji na przekroczenie norm sankcjonowanych wysłowionych w art. 190a § 1 k.k. Na początku należy poczynić dość oczywistą uwagę, że kara nie jest jedynym środkiem reakcji, jaką ustawodawca przewiduje w sytuacji wypełnienia przez sprawcę elementów określonej normy sankcjonowanej (czy też norm sankcjonowanych). Prócz kary, środkami wspomnianej karnoprawnej reakcji są również: środki karne, przepadek, środki kompensacyjne, środki zabezpieczające, a także w pewnym stopniu również środki probacyjne¹²⁴¹.

W niniejszym rozdziale, jak już wyżej zasygnalizowano, zostaną omówione: grożący wymiar kary za przestępstwo z art. 190a § 1 k.k., środki karne, przepadek, środki kompensacyjne, środki probacyjne oraz środki zabezpieczające, które można zastosować w przypadku popełnienia przez sprawcę analizowanego przestępstwa. Omówienia wymagają także okoliczności wyłączające karalność, przy czym ze względu na charakter pracy, rozważania zostaną ograniczone wyłącznie do następujących okoliczności: czynny żal, przedawnienie oraz zatarcie skazania. Nadto pokrótce zostanie omówiona kwestia trybu ścigania przestępstwa uporczywego nękania. W ramach tego zagadnienia zostanie rozważona zasadność wnioskowego trybu ścigania analizowanego przestępstwa.

§ 1.1. Kara

W myśl art. 190a § 1 k.k. sprawca dopuszczający się przestępstwa uporczywego nękania podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 8 lat¹²⁴². Taki wymiar kary powoduje, że przestępstwo uporczywego nękania należy kwalifikować jako występpek. Ponadto w myśl

¹²⁴¹ Dodano, że w pewnym stopniu stanowią one środek karnoprawnej reakcji, bowiem środki probacyjne są przede wszystkim środkami, które nie mają zmierzać do zadania dolegliwości sprawcy za popełnienie przestępstwa (aczkolwiek i ten element również występuje). Są one środkami mającymi kształtować osobowość skazanego w pożądanym kierunku poprzez stosowanie przede wszystkim instrumentów nieizolacyjnych.

¹²⁴² Warto dodać, że przed nowelizacją wymiar kary za przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. wynosiła od miesiąca do 3 lat. Ponadto zm.k.k. przewidywała karę pozbawienia wolności w wymiarze od 3 miesięcy do lat 5.

art. 37a § 1 k.k. sąd ma kompetencję zamiany kary pozbawienia wolności na inną karę wolnościową (tj. karę grzywny lub karę ograniczenia wolności). Warto jednak dodać, że możliwość ta została na mocy Tarczy 4.0 istotnie ograniczona. Ustawodawca bowiem wskazuje, że wymierzona za przestępstwo kara pozbawienia wolności nie może być surowsza od roku. W takiej sytuacji sąd może zamiast tej kary orzec karę ograniczenia wolności nie niższą od 3 miesięcy albo grzywnę nie niższą od 100 stawek dziennych, jeżeli równocześnie orzeka środek karny, środek kompensacyjny lub przepadek. W toku postępowania karnego sprawa o nękanie może być przedmiotem mediacji, co wynika z art. 23a k.p.k. Na gruncie postępowania wykonawczego należy wskazać, że sprawca nękania może odbywać swoją karę w systemie dozoru elektronicznego¹²⁴³.

Należy teraz się zastanowić nad trafnością i zasadnością zastosowania takiej sankcji za omawiany typ czynu zabronionego. W doktrynie można spotkać się z głosami krytycznymi i postulującymi złagodzenie sankcji za czyn z art. 190a § 1 k.k. D. Woźniakowska-Fajst określa karę grożącą za przestępstwo uporczywego nękania jako wyjątkowo surową¹²⁴⁴. Z przedstawionych przez autorkę danych wynika, że w większości przypadków kary za czyn z art. 190a § 1 k.k. są warunkowo zawieszane¹²⁴⁵. D. Woźniakowska-Fajst formułuje także postulaty *de lege ferenda* w aspekcie wymiaru kary za uporczywe nękanie. Autorka ta postuluje wprowadzenie do art. 190a § 1 k.k. dodatkowo kary ograniczenia wolności i kary grzywny¹²⁴⁶. Zdaniem tej autorki bowiem wysokość sankcji, której górna granica wynosi 3 lata pozbawienia wolności jest absolutnie niezrozumiała¹²⁴⁷, co wynika z różnego charakteru zachowań jakimi można dopuścić się nękania. D. Woźniakowska-Fajst stwierdza również, że powodem częstego korzystania przez sąd z instytucji warunkowego zawieszenia wykonywania kary pozbawienia wolności jest właśnie surowość kary i brak możliwości wymierzenia innych środków karnych. Warto dodać, że cytowana autorka twierdzi, iż Ministerstwo Sprawiedliwości argumentowało, że sąd może orzec na podstawie art. 58 § 3 k.k. karę ograniczenia wolności zamiast kary po-

¹²⁴³ W myśl art. 431a § 1 pkt 1 k.k.w. system dozoru elektronicznego może być zastosowany, jeśli kara pozbawienia wolności nie przekracza jednego roku i sześciu miesięcy oraz nie zachodzi sytuacja popełnienia czynu w warunkach recydywy szczególnej wielokrotnej lub w warunkach wskazanych w art. 64a k.k.

¹²⁴⁴ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 22.

¹²⁴⁵ Przykładowo w 2017 roku na 569 spraw w 377 przypadkach warunkowo zawieszono karę pozbawienia wolności. Warto wskazać, że tendencja do orzekania bezwzględnej kary pozbawienia wolności maleje, bowiem w 2011 roku na 23 sprawy w 22 warunkowo zawieszono wykonywanie kary, zaś w 2015 roku na 692 sprawy bezwzględna kara pozbawienia wolności została orzeczona w 91 przypadkach. Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 306.

¹²⁴⁶ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w prawie...*, s. 202.

¹²⁴⁷ Autorka odwołuje się do stanu sprzed nowelizacji, niemniej ze względu na dalszą część wypowiedzi pogląd ten nie traci na aktualności z powodu nowelizacji art. 190a § 1 k.k.

zbawienia wolności. Przedstawiono także argument, że sąd ma kompetencje do nadzwyczajnego złagodzenia kary lub odstąpienia od jej wymierzenia¹²⁴⁸. J.J. Bąkowski z kolei stwierdza: „(...) operowanie surową, sztywno określoną sankcją karną z art. 190a k.k. może nie przynosić zamierzonego skutku. Skazanie na dotkliwą karę stanowi często punkt zwrotny, kiedy to sprawca doznaje urazu narcystycznego i odczuwa potrzebę poniżenia ofiary, bądź jeżeli jego celem nie było nawiązanie kontaktów intymnych, daje tylko kolejny powód do kontynuowania «wendetty» przeciwko niej (jak w przypadku resentful stalkers). Jeden z bardziej znanych przypadków polskich stanowi tego dobitny przykład. Stalker zauroczony dentystką Andżeliką K. już w trakcie procesu zaczął oskarżać, że był bity przez funkcjonariuszy policji i znajomych kobiety (początek 2009 r.), po wyjściu z zakładu karnego ponownie zaczął ją nękać (koniec 2011 r.), aż wreszcie bartoszycka prokuratura wystąpiła o jego tymczasowe aresztowanie za uporczywe nękanie dwóch nieletnich dziewcząt (początek 2012 r.)”¹²⁴⁹. Autor ten twierdzi ponadto, że: „W lżejszych przypadkach godne rozważenia wydają się rozwiązania przewidziane przez ustawę o wykonywaniu kary pozbawienia wolności poza zakładem karnym w systemie dozoru elektronicznego. Nie prowadzą one do dalszego wyobcowania sprawcy oraz w mniejszym stopniu antagonizują go z samą ofiarą, co może zapobiec jej dalszemu nękanu. Podobny skutek może przynieść wymierzenie kary pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, przy jednoczesnym nałożeniu na sprawcę obowiązku poddania się leczeniu. W związku z konstrukcją stalkingu jako przestępstwa wieloczynowego orzeczenie wobec stalkera środków zabezpieczających może się okazać zabiegiem trudnym”¹²⁵⁰. Aprobująco o przewidzianym wymiarze kary za uporczywe nękanie wypowiada się M. Romańczuk-Grącka, która stwierdza: „Przestępstwo stalkingu zagrożone jest karą pozbawienia wolności do lat 3. Wysokość ustawowego zagrożenia wydaje się być odpowiednia dla podjęcia trafnej reakcji prawnokarnej, umożliwi zarówno wymierzenie kary pozbawienia wolności w przypadkach niewątpliwie drastycznych nawet do 3 lat pozbawienia wolności [obecnie od 6 miesięcy do lat 8 – przyp. M.G.], ale także zawieszenie jej wykonania. Przy zastosowaniu art. 58 § 3 k.k. sąd będzie mógł z reguły wymierzyć karę grzywny i ograniczenia wolności, zwłaszcza jeżeli orzeknie jednocześnie któryś ze środków karnych przewidzianych w nowelizowanym równocześnie art. 41 § 1 k.k. Przy tak skonstruowanej wysokości ustawowego zagrożenia dopuszczalne jest

¹²⁴⁸ Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w prawie...*, s. 200-201. Należy jednak dodać, że przytoczone przez D. Woźniakowską-Fajst stanowisko ma wyłącznie wymiar historyczny, bowiem art. 58 § 3 k.k. jest obecnie uchylony.

¹²⁴⁹ J.J. Bąkowski, *Karanie za stalking...*, s. 296.

¹²⁵⁰ J.J. Bąkowski, *Karanie za stalking...*, s. 297.

warunkowe umorzenie postępowania karnego, a także mediacja, jeżeli rzecz jasna wystąpią warunki do jej przeprowadzenia”¹²⁵¹.

Przechodząc do przedstawienia stanowiska własnego należy wskazać, że przy przestępstwach takich jak uporczywe nękanie skonstruowanie sankcji za taki czyn nie jest łatwym zadaniem. Wynika to głównie z wielości sposobów nękania, przez co stopień naruszenia konkretnego dobra jest bardzo zróżnicowany. Zróżnicowanie sposobów nękania ma swoje dalsze konsekwencje przejawiające się w różnym stopniu społecznej szkodliwości. Nadto, jak wskazano w niniejszej pracy można spotkać się z wieloma typami sprawców, przez co bardzo trudno jest znaleźć adekwatny i skuteczny sposób wpływania na nich, żeby zakończyli swoje działanie przestępcze i nie rozpoczynali go w przyszłości ponownie. Nie można się zgodzić z poglądem, że wymiar kary grożący za przestępstwo uporczywego nękania jest wyjątkowo surowy. Sankcja 8 lat pozbawienia wolności jest maksymalnym wymiarem kary, po który należy sięgać w skrajnych przypadkach, zaś sąd ma możliwość wymierzenia kary łagodniejszej (np. rok pozbawienia wolności). Ponadto, jak już wskazano w myśl art. 37a § 1 k.k. można niekiedy zamienić karę pozbawienia wolności na kary wolnościowe. Ze względu na grożący wymiar kary możliwe będzie również w niektórych stanach faktycznych zarządzenie odbywania kary w systemie dozoru elektronicznego. Zatem istnieją możliwości złagodzenia kary.

Odnosząc się do kar wolnościowych należy się zastanowić, czy mogą one odnieść oczekiwany skutek, którym jest doprowadzenie do zaprzestania nękania pokrzywdzonego i niepodjęcia przez sprawcę ponownie zachowań prowadzących do nękania pokrzywdzonego lub innych osób. Takie same rozważania należy przeprowadzić względem środków takich jak: warunkowe zawieszenie wykonywania kary, warunkowe zawieszenie postępowania i odbywanie kary pozbawienia wolności w systemie dozoru elektronicznego. Odpowiedź na to pytanie z racji tego, że każdy człowiek ma różną osobowość nie jest łatwa. Niewątpliwie rację ma J.J. Bąkowski, że istnieje pewna grupa sprawców (można zaryzykować stwierdzenie, że dość liczna), która nie zrozumie przyczyn skazania jej na karę pozbawienia wolności. Taka osoba może uważać, jak słusznie wskazał przywołany autor, że to ona jest *de facto* pokrzywdzona, a nie pokrzywdzony. Sprawca może obwiniać pokrzywdzonego za zaistniałą sytuację i chcieć zemsty na nim, co może doprowadzić do ponowienia zachowań czy ich zintensyfikowania. W przypadku zastosowania kar wolnościowych sprawca będzie miał sporą swobodę do mszczenia się (nawet w przypadku orzeczenia jednego ze środków karnych z art. 41a k.k.) na pokrzywdzo-

¹²⁵¹ Zob. M. Romańczuk-Grącka, *Politycznokryminalne aspekty...*, s. 327.

nym. Podobnie jest w przypadku warunkowego zawieszenia postępowania karnego czy też warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności. Sprawca nękania może celowo naruszać obowiązki podczas okresu próby, poprzez nękanie pokrzywdzonego. W niektórych sytuacjach sprawca może nie myśleć o tym, że postępowanie karne przeciwko niemu zostanie wznowione czy też kara zostanie wykonana, bowiem będzie skoncentrowany wyłącznie na udręczaniu psychicznym pokrzywdzonego. Wydaje się, że liczba spraw o czyn z art. 190a § 1 k.k., w których to sąd zawiesza warunkowo wykonanie kary jest nazbyt wysoka. Jest to o tyle niepokojące, bowiem jak wskazano istnieje ryzyko, że w pewnej części przypadków sprawca nie powstrzyma się od zachowań przestępnych i będzie nadal nękał pokrzywdzonego, przez co następuje sytuacja, w której prawo ustępuje przed bezprawiem, co jest niedopuszczalne¹²⁵². Kara ograniczenia wolności również może nie przynieść zamierzonych efektów, niemniej jest pewną dolegliwością dla sprawcy i w niektórych (choć raczej nielicznych) przypadkach może przynieść zamierzony efekt. Podobnie jest z karą grzywny, przy czym w przypadkach, gdy sprawca jest osobą dobrze usytuowaną finansowo, to kara grzywny może nie stanowić jakiegokolwiek dolegliwości dla takich sprawców. Odwrotnie jest, kiedy sprawca nie dysponuje zbyt dużą ilością pieniędzy, to grzywna może być środkiem dolegliwym, lecz może potęgować zachowania się sprawcy, a więc nie spełni zamierzonego celu. Kara pozbawienia wolności przynajmniej w okresie jej wykonywania w zakładzie karnym wydaje się dość dobrze realizować cel w postaci zaprzestania nękania pokrzywdzonego przez sprawcę, z racji rygoru panującego w zakładzie karnym (m.in. kontrola korespondencji i rozmów telefonicznych), przy czym może zdarzyć się tak, że pomimo kontroli rozmów telefonicznych sprawca będzie nękał pokrzywdzoną telefonami, jednak istnieje możliwość szybkiej reakcji na te zachowania sprawcy. Kara pozbawienia wolności wykonywana w systemie dozoru elektronicznego podobnie jak kara grzywny i kara ograniczenia wolności może nie spełnić celów kary. Wynika to z tego, że istota takiej formy wykonywania kary pozbawienia wolności sprowadza się do kontroli miejsca pobytu skazanego. Oczywiście sprawca będzie miał ograniczone możliwości, aby przebywać w tych samych miejscach co pokrzywdzony, ale ma nieograniczony dostęp do telefonu oraz Internetu¹²⁵³, a w konsekwencji ma dość szerokie możliwości nękania pokrzywdzonego telefonami, wiadomościami tekstowymi czy e-mailami.

¹²⁵² Oczywiście w niektórych przypadkach warunkowe zawieszenie postępowania czy warunkowe zawieszenie wykonania kary pozbawienia wolności przyniesie zamierzony efekt, niemniej należy przy analizie tego problemu brać również pod uwagę sytuacje zgoła odmienne.

¹²⁵³ Takie możliwości istnieje przy założeniu, że sprawca posiada dostęp do telefonu oraz Internetu w miejscach, w których może przebywać na podstawie prawomocnego wyroku skazującego.

Pozytywnie należy ocenić podwyższenie wymiaru kary. Zmiana ta uelastycznia katalog sankcji za uporczywe nękanie, co daje możliwość lepszego oddziaływania na sprawcę. Nadto wyższa sankcja może zapewnić lepszą ochronę pokrzywdzonemu, kiedy był on nękany w taki sposób, że uzasadnione jest wymierzenie maksymalnego wymiaru kary, a więc 8 lat pozbawienia wolności. Lepsza ochrona przejawia się w tym, że sprawca może być odizolowany od pokrzywdzonego przez dodatkowe 5 lat. Niemniej warto zauważyć, że nie wydaje się zasadne podnoszenie dolnego wymiaru ustawowego zagrożenia. Są bowiem sytuacje, gdzie kara jednego miesiąca pozbawienia wolności będzie wystarczająca z punktu celów wymierzonej kary. Niekiedy kara surowsza może wpłynąć negatywnie na pokrzywdzonego, co może doprowadzić nawet do chęci zemsty na pokrzywdzonym. Zatem w myśl poglądu o możliwie jak największej elastyczności sankcji karnej należy postulować zmniejszenie dolnej granicy ustawowego zagrożenia do jednego miesiąca, czyli powrócić do sytuacji sprzed nowelizacji omawianego przepisu¹²⁵⁴.

Jak można zauważyć każda z kar niesie za sobą ryzyko niespełnienia swoich celów. Kary wolnościowe mają to do siebie, że ingerują zbyt w życie sprawcy, a w niektórych przypadkach to właśnie brak izolacji sprawcy może spowodować, że przestanie nękać pokrzywdzonego. Niemniej należy uznać, że obecnie przyjęta sankcja jest sankcją optymalną. Z jednej strony pozwala izolować sprawcę od pokrzywdzonego, co zapewnia mu wolność od nękania. Z drugiej strony zaś, w łżejszych przypadkach sąd może stosować kary wolnościowe czy też warunkowo zawiesić wykonywanie kary albo warunkowo umorzyć postępowanie.

§ 1.2. Środki karne

Analizę kwestii środków karnych, jakie sąd może wymierzyć w przypadku przestępstwa uporczywego nękania należy zacząć od przytoczenia następującego stwierdzenia M. Budyn-Kulik i M. Mozgawy: „W razie skazania za któreś z przestępstw określonych w art. 190a KK sąd może orzec takie środki karne, jak: obowiązek powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób, zakaz opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu lub nakaz opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym (...), pozbawienie praw publicznych (...) (przy skazaniu na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od 3 lat za przestępstwo popełnione w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie),

¹²⁵⁴ Rzecz jasna, górny wymiar ustawowego zagrożenia nie powinien ulec zmianie, a więc należy utrzymać go w wysokości 8 lat pozbawienia wolności.

niekiedy przepadek przedmiotów (...), zakaz zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu, obowiązek naprawienia szkody (...) lub podanie wyroku do publicznej wiadomości (...)”¹²⁵⁵. Niewątpliwie należy przyznać autorom słuszność co do takiego pełnego katalogu środków karnych, jakie sąd może wymierzyć sprawcy nękania. Niemniej na gruncie niniejszej pracy nie jest wymagane omawianie wszystkich z wymienionych środków karnych. Pozbawienie praw publicznych może być stosowane tylko wtedy, gdy sprawcy zostanie wymierzona kara co najmniej 3 lat pozbawienia wolności. Jak już wspomniano w znacznej większości spraw kara jest warunkowo zawieszana, a więc środek ten ma nikłe zastosowanie w przypadku przestępstwa uporczywego nękania. Podobnie nikłe zastosowanie wydają się mieć środki karne takie jak: zakaz zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu, obowiązek naprawienia szkody oraz podanie wyroku do publicznej wiadomości. Zatem w niniejszej pracy zostaną omówione wyłącznie środki karne wynikające z art. 41a k.k. Głównym argumentem za tym jest fakt, że u.z.u. prócz dodania art. 190a k.k., także nowelizowała art. 41a § 1 k.k.

W art. 41a § 1 k.k. ustawodawca przewidział następujące środki karne:

1. zakaz przebywania w określonych miejscach;
2. zakaz przebywania w określonych środowiskach;
3. zakaz kontaktowania się z określonymi osobami;
4. zakaz zbliżania się do określonych osób;
5. zakaz opuszczania określonego miejsca bez zgody sądu;
6. nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym.

Odnosząc się do pierwszego ze wskazanych środków karnych – zakazu przebywania w określonych miejscach zacząć należy od tego, że środek ten jak i pozostałe środki z art. 41a k.k. ma charakter prewencyjny¹²⁵⁶. W przypadku przestępstwa uporczywego nękania prewencja ta ma polegać na minimalizacji ponownego popełnienia przez sprawcę przestępstwa uporczywego nękania pokrzywdzonego, który był już nękanym przez sprawcę. Środek ten może być orzekany fakultatywnie lub obligatoryjnie. Należy wskazać, że w przypadku czynu z art. 190a § 1 k.k. środek ten orzekany jest fakultatywnie. Środek ten może zostać orzeczony obok kary pozbawienia wolności czy też samoistnie. Okres trwania środka jest oznaczony – może być on wy-

¹²⁵⁵ M. Budyn-Kulik, M. Mozgawa, *Prawnokarne i kryminologiczne...*, s. 25-26.

¹²⁵⁶ Zob. A. Sakowicz, *Zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób lub zakaz opuszczenia określonego miejsca pobytu bez zgody sądu* [w:] M. Melezini (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki karnoprawnej reakcji*, Warszawa 2016, s. 627.

mierzony na okres od roku do lat 15. Ze środkiem tym może być połączony obowiązek zgłaszania się do Policji albo innego uprawnionego organu w określonych odstępach czasu¹²⁵⁷. A. Sakowicz przez przebywanie rozumie: „(...) spędzanie gdzieś lub z kimś czasu, bądź pozostawanie w jakimś miejscu. Koniecznym warunkiem przebywania jest pewna ciągłość obecności osoby w określonym miejscu, podyktowana chęcią pozostania w tym miejscu”¹²⁵⁸. Miejscem z kolei jest pewna część przestrzeni, punkt. Miejsce, w którym sprawca nie może przebywać powinno być dokładnie określone w wyroku sądu¹²⁵⁹. Środek ten na gruncie przestępstwa uporczywego nękania może chronić pokrzywdzonego od nękania w określonym miejscu¹²⁶⁰. Sprawca bowiem nie może pojawiać się w pewnej przestrzeni, w której to przebywać będzie pokrzywdzony. Względem tego środka karnego można mieć dwa zarzuty. Po pierwsze chroni pokrzywdzonego przed nękaniem wyłącznie w określonym miejscu (miejscach), a więc sprawca ma pewną swobodę nękania poza miejscami wskazanymi w wyroku. Po drugie, jeśli miejscem, do którego sprawca nie może się zbliżyć nie jest np. dom czy mieszkanie pokrzywdzonego, lecz określone miejsce publiczne, gdzie pokrzywdzony nie przebywa przez większość dnia, lecz np. przez kilka godzin, to wówczas dochodzi do ograniczenia wolności niemającego do końca związku z popełnionym przez sprawcę czynem. Jednak takie ograniczenie jest uzasadnione ochroną dóbr pokrzywdzonego.

Kolejnym środkiem karnym jest zakaz przebywania w określonych środowiskach. Pojęcie przebywania należy rozumieć tak jak w przypadku wyżej wymienionego środka karnego. Z kolei pojęcie środowiska należy pojmować w społecznym znaczeniu tego słowa, czyli jako ludzi, którzy stanowią społeczność lokalną lub połączonych wspólnotą zainteresowań, sposobem życia, wykonywaniem tego samego zawodu¹²⁶¹. Środek ten dotyczy zakazu przebywania w określonych środowiskach, a więc w pewnej grupie ludzi, nie jest zaś odnoszony wyłącznie do określonej osoby. Zatem środek ten chroni pokrzywdzonego w dość ograniczonym zakresie.

¹²⁵⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 454. Należy wskazać, że kwestie fakultatywności środka, jego samoistności, długości jego wykonania, możliwości kontroli wykonywania środka karnego przez zobowiązanie sprawcy do zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu są podobne dla każdego z omawianych środków. W celu niepowielania wniosków przy omawianiu pozostałych środków karnych z art. 41a kwestie te będą omawiane, wyłącznie w przypadku modyfikacji regulacji przedstawionych w odniesieniu do obecnie omawianego środka karnego.

¹²⁵⁸ A. Sakowicz, *Zakaz przebywania...*, s. 629.

¹²⁵⁹ Zob. A. Sakowicz, *Zakaz przebywania...*, s. 629.

¹²⁶⁰ Mowa w tym przypadku o takim nękaniu, które wymaga jednoczesnej obecności sprawcy i pokrzywdzonego w danym miejscu. Nie chodzi, więc o sytuacje nękania za pomocą środków komunikowania się na odległość czy Internetu.

¹²⁶¹ Zob. W. Zalewski, *Komentarz do art. 41a k.k.* [w:] M. Królewski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 681-682.

Bowiem, jeśli pokrzywdzony przebywa w danym okresie T w określonej grupie X, a sąd wymierzył ten środek karny, to wówczas sprawcy zakazane jest zbliżanie się do grupy X w każdym czasie (w tym w okresie T). Natomiast jeśli pokrzywdzony w okresie T₁ nie przebywa w grupie X, tylko np. jest samemu w domu, to wówczas sprawca może się zbliżyć w okresie T₁ do pokrzywdzonego i go nękać. Środek ten będzie miał odpowiednie zastosowanie w sytuacjach, kiedy nękanie jest związane z przebywaniem określonych osób w określonej społeczności, przez co dochodzi do zagrożenia większości czy każdego członka takiej grupy. Ale przebywanie w określonych środowiskach może mieć jeszcze jeden aspekt. Mianowicie środek ten może chronić sprawcę nękania, kiedy sprawca pozostaje pod wpływem określonych środowisk i to członkowie takiej zbiorowości podlegają czy w inny sposób inspirują sprawcę do nękania pokrzywdzonego. W takiej sytuacji omawiany środek karny może mieć szersze zastosowanie.

Kolejnym środkiem karnym jest zakaz kontaktowania się z określonymi osobami. Zasady stosowania tego środka są podobne do zasad stosowania środka karnego w postaci zakazu przebywania w określonych miejscach. Odnosząc się do kontaktowania się termin ten znaczy tyle co, łączyć się, stykać, nawiązywać łączność, znajomość, spotykać się, porozumiewać się¹²⁶². Takie rozumienie zwrotu „komunikowanie się” zawiera w swoim zakresie każdą formę komunikacji międzyludzkiej (m.in. kontakt osobisty, pisanie listów, wiadomości e-mail, konwersacje na chatach itp.). Należy dodać, że wraz z wejściem w życie zm.k.k. 2022 dodany został art. 41a § 6 k.k. zgodnie, z którym: „Zakaz kontaktowania się z określoną osobą obejmuje wszelkie czynności związane z próbą nawiązania kontaktu z osobą chronioną, w tym podejmowane przez skazanego za pośrednictwem innej osoby lub z wykorzystaniem sieci teleinformatycznej”. Przytoczony *in extenso* przepis stanowi normatywne potwierdzenie trafności wcześniejszych poglądów doktrynalnych odnośnie dowolności formy kontaktu sprawcy z daną osobą. Środek ten, więc może dość skutecznie chronić pokrzywdzonego przed dalszym nękaniami, zaś sprawcę przed podejmowaniem dalszych zachowań stanowiących nękanie, przy czym należy przypomnieć, że nękanie może polegać nie tylko na aktywności, której pokrzywdzony jest bezpośrednim odbiorcą, lecz także obejmować działanie w taki sposób, aby zachowanie sprawcy było dostrzegalne dla innych osób, które mogą przekazać pokrzywdzonemu informację o tych zachowaniach, co może prowadzić do jego udręczenia psychicznego. Ponadto, jeśli zakaz kontaktowania się nie obejmuje innej osoby najbliższej, to sprawca może nękać właśnie te inne osoby najbliższe, przez co środek ten nie spełni swoich celów.

¹²⁶² Zob. W. Zalewski, *Komentarz do art. 41a...*, s. 682.

Następnym środkiem karnym przewidzianym w art. 41a § 1 k.k. jest zakaz zbliżania się do określonych osób. Zakaz ten jest zakazem bezwzględny i niezależny od charakteru miejsca. Nie jest też istotne, czy osoba, do której sprawca ma się nie zbliżać, przebywa w danym miejscu incydentalnie czy też regularnie¹²⁶³. Sąd zgodnie z art. 41a § 4 k.k. wskazuje odległość, na którą sprawca nie może się zbliżać do określonej osoby. W przypadku tego środka karnego stosowanie się do niego przez sprawcę może być kontrolowane także w systemie dozoru elektronicznego. Niewątpliwie ten środek karny może stanowić dość skuteczny sposób walki z nękaniami, ponieważ izoluje sprawcę od pokrzywdzonego lub osoby dla niego najbliższej, przez co sprawca nie będzie mógł podejmować bezpośredniego kontaktu z tymi osobami, a więc nie będzie mógł ich nękać w sytuacji kontaktu bezpośredniego. Jednakże środek ten nie zapewni bezpieczeństwa pokrzywdzonemu w sytuacji wskazanej w poprzednim akapicie oraz w sytuacjach, gdy sprawca działa za pomocą środków kontaktu pośredniego.

Kolejnym środkiem karnym jest zakaz opuszczania określonego miejsca bez zgody sądu. Środek taki znajdzie niktę zastosowanie w sprawach o nękanie, zatem nie jest zasadne szczegółowe jego omawianie. Korzyść dla pokrzywdzonego, która może wynikać z zastosowania takiego środka karnego sprowadza się do ograniczenia możliwości nękania w sytuacji kontaktu bezpośredniego z racji ograniczenia swobody przemieszczania się pokrzywdzonego. Jednak taki środek jest obciążony takimi samymi niedoskonałościami, co środek karny w postaci zakazu zbliżania się.

Ostatnim środkiem karnym, który zostanie omówiony w niniejszej pracy jest nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. Środek ten może zostać orzeczony na okres od roku do dziesięciu lat, co wynika z art. 43 § 1 k.k. Jak wskazuje W. Zalewski treść tego nakazu obejmuje również nakaz pozostawiania, poza tym lokalem¹²⁶⁴. Środek ten może być zastosowany, kiedy sprawca i pokrzywdzony ze sobą mieszkają. Sytuacja typowa to, kiedy sprawca i pokrzywdzony żyją ze sobą w konkubinacie lub związku małżeńskim. Jednak nie można wykluczyć sytuacji, w których środek ten stosuje się w przypadku np. sprawcy nękającego swojego współlokatora czy dziecka dopuszczające się nękania względem swoich rodziców. Istotnym mankamentem na gruncie omawianego czynu, prócz nikłej możliwości prewencji przed nękaniami za pomocą środków komunikowania się na odległość czy poprzez przejawianie zachowań mających udręczyć pokrzywdzonego przed innymi osobami, tak aby informacja o tych zachowaniach dotarła do sprawcy, jest także to, że środek ten stosuje się, gdy sprawca mieszka z pokrzywdzonym. Zatem nie można zastosować takiego środka karnego,

¹²⁶³ Zob. D. Szeleszczuk, *Komentarz do art. 41a k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny...*, s. 369.

¹²⁶⁴ Zob. W. Zalewski, *Komentarz do art. 41a...*, s. 684.

kiedy sprawca mieszka z inną osobą najbliższą i nęka ją, chcąc spowodować u pokrzywdzonego uzasadnione poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia¹²⁶⁵. Możliwość zastosowania omawianego środka w przytoczonej sytuacji nastąpi, gdy sprawca wywoła u innej osoby najbliższej z którą mieszka skutek w postaci spowodowania uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczania lub naruszy jej prywatność w stopniu istotnym, przy czym wówczas wspomniana inna osoba najbliższa sama staje się pokrzywdzonym.

§ 1.3. Przepadek i środki kompensacyjne

W obecnie obowiązującym stanie prawnym przepadek oraz środki kompensacyjne stanowią odrębne od siebie środki karnoprawnej reakcji na popełnienie przez sprawcę czynu zabronionego pod groźbą kary. Ujęcie przypadku i środków kompensacyjnych w jednej jednostce redakcyjnej niniejszej pracy jest podyktowane tym, że podobnie uczynił ustawodawca umieszczając obie kategorie środków w jednym rozdziale, który został nazwany przepadek i inne środki kompensacyjne. Warto dodać, że rozdział Va został dodany w 2015 roku w ramach reformy prawa karnego. Wcześniej przepadek, nawiązka oraz obowiązek naprawienia wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę stanowiły środki karne¹²⁶⁶.

§ 1.3.1. Przepadek

Za R.A. Stefańskim możemy wyróżnić następujące rodzaje przypadku w polskim prawie karnym:

1. przepadek przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa (*producta sceleris*) – art. 44 § 1 k.k.;
2. przypadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (*instrumenta sceleris*) – art. 44 § 2 k.k.;
3. przepadek przedmiotów objętych zakazem wytwarzania, posiadania, obrotu, przesyłania, przenoszenia lub przewozu (*producta et instrumenta sceleris sui generis*) – art. 44 § 6 k.k.;

¹²⁶⁵ Celem doprecyzowania należy dodać, że pokrzywdzony nie mieszka ze sprawcą.

¹²⁶⁶ Zob. J. Raglewski, *Wprowadzenie do rozdziału „Przepadek i inne środki kompensacyjne”* [w:] M. Melezini (red.), *System prawa...*, s. 787.

4. przypadek równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa lub przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa – art. 44 § 4 k.k.;
5. przypadek równowartości należącego do sprawcy udziału we współwłasności – art. 44 § 7 k.k.;
6. przypadek równowartości udziału we współwłasności – art. 44 § 7 k.k.¹²⁶⁷.

W art. 45 k.k. ustawodawca przewidział przypadek korzyści majątkowej. Z kolei w art. 44a k.k. ustawodawca przewidział także następujące rodzaje przypadku przedsiębiorstwa:

1. przypadek przedsiębiorstwa stanowiącego własność sprawcy, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści;
2. przypadek równowartości przedsiębiorstwa stanowiącego własność sprawcy, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści;
3. przypadek niestanowiącego własności sprawcy przedsiębiorstwa osoby fizycznej albo jego równowartości, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, a jego właściciel chciał, aby przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści albo, przewidując taką możliwość, na to się godził;
4. przypadek równowartości niestanowiącego własności sprawcy przedsiębiorstwa osoby fizycznej, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści, a jego właściciel chciał, aby przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści albo, przewidując taką możliwość, na to się godził.

Należy wskazać, że przypadek nie jest ani środkiem karnym, ani środkiem kompensacyjnym. Stanowi on odrębną kategorię środków karnoprawnej reakcji¹²⁶⁸. W art. 45a § 1 i § 2 k.k. ustawodawca wskazuje dodatkowe przesłanki, w których to możliwe jest orzeczenie przypadku. Są to:

1. znikoma społeczna szkodliwość czynu;
2. warunkowe umorzenie postępowania;
3. stwierdzenie, że sprawca dopuścił się czynu w stanie niepoczytalności;

¹²⁶⁷ Zob. R.A. Stefański, *Komentarz do art. 44 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, LEX.

¹²⁶⁸ Zob. J. Raglewski, *Wprowadzenie do rozdziału...*, s. 789.

4. zachodzi okoliczność wyłączająca ukaranie sprawcy czynu zabronionego;
5. w razie śmierci sprawcy (jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałyby orzeczone przepadek);
6. w razie umorzenia postępowania karnego z powodu niewykrycia sprawcy (jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałyby orzeczone przepadek);
7. w przypadku zawieszenia postępowania w sprawie, w której nie można ująć oskarżonego (jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałyby orzeczone przepadek);
8. jeżeli oskarżony nie może brać udziału w postępowaniu z powodu choroby psychicznej lub innej ciężkiej choroby (jeżeli zebrane dowody wskazują, że w razie skazania zostałyby orzeczone przepadek).

Wydaje się, że ze względu na temat niniejszej pracy, przytaczanie większej ilości ogólnych informacji odnośnie przepadku jest zbyt liczne. Należy jednak rozważyć, czy przepadek może zostać orzeczony przy skazaniu za przestępstwo uporczywego nękania. Zostanie to dokonane poprzez przedstawienie przedmiotów przepadku i rozważanie, czy sprawca uporczywego nękania mógł się nimi posłużyć w realizacji swojego przestępnego działania¹²⁶⁹. Dodatkowo ustalenie możliwości posłużenia się danym przedmiotem przez sprawcę, pozwoli odpowiedzieć na pytanie, czy możliwe jest orzeczenie przepadku równowartości takiego przedmiotu.

Pierwszą grupą przedmiotów, które podlegają przepadkowi są przedmioty pochodzące bezpośrednio z przestępstwa. Według R.A. Stefańskiego: „Przedmiotami pochodzącymi bezpośrednio z przestępstwa są te, które zostały wprost uzyskane z przestępstwa, za pomocą przestępstwa (...), wytworzone w drodze przestępstwa (...), lub stanowiące korzyść uzyskaną z przestępstwa (...). Ogólnie przyjmuje się, że są to przedmioty stanowiące korzyści, jakie sprawca uzyskuje w wyniku popełnionego przestępstwa (...). Chodzi o przedmioty pozostające w bezpośrednim związku z przestępstwem, warunkiem ich uzyskania jest realizacja znamion przestępstwa (...)”¹²⁷⁰. J. Raglewski twierdzi, że: „Na podstawie art. 44 § 1 k.k. nie jest możliwe orzeczenie przepadku przedmiotów, które wprawdzie znalazły się we władztwie sprawcy w związku z popełnieniem przez niego przestępstwa, niemniej jednak nie nastąpiło to w ramach realizacji znamion tego czynu karalnego, lecz niejako przy okazji”¹²⁷¹. Zdaniem D. Bunikow-

¹²⁶⁹ Doprecyzowując należy dodać, że mówiąc o przedmiocie, którym sprawca się posługuje celem popełnienia czynu z art. 190a § 1 k.k., mowa jest również o przedsiębiorstwie, zarówno będącym własnością sprawcy jak i osoby trzeciej.

¹²⁷⁰ R.A. Stefański, *Komentarz do art. 44 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹²⁷¹ J. Raglewski, *Komentarz do art. 44 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, LEX.

skiego: „Przepadek określony w art. 44 § 1 obejmuje jedynie przedmioty pochodzące bezpośrednio z przestępstwa, gdyż przedmioty pochodzące pośrednio z przestępstwa (...) podlegają przypadkowi w trybie art. 45, jako korzyść uzyskana pośrednio z przestępstwa”¹²⁷². V. Konarska-Wrzosek i J. Lachowski zauważają: „Przedmioty pochodzące bezpośrednio z przestępstwa to przedmioty, których źródłem pochodzenia jest czyn zabroniony pod groźbą kary, przy czym ich związek z przestępstwem można określić w postaci relacji: przyczyna, którą jest przestępstwo i jej skutek (rezultat), którym jest pozyskanie określonych przedmiotów, jakich wcześniej sprawca nie posiadał. Cecha bezpośredniości wskazuje, że chodzi o przedmioty, które pochodzą z przestępstwa wprost, czyli takie, które zostały uzyskane w drodze realizacji ustawowych znamion określonego typu czynu zabronionego bez podejmowania jakichkolwiek dodatkowych czynności, wykraczających poza ustawowy opis popełnionego czynu”¹²⁷³. Według SN: „Przedmiotem pochodzącym bezpośrednio z przestępstwa (*producta sceleris*) jest wyłącznie taki przedmiot, którego warunkiem uzyskania jest realizacja znamion określonego przestępstwa. Orzeczenie tej postaci przypadku poprzedzone zatem być musi ustaleniem związku o charakterze bezpośrednim pomiędzy określonym przedmiotem, który ma być nim objęty, a popełnionym przestępstwem rozpoznawanym w danej sprawie”¹²⁷⁴. W przedstawionych wyżej poglądach wyraźnie akcentuje się konieczność zachodzenia określonego związku między uzyskanym przedmiotem a przestępstwem. Związek ten opiera się na tym, że pozyskanie rzeczy ma być konsekwencją realizacji znamion określonego typu czynu zabronionego. Pojawia się więc pytanie, czy poprzez realizację znamion czynu z art. 190a § 1 k.k. można pozyskać rzecz. Wydaje się, że nie. Wynika to z tego, iż przestępstwo uporczywego nękania w ustawowym opisie polega na spowodowaniu określonej krzywdy psychicznej, nie zaś na wejściu w stan posiadania. Oczywiście można wywołać skutki wymienione w tym przepisie poprzez zabór przedmiotu, niemniej jest to czynność niejako „wpadkowa” i mająca charakter subsydiarny. Zatem ten rodzaj przypadku nie znajdzie zastosowania w sytuacji wymierzenia sankcji za analizowane przestępstwo. Konsekwencją tego jest także niemożność orzeczenia, w sprawie o czyn z art. 190a § 1 k.k., przypadku równowartości przedmiotu uzyskanego za pomocą czynu zabronionego.

Kolejną kategorią przedmiotów są przedmioty, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa. Jak zauważa SN: „Przedmiotem służącym do popełnienia przestępstwa (...) jest każda rzecz, niekoniecznie wytworzona w celu przestępczym, której użycie

¹²⁷² D. Bunikowski, *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa jako środek karny*, Prok. i Pr. 2008, nr 5, s. 58.

¹²⁷³ V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, *Instytucja przypadku w polskim prawie karnym*, Warszawa 2020, LEX.

¹²⁷⁴ Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. II KK 29/08, Legalis nr 108117.

umożliwia lub co najmniej ułatwia sprawcy realizację zamierzonego czynu przestępnego albo jego poszczególnych stadiów¹²⁷⁵. Zdaniem SA w Warszawie: „Przedmiot służy do popełnienia przestępstwa, jeśli został specjalnie w tym celu wytworzony, jak i wówczas, gdy przedmiot ten co do zasady wykorzystywany jest w celach użytkowych, jednak in concreto posłużono się nim do popełnienia przestępstwa. Jest to zatem przedmiot, którego zastosowanie warunkuje popełnienie przestępstwa¹²⁷⁶. M. Kulik uważa, że: „Przedmioty, które służyły do popełnienia przestępstwa, to takie, które zostały użyte do jego popełnienia (...). Przedmiotami, które były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, są takie, których sprawca nie użył do popełnienia przestępstwa, ale które przygotował w tym celu (...). Nie są przedmiotami przeznaczonymi do popełnienia przestępstwa te, które nie zostały użyte do dokonania, ale na etapie przygotowania lub usiłowania (...). Te bowiem są przedmiotami służącymi do popełnienia przestępstwa¹²⁷⁷. Zdaniem J. Raglewskiego przedmioty te nie muszą być wytworem człowieka – mogą to być wytwory natury¹²⁷⁸. Z kolei V. Konarska-Wrzošek i J. Lachowski twierdzą, że: „Przepadkiem na podstawie art. 44 § 2 k.k. mogą być objęte zarówno tzw. narzędzia przestępstwa w znaczeniu ścisłym, czyli przedmioty wytworzone specjalnie do popełnienia przestępstwa (np. wytrychy, łomy, urządzenie strzelające własnej produkcji, przyrządy do nielegalnej produkcji narkotyków, do oznaczania znakami firmowymi znanych marek podrobionych towarów), jak i narzędzia przestępstwa w znaczeniu szerszym, czyli przedmioty służące zazwyczaj celom godziwym, które niekiedy są wykorzystywane do popełnienia przestępstwa (np. nóż, siekiera, paralizator, aparat fotograficzny, urządzenia rejestrujące obraz lub dźwięk, urządzenia kopiujące). Wymaga w tym miejscu zaznaczenia, że w aktualnym stanie prawnym (który w tym względzie został ustanowiony nowelą do Kodeksu karnego z 13.06.2003 r.) przypadkiem przedmiotów na podstawie art. 44 § 2 k.k. mogą być objęte nie tylko przedmioty ruchome, ale także nieruchomości, jeśli służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa (np. grunty lub budynki służące do nielegalnej uprawy marihuany). Ustawodawca zrezygnował bowiem w art. 44 § 2 k.k. z ograniczenia, że przepadek *instrumenta sceleris* może dotyczyć tylko «przedmiotów stanowiących mienie ruchome». Trafnie wskazuje się przy tym w doktrynie, że z uwagi na dużą wartość nieruchomości gruntowych i nieruchomości budynkowych (stanowiących odrębny od gruntu przedmiot własności) orzekanie ich przepadku będzie stosunkowo rzadkie, zwłaszcza z uwagi na treść art. 44 § 3 k.k., który stoi na straży zachowania odpowiedniej proporcji między

¹²⁷⁵ Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 1984 r., sygn. RNw 4/84, Legalis nr 24174.

¹²⁷⁶ Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. II AKa 459/17, Legalis nr 1743854.

¹²⁷⁷ M. Kulik, *Komentarz do art. 44 k.k.* [w:] M. Mozgawa (red.), *Kodeks karny...*, LEX.

¹²⁷⁸ Zob. J. Raglewski, *Komentarz do art. 44...*, LEX.

wagę popełnionego przestępstwa a przypadkiem i związanymi z nim ujemnymi konsekwencjami, jakie może ponieść jego sprawca”¹²⁷⁹. Biorąc pod uwagę powyższe stanowiska, jak i brzmienie art. 44 § 2 k.k. należy stwierdzić, że w rozumieniu k.k. przedmiotem służącym do popełnienia przestępstwa jest każdy przedmiot, który ułatwia lub umożliwia popełnienie przestępstwa. Nie ma znaczenia czy sprawca sam go wytworzył czy posłużył się (lub chciał się posłużyć) istniejącym już przedmiotem. Ustawodawca poprzez stwierdzenie, że przypadek obejmuje również przedmioty, które „były przeznaczone do popełnienia przestępstwa” dopuszcza również przypadek przedmiotów, które w zamiśle sprawcy miały posłużyć do popełnienia czynu zabronionego, jednak sprawca z jakichś powodów z nich nie skorzystał. Przechodząc do rozważania możliwości orzeczenia przypadku tego rodzaju przedmiotów względem sprawcy uporczywego nękania należy wskazać, iż sprawca nękając pokrzywdzonego podczas realizacji znamion omawianego przestępstwa może używać wielu przedmiotów, takich jak: telefon komórkowy, komputer, aparat fotograficzny, instrumenty muzyczne etc. Użycie przedmiotów służących do komunikowania się na odległość, pozwala sprawcy nękać pokrzywdzonego bez konieczności bezpośredniego kontaktu z nim (np. w postaci nachodzenia go). W konsekwencji znacząco rozszerza to możliwości aktywności przestępczej sprawcy. Nadto sprawca nękania grożąc pokrzywdzonemu, może posługiwać się niebezpiecznymi narzędziami (np. nożem czy pałką) czy też innymi uszkodzonymi przedmiotami (np. lalką pozbawioną głowy czy kończyn), które mają pokazywać pokrzywdzonemu, co w myśl swoich deklaracji sprawca chce uczynić pokrzywdzonemu (niekiedy warunkując spełnienie groźby podjęciem określonej aktywności czy zaniechaniem określonych zachowań). Warto również dodać, że sprawca celem nękania pokrzywdzonego może posługiwać się pojazdami mechanicznymi, celem śledzenia pokrzywdzonego, czy też w inny sposób korzystając z niego celem wzbudzenia poczucia zagrożenia (np. poprzez dokonywanie tymże pojazdem niebezpiecznych manewrów pod domem pokrzywdzonego). Powyższe przykłady ukazują, że niekiedy posłużenie się określonymi przedmiotami, daje sprawcy większe możliwości nękania pokrzywdzonego. Wydaje się zatem, że możliwe jest orzeczenie przypadku przedmiotów służących do popełnienia przestępstwa uporczywego nękania. Warto zasygnalizować, że w przypadku przedmiotów, którymi sprawca się nie posłużył orzeczenie przypadku *in concreto* może być zjawiskiem nawet marginalnym. Wynika to z tego, że nękając pokrzywdzonego można posłużyć się wieloma przedmiotami, które mają z góła inne zastosowanie niż nękanie pokrzywdzonego. Wówczas mogą występować istotne wątpliwości, czy sprawca rzeczywiście chciał wykorzystać te środki do realizacji znamion

¹²⁷⁹ V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, *Instytucja przypadku...*, LEX.

czynu z art. 190a § 1 k.k. Mógł je bowiem pozyskać, wytworzyć czy posiadać z goła w innych celach. Odnosząc się do trybu orzekania to należy wskazać, że orzeczenie przepadku przedmiotów służących do nękania nie jest wskazane jako obligatoryjne, ani w k.k., ani w innym akcie rangi ustawy. Stąd też przepadek tych przedmiotów jest fakultatywny. Warto nadmienić, że ustawodawca w art. 44 § 4 k.k. daje sądowi kompetencję do orzeczenia przepadku równowartości przedmiotów pochodzących bezpośrednio z przestępstwa lub przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa, jeśli orzeczenie przepadku tych przedmiotów nie jest możliwe.

W dalszej kolejności należy zwrócić uwagę na przepadek przedmiotów objętych zakazem wytwarzania, posiadania, obrotu, przesyłania, przenoszenia lub przewozu. W tym miejscu należy wskazać, że można spotkać się z poglądem, iż przedmioty te muszą być określone w ustawowym opisie typu czynu zabronionego, a co za tym idzie muszą stanowić one znamię typu czynu zabronionego¹²⁸⁰. V. Konarska-Wrzosek i J. Lachowski odnosząc się do tego poglądu stwierdzają: „Z tezą tą tylko częściowo można się zgodzić, gdyż niewątpliwie przedmioty te muszą być określone w ustawowym opisie czynu zabronionego, jaki przypisano sprawcy, a więc będą należeć do jego ustawowych znamion. Nie będą to jednak przedmioty, na które kierowany jest zamach i na których popełnia się przestępstwo, a będą to przedmioty, z którymi sprawca postępuje w sposób zakazany przez przepisy ustawy o charakterze administracyjnym, która formułuje pewne wymogi formalne, które muszą być spełnione, aby określone postępowanie z tymi przedmiotami było dozwolone. Przepadkowi na podstawie art. 44 § 6 k.k. podlegać będą wyłącznie przedmioty, co do których źródłem zakazu postępowania z nimi w określony sposób nie będzie przepis prawnokarny, a przepis z obszaru innej gałęzi prawa, np. administracyjnego czy międzynarodowego”¹²⁸¹. W art. 44 § 6 k.k. mowa jest o naruszeniu zakazu. Oczywiście zakaz konkretnego zachowania się może być wyrażony w normie sankcjonowanej, a więc w normie prawa karnego materialnego. Jednak zakazy (czy nakazy) określonego zachowania się mogą być wysłowione w normach merytorycznych innych gałęzi prawa. Jednak V. Konarska-Wrzosek i J. Lachowski – jak się wydaje – nie uwzględniają jednej kwestii. Mianowicie art. 44 § 6 k.k. stanowi przepis części ogólnej k.k. Przepisy części ogólnej mają zastosowanie do przepisów części szczególnej i części wojskowej k.k., a także na podstawie art. 116 k.k. do przepisów z innych aktów prawnych aniżeli k.k. zawierających normy sankcjonowane. Stąd też nie można stosować instytucji przepadku do norm z zakresu np. prawa administracyjnego czy prawa cywilnego. Rację mają komentowani autorzy, że przedmioty, o których mowa

¹²⁸⁰ Zob. J. Raglewski, *Komentarz do art. 44...*, LEX.

¹²⁸¹ V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, *Instytucja przepadku...*, LEX.

w art. 44 § 6 k.k. nie będą przedmiotami zamachu, lecz przedmiotami, z którymi postępuje się w sposób zakazany. Przechodząc jednak na grunt przestępstwa uporczywego nękania należy wskazać, że art. 190a § 1 k.k. nie zawiera norm zakazujących wytwarzania, posiadania, obrotu, przesyłania, przenoszenia lub przewozu określonych rzeczy. Stąd też ten rodzaj przypadku nie będzie mógł zostać orzeczony w przypadku popełnienia analizowanego przestępstwa.

Kolejnym rodzajem przypadku jest przypadek przedsiębiorstwa. Jak wskazano kilka stron wcześniej, można wyróżnić cztery kombinacje tego przypadku. W myśl art. 44a § 1 k.k.: „W razie skazania za przestępstwo, z którego popełnienia sprawca osiągnął, chociażby pośrednio, korzyść majątkową znacznej wartości, sąd może orzec przypadek przedsiębiorstwa stanowiącego własność sprawcy albo jego równowartości, jeżeli przedsiębiorstwo służyło do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści”. Jak wskazuje R.A. Stefański orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa jest uwarunkowane: skazaniem za przestępstwo, osiągnięciem z niego przez sprawcę, chociażby pośrednio, korzyści majątkowej znacznej wartości oraz służeniem przedsiębiorstwa do popełnienia tego przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści¹²⁸². Korzyść majątkową pochodząco bezpośrednio z przestępstwa należy rozumieć jako: „(...) każde przysporzenie w majątku sprawcy uzyskane w wyniku czynu zabronionego. Natomiast korzyścią uzyskaną pośrednio z przestępstwa jest korzyść uzyskana przez inne czynności faktyczne i prawne związane przyczynowo z działaniem przestępnym. Przykładem korzyści pochodzącej pośrednio z przestępstwa może być mienie nabyte za środki finansowe pochodzące wprost z przestępstwa”¹²⁸³. Korzyść majątkową na gruncie przypadku podzielić można na korzyść majątkową osiągniętą bezpośrednio z przestępstwa oraz na korzyść majątkową pochodzącą pośrednio z przestępstwa. Zdaniem A. Marka: „Korzyścią uzyskaną bezpośrednio z przestępstwa będą skradzione lub wyłudzone rzeczy, pieniądze i papiery wartościowe oraz inne przysporzenia uzyskane w wyniku czynu zabronionego (np. wymuszony akt darowizny, zwolnienie z długu), natomiast korzyści uzyskane z przestępstwa pośrednio to rzeczy nabyte w drodze sprzedaży lub wymiany, nabyta nieruchomości, uzyskane w wyniku obrotu korzyściami pierwotnymi przysporzenia majątkowe, np. zysk uzyskany z lokaty bankowej środków pieniężnych pochodzących z przestępstwa”¹²⁸⁴. Zdaniem V. Konarskiej-Wrzosek: „Korzyść pośrednia to niewątpliwie każda korzyść będąca następstwem dalszej konwersji mie-

¹²⁸² Zob. R.A. Stefański, *Komentarz do art. 44a k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹²⁸³ M. Kowalewska-Lukuć, *Konfiskata rozszerzona oraz przypadek przedsiębiorstwa – kilka refleksji po roku obowiązywania znówelizowanych przepisów kodeksu karnego*, „Palestra” 2018, nr 9, s. 41.

¹²⁸⁴ A. Marek, *Komentarz do art. 45 k.k.* [w:] A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, LEX.

nia lub innych praw majątkowych uzyskanych z czynu zabronionego na inne aktywa. Oczywiście wykazanie takiej konwersji jest bardzo utrudnione¹²⁸⁵. K. Szczucki rozumie korzyść majątkową pośrednią jako: „(...) całość korzyści uzyskanych z obrotu przedmiotami, prawami majątkowymi, wierzytelnościami *etc.*, pochodzącymi z przestępstwa, łącznie z uzyskanym przez sprawcę zyskiem”¹²⁸⁶. Zatem korzyścią majątkową bezpośrednią jest taka korzyść majątkowa, która jest wprost rezultatem dopuszczenia się aktywności przestępnej. Z kolei korzyścią majątkową pośrednią jest taka korzyść majątkowa, która jest konsekwencją konwersji mienia następującej po realizacji czynu zabronionego (np. sprzedaż skradzionej rzeczy). Korzyść majątkowa, o której mowa w art. 44a k.k. ma być korzyścią majątkową o znacznej wartości. Ustawodawca nie definiuje w k.k. tej zbitki słownej. Niemniej jak zauważa M. Kowalewska-Łukuć: „Opierając się jednak na treści art. 115 § 5 k.k. definiującego mienie znacznej wartości, należy przyjąć, że korzyść majątkowa znacznej wartości to taka korzyść, której wartość przekracza 200 000 zł”¹²⁸⁷. Przechodząc dalej, należy przytoczyć następujące słowa D. Szeleszczuka: „Orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa nie jest uzależnione od rodzaju przestępstwa. Przepis art. 44a § 1 k.k. uzależnia wypadek od tego, aby sprawca z popełnienia przestępstwa osiągnął chociażby pośrednio korzyść majątkową znacznej wartości. Ponadto wymagane jest wykorzystanie przedsiębiorstwa do realizacji jednego z następujących celów: popełnienia przestępstwa lub ukrycia osiągniętej z niego korzyści. Z motywów ustawodawczych wynika, że chodzić będzie w szczególności o przestępstwa oszustwa, prania brudnych pieniędzy czy przestępstwa przeciwko interesom fiskalnym Skarbu Państwa, choć z pewnością nie można możliwości zastosowania przypadku przedsiębiorstwa do nich ograniczać. *Prima facie* nie można wykluczyć możliwości przypadku przedsiębiorstwa w przypadku skazania za przestępstwa przeciwko życiu czy wolności seksualnej (np. art. 204 § 2 k.k.). Dopuszczalne jest orzeczenie przypadku przedsiębiorstwa w razie skazania za przestępstwo popełnione w warunkach ciągłości (art. 12 k.k.)”¹²⁸⁸. Zatem ustawodawca nie wyklucza możliwości, w przypadku skazania za uporne nękanie, orzeczenia przypadku przedsiębiorstwa sprawcy lub innej osoby (czy też jego równowartości), jeśli służyło ono do popełnienia tego przestępstwa i jednocześnie osiągnięto korzyść majątkową znacznej wartości. Można się zastanawiać, jak z pragmatycznego punktu widzenia przedsiębiorstwo sprawcy czy też przedsiębiorstwo innej osoby, którym sprawca się „posługuje” mogłoby służyć do popełnienia czynu z art. 190a § 1 k.k. i jednocześnie

¹²⁸⁵ V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 45 k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny...*, LEX.

¹²⁸⁶ K. Szczucki, *Komentarz do art. 45 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2017, Legalis.

¹²⁸⁷ M. Kowalewska-Łukuć, *Konfiskata rozszerzona...*, s. 42.

¹²⁸⁸ D. Szeleszczuk, *Przypadek przedsiębiorstwa (art. 44a)*, Prok. i Pr. 2017, nr 12, s. 46.

przyniesić (choćby pośrednio) korzyść majątkową znacznych rozmiarów. Oczywiście nie sposób wymienić wszystkich możliwych sytuacji, więc należy ograniczyć się do tych – zdaniem autora – najbardziej ewidentnych. Przede wszystkim nasuwa się na myśl działanie przedsiębiorstw zajmujących się niezbyt ucziwą windykacją, które to dokonując „windykacji” posuwają się do nękania, przy czym korzyść majątkowa znacznych rozmiarów ma pochodzić od jednej osoby, bowiem jak już wskazywano jedno przestępstwo uporczywego nękania może być skierowane tylko przeciwko jednemu pokrzywdzonemu. Stąd też mowa tutaj o wysokich świadczeniach, względnie o procedurze trwającym przez długi okres. Warto również przytoczyć jeszcze jeden przykład. Mowa o sytuacjach, kiedy sprawca lub przedsiębiorstwo dysponuje materiałami kompromitującymi pokrzywdzonego (mogą to być zarówno materiały przedstawiające faktycznie zaistniałe sytuacje, jak i materiały przerobione, przedstawiające fikcyjne zdarzenia), zaś sprawca z użyciem przedsiębiorstwa nęka pokrzywdzonego (w tym posługując się groźbą opublikowania wspomnianych materiałów) chcąc uzyskać od niego znaczne przysporzenie majątkowe czy też doprowadzić do spełnienia przez pokrzywdzonego nieodpłatnego świadczenia lub za niższym wynagrodzeniem niż należne (przy czym mowa tutaj o rażącej dysproporcji między wynagrodzeniem należnym, a wynagrodzeniem faktycznym) na rzecz sprawcy lub przedsiębiorstwa.

W art. 45 k.k. ustawodawca przewidział instytucję przepadku korzyści majątkowej. R.A. Stefański wskazuje na następujące przesłanki orzeczenia przepadku korzyści majątkowej: osiągnięcie korzyści majątkowej, pochodzenie tej korzyści z przestępstwa, bezpośrednie lub pośrednie pochodzenie tej korzyści z przestępstwa¹²⁸⁹. Dla oceny, czy przepadek korzyści majątkowych jest zweryfikowanie, czy korzyść majątkowa ma pochodzić bezpośrednio z przestępstwa, czy też może być ona pośrednia. Jest to istotne, bowiem uzyskanie korzyści majątkowej nie stanowi znamienia przestępstwa uporczywego nękania (w tym znamienia wskazującego na *dolus directus* w postaci działania w celu uzyskania korzyści majątkowej), zaś z rozważań już poczynionych odnośnie nękania wywieść można, iż celem nękania jest głównie spowodowanie krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego. Wskazać należy na pogląd J. Raglewskiego, który uważa, że: „Dopuszczalność orzeczenia przepadku na podstawie art. 45 k.k. nie jest warunkowana tym, aby sprawca działał w celu osiągnięcia korzyści majątkowej. Istotne jest jedynie to, że popełniając przestępstwo, uzyskał z niego, bezpośrednio lub pośrednio, jakkolwiek

¹²⁸⁹ Zob. R.A. Stefański, *Komentarz do art. 45 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis. W doktrynie odnośnie obejmowania przez art. 45 k.k. przepadku korzyści pochodzącej pośrednio z przestępstwa aprobatę wyrażają również m.in. V. Konarska-Wrzošek (zob. V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 45...*, LEX) czy J. Raglewski (zob. J. Raglewski, *Komentarz do art. 45 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, LEX).

korzyść majątkową. Nie ogranicza także stosowania tego środka wielkość korzyści majątkowej oraz rodzaj przestępstwa, z którego ona pochodzi. Jej wysokość warunkuje jedynie możliwość stosowania przewidzianych w § 2-4 komentowanego artykułu ułatwień dowodowych przy orzekaniu przypadku¹²⁹⁰. Podobnie twierdzą V. Konarska-Wrzosek i J. Lachowski. Zdaniem wspomnianych autorów: „Podkreślić w tym miejscu należy, że orzekanie przypadku osiągniętej z faktu popełnienia przestępstwa korzyści majątkowej albo jej równowartości nie jest uzależnione ani od postaci tej korzyści, ani od jej wysokości, ani od typu przestępstwa, którego dopuścił się sprawca, ani od jego statusu prawnokarnego, ani od roli sprawczej, jaką odegrał przy popełnieniu przestępstwa. Wyjściową przesłanką orzeczenia tego rodzaju przypadku jest osiągnięcie korzyści majątkowej i to w jakiegokolwiek wysokości¹²⁹¹. Poglądy te wydają się wynikać z warstwy deskryptywnej art. 45 § 1 k.k., w którym to ustawodawca ogranicza się do stwierdzenia, że: „Jeżeli sprawca osiągnął z popełnienia przestępstwa, chociażby pośrednio, korzyść majątkową niepodlegającą przypadkowi przedmiotów wymienionych w art. 44 § 1 lub 6, sąd orzeka wypadek takiej korzyści albo jej równowartości”. Zatem do przypadku korzyści majątkowej wymagane jest faktyczne przysporzenie albo redukcja należności powstała na skutek przestępstwa. Nie jest zatem wymagane, ażeby uzyskanie korzyści majątkowej czy działanie w celu jej uzyskania stanowiło znamię przestępstwa. W konsekwencji, jeśli sprawca uporczywego nękania osiągnął korzyść majątkową na skutek popełnienia tego czynu (np. poprzez nękanie zmuszając pokrzywdzonego do świadczeń pieniężnych na rzecz sprawcy czy też do spełnienia określonej usługi na rzecz sprawcy bez należnej opłaty, czy w wysokości mniejszej od należnej), to wówczas sąd może fakultatywnie (w przypadku analizowanego przestępstwa wypadek korzyści majątkowej nie jest obligatoryjny) orzec wypadek korzyści majątkowej lub jej równowartość.

§ 1.3.2. Środki kompensacyjne

Następną grupą środków karnoprawnej reakcji, jaką należy przedstawić są środki kompensacyjne. Już z samej nazwy tej grupy środków można wywieść, że celem ich stosowania jest naprawienie (choćby częściowo) szkody wyrządzonej przez przestępstwo, którego dopuścił się sprawca. Należy jednak dodać, że niekiedy (przede wszystkim mowa o nawiązce) beneficjentem kompensaty nie jest pokrzywdzony czy jego najbliższa rodzina, lecz inny podmiot.

¹²⁹⁰ J. Raglewski, *Komentarz do art. 45...*, LEX.

¹²⁹¹ V. Konarska-Wrzosek, J. Lachowski, *Instytucja przypadku...*, LEX.

Katalog środków kompensacyjnych w polskim prawie karnym nie jest katalogiem obszernym. Obejmuje on bowiem tylko obowiązek naprawienia szkody i nawiązkę.

Zgodnie z art. 46 § 1 k.k.: „W razie skazania sąd może orzec, a na wniosek pokrzywdzonego lub innej osoby uprawnionej orzeka, stosując przepisy prawa cywilnego, obowiązek naprawienia, w całości albo w części, wyrządzonej przestępstwem szkody lub zadośćuczynienia za doznaną krzywdę; przepisów prawa cywilnego o możliwości zasądzenia renty nie stosuje się”. Warto też w tym miejscu przytoczyć art. 46 § 2 k.k., który brzmi następująco: „Jeżeli orzeczenie obowiązku określonego w § 1 jest znacznie utrudnione, sąd może orzec zamiast tego obowiązku nawiązkę w wysokości do 200 000 złotych na rzecz pokrzywdzonego, a w razie jego śmierci w wyniku popełnionego przez skazanego przestępstwa nawiązkę na rzecz osoby najbliższej, której sytuacja życiowa wskutek śmierci pokrzywdzonego uległa znacznemu pogorszeniu. W razie gdy ustalono więcej niż jedną taką osobę, nawiązki orzeka się na rzecz każdej z nich”. Można wyróżnić dwie postacie tego obowiązku:

1. naprawienie szkody;
2. zadośćuczynienie za doznaną krzywdę.

Istotne jest wskazanie różnic między szkodą a krzywdą na gruncie wspomnianego przepisu. G. Michalski stwierdza: „Przepis art. 46 k.k. rozróżnia szkodę i krzywdę. Przez tą ostatnią rozumieć należy szkodę niemajątkową, przez szkodę zaś uszczerbek majątkowy. Zakres szkody majątkowej indemnizowanej w trybie art. 46 k.k. powinien być rozumiany jak najszerzej, aby jak najpełniej zabezpieczyć interesy pokrzywdzonego. W konsekwencji szkoda podlegająca naprawieniu w postępowaniu karnym obejmować powinna nie tylko rzeczywistą stratę (*damnum emergens*), ale także spodziewane utracone korzyści (*lucrum cessans*). Redakcja przepisu art. 46 k.k. nie pozostawia również wątpliwości, że przepis ten daje możliwość zasądzenia nie tylko odszkodowania, ale także jednocześnie obok niego i zadośćuczynienia”¹²⁹². Co istotne, obowiązek naprawienia szkody w obu postaciach, może być orzeczony w sytuacjach przewidzianych przez k.c., z wyłączeniem przepisów o rencie (mowa tutaj przede wszystkim o przepisach dotyczących rodzajów i zasad odpowiedzialności deliktowej). Jak wielokrotnie podkreślano w niniejszej pracy, efektem nękania jest krzywda psychiczna pokrzywdzonego, która przybiera na tyle intensywny charakter, że może być nazwana udręczeniem. Stąd też należy stwierdzić, że jak najbardziej możliwe jest orzeczenie zadośćuczynienia dla pokrzywdzonego

¹²⁹² G. Michalski, *O rozumieniu szkody na gruncie prawa karnego*, Prok. i Pr. 2020, nr 2, s. 74.

za doznaną przez niego krzywdę psychiczną¹²⁹³. Obowiązek naprawienia szkody można orzec jedynie, kiedy zachowaniem się sprawcy zostanie wyrządzona szkoda pozostająca w związku z aktywnością przestępną sprawcy¹²⁹⁴. Jak zauważa SN: „Obowiązek naprawienia szkody dotyczy tylko szkody, której nie naprawiono, a sąd orzekając na podstawie art. 46 § 1 k.k., uwzględnić musi rozmiar już naprawionej szkody. Zobowiązanie do naprawienia szkody nie może bowiem zmierzać do przysporzeń w majątku pokrzywdzonego”¹²⁹⁵. Obowiązek naprawienia szkody w przypadku przestępstwa uporczywego nękania może zostać orzeczony, jeśli nękanie pokrzywdzonego powoduje *damnum emergens* lub *lucrum cessans*. Zatem mowa jest o sytuacjach, kiedy nękanie prócz negatywnych konsekwencji psychicznych u pokrzywdzonego, wywołuje zmiany w świecie zewnętrznym. Warto dodać, że ustawodawca posłużył się w art. 46 § 1 k.k. spójnikiem „lub”, co pozwala orzec jednocześnie zarówno obowiązek naprawienia szkody jak i obowiązek zadośćuczynienia za doznaną krzywdę. Gwoli przypomnienia należy wskazać, że w myśl art. 46 § 2 k.k., jeśli orzeczenie wspomnianych obowiązków jest utrudnione, to sąd może zastosować względem sprawcy subsydiarny środek kompensacyjny, jakim jest nawiązka na rzecz pokrzywdzonego albo osoby najbliższej.

Zgodnie z art. 47 § 1 k.k.: „W razie skazania sprawcy za umyślne przestępstwo przeciwko życiu lub zdrowiu albo za inne przestępstwo umyślne, którego skutkiem jest śmierć człowieka, ciężki uszczerbek na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała lub rozstrój zdrowia, sąd może orzec nawiązkę na rzecz Funduszu Pomocy Pokrzywdzonym oraz Pomocy Postpenitencjarnej”. W warstwie deskryptywnej tego przepisu ustawodawca zawęży zakres orzekania nawiązki do określonego kręgu skazanych. Chcąc poszukiwać podstawy orzeczenia nawiązki w przypadku popełnienia przestępstwa uporczywego nękania należy rozważyć, czy możliwe jest zakwalifikowanie skutków wymienionych w art. 190a § 1 k.k. jako: ciężki uszczerbek na zdrowiu, naruszenie czynności narządu ciała czy też jako rozstrój zdrowia. Wymienione pojęcia stanowią znamiona typów czynów zabronionych stypizowanych w art. 156 i 157 k.k. Niemniej ustawodawca wskazuje, że w przypadku orzekania nawiązki wymienione pojęcia mogą być odnoszone również do innych typów czynów zabronionych, o ile określają one skutki zachowania się sprawcy. SN zauważa, że: „(...) sformułowanie «inne umyślne przestępstwo, którego skutkiem jest śmierć, uszkodzenie ciała lub rozstrój zdrowia pokrzywdzonego» dotyczy

¹²⁹³ Należy dodać, że na podstawie art. 445 i 448 k.c. zadośćuczynienie przybiera formę pieniężną (tj. zadośćuczynienia pieniężnego na rzecz poszkodowanego, czy też zadośćuczynienia w postaci wpłacenia określonej kwoty na cel społeczny wskazany przez poszkodowanego).

¹²⁹⁴ Zob. P. Kozłowska-Kalisz, *Komentarz do art. 46 k.k.* [w:] M. Budyn-Kulik i in., *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020, LEX.

¹²⁹⁵ Wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. III KK 128/18, LEX nr 2490903.

wszystkich innych niż wymienione w rozdziale XXI kodeksu karnego umyślnych przestępstw znamienych tymi skutkami, przy czym rozumieć przez nie należy następstwa czynu, które sprawca co najmniej powinien był i mógł je przewidzieć”¹²⁹⁶. Zatem wyżej wymienione znamiona muszą stanowić znamię skutku danego przestępstwa (które to przestępstwo nie musi godzić w takie dobra jak życie czy zdrowie). Niemniej w swym ustawowym opisie przestępstwo uporczywego nękania nie zawiera tych znamion. Zatem nie mogą stanowić one podstawy orzeczenia nawiązki. Należy również dodać, że ustawodawca co prawda wskazuje w art. 47 k.k. inne podstawy orzeczenia nawiązki, jednak odwołuje się do konkretnych typów czynów zabronionych, wśród których nie ma przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. W konsekwencji, nie można orzec nawiązki, o której mowa w art. 47 k.k. wobec sprawcy przestępstwa uporczywego nękania. Warto jednak przypomnieć, że może zostać orzeczona wobec takiego sprawcy nawiązka, o której mowa w art. 46 § 2 k.k. (o ile orzeczenie obowiązków z art. 46 k.k. jest utrudnione).

§ 1.4. Środki probacyjne

W polskim prawie karnym ustawodawca przewidział trzy środki związane z poddaniem sprawcy próbie. Są to:

1. warunkowe umorzenie postępowania karnego;
2. warunkowe zawieszenia wykonywania kary;
3. warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia kary.

Przechodząc do wskazania celu stosowania środków probacyjnych należy wskazać, że wiedzieć je już można z samej nazwy tychże środków. Bowiem celem ich stosowania, jest poddanie sprawcy próbie. Próba ta – najogólniej rzecz ujmując – ma na celu sprawdzenie, czy sprawca jest w stanie zmienić swoje zachowanie na zachowanie społeczne i prawnie pożądane bez konieczności jego izolacji od społeczeństwa.

§ 1.4.1. Warunkowe umorzenie postępowania karnego

Pierwszym ze środków probacyjnych jest warunkowe umorzenie postępowania karnego. Za Ł. Pohlem można wyróżnić materialne i formalne przesłanki warunkowego umorzenia postępowania karnego. Przesłanki materialne zdaniem tego autora są następujące:

¹²⁹⁶ Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 11 grudnia 1991 r., sygn. WZP 3/91, OSNKW 1992/3-4/17.

1. wina sprawcy nie jest znaczna¹²⁹⁷;
2. społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna;
3. okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości;
4. tzw. pozytywna prognoza kryminologiczna odnośnie do (przyszłego) zachowania się sprawcy (postawa sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste oraz dotychczasowy sposób życia uzasadniały przypuszczenie sądu, że pomimo umorzenia postępowania karnego sprawca będzie przestrzegał porządku prawnego, w szczególności nie popełni on ponownie przestępstwa)¹²⁹⁸.

Przesłankami formalnymi są z kolei:

1. sprawca nie był wcześniej kary za przestępstwo umyślne¹²⁹⁹;
2. przestępstwo, w sprawie którego ma zostać warunkowo umorzony postępowanie karne ma być zagrożone maksymalnie karą pięciu lat pozbawienia wolności¹³⁰⁰.

Powstaje pytanie, czy w związku z wymogiem, ażeby przestępstwo było zagrożone maksymalnie karą pozbawienia wolności w wysokości 5 lat, możliwe jest warunkowe zawieszenie postępowania w sprawie o popełnienie przestępstwa uporczywego nękania. W doktrynie zauważa się, że wspomniany wymóg odnosi się do górnej granicy ustawowego zagrożenia¹³⁰¹. Pogląd ten należy zaaprobować. Skoro postępowanie jest warunkowo umarzone, to nie następuje wymierzenie sprawcy kary prawomocnym wyrokiem skazującym. Stąd też przy warunkowym umorzeniu postępowania karnego, może być brane jedynie pod uwagę ustawowe zagrożenie karą za popełnienie określonego przestępstwa. Należy wskazać, że analizowane przestępstwo w swej górnej granicy jest zagrożone karą pozbawienia wolności do lat 8. W konsekwencji nie jest możliwe warunkowe umorzenie postępowania karnego, w sprawie o uporczywe nękanie. Stąd też ten środek probacyjny nie będzie przedmiotem dalszych rozważań.

¹²⁹⁷ Należy dodać, że w przesłanka ta nie zawiera wymogu nieznacznej winy sprawcy. Należy ją interpretować jako wymóg, ażeby wina sprawcy cechowała się była mniejsza aniżeli znaczna.

¹²⁹⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 489.

¹²⁹⁹ Należy dodać, że warunek ten będzie spełniony, jeśli sprawca był już co prawda prawomocnie skazany za przestępstwo umyślne, ale to skazanie uległo zatarciu.

¹³⁰⁰ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 489.

¹³⁰¹ Zob. np. A. Zoll, *Komentarz do art. 66 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116*, Warszawa 2016, LEX; P. Hofmański, L.K. Paprzycki, A. Sakowicz, *Komentarz do art. 66 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, LEX; V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 66 k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzošek, *Kodeks karny...*, LEX czy B. Kunicka-Michalska, *Warunkowe umorzenie postępowania karnego* [w:] M. Melezini (red.), *System prawa...*, s. 1028.

§ 1.4.2. Warunkowe zawieszenie wykonania kary

Kolejnym środkiem probacyjnym jest warunkowe zawieszenie wykonania kary. Istotne wątpliwości budzi charakter tego środka probacyjnego, a precyzyjniej to, czy jest to szczególna forma wymiaru kary, czy też samodzielny środek penalny rządzący się swoimi prawami. Odnosząc się do tej kwestii warto wskazać obszernie objaśnienie autorstwa B. Kunickiej-Michalskiej: „Przyjmując pierwsze (że jest to samodzielny środek penalny), uznajemy na podstawie art. 56 KK, że wszelkie dyrektywy sądowego wymiaru kary odnoszą się do warunkowego zawieszenia wykonania kary potraktowanego jako całość. Na tę całość składały się: długość kary pozbawienia wolności, okres zawieszenia jej wykonania oraz decyzje dotyczące wymiaru kary grzywny, oddanie pod dozór (przy wyborze jego formy i czasu trwania), nałożenie obowiązków (ich doboru i określenie ich kształtu). One składają się na kształt konkretnie zastosowanego środka penalnego (probacyjnego) i wyznaczają nie tylko sposoby przyjętego przez sąd oddziaływania szczególnoprewencyjnego, ale również stopień uwzględnienia wszystkich dyrektyw wymiaru kary. Wyznaczają też stopień dolegliwości tego konkretnie zastosowanego środka. Może powstać pytanie, jak zatem traktować dyrektywę szczególnoprewencyjną zawartą ustawowo w ujętych granicach dopuszczalności stosowania tego środka (art. 69 § 1). Odpowiedź jest dość prosta: jest to dyrektywa szczególna odnosząca się do tego właśnie środka, tak jak inne dyrektywy szczegółowe odnoszące się do innych środków penalnych (kar). Ta dyrektywa szczególna, z uwzględnieniem ogólnych, stwarza sądowi ramy dopuszczalności stosowania tej przeciw fakultatywnej instytucji. Przyjęcie drugiego stanowiska (że jest to tylko decyzja co do tego, czy należy wykonywać orzeczoną wcześniej karę pozbawienia wolności) nakazywałoby uwzględnienie dyrektyw wymiaru kary w inny sposób. Najpierw, przy zastosowaniu wszystkich dyrektyw, następowałby wymiar kary pozbawienia wolności. Od tego wymiaru zależałoby, czy zastosowanie warunkowego zawieszenia jest w ogóle formalnie dopuszczalne (dotyczy przecież tylko kar nieprzekraczających dwóch lat). Potem zaś, uwzględniając już wyłącznie dyrektywy szczególnoprewencyjne, sąd podejmowałby fakultatywną decyzję o tym, czy wykonanie kary zawiesić. Oznacza to, że i pozostałe decyzje (co do okresu zawieszenia, grzywny,

obowiązków, nadzoru) miałyby zapadać na podstawie przesłanek szczególnoprewencyjnych”¹³⁰². Cytowana autorka zauważa, że w doktrynie kwestia ta jest sporna¹³⁰³. B. Kunicka-Michalska konkluduje swoje rozważania w następujących słowach: „Stanowisko, że warunkowe zawieszenie wykonania kary należy traktować jako samodzielny środek penalny, znajduje dodatkowe, bardzo poważne wsparcie natury funkcjonalnej. Przecież jest to środek penalny, który w ogóle po to powstał, żeby stworzyć nie tylko jedną z instytucji umożliwiających bardziej racjonalny i humanitarny wymiar kary, ale także, a raczej przede wszystkim, jako alternatywa pozbawienia wolności. I nie utracił tego charakteru do dziś ani na świecie, ani w Polsce. A skoro tak, to decyzja o jego zastosowaniu jest decyzją, czy skazanego ukarać bezwzględnym pozbawieniem wolności, czy też środkiem wolnościowym i jaki kształt tego ostatniego środka dobrać. Decyzja sądu jest więc następująca: pozbawienia wolności ma nie być i w tej sytuacji należy zastosować, w granicach określonych ustawą, wolnościowy środek penalny. Wszystkie te argumenty przemawiają za tym, aby nawet na gruncie aktualnie obowiązującego prawa traktować warunkowe zawieszenie nie jako modyfikację bezwzględnego pozbawienia wolności, tylko jako samoistny środek penalny, którego formalne zakategoryzowanie wywołuje jednak istotne kłopoty. Z pewnością nie jest to kara odrębnego rodzaju, gdyż *de lege lata* ani jako «kara», a tym bardziej odrębny «rodzaj kary» środek ten nie został przez ustawodawcę zakwalifikowany”¹³⁰⁴. Odnosząc się do przedstawionych wyżej wątpliwości odnośnie charakteru tego środka probacyjnego, należy zaaprobować pogląd wskazujący, iż warunkowe zawieszenie wykonania kary stanowi osobną od kary postać karnoprawnej reakcji. Prócz przytoczonego wyżej poglądu i faktu, że warunkowe zawieszenie wykonania kary stanowi w myśl rozważań ustawodawcy środek probacyjny, to należy wskazać, że środek ten nie został wymieniony w art. 32 k.k. Zatem traktując warunkowe zawieszenie wykonania kary jako szczególny

¹³⁰² B. Kunicka-Michalska, *Warunkowe zawieszenie wykonania kary* [w:] M. M. Melezini (red.), *System prawa...*, s. 1132.

¹³⁰³ Przykładowo za przyjęciem pierwszego rozwiązania optują A. Zoll (który to twierdzi także, że do wymiaru okresu próby znajdują zastosowanie dyrektywy sądowego wymiaru kary określone w art. 53 k.k.) zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 69 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, LEX czy J. Majewski, zob. J. Majewski, *Czy warunkowe zawieszenie wykonania kary zmienia jej rodzaj?* [w:] J. Majewski (red.) *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie. Pokłosie IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2012, s. 47 i nast. W orzecznictwie stanowisko to zostało poparte m.in. w następujących orzeczeniach: wyrok SA w Łodzi z dnia 23 listopada 2000 r., sygn. II AKa 217/00, Prok. i Pr. 2001, nr 6 – wkładka, poz. 16; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 9 marca 1999 r., sygn. II AKa 19/98, OSA 1999, Nr 3, poz. 22 czy wyrok SA w Krakowie z dnia 30 sierpnia 1998 r., sygn. II AKa 184/98, Prok. i Pr. 1999, nr 4 - wkładka, poz. 15. Pierwsze stanowisko jest krytykowane przez L. Gardockiego, zob. L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 206 jak i w następujących orzeczeniach: wyrok SA we Wrocławiu z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. II AKa 182/02, OSA 2002/11/77 oraz wyrok SA w Krakowie z dnia 5 grudnia 2001 r., II AKa 279/00, KZS 2002, Nr 1, poz. 14.

¹³⁰⁴ B. Kunicka-Michalska, *Warunkowe zawieszenie...*, s. 1133.

rodzaj kary, dochodzi do niedopuszczalnego rozszerzenia *contra legem* katalogu kar przewidzianych przez polskie prawo karne. Oczywiście omawiany środek probacyjny jest środkiem akcesoryjnym względem wymierzonej sprawcy kary. Nie można wszakże warunkowo zawiesić kary, która w ogóle nie została orzeczona.

Przechodząc do zarysowania konstrukcji tego środka probacyjnego należy wskazać, że w myśl art. 69 § 1 k.k.: „Sąd może warunkowo zawiesić wykonanie kary pozbawienia wolności orzeczonej w wymiarze nieprzekraczającym roku, jeżeli sprawca w czasie popełnienia przestępstwa nie był skazany na karę pozbawienia wolności i jest to wystarczające dla osiągnięcia wobec niego celów kary, a w szczególności zapobieżenia powrotowi do przestępstwa”. Paragraf 2 tego przepisu brzmi z kolei następująco: „Zawieszając wykonanie kary, sąd bierze pod uwagę przede wszystkim postawę sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa [tzw. pozytywna prognoza kryminologiczna – przyp. M.G.]”. Jak trafnie zauważa SA w Katowicach: „Przepis art. 69 § 1 k.k. odwołuje się do elementów prognostycznych, wskazujących na możliwość osiągnięcia celów kary pozbawienia wolności nie orzekając jej w bezwzględnym wymiarze, a zatem jest to swoisty środek polityki karnej wobec sprawców nadających się do oddziaływań resocjalizacyjnych w warunkach wolnościowych, wobec istnienia po ich stronie uzasadnionego przekonania, że nie powrócą na drogę przestępstwa”¹³⁰⁵. Należy dodać, że w art. 60 § 5 k.k. dla sprawców, o których mowa w art. 60 § 3 i § 4 k.k., przewiduje się możliwość zawieszenia kary pozbawienia wolności w wymiarze do 5 lat. Okres próby wynosi od roku do lat trzech i biegnie od uprawomocnienia się wyroku (art. 70 § 1 k.k.). Ponadto w przypadku sprawców, o których mowa w art. 60 § 5 k.k. okres próby wynosić może maksymalnie 10 lat, przy czym ustawodawca w art. 70 § 2 k.k. formułuje kolejny wyjątek odnoszący się do okresu próby. W myśl tego przepisu: „W wypadku zawieszenia wykonania kary wobec sprawcy młodocianego oraz sprawcy, który popełnił przestępstwo z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej, okres próby wynosi od 2 do 5 lat”. A. Zoll twierdzi, że: „Okres próby wyznacza sąd według własnego uznania. Ustalając okres próby, sąd powinien kierować się przede wszystkim stopniem pewności prognozy kryminologicznej. Im pewniejsza dobra prognoza, tym okres próby może być krótszy. Długość trwania okresu próby musi umożliwić skazanemu wywiązanie się z nałożonych”¹³⁰⁶. J. Skupiński i J. Mierzwińska-Lorencka odnosząc się do postawy określenia długości okresu próby stwierdzają: „Przy określeniu długości okresu próby, poza tym w jakim

¹³⁰⁵ Wyrok SA w Katowicach z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 19/09, LEX nr 511970.

¹³⁰⁶ A. Zoll, *Komentarz do art. 69...*, LEX.

wariancie zastosować zawieszenie, sąd powinien mieć na uwadze zwłaszcza następujące okoliczności: 1) indywidualną, dodatnią prognozę kryminologiczną, jaką sąd stawiał w momencie podejmowania decyzji o zastosowaniu instytucji – w zależności od tego jak «silna» w przekonaniu sądu była ta prognoza powinien być oznaczony czas okresu próby; 2) czy na skazanego nałożono określone obowiązki i jakie, a w związku z tym uwzględniać możliwość wywiązania się z nich przez skazanego. To samo dotyczy sytuacji, w której wymierzono skazanemu grzywnę; 3) motywacyjną i powściąągającą funkcję długości okresu próby¹³⁰⁷. S. Hyps z kolei twierdzi, że: „Okres próby uzależniony został przede wszystkim od uwzględnienia dwóch elementów: przekonania sądu o pozytywnej prognozie kryminologicznej sprawcy (im pewniejsza prognoza, tym krótszy może być okres próby) oraz rodzaju nałożonych na sprawcę obowiązków – okres próby powinien być tak ustalony, aby umożliwiał ich racjonalną realizację (...). Długość okresu próby uzależniona jest także od typu sprawcy przestępstwa, wobec którego ma być zastosowany omawiany środek probacyjny¹³⁰⁸. Warto także pokrótce zarysować kwestię charakteru rozstrzygnięcia o długości okresu próby. J. Lachowski zauważa, że: „Okres próby musi być określony w orzeczeniu skazującym. Rozstrzygnięcie w przedmiocie okresu próby ma charakter konstytutywny, co wynika z treści przepisu art. 70 KK. Brak wskazania okresu próby w wyroku skazującym oznacza, że nie może on rozpocząć biegu, a to czyni orzeczenie o warunkowym zawieszeniu niewykonalnym¹³⁰⁹. Przeciwnie twierdzi SN zdaniem, którego: „(...) niewskazanie czasu trwania okresu próby wywołuje wątpliwości co do sposobu wykonania orzeczenia, co stwarzało skazanemu uprawnienie do zwrócenia się do tego Sądu, w trybie art. 13 § 1 KKW, o ich rozstrzygnięcie. Jest przy tym oczywiste, że w tym konkretnym układzie procesowym, ich rozstrzygnięcie mogło nastąpić tylko w jednym kierunku, tj. na korzyść skazanego, przez przyjęcie minimalnego, przewidzianego w art. 70 § 1 pkt 1 KK okresu próby dla warunkowego zawieszenia wykonania orzeczonej kary pozbawienia wolności, tj. okresu dwóch lat, przy czym bieg tego okresu należałoby liczyć od daty uprawomocnienia się zaskarżonego kasacją postanowienia¹³¹⁰. Przedstawiając własne stanowisko na ten temat należy na początku wskazać, że ustawodawca ogranicza się do sformułowania przesłanek, które muszą zostać spełnione, ażeby można było zawiesić sprawcy wykonanie kary, zaś nie formułuje szczegółowych kryteriów odnoszących się do dyrektyw wymiaru okresu próby. Rozwiązanie to wydaje się trafne, choćby z tego względu, że *in abstracto* nie sposób wymieni

¹³⁰⁷ J. Skupiński, J. Mierzińska-Lorencka, *Komentarz do art. 70 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³⁰⁸ S. Hyps, *Komentarz do art. 70 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³⁰⁹ J. Lachowski, *Komentarz do art. 70 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³¹⁰ Postanowienie SN z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. IV KK 66/04, Legalis nr 102867.

zidentyfikować wszystkich okoliczności sprawy czy właściwości osobistych sprawcy. W związku z tym lepszym rozwiązaniem jest pozostawienie swobody sądowi, który to ma (przynajmniej hipotetycznie) wiedzę o okolicznościach sprawy i właściwościach osobistych sprawcy. Należy podkreślić, że z racji tego, iż warunkowe zawieszenie wykonywania kary nie jest karą, stąd też nie znajdują tutaj zastosowania dyrektywy sądowego wymiaru kary wysłowione w art. 53 k.k. Dyrektywy wymiaru długości okresu próby sformułowane przez wyżej wymienionych autorów nie znajdują umocowania wprost w przepisach prawnych. Oczywiście w prawie karnym występują konstrukcje, które nie wynikają wprost z ustawy (przede wszystkim tzw. kontratyby pozaustawowe), ale istnieje konsensus w doktrynie co do istoty tychże kontratybów. W przypadku przedstawionych poglądów nie można znaleźć elementów wspólnych, które to by w sposób bezsporny przedstawiały wszystkie dyrektywy sądowego wyznaczenia okresu próby. W związku z tym należy poszukać wskazówek w ustawie. Wydaje się, że nośnikiem tychże dyrektyw jest art. 69 § 2 k.k. Sąd biorąc pod uwagę postawę sprawcy, jego właściwości i warunki osobiste, dotychczasowy sposób życia oraz zachowanie się po popełnieniu przestępstwa, jak również i inne okoliczności (co wynika z posłużenia się przez ustawodawcę zwrotem „przede wszystkim”) może dokonać prognozy, co do dalszego zachowania się sprawcy i wyznaczyć taki okres próby, który *in concreto* będzie jawić się jako wystarczający na „sprawdzenie” sprawcy odnośnie zmiany jego nawyków życiowych. Kolejną kwestią, którą zarysowano jest kwestia odnosząca się do tego, czy brak wskazania okresu próby w wyroku sądu czyni bezskutecznym wykonanie omawianego środka probacyjnego. Należy przychylić się do poglądu J. Lachowskiego. Posłużenie się przez ustawodawcę zwrotem „następuje” (nie wchodząc w głębsze analizy przekraczające ramy niniejszej pracy) wskazuje na obowiązek wyznaczenia przez sąd okresu próby w określonych przez kodeks granicach temporalnych. Propozycja SN, ażeby w przypadku braku oznaczenia przez sąd okresu próby przyjąć minimalny okres próby wskazany w art. 70 § 1 k.k. wydaje się niesłuszna. Idąc tym tokiem rozumowania, jeśli sąd orzeka za dane przestępstwo karę pozbawienia wolności, lecz nie oznacza jej wymiaru to należy przyjąć, że sąd orzekł karę pozbawienia wolności w dolnej granicy ustawowego zagrożenia¹³¹¹. Tak wymierzona kara, czy tak wymierzony okres próby nie jest bezwzględnie oznaczony, mało tego jest sankcją dorozumianą.

¹³¹¹ Dla lepszego zobrazowania dodajmy, że sąd skazał sprawcę za czyn z art. 190a § 1 k.k. i wówczas idąc tokiem rozumowania SN sprawca zostałby skazany na karę 6 miesięcy pozbawienia wolności.

Należy również dodać, że przy zawieszaniu wykonania kary sąd ma kompetencję do orzeczenia grzywny (art. 71 k.k.), obowiązków wymienionych w art. 72 k.k.¹³¹², świadczenia pieniężne czy poddania sprawcy pod dozór kuratora lub osoby godnej zaufania, stowarzyszenia, instytucji albo organizacji społecznej, do której działalności należy troska o wychowanie, zapobieganie demoralizacji lub pomoc skazanym¹³¹³. Natomiast w art. 75 k.k. wskazane zostały obligatoryjne i fakultatywne przesłanki zarządzenia wykonania zawieszanej kary¹³¹⁴.

Po przedstawieniu zarysu środka probacyjnego w postaci zawieszenia orzeczonej kary, należy przejść do rozważań odnośnie możliwości zawieszenia kary orzeczonej za przestępstwo uporczywego nękania. W poprzednich partiach pracy zarysowano już odpowiedź twierdzącą odnośnie kwestii. Przedstawiono również statystyki podane przez D. Woźniakowską-Fajst, z których wynika, iż na początku obowiązywania art. 190a § 1 k.k. w większości spraw o ten czyn warunkowo zawieszono wykonywanie kary. W kolejnych latach liczba zawieszonych kar malała¹³¹⁵. W tym miejscu zasadne jest przedstawienie dokładniejszych danych odnośnie kształtowania się liczby warunkowo zawieszanych kar za popełnienie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. w latach 2011-2018.

¹³¹² Są to następujące obowiązki: informowanie sądu lub kuratora o przebiegu okresu próby; przeproszenie pokrzywdzonego, wykonywanie ciężącego na nim obowiązku łóżenia na utrzymanie innej osoby; wykonywanie pracy zarobkowej, do nauki lub przygotowania się do zawodu; powstrzymanie się od nadużywania alkoholu lub używania innych środków odurzających; poddanie się terapii uzależnień; poddanie się terapii, w szczególności psychoterapii lub psychoedukacji; uczestnictwo w oddziaływaniach korekcyjno-edukacyjnych; powstrzymanie się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach; powstrzymanie się od kontaktowania się z pokrzywdzonym lub innymi osobami w określony sposób lub zbliżania się do pokrzywdzonego lub innych osób; opuszczenie lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym czy też inne stosownego postępowania w okresie próby, które może zapobiec popełnieniu ponownie przestępstwa. Co istotne sąd musi orzec co najmniej jeden z wymienionych obowiązków.

¹³¹³ W myśl art. 73 § 2 k.k. dozór jest obligatoryjny wobec młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego, sprawcy określonego w art. 64 § 2 lub art. 64a k.k., a także wobec sprawcy przestępstwa popełnionego w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych oraz sprawcy, który popełnił przestępstwo z użyciem przemocy na szkodę osoby wspólnie zamieszkującej.

¹³¹⁴ W myśl art. 75 § 1, § 1a i § 2a k.k. sąd obligatoryjnie zarządza wykonanie kary, jeśli: skazany w okresie próby popełnił podobne przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania, skazany za przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkujących wspólnie ze sprawcą w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, ponownie używając przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkujących wspólnie ze sprawcą oraz jeżeli okoliczności fakultatywnego zarządzenia wykonania kary zaistnieją udzieleniu skazanemu pisemnego upomnienia przez sądowego kuratora zawodowego (chyba że przemawiają przeciwko temu szczególne względy). Przesłanki fakultatywnego wykonania warunkowo zawieszanej kary zostały sformułowane w art. 75 § 2 i § 3 k.k. i są one następujące: skazany w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, w szczególności gdy popełnił inne przestępstwo niż określone w art. 75 § 1 k.k., skazany uchyla się od uiszczenia grzywny, od dozoru, wykonania nałożonych obowiązków lub orzeczonych środków karnych, środków kompensacyjnych lub przepadku oraz skazany po wydaniu wyroku, lecz przed jego uprawomocnieniem się, rażąco narusza porządek prawny, a w szczególności gdy w tym czasie popełnił przestępstwo.

¹³¹⁵ Dla przypomnienia w 2011 roku wykonanie kary zostało zawieszono w 22 na 23 sprawy, a w 2017 roku na 569 spraw w 377 przypadkach zawieszono wykonanie kary. Zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne...*, s. 306.

Tabela 7. Liczba warunkowo zawieszonych kar pozbawienia wolności za przestępstwo uporczywego nękania w latach 2011-2018 w odniesieniu do liczby prawomocnych skazań

Rok	Liczba prawomocnych skazań	Liczba warunkowo zawieszonych kar	Procent kar warunkowo zawieszonych (%)
2011	23	22	95,65
2012	365	340	93,15
2013	521	464	89,06
2014	666	589	88,44
2015	642	549	85,51
2016	521	396	76,01
2017	524	365	69,66
2018	538	340	63,20

Źródło: Skazania prawomocne – z oskarżenia publicznego – stalking art. 190a k.k. w latach 2011-2018, „Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości”, <https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,41.html> [dostęp: 2.09.2020].

Z powyższych danych można wywieść dwa wnioski. Po pierwsze w większości spraw stosowane jest warunkowe zawieszenie wykonania kary. Ciężko *in abstracto* dokonać oceny postępowania sądów, bowiem taka ocena musiałaby być poprzedzona dokładną analizą wszystkich akt spraw o przestępstwa uporczywego nękania. Jak już wskazano we wprowadzeniu, ze względu na założony zakres niniejszej pracy wprowadzenie badań empirycznych mogłoby ją nadmiernie rozszerzyć i zaburzyć komunikatywność wyводу. Niemniej można poczynić kilka uwag do tego stanu rzeczy. Po pierwsze z jednej strony warunkowe zawieszenie wykonania kary jest dość łagodnym środkiem oddziaływania na sprawców. Jest to o tyle istotne, ponieważ zawieszenie kary pozwoli uniknąć negatywnych skutków jej odbywania. Niekiedy zawieszenie kary może być wystarczające do zrozumienia przez sprawcę swojego zachowania i zaprzestania nękania pokrzywdzonego. Z drugiej strony jednak izolacja pozwoli lepiej ochronić pokrzywdzonego i znacząco utrudni sprawcy jego nękanie. Biorąc pod uwagę specyfikę nękania. Zasadne jest orzekanie warunkowego zawieszenia wykonywania kary jak i wymierzanie kary bez orzekania tego środka probacyjnego. Wydaje się jednak, że ze względu na charakter, jak i potencjalne skutki analizowanego przestępstwa kary warunkowo zawieszanie nie powinny stanowić większości kar za to przestępstwo. Oczywiście w niektórych stanach faktycznych kary powinny być warunkowo zawieszane, niemniej współczynnik ten powinien być niższy. Jak można

zauważyć, sądy z roku na rok coraz częściej orzekają „bezwzględne” kary pozbawienia wolności. Hipotetycznymi przyczynami zmiany tego stanu rzeczy może być większa świadomość sędziów co do rzeczywistych skutków przestępstwa uporczywego nękania dla pokrzywdzonego i osób mu najbliższych. Pewne znaczenie może też mieć reforma k.k. w 2015 r. ograniczająca możliwość stosowania warunkowego zawieszenia wykonania kary. Biorąc pod uwagę powyższe dane można zaryzykować hipotezę, że z roku na rok liczba warunkowo zawieszanych kar pozbawienia wolności będzie niższa. Prócz wyżej wskazanych czynników, przyczynić się może do tego nowelizacja art. 190a k.k., która miała miejsce w 2020 roku i która to podwyższyła wymiar kary, co z kolei w pewnym stopniu zawężyło zakres możliwego zastosowania tego środka probacyjnego w praktyce, gdyż sądy mają możliwość orzekania kary w wymiarze wyższym niż przed nowelizacją.

§ 1.4.3. Warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia kary

Ostatnim środkiem probacyjnym przewidzianym przez k.k. jest warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia kary. Na wstępie należy wskazać, że środek probacyjny warunkowego przedterminowego zwolnienia z wykonywania kary dotyczy wyłącznie sprawców odbywających karę pozbawienia wolności i karę dożywotniego pozbawienia wolności¹³¹⁶. Odnosząc się do przesłanek jakie sprawca musi spełnić, ażeby można było go warunkowo przedterminowo zwolnić z odbywania orzeczonej kary, jak słusznie zauważa Ł. Pohl, najistotniejszą przesłanką jest upływ określonego czasu (który to zdaniem cytowanego autora jest warunkiem formalnym)¹³¹⁷. Należy zaznaczyć, że z racji tego, iż za popełnienie przestępstwa uporczywego nękania nie grozi kara dożywotniego pozbawienia wolności, to warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbywania tej kary nie będzie przedmiotem dalszych rozważań. W myśl art. 78 § 1 k.k. skazanego na karę pozbawienia wolności można zwolnić po odbyciu co najmniej połowy kary. Warto dodać, że według J. Skupińskiego i J. Mierzwińskiej-Lorenckiej: „Użyty we wszystkich trzech paragrafach art. 78 KK zwrot «odbycie kary» oznacza będący efektem wyroku skazującego fakt rzeczywistego pozbawienia wolności. Do okresu odbycia kary zostaje więc wliczony faktycznej inkarceracji skazanego zaliczony na poczet orzeczonej kary na podstawie art. 63 KK. Problem konieczności wliczenia do okresu odbycia kary czasu rzeczywistego pozbawienia wolności zaliczanego «na poczet orzeczonej kary» nie budzi wątpliwości

¹³¹⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 499.

¹³¹⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 499-500.

w orzecznictwie i w doktrynie...”¹³¹⁸. B.J. Stefańska słusznie zauważa, że: „Istotne jest ile kary odbył skazany, a nie ma znaczenia, jaka część kary pozostała mu do odbycia. Posłużenie się przez ustawodawcę w art. 78 k.k. zwrotem «po odbyciu» świadczy, że chodzi o wykonaną już część kary”¹³¹⁹. Reguła sformułowana w art. 78 § 1 k.k. doznaje kilku wyjątków. Po pierwsze sprawcy, o których mowa w art. 64 § 1 k.k. mogą zostać zwolnieni z wykonywania po odbyciu co najmniej 2/3 orzeczonej kary, zaś sprawcy, o których mowa w art. 64 § 2 oraz art. 64a k.k. mogą zostać warunkowo zwolnieni z odbycia kary po odbyciu co najmniej 3/4 kary (art. 78 § 2 k.k.). Zgodnie z art. 77 § 2 k.k. sąd ma kompetencję, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, do wyznaczenia surowszych ograniczeń do skorzystania przez skazanego z warunkowego przedterminowego zwolnienia. Trafnie w doktrynie podkreśla się, że wyznaczenie przez sąd tychże surowszych ograniczeń, nie może powodować faktycznego pozbawienia skazanego prawa do uzyskania warunkowego przedterminowego zwolnienia¹³²⁰. Odbycie określonej części kary nie jest jedyną przesłanką wymaganą do przedterminowego warunkowego zwolnienia skazanego z odbywanej przez niego kary. Musi zostać jeszcze spełniona przesłanka, które Ł. Pohl nazywa przesłanką materialną. Jest nią przekonanie sądu, iż skazany po zwolnieniu z odbywania kary będzie przestrzegał porządku prawnego, a w szczególności nie popełni on przestępstwa. Podstawą takie przekonania ma być tzw. pozytywna prognoza kryminologiczna, na którą składają się:

1. postawa sprawcy;
2. właściwości i warunki osobiste sprawcy;
3. sposób popełnienia przestępstwa;
4. zachowanie się sprawcy po popełnieniu przestępstwa;
5. jego zachowywania się w trakcie kary¹³²¹.

Warto dodać, że w myśl art. 161 § 2 i § 3 k.k.w. wniosek o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary złożyć mogą: skazany, jego obrońca, dyrektor zakładu karnego oraz sądowy kurator zawodowy. Istotnym elementem tego środka probacyjnego jest okres próby. W myśl art. 80 § 1 k.k.: „W razie warunkowego zwolnienia czas pozostały do odbycia kary stanowi okres próby, który jednak nie może być krótszy niż 2 lata ani dłuższy niż 5 lat”. Z kolei zgodnie z art. 80 § 2 k.k., jeśli skazanym jest osoba określona w art. 64 § 2 lub art. 64a

¹³¹⁸ J. Skupiński, J. Mierzwińska-Lorecka, *Komentarz do art. 78 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis. Podobnie: S. Hypś, *Komentarz do art. 78 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis czy uchwała SN z dnia 16 czerwca 1993 r., sygn. I KZP 13/93, Legalis nr 28131.

¹³¹⁹ B.J. Stefańska, *Quantum odbytej kary pozbawienia wolności jako przesłanka warunkowego zwolnienia*, Prok. i Pr. 2017, nr 4, s. 24.

¹³²⁰ Zob. S. Hypś, *Komentarz do art. 77 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³²¹ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 501.

k.k., okres próby nie może być krótszy niż 3 lata. W okresie próby sąd może oddać skazanego pod dozór kuratora sądowego, osoby godnej zaufania, stowarzyszenia, organizacji lub instytucji, do której działalności należy troska o wychowanie, zapobieganie demoralizacji lub pomoc skazanym¹³²², a także nałożyć na niego obowiązki określone w art. 72 § 1 k.k. Jeżeli szkoda wyrządzona przestępstwem, za które skazany odbywa karę, nie została naprawiona, sąd może orzec obowiązek określony w art. 72 § 2 k.k. Warunkowe przedterminowe zwolnienie, zgodnie z art. 160 § 1, § 2 i § 4 k.k.w. jest odwoływane obligatoryjnie, jeśli:

1. zwolniony w okresie próby popełnił przestępstwo umyślne, za które orzeczono prawomocnie karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania;
2. zwolniony, skazany za przestępstwo popełnione z użyciem przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkujących wspólnie ze sprawcą, w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, ponownie używając przemocy lub groźby bezprawnej wobec osoby najbliższej lub innej osoby małoletniej zamieszkujących wspólnie ze sprawcą;
3. okoliczności, które stanowią przesłanki fakultatywnego odwołania przedterminowego zwolnienia zaistnieją po udzieleniu skazanemu pisemnego upomnienia przez sądowego kuratora zawodowego (chyba że przemawiają przeciwko temu szczególne względy).

W myśl art. 160 § 3 k.k., sąd penitencjarny może odwołać warunkowe zwolnienie (fakultatywne odwołane warunkowego przedterminowego zwolnienia), jeżeli zwolniony w okresie próby rażąco narusza porządek prawny, w szczególności popełnił inne przestępstwo lub została orzeczona kara inna niż kara pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania albo gdy uchyla się od dozoru, wykonania nałożonych obowiązków lub orzeczonych środków karnych, przepadku lub środków kompensacyjnych. Zgodnie z art. 81 k.k.: „W razie odwołania warunkowego zwolnienia ponowne warunkowe zwolnienie nie może nastąpić przed odbyciem, po ponownym osadzeniu, przynajmniej roku kary pozbawienia wolności, a w wypadku kary dożywotniego pozbawienia wolności przed odbyciem przynajmniej 5 lat kary”. Po krótkim przedstawieniu środka probacyjnego warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia kary, należy odnieść poczynione wyżej rozważania do analizowanego przestępstwa. Ustawodawca nie formułuje żadnych ograniczeń odnoszących się do typów czynu zabronionego, za które sprawca ma odbywać karę. W związku z tym sprawca uporczywego nękania

¹³²² Warto dodać, że zgodnie z art. 159 § 1 *in fine* k.k.w. oddanie pod dozór jest obowiązkowe wobec skazanego za przestępstwo określone w art. 197-203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych, młodocianego sprawcy przestępstwa umyślnego, sprawcy określonego w art. 64 § 1 lub 2 lub art. 64a k.k., a także wobec skazanego na karę dożywotniego pozbawienia wolności.

może skorzystać z tego środka zabezpieczającego na wskazanych wyżej zasadach, o ile w danej sprawie spełnione są przesłanki materialne i przesłanki formalne. Na zakończenie rozważań warto wskazać w jaki sposób kształtuje się wymagany przez ustawodawcę (rzecz jasna co do zasady) okres odbycia co najmniej połowy kary przy skazaniu za przestępstwo uporczywego nękania¹³²³. Dla przypomnienia, za przestępstwo z art. 190a § 1 k.k. sąd może wymierzyć karę pozbawienia wolności w wymiarze od 6 miesięcy od lat 8. W związku z tym wspomniany czasookres będzie wahał się od 3 miesięcy (w przypadku skazania na karę w wysokości dolnej granicy ustawowego zagrożenia) do 4 lat (w przypadku skazania sprawcy na karę w wysokości górnej granicy ustawowego zagrożenia).

§ 1.5. Środki zabezpieczające

Kolejnymi środkami prawnokarnej reakcji, na które należy zwrócić uwagę na łamach niniejszej pracy są środki zabezpieczające. Jak wskazuje Ł. Pohl cel tychże środków zawarty już jest w ich nazwie. Mają one bowiem zabezpieczyć społeczeństwo przed sprawcą¹³²⁴. J.K. Gierowski i K. Krajewski opisując istotę środków zabezpieczających zauważają, że: „(...) współczesne prawo karne w repertuarze środków formalnej reakcji społecznej na czyny zabronione pod groźbą kary charakteryzuje najczęściej wspomniana wcześniej dwutorowość, wyrażająca się w możliwości stosowania z jednej strony kar, a z drugiej środków zabezpieczających. Wspólną przesłanką stosowania tych środków jest zawsze fakt popełnienia przez osobę, wobec której mają być one zastosowane, czynu zabronionego pod groźbą kary. Podstawą stosowania wobec sprawcy takiego czynu kary jest jednak jego wina i wynikająca stąd potrzeba odwetu, sprawiedliwej odpłaty proporcjonalnej do wagi popełnionego czynu i winy sprawcy, realizowanych właśnie przez karę. Podstawą stosowania środków zabezpieczających jest natomiast wspomniane wcześniej niebezpieczeństwo sprawcy dla porządku prawnego, wymagające podjęcia stosownych środków mających na celu jego zneutralizowanie, niezależnie od ewentualnej kwestii ponoszenia przez tego sprawcę winy. Źródła owego niebezpieczeństwa mogą mieć rozmaity charakter. Przy ujęciu wąskim ograniczają się do określonych zaburzeń o charakterze psychicznym lub pokrewnym, a także kwestii uzależnienia. Przy ujęciu szerokim obejmują także pewne inne cechy sprawcy mogące stanowić podstawę negatywnej prognozy kryminologicznej, tj. przewidywania wysokiego prawdopodobieństwa, nawet ewentualnie nieuchronności, jego powrotu do przestępstwa. Celem stosowania kary jest w zasadzie sprawienie sprawcy

¹³²³ Mowa w tym miejscu tylko o zwyczajnym wymiarze kary, a więc o tym wynikającym z art. 190a § 1 k.k.

¹³²⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 506.

określonej dolegliwości w rozmiarze proporcjonalnym do wyrządzonej szkody oraz winy i stanowiącej realizację sprawiedliwej odpłaty (niezależnie od ewentualnych innych jeszcze celów, jakie kara ta miałaby także spełniać). Instrumentem realizacji tej dolegliwości może być także izolacja sprawcy od społeczeństwa w postaci kary pozbawienia wolności, spełniająca także zawsze *de facto* funkcję zabezpieczającą. Izolacja ta nie jest jednak celem samym w sobie, a jedynie narzędziem realizacji retributywnego celu kary oraz ewentualnych innych jej celów. Celem środków zabezpieczających jest w zasadzie wyłącznie, lub przede wszystkim, izolacja sprawcy, mająca na celu zabezpieczenie przed nim społeczeństwa. Izolacja jest w tym wypadku celem samym w sobie, nawet jeśli zawsze oznacza dla sprawcy również określoną dolegliwość, a także może być wykorzystywana do realizacji innych jeszcze celów o terapeutyczno-leczniczym charakterze¹³²⁵. Warto dodać, że ustawodawca w art. 202 k.k.w. wskazuje na cele, jakie ma spełniać stosowanie środka zabezpieczającego. Przepis ten brzmi następująco: „Sprawcę, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający, obejmuje się odpowiednim postępowaniem leczniczym, psychoterapeutycznym, rehabilitacyjnym lub resocjalizacyjnym, którego celem jest poprawa stanu jego zdrowia i zachowania w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia porządku prawnego, a w wypadku sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym – również dalsze leczenie w warunkach poza tym zakładem”. Zatem prócz celów związanych z pewną formą odpłaty, środki zabezpieczające mają na celu również poprawę stanu psychofizycznego sprawcy oraz poprawę jego zachowania w taki sposób, ażeby sprawca mógł funkcjonować w społeczeństwie, nie zagrażając innym osobom ani nie powrócić na ścieżkę popełnienia przestępstwa. Zatem środki zabezpieczające spełniają funkcję retributywną, funkcję sprawiedliwościową, funkcję leczniczą oraz funkcję prewencyjną.

W myśl art. 93a § 1 k.k. środkami zabezpieczającymi są:

1. elektroniczna kontrola miejsca pobytu;
2. terapia;
3. terapia uzależnień;
4. pobyt w zakładzie psychiatrycznym.

¹³²⁵ Zob. J.K. Gierowski, K. Krajewski, *Istota środków zabezpieczających* [w:] L.K. Paprzycki (red.), *System prawa karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające*, Warszawa 2015, Legalis.

Ponadto zgodnie z art. 93a § 2 k.k.: „Jeżeli ustawa tak stanowi, tytułem środka zabezpieczającego można orzec nakaz i zakazy określone w art. 39 pkt 2–3”¹³²⁶. Z racji tego, że ustawodawca w przywołanym przepisie odwołuje się do środków karnych (które już zostały omówione w niezbędnym zakresie na łamach niniejszej pracy), to środki te nie będą przedmiotem dalszych rozważań.

W myśl art. 93b § 1 k.k.: „Sąd może orzec środek zabezpieczający, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego, a inne środki prawne określone w tym kodeksie lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające. Środek zabezpieczający, o którym mowa w art. 93a § 1 pkt 4, można orzec jedynie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości”. W myśl art. 93b § 2 k.k. sąd zobligowany jest uchylić środek zabezpieczający, jeśli jego dalsze stosowanie nie jest już konieczne. Warto zwrócić również uwagę na § 3 przywołanego artykułu, w którym sformułowano dyrektywy wymiaru środków zabezpieczających. Przepis ten brzmi następująco: „Środek zabezpieczający i sposób jego wykonywania powinien być odpowiedni do stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego, który sprawca może popełnić, oraz prawdopodobieństwa jego popełnienia, a także uwzględniać potrzeby i postępy w terapii lub terapii uzależnień. Sąd może zmienić orzeczoney wobec sprawcy środek zabezpieczający lub sposób jego wykonywania, jeżeli poprzednio orzeczoney środek stał się nieodpowiedni lub jego wykonywanie nie jest możliwe”.

W art. 93c k.k. ustawodawca formułuje katalog podmiotów względem, których możliwe jest orzeczenie środków zabezpieczających. Podmiotami tymi są:

1. sprawca, co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1;
2. sprawca skazany za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2;
3. sprawca skazany za przestępstwo określone w art. 148, art. 156, art. 197, art. 198, art. 199 § 2 lub art. 200 § 1, popełnione w związku z zaburzeniem preferencji seksualnych;

¹³²⁶ W art. 39 pkt 2-3 wymienione są następujące środki karne: zakaz zajmowania określonego stanowiska, wykonywania określonego zawodu lub prowadzenia określonej działalności gospodarczej, zakaz prowadzenia działalności związanej z wychowaniem, leczeniem, edukacją małoletnich lub z opieką nad nimi, zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, kontaktowania się z określonymi osobami, zbliżania się do określonych osób lub opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu; zakaz wstępu na imprezę masową, zakaz wstępu do ośrodków gier i uczestnictwa w grach hazardowych, nakaz okresowego opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym oraz zakaz prowadzenia pojazdów.

4. sprawca skazany na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za umyślne przestępstwo określone w rozdziale XIX, XXIII, XXV lub XXVI, popełnione w związku z zaburzeniem osobowości o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia¹³²⁷;
5. sprawca skazany za przestępstwo popełnione w związku z uzależnieniem od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka.

Biorąc pod uwagę wyżej wskazany katalog podmiotów względem których możliwe jest stosowanie środków zabezpieczających, należy odpowiedzieć na pytanie, czy środki zabezpieczające mogą być stosowane względem sprawcy przestępstwa uporczywego nękania. Odpowiedź na to pytanie jest pozytywna. Ustawodawca w większości przytoczonych wyżej kategoriach sprawców nie zawęży ich kręgu wyłącznie do osób, które popełniły to, a nie inne przestępstwo. Są jednak dwa wyjątki, które wskazano w punktach 3 i 4. W przypadku przestępstwa uporczywego nękania punkt 3, co oczywiste, nie znajduje zastosowania. W punkcie tym bowiem nie wymieniono art. 190a § 1 k.k. Z kolei w sytuacji, która została w niniejszej pracy przedstawiona jako punkt 4, ustawodawca wskazał konkretne rozdziały k.k., wśród których znajdują się przestępstwa przeciwko wolności.

Powyżej już zasygnalizowano, że sąd musi uchylić stosowanie środka zabezpieczającego, jeśli jego stosowanie nie jest już konieczne. Nie chcąc wchodzić w nadmierną kazuistykę,

¹³²⁷ M. Pietrak do tej przesłanki czyni następującą uwagę: „Artykuł 93c pkt 4 KK wprowadza z kolei bardzo szeroki zakres stosowania środków zabezpieczających, wymieniając jako przesłankę skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania za przestępstwa ujęte w kilku rozdziałach Części szczególnej KK, uzależniając jedynie możliwość zastosowania tych środków od występowania związku popełnionego przestępstwa z zaburzeniami osobowości, o takim charakterze lub nasileniu, że zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego użyciem przemocy lub groźbą jej użycia. Regulacja ta odnosi się do sprawców przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu, wolności, wolności seksualnej i obyczajności oraz rodzinie i opiece. O ile zdiagnozowanie zaburzeń osobowości stanowi typową praktykę biegłych z zakresu psychiatrii i psychologii, zaś zaburzenia takie występują u znacznej części populacji więziennej, to pewnych trudności może przysporzyć ustalenie, czy zachodzi co najmniej wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego z użyciem przemocy lub groźbą jej użycia”. M. Pietrak, *Środki zabezpieczające w świetle nowelizacji prawa karnego z 20.2.2015 r.*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 13, s. 705-706. Należy wskazać, że stwierdzenie o występowaniu zaburzeń osobowości wśród znacznej części populacji więziennej są nierzetelne. Autor formułując takie stwierdzenie, formułuje wypowiedź opisową wskazującą jak się ma rzeczywistość. W związku z tym należałoby przytoczyć źródła mające potwierdzić ów opis rzeczywistości. Zostawiając jednak tę kwestię na boku, zgodzić się należy z M. Pietrakiem, że w praktyce może budzić problemy ustalenie wysokiego stopnia prawdopodobieństwa popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę, o którym mowa w art. 93c pkt 4 k.k. Wynika to z wielości zachowań ludzkich, jak i zaburzeń psychicznych, na które człowiek cierpi albo może cierpieć. Nie sposób jest zatem zawsze przewidzieć, jak dana osoba zachowa się w przyszłości. Ponadto nie sposób odwrócić uwagi od tego, że zwrot „wysokie prawdopodobieństwo” może być rozumiany inaczej przez każdą osobę. W niektórych stanach faktycznych dla jednej osoby nie będzie istnieć wysokie prawdopodobieństwo popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę, a dla innej osoby już owe wysokie prawdopodobieństwo będzie istnieć. Stąd ocena wspomnianego prawdopodobieństwa może być niekiedy oceną wadliwą.

z którą wiązałyby się przytoczenie wszystkim regulacji k.k. odnoszących się do czasu wykonywania środka zabezpieczającego, należy odwołać się wyłącznie do reguły wynikającej z art. 93d § 1 k.k. W tym przepisie ustawodawca wskazuje, że czasu stosowania środka zabezpieczającego nie określa się z góry. F. Ciepły wskazuje: „*Ratio legis* orzekania środków zabezpieczających bez wskazywania terminu końcowego jest niemożność uprzedniego określenia momentu czy to skutecznego zakończenia terapii, czy to ustania w inny sposób zagrożenia pochodzącego ze strony sprawcy. Teoretycznie środek zabezpieczający może być stosowany nawet do końca życia sprawcy. Należy jednak podkreślić, że czas wykonywania środka jest limitowany ogólnymi i szczegółowymi przesłankami jego stosowania, w tym zasadami konieczności, subsidiarności i proporcjonalności (...). Sąd ma obowiązek uchylić środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne dla zapobieżenia ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego”¹³²⁸. Z kolei J. Długosz twierdzi: „Zgodnie z § 1 omawianego przepisu, środki zabezpieczające zasadniczo stosuje się bezterminowo ze względu na niemożność uprzedniego określenia terminu zakończenia leczenia lub terapii”¹³²⁹. Warto przytoczyć również stanowisko I. Zgolińskiego, który twierdzi: „Przez wzgląd na cel stosowania środków zabezpieczających, jakim generalnie jest poprawa stanu zdrowia i zachowania sprawcy w stopniu umożliwiającym funkcjonowanie w społeczeństwie w sposób niestwarzający zagrożenia dla porządku prawnego, a w wypadku sprawcy umieszczonego w zakładzie psychiatrycznym – również dalsze leczenie w warunkach poza tym zakładem, czasu stosowania środków zabezpieczających nie określa się (art. 93d § 1 k.k.). Konieczność orzekania środków zabezpieczających jest implikowana głównie stanem zdrowia psychicznego sprawcy, dlatego nie istnieje w momencie orzekania możliwość dokładnego ustalenia, czy i kiedy ustaną okoliczności determinujące ich zastosowanie. Teoretycznie wobec sprawcy środek zabezpieczający może być stosowany dożywotnio. Sąd ma jednak obowiązek jego uchylenia niezwłocznie, gdy dalsze stosowanie nie jest już konieczne (art. 93b § 2 k.k.). Analogiczne rozwiązanie funkcjonowało w uprzednio obowiązującym stanie prawnym”¹³³⁰. Niewątpliwie rację mają wyżej cytowani autorzy, że brak określenia czasu stosowania środków zabezpieczających wynika z faktu, że nie zawsze da się określić w momencie wydawania wyroku, kiedy orzekany środek zabezpieczający nie będzie już musiał być stosowany ze względu na spełnienie zakładanych celów jego zastosowania. Jak słusznie zauważa I. Zgoliński, na gruncie obecnego stanu prawnego możliwe jest dożywotnie stosowanie środków zabezpieczających względem sprawcy. Rozwiązanie takie

¹³²⁸ F. Ciepły, *Komentarz do art. 93d k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³²⁹ J. Długosz, *Komentarz do art. 93d k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³³⁰ I. Zgoliński, *Komentarz do art. 93d k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny...*, LEX.

budzi mieszane uczucia. Z jednej strony stosowanie środków zabezpieczających ma niekiedy na celu m.in. poprawę stanu zdrowia sprawcy, a częstokroć nie da się przewidzieć, kiedy nastąpi owa spodziewana poprawa stanu zdrowia skazanego. Z drugiej strony środek zabezpieczający stanowi dolegliwość za popełnione przez sprawcę przestępstwo. W związku z tym, brak oznaczenia końcowego okresu wykonania środka zabezpieczającego stwarza dla skazanego sytuację niepewności odnoszącej się do jego sytuacji faktycznej jak i sytuacji prawnej. Nie wchodząc głębiej w te rozważania, warto zastanowić się, czy nie lepszym rozwiązaniem byłoby wskazanie określonego czasookresu wykonywania środka zabezpieczającego z możliwością kilkukrotnego wydłużenia tego okresu, jeśli cele stosowania środka zabezpieczającego nie zostaną spełnione.

Przechodząc do omówienia środków zabezpieczających wymienionych w art. 93a § 1 k.k. wskazać należy, że ich wykonanie jest regulowane przepisami k.k. oraz k.k.w. Dokładne omówienie wszystkich zasad wykonywania ww. środków zabezpieczających przekracza zakres niniejszej pracy. Stąd też należy się skupić na rzeczach najistotniejszych.

Wykonaniu środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu ustawodawca poświęca art. 93e k.k. Zgodnie z tym przepisem: „Sprawca, wobec którego orzeczono elektroniczną kontrolę miejsca pobytu, ma obowiązek poddania się nieprzerwanej kontroli miejsca swojego pobytu sprawowanej za pomocą urządzeń technicznych, w tym noszonego nadajnika”. M. Filar zauważa, że: „Celem środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu jest kontrola zachowania sprawcy w warunkach wolnościowych za pomocą urządzeń technicznych. Będzie to polegało na bieżącej kontroli miejsca pobytu skazanego, niezależnie od tego, gdzie przebywa (dozór mobilny) – por. art. 43b § 3 pkt 2 k.k.w. Orzeczenie elektronicznej kontroli miejsca pobytu dopuszczalne jest tylko wówczas, gdy jest to konieczne, aby zapobiec ponownemu popełnieniu czynu zabronionego przez sprawcę, a inne środki prawne określone w tym kodeksie lub orzeczone na podstawie innych ustaw nie są wystarczające (art. 93b § 1). Zastosowanie środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu może wspomóc efektywność wykonania środka karnego z art. 39 pkt 2b k.k., tj. zakazu przebywania w określonych środowiskach lub miejscach oraz obowiązku probacyjnego z art. 72 § 1 pkt 7 k.k. w postaci powstrzymania się od przebywania w określonych miejscach, orzeczonego w ramach warunkowego zawieszenia kary pozbawienia wolności, jak i w ramach warunkowego przedterminowego zwolnienia (...)”¹³³¹. A. Wilkow-

¹³³¹ M. Filar, *Komentarz do art. 93e k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, LEX.

ska-Płócienniczak wskazuje, że: „Środki zabezpieczające, których wykonanie łączy się z zastosowaniem dozoru elektronicznego, wykonuje się według przepisów rozdziału VIIa KKW. Ponieważ kary, środki karne i środki zabezpieczające mają być wykonywane na podstawie rozdziału VIIa, ustawodawca, wprowadzając poszczególne regulacje dotyczące wykonywania kary, nie wskazuje za każdym razem, że regulacje te dotyczą również środków karnych i zabezpieczających, przyjmując ze wszędzie, gdzie mowa o karze, dotyczy to również i pozostałych środków. Szczegółowe warunki wykonywania środków zabezpieczających w systemie dozoru elektronicznego, w tym zakres niezbędnej dokumentacji określa rozporządzenie Ministra Sprawiedliwości z 10.10.2016 r. w sprawie sposobu oraz szczegółowych warunków wykonywania kar, środków karnych i środków zabezpieczających w systemie dozoru elektronicznego (...)”¹³³². W myśl art. 43b § 1 k.k.w.: „Dozór elektroniczny jest to kontrola zachowania skazanego przy użyciu środków technicznych”. Jak wskazał M. Filar dozór ten może przebrać formę dozoru stacjonarnego, dozoru zbliżeniowego czy też dozoru mobilnego. W art. 43h § 1 k.k. ustawodawca wskazuje, że: „Kara może być wykonywana w systemie dozoru elektronicznego jedynie wówczas, gdy pozwalają na to warunki techniczne obejmujące w szczególności liczbę oraz zasięg dostępnych nadajników i rejestratorów oraz możliwości organizacyjne ich obsługi”¹³³³. Warto dodać, że zgodnie z art. 43h § 2 k.k.w. w sytuacji, gdy warunki techniczne nie są wystarczające do jednoczesnego objęcia dozorem mobilnym wszystkich skazanych, wobec których dozór taki został orzeczony, to pierwszeństwo ma wykonywanie dozoru elektronicznego jako środka zabezpieczającego. Warto również przytoczyć katalog środków technicznych, które są służyć do wykonywania dozoru elektronicznego. Katalog ten wskazany został w art. 43f k.k.w. i jest następujący:

1. centrala monitorowania;
2. system teleinformatyczny, za pomocą którego podmiot prowadzący centralę monitorowania, podmiot dozoru, sądy, sądowi kuratorzy zawodowi i inne uprawnione podmioty przetwarzają informacje związane z organizowaniem i kontrolowaniem wykonywania kar w systemie dozoru elektronicznego (system komunikacyjno-monitorujący);
3. nadajniki;
4. rejestratory stacjonarne i przenośne.

¹³³² A. Wilkowska-Płóciennik, *Komentarz do art. 93e k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³³³ Należy wskazać, że w rozdziale VIIa k.k.w. ustawodawca przez karę rozumie również środki karne oraz środki zabezpieczające.

Kolejnym istotnym elementem wykonywania środka zabezpieczającego w postaci elektronicznej kontroli miejsca pobytu są obowiązki skazanego. Ustawodawca w k.k.w. wyróżnia trzy grupy obowiązków skazanego: pierwsza grupa to obowiązki wspólne dla wszystkich form wykonywania dozoru elektronicznego¹³³⁴, druga grupa to obowiązki skazanego, wobec którego wykonywany jest dozór stacjonarny¹³³⁵ oraz trzecia grupa obowiązków, której adresatami są skazani, wobec których wykonywany jest dozór mobilny lub dozór zbliżeniowy¹³³⁶. Należy dodać, że k.k.w. przewiduje możliwość: „W przypadkach szczególnie ważnych dla skazanego, uzasadnionych względami zdrowotnymi, rodzinnymi lub osobistymi, sądowy kurator zawodowy może zezwolić skazanemu na opuszczenie miejsca wykonywania dozoru stacjonarnego na okres nieprzekraczający jednorazowo 7 dni, w miarę potrzeby w asyście osoby najbliższej lub osoby godnej zaufania, niezwłocznie informując o tym prezesa sądu, upoważnionego sędziego lub sędziego penitencjarnego i wprowadzając tę informację do systemu komunikacyjno-monitorującego” (art. 43p § 1 k.k.w.). Ponadto na podstawie art. 43q § 1 k.k.w. sąd penitencjarny może zarządzić przerwę w wykonywaniu kary w systemie dozoru elektronicznego, jeśli przemawiają za tym ważne względy zdrowotne lub osobiste.

Kolejnymi środkami zabezpieczającymi są terapia i terapia uzależnień. Jak można zauważyć już *prima facie* ustawodawca wyraźnie odróżnia terapię od terapii uzależnień. J. Długosz wskazuje, że: „Pod pojęciem terapii rozumieć należy wszelkie procedury postępowania od psychoedukacji po zaawansowaną psychoterapię. Terapia może przyjąć postać farmakoterapii, psychoterapii lub psychoedukacji. Wymienione rodzaje terapii realizują odmienne cele, tj.: 1) farmakoterapia – cel polegający na obniżeniu popędu seksualnego; 2) psychoterapia i psychoedukacja – cel polegający na poprawie funkcjonowania w społeczeństwie”¹³³⁷. J. Długosz

¹³³⁴ Obowiązkami tymi są: zgłoszenie gotowości do instalacji środków technicznych podmiotowi dozoru, w terminie i w sposób określony przez sąd albo komisję penitencjarną (art. 43m § 1 k.k.w.), nieprzerwanie noszenie nadajnika, dbanie o powierzone mu środki techniczne, w tym zwłaszcza chronienie ich przed utratą, zniszczeniem, uszkodzeniem lub uczynieniem niezdatnymi do użytku, oraz zapewnianie ich stałego zasilania energią elektryczną; udostępnianie podmiotowi dozoru powierzonych środków technicznych do kontroli, naprawy lub wymiany na każde żądanie tego podmiotu, w tym również umożliwiając pracownikom tego podmiotu wejście do pomieszczeń, w których skazany przebywa, lub na nieruchomości stanowiącą jego własność lub będącą w jego zarządzie oraz udzielać prezesowi sądu lub upoważnionemu sędziemu, sądowemu kuratorowi zawodowemu, podmiotowi dozoru i podmiotowi prowadzącemu centralę monitorowania wyjaśnień dotyczących przebiegu odbywania kary i wykonywania nałożonych obowiązków oraz stawiać się na wezwania sędziego i kuratora (art. 43n § 1 k.k.w.).

¹³³⁵ Tymi obowiązkami są: pozostawanie we wskazanym przez sąd albo komisję penitencjarną miejscu w wyznaczonym czasie, odbieranie połączeń przychodzących do rejestratora stacjonarnego, umożliwianie sądowemu kuratorowi zawodowemu wejścia do mieszkania lub na nieruchomość, gdzie zainstalowano rejestrator, a także udzielanie osobom upoważnionym, na ich żądanie wyjaśnień, również przy użyciu rejestratora stacjonarnego (art. 43n § 2 k.k.w.).

¹³³⁶ Mowa tutaj o następujących obowiązkach: nieprzerwane noszenie rejestratora przenośnego, odbieranie połączeń przychodzących do rejestratora przenośnego oraz udzielanie osobom upoważnionym, na ich żądanie, wyjaśnień, również przy użyciu rejestratora przenośnego (art. 43n § 3 k.k.w.).

¹³³⁷ J. Długosz, *Komentarz do art. 93f k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

zauważa także, że terapię prowadzi terapeuta, lekarz psychiatra lub seksuolog. Prowadzący terapię wybiera metodę terapii wedle swojego swobodnego uznania¹³³⁸. Cytowana autorka zauważa także, że: „Terapię wykonuje się w podmiotach leczniczych, będących placówkami udzielającymi świadczeń zdrowotnych w zakresie farmakoterapii, psychoterapii lub psychoedukacji. Ma ona zatem charakter wolnościowy i jest realizowana w warunkach ambulatoryjnych”¹³³⁹. F. Ciepły z kolei opisując środek zabezpieczający w postaci terapii stwierdza: „Zarówno terapia, jak i terapia uzależnień, są środkami zabezpieczającymi leczniczymi o charakterze wolnościowym. Treścią środka zabezpieczającego w postaci terapii jest obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się oddziaływaniom terapeutycznym. Orzeczona na podstawie § 1 terapia może przyjąć dwie zasadnicze postaci. Może to być orzekana wobec sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych terapia farmakologiczna (farmakoterapia) zmierzająca do osłabienia popędu seksualnego. Może to być także inna wybrana metoda postępowania terapeutycznego, obejmująca psychoedukację lub psychoterapię, realizowana w celu poprawy funkcjonowania sprawcy w społeczeństwie. Farmakoterapia może być stosowana wyłącznie wobec sprawców z zaburzeniami preferencji seksualnych, natomiast psychoterapia i psychoedukacja mogą być stosowane wobec wszystkich kategorii sprawców wymienionych w art. 93c KK, aczkolwiek wykorzystanie tego rodzaju oddziaływań terapeutycznych jest uzasadnione zwłaszcza w przypadku sprawców z zaburzeniem osobowości i szczególnie negatywnym funkcjonowaniem społecznym (osobowość dyssojalna, antyspołeczna). Chociaż orzeczenie terapii jako środka zabezpieczającego należy do kompetencji sądu, to orzeczenie środka leczniczego przez sąd nie determinuje lekarza, psychologa, psychoterapeuty, co do konkretnych metod oddziaływania terapeutycznego. Terapia zasadniczo – jako środek zabezpieczający o charakterze wolnościowym – może być wykonywana w dowolnym podmiocie leczniczym, który oferuje wykonanie adekwatnych świadczeń zdrowotnych ze środków publicznych (...). Placówka jest wskazywana na etapie postępowania wykonawczego. Podmioty lecznicze do wykonywania terapii stacjonarnej (a więc wskazywane przez sąd jedynie za zgodą pacjenta) są wyszczególnione w Załączniku Nr 2 obwieszczenia Ministra Zdrowia z 30.6.2015 r. w sprawie wykazów zakładów psychiatrycznych przeznaczonych do wykonywania środka zabezpieczającego określonego w art. 93c w pkt 1–3 KK oraz podmiotów leczniczych przeznaczonych do

¹³³⁸ Zob. J. Długosz, *Komentarz do art. 93f...*, Legalis.

¹³³⁹ J. Długosz, *Komentarz do art. 93f...*, Legalis.

wykonywania terapii wobec sprawców określonych w art. 93c KK w zakresie działalności stacjonarnej (...)"¹³⁴⁰. Jak zauważa P. Góralski: „Podstawowym warunkiem orzeczenia przez sąd terapii jest stwierdzenie rzeczywistej i bezwzględnej konieczności jej zastosowania, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez sprawcę czynu zabronionego. Chociaż art. 93b § 1 k.k. zawiera tylko ogólne określenie «czyn zabroniony», to należy przyjąć, że chodzi w tym wypadku o zachowanie wypełniające znamiona występku lub zbrodni. Prawo wykroczeń nie zawiera leczniczych środków zabezpieczających, toteż terapia nie może znaleźć zastosowania wobec osoby, która dopuściła się wyłącznie wykroczenia”¹³⁴¹. W myśl art. 93f § 1 k.k.: „Sprawca, wobec którego orzeczono terapię, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce w terminach wyznaczonych przez lekarza psychiatrę, seksuologa lub terapeutę i poddania się terapii farmakologicznej zmierzającej do osłabienia popędu seksualnego, psychoterapii lub psychoedukacji w celu poprawy jego funkcjonowania w społeczeństwie”. Wyżej wskazane poglądy korespondują z ustawowym rozumieniem terapii, jako formy leczenia zaburzeń popędu seksualnego, psychoterapii czy psychoedukacji. Co istotne terapia ma charakter ambulatoryjny. Prócz wspomnianej już terapii ustawodawca wyróżnia także terapię uzależnień. W art. 93f § 2 k.k. ustawodawca stwierdza: „Sprawca, wobec którego orzeczono terapię uzależnień, ma obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce leczenia odwykowego w terminach wyznaczonych przez lekarza i poddania się leczeniu uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka”. Zdaniem J. Długosz: „Pojęcie terapii uzależnień obejmuje procedurę postępowania z osobami uzależnionymi. Przyjmuje ona postać leczenia od uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka”¹³⁴². Jak zauważa F. Ciepły: „Treścią środka zabezpieczającego w postaci terapii uzależnień jest obowiązek stawiennictwa we wskazanej przez sąd placówce leczenia odwykowego w terminach wyznaczonych przez lekarza i poddania się leczeniu uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego lub innego podobnie działającego środka (...)"¹³⁴³. K. Krajewski twierdzi, że środek ten może być wykonywany zarówno stacjonarnie jak i ambulatoryjnie¹³⁴⁴. Przeciwny pogląd wyraża P. Zakrzewski, zdaniem którego treścią omawianego środka zabez-

¹³⁴⁰ F. Ciepły, *Komentarz do art. 93f k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, Legalis.

¹³⁴¹ P. Góralski, *Terapia sprawców czynów zabronionych jako forma środka zabezpieczającego*, Prok. i Pr. 2019, nr 2, s. 6.

¹³⁴² J. Długosz, *Komentarz do art. 93f...*, Legalis.

¹³⁴³ F. Ciepły, *Komentarz do art. 93f...*, Legalis.

¹³⁴⁴ Zob. K. Krajewski, *Środki zabezpieczające o charakterze leczniczym stosowane wobec sprawców przestępstw uzależnionych od alkoholu, środków odurzających i substancji psychotropowych* [w:] L.K. Paprzycki, *System prawa...*, s. 343 – 344.

pieczającego jest obowiązek stawiennictwa w „określonych terminach”. Zdaniem wspomnianego autora, jeśli ustawodawca chciałby dopuścić wykonywanie terapii uzależnień w trybie stacjonarnym, to posłużyłby się liczbą pojedynczą¹³⁴⁵. Należy przychylić się do ostatniego ze wskazanych poglądów, czyli poglądu P. Zakrzewskiego. Do argumentu P. Zakrzewskiego należy dodać, że środek zabezpieczający w postaci terapii (będący pokrewnym środkiem do terapii uzależnień) jest środkiem o charakterze ambulatoryjnym. Zatem przyjęcie możliwości wykonywania terapii w formie stacjonarnej byłoby przejawem niespójności w systemie prawnym. Z kolei terapia uzależnień jest leczeniem skazanego z uzależnienia od alkoholu, środka odurzającego czy podobnie działającego środka. Jak w przypadku środka zabezpieczającego w postaci terapii ustawodawca nie formułuje szczegółowych zasad jego wykonywania. Na zakończenie rozważań odnośnie środków zabezpieczających w postaci terapii i terapii uzależnień należy wskazać, że oba środki wykazują spore podobieństwo względem siebie.

Ostatnim środkiem zabezpieczającym przewidzianym przez k.k. jest pobyt w zakładzie psychiatrycznym. W art. 93g § 1-3 k.k. wskazane są przesłanki, których wystąpienie nakłada na sąd obowiązek orzeczenia pobytu w zakładzie psychiatrycznym jako środka zabezpieczającego. Na gruncie niniejszej pracy należy zwrócić uwagę na § 1 i § 2 tego artykułu¹³⁴⁶. W myśl art. 93g § 1 k.k.: „Sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym wobec sprawcy określonego w art. 93c pkt 1 [sprawcy co do którego umorzono postępowanie o czyn zabroniony popełniony w stanie niepoczytalności określonej w art. 31 § 1 k.k. – przyp. M.G.], jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on ponownie czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym”. Z kolei w myśl art. 93g § 2 k.k.: „Skazując sprawcę określonego w art. 93c pkt 2 [sprawcę skazanego za przestępstwo popełnione w stanie ograniczonej poczytalności określonej w art. 31 § 2 – przyp. M.G.] na karę pozbawienia wolności bez warunkowego zawieszenia jej wykonania lub karę dożywotniego pozbawienia wolności, sąd orzeka pobyt w odpowiednim zakładzie psychiatrycznym, jeżeli istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że popełni on czyn zabroniony o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym”. W przypadku sprawcy niepoczytalnego środek zabezpieczający jest orzekany samoistnie. Natomiast w przypadku sprawcy, który dopuścił się czynu zabronionego w warun-

¹³⁴⁵ Zob. P. Zakrzewski, *Elementy wspólne dla terapii i terapii uzależnień* [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015, s. 705.

¹³⁴⁶ Art. 93g § 3 k.k. odnosi się do sprawców, o których mowa w art. 93c pkt 3. Jak już wspomniano w katalogu przestępstw wymienionych w tym przepisie nie ma czynu z art. 190a § 1 k.k. Stąd też na gruncie analizowanego przestępstwa art. 93c pkt 3 oraz art. 93g § 3 k.k. nie znajdują zastosowania.

kach tzw. ograniczonej poczytalności, środek zabezpieczający w postaci pobytu sprawcy w zakładzie psychiatryczny orzekany jest obok kary (a zatem ma charakter subsydiarny). W obu przedstawionych przepisach przesłanką jest wysokie prawdopodobieństwo popełnienia (lub ponownego popełnienia) czynu zabronionego o znacznej społecznej szkodliwości w związku z chorobą psychiczną lub upośledzeniem umysłowym. Jak trafnie zauważa SN: „«Drobne» czy też «średnie» przestępstwo, ani też prawdopodobieństwo popełnienia nawet poważnego czynu zabronionego, które «nie jest wysokie», nie uzasadniają umieszczenia sprawcy w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym”¹³⁴⁷. SN stwierdza również, że: „Sąd, przed podjęciem decyzji o zastosowaniu środka zabezpieczającego w postaci umieszczenia w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym, powinien przeprowadzić swego rodzaju test przez rozważenie, jaką – gdyby nie stan niepoczytalności sprawcy czynu zabronionego – karę należałoby sprawcy, za popełnienie czynu zabronionego, wymierzyć. Tylko w przypadku, gdy nie ma wątpliwości, że właściwą karą dla takiego sprawcy (gdyby mógł ponosić odpowiedzialność karną) byłaby bezwzględna kara pozbawienia wolności, sąd powinien podjąć decyzję o umieszczeniu go w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym”¹³⁴⁸. W innym orzeczeniu SN zauważa: „Przesłanki oceny stopnia społecznej szkodliwości dotyczą samego czynu, a nie zachowania sprawcy przed czynem (m.in. odmowa realizacji recept, czy nadużywanie alkoholu)”¹³⁴⁹. Środek zapobiegawczy w postaci umieszczenia sprawcy w zakładzie psychiatrycznym jest obecnie jedynym izolacyjnym środkiem zabezpieczającym. Stąd też w k.k.w. najwięcej przepisów rozdziału XIII, poświęcone jest właśnie wykonywaniu środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Ustawodawca w k.k.w. przez zakład psychiatryczny rozumie: „(...) podmiot leczniczy udzielający świadczeń opieki zdrowotnej w zakresie opieki psychiatrycznej”. W art. 200 § 2 k.k.w. ustawodawca dzieli zakłady psychiatryczne na zakłady:

1. podstawowego zabezpieczenia;
2. wzmocnionego zabezpieczenia;
3. maksymalnego zabezpieczenia.

Do zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami maksymalnego zabezpieczenia kieruje się sprawcę, jeżeli: jego powtarzające się zachowania zagrażające życiu lub zdrowiu innych osób lub powodujące niszczenie przedmiotów znacznej wartości nie mogą być opanowane w zamkniętym zakładzie psychiatrycznym dysponującym warunkami wzmocnionego zabezpieczenia; nie jest możliwe zapobieżenie samowolnemu oddaleniu się z zamkniętego zakładu

¹³⁴⁷ Postanowienie SN z dnia 14 marca 2017 r., sygn. IV KK 376/16, LEX nr 2261016.

¹³⁴⁸ Postanowienie SN z dnia 14 marca 2017 r., sygn. IV KK 376/16, LEX nr 2261016.

¹³⁴⁹ Postanowienie SN z dnia 12 czerwca 2019 r., sygn. V KK 237/18 LEX nr 2681277.

psychiatrycznego dysponującego wzmocnionymi warunkami zabezpieczenia sprawcy, stwarzającego znaczne zagrożenie poza zakładem (art. 200a k.k.w.). Natomiast zgodnie z art. 200b k.k.w. do zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami wzmocnionego zabezpieczenia kieruje się sprawcę, jeśli: jego zachowania zagrażające życiu lub zdrowiu innych osób lub powodujące niszczenie przedmiotów znacznej wartości nie mogą być opanowane w zakładzie psychiatrycznym, dysponującym warunkami podstawowego zabezpieczenia; nie jest możliwe zapobieżenie samowolnemu oddaleniu się z zakładu psychiatrycznego, dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia sprawcy, stwarzającego zagrożenie poza zakładem. W myśl art. 200c k.k.w.: „Do zakładu psychiatrycznego dysponującego warunkami podstawowego zabezpieczenia kieruje się sprawcę, który nie kwalifikuje się do zakładu psychiatrycznego, o którym mowa w art. 200a oraz w art. 200b”. W art. 202a § 1 k.k.w. ustawodawca stanowi, że: „Pobyt w zakładzie psychiatrycznym orzeczony wobec sprawców, o których mowa w art. 93c pkt 2 Kodeksu karnego, następuje przed wykonaniem kary pozbawienia wolności, podczas przerwy w wykonywaniu tej kary lub po jej wykonaniu. O zwolnieniu z zakładu rozstrzyga sąd na podstawie wyników leczenia” Z kolei w myśl § 2 wspomnianego art. 202a k.k.w.: „Sąd zalicza na poczet kary okres pobytu skazanego w zakładzie. Skazanego można warunkowo zwolnić z odbycia reszty kary, jeżeli zostały spełnione warunki, o których mowa w art. 77-79 Kodeksu karnego, a wyniki leczenia za tym przemawiają; dozór jest obowiązkowy”¹³⁵⁰. Zgodnie z art. 204 § 1 k.k.w.: „(...) sąd, nie rzadziej niż co 6 miesięcy, orzeka w przedmiocie dalszego stosowania tego środka, a w wypadku uzyskania opinii, że dalsze pozostawanie sprawcy w zakładzie nie jest konieczne – bezzwłocznie”. W myśl art. 204d § 1 k.k.w. sprawcy przebywającemu w zakładzie psychiatrycznym, można udzielić zezwolenia na czasowy pobyt poza zakładem pod opieką członka rodziny lub osoby godnej zaufania, jeżeli jest to uzasadnione względami terapeutycznymi lub ważnymi względami rodzinnymi, zaś niebezpieczeństwo, że sprawca przebywający poza zakładem dopuści się czynu zabronionego lub zagrazi własnemu życiu lub zdrowiu, jest nieznaczące. W § 2 art. 204 wskazano, iż zezwolenia udziela się na okres nieprzekraczający 3 dni. W wyjątkowych, szczególnie uzasadnionych wypadkach można udzielić zezwolenia na okres nieprzekraczający 7 dni.

¹³⁵⁰ Warto dodać, że zgodnie z art. 199a § 1 k.k.w. sądem właściwym do orzekania w przedmiocie środków zabezpieczających jest sąd, który wydał orzeczenie w pierwszej instancji.

§ 1.6. Podsumowanie

Przechodząc do podsumowania powyższych rozważań dotyczących kary grożącej za popełnienie przestępstwa uporczywego nękania i środków karnych, jakie mogą być wymierzone sprawcy nękania, należy stwierdzić, że nie można znaleźć jednego właściwego sposobu oddziaływania na każdego sprawcę nękania. W niniejszym rozdziale przy omawianiu kary i środków karnych akcentowano sytuacje, w których kara czy określony środek karny nie spełni swoich celów. Nie wynika to z chęci negowania obecnie zastosowanych rozwiązań, autor niniejszej pracy je bowiem aprobuje. Takie rozważania miały pokazać, że obecnie nawet pomimo rozmaitego katalogu możliwości stosowania środków wolnościowych i licznych środków karnych, nie jest możliwe całkowite wyeliminowanie i zapobieganie temu zjawisku. Wszelkie działania podejmowane względem sprawców czynu z art. 190a § 1 k.k. powinny uwzględniać ich osobowość oraz wszystkie elementy stanu faktycznego.

Przechodząc do krótkiego przywołania poczynionych wniosków, pozytywnie oceniono przewidywany wymiar kary za omawiane przestępstwo. Zgodnie z art. 37a § 1 k.k.: „Jeżeli przestępstwo jest zagrożone tylko karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą 8 lat, a wymierzona za nie kara pozbawienia wolności nie byłaby surowsza od roku, sąd może zamiast tej kary orzec karę ograniczenia wolności nie niższą od 4 miesięcy albo grzywnę nie niższą od 150 stawek dziennych, w szczególności jeżeli równocześnie orzeka środek karny, środek kompensacyjny lub przepadek”. Wymiar grożącej kary umożliwia odbycie jej w systemie dozoru elektronicznego. Zasadne jest też obniżenie dolnej granicy wymiaru kary do jednego miesiąca, tak jak to miało miejsce przed nowelizacją art. 190a § 1 k.k. Odnosząc się zaś do środków karnych wskazać należy, że ich katalog jest dość szeroki. Najistotniejsze są jednak środki karne przewidziane w art. 41a § 1 k.k. Mogą one w sposób istotny zapobiec dalszemu nękanii pokrzywdzonego, jednak sprawca będzie miał możliwość zawsze takiego działania, które pozwoli mu nie naruszyć nałożonych na niego środków karnych. Możliwe jest orzeczenie przepadku przedmiotów, które służyły lub były przeznaczone do popełnienia przestępstwa lub ich równowartości. Możliwe jest orzeczenie przepadku przedsiębiorstwa sprawcy lub innej osoby (lub jego równowartości), które służyło do popełnienia przestępstwa i jednocześnie osiągnięto znaczną korzyść majątkową. Wobec sprawcy uporczywego nękania, który osiągnął korzyść majątkową ze swojego przestępstwa można orzec przepadek korzyści majątkowej lub jej równowartości. Odnosząc się do środków kompensacyjnych, to na gruncie analizowanego przestępstwa może być orzeczony obowiązek naprawienia szkody w obu jego postaciach. Jeśli jego orzeczenie nie jest możliwe, to wówczas sąd może orzec nawiązkę, o której mowa w art. 46 § 2 k.k. Jeśli kara

orzeczona za przestępstwo uporczywego nękania nie wynosi więcej niż rok, to sąd może ją warunkowo zawiesić. Niemniej wydaje się, że sądy nazbyt często stosują warunkowe zawieszenie wykonania kary, przez co kara pozbawienia wolności nie spełnia swoich celów. Możliwe też jest ubieganie się przez sprawcę uporczywego nękania o warunkowe przedterminowe zwolnienie z odbycia reszty kary. Możliwe jest stosowanie wobec sprawcy uporczywego nękania (rzecz jasna po spełnieniu odpowiednich przesłanek) wszystkich przewidzianych przez k.k. środków zabezpieczających.

Zatem analizowany katalog sankcji należy ocenić pozytywnie. Z jednej strony pozwala on na zastosowanie sankcji w postaci wymierzenia kary pozbawienia wolności, z drugiej strony zaś w łżejszych przypadkach jest możliwość użycia wolnościowych środków karnoprawnej represji. Ponadto, jak starano się wykazać, katalog środków prawnokarnej reakcji na przestępstwo uporczywego nękania jest nad wyraz szeroki.

§ 2. Czynny żal

Przed przejściem do rozważań w tym zakresie należy poczynić ogólną uwagę, że na gruncie k.k. konstrukcja czynnego żalu stanowi niekiedy okoliczność wyłączającą karalność, a niekiedy z kolei okoliczność umożliwiająca nadzwyczajne złagodzenie kary czy odstąpienie od jej wymierzenia. Można wyróżnić trzy rodzaje czynnego żalu:

1. skuteczny czynny żal przy usiłowaniu (art. 15 § 1 k.k.) i nieskuteczny czynny żal przy usiłowaniu (art. 15 § 2 k.k.);
2. czynny żal przy przygotowywaniu popełnienia czynu zabronionego (art. 17 § 1 k.k.);
3. czynny żal współdziałającego (art. 23 § 1 k.k.) i nieskuteczny czynny żal współdziałającego (art. 23 § 2 k.k.).

W niniejszej pracy wskazano już, że przygotowanie do popełnienia przestępstwa uporczywego nękania nie jest karalne na gruncie prawa polskiego. Zatem nie zostanie poddany analizie przypadek czynnego żalu przy przygotowaniu popełnienia czynu zabronionego.

Zgodnie z art. 15 § 1 k.k.: „Nie podlega karze za usiłowanie, kto dobrowolnie odstąpił od dokonania lub zapobiegł skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego”. Zatem czynny żal przy usiłowaniu przybrać może postać z jednej strony dobrowolnego odstąpienia od dokonania, z drugiej zaś zapobiegnięcia skutkowi stanowiącemu znamię czynu zabronionego. Z racji konstrukcji przepisu, karnoprawnie doniosły czynny żal może przybrać obie formy jednocześnie. Katalog ten jest katalogiem zamkniętym, czego konsekwencją jest to, że żadna inna aktywność sprawcy przy usiłowaniu nie może zostać uznana za czynny żal.

Analizę przesłanek czynnego żalu zacząć należy od analizy przesłanki dobrowolnego odstąpienia od dokonania czynu zabronionego. Orzecznictwo jest niejednolite w sprawie czynników wpływających na dobrowolność odstąpienia od realizacji znamion typu czynu zabronionego. W niektórych judykatach podnosi się, że mogą to być zarówno czynniki wewnętrzne jak i zewnętrzne¹³⁵¹, w innych zaś wskazuje się, że dobrowolność wynika wyłącznie z czynników wewnętrznych¹³⁵². Odmienny pogląd wyraża SA w Katowicach, który stwierdza: „Decydujący (...) o odstąpieniu od usiłowania jest czynnik zewnętrzny, nie zaś wewnętrzne procesy myślowe i decyzyjne sprawców”¹³⁵³. Natomiast SA w Krakowie zauważa, że: „Nie musi to być [dobrowolne odstąpienie od dokonania czynu zabronionego – przyp. M.G.] następstwo moralnie dodatnich przeżyć sprawcy, a nawet spontanicznych emocji, byle wyraziło się w jego wewnętrznym zachowaniu, znaczącym dla skutku”¹³⁵⁴. Przechodząc do rozważań doktrynalnych, S. Tarapata i P. Zakrzewski wskazują na dwie płaszczyzny przypisania „sprawstwa” czynnego żalu: obiektywną i subiektywną. Dobrowolność odstąpienia od czynnego żalu zdaniem tych autorów stanowi płaszczyznę subiektywną¹³⁵⁵. Na gruncie płaszczyzny subiektywnej można spotkać się z dwiema głównymi koncepcjami: normatywną i psychologiczną. Koncepcja normatywna zakłada wymóg ustalenia czy odstąpienie od dokonania lub zapobiegnięcie skutkowi nie było uzależnione od czynników zewnętrznych oraz czy motywy wycofania się sprawcy były moralnie dodatnie¹³⁵⁶. Jeśli sprawca odstępuje od dokonania czynu z powodu pobudek ujemnych moralnie, to nie może być mowy o skutecznym czynnym żalu¹³⁵⁷. Natomiast według koncepcji psychologicznej: „Dla stwierdzenia dobrowolności odstąpienia od usiłowania nie ma znaczenia powód takiego zachowania. Sprawca nie musi zrozumieć naganności swego działania, wyrządzonej krzywdy itd., by dobrowolnie odstąpić od usiłowania. Praktyka sądowa ujawnia rozmaite motywacje takich postąpień, od najbardziej szlachetnych, przez moralnie obojętne

¹³⁵¹ Zob. Wyrok SA w Gdańsku z dnia 10 maja 2017 r., sygn. II AKa 92/17, KSAG 2017/3/200-216 oraz Wyrok SA w Białymstoku z dnia 10 maja 2018 r., sygn. II AKa 48/18, LEX nr 2531895.

¹³⁵² Zob. Wyrok SA w Warszawie z dnia 10 maja 2017 r., sygn. II AKa 105/17, LEX nr 2337046; Wyrok SA w Warszawie z dnia 4 października 2017 r., sygn. II AKa 193/17, LEX nr 2376949; Postanowienie SN z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. V KK 415/16, LEX nr 2254813; Postanowienie SN z dnia 7 marca 2017 r., sygn. V KK 406/16, LEX nr 2258064; Wyrok SA w Szczecinie z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. II AKa 194/16, LEX nr 2295132; Wyrok SA w Łodzi z dnia 12 maja 2015 r., sygn. II AKa 60/15, LEX nr 1808701; Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. II AKa 416/13, LEX nr 1416496; Postanowienie SN z dnia 27 września 2017 r., sygn. II KK 223/13, LEX nr 1388594; Wyrok SA w Lublinie z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. II AKa 273/11, LEX nr 1211191 oraz Wyrok SA w Krakowie z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. II AKa 195/11, LEX nr 1125045.

¹³⁵³ Wyrok SA w Katowicach z dnia 1 marca 2013 r., sygn. II AKa 518/12, LEX nr 1292659.

¹³⁵⁴ Wyrok SA w Krakowie z dnia 25 października 2012 r., sygn. II AKa 169/12, LEX nr 1236874.

¹³⁵⁵ Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Dobrowolność jako warunek czynnego żalu* [w:] J. Majewski (red.), *Czynny żal jako okoliczność wpływająca na odpowiedzialność karną. Pokłosie XIV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2018, s. 26.

¹³⁵⁶ Zob. D. Gajdus, *Czynny żal w prawie karnym*, Toruń 1984, s. 60.

¹³⁵⁷ Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Dobrowolność jako...*, s. 27.

aż po wątpliwe”¹³⁵⁸. S. Tarapata i P. Zakrzewski wskazują, że aby móc mówić o czynnym żalu sprawca musi w pełni kontrolować sytuację, w której się znalazł¹³⁵⁹. A. Zoll stwierdza, że nie można mówić o dobrowolnym odstępianiu w sytuacji, w której sprawca uświadamia sobie wystąpienie przeszkód uniemożliwiających mu osiągnięcie celu¹³⁶⁰. Należy uznać za trafny pogląd wskazujący, że dobrowolność wynika jedynie z czynników wewnętrznych. Już samo użycie zwrotu dobrowolność wskazuje na konieczność istnienia u sprawcy woli odstąpienia od popełnienia czynu. Niewątpliwie może być tak, że ta wewnętrzna wola sprawcy będzie rezultatem czynnika zewnętrznego, jednak taki czynnik stanowi wyłącznie bodziec do uruchomienia pewnych czynników wewnętrznych. Przychylić się należy także do koncepcji psychologicznej. Nie wydaje się, żeby utożsamiać dobrowolność z pozytywnymi motywami odstąpienia czy też dobrą wolą sprawcy. Dobrowolność wskazuje bardziej na suwerenność tej decyzji, nie zaś na motywację. Zatem czynnym żalem będzie także sytuacja, kiedy sprawca dobrowolnie odstępował od popełnienia czynu zabronionego jest motywowana przykładowo chęcią uniknięcia postępowania karnego. Kolejną płaszczyzną jest płaszczyzna obiektywna przejawiająca się w odstąpieniu od dokonania czynu. Ustawodawca *expressis verbis* wskazuje, że odstąpienia ma dotyczyć stadium dokonania, więc nie można mówić o czynnym żalu w rozumieniu art. 15 § 1 k.k. w przypadku, gdy sprawca odstąpi np. od usiłowania. Odstąpienie od dokonania może przybrać zarówno postać działania jak i zaniechania¹³⁶¹. O. Sitarz wskazuje, że „«odstąpienie od dokonania» to jednak pewien skrót myślowy, mający oznaczać odstąpienie od **zamiaru** dokonania w przyszłości czynu zabronionego (samo dokonanie jest przeszłością)”¹³⁶². Pogląd ten wydaje się trafny. W momencie odstąpienia od realizacji czynu zabronionego dokonanie tego czynu jest zdarzeniem przyszłym (mniej lub bardziej odległym w czasie). Zatem nie można w sposób jednoznaczny w tym momencie przewidzieć, czy gdyby sprawca kontynuował realizację zamiaru to czy dokonanie czynu nastąpi czy też nie. Można jednak powiedzieć, że sprawca żywił zamiar dokonania czynu. Dobrowolne odstąpienie od dokonania czynu jest równoznaczne z porzuceniem zamiaru dokonania określonego przestępstwa. Przechodząc z kolei na grunt czynu z art. 190a § 1 k.k. należy się zastanowić, w jaki sposób mogłoby nastąpić dobrowolne odstąpienie od dokonania uporczywego nękania. Wskazano wcześniej, że usiłowanie udolne następuje, gdy sprawca nie wzbudzi u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia

¹³⁵⁸ Wyrok SA w Krakowie z dnia 15 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 45/09, LEX nr 527435.

¹³⁵⁹ Zob. S. Tarapata, P. Zakrzewski, *Dobrowolność jako...*, s. 33.

¹³⁶⁰ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 15 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 303.

¹³⁶¹ Zob. T. Sroka, *Komentarz do art. 15 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 399.

¹³⁶² Zob. O. Sitarz, *Czynny żal...*, s. 353.

zagrożenia, poniżenia lub udręczenia lub nie naruszy w sposób istotny jego prywatności. Usiłowanie nieudolne z kolei również prowadzi ku temu braku realizacji znamion skutku, lecz z innych przyczyn. Zatem o dobrowolnym odstąpieniu od dokonania można mówić wtedy, gdy sprawca z własnej woli zaprzestanie nękania pokrzywdzonego lub innej osoby najbliższej, co jest równoznaczne z odstąpieniem od spowodowania u pokrzywdzonego krzywdy psychicznej czy też naruszenia jego prywatności. W myśl wcześniejszych wniosków owo dobrowolne odstąpienie nie musi wynikać z samoistnych przemyśleń sprawcy¹³⁶³, lecz może być spowodowane np. prośbami pokrzywdzonego lub innych osób o zaprzestanie nękania, które kierują myśli sprawcy w kierunku podjęcia decyzji o odstąpieniu od wykonania. Niemniej najistotniejsze jest to, żeby decyzja ta ostatecznie była podjęta suwerennie przez sprawcę.

Kolejną przesłanką wysłowioną w art. 15 § 1 k.k. jest zapobieżenie skutkowi stanowiącemu znamię typu czynu zabronionego. Według A. Zolla ze wspomnianym zapobieżeniem skutkowi można mieć do czynienia w sytuacji usiłowania ukończonego, czyli takiego usiłowania, kiedy sprawca wypełnił wszystkie znamiona typu czynu zabronionego¹³⁶⁴. Można w doktrynie spotkać się z poglądem, że podobnie jak odstąpienie od dokonania tak i zapobieżenie skutkowi ma być dobrowolne¹³⁶⁵. Kwestia ta wydaje się być dość dyskusyjna, bowiem w myśl konstrukcji art. 15 § 1 k.k. wydaje się, że dobrowolność jest odnoszona do zapobieżenia skutkowi. Można jednak przychylić się do wspomnianego poglądu, co wynika z faktu, że ustawodawca umieścił znamię dobrowolności przed pierwszą przesłanką, co może sugerować, że dobrowolność jest „wspólna” dla obu przesłanek. Nadto w art. 15 § 2 oraz art. 23 k.k. zapobieżenie skutków jest łączone z dobrowolnością. Odnosząc się do zapobieżenia skutkowi B.J. Stefańska wskazuje, że: „Zapobieżenie skutkowi oznacza niedopuszczenie do zniszczenia dobra prawnego, które pierwotnie miało być naruszone...”¹³⁶⁶. L. Tyszkiewicz z kolei stwierdza: „Zapobieżenie skutkowi należącemu do znamion przestępstwa wymaga związku przyczynowego między zapobiegawczym zachowaniem się sprawcy usiłowania a uchyleniem skutku”¹³⁶⁷. V. Konarska-Wrzošek twierdzi, iż zapobieżenie skutkowi nie musi być rezultatem osobistego

¹³⁶³ Samoistnych w takim znaczeniu, że sprawca dochodzi do myśli o odstąpieniu od dokonania sam bez żadnych czynników zewnętrznych.

¹³⁶⁴ Zob. A. Zoll, *Komentarz do art. 15...*, s. 309.

¹³⁶⁵ Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 15 k.k.* [w:] R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny...*, s. 220; K. Wiak, *Komentarz do art. 15 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny...*, s. 184 czy A. Zoll, *Komentarz do art. 15...*, s. 309.

¹³⁶⁶ B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 15...*, s. 220.

¹³⁶⁷ L. Tyszkiewicz, *Komentarz do art. 15 k.k.* [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny...*, s. 88.

działania sprawcy, wystarczy bowiem zainicjowanie przez niego takiego działania (np. wezwanie karetki pogotowia czy innej osoby do pomocy)¹³⁶⁸. W przypadku przestępstwa uporczywego nękania dość trudno mówić o zapobieżeniu przez sprawcę skutkowi. Hipotetycznie jest możliwe doprowadzenie przez sprawcę do stanu (samemu albo poprzez np. znalezienie dla pokrzywdzonego terapeuty), że pokrzywdzony nie zacznie odczuwać uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia, jednak wydaje się to być mało realne. Pogląd taki wynika z założenia, że w modelowej sytuacji każda aktywność sprawcy względem pokrzywdzonego nawet niemotywowana chęcią udręczenia go, tylko pomocy mu, będzie odbierana negatywnie przez pokrzywdzonego, przez co może wzmocnić negatywne konsekwencje uprzedniego nękania go przez sprawcę. W przypadku skutku naruszenia prywatności w stopniu istotnym zapobieżenie skutkowi, będzie zależne od sposobu naruszenia prywatności. Przykładowo, gdy owo naruszenie miałoby spowodować pewne zmiany w świecie zewnętrznym to zapobieżenie polega na niedoprowadzeniu do takich zmian. Zaś kiedy skutek istotnego naruszenia prywatności ma charakter perlokucyjny to zapobieżenie polegać będzie na niedoprowadzeniu do negatywnych, wewnętrznie odczuwalnych skutków owego naruszenia prywatności. Należy pamiętać, że nie zawsze będzie możliwe zapobieżenie naruszeniu prywatności.

Z kolei czynny żal nieskuteczny został uregulowany w art. 15 § 2 k.k. O ile skuteczny czynny żal wyłącza karalność konkretnego zachowania się, to przy nieskutecznym czynnym żalu sąd ma kompetencję do nadzwyczajnego złagodzenia kary (ale nie do odstąpienia od jej wymierzenia). Istotą nieskutecznego czynnego żalu przy usiłowaniu jest w myśl wspomnianego przepisu dobrowolne staranie się sprawcy zapobiegnięcia skutkowi stanowiącemu znamię określonego typu czynu zabronionego. T. Sroka czynny żal nieskuteczny opisuje jako: „(...) sytuacje, w których sprawca podejmuje zachowanie mające zapobiec wystąpieniu skutku przestępnego, jednak tego celu nie osiąga, ze względu na zaistnienie skutku”¹³⁶⁹. Z kolei przez staranie się należy rozumieć uczynienie wszystkiego co było możliwe, by zapobiec skutkowi przestępstwa¹³⁷⁰. Tak jak przy skutecznym czynnym żalu aktywność sprawcy może sprowadzać się jedynie do inicjowania pewnych działań przez inne osoby (np. znalezienie i opłacenie terapeuty dla pokrzywdzonego). Wydaje się, że *clou* nieskuteczności czynnego żalu przy usiłowaniu na gruncie uporczywego nękania można sprowadzić do sytuacji, kiedy sprawca w trakcie usiłowania postanowił odstąpić od dokonania i próbował zapobiec niepowstaniu skutku w postaci

¹³⁶⁸ Zob. V. Konarska-Wrzošek, *Komentarz do art. 15 k.k.* [w:] V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny...*, s. 123.

¹³⁶⁹ T. Sroka, *Komentarz do art. 15...*, s. 405.

¹³⁷⁰ Zob. B.J. Stefańska, *Komentarz do art. 15...*, s. 220.

wzbudzenia u pokrzywdzonego uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, poniżenia lub udręczenia czy też naruszenia jego prywatności w stopniu istotnym, ale skutek nastąpił. W przypadku, kiedy w przepisie wysłowiono więcej niż jedno znamię skutku istotne jest dla możliwości zastosowania tej konstrukcji, żeby skutek, który wystąpił i skutek, któremu sprawca chciał zapobiec był ten sam.

Czynny żal współdziałającego podobnie jak czynny żal przy usiłowaniu może być skuteczny albo nieskuteczny (bezskuteczny). Skuteczny czynny żal współdziałającego polega, w myśl art. 23 § 1 k.k., na dobrowolnym zapobiegnięciu przez współdziałającego dokonaniu czynu zabronionego przez pozostałych sprawców (sprawcę). Jest to więc czynny żal przeddokonaniowy. Zdaniem O. Sitarz dla zrozumienia zwrotu „współdziałający” nie jest istotny podział na sprawcze i niesprawcze formy działania¹³⁷¹. Autorka ta istotę współdziałania widzi w istnieniu między współdziałającymi pewnej formy komunikacji dwukierunkowej. Forma ta może być np. potwierdzeniem polecenia, przyjęciem do wykonania rozkazu czy też polecenia¹³⁷². Zatem czynny żal współdziałającego może być odnoszony do wszystkich odmian współdziałania (a więc nie tylko współsprawstwa, ale i również sprawstwa kierowniczego, sprawstwa polecającego czy podżegania)¹³⁷³. Zapobieżenie dokonania przestępstwa było omówione na gruncie art. 15 § 1 k.k., więc nie jest zasadne w tym miejscu jego omawianie. Można zauważyć, że ta forma czynnego żalu od czynnego żalu z art. 15 § 1 k.k. różni się przede wszystkim podmiotem zapobiegającym dokonaniu czynu (w przypadku czynnego żalu z art. 15 § 1 k.k. był nim sprawca pojedynczy). Przechodząc do analizy przykładów tak pojmowanego czynnego żalu na gruncie przestępstwa uporczywego nękania należy wskazać na sytuacje, w których współdziałający tamuje w sposób skuteczny działania pozostałych współdziałających np. odwołując ich od realizacji działań przestępnych czy też sytuacje, w których współdziałający nie dopuszcza do ziszczenia się skutku stanowiącego znamię przestępstwa (np. uprzedzając pokrzywdzonego o zamiarze naruszenia prywatności czy zapewnienia pomocy psychologicznej pokrzywdzonemu celem niedopuszczenia do powstania u niego poczucia zagrożenia).

Podobnie jak nieskuteczny czynny żal przy usiłowaniu jest skonstruowany nieskuteczny czynny żal przy współdziałaniu. Zachodzi tutaj więc sytuacja, w której współdziałający próbował dobrowolnie zapobiec dokonaniu czynu zabronionego, do którego dokonania jednak dochodzi. Wydaje się, że szersza analiza tego problemu jest zbędna, co wynika z wcześniejszego

¹³⁷¹ Zob. O. Sitarz, *Wybrane problemy czynnego żalu okazanego przez współdziałającego* [w:] J. Majewski (red.), *Czynny żal...*, s. 67.

¹³⁷² Zob. O. Sitarz, *Wybrane problemy...*, s. 67-68.

¹³⁷³ Podobnie P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 841.

omówienia przesłanek wskazanych w tym przepisie. Odnosząc nieskuteczny czynny żal przy współdziałaniu do przestępstwa uporczywego nękania to należy odnieść się do wyżej wymienionych sytuacji z pewną ich modyfikacją. Otóż, nieskuteczny czynny żal przy współdziałaniu może mieć miejsce w sytuacji, kiedy jeden ze sprawców namawia pozostałych do zaprzestania nękania, lecz ci go nie słuchają i kontynuują działania przestępne czy też w sytuacji, kiedy ostrzeżenie pokrzywdzonego czy zapewnienie mu pomocy psychicznej nie doprowadza do nieziszczenia się znamienia skutku.

Podsumowując, możliwe jest zastosowanie konstrukcji skutecznego i bezskutecznego czynnego żalu przy usiłowaniu oraz przy współdziałaniu. Autor zdaje sobie sprawę, że być może przeprowadzone rozważania nie stanowią kompleksowego omówienia tego zagadnienia, co wynika z faktu, że generalnie konstrukcje czynnego żalu na gruncie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. wydają się być dość hipotetyczne i brak jest stanów faktycznych pozwalających adekwatniej przedstawić to zagadnienie.

§ 3. Przedawnienie

Pod pojęciem przedawnienia należy rozumieć dwie sytuacje: po pierwsze ustanie karalności przestępstwa, a po drugie przedawnienia wykonania kary. Jak stwierdza J. Warylewski przedawnienie oznacza wyłączenie lub ograniczenie karnoprawnej reakcji z powodu upływu czasu¹³⁷⁴. Ł. Pohl z kolei stwierdza: „Przedawnienie, zwane też dawnością, jest – ogólnie rzecz ujmując okolicznością wyłączającą możliwość wyegzekwowania odpowiedzialności karnej z powodu upływu czasu liczonego czy to od momentu popełnienia przestępstwa, czy to od momentu uprawomocnienia się wyroku skazującego sprawcę za jego popełnienie”¹³⁷⁵. Za K. Marszałem należy przywołać następujące teorie uzasadnienia przedawnienia:

1. teorie pozaprawne;
2. teorie oparte na elementach prawa karnego procesowego;
3. teorie oparte na przesłankach karnomaterialnych;
4. teorie materialno-procesowe (teorie mieszane)¹³⁷⁶.

Pierwsza grupa teorii, tj. teorie pozaprawne, najczęściej akcentują, iż uzasadnieniem obecności przedawnienia w prawie jest wyłącznie sam upływ czasu¹³⁷⁷. Z kolei teorie oparte na

¹³⁷⁴ Zob. J. Warylewski, *Prawo karne...*, s. 651.

¹³⁷⁵ Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 548.

¹³⁷⁶ Zob. K. Marszał, *Przedawnienie w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 50 i nast.

¹³⁷⁷ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 548.

elementach prawa karnego procesowego opierają się na odwołaniu do różnych racji. Wśród tej grupy teorii można wymienić trzy następujące główne teorie:

1. tzw. teoria dowodowa, która bazuje na twierdzeniu, że wraz z upływem czasu narastają trudności dowodowe w postępowaniu karnym¹³⁷⁸;
2. tzw. teoria opieszałości oskarżyciela, w myśl której instytucja przedawnienia stanowić ma przeciwdziałanie opieszałości organów postępowania karnego, a zarazem stanowić swoistą „karę” dla oskarżyciela za brak podjęcia odpowiednich kroków we właściwym ku temu czasie¹³⁷⁹;
3. tzw. teoria rezygnacji oskarżyciela ze skargi, w myśl której skutkiem upływu czasu jest utrata do wniesienia skargi¹³⁸⁰.

Z kolei wśród teorii uzasadnienia przedawnienia opartych na przesłankach prawa karnego materialnego wskazać należy na cztery teorie:

1. teoria pokuty, która zakłada, że sprawca na tyle odcierpiał z powodu obawy przed grożącą mu odpowiedzialnością karną, iż wymierzenie kary po upływie określonego czasu ma być niecelowe¹³⁸¹;
2. teoria zacierającego się wspomnienia, w myśl której po upływie określonego okresu odpada potrzeba wymierzenia sprawcy kary ze względów ogólnoprewencyjnych¹³⁸²;
3. koncepcja tzw. nowego pokolenia, której istotę oddają następujące słowa K. Marszała: „(...) w nowym pokoleniu żyjącym po upływie znacznego okresu czasu od popełnienia przestępstwa nie ma już pokrzywdzonego społeczeństwa, które domagałoby się ukarania sprawcy”¹³⁸³;
4. tzw. teoria poprawy, która opiera się na założeniu, iż sprawca przestępstwa od czasu jego popełnienia mógł się poprawić na tyle, że pociąganie go do odpowiedzialności karnej jest niecelowe¹³⁸⁴.

Ostatnia grupa teorii, czyli tzw. teorie mieszane stanowią wiele kombinacji przesłanek karnomaterialnych i karnoprosesowych. Dla przykładu warto podać teorię K. Marszała, który widzi uzasadnienie instytucji przedawnienia w odpadnięciu, po upływie pewnego okresu przesłanek

¹³⁷⁸ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 549.

¹³⁷⁹ Zob. K. Marszał, *Przedawnienie...*, s. 53.

¹³⁸⁰ Zob. K. Marszał, *Przedawnienie...*, s. 66-67.

¹³⁸¹ Zob. M. Kulik, *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014, Legalis.

¹³⁸² Zob. K. Marszał, *Przedawnienie...*, s. 55.

¹³⁸³ K. Marszał, *Przedawnienie...*, s. 56.

¹³⁸⁴ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 549.

prewencji generalnej jak i prewencji specjalnej (są to przesłanki karnomaterialne). Ponadto zdaniem przywołanego autora, można wziąć jeszcze pod uwagę teorię dowodową (a więc teorię opartą na przesłance karnoprocesowej) oraz teorię poprawy (teoria oparta na przesłankach karnomaterialnych), przy czym obie te teorie zdaniem K. Marszała mają charakter drugorzędny¹³⁸⁵.

Jak już wspomniano, ustawodawca w k.k. sformułował dwie postaci przedawnienia: przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary. W związku z tym w niniejszym podrozdziale zostanie omówiona kwestia, jak kształtuje się okres przedawnienia karalności przestępstwa uporczywego nękania oraz okres przedawnienia wykonania kary wymierzonej za wspomniane przestępstwo.

§ 3.1. Przedawnienie karalności

Odnosząc się do przedawnienia karalności, w pierwszej kolejności należy wskazać na art. 101 § 1 i § 2 k.k. W pierwszym z przywołanych przepisów ustawodawca wskazuje na czas, w którym karalność przestępstwa ustaje. Na gruncie przestępstwa uporczywego nękania istotny jest art. 101 § 1 pkt 2a k.k. W myśl tego przepisu karalność przestępstwa zagrożonego karą pozbawienia wolności powyżej lat 5 ustaje po 15 latach od momentu jego popełnienia. Z kolei art. 101 § 3 stanowi, że: „Jeżeli dokonanie przestępstwa zależy od nastąpienia określonego w ustawie skutku, bieg przedawnienia rozpoczyna się od czasu, gdy skutek nastąpił”. W § 3a wspomnianego artykułu ustawodawca doprecyzowuje, że: „W przypadku przestępstwa popełnionego w czasie dłuższym niż jeden dzień bieg przedawnienia rozpoczyna się z upływem ostatniego dnia, w którym sprawca swoim zachowaniem wypełniał znamiona przestępstwa”. W pierwszej kolejności należy zastanowić się jak należy pojmować zwrot „karalność”, którym to ustawodawca posłużył się w ww. przepisach. Ł. Pohl wskazuje, że pojęcie to jest pojęciem polisemicznym. Z jednej strony wyraża ono to, że dany rodzaj zachowania się stanowi typ czynu zabronionego pod groźbą kary. Z drugiej strony, zaś używa się pojęcia „karalność” celem wskazania, że za dane zachowanie się może zostać wymierzona kara. Zdaniem przywołanego autora w art. 101 k.k. ustawodawca posłużył się pojęciem „karalność” w drugim z podanych znaczeń. Wynika to zdaniem Ł. Pohla z faktu, że upływ określonego czasookresu nie może wywołać *per se* derogacji określonego przepisu. Autor ten ustanie karalności rozumie jako, niemożność wymierzenia sprawcy kary za przekroczenie przez niego normy sankcjonowanej,

¹³⁸⁵ Zob. K. Marszał, *Przedawnienie...*, s. 71-73.

z racji upływu określonego czasookresu¹³⁸⁶. Niewątpliwie przedawnienie jest instytucją, która znajduje zastosowanie *in concreto*. Zatem pojęcie „karalność” powinno być relatywizowane do konkretnego stanu faktycznego. Mowa więc zatem o sytuacji, w której w określonym stanie faktycznym nie można wymierzyć kary z racji upływu czasookresu przewidzianego przez ustawodawcę.

Powstaje pytanie, czy do obliczenia momentu początkowego biegu przedawnienia karalności przestępstwa uporczywego nękania, będącego przestępstwem rozciągniętym w czasie (a więc, którego czas popełnienia jest dłuższy niż jeden dzień), należy stosować art. 101 § 3, czy też art. 101 § 3a k.k.? Co istotne w drugim z tych przepisów ustawodawca odwołuje się do wypełniania przez sprawcę swoim zachowaniem znamion przestępstwa, nie precyzując o jakiego rodzaju znamionach mowa. W konsekwencji należy uznać, że mowa tutaj o wypełnieniu każdego znamienia typu czynu zabronionego, którego realizacja jest wymagana do zaktualizowania się normy sankcjonowanej. W związku z tym przepis ten wyłącza zastosowanie art. 101 § 3 k.k. w przypadku przestępstw niejednochwilowych. Konsekwencją wspomnianego stanu rzeczy jest to, że bieg przedawnienia karalności przestępstwa uporczywego nękania biec zaczyna z upływem ostatniego dnia, w którym sprawca swoim zachowaniem wypełniał znamiona przestępstwa¹³⁸⁷.

Rozwiązanie to należy uznać za lepsze od rozwiązania wynikającego z art. 101 § 3 k.k., który to znajdował zastosowanie w przypadku przestępstwa uporczywego nękania przed wejściem w życie przepisów zm.k.k. 2022 w zakresie przepisów odnoszących się do przedawnienia. Eliminuje ono konieczność badania, kiedy sprawca zrealizował skutek stanowiący znamię czynu z art. 190a § 1 k.k., co było dość niełatwym procesem, gdyż ze względu na zmiany w psychice sprawcy nie zawsze można było ustalić moment nastąpienia skutku przestępnego, a nawet w przypadku jego ustalenia mogło to być ustalenie nieprecyzyjne. Z racji wymogu zewnętrżności zachowania o wiele łatwiej można ustalić moment zakończenia jego wykonania niż moment początkowy negatywnych zmian w psychice pokrzywdzonego.

Należy nadmienić, że w przypadku, kiedy sprawca kontynuuje nękanie po wszczęciu przeciw niemu postępowania karnego, to bieg przedawnienia karalności nie rozpoczyna się.

Po dokonaniu rozważań odnoszących się do wyznaczenia początkowego terminu biegu przedawnienia, należy teraz wskazać na okres przedawnienia przestępstwa uporczywego nękania. Okres ten, w myśl przywołanego wcześniej art. 101 § 1 pkt 2a k.k. wynosi 15 lat. Wskazać

¹³⁸⁶ Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, s. 550-551.

¹³⁸⁷ Należy nadmienić, że reguła ta będzie miała zastosowanie nie tylko w przypadku dokonania czynu z art. 190a § 1 k.k., ale również w przypadku jego li tylko usiłowania.

należy, że zasady z art. 101 § 3 oraz 3a k.k. nie wpływają na okres biegu przedawnienia, lecz jedynie precyzuje termin rozpoczęcia biegu przedawnienia w przypadku przestępstw skutkowych. Warto dodać, że w myśl art. 104 § 1 k.k.: „Przedawnienie nie biegnie, jeżeli przepis ustawy nie pozwala na wszczęcie lub dalsze prowadzenie postępowania karnego; nie dotyczy to jednak braku wniosku albo oskarżenia prywatnego”¹³⁸⁸.

§ 3.2. Przedawnienie wykonania kary

Drugim rodzajem przedawnienia jest przedawnienie wykonania kary. W myśl art. 103 § 1 k.k. przedawnienie wykonania kary jest okolicznością uniemożliwiającą wykonanie kary (a także środków karnych, środków kompensacyjnych oraz przepadku) orzeczonej prawomocnym wyrokiem sądu po upływie określonego czasookresu. W przypadku tego rodzaju przedawnienia sprawcy musi zostać wymierzona kara w prawomocnym orzeczeniu sądu. Konsekwencją tego jest konieczność przeprowadzenia postępowania karnego w sprawie o określony czyn. Odróżnia to w sposób istotny przedawnienie wykonania kary od przedawnienia karalności, które – dla przypomnienia – jest okolicznością uniemożliwiającą wszczęcie postępowania karnego o dany czyn. Co więcej, zgodnie z art. 15 § 1 k.k.w.: „Sąd umarza postępowanie wykonawcze w razie przedawnienia wykonania kary, śmierci skazanego lub innej przyczyny wyłączającej to postępowanie”.

M. Kulik stwierdza, że termin przedawnienia wykonania kary ma charakter procesowy¹³⁸⁹. Autor ten argumentuje swój pogląd następująco: „W odniesieniu do przedawnienia wykonania kary stoję na stanowisku, że nie mamy do czynienia z uchYLENIEM karalności. Formalnie karalność istnieje, skoro doszło do wydania wyroku skazującego i wymierzenia kary. Sprawca zostaje ukarany, jednak kara nie zostaje wykonana. Sprawca ponosi odpowiedzialność karną przez sam fakt skazania. W tym momencie kończy się rola prawa karnego materialnego, jednak trwa nadal (aż do wykonania kary) proces, który na tym etapie nie ma na celu pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej, to bowiem już nastąpiło, lecz wykonanie orzeczonej kary. Jeżeli nastąpi przedawnienie wykonania kary, nie znaczy to, że sprawca nie poniósł odpowiedzialności karnej. Oznacza to, że poniósł ją, jednak kara nie została wykonana. Niewykonanie kary jest w tym wypadku skutkiem zaistnienia negatywnej przesłanki postępowania wykonawczego, co sprawia, że przedawnienie wykonania kary można uważać za instytucję o charakterze procesowym. To zaś nakazuje uznawać termin przedawnienia wykonania kary za

¹³⁸⁸ Konstrukcja wynikająca z przytoczonego przepisu nazywana jest spoczywaniem biegu przedawnienia.

¹³⁸⁹ Zob. M. Kulik, *Przedawnienie...*, Legalis.

termin o takim właśnie (procesowym) charakterze. (...) przedawnienie wykonania kary polega na tym, że nie można wykonać kary już wymierzonej. Wchodzi tu więc w grę nie uchylenie karalności, ale niedopuszczalność postępowania wykonawczego. Stąd stawiam tezę, że terminy przedawnienia karalności mają – jak cała ta instytucja – charakter materialny, natomiast terminy przedawnienia wykonania kary mają charakter procesowy. Oznacza to, że w drugim wypadku do obliczania terminów stosuje się reguły wskazane w art. 122–127 KPK (z stosowaniem *leges speciales* przewidzianych dla przedawnienia wykonania kary w Kodeksie karnym), natomiast w pierwszym kwestia sposobu obliczania terminów pozostaje otwarta¹³⁹⁰. Pogląd ten wymaga komentarza. Przytoczony autor stoi na stanowisku, że procesowy charakter terminu przedawnienia wykonania kary wynika z faktu, że aspekt karnomaterialny jest finalizowany poprzez samo wydanie prawomocnego orzeczenia sądu skazującego sprawcę za popełnione przezeń przestępstwo. Natomiast aspekt wykonania kary M. Kulik upatruje w roli prawa karnego procesowego (a zatem, co istotne, w procesie karnym). Takie rozumowanie kłóci się z podstawowymi założeniami prawa karnego materialnego. M. Kulik wychodzi z założenia, że dla samego spełnienia celów prawa karnego materialnego wystarczające jest samo wymierzenie kary, nie zaś jej wykonanie. W konsekwencji celem tak rozumianego prawa karnego materialnego jest wyłącznie napiętnowanie sprawcy poprzez oficjalne stwierdzenie, że popełnił on określone przestępstwo. Zatem nie jest istotne, czy sprawca odbędzie karę, czy też jej nie odbędzie, wystarczające jest tylko jej orzeczenie. Idąc takim tokiem rozumowania można by podać w wątpliwość w ogóle zagrożenie karą za popełnienie przestępstwa. Wszakże wystarczające by było samo stwierdzenie popełnienia przestępstwa przez sąd w prawomocnym wyroku skazującym. Jak można zauważyć takie rozumowanie jest niewłaściwe. Prawo karne materialne wyznacza zasady odpowiedzialności karnej i katalog czynów zabronionych pod groźbą kary (a zatem nie pod groźbą tylko wymierzenia kary). Zatem jedną z ról prawa karnego materialnego jest wskazanie, kiedy sprawca ma zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej. Skoro mowa jest o zasadach odpowiedzialności karnej, to z drugiej strony mamy wyjątki od nich, które również są wyznaczone przez prawo karne materialne. Zarówno przedawnienie wykonania kary jak i przedawnienie karalności stanowią wyjątki od pociągania sprawcy do odpowiedzialności karnej z powodu upływu określonego czasu. Skoro przedawnienie wykonania kary stanowi wyjątek od pociągania sprawcy do odpowiedzialności karnej, to kontrfaktyczne jest

¹³⁹⁰ Zob. M. Kulik, *Przedawnienie...*, Legalis.

„przenoszenie” tej instytucji na grunt prawa karnego procesowego. Zatem nie sposób zaaprobować poglądu, że termin przedawnienia wykonania kary jest terminem procesowym. Termin przedawnienia wykonania kary należy uznać za termin karnomaterialny.

Po omówieniu charakteru tego rodzaju przedawnienia, należy przejść do *clou* rozważań, a mianowicie do terminu przedawnienia wykonania kary wymierzonej za przestępstwo uporczywego nękania oraz momentu początkowego biegu tego terminu. W pierwszej kolejności należy wskazać, że termin przedawnienia jest bezpośrednio skorelowany z wysokością kary, która została wymierzona sprawcy. W konsekwencji nie jest możliwe, w przeciwieństwie do terminu przedawnienia karalności przestępstwa uporczywego nękania, wskazanie jednego czasookresu adekwatnego dla każdego stanu faktycznego. W art. 103 § 1 k.k. ustawodawca wskazał na trzy następujące terminy przedawnienia wykonania kary:

1. 30 lat – w razie skazania na karę pozbawienia wolności przekraczającą 5 lat albo karę surowszą;
2. 15 lat – w razie skazania na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat;
3. 10 lat – w razie skazania na inną karę (tj. karę grzywny albo karę ograniczenia wolności), orzeczenia środka karnego, środka kompensacyjnego czy przepadku.

Przestępstwo uporczywego nękania jest zagrożone karą od 6 miesięcy do 8 lat. Jeśli kara pozbawienia wolności za czyn z art. 190a § 1 k.k. wynosiłaby *in concreto* maksymalnie rok, to sąd ma na mocy art. 37a § 1 k.k. kompetencję do orzeczenia kary ograniczenia wolności (wymiar tej kary nie może być wyższy aniżeli 3 miesiące) albo karę grzywny (w wymiarze nie niższym niż 100 stawek dziennych), jeśli orzeka przy tym środek karny, środek kompensacyjny czy też przepadek. W konsekwencji na gruncie przestępstwa uporczywego nękania, możliwy jest każdy z trzech przedstawionych wyżej układów.

Kolejnym zasygnalizowanym zagadnieniem w kontekście terminu przedawnienia wykonania kary jest sposób jego obliczenia, a precyzyjniej wyznaczenie momentu, od którego zaczyna biec termin tegoż przedawnienia. W doktrynie i judykaturze można spotkać się z poglądem (*nota bene* trafnym), że momentem początkowym biegu przedawnienia wykonania kary jest moment uprawomocnienia się orzeczenia¹³⁹¹. M. Kulik precyzując ten pogląd wskazuje: „Chodzi o czas, w którym następuje prawomocność formalna wyroku, czyli stan, w którym nie

¹³⁹¹ Zob. Uchwała SN z dnia 25 marca 2003 r., sygn. I KZP 4/03, OSNKW 2003/3-4/27; A. Zoll, S. Tarapata, *Komentarz do art. 103 k.k.* [w:] A. Zoll, W. Wróbel (red.), *Kodeks karny...*, s. 838; A. Sakowicz, *Komentarz do art. 103 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, Legalis czy M. Kulik, *Przedawnienie wykonania...*, Legalis.

jest możliwe wzruszenie go zwyczajnymi środkami zaskarżenia”¹³⁹². Trafność tegoż większościowego poglądu wynika z faktu, że termin przedawnienia jest zrelatywizowany do konkretnej, wymierzonej już kary. Z kolei karę można uznać za wymierzoną, jeśli została ona orzeczona prawomocnym orzeczeniem sądu. Stąd też przyjęcie innego momentu początkowego biegu przedawnienia stanowiłoby przejaw niespójności systemowej. Do biegu przedawnienia wykonywania kary stosuje się art. 104 § 1 k.k., a więc możliwe jest spoczywanie biegu przedawnienia wykonania kary.

§ 4. Zatarcie skazania

Kolejną instytucją, na którą należy zwrócić uwagę jest instytucja zatarcia skazania. Najogólniej rzecz ujmując, zatarcie skazania polega na uznaniu popełnienia danego przestępstwa za niebyłe po upływie określonego czasookresu od momentu odbycia kary, uznania kary za wykonaną czy też od momentu jej darowania. Konsekwencją, przewidzianą wprost w art. 106 § 1 k.k. jest wykreślenie informacji o skazaniu określonej osoby z Krajowego Rejestru Karnego. Zatem zatarcie skazania jest instytucją, która wprowadza pewną fikcję prawną¹³⁹³ powodującą, że skazanego za określony czyn lub czyny zabronione traktuje się jak osobę, która nie dopuściła się czynu zabronionego¹³⁹⁴. Takie rozwiązanie pozwala rozpocząć byłemu skazanemu „nowe życie” bez piętnowania go faktem skazania¹³⁹⁵. Jak zauważa trafnie zauważa R. Krajewski: „Zatarcie skazania jest zatem instytucją ułatwiającą pełną adaptację społeczną osobie poprzednio skazanej za przestępstwo. Ułatwia ono powrót do normalnego życia i wykreowanie nowego wizerunku takiej osoby. Jednakże nie może tu być mowy o jakimkolwiek automatyzmie: z chwilą zatarcia skazania sprawca przestępstwa nie ma identycznego statusu społecznego jak osoba, która nigdy nie popełniła przestępstwa. Ma on jedynie taki sam status prawny, polegający na przyjęciu niekaralności danej jednostki przez prawo i podmioty je stosujące. Natomiast prawo nie może zmusić osób prywatnych, aby zapomniały o przestępstwie i jego sprawcy”¹³⁹⁶. Ponadto jak zauważa cytowany autor: „(...) osoby prywatne nie mają obowiązku traktowania skazanego, po zatarciu jego skazania, jako osoby niekaranej. Przykładowo, nie ma powodu, by w opracowaniu historycznym fakt skazania jakiejś osoby był pomijany, ponieważ zostało ono

¹³⁹² M. Kulik, *Przedawnienie wykonania...*, Legalis.

¹³⁹³ Podobnie R. Krajewski, *Zatarcie skazania w prawie karnym*, PiP 2007, nr 11, LEX.

¹³⁹⁴ Rzecz jasna, o ile sprawca nie został skazany za inne przestępstwo, które nie uległo jeszcze zatarciu.

¹³⁹⁵ Wynika to przede wszystkim z usunięcia wpisu o skazaniu z Krajowego Rejestru Karnego.

¹³⁹⁶ R. Krajewski, *Zatarcie skazania...*, LEX.

prawnie zatarte”¹³⁹⁷. Zatem instytucja zatarcia skazania ma przede wszystkim konsekwencje prawne. Z kolei ewentualne konsekwencje społeczne (takie jak uznawanie sprawcy jako osoby, która nie dopuściła się przestępstwa lub niebrania faktu skazania dokonując oceny tej osoby) po pierwsze nie muszą zawsze występować, a po drugie są wtórne do konsekwencji prawnych.

Za M. Błaszczyk można wyróżnić trzy następujące rodzaje zatarcia skazania:

1. z mocy prawa (inaczej *ipso iure*);
2. z mocy postanowienia sądu;
3. w drodze ułaskawienia przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej¹³⁹⁸.

Jak zauważa cytowana autorka, w k.k. unormowano zatarcie skazania *ipso iure* oraz zatarcie skazania z mocy postanowienia sądu¹³⁹⁹. Należy dodać, że kompetencja do ułaskawienia przez Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej ma swoje źródło w art. 139 Konstytucji, zaś postępowanie w przedmiocie ułaskawienia jest uregulowane w rozdziale 59 działu XII k.p.k. Warto nadmienić, że ułaskawienie jest instytucją prawa karnego procesowego, a zatem omówienie zagadnienia zatarcia skazania w drodze ułaskawienia przekracza zakres niniejszej pracy. W związku z tym się skupić na zatarciu skazania *ipso iure* oraz na zatarciu skazania z mocy postanowienia sądu.

§ 4.1. Zatarcie skazania z mocy prawa

Zatarcie skazanie *ipso iure* jest to zatarcie skazania, które następuje po zaktualizowaniu się określonej przesłanki w k.k. Jest to zatarcie skazania, które ma charakter obligatoryjny¹⁴⁰⁰. Jak wskazuje G. Bogdan zatarcie skazania z mocy prawa dzieje się niezależnie od woli skazanego¹⁴⁰¹. W myśl art. 107 § 1 k.k. skazanie na karę pozbawienia wolności ulega zatarciu z mocy prawa z upływem 10 lat od wykonania kary lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania. W dalszych paragrafach art. 107 k.k. ustawodawca wskazuje okresy zatarcia skazania dla kary dożywotniego pozbawienia wolności (okres ten wynosi lat 10 od uznania kary za wykonaną lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania), kary ograniczenia wolności (3 lata od wykonania kary lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania), kary grzywny (rok od wykonania kary lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania),

¹³⁹⁷ R. Krajewski, *Zatarcie skazania...*, LEX.

¹³⁹⁸ Zob. M. Błaszczyk, *Komentarz przed art. 106 k.k.* [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny...*, s. 662.

¹³⁹⁹ Zob. M. Błaszczyk, *Komentarz...*, s. 662.

¹⁴⁰⁰ Zob. M. Błaszczyk, *Komentarz...*, s. 662.

¹⁴⁰¹ Zob. G. Bogdan, *Komentarz do art. 107 k.k.* [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny...*, s. 869.

odstąpienia od wymierzenia kary (zatarcie skazania następuje z upływem roku od wydania prawomocnego orzeczenia) oraz orzeczenia środka karnego, przepadku, środka kompensacyjnego czy środka zabezpieczającego (od wykonania kary lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania, a w przypadku środka zabezpieczającego zatarcie nie może nastąpić przed jego wykonaniem)¹⁴⁰². B.J. Stefańska trafnie zauważa, że upływ czasu jest podstawową i jedyną przesłanką zatarcia skazania *ipso iure*¹⁴⁰³. Dalsze rozważania należy poświęcić jedynie art. 107 § 1 k.k. Wynika to z faktu, że instytucja zatarcia skazania w niniejszej pracy jest omawiana wyłącznie na gruncie określonego typu (typów) czynu zabronionego, za które ustawodawca przewiduje w zwyczajnym wymiarze kary wyłącznie karę pozbawienia wolności.

W niniejszym fragmencie pracy należy wskazać na okres zatarcia skazania przy wymierzeniu kary za przestępstwo uporczywego nękania oraz pokrótce rozważyć, jak liczyć okres zatarcia skazania. Przechodząc do pierwszej wskazanej kwestii, należy przypomnieć, że zgodnie z art. 107 § 1 k.k. skazanie na „terminową” karę pozbawienia wolności podlega zatarciu z mocy prawa po upływie 10 lat od wykonania kary, jej darowania albo od jej przedawnienia. W konsekwencji i taki jest również termin, w którym ulega zatarciu *ipso iure* skazanie na karę pozbawienia wolności bez warunkowego jej zawieszenia za czyn z art. 190a § 1 k.k. Warto dodać, że ustawodawca nie różnicuje czasookresu zatarcia skazania ze względu na długość wymierzonej sprawcy kary pozbawienia wolności. Przechodząc do wskazania, jak należy liczyć wspomniany czasookres na wstępie należy odwołać się do poglądu SN, który stwierdza: „Ustalając terminy do zatarcia skazania, należy mieć na względzie datę rzeczywistego wykonania, darowania lub przedawnienia wykonania kary pozbawienia wolności albo orzeczonych obok niej kar dodatkowych...”¹⁴⁰⁴.

B.J. Stefańska odnosząc się do charakteru terminu zatarcia skazania stwierdza: „Terminy wymagane do zatarcia skazania są terminami materialnoprawnymi i do ich obliczania nie stosuje się zasad zawartych w art. 123 k.p.k., który dotyczy terminów procesowych. Kodeks

¹⁴⁰² Należy nadmienić, że art. 107 k.k. nie jest jedynym przepisem w k.k., który przewiduje zatarcie skazania. Tytułem przykładu warto wskazać na art. 4 § 4 k.k., który przewiduje zatarcie skazania *ipso iure* w przypadku depenalizacji przestępstwa, z które sprawca został skazany. Warto też zwrócić uwagę na art. 76 § 1 odnoszący się do zatarcia skazania przy zastosowaniu Zgodnie z tym przepisem: „Skazanie ulega zatarciu z mocy prawa z upływem 6 miesięcy od zakończenia okresu próby”. Z kolei art. 337 k.k. stanowi, że: „Wobec żołnierza służby zasadniczej, który został skazany, za przestępstwo określone w części wojskowej popełnione w czasie tej służby, na grzywnę, karę ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności nie przekraczającą roku, sąd może zarządzić zatarcie skazania po przeniesieniu go do rezerwy, jeżeli kara lub orzeczony środek karny zostały wykonane”. Niemniej postanowiono omówienia regulacji wynikających z art. 107 § 1 k.k., co wynika z tematu pracy. Szersze rozważania wykraczają poza przyjętą tematykę i mogą spowodować, że rozważania staną się nad wyraz niekomunikatywne dla czytelnika.

¹⁴⁰³ Zob. B.J. Stefańska, *Zatarcie skazania*, Warszawa 2014, LEX.

¹⁴⁰⁴ Postanowienie SN z dnia 18 lutego 1978 r., sygn. II KO 9/78, OSNKW 1978/7-8/90. Podobnie B.J. Stefańska, *Zatarcie...*, LEX.

karny nie określa zasad obliczania zawartych w nim terminów, a biorąc pod uwagę, że terminy wymagane do zatarcia skazania podawane są w latach, staje się oczywiste ich obliczanie według czasu kalendarzowego”¹⁴⁰⁵. Według cytowanej autorki w odniesieniu do czasookresu zatarcia skazania przewidziane są dwa sposoby jego obliczenia:

1. od chwili do chwili (*computatio naturalia, a momento ad momento*) – przy ustalaniu początku terminu uwzględnia się dzień, godzinę i minutę;
2. od dnia do dnia (*computatio civilis, dies a quo*) – uwzględnia się tylko dzień wystąpienia zdarzenia¹⁴⁰⁶.

A. Grześkowiak opowiada się za liczeniem tego terminu według formuły *a momento ad momento*. Powołuje się ona w uzasadnieniu swojego poglądu na art. 80b § 3 k.k.w. w myśl, którego wykonanie kary kończy się w dniu upływu tylu dni, na ile ustalono jej wymiar obliczony zgodnie z art. 12c k.k.w.¹⁴⁰⁷. Według autorki skazany w tym dniu powinien zostać zwolniony z zakładu karnego i od daty rzeczywistego zwolnienia biegnie termin zatarcia skazania¹⁴⁰⁸. Z kolei B.J. Stefańska zauważa, że: „(...) początkową granicę biegu terminu do zatarcia skazania określono zwrotem «od wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania». W związku z tym rodzi się pytanie, czy zwrot ten należy rozumieć jako «od dnia wykonania lub darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania». Wydaje się, że zwrot ten ma taki sens, co oznacza, że należy stosować zasadę *computatio civilis*, a zatem dzień, w którym wykonano karę, darowano ją lub jej wykonanie uległo przedawnieniu, wlicza się do biegu tego terminu. Nietrafne jest twierdzenie, że okres wykonania kary pozbawienia wolności jest obliczany zgodnie z regułą *a momento ad momentum*. Datą wykonania kary pozbawienia wolności jest dzień, w którym upłynął okres, na który została ona orzeczona, bowiem w tym dniu skazany powinien być zwolniony z zakładu karnego. W doktrynie wskazuje się, że decyduje data rzeczywistego zwolnienia go z zakładu karnego. W wypadku, gdy mimo upływu okresu wykonywania kary pozbawienia wolności skazany nie został zwolniony, należy brać pod uwagę dzień, w którym powinien być zwolniony, bowiem w tym dniu została wykonana kara”¹⁴⁰⁹. Odnosząc się do przywołanej kwestii należy uznać, że oba sposoby liczenia czasookresu zatarcia skazania są właściwe. Najbardziej precyzyjny jest *computatio naturalia*. Niemniej w prak-

¹⁴⁰⁵ B.J. Stefańska, *Zatarcie...*, LEX.

¹⁴⁰⁶ Zob. B.J. Stefańska, *Zatarcie...*, LEX.

¹⁴⁰⁷ Zgodnie z art. 12c k.k.w.: „Jeżeli kara lub inny środek podlegający wykonaniu według przepisów niniejszego kodeksu są określone w tygodniach, miesiącach lub latach, przyjmuje się w postępowaniu wykonawczym, że tydzień liczy się za dni 7, miesiąc za dni 30, a rok za dni 365”.

¹⁴⁰⁸ Zob. A. Grześkowiak, *Komentarz do art. 107 k.k.* [w:] A. Grześkowiak, K. Wiak, *Kodeks karny...*, s. 637.

¹⁴⁰⁹ B.J. Stefańska, *Zatarcie...*, LEX.

tyce ten model sprawiać może wiele problemów, wynikających głównie z trudnościami w ustaleniu dokładnej godziny i minuty odbywania kary. *Computatio civilis* z kolei jest mniej dokładny (bowiem nie uwzględnia się w nim godziny i minuty), jednak ustalenie momentu zatarcia skazania z użyciem tego sposobu jest znacznie prostsze. Wydaje się, że przyjęcie obu sposobów mogłoby spowodować nadmierną kazuistykę, więc należy opowiedzieć się za *computatio civilis*.

§ 4.2. Zatarcie skazania z mocy postanowienia sądu

W myśl art. 107 § 2 k.k.: „Sąd może na wniosek skazanego zarządzić zatarcie skazania już po upływie 5 lat, jeżeli skazany w tym okresie przestrzegał porządku prawnego, a wymierzona kara pozbawienia wolności nie przekraczała 3 lat”. Zatarcie skazania z mocy postanowienia sądu jest fakultatywnym zatarciem skazania, o czym przesądza użycie w przywołanym przepisie zwrotu „sąd może”. Jest to też zatarcie skazania o charakterze warunkowym. Żeby sprawca mógł z niego skorzystać, muszą zostać spełnione określone przesłanki. Już z samej warstwy deskryptywnej można wywieść dwie następujące przesłanki:

1. przestrzeganie, w czasookresie 5 lat od wykonania kary albo darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania, porządku prawnego przez sprawcę;
2. wymierzona kara, która ma ulec zatarciu nie może przekraczać w swoim wymiarze 3 lat pozbawienia wolności.

Z przywołanego przepisu wynika również, że sąd nie podejmuje merytorycznego rozstrzygnięcia w sprawie wcześniejszego zatarcia skazania z własnej inicjatywy. Działa on bowiem na wniosek skazanego. Merytoryczne rozstrzygnięcie sądu zapada w drodze postanowienia, stąd też ten rodzaj zatarcia skazania jest nazywany zatarciem skazania z mocy postanowienia sądu.

Zdaniem SA w Krakowie: „Pojęcia «porządku prawnego» używanego na gruncie prawa karnego jako przesłanki nawiązującej do postawy sprawcy nie należy sprowadzać wyłącznie do porządku w znaczeniu karnoprawnym. Popełnienie przestępstwa jest tylko jedną z form naruszenia tego porządku. Może to być również popełnienie wykroczenia, jak i dopuszczenie się zachowania niebędącego czynem zabronionym pod groźbą kary, jak naruszenie innych obowiązków cywilnoprawnych, pracowniczych. Naruszeniem porządku prawnego jest zatem zachowanie się skazanego wbrew zakazom lub nakazom prawa karnego (popełnienie przestępstwa), administracyjnego (popełnienie wykroczenia), a także wbrew regułom, których przestrzeganie mieści się w granicach zadań i celów, które prawo karne wiąże z takimi instytucjami, jak: warunkowe zwolnienie, warunkowe zawieszenie wykonania kary, warunkowe umorzenie

postępowania karnego czy też odroczenie lub przerwa w wykonywaniu kary”¹⁴¹⁰. Przytoczony pogląd należy uznać za trafny. Już *prima facie* można wywieść, że porządek prawny nie obejmuje wyłącznie prawa karnego, lecz również inne gałęzie prawa. Gdyby ustawodawca chciał zawęzić zakres tej przesłanki wyłącznie do przypadków przekroczenia norm prawa karnego, to dałby temu wyraz w warstwie deskryptywnej art. 107 § 2 k.k. Biorąc pod uwagę istotne konsekwencje, jakie niesie za sobą dla skazanego wcześniejsze zatarcie jego skazania, to zasadne wydaje się wymaganie od sprawcy, ażeby swoim zachowaniem wykazał, że rozumie treść norm zarówno społecznych oraz prawnych i potrafi się do nich dostosować. Zatem ograniczenie zakresu nazwy „porządek prawny” wyłącznie do norm karnoprawnych wydaje się niezasadne.

Odnosząc się do wymiaru orzeczonej kary B.J. Stefańska stwierdza, że: „Chodzi o karę orzeczoną w wyroku i bez znaczenia pozostaje jej faktyczne wykonanie”¹⁴¹¹. Ustawodawca nie precyzuje w art. 107 § 2 k.k., czy okres pięciu lat należy liczyć od momentu wymierzenia kary, czy też od momentu jej odbycia. Niemniej w art. 107 § 1 k.k. ustawodawca wskazał, że czasookres 10 lat ma być liczony od dnia wykonania, darowania albo przedawnienia kary. Stąd też biorąc pod uwagę powiązania treściowe wynikające umieszczenie obu przepisów w tym samym artykule, należy nie zgodzić się z B.J. Stefańską. Zatem kara, o której mowa w art. 107 § 2 k.k. ma być karą wykonaną, darowaną albo przedawnioną. Nie może być więc wyłącznie karą orzeczoną.

Po krótkim objaśnieniu instytucji zatarcia skazania z mocy postanowienia sądu, należy się zastanowić, czy znajdzie ona zastosowanie w przypadku sprawcy skazanego za przestępstwo uporczywego nękania. Poza dwiema wyżej wymienionymi przesłankami ustawodawca nie formułuje przesłanek limitujących katalog czynów zabronionych, w przypadku których skazany ma kompetencję do złożenia wniosku o zatarcie skazania. Stąd też należy uznać, że sprawca uporczywego nękania może ubiegać się o zatarcie skazania na mocy postanowienia sądu, o ile będą spełnione przesłanki wskazane w art. 107 § 2 k.k.

§ 5. Tryb ścigania

Do trybu ścigania przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a § 1 k.k. odnosi się art. 190a § 4 k.k. W myśl tego przepisu analizowane przestępstwo jest ścigane na wniosek po-

¹⁴¹⁰ Postanowienie SA w Krakowie z dnia 15 maja 2019 r., sygn. II AKz w 373/19, LEX nr 2738040. Podobnie: B.J. Stefańska, *Zatarcie...*, LEX.

¹⁴¹¹ B.J. Stefańska, *Zatarcie...*, LEX.

krzywdzonego. Brak wniosku pokrzywdzonego stanowi negatywną przesłankę wszczęcia postępowania karnego (art. 17 § 1 pkt 10 k.p.k.). W przypadku przestępstw ściganych na wniosek pokrzywdzonego zatem ów pokrzywdzony ma kontrolę co do wszczęcia postępowania karnego¹⁴¹², jak również co do jego zakończenia¹⁴¹³.

Krytycznie o wnioskowym trybie ścigania przestępstwa uporczywego nękania wyowiada się M. Płatek. Zdaniem tej autorki wnioskowy tryb ścigania w przypadku tego przestępstwa narusza art. 34 Konwencji stambulskiej. Pogląd ten wspomniana autorka uzasadnia następująco: „Zobowiązanie wynikające z art. 34 Konwencji stambulskiej rodzi wymóg ścigania uporczywego nękania z oskarżenia publicznego. Ściganie na wniosek rodzi obawy, iż podobnie jak w przypadku zgwałcenia skutki jego działania mogą być podobne do tego, jaki towarzyszył zgwałceniu. Obciąża odpowiedzialnością osobę pokrzywdzoną, niekoniecznie skłania do wysiłku organy ścigania”¹⁴¹⁴. Przywołany przez M. Płatek art. 34 Konwencji stambulskiej brzmi następująco: „Strony przyjmują konieczne środki ustawodawcze lub inne środki w celu zapewnienia, by za umyślne, powtarzające się zastraszanie innej osoby powodujące, że obawia się ona o swoje bezpieczeństwo, groziła odpowiedzialność karna”¹⁴¹⁵. Zwrócić należy uwagę na zwrot „groziła odpowiedzialność karna”. Z niego najpewniej cytowana autorka wywodzi obowiązek ścigania przestępstwa uporczywego nękania z oskarżenia publicznego czy też z urzędu (bez wniosku pokrzywdzonego). Autorka ta mogła mieć na myśli, że sprawca nękania pozostanie bezkarny, jeśli pokrzywdzony nie złoży wniosku o ściganie, przy czym takie rozumowanie nie może zostać uznane za słuszne. Wskazując na treść art. 34 Konwencji stambulskiej w języku polskim, w przypisie umieszczono brzmienie tego przepisu w języku angielskim. W brzmieniu anglojęzycznym pojawia się zwrot „*is criminalised*”. Zatem nie chodzi o ukaranie sprawcy *in concreto*, lecz o stypizowanie w systemie prawnym państwa-strony przestępstwa *stalkingu*.

¹⁴¹² Wniosek o ściganie inicjuje postępowanie karne, które w myśl art. 12 § 1 k.p.k. z chwilą jego złożenia toczy się z urzędu.

¹⁴¹³ Możliwość ta jest bardzo ograniczona na mocy art. 12 § 3 k.p.k. W myśl tego przepisu do cofnięcia wniosku potrzebna jest w postępowaniu przygotowawczym zgoda prokuratora, zaś w postępowaniu sądowym wymagana jest zgoda sądu, przy czym pokrzywdzony może cofnąć wniosek o ściganie do zamknięcia przewodu sądowego na pierwszej rozprawie głównej. Jeśli akt oskarżenia wniósł oskarżyciel publiczny, to cofnięcie wniosku po rozpoczęciu przewodu sądowego jest skuteczne, jeśli wspomniany oskarżyciel publiczny się temu nie sprzeciwi. Kolejne ograniczenie sformułowane zostało w przywołanym przepisie *in fine*. Bowiem ponownie złożenie wniosku o ściganie jest niedopuszczalne. W konsekwencji, jeśli pokrzywdzony wycofa wniosek to wówczas niweczy to możliwość ponownego wszczęcia postępowania w tej samej sprawie.

¹⁴¹⁴ M. Płatek, *Stalking – reforma prawa czy dogmatyczny (d)efekt genderowych uchybień zasadzie neutralności prawa* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking*, s. 238.

¹⁴¹⁵ Warto przytoczyć brzmienie przytoczonego przepisu w języku angielskim. Article 34: “Parties shall take the necessary legislative or other measures to ensure that the intentional conduct of repeatedly engaging in threatening conduct directed at another person, causing her or him to fear for her or his safety, is criminalised”.

Z kolei wywodzenie z tego przepisu obowiązku ścigania z oskarżenia publicznego tego przestępstwa stanowi przejaw niczym nieuzasadnionej wykładni rozszerzającej. Kolejna kwestia sprowadza się do tego, czy przestępstwo uporczywego nękania jako przestępstwo wnioskowe nie jest przestępstwem ściganym z urzędu. Jak zauważa I. Zgoliński: „Przestępstwo penalizowane w art. 190a k.k. w swym głównym nurcie jest przestępstwem wnioskowym. Oznacza to, że po złożeniu wniosku o ściganie postępowanie toczy się z urzędu. Jest przestępstwem ściganym z oskarżenia publicznego. To na organie prowadzącym postępowanie spoczywać będzie zatem dokładnie ustalenie osoby, która swym zachowaniem wypełniła jego znamiona. Udział pokrzywdzonego jest tu zatem ograniczony do niezbędnego minimum. Powoduje to, że w obliczu toczącego się postępowania może on już pozostać bierny i poczekać spokojnie na zakończenie postępowania”¹⁴¹⁶. Pogląd ten jest trafny. Jak wskazano wcześniej, w myśl art. 12 § 1 k.p.k., z chwilą złożenia wniosku przez pokrzywdzonego postępowania o czyn z art. 190a § 1 k.k. toczy się z urzędu. Jak zauważa cytowany autor, obowiązek ustalenia czy został popełniony czyn zabroniony spoczywa na organie prowadzącym postępowanie przygotowawcze. Zatem przestępstwo uporczywego nękania jest już przestępstwem ściganym z urzędu, przez co pogląd M. Płatek należy uznać za nietrafny.

Przechodząc do zaprezentowania stanowiska własnego, należy zaaprobować ściganie przestępstwa uporczywego nękania na wniosek pokrzywdzonego. M. Płatek twierdzi, że tryb ten może stanowić obciążenie odpowiedzialnością osoby pokrzywdzonej, abstrahując jednocześnie od istoty tego przestępstwa. Przestępstwo uporczywego nękania jest przestępstwem immanentnie związanym z emocjami ludzkimi, a więc przeżyciami psychicznymi człowieka. Przeżycia te nie zawsze są obiektywnie postrzegalne (człowiek może ich bowiem nie uzewnętrznić) albo przejawy ich uzewnętrznienia mogą być nieprawdziwe¹⁴¹⁷. Może też wystąpić sytuacja, kiedy człowiek ma wątpliwości co do przeżywanych emocji albo ich sobie nie uświadamia. W przypadku braku konieczności złożenia wniosku o ściganie przez pokrzywdzonego mogłoby dojść do sytuacji nadmiernego i nieuzasadnionego wszczynania postępowań karnych o czyn z art. 190a § 1 k.k., bowiem organ uzyskiwałby informacje o możliwości popełnienia przestępstwa, nieuwzględniając kontekstu zachowań się sprawcy oraz emocji odczuwanych

¹⁴¹⁶ I. Zgoliński, *Penalizacja stalkingu...*, s. 103.

¹⁴¹⁷ Może to wynikać z tego, że osoba ta fałszywie uzewnętrznia swoje wewnętrzne przeżycia czy jest w błędzie do odczuwanych uczuć.

przez adresata tychże zachowań względem aktywności potencjalnego sprawcy, a także do samego sprawcy¹⁴¹⁸. Nadto art. 190a § 1 k.k. mógłby dawać większe możliwości niż obecnie niezbyt eleganckiego rozwiązywania konfliktów międzyludzkich poprzez fałszywe oskarżenie o popełnienie przestępstwa uporczywego nękania. Istotnym mankamentem wnioskowego trybu ścigania omawianego przestępstwa jest to, że pokrzywdzony może wycofać wniosek o ściganie niekoniecznie z własnej woli, lecz pod wpływem przymusu. Niemniej prokurator czy sąd może się sprzeciwić wycofaniu wniosku, zwłaszcza jeśli nabierze wątpliwości co do dobrowolności wycofania wniosku. Jednak uzależnienie skuteczności wycofania wniosku o ściganie od zgody organu może powodować, że w przypadkach, kiedy sprawca i pokrzywdzony dojdą do porozumienia, którego konsekwencją będzie ustanie nękania, zaś organ nie wyrazi w takiej sytuacji zgody na cofnięcie wniosku, to organy wymiaru sprawiedliwości nie będą wówczas działać w obronie pokrzywdzonego, lecz poniekąd przeciwko niemu. Organy ścigania, więc powinny nie wyrażać zgody na cofnięcie wniosku o ściganie głównie w sytuacjach, kiedy wola pokrzywdzonego wycofania wniosku o ściganie jest wymuszona przez czynniki zewnętrzne i istnieje wysokie prawdopodobieństwo dalszego utrzymywania się stanu przestępnego. Niemniej, w przypadku analizowanego czynu każde z rozwiązań nie jest idealne, więc należy opowiadać się za rozwiązaniami optymalnymi, a takim jest niewątpliwie ściganie tego przestępstwa na wniosek pokrzywdzonego.

§ 6. Podsumowanie

Jak starano się wykazać w niniejszym rozdziale, katalog środków prawnokarnej reakcji na popełnienie przestępstwa uporczywego nękania jest nad wyraz szeroki. Bowiem oprócz sankcji karnej wysłowionej w art. 190a § 1 k.k. (dla przypomnienia wymiar kary wynosi od 6 miesięcy do lat 8) można w niektórych sytuacjach zamienić karę pozbawienia wolności na karę ograniczenia wolności lub na karę grzywny. Ponadto ustawodawca przewiduje możliwość orzeczenia za to przestępstwo wielu środków karnych (w szczególności środki karne przewidziane w art. 41a § 1 k.k.). Ustawodawca przewiduje również inne formy karnoprawnej reakcji na popełnienie omawianego przestępstwa. Mowa tutaj o instytucji przepadku, obowiązku na-

¹⁴¹⁸ Oczywiście w przypadku trybu wnioskowego, wniosek o ściganie w większości sytuacji nie będzie zawierał pełnego obrazu stanu faktycznego, lecz subiektywny opis pewnych zdarzeń. Niemniej złożenie wniosku o ściganie przez pokrzywdzonego wskazuje na organowi większe prawdopodobieństwo tego, że faktycznie pokrzywdzony doznał krzywdy psychicznej ze strony sprawcy aniżeli w sytuacji, gdy zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa złożyłaby osoba niebędąca pokrzywdzonym.

prawienia szkody, warunkowego zawieszenia wykonania kary, warunkowego przedterminowego zwolnienia z odbycia reszty kary czy środków zabezpieczających (tj. elektronicznej kontroli miejsca pobytu, terapii, terapii uzależnień czy pobytu w zakładzie psychiatrycznym). Zatem katalog środków karnoprawnej reakcji na popełnienie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. jest dosyć szeroki. Należy dodać, że zasugerowano obniżenie dolnej granicy ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności do jednego miesiąca. Warto jednak zaznaczyć, że górny wymiar ustawowego zagrożenia powinien zostać w wymiarze nie większym aniżeli obecnie. Przestępstwo uporczywego nękania bowiem nie charakteryzuje się aż tak wysoką społeczną szkodliwością, ażeby w zwyczajnym wymiarze kary było zagrożone np. karą pozbawienia wolności w wysokości lat 10, czy nawet dożywotniego karą pozbawienia wolności.

W niniejszym rozdziale omówiono także wybrane okoliczności wyłączające karalność czy też w inny sposób „uwalniające” sprawcę od odpowiedzialności karnej, tj.: czynny żal, przedawnienie karalności, przedawnienie wykonania kary, zatarcie skazania *ipso iure* oraz zatarcie skazania z mocy postanowienia sądu. Rozważania dotyczące możliwości zastosowania konstrukcji czynnego żalu w sytuacji analizowanego przestępstwa skonkludowano wnioskiem, w myśl którego możliwe jest przy przestępstwie uporczywego nękania zastosowanie konstrukcji skutecznego i bezskutecznego czynnego żalu przy usiłowaniu oraz przy współdziałaniu. Termin przedawnienia karalności przestępstwa uporczywego nękania wynosi 15 lat i biegnie od momentu upływu ostatniego dnia, w którym sprawca swoim zachowaniem wypełniał znamiona omawianego czynu. Z kolei okres przedawnienia wykonania kary jest uzależniony od wysokości wymierzonej kary i może wynosić:

1. 30 lat – w razie skazania na karę pozbawienia wolności przekraczającą 5 lat albo karę surowszą;
2. 15 lat – w razie skazania na karę pozbawienia wolności nieprzekraczającą 5 lat;
3. 10 lat – w razie skazania na inną karę (tj. karę grzywny albo karę ograniczenia wolności), orzeczenia środka karnego, środka kompensacyjnego czy przepadku.

Kolejnym zagadnieniem poruszonym w niniejszym rozdziale była kwestia zatarcia skazania. Wskazano, że przestępstwo uporczywego nękania podlega zatarciu z mocy prawa po upływie 10 lat od wykonania kary, jej darowania albo od jej przedawnienia. Ponadto sprawca uporczywego nękania może ubiegać się o zatarcie skazania na mocy postanowienia sądu, o ile będą spełnione przesłanki wskazane w art. 107 § 2 k.k. (tj. przestrzeganie, w ciągu 5 lat od wykonania kary albo darowania kary albo od przedawnienia jej wykonania, porządku prawnego oraz wymóg, żeby wymierzona kara, która ma ulec zatarciu nie przekraczała w swoim wymiarze 3 lat pozbawienia wolności).

Przeanalizowano także kwestię trybu ścigania i zasadność jego takiego ukształtowania. W myśl art. 190a § 4 k.k. przestępstwo uporczywego nękania ścigane jest na wniosek pokrzywdzonego. Jak wskazano, przyjęty przez ustawodawcę tryb ścigania należy ocenić pozytywnie. Wynika to przede wszystkim z faktu dania kontroli pokrzywdzonemu nad inicjacją postępowania karnego, co może zapobiec pomyłkom, które by mogły popełnić osoby trzecie nieznające kontekstu, w którym sprawca dokonuje swych zachowań (zachowania się) oraz emocji wywoływanych przez aktywność sprawcy u pokrzywdzonego. Ponadto przepis ten może w pewnym stopniu ograniczyć wykorzystywanie art. 190a § 1 k.k. jako „oręża” w konfliktach międzyludzkich.

Powyższe rozważania, prócz wskazania na szeroki wachlarz reakcji karnopravných na przestępstwo uporczywego nękania, czy też okoliczności związanych z wyłączeniem karalności, wskazują również na obszerność problematyki związanej z odpowiedzialnością prawa karnego na popełnienie przestępstwa uporczywego nękania. Należy wskazać, że w niniejszej pracy pominięto pewne zagadnienia, które być może powinny zostać omówione (np. kwestię nadzwyczajnego złagodzenia kary i nadzwyczajnego obostrzenia kary). Niemniej rozdział ten stanowić ma jedynie fragment pewnej całości. Nadmierne rozbudowanie tej materii mogłoby zaburzyć proporcje pomiędzy niniejszym rozdziałem a pozostałymi fragmentami pracy. Stąd też postanowiono dokonać pewnej selekcji zagadnień związanych z karaniem i kwestiami pobocznymi.

ROZDZIAŁ V

ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA ZA UPORCZYWE NĘKANIE W WYBRANYCH INNYCH PAŃSTWACH

§ 1. Wprowadzenie

Ostatni rozdział poświęcony zostanie przedstawieniu przepisów penalizujących uporczywe nękanie w innych porządkach prawnych. Wydaje się, że wprowadzenie pewnych elementów komparatystyki prawnej do niniejszej pracy da asumpt do odpowiedzi na pytanie, czy warto rozważyć modyfikację art. 190a § 1 k.k. poprzez wprowadzenie pewnych elementów odnoszących się np. do znamion tego czynu czy do wymiaru kary, które są obecne w innych porządkach prawnych aniżeli polski. Tak zarysowane rozważania stanowią w swych założeniach wartościowe dopełnienie analizy dogmatycznoprawnej art. 190a § 1 k.k. Należy w tym miejscu zauważyć, że rozważania poczynione w niniejszym rozdziale nie będą stanowić wykładni „zagranicznych” przepisów. Wymaga to bowiem dokładnej znajomości języka prawnego, języka prawniczego i reguł wykładni ustalonych w danym porządku prawnym. Autor niniejszej pracy, wykształcony w zakresie polskiego porządku prawnego, takowej wiedzy nie posiada, zaś przenoszenie polskich metod interpretacji tekstu prawnego na inny porządek prawny nie jest rozwiązaniem rzetelnym. Stąd też rozważania w zakresie przepisów penalizujących nękanie obowiązujących w innych państwach niż Polska stanowić będą wskazanie literalnego brzmienia tychże przepisów wraz z ich krótkim objaśnieniem.

Idąc dalej należy wskazać, że w niniejszym rozdziale ograniczono pole badawcze do trzech, wybranych porządków prawnych. Wybrano trzy państwa oddalone od siebie znacznie i w mniejszym bądź większym stopniu różne od siebie pod względem kulturowym. Tymi krajami są: Stany Zjednoczone Ameryki, Niemcy oraz Japonia. Regulacje prawnokarne Stanów Zjednoczonych Ameryki są warte przedstawienia, z racji przyjęcia w tym kraju systemu *common law*, jak i silnej federalizacji państwa, co znajduje wyraz w szerszej aniżeli np. Polsce możliwości stanowienia prawa przez organy stanowe. Kolejnym państwem, które zostało wybrane są Niemcy. Państwo to, prócz graniczenia z Polską, ma podobny system prawny do prawa polskiego. Nie sposób również uciec od faktu, że w pewnym zakresie polskie prawo karne czerpie z prawa niemieckiego, jak i z dorobku prawa niemieckiego. Ostatnim państwem jest Japonia. W tym przypadku mamy do czynienia z państwem położonym na innym kontynencie niż Polska, jak również w innym kręgu kulturowym, co powoduje, że japoński system prawa

w pewnym zakresie różni się od prawa polskiego. Ponadto za wyborem przedstawienia japońskich regulacji *antystalkingowych* przemawia również wysoki poziom zaawansowania technicznego tego państwa jak i jego ludności. Może więc budzić słusze zaciekawienie to, jak fakt wysokiego zaawansowania technologicznego Japonii i społeczeństwa japońskiego, wpływa na regulacje penalizujące nękanie.

Warto wskazać w tym miejscu, że możliwe jest za M. Kulikiem wyodrębnienie dwóch modeli karnoprawnych przepisów *antystalkingowych* determinowanych poprzez sposób opisu czynności sprawczej. Wyróżnić można bowiem regulacje syntetyczne oraz regulacje kazuistyczne. Regulacje syntetyczne cechują się tym, że wskazuje się wyłącznie ogólną cechą zachowań sprawcy nękania, ewentualnie też skutek tychże zachowań¹⁴¹⁹. Cytowany autor dzieli regulacje syntetyczne na regulacje ściśle syntetyczne i regulacje względnie syntetyczne. Regulacje ściśle syntetyczne to regulacje, w których nie dochodzi do jakiegokolwiek uszczegółowienia cech zachowań sprawcy nękania¹⁴²⁰. Z kolei regulacje względnie syntetyczne to takie regulacje, w których to dochodzi do pewnego uszczegółowienia cech penalizowanego zachowania¹⁴²¹. W tym miejscu należy dodać, że ustawodawca polski posłużył się modelem ściśle syntetycznym. Z kolei regulacje kazuistyczne, zdaniem M. Kulika, są to z jednej strony takie regulacje, w których prawodawca zdecydował się na możliwie szczegółowe wskazanie czynności sprawczej, a z drugiej strony zaś są to także takie regulacje, w których prawodawca posłużył się metodą syntetyczną w modelu podstawowym, lecz stworzył jednocześnie bardzo rozbudowane typy kwalifikowane¹⁴²². Podział ten jest podziałem istotnym z tego względu, gdyż sygnalizuje różnice w zakresie penalizacji zjawiska *stalkingu*. Wynika to z tego, że im bardziej szczegółowe regulacje, to tym bardziej węższy staje się zakres odpowiedzialności karnej sprawcy. Należy nadmienić, że podział ten posłuży w dalszych rozważaniach do zakwalifikowania analizowanych regulacji do któregoś z jego członów.

§ 2. *Stalking* w prawie Stanów Zjednoczonych Ameryki

Z racji federalnego charakteru Stanów Zjednoczonych Ameryki, karnoprawnych regulacji *antystalkingowych* obowiązujących w tym państwie należy poszukiwać na dwóch płaszczyznach: płaszczyźnie federalnej (a więc płaszczyźnie ogólnokrajowej) oraz na płaszczyźnie

¹⁴¹⁹ Zob. M. Kulik, *Stalking w wybranych państwach europejskich systemów prawa kontynentalnego* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking...*, s. 135.

¹⁴²⁰ Zob. M. Kulik, *Stalking w wybranych...*, s. 135.

¹⁴²¹ Zob. M. Kulik, *Stalking w wybranych...*, s. 135.

¹⁴²² Zob. M. Kulik, *Stalking w wybranych...*, s. 135.

stanowej, przy czym w przypadku tej drugiej płaszczyzny z racji dużej ilości stanów na jakie dzieli się to państwo¹⁴²³, omówienie wszystkich regulacji „lokalnych” przekracza ramy niniejszej pracy. Stąd też należy skupić się na przykładach.

Przechodząc do omówienia regulacji federalnych należy wskazać na § 2261A 18 U.S. Code. W sekcji (1) tego przepisu wskazuje się, że przestępstwa dopuszcza się ten kto podróżuje w handlu międzystanowym lub zagranicznym lub znajduje się w specjalnych strefach morskich lub terytorialnych podlegających jurysdykcji Stanów Zjednoczonych Ameryki albo przebywa lub opuszcza terytoria indiańskie z zamiarem zabójstwa, spowodowania obrażeń ciała, nękania czy zastraszenia lub śledzenia z zamiarem zabicia, spowodowania obrażeń ciała, nękania czy zastraszenia innej osoby i w trakcie lub w wyniku takiej podróży lub obecności na danym terenie angażując się w zachowanie, które powoduje u tej osoby uzasadnioną obawę zabójstwa lub poważnego uszkodzenia tej osoby czy też bliskiego członka rodziny tej osoby lub małżonka lub intymnego partnera tej osoby, jak również zwierzęcia, zwierzęcia służbowego, zwierzęcia wspierającego emocjonalnie oraz konia innej osoby czy też powoduje, usiłuje spowodować albo istniały podstawy, by sądzić, że spowoduje znaczny niepokój emocjonalny u jednej z ww. osób¹⁴²⁴. W sekcji (2) przywołanego przepisu penalizowane jest zjawisko *cyberstalkingu*. W przepisie tym miejsce działania sprawcy, *modus operandi*, jak również skutki aktywności sprawcy są takie same jak te wskazane w sekcji (1). Niemniej prawodawca rozbudowuje elementy wskazujące na sposób działania sprawcy. Mowa tutaj: o nękanii poprzez wiadomość, za pomocą jakichkolwiek usług komputerowych, elektronicznych usług komunikacyjnych, elektronicznych systemów komunikacyjnych, czy też za pomocą innych środków międzystanowej lub międzynarodowych środków kontaktu. Wskazując sankcję za dopuszczenie się przestępstwa nękania prawodawca odsyła do sekcji 2261(b). W przepisie tym wysokość sankcji jest

¹⁴²³ Autor sobie zdaje sprawę, że w zdaniu tym dokonano pewnego uproszczenia. Bowiem na równi ze stanami „najwyższą” jednostkę podziału administracyjnego stanowi również Dystrykt Kolumbii, który to stanem nie jest.

¹⁴²⁴ Oryginalne brzmienie § 2261A jest następujące: „Whoever — (1) travels in interstate or foreign commerce or is present within the special maritime and territorial jurisdiction of the United States, or enters or leaves Indian country, with the intent to kill, injure, harass, intimidate, or place under surveillance with intent to kill, injure, harass, or intimidate another person, and in the course of, or as a result of, such travel or presence engages in conduct that— (A) places that person in reasonable fear of the death of, or serious bodily injury to— (i) that person; (ii) an immediate family member (as defined in section 115) of that person; (iii) a spouse or intimate partner of that person; or (iv) the pet, service animal, emotional support animal, or horse of that person; or (B) causes, attempts to cause, or would be reasonably expected to cause substantial emotional distress to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of subparagraph (A); or (2) with the intent to kill, injure, harass, intimidate, or place under surveillance with intent to kill, injure, harass, or intimidate another person, uses the mail, any interactive computer service or electronic communication service or electronic communication system of interstate commerce, or any other facility of interstate or foreign commerce to engage in a course of conduct that— (A) places that person in reasonable fear of the death of or serious bodily injury to a person, a pet, a service animal, an emotional support animal, or a horse described in clause (i), (ii), (iii), or (iv) of paragraph (1)(A); or (B) causes, attempts to cause, or would be reasonably expected to cause substantial emotional distress to a person described in clause (i), (ii), or (iii) of paragraph (1)(A), shall be punished as provided in section 2261(b) of this title”.

uzależniona od skutku popełnionego przez sprawcę przestępstwa. Skróceniowo szkicując tę kwestię sprawca nękania skazany na podstawie § 2261A 18 U.S. Code może podlegać karze od poniżej pięciu lat pozbawienia wolności do nie więcej niż 20 lat pozbawienia wolności. Ponadto, jeśli sprawca spowoduje śmierć człowieka grozi mu kara dożywotniego pozbawienia wolności. Rację ma A. Michalska-Warias, że w 18 U.S. Code prawodawca ograniczył zakres penalizacji wyłącznie do najbardziej poważnych następstw przestępstwa nękania¹⁴²⁵. Zgodzić się należy z przywołaną autorką również w tym, że: „(...) tylko wówczas bowiem istnieje uzasadnienie dla ścigania tego typu zachowań także na poziomie federalnym, a polskiemu przestępstwu uporczywego nękania odpowiada w istocie tylko zachowanie opisane w podsekcji (B) § 2261A, polegające na świadomym powodowaniu niepokoju emocjonalnego ofiary. (...) Na tle omawianego przepisu zwraca jeszcze uwagę fakt, że ustawodawca amerykański dopuszcza ściganie zachowań, w przypadku których sprawcy nie musi zostać udowodnione, że miał zamiar spowodować niepokój ofiary (...). Oznacza to szersze ujęcie tego przestępstwa od strony podmiotowej, bowiem sprawca nie musi mieć pewności, że taki będzie skutek jego zachowania, nie musi też mieć zamiaru spowodowania niepokoju ofiary, wystarczy, że zachowanie, którego się dopuszcza, jest tego rodzaju, że istnieją uzasadnione podstawy, by sądzić, że taki skutek może wystąpić”¹⁴²⁶. Warto również zwrócić uwagę na to, że z jednej strony mamy do czynienia z regulacją kazuistyczną, z drugiej strony zaś nękanie (ang. *harass*) nie jest w jakikolwiek sposób definiowane w tym przepisie i ponadto stanowi jeden z kilku sposobów popełnienia tego przestępstwa. Na poziomie federalnym należy zwrócić jeszcze uwagę na § 930 sekcja (a) 10 U.S. Code. Zgodnie z tym przepisem podmioty tej części ustawy odpowiadać będą za *stalking*, jeśli:

1. bezprawnie podejmą się zachowania przeciwko określonej osobie, które spowodowałyby, że rozsądna osoba (ang. *reasonable person*) obawiałaby się śmierci lub krzywdy cielesnej (w tym przemocy seksualnej) siebie samego lub członka jej bezpośredniej rodziny lub intymnego partnera lub partnera randkowego (ang. *dating partner*¹⁴²⁷);

¹⁴²⁵ Zob. A. Michalska-Warias, *Przestępstwo stalkingu w prawie angielskim i amerykańskim* [w:] M. Mozgawa (red.), *Stalking...*, s. 114.

¹⁴²⁶ A. Michalska-Warias, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 115.

¹⁴²⁷ Pojęcie to amerykański ustawodawca objaśnia następująco: „The term "dating partner", in the case of a specific person, means a person who is or has been in a social relationship of a romantic or intimate nature with such specific person based on a consideration of- (A) the length of the relationship; (B) the type of relationship; (C) the frequency of interaction between the persons involved in the relationship; and (D) the extent of physical intimacy or sexual contact between the persons involved in the relationship.

2. mają wiedzę lub powinni mieć wiedzę, że dana osoba będzie odczuwać uzasadniony strach (ang. *reasonable fear*) przed śmiercią lub krzywdą cielesną (w tym przed przemocą seksualną) swojej osoby lub członka jej bezpośredniej rodziny lub intymnego partnera lub partnera randkowego;
3. których działanie wywołuje uzasadniony strach (ang. *reasonable fear*) przed śmiercią lub krzywdą cielesną (w tym przed przemocą seksualną) swojej osoby lub członka jej bezpośredniej rodziny lub intymnego partnera lub partnera randkowego¹⁴²⁸.

Prawodawca za dokonanie ww. czynów przewiduje karę zgodnie z wyrokiem sądu wojskowego (ang. *court-martial*). W tym miejscu należy wskazać, że przepis ten jest umieszczony w części odnoszącej się do organizacji i ustroju sił zbrojnych. Stąd też podmiotem tego przestępstwa nie może być każda osoba, lecz tylko osoba będąca członkiem sił zbrojnych. Nadto zakres penalizowanych zachowań odwołuje się do wywołania zracjonalizowanego strachu przed śmiercią lub przed doznaniem przez ofiarę (lub jej najbliższą rodzinę czy partnerów) krzywdy fizycznej. W konsekwencji w tym przypadku możliwość popełnienia przestępstwa jest ograniczona z jednej strony przedmiotowo, z drugiej zaś ograniczona podmiotowo.

Kolejną płaszczyzną penalizacji *stalkingu* w prawie amerykańskim jest płaszczyzna stanowa. Należy wskazać, że w każdym stanie obowiązują odrębne i w mniejszym bądź większym stopniu różne od siebie, przepisy penalizujące *stalking*. Z racji tego, że Stany Zjednoczone Ameryki dzielą się na 50 stanów oraz na wyodrębniony i niebędący stanem okręg stołeczny – Dystrykt Kolumbii, omówienie wszystkich regulacji obowiązujących na poziomie stanowym przekracza zakres niniejszej pracy. W związku z tym postanowiono ograniczyć się do podania przykładów trzech regulacji stanowych. Będą to regulacje obowiązujące: w stanie Kalifornia, w stanie Minnesota oraz w Dystrykcie Kolumbii.

Na regulacje penalizujące *stalking* w Kalifornii należy zwrócić uwagę, choćby dlatego, że stan ten jako pierwszy wprowadził regulacje odnoszące się do nękania, bowiem uczynił to w roku 1990¹⁴²⁹. Należy w tym miejscu zwrócić uwagę na sekcję 646.9 CPC. W sekcji (a) prawodawca stanowy wskazuje, że każda osoba, która umyślnie, złośliwie oraz wielokrotnie

¹⁴²⁸ Oryginalne brzmienie przywołanego przepisu jest następujące: „(a) In General.-Any person subject to this chapter- (1) who wrongfully engages in a course of conduct directed at a specific person that would cause a reasonable person to fear death or bodily harm, including sexual assault, to himself or herself, to a member of his or her immediate family, to his or her intimate partner, or to his or her dating partner; (2) who has knowledge, or should have knowledge, that the specific person will be placed in reasonable fear of death or bodily harm, including sexual assault, to himself or herself, to a member of his or her immediate family, to his or her intimate partner, or to his or her dating partner; and (3) whose conduct induces reasonable fear in the specific person of death or bodily harm, including sexual assault, to himself or herself, to a member of his or her immediate family, to his or her intimate partner, or to his or her dating partner; is guilty of stalking and shall be punished as a court-martial may direct”.

¹⁴²⁹ Zob. A. Michalska-Warias, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 111.

śledzi lub umyślnie i złośliwie nęka inną osobę i kto wywołuje wiarygodne zagrożenie (ang. *credible threat*) z zamiarem wywołania u tej osoby racjonalnego strachu o bezpieczeństwo tej osoby lub bezpieczeństwo jej najbliższej rodziny, jest winna popełnienia przestępstwa *stalkingu* (ang. *the crime of stalking*)¹⁴³⁰. Sankcją za ten czyn jest kara pozbawienia wolności w więzieniu hrabstwa w wysokości nie wyższej niż rok albo kara grzywny w wysokości nie większej niż 1000 dolarów amerykańskich albo obie te kary łącznie albo kara pozbawienia wolności odbywana w więzieniu stanowym. W myśl sekcji (b) kara 2, 3 albo 4 lat pozbawienia wolności w więzieniu stanowym grozi, jeśli zachowania opisane w sekcji (a) dokonywane są z naruszeniem tymczasowego zakazu zbliżania się, nakazu zachowania się, czy innego jakiegokolwiek zakazu sądowego¹⁴³¹. Sekcja (c) odnosi się do sytuacji, w której sprawca *stalkingu* został uprzednio skazany za spowodowanie obrażeń ciała ofiary, czy kierowanie gróźb karalnych względem ofiary (mowa tutaj o czynach z sekcji 273.5, 273.6 oraz 422) – za ten czyn grozi kara pozbawienia wolności w więzieniu hrabstwa w wysokości nie wyższej niż rok albo kara grzywny w wysokości nie większej niż 1000 dolarów amerykańskich albo obie te kary łącznie albo kara pozbawienia wolności odbywana w więzieniu stanowym w wysokości 3, 4 albo 5 lat, a gdy sprawca był już wcześniej skazany za *stalking*¹⁴³² - kara za ten czyn wynosi 3, 4 albo 5 lat pozbawienia wolności w więzieniu stanowym. W dalszej części sekcji 649.9 CPC zawarte zostały definicje pojęć używanych w tym przepisie. Zwrócić uwagę należy na definicję dwóch pojęć: nękania (ang. *harasses*) i sposobu działania (ang. *course of conduct*). Przez nękanie rozumie się świadome i umyślne zachowanie względem konkretnej osoby, które to poważnie alarmuje, irytuje, dręczy lub terroryzuje tę osobę i nie służy żadnemu uzasadnionemu celowi¹⁴³³. Z kolei przez sposób działania rozumie się dwa lub więcej zachowań występujących w danym okresie, chociażby krótkim i można przypisać tym zachowaniom cechę ciągłości,

¹⁴³⁰ Oryginalna treść przepisu brzmi następująco: „(a) Any person who willfully, maliciously, and repeatedly follows or willfully and maliciously harasses another person and who makes a credible threat with the intent to place that person in reasonable fear for his or her safety, or the safety of his or her immediate family is guilty of the crime of stalking, punishable by imprisonment in a county jail for not more than one year, or by a fine of not more than one thousand dollars (\$1,000), or by both that fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison”

¹⁴³¹ Oryginalna treść przepisu brzmi następująco: „(b) Any person who violates subdivision (a) when there is a temporary restraining order, injunction, or any other court order in effect prohibiting the behavior described in subdivision (a) against the same party, shall be punished by imprisonment in the state prison for two, three, or four years”.

¹⁴³² Oryginalna treść przepisu brzmi następująco: „(c) (1) Every person who, after having been convicted of a felony under Section 273.5, 273.6, or 422, commits a violation of subdivision (a) shall be punished by imprisonment in a county jail for not more than one year, or by a fine of not more than one thousand dollars (\$1,000), or by both that fine and imprisonment, or by imprisonment in the state prison for two, three, or five years.

(2) Every person who, after having been convicted of a felony under subdivision (a), commits a violation of this section shall be punished by imprisonment in the state prison for two, three, or five years”.

¹⁴³³ Angielskie brzmienie definicji jest następujące: „(e) For the purposes of this section, «harasses» means engages in a knowing and willful course of conduct directed at a specific person that seriously alarms, annoys, torments, or terrorizes the person, and that serves no legitimate purpose”.

przy czym w zakres tego pojęcia nie wchodzi zachowania chronione konstytucyjnie¹⁴³⁴. W konsekwencji prawo kalifornijskie przewiduje znacznie szerszą ochronę prawnokarną przed nękaniami aniżeli prawo federalne. Ustawodawca co prawda w przepisie penalizującym *stalking* nie odnosi się do tego czym jest nękanie, jednak czyni to w postaci definicji legalnej tworząc zamknięty katalog zachowań, którymi można się dopuścić nękania. Zamknięty jest również katalog skutków, jakie sprawca ma wywołać, ażeby można było go pociągnąć do odpowiedzialności karnej.

Przechodząc do regulacji przyjętych w stanie Minnesota, należy zwrócić uwagę na sekcję 609.749 MS. Regulacja ta jest regulacją dość obszerną, stąd też wydaje się zasadne do wskazania jedynie najistotniejszych kwestii. W podsekcji 2 prawodawca odnosi się do poważnego występku (ang. *gross misdemeanor*), które to jest zagrożone karą pozbawienia wolności w wymiarze jednego roku. Ów poważny występki polega na prześladowaniu innych osób, dopuszczając się jednego z poniższych zachowań:

1. bezpośrednio lub pośrednio albo przez osoby trzecie sprawca okazuje zamiar dokonania zamachu na osobę, własność tej osoby lub prawa przez dopuszczenie się bezprawnego zachowania;
2. podąża za, monitoruje lub śledzi inną osobę osobiście lub przy użyciu jakichkolwiek środków technologicznych lub innych środków;
3. powraca do posiadłości innej osoby, jeśli nie ma do tego prawa lub zgody osoby uprawnionej;
4. wielokrotnie dzwoni, wysyła wiadomości tekstowe lub powoduje, że ofiara dzwoni do sprawcy, niezależnie od tego, czy w następstwie dochodzi do rozmowy;
5. powoduje, że telefon innej osoby wielokrotnie lub ciągle dzwoni;
6. wielokrotnie wysyła e-maile lub powoduje dostarczenie w jakikolwiek sposób (włączając w to drogę elektroniczną) listów, telegramów, wiadomości, paczek, z użyciem urządzeń wspomagających dla osób z niedowidzeniem lub niedosłuchem, lub jakiejkolwiek komunikacji przy użyciu dostępnych technologii lub innych przedmiotów;
7. świadomie podnosi fałszywe zarzuty przeciwko funkcjonariuszowi publicznemu odnoszące się do wykonywania przez niego obowiązków służbowych z zamiarem zakłócenia ich wykonania;

¹⁴³⁴ Angielskie brzmienie definicji jest następujące: „(f) For the purposes of this section, «course of conduct» means two or more acts occurring over a period of time, however short, evidencing a continuity of purpose. Constitutionally protected activity is not included within the meaning of «course of conduct»”.

8. wykorzystuje osobiste informacje innej osoby, bez jej zgody, aby zaprosić, zachęcić lub skłonić osobę trzecią do zaangażowania się w zachowanie seksualne z tą osobą¹⁴³⁵.

W podsekcji 3 prawodawca przewidział liczne okoliczności obciążające sprawcę. Jako przykład można podać działanie ze względu na kolor skóry, płeć, orientację seksualną, czy niepełnosprawność ofiary, podszywanie się pod inną osobę, działanie z zamiarem wpłynięcia na członka ławy przysięgłych, czy wobec ofiary poniżej 18 roku życia (jeśli sprawca jest starszy od ofiary o więcej niż 36 miesięcy). Co istotne nękanie w przypadku przytaczanej sekcji nie jest tożsame ze *stalkingiem*. Jak wskazano w podsekcji 5 *stalkingiem* są dwa lub więcej zachowań dokonanych w okresie pięcioletnim, które naruszają lub próbują naruszyć wskazane w niniejszej podsekcji przepisy (mowa m.in. o zabójstwie, kradzieży z włamaniem, naruszeniu zakazu zbliżania się do ofiary, czy też zniesławienie). Tak rozumiany *stalking* jest penalizowany w przywoływanym akcie w podsekcji 5 (a). W przepisie tym prawodawca wskazuje, że osoba zaangażowana w *stalking* względem pojedynczej ofiary lub jednego lub więcej członków gospodarstwa domowego, która wie lub ma powody by wiedzieć, iż ofiara pod wpływem okoliczności będzie czuć się terroryzowana lub odczuwać strach przed uszkodzeniem ciała, jest winny przestępstwa i podlega karze pozbawienia wolności w wymiarze maksymalnie do 5 lat, grzywnie do wysokości maksymalnie 20 000 dolarów amerykańskich albo obu tym karom łącznie¹⁴³⁶. Warto dodać, że w podsekcji 7 ustanowiono sytuacje wyłączające przestępność czynu. Sprawca bowiem nie będzie podlegać odpowiedzialności karnej, jeśli działa w ramach ważnej licencji, celem zapewnienia posłuchu nakazowi sądowemu lub w celu osiągnięcia legalnego celu handlowego lub legalnego obowiązku pracowniczego, gdy jest to dopuszczalne albo wymagane przez ważny (ang. *valid*) kontrakt lub gdy jest to dopuszczalne lub chronione przez prawo sta-

¹⁴³⁵ W języku angielskim zreferowany przepis brzmi następująco: „A person who harasses another by committing any of the following acts is guilty of a gross misdemeanor: (1) directly or indirectly, or through third parties, manifests a purpose or intent to injure the person, property, or rights of another by the commission of an unlawful act; (2) follows, monitors, or pursues another, whether in person or through any available technological or other means; (3) returns to the property of another if the actor is without claim of right to the property or consent of one with authority to consent; (4) repeatedly makes telephone calls, sends text messages, or induces a victim to make telephone calls to the actor, whether or not conversation ensues; (5) makes or causes the telephone of another repeatedly or continuously to ring; (6) repeatedly mails or delivers or causes the delivery by any means, including electronically, of letters, telegrams, messages, packages, through assistive devices for people with vision impairments or hearing loss, or any communication made through any available technologies or other objects; (7) knowingly makes false allegations against a peace officer concerning the officer's performance of official duties with intent to influence or tamper with the officer's performance of official duties; or (8) uses another's personal information, without consent, to invite, encourage, or solicit a third party to engage in a sexual act with the person”.

¹⁴³⁶ Zreferowany przepis brzmi następująco: „(a) A person who engages in stalking with respect to a single victim or one or more members of a single household which the actor knows or has reason to know would cause the victim under the circumstances to feel terrorized or to fear bodily harm and which does cause this reaction on the part of the victim, is guilty of a felony and may be sentenced to imprisonment for not more than ten years or to payment of a fine of not more than \$20,000, or both”.

nowe, prawo federalne lub prawo plemienne lub przez stanowe, federalne czy plemienne konstytucje. Kolejna okoliczność wyłączająca przestępność występuje, gdy zachowanie sprawcy nie ogranicza prawa osób indywidualnych i grup do wolności słowa w zakresie chronionym przez prawo lub konstytucje federalne, stanowe lub plemienne, włączając w to pokojowe i zgodne z prawem wręczenie ulotek, jak również pikietowanie¹⁴³⁷. W regulacji obowiązującej w stanie Minnesota najważniejsze jest odróżnienie nękania od *stalkingu*. Nękanie jest, ogólnie rzecz biorąc, wywołaniem krzywdy psychicznej u ofiary, a z kolei *stalking* to co najmniej dwa zachowania dokonane w danym okresie stanowiące naruszenie innych, enumeratywnie wymienionych przepisów. Uwagę może zwrócić także stworzenie indywidualnego katalogu wyłączającego przestępność zachowania się sprawcy. Owo wyłączenie przestępności zdaje się mieć podstawy z tego, że sprawca ma upoważnienie do podejmowania zachowań pasujących do opisu nękania lub *stalkingu* oraz swoim zachowaniem się nie powoduje ograniczenia możliwości realizacji przez ofiarę praw zagwarantowanych konstytucyjnie.

W Dystrykcie Kolumbii kwestię penalizacji *stalkingu* reguluje § 22-3131 CDC. W sekcji (a) przywołanego przepisu szczegółowo wskazano opis prawnokarnie zabronionego *stalkingu*. Wskazać można następujące elementy działania niezgodnego z prawem, któremu można przypisać cechy *stalkingu*:

1. celowe zachowanie się względem określonej osoby;
2. z zamiarem skłonienia tej osoby do odczuwania:
 - a. strachu o własne bezpieczeństwo lub bezpieczeństwo innej osoby;
 - b. poczucia poważnego zaalarmowania, zaniepokojenia lub przestraszania; lub
 - c. cierpienia z powodu niepokoju emocjonalnego;
3. dana osoba wie, że rozsądna osoba odczuwałaby:
 - a. strach o własne bezpieczeństwo lub o bezpieczeństwo innej osoby;
 - b. poczucie poważnego zaalarmowania, zaniepokojenia lub przestraszania; lub
 - c. cierpienia z powodu niepokoju emocjonalnego; lub
4. sprawca powinien wiedzieć, że rozsądna osoba w sytuacji ofiary odczuwałaby:
 - a. strach o własne bezpieczeństwo lub o bezpieczeństwo innej osoby;
 - b. poczucie poważnego zaalarmowania, zaniepokojenia lub przestraszania; lub

¹⁴³⁷ Wspomniana podsekcja 7 ma następujące brzmienie: „Conduct is not a crime under this section if it is performed under terms of a valid license, to ensure compliance with a court order, or to carry out a specific lawful commercial purpose or employment duty, is authorized or required by a valid contract, or is authorized, required, or protected by state, federal, or tribal law or the state, federal, or tribal constitutions. Subdivision 2, clause (2), does not impair the right of any individual or group to engage in speech protected by the federal, state, or tribal constitutions, or federal, state, or tribal law, including peaceful and lawful handbilling and picketing”.

c. cierpienie z powodu niepokoju emocjonalnego¹⁴³⁸.

Jak można zauważyć opis zachowania się sprawcy jest dość szczegółowy. Niemniej w tej regulacji nie wskazuje się na konkretne zachowania, których sprawca musi się dopuścić, ażeby mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności karnej za *stalking*. Stąd też zakres penalizacji zdaje się dość szeroki. Co istotne, w myśl podsekcji (d) zachowania się sprawcy w każdym przypadku nie muszą być takie same. Zatem prawodawca przyjmuje możliwość dopuszczenia się *stalkingu* wieloma rodzajami zachowań. W CDC w podsekcji (c) dopuszcza się przyjęcie za *stalking* jednego zachowania rozciągniętego w czasie, przy czym czasookres takiego zachowania się musi wynosić maksymalnie 24 godziny. Jeśli dane zachowanie się trwa dłużej, to wówczas fragment zachowania, który nastąpił po upływie 24 godziny od momentu początku tegoż zachowania uważany jest za odrębne zachowanie się sprawcy. W podsekcji (b) dochodzi do wyłączenia spod zakresu penalizacji aktywności chronionej konstytucyjnie. Sankcja karna za *stalking* określona jest w § 22-3134 CDC. Podstawową sankcją jest kara grzywny określona w § 22-3571.01¹⁴³⁹, kara pozbawienia wolności nie wyższa niż 12 miesięcy albo obie te kary łącznie. Należy dodać, że prawodawca przewiduje zaostrenie kary do 5 lat pozbawienia wolności (np. gdy sprawca w czasie procesu, zwolnienia warunkowego albo nadzorowanego zwolnienia naruszy zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, czy też szkoda finansowa wyrządzona przez sprawcę jest wyższa niż 2 500 dolarów amerykańskich) oraz do 10 lat pozbawienia wolności (jeżeli dana osoba została skazana co najmniej dwoma wyrokami karnymi za *stalking* w dowolnej jurysdykcji i jeden z tych wyroków został wydany przez ławę przysięgłych).

Jak można zauważyć prawnokarna ochrona przed nękaniami w prawie Stanów Zjednoczonych Ameryki jest realizowana na dwóch poziomach władzy publicznej: na poziomie federalnym i na poziomie poszczególnych stanów. Na poziomie federalnym penalizacji podlega jedynie niewielka grupa przypadków *stalkingu*. Penalizacja na poziomie federalnym z jednej

¹⁴³⁸ Przepis w języku angielskim brzmi następująco: „(a) It is unlawful for a person to purposefully engage in a course of conduct directed at a specific individual: (1) With the intent to cause that individual to: (A) Fear for his or her safety or the safety of another person; (B) Feel seriously alarmed, disturbed, or frightened; or (C) Suffer emotional distress; (2) That the person knows would cause that individual reasonably to: (A) Fear for his or her safety or the safety of another person; (B) Feel seriously alarmed, disturbed, or frightened; or (C) Suffer emotional distress; or (3) That the person should have known would cause a reasonable person in the individual’s circumstances to: (A) Fear for his or her safety or the safety of another person; (B) Feel seriously alarmed, disturbed, or frightened; or (C) Suffer emotional distress”.

¹⁴³⁹ W tym miejscu warto wskazać, że w CDC wymiar grzywny orzekanej w myśl tego przepisu determinowany jest od długości grożącej kary pozbawienia wolności. Wydaje się, że podstawowemu wymiaru kary pozbawienia wolności za dopuszczenie się *stalkingu* będzie odpowiadać grzywna określona w podsekcji (b) punkcie (5), tj. 2 500 dolarów amerykańskich.

strony wynika z wagi sprawy (penalizowane są bowiem najcięższe przypadki nękania) jak również z powodu osoby sprawcy (bowiem jak wskazano osobna regulacja została poświęcona nękaniami dokonywanemu przez personel sił zbrojnych). Z kolei pozostałe przypadki nękania mogą podlegać karnoprawnej ochronie na poziomie stanowym¹⁴⁴⁰. W zależności od stanu pojmowanie nękania, jak również użyta siatka pojęciowa, w mniejszym czy większym stopniu, różnią się od siebie. W konsekwencji w zależności od stanu zakres penalizacji nękania jest różny. To co jest wspólne dla wszystkich analizowanych regulacji, to kazuistyczność opisu zachowania, co w pewnym o ogranicza zakres penalizacji tego zjawiska.

§ 3. Penalizacja *stalkingu* w Niemczech

Przechodząc do rozważań w zakresie prawa karnego niemieckiego należy wskazać na § 238 StGB, w którym to ustawodawca niemiecki ustanawia typ przestępstwa prześladowania (niem. *Nachstellung*). W ust. 1 przywołanego przepisu ustawodawca wskazuje, że karze pozbawienia wolności do lat 2 lub karze grzywny podlega ten, kto w sposób bezprawny prześladowuje inną osobę w sposób, który może poważnie szkodzić trybowi życia ofiary poprzez uporczywe:

1. szukanie fizycznej bliskości tej osoby,
2. próby nawiązania kontaktu z tą osobą przy wykorzystaniu telekomunikacji lub innych środków komunikacji lub za pośrednictwem osób trzecich,
3. niewłaściwe wykorzystanie danych osobowych tej osoby w postaci:
 - a) składania dla innej zamówienia na towary lub usługi lub;
 - b) nakłaniania osób trzecich do kontaktu z ofiarą lub;
4. grożenie tej osobie narażeniem na utratę życia, uszkodzenie ciała, doprowadzenia do rozstroju zdrowia lub wolności własnej, jednego z jego krewnych lub innej bliskiej mu osoby;

¹⁴⁴⁰ Celowo posłużono się, że inne przypadki nękania „mogą podlegać” ochronie stanowej, bowiem jak wskazano na przykładach regulacje stanowe są różne od siebie, a zatem poszczególne przypadki mogą być różnie kwalifikowane prawnie w zależności od stanu.

5. popełnienie czynów określonych w § 202a¹⁴⁴¹, § 202b¹⁴⁴² lub § 202c¹⁴⁴³ na szkodę tej osoby lub jednego z jego krewnych lub innej bliskiej mu osoby, lub;
6. rozpowszechnianie lub publiczne udostępnianie zdjęć tej osoby lub jednego z jego krewnych lub innej bliskiej mu osoby;
7. rozpowszechnianie lub udostępnianie publicznie treści (§ 11 ust. 3¹⁴⁴⁴), które mogą wywołać pogardę lub dyskredytację tej osoby w opinii publicznej, pod pretekstem jej autorstwa,
8. wykonuje porównywalną czynność do czynów, o których mowa w pkt 1-7¹⁴⁴⁵.

¹⁴⁴¹ W paragrafie tym stypizowano przestępstwo uzyskania nieuprawnionego dostępu do danych, które nie są przeznaczone dla sprawcy poprzez przełamanie zabezpieczeń dostępu do tychże danych. Wersja § 202a w języku niemieckim: „(1) Wer unbefugt sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) Daten im Sinne des Absatzes 1 sind nur solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden”.

¹⁴⁴² Przepis ten typizuje przestępstwo przychwytywania danych (niem. *Abfangen von Daten*). Wersja oryginalna przepisu: „Wer unbefugt sich oder einem anderen unter Anwendung von technischen Mitteln nicht für ihn bestimmte Daten (§ 202a Abs. 2) aus einer nichtöffentlichen Datenübermittlung oder aus der elektromagnetischen Abstrahlung einer Datenverarbeitungsanlage verschafft, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist”.

¹⁴⁴³ W przepisie tym penalizuje się przygotowanie do czynów, o których mowa w § 202a oraz § 202b. Brzmienie oryginalne przywołanego § 202c: „(1) Wer eine Straftat nach § 202a oder § 202b vorbereitet, indem er 1. Passwörter oder sonstige Sicherungscodes, die den Zugang zu Daten (§ 202a Abs. 2) ermöglichen, oder 2. Computerprogramme, deren Zweck die Begehung einer solchen Tat ist, herstellt, sich oder einem anderen verschafft, verkauft, einem anderen überlässt, verbreitet oder sonst zugänglich macht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. (2) § 149 Abs. 2 und 3 gilt entsprechend”.

¹⁴⁴⁴ Zgodnie z tym przepisem treści w rozumieniu przepisów odsyłających do niniejszego paragrafu to treści zawarte w pismach, na nośnikach dźwięku lub obrazu, w nośnikach danych, obrazach lub w innych postaciach lub przekazywane niezależnie od przechowywania za pomocą technologii informacyjno-komunikacyjnych. Wersja oryginalna § 11 ust. 3: „Inhalte im Sinne der Vorschriften, die auf diesen Absatz verweisen, sind solche, die in Schriften, auf Ton- oder Bildträgern, in Datenspeichern, Abbildungen oder anderen Verkörperungen enthalten sind oder auch unabhängig von einer Speicherung mittels Informations- oder Kommunikationstechnik übertragen werden”.

¹⁴⁴⁵ Oryginalne brzmienie tego przepisu jest następujące: „Mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer einer anderen Person in einer Weise unbefugt nachstellt, die geeignet ist, deren Lebensgestaltung nicht unerheblich zu beeinträchtigen, indem er wiederholt 1. die räumliche Nähe dieser Person aufsucht, 2. unter Verwendung von Telekommunikationsmitteln oder sonstigen Mitteln der Kommunikation oder über Dritte Kontakt zu dieser Person herzustellen versucht, 3. unter missbräuchlicher Verwendung von personenbezogenen Daten dieser Person a) Bestellungen von Waren oder Dienstleistungen für sie aufgibt oder b) Dritte veranlasst, Kontakt mit ihr aufzunehmen, 4. diese Person mit der Verletzung von Leben, körperlicher Unversehrtheit, Gesundheit oder Freiheit ihrer selbst, eines ihrer Angehörigen oder einer anderen ihr nahestehenden Person bedroht, 5. zulasten dieser Person, eines ihrer Angehörigen oder einer anderen ihr nahestehenden Person eine Tat nach § 202a, § 202b oder § 202c begeht, 6. eine Abbildung dieser Person, eines ihrer Angehörigen oder einer anderen ihr nahestehenden Person verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht, 7. einen Inhalt (§ 11 Absatz 3), der geeignet ist, diese Person verächtlich zu machen oder in der öffentlichen Meinung herabzuwürdigen, unter Vortäuschung der Urheberschaft der Person verbreitet oder der Öffentlichkeit zugänglich macht oder 8. eine mit den Nummern 1 bis 7 vergleichbare Handlung vornimmt”.

W ust. 2 i ust. 3 ustawodawca przewidział typy kwalifikowane tego przestępstwa. W myśl ust. 2¹⁴⁴⁶ kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 grozi sprawcy, który dopuścił się czynów, o których mowa w ust. 1 pkt 1-7 w szczególnie ciężkich przypadkach (niem. *Besonders schweren Fällen*). W przywołanym przepisie ustawodawca niemiecki wskazuje katalog szczególnie ciężkich przypadków. W myśl tego katalogu rzeczony szczególnie ciężki przypadek mam miejsce, gdy:

1. czyn powoduje uszczerbek na zdrowiu pokrzywdzonego, osoby bliskiej pokrzywdzonemu lub innej bliskiej mu osoby,
2. czyn naraża ofiarę, jego krewnego lub inną osobę bliską pokrzywdzonemu na ryzyko śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu,
3. prześladowa ofiarę poprzez różne czyny przestępcze przez okres co najmniej sześciu miesięcy,
4. popełniając przestępstwo z ust. 1 pkt 5, posługuje się programem komputerowym, którego celem jest cyfrowe szpiegowanie innych osób,
5. wykorzystuje wizerunek uzyskany w wyniku czynu określonego w ust. 1 pkt 5 dopuszczając się czynu określonego w ust. 1 pkt 6,
6. wykorzystuje treści uzyskane w drodze czynności określonej w ust. 1 pkt 5 dopuszczając się czynu określonego w ust. 1 pkt 7 lub
7. sprawca ma ukończone dwadzieścia jeden lat, a ofiara nie ukończyła szesnastu lat.

Kolejny typ kwalifikowany jest stypizowany w ust. 3¹⁴⁴⁷. Jest to typ kwalifikowany przez następstwo w postaci śmierci ofiary, śmierci członka rodziny ofiary lub innej osoby bliskiej ofierze i zagrożony jest karą pozbawienia wolności od roku do lat 10.

Regulacja niemiecka może zostać uznana za regulację kazuistyczną. Wynika to z tego, że ustawodawca na gruncie typu podstawowego precyzyjnie wskazuje, jakie zachowania są

¹⁴⁴⁶ Brzmienie przywołanego przepisu w języku niemieckim: „In besonders schweren Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 bis 7 wird die Nachstellung mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter 1.durch die Tat eine Gesundheitsschädigung des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahestehenden Person verursacht, 2.das Opfer, einen Angehörigen des Opfers oder eine andere dem Opfer nahestehende Person durch die Tat in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt, 3.dem Opfer durch eine Vielzahl von Tathandlungen über einen Zeitraum von mindestens sechs Monaten nachstellt, 4. bei einer Tathandlung nach Absatz 1 Nummer 5 ein Computerprogramm einsetzt, dessen Zweck das digitale Ausspähen anderer Personen ist,5. eine durch eine Tathandlung nach Absatz 1 Nummer 5 erlangte Abbildung bei einer Tathandlung nach Absatz 1 Nummer 6 verwendet,6.einen durch eine Tathandlung nach Absatz 1 Nummer 5 erlangten Inhalt (§ 11 Absatz 3) bei einer Tathandlung nach Absatz 1 Nummer 7 verwendet oder 7. über einundzwanzig Jahre ist und das Opfer unter sechzehn Jahre ist”.

¹⁴⁴⁷ Oryginalne brzmienie przywołanego przepisu: „Verursacht der Täter durch die Tat den Tod des Opfers, eines Angehörigen des Opfers oder einer anderen dem Opfer nahestehenden Person, so ist die Strafe Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren”.

włączone pod zakres penalizacji. Katalog zachowań stanowiących prześladowanie jest katalogiem zamkniętym. Ogranicza to zatem zakres penalizacji nękania (prześladowania) w prawie niemieckim. Przestępstwa stypizowane w § 238 StGB mają charakter skutkowy, bowiem wymaga się wpływu prześladowania na tryb życia pokrzywdzonego. Z kolei skutkiem typu wyśłowionego w ust. 3 jest śmierć ofiary, członka jej rodziny lub innej osoby bliskiej ofierze.

§ 4. *Stalking* w prawie japońskim

Ostatnim porządkiem prawnym, który zostanie zasygnalizowany w niniejszej pracy, jest japoński porządek prawny. Istotną cechą przepisów penalizujących nękanie w Japonii jest to, że nie są one zawarte w kodeksie karnym (jap. Trans. Keihō)¹⁴⁴⁸, lecz w odrębnej ustawie. Tym aktem prawnym jest ustawa Sutōkā Kisei Hō z 2000 roku¹⁴⁴⁹.

Jak zauważa B. Jelonek centralnym pojęciem tej ustawy jest pojęcie *tsukimatou*, które to oznacza śledzenie kogoś, chodzenie za kimś oraz włóczenie się za kimś¹⁴⁵⁰. W art. 2 wspomnianej ustawy wprowadzono definicję legalną pojęcia *tsukimatou*. W myśl wspomnianego przepisu pojęcie to oznacza zachowanie podjęte w celu zaspokojenia swoich uczuć romantycznych lub innych pozytywnych uczuć względem określonej osoby lub poczucia urazy odczuwanego względem określonej osoby, małżonka tej osoby, najbliższej rodziny, osoby wspólnie z nią zamieszkującą lub innej osoby, z którą to nękanego łączy bliska relacja w życiu społecznym¹⁴⁵¹. Ustawodawca ponadto wskazuje katalog zachowań mogących zostać zakwalifikowanych jako *stalking*, który to katalog można uznać za katalog zamknięty. W jego skład wchodzi m.in. śledzenie, zasadzki, podążanie za kimś do miejsca pracy, szkoły lub innego podobnego miejsca, szpiegowanie ofiary we wspomnianych wcześniej miejscach, monitorowanie zachowań ofiary, powiadamianie ofiary o obserwowaniu jej, nieustępliwe „głuche” telefony, nieustanne rozmowy telefoniczne, nieustanne wysyłanie listów czy wiadomości e-mail, naruszenie miru domowego ofiary, wysyłanie ofierze ciał zwierząt z dodatkowymi wiadomościami lub bez takich dodatkowych wiadomości, wysyłanie ofierze odchodów, rozpowszechnianie informacji

¹⁴⁴⁸ Keihō, <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3581/en> [dostęp: 13.05.2024].

¹⁴⁴⁹ Należy dodać, że z racji zakresu niniejszej pracy nie wydaje się zasadne i potrzebne przedstawianie całej treści tej ustawy. Stąd też uwaga zostanie skupiona tylko na najistotniejszych – zdaniem autora niniejszej pracy – aspektach przywołanej ustawy.

¹⁴⁵⁰ B. Jelonek, *Stalking w Japonii – problematyka ustawy Sutōkā Kisei Hō z 2000 roku*, „Acta Erasmiana” 2018, nr 18, s. 5, https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/95579/PDF/003_Jelonek_B_Stalking_w_Japonii_problematyka_prawna_ustawy_Sutoka_Kisei_Ho_z_000_roku.pdf [dostęp: 23.10.2020].

¹⁴⁵¹ Por. N. Nikolova, *Japan's policy against the crime of stalking*, „Economics and Law” 2020, l. II, nr I, s. 82.

o ofierze, które w sposób oczywisty naruszają jej dobra osobiste, czy też umieszczanie w przestrzeni wirtualnej tekstów i zdjęć pornograficznych mających zawstydzić ofiarę¹⁴⁵². B. Jelonek twierdzi, iż: „Stalking rozumiany jest zgodnie z japońską ustawą jako powtarzające się akty *tsukimatou*, które powodują, iż prześladowana osoba odczuwa, że zagrożona jest jej wolność i poczucie bezpieczeństwa. Działania te wywoływać mogą u ofiary uzasadnione okolicznościami poczucie lęku, niepokoju, uszczerbku na zdrowiu i w sposób oczywisty ograniczają wolność i bezpieczeństwa tej osoby”¹⁴⁵³.

Znaczną część Sutōkā Kisei Hō zajmują przepisy określające postępowanie organów w sprawie o *stalking*. Postępowanie w takiej sprawie inicjowane jest przez ofiarę, która to składa ustne lub pisemne zawiadomienie wraz z wnioskiem o udzielenie sprawcy ostrzeżenia w trybie przepisów tej ustawy. Pierwszym krokiem postępowania *antystalkingowego* jest udzielenie ostrzeżenia sprawcy, w którym nakazuje się zaprzestania podejmowanych przez niego działań stanowiących prześladowanie ofiary. Jeśli sprawca nie zastosuje się do ostrzeżenia, Prefekturalna Komisja ds. Bezpieczeństwa Publicznego może nałożyć na niego zakaz zbliżania się do ofiary. Ofiara, w przypadku powtarzającego się *stalkingu*, ma uprawnienie do złożenia kolejnego zawiadomienia, co prowadzi do ścigania sprawcy na drodze karnej¹⁴⁵⁴. Ponadto wśród przepisów Sutōkā Kisei Hō znajdują się przepisy obligujące władze publiczne do podjęcia działań mających zmierzających do przeciwdziałania *stalkingowi* (m.in. poprzez organizację szkoleń, wspierania sektora prywatnego w przeciwdziałaniu *stalkingowi*, czy też prowadzenie działań edukacyjnych).

Penalizacja *stalkingu* następuje w końcowej części Sutōkā Kisei Hō, a mianowicie w art. 18. Sankcją za nękanie jest praca przymusowa w wymiarze nie wyższym niż rok albo kara grzywny w wymiarze nie przekraczającym miliona jenów. Wyróżnione zostają dwa typy kwalifikowane tegoż przestępstwa. W art. 19 wskazano, że pracy przymusowej w wymiarze do lat 2 lub karze grzywny w wysokości do 2 milionów jenów podlega ten, kto dopuszcza się *stalkingu* naruszając zakaz zbliżania się do ofiary lub dokonuje prześladowania ofiary poprzez naruszenie tego zakazu. W myśl art. 20, poza przypadkami określonymi w art. 19, kto łamie wydany mu zakaz, podlega karze pracy przymusowej do 6 miesięcy albo karze grzywny do 500 000 jenów.

Regulacja japońska może zostać uznana za regulację kazuistyczną. Ustawodawca precyzyjnie wskazał, na czym ma polegać penalizowane przez tę ustawę nękanie. Co istotne opis

¹⁴⁵² Por. B. Jelonek, *Stalking w Japonii...*, s. 6.

¹⁴⁵³ B. Jelonek, *Stalking w Japonii...*, s. 6.

¹⁴⁵⁴ Por. B. Jelonek, *Stalking w Japonii...*, s. 6-7.

nękania stanowi definicję legalną, nie zaś element opisu znamion typu czynu zabronionego. Element zwany w polskiej karnistyce znamieniem czynności sprawczej jest określony w art. 18 jako prześladowanie. Kolejnym ciekawym zabiegiem jest umieszczenie w przywoływanej ustawie przepisów proceduralnych odnoszących się do postępowania w sprawie o nękanie. Sama procedura zdaje się traktować ukaranie sprawcy jako środek *ultima ratio*, bowiem w pierwszej kolejności oczekuje się, że sprawca dobrowolnie zmieni swoje postępowanie. W konsekwencji regulacja japońska nie jest wyłącznie fragmentem ustawy karnej, lecz stanowi odrębną ustawę merytoryczną, w której to można wyróżnić przepisy ogólne (w ramach których m.in. definiowany jest *stalking*), przepisy proceduralne, przepisy karne oraz przepisy zmieniające, przepisy dostosowujące, czy przepis o wejściu w życie.

§ 5. Podsumowanie

W każdym z podrozdziałów po zarysowaniu regulacji penalizujących nękanie, dokonano podsumowania rozważań odnoszących się do tych porządków prawnych. Stąd też nie wydaje się zasadne powielanie tych wniosków w niniejszym podrozdziale. Niemniej nie przesądza to o zbędności tej części niniejszej pracy. Rolą tego podsumowania jest zestawienie poczynionych wniosków z polską regulacją i odpowiedź na pytanie, czy polski ustawodawca powinien wprowadzić określone elementy występujące w przedstawionych prawodawstwach do polskiej karnoprawnej regulacji *antystalkingowej*, czy też nie powinien tego robić.

Wskazania wymaga fakt, że we wszystkich analizowanych trzech porządkach prawnych, odmiennie niż w Polsce, nękanie zostało określone w sposób kazuistyczny. Należy w tym miejscu dodać, że jednak nie oznacza to, iż Polska jest jedynym krajem, w którym zastosowano metodę syntetyczną. Na przykładzie państw europejskich metoda syntetyczna została użyta m.in. w prawie belgijskim, prawie luksemburskim (w obu państwach występuje ujęcie ściśle syntetyczne), prawie finlandzkim, prawie francuskim, czy w prawie słoweńskim (w tych trzech państwach posłużono się ujęciem względnie syntetycznym)¹⁴⁵⁵.

Porównując regulacje amerykańskie z regulacjami polskimi, należy na początku zauważyć, że w Stanach Zjednoczonych Ameryki *stalking* jest ścigany na dwóch poziomach: na poziomie federalnym i poziomie poszczególnych stanów. Przypominając, zróżnicowanie to wynika po pierwsze z rozmiarów szkody, jaką wyrządza nękanie w danym przypadku, a po drugie

¹⁴⁵⁵ Zob. M. Kulik, *Stalking w wybranych...*, s. 146-149 oraz K. Nazar, *Uporczywe nękanie...*, s. 299-300.

ze względu na podmiot przestępstwa (aczkolwiek ma to znaczenie drugorzędne). W Polsce natomiast ze względu na unitarny charakter państwa, ściganiem sprawców przestępstwa uporczywego nękania zajmują się organy będące organami ogólnokrajowymi (mowa tutaj przede wszystkim o policji, jednostkach prokuratury i sądownictwie powszechnym). Różnice dotyczą również określenia czynności sprawczej. W każdym z przywołanych aktów prawa amerykańskiego czynność sprawcza jest precyzyjnie określona, czy to w przepisie penalizującym *stalking*, czy to w definicji legalnej, znajdującej się w innej jednostce redakcyjnej. W Polsce natomiast posłużono się ogólnym i pojemnym znaczeniowo zwrotem „uporczywe nękanie”. Konsekwencją stanu przyjętego w Stanach Zjednoczonych Ameryki jest ograniczenie elastyczności regulacji prawnej. W zależności od aktu prawnego przewiduje się różne typy kwalifikowane przestępstwa *stalkingu*, a w MS wskazuje się okoliczności obciążające sprawcę jak również okoliczności wyłączające przestępność czynu. W prawie polskim również występuje co prawda typ kwalifikowany przestępstwa uporczywego nękania, lecz prawo amerykańskie w tym zakresie jest bardziej rozbudowane. W MS zamiast typów kwalifikowanych wprowadza się katalog okoliczności obciążających sprawcę. Taki konstrukt w formie występującej w MS w polskim prawie karnym występować może jako typ kwalifikowany określonego czynu zabronionego, stąd też rozwiązanie przyjęte w MS jest odmienne od polskich standardów. Z kolei okoliczności wyłączające przestępność czynu zostały w tym akcie przedstawione indywidualnie dla przestępstwa *stalkingu*. To też różni się od rozwiązań polskich, bowiem okoliczności wyłączające przestępność są modelowo określane w części ogólnej k.k. lub są formułowane w doktrynie i mają charakter ogólny, w takim sensie, iż tworzone są dla wszystkich przestępstw¹⁴⁵⁶. Ciekawe jest również określenie *stalkingu* – w praktycznie wszystkich przywołanych aktach prawnych wskazuje się, że do uznania danego zachowania za *stalking* konieczne jest wystąpienie co najmniej dwóch zachowań się sprawcy. Wyjątkiem jest CDC, gdzie dopuszcza się nękania jednym zachowaniem się. W prawie polskim natomiast ustawodawca nie odnosi się do liczby zachowań wystarczających do uznania, że sprawca zrealizował znamię czynności sprawczej, przez co kwestię tę musi precyzować doktryna i orzecznictwo. Należy dodać, że w 18 U.S. Code, czy MS nie wymaga się konieczności udowodnienia, że sprawca miał zamiar wywołania skutków stanowiących znamię przepisu penalizującego nękanie. Jest to znacząca odmienność

¹⁴⁵⁶ Rzecz jasna, założenie to jest w pewnym stopniu uproszczone. Wynika to z tego, że w toku wykładni może się okazać, iż ze względu na specyfikę danego typu czynu zabronionego określone okoliczności wyłączające przestępność czynu nie znajdą w jego przypadku zastosowania. Niemniej ustawodawca w warstwie deskryptywnej nie wskazuje, że danych okoliczności wyłączających przestępność nie stosuje się w przypadku, wymienionych przez ustawodawcę, typów czynów zabronionych. Niemożność zastosowania jednej lub więcej takich okoliczności wyłączenia się dopiero w drodze wykładni przepisu.

od prawa polskiego, bowiem na gruncie k.k. zamiar sprawcy stanowi jedno ze znamion czynu, a zatem istnieje konieczność udowodnienia istnienia po stronie sprawcy zamiaru, celem pociągnięcia go do odpowiedzialności karnej. Sankcja za nękanie w zależności od aktu jest zróżnicowana. Niemniej jako główne sankcje można wyróżnić karę grzywny i karę pozbawienia wolności¹⁴⁵⁷. W konsekwencji niekiedy sankcja za *stalking* w Stanach Zjednoczonych Ameryki jest łagodniejsza od sankcji przewidzianych w Polsce, a niekiedy zaś surowsza. Szukając podobieństw w ukształtowaniu brzmienia przepisów w obu porządkach prawnych należy wskazać na zaakcentowanie w warstwie deskryptywnej przepisów konieczności wywołania krzywdy psychicznej przez sprawcę.

Z kolei regulacja niemiecka od regulacji polskiej różni się nazewnictwem czynności sprawczej – w StGB określono ją jako prześladowanie (*Nachstellung*), zaś w k.k. jako uporczywe nękanie. Nie wydaje to się jednak różnica nad wyraz istotna, bowiem oba pojęcia odnoszą się do podobnych, jeśli nie identycznych zakresowo czynności. Opis znamienia czynności sprawczej sformułowany w StGB obejmuje również kradzież tożsamości, która to w Polsce stanowi odrębny typ czynu zabronionego. Regulację niemiecką od regulacji polskiej różni kwestia kazuistycznego opisu znamienia czynności sprawczej. Ponadto w polskiej regulacji skutki stanowiące znamię przestępstwa uporczywego nękania zostały wskazane bardziej wprost w warstwie deskryptywnej przepisu niż w ustawie niemieckiej. Różnice dotyczą też sankcji, która w prawie niemieckim jest łagodniejsza aniżeli w prawie polskim. Tryb ścigania przestępstwa w obu państwach jest zbliżony do siebie. Różnicą występującą w trybie ścigania jest możliwość ścigania w Niemczech przestępstw prześladowania w typie podstawowym z urzędu, jeśli organ ścigania uzna interwencję z urzędu za konieczną ze względu na szczególnie interes publiczny w ściganiu. W Polsce ściganie uporczywego nękania w każdym przypadku możliwe jest wyłącznie po złożeniu wniosku pokrzywdzonego. Podobnie jak w Polsce, w przypadku przestępstwa z art. 190a § 3 k.k., tak samo w Niemczech typy kwalifikowane ścigane są z urzędu. Przechodząc do typów kwalifikowanych to w Niemczech występują dwa:

1. narażenie na skutek prześladowania ofiary, członka rodziny ofiary lub inną osobę bliską ofierze na ryzyko śmierci lub poważnego uszczerbku na zdrowiu;
2. spowodowanie na skutek nękania śmierci ofiary, śmierci członka rodziny ofiary lub innej osoby bliskiej ofierze.

Pierwszy z typów kwalifikowanych w prawie polskim nie ma swojego odpowiednika. Z kolei drugi typ kwalifikowany jest po części zakresowo szerszy aniżeli typ kwalifikowany z art. 190a

¹⁴⁵⁷ Warto przypomnieć, że w myśl § 2261A 18 U.S. Code, jeśli następstwem nękania jest śmierć człowieka sprawca podlega karze dożywotniego pozbawiania wolności.

§ 3 k.k. Obejmuje on bowiem przypadki samobójstwa dokonanego na skutek nękania, jak również doprowadzenie do śmierci ofiary w inny sposób niż doprowadzenie do zamachu samobójczego. Ponadto zakres tego przepisu obejmuje również doprowadzenie na skutek nękania do śmierci członka rodziny ofiary czy innej osoby bliskiej dla ofiary. Stąd też w przedstawionym zakresie ten typ kwalifikowany jest szerszy w zakresie przedmiotowym jak i zakresie podmiotowym. Jak wskazano szerszy zakres tego typu kwalifikowanego występuje tylko w pewnym zakresie. Mianowicie typ kwalifikowany stypizowany w § 238 ust. 3 StGB nie obejmuje swoim zakresem przypadków samobójstw usiłowanych na skutek nękania, które to obejmowane są zakresem art. 190a § 3 k.k. Wynika to z dość oczywistego faktu, że w przypadku samobójstwa usiłowanego nie dochodzi do śmierci suicydenta, zaś w § 238 ust. 3 wymagane jest spowodowanie śmierci jednej z osób wskazanych w tym przepisie.

Z kolei regulacja japońska różni się znacząco od regulacji polskiej. Podstawową różnicą jest to, że w prawie polskim przepis penalizujący nękanie jest częścią ustawy karnej, z kolei w prawie japońskim penalizacja *stalkingu* została dokonana w osobnej ustawie. Ustawa ta nie tylko definiuje czym jest *tsukimatou*, lecz wskazuje również procedurę postępowania w sprawie o nękanie, jak również nakłada na organy władzy publicznej obowiązek przeciwdziałania zjawisku *stalkingu* w Japonii, co znajduje swój wyraz np. w działalności edukacyjnej czy współpracy z podmiotami prywatnymi. W prawie polskim do postępowania w sprawie o nękanie stosuje się przepisy proceduralne wynikające z k.p.k., a więc nie tworzy się odrębnych regulacji. Sposób inicjacji postępowania jest podobny, wymagana jest aktywność ofiary w postaci złożenia wniosku do organów postępowania karnego – w Polsce jest to wniosek o ściganie przestępstwa, zaś w Japonii wniosek o udzielenie ostrzeżenia sprawcy. Instytucja udzielenia ostrzeżenia sprawcy i nałożenia na niego zakazów w przypadku niezastosowania się do orzeczenia jest nieznaną polskiemu porządkowi prawnemu. Zakazów tych nie można porównywać do polskich środków zapobiegawczych stosowanych w trybie i na podstawie przepisów k.p.k. Środki zapobiegawcze służą zabezpieczeniu toku wszczętego postępowania karnego, a więc stosowane są po to, ażeby organ miał możliwość prowadzenia postępowania karnego bez obawy zakłócenia jego przebiegu ze strony podejrzanego/oskarżanego. Z kolei zakazy orzekane w trybie *Sutōkā Kisei Hō* zdają się środkiem mającym w zamyśle stanowić definitywne rozstrzygnięcie sprawy. I tutaj pojawia się kolejna różnica między oboma systemami prawnymi. W polskim systemie prawnym przestępstwo uporczywego nękania jest traktowane jak pozostałe przestępstwa – dąży się do ustalenia popełnienia czynu, ustalenia sprawcy i wymierzenia mu kary. Natomiast w Japonii w pierwszej kolejności nie chce się karać sprawcy za to co uczynił, lecz skłonić go do zaprzestania dalszych działań stanowiących *tsukimatou*. Zakres typów

zmodyfikowanych przestępstwa z art. 18 Sutōkā Kisei Hō odnosi się do naruszenia przez sprawcę nałożonych na niego zakazów. Odróżnia to, więc regulację japońską od regulacji innych przedstawionych państw, jak i regulacji polskiej, gdzie typy zmodyfikowane tworzone są ze względu na określone *modus operandi* sprawcy czy też ze względu na określone konsekwencje nękania. Sankcja w postaci pracy przymusowej nie występuje w polskim prawie karnym, zatem stanowi to kolejną różnicę między japońskim systemem prawnym a systemem polskim. Między regulacją japońską a regulacją polską, więcej jest różnic niż podobieństw. Szukając jednak elementów wspólnych można wskazać, że w obu regulacjach zaakcentowana jest skutkowość nękania, zaś skutkiem w obu systemach prawnych jest wywołanie określonej krzywdy psychicznej, która to powinna istotnie wpływać na życie ofiary.

Po dokonaniu tego krótkiego porównania przeanalizowanych przepisów penalizujących *stalking* w państwach innych niż Polska z przepisami polskiego k.k. należy zastanowić się, czy warto rozważyć wprowadzenie do polskiej regulacji *antystalkingowej* pewnych elementów występujących w aktach prawnych przedstawionych w niniejszym rozdziale. Jak wskazywano wcześniej syntetyczność określenia czynności sprawczej pomimo ewentualnych problemów z wykładnią znamienia nękania i znamienia jego uporczywości, należy ocenić pozytywnie. Wszelkiego rodzaju kazuistyka ograniczyłaby znacząco zakres ochrony przed nękaniem. Podobnie rzecz się ma z wprowadzaniem dodatkowych znamion skutku. W rozdziale III postulowano, ażeby skutek polegający na spowodowaniu krzywdy psychicznej określić syntetycznie, poprzez posłużenie się jednym zwrotem – udręczenie¹⁴⁵⁸. Stąd też rozbudowywanie katalogu znamion skutku, byłoby istotnym zaprzeczeniem tego postulatu. Odnosząc się do ograniczenia postępowania dowodowego, polegającego na braku obowiązku dowodzenia, iż sprawca miał zamiar wywołania skutku (lub skutków) stanowiącego znamię czynu zabronionego, to należy ocenić negatywnie. Rozwiązanie takie byłoby sprzeczne z polskim systemem prawnym, w którym to strona podmiotowa stanowi znamię typu czynu zabronionego. W konsekwencji celem ukarania sprawcy należy ustalić jego zamiar, a także wykazać, iż faktycznie tak, a nie inaczej kształtowała się strona podmiotowa sprawcy. Nawet, jeśli sprawca działał nieumyślnie, to nieumyślność tą trzeba ustalić i wykazać przed sądem¹⁴⁵⁹. Warto rozważyć jeszcze rozbudowanie typów kwalifikowanych przestępstwa uporczywego nękania. W przepisach amerykańskich

¹⁴⁵⁸ Rzecz jasna, owo udręczenie musi być obiektywizowane, na co wskazuje się poprzez znamię uzasadnienia okolicznościami udręczenia.

¹⁴⁵⁹ Należy również dodać, że w polskim prawie karnym nie istnieje nieumyślny typ przestępstwa uporczywego nękania. Stąd też brak zamiaru równoznaczny jest z niepopelnieniem przestępstwa przez sprawcę.

oraz niemieckich występują typy kwalifikowane, których to nie przewiduje polski ustawodawca. Należy wskazać, że tworzenie, czy to typów uprzywilejowanych, czy to typów kwalifikowanych prowadzi do powstania pewnej kazuistyki. Ten rodzaj kazuistyki może być jednak zasadny, jeśli dane zachowanie się z jakichś względów (np. z powodu okoliczności jego popełnienia) zasługuje na łagodniejszy bądź surowszy wymiar kary. Ustalenie tego, czy zasadne jest wprowadzenie do systemu prawnego przepisu wprowadzającego typ zmodyfikowany danego przestępstwa, winno być poprzedzone obszerną analizą nie tylko prawną, ale również społeczną co do konieczności modyfikacji wymiaru kary za dane zachowanie w określonych sytuacjach¹⁴⁶⁰. Analiza taka przekracza zakres niniejszej pracy. Stąd też nie należy się odnosić w tym miejscu co do zasadności lub konieczności wprowadzania kolejnych typów zmodyfikowanych analizowanego przestępstwa. Jak wskazano wcześniej, kara grzywny stosowana we wszystkich trzech krajach, zdaje się nieadekwatna na gruncie prawa polskiego w stosunku do charakteru przestępstwa, a w szczególności do stopnia społecznej szkodliwości *in abstracto* oraz społecznej szkodliwości *in concreto*. Tym bardziej nie sposób przenieść na grunt polskiego systemu prawnego „miękkich” środków prawnokarnej reakcji jak np. udzielenie ostrzeżenia sprawcy nękania. W niektórych przypadkach udzielenie ostrzeżenia mogłoby odstraszyć czy w inny sposób przekonać sprawcę do zaprzestania nękania, jednak może to również przynieść odwrotny skutek i zamiast zaprzestać nękania, sprawca z większą intensywnością będzie dopuszczać się zachowań krzywdzących pokrzywdzonego. Ponadto udzielenie ostrzeżenia ma charakter prewencyjny, ma ono działać na przyszłość. Zatem ograniczając prawnokarną reakcję wyłącznie do tego rodzaju aktywności organów, wówczas reakcja prawna *de facto* dotyczy zachowań przyszłych, z kolei zaś zachowania przeszłe pozostają bez reakcji wymiaru sprawiedliwości. Odnosząc się do zakazów, które mogą zostać orzeczone na podstawie japońskiej ustawy to należy wskazać, że w toku postępowania karnego np. zakaz zbliżania się do pokrzywdzonego, czy zakaz kontaktowania się z pokrzywdzonym mogą zostać nałożone na podejrzanego w ramach środka zapobiegawczego dozoru policji, zaś w przypadku skazania sprawcy za uprzedzone nękanie zakazy te mogą zostać orzeczone jako środek karny. Pozostając przy temacie sankcji za nękanie w prawie japońskim należy wskazać, że jedną z kar grożących za popełnienie tego przestępstwa jest praca przymusowa. Implementacja takiej kary w systemie prawa polskiego wymagałaby zmiany szeregu przepisów zarówno z zakresu prawa karnego materialnego jak i prawa karnego procesowego oraz prawa karnego wykonawczego. Należy w tym miejscu wskazać, że każdy system prawny wypracowuje własne środki prawnokarnej reakcji,

¹⁴⁶⁰ Przez sytuacje rozumie się w tym miejscu również *modus operandi* sprawcy.

z uwzględnieniem zasad kulturowych panujących na danym obszarze. Dane środki karnoprawnej reakcji w świetle jednej kultury będą uzasadnione i będą skuteczne, zaś w innym kręgu kulturowym mogą one nie spełnić swojego zadania. Wprowadzenie nowej sankcji do systemu prawa wymaga zbadania m.in. tychże kwestii. Więc stwierdzenie o zasadności i słuszności wprowadzenia nowej, zwłaszcza ciężkiej, sankcji nie może być decyzją arbitralną jednej osoby, lecz musi wynikać z pewnych wniosków natury empiryczno-dogmatycznej. Stąd też w niniejszej pracy nie można przesądzić tychże kwestii. Warto zasygnalizować również, że wprowadzenie pracy przymusowej, jako kary do polskiego prawa karnego może budzić również kontrowersje w aspekcie praw człowieka. Stąd też w przypadku woli ze strony ustawodawcy wprowadzenia tej kary, należałoby również dokonać dogłębnej analizy również i w tym zakresie. W konsekwencji taka zmiana nie byłaby zmianą dokonaną wyłącznie w obrębie art. 190a § 1 k.k., lecz zmianą systemową.

Po przeprowadzeniu powyższego wywodu należy odpowiedzieć na pytanie, czy warto lub, czy konieczne jest wprowadzenie pewnych elementów z analizowanych w niniejszym rozdziale przepisów do polskiej karnoprawnej regulacji *antystalkingowej*. Wydaje się, że nie ma takiej potrzeby. Każdy system prawny ma swoje osobliwe właściwości, stąd też lepszym rozwiązaniem od przenoszenia „cudzych” rozwiązań do rodzimego porządku prawnego, jest stałe monitorowanie zjawiska nękania i tworzenie własnych rozwiązań adekwatnych do polskiego systemu prawnego, jak i do ocen moralnych żywnionych w polskim społeczeństwie i wynikających z polskiej kultury.

PODSUMOWANIE

Przestępstwo uporczywego nękania nie należy do przestępstw najłatwiejszych w analizie. Wynika to z charakteru *stalkingu*, który jak wykazano, jest mocno osadzony na elementach związanych z przeżyciami psychicznymi człowieka, a więc na elementach subiektywnych. Ma to swoje konsekwencje na gruncie przepisu penalizującego nękanie, co z kolei przekłada się na wielość problemów interpretacyjnych, jakich przysparza art. 190a § 1 k.k. Ponadto, jak wykazano, znaczna część zagadnień odnoszących się do art. 190a § 1 k.k. związana jest z kwestiami wynikającym z przepisów części ogólnej k.k. Można nawet zaryzykować stwierdzenie, że znaczna część konstrukcji przestępstwa uporczywego nękania nie wynika z art. 190a § 1 k.k., lecz z poszczególnych przepisów części ogólnej polskiej ustawy karnej. W niniejszej pracy poczyniono wiele wniosków dotyczących stanu *de lege lata* jak i stanu *de lege ferenda*. Przycięcie wszystkich wniosków poczynionych w niniejszej pracy mija się z celem podsumowania, które ma stanowić esencję przeprowadzonych rozważań. Zatem należy ograniczyć się do wskazania najważniejszych wniosków odnoszących się do obecnego stanu prawnego, jak i propozycji zmian przedstawionych w niniejszej pracy. Celem klarownego przedstawienia rezultatów analizy przeprowadzonej w niniejszej pracy, najważniejsze wnioski należy przedstawić w punktach z uwzględnieniem podziału na wnioski *de lege lata* i wnioski *de lege ferenda*.

Odnosząc się do najważniejszych wniosków *de lege lata* są one następujące:

1. Nękanie jest to pojedyncze zachowanie się sprawcy, które to zachowanie jest rozciągnięte w czasie albo zbiór zachowań się sprawcy (który nie musi być zbiorem zachowań jednorodnych) podejmowanych względem pokrzywdzonego bez jego zgody nieustępliwie przez pewien okres, powodujące udręczenie psychiczne. Zatem, aby dane zachowanie czy konglomerat zachowań się mógł zostać uznany za nękanie, to krzywda psychiczna wywołana przez te zachowanie albo zachowania musi wywierać intensywny i negatywny wpływ na psychikę człowieka oraz jego funkcjonowanie w życiu codziennym.
2. Do 2011 r. ustawa karna nie przewidywała penalizacji nękania. Niemniej sprawca mógł zostać pociągnięty do odpowiedzialności na podstawie innych przepisów (np. za popełnienie przestępstwa groźby karalnej, naruszenie miru domowego czy znęcanie się, jeśli przedmiotem nękania były osoby określone w przepisie typizującym znęcanie). Stan ten wynika z tego, że ustawodawca na gruncie k.k. z 1932 r., k.k. z 1969 r. oraz także na gruncie obecnie obowiązującego k.k. – do 2010 r. nie dostrzegał zjawiska nękania, przez

co nękanie było częściowo penalizowane niejako przypadkowo. Przez to część zachowań sprawcy nękania pozostawała poza zakresem kryminalizacji.

3. Art. 190a § 1 k.k. chroni takie dobra prawne jak: wolność (zarówno wolność pozytywną jak i wolność negatywną), dobrostan psychiczny, wizerunek, życie prywatne i rodzinne. W zależności od *modus operandi* sprawcy liczba oraz rodzaj dóbr chronionych przez art. 190a § 1 k.k. mogą być różne.
4. Przesłpstwo uporczywego nękania jest przespłstwem trwałym i wieloodmianowym. *De facto* ustawodawca stypizował w art. 190a § 1 k.k. kilka przespłstw uporczywego nękania, jednak celem zapewnienia klarowności wywodu w niniejszej pracy mówiąc o tych przespłstwach posługiwano się liczbą pojedynczą. Należy dodać, że przespłstwo uporczywego nękania stanowi także przejaw przeszczeplu prawnego.
5. Podmiotem przespłstwa jest każda osoba fizyczna, przy czym na gruncie k.k. odpowiedzialność mogą ponieść sprawcy, którzy *tempore criminis* mieli ukończone 17 lat. Co istotne na gruncie aktualnego stanu prawnego nie można pociągnąć do odpowiedzialności karnej za nękanie podmiotu zbiorowego w rozumieniu u.o.p.z.
6. Możliwe jest „podzielenie” *in concreto* uporczywego nękania na zachowania, które zostały popełnione przed ukończeniem 17 roku życia oraz na zachowania, których sprawca dopuścił się po ukończeniu 17 roku życia i wymierzenie kary mu na zasadach przewidzianych w k.k., wyłącznie za tę drugą „część” zachowań.
7. Przedmiotem przespłstwa uporczywego nękania jest inna osoba lub inna osoba jej najbliższa. W myśl uchwały siedmiu sędziów SN, w skład zakresu „innej osoby najbliższej” wchodzą także partnerzy pokrzywdzonego tej samej płci co ów pokrzywdzony.
8. Czasem popełnienia analizowanego przespłstwa jest cały czasookres działania sprawcy. Z kolei miejscem popełnienia przespłstwa uporczywego nękania jest każde z miejsc działania lub zaniechania sprawcy oraz miejsce (miejsca) wystąpienia skutku (skutków). Miejsce popełnienia przespłstwa powinno się określać na tyle precyzyjnie, na ile jest to wymagane do określenia właściwości miejscowej organu prowadzącego postępowanie karne.
9. Nękanie, o którym mowa w art. 190a § 1 k.k. wbrew pogładowi większościowemu może być jednym zachowaniem się rozciągniętym w czasie¹⁴⁶¹. W skład nękania mogą wchodzić zachowania prawnokarnie irrelewantne jak i zachowania prawnokarnie doniosłe. Nie jest możliwe stworzenie wyczerpującego katalogu wszystkich zachowań, jakimi

¹⁴⁶¹ Rzecz jasna nękanie może być również zbiór zachowań, co wydaje się częstszą sytuacją.

można dopuścić się nękania. Za nękanie można uznać takie zjawiska jak *mobbing* i *bullying*. Konsekwencją tego jest możliwość pociągnięcia *mobbera* czy sprawcy *bullyingu* do odpowiedzialności karnej z art. 190a § 1 k.k.

10. Nękanie może zostać popełnione zarówno przez działanie, jak i zaniechanie. W przypadku zaniechania sprawca musi mieć obowiązek wynikający z normy prawnej chronienia określonych dóbr, zaś narusza te normy niechając ich ochrony, przez co nęka pokrzywdzonego.
11. Znamię uporczywości nękania wskazuje na konieczność podejmowania przez sprawcę działań przez określony czas i nieustępliwość sprawcy w jego działaniach. Znamię to nie wskazuje na zabarwienie motywacji sprawcy i nie wyłącza możliwości przypisania sprawcy nękania zamiaru ewentualnego. Tak rozumiana uporczywość zawiera się już w nękanii, stąd też znamię to stanowi *superfluum* ustawowe.
12. Treść i charakter reguł ostrożności naruszanych przez sprawcę jest różna w zależności od stanu faktycznego. Głównym źródłem reguł ostrożności naruszanych przy popełnieniu przestępstwa uporczywego nękania są: normy prawne, normy społeczne i wiedza naukowa (przede wszystkim wypracowana przez psychologię, psychiatrię czy socjologię).
13. Znamię skutku w postaci uzasadnionego poczucia zagrożenia odnosi się do stanu, gdzie sprawca swoim zachowaniem (zachowaniami) powoduje u pokrzywdzonego emocję braku poczucia bezpieczeństwa i ta emocja wpływa istotnie na funkcjonowanie pokrzywdzonego. Poczucie zagrożenia nie jest tożsame ze strachem czy lękiem, lecz może z nim współistnieć. Znamię poczucia poniżenia odnosi się do sytuacji upokorzenia pokrzywdzonego. Natomiast znamię poczucia udręczenia wskazuje na konieczność zadania cierpień psychicznych pokrzywdzonemu. Poczucie udręczenia (jak również samo udręczenie) pochłania wszystkie znamiona skutku wyrażone w art. 190a § 1 k.k. Skutki te muszą być obiektywizowane. Obiektywizacja ta powinna nastąpić z wykorzystaniem wiedzy nauk takich jak psychologia, psychiatria czy socjologia (katalog takich nauk jest katalogiem otwartym). Ponadto przy obiektywizacji należy brać właściwości osobiste pokrzywdzonego (zwłaszcza jego psychikę). Obiektywizacja ma na celu wskazanie, czy faktycznie doszło do zadania pokrzywdzonemu takiej krzywdy psychicznej, która znacząco mu utrudnia funkcjonowanie w życiu codziennym. Co istotne obiektywizacja nie zawsze wiąże się z koniecznością powołania biegłego w danej sprawie. W pierwszej kolejności, to sąd samodzielnie dokonuje owej obiektywizacji, uwzględniając wiedzę

naukową oraz doświadczenie życiowe. Biełego należy powoływać jedynie w skomplikowanych sprawach, w których to jedynie specjalista z danej dziedziny jest w stanie ustalić, czy doszło do wywołania skutku spowodowanego przez nękanie, a jeśli tak to, czy jest on uzasadniony okolicznościami. Zatem skutki te mają charakter perlokucyjny, bowiem odnoszą się do przeżyć wewnętrznych pokrzywdzonego.

14. O istotnym naruszeniu prywatności na skutek nękania można mówić, jeśli to naruszenie prywatności wywoła u pokrzywdzonego znaczną krzywdę psychiczną. Znamię to ma charakter perlokucyjno-lokucyjny. Wynika to z tego, że naruszenie prywatności może powodować również zmiany w świecie zewnętrznym. Wskazanie na istotność jest zbędne, bowiem w przypadku nieistotnego naruszenia prywatności, sprawca nie będzie podlegał karze z racji znikomego stopnia społecznej szkodliwości jego czynu, co wynika z art. 1 § 2 k.k.
15. Znamiona skutku co prawda zawierają się w nękaniu, jednak wyartykułowanie znamion skutku jest konieczne z pragmatycznego punktu widzenia. Jak wskazano w Rozdziale III: „Przede wszystkim rozszerzenie takie wiąże się z większą możliwością wykorzystywania tego przepisu w sposób sprzeczny z jego celem, a także może w praktyce jeszcze bardziej utrudnić poprawne stosowanie przepisu”.
16. Omawiane przestępstwo można popełnić wyłącznie umyślnie, co należy ocenić pozytywnie. Może zostać ono popełnione zarówno w zamiarze bezpośrednim jak i w zamiarze ewentualnym. W treści zamiaru sprawcy nie jest konieczne odbijanie się znamienia uporczywości. Identyfikacja kształtuje się strona usiłowania przestępstwa uporczywego nękania (zarówno usiłowania udolnego jak i usiłowania nieudolnego). Jeśli chodzi o stronę podmiotową innych form sprawczych aniżeli sprawstwo pojedyncze, to w przypadku uporczywego nękania co do zasady strona podmiotowa kształtuje się tak samo jak przy sprawstwie pojedynczym (a więc można ich się dopuścić w zamiarze bezpośrednim i zamiarze ewentualnym). Wyjątek stanowi podżeganie, którego można dopuścić się wyłącznie w zamiarze bezpośrednim.
17. Możliwe jest dopuszczenie się uporczywego nękania we wszystkich formach sprawczych. Również możliwe jest kierowanie wykonaniem czynu zabronionego poprzez uporczywe nękanie, jak i podżeganie do popełnienia czynu zabronionego w ten sposób. Możliwe jest sprowokowanie nękania w rozumieniu art. 24 k.k. oraz prowokowanie do popełnienia czynu zabronionego poprzez nękanie.
18. Możliwa jest obrona konieczna przed uporczywym nękaniem. Hipotetycznie możliwe jest też odpieranie zamachu przez nękanie zamachowca, jednak z pragmatycznego

punktu widzenia będzie to obrona nieskuteczna. Na kontratyp eksperymentu mogą powołać się wyłącznie eksperymetatorzy dopuszczający się nękania uczestnika (uczestników) w warunkach eksperymentu¹⁴⁶². W przypadku omawianego przestępstwa sprawca nie może się powołać na stan wyższej konieczności oraz kontratyp zgody pokrzywdzonego, jak i kontratyp działania w granicach uprawnień i obowiązków.

19. Społeczna szkodliwość *in concreto* analizowanego przestępstwa jest różna w zależności od stanu faktycznego. Natomiast poziom społecznej szkodliwości *in abstracto* przestępstwa uporczywego nękania jest na tyle znaczny, że wymaga on po pierwsze zastosowania sankcji karnej, a po drugie sankcji dość dolegliwej – czasowej izolacji sprawcy od społeczeństwa.
20. Odnosząc się do wyłączenia winy to na gruncie uporczywego nękania możliwe jest powołanie się przez sprawcę na niemalże wszystkie okoliczności ekskulpacyjne, prócz błędu z art. 28 § 2 k.k.
21. Art. 190a § 1 k.k. zbiega się z wieloma przepisami k.k. i k.w., a zwłaszcza z art. 207 § 1 i § 1a k.k. oraz art. 107 k.w. Dochodzi również do sytuacji zbiegu w obrębie art. 190a § 1 k.k. (np. gdy sprawca nęka kilka osób lub umyślnie wzbudzi jeden ze skutków stanowiący znamię typu czynu zabronionego również u innej osoby najbliższej). Większość przepisów jest konsumowana przez art. 190a § 1 k.k. Istotną rolę, ze względu na podobny zakres kryminalizacji, odgrywa zbieg art. 190a § 1 z art. 207 § 1 lub § 1a k.k. i z art. 107 k.w. Aby nastąpił zbieg art. 190a § 1 z art. 207 § 1 lub § 1a k.k. muszą zostać spełnione następujące przesłanki: zachowania się (lub zachowanie się) dokonywane są względem osób, o których mowa w art. 207 § 1 lub § 1a, zachowania te muszą doprowadzić do wywołania jednego ze skutków, o którym mowa w art. 190a § 1 k.k. i sprawca musi obejmować zamiarem wywołanie tych skutków. Art. 107 k.w. w przypadku nękania jest pochłaniany przez art. 190a § 1 k.k., przy czym powstaje wątpliwość, kiedy dane zachowanie należy kwalifikować jako złośliwe niepokojenie, a kiedy jako uporczywe nękanie. Stwierdzono, że kwalifikacja zachowań (zachowania) się sprawcy jako złośliwe niepokojenie, czy też jako uporczywe nękanie jest determinowana przez intensywność negatywnych emocji pokrzywdzonego wywołanych przez sprawcę. W przypadku niskiej intensywności negatywnych emocji sprawca powinien odpowiadać za złośliwe niepokojenie, a w przypadku, kiedy te intensywność tych negatywnych emocji

¹⁴⁶² Nie może się powołać na ten kontratyp uczestnik eksperymentu nękający innego uczestnika tego samego eksperymentu.

jest znaczna, to wówczas sprawcę należy pociągnąć do odpowiedzialności karnej za uporczywe nękanie.

22. Nękania nie można się dopuścić w warunkach czynu ciągłego, bowiem co do zasady w przypadku jednego sprawcy i jednego pokrzywdzonego mamy do czynienia z jednym nękananiem, nawet jeśli nastąpi przerwa w zachowaniach się sprawcy. Wyjątki są trzy – co najmniej kilkuletnia przerwa pozwalająca na ustaniu skutku nękania oraz skazanie prawomocnym wyrokiem za nękanie pokrzywdzonego (wówczas część zachowań podejmowanych po wydaniu prawomocnego wyroku skazującego stanowi nowe przestępstwo), dopuszczenia się części zachowań przed ukończeniem 17 roku życia, a części zachowań wchodzących w skład nękania po ukończeniu 17 lat. Jednak te sytuacje nie pozwalają uznać, że sprawca działał w warunkach czynu ciągłego (w pierwszym przypadku nie występują krótkie odstępy czasu, w drugim wynika to z zasady *ne bis in idem*, a w trzecim przypadku zachowanie się sprawcy podlega dwóm rodzajom reakcji prawnej). Z kolei, jeśli chodzi o ciąg przestępstw, to zachowanie sprawcy może zostać uznane za czyn ciągły, kiedy spełni przesłanki wysłowione w art. 91 § 1 k.k., zaś zachowania się (zachowanie się) sprawcy są podejmowane względem co najmniej dwóch pokrzywdzonych (bowiem tyle jest przestępstw nękania, ilu jest pokrzywdzonych).
23. Pojęcie nękania zawiera się w pojęciu znęcania się. Zatem możliwe było objęcie penalizacją nękania we wszystkich formach poprzez zmianę art. 207 § 1 k.k. polegającą na rozszerzeniu zakresu podmiotów i zmianę umiejscowienia tego przepisu poprzez przeniesienie go do rozdziału zawierającego przepisy penalizujące przestępstwa przeciwko wolności. Niemniej stworzenie odrębnego typu czynu zabronionego było również poprawną decyzją. Zmiana tego stanu, a więc uchylenie art. 190a § 1 k.k. i nowelizacja art. 207 § 1 k.k., wydaje się być rozwiązaniem przynoszącym więcej szkód aniżeli pożytku.
24. Uporczywe nękanie stanowi czynność konwencjonalną, której substratem są zachowania się sprawcy (zachowanie się), zaś sensem uznanie, że stanowią one nękanie pokrzywdzonego. Natomiast reguły sensu są następujące: powodowanie istotnej krzywdy psychicznej wpływającej znacząco na funkcjonowanie pokrzywdzonego w życiu codziennym oceniane przy uwzględnieniu właściwości osobistych pokrzywdzonego i obiektywizowane przy odwołaniu się do nauk takich jak np. psychologia, psychiatria czy socjologia, brak zgody pokrzywdzonego na zachowania lub zachowanie sprawcy oraz zamiar udręczenia pokrzywdzonego.

25. Karę grożącą za uporczywe nękanie innej osoby, środki karne jak i tryb ścigania należy uznać za odpowiednie, przy czym w przypadku grożącej kary zasadne jest dokonanie pewnej korekty. Oczywiście nie są one w stanie zapewnić pełnej ochrony pokrzywdzonemu. Niemniej katalog prawnokarnej reakcji jest dość elastyczny, co pozwoli lepiej oddziaływać na sprawcę i lepiej chronić pokrzywdzonego. Przyjęcie trybu ścigania z urzędu spowodowałoby, że osoba trzecia uznawszy, iż dane zachowania stanowią nękanie złoży zawiadomienie o popełnieniu przestępstwa, zaś zachowania w adresacie nie wzbudzają negatywnych emocji. Zatem tryb wnioskowy zwiększa prawdopodobieństwo, że postępowania karne będą wszczynane wyłącznie w sytuacji rzeczywistego nękania pokrzywdzonego¹⁴⁶³.

26. W świetle przeprowadzonych rozważań penalizacja zjawiska *stalkingu* była zasadna, bowiem istniejące regulacje nie zapewniały należytej ochrony przed tym zjawiskiem i jego skutkami. Nie można mówić, że art. 190a § 1 k.k. stanowi przejaw podwójnej penalizacji niektórych zachowań, bowiem przepis ten spina pewną „klamrą” zachowania stanowiące faktyczną jedność, przez co ułatwiona jest ocena karnoprawna zachowania się sprawcy.

Z kolei, jeśli chodzi o wnioski *de lege ferenda* to najistotniejszymi są:

1. Z racji zbędności znamienia uporczywości, należy je usunąć z art. 190a § 1 k.k.
2. Konieczne jest przemodelowanie znamion skutku, aby obejmował on wszystkie możliwe negatywne konsekwencje nękania związane z psychiką człowieka. Wskazano, że odpowiednim znamieniem skutku będzie znamię udręczenia. Zatem konieczne jest pozostawienie jako znamię skutku odwołującego się do krzywdy psychicznej pokrzywdzonego wyłącznie znamię udręczenia, które ma być uzasadnione okolicznościami.
3. W konsekwencji należy usunąć z art. 190a § 1 k.k. znamię uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, uzasadnionego okolicznościami poczucia poniżenia oraz uprościć znamię uzasadnionego okolicznościami poczucia udręczenia do samego uzasadnionego okolicznościami udręczenia.
4. Skutek istotnego naruszenia prywatności wychodzi w pewnym stopniu poza sferę przeżyć psychicznych, zatem jego usuwanie z art. 190a § 1 k.k. byłoby niezasadne. Niemniej

¹⁴⁶³ Aczkolwiek wnioskowy tryb ścigania nie wyłącza sytuacji, w których postępowanie jest wszczynane, mimo że do nękania nie doszło. Wynika to z tego, że niektóre osoby mogą błędnie postrzegać zachowania innej osoby za nękanie, mimo że zachowania te nękania nie stanowią. Nadto nie można wykluczyć sytuacji, że wniosek o ściganie przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. będzie złożony wyłącznie w celu niezbyt eleganckiego rozwiązania konfliktu między osobą składającą wniosek a rzekomym sprawcą (zatem mowa o sytuacji, kiedy pokrzywdzony nie odczuwa krzywdy psychicznej lub rzekomy sprawca nie podejmuje żadnych zachowań mogących powodować udręczenie pokrzywdzonego).

w myśl poczynionych uwag, należy usunąć zbędny warunek istotnego stopnia owego naruszenia prywatności.

5. Celem większego uelastyczenia wymiaru kary dolną granicę wymiaru kary należy zmniejszyć do jej wymiaru sprzed nowelizacji art. 190a § 1 k.k., czyli minimalny ustawowy wymiar kary powinien wynosić miesiąc pozbawienia wolności.
6. Nie należy jednak podwyższać górnej granicy ustawowego zagrożenia i pozostawić ją w wymiarze 8 lat pozbawienia wolności.
7. W przypadku chęci wprowadzenia nowych typów zmodyfikowanych przestępstwa uporczywego nękania (choćby tych obowiązujących w niektórych aktach prawnych amerykańskiego systemu prawnego czy ustanowionych w StGB), należy uprzednio przeprowadzić obszerną analizę prawną, jak również analizę społeczną, co do konieczności modyfikacji wymiaru kary za dane zachowanie w określonych sytuacjach.
8. Wydaje się, że nie jest konieczna modyfikacja polskiej karnoprawnej regulacji *antystalkingowej* poprzez wprowadzenie elementów występujących w systemach prawnych innych państw niż Polska (choćby systemów prawnych tych państw, o których była mowa w rozdziale V). Każdy system prawny ma swoje indywidualne właściwości, stąd należy stale monitorować zjawisko nękania i tworzyć własne rozwiązania adekwatne do polskiego systemu prawnego, jak i do ocen moralnych żywionych w polskim społeczeństwie i ocen moralnych wynikających z polskiej kultury.

Idąc dalej, należy odnieść wnioski poczynione w niniejszej pracy do hipotez badawczych postawionych we wprowadzeniu. Dla przypomnienia są one następujące:

1. Przestępstwa uporczywego nękania są współokreślane przez przepisy części ogólnej k.k. Bez odniesienia art. 190a § 1 k.k. do tych przepisów analiza znamion tych przestępstw jest nieadekwatna.
2. Art. 190a § 1 k.k. w obecnym brzmieniu jest nazbyt rozbudowany, co nie jest uzasadnione zapewnieniem właściwej ochrony prawnokarnej pokrzywdzonemu.
3. Pomimo, iż znaczenie nękania obejmuje także skutek wywołany przez sprawcę, to jednak uzasadnione jest wyróżnienie tego skutku pośród znamion przestępstw uporczywego nękania. Jest to uzasadnione przekonaniem o możliwości nadużywania stosowania art. 190a § 1 k.k. w razie ujęcia w nim przestępstw jako przestępstw bezskutkowych.
4. Nękanie zawiera się w pojęciu znęcania, stąd też wystarczająca byłaby, zamiast wprowadzania art. 190a § 1 k.k., nowelizacja art. 207 k.k. poprzez zarówno rozszerzenie zakresu przedmiotu przestępstwa na każdą osobę, jak i zmianę umiejscowienia tego przepisu w k.k.

5. Środki karnoprawnej reakcji przewidziane przez ustawodawcę pozwalają właściwie oddziaływać na sprawcę i zapewniać zadowalający poziom ochrony pokrzywdzonego przed dalszym nękaniami go ze strony sprawcy.

Pierwsza hipoteza została zweryfikowana pozytywnie. Większa część rozważań dokonanych w niniejszej pracy nie dotyczyła znamion wysłowionych w art. 190a § 1 k.k., lecz określonych konstrukcji części ogólnej k.k. względem przywołanego przepisu. W przykładach norm sformułowanych w rozdziale III w zakresie zastosowania znajdowało się odwołanie do poszczególnych konstrukcji części ogólnej k.k. (np. wyłączenia bezprawności czy wyłączenia winy). Odnosząc się do drugiej hipotezy należy wskazać, że i ona również została potwierdzona. Wskazano, że w art. 190a § 1 k.k. umieszczono znamiona uporczywości (nękania) i istotności (naruszenia prywatności) stanowiące *superfluum* ustawowe i zaproponowano ich usunięcie z przepisu. Wskazano również, że znamiona skutku określające krzywdę psychiczną zredukować można do znamienia udręczenia. Trzecia hipoteza została potwierdzona w rozdziale III. Wskazano, że co prawda z definicji nękania wynika konieczność wywołania istotnej krzywdy psychicznej u pokrzywdzonego, lecz usunięcie znamion skutku spowodowałoby zamęt interpretacyjny, który byłby niekorzystny zarówno dla sprawców jak i pokrzywdzonych nękaniami. Czwarta hipoteza również została potwierdzona, przy czym należy doprecyzować w tym miejscu, że znęcanie jest zakresowo szersze od nękania, bowiem obejmuje również przypadki wywołania krzywdy fizycznej. Ponadto nowelizacja art. 207 k.k. była owszem zasadna, niemniej ustanowienie osobnego typu czynu zabronionego nie jest też wadliwym rozwiązaniem. Wskazano również, że ze względu na potencjalny zamęt w aspekcie wykładni i stosowania prawa należy pozostawić stan obecny. Ostatnia hipoteza została tylko częściowo potwierdzona. O ile katalog środków karnoprawnej reakcji na nękanie jest dość szeroki, to o tyle nie potrzebne było podnoszenie dolnej granicy ustawowego zagrożenia, które to zmniejsza elastyczność sankcji. Stąd też zaproponowano powrót do dolnej granicy ustawowego zagrożenia w wysokości miesiąca pozbawienia wolności. Odnosząc się do drugiej części hipotezy należy wskazać, że stosowanie środków karnoprawnej reakcji nie zawsze może przynieść pożądane efekty. Ze względu na charakter sprawcy, niekiedy oddziaływanie na niego może być utrudnione. Niekiedy pomimo orzeczenia kary, środków karnych czy pozostałych środków karnoprawnej reakcji sprawca może nadal nękać pokrzywdzonego. Więc należy odrzucić kategorię stwierdzenie sformułowane w hipotezie nr 5, iż środki karnoprawnej reakcji: „(...) pozwalają dość trafnie oddziaływać na sprawcę i zapewniać zadowalający poziom ochrony pokrzywdzonego przed dalszym nękaniami go ze strony sprawcy”. Na podstawie przeprowadzonych rozważań

można stwierdzić jedynie, że przyjęte środki karnoprawnej reakcji dają ku temu pewne podstawy, lecz *per se* nie mogą zwiększyć oddziaływania na sprawcę, czy też doprowadzić do zwiększenia poziomu ochrony pokrzywdzonego z racji wielości charakterów sprawców. Dla lepszego zobrazowania kwestii weryfikacji postawionych w niniejszej pracy tez, warto powyższe wnioski przedstawić skrótowo w formie poniższej tabeli.

Tabela 8. Weryfikacja tez pracy

Teza	Potwierdzona/niepotwierdzona
Przestępstwa uporczywego nękania są współokreślane przez przepisy części ogólnej k.k. Bez odniesienia art. 190a § 1 k.k. do tych przepisów analiza znamion tych przestępstw jest nieadekwatna.	Potwierdzona
Art. 190a § 1 k.k. w obecnym brzmieniu jest nazbyt rozbudowany, co nie jest uzasadnione zapewnieniem właściwej ochrony prawnokarnej pokrzywdzonemu.	Potwierdzona
Pomimo, iż znaczenie nękania obejmuje także skutek wywołany przez sprawcę, to jednak uzasadnione jest wyróżnienie tego skutku pośród znamion przestępstw uporczywego nękania. Jest to uzasadnione przekonaniem o możliwości nadużywania stosowania art. 190a § 1 k.k. w razie ujęcia w nim przestępstw jako przestępstw bezskutkowych.	Potwierdzona
Nękanie zawiera się w pojęciu znęcania, stąd też wystarczająca byłaby, zamiast wprowadzania art. 190a § 1 k.k., nowelizacja art. 207 k.k. poprzez zarówno rozszerzenie zakresu przedmiotu przestępstwa na każdą osobę, jak i zmianę umiejscowienia tego przepisu w k.k.	Potwierdzona
Środki karnoprawnej reakcji przewidziane przez ustawodawcę pozwalają właściwie oddziaływać na sprawcę i zapewniać zadowalający poziom ochrony pokrzywdzonego przed dalszym nękaniami go ze strony sprawcy.	Częściowo potwierdzona

Źródło: opracowanie własne

Na podstawie rozważań poczynionych w pracy można się pokusić w tym miejscu o stworzenie własnej propozycji brzmienia art. 190a § 1 k.k. Przepis ten mógłby brzmieć następująco: „Kto nękając inną osobę lub inną osobę najbliższą doprowadza do uzasadnionego

okolicznościami udržczenia innej osoby lub naruszenia jej prywatnořci, podlega karze pozbawienia wolnořci do 8 lat”.

Jak moŹna zauwaŹyć problematyka przestępstwa uporczywego nękania jest szeroka. Jest to przestępstwo gęboko osadzone w przeŹyciach psychicznych, co znacząco utrudnia do-
kładne opisanie tego przestępstwa i stworzenie reguł wskazujących, które konkretne zachowa-
nia stanowią nękanie. Jednak to nie subiektywny charakter emocji będących następstwem dzia-
łania lub zaniechania sprawcy jest wyłącZnym elementem generującym problem. Jak juŹ wska-
zano, spora część problemów interpretacyjnych ulokowana jest w przepisach części ogólnej
k.k. Ustawodawca przewidując pewne konstrukcje nie wypowiada się w przypadku których
przestępstw mogą mieć one zastosowanie, a w przypadku których przestępstw juŹ nie. Rolą
doktryny i judykatury jest rozwiązywanie tych problemów interpretacyjnych. W niniejszej
pracy nie odniesiono się do wielu kwestii (np. nie przeprowadzono analizy empirycznej, nie
omówiono zagadnienia nadzwyczajnego złagodzenia kary oraz nadzwyczajnego obostrzenia
kary w przypadku przestępstwa uporczywego nękania, jak równieŹ zagadnienia wymiaru kary
łącznej). Jest to działanie celowe, bowiem lepszym rozwiązaniem jest ograniczenie się do wy-
branego wycinka problemów, aby móc go w sposób pełny i klarowny przeanalizować oraz opi-
sać, aniŹeli omówić jak najwiękšą liczbę problemów. Mogłoby to doprowadzić z jednej strony
do nazbyt pobieŹnego omówienia wszystkich zagadnień, z drugiej strony zaś w przypadku wni-
kliwej analizy do powstania bardzo obszernego opracowania niezbyt komunikatywnego dla
czytelnika. Zatem nie można traktować niniejszej pracy jako całkowitego kompendium wiedzy
na temat przestępstwa uporczywego nękania. Niniejsza praca w załoŹeniach autora stanowi
głos w dyskusji dotyczącej prawnokarnej reakcji na zjawisko *stalkingu*.

BIBLIOGRAFIA

Akty prawne obowiązujące w Polsce:

1. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1932 r., nr 60, poz. 571).
2. Rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Prawo o wykroczeniach (Dz. U. z 1932 r., nr 60, poz. 572).
3. Powszechna Deklaracja Praw Człowieka uchwalona w dniu 10 grudnia 1948 r., https://www.unesco.pl/fileadmin/user_upload/pdf/Powszechna_Deklaracja_Praw_Czlowieka.pdf [dostęp: 8.10.2020].
4. Konwencja o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r. (Dz. U. z 1993 r., nr 61, poz. 284).
5. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1610 ze zm.).
6. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1550 ze zm.).
7. Międzynarodowy Pakt Praw Obywatelskich i Politycznych otwarty do podpisu w Nowym Jorku dnia 19 grudnia 1966 r. (Dz. U. z 1977 r., nr 38, poz. 167).
8. Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz. U. z 1969 r., nr 13, poz. 94).
9. Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 2119).
10. Ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1475).
11. Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze (t.j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1184 ze zm.).
12. Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 499).
13. Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich (t.j. Dz. U. z 2018 r., poz. 969).
14. Ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o policji (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 171 ze zm.).
15. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku (Dz. U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 ze zm.).
16. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 17).
17. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny wykonawczy (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 706).

18. Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 37).
19. Ustawa z dnia 10 września 1999 r. – Kodeks karny skarbowy (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 628).
20. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 20 czerwca 2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej” (t.j. Dz. U. z 2016 r., poz. 283).
21. Ustawa z dnia 28 października 2002 r. o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 659).
22. Ustawa z dnia 9 kwietnia 2010 r. o Służbie Więziennej (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1683 ze zm.).
23. Ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz. U. z 2011 r., nr 72, poz. 381).
24. Konwencja Rady Europy o zapobieganiu i zwalczaniu przemocy wobec kobiet i przemocy domowej, sporządzona w Stambule dnia 11 maja 2011 r. (Dz. U. z 2015 r., poz. 961).
25. Ustawa z dnia 24 marca 2013 r. o środkach przymusu bezpośredniego i broni palnej (t.j. Dz. U. z 2024 r., poz. 383).
26. Ustawa z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (t.j. Dz. U. z 2023 r., poz. 1691 ze zm.).
27. Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, [http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/\\$file/3451_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/$file/3451_u.pdf) [dostęp: 15.02.2020].
28. Ustawa z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2020 r., poz. 568 ze zm.).
29. Ustawa z dnia 19 czerwca 2020 r. o dopłatach do oprocentowania kredytów bankowych udzielanych przedsiębiorcom dotkniętym skutkami COVID-19 oraz o uproszczonym postępowaniu o zatwierdzenie układu w związku z wystąpieniem COVID-19 (Dz. U. z 2020 r., poz. 1086 ze zm.).
30. Ustawa z dnia 9 czerwca 2022 r. o wspieraniu i resocjalizacji nieletnich (Dz. U. z 2022 r., poz. 1700 ze zm.).
31. Ustawa z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2022, poz. 1600 ze zm.).

Akty prawne obowiązujące w państwach innych niż Polska:

1. Code of the District of Columbia, <https://code.dccouncil.us/dc/council/code/> [dostęp: 14.05.2024].
2. California Penal Code, <https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/codedisplayexpand.xhtml?tocCode=PEN> [dostęp: 14.05.2024].
3. Keihō, <https://www.japaneselawtranslation.go.jp/en/laws/view/3581/en> [dostęp: 13.05.2024].
4. Minnesota Statutes, <https://www.revisor.mn.gov/statutes/> [dostęp: 29.07.2022].
5. Strafgesetzbuch, <https://www.gesetze-im-internet.de/stgb/index.html> [dostęp: 14.05.2024].
6. Sutōkā Kōi Nado no Kisei Nado ni Kansuru Hōritsu, https://elaws.e-gov.go.jp/search/elawsSearch/elaws_search/lsg0500/detail?lawId=412AC1000000081 [dostęp: 23.10.2020].
7. Title 10 of the United States Code, <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title10&edition=prelim> [dostęp: 14.05.2024].
8. Title 18 of the United States Code, <https://uscode.house.gov/browse/prelim@title18&edition=prelim> [dostęp: 14.05.2024].

Orzeczenia sądowe:

1. Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 20 września 1973 r., sygn. VI KZP 26/73.
2. Uchwała SN z dnia 9 czerwca 1976 r., sygn. VI KZP 13/75, OSNKW 1976/7-8/86.
3. Postanowienie SN z dnia 18 lutego 1978 r., sygn. II KO 9/78, OSNKW 1978/7-8/90.
4. Wyrok SN z dnia 11 kwietnia 1984 r., sygn. RNw 4/84, Legalis nr 24174.
5. Wyrok SN z dnia 25 października 1984 r., sygn. IV KR 245/84, OSNKW 1985/5-6/38.
6. Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 11 grudnia 1991 r., sygn. WZP 3/91, OSNKW 1992/3-4/17.
7. Wyrok SN z dnia 2 grudnia 1992 r., sygn. III KRN 189/92, LEX nr 162227.
8. Uchwała SN z dnia 16 czerwca 1993 r., sygn. I KZP 13/93, Legalis nr 28131.
9. Wyrok SN z dnia 22 czerwca 1995 r., sygn. III KRN 44/95, LEX nr 24579.
10. Wyrok SN z dnia 27 lutego 1996 r., sygn. II KRN 200/95, LEX nr 25594.
11. Wyrok SA w Krakowie z dnia 30 sierpnia 1998 r., sygn. II AKa 184/98, Prok. i Pr. 1999, nr 4 - wkładka, poz. 15.

12. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 9 marca 1999 r., sygn. II AKa 19/98, OSA 1999, Nr 3, poz. 22.
13. Postanowienie SA w Gdańsku z dnia 11 sierpnia 1999 r., sygn. II AKo 199/99, LEX nr 42876.
14. Uchwała SN z dnia 20 listopada 2000 r., sygn. I KZP 36/00, OSNKW, 2001/1-2/1.
15. Wyrok SA w Łodzi z dnia 23 listopada 2000 r., sygn. II AKa 217/00, Prok. i Pr. 2001, nr 6 – wkładka, poz. 16.
16. Wyrok SN z dnia 5 stycznia 2001 r., sygn. V KKN 504/00, OSNKW 2001/7-8/57.
17. Wyrok SA w Łodzi z dnia 24 stycznia 2001 r., sygn. II AKa 240/01, LEX nr 84224.
18. Wyrok SA w Krakowie z dnia 5 grudnia 2001 r., II AKa 279/00, KZS 2002, Nr 1, poz. 14.
19. Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2002 r., sygn. II KKN 387/01, LEX nr 52943.
20. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. II AKA 182/02, OSA 2002/11/77.
21. Postanowienie SN z dnia 19 czerwca 2002 roku, sygn. V KKN 34/01, LEX nr 53912.
22. Wyrok SN z dnia 2 października 2002 r., sygn. IV KNN 109/00, LEX nr 56086.
23. Uchwała SN z dnia 25 marca 2003 r., sygn. I KZP 4/03, OSNKW 2003/3-4/27.
24. Postanowienie SN z dnia 9 czerwca 2004 r., sygn. IV KK 66/04, Legalis nr 102867.
25. Wyrok SN z dnia 24 lutego 2005 r., sygn. V KK 375/04, OSNKW 2005/3/31.
26. Postanowienie SN z dnia 1 marca 2005 r., III KK 208/04, OSKNW 2005/7-8/62.
27. Wyrok SN z dnia 18 października 2007 r., sygn. II KK 170/07, OSNwSK 2007/1/2250.
28. Wyrok SN z dnia 15 kwietnia 2008 r., sygn. II KK 29/08, Legalis nr 108117.
29. Wyrok SA w Katowicach z dnia 15 maja 2008 r., sygn. II AKa 13/08, LEX nr 447031.
30. Wyrok SA w Krakowie z dnia 15 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 45/09, LEX nr 527435.
31. Wyrok SA w Katowicach z dnia 16 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 19/09, LEX nr 511970.
32. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 28 kwietnia 2010 r., sygn. II AKz 154/10, LEX nr 590580.
33. Wyrok SA w Krakowie z dnia 28 października 2010 r., I ACa 908/10, LEX nr 743278.
34. Wyrok SN z dnia 28 kwietnia 2011 r., sygn. V KK 33/11, LEX nr 817558.
35. Wyrok SA w Krakowie z dnia 4 listopada 2011 r., sygn. II AKa 195/11, LEX nr 1125045.
36. Wyrok SA w Lublinie z dnia 2 lutego 2012 r., sygn. II AKa 273/11, LEX nr 1211191.
37. Wyrok SA w Krakowie z dnia 25 października 2012 r., sygn. II AKa 169/12, LEX nr 1236874.
38. Wyrok SN z dnia 3 grudnia 2012 r., sygn. III KK 45/12, LEX nr 1231572

39. Wyrok SA w Katowicach z dnia 1 marca 2013 r., sygn. II AKa 518/12, LEX nr 1292659.
40. Wyrok SO w Szczecinie z dnia 4 marca 2013 r., sygn. IV Ka 1795/12, LEX nr 1714996.
41. Wyrok SN z dnia 21 marca 2013 roku, sygn. II KK 192/12, LEX nr 1298094.
42. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 14 listopada 2013 r., sygn. II AKa 347/13, LEX nr 1403005.
43. Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13, KZS 2014, nr 6, poz. 26.
44. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 grudnia 2013 r., sygn. II AKa 416/13, LEX nr 1416496.
45. Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2014 r., sygn. II AKa 18/14, LEX nr 1439334.
46. Postanowienie SN z dnia 13 kwietnia 2015 r., sygn. II KK 23/05, Legalis nr 74198.
47. Wyrok SN z dnia 16 listopada 2015 r., sygn. V KK 329/15, LEX nr 1940573.
48. Wyrok SA w Gdańsku z dnia 27 listopada 2015 r., sygn. II AKa 394/14, OSA 2016/3/16-35.
49. Wyrok SN z dnia 12 stycznia 2016 r., sygn. IV KK 196/15, LEX nr 1976249.
50. Uchwała siedmiu sędziów SN z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. I KZP 20/15, OSNKW 2016/3/19.
51. Wyrok SA w Katowicach z dnia 12 maja 2016 r., sygn. II AKa 121/16, Legalis nr 1482022.
52. Wyrok SA w Szczecinie z dnia 19 grudnia 2016 r., sygn. II AKa 194/16, LEX nr 2295132.
53. Uchwała SN z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16, OSNKW 2017/3/12.
54. Wyrok SN z dnia 20 stycznia 2017 r., sygn. IV KK 438/16, LEX nr 2224613.
55. Postanowienie SN z dnia 15 lutego 2017 r., sygn. V KK 415/16, LEX nr 2254813.
56. Postanowienie SN z dnia 7 marca 2017 r., sygn. V KK 406/16, LEX nr 2258064.
57. Postanowienie SN z dnia 14 marca 2017 r., sygn. IV KK 376/16, LEX nr 2261016.
58. Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16, OSNKW 2017/8/44.
59. Wyrok SA w Gdańsku z dnia 10 maja 2017 r., sygn. II AKa 92/17, KSAG 2017/3/200-216.
60. Wyrok SA w Warszawie z dnia 10 maja 2017 r., sygn. II AKa 105/17, LEX nr 2337046.
61. Wyrok SN z dnia 19 lipca 2017 r., sygn. IV KK 371/17, Legalis nr 1819262.
62. Postanowienie SN z dnia 27 września 2017 r., sygn. II KK 223/13, LEX nr 1388594.
63. Wyrok SA w Warszawie z dnia 4 października 2017 r., sygn. II AKa 193/17, LEX nr 2376949.

64. Wyrok SA w Szczecinie z dnia 12 października 2017 r., sygn. II AKa 122/17, LEX nr 2414623.
65. Wyrok SN z dnia 30 stycznia 2018 r., sygn. IV KK 475/17, OSNKW 2018/3/27.
66. Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 lutego 2018 r., sygn. II AKa 459/17, Legalis nr 1743854.
67. Wyrok SN z dnia 22 lutego 2018 r., sygn. II KK 349/17, LEX nr 2449784.
68. Wyrok SN z dnia 12 kwietnia 2018 r., sygn. III KK 128/18, LEX nr 2490903.
69. Wyrok SA w Białymstoku z dnia 10 maja 2018 r., sygn. II AKa 48/18, LEX nr 2531895.
70. Wyrok SN z dnia 19 lipca 2018 r., sygn. IV KK 371/17, Legalis nr 1819262.
71. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 8 maja 2019 r., sygn. II AKz 224/19, LEX nr 27187741.
72. Postanowienie SA w Krakowie z dnia 15 maja 2019 r., sygn. II AKzw 373/19, LEX nr 2738040.
73. Postanowienie SN z dnia 12 czerwca 2019 r., sygn. V KK 237/18 LEX nr 2681277.
74. Wyrok TK z dnia 14 lipca 2020 r., sygn. Kp 1/19, Legalis nr 2396669.
75. Wyrok SN z dnia 5 lutego 2021 r., sygn. V KK 327/19, Legalis nr 2580634.

Monografie, artykuły w publikacjach zbiorowych oraz artykuły w czasopiśmie naukowych:

1. Akińcza J., *Stalking – zjawisko, odpowiedzialność prawna*, „Jurysta” 2012, nr 12.
2. Andrejew I., *O dystans do tzw. finale Handlungslehre*, PiP 1972, z. 6.
3. Andrejew I., *Ustawowe znamiona czynu. Typizacja i kwalifikacja przestępstw*, Warszawa 1978.
4. Andrejew I., *O pojęciu winy w prawie karnym*, PiP 1982, z. 7.
5. Andrejew I., *O pojęciu czynu w prawie karnym*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2-3.
6. Andrejew I., *Kodeks karny. Krótki komentarz*, Warszawa 1986.
7. Austin J.L., *Jak działać słowami* [w:] Austin J.L., *Mówienie i poznanie*, tłum. Chwedoń-czuk B., Warszawa 1993.
8. Bafia J., Mioduski K., Siewierski M., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 1987.
9. Banasiewicz M., Kokot R., *Z problematyki odpowiedzialności lekarskiej za błąd w sztuce lekarskiej*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2009, t. XXIV.
10. Banasik K., *Stalking w austriackim prawie karnym*, „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” 2012, nr 1(10).

11. Banaszyńska J., *Prawnokarne ujęcie przestępstwa stalkingu*, „Przegląd Prawniczy Uniwersytetu Warszawskiego” 2014, nr 4.
12. Baranowski P., Szechiński M., *Zaburzenia psychotyczne* [w:] Kiejna A., Małyszczak K. (red.), *Psychiatria. Podręcznik akademicki*, Wrocław 2011.
13. Barczak-Opustil A., *Sporne zagadnienia winy w prawie karnym*, CzPKiNP 2005, nr 2.
14. Bąkowski J.J., *Karanie za stalking w świetle praktyki państw obcych*, „Palestra” 2013, nr 1-2.
15. Berent M., Filar M. [w:] Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
16. Bębas S., *Patologie społeczne w sieci*, Toruń 2013.
17. Bielski M., *Naruszenie reguł ostrożności czy nadmierna ryzykowność zachowania jako właściwe kryterium prawnokarnego przypisania skutku*, CPKiNP 2004, z. 1.
18. Bieńkowska E., *Wiktymologia*, Warszawa 2018.
19. Bilikiewicz A. (red.), *Psychiatria dla studentów medycyny. Podręcznik*, Warszawa 2000.
20. Bogacki P., Olężałek M., *Kodeks karny. Komentarz do nowelizacji z 7.7.2022 r.*, Warszawa 2023.
21. Bojarski M. [w:] Bojarski M., Radecki W. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.
22. Bojarski M. [w:] Bojarski M., Radecki W. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
23. Bojarski M., Giezek J., Sienkiewicz Z., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2015.
24. Bojarski M. (red.), Giezek J., Sienkiewicz Z., *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2017.
25. Bojarski T. [w:] Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
26. Bogdan G. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116*, Warszawa 2016.
27. Bogucki O., Choduń A., Czepita S., Kanarek B., Munczewski A., Zieliński M., *Zintegrowanie polskich koncepcji wykładni prawa*, RPEiS 2009, z. 4.
28. Błaszczyk M. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015.
29. Błaszczyk M. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2017.
30. Błaszczyk M. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2021.

31. Bosak M, Danilewicz A., *Odpowiedzialność cywilna i karna za mobbing*, PiP nr 4, 2010.
32. Breczko A., Poniatowicz M., *Rola kodeksów etyki zawodowej (ze szczególnym uwzględnieniem zawodów ekonomicznych)* [w:] Bocian A.F. (red.), *Ekonomia-Polityka-Etyka. Tom II*, Białystok 2005.
33. Brożek B., *Umysł prawniczy*, Kraków 2019.
34. Bryk J., *Przestępstwo znęcania się. Studium prawnokarne i kryminologiczne*, Szczytno 2003.
35. Buchała K. [w:] Buchała K., Wolter W., *Wina w prawie karnym*, Kraków 1954.
36. Buchała K., *Problemy zamiaru wynikowego*, PiP 1960, z. 4-5.
37. Buchała K., *Granice obrony koniecznej*, „Palestra” 1974, nr 18/5(197).
38. Buchała K. [w:] Buchała K., Waltoś S., *Zasady prawa i procesu karnego*, Warszawa 1975.
39. Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
40. Buchała K., *Przypisanie skutku stanowiącego znamię nieumyślnego deliktu w polskim prawie karnym* [w:] Kaczmarek T. (red.), *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym*, Wrocław 1990.
41. Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Kraków 1995.
42. Budyn-Kulik M., *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, SIP LEX/El. 2011.
43. Budyn-Kulik M., Mozgawa M., *Prawnokarne i kryminologiczne aspekt nękania*, Warszawa 2012, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Budyn-Kulik-Mmozgawa-M_aspekty-nękania.pdf [dostęp: 15.08.2019].
44. Budyn-Kulik M. [w:] Mozgawa M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2016.
45. Budyn-Kulik M. [w:] Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, LEX/el. 2017.
46. Budyn-Kulik M., *Wybrane psychologiczne aspekty nękania* [w:] Mozgawa M. (red.), *Stalking*, Warszawa 2018.
47. Budyn-Kulik M., *Przedmiot zamachu i ochrony przestępstw z rozdziału XXII Kodeks karnego z perspektywy psychologicznej* [w:] Mozgawa M. (red.), *Przestępstwa przeciwko wolności*, Lublin 2019.
48. Budyn-Kulik M., *Nowe znamiona nękania z art. 190a § 1 kodeksu karnego*, „Palestra” 2020, nr 9.
49. Bunikowski D., *Przepadek korzyści majątkowych pochodzących z popełnienia przestępstwa jako środek karny*, Prok. i Pr. 2008, nr 5.

50. Burdziak K., Pohl Ł., *Obraz i analiza wykładni sądowej przepisów Kodeksu karnego z 1997 r. o obronie koniecznej i przekroczeniu jej granic*, Warszawa 2017, https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Pohl-Ł.-Burdziak-K._Obrona-konieczna.pdf [dostęp: 24.09.2019].
51. Burdziak K., *Bezpośredniość zamachu, czyli kilka słów na temat obrony koniecznej w prawie karnym*, „Przeгляд Sądowy” 2018, nr 1.
52. Burdziak K., *Prowokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018.
53. Burdziak K., Pohl Ł., *Juridical Interpretation of the 1997 Criminal Code Provisions on Self-Defence*, tłum. T. Żebrowski, Berlin 2019.
54. Burdziak K., *Osoba niepoczytalna a prawnokarna norma sankcjonowana. Rozważania na tle polskiego Kodeksu karnego*, Warszawa 2021.
55. Butcher J.N., Carson R.C., Mineka S., *Psychologia zaburzeń. Vol. 1*, tłum. W. Dietrich i in., Gdańsk 2003.
56. Bczyk M., *Normy ostrożności w prawie karnym*, Poznań 2016.
57. Casinelli L., Lattanzi M., Skarżyńska J., Woźniak W., *Określenie stalkingu* [w:] Woźniak W., Lattanzi M. (red.), *Stalking – między przemocą a uzależnieniem*, Kutno 2010.
58. Chałubińska-Jentkiewicz K., Karpiuk M., *Prawo nowych technologii. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2015.
59. Chamernik J., *Przestępstwo stalkingu w świetle regulacji kodeksu karnego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach. Seria Administracja i Zarządzanie” 2013, nr 99.
60. Chlebowska A., Nalewajko P., *Stalking – zarys problemu oraz analiza rozwiązań ustawodawcy niemieckiego, austriackiego i polskiego*, „Prokurator” 2010, nr 4(44)-2010/1(45)-2011.
61. Choduń A., *Aspekty językowe derywacyjnej koncepcji wykładni prawa*, Szczecin 2018.
62. Chybiński O., *Groźba karalna (art. 250)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna (Zagadnienia wybrane)*, Wrocław 1965.
63. Chybiński O., *Zmuszanie (art. 251)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna (Zagadnienia wybrane)*, Wrocław 1965.
64. Chybiński O., *Najście na dom (art. 252)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna (Zagadnienia wybrane)*, Wrocław 1965.
65. Chybiński O., *Groźba karalna (art. 166)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław 1980.

66. Chybiński O., *Zmuszanie (art. 167)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław 1980.
67. Chybiński O., *Najście domu (art. 171)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław 1980.
68. Chybiński O., *Naruszenie tajemnicy korespondencji (art. 172)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław 1980.
69. Chybiński O., *Znęcanie się (art. 184)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław 1980.
70. Cieślak M., *Recenzja pracy Leszka Kubickiego „Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, PiP 1977, z. 2.
71. Cieślak M., Spett K., Wolter W., *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1977.
72. Cieślak M., Spett K., Szymusik A., Wolter W., *Psychiatria w procesie karnym*, Warszawa 1991.
73. Cieślak M., *Stan wyższej konieczności* [w:] Waltoś S. (red.), *Marian Cieślak. Dzieła wybrane. Tom III*, Kraków 2011.
74. Cieślak M., *Zgoda pokrzywdzonego* [w:] Waltoś S. (red.), *Marian Cieślak. Dzieła wybrane. Tom III*, Kraków 2011.
75. Ciepły F. [w:] Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
76. Cygan K., *Czyn złośliwego podszywania się pod inną osobę*, „Studia Prawnoustrojowe” 2015, nr 29.
77. Cygan K., *Postulaty de lege lata i de lege ferenda dotyczące uporczywego nękania jako czynności sprawczej przestępstwa stypizowanego w art. 190a § 1 k.k.* [w:] Cieślak W., Pikulski S., Romańczuk-Grącka M. (red.), *Przyszłość polskiego prawa karnego. Alternatywne reakcje na przestępstwo*, Olsztyn 2015.
78. Cyrklaff-Gorczyca M., *Cyberstalking jako forma przemocy z wykorzystaniem technologii informacyjno-komunikacyjnych* [w:] Materska K., Taraszkiewicz B., *Ekologia informacji a zasoby informacyjne w bibliotece i cyberprzestrzeni*, Słupsk 2017.
79. Czepita S., *Reguły konstytucyjne a zagadnienia prawoznawstwa*, Szczecin 1996.
80. Czepita S., *Formalizacja a konwencjonalizacja działań w prawie* [w:] Czepita S. (red.), *Konwencjonalne i formalne aspekty prawa*, Szczecin 2006.
81. Czepita S., *O pojęciu czynności konwencjonalnej i jej odmianach*, RPEiS 2017, z. 1.
82. Ćwiakalski Z., *Błąd co do bezprawności czynu w polskim prawie karnym (Zagadnienia teorii i praktyki)*, Kraków 1991.

83. Cwiertnia E., *Poczucie zagrożenia przestępczością w ujęciu koncepcji późnej nowoczesności*, „Kultura Bezpieczeństwa. Nauka-Praktyka-Refleksje” 2014, nr 16.
84. Dambach K.E., *Mobbing w szkole. Jak zapobiegać przemocy grupowej*, Gdańsk 2003.
85. Daniluk P. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
86. Daniluk P. [w:] Daniluk P. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.
87. Daniluk P. [w:] Daniluk P. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
88. Daniluk P., *Ocena społecznej szkodliwości czynu*, Prok. i Pr. 2011, nr 6.
89. Daniluk P., *O wykroczeniu z art. 51 § 1 kodeksu wykroczeń (w związku z wyrokiem SN z 30.01.2018 r., IV KK 475/17)*, PiP 2019, nr 1.
90. Daszkiewicz-Paluszyńska K., *Groźba w polskim prawie karnym*, Warszawa 1958.
91. Dawidczyk A., Kuc R.B., Ściborek Z., Wiśniewski B., *Bezpieczeństwo wewnętrzne. Podręcznik akademicki*, Toruń 2015.
92. Dąbrowska-Kardas M., Kardas P., *Czyn ciągły i ciąg przestępstw. Komentarz do art. 12 i 91 Kodeksu karnego*, Kraków 1999.
93. Derlatka M., *Společna szkodliwość czynu a definicja przestępstwa*, Prok. i Pr. 2006, nr 6.
94. Dębski R., *Karalność usiłowania nieudolnego*, RPEiS 1999, z. 2.
95. Dębski R., *Pozaustawowe znamiona przestępstwa: o ustawowym charakterze norm prawa karnego i znamionach typu czynu zabronionego nie określonych w ustawie*, Łódź 1995.
96. Długosz J., *O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu* [w:] Orłowska-Zielińska B., Pikułski S., Romańczuk-Grącka M. (red.), *Tożsamość polskiego prawa karnego*, Olsztyn 2011.
97. Długosz J., [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2017.
98. Dukiet-Nagórska T. (red.) i in., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2018.
99. Dukiet-Nagórska T. (red.) i in., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2020.
100. Dumkiewicz M., Sitko J., *Stalking na tle prawa karnego i cywilnego* [w:] Balcarczyk J. (red.), *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie*, Warszawa 2012.
101. Dunaj B. (red.), *Słownik współczesnego języka polskiego*, Warszawa 1996.
102. Ehrlich S., *O przyczynowości normatywnej*, „Studia Filozoficzne” 1985, nr 2-3.

103. Filar M. [w:] Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
104. Fisiak J. (red.), *Słownik polsko-angielski*, Warszawa 2002.
105. Freud S., *Wstęp do psychoanalizy*, tłum. S. Kempnerówna i W. Zaniewicki, Kęty 2010.
106. Fronczak J., *Stalking z perspektywy interdyscyplinarnej*, „Białostockie Studia Prawnicze” 2013, z. 13.
107. Furman P., *Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a k.k. Zagadnienia wybrane*, CPKiNP, Rok XVI: 2012, z. 3.
108. Gajdus D., *Czynny żal w prawie karnym*, Toruń 1984.
109. Galiński M., *Ustalenie strony podmiotowej czynu zabronionego w przypadku sprawcy niepoczytalnego*, AIS 2018, nr 1 (21).
110. Galiński M., *Problematyka przestępstwa uporczywego nękania*, „Studenckie Zeszyty Naukowe” 2019, vol. XXII, nr 41.
111. Gałązka M., *Podżeganie w polskim prawie karnym*, „Roczniki Nauk Prawnych”, Tom X, z. 1.
112. Gardocki L., *Pojęcie przestępstwa i podziały przestępstw w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Sklodowska, sectio G” 2013, vol. LX, nr 2.
113. Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2017.
114. Garstka K., Przygucki P., *Stalking jako przestępstwo – nowelizacja polskiego kodeksu karnego a doświadczenia prawa angielskiego*, „Wiedza prawnicza”, nr 2/2011.
115. Gensikowski P. [w:] Daniluk P. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2019.
116. Gerring R.J., Zimbardo P.G., *Psychologia i życie*, tłum. Czerniawska E., Guzowska-Dąbrowska M., Jaworska-Surna A., Radzicki J., Warszawa 2012.
117. Gierowski J.K., Krajewski K., *Istota środków zabezpieczających* [w:] Paprzycki L.K. (red.), *System prawa karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające*, Warszawa 2015.
118. Gierua I., *Kontratyp działania w granicach szczególnych uprawnień i obowiązków (cz. I)*, „Palestra” 2013, nr 58/1-2.
119. Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994.
120. Giezek J., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r., 510ział. I KZP 36/2000*, Prok. i Pr. 2001, nr 9.
121. Giezek J., *Błąd co znamion modyfikujących typ czynu zabronionego* [w:] Majewski J. (red.), *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2010.
122. Giezek J., *Formy stadialne popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Sklodowska, sectio G” 2013, vol. LX, 2.

123. Giezek J., *Teorie związku przyczynowego oraz koncepcje jego przypisania* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
124. Giezek J. [w:] Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część Ogólna. Komentarz*, Warszawa 2021.
125. Gizbert-Studnicki T., *Recenzja pracy Macieja Zielińskiego „Wykładnia prawa. Zasady Reguły. Wskazówki”*, PiP 2002, z. 8.
126. Goleman D., *Inteligencja emocjonalna*, tłum. Jankowski A., Poznań 2012.
127. Golonka A., *Psychologiczne kryteria oceny poczytalności sprawcy czynu zabronionego*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2012, nr 3, <https://pk.gov.pl/wp-content/uploads/2016/07/079bc2502ffbec2023eb41bdc1add161.pdf> [dostęp: 13.10.2019].
128. Golonka A., *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*, PiP 2012, nr 1.
129. Golonka A., *Niepoczytalność i poczytalność ograniczona*, Warszawa 2013.
130. Góralski P., *Terapia sprawców czynów zabronionych jako forma środka zabezpieczającego*, Prok. i Pr. 2019, nr 2.
131. Górski A., Klonowski M., *Usiłowanie nieudolne ze względu na przedmiot w praktyce sądowej (na marginesie uchwały Sądu Najwyższego I KZP 16/16)*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2017, vol. XXVI, 2.
132. Grodziński E., *Język, metafizyka, rzeczywistość*, Warszawa 1969.
133. Grupa G., *Windykacja należności jako przejaw uporczywego nękania z art. 190a § 1 KK*, „Monitor Prawa Handlowego” 2013, nr 5.
134. Gruszczyńska B., Marczewski M., Ostaszewski P., Siemaszko A. (red.), Woźniakowska-Fajst D., *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki. Raport z badań nt. uporczywego nękania*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII.
135. Grzegorzczak T. [w:] Grzegorzczak T. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX 2013.
136. Grześkowiak A. [w:] Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
137. Grześkowiak A., *Definicja przestępstwa* [w:] Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Prawo karne*, Warszawa 2015.
138. Gubiński A., *Zgoda pokrzywdzonego*, PiP 1960, z. 7.
139. Gutekunst W., *Znęcanie się (art. 246)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna (Zagadnienia wybrane)*, Wrocław 1965.
140. Gutekunst W., *Namowa lub pomoc do samobójstwa (art. 151)* [w:] Chybiński O., Gutekunst W., Świda W., *Prawo karne. Część szczególna*, Wrocław 1980.

141. Habrat D., *Ustawa o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych pod groźbą kary*, Warszawa 2014.
142. Hanc J., *Przypadek Manfreda i Kristen – czyli stalking jako przyczynek do kilku refleksji o tym, jak prawo odpowiada na zjawisko społeczne*, „Studia Prawnicze” 2019, nr 1 (217).
143. Hofmański P., Paprzycki L.K., Sakowicz A. [w:] Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
144. Hołyst B., *Psychologia kryminalistyczna*, Warszawa 2006.
145. Hołyst B., *Cyberstalking as a form of cyberharassment*, „Ius Novum”, nr 2/2015.
146. Hryniewicz E., *Skutek w prawie karnym*, „Prokuratura i Prawo” 2013, nr 7-8.
147. Hyps S. [w:] Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
148. Ingarden R., *Spór o istnienie świata. Tom II*, Warszawa 1961.
149. Jachimowicz M., *Przestępstwo stalkingu w świetle noweli do kodeksu karnego*, „Wojсковy Przegląd Prawniczy” 2011, nr 3.
150. Janusz-Pohl B., *Formalizacja i konwencjonalizacja jako instrumenty analizy czynności karnoprosesowych w prawie polskim*, Poznań 2017.
151. Jelonek B., *Stalking w Japonii – problematyka ustawy Sutōkā Kisei Hō z 2000 roku*, „Acta Erasiana” 2018, nr 18, https://repozytorium.uni.wroc.pl/Content/95579/PDF/003_Jelonek_B_Stalking_w_Japonii_problematyka_prawna_ustawy_Sutoka_Kisei_Ho_z_000_roku.pdf [dostęp: 23.10.2020].
152. Jezusek A., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r.*, 512*ział. I KZP 16/16*, Prok. i Pr. 2017, nr 4.
153. Jędrzejewski Z., *Usiłowanie z zamiarem ewentualnym. Przyczynek do nauki o tzw. podwójnym usytuowaniu zamiaru*, PiP 2003, z. 8.
154. Jędrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępności czynu. Studium na temat struktury przestępstwa*, Warszawa 2009.
155. Jędrzejewski Z., *Bezprawność* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
156. Kaczmarek T., *Spory wokół pojęcia winy w prawie karnym* [w:] Hołda Z., Leszczyński L., Skrętowicz E. (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
157. Kaczmarek T., *O finalnej teorii winy na gruncie doktryny polskiej* [w:] Kaczmarek T., *Rozważanie o przestępstwie i karze. Wybór prac z okazji 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006.

158. Kaczmarek T., *Rozważania o przestępstwie i karze. Wybór prac z okresu 40-lecia naukowej twórczości*, Warszawa 2006.
159. Kaczmarek T., *Spory wokół przyczynowości zaniechania i przypisywania jego skutku* [w:] Pohl Ł. (red.), *Aktualne problemy prawa karnego. Księga pamiątkowa z okazji jubileuszu 70. Urodzin Profesora Andrzeja J. Szwarca*, Poznań 2009.
160. Kaczmarek T., *Sporne problemy umyślności* [w:] Majewski J. (red.), *Umyślności i jej formy*, Toruń 2011.
161. Kaftal A., *W sprawie struktury tzw. przestępstwa ciągłego*, PiP 1982, z. 9.
162. Kaftal A., *Przestępstwo ciągle w polskim prawie karnym*, Warszawa 1985.
163. Kanarek B., Zieliński M., *Porządkująca faza wykładni prawa*, RPEiS 2001, z. 3.
164. Kanarek J., *Istota zewnętrznego zbiegu ustawy w prawie karnym skarbowym, jego geneza oraz uzasadnienie zastosowania*, Prok. i Pr. 2021, nr 6.
165. Kardas P., Majewski J., *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP 1993, z. 10.
166. Kardas P., *Przestępstwo ciągle w prawie karnym. Analiza konstrukcji modelowych na tle pojęcia czynu, zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów*, Kraków 1999.
167. Kardas P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001.
168. Kardas P., *Przypisywanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2004, nr 4/4.
169. Kardas P., *Istota współsprawstwa w polskim prawie karnym. Uwagi na marginesie trzech orzeczeń Sądu Najwyższego*, Prok. i Pr. 2005, nr 12.
170. Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011.
171. Kardas P., *Zbieg przestępstw i kara łączna w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Skłodowska-Curie. Sectio G”, Vol. LX, 2, 2013.
172. Kardas P. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 – 52*, Warszawa 2016.
173. Kardas P., *Formy sprawstwa i współsprawstwa* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
174. Kardas P., *Subiektywne komponenty czynu a bezprawność i okoliczności ją wyłączające. Kilka uwag o przyjmowanych w piśmiennictwie karnistycznym płaszczyznach i metodach analizy subiektywnych elementów bezprawności*, AIS 2018, nr 1 (21).
175. Karnat J. [w:] Gadecki B. (red.), *Kodeks karny. Art. 1-316. Komentarz*, Warszawa 2023

176. Kędziński J., *Stalking w prawie polskim – uwagi de lege lata i de lege ferenda*, „Palestra” 2010, nr 1-2.
177. Kliś M., *Źródła obowiązku gwaranta w polskim prawie karnym*, CPKiNP 1999, z. 2.
178. Kluza J., *Granica pomiędzy dokuczaniem a przestępstwem stalkingu*, RPEiS 2019, z. 1.
179. Kłączyńska N. [w:] Giezek J. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, Warszawa 2014.
180. Kmąk K., *Glosa do uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 19 stycznia 2017 r., 514ział. I KZP 16/16*, Prok. i Pr. 2017, nr 6.
181. Kmąk K., *Obiektywizująca i subiektywizująca wykładnia art. 13 § 2 k.k. (odpowiedź M. Małeckiemu)*, Prok. i Pr. 2018, nr 3.
182. Knapczyk E., *Istota obrony koniecznej w polskich kodeksach karnych*, „Państwo i Społeczeństwo” 2014, nr 4.
183. Kojder A., *Podstawy socjologii prawa*, Warszawa 2016.
184. Konarska-Wrzosek V. [w:] Górecki P., Konarska-Wrzosek V., *Postępowanie w sprawach nieletnich. Komentarz*, Warszawa 2015.
185. Konarska-Wrzosek V. [w:] Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz.*, Warszawa 2018.
186. Konarska-Wrzosek V., Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2019.
187. Konarska-Wrzosek V., Lachowski J., *Instytucja przypadku w polskim prawie karnym*, Warszawa 2020.
188. Konarska-Wrzosek V. [w:] Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023.
189. Konieczniak P., *Przestępstwo ciągle*, PiP 1996, z. 12.
190. Konieczniak P., *Czyn jako podstawa odpowiedzialności w prawie karnym*, Kraków 2002.
191. Konieczny J., Widacki J., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze* [w:] Widacki J. (red.), *Kryminalistyka*, Warszawa 2016.
192. Kopff A., *Koncepcja prawa do intymności i do prywatności życia osobistego (zagadnienia konstrukcyjne)*, „Studia Cywilistyczne” 1972, t. XX.
193. Kopff A., *Ochrona życia prywatnego w świetle doktryny i orzecznictwa*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Jagiellońskiego” 1982, nr 100.
194. Kosińska J., *Prawnokarna problematyka stalkingu*, Prok. i Pr. 2008, nr 10.
195. Kosonoga J. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.

196. Kosonoga J., *Poczucie zagrożenia oraz istotne naruszenie prywatności jako ustawowe znamiona przestępstwa stalkingu. Glosa do wyroku Sądu Najwyższego – Izba Karna z 29.03.2017 r., IV KK 413/16*, „Orzecznictwo Sądów Polskich”, nr 4/2019.
197. Kosonoga J. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
198. Kotowski W. [w:] Kotowski W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2009.
199. Kowalewska M., *Strona podmiotowa czynu zabronionego niepoczytalnego sprawcy*, RPEiS 2013, z. 3.
200. Kowalewska-Łukuć M., *Konfiskata rozszerzona oraz przepadek przedsiębiorstwa – kilka refleksji po roku obowiązywania znowelizowanych przepisów kodeksu karnego*, „Palestra” 2018, nr 9.
201. Kowalewska-Łukuć M., *Zamiar ewentualny w świetle psychologii*, Poznań 2015.
202. Kowalewska-Łukuć M., *Konfiskata rozszerzona oraz przepadek przedsiębiorstwa – kilka refleksji po roku obowiązywania znowelizowanych przepisów kodeksu karnego*, „Palestra” 2018, nr 9.
203. Kowalewska-Łukuć M., *W poszukiwaniu teorii winy w prawie karnym* [w:] Zalewski W. (red.), *Prawo karne jutra – między pragmatyzmem a dogmatyzmem*, Warszawa 2018.
204. Kowalewska-Łukuć M., *Wina w prawie karnym*, Warszawa 2019.
205. Kowalewska-Łukuć M., *Imputacyjna koncepcja winy i ekskulpanty 2^o (polemika z M. Maleckim)*, PiP 2021, z. 5.
206. Kowalski S., *Stalking w miejscu świadczenia pracy*, „Służba pracownicza” 2014, nr 4.
207. Kozłowska-Kalisz P., *Przestępstwo nękania – wybrane zagadnienia zbiegu ustawy* [w:] Mozgawa M. (red.), *Stalking*, Warszawa 2018.
208. Kozłowska-Kalisz P. [w:] Budyn-Kulik M. i in., *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2020.
209. Krajewski R., *Zatarcie skazania w prawie karnym*, PiP 2007, nr 11.
210. Krajewski R., *Wykroczenia wybryku i nieobyczajnego wybryku*, „Przeгляд Sądowy” 2010, nr 11-12.
211. Krajewski R., *Przestępstwo nękania innej osoby lub podszywania się pod inną osobę*, „Przeгляд Sądowy” 2012.
212. Krajewski K., *Środki zabezpieczające o charakterze leczniczym stosowane wobec sprawców przestępstw uzależnionych od alkoholu, środków odurzających i substancji psychotropowych* [w:] Paprzycki L.K. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 7. Środki zabezpieczające*, Warszawa 2015.

213. Królikowski M., Sakowicz A. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom 1. Komentarz do artykułów 117 – 221*, Warszawa 2013.
214. Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2018.
215. Kubicki L., *Przestępstwo popełnione przez zaniechanie. Zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1975.
216. Kulesza J., *Prawnokarna ochrona wolności jednostki w kontekście zasad teorii kryminalizacji*, Prok. i Pr. 2014, nr 6.
217. Kulik M., *Formy zjawiskowe przestępstwa w polskim prawie karnym*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G” 2013, vol. LX, nr 2.
218. Kulik M., *Przedawnienie karalności i przedawnienie wykonania kary w polskim prawie karnym*, Warszawa 2014.
219. Kulik M. [w:] Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
220. Kulik M., *Stalking w wybranych państwach europejskich systemów prawa kontynentalnego* [w:] Mozgawa M. (red.), *Stalking*, Warszawa 2018.
221. Kulik M., *Wolność jako przedmiot ochrony w prawie karnym* [w:] Mozgawa M. (red.), *Przestępstwa przeciwko wolności*, Lublin 2019.
222. Kunicka-Michalska B., *Warunkowe umorzenie postępowania karnego* [w:] Melezini M. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki karnoprawnej reakcji*, Warszawa 2016.
223. Kurzępa B. [w:] Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2008.
224. Kusion M., *Stalking i cyberbullying w polskim prawie karnym* [w:] Dymińska Z.M. (red.), *Konteksty prawa i praw człowieka*, Kraków 2012.
225. Kwiatkowski D., *Brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego jako znamię usiłowania nieudolnego (ujęcie doktrynalne i orzecznicze)*, CPKiNP 2018, z. 2.
226. Lach A., *Karnoprawna reakcja na zjawisko kradzieży tożsamości*, Warszawa 2015.
227. Lachowski J. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2017.
228. Lachowski J., *Strona podmiotowa czynu zabronionego* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
229. Lachowski J., *Wina w prawie karnym* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.

230. Lachowski J. [w:] Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz.*, Warszawa 2018.
231. Lande J., *Nauka o normie prawnej*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska, sectio G” 1956, vol. III-1.
232. Lang W., Śmiałowski J., *O rozumieniu tekstów prawnych*, PiP 1962, z. 7.
233. Laniewski A., Sobolewski K., *Polski kodeks karny z 11. VII. 1932 r. wraz z prawem o wykroczeniach, przepisami wprowadzającemu i utrzymanemu w mocy przepisami kodeksu karnego austriackiego, niemieckiego, rosyjskiego i skorowidzem.*, Lwów 1932.
234. Lapanche J., Pontalis J.B., *Słownik psychoanalizy*, tłum. E. Modzelewska, E. Wojciechowska, Warszawa 1996.
235. Linde-Usiekiewicz J., Smith P.G. (red.), *Nowy słownik angielsko-polski i polsko-angielski PWN-Oxford*, Warszawa 2005.
236. Lipiński K., *Strona podmiotowa pomocnictwa do czynu zabronionego znamiennego wyłącznie zamiarem bezpośrednim*, CPKiNP 2017, z. 2.
237. Liszewska A., *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczno-prawna*, Łódź 2004.
238. Liszewska A., *Czynny żal* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
239. Liszewska A., *Usiłowanie* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
240. Ładoś S., Warchoł M., *Krytycznie o karalności „stalkingu” po nowelizacji Kodeksu karnego (art. 190a)*, „Kwartalnik Stowarzyszenia Sędziów Polskich IUSTITIA” 2012, nr 1(7).
241. Łyżwa A. [w:] Banaś-Grabek M., *Kodeks karny. Część szczególna. Art. 148–251. Komentarz*, Warszawa 2020.
242. Majewski J., *Określenie umyślności w projekcie kodeksu karnego na tle obowiązujących przepisów*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 1996, z. 1.
243. Majewski J., *Prawnokarne przypisywanie skutku przy zaniechaniu*, Kraków 1997.
244. Majewski J. [w:] Majewski J. (red.), *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2010.
245. Majewski J., *Czy warunkowe zawieszenie wykonania kary zmienia jej rodzaj?* [w:] Majewski J. (red.) *Środki związane z poddaniem sprawcy próbie. Pokłosie IX Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2012.

246. Majewski J., *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe* [w:] Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
247. Majewski J. [w:] Majewski J. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2024.
248. Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932.
249. Makarewicz J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
250. Makowski W., *Kodeks karny 1932. Komentarz*, Warszawa 1933.
251. Malessa M., *Przestępstwo uporczywego nękania w polskim prawie karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2016, nr 4.
252. Malicka-Ochetera A., *Stalking z perspektywy sprawcy i ofiary*, „Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego” 2020, tom LV.
253. Malinowski A., *Polski tekst prawny. Opracowanie treściowe i redakcyjne*, Warszawa 2012.
254. Małecki M., *Glosa do uchwały SN z 19.01.2017 r., I KZP 16/16*, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2017, nr 3-4.
255. Małecki M., *O usiłowaniu nieudolnym na marginesie glosy K. Kmąka*, Prok. i Pr. 2017, nr 10.
256. Małecki M., *Przypisanie winy. Podstawy teorii ekskulpantów*, Kraków 2019.
257. Mamak K., *Prawo karne przyszłości*, Warszawa 2017.
258. Mamcarz P., Mamcarz I., Suchocka L., *Psychologiczne konsekwencje poczucia zagrożenia doświadczonego w sytuacji pracy*, „Acta Universitatis Lodziensis. Folia Psychologica” 2012, nr 16.
259. Mania G., Szafrąńska M., *Ochrona przed stalkingiem w prawie polskim*, „Przegląd Naukowo-Metodyczny. Edukacja dla Bezpieczeństwa” 2011, nr 3.
260. Marciniak J., *Mobbing, dyskryminacja, molestowanie. Przeciwdziałanie w praktyce*, Warszawa 2015.
261. Marciniak M., *Złośliwe niepokojenie a uporczywe nękanie – podobieństwa i różnice*, „Opolskie Studia Administracyjno-Prawne” 2015, nr 3.
262. Marek A., *Prawo karne. Zagadnienia teorii i praktyki*, Warszawa 1986.
263. Marek A., *Nowa Kodyfikacja Karna. Kodeks karny. Zeszyt 13. Krótkie komentarze*, Warszawa 1998.
264. Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym: Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008.
265. Marek A. [w:] Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010.

266. Markowska E., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 20 listopada 2000 r.*, 519*ział. I KZP 36/2000*, Prok. i Pr. 2005, nr 9.
267. Marszał K., *Przedawnienie w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972.
268. Masłow A., *Motywacja i osobowość*, tłum. J. Radzicki, Warszawa 2009.
269. Mąciór W., *Z problematyki zbiegu przestępstw i zbiegu ustawy (W sprawie pozornego zbiegu realnego przestępstw)*, PiP 1965, nr 1.
270. Mąciór W., *Problem przestępstw nieumyślnych na tle aktualnych wymagań teorii i praktyki*, Kraków 1968.
271. Mąciór W., *Formy popełnienia przestępstwa w projekcie kodeksu karnego z 1995 r.*, PiP 1996, z. 7.
272. Michalska-Warias A., Nazar-Gutowska K., *Prawnokarne aspekty nękania w prawie polskim*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2010, nr 14.
273. Michalska-Warias A. [w:] Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
274. Michalska-Warias A., *Przestępstwo stalkingu w prawie angielskim i amerykańskim* [w:] Mozgawa M. (red.), *Stalking*, Warszawa 2018.
275. Michalska-Warias A., [w:] Bojarski T. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2020.
276. Michalski G., *O rozumieniu szkody na gruncie prawa karnego*, Prok. i Pr. 2020, nr 2, s. 74.
277. Michałowska K., *Prawo do życia rodzinnego na tle ogólnie pojmowanej prywatności jednostki*, „*Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie*” 2013, nr 911.
278. Mik B., *Karnoprawna ochrona dokumentów (zagadnienia wybrane)*, Prok. i Pr. 2001, nr 4.
279. Młynarczyk-Puławska K., *Analiza porównawcza wyłączającej odpowiedzialność karną w prawie europejskim*, „*Studia Europejskie*” 2017, nr 3.
280. Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, Toruń 2010.
281. Mozgawa M., *Kilka uwag na temat przestępstwa uporczywego nękania (art. 190a k.k.)* [w:] Kardas P, Sroka T., Wróbel W. (red.), *Państwo prawa i prawo karne. Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, Warszawa 2012.
282. Mozgawa M., *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, „*Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska. Sectio G*” 2013, vol. LX, 2.
283. Mozgawa M. [w:] Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
284. Mozgawa M. [w:] Mozgawa M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2016.

285. Mozgawa M., *Przestępstwa stalkingu (nękania) i podszywania się (art. 190a k.k.)* [w:] Warylewski J. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 10. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, Warszawa 2016.
286. Mozgawa M., *Analiza ustawowych znamion przestępstwa uporczywego nękania* [w:] Mozgawa M. (red.), *Stalking*, Warszawa 2018.
287. Mozgawa M., *A few comments on the feature of 'persistent harassment' in the light of article 190a criminal code*, „Ius Novum” 2020, nr 2.
288. Mozgawa M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2020.
289. Mullen P.E., Pathé M., Purcell R., *Editorial: When do repeated intrusions become stalking?*, „Journal of Forensic Psychiatry and Psychology” 2004, vol. 15, issue 4.
290. Mullen P.E., Pathé M., Purcell R., *Stalkers and their victims*, Cambridge 2009.
291. Namysłowska-Gabrysiak B. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015.
292. Nawrocki M., *Czas popełnienia czynu zabronionego w polskim prawie karnym. Podstawowe zagadnienia materialno-prawne*, Szczecin 2014.
293. Nawrocki M., *Miejsce popełnienia czynu zabronionego*, Warszawa 2016.
294. Nawrocki M., *Błąd jako znamię typu czynu zabronionego w prawie karnym*, Szczecin 2019.
295. Nazar K., *Glosa do postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 12 grudnia 2013 r., 520ział. III KK 417/13*, „Prawo w działaniu. Sprawy karne” 2016, nr 26.
296. Nazar K., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 12 stycznia 2016 r., IV KK 196/15*, „Palestra” 2016, nr 7-8.
297. Nazar K., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 29 marca 2017 r., 520ział. IV KK 413/16*, Prok. i Pr. 2018, nr 2.
298. Nazar K., *Uporczywe nękanie oraz kradzież tożsamości* [w:] Mozgawa M. (red.), *Przestępstwa przeciwko wolności*, Lublin 2020.
299. Nikolova N., *Japan's policy against the crime of stalking*, „Economics and Law” 2020, vol. II, nr I.
300. Nowak C., *Kryminalizacja stalkingu jako przykład przeszczepu prawnego w polskim prawie karnym* [w:] Namysłowska-Gabrysiak B., Syroka-Marczewska K., Walczak-Żochowska A. (red.), *Prawo wobec problemów społecznych. Księga Jubileuszowa Profesor Eleonory Zielińskiej*, Warszawa 2016.
301. Nowak L., Wronkowska S., Zieliński M., Ziemiński Z., *Czynności konwencjonalne w prawie*, „Studia prawnicze” 1972, z. 33.

302. Olweus D., *Mobbing. Fala przemocy w szkole, jak ją powstrzymać?*, Warszawa 2007.
303. Ostrowska M., *Mobbing – elementy definicyjne*, „Zeszyty naukowe FIRMA I RYNEK”, 2014/1(46).
304. Oszkinis B., *Pojęcie konkubinatu w świetle polskiej doktryny i orzecznictwa*, „Miscellanea historico-iuridica” 2014, tom XIII, z. 2.
305. Ożóg-Wróbel K., *Katalog metod prowadzenia czynności operacyjno-rozpoznawczych*, „Roczniki Nauk Prawnych” 2012, t. XXII, nr 4.
306. Paleń P., *Zagadnienia niepoczytalności w polskim prawie karnym*, „Kortowski Przegląd Prawniczy” 2015, nr 3.
307. Papierkowski Z., *Fikcja winy czy nierozumienie sensu nowoczesnego prawa karnego*, PiP 1948, z. 1.
308. Paprzycka K., *Uwagi o W. Patryasa koncepcji zaniechania*, RPEiS 1995, z. 3.
309. Patryas W., *Uznawanie zdań*, Warszawa – Poznań 1987.
310. Patryas W., *Interpretacja karnistyczna: Studium metodologiczne*, Poznań 1988.
311. Patryas W., *Zaniechanie. Próba analizy metodologicznej*, Poznań 1993.
312. Patryas W., „Norma sankcjonowana w prawie karnym...” – kilka uwag do artykułu Łukasza Pohla, RPEiS 2006, z. 1.
313. Patryas W., *Na polemikę dra Łukasza Pohla – odpowiedź*, RPEiS 2006, z. 4.
314. Patryas W., *Jeszcze w sprawie normy sankcjonowanej w prawie karnym*, RPEiS 2006, z. 4.
315. Patryas W., *Czynnik intelektualny jako determinanta ludzkiego postępowania wyznaczająca winę*, AIS 2018, nr 1.
316. Pietrak M., *Środki zabezpieczające w świetle nowelizacji prawa karnego z 20.2.2015 r.*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 13.
317. Piotrowski T., Saloni Z. (red.), *Nowy słownik angielsko-polski/polsko-angielski*, Warszawa 1996.
318. Piórkowska-Flieger J., *Skutek czynu zabronionego w polskim prawie karnym*, Lublin 2019.
319. Piórkowska-Flieger J. [w:] Bojarski T. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2020.
320. Płatek M., *Stalking – reforma prawa czy dogmatyczny (d)efekt genderowych uchybień zasadzie neutralności prawa* [w:] Mozgawa M. (red.), *Stalking*, Warszawa 2018.
321. Pławski S., *Prawo karne. Część 1*, Warszawa 1965.
322. Pohl Ł., *Istota pomocnictwa w kodeksie karnym z 6 VI 1997 r.*, RPEiS 2000, z. 2.

323. Pohl Ł., *Obiektywna istota sprawstwa w ujęciu polskiego prawa karnego (uwagi na marginesie lektury pracy P. Kardasa Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie)*, RPEiS 2004, z. 2.
324. Pohl Ł., *Zbieg przepisów ustawy i zbieg przestępstw – próba uporządkowania pojęć*, RPEiS 2005, z. 1.
325. Pohl Ł., *Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej niebędącej normą postępowania*, RPEiS 2006, z. 1.
326. Pohl Ł., *W odpowiedzi na uwagi prof. Wojciecha Patryasa o artykule Łukasza Pohla Norma sankcjonowana w prawie karnym jako przykład normy prawnej nie będącej normą postępowania*, RPEiS 2006, z. 4.
327. Pohl Ł., *Uwagi na marginesie dialogu z prof. Wojciechem Patryasem*, RPEiS 2006, z. 4.
328. Pohl Ł., *Struktura normy sankcjonowanej w prawie karnym*, Poznań 2007.
329. Pohl Ł., *Artykuł 2 kodeksu karnego w roli wyznacznika podmiotu przestępstwa skutkowego popełnionego przez zaniechanie*, RPEiS 2008, z. 3.
330. Pohl Ł., *Niezachowanie wymaganej ostrożności – znamię typu czynu zabronionego czy odrębny element w strukturze przestępstwa?* [w:] Majewski J. (red.), *Nieumyślność: pokłosie VIII Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2012.
331. Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013.
332. Pohl Ł., *O niemożności wykonania nakazanego działania spowodowanej zachowaniem się zobowiązanego do działania (przyczynek do analizy zaniechania w prawie karnym)* [w:] Cieślak W., Steinborn S. (red.), *Profesor Marian Cieślak – osoba, dzieło, kontynuacja*, Warszawa 2013.
333. Pohl Ł. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
334. Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność* [w:] Paprzycki L.K. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016.
335. Pohl Ł., *Błąd co do znamion czynu zabronionego* [w:] Paprzycki L.K. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016.
336. Pohl Ł., *Błąd co do prawa* [w:] Paprzycki L.K. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016.

337. Pohl Ł., *Czyn w prawie karnym* [w:] R. Dębski (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2017.
338. Pohl Ł., *Propozycja nowelizacji art. 18 Kodeksu karnego*, „Prawo w działaniu” 2018, nr 35.
339. Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019.
340. Pohl Ł. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
341. Pohl Ł. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021.
342. Popławski H., *Zamiar ewentualny a potrzeby praktyki sądowej*, „Palestra” 1962, nr 3–4.
343. Przesławski T. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2021.
344. Radecki W., Urbanek A., *Sprawstwo kierownicze w rozboju kwalifikowanym*, „Palestra” 1975, nr 11.
345. Radwański Z., Oleniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2018.
346. Rajzman H., *Przestępstwo ciągle w bieżącym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, PiP 1960, z. 2.
347. Raglewski J. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 – 52*, Warszawa 2016.
348. Raglewski J., *Wprowadzenie do rozdziału „Przepadek i inne środki kompensacyjne”* [w:] Melezini M. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki karnoprawnej reakcji*, Warszawa 2016.
349. Reber A.S., *Słownik psychologii*, tłum. Janasiewicz-Kruszyńska B. i in., Warszawa 2000.
350. Rajkowska M., *Stalking jako przestępstwo współczesne* [w:] Dajnowicz-Piesiecka D., Jurgielewicz-Delegacz E., Pływaczewski E., *Współczesna przestępczość i patologie społeczne z perspektywy interdyscyplinarnych badań kryminologicznych*, Warszawa 2017.
351. Rodzyńkiewicz M., *Pojęcie winy w prawie karnym – próba analizy krytycznej na tle ujęcia relacyjnego*, RPEiS 1992, z. 3.
352. Rodzyńkiewicz M., *Pojęcie zaniechania a odpowiedzialność za przestępstwo popełnione przez zaniechanie w projekcie kodeksu karnego*, „Przegląd Prawa Karnego” 1994, nr 11.
353. Rodzyńkiewicz M., *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998.
354. Romańczuk-Grącka M., *Politycznokryminalne aspekty stalkingu w Polsce*, „Studia Prawnoustrojowe” 2011, nr 13.
355. Rosenhan D.L., Seligman M.E.P., Walker E.F., *Psychopatologia*, tłum. Gilewicz J., Wojciechowski A., Poznań 2003.

356. Sadło-Nowak A., *Stalking wyrażony mową nienawiści* [w:] Duda M. (red.), Pływaczewski W. (red.), *Mowa nienawiści a prawo na tle współczesnych zjawisk społeczno-politycznych*, Olsztyn 2017.
357. Sakowicz A. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015.
358. Sakowicz A., *Zakaz przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakaz kontaktowania się z określonymi osobami, zakaz zbliżania się do określonych osób lub zakaz opuszczenia określonego miejsca pobytu bez zgody sądu* [w:] Melezini M. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 6. Kary i inne środki karnoprawnej reakcji*, Warszawa 2016.
359. Sakowicz A. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2017.
360. Safjan M., *Refleksje wokół konstytucyjnych uwarunkowań rozwoju dóbr osobistych*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2002, z. 1.
361. Sarkowicz R., *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym (na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.)*, Kraków 1989.
362. Sarkowicz R., *Poziomowa interpretacja tekstu prawnego*, Kraków 1995.
363. Sarzała D., Jędrzejko M.Z., *Stalking – przejawy i etiologia zjawiska* [w:] Jędrzejko M.Z., Netczuk-Gwoździewicz M. (red.), *Człowiek w świecie wielowymiarowego ryzyka. Wybrane problemy*, Wrocław 2015.
364. Skarżyńska-Sernaglia J., *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*, <http://psychologia.net.pl/artukul.php?level=415> [dostęp: 20.08.2019].
365. Skowroński K., *Ogólne dyrektywy wymiaru kary w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Palestra” 2003.
366. Siemiński F., *Dwa problemy w związku z zagadnieniem normy prawnej*, PiP 1960, z. 8-9.
367. Siemkowicz P., *Stalking – ocena regulacji karnoprawnej ze szczególnym uwzględnieniem możliwości przypisania sprawcy realizacji znamion czynu uporczywego nękania z art. 190a § 1 k.k. oraz podszywania się z art. 190a § 2 k.k.* [w:] Łucarz K., Sawicki J. (red.), *Na styku prawa karnego i prawa o wykroczeniach. Zagadnienia materialnoprawne oraz procesowe. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Markowi Bojarowskiemu. Tom I*, Wrocław 2016.
368. Siewierski M., *Kodeks karny i prawo o wykroczeniach. Komentarz*, Warszawa 1958.
369. Sitarz O., *Usiłowanie ukończone i nieukończone (próba nowego spojrzenia)*, PiP 2011, nr 6.

370. Sitarz O., *Czynny żal związany z usiłowaniem w polskim prawie karnym: analiza dogmatyczna i kryminologiczna*, Katowice 2015.
371. Sitarz O., *Wybrane problemy czynnego żalu okazanego przez współdziałającego* [w:] Majewski J. (red.), *Czynny żal jako okoliczność wpływająca na odpowiedzialność karną. Pokłosie XIV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2018.
372. Skupiński J., Mierzwińska-Lorencka J.[w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
373. Smyczyński T., *Prawo rodzinne i opiekuńcze*, Warszawa 2018.
374. Sobol E. (red.), *Mały słownik języka polskiego*, Warszawa 1993.
375. Sobol E. (red.), *Nowy słownik języka polskiego*, Warszawa 2002.
376. Sroka T. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015.
377. Sośnicka A., *Przestępstwo i wykroczenie przywłaszczenia w polskim prawie karnym*, Warszawa 2013.
378. Stachelska A., *Przestępstwo stalkingu w świetle badań białostockiej szkoły kryminologii*, „Zeszyty Prawnicze” 2018, vol. 18, nr 2.
379. Staręga M., *Stalking jako nowy czyn zabroniony w polskim prawie karnym. Aspekt prawny oraz znaczenie społeczne*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Przyrodniczo-Humanistycznego w Siedlcach. Seria: Administracja i Zarządzanie” 2012, nr 94.
380. Stefańska B.J., *Zatarcie skazania*, Warszawa 2014.
381. Stefańska B.J. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2015.
382. Stefańska B.J., *Quantum odbytej kary pozbawienia wolności jako przesłanka warunkowego zwolnienia*, Prok. i Pr. 2017, nr 4.
383. Stefańska B.J. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
384. Stefańska B.J. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2023.
385. Stefański R.A., *Przestępstwo urojone*, Prok. i Pr. 2008, nr 3.
386. Stefański R.A. [w:] Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
387. Stefański R.A. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
388. Stomma S., *Fikcja winy*, PiP 1947, nr 10.
389. Strzałkowski A., *Problem mobbingu w stosunkach pracy*, „Praca i zabezpieczenie społeczne” nr 9, 2002.
390. Strzembosz A., *Klauzule generalne w projekcie kodeksu karnego* [w:] Waltoś S. (red.), *Problemy kodyfikacji prawa karnego: księga ku czci profesora Mariana Cieślaka*, Kraków 1993.

391. Spotowski A., *O redukcji ocen przy zbiegu przestępstw*, PiP 1975, nr 5.
392. Spotowski A., *Przestępstwo ciągle czy ciąg przestępstw*, PiP 1980, z. 10.
393. Spotowski A., *Kilka uwag o obowiązku gwaranta w prawie karnym*, PiP 1987, z. 11.
394. Spotowski A., *O nowe ujęcie zbiegu przestępstw i przepisów*, PiP 1989, nr 9.
395. Szczucki K., *Rola zgody w strukturze przestępstwa na przykładzie przestępstwa zgwałcenia*, CPKiNP 2011, z. 1.
396. Szczucki K., *Wykładnia prokonstytucyjna w praktyce. Przykład stalkingu*, „Forum Prawnicze” 2013, nr 6 (20).
397. Szczucki K. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, Warszawa 2017.
398. Szeleszczuk D., *Przypadek przedsiębiorstwa (art. 44a)*, Prok. i Pr. 2017, nr 12.
399. Szeleszczuk D. [w:] Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
400. Szelegiewicz A., *Stalking i przywłaszczenie tożsamości w polskim prawie karnym – zagadnienia wybrane*, „Ius Novum 3/2013”.
401. Szerer M., *W sprawie zamiaru ewentualnego*, PiP 1959, z. 3.
402. Szewczyk M. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 117 – 211a*, Warszawa 2017.
403. Szewczyk H., *Molestowanie seksualne i mobbing w miejscu pracy lub w związku z pracą – nowe wyzwania dla polskiego prawa pracy*, „Praca i zabezpieczenie społeczne”, nr 6, 2002.
404. Szewczyk H., *Równość płci w zatrudnieniu*, Warszawa 2017.
405. Szymczak M. (red.), *Słownik języka polskiego. Tom drugi L-P*, Warszawa 1994.
406. Szwarczyk M. [w:] Bojarski M., Radecki W. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa 2016.
407. Szwarczyk M. [w:] Bojarski T. (red.), *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, LEX/el. 2020.
408. Ślipko T., *Zarys etyki ogólnej*, Kraków 2004.
409. Śliwiński S., *Odpowiedź na pytanie prawne*, PiP 1948, z. 8.
410. Świda W., *Uwagi o przyczynowości zaniechania*, PiP 1957, z. 2.
411. Świda W., *Prawo karne*, Warszawa 1986.
412. Taracha A., *Czynności operacyjno-rozpoznawcze. Aspekty kryminalistyczne i prawnodowodowe*, Lublin 2006.
413. Tarapata S., *Ile udolności w usiłowaniu nieudolnym? (na marginesie uchwały Sądu Najwyższego z 19 stycznia 2017 r., I KZP 16/16)*, CPKiNP 2017, z. 3.

414. Tarapata S., Zoll A. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116*, Warszawa 2016.
415. Tarapata S., Zakrzewski P., *Dobrowolność jako warunek czynnego żalu* [w:] Majewski J. (red.), *Czynny żal jako okoliczność wpływająca na odpowiedzialność karną. Pokłosie XIV Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Warszawa 2018.
416. Tarapata S., Zakrzewski P., *O normatywnych przesłankach tożsamości czynu zabronionego z art. 190a § 1 k.k. – kilka uwag na tle wyroku Sądu Najwyższego z 16.11.2015 r., V KK 329/15* [w:] Mozgawa M. (red.), *Stalking*, Warszawa 2018.
417. Tarapata S., *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym w polskim prawie karnym*, Kraków 2019.
418. Tarnawski M., *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Poznań 1977.
419. Teleszewska M., *Pojęcia przestępstwa stalkingu (uporczywego nękania)*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego. Seria prawnicza”, Zeszyt 84/2014.
420. Tłokiński W. [w:] Szewczuk W. (red.), *Encyklopedia psychologii*, Warszawa 1998.
421. Tokarczyk D., *Obowiązek gwaranta w prawie karnym*, RPEiS 2014, z. 4.
422. Tokarczyk D., *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017.
423. Tomaszek K., *Patologiczna obsesja w relacjach intymnych – charakterystyka zjawiska uporczywego nękania*, „Annales Universitatis Paedagogicae Cracoviensis. Studia Psychologica”, 10 (2017).
424. Tyszkiewicz L., *O definicji przestępstwa, jej strukturze i elementach*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego — Problemy Prawa Karnego” 1995, t. 21.
425. Tyszkiewicz L. [w:] Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2016.
426. Walczak-Żochowska A. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
427. Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017.
428. Waszczyński J., *Jeszcze w sprawie zamiaru ewentualnego*, „Palestra” 1977, nr 21/5(233).
429. Wąsek A., *Nowa Kodyfikacja Karna. Kodeks karny. Zeszyt 9. Formy popełnienia przestępstwa w kodeksie karnym z 1997 r.*, Warszawa 1998.
430. Wąsek A., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977.
431. Wąsek A., *Prawnokarna problematyka samobójstwa*, Warszawa 1982.
432. Wąsek A. [w:] Górniok O., Hoc S., Kalitowski M., Przyjemski S.M., Sienkiewicz Z., Szumski J., Tyszkiewicz L., Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz do art. 1-116. Tom I*, Gdańsk 2005.

433. Wciórka J, *Psychozy schizofreniczne* [w:] Bilikiewicz A. (red.), *Psychiatria. Podręcznik dla studentów medycyny*, Warszawa 2011.
434. Werner A., *W przedmiocie normy prawnej*, PiP 1959, z. 8-9.
435. Wiak K. [w:] Grześkowiak A., Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2018.
436. Wieczorkiewicz-Kita J., *O konwencjonalnych i formalnych aspektach procesu karnego* [w:] Choduń A., Czepita S. (red.), *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, Szczecin 2010.
437. Wilkowska-Płóciennik A. [w:] Stefański R.A. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2020.
438. Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Warszawa 2000.
439. Wolter W., *Studia z zakresu prawa karnego. 1. Problematyka zamiaru ewentualnego. 2. Błąd w prawie karnym w ujęciu systematycznym*, Kraków 1947.
440. Wolter W., *Prawo karne. Zarys wykładu syntetycznego. Część ogólna*, Warszawa 1947.
441. Wolter W., *O tzw. przyczynowości zaniechania*, PiP 1954, z. 10-11.
442. Wolter W., *O czynie jako działaniu lub zaniechaniu przestępnym*, PiP 1956, z. 5-6.
443. Wolter W., *W sprawie tzw. zamiaru ewentualnego*, „Nowe Prawo” 1957, nr 5.
444. Wolter W., *Z problematyki odpowiedzialności karnej za zaniechanie*, PiP 1957, z. 6.
445. Wolter W., *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, Warszawa 1960.
446. Wolter W., *Reguły wyłączenia wielości ocen w prawie karnym*, Warszawa 1961.
447. Wolter W., *O kontratypach i braku społecznej szkodliwości czynu*, PiP 1963, z. 10 (212).
448. Wolter W., *Funkcja błędu w prawie karnym*, Warszawa 1965.
449. Wolter W., *Nauka o przestępstwie: Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973.
450. Wolter W., *Wykład prawa karnego na podstawie kodeksu karnego z 1969 r. Część I. Część ogólna. Zeszyt 1. Nauka o ustawie karnej i przestępstwie*, Kraków 1979.
451. Wolter W., *Z problematyki zamiarów przestępnych*, PiP 1981, z. 4.
452. Wolter W., *Problem struktury tzw. przestępstwa ciągłego*, PiP 1982, z. 1-2.
453. Wolter W., *Swoistość zaniechania jako czynu zabronionego*, PiP 1982, z. 8.
454. Woźniakowska-Fajst D., *Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu – czy w prawie polskim potrzebna jest penalizacja prześladowania?*, „Archiwum Kryminologii”, Tom XXXI/2009.

455. Woźniakowska-Fajst D., *Stalking w prawie polskim i unijnym* [w:] Utrat-Milecki J. (red.), *Reformy prawa karnego*, Warszawa 2013.
456. Woźniakowska-Fajst D., *Nękanie emocjonalne (stalking) w doświadczeniu studentów Uniwersytetu Warszawskiego*, „Biuletyn PTK” 2016, nr 23.
457. Woźniakowska-Fajst D., *Stalking i inne formy przemocy emocjonalnej. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2019.
458. Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2003.
459. Wróbel W., *Struktura normatywna przepisu prawnego*, RPEiS 1993, z. 3.
460. Wróbel W., *Wina i zawinienie a strona podmiotowa czynu zabronionego, czyli o potrzebie posługiwania się w prawie karnym pojęciem winy umyślnej i winy nieumyślnej* [w:] Giezek J. (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. Rocznicy urodzin Profesora Tomasz Kaczmarka*, Kraków 2006.
461. Wróbel W., *Z problematyki tak zwanego pozornego zbiegu przepisów* [w:] Majewski J. (red.), *Zbieg przepisów oraz zbieg przestępstw w polskim prawie karnym. Materiały II Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2006.
462. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010.
463. Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2013.
464. Wróblewski J., *Zagadnienia teorii wykładni prawa ludowego*, Warszawa 1959.
465. Zakrzewski P., *Elementy wspólne dla terapii i terapii uzależnień* [w:] Wróbel W. (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015.
466. Zakrzewski P., *Stopniowanie winy w prawie karnym*, Warszawa 2016.
467. Zabłocki S. [w:] Majewski J. (red.), *Okoliczności wyłączające winę. Materiały VI Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2010.
468. Zawłocki R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007.
469. Zduński I., *Przesłanki ryzyka nowatorstwa*, Prok. i Pr. 2010, nr 10.
470. Zębik A., *Czyn a przestępstwo ciągle*, RPEiS 1968, z. 2.
471. Zębik A., *Czyn a przestępstwo ciągle*, Łódź 1971.
472. Zębik A., *Czyn przestępny w polskim prawie karnym*, „Zeszyty Naukowe Akademii Spraw Wewnętrznych” 1974, nr 4.
473. Zgoliński I., *Penalizacja stalkingu jako nowa forma ochrony dóbr człowieka*, „Studia z zakresu nauk prawnoustrojowych. Miscellanea” 2012, nr 2.

474. Zgoliński I. [w:] Konarska-Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz.*, Warszawa 2018.
475. Zgólkowa H. (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 25 objechać – odstawka*, Poznań 2000.
476. Zgólkowa H. (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 30. Podwładna – por.*, Poznań 2001.
477. Zgólkowa H. (red.), *Praktyczny słownik współczesnej polszczyzny. Tom 44. Uczniacki – wantowy*, Poznań 2001.
478. Zieliński M., *Derywacyjna koncepcja prawa jako koncepcja zintegrowana*, RPEiS 2006, z. 3.
479. Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2018.
480. Ziemiński Z., *Przepis prawny a norma prawna*, RPEiS 1960, z. 1.
481. Ziemiński Z., *Kompetencja i norma kompetencyjna*, RPEiS 1969, z. 4.
482. Ziemiński Z., *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972.
483. Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
484. Ziemiński Z., Tarnawski M., *O pojmowaniu zaniechania*, PiP 1996, z. 7.
485. Znamierowski C., *Oceny i normy*, Warszawa 1957.
486. Znamierowski C., *Z abecadła prawoznawcy*, RPEiS 1958, z. 1.
487. Zontek W. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015.
488. Zoll A., *Nowa Kodyfikacja Karno. Kodeks karny. Zeszyt 12. Zasady odpowiedzialności karnej*, Warszawa 1998.
489. Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982.
490. Zoll A., *Odpowiedzialność karna za czyn niesprowadzający zagrożenia dla dobra prawnego* [w:] Majewski J. (red.), *Formy stadialne i postacie zjawiskowe przestępstwa: materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, Toruń 2007.
491. Zoll A. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 – 52*, Warszawa 2016.
492. Zoll A. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część II. Komentarz do art. 53-116*, Warszawa 2016.
493. Zoll A. [w:] Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom II. Komentarz do art. 117 – 211a*, Warszawa 2017.

494. Zygmunt Ł., *Uporczywe nękanie – stalking: niektóre problemy materialnoprawne związane ze ściganiem sprawców* [w:] Trybus M., Wilk T. (red.), *Przestępstwa rzadko podejmowane przez organy ścigania. Aspekty kryminalistyczne, materialnoprawne i procesowe*, Rzeszów 2013.
495. Żółtek S. [w:] Królikowski M., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1-31*, Warszawa 2015.
496. Żywucka-Kozłowska E., *Funkcjonariusz publiczny jako sprawca stalkingu (?)* [w:] Karaźniewicz J., Kuczar T. (red.), *Karnomaterialne i procesowe instrumenty ochrony jednostki przed nadużyciami władzy państwowej*, Toruń 2015.

Inne źródła bibliograficzne:

1. Cieleń A., Matczak M., Zalasieński T., Zubek R., *Barometr legislacyjny: Analiza wykonywania prac legislacyjnych Rady Ministrów na II półroczu 2010 r.*, Warszawa 2011, [https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_Barometr_VI.pdf/\\$FILE/EY_Barometr_VI.pdf](https://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_Barometr_VI.pdf/$FILE/EY_Barometr_VI.pdf) [dostęp: 10.02.2019].
2. Królikowski M., *Opinia dotycząca zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego czynu zabronionego*, Warszawa 2010, <https://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego-2009-2013/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/download,1216,12.html> [dostęp: 10.02.2019].
3. Mozgawa M., *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk 3553)*, Lublin 2010, [http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/\\$file/i2133-10.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/$file/i2133-10.rtf) [dostęp: 10.02.2019].
4. Projekt z dnia 25 stycznia 2019 r. Ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/12320403/12565609/12565610/dokument378687.pdf> [dostęp: 5.11.2019].
5. Rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 3553), [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/\\$file/3553.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/$file/3553.pdf) [dostęp: 10.02.2019].

6. Rządowy projekt ustawy o odpowiedzialności podmiotów zbiorowych za czyny zabronione pod groźbą kary, <http://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/agent.xsp?symbol=RPL&Id=RM-10-190-18> [dostęp: 22.05.2024].
7. Sakowicz A., *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk 3553)*, Warszawa 2010,
[http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/\\$file/i2133-10.rtf](http://orka.sejm.gov.pl/RexDomk6.nsf/0/AD1E23E66E867B8DC12577E500498C4B/$file/i2133-10.rtf) [dostęp: 10.02.2019].
8. *Skazania prawomocne – z oskarżenia publicznego – stalking art. 190a kk w latach 2011-2018*, Informator Statystyczny Wymiaru Sprawiedliwości,
<https://isws.ms.gov.pl/pl/baza-statystyczna/opracowania-wieloletnie/download,2853,41.html> [dostęp: 2.09.2020].
9. *Uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (Druk 3553)*,
[http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/\\$file/3553-uzas.doc](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/$file/3553-uzas.doc) [dostęp: 10.02.2019].

WYKAZ TABEL I WYKRESÓW

Wykaz tabel:

TABELA 1. POCZUCIE ZAGROŻENIA A STRACH I LĘK	190
TABELA 2. BŁĄD CO DO OKOLICZNOŚCI STANOWIĄCEJ ZNAMIĘ TYPU CZYNU ZABRONIONEGO A ZNAMIONA POZYTYWNE I ZNAMIONA NEGATYWNE	318
TABELA 3. WYKAZ PRZEPISÓW K.K., KTÓRE ZBIEGAJĄ SIĘ Z ART. 190A § 1 K.K.....	374
TABELA 4. WYKAZ PRZEPISÓW K.W. ZBIEGAJĄCYCH SIĘ Z ART. 190A § 1 K.K.....	376
TABELA 5. ZNACZENIE ZWROTÓW UŻYTYCH W WYRAŻENIACH NORMOKSZTAŁTNYCH	382
TABELA 6. UPORCZYWE NĘKANIE JAKO CZYNNOŚĆ KONWENCJONALNA DONIOSŁA PRAWNOKARNIE	392
TABELA 7. LICZBA WARUNKOWO ZAWIESZONYCH KAR POZBAWIENIA WOLNOŚCI ZA PRZESTĘPSTWO UPORCZYWEGO NĘKANIA W LATACH 2011-2018 W ODNIESIENIU DO LICZBY PRAWOMOCNYCH SKAZAŃ.....	424
TABELA 8. WERYFIKACJA TEZ PRACY	497

Wykaz wykresów:

WYKRES 1. OKRES TRWANIA NĘKANIA W ŚWIETLE BADAŃ EMPIRYCZNYCH	160
---	-----

STRESZCZENIE

Rozprawy doktorskiej pt. „Przestępstwo uporczywego nękania w polskim prawie karnym (analiza dogmatycznoprawna)”

Tematem niniejszej rozprawy doktorskiej jest dogmatycznoprawna analiza przestępstw uporczywego nękania na gruncie polskiego prawa karnego. Zagadnienie to należy uznać za zagadnienie dość obszerne, co pociąga za sobą konieczność uwzględnienia w czynionym wywodzie wielu rozmaitych zagadnień związanych m.in. z przepisami części ogólnej czy z zagadnieniami związanymi z sankcją za dopuszczenie się uporczywego nękania. Stąd też celem wyznaczenia głównych kierunków rozważań czynionych w rozprawie doktorskiej, dokonano wskazania pięciu następujących hipotez badawczych:

1. Przestępstwa uporczywego nękania są współtworzone przez przepisy części ogólnej k.k. Bez odniesienia art. 190a § 1 k.k. do przepisów części ogólnej k.k. analiza znamion tych przestępstw jest niepełna.
2. Art. 190a § 1 k.k. w obecnym brzmieniu jest nazbyt rozbudowany, co nie przekłada się na zapewnienie lepszej ochrony prawnokarnej pokrzywdzonemu.
3. Pomimo, iż nękanie zawiera w swoim brzmieniu konieczność wywołania skutku przez sprawcę, to jednak wskazanie znamion skutku wprost konieczne jest celem zapobiegnięcia sytuacji nadużywania stosowania art. 190a § 1 k.k.
4. Nękanie zawiera się w pojęciu znęcania, stąd też wystarczająca by była, zamiast wprowadzania art. 190a § 1 k.k., nowelizacja art. 207 k.k. poprzez rozszerzenie zakresu przedmiotu przestępstwa na każdą osobę i zmiana umiejscowienia tego przepisu w k.k.
5. Środki karnoprawnej reakcji przewidziane przez ustawodawcę pozwalają dość trafnie oddziaływać na sprawcę i zapewniać zadowalający poziom ochrony pokrzywdzonego przed dalszym nękaniami go ze strony sprawcy.

Rozprawa doktorska składa się z wprowadzenia, pięciu rozdziałów oraz podsumowania.

W rozdziale pierwszym omówiona zostaje kwestia pojęcia „*stalkingu*”, przy czym analiza ta przeprowadzona jest w oderwaniu od art. 190a § 1 k.k. i dotyczy wyłącznie rozumienia *stalkingu* jako pewnego zjawiska, nie zaś jako czynu zabronionego pod groźbą kary. Rozważania te przydadzą się w dalszej części tekstu do weryfikacji, czy ustawodawca w sposób należyty zidentyfikował to zjawisko, czemu dał wyraz w odpowiedniej konstrukcji art. 190a § 1 k.k.

W drugim rozdziale przedstawiana jest kwestia odpowiedzialności karnej sprawcy nękania na gruncie regulacji historycznych. Zakres analizy zostaje ograniczony czasowo do 1932

roku. Zatem omówione zostają regulacje k.k. z 1932 r., p.w., k.k. z 1969 r. oraz przebieg prac legislacyjnych nad art. 190a k.k.

Trzeci rozdział poświęcony jest analizie przestępstw z art. 190a § 1 k.k. W pierwszej kolejności przedstawione są rozważania wstępne odnoszące się do tego czym jest tekst prawny, jak należy go interpretować oraz jak należy pojmować pojęcie przestępstwa na gruncie prawa karnego materialnego. W części stanowiącej wprowadzenie metodologiczne dokonywana jest również faza porządkująca i faza rekonstrukcyjna wykładni art. 190a § 1 k.k. Następnie rozważania w tym rozdziale dotyczą uwag ogólnych związanych z analizowanym przepisem, znamionami podmiotu, znamionami przedmiotu przestępstwa, znamionami czasu i miejsca popełnienia przestępstwa, znamieniem czynności sprawczej, naruszeniem reguł ostrożności, znamion skutku oraz strony podmiotowej przestępstwa uporczywego nękania (z uwzględnieniem strony podmiotowej usiłowania oraz strony podmiotowej poszczególnych form popełnienia czynu zabronionego). Następnie omawiana jest kwestia możliwości popełnienia przestępstw uporczywego nękania we współsprawstwie, sprawstwie kierowniczym, sprawstwie polecającym, poprzez podżeganie oraz pomocnictwo. Analizie poddawana jest kwestia odnosząca się do tego, czy uporczywe nękanie może stanowić formę kierowania wykonaniem czynu zabronionego, polecenia, namowy czy sposobem udzielenia pomocy w popełnieniu czynu zabronionego. Poruszona też zostaje kwestia prowokacji do uporczywego nękania i możliwości prowokowania uporczywym nękaniami. Następne fragmenty dotyczą form stadialnych przygotowania i usiłowania. W przypadku usiłowania omawiana jest kwestia usiłowania udolnego, usiłowania nieudolnego i usiłowania nierealnego przestępstwa uporczywego nękania. W rozdziale tym przedstawiane jest też zagadnienie okoliczności wyłączających bezprawność czynu, czyli tzw. „kontratypów”. Rozważania dotyczą obrony koniecznej przed nękaniami i nękania jako sposobie obrony koniecznej, możliwości powołania się sprawcy nękania na stan wyższej konieczności, możliwości zastosowania przy omawianym przestępstwie kontratypu eksperymentu oraz dwóch tzw. „kontratypów pozaustawowych” – kontratypu zgody pokrzywdzonego i kontratypu działania w granicach uprawnień i obowiązków. Kolejnym elementem struktury przestępstwa jest społeczna szkodliwość czynu. Ze względu na charakter pracy rozważania dotyczą wyłącznie społecznej szkodliwości *in abstracto*. Dalsza część tego rozdziału dotyczy możliwości powołania się sprawcy nękania na okoliczności wyłączające winę. Zatem przedstawiana jest możliwość powołania się sprawcy nękania na: błąd co do okoliczności stanowiącej znamię typu czynu zabronionego, błąd co do znamienia uprzywilejowującego, błąd co do okoliczności wyłączającej bezprawność czynu, błąd co do okoliczności wyłączającej winę, błąd co do bezpraw-

ności czynu zabronionego, niepoczytalność (w ramach tego zagadnienia zostaje zasygnalizowana kwestia tzw. „ograniczonej niepoczytalności”). Kolejnym zagadnieniem jest kwestia zbiegu przestępstw i zbiegu przepisów. W ramach tego zagadnienia omawiana jest kwestia zbiegu w obrębie art. 190a k.k., z innymi przepisami k.k. (z obszerniejszym omówieniem zbiegu z art. 207 k.k.) oraz przepisami k.w. (więcej uwagi w ramach tej kwestii zostaje poświęcone zbiegowi art. 190a § 1 k.k. z art. 107 k.w.). Ponadto analizuje się możliwość popełnienia uporczywego nękania w warunkach czynu ciągłego i ciągu przestępstw. Podsumowanie rozdziału trzeciego ma charakter dwuczęściowy. W pierwszej części kończy się wykładnię art. 190a § 1 k.k. poprzez przeprowadzenie fazy percepcyjnej wykładni tego przepisu. Kolejną część stanowi próbę ujęcia uporczywego nękania jako czynności konwencjonalnej doniosłej prawnokarnie. Wskazuje się następujące elementy tej czynności konwencjonalnej: substrat materialny, reguły sensu i sens przypisywany substratowi materialnemu.

W czwartym rozdziale poruszana zostaje kwestia kary, środków karnych (rozważania zostają ograniczone wyłącznie do środków karnych przywidzianych w art. 41a § 1 k.k.), przepadku, środków kompensacyjnych oraz środków zabezpieczających przewidzianych za naruszenie norm sankcjonowanych wysłowionych w art. 190a § 1 k.k. Prócz wymienienia katalogu środków karnoprawnej reakcji na uporczywe nękanie, poddaje się ocenie trafność ustanowienia takich, a nie innych środków oraz wskazuje się problemy związane z ich stosowaniem. Dalej porusza się kwestię czynnego żalu przy uporczywym nękanii. W ramach tego zagadnienia rozważa się możliwość powołania się przez sprawcę na: skuteczny czynny żal przy usiłowaniu i nieskuteczny czynny żal przy usiłowaniu oraz na skuteczny czynny żal współdziałającego i nieskuteczny czynny żal współdziałającego. Dalsze rozważania poświęcone są przedawnieniu karalności, przedawnieniu wykonania kary oraz zatarciu skazania za przestępstwa uporczywego nękania (omawia się zarówno zatarcie skazania *ipso iure* oraz zatarcie skazania z mocy postanowienia sądu). Ostatnim zagadnieniem rozdziału czwartego jest kwestia trybu ścigania przewidzianego dla przestępstw uporczywego nękania. Poddaje się analizie zasadność przewidzenia takiego trybu z uwzględnieniem regulacji przewidzianych w Konwencji stambulskiej.

Ostatni, piąty rozdział, stanowi analizę komparatystyczną. W rozdziale tym przedstawiane są regulacje odnoszące się do penalizacji nękania w Stanach Zjednoczonych Ameryki (na poziomie federalnym oraz regulacje stanowe stanów: Kalifornia, Minnesota oraz Dystryktu Kolumbii), Niemiec oraz Japonii. Rozważania te jednak nie stanowią wykładni, lecz są wyłącznie przedstawieniem brzmienia tekstu prawnego wraz z krótkim komentarzem odnośnie tych

przepisów. W podsumowaniu do tego rozdziału regulacje tychże trzech państw zostają porównane z polskim art. 190a § 1 k.k. Udziela się odpowiedzi na pytanie, czy zasadne jest przeniesienie pewnych elementów przedstawionych regulacji na grunt prawa polskiego.

SUMMARY

The crime of persistent harassment in Polish criminal law (dogmatic and legal analysis)

The subject of this thesis are crimes of persistent harassment in the ground of Polish criminal law. This issue is comprehensive and requires considering plenty of matters connected with inter alia provisions of the general part of the Polish Criminal Code or issues connected with the penalty for committing the crimes of persistent harassment. Thus, for indication, the main direction of consideration must be pointed five following research hypotheses:

1. The crimes of persistent harassment are co-defining by provisions of the general part of the Polish Criminal Code. Without any reference Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code to provisions of the general part of the Polish Criminal Code, the analysis of the feature of the abovementioned crime is inadequate.
2. Current wording of the Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code is excessively expanded, hence does not guarantee better legal protection to the victim.
3. Albeit harassment includes in his definition the requirement of making a result by the perpetrator, the indication of the features of the result in the abovementioned provision is necessary for the prevention of overusing Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code.
4. The notion of harassment is included in the range of the notion of abuse, hence instead of creating Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code, would be sufficient the amendment of Article 207 of the Polish Criminal Code either by extension of range the feature of the object of crime to every person and relocation of this provision in the Polish Criminal Code.
5. Measures of legal reaction expected by the legislator give a chance of proper impact on the perpetrator's behaviour as well as ensure a satisfying level of victim's protection against further harassment from the perpetrator.

The dissertation consists of an introduction, five chapters and a summary.

In the first chapter, a matter of the term "stalking". This analysis is made in isolation of Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code and is concerned about *stalking* as a social phenomenon, not a crime. This deliberation is necessary for the further part of the dissertation to verify the legislator identified this social phenomenon appropriately.

The second chapter is concerned about the criminal liability of persistent harassment in the past. The analysis is limited to the year 1932. This chapter is told the past law regulations of the criminal law and offence law. The course of legislative work on Article 190a of the Penal Code is analysed. The matter of criminal liability for the perpetrator of stalking on the grounds of the current Criminal Code and Code of Offence until June 2011 will be told in the third chapter.

The third chapter is dedicated to analysing of features of crimes of persistent harassment. At first initial considerations about the term „legal text”, the method of its interpretation and the term „crime” on the ground material criminal law. Moreover, this part of the chapter makes an organizing phase and reconstruction phase of the interpretation of Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code. Further considerations are about general remarks about analysing crimes, features of the perpetrator, features of the object of the crime, features of the time and features of places committing abovementioned crimes, features of proprietor’s act, infringement of cautions rules, features of result and subjective feature this crime (with considering subjective feature of attempt and subjective features of forms of committing the crime). Next is to analyse the possibility of committing crimes of persistent harassment by abetting, directing the commission, perpetration by order, inciting and aiding. It also analyses, if persistent harassment can be a form of directing the commission, order, suggestion, or method of aid in crime committing. This chapter also is about provoking persistent harassment and provocation to commit the crime by persistent harassment. Further fragments of this chapter are concerned about preparation and attempt. In the case of an attempt, the matter of capable attempting, inept attempting and unreal attempting the crimes of persistent harassment. In this chapter is illustrated also the scope of justification. Was told about the defence of necessity against stalking and defence of necessity by stalking, the possibility of the perpetrator’s invoking of necessity or experiment and two the „non-legal justification” – the victim’s agreement and working within the confines of allowances and duties. The following element of the structure of crime is public mischief of crime. Because of the topic and character of this dissertation, consideration is focused on only public mischief *in abstracto*. The following part of the third chapter is focused on the possibility of the perpetrator’s invoking of circumstances eliminating the guilty. So was analysed the possibility of the perpetrator’s invoking error as to the fact constituting the mark of an offence, error as a privilege type, error as to premises excluding unlawfulness, the mistake of law, insanity (under this issue was signalled matter of diminished capacity) and the matter of stalking perpetrator’s infirmity. The next issue is a cumulative offence and overlapping laws. Within this issue was elaborated overlapping laws within Article 190a of the Polish Criminal Code, overlapping

laws with another law regulation of the Polish Criminal Code (with wide elaboration the overlapping laws among Article 190a § 1 and Article 207 of the Polish Criminal Code) and overlapping laws with the law regulation of the Polish Code of Petty Offences (the author pay more attention of overlapping law among Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code and Article 107 of the Polish Code of Petty Offence). Moreover, was analysed the possibility of committing the crimes of persistent harassment charged with a continuing offence and a string of crimes. The summary of the third chapter has two parts. The first part is finishing the interpretation of Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code by making a perceptual phase of interpretation. The second part of the summary is a try to put persistent harassment in conventional activity. Was indicated the elements of this conventional activity: material substrate, rule of sense and sense assigned to persistent harassment by the rule of sense.

The topics of the fourth chapter are penalty, punitive measures (deliberations were reduced to punitive measures from Article 41a § 1 of the Polish Criminal Code), forfeiture, compensatory measures and precautionary measures expected for these crimes. Also, the accuracy of establishing this punishment and other measures of criminal law's reactions indicated the main problems connected with practising these sanctions. Further is analysing the possibility of the perpetrator invoking effective active repentance by attempting and ineffective active repentance by attempting and effective active repentance of abettor and ineffective active repentance of abettor. The following considerations are about a criminal statute of limitations, limitation of execution of punishment and erasure of conviction for the crimes of persistent harassment (erasure of conviction *ipso iure* and erasure of conviction by court's order as well). The last issue of the fourth chapter is the scope of prosecution analysed crimes. Also was analysed the accuracy of establishing this prosecution having regard to the regulation of the Convention on preventing and combating violence against women and domestic violence.

The fifth chapter is the comparatist analysis. In this chapter are present law regulations penalising harassment in the United States of America (on federal level state regulation of California, Minnesota, and The District of Colombia as well), Germany and Japan. This consideration is not the interpretation of the law, but they are the only presentation of law text with a short commentary. In summary, this chapter presented law regulations are compared with Article 190a § 1 of the Polish Criminal Code. The author also answers the question, of whether should transfer some elements presented in this chapter law regulations on the ground of Polish law.