

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

**dr Magdalena Budyn – Kulik
prof. dr hab. Marek Mozgawa**

***Prawnokarne i kryminologiczne aspekty
zjawiska nękania***

Warszawa 2012

Spis treści

I. Uwagi wstępne	1
II. Uwagi prawnoporównawcze	4
III. Analiza ustawowych znamion.....	7
1. Przestępstwo z art. 190a § 1 (uporczywe nękanie).....	7
a. Przedmiot ochrony.....	7
b. Strona przedmiotowa.....	8
c. Podmiot i strona podmiotowa.....	14
2. Przestępstwo z art. 190a § 2 (podszywanie się pod inną osobę).....	15
a. Przedmiotem ochrony.....	15
b. Strona przedmiotowa.....	16
c. Podmiot i strona podmiotowa.....	18
3. Typ kwalifikowany- art. 190a § 3 KK.....	19
IV. Zbieg przepisów ustawy	21
V. Wymiar kary	25
VI. Wyniki badań empirycznych.....	27
1. Zastosowana kwalifikacja prawna.....	27
2. Czas trwania domniemanego nękania	28
3. Dominujące motywy czynu.....	29
4. Sposoby popełnienia czynu	30
5. Stan zawansowania analizowanych spraw:	31
a. Sprawy zakończone umorzeniem postępowania przygotowawczego	31
b. Sprawy zakończone odmową wszczęcia postępowania	32
c. Sprawy zakończone skierowaniem do sądu aktu oskarżenia albo wniosku o warunkowe umorzenie postępowania karnego.....	34
6. Wymiar kary	40
VII. Wnioski.....	42
VIII. Stany faktyczne.....	46

Instytut Wymiaru Sprawiedliwości

I. Uwagi wstępne

- a. Przedmiotem raportu jest zjawisko nękania (zarówno w ujęciu dogmatycznym, jak i kryminologicznym). Niejako „wpadkowo” zajmujemy się również przestępstwem podszywania się pod inną osobę (art. 190a § 2 k.k.), a to z racji umiejscowienia tego typu przestępstwa (w tym samym artykule, co nękanie), jak również faktu uzyskania materiału empirycznego dotyczącego tego typu przestępstwa. Rozważania rozpoczynają uwagi dogmatyczne, potem prezentujemy wyniki badań empirycznych (przeprowadzonych w 5 losowo wybranych okręgach prokuratury w Polsce). Całość kończą wnioski i prezentacja wybranych stanów faktycznych.
- b. W wielu krajach na świecie dokonano już kryminalizacji zjawiska nękania (stalkingu) – zaliczanego do kategorii tzw. przemocy emocjonalnej¹. Niewątpliwie przyczyniły się do tego nagłośnione przez media przypadki nękania znanych osób² jak również wyniki przeprowadzonych badań empirycznych, które jednoznacznie wykazały, że znaczna część ankietowanych przyznała, że doświadczyła zjawiska nękania³.

¹ Według J. Kędzierskiego przestępstwo stalkingu w ustawach karnych pojawiło się na początku lat dziewięćdziesiątych XX wieku (i prawdopodobnie było to ustawodawstwo Kalifornii, gdzie uchwalono przepis w brzmieniu „*Kto, rozmyślnie, złośliwie i wielokrotnie śledzi lub nęka inną osobę lub kto kieruje poważną groźbą w kierunku innej osoby, w celu wywołania u tej osoby obawy o życie lub integralność cielesną jest winny przestępstwa stalkingu i podlega karze więzienia lokalnego do roku albo grzywny do tysiąca dolarów (\$ 1000), albo obu tym karom łącznie*”). J. Kędzierski, *Stalking w polskim prawie karnym – de lege lata i de lege ferenda*, Prokuratura i Prawo 2008, Nr 10, s. 70-71. Por. też A. Michalska-Warias, K. Nazar-Gutowska, *Prawnokarne aspekty nękania w polskim prawie karnym*, Studia Iuridica Lublinensia 2010, Nr 14, s. 62.

² M.in. Jodie Foster, Johna Lennona, Moniki Seles, Rebeki Schaeffer, miss Polski 1991 r. – Agnieszki Kotlarskiej.

³³ Jak podaje D. Woźniakowska-Fajst w swoim niepublikowanym raporcie przygotowanym dla Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości (*Prawne możliwości walki ze zjawiskiem stalkingu. Analiza regulacji prawnych w ustawodawstwie państw obcych oraz opinia o wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego przepisów kryminalizujących to zjawisko*, Warszawa 2009) w Anglii i Walii 12% badanych przyznało, że doświadczyli powtarzającego się nękania, a w Szwecji odsetek ten wyniósł 9%, (z czego trzy czwarte stanowiły kobiety). Inne brytyjskie badania pokazały, że ofiarami stalkingu czuło się 19% badanych kobiet i 12% badanych mężczyzn. W Niemczech 11,6% respondentów oświadczyło, że byli ofiarami stalkingu co najmniej raz w życiu (ok. 85-87% ofiar było kobietami) Badania włoskie pokazały, że 20 % badanych doświadcza lub doświadczyło aktów charakteryzujących nękanie (a w 80 % ofiarą były kobiety). W Polsce zostały przeprowadzone badania w 2006 r. (przez J. Skarżyńską), gdzie okazało się, że 12 % badanych jest lub było ofiarą aktów stalkingu. Kolejne

Zasadniczy problem jaki pojawia się w walce z nękaniami jest taki, że zachowania sprawcy (niezwykle dolegliwe dla ofiary) często nie są w ogóle przestępstwami, czy nawet wykroczeniami (wystawanie pod domem czy pracą, pisanie listów, zasypywanie sms-ami czy mailami itp.)⁴, a mogą stanowić dla ofiary znaczącą dolegliwość. Zdaje się, iż można wyróżnić dwie podstawowe grupy sytuacji dla tego zjawiska: pierwsze to nękanie osób najbliższych, rodziny (kiedy to nękanie wchodzi w nurt szeroko rozumianej przemocy domowej/partnerskiej); druga zaś polega na nękananiu osób obcych (zwykle powszechnie znanych). Słusznie podnosi D. Woźniakowska-Fajst, że „Tragedia ofiar stalkingu polega na tym, że prześladowca może je zastraszyć, zmusić do zmiany zwyczajów, planów, życia w nieustannym lęku oraz spowodować ogromne nieraz cierpienia psychiczne poprzez działania, które są prawnie indyferentne”.⁵ Autorka badań zjawiska nękania w Polsce J. Skarżyńska-Sernaglia podaje, że „u 62% ofiar doświadczenie stalkingu wpłynęło negatywnie na ich życie i zdrowie, wywołując poczucie zagrożenia, niepokój, zaburzenia psychosomatyczne i problemy w relacjach interpersonalnych (skutki psychiczne i relacyjne), w tym: zaburzenia niepokoju (ataki paniki, fobie itp.) – u 49% ofiar, zaburzenia snu, zaburzenia odżywiania itp. – u 22% ofiar, zmiany lub trudności w kontaktach interpersonalnych – u 57 % ofiar”.⁶ To niewątpliwie zmuszało do zastanowienia się nad problemem i rozważaniem zasadności kryminalizacji zjawiska również w polskim systemie prawa karnego.

Warto krótko zastanowić się nad tym, czy przed 6 czerwca 2011 r. (a zatem przed dniem wejścia w życie przepisów art. 190a KK) na gruncie polskiego prawa

badania z roku 2009 (przeprowadzone przez IWS) dały wynik zbliżony – 9.9% ankietowanych potwierdziło, że było ofiarą nękania.

⁴ Według D. Woźniakowskiej-Fajst nękanie najczęściej przejawia się w następujących formach: wydzwanianie, głuche telefony, wydzwanianie po nocach, kręcenie się w okolicy domu ofiary, nawiązywanie kontaktu za pomocą osoby trzeciej, wypytywanie o ofiarę w jej otoczeniu, stanie pod drzwiami/domem/pracą, wysyłanie listów, maili, smsów, prezentów, składanie w czyimś imieniu zamówień np. pocztowych, milczące wystawanie, pozostawianie wiadomości pod drzwiami/na poczcie głosowej, śledzenie/kontrolowanie ofiary, oszczerstwa (rozsyłanie fałszywych informacji, plotek), włamania do domu/samochodu ofiary, kradzież rzeczy należących do ofiary, nękanie rodziny i przyjaciół ofiary, napaści i pobicia rodziny i przyjaciół ofiary. D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości...*, s.4.

⁵ D. Woźniakowska-Fajst, *Prawne możliwości...*, s.5.

⁶ J. Skarżyńska-Sernaglia, *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*, <http://psychologia.net.pl/artykul.php?level=415> (7.07.2012)

karnego⁷ – nie dysponowaliśmy wystarczającymi środkami, które mogłyby służyć walce z nękaniami. Można było rozważyć przede wszystkim zastosowanie następujących przepisów (choć oczywiście nie jest to lista zamknięta): art. 107 KW (złośliwe niepokojenie), art. 207 KK (znęcanie się), art. 190 KK (groźba karalna), art. 191 KK (zmuszanie), art. 193 KK (naruszenie miru domowego), art. 202 § 3 KK (rozpowszechnianie tzw. twardej pornografii), art. 216 KK (znieważenie), a niekiedy zniesławienie (art. 212 KK), art. 217 KK (naruszenie nietykalności cielesnej), art. 267 KK (naruszenie tajemnicy korespondencji), art. 278 KK (kradzież cudzej rzeczy ruchomej) i odpowiednio – przy wartości mienia poniżej 250 zł – art. 119 KW, art. 288 KK (niszczenie lub uszkodzenie cudzej rzeczy) i odpowiednio – przy wartości mienia poniżej 250 zł – art. 124 KW, art. 126 KW (kradzież, przywłaszczenie albo niszczenie cudzej rzeczy przedstawiającej wartość niemajątkową – art. 126 § 1 KW), art. 127 § 1 KW (samowolne użycie cudzej rzeczy ruchomej), czy rzadziej: art. 140 KW (nieobyczajny wybryk), art. 51 KW (naruszenie porządku publicznego)⁸.

Wydawać by się zatem mogło, że mieliśmy do dyspozycji dość bogaty katalog środków (a raczej przepisów), które mogły być pomocne w zwalczaniu zjawiska *stalkingu* (nękania). Bliższa analiza wspomnianych powyżej przepisów wskazuje jednak, że tak nie było. W znaczącej – części przypadków, nękający (*stalker*) mógł nie naruszyć żadnego z w/w przepisów (niekiedy zresztą doskonale orientując się w tym, czego zabraniają obowiązujące przepisy), a policja odmawiała interwencji, twierdząc, że prawo nie zostało naruszone. Myśl uregulowania prawnokarnego zjawiska nękania była zatem słuszna, choć można spotkać się również z poglądem, że nowy przepis stanowi raczej odpowiedź na pewne dyskusje społeczne niż efekt rzeczywistej potrzeby.

⁷ Oczywiście, pomijam w tym miejscu ewentualną ochronę cywilnoprawną (głównie w kontekście naruszenia dóbr osobistych – art. 23 – 24 KC).

⁸ Por. M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druk sejmowy Nr 3553), s. 3-4; <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553> (7.07.2012).

II. Uwagi prawnoporównawcze

Ustawodawstwo antystalkingowe istnieje zarówno w państwach europejskich (np. Austria, Belgia, Dania, Niemcy, Irlandia, Malta, Holandia, Wielka Brytania, Włochy), jak i pozaeuropejskich (np. Kanada, Australia, Stany Zjednoczone)⁹. Z dniem 6 czerwca 2011 r. do grona tych krajów dołączyła również Polska¹⁰. Konstrukcje typów czynów zabronionych kryminalizujących nękanie są – co jest oczywiste – zróżnicowane w rozwiązaniach przyjętych w innych państwach; od ujęć syntetycznych (np. art. 442bis belgijskiego KK, art. 265 duńskiego KK, art. 258b holenderskiego KK) po konstrukcje mniej lub bardziej kazuistyczne (np. art. 107a KK Austrii, art. 238 niemieckiego KK, art. 251A-C KK Malty, art. 612bis włoskiego KK, art. 264 kanadyjskiego KK). Należy zwrócić uwagę na szczególne rozwiązanie przyjęte w prawie włoskim, gdzie sprawca odpowiada za nękanie (art. 612bis) „o ile jego czyn nie wypełnia znamion poważniejszego przestępstwa”. Najbardziej syntetyczne ujęcie występuje w belgijskim prawie karnym, gdzie przepis art. 442bis stanowi „kto nęka (inną) osobę, gdy wie lub powinien wiedzieć, że poprzez swoje zachowanie poważnie zakłóca jej spokój...” Podobna konstrukcja występuje w prawie karnym Danii (art. 265 KK), gdzie jednak dla bytu przestępstwa konieczne jest, aby sprawca działał „mimo ostrzeżeń policji”¹¹. Kazuistyczna konstrukcja zastosowana jest np. w niemieckim kodeksie karnym (§ 238 ust. 1).

W niektórych ustawach karnych przepis wskazuje wprost na uporczywość działania sprawcy (tak jak w polskim art. 190a § 1 KK) – np. 107a austriackiego KK; art. 10

⁹ W opinii Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego wskazano, że analiza prawnoporównawcza dotycząca kryminalizacji stalkingu pozwala na wyróżnienie kilku modeli typizacji tego przestępstwa: a/ model kazuistycznej specyfikacji czynności sprawczych (np. Irlandia), b/ model celu działania sprawcy i uporczywości zachowań (np. Belgia), c/ model skutkowy – zsubiektywizowany lub zobiektywizowany (np. Niemcy). Opinia dotycząca zasadności kryminalizacji stalkingu oraz konstrukcji ewentualnego typu czynu zabronionego, s.5-7. <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/> (7.07.2012).

¹⁰ Przepis art. 190a został dodany przez art. 1 pkt 2 ustawy z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz. U. Nr 72 poz. 381), która weszła w życie z dniem 6 czerwca 2011 r.

¹¹ Udzielone ostrzeżenie obowiązuje przez 5 lat.

irlandzkiej *Non - Fatal Offences Against The Person Act* z 1997 r.¹², inne zaś niekiedy mówią o wielokrotności zachowań (np. art. 612bis włoskiego KK, art. 258b holenderskiego KK).

Niektóre z ustaw karnych dla dokonania przestępstwa wymagają wystąpienia określonego w przepisie skutku; np. art. 442bis belgijskiego KK (poważne zakłócenie spokoju); § 238 niemieckiego KK (poważne oddziaływanie na tryb życia); art. 612bis włoskiego KK (wywołanie niepokoju lub strachu albo uzasadnionej obawy o bezpieczeństwo własne lub osoby najbliższej albo osoby związanej z pokrzywdzonym uczuciowo, by zmusić go do zmiany życiowych przyzwyczajzeń), inne zaś kodeksy nie włączają skutku w skład ustawowych znamion przestępstwa nękania (np. art. 107a austriackiego KK, art. 265 duńskiego KK)¹³.

W niektórych kodeksach karnych, obok przestępstwa w typie podstawowym, występują również typy kwalifikowane (m.in. w Niemczech, Belgii, we Włoszech). I tak np. w prawie niemieckim mamy do czynienia z typami kwalifikowanymi (określonymi w § 238 ust. 2 i 3), gdzie znamionami kwalifikującymi są: narażenie ofiary, jej krewnego lub osoby bliskiej na niebezpieczeństwo śmierci lub ciężkiego uszczerbku na zdrowiu (ust. 2) lub spowodowanie (poprzez nękanie) śmierci ofiary, jej krewnego lub osoby bliskiej (ust. 3). W prawie włoskim kara ulega zwiększeniu (o 1/3) jeśli czyn popełniony został przez małżonka znajdującego się w prawnej separacji albo przez osobę związaną uczuciowo z pokrzywdzonym; kara ulega zwiększeniu o połowę, jeśli czyn został popełniony na szkodę małoletniego, kobiety ciężarnej albo osoby niepełnosprawnej (o której mowa w art. 3 ustawy z 5.02.1992 r.¹⁴), z użyciem broni albo przez osobę zwaną *persona travisata*¹⁵ (art. 612bis KK).

¹² Należy zwrócić uwagę, że ustawa ta definiuje w art. 10 ust. 2 pojęcie nękania, przez które należy rozumieć takie zachowanie (umyślne albo lekkomyślne), które poważnie zakłóca spójność i prywatność albo powoduje u kogoś trwogę, niepokój lub krzywdę, a czyny te są tego rodzaju, że rozsądna osoba mogłaby sobie zdawać sprawę, że mogą one wywołać powyższe skutki.

¹³ M. Mozgawa, *Przestępstwo stalkingu (nękania) i podszywania się (art. 190a KK)*, w: *System Prawa Karnego*, tom X, *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, pod red. J. Warylewskiego, Warszawa 2012, s. 437.

¹⁴ "Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate." (Pubblicata in G. U. 17 febbraio 1992, n. 39, S.O.). „Ustawa ramowa o pomocy, integracji społecznej i prawach osób niepełnosprawnych.” (opublikowana w Dz.U. z 17 lutego 1992, n. 39).

¹⁵ *Persona travista* to osoba, która w jakikolwiek sposób zmieniła swój wygląd zewnętrzny, tak, że utrudnione jest ustalenie jej tożsamości.

W prawie belgijskim (art. 442ter. KK) kara może ulec zaostreniu z powodu motywów, jakimi kieruje się sprawca (np. gdy działa z powodów rasowych, etnicznych, religijnych, politycznych itp.).

Przestępstwo nękania w typie podstawowym zagrożone jest karą pozbawienia wolności (a niekiedy także grzywną) – np. w Austrii do 1 roku pozbawienia wolności (art. 107a KK), w Belgii (art. 442bis KK) i Danii (art. 265 KK) – do 2 lat pozbawienia wolności¹⁶, w Niemczech – do 3 lat (lub grzywną) – § 238 KK, we Włoszech – do 4 lat pozbawienia wolności (art. 612bis KK)¹⁷, w Kanadzie – do 10 lat pozbawienia wolności (art. 264 KK). W typie kwalifikowanym wysokość sankcji oczywiście zdecydowanie wzrasta (np. w kodeksie karnym Niemiec – do 5 lat (§ 238 ust. 2 KK), a nawet do 10 (§ 238 ust. 3 KK); we Włoszech może ulec zwiększeniu nawet o połowę (art. 612bis KK).

Niekiedy nękanie ścigane jest (tak jak w prawie polskim) na wniosek (Belgia, Niemcy, Włochy). Należy jednak zwrócić uwagę na to, że w prawie włoskim przestępstwo to jest ścigane z urzędu, jeśli pokrzywdzonym jest osoba małoletnia albo niepełnosprawna (o której mowa w art. 3 ustawy z 5.02.1992 r.), jak również wtedy, gdy przestępstwo nękania zostało popełnione w związku z innym przestępstwem ściganym z urzędu (art. 612bis KK). W prawie niemieckim przestępstwo to jest – co do zasady – ścigane na wniosek, z tym jednak, że możliwe jest również ściganie z urzędu, jeżeli wymaga tego szczególny interes społeczny (§ 238 ust. 4 KK).

¹⁶ Z tym jednak, że w prawie duńskim sankcja jest alternatywna – tzn. kara pozbawienia wolności albo grzywna, zaś w prawie belgijskim sprawca może być skazany na karę pozbawienia wolności od 15 dni do 2 lat i grzywnę, albo na jedną z tych kar.

¹⁷ Od 6 miesięcy do 4 lat.

III. Analiza ustawowych znamion

1. Przesłęstwo z art. 190a § 1 (uporczywe nękanie)¹⁸

a. Przedmiot ochrony

Przepis § 1 art. 190a kryminalizuje zachowanie polegające na uporczywym nękanii innej osoby lub osoby jej najbliższej przez co wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność. Głównym przedmiotem ochrony jest tu szeroko rozumiana wolności (zarówno w aspekcie wolności „od czegoś” (od strachu, od nagabywania, od niechcianego towarzystwa innej osoby), jak i wolności „do czegoś” (przede wszystkim do zachowania swojej prywatności)¹⁹. Według M. Budyn-Kulik indywidualnym przedmiotem ochrony, jest „dobro w postaci pewnego dobrostanu. W przypadku przestęstwa z art. 190a chodzi o dobrostan psychiczny. Indywidualnym dobrem chronionym przez ten przepis jest także prawo do prywatności”²⁰. Ubocznym przedmiotem ochrony zdaje się być zdrowie człowieka (psychiczne, fizyczne), jego nietykalność cielesna, nienaruszalność korespondencji itp.²¹

¹⁸ Jak czytamy w uzasadnieniu projektu ustawy „Przy konstruowaniu przepisu wykorzystano model skutkowy zobiektywizowany przy zgeneralizowanym opisie czynności sprawczej, zakładający posłuzenie się syntetyczną metodą opisu typu czynu zabronionego, w korelacji do rozwiązań obowiązujących w obecnej kodyfikacji karnej, w której z reguły unika się kazuistycznego określenia znamion. Zaznaczyć przy tym należy, że decyzja o przyjęciu takiej konstrukcji wynikała także z faktu, że o ile jesteśmy w stanie zdefiniować najbardziej negatywne i niepożądane skutki działań tzw. stalkerów, o tyle jest to trudne do uczynienia w zakresie możliwych do podjęcia przez nich czynności sprawczych.” <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruku/3553> (7.07.2012).

¹⁹ Jak podnosi S. Hyps „Dobrem chronionym jest związane z ochroną wolności człowieka prawo do życia w poczuciu bezpieczeństwa, tj. wolnego od jakiegokolwiek formy dręczenia, nękania i poczucia zagrożenia. Ochronie podlega zatem wolność psychiczna człowieka, ale także jego prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, gdyż sprawca może być karany za istotne naruszenie prywatności ofiary. Najczęściej jednak istotą tego czynu będzie sytuacja, w której sprawca dokonuje zamachu na psychikę człowieka poprzez naruszenie jego prywatności.” S. Hyps (w:) *Kodeks karny. Komentarz*, pod red. A. Grześkowiak, K. Wiaka, Warszawa 2012, s. 858.

²⁰ M. Budyn-Kulik, *Komentarz do art. 190a*, teza 19.

<http://lex.online.wolterskluwer.pl/WKPLOnline/index.rpc?#content.rpc--ASK--nro=587313887&wersja=-1&reqId=1356276705304321&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=5> (7.07.2012).

²¹ M. Budyn-Kulik, *Komentarz...*, teza 19 (7.07.2012).

b. Strona przedmiotowa

Podstawowa trudność zawiera się w interpretacji znamienia czasownikowego „nękanie”, którego to ustawa nie definiuje. Należy rozpocząć od przypomnienia słownikowego znaczenie tego określenia, w myśl którego nękać to: „bezustannie niepokoić, gnębić, prześladować kogoś; nie dawać wytchnienia, spokoju; trapić”.²² Nie jest to znamień ostre i jako takie budzi poważne wątpliwości interpretacyjne. Wydaje się, że znamień nękania realizują jedynie te zachowania, które powodują przykrość pokrzywdzonemu, wyrządzają mu krzywdę, czy powodują dyskomfort. W doktrynie wskazuje się, że nękanie, to wielokrotne, powtarzające się prześladowanie wyrażające się w podejmowaniu różnych naprzykrzających się czynności, których celem jest udręczenie, utrapienie, dokuczenie lub niepokojenie pokrzywdzonego lub jego osoby najbliższej²³. Niewątpliwie w pojęciu nękania mieści się powtarzalność zachowań sprawcy (a zatem nie wystarczy tu zachowanie jednorazowe). Jest więc to przestępstwo wieloczynowe.

Poszczególne zachowania sprawcy (przy dokonaniu oceny *in abstracto* i w oderwaniu od kontekstu sytuacyjnego) nie muszą same w sobie stanowić czynów zabronionych. Nie ma bowiem nic złego w wysłaniu komuś listu, sms-a czy złożeniu kurtuazyjnej wizyty. Problem zaczyna się w momencie, gdy tych np. listów czy sms-ów pojawia się zdecydowanie za dużo (np. po kilkadziesiąt dziennie), a ich adresat tego sobie nie życzy. Oczywiście, może być również i tak, że już nawet jednostkowe zachowania sprawcy będą stanowiły naruszenie określonych przepisów prawa karnego czy prawa wykroczeń (np. naruszenie miru domowego – art. 193 KK, groźby – art. 190 § 1 KK, kradzieże rzeczy należących do pokrzywdzonego – art. 278 KK, art. 119 KW, kradzież informacji – art. 267 KK, utrwalanie wizerunku nagiej osoby – art. 191a KK i szereg innych)²⁴. Zdaniem S. Hysia ze względu na charakter dobra chronionego podejmowane przez sprawcę czynności nie mogą przybrać postaci bezpośredniego zamachu fizycznego (np. na zdrowie czy nietykalność osobistą

²² <http://slovníki.gazeta.pl/pl/n%C4%99ka%C4%87> (7.07.2012). Analogiczna definicja zawarta jest w *Słowniku Języka Polskiego PWN*, pod red. M. Szymczaka (Warszawa 1984, t. II, s. 317): „ustawicznie dręczyć, trapić, niepokoić (czymś) kogoś; dokuczać komuś, nie dawać chwili spokoju”.

²³ S. Hyps (w:) *Kodeks...*, s. 858.

²⁴ M. Mozgawa, *Przestępstwo stalkingu...*, s. 440.

pokrzywdzonego)²⁵. Wydaje się jednak, że nie jest to pogląd słuszny. Dlaczego bowiem nie można uznać za nękanie sytuacji, gdy ktoś np. wielokrotnie narusza nietykalność cielesną innej osoby (budząc u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia), w sytuacji, gdy nie są spełnione warunki, które pozwalałyby na zakwalifikowanie owych zachowań jako znęcanie się z art. 207 (a zatem pokrzywdzony nie jest osobą najbliższą dla sprawcy, nie pozostaje w stałym lub przemijającym stosunku zależności od sprawcy, ani też nie jest osobą małoletnią lub nieporadną). Taki pogląd prezentuje w doktrynie również M. Budyn-Kulik, według której nękanie oddziałuje głównie na sferę psychiczną pokrzywdzonego, co jednak oczywiście nie oznacza, że nie mogą wchodzić w grę oddziaływania czysto fizyczne (jak naruszenie nietykalności cielesnej czy spowodowanie uszczerbku na zdrowiu)²⁶.

Powracając do analizy przepisu art. 190a KK, należy stwierdzić, że zdecydowanie zbędne jest dodanie do jego treści znamienia „uporczywie”. Skoro już z samego określenia „nękać” wynika, że ma to być szereg zachowań, to zbędne jest implikowanie dodatkowych wymagań ustawowych, które będą tylko utrudniały stosowanie tego przepisu w praktyce. Jeśli nękać oznacza „bezustannie niepokoić” czy „ustawicznie dręczyć” (czyli czynić to wielokrotnie), po co tworzyć wymagania, aby było to niepokojenie „uporczywie wielokrotne”²⁷. W wyroku SN z 5.01.2001 r. (V KKN 504/2000)²⁸, stwierdzono, że uporczywość jest antynomią jednorazowego czy nawet kilkakrotnego zachowania sprawcy. Widać zatem jak judykatura podchodzi do zagadnienia uporczywości (na gruncie art. 209 KK) i należy sądzić, że takie samo podejście będzie prezentowane na gruncie art. 190a (czyli – co do zasady – nie będzie wystarczające nawet kilkakrotne zachowanie sprawcy). Jak już powyżej wspomniano, widać pewne podobieństwo między znęcaniem się a nękaniem. Warto jednak zwrócić uwagę, że konstrukcja art. 207 KK używa określenia „Kto znęca się ...”, a nie „Kto uporczywie znęca się ...” i taka sama koncepcja powinna być przyjęta w art. 190a KK. Można zaryzykować pogląd, że poprzez użycie znamienia

²⁵ S. Hyps (w:) *Kodeks...*, s. 858.

²⁶ M. Budyn – Kulik, *Komentarz...*, teza 23 (7.07.2012).

²⁷ M. Mozgawa, *Kilka uwag na tle przestępstwa nękania (art. 190a k.k.)* (w:) *Państwo prawa i prawo karne, Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, pod. red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, Warszawa 2012, s.1248.

²⁸ OSNKW 2001. Nr 7-8, poz. 57.

uporczywości *de facto* ustawodawca w istotny sposób zawęził prawnokarną ochronę pokrzywdzonego²⁹.

Kolejna wątpliwość dotyczy przedmiotu czynności wykonawczej (nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej). Osobą najbliższą w rozumieniu art. 115 § 11 KK 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. A zatem nie jest osobą najbliższą (w ujęciu art. 115 § 11 KK) np. nie mieszkająca wspólnie z pokrzywdzonym jego narzeczona. W doktrynie pojawiają się również wątpliwości, czy osobą najbliższą jest ta, która pozostaje z inną (tej samej płci) w tzw. związku partnerskim. Naszym zdaniem jest ona takową osobą, ale nie jest to pogląd powszechnie akceptowany, wobec czego w praktyce i tu mogą pojawić się wątpliwości. Z drugiej jednak strony przepis mówiący o „nękaniu innej osoby lub osoby jej najbliższej” ustanawia dość szeroki zakres przedmiotowy swego działania. Jeśli nawet dana osoba nie jest osobą najbliższą dla pokrzywdzonego, to i tak jest ona „inną osobą” dla samego sprawcy.

Wydaje się, że nękanie – co do zasady – przybierze postać działania, jednakże nie można wykluczyć – choć raczej wyjątkowo – również nękania przez zaniechanie (analogicznie jak ma to miejsce w przypadku przestępstwa znęcania się). Przestępstwo to ma charakter materialny; konieczne jest wystąpienie skutku w postaci wzbudzenia u pokrzywdzonego lub osoby jej najbliższej uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia³⁰ lub istotnego naruszenia jego prywatności.³¹ Trzeba podkreślić użycie przez ustawodawcę słowa „lub”, które powoduje, że dla bytu analizowanego przestępstwa wystarczy wystąpienie choć jednego ze wskazanych skutków (tzn. wzbudzenia poczucia zagrożenia albo istotnego

²⁹ M. Budyn – Kulik, *Komentarz...*, teza 22 (7.07.2012).

³⁰ Niewątpliwie na uwagę zasługuje określenie „uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia”. Zwraca uwagę bliskość tego sformułowania z formułą użytą w art. 190 § 1 KK (groźba) – „jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona”. Wydaje się zatem, że uwagi poczynione na gruncie art. 190 KK – *mutatis mutandi* - mogą mieć zastosowanie również na gruncie art. 190a KK.

³¹ Należy zwrócić uwagę, że jeszcze na etapie prac legislacyjnych podnoszono, iż nie jest rzeczą jasną czy istotne naruszenie prywatności winno być wynikiem uporczywego nękania czy też funkcjonuje samoistnie. Por. M. Kulik, *Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. o zmianie ustawy – kodeks karny* (druk DL-P-I-4001-/5/09), przygotowana na zlecenie Ośrodka Studiów Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych, s. 1.

naruszenie prywatności), choć oczywiście może być i tak, że oba skutki wystąpią łącznie. Zdaniem J. Sitko, M. Dumkiewicz „Taka regulacja prawna pozwala przeciwdziałać zachowaniom uporczywego nękania już w jego początkowej fazie, kiedy to pokrzywdzony nie odczuwa jeszcze strachu czy zagrożenia działaniami sprawcy, które jednak realizowane bez jego zgody, w sposób uporczywy, naruszają jego prywatność. Nie trzeba więc czekać na takie zachowanie stalkera, które zastrasza ofiarę, napawając ją obawami nawet przed opuszczeniem własnego domu; ściganie sprawcy może rozpocząć się wcześniej, jeśli oczywiście dojdzie do istotnego zagrożenia prywatności pokrzywdzonego³²”. Nie wydaje się, aby pogląd cytowanych Autorów był słuszny. Zdają się one tracić z pola widzenia fakt, że dla bytu przestępstwa konieczne jest to, aby sprawca „uporczywie nękał”, a zatem powtarzał określoną czynność (czy czynności) wielokrotnie. Z punktu widzenia pokrzywdzonego poczucie zagrożenia (czy istotne naruszenie prywatności) może pojawić się już po pierwszym czynie sprawcy. Dla organów ścigania bezspornie będzie to zdecydowanie za mało. Niewątpliwie podniesiony zostanie argument, że – być może nękanie – wystąpiło, ale nie jest ono uporczywe i – póki co – trzeba jeszcze czekać (co spowoduje odmowę wszczęcia postępowania, albo jego umorzenie – jeśli przedtem zostało już wszczęte).

Szerokie ujęcie skutku jakie zostało przyjęte na gruncie art. 190a KK można uznać za zasadne, bowiem w praktyce mogą zdarzyć się zarówno takie przypadki, gdy ofiara nękania zaczyna odczuwać lęk, zmienia swoje relacje z innymi osobami czy nawet szuka pomocy u lekarza, jak i takie, gdy nie występuje u niej poczucie zagrożenia (ma bardzo mocną konstrukcję psychiczną, albo też jest to osoba, która ma zapewnioną skuteczną ochronę osobistą). Nawet jeśli takiego poczucia zagrożenia nie ma, ale pokrzywdzony zmuszony jest do istotnych (niekomfortowych) zmian w swoim życiu prywatnym, to zachowanie sprawcy winno być kryminalizowane³³.

³² J. Sitko, M. Dumkiewicz, *Stalking na tle prawa karnego i cywilnego*, (w:) *Dobra osobiste w XXI wieku. Nowe wartości, zasady, technologie. Rights of personality in the XXI century. New values, rules, technologies*, pod. red. J. Balcarczyk, Warszawa 2012, s. 526.

³³ M. Mozgawa, *Przestępstwa stalkingu*, s. 442-443.

Należy zwrócić uwagę na fakt, że z realizacją ustawowych znamion przestępstwa z art. 190a § 1 KK możemy mieć do czynienia zarówno wtedy, gdy skutkiem uporczywego nękania jest odczuwanie zagrożenia przez osobę nękaną, jak i wtedy, gdy pomimo braku poczucia zagrożenia u osoby nękanej zagrożenie odczuwa jej osoba najbliższa, a także w sytuacji, gdy zagrożenie odczuwa zarówno osoba nękana, jak i osoba jej najbliższa³⁴. Niewątpliwie może w praktyce dojść do przypadków, gdy zachowanie sprawcy nie wzbudza poczucia zagrożenia ani też nie narusza istotnie prywatności pokrzywdzonego, jest jednak odbierane przez niego jako uciążliwe (choć nie pociąga za sobą zmiany trybu życia czy przyzwyczajzeń pokrzywdzonego); w takiej sytuacji w grę może wchodzić wykroczenie z art. 107 KW, choć nie można również tracić z pola widzenia możliwości wejścia w grę konstrukcji usiłowania przestępstwa z art. 190a KK.

Niewątpliwie jednak w praktyce pojawiają się wątpliwości, co znaczy określenie „narusza jej prywatność” (nie wystarczy narażenie owej prywatności na naruszenie), a tym bardziej, że owo naruszenie musi być „istotne”. Należy zauważyć, że w przepisach kodeksu karnego (jak dotąd) nie pojawiało się pojęcie prywatności. Prywatność to termin, który – w najszerszym znaczeniu – określa możliwość jednostki lub grupy osób do utrzymania swych danych oraz osobistych zwyczajów i zachowań nieujawnionych publicznie. Prywatność często rozpatrywana jest jako prawo przysługujące jednostce³⁵. Na gruncie Konstytucji (art. 47³⁶) pojawia się pojęcie „życia prywatnego” oraz „życia osobistego”. Podobne określenia pojawiają się w aktach prawa międzynarodowego (np. art. 17 ust. 1 Międzynarodowego aktu

³⁴ J. Sitko, M. Dumkiewicz, *Stalking...*, s. 526.

³⁵ <http://pl.wikipedia.org/wiki/Prywatno%C5%9B%C4%87> (7.07.2012r.). Jak pisze K. Piasecki (na gruncie kodeksu cywilnego) „Pojęcie prywatności i intymności jest bardzo szerokie. Obejmuje wszelkie wartości człowieka jako osoby. Można wymienić następujące sfery naruszenia prywatności: 1) ciało ludzkie, 2) osobowość człowieka i jej przymioty, 3) życie człowieka i sfery jego działalności, 4) stosunki z innymi osobami. Sfera intymności obejmuje wszelkie czynności, gesty, słowa, charakterystyczne cechy osobowości. Ogólnie można wymienić przejawy wkraczania w sferę prywatności: - przedstawienie osoby w fałszywym świetle (*false light*) człowieka publicznego; - nieuprawnione nagranie, sfotografowanie lub filmowanie, - zakaz publicznego wystawienia fotografii bez zgody, także po śmierci, - niepokojenie drugiej osoby przez jej śledzenie, narzucanie swego towarzystwa, - agresja władzy politycznej”. K. Piasecki, *Komentarz do art. 23 kodeksu cywilnego*, teza. 10 pkt. 5, <http://lexonline-01.lex.pl/WKPLOnline/index.rpc?#content.rpc--ASK--nro=587279885&wersja=-1&reqId=13272369143901410&class=CONTENT&loc=4&full=1&hId=10> (7.07.2012).

³⁶ „Każdy ma prawo do ochrony prawnej życia prywatnego, rodzinnego, czci i dobrego imienia oraz do decydowania o swoim życiu osobistym”.

Praw Obywatelskich i Politycznych³⁷; art. 8 ust. 1 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności³⁸). Pojęciem prywatności posługuje się dyrektywa 2002/58/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 12.07.2002 r. dotycząca przetwarzania danych osobowych i ochrony prywatności w sektorze łączności elektronicznej (dyrektywa o prywatności i łączności elektronicznej).³⁹ W doktrynie częściej definiuje się prawo do prywatności niż samą prywatność⁴⁰. Na uwagę zasługują tu rozważania Z. Zaleskiego, który wyróżnił prywatność bliższą (ściśłą), do której zaliczył intymność, stany, cechy i procesy znane tylko danej osobie i prywatność dalszą (otwartą), która obejmuje np. posiadanie pewnego terytorium⁴¹. Elementem prywatności jest również swoboda wchodzenia w kontakty społeczne i ich utrzymywania⁴². Można sądzić, że w kontekście art. 190a KK istotę prywatności będą stanowiły dwa elementy: decydowanie o przepływie informacji na temat własnej osoby i swobodne dysponowanie własnym postępowaniem⁴³.

Dla bytu przestępstwa z art. 190a § 1 KK nie wystarczy jednak, aby nastąpiło samo naruszenie prywatności; tak jak już była o tym mowa – musi ono być „istotne”. Oczywiście, można rozważać, czy wymóg ten jest zasadny. Można przecież bronić poglądu, że prywatność jako taka jest dobrem na tyle ważnym, że każde jej naruszenie jest istotne. Z drugiej jednak strony wydaje się, że w wielu przypadkach będziemy mieli do czynienia z takim naruszeniem prywatności, które to może (i powinno) być ujmowane w kategoriach nieistotności (np. przeglądanie śmieci wyrzucanych – do publicznego śmietnika – przez znaną osobę, po to aby ustalić jak się odżywia). Ustawodawcy zapewne chodziło o to, żeby z zakresu funkcjonowania przepisu wyłączyć te zachowania, które prywatność naruszają, jednakże w sposób

³⁷ „Nikt nie może być narażony na samowolną lub bezprawną ingerencję w jego życie prywatne, rodzinne, dom czy korespondencję ani też na bezprawne zamachy na jego cześć i dobre imię”.

³⁸ „Każdy ma prawo do poszanowania swojego życia prywatnego i rodzinnego, swojego mieszkania i swojej korespondencji”.

³⁹ Dz.U.UE.L.2002.201.37.

⁴⁰ Por. A. Sakowicz, *Prawnokarne gwarancje prywatności*, Kraków 2006, s. 19 i n.; M. Kulik, *Prawo do prywatności a karalność spowodowania lekkiego uszczerbku na zdrowiu za zgodą pokrzywdzonego*, Prokuratura i Prawo 1999, Nr 10, s. 71-72.

⁴¹ Z. Zaleski, *Prawo do prywatności* (w:) I. Wiśniewski (red.), *Prawo do prywatności w perspektywie prawniczej i psychologicznej*, Lublin 2001, s. 96.

⁴² Z. Zaleski, *Prawo...*, s. 98.

⁴³ M. Budyn-Kulik, *Komentarz...*, teza 32 (7.07.2012)

mało znaczący (czyli nieistotny). Można zastanawiać się, czy ten zabieg był konieczny, bowiem owe nieistotne naruszenia byłyby i tak rozpatrywane przez pryzmat art. 1 § 2 KK (znikomy stopień społecznej szkodliwości). Warto podnieść, że w literaturze znany jest pogląd, w myśl którego istotne naruszenie prywatności należy relatywizować do poszczególnych stanów faktycznych stosując metodę podobną do występującego w *common law* rozsądnego obserwatora (*reasonable bystander test*); stosownie do tej koncepcji odczuwane przez pokrzywdzonego subiektywne poczucie istotnego naruszenia prywatności należy zestawić ze zobiektywizowanym kryterium; inaczej mówiąc, czy modelowy rozsądny obywatel, który znalazłby się w sytuacji ofiary, odczuwałby, że jego prywatność została istotnie naruszona⁴⁴.

c. Podmiot i strona podmiotowa

Przestępstwo z art. 190a § 1 KK jest przestępstwem powszechnym. Jest to przestępstwo umyślne. Jak wskazuje się w doktrynie, ustawodawca nie wymaga zabarwienia tego zamiaru sprawcy jakimś określonym celem czy motywacją. Zdaniem M. Budyn-Kulik „Sprawca nie musi więc chcieć spowodowania u pokrzywdzonego poczucia zagrożenia czy istotnego naruszenia jego prywatności. Ustawodawca nie podaje również żadnej motywacji, jaką kierować ma się sprawca. Prawnie irrelevantne jest zatem, czy czyn sprawcy powodowany jest żywionym przezeń do pokrzywdzonego uczuciem miłości, nienawiści, chęcią dokuczenia mu, złośliwością czy chęcią zemsty⁴⁵”. Z uwagi na występujące w przepisie znamię „uporczywości”, które jest zabarwione podmiotowo, należy uznać, że ta część znamion musi być objęta zamiarem bezpośrednim. Natomiast wydaje się, że nie ma przeszkód, aby znamię skutku (tzn. wzbudzenie zagrożenia lub istotne naruszenie prywatności pokrzywdzonego) mogło być objęte zarówno zamiarem bezpośrednim, jak i ewentualnym⁴⁶.

⁴⁴ K. Garstka, P. Przygucki, *Stalking jako przestępstwo – nowelizacja polskiego kodeksu karnego a doświadczenia prawodawstwa angielskiego*, Wiedza Prawnicza 2011, Nr 2, s. 21.

⁴⁵ M. Budyn-Kulik, *Komentarz...*, teza 44 (7.07.2012).

⁴⁶ Por. na ten temat na gruncie art. 209 KK (uporczywe uchylanie się od alimentów) – M. Mozgawa, (w:) *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Warszawa 2010, s. 442.

2. Przestępstwo z art. 190a § 2 (podszywanie się pod inną osobę)

Celem wprowadzenia przepisu art. 190a § 2 KK była przede wszystkim kryminalizacja przejawów tzw. cyberstalkingu (np. wysyłanie w imieniu pokrzywdzonego wiadomości czy podawanie się za pokrzywdzonego przed społecznością internetową na czatach, grupach, forach itp.). Do tej pory zachowania takie wypełniać mogły znamiona czynu zabronionego z art. 267 § 1 i § 2 KK (nielegalne uzyskanie informacji), art. 268 (niszczenie informacji, utrudnienie osobie uprawnionej zapoznania się z nią), art. 268a (spowodowanie szkody w bazach danych), a także art. 287 §1 KK. Z kolei art. 81 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych reguluje kwestie związane z rozpowszechnianiem wizerunku osoby.⁴⁷ Poza zakresem ochrony wynikającym z dotychczas istniejących regulacji pozostawało rozpowszechnianie cudzego wizerunku.

a. Przedmiotem ochrony przepisu art. 190a § 2 KK, jak wynika z uzasadnienia projektu ustawy, jest zapewnienie ochrony dla swobody (wolności) decydowania o wykorzystaniu informacji o własnym życiu osobistym. Ze względu na systematykę kodeksu karnego - przepis ten został umieszczony w rozdziale przestępstw przeciwko wolności, mogłoby się wydawać, że rodzajowym przedmiotem ochrony jest wolność. Trudno jednak wskazać, na czym naruszenie tego właśnie dobra miałyby tu polegać. Za rodzajowy przedmiot ochrony należy uznać wizerunek, dobre imię, cześć lub godność. Czyn wypełniający znamiona tego przestępstwa godzi raczej w ochronę informacji.⁴⁸ Indywidualny przedmiot ochrony jest także trudny do określenia; wydaje się nim być prawo do wizerunku konkretnej osoby lub prawo do tożsamości - wizerunek i dane osobowe (nazwisko, płeć, wiek, imiona rodziców, numer PESEL) indywidualizują daną osobę, potwierdzają (w sensie dowodowym) jej tożsamość.

⁴⁷ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, Dz. U. 1994 r., nr 24, poz. 83 z późn. zm.

⁴⁸ M. Kulik, *Opinia na temat projektu z dnia 20 lipca 2010 r. ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druk DL-P-I- 4001-5/09) przygotowana na zlecenie Ośrodka Studiów i Legislacji Krajowej Izby Radców Prawnych. Opinia sporządzona została do poprzedniej wersji projektu, ale w tej mierze wyrażony pogląd pozostaje aktualny, s. 1.

b. Strona przedmiotowa przestępstwa z art. 190a § 2 KK polega na wykorzystaniu wizerunku lub danych osobowych innej osoby przez podszycie się pod nią. Pojęcie „podszywać się” jest pojęciem nowym w kodeksie karnym. Oznacza podawać się fałszywie za kogoś innego.⁴⁹ Podszywanie się nie musi polegać na posłużeniu się fałszywym dokumentem, ani użyciu danych osobowych danej osoby. Do znamion przestępstwa z art. 190a § 2 KK należy wymóg, aby sprawca wykorzystał wizerunek innej osoby lub jej inne dane osobowe. Poza zakresem tego przepisu pozostaje sytuacja polegająca na wysłaniu niepodpisanego maila z konta innej osoby z żądaniem wpłaty za np. sprzedane przez pokrzywdzonego on-line towary.

Do znamion przestępstwa z art. 190a § 2 KK należy zamiar wprowadzenia w błąd. Znamie to nie jest wyrażone *expressis verbis*, ale wynika ze znamienia „podszywa się”. Zachowanie takie polega na próbie wywołania u innej osoby błędnego przekonania, że rozmawia ona właśnie z tą osobą. Samo naśladowanie innej osoby, upodobnienie się do niej bez zamiaru wprowadzenia innej osoby w błąd, nie wypełnia znamienia podszywania się.

Alternatywnym znamieniem czynności wykonawczej jest wykorzystanie wizerunku innej osoby lub jej innych danych osobowych. W „*Słowniku języka polskiego*” znaleźć można trzy znaczenia pojęcia „wykorzystać”: użyć czegoś dla osiągnięcia jakiegoś celu, zysku; posłużyć się kimś, aby zrealizować własne cele lub o mężczyźnie: uwieść kobietę.⁵⁰ Przy wykładni znamienia przestępstwa z art. 190a § 2 KK należy brać pod uwagę dwa pierwsze znaczenia.

Przestępstwo z art. 190a § 2 KK może zostać popełnione wyłącznie przez działanie.

Niewątpliwie pojęcie danych osobowych jest tożsame z definicją zawartą w ustawie o ochronie danych osobowych z dnia 29 sierpnia 1997 r.⁵¹ Stosownie do art. 6. ust. 1 tej ustawy, za dane osobowe uważa się wszelkie informacje dotyczące zidentyfikowanej lub możliwej do zidentyfikowania osoby fizycznej. Osobą możliwą do zidentyfikowania jest osoba, której tożsamość można określić bezpośrednio lub

⁴⁹ *Słownik języka polskiego*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/podszywa%C4%87%20si%C4%99>, z dnia 23.12.2012.

⁵⁰ <http://sjp.pwn.pl/szukaj/wykorzysta%C4%87>, (23.12.2012).

⁵¹ Tekst jednolity Dz. U. z 2002, Nr 101, poz. 926 z późn. zm.

pośrednio, w szczególności przez powołanie się na numer identyfikacyjny albo jeden lub kilka specyficznych czynników określających jej cechy fizyczne, fizjologiczne, umysłowe, ekonomiczne, kulturowe lub społeczne (art. 6 ust.2).⁵²

Przez wizerunek innej osoby można rozumieć tylko utrwalony obraz twarzy (ewentualnie także reszty ciała). Można także interpretować to pojęcie szeroko jako odpowiednik „firmy” w odniesieniu do przedsiębiorstwa, czyli jako sposób, w jaki dana osoba jest postrzegana przez innych ludzi (uczciwa/nieuczciwa itp.). Kodeks karny do tej pory nie posługiwał się tym pojęciem. Ze sformułowań ustawy o ochronie danych osobowych⁵³ - art. 6 ust. 2 ustawy, da się wyprowadzić wniosek, że „wizerunek” mieści się w pojęciu „danych osobowych”⁵⁴. Pojęciem tym posługuje się art. 23 KC jako przykładem „dóbr osobistych człowieka”. Ustawa o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁵⁵ w art. 81 mówi z kolei o rozpowszechnianiu wizerunku. „Wizerunek” oznacza tu odzwierciedlenie ciała i/lub twarzy danej osoby, np. w postaci fotografii. Wydaje się zatem, że ustawodawca w art. 190a § 2 KK posłużył się węższą wykładnią znamienia „wizerunek”.

Przestępstwo z art. 190a § 2 KK ma charakter formalny. Do jego znamion nie należy skutek w postaci np. wprowadzenia w błąd innej osoby albo wyrządzenia faktycznej szkody lub krzywdy pokrzywdzonemu.

Przedmiotem czynności wykonawczej jest każdy człowiek; może nim być zarówno osoba najbliższa w rozumieniu art. 115 § 11 KK, jak i obca osoba. Bez znaczenia jest, czy pokrzywdzony to osoba prywatna, czy też pełniąca jakąkolwiek funkcję publiczną lub funkcjonariusz publiczny.

⁵² Informacji nie uważa się za umożliwiającą określenie tożsamości osoby, jeżeli wymagałoby to nadmiernych kosztów, czasu lub działań (art. 6 ust.3).

⁵³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r., Dz. U. 2002, nr 101, poz. 926, z późn. zm.

⁵⁴ Należy zwrócić uwagę, że ustawodawca użył określenia „wizerunek lub inne jej dane osobowe”, a nie sformułowania „wizerunek lub dane osobowe” tym samym przesądzając, że wizerunek niejako wchodzi w skład danych osobowych. Również zdaniem A. Sakowicza „z treści art. 6 ust. 2 ustawy o ochronie danych osobowych wynika, że wizerunek może zostać zaliczony do danych osobowych”⁵⁴. A. Sakowicz, *Opinia o zmianie ustawy – kodeks karny* (druk Nr 3553), s. 7. <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553> (7.07.2012).

⁵⁵ Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r., Dz. U. 2006, nr 90, poz. 631 ze zm.

c. Podmiot i strona podmiotowa

Przestępstwo z art. 190a § 2 KK jest powszechne. Odpowiedzialności karnej za jego popełnienie nie może ponieść podmiot zbiorowy ani nieletni. Ponieważ przepisy ustawy o ochronie danych osobowych są indywidualne ze względu na podmiot - regulują jedynie odpowiedzialność administratorów zbiorów danych albo osób przetwarzających dane osobowe, wprowadzenie przepisu typizującego przestępstwo powszechne kryminalizujące niezgodne z prawem użycie cudzych danych osobowych było potrzebne.⁵⁶

Przestępstwo z art. 190a § 2 KK jest umyślne. Może zostać popełnione wyłącznie w zamiarze bezpośrednim - kierunkowym, ponieważ do jego znamion należy cel w postaci chęci wyrządzenia innej osobie szkody majątkowej lub osobistej. Nie można uznać tego zabiegu za właściwy. Zwracano na to uwagę na etapie prac legislacyjnych, proponując posłużenie się zamiast określeniem „w celu” sformułowaniem „w zamiarze”.⁵⁷ W praktyce może dochodzić do sytuacji, kiedy sprawca działa w pewnym celu - skrzywdzenia innej osoby, zemsty itp. Jednak taka motywacja może się w ogóle nie pojawić. Wówczas, chociaż czyn sprawcy wypełniałby pozostałe znamiona czynu zabronionego z art. 190a § 2 KK, nawet gdyby cechował się wysoką społeczną szkodliwością, nie zostanie popełnione przestępstwo z art. 190a § 2 KK. Wprowadzenie do znamion tego przestępstwa celu, kwestionuje wolność jako przedmiot ochrony. Dla ochrony swobody dysponowania własnymi danymi osobowymi nie ma potrzeby wprowadzania żadnych dodatkowych warunków, w szczególności celu zachowania sprawcy.

⁵⁶ Należy także zauważyć, że do znamion żadnego z przestępstw z art. 49 - 54a ustawy nie należy zachowanie polegające na wykorzystaniu w sposób opisany w art. 190a § 2 k.k. danych osobowych przez administratora danych czy inną wskazaną w tych przepisach osobę.

⁵⁷ M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny* (druk sejmowy nr 3553), <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553>, s. 8 (23.12.2012). Budzi zasadniczą wątpliwość, czy zasadne było zawężenie sfery kryminalizacji jedynie do zachowań z zamiarem kierunkowym („w celu wyrządzenia jej szkody”). Dlaczego ma być wolna od odpowiedzialności osoba, która wykorzystuje wizerunek innej osoby, godząc się jedynie na to, że swoim zachowaniem wyrządzi jej szkodę (majątkową lub osobistą). Nie trzeba również wykazywać, jak trudne jest udowodnienie w procesie karnym strony podmiotowej (a szczególnie *dolus coloratus*). Przepis ten należy zatem zmodyfikować, używając zamiast określenia „w celu” sformułowania „w zamiarze”. M. Mozgawa, *Kilka...*, s. 1253-1254.

Wątpliwości budzić może również użycie określenia „szkody majątkowej lub osobistej”.⁵⁸ Pomimo zgłoszenia zastrzeżeń na etapie procesu legislacyjnego, ustawodawca nie przychylił się do zasugerowanych w opinii zmian użycia zamiast terminu „szkoda osobista” na „krzywda”; ewentualnie posłużenia się określeniem „szkody lub innej krzywdy”, ponieważ na gruncie prawa karnego szkoda jest także rodzajem krzywdy.⁵⁹

3. Typ kwalifikowany- art. 190a § 3 KK

Ustawodawca przewidział typ kwalifikowany w art. 190a § 3 KK - zbiorczy do obu typów przewidzianych w art. 190a z § 1 i § 2 KK. Znamieniem kwalifikującym jest tu następstwo w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie. Jest to więc przestępstwo materialne. Skutkiem, podobnie, jak w art. 207 § 3, czy w art. 352 KK, jest tu targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, a nie śmierć pokrzywdzonego. Dla zrealizowania znamienia tego przestępstwa nie ma znaczenia, czy próba samobójcza okazała się udana. Pomiędzy podjęciem próby samobójczej przez pokrzywdzonego a czynem sprawcy musi zachodzić związek przyczynowy.

Przestępstwo z art. 190a § 3 KK należy do przestępstw umyślno- nieumyślnych; oba typy podstawowe, od których utworzony jest typ kwalifikowany z art. 190a § 3 KK to przestępstwa umyślne, natomiast następstwo, będące znamieniem kwalifikującym, objęte jest nieumyślnością (sprawca powinien albo mógł je przewidzieć).

Należy stwierdzić, że ustanowienie takiego typu kwalifikowanego jest racjonalne. Jest to konstrukcja analogiczna jak w przypadku przestępstwa znęcania się (art. 207 § 3 KK). Niewątpliwie może zdarzyć się tak, że „zaszczuta” ofiara przestępstwa nękania (czy podszywania się), nie mogąca już sobie poradzić z występującym problemem targnie się na własne życie. Niezrozumiała jest jednak koncepcja przyjętej sankcji, a tym bardziej uzasadnienie tej koncepcji. W uzasadnieniu projektu stwierdzono bowiem „Granice ustawowego zagrożenia zostały określone na tym poziomie dla

⁵⁸ Por. szerzej M. Budyn- Kulik, *Komentarz...*, teza 70 (23.12.2012).

⁵⁹ M. Kulik, *Opinia...*, s. 2.

zapewnienia pełnej spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi, w szczególności do sankcji przewidzianej w przepisie art. 151 KK”. Nie widać tu żadnej spójności, a jedynie dysharmonię. W art. 151 (namowa i pomoc do samobójstwa) przewidziana jest kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, zaś w art. 207 § 3 (targnięcie się na własne życie w następstwie znęcanie) – od 2 do 12. Jaka jest jakościowa różnica w targnięciu się na życie w następstwie znęcania i w następstwie nękania? Dlaczego w art. 190a § 3 przewidziana jest sankcja od 1 roku do 10 lat pozbawienia wolności, a w art. 207 § 3 od 2 do 12 lat pozbawienia wolności? Sankcje te winny być identyczne (czyli od 2 do 12 lat)⁶⁰.

W odróżnieniu od przestępstw z art. 190a § 1 i § 2 (ściganych na wniosek pokrzywdzonego), przestępstwo z art. 190a § 3 KK ścigane jest w trybie publicznoskargowym z urzędu. Ograniczenie trybu wnioskowego do typów podstawowych zasługuje na aprobatę. Po pierwsze dobro zagrożone naruszeniem w typ wypadku (życie lub zdrowie) ma o wiele większą wartość niż w przypadku dóbr chronionych przez przepisy art. 190a § 1 i § 2. Po drugie, w takim właśnie trybie ścigane są pozostałe przestępstwa, do znamion których należy skutek w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie.

⁶⁰ Taki postulat zawarty był również w opinii Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego (na. s. 10). <http://bip.ms.gov.pl/pl/dzialalnosc/komisje-kodyfikacyjne/komisja-kodyfikacyjna-prawa-karnego/opinie-komisji-kodyfikacyjnej-prawa-karnego/> (7.07.2012).

IV. Zbieg przepisów ustawy

Należy rozważyć zbieg przepisu z art. 190a KK z szeregiem przepisów kodeksu karnego i innych ustaw. Jeśli chodzi o przepis art. 190a § 1 KK w grę może wchodzić przede wszystkim zbieg z przepisami kodeksu karnego: art. 207 KK (znęcanie się), art. 267 KK. (naruszenie tajemnicy korespondencji), typizującymi przestępstwa przeciwko wolności, czci i nietykalności cielesnej, mieniu, a także kodeksu wykroczeń: art. 126 KW (kradzież, przywłaszczenie albo niszczenie cudzej rzeczy przedstawiającej wartość niemajątkową (art. 126 § 1 KW), art. 127 § 1 KW (samowolne użycie cudzej rzeczy ruchomej), a także art. 140 KW w. (nieobyczajny wybryk), art. 51 KW (naruszenie porządku publicznego).

Nie jest jasny stosunek przepisu art. 190a § 1 i 207 § 1 KK. Czyny ujęte przez ustawodawcę w obu tych typach polegają mniej więcej na tym samym, powstaje jednak pytanie, czy zakresy obu tych typów krzyżują się, czy też może jeden „mieści się” całkowicie w drugim, stanowiąc *lex specialis*. W pewnych sytuacjach między przepisami art. 207 § 1 i 190a § 1 zachodzić będzie zbieg rzeczywisty (gdy chodzi o małoletniego, osobę nieporadną lub pozostającą w stosunku zależności od sprawcy), w pozostałych przypadkach należy przyjąć, że zbieg ten jest pomijalny na zasadzie konsumpcji. O wiele bardziej skomplikowana jest sytuacja wówczas, gdy pokrzywdzony stanowi osobę najbliższą sprawcy. W tym zakresie można chyba byłoby przyjąć, że przepis art. 207 § 1 KK stanowi *lex specialis* dla przepisu art. 190a § 1 KK.

Pozorny zbieg przepisów zachodzi także pomiędzy przepisem art. 190a § 1 KK a przepisem art. 246 (znęcanie się w celu uzyskania zeznań), 247 (znęcanie się nad osobą pozbawioną wolności) i 352 (znęcanie się żołnierza nad podwładnym) KK. Przepisy te stanowią *lex specialis* w stosunku do art. 207 § 1 k.k., tym bardziej więc stanowiąc będą *lex specialis* w odniesieniu do przepisu typizującego nękanie.

W przypadku zbiegu przepisu art. 190a § 1 KK z przepisem art. 189, należy przyjąć zbieg rzeczywisty, skutkujący zastosowaniem przez sąd kumulatywnej kwalifikacji. Jeżeli w wyniku zachowania sprawcy polegającego na nękanii związanym z pozbawieniem wolności, doszłoby do targnięcia się pokrzywdzonego na własne

życie, zachodziłby rzeczywisty właściwy zbieg przepisów art. 190a § 3 w zw. z art. 190a § 1 KK z art. 189 § 1-3 KK.

Zachowanie sprawcy może wypełniać jednocześnie znamiona przestępstwa nękania i groźby karalnej (przepisy art. 190 i 190a § KK pozostają ze sobą w zbiegu rzeczywistym pomijalnym), i zmuszania (zbieg rzeczywisty pomijalny).

Gdy nękanie pokrzywdzonego polega na utrwaleniu wizerunku nagiej osoby lub osoby w trakcie aktu seksualnego przy użyciu groźby, przemocy lub podstępny, wyczerpuje znamiona czynu zabronionego z art. 191a. Między przepisem art. 190a i 191a KK zachodzi zbieg rzeczywisty właściwy, wymagający zastosowania kumulatywnej kwalifikacji.

Zachowanie sprawcy może wypełniać znamiona przestępstwa z art. 202 § 1 KK (narzucanie treści pornograficznych), należy wówczas przyjąć, że zachodzi zbieg rzeczywisty właściwy. Może także wypełniać znamiona przestępstwa z art. 193 KK - naruszenia miru domowego. Przepisy art. 190a § 1 KK i 193 pozostają ze sobą w zbiegu rzeczywistym pomijalnym, przepisem konsumującym jest przepis art. 190a § 1 KK.

Nie można wykluczyć sytuacji, gdy zachowanie sprawcy nękania będzie jednocześnie wypełniać znamiona przestępstwa z art. 194 (ograniczanie w prawie do posiadania określonych przekonań religijnych), 195 (złośliwe przeszkadzanie w celebrowaniu kultu religijnego), 196 (obraza uczuć religijnych). Przepisy te pozostają w rzeczywistym pomijalnym zbiegu z przepisem art. 190a § 1 KK, który jest przepisem pochłaniającym.

Nękanie może polegać także na zniesławieniu pokrzywdzonego lub osoby mu najbliższej, znieważeniu tych osób lub naruszeniu ich nietykalności cielesnej, wypełniając znamiona przestępstwa z art. 212, 216 lub 217 KK. Należy przyjąć, że przepis art. 190a § 1 KK pochłania typowo przepisy art. 212, 213, 217 KK, zachodzi więc między tym przepisem a przepisami typizującymi czyny zabronione przeciwko czci i nietykalności cielesnej rzeczywisty pomijalny zbieg przepisów.

Możliwe jest również, że czyn sprawcy nękania wyczerpie jednocześnie znamiona któregoś z przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu. Rzeczywisty zbieg zachodzi

między przepisem art. 190a § 1 KK a art. 151 (nakłanianie lub pomoc do samobójstwa), 155 (nieumyślne spowodowanie śmierci), 156, 157 (spowodowanie uszczerbku na zdrowiu o różnym stopniu). Nękanie może również polegać na doprowadzeniu pokrzywdzonego (jak się zdaje przede wszystkim podstępem) do poddania się innej czynności seksualnej. Między przepisem art. 197 § 2 KK (także rzadziej § 3 i § 4) a art. 190a § 1 KK zachodzi zbieg rzeczywisty, wymagający zastosowania kumulatywnej kwalifikacji. Kumulatywna kwalifikacja znajdzie również zastosowanie w przypadku rzeczywistego zbiegu przepisu art. 190a § 1 z przepisem art. 211 (uprowadzenie małoletniego), a także przepisami z rozdziału XXVIII kodeksu karnego (zawierającego przestępstwa przeciwko prawom osób wykonujących pracę zarobkową).

Przepis art. 190a może pozostawać w zbiegu również z przepisami typizującymi przestępstwa przeciwko mieniu - z art. 278 (kradzież cudzej rzeczy ruchomej), 279 (kradzież z włamaniem), art. 288 KK (niszczenie lub uszkodzenie cudzej rzeczy), a także gdy wartość mienia jest poniżej 250 zł - z przepisami typizującymi wykroczenia przeciwko mieniu - art. 124 KW i art. 119 KW.

Czyn sprawcy może jednocześnie wypełniać znamiona przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. i wykroczenia z art. 107 KW. Na ogólnych zasadach zbieg taki rozwiązywany jest przy zastosowaniu konstrukcji zbiegu idealnego - art. 10 KW.

W odniesieniu do przepisu z art. 190a § 2 KK należy rozważyć zbieg z przepisami kodeksu karnego, ustawy o ochronie danych osobowych oraz ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych. Omawiany przepis pozostaje w zbiegu rzeczywistym właściwym z przepisem art. 202 § 3 KK (rozpowszechnianie treści pornograficznych), 265 (ujawnienie informacji stanowiących tajemnicę państwową), 266 (ujawnienie informacji poufnej), 267 (naruszenie tajemnicy korespondencji), 268 (zniszczenie lub uszkodzenie informacji), 268a (usuwanie lub uszkodzanie danych informatycznych), 269a (zakłócanie pracy systemu komputerowego), a także przeciwko wiarygodności dokumentów; przede wszystkim - art. 270 (fałsz dokumentu), 272 (wyłudzenie poświadczenia nieprawdy), 273 (posługiwanie się dokumentem poświadczającym nieprawdę), 274 (zbycie własnego dokumentu)

potwierdzającego tożsamość)⁶¹, art. 275 (posługiwanie się cudzym dokumentem potwierdzającym tożsamość), 276 (zniszczenie lub ukrycie dokumentu, którym sprawca nie ma prawa rozporządzać)⁶².

Zachowanie sprawcy może także wypełniać jednocześnie znamiona licznych przepisów (z art. 284, 285, 286, 287, 288 KK), z którymi pozostaje w zbiegu rzeczywistym właściwym oraz wykroczeń przeciwko mieniu (art. 119 KW, art. 120 KW, art. 123 KW, art. 124 KW; art. 125 KW; art. 126 KW; art. 127 KW), z którymi pozostaje w zbiegu idealnym - art. 10 KW.

Sprawca przestępstwa nękania może wypełniać również znamiona niektórych wykroczeń przeciwko porządkowi i spokojowi publicznemu, np. z art. 51 § 1 lub § 2 KW, art. 140 KW, art. 52a § 1 KW, art. 54 KW, 63a KW, art. 56 KW, a także z art. 107 KW, art. 108 KW; art. 109 KW. Mamy wówczas do czynienia z tzw. zbiegiem idealnym przestępstwa i wykroczenia (art. 10 KW).

Sprawca przestępstwa z art. 190a § 2 KK może zrealizować jednocześnie znamiona wykroczenia z art. 61 KW. Zachodzi wówczas zbieg idealny przestępstwa i wykroczenia (art. 10 KW). Czyn sprawcy może wypełniać również znamiona czynu zabronionego z art. 49 ustawy o ochronie danych osobowych, z którym pozostaje w zbiegu rzeczywistym właściwym. W takim też zbiegu pozostaje również z przepisami art. 115 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych.

Czyn sprawcy może jednocześnie wypełniać znamiona przestępstwa z art. 190a § 2 KK i wykroczenia z art. 107 KW. Na ogólnych zasadach zbieg taki rozwiązywany jest przy zastosowaniu konstrukcji zbiegu idealnego- art. 10 KW.

Natomiast w zbiegu pozornym pozostaje przepis art. 190a § 3 KK z art. 352 § 3 KK, zaś w zbiegu rzeczywistym właściwym - z art. 155, 156, 157.

Przedstawiony przegląd możliwych zbiegów przepisu art. 190a KK z innymi przepisami nie jest zamknięty.

⁶¹ W przypadku wypełnienia znamion tego czynu zabronionego przez sprawcę, być może nie będziemy mieć do czynienia ze zbiegiem przepisów ustawy, a ze zbiegiem przestępstw.

⁶² W tym przypadku również może zachodzić zbieg przestępstw, a nie zbieg przepisów ustawy.

V. Wymiar kary

Przestępstwa z art. 190a § 1 i § 2 KK zagrożone są karą pozbawienia wolności od miesiąca do lat 3, typ kwalifikowany z art. 190a § 3 przewiduje sankcję od 1 roku do lat 10. Jeśli orzeczona kara pozbawienia wolności nie przekroczy 2 lat wówczas jej wykonanie może zostać warunkowo zawieszona (na okres próby od 2 do 5 lat, a w przypadku młodocianego lub sprawcy z art. 64 § 2 – od 3 do 5 lat).

Z uwagi na wysokość ustawowego zagrożenia w przypadku przestępstwa w typach podstawowych (art. 190a § 1 i 2 – od miesiąca do lat 3) sąd winien rozważyć możliwość orzeczenia wobec sprawcy kary o charakterze nieizolacyjnym (grzywny, kary ograniczenia wolności) stosownie do przepisu art. 58 § 3 KK, w szczególności jeżeli orzeka równocześnie środek karny. Możliwe jest również zastosowanie wobec sprawcy przestępstwa z art. 190a § 1 lub 2 warunkowego umorzenia postępowania karnego.

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 (art. 41a KK)⁶³, pozbawienie praw publicznych – art. 40

⁶³ Ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny (Dz. U. Nr 72 poz. 381), nie tylko wprowadzono do KK nowe typy przestępstw z art. 190a, ale również dokonano nowelizacji art. 41a § 1 k.k. W wyniku dokonanej zmiany sąd może orzec 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 w razie skazania za przestępstwo przeciwko wolności seksualnej lub obyczajności na szkodę małoletniego *lub inne przestępstwo przeciwko wolności* oraz w razie skazania za umyślne przestępstwo z użyciem przemocy, w tym przemocy przeciwko osobie najbliższej. Obowiązek lub zakaz może być połączony z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu. Różnica zatem sprowadza się do dodania słów „*inne przestępstwa przeciwko wolności*”, przez co rozszerzono zakres stosowalności przepisu. Należy jednak zauważyć, że poprzez użycie określenia „*inne przestępstwa przeciwko wolności*” umożliwiono stosowanie tego środka nie tylko w przypadku przestępstwa z art. 190 a, ale również i pozostałych stypizowanych w rozdziale XXIII (czyli pozbawienie wolności – art. 189, handel ludźmi – art. 189a, groźba – art. 190, zmuszanie – art. 191, utrwalanie wizerunku nagiej osoby – art. 191a, zabieg leczniczy bez zgody pacjenta – art. 192, naruszenie miru domowego – art. 193). Rodzi się pytanie, czy taki był rzeczywisty zamysł

KK (przy skazaniu na karę pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 3 za przestępstwo popełnione w wyniku motywacji zasługującej na szczególnie potępienie⁶⁴), niekiedy przepadek przedmiotów (art. 44 KK), zakaz zajmowania określonego stanowiska lub wykonywania określonego zawodu, obowiązek naprawienia szkody (art. 46 KK) lub podanie wyroku do publicznej wiadomości (art. 50 KK).

projektodawców, aby objąć zakresem tego środka karnego wszystkie czyny zabronione określone w rozdziale XXIII KK, czy chodziło jedynie o przestępstwo z art. 190a. Prowadzi to do sytuacji, w której np. można orzec środek karny z art. 41a § 1 w stosunku do sprawcy bezprawnego pozbawienia wolności, a nie będzie takowej możliwości w przypadku skazania sprawcy zgwałcenia osoby dorosłej dokonanego bez użycia przemocy (a z użyciem groźby lub podstępem). Generalnie, w KK dość kazuistycznie wyliczone są przypadki, kiedy określone środki karne mogą być orzekane. Być może w tym przypadku zasadne jest rozważenie zmiany polegającej na daniu sądowi swobody w fakultatywnym orzekaniu tego środka karnego, poprzez użycie formuły takiej jak w art. 50 („*jeżeli sąd uzna to za celowe*”), przy precyzyjnym określeniu jedynie przypadków obligatoryjnego orzekania tego środka.

⁶⁴ Warunek w postaci skazania sprawcy na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności przesądza, że w praktyce pozbawienie praw publicznych będzie mogło mieć miejsce przy przestępstwie z art. 190a § 3 KK.

VI. Wyniki badań empirycznych

Badaniami objęte zostały akta prokuratorskie spraw dotyczących przestępstw z art. 190a KK, które zostały zarejestrowane w jednostkach organizacyjnych powszechnej prokuratury w losowo wybranych 6 okręgach (krakowskim, jeleniogórskim, lubelskim, toruńskim, piotrkowskim, suwalskim) pomiędzy 6 czerwca 2011 r. (dzień wejścia w życie przepisu art. 190a KK), a 6 czerwca 2012 r., czyli w okresie pierwszego roku obowiązywania w/w przepisów w brzmieniu nadanym nowelizacją kodeksu karnego z 25 lutego 2011 r.⁶⁵.

Przeanalizowanych zostało 478 spraw⁶⁶:

- okręg krakowski- 145
- okręg jeleniogórski – 67
- okręg lubelski - 118
- okręg toruński - 76
- okręg piotrkowski - 39
- suwalski- 33

1. Zastosowana kwalifikacja prawna (478 spraw, ale 492 czyny)⁶⁷:

- tylko 190a § 1 KK – 424 (w tym 11 razy z art. 12 KK),
- tylko 190a § 2 KK – 37 razy (w tym raz z art. 12 KK),
- art. 190a § 1 i 2 KK – 2 razy,
- art. 190a § 3 w zw. z art. 190a § 1 – 1 raz.

⁶⁵ Dz. U. Nr 72, poz. 381.

⁶⁶ Analizie poddano 478 spraw, co stanowi ok. 9-10 % ogółu spraw, które zarejestrowano we wszystkich jednostkach organizacyjnych powszechnej prokuratury w Polsce w okresie pierwszego roku obowiązywania przepisu art. 190a KK (czyli ok. 5000). W badaniach pominięto te sprawy, które poszczególne jednostki prokuratury (z losowo wybranych okręgów) przesyłały w okresie późniejszym, kiedy to już pula akt przeznaczonych do badań została zamknięta.

⁶⁷ Dodatkowo w 14 sprawach miał miejsce rzeczywisty zbieg przestępstw (innych niż określone w art. 190a KK).

W 33 przypadkach wystąpił zbieg przepisów:

- art. 190a § 1 w zb. z art. 190 § 1 w zw. z art. 11 § 2 KK - w 22 przypadkach

- i po jednym przypadku:

- art. 270 § 1 w zb. z art. 190a § 2 w zw. z art. 11 § 2 KK,

- art. 190a § 1 w zb. z art. 190 § 1 w zw. z art. 11 § 2 KK w zw. z art. 31 § 2 KK,

- art. 190a § 1 w zb. z art. 190 § 1 w zw. z art. 11 § 2 KK,

- art. 190a § 1 w zb. z art. 191 § 1 w zw. z art. 11 § 2 KK,

- art. 190a § 1 w zb. z art. 207 § 1 KK,

- art. 190a § 1 w zb. z art. 216 § 1 KK.

Zwraca uwagę nieprawidłowość powoływania w kwalifikacji obok art. 190a § 1 KK przepisu art. 12 KK (czyn ciągły). Jak wiadomo, nękanie należy do kategorii przestępstw o wieloczynowo określonych znamionach, w przypadku których powtórzenie zachowania jest koniecznym warunkiem realizacji znamion czynu zabronionego; w tej sytuacji wielość zachowań nie powoduje wielości przestępstw, ale stanowi jedno przestępstwo. W takim przypadku dodatkowe odwołanie się do art. 12 KK nie jest zasadne. Wydaje się natomiast, że nie ma przeszkód aby art. 12 był powołany obok art. 190a § 2 KK (podszywanie się pod inną osobę). Nieprawidłowa wydaje się również konstrukcja kwalifikacji „art. 190a § 1 KK i art. 190a § 2 KK”; w takim przypadku (w zależności od konkretnego stanu faktycznego) będziemy mieli do czynienia albo z kumulatywną kwalifikacją albo też z rzeczywistym zbiegiem przestępstw. Nie budzi natomiast zastrzeżeń kwalifikacja „art. 190a § 3 w zw. z art. 190a § 1 KK”, bowiem w ten sposób wyraźnie wskazano, że targnięcie się na życie było wynikiem nękania (a nie podszywania się).

2. Czas trwania domniemanego nękania (wszystkie sprawy dotyczące art. 190a §

1, ew. 190a § 3 w zw. z § 1) – w sumie 451 spraw obejmujących 454 czyny:

- poniżej 7 dni – 35,

- tydzień – poniżej 1 miesiąca – 44,

- 1 miesiąc – poniżej 6 miesięcy – 185,

- 6 miesięcy – poniżej 1 roku – 54,

- 1 rok – poniżej 2 lat – 29,

- 2 lata – poniżej 5 lat – 37,

- powyżej 5 lat – 11,
- brak danych – 59.

3. Dominujące⁶⁸ motywy wszystkich sprawach (478), zarówno z § 1, jak i 2 oraz 3 art. 190a KK

- niemożność pogodzenia się z rozstaniem z partnerem – 104,
- nieporozumienia sąsiedzkie – 38,
- miłość – 34,
- konflikt małżeński – 29,
- nieporozumienia rodzinne – 24,
- zemsta – 22,
- konflikt finansowy - 25 (w tym 4 – windykacja),
- nieporozumienia z powodu opieki nad dzieckiem – 17,
- konflikt na gruncie zawodowym (ew. pracowniczym) – 7,
- zachowanie na podłożu choroby psychicznej lub zaburzeń psychicznych – 6,
- zazdrość – 5,
- żarty kolegów/koleżanek – 3,
- próba zastraszenia – 3,
- poczucie krzywdy – 2,
- inne (konflikt kibiców, chęć „odstresowania się⁶⁹”, chęć uniknięcia odpowiedzialności za jazdę bez biletu⁷⁰) – 3,
- trudno powiedzieć – 156.

⁶⁸ W niektórych przypadkach mieliśmy do czynienia z wystąpieniem kilku motywów, jednakże w każdej sprawie wskazaliśmy tylko jeden (zasadniczy).

⁶⁹ W sprawie II.96/12 w M. Dariusz M. (lat 38, żonaty, dwoje dzieci, rolnik, nie karany) oskarżony był o nękanie czterech nieznanych mu kobiet, „poprzez wykonywanie połączeń telefonicznych, wysyłanie wiadomości tekstowych o treściach erotycznych, wiadomości zawierających zdjęcia i filmy o tematyce erotycznej”. Jak wyjaśnił oskarżony „nie chciałem nikogo skrzywdzić, miałem doła i depresję. Tym wysyłaniem smsów chciałem odreagować moje stresy”. Sprawa w toku.

⁷⁰ W sprawie 3 Ds. 2637/11 w K. Urszula P. (lat 26, panna, pracująca, bezdzietna, nie karana) oskarżona została o to, że w dniu 20 września 2011 r. w miejscowości K. na trasie autobusu X-Y podszyła się pod Sylwię M. w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej w kwocie 152,80 zł poprzez wykorzystanie jej danych osobowych poprzez podrobienie jej podpisu na wezwaniu nr 1710690 - (art. 190a § 2 KK z art. 270 § 1 KK w zw. z art. 11 § 2 KK).

4. Sposoby popełnienia czynu - wszystkie sprawy

a/ (art. 190a § 1 KK)

W analizowanych sprawach – co do zasady – występował złożony zespół zachowań składających się na nękanie. Oczywiście, chodzi o opisy zachowań przedstawione przez osoby czujące się pokrzywdzonymi. Należy zauważyć, że rzadko mają miejsce zachowania jednorodne, zaś regułą jest to, że sprawca posługuje się szerszą gamą niepożądanych zachowań (np. dzwonienie, wysyłanie sms-ów czy maili). Podstawowym sposobem nękania jest dzwonienie do kogoś przy użyciu telefonu (stacjonarnego lub komórkowego) – takie zachowanie pojawiło się aż w **284** sprawach. (oczywiście, zazwyczaj obok innych nękających zachowań). Nękanie poprzez wysyłanie niechcianych sms-ów wystąpiło aż w **171** przypadkach. Widać zatem, że telefon (głównie komórkowy) stał się nie tylko ważnym środkiem komunikacji, ale i podstawowym środkiem nękania w dzisiejszych czasach. Gdy chodzi o inne sposoby nękania, to należy wyróżnić m.in. nachodzenie (**73**), wysyłanie maili (**42**), śledzenie (**39**), grożenie (**34**), znieważanie (**13**), obserwowanie (**11**), robienie zdjęć lub filmowanie (**9**), wysyłanie listów lub prezentów (**9**), zakłócanie spokoju (pukanie w ścianę, do drzwi) - **6**, uszkodzanie mienia (**5**), naruszanie nietykalności cielesnej (**3**), dzwonienie domofonem (**3**), przesłanie paczek z odchodami (**2**), złośliwe informowanie różnych instytucji o rzekomych nieprawidłowościach w prowadzeniu działalności, zachowaniu itp. Z innych rzadziej występujących sposobów nękania warto wskazać wieszania na drzwiach wstążek z napisami żalobnymi, umieszczanie kartek na drzwiach, zakładanie podsłuchu, wykręcanie klamek z okien, złośliwe parkowanie samochodem, rozwieszanie oszczerczych ulotek lub rozpowszechnianie plotek. Pomimo, że czyn zakwalifikowany został z art. 190a § 1 KK, w jednym przypadku nękanie polegało na wykorzystaniu wizerunku (w Internecie). Raz „pokrzywdzony” twierdził, że jego znajoma „teleportuje” myśli do jego umysłu.

b/ art. 190a § 2

- fałszywe ogłoszenie - 5 (w tym o treści erotycznej 3),
- podszywanie się pod kogoś na portalu internetowym – 27,
- podszywanie się pod studenta, aby w jego imieniu złożyć rezygnację ze stypendium zagranicznego (z zawiści) – 1,
- podszywanie się pod inną osobę podczas kontroli biletów – 3,
- podszywanie się pod osobę prowadzącą działalność gospodarczą (handel nieruchomościami) – 2.

5. Stan zawansowania analizowanych spraw⁷¹:

- sprawy w toku – 32⁷²,
- skierowane do sądu (z aktem oskarżenia albo wnioskiem o warunkowe umorzenie postępowania) – 44,
- umorzenia postępowania przygotowawczego – 137,
- odmowy wszczęcia – 261,
- inne – 3 (2 zawieszenia postępowania, 1 - przekazanie do Sądu Rodzinnego).

a. Sprawy zakończone umorzeniem postępowania przygotowawczego (137 spraw)⁷³

Podstawy umorzenia postępowania:

- art. 17 § 1 pkt. 1 k.p.k. (czynu nie popełniono albo brak jest danych dostatecznie uzasadniających podejrzenie jego popełnienia) – 23,
- art. 17 § 1 pkt. 2 (czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa⁷⁴) – 54,

⁷¹ Jedynie w 4 sprawach zastosowano środki zapobiegawcze (zabezpieczenie majątkowe - 2, dozór policji - 1, poręczenie majątkowe - 1, zaś w 4 sprawach powołano biegłych (w 2 sprawach – biegły (psycholog), opinia psychiatryczna - 2).

⁷² W sprawach tych jedynie złożono zawiadomienie o przestępstwie, ale nawet nie podjęto jeszcze decyzji o wszczęciu postępowania, albo też tylko podjęto decyzję o wszczęciu postępowania.

⁷³ W sprawach, gdzie wydano postanowienie o umorzeniu 9 razy zaskarżono to postanowienie; 2 razy miała miejsce odmowa przyjęcia zażalenia, 7 razy postanowienie utrzymano w mocy.

- art. 17 § 1 pkt 3 (znikoma społeczna szkodliwość czynu) – 1,
- art. 17 § 1 pkt 6 (przedawnienie) – 1,
- art. 17 § 1 pkt. 10 (brak wniosku o ściganie) – 33,
- art. 322 (postępowanie nie dostarczyło podstaw do wniesienia aktu oskarżenia) – 25.

Jak wynika z powyższych danych, najczęstszą przyczyną umorzenia postępowania jest stwierdzenie okoliczności z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k.(czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa) – 39,4% ogółu umorzeń, zaś na drugim miejscu plasuje się brak wniosku o ściganie – 33 sprawy (24,1%).

Na 137 spraw, w których umorzono postępowanie, sporządzono uzasadnienie postanowienia w 48 z nich (w tym w 4 sprawach z art. 190a § 2). Jako powód umorzenia najczęściej wskazywano fakt, że określone zachowanie sprawcy nie wzbudzało poczucia zagrożenia (6 przypadków). Część uzasadnień nie zawierała konkretnej informacji o powodach umorzenia, a jedynie powtarzała treść powoływanego przepisu k.p.k. będącego podstawą umorzenia.

Warto dodać, że w 6 sprawach umorzonych nękanie miało charakter wzajemny. W 6 sprawach umorzonych sprawca faktycznie zaprzestał nękania lub obiecał, że tego zaprzestanie.

b. Sprawy zakończone odmową wszczęcia postępowania⁷⁵

Podstawy odmów wszczęcia (261 spraw):

- art. 17 § 1 pkt. 1 k.p.k. – 42⁷⁶,
- art. 17 § 1 pkt. 2 – 148,

⁷⁴ W jednym przypadku, w którym umorzono postępowanie na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. uznano, że czyn sprawcy wypełnia znamiona wykroczenia z art. 107 KW (złośliwe niepokojenie).

⁷⁵ W sprawach zakończonych odmową - 8 razy zaskarżono postanowienie o odmowie wszczęcia postępowania; jeden raz miała miejsce odmowa przyjęcia zażalenia, 7 razy postanowienie zostało utrzymane w mocy.

⁷⁶ W dwóch przypadkach uznano, że jest art. 107 KW.

- art. 17 § 1 pkt 7 (zawistość sporu) – 2,
- art. 17 § 1 pkt- 10 – 68,
- art. 17 § 1 pkt 11 (czyn wypełnia znamiona przestępstwa prywatnoskargowego) – 1.

Podstawową przyczyną odmów wszczęcia postępowania jest stwierdzenie, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego albo ustawa stanowi, że sprawca nie popełnia przestępstwa (art. 17 § 1 pkt. 2 k.p.k.) – 56,7% ogółu odmów. Na 261 przypadków odmów wszczęcia postępowania jedynie w 74 z nich uzasadniono postanowienia o odmowie (w tym 6 z art. 190a § 2). Najczęściej wskazywano na brak realizacji znamion przestępstwa (brak uporczywości działania sprawcy - 11, brak istotnego naruszenia prywatności - 3, brak poczucia zagrożenia ze strony pokrzywdzonego - 2). Dość szczególne jest uzasadnienie w sprawie Ds. 312/12 w Wadowicach, kiedy to stwierdzono, że „zgodnie z przyjętym orzecznictwem jako okres wyznaczający uporczywość przyjmuje się trzy miesiące”. Widać zatem, że autor tego uzasadnienia sięgnął do uchwały SN z 9 czerwca 1976 e. (VI KZP 13/75, OSNKW nr 7-8, poz. 86) dotyczącej przestępstwa niealimentacji, gdzie rzeczywiście dla bytu przestępstwa z art. 209 takowy okres wskazano. Wydaje się jednak, że inną rzeczą jest wstrzymanie się z zapłatą kolejnych rat alimentacyjnych przez co najmniej 3 miesiące, a inną nękanie kogoś przez aż tak długi okres. Widać zatem, że znamie uporczywości na gruncie art. 190a § 1 KK nie może być interpretowane tak samo jak na gruncie art. 209 K.K.

Warto zauważyć, że w trzech z czterech przypadków, kiedy rzecz dotyczyła legalnej windykacji, sąd odmawiał wszczęcia postępowania wskazując, że jest ona dokonywana zgodnie z przepisami (w jednym zaś postępowanie zostało umorzone).

W 9 sprawach gdzie miała miejsce odmowa wszczęcia postępowania nękanie miało charakter wzajemny; w 8 sprawach sprawca faktycznie zaprzestał nękania lub obiecał, że tego zaprzestanie.

c. Sprawy zakończone skierowaniem do sądu aktu oskarżenia albo wniosku o warunkowe umorzenie postępowania karnego

Do sądu skierowano 44 sprawy, w tym 32 akty oskarżenia i 12 wniosków o warunkowe umorzenie postępowania karnego. Do 11 aktów oskarżenia dołączony był wniosek prokuratora w trybie art. 335 § 1 k.p.k.⁷⁷. W dwóch przypadkach oskarżony złożył wniosek w trybie art. 387 k.p.k..

Zastosowana kwalifikacja prawna w powyższych sprawach:

- tylko 190a § 1 – 40 przypadków (z tym jednak, że w jednej sprawie mieliśmy do czynienia z dwoma czynami sprawcy),
- tylko art. 190a § 2 – 3 przypadki,
- art. 190a § 1 i 2 – 1 przypadek,
- art. 190a § 3 (w zw. z art. 1) - 1 przypadek.⁷⁸

Oskarżeni (45 osób w 44 sprawach)

Wiek

- poniżej 17 lat – 0,
- 17-21 – 6,
- 22-30 – 16,
- 31 - 40 – 16,
- 41– 50 – 5,
- 51 – 60 – 0,
- >60 – 2.

⁷⁷ Zgodnie z tym przepisem prokurator może umieścić w akcie oskarżenia wniosek o wydanie wyroku skazującego i orzeczenie uzgodnionych z oskarżonym kary lub środka karnego za występki zagrożony karą nieprzekraczającą 10 lat pozbawienia wolności bez przeprowadzenia rozprawy, jeżeli okoliczności popełnienia przestępstwa nie budzą wątpliwości, a postawa oskarżonego wskazuje, że cele postępowania zostaną osiągnięte.

⁷⁸ W sumie daje to nam 45 czynów w 44 sprawach.

Płeć:

- Kobiety – 4,
- Mężczyźni 4.

Karalność:

- Karany – 7,
- Nie karany – 37,
- Brak danych – 1.

Stan cywilny:

- Kawaler/panna – 27,
- Żonaty/mężatka – 10,
- Rozwiedziony – 7,
- Wdowa – 1.

Zawód:

- Bez zawodu – 12,
- Mechanik samochodowy – 6, po 3 sprawców: rolnik, uczeń, po 2 sprawców - nauczyciel, ekonomista, elektromonter, ślusarz i po jednym: funkcjonariusz wywiadu, murarz, gastronom, student, lakiernik samochodowy, administratywista, mikroelektronik, historyk, żołnierz, budowlaniec, blacharz, piekarz, b. danych – 1⁷⁹.

Wykształcenie:

- podstawowe- 9,
- zawodowe- 7,
- gimnazjalne – 3,
- średnie- 20,
- wyższe- 6 (w tym jeden licencjackie).

⁷⁹ Podano ogólnie: wykształcenie zawodowe, bez sprecyzowania po jaki zawód chodzi.

Zatrudnienie:

- pracuje -27,
- nie pracuje – 11,
- emeryt – 2,
- rencista 1,
- student – 1,
- uczeń – 3.

Posiadanie dzieci:

- posiada – 16,
- nie posiada – 28,
- b.d. – 1.

Przyznanie się do czynu:

- przyznał się – 28 (w tym jeden częściowo),
- nie przyznał się – 11,
- brak danych- 6.

Znajomość z pokrzywdzonym:

- osoba znana sprawcy – 32,
- osoba nieznana – 5,
- b. danych – 8.

W przypadku osób znanych (32) występowały następujące relacje z pokrzywdzonym:

- były chłopak/dziewczyna – 13,
- aktualny mąż/zona – 3,
- były mąż/zona – 4,
- sąsiad – 4,
- kolega ze szkoły -3,
- znajomy z pracy- 2,
- inny znajomy – 2.

Typowym oskarżonym jest zatem niekarany mężczyzna w przedziale wiekowym pomiędzy 22 a 40 lat (32 z 45 – 71,1%), stanu wolnego, zazwyczaj pracujący, nie posiadający dzieci. W większości przypadków oskarżeni przyznają się do winy (18 z 45 – 62,2%). W każdym przypadku sprawca zna się z pokrzywdzonym, a w większości przypadków byli ze sobą w bliskich związkach uczuciowych (62,5%).

Czas trwania nękania (42 sprawy zakwalifikowane z art. 190 § 1 lub § 3, z wyłączeniem kwalifikacji z § 2):

- poniżej 7 dni – 0,
- tydzień – poniżej 1 miesiąca – 4,
- 1 miesiąc – poniżej 6 miesięcy – 26,
- 6 miesięcy – poniżej 1 roku – 11,
- 1 rok – poniżej 2 lat – 1,
- 2 lata – poniżej 5 lat – 0,
- powyżej 5 lat – 0,
- brak danych- 1.

Główny⁸⁰ motyw czynu w sprawach zakończonych aktem oskarżenia bądź wnioskiem o warunkowe umorzenie (44 sprawy):

- niemożność pogodzenia się z rozstaniem z partnerem – 16,
- miłość – 9,
- nieporozumienia rodzinne – 4,
- nieporozumienia sąsiedzkie – 2,
- „żart” kolegów – 1,
- chęć uniknięcia odpowiedzialności za jazdę bez biletu – 1,
- trudno powiedzieć – 12.

Najczęściej nękanie trwa pomiędzy jednym miesiącem a 6 miesiącami, a głównym motywem zdaje się być podłoże uczuciowe – niemożność pogodzenia się z rozstaniem się z partnerem i miłość.

⁸⁰ Wskazano jedynie motyw główny.

Opis czynu w aktach oskarżenia bądź wnioskach o warunkowe umorzenie postępowania

a/ dotyczy art. 190a § 1, § 3 k.k.

Mamy do czynienia z 42 czynami w 41 sprawach. We wszystkich opisach czynu (w aktach oskarżenia bądź wnioskach o warunkowe umorzenie) wskazano jednoznacznie, że zachowanie sprawcy było uporczywe. W 9 opisach czynu wskazano, że uporczywe nękanie spowodowało naruszenie prywatności pokrzywdzonego, zaś w 5 że wzbudziło u niego uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia. Najczęściej, bo aż w 25 przypadkach podano, że wystąpiło zarówno naruszenie prywatności, jak i poczucie zagrożenia (w tym trzy razy użyto słowa „lub”). W jednym przypadku stwierdzono, że zachowanie oskarżonego wzbudziło u pokrzywdzonego „stan niepokoju i obaw”. W 2 przypadkach w opisie czynu w ogóle nie wskazano na skutek zachowania sprawcy.

Zachowanie sprawcy w 13 przypadkach polegało na nękanii poprzez wykonywanie połączeń telefonicznych i wysyłanie sms-ów, w 5 – tylko telefonowanie, w 2 – tylko wysyłanie sms-ów. Po jednym przypadku w grę wchodziło: a/ nękanie osobiste pokrzywdzonego, b/telefonowanie oraz wysyłanie sms-ów i nękanie przez Internet. W jednym stwierdzono ogólnie „uporczywie nękał” bez stwierdzenia w czym wyrażało się owo nękanie. W pozostałych przypadkach w grę wchodziły zachowania złożone, zazwyczaj wyrażające się w telefonowaniu, wysyłaniu sms-ów, nachodzeniu, śledzeniu, wysyłaniu anonimowych listów, kwiatów, zamieszczaniu nieprawdziwych ogłoszeń w prasie itp.⁸¹

⁸¹ Charakterystycznym przykładem jest tu sprawa 4DS 198/12 w K., gdzie Przemysław M. (lat 25, kawaler, nie karany, bezdzietny, student) został oskarżony o to, że w okresie od nieustalonego dnia lipca 2011 r. do dnia 3 marca 2012 r. uporczywie nękał Katarzynę G. poprzez nawiązywanie połączeń telefonicznych, wysyłanie wiadomości tekstowych sms i wiadomości za pomocą komunikatora internetowego „Gadu–Gadu” o różnych porach dnia i nocy, poprzez śledzenie, obserwowanie i podążanie za pokrzywdzoną, poprzez natrętne składanie propozycji spotkań, poprzez oczekiwanie w miejscu pracy lub w okolicy jej miejsca zamieszkania, poprzez dążenie do nawiązania kontaktu za pośrednictwem wspólnych znajomych i rodziny, a także poprzez zaczepianie w miejscach publicznych, poprzez zastraszanie celem wymuszenia kontaktu, które to zachowania wzbudziły u pokrzywdzonej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia i istotnie naruszyły jej prywatność.

W jednym stwierdzono ogólnie „uporczywie nękał” bez stwierdzenia w czym wyrażało się owo nękanie. W pozostałych przypadkach w grę wchodziły zachowania złożone, zazwyczaj wyrażające się w telefonowaniu, wysyłaniu sms-ów, nachodzeniu, śledzeniu, wysyłaniu anonimowych listów, kwiatów, zamieszczaniu nieprawdziwych ogłoszeń w prasie itp.⁸²

b/ dotyczy art. 190a § 2 KK

W grę wchodzi jedynie 4 czyny. We wszystkich wskazano, że sprawca działał w celu wyrządzenia pokrzywdzonemu szkody (w 2 przypadkach osobistej, i w 2 majątkowej). W dwóch przypadkach zachowanie sprawców polegało na sporządzeniu fałszywego ogłoszenia (raz w Internecie, drugi raz w rozprowadzonej przez sprawców ulotce.), w 2 zaś prokurator uznał, że zachowanie sprawczyni, która złapana na jeździe bez biletu podała dane osobowe innej osoby i tak też podpisała się na wręczonym jej wezwaniu, realizuje ustawowe znamiona przestępstwa z art. 190a § 2 KK w zbiegu z art. 270 § 1 KK w zw. z art. 11 § 2 KK (a sąd skazał jedynie z art. 270 § 1 KK).

Pokrzywdzeni we wszystkich sprawach – 51 osób (dotyczących art. 190a § 1, 2, 3 łącznie)

Płeć pokrzywdzonego:

- kobieta -37,
- mężczyzna 14.

Wiek pokrzywdzonego

< 17 lat – 0,

⁸² Charakterystycznym przykładem jest tu sprawa 4DS 198/12 w K., gdzie Przemysław M. (lat 25, kawaler, nie karany, bezdzietny, student) został oskarżony o to, że w okresie od nieustalonego dnia lipca 2011 r. do dnia 3 marca 2012 r. uporczywie nękał Katarzynę G. poprzez nawiązywanie połączeń telefonicznych, wysyłanie wiadomości tekstowych sms i wiadomości za pomocą komunikatora internetowego „Gadu–Gadu” o różnych porach dnia i nocy, poprzez śledzenie, obserwowanie i podążanie za pokrzywdzoną, poprzez natrętne składanie propozycji spotkań, poprzez oczekiwanie w miejscu pracy lub w okolicy jej miejsca zamieszkania, poprzez dążenie do nawiązania kontaktu za pośrednictwem wspólnych znajomych i rodziny, a także poprzez zaczepianie w miejscach publicznych, poprzez zastraszanie celem wymuszenia kontaktu, które to zachowania wzbudziły u pokrzywdzonej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia i istotnie naruszyły jej prywatność.

17-21 – 2,
22-30 – 15,
31- 40 – 6,
41-50 – 3,
51-60 – 0,
>60 – 0,
brak danych – 25.

Jak widać z powyższych danych typowym pokrzywdzonym jest kobieta (w znacznej części przypadków – młoda), zazwyczaj znająca się ze sprawcą (co wynika z danych wcześniej zamieszczonych).

6. Wymiar kary⁸³

W 8 sprawach sąd warunkowo umorzył postępowanie karne wobec sprawcy (ustanawiając okres próby na 1 rok w 3 przypadkach, zaś na 2 lata – w 5 przypadkach). W 13 sprawach zapadł wyrok skazujący (w 11 z art. 190a § 1, zaś w 2 z art. 190a § 2 KK). W tych 13 sprawach w sumie skazano 15 sprawców:

- 5 sprawców skazano na grzywny samoistne (4 razy 80 stawek po 10 zł, 1 raz – 80 stawek po 20 zł),
- 1 sprawcę skazano na karę ograniczenia wolności (10 miesięcy, z obowiązkiem pracy 20 godzin w stosunku miesięcznym),
- 9 sprawców skazano na karę pozbawienia wolności (zawsze z warunkowym zawieszeniem jej wykonania⁸⁴). Obok warunkowo zawieszonych kary pozbawienia wolności, w 5 przypadkach orzeczono karę grzywny (30 stawek po 10 zł, 50 stawek po 10 zł, 80 stawek po 10 zł, 20 stawek po 20 zł, 100 stawek po 20 zł).

⁸³ W trzech przypadkach sąd zastosowały art. 58 § 3 KK.

⁸⁴ W jednym przypadku sprawca został skazany na karę 1 roku i 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 4 lat, zaś w jednym na karę 4 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem na okres 2 lat. W pozostałych przypadkach miał miejsce rzeczywisty zbieg przestępstwa, gdzie w rezultacie orzeczono karę łączną, której wykonanie w każdym przypadku zostało warunkowo zawieszona (6 miesięcy na 5 lat, 8 miesięcy na 3 lata, 8 miesięcy na 4 lata, 1 rok na 3 lata, 1 rok i 6 miesięcy na 2 lata, dwukrotnie - 2 lata na 5 lat).

W stosunku do 7 sprawco zastosowano dozór kuratora. Sądy zastosowały również następujące obowiązki lub środki karne wobec sprawców:

- powstrzymanie się od kontaktów z osobą pokrzywdzoną – 7,
- zakaz zbliżania się do osoby pokrzywdzonej – 4,
- świadczenie pieniężne - 5 (raz – 300 zł, po 2 razy - 200 zł, 500 zł),
- naprawienie szkody – 1,
- obowiązek powstrzymania się od nadużywania alkoholu – 1,
- obowiązek poddania się leczeniu – 1,
- obowiązek przeproszenia pokrzywdzonego – 1,
- obowiązek poprawnego zachowania się wobec pokrzywdzonego – 1,
- zadośćuczynienie – 1 (5000 zł)⁸⁵.

Trudno jest wyprowadzać wnioski w oparciu o tak niewielką liczbę skazań. Tradycyjnie już dominuje kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Rzeczą pozytywną jest to, że sądy często nakładały na sprawców określone obowiązki (np. powstrzymanie się od kontaktów czy zakaz zbliżania się do osoby pokrzywdzonej), które to - jeśli będą przestrzegane - mogą pełnić istotną rolę i zapewnić pewien komfort osobie pokrzywdzonej.

⁸⁵ W sprawie tej sprawca został skazany również z art. 197 § 1 KK w zb. z art. 157 § 2 KK w zw. z art. 11 § 2 KK.

VII. Wnioski

1. Ustawodawstwo antystalkingowe istnieje zarówno w państwach europejskich (np. Austria, Belgia, Dania, Niemcy, Irlandia, Malta, Holandia, Wielka Brytania, Włochy), jak i pozaeuropejskich (np. Kanada, Australia, Stany Zjednoczone). Z dniem 6 czerwca 2011 r. do grona tych krajów dołączyła również Polska.
2. Wprowadzenie przestępstwa nękania do polskiego systemu prawa karnego było zasadne (o czym świadczy choćby fakt, że w ciągu pierwszego roku obowiązywania przepisów art. 190a zarejestrowano w powszechnych jednostkach prokuratury ok. 5000 spraw o to przestępstwo) Dyskusyjną sprawą jest to, czy ustalone brzmienie przepisów jest właściwe. Być może warto było nieco dokładniej przyjrzeć się rozwiązaniom przyjętym w innych państwach i skorzystać z któregoś z zawartych tam rozwiązań (np. syntetycznego ujęcia zawartego w belgijskim kodeksie karnym), jak również uwzględnić uwagi wyrażone w opiniach sporządzonych do projektu zmian KK w przedmiocie przestępstwa nękania.
3. *De lege ferenda* można postulować wprowadzenie kilku zmian:
 - a/ rezygnacji z określenia „*uporczywie nęka*” na rzecz znamienia „*nęka*”. Znamię uporczywości budzi wiele wątpliwości interpretacyjnych, a próby sięgania do rozwiązań wypracowanych na gruncie art. 209 (niealimentacja) są niezasadne.
 - b/ zastąpienie określenia użytego w art. 190a § 2 „*w celu wyrządzenia*” sformułowaniem „*w zamiarze wyrządzenia*”. Zawężenie sfery kryminalizacji jedynie do zachowań z zamiarem kierunkowym jest niezasadne. Dlaczego ma być wolna od odpowiedzialności osoba, która wykorzystuje wizerunek innej osoby, godząc się jedynie na to, że swoim zachowaniem wyrządzi jej szkodę (majątkowa lub osobista). Nie trzeba również wykazywać, jak trudne jest udowodnienie w procesie karnym strony podmiotowej (a szczególnie *dolus coloratus*).

c/ zmiany sankcji przewidzianej w § 3: zamiast od roku do lat 10, powinno być „od 2 do 12 lat” (analogicznie jak w przypadku 207 § 3 k.k.). Granice ustawowego zagrożenia powinny zostać określone z zapewnieniem pełnej spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi. Nie ma żadnej jakościowej różnicy w targnięciu się na życie w następstwie znęcania (art.207 § 3) i w następstwie nękania (art. 190a § 3), w związku z czym sankcje te powinny być identyczne (od 2 do 12 lat pozbawienia wolności).

d/ art. 41a § 1 mógłby uzyskać brzmienie: *„Sąd, jeżeli uzna to za celowe, może orzec 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; obowiązek lub zakaz może być połączony z obowiązkiem zgłaszania się do Policji lub innego wyznaczonego organu w określonych odstępach czasu”*.

4. Przeprowadzone badania pokazują, że najczęstszą przyczyną nękania zdaje się być niemożność pogodzenia się jednej ze stron związku (małżeństwa, konkubinatu) z rozstaniem się z dotychczasowym partnerem. Najczęstszy czasokres nękania zawiera się w przedziale pomiędzy jednym miesiącem, a 6 miesiącami (aczkolwiek nierzadkie są również przypadki nękań wieloletnich, niekiedy nawet trwających ponad 5 lat).
5. Pojawienie się nowego przestępstwa w kodeksie karnym stało się użytecznym sposobem „załatwiania” sporów i konfliktów sąsiedzkich. Często wydaje się, że składanie zawiadomienia o przestępstwie wynika z niezrozumienia zachowań innych ludzi i ich błędnej interpretacji. Ogromna liczba spraw z art. 190a KK prowadzić może do niewesołej konstatacji, że zamiast rozmawiać i wyjaśniać sobie niejasne kwestie, ludzie wybierają drogę „urzędową”.
6. Zwraca uwagę pewna nieporadność organów prowadzących postępowanie w zakresie znajomości i wykładni znamion przestępstwa nękania. Przykładem może być tutaj podkreślanie braku wzbudzenia poczucia zagrożenia w przypadku podszywania się pod inną osobę. Wydaje się również, iż znamię istotnego naruszenia prywatności nie jest łatwe w interpretacji, co sprawia, że

bywa pomijane w rozważaniach i subsumpcji czynu. O owej nieporadności świadczyć może opis zachowania sprawcy w dokładnym brzmieniu przepisu art. 190a § 1 k.k., w którym ustawodawca użył słowa „lub”. Konkretnie zachowanie sprawcy może wypełniać tylko znamię wzbudzenia poczucia zagrożenia, tylko naruszenia prywatności albo oba te znamiona jednocześnie. Nie ma tu miejsce na brak pewności („lub”).

7. Nieprawidłowe jest powoływanie w kwalifikacji obok art. 190a § 1 KK przepisu art. 12 KK (czyn ciągły). Nękanie należy do kategorii przestępstw o wieloczynowo określonych znamionach, w przypadku których powtórzenie zachowania jest koniecznym warunkiem realizacji znamion czynu zabronionego; w tej sytuacji wielość zachowań nie powoduje wielości przestępstw, ale stanowi jedno przestępstwo. W takim przypadku dodatkowe odwołanie się do art. 12 KK nie jest zasadne.
8. Kumulatywna kwalifikacja zachowania sprawcy z art. 190a § 1 i art. 190 KK wydaje się nadużywana - co do zasady zachodzi między tymi przepisami zbieg niewłaściwy pomijalny.
9. Podstawowym sposobem nękania (art. 190a § 1 KK) jest dzwonicie do kogoś przy użyciu telefonu (stacjonarnego lub komórkowego) – takie zachowanie pojawiło się aż w 284 sprawach (oczywiście, zazwyczaj obok innych nękających zachowań). Nękanie poprzez wysyłanie niechcianych sms-ów wystąpiło aż w 171 przypadkach. Widać zatem, że telefon (głównie komórkowy) stał się nie tylko ważnym środkiem komunikacji, ale i podstawowym środkiem nękania w dzisiejszych czasach. Warto zwrócić uwagę również na to, że niekiedy dłużnicy usiłują (bezsukutecznie) wykorzystywać art. 190a KK w walce z legalnie działającymi windykatorami długów.
10. Gdy chodzi o podszywanie się (art. 190a § 2 KK), które w praktyce pojawia się zdecydowanie rzadziej niż nękanie, to przede wszystkim w grę wchodzi podszywanie się pod kogoś na portalu internetowym - (27 przypadków) oraz dawanie fałszywych ogłoszeń (5).

11. Poważną trudnością, zwłaszcza przy nękanii telefonicznym (w szczególności sms-owym) oraz w przypadku podszywania się pod inną osobę w Internecie jest wykrycie sprawcy, co często okazuje się niemożliwe.
12. Stosunkowo niewiele spraw trafia do sądów z aktem oskarżenia (lub wnioskiem o warunkowe umorzenie postępowania karnego) – ok. 9% ogółu zbadanych spraw. Dominują odmowy wszczęcia postępowania (54,6%) i umorzenia postępowania (28,7%). Częstym zabiegiem jest niezłożenie lub wycofanie wniosku przez osobę pokrzywdzoną, kiedy okazuje się, że np. osoba wysyłająca sms-y to znajomy lub członek rodziny. Zdarza się, że pokrzywdzony nie chce w istocie ukarać sprawcy, a jedynie spowodowania zmiany jego zachowania. Kiedy sprawca przestaje nękać pokrzywdzonego albo przynajmniej obiecuje, że to uczyni, pokrzywdzony jest usatysfakcjonowany i nie żąda ścigania sprawcy.
13. Typowym oskarżonym jest niekarany mężczyzna w przedziale wiekowym pomiędzy 22 a 40 lat (32 z 45 – 71,1%), stanu wolnego, zazwyczaj pracujący, nie posiadający dzieci. W większości przypadków oskarżeni przyznają się do winy (18 z 45 – 62,2%). W każdym przypadku sprawca zna się z pokrzywdzonym, a w większości przypadków byli ze sobą w bliskich związkach uczuciowych (62,5%). Typowym pokrzywdzonym jest kobieta (w znacznej części przypadków – młoda).
14. Z uwagi na niewielką liczbę skazań, trudno jest dokonać analizy sędziowskiego wymiaru kary. Tradycyjnie już dominuje kara pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania. Rzeczą pozytywną jest to, że sądy często nakładały na sprawców określone obowiązki (np. powstrzymywanie się od kontaktów czy zakaz zbliżania się do osoby pokrzywdzonej).

VIII. Stany faktyczne

1. Ds. 533/12 PR w B.

Mężczyzna T.R., lat 46 złożył do prokuratury rejonowej w B. zawiadomienie o przestępstwie popełnionym na szkodę jego 9-letniej córki. Nieznana im osoba podszyła się pod dziewczynkę i na portalu „Nasza klasa”, na którym posiadała ona konto, umieściła jej zdjęcia z wulgarnymi podpisami oraz podpisami o treści erotycznej. Pokrzywdzona zmieniła hasło, a mimo to po kilku dniach ponownie pojawiły się na jej koncie wulgarnie komentarze przy zdjęciach. Ponownie zmienione zostało hasło i ponownie sytuacja się powtórzyła.

Czyn został zakwalifikowany jako wypełniający znamiona przestępstwa z art. 190a § 1 KK i opisany w następujący sposób: podszywanie się przez nieznanego sprawcę za pokrzywdzoną w celu wyrządzenia szkody osobistej. W sprawie tej odmówiono wszczęcia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. (czyn nie wypełnia znamion czynu zabronionego). W uzasadnieniu postanowienia o odmowie wszczęcia podkreślono, że chociaż zachowanie sprawcy nacechowane było złą wolą, nie było jednak natarczywe, wielokrotne, czy też dręczące pokrzywdzoną w ten sposób, że w rezultacie powodowało ograniczenie jej wolności, skutkującym wywołaniem poczucia zagrożenia czy naruszeniem jej prywatności.

Należy zauważyć, iż w sprawie tej pojawiają się co najmniej dwa błędy. Po pierwsze, opis czynu wskazywałby raczej na konieczność zakwalifikowania zachowania sprawcy z art. 190a § 2 KK, a nie z § 1. Faktycznie, czyn sprawcy nie miał charakteru zachowania uporczywego, ale nie należy ono do znamion przestępstwa podszywania się pod inną osobę. Nie przesądzając o trafności samego rozstrzygnięcia, należałoby przyjrzeć się relewantności zachowania sprawcy właśnie w kontekście przepisu art. 190a § 2 KK. Pozostając na gruncie przyjętej kwalifikacji, należy stwierdzić, że wejście na zabezpieczone hasłem osobiste konto innej osoby stanowi chyba istotne naruszenie prywatności.

2. 1 Ds. 113/12 PR w K.

A.B., lat 39, prezes spółdzielni socjalnej SDM złożył zawiadomienie o przestępstwie popełnionym na jego szkodę. Znana mu kobieta - L.P., lat 40, z którą łączyły go wyłącznie kontakty na płaszczyźnie zawodowej, zaczęła otrzymywać na swój telefon komórkowy wiadomości tekstowe obraźliwe dla A.B. o kontaktach seksualnych, jakie rzekomo utrzymywał on z innymi kobietami. L.P. początkowo czuła się osaczona i zagrożona przez osobę, która wysyłała jej sms-y; tym bardziej, że pełniła ona funkcje publiczne. Później jednak zeznała, że nie czuje się nękana ani zagrożona.

W sprawie tej odmówiono wszczęcia postępowania na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. (brak znamion czynu zabronionego). W uzasadnieniu postanowienia stwierdzono, że wysłane zostały jedynie dwie wiadomości tekstowe na telefon L.P. (jednocześnie podano także, że kilka takich wiadomości otrzymała żona pokrzywdzonego). Ustalono, że zamiarem sprawcy było najprawdopodobniej nie tyle nękanie pokrzywdzonych, co zdyskredytowanie w oczach innych osób A.B. W uzasadnieniu podkreślono brak uporczywości zachowania „sprawcy” oraz fakt, że żadna z osób zainteresowanych nie czuje się ani zagrożona ani nękana. Wskazano natomiast możliwość zakwalifikowania zachowania sprawcy jako czynu z art. 212 KK (zniesławienie), ale jako że jest to przestępstwo ścigane z oskarżenia prywatnego, a prokurator nie dostrzegł interesu społecznego w objęciu ścigania o ten czyn, odmówiono wszczęcia postępowania.

3. Ds. 509/12 PR w B.

W.J., lat 24, złożyła zawiadomienie o popełnieniu na jej szkodę przestępstwa. Pokrzywdzona była pracownicą agencji pocztowej i zajmowała się obsługą klientów. Jednym z nich był późniejszy podejrzany (postawiono mu w niniejszej sprawie zarzuty) - M.K., lat 64. Wysyłał przesyłki za granicę, w tym także do Interpolu. Jego zachowanie zwróciło uwagę pokrzywdzonej, ponieważ patrzył jej prosto w oczy i uśmiechał się. Podczas drugiej wizyty w tym urzędzie pocztowym, klient ten zaproponował pokrzywdzonej umówienie się na kolację, ponieważ „poszukuje przyjaciółki, a ona bardzo mu się podoba”. Pokrzywdzona odmówiła stanowczo. Kilka dni później przyszedł, przeprosił za swoją bezpośredniość i zaprosił ją na kawę. Kiedy odmówiła, stwierdził, że „wiek nie powinien być przeszkodą dla ludzi

kochających się”. Powiedział również, że któregoś dnia zaczeka na nią po pracy, bo chce jej zrobić niespodziankę. Po jakimś czasie przyszedł i powiedział pokrzywdzonej, żeby go nie odpychała, ponieważ był u wróżki, która stwierdziła, iż są sobie przeznaczeni. M.K. wysyłał pokrzywdzonej także wiadomości na portalu „Nasza klasa”. Na adres agencji pocztowej przysłał pokrzywdzonej 9-stronicowy list, którego treść ją zaniepokoiła. M.K. kilkakrotnie zapraszał pokrzywdzoną do restauracji, zwracał się do niej „moja droga, kochana W.”. Pokrzywdzona zeznała, że boi się tego mężczyzny, boi się sama zostawać w pracy, ponieważ M.K. czeka na nią, kiedy wychodzi. M.K. obserwował pokrzywdzoną w pracy.

M.K. wysłał także pokrzywdzonej list, w którym pisze, że chciałby mieć dzieci. Podczas wizyt u pokrzywdzonej w pracy mówił jej, że na przeszkodzie realizacji tych planów stoją prześladowcy, których nie widać - bioenergoterapeuci, Halina z Kanady i Andrzej z Niemiec. Opowiadał również pokrzywdzonej o demonach, voodoo itp. Pokrzywdzona wielokrotnie prosiła M.K., aby dał jej spokój. Cała ta sytuacja trwała w sumie około 2 miesięcy.

Zachowanie M.K. zostało uznane za wypełniające przestępstwo z art. 190a § 1 KK. Przedstawiono mu zarzuty. M.K. był z wykształcenia inżynierem elektrykiem (wyższe wykształcenie). Był rozwodnikiem. Posiadał jedno dorosłe dziecko. Miał obywatelstwo kanadyjskie. Nie był wcześniej karany.

Podejrzany nie przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu. Wyjaśnił, że jest to nieporozumienie, ponieważ działał w dobrej wierze. Stwierdził, iż zły wpływ na niego i przypuszczalnie także na pokrzywdzoną mieli Halina z Kanady i Andrzej z Niemiec poprzez niekorzystne oddziaływanie mentalne. W związku z tym, zostali powołani biegli psychiatrzy. Rozpoznali oni u podejrzanego chorobę psychiczną (psychozę o obrazie zespołu urojeniowego). U M.K. od dawna, jak wynikało z wywiadu, występowały zaburzenia myślenia, urojenia prześladowcze, oddziaływania, a także zaburzenia w sferze emocjonalnej i motywacyjnej. Biegli uznali, iż w czasie czynu poczytalność podejrzanego była całkowicie zniesiona. W sprawie tej postępowanie zostało umorzone na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 w zw. z art. 31 § 1 KK. W uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu postępowania wskazano, że czyn podejrzanego wypełnił znamiona przestępstwa z art. 190a § 1

KK. Jednak ze względu na stan psychiczny M.K. należy przyjąć, iż ze względu na brak możliwości przypisania winy sprawca przestępstwa nie popełnił.

4. 4 Ds. 1452/11 PR w K.

R.J.H., lat 23, złożyła zawiadomienie o popełnieniu na jej szkodę przestępstwa przez znajomego (chodzili do tej samej klasy w szkole średniej) I.K., lat 23. Pokrzywdzona nie utrzymywała z nim bliższych kontaktów. Jeszcze w szkole I.K. chciał czytać pokrzywdzonej swoje wiersze, ale ona sobie tego nie życzyła. Od października 2007 r. do czerwca 2011 r. I.K. przysyłał pokrzywdzonej maile o treści miłosnej lub nienawistnej. Deklarował w nich swoje uczucie (miłość) i nalegał na spotkania. Pokrzywdzona prosiła, żeby dał jej spokój, informowała go, że jest zamężna. Po zlikwidowaniu przez pokrzywdzoną konta e-mail, I.K. umieszczał wpisy na forum studenckim. Kilkakrotnie I.K. czekał na pokrzywdzoną pod uczelnią. Pokrzywdzona telefonowała wtedy na numer alarmowy, a I.K. odchodził. Raz, po informacji uzyskanej od koleżanki, iż I.K. czeka przed uczelnią, mąż pokrzywdzonej postanowił ją odprowadzić. I.K. odszedł. Mąż pokrzywdzonej podszedł do niego i zapytał, czy nie nudzi mu się stać pod uczelnią. I.K. uderzył go pięścią w twarz (toczyło się postępowanie z art. 157 § 2 KK, ale zostało umorzone na podstawie art. 322 k.p.k.). Postępowanie w tej sprawie zostało umorzone na podstawie art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k. (brak znamion czynu zabronionego).

W uzasadnieniu postanowienia o umorzeniu postępowania prokurator wskazał, że nowy typ czynu zabronionego został wprowadzony do kodeksu karnego ustawą obowiązującą od 6 czerwca 2011 r. Dlatego zachowanie sprawcy sprzed tego okresu nie może być oceniane pod kątem wypełniania znamion tego przestępstwa. W czerwcu 2010 r. pokrzywdzona zlikwidowała konto e-mail i I.K. umieszczał jedynie wpisy na forum. W uzasadnieniu wskazano, że w związku z tym zachowanie I.K. nie wzbudzało w pokrzywdzonej poczucia zagrożenia. Kiedy pokrzywdzona dzwoniła - I.K. oddalał się.

Należy zauważyć, iż w uzasadnieniu nie odniesiono się w ogóle do alternatywnego znamienia przestępstwa z art. 190a § 1 KK - istotnego naruszenia prywatności. Odnośnie do samego poczucia zagrożenia, wydaje się, iż przeprowadzone w tym kierunku rozważania nie są wyczerpujące. Skoro, zdaniem prokuratora,

pokrzywdzona nie obawiała się I.K., dlatego jej znajomi uważali za stosowne informować ją o jego pojawieniu się, zaś mąż - postanowił jej towarzyszyć pod uczelnię. Trzeba także pamiętać, iż do znamion przestępstwa z art. 190a § 1 KK należy także oddziaływanie na osoby najbliższe pokrzywdzonemu. W niniejszej sprawie, I.K. uderzył męża pokrzywdzonej. Trudno uznać, iż takie zachowanie nie mogło w niej wzbudzić uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia.

5. Ds. 14/12 PR w O.

K.W., lat 32, złożyła zawiadomienie po popełnieniu na niej przestępstwa z art. 190 a § 1 KK. Od listopada 2011 r. do grudnia 2011 r. miała otrzymywać sms-y o treści obraźliwej, złośliwej, uwłaczającej jej godności, naruszające prywatności, zawierające groźby. W toku postępowania przygotowawczego przeanalizowano bilingi telefoniczne. Ustalono, że z telefonu pokrzywdzonej wykonywane były inicjujące połączenia na numer potencjalnego stalkera. Z analizy połączeń wynikało, że to pokrzywdzona była stroną aktywną, to ona jako pierwsza kontaktowała się ze „sprawcą”. „Sprawca” początkowo unikał kontaktu z pokrzywdzoną. Kiedy zorientował się, z kim ma do czynienia - odpisywał, stopniowo coraz bardziej wulgarnie. Sytuacja wyglądała zatem następująco: pomiędzy „pokrzywdzoną” a „sprawcą” prowadzony był dialog inicjowany przez „pokrzywdzoną”. Postępowanie w niniejszej sprawie zostało umorzono na podstawie art. 17 § 1 pkt 1 k.p.k. (brak danych dostatecznie uzasadniających popełnienie czynu zabronionego). W uzasadnieniu wskazano, że w opisanym przypadku nie można jednoznacznie wskazać osoby pokrzywdzonej i stalkera, co więcej, to raczej „pokrzywdzona” zdaje się być prześladowcą.

6. 2 Ds. 1428/11 w K.

M. R. (lat 27, panna, bezdzietna, wykształcenie średnie, nie pracująca, nie karana) oskarżona była o to, że w dniach 17 i 18 września 2011 r. w N. działając w krótkich odstępach czasu, w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, zamieściła na internetowym forum portalu Gazte.pl szereg anonsów towarzyskich o treści erotycznej podszywając się w ich treści pod osobę Michała A., wykorzystując jego dane osobowe, a to imię i nazwisko oraz informacje dotyczące jego zatrudnienia jako pracownika akademickiego, działając w celu wyrządzenia mu w powyższy

sposób szkody osobistej, tj. o przestępstwo z art. 190a§ 2 KK w zw. z art. 12 KK. Do aktu oskarżenia załączony został wniosek w trybie art. 335 § 1 KK o wydanie wyroku skazującego bez przeprowadzenia rozprawy i wymierzenia Magdalenie R. uzgodnionej z nią kary 6 miesięcy pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania na okres 3 lat próby oraz grzywny w wymiarze 50 stawek dziennych przy ustaleniu jednej stawki na kwotę 10 zł. W chwili prowadzenia badań, sprawa nie została zakończona.

7. 5 Ds. 1007/11 w K.

P.G. (lat 34, wykształcenie podstawowe, murarz, pracujący, kawaler, ojciec jednego dziecka, nie krany) oskarżony został o to, że w okresie od czerwca 2011 r. do października 2011 r. w K. uporczywie nękał Teresę B. poprzez częste i uciążliwe połączenia telefoniczne w różnych porach dnia i nocy, podczas których kierował on do pokrzywdzonej liczne groźby pozbawienia życia i ubliżał jej słowami powszechnie uznanymi za obelżywe, przez co wzbudził w pokrzywdzonej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia i istotnie naruszył jej prywatność (art. 190a § 1 KK) oraz o to, że 27 lutego 2012 r. w K. kierował pod adresem Teresy B. groźby pozbawienia życia, które wzbudziły w zagrożonej uzasadnioną obawę, że będą spełnione (art. 190 § 1 KK). W toku przeprowadzonego postępowania ustalono, że Teresa B. i Piotr G. pozostawali w związku konkubenckim, z którego to mają syna P. 16 sierpnia 2009 r. strony rozstały się, a Piotr G. został pozbawiony władzy rodzicielskiej. Od momentu rozstania Piotr G. z dużą częstotliwością dzwonił na telefon komórkowy Teresy B., a podczas rozmów kierował pod jej adresem słowa powszechnie uznane za obelżywe. Szczególna intensyfikacja kontaktów nastąpiła od czerwca 2011 r. i trwała do października 2011 r. W okresie tym Piotr G. telefonował do Teresy B. nawet po kilkanaście razy dziennie, o różnych porach (także w nocy), zakłócając spokój pokrzywdzonej i jej syna. Wielokrotnie ubliżał jej, a także groził pozbawieniem życia. Piotr G. domagał się również, aby Teresa B. umożliwiła mu rozmowy z synem, a w ich trakcie wielokrotnie ją szkalował. Z obawy przed Piotrem G. Teresa B. zaprzestała odbierać od niego telefony i wyprowadziła się z K. W dniu 27 lutego 2012 r. pokrzywdzona spotkała się z Piotrem G. w budynku sądu, w związku z rozprawą, jaka odbyła się z jej powództwa w sprawie o ograniczenie kontaktów Piotra G. z synem P. Jeszcze przed rozprawą Piotr G. używając słów

wulgarnych groził Teresie B. pozbawieniem jej życia, a po opuszczeniu sali sądowej ponowił je, przekazując je tym razem obecnej w sądzie siostrze pokrzywdzonej. Piotr G. nie przyznał się do popełnienia zarzucanych mu czynów i odmówił składania wyjaśnień. Sprawa w toku.

8. 4 Ds. 396/12 w K.

K.M. złożyła pisemnie zawiadomienie o tym, że była nękana - za pośrednictwem wielokrotnych połączeń telefonicznych oraz wiadomości tekstowych sms – w okresie czasu od 12 marca 2012 r. do 30 marca 2012 r. w K., co istotnie naruszyło jej prywatność. Ustalono, że osobami dzwoniącymi byli pracownicy centrum obsługi windykacji X. W toku postępowania sprawdzającego rozpytano dyrektora owego centrum, który potwierdził tożsamość osób dzwoniących, tj. pracowników firmy X. Osoby te podjęły zgodnie z procedurami kontakt z dłużnikami w celu obsługi wierzytelności na rzecz banku Y. Z uwagi na fakt, że nie potwierdzono realizacji ustawowych znamion przestępstwa z art. 190a § 1 KK, postępowanie umorzono na podstawie art. 17 § 1 pkt. 2 k.p.k.

9. II K 308/12 SR w B.P.

J.A.Ł. (lat 41, kawaler, o wykształceniu zawodowym, rolnik, uprzednio nie karany), został oskarżony o to, że od 21 czerwca 2008 r. do 5 lutego 2012 r. uporczywie nękał B.K. w ten sposób, że wbrew jej woli systematycznie nachodził ją w domu i na ulicy, co wzbudziło u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia i naruszenie jej prywatności, tj. o czyn z art. 190a § 1 KK.

W sprawie ustalono następujący stan faktyczny. J.A.Ł. był sąsiadem pokrzywdzonej. Od kilku lat zaczepiał ją na ulicy, podchodził pod jej dom. Wielokrotnie prosiła go, by tego nie robił. Pokrzywdzona wcześniej nie zgłaszała tego faktu, ponieważ miała nadzieję, że J.A.Ł. przestanie ją nachodzić. Ponieważ tego nie uczynił, zgłosiła ten fakt policji, prosząc o przeprowadzenie z nim rozmowy ostrzegawczej. Rozmowa taka została przeprowadzona. J.A.Ł. przyznał, że często chodził do pokrzywdzonej, ale nigdy nie stanowiło to problemu. Być może czasami, będąc pod wpływem alkoholu, źle się do niej odnosił, ale to z powodu alkoholu. Parokrotnie zaczepiał ją, gdyż chciał przeprosić za swoje zachowanie, ale pokrzywdzona nie chciała z nim rozmawiać. Następnie stwierdził, że żałuje swojego zachowania i zaprzestanie

nachodzenia sąsiadki. Przesłuchany w charakterze podejrzanego, J.A.Ł. przyznał się do popełnienia zarzucanego mu czynu. Stwierdził, iż chyba zakochał się w pokrzywdzonej. Przyznał, że pomimo, iż wyraźnie sobie tego nie życzył, zagadywał ją oraz nachodził ją w mieszkaniu.

Prokurator złożył wniosek o warunkowe umorzenie postępowania. Sąd uwzględnił ten wniosek i warunkowo umorzył postępowanie wobec J.A.Ł. na okres próby 2 lat, oddał go pod dozór kuratora. W okresie próby zobowiązał J.A.Ł. do powstrzymywania się od zbliżania się do pokrzywdzonej na odległość 200 metrów.